

OHADA

SOUS LA DIRECTION DE
Paul-Gérard Pougoué

PRÉSIDENCE D'HONNEUR
S.E. Abdou Diouf

PRÉFACE
Barthélémy Mercadal

AVANT-PROPOS
Jacques David

Sous la direction de
Paul-Gérard POUGOUÉ
Agrégé des Facultés de Droit
Professeur à l'Université de Yaoundé II
Diplôme d'honneur de l'OHADA

Encyclopédie du droit OHADA

Sous la présidence d'honneur de
Son Excellence ABDOU DIOUF
Secrétaire général de la Francophonie
Ancien Président de la République du Sénégal

Avec la préface de
Barthélémy MERCADAL
Agrégé des Facultés de Droit
Professeur honoraire du Conservatoire National des Arts et Métiers
Vice-président et Secrétaire général de l'IDEF – Délégué aux nouvelles technologies de l'information

et
l'avant-propos de
Jacques DAVID
Agrégé des Facultés de Droit
Professeur émérite à l'Université de Poitiers,
Ancien directeur de JURISCOPE (Poitiers)

© Professeur Paul-Gérard POUGOUÉ

Dépôt légal : décembre 2011

Dépôt légal n° 5492 du 6 décembre 2011, Bibliothèque nationale du Bénin, 3^e trimestre

ISBN : 978-99919-868-8-3

COMITÉ DE PATRONAGE

AREGBA Polo

*Magistrat, 1^{er} Secrétaire Permanent de l'OHADA,
Juge à la Cour Constitutionnelle du Togo*

BA Seydou

*Président honoraire de la Cour de Cassation du Sénégal, ancien 1^{er} Président de la CCJA,
Juge au Tribunal Administratif du BIT à Genève*

DAVID Jacques

*Agrégé des Facultés de Droit, Professeur émérite à l'Université de Poitiers
Ancien Directeur Juriscope*

DECORPS Jean Paul

*Président de l'Union Internationale du Notariat (UINL)
Président honoraire du Conseil Supérieur du Notariat français
Professeur associé à la Faculté de droit d'Aix en Provence*

DIPANDA MOUELLE Alexis

Premier Président de la Cour suprême du Cameroun

Du BOIS De GAUDUSSON Jean

*Professeur agrégé de droit public, Président Honoraire de l'Université de Bordeaux 4
et de l'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF)
Membre du Conseil scientifique de la Fondation pour le droit continental*

ISSA-SAYEGH Joseph

*Professeur émérite aux Universités Cheik Anta Diop et de Nice
Directeur Scientifique de l'UNIDA*

MERCADAL Barthélémy

*Agrégé des Facultés de droit
Professeur honoraire du Conservatoire National des Arts et Métiers
Vice-président et secrétaire général de l'IDEF – Délégué aux nouvelles technologies de l'information*

NETTEN Léo

Président de l'Union Internationale des Huissiers de Justice et Officiers Judiciaires

SADA Hugo

Délégué à la Paix, à la Démocratie et aux Droits de l'Homme à l'Organisation Internationale de la Francophonie

STASI Mario

Bâtonnier, Secrétaire Général de la Conférence Internationale des Barreaux

TRICOT Daniel

*Agrégé des Facultés de droit, Professeur affilié à ESCP Europe,
Président honoraire de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation (France),
Professeur honoraire des Universités, Avocat honoraire
Président de l'Association Française des Docteurs en Droit (AFDD), Membre du Conseil de direction de UNIDROIT*

CONSEIL SCIENTIFIQUE

ABDOULLAH Cisse

Professeur des Universités, Sénégal

ANOUKAHA François

Professeur à l'Université de Dschang

BAKANDEJA WA MPUNGU Grégoire

Professeur, Kinshasa

NDIAW Diouf

Professeur à l'Université Cheik Anta Diop, Dakar

OLIVEIRA Antoine

Président de la CCJA

POUGOUÉ Paul-Gérard

Professeur à l'Université de Yaoundé II

SANTOS Pedro AKUETE

Professeur à l'Université de Lomé

SAWADOGO Filiga Michel

Professeur à l'Université de Ouagadougou

SOSSA Dorothé Cossi

Professeur, Secrétaire permanent de l'OHADA

YANKHOBAN DIAYE Isaac

Vice-président du Conseil constitutionnel du Sénégal

SECRETARIAT DE RÉDACTION

Superviseur :

POUGOUÉ Paul-Gérard

Coordonnateur :

TCHAKOUA Jean Marie

Agrégé des Facultés de droit, Université de Yaoundé II

Membres :

NEMEDEU Robert

Agrégé des Facultés de droit, Université de Yaoundé II

DJIEUGA Pierre

Docteur en Lettres, Chargé de Cours à l'Université de Yaoundé II

KUATE TAMEGHE Sylvain Sorel

Docteur en Droit, HDR, Chargé de Cours à l'Université de Yaoundé II

MOUTHIEU Monique Aimée, épouse NJANDEU

Docteur en Droit, Chargé de Cours à l'Université de Yaoundé II

TCHUNKAM Justine, épouse DIFFO

Docteur en Droit, Chargé de Cours à l'Université de Yaoundé II

BATOUAN BOUYOUM Joseph Alain

Docteur en Droit, Chargé de Cours à l'Université de Yaoundé II

TJOUEN Alex

Docteur en Droit, Assistant à l'Université de Yaoundé II

WANDJI KAMGA Alain Douglas

Docteur en Droit, Assistant à l'Université de Yaoundé II

NGANDO Blaise Alfred

Docteur en Droit, Assistant à l'Université de Yaoundé II

KAMTA FENDOP Elvice

ATER à l'Université de Yaoundé II

AVODO Justin

*DESS Droit des Affaires Internationales et Fiscalité,
Cadre à l'Université de Yaoundé II*

DONTCHUENG KOUAM Serge

Expert en édition

KEMBEU Moïse

Informaticien

NKE Fils

Informaticien

COLLÈGE DES AUTEURS

- ABOUDRAMANE Ouattara**, Docteur en droit, Enseignant – chercheur à l'Unité de Formation et de Recherche (UFR) des Sciences Juridique, Administrative et Politique, Université d'Abidjan-Cocody, Côte d'Ivoire
- AGBENOTO Koffi Mawunyo**, Docteur en Droit privé, Assistant à l'Université de Kara TOGO
- AKAM AKAM André**, Agrégé des Facultés de Droit, Maître de Conférences, Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré
- ALEMAWO Komi**, Docteur en droit, Faculté de Droit, Lomé
- ALGADI Aziber Seïd**, Docteur en droit Universités de Toulouse I et de Yaoundé II, Consultant indépendant en droit OHADA et en droit français des affaires
- ANOUKAHA François**, Professeur agrégé des Facultés de Droit, Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang
- BATOUAN BOUYOM Joseph Alain**, Docteur en Droit, Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Yaoundé II
- BIBAKA ONDEAU Léopold Eugène**, Huissier de Justice, Commissaire-priseur
- BOKALLI Victor-Emmanuel**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Yaoundé II
- BOUBOU Pierre**, Docteur en Droit, Avocat Douala
- DECKON KUASSI François** Agrégé des Facultés de Droit, Maître de conférences, Enseignant-chercheur Université de Lomé
- DIFFO TCHUNKAM Justine**, Docteur en Droit, Chargée de Cours à Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Yaoundé II
- DJOGBENOU Joseph**, Agrégé des Facultés de Droit, Maître de Conférences à l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin), Avocat au barreau de Cotonou
- FOKO Athanase**, Docteur d'État en Droit, Maître de Conférences, Vice-doyen de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré
- FOMETEU Joseph**, Docteur d'État en Droit, Maître de Conférences à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré
- GATSI Jean**, Agrégé des Facultés de droit, Maître de Conférences à l'Université de Douala
- GBAGUIDI Noël**, Agrégé des Facultés de Droit, Maître de Conférences à l'Université d'Abomey-Calavi
- JAMES Jean Claude**, Agrégé des facultés de Droit, Maître de Conférences à l'Université d'Omar Bongo, Libreville
- JIOGUE Grégoire**, Agrégé des Facultés de Droit, Maître de Conférences, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Yaoundé II
- KALIEU ELONGO Yvette**, Agrégée des Facultés de Droit, Maître de Conférences à l'Université de Dschang
- KAMTA Elvis**, ATER à l'Université de Yaoundé II
- KENFACK DOUAJNI Gaston**, Docteur en Droit, HDR, Magistrat, Yaoundé
- KERE Idrissa**, Magistrat, Secrétariat permanent OHADA, Yaoundé
- KERE KERE**, Docteur en Droit, Chargé de Cours à l'Université de Yaoundé II
- KEUBOU Philippe**, Chargé de Cours, chef de service du contentieux de l'Université de Dschang
- KUATE TAMEGHE Sylvain Sorel**, Chargé de cours HDR, Université de Yaoundé II Soa, Yaoundé
- LEVOA Patrick**, Docteur en Droit, Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré (Cameroun)
- MASAMBA MAKELA Roger**, Professeur Honoraire à l'Université de Kinshasa, Secrétaire Général Académique de l'Université Protestante au Congo
- MBA OWONO**, Agrégé des facultés de Droit, Maître de Conférences à l'Université d'Omar Bongo, Libreville
- MBAYE MAYATTA**, Agrégé des facultés de Droit, Maître de Conférences à l'Université Cheikh Anta Diop, Dakar
- MEYER Pierre Léon Jean Ghislain**, Docteur en droit, Chef du département de 3e cycle de l'UFR de Sciences juridiques et politiques de l'Université de Ouagadougou
- MIENDJIEM Isidore Léopold**, Docteur d'État en Droit privé Chargé de cours/Département de droit privé et sciences criminelles/Université de Dschang-Cameroun
- MIMBE Paulette épouse MVOMO ELA**, Docteur en droit privé, Chargée de cours, Enseignant à la Faculté des Sciences Juridique et Politique de l'Université de Yaoundé II, Chef de service du contentieux à l'Université de Yaoundé I
- MINKOA SHE Adolphe**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Vice-recteur à l'Université de Yaoundé II
- MOUSSA Samb**, Agrégé des Facultés de Droit, Expert auprès de l'ERSUMA

- MOUTHIEU Monique Aimée épouse NJANDEU**, Docteur d'État, Chargé de Cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Yaoundé II
- NANDJIP Sarah**, Docteur en Droit, chargé de Cours à l'Université de Douala
- NDIAW Diouf**, Agrégé de droit, professeur titulaire, Doyen de la Faculté des Sciences juridiques et politiques/Université Cheikh Anta Diop Dakar
- NDOKO Nicole Claire**, Maître de Conférences, Vice-recteur à l'Université de Douala
- NEMEDEU Robert**, Agrégé des Facultés de Droit, maître de Conférences à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Yaoundé II
- NGANKO Didier**, Huissier de justice, titulaire de diplôme d'études supérieures spécialisées en conseil d'entreprise, ancien président de la Chambre nationale des huissiers de justice du Cameroun
- NGOM MBIASSANE**, Agrégé des Facultés de Droit, Maître de Conférences, Saint-Louis
- NGOUM TSA ANOU Gérard**, Docteur en droit, ATER à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon
- NGUIHE KANTE Pascal**, Docteur en droit, Chargé de cours à l'Université de Dschang
- GUIMDO Bernard**, Agrégé des facultés de droit, Maître de conférences, Facultés des Sciences Juridiques et politiques de l'Université de Yaoundé II
- NJEUFACK René**, Docteur en Droit, Chargé de Cours à la faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang
- NJOYA KAMGA Beauclair**, Docteur (Ph. D) en droit des affaires, Consultant International à PricewaterhouseCoopers Tax and Legal, bureau du Cameroun
- NSIE Étienne**, Maître de Conférences Agrégé de droit privé, l'Université Omar BONGO, Chercheur au Centre d'Études et de Recherches en Droit et Institutions Politiques (CERDIP) Libreville
- OMGBA MBARGA Augustin Berceau**, Docteur en droit, Assistant à l'Université de Ngaoundéré
- ONANA ETOUNDI Félix**, Docteur en droit, Magistrat, Directeur Général de l'ERSUMA
- POHE TOKPA Denis**, Maître de Conférences, Membre du CERDAC (Centre d'études et de recherches en droit des affaires et des contrats) Université Montesquieu Bordeaux IV
- POUGOUÉ Paul-Gérard**, Agrégé des facultés de Droit, Professeur, Vice-recteur à l'Université de Yaoundé II
- SADJO Ousmanou**, Docteur en Droit, Juriste d'entreprise, Yaoundé
- SANTOS Pedro AKUETE**, Agrégé des Facultés de Droit, Doyen Faculté de Droit, Lomé
- SAWADOGO Filiga Michel**, Agrégé des facultés de Droit, Professeur, Ouagadougou
- TCHAKOUA Jean-Marie**, Agrégé des Facultés de Droit, Maître de Conférences à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Yaoundé II
- TCHATCHUENG Joseph Simplicie**, Huissier de justice, commissaire-priseur, Banganté, Cameroun
- TCHOU-BAYO Jean Paul**, Vice-doyen chargé de la Programmation et du Suivi des Activités Académiques à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang
- TEPPI KOLLOKO Fidèle**, Avocat au Barreau du Cameroun
- TWENGEMBO**, Avocat, Yaoundé
- WANDA Robert**, Agrégé des Facultés de Droit, Maître de Conférences à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Yaoundé II
- WANDJI KAMGA Alain Douglas**, Docteur en droit ; Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Yaoundé II
- YAWAGA Spener**, Docteur en Droit, HDR, Maître de Conférences à l'Université de Maroua

PLAN DE L'ENCYCLOPÉDIE

Abréviations.....	X
Liste des entrées	XII
Préface	XIII
Avant-propos	XV
Présentation de l'Encyclopédie	XVI
Corpus	1 à 2135
Table analytique des entrées et des auteurs	2136
Principaux textes	2138
Bibliographie	2142

ABRÉVIATIONS

- AU** : Acte uniforme
- AUA** : Acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage
- AUCTMR** : Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route
- AUDC ou AUDCG** : Acte Uniforme portant Droit Commercial Général
- AUOHC ou AUCE** : Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises
- AUPC ou AUPCAP** : Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
- AUPSRVE ou AUVE** : Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.
- AUS** : Acte Uniforme portant organisation des Sûretés
- AUSC ou AUSCGIE** : Acte Uniforme relatif Droit des Sociétés Commerciales et du groupement d'intérêt économique
- AUSCoop** : Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives
- BCEAO** : Banque centrale des États de l'Afrique de l'Ouest
- BEAC** : Banque des États de l'Afrique centrale
- BT** : Bulletin des transports (éd. Lamy, France)
- BTL** : Bulletin des transports et de la logistique (éd. Lamy, France)
- C.A.** : Cour d'Appel
- C.C.J.A.** : Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA
- C. civ.** : Code civil
- C. com.** : Code de commerce
- C.E.D.H.** : Cour Européenne des Droits de l'Homme
- C.J.C.E.** : Cour de Justice des Communautés européennes
- C.S.** : Cour suprême
- Cass.** : Cour de Cassation
- CEDEAO** : Communauté économique et douanière des États de l'Afrique de l'ouest
- CEMAC** : Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale
- CIC** : Code d'instruction criminelle
- CIMA** : Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances
- Civ. 1^{re}, 2^e, 3^e** : Cour de cassation, 1^{re}, 2^e, 3^e chambre civile.
- CMR** : Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route du 16 mai 1956
- CNCC** : Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes
- COB** : Commission des Opérations de Bourse (France)
- COCC** : Code des obligations civiles et commerciales (Sénégal)
- CP** : Code pénal
- CPC** : Code de procédure civile
- CPF** : Code des Personnes et de la Famille
- CPP** : Code de procédure pénale
- CREPMF** : Conseil Régional de l'Épargne Public et des Marchés Financiers
- Crim.** : Cour de cassation, chambre criminelle
- CVIM** : Convention de Vienne (des Nations Unies) sur les contrats de vente internationale de marchandises
- D** : Recueil Dalloz
- D. Aff.** : Recueil Dalloz affaires
- Defrénois** : Répertoire du notariat Defrénois
- DH** : Dalloz hebdomadaire
- DP** : Dalloz périodique
- DS** : Dalloz-sirey
- ERSUMA** : École régionale supérieure de la magistrature
- Gaz. Pal.** : Gazette du Palais
- GEIE** : Groupement européen d'intérêt économique
- GIC** : Groupe d'initiative commune
- GIE** : Groupement d'Intérêt Économique
- IASB** : International Accounting Standards Board
- J.-Cl. dr. int.** : Jurisclasseur de droit international
- J.D.I./Clunet** : Journal du droit international
- J.O. OHADA** : Journal officiel de l'OHADA
- J.O.C.** : Journal officiel du Cameroun
- J.O.C.E.** : Journal officiel des Communautés européennes
- J.O.U.E.** : Journal officiel de l'Union européenne
- J. P** : Juridis périodique
- JCP** : Jurisclasseur périodique
- JCP éd. A** : Jurisclasseur Périodique. Semaine juridique, édition affaires
- JCP éd. CI** : Jurisclasseur Périodique. Semaine juridique, édition commerce et industrie
- JCP éd. E** : Jurisclasseur périodique, édition entreprise
- JCP éd. G. ou JCP G** : Jurisclasseur Périodique. Semaine juridique, édition générale
- JCP éd. N. (ou JCP N.)** : Jurisclasseur périodique, édition notariale
- LGDJ** : Librairie générale de droit et de jurisprudence
- Litec** : Librairie technique
- NEA** : Nouvelles Éditions Africaines
- OAPI** : Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle
- OHADA** : Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
- Ohadata** : Base de données doctrinale et jurisprudentielle de l'association UNIDA sur le Droit OHADA

- P. A** : Les petites affiches
- Pén. ou Penant** : Revue de droit des pays d'Afrique
- PUA** : Presses universitaires d'Afrique
- PUC** : Presses universitaires du Cameroun
- PUF** : Presses Universitaires de France
- R.C.A.D.I.** : Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
- R.C.D.I.P.** : Revue critique de droit international privé
- RACCJA** : Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage de l'OHADA
- RCCM** : Registre du commerce et du crédit mobilier
- RCD** : Revue camerounaise de droit
- RCDA** : Revue camerounaise de droit des affaires
- RCS** : Registre du commerce et des sociétés
- RD compt.** : Revue de droit comptable
- RDAI** : Revue du droit des affaires internationales
- Recueil CCJA** : Recueil de jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage de l'OHADA
- Réf.** : Référé
- Rép. Civ. Dalloz** : Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil
- Rép. Com. Dalloz** : Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil
- Rev. Arb.** : Revue de l'arbitrage
- Rev. dr. unif.** : Revue de droit uniforme
- Rev. int. dr. comp.** : Revue internationale de droit comparé
- Rev. Jur. de L'ouest** : Revue juridique de l'Ouest
- Rev. Loyers** : Revue des Loyers
- Rev. Proc. Coll.** : Revue des procédures collectives
- Rev. sociétés.** : Revue de droit des sociétés
- Rev. trim. dr. eur.** : Revue trimestrielle de droit européen
- RI trav.** : Revue internationale du travail
- RJ. com.** : Revue de jurisprudence commerciale
- RJDA** : Revue de jurisprudence de Droit des affaires
- RJPIC** : Revue juridique et politique indépendance et coopération
- RPCCJA** : Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA
- RSC ou Rév. sc. crim.** : Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
- RTD civ.** : Revue trimestrielle de droit civil
- RTD com.** : Revue trimestrielle de droit commercial
- S** : Sirey
- SA** : Société anonyme
- SARL** : Société à responsabilité limitée
- SCA** : Société en commandite par actions
- SCS** : Société en commandite simple
- SICAV** : Société d'Investissement à Capital Variable
- SNC** : Société en nom collectif
- Soc.** : Arrêt de la Cour de cassation française, Chambre sociale
- T.G.I.** : Tribunal de grande instance
- T.P.I.** : Tribunal de première instance
- TCE** : Traité instituant la Communauté européenne
- TFUE** : Traité sur l'Union européenne
- TRHC Dakar** : Tribunal Régional Hors Classe de Dakar
- Trib. com.** : Tribunal de commerce
- TUE** : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
- UCAC** : (Presses de l') Université Catholique d'Afrique Centrale
- UDEAC** : Union des États de l'Afrique Centrale
- UEMOA** : Union économique et Monétaire Ouest Africaine

LISTE DES ENTRÉES

Actes de commerce. Actes uniformes. Actes uniformes et conflits de lois. Arbitrabilité. Arbitrage selon l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Arbitrage sous l'égide de la CCJA. Assemblées des sociétés et décisions collectives. Associés. Attractivité économique du droit OHADA. Bail commercial/bail à usage professionnel. Biens et droits insaisissables. Capital social. Cautionnement. Cessation des paiements. Commerçant. Commissaires aux apports et commissaires aux comptes. Contrat de société. Contrat de transport de marchandises par route. Convention d'arbitrage. Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Dirigeants sociaux. Droit de rétention. Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard des créanciers. Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur. Entreprenant. Expertise de gestion. Filiale, succursale, groupe de société. Fonds de commerce. Fusions, scissions, apports partiels d'actifs. Gage. Garantie et contre-garantie autonomes. Groupement d'intérêt économique. Hypothèque. Image fidèle du patrimoine de l'entreprise. Infractions relatives à la dissolution de la société. Infractions relatives à la formation du capital. Infractions relatives à la gestion de la société. Infractions relatives à la modification du capital. Infractions relatives au contrôle de la gestion. Infractions relatives aux actions. Infractions relatives aux procédures collectives. Injonctions de payer, de délivrer ou de restituer. Intermédiaires de commerce. Liquidation des biens. Modèle d'intégration juridique OHADA. Nan-

tissements. Notion d'arbitrage. Notion de droit OHADA. Notion de gravité de comportement d'une partie au contrat de vente commerciale de l'OHADA. Notion de procédure collective d'apurement du passif. Notion de société commerciale. Obligations comptables et financières. Organes des procédures collectives. Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). Période suspecte inopposabilité. Personnalité morale des sociétés. Politique criminelle de l'OHADA. Prescription extinctive commerciale OHADA. Privilèges. Procédure d'alerte. Procédures collectives internationales. Propriété retenue ou cédée à titre de garantie. Redressement judiciaire : concordat de redressement. Régime général des sûretés. Registre du commerce et du crédit mobilier. Règlement préventif. Règlements et décisions. Saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières. Saisie des rémunérations. Saisie foraine. Saisie immobilière. Saisie-appréhension. Saisie-attribution. Saisie-revendication. Saisies conservatoires. Saisie-vente. Sanctions civiles et commerciales des procédures collectives d'apurement du passif. Société à responsabilité limitée. Société anonyme avec administrateur général. Société anonyme avec conseil d'administration. Société anonyme faisant appel public à l'épargne. Société coopérative. Société de fait. Société en commandite simple. Société en nom collectif. Société en participation. Société entre époux. Théorie générale des voies d'exécution. Titres et valeurs mobilières. Vente commerciale.

PRÉFACE

Le professeur Paul-Gérard Pougoué a eu l'audace de lancer une œuvre d'envergure en se proposant d'offrir un « corpus juris » doctrinal et jurisprudentiel de la législation de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, qui a désormais acquis droit de cité dans le monde entier sous son sigle « OHADA ». Il a tenu son pari. L'Encyclopédie de l'OHADA est sur pied.

Nous ressentons comme un insigne témoignage d'estime et de confiance d'avoir été appelé à célébrer ce nouveau né de la science juridique. Il fait honneur à son promoteur, animé de la volonté farouche de ceux qui ont un projet ambitieux à mener à terme, qui a déployé d'intenses et incessants efforts et à qui revient, en tout premier lieu, les chaleureuses félicitations que la communauté des juristes se doit de lui témoigner.

Il honore aussi le Président Abdou Diouf dont le soutien à la consolidation de l'OHADA ne se dément pas et qui, une fois de plus, l'a manifesté en apportant à cette entreprise sa sollicitude et son parrainage.

On ne saurait omettre de souligner le travail des nombreux auteurs qui ont apporté leur contribution. Tous les secteurs de la législation OHADA ont été soigneusement explorés. Grâce à eux, le lecteur y trouvera les connaissances indispensables à la pénétration de ce nouveau droit.

Celui-ci méritait ce lourd travail et l'enrichissement qu'il lui procure.

Il est un droit moderne. Pas seulement, parce qu'il est récent, n'ayant pas encore vécu deux décennies, voire tout récent, puisque certaines de ses dispositions, déjà réformées (actes uniformes droit commerciale général, sûretés et sociétés coopératives), sont entrées en vigueur en 2011 et que toutes les dispositions d'origine sont en cours de révision. Mais surtout parce qu'il est au fait des besoins actuels des affaires. Les investisseurs étrangers y trouveront les techniques les plus affirmées et les plus sophistiquées, telles que celles relatives à l'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier. Et les opérateurs économiques locaux auront à leur portée des règles classiques, éprouvées partout ailleurs dans le monde. Nul n'est en effet obligé d'user des moyens juridiques que la loi prévoit. Ce qui importe, c'est qu'elle n'oublie pas les besoins de tous les agents économiques quel que soit le stade de développement de leur activité. Par exemple, un opérateur de l'économie informelle y trouvera les mesures simples pour entrer dans la vie juridique des affaires au moment où son activité le requerra, tels que bail, droit de rétention,

gage ou nantissement, société, etc. Qui compare les décisions de justice rendues par différentes juridictions du monde ne peut, en effet, manquer d'être frappé par la similitude des opérations économiques, de l'encadrement juridique auquel elles donnent lieu, des litiges qui en résultent et des solutions qui leur sont appliquées.

Le même regard sur ce qui est jugé de par le monde enseigne aussi que le droit OHADA est un droit ouvert. Il n'enferme pas ses utilisateurs dans un carcan juridique et il leur permet de prendre leur part dans la mondialisation de l'économie. Il est apte, au contraire, au commerce juridique avec le droit du reste du monde. Il est naturellement proche des droits de l'Afrique du Nord et du Proche et Moyen Orient qui sont inspirés de la même culture juridique civiliste, et, par là, de tous les droits qui reposent sur la même inspiration, soit ceux des deux tiers des pays de la planète (voir le site JuriGlobe de l'Université d'Ottawa). Mais il est aussi en mesure de coexister avec les droits des pays dits de common law. D'une part, ces droits présentent avec lui une parenté dès lors qu'ils s'expriment par des lois écrites : les mêmes causes produisant les mêmes effets, les dispositions écrites appellent une méthode de lecture et d'interprétation identiques ; aussi bien, même si leur contenu n'est pas identique, le juriste civiliste et le common lawyer useront de moyens similaires pour parvenir à le déterminer, car un droit écrit est, avant toute chose, un droit écrit ! D'autre part, les affaires requièrent partout les mêmes besoins. Sous des terminologies différentes se retrouvent donc des outils comparables. Bien souvent, les différences relevées par les uns ou les autres n'ont pas de rapport avec le régime juridique auquel elles sont imputées. Dire, par exemple, qu'il restera toujours entre le droit OHADA d'inspiration civiliste et le droit de common law un fossé infranchissable quant au partage des bénéfices réalisés par une société commerciale, le premier étant moins favorable aux associés que le second, est totalement étranger au régime juridique des sociétés ; cette option repose sur un choix exclusivement économique ; la controverse française sur une prime en faveur des salariés imposée aux sociétés qui distribuent des dividendes, lancée en avril 2011, le prouve bien puisqu'elle résulte d'une décision purement politique du président de la République. De telles affirmations sont d'ailleurs démenties par les faits. Ainsi, le Boston Consulting Group consacre, dans un rapport établi pour la première fois, que huit pays, les « African challengers », tirent la croissance du continent. Parmi ces huit, cinq sont de culture juridique civiliste,

notamment française (l'Algérie, l'Égypte, la Libye, le Maroc et la Tunisie), deux sont de culture largement civiliste (Afrique du Sud et l'île Maurice), un seul (le Botswana) pouvant être considéré, au moins en apparence, de common law (*Le Monde*, 2 juin 2010 : « En Afrique, une quarantaine d'entreprises témoignent du décollage du continent »).

L'OHADA a supprimé l'incertitude sur le droit applicable puisé, avant sa mise en œuvre, dans les codes français civil ou de commerce de 1804 ou de 1807 ou, dans le cas du Cameroun anglophone (voir M. S. Tumnde, *OHADA as Experienced in Cameroon, Unified Business Laws for Africa*, GMB Publishing Ltd, London, 2009) dans des lois anglaises de 1882, 1890, 1893. Désormais, en Afrique, la vie économique d'une population d'environ 120 millions, dont le taux de croissance annuelle avoisine 4 % (et peut-être trois fois plus si l'on se fie aux indicateurs d'Alwyn Young exploités à partir des enquêtes « Démographie et santé » diligentées par l'Agence américaine de développement : *Le Monde*, 24 mars 2010, « L'autre croissance de l'Afrique », par P. Askenazy) est soumise à un droit des affaires connu, praticable et uniforme. L'UEMOA (Union économique et monétaire de l'Afrique de l'Ouest), qui regroupe huit pays dont le droit est celui de l'OHADA, connaît une intégration économique croissante, les échanges intracommunautaires étant passés de 12 % des échanges totaux en 2005 à 15,5 % aujourd'hui. Cette clarification du droit attire d'ailleurs aujourd'hui bien des regards extérieurs. La sphère caribéenne a entrepris, sous le sigle OHDAC, de se doter d'un droit uniforme. La Banque mondiale cherche à rapprocher la législation de droit des affaires de la zone dite « Middle East Near Africa » (MENA) sous la forme de lois modèles, estimant que cette harmonisation favoriserait l'intégration économique

des pays allant du Maroc au Golfe arabe, laquelle est considérée comme un facteur de développement économique.

Certes, des faiblesses handicapent le plein épanouissement de l'OHADA. Elles ne tiennent pas à son contenu mais à son application juridictionnelle. La Cour commune de justice et d'arbitrage » (CCJA), localisée à Abidjan, est éloignée pour les justiciables des autres pays membres. Les cours suprêmes nationales sont montrées du doigt pour leur résistance à accepter de se départir à son profit. La médiation n'est guère mise en valeur dans la zone. Les juges et plus largement les juristes n'ont pas toujours reçu une formation adéquate. Le fonctionnement de la justice et du registre du commerce et du crédit mobilier en affecté. Un large besoin de formation se fait sentir. Mais on peut espérer que l'École régionale supérieure de la magistrature (ERSUMA) dont la mission a été élargie parviendra progressivement à relever ce handicap.

De sérieuses raisons incitent à croire en l'OHADA. Les énergies africaines, stimulées par une économie qui s'éveille, comme celles qui ont réussi à bâtir l'encyclopédie de l'OHADA viendront à bout, avec un peu de temps, des insuffisances juridictionnelles actuelles. Faisons donc confiance à l'avenir et souhaitons bon vent à l'« Encyclopédie de l'OHADA » qui, au fil du temps, devrait devenir aussi connue et consultée que l'« Encyclopédie Dalloz » que tous les étudiants en droit de langue française ont été amenés à fréquenter !

Barthélemy MERCADAL

*Agrégé des Facultés de Droit
Professeur émérite du Conservatoire National
des Arts et Métiers
Vice-président/secrétaire général
de l'Institut du droit d'expression française*

AVANT-PROPOS

Il faut tresser des lauriers à Paul-Gérard POUGOUÉ, le promoteur de cet ouvrage. Son projet est ambitieux : exposer l'ensemble des règles adoptées par l'OHADA et mobiliser pour cela de nombreux auteurs, universitaires et praticiens du droit, des États membres de l'organisation africaine.

Concevoir une Encyclopédie juridique ayant pour objet une cohorte d'institutions ayant tout juste une dizaine d'années d'existence, c'est déjà en soi un projet délicat, puisque le temps n'a pas encore permis de patiner des règles souvent nouvelles. On en mesure en même temps le vif intérêt lorsque l'on sait que les multiples « entrées » permettront d'accéder au plus vite au cœur de connaissances dont ont besoin notamment les praticiens du droit en mal d'informations. De ce point de vue l'Encyclopédie se révèle être indispensable aux habitués du « Code Vert » et des Traités (qui proposent une analyse globale des Actes uniformes), réalisés par Juriscope avec le concours de la communauté juridique africaine.

Le projet est encore plus délicat lorsque l'on sait que certains Actes uniformes ont déjà été l'objet de réformes récentes et que d'autres ont vocation à être substantiellement modifiés au cours des années à venir. L'instabilité du droit, qui ne facilite pas sa prévisibilité et son assimilation par les acteurs du monde juridique, ne manquera pas de troubler les nuits des responsables de cet ouvrage, contraints périodiquement d'en actualiser très profondément le contenu. Le sort de Sisyphe n'est pas, que je sache, un sort enviable.

Pour mener à terme son projet, Paul-Gérard POUGOUÉ a su et saura fédérer les énergies du monde des juristes et les mettre au service de ce projet commun. C'est

l'occasion de dire que le Traité de Port-Louis et les Actes uniformes qui ont été adoptés par la suite ont eu un immense mérite. Ce nouveau droit uniforme, les États membres se le sont très vite appropriés pour en faire l'objet principal de la réflexion de leurs juristes, magistrats, professions juridiques et universitaires confondus. L'une des vertus principales de ce nouveau droit des affaires a été de faire apparaître une véritable « doctrine juridique » sans frontières. Pour preuve, une cinquantaine de thèses de doctorat en droit ont déjà été soutenues, un plus grand nombre est en cours de préparation ; et que dire des multiples contributions qui ont envahi les revues juridiques, au-delà même souvent de l'espace OHADA ! L'OHADA a permis de révéler une doctrine africaine, masquée jusque-là par son confinement résultant de la diversité des droits nationaux. On peut, on doit en déduire les conséquences. L'Afrique dispose des moyens de se réappropriier la confection de ce droit et la maîtrise de son évolution. La conséquence en sera vraisemblablement que ce droit ne sera pas guidé par le seul souci de respecter les tendances de la mondialisation du droit. S'il est vrai que l'OHADA a pour vocation de donner plus de sécurité aux investisseurs étrangers, elle a également pour raison d'être de faciliter un développement endogène reposant sur les initiatives des agents économiques africains eux-mêmes. Cela suppose vraisemblablement que ce nouveau droit des affaires fasse une place aux traditions africaines trop absentes du droit actuel.

Jacques DAVID
Agrégé des facultés de droit

PRÉSENTATION DE L'ENCYCLOPÉDIE

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) (le *Traité créant l'OHADA a été signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis. Il est entré en vigueur le 18 septembre 1995. Il vient de connaître sa première révision le 17 octobre 2008 à Québec ; celle-ci est entrée en vigueur le 21 mars 2010*), quel original modèle d'intégration juridique ! L'intuition des pères fondateurs est d'intégrer le droit des affaires en vue de transformer l'espace OHADA en un nouveau pôle de développement. Pour une fois, l'intégration est recherchée par le droit ; ce dernier doit jouer un rôle d'impulsion de l'intégration économique. Objet de curiosité et de scepticisme au départ, le modèle d'intégration juridique OHADA conforte chaque jour son originalité et fait même aujourd'hui l'objet de convoitise (*le modèle OHADA inspire d'autres espaces, notamment l'Afrique australe, le grand Caraïbe*).

D'abondantes et riches monographies rendent compte du droit OHADA. Mais, au fur et à mesure de l'affermissement de l'expérience OHADA, se fait sentir le besoin d'une réflexion combinant l'analyse savante et les attentes de la pratique, les recherches étiologiques et téléologiques, les regards rétrospectifs et prospectifs. C'est l'enjeu de la présente encyclopédie. Celle-ci entend ainsi scruter les interpellations de natures diverses sur l'OHADA.

Il s'agit tout d'abord des questions d'ordre général sur l'OHADA. En effet, au-delà de l'affirmation de l'évidence d'un espace OHADA, l'on se demande si l'on n'a pas affaire à un ordre juridique ; son existence reste à démontrer, sa coexistence avec les ordres juridiques des communautés régionales africaines et des États parties à l'OHADA à préciser. La CCJA œuvre pleinement à la construction de cet ordre juridique, en dégagant, des valeurs culturelles et philosophiques et des normes de l'espace OHADA, des principes généraux du droit et en élaborant une jurisprudence cohérente et logique allant souvent au-delà de la lettre des textes. Dans le prolongement de l'ordre juridique, se profile la question de la famille juridique. Le droit OHADA n'a de chance de se développer harmonieusement que s'il s'enracine dans sa famille juridique originelle tout en dialoguant avec d'autres systèmes juridiques afin, le cas échéant, de s'enrichir de leurs expériences compatibles avec sa culture juridique et ses pratiques judiciaires. Techniquement, il s'agit d'une approche de droit comparé. Ce dernier n'est pas seulement une méthode qui recherche les divergences et les convergences ; il a surtout une fonction critique, aussi bien sur le terrain de l'épistémologie

qui a pour objet le savoir juridique que sur celui de la théorie du droit, c'est-à-dire la manière de concevoir le droit. Véritablement, le droit comparé est devenu un instrument de progrès. Les discussions sur les sources d'inspiration des actes uniformes et sur l'ouverture de l'OHADA à des pays de tradition juridique de common law illustrent cet enjeu majeur.

Il s'agit ensuite des questions de l'attractivité économique du droit OHADA. Dans l'espace OHADA, un double danger doit être évité. L'attractivité économique ne doit pas signifier l'asservissement du droit à l'économie. Le risque serait alors « l'instrumentalisation » ou la « matérialisation » du droit, orienté uniquement vers des intérêts matériels et subordonné aux demandes du secteur économique. Le droit, tout en étant attentif au marché, doit garder son autonomie dominée par l'idéal de justice. Cette ambivalence doit être au cœur de la sécurité des échanges recherchée. De même, les investisseurs à rassurer ne sont pas seulement les grandes firmes multinationales, mais aussi et surtout les petites et moyennes entreprises africaines ainsi que les entrepreneurs de l'économie formelle comme du secteur informel. La modernité du droit OHADA n'est pas assurée par l'incorporation dans ce dernier des mécanismes empruntés aux droits des économies capitalistes avancées, mais suppose la conception des outils adaptés à l'état des économies africaines. Des mécanismes ont beau être modernes, s'ils ne sont pas adaptés, ils ne peuvent véritablement concourir à la sécurité juridique et, par conséquent, l'émergence d'un pôle de développement prôné par le Traité OHADA ne peut qu'être retardée.

Il s'agit aussi des interrogations sur les institutions de l'OHADA. Au départ, l'OHADA était conçue comme un outil technique de sécrétion du droit des affaires. Ce schéma peut-il perdurer ? Si l'OHADA sort de ce schéma peut-il survivre ? C'est toute la question de la nature juridique de l'OHADA, du domaine du droit des affaires formant les matières à uniformiser, des procédés d'harmonisation. Sans des réponses claires à ces questions, l'OHADA pourrait connaître quelques malheureuses turbulences faites de dérive politique et de démesure matérielle aux conséquences imprévisibles sur son propre devenir et le rayonnement de son modèle d'intégration juridique.

Il s'agit enfin des questions autour des notions, concepts et mécanismes de l'OHADA. Leur étude approfondie est indispensable pour leur maîtrise et leur vitalité.

L'encyclopédie du droit OHADA entend donc proposer, d'une part, des analyses des normes positives

de l'OHADA, en insistant sur leur sens, leur attractivité, leur effectivité, leur efficacité, d'autre part, une réflexion sur les enjeux et l'avenir de l'OHADA, autour de l'institution OHADA, de l'ordre juridique OHADA et de la famille juridique OHADA. C'est la seule façon de rendre compte de la réalité, partant, de fournir des outils techniques performants aux praticiens, d'ouvrir des pistes stimulantes aux chercheurs, d'éclairer les choix des décideurs politiques, d'animer une réflexion féconde dans la société.

Quant à sa présentation, l'encyclopédie est construite autour de 91 entrées, traitées en ordre alphabétique par 63 auteurs. Le plus grand soin est apporté à leur détermination, afin de répondre aux diverses logiques au cœur du droit OHADA et aux besoins de la société ainsi qu'aux exigences des usagers quelle que soit leur origine professionnelle ou leur fonction dans la cité. Ainsi, des entrées d'allure globale (*par exemple, OHADA, Acte uniforme, notion de droit OHADA, Attractivité économique du droit OHADA, Modèle d'intégration juridique OHADA*) côtoient des entrées sur les institutions spécifiques (*Par exemple, Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, Registre du Commerce et du Crédit Mobilier*) ou sur des mécanismes et concepts du droit OHADA (*par exemple, Entreprenant, Image fidèle de l'entreprise, Concordat de redressement, Nantissement, Arbitrage selon l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, Société coopérative, Saisie-attribution, Contrats de transport de marchandises par route*).

Les instruments d'accès aux savoirs d'une œuvre d'une telle envergure sont particulièrement soignés. Au début de chaque entrée, sont placées une table des matières et une bibliographie sélective. À la fin de l'entrée, est conçu un index alphabétique qui renvoie à la progression des développements de l'entrée. À la fin de l'ouvrage, se trouve une table analytique des entrées et des auteurs ; pour inviter à aller plus loin, sont proposées une liste des principaux textes et une bibliographie générale du droit OHADA.

La réalisation de l'encyclopédie est une tâche immense. C'est le lieu de féliciter et de remercier vivement les auteurs et le Conseil scientifique pour leur engagement pour l'OHADA, leur conviction en la place du droit dans la construction de la société et de l'humanité, leur amitié. Leur engouement a très vite conforté la conviction en l'initiative ; leur dévouement a considérablement allégé le labeur ; leur générosité a permis de tenir le difficile pari du délai. Il faut signaler les tendances professionnelles ou académiques diversifiées des auteurs : universitaires privatistes, publicistes, historiens, spécialistes de gestion ; professionnels des métiers du droit et de la comptabilité. Tout le monde est ainsi appelé à ce partage de l'amour pour le droit,

de l'intérêt pour l'OHADA, de l'espoir pour l'émergence d'un pôle de développement en Afrique. Il faut surtout saluer la présence parmi les auteurs de jeunes collègues ; la relève est assurée ; peut être envisagée avec sérénité la remise de l'ouvrage sur le métier.

La réalisation de l'encyclopédie a aussi nécessité un délicat et minutieux travail de secrétariat : secrétariat général, secrétariat de relecture linguistique, sémantique et syntaxique, secrétariat éditorial et méthodologique, secrétariat informatique. Ces ouvriers de l'ombre, d'une disponibilité et d'une vigilance de tout instant, ont accompli un travail considérable. Nous leur adressons nos sincères et chaleureux remerciements avec la conviction que ces moments d'intense collaboration ont entretenu entre nous de profonds sentiments d'amitié et de sympathie.

L'encyclopédie n'aurait pas été réalisée sans l'appui matériel de nombreux organismes qui y ont spontanément cru : le Secrétariat permanent de l'OHADA, l'École Régionale Supérieure de Magistrature, l'Organisation Internationale de la Francophonie, l'Université de Yaoundé II, la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Yaoundé II, JURISCOPE, la Cour Suprême du Cameroun. Nous les remercions sincèrement.

Mais surtout cette œuvre n'a été rendue possible que grâce à l'adhésion immédiate de certaines personnalités : d'abord, celles qui constituent le Comité de patronage ; ensuite, Monsieur Alexis DIPANDA MOUELLE, Premier Président de la Cour Suprême du Cameroun ; par-dessus tout, Son Excellence ABDOU DIOUF qui a spontanément accepté d'être le Président d'Honneur de l'Encyclopédie.

Les membres du Comité de patronage nous ont assistés par leurs précieux conseils ; leur autorité a constitué une caution inestimable. Très humblement, nous leur exprimons notre infinie gratitude.

Le Président ABDOU DIOUF a joué un rôle déterminant dans l'avènement et le développement de l'OHADA. Son engagement personnel dans la réalisation de cette œuvre est une marque inouïe de confiance qui a canalisé l'idée de l'encyclopédie et permis de façon considérable de transformer le rêve en réalité. Qu'il trouve ici l'expression de notre profonde reconnaissance et de notre déférence considération. Le collège des auteurs et moi-même, avons entendu traduire celle-ci par la qualité d'un travail qui, pour être à la hauteur de la stature du Président d'honneur de l'encyclopédie, doit constituer un apport à la consolidation du modèle OHADA et à une considération nouvelle pour le droit OHADA. Si seulement tel était le cas, notre but serait atteint.

Paul-Gérard POUGOUÉ

ACTES DE COMMERCE

Table des matières

Introduction n° 1-5

§1 – Identification des actes de commerce n° 6-19

- A – Actes de commerce recensés dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général n° 7-16
- B – Actes de commerce non inventoriés dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général n° 17-19

§2 – Régime juridique des actes de commerce n° 20-26

- A – Règles de fond n° 21-23
- B – Règles de forme et de procédure n° 24-26

Bibliographie

- CISSE (A.), « Le nouvel élan du droit OHADA », *Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 47 et s.
- DIFFO TCHUNKAM (J.), « Regards croisés sur la distinction droit civil-droit commercial à l'épreuve de l'OHADA », *Obadata*, D-09-37.
- MARTOR (B.), PILKINGTON N. et autres, *Le Droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, Paris, 2009.
- MODI KOKO (H.B.), *Droit communautaire des affaires*, OHADA-CEMAC, les éditions Dianioia, Chennevières-sur-Marne, 2008.
- NGWE (M.A.), « La réforme du registre du commerce et du crédit mobilier », *Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 56 et s.
- POUGOUÉ (P.G.), FOKO (A.), *Le Statut du commerçant dans l'espace OHADA*, PUA, coll. « Vademecum », Yaoundé, 2005.
- POUGOUÉ (P.G.), KUATE TAMEGHE (S.S.), *Les Grandes Décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, L'Harmattan, coll. « Études africaines », Paris, 2010.
- SANTOS (A.P.), YADO TOE (J.), *Droit commercial général*, coll. « DU », Bruylant, Bruxelles, 2002.
- TRICOT (D.), « Statut du commerçant et de l'entrepreneur », *Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 67 et s. ; « Prescription », *ibid.*, p. 70 et s. ; « La vente commerciale », *ibid.*, p. 75 et s.
- YONDO BLACK (L.), « Les enjeux de la réforme : une volonté de favoriser la création d'entreprises, les échanges commerciaux et la confiance dans la zone OHADA », *Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 42 et s.

1. Dès le préambule du traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, les pères fondateurs de l'OHADA affirmaient être persuadés, la formule est devenue populaire, de la nécessité de mettre en place, dans les États qui concluraient de ce traité, « un droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises ». À leur sens, il était essentiel que cet instrument garantisse la sécurité juridique des activités économiques, l'objectif ouvertement affiché étant de « favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement ».

2. Une telle profession de foi ne pouvait pas ne pas avoir des conséquences fortes. Elle exigeait, d'entrée de jeu, qu'une place privilégiée soit réservée aux actes de commerce à l'occasion de l'élaboration des règles ayant vocation à s'appliquer dans l'espace géographique que couvre l'OHADA. Sans surprise, l'article 2 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, l'un des premiers à être adoptés et à entrer en vigueur, posa la règle selon laquelle, « est commerçant celui qui fait de l'accomplissement des actes de commerce par nature sa profession ». Après seulement, furent énoncées les opérations ayant le caractère d'actes de commerce.

3. Anodin d'apparence, cet ordre n'est pas neutre. Divers arguments inclinent en effet à penser qu'il traduit un choix, celui de faire primer le statut de commerçant sur les opérations commerciales elles-mêmes. Pour s'en convaincre résolument, il suffit tout d'abord de remonter au traité et d'observer, à l'article 2, que seul le statut juridique du commerçant apparaît expressément au nombre des points censés être harmonisés au plus vite. Ensuite, en revenant au premier livre de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général et à son premier chapitre, le constat s'impose qu'ils sont respectivement intitulés « *Statut du commerçant* » et « *Définition du commerçant et des actes de commerce* ». C'est précisément dans cette progression que l'article 2 définit le commerçant et que l'article 3 complète la mise au point terminologique opérée plus haut en éclairant au sujet de ce que l'on devrait rattacher à la catégorie des actes de commerce au cœur de la présentation faite du commerçant.

Sans forcer le trait, il se devine que les rédacteurs de l'Acte uniforme ont tenté, en se gardant de l'exprimer ouvertement, de se prononcer sur la controverse récurrente relative au domaine du droit des affaires que l'OHADA entend harmoniser. L'attitude ne surprend pas

lorsqu'on se souvient qu'il n'existe pas ici une acception suffisamment globalisante, communément admise et faisant autorité. A travers le temps et dans l'espace, deux grandes tendances ont en effet opposé les auteurs sur ce terrain (*sur l'ensemble de cette querelle, voir not. SANTOS A.P., YADO TOE J., Droit commercial général, coll. DU, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 13 et s.*). La première tendance, dite subjective ou personnelle était esquissée à partir du commerçant regardé tantôt comme un sujet de droit, tantôt comme un professionnel. Pour elle, le droit des affaires ou plutôt le droit commercial d'après les formules de ses tenants, désignait l'ensemble de règles applicables aux négociants, marchands, banquiers et courtiers. La seconde tendance, dite objective ou réelle mettait l'accent non plus sur la condition du commerçant ou sur sa catégorie socioprofessionnelle de rattachement, mais sur les activités effectuées par ce dernier. Le droit commercial était alors perçu comme celui des opérations commerciales, lesquelles peuvent parfois être passées par des non-commerçants ayant notamment la qualité d'entrepreneur (récemment introduite dans le droit issu du traité OHADA, notamment aux articles 30 et suivants de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général adopté le 15 décembre 2010).

4. À l'évidence, la tentative de prendre parti dans le débat relatif au contenu du droit des affaires n'était pas bien inspirée. C'est que, sur la base du raisonnement développé sous les articles 2 et 3 précités, l'observateur pourrait *a priori* croire que la conception subjective est la seule à avoir été retenue dans l'espace que couvre l'OHADA. Confirmant cette lecture, le chapitre préliminaire de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général indique utilement que « *tout commerçant, personne physique ou morale* » est soumis à ses prévisions et que « *tout commerçant demeure soumis aux lois non contraires* » en vigueur dans l'État où se situent son établissement et son siège social. Pareillement, et toujours en faveur de la conception subjective, l'article 60 alinéa 1^{er} dispose que « *toute personne (...) assujettie à l'immatriculation (...) qui n'a pas demandé celle-ci dans les délais prévus, ne peut se prévaloir, jusqu'à son immatriculation, de la qualité de commerçant* ». Pourtant, avec un peu de recul, on perçoit parallèlement que l'acception objective est loin d'avoir été sacrifiée. L'élément le plus convainquant dans ce sens se trouve à l'article 2 du traité OHADA où il est énoncé que « (...) *entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure (...)* ».

5. Quoi qu'il en soit de ce choix, la certitude est acquise que le débat de fond concernant les actes de

commerce est relatif d'une part à leur identification (I), d'autre part à leur régime (II) lequel devrait être distingué du statut de commerçant. En effet, si l'on occulte des situations comme celle de l'entrepreneur qui peut durablement passer des actes de commerce en sa qualité, il restera encore que dès l'instant où un individu n'a pas le bénéfice d'une autonomie au plan professionnel il peut pendant longtemps accomplir des actes commerciaux sans jamais devenir commerçant.

§1 – Identification des actes de commerce

6. Les commerçants étant, selon les termes de l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général aujourd'hui en vigueur, ceux qui accomplissent des actes de commerce par nature et en font leur profession, il était de bonne méthode de donner un aperçu suffisamment clair de ces derniers. Le législateur l'a compris. Il s'y est attelé en dressant un inventaire des actes de commerce (A). Pour méritoire qu'il soit, cet effort n'interdit nullement d'aller un plus loin et d'en rechercher le critère, puisque la liste des opérations commerciales dressée est visiblement incomplète (B).

A – Actes de commerce recensés dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général

7. Peu nombreux sont ceux qui n'ont pas entendu dire, sous l'empire du code de commerce dont la quasi-totalité des dispositions s'appliquait hier encore dans la plupart des pays francophones d'Afrique, que la liste des actes de commerce développée à ses articles 632 et 633 était à la fois obsolète et inachevée. C'est assez dire que l'un des défis des promoteurs de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général était de la moderniser afin de l'adapter à l'objectif décliné de garantir la sécurité juridique des activités économiques et, par contrecoup, d'encourager l'investissement. À s'en tenir aux conclusions d'une étude récente (POUGOUÉ P.G., FOKO A., *Le statut du commerçant dans l'espace OHADA*, PUA, coll. *Vademecum*, Yaoundé, 2005, p. 21 et s.), ce défi a été relevé dans trois directions : la multiplication des opérations de négoce, l'accroissement des prestations de service, la consécration de la non-exhaustivité des actes de commerce dressés.

La consultation des articles 3 et 4 accrédite ces vues. En effet, dans l'ordre de leur énumération, les opérations suivantes y sont présentées comme commerciales : l'achat de biens, meubles ou immeubles en vue de leur revente ; les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit ; les actes entre commerçants pour les besoins de leur commerce ;

l'exploitation industrielle de mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles ; les opérations de location de meubles ; les opérations de manufacture ; les opérations d'intermédiaires de commerce ; les actes effectués par les sociétés commerciales ; la lettre de change, le billet à ordre, le warrant.

8. « L'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente ».

À dire vrai, l'achat d'objets mobiliers pour les revendre était déjà l'acte de commerce le plus pratiqué. Il portait tantôt sur les meubles corporels réputés avoir une existence matérielle et donc susceptibles d'être regardés, touchés ou déplacés, tantôt sur les meubles incorporels dont la spécificité irréductible est de n'être pas palpables à l'instar des créances, des droits intellectuels ou sociaux, du fonds de commerce, des licences d'exploitation. Dans le détail, l'opération consiste en une succession de deux contrats, précisément un achat et une vente, mais formant un tout car reliés par l'intention de faire un bénéfice (GUYON Y., *Droit des affaires. Tome I, 11^e édition, Economica, Paris, 2001, p. 47, n° 53*). Ainsi, l'individu qui achète un bien quelconque pour en user et par la suite le revend, n'accomplit pas pour autant un acte de commerce car le projet n'était pas, au moment de l'acquisition, de le revendre pour en dégager un profit.

Quant à la commercialisation des immeubles, elle constitue une nouveauté. En effet, à l'époque de l'élaboration du code de commerce, ceux-ci étaient exclus du champ commercial. À la base de ce choix se trouvaient des arguments liés tantôt à la sociologie économique, tantôt à la psychologie sociale. Résumée, l'idée était que les choses mobilières sont de peu d'importance. À l'opposé, et Portalis l'aurait lui-même souligné lors d'une consultation donnée publiquement à Aix-en-Provence quelques années avant la mise au point de ce code, les immeubles n'ont pas vocation à passer de main en main, « les droits attachés au domaine sont toujours plus sacrés et plus inviolables que dans la propriété mobilière » (cité par MESTRE J.L., « *La déclaration des droits de 1789 et la propriété immobilière* », *RFDC n° 26, 1996, p. 233*). Cette grille de lecture ne pouvait n'être pas favorablement accueillie dans les États francophones d'Afrique où le code de commerce fut rendu applicable à la faveur du mouvement colonial. C'est que, ici, la terre était depuis longtemps regardée non pas comme la propriété d'un homme, quel qu'il soit, mais comme celle d'un groupe ou d'une famille. Et la famille concernée n'était pas entendue au sens restreint regroupant exclusivement les personnes en vie. Bien plutôt, il s'agissait, au sens le plus large, de personnes déjà décédées, de celles vivantes et à naître. En conséquence, l'individu ayant l'usage d'un immeuble qui le commercialisait courait le risque de la malédiction des ancêtres et des divinités villageoises (Sur l'ensemble de ces questions, voir not. ANYANGWE C., « *Land tenure and interest in land in cameroonian indigenous law* », *RCD n° 27, 1984, p. 35 et s.* ; CONAC F. et CONAC G. (dir.), *La terre, l'eau et le droit en Afrique,*

à Madagascar et à l'île Maurice, Bruylant/AUPELF-UREF, Bruxelles, 1998 ; OLAWALE ELIAS T., *La nature du droit coutumier africain, Présence africaine, Paris, 1988*).

Avec la crise du logement et l'extension contemporaine du périmètre urbain, cette conception rigide de la propriété immobilière a été infléchie. L'évolution avait d'ailleurs déjà été amorcée sous d'autres cieux et notamment en France où, assez tôt, l'article 632 du code de commerce a été complété pour élargir la catégorie des actes de commerce à l'achat d'immeubles en vue de leur revente en l'état (Voir l'article L 110-1-1 de ce code). N'étaient donc écartées de la sphère commerciale que les activités des promoteurs immobiliers consistant essentiellement à acquérir des propriétés non bâties, à y édifier des constructions, à les vendre en bloc ou par locaux (MEVOUNGOU NSANA R., « *De la pratique à la loi : bref aperçu sur la loi n° 2009/009 du 10 juillet 2009 relative à la vente d'immeubles à construire* », *Juridique périodique n° 82-2, 2010, p. 86 et s.*).

9. « Les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit ».

Les opérations de banque sont variées. Elles consistent pour l'essentiel à recevoir des fonds du public, louer des coffres, octroyer le crédit sous toutes ses formes, offrir et gérer les moyens de paiement.

Les opérations de bourse consistent à acheter, gérer et vendre des titres, valeurs mobilières ou plus globalement des produits financiers.

Les opérations de change donnent lieu à la conversion de devises, c'est-à-dire à recevoir une monnaie et à en fournir une autre ; à transférer les capitaux au moyen d'effets de commerce du lieu de la remise à celui du paiement.

Le courtage est l'activité de celui qui met en rapport des personnes en vue de faciliter ou organiser la conclusion de conventions, opérations ou transactions diverses entre ces personnes.

Les opérations d'assurances sont celles par lesquelles, moyennant paiement de primes, promesse est faite à celui qui s'engage de verser à lui-même ou à un tiers désigné par ses soins, une indemnité au cas de réalisation d'un risque. Si les sinistres concernés étaient initialement limités au commerce en mer et donc essentiellement aux incendies et avaries, ils sont aujourd'hui étendus et couvrent la quasi-totalité de l'activité de l'homme et des risques auxquels les gens peuvent être exposés : impayés, vols, accidents, décès, etc.

Enfin, le transit est l'opération par laquelle un commissionnaire spécialisé, appelé transitaire, effectue des formalités matérielles et juridiques rendues incontournables par le passage de marchandises en transit, c'est-à-dire entre deux étapes distinctes d'un déplacement unique. Par exemple, entre la fin d'un transport routier et le début d'un transport maritime, entre le terme d'un transport aérien et le commencement d'un transport ferroviaire. Le transitaire intervient donc, selon un groupe d'auteurs, aux points de rupture de charges pour

recevoir les marchandises, les conserver en tant que de besoin, les confier au plus prochain maillon de la chaîne. Il est, en quelque sorte, un « agent de liaison », un « professionnel du passage » (POUGOUÉ P.G., FOKO A., *Le statut du commerçant dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 45, n° 36).

10. « Les actes entre commerçants pour les besoins de leur commerce ».

À l'inverse de ce que l'on pourrait *a priori* penser, tous les actes passés par le commerçant ne sont pas forcément des actes de commerce, à l'exemple de ceux accomplis pour son usage particulier. Afin de distinguer les actes liés à l'usage domestique de ceux passés pour les besoins de son exploitation, l'article 632 al 10 du code de commerce réputait commerciales « toutes les obligations entre négociants, marchands et banquiers ». Clarifiant le sens de ce bout de phrase, la jurisprudence avait consacré le principe de la commercialité par accessoire suivant lequel, tous les actes faits par un professionnel à l'occasion de son commerce sont réputés commerciaux. C'est cette solution qui est formellement incorporée dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général. Ainsi, l'individu qui achète une fourgonnette devant servir à livrer ses marchandises accomplit un acte commercial, puisque l'achat est lié aux besoins ou à l'intérêt de son commerce. De même, celui qui se procure des emballages devant servir à emballer les marchandises vendues par lui pose un acte de commerce. La règle vaut encore lorsqu'une personne passe des contrats de transport liés à son activité commerciale, lorsqu'elle a recours à un cautionnement dans l'intérêt de celle-ci, lorsqu'elle conclut un bail en vue de l'exploitation d'un commerce. Mettant à l'écart le doute qu'elle a pu avoir à une certaine époque, la jurisprudence n'hésite plus à considérer que l'acquisition d'un fonds de commerce dans la perspective de l'exploiter est un acte de commerce par accessoire (*Civ.*, 19 nov. 1924, *D.* 1926, 1, 138). Allant plus loin et procédant à une généralisation, elle présume la commercialité des engagements extracontractuels nés d'une faute du commerçant dans l'ensemble des hypothèses où cette erreur se rattache à l'exercice de son activité professionnelle (*Com.*, 7 avril 1967, *D.S.* 1968, 61, note Calais-Auloy).

Quelques remarques sont cependant à faire ici.

Premièrement, si les actes accomplis par le commerçant sont frappés d'une présomption de commercialité, parce que réputés passés pour les besoins de sa profession, encore faut-il ajouter que la présomption est simple et donc peut être renversée par la preuve contraire.

Deuxièmement, la théorie de l'accessoire joue en sens inverse (acte civil par accessoire). Quelques actes de commerce seront exceptionnellement considérés comme civils et n'emporteront pas application du droit commercial, en raison de la profession civile exercée par leur auteur. À titre d'exemple, dans les villes dépourvues de pharmacie, les médecins, dentistes et vétérinaires qui vendent des médicaments ou des prothèses à leurs

patients ne sont pas des commerçants de ce seul fait, car la vente des médicaments et prothèses est accessoire à leur profession et conduite pour les besoins ou à l'occasion de celle-ci. De même, les institutions d'enseignement privé qui reçoivent des élèves ou des étudiants internes et pourvoient à leur logement et à leur restauration, à titre onéreux, ne sont pas commerçantes bien qu'accomplissant des opérations semblables à celles des hôteliers et des restaurateurs car ces actes ne sont que des outils indispensables à l'exercice de leur profession libérale.

Troisièmement, il peut arriver, et il arrive couramment d'ailleurs, que le même acte soit civil à l'égard de l'un et commercial à l'égard de l'autre. Un tel acte, dont la spécificité est de n'être qualifié qu'à la lumière de la fonction de l'individu l'ayant passé, est dit mixte. L'exemple topique en est celui du paysan qui vend sa récolte de cacao, de café ou de coton à un négociant de la filière. À l'examen, l'acte est civil pour le premier et commercial pour le second. La situation est la même lorsqu'une ménagère acquiert ses ustensiles de cuisine dans un « magasin » ou au marché, lorsque l'auteur d'une œuvre littéraire cède à un éditeur le droit de reproduire celle-ci sur un support précis à charge pour lui d'en assurer la publication et la diffusion, moyennant une rémunération forfaitaire ou proportionnelle à la reproduction. Un tel contrat, connu sous l'appellation « contrat d'édition », est commercial pour l'éditeur et civil pour l'auteur.

11. « L'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles ».

De civiles qu'elles étaient hier, les exploitations de mines, de carrières et de gisements de ressources naturelles sont désormais commerciales.

Peu importe la valeur accordée au minerai, à la carrière ou aux ressources naturelles concernés. Il pourra donc s'agir de matières premières de valeur résiduelle comme le charbon, le sable, la pouzzolane ; de matières premières plutôt recherchées à l'exemple du bois, du fer, du cuivre, de l'uranium, de l'or, du diamant, des hydrocarbures.

En revanche, et cela ne devrait pas être perdu de vue, la commercialité des opérations visées ici suppose que l'exploitation ait un caractère industriel. Quelle en est la signification ?

Négativement, est industrielle l'exploitation n'ayant pas un aspect artisanal. Au Cameroun, pour s'en tenir à ce cas de figure, l'artisan se singularise par ceci qu'il effectue personnellement un travail manuel, n'accomplit des opérations commerciales que lorsqu'elles sont en lien avec son activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de service exercée de manière autonome dans une unité de dimension modeste. Le point de vue est en parfaite harmonie avec l'article 2(m) du décret du 22 novembre 1993 fixant les modalités d'application de la loi du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale d'après les termes duquel « les artisans sont des employeurs travailleurs-indépendants qui assument la pleine responsabilité, la direction et la gestion de leurs

entreprises tout en participant eux-mêmes au travail. Ils peuvent recourir aux membres de leurs familles, aux compagnons ou apprentis.

Positivement, et dans le sillage des critères précédemment exposés, l'exploitation industrielle se caractérise par son envergure et donc par le mode de production adopté. Elle suppose d'importants moyens tantôt humains, tantôt matériels. Au fond et tout bien considéré, l'élément décisif devrait davantage concerner le matériel mobilisé. En effet, l'observation de la réalité économique contemporaine incline à soutenir que les entreprises les plus puissantes se passent de plus en plus de la force de travail des gens, que l'industrie du futur s'identifiera par la quantité et la qualité des machines utilisées, la sophistication des procédés de vente auxquels elle recourra, l'envergure du réseau de distribution qu'elle saura créer et animer sans s'attacher les services d'un nombre élevé de salariés.

12. « Les opérations de location de meubles » et exceptionnellement d'immeubles.

Les opérations de location de meubles consistent, pour emprunter aux prévisions du code civil, article 1709, à s'obliger à faire jouir à autrui d'un objet pendant un laps de temps donné et moyennant un prix convenu. Il s'agira la plupart du temps de meubles corporels à l'exemple de véhicules automobiles, du matériel d'équipement davantage connu sous la formule « meubles meublants », etc. Rien ne s'oppose cependant à ce qu'il s'agisse de meubles incorporels à l'exemple de fonds de commerce, de brevets d'invention, de marques de fabrique, des droits de propriété intellectuelle indispensables à certaines exploitations.

Une chose est acquise, la commercialité de l'opération de location de meubles n'est nullement subordonnée à un achat préalable. C'est dire que l'acte consistant à mettre un objet à la disposition d'une personne contre rémunération sera commercial sans que l'on se demande si le bien loué a auparavant été acheté ou non par le loueur. Il se pourra même que celui-ci ait fabriqué la chose ou lui ait fait subir une transformation.

Hormis la location elle-même, la sous-location d'objets n'échappe pas à la commercialité. Il n'en pourrait aller autrement. En effet, on ne comprendrait pas que la commercialité d'une opération de location portant sur des meubles n'ait vocation qu'à se cantonner aux parties au contrat originel, à savoir le loueur et le preneur.

Pareillement, la location pourrait n'être pas une location de type traditionnel. À la location dite « pure et simple » pourraient s'ajouter des formes plus élaborées à l'instar du crédit-bail ou de baux avec option d'achat (POUGOUÉ P.G., FOKO A., *op. cit.*, p. 48, n° 42).

Sauf à signaler que seules sont commerciales les opérations de location de meubles. *A contrario* cela signifie que, sur le plan des principes, la location d'immeubles est un acte civil. Il n'en peut aller différemment qu'au cas où, comme le préconise l'article 101 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, l'im-

meuble loué sert à exploiter une activité de nature industrielle, commerciale, artisanale, professionnelle ; encore autrefois que cet immeuble devait être situé dans une ville peuplée d'au moins cinq mille habitants ainsi que l'exigeait l'article 69 de cet Acte uniforme dans sa version en vigueur avant les amendements introduits le 15 décembre 2010. Au bout du compte et pour faire le point ici, en occultant les considérations se rapportant à la géographie ou à la démographie, la qualification à donner à l'opération de location d'un bien immobilier ne devrait se dénouer qu'à la lumière de la destination de cette dernière résultant du contrat. Dans cette grille de lecture, il n'y aura pas acte de commerce lorsque l'immeuble servira à l'habitation (l'opération de location aura cependant un caractère commercial pour l'intermédiaire ayant permis aux parties de se rencontrer ainsi que le suggère l'article 3 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général). À l'opposé, le bail sera incontestablement commercial lorsque le local sera affecté à l'exploitation d'une activité professionnelle, que celle-ci ait ou non un caractère civil ou commercial (CCJA, *arrêt n° 004/2006, 9 mars 2006, Aka Bélinda c./Société ivoirienne de promotion de supermarchés dite PROSUMA, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA précité, p. 49 et s., obs. A Foko*).

13. « Les opérations de manufacture, de transport et de télécommunications ».

Les opérations de manufacture, pour commencer par elles, consistent selon de vieilles formules qui pour être peu pratiquées n'en sont pas moins éclairantes, à « façonner des matériaux appartenant à un tiers », à les transformer en produits finis ou semi-finis, en se servant de la force de travail d'un grand nombre de personnes. Au fond, depuis longtemps déjà, la règle était admise que c'est ici que se rangent les activités industrielles dont l'objet est, au sens de l'analyse économique, de produire et surtout de transformer les richesses devant servir à la satisfaction des besoins. La nuance était cependant apportée, qui vaut encore de nos jours, que les opérations de manufacture ne sont commerciales que pour autant qu'elles sont effectuées professionnellement, c'est-à-dire dans le cadre d'une entreprise, moins par des hommes que par des machines. C'était d'ailleurs là la ligne de démarcation d'avec l'activité artisanale, puisque dans les deux cas le travail est réalisé à partir non seulement des matières premières achetées, extraites ou cultivées par l'entrepreneur lui-même, mais aussi à partir d'objets appartenant à des tiers et confiés par eux à l'entreprise.

Quant aux opérations de transport, elles donnent lieu au déplacement des personnes ou des biens d'un endroit à un autre. Autrefois, c'est-à-dire à l'époque où la version initiale du code de commerce fut mise au point, ce déplacement s'opérait par la route. Avec le temps et surtout le développement du machinisme et l'industrialisation, il s'étendit aux voies fluviales puis aux chemins de fer. C'est vers le début du XIX^e SIÈCLE que le

transport aérien naquit et vint agrandir la catégorie des actes commerciaux.

Moins bien connues sont les opérations de télécommunications qu'on ne retrouve pas dans l'inventaire dressé aux articles 632 et 633 du code de commerce tel qu'il avait été rendu applicable dans nombre de pays membres de l'OHADA. Certes, par endroits, l'effort avait été entrepris, à la suite du constat de la désuétude du contenu de ces textes, de rendre commerciales de telles opérations. Cependant, même dans ces États, les opérations de télécommunications se réduisaient encore dans un passé récent, dans l'imaginaire collectif, aux communications passées par la voie du téléphone, de la télécopie, du fax. De nos jours, elles s'étendent à ce que les spécialistes enferment volontiers dans la formule « technologies de l'information et de la communication », en abrégé TIC. L'expression englobe tout ce qui touche à la transmission, à l'émission, à la réception de signaux, d'écrits d'images, de sons ou de renseignements de toute nature que ce soit par fil, par optique, radioélectricité ou tout autre système électromagnétique. Telle est du moins la représentation qu'en donnent la loi camerounaise n° 98/014 du 14 juillet 1998 régissant les télécommunications et le décret n° 2001/831/PM du 19 septembre 2001 définissant les modalités d'autorisation de la fourniture des services de télécommunications, en attendant l'avènement de cet Acte uniforme qui, semble-t-il, devrait exclusivement leur être consacré.

14. « Les opérations des intermédiaires de commerce (...) »

Le soin est pris de souligner que les opérations visées sont, entre autres, celles pratiquées dans le contexte de la commission, du courtage, de l'agence. À elles s'ajoutent, préconise l'article 3, les « (...) opérations d'intermédiaires pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de sociétés commerciale ou immobilière ».

Le débat ici pourrait être de savoir s'il était vraiment opportun, après avoir décidé que les opérations effectuées par les intermédiaires de commerce sont commerciales, d'aller au-delà pour procéder à la description qui précède. La préoccupation n'est pas infondée. Pour la comprendre, il n'est que de relever le paradoxe entourant la description concernée. D'une part, le domaine d'intervention des intermédiaires de commerce est assez rapidement et sans rigueur esquissé à l'article 3 précité. Il est cantonné à l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de sociétés. D'où la question de savoir si un intermédiaire de commerce ne pourrait pas par exemple avoir comme activité d'offrir aux particuliers, via internet, la possibilité d'échanger leurs immeubles. D'autre part, tout un livre (aujourd'hui le septième de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général), hier le quatrième de ce texte, composé d'environ 64 articles, soit pratiquement le quart du volume de

ce document, est consacré à ces professionnels et à leurs activités.

De telles ruptures démontrent à l'envie qu'il eût été plus cohérent d'user de la technique du renvoi et d'orienter vers les articles 169 et suivants de cet Acte uniforme. Précisément, le recours à cette méthode permettrait de s'apercevoir, dès l'article 169, que l'intermédiaire de commerce agit habituellement et professionnellement pour le compte d'autrui « *afin de conclure avec un tiers un acte juridique à caractère commercial* » ; donc en réalité que ses attributions présentées à l'article 3 sont loin d'être exhaustives. De même, le recours à cette méthode permettrait de se rendre compte au plus vite, à la suite de la consultation des articles 173 et 174 nouveau (articles 141 et 142 anciens), que la catégorie des intermédiaires de commerce exclut : la représentation résultant d'une habilitation légale ou judiciaire à agir pour des personnes n'ayant pas leur capacité juridique ; la représentation par toute personne effectuant une vente aux enchères publiques ou par autorité de justice à l'instar de l'huissier de justice ou du commissaire-priseur ; la représentation légale prévue par le droit de la famille, le droit des successions, le droit des régimes matrimoniaux, le droit des sociétés ou autres groupements dotés de la personnalité juridique et qui ont des représentants légaux. Le recours à cette méthode permettrait encore de s'apercevoir, à la suite d'une consultation des articles 192 et suivants, que le commissionnaire est cette personne qui se charge d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente, l'achat, le transport ou l'expédition de marchandises moyennant une commission. En s'intéressant spécialement à l'article 208 et à ceux qui le suivent, l'activité de courtage est décrite dans le détail et peut aller des formes les plus classiques comme le courtage maritime ou le courtage d'assurances aux formes les plus récentes à l'exemple du courtage matrimonial. Enfin, en consultant les articles 216 et suivants, il se révèle au grand jour que l'activité de l'agent commercial consiste, de façon permanente, à négocier et éventuellement à conclure des contrats les plus divers au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux, sans être lié à eux par un contrat de travail (*pour d'amples analyses, voir l'entrée sur les intermédiaires de commerce*).

Reste à souligner pour s'en réjouir qu'en unifiant le statut des intermédiaires de commerce il a été pris en compte les critiques autrefois formulées par la doctrine et par les milieux d'affaires qui attireraient l'attention sur l'hétérogénéité de celui-ci. En effet, tandis que le commissionnaire et le courtier étaient généralement rangés dans la catégorie des commerçants, le mandat reçu par l'agent commercial conduisait à retenir le caractère civil de son activité. Celui-ci n'accédait à cette qualité et ne se voyait appliquer le droit commercial que lorsqu'il avait parallèlement effectué des opérations commerciales en son nom ou pour son propre compte (*Com.*,

29 oct. 1979, RTD com. 1980, obs. J. Hémarid ; 24 oct. 1995, RTD com. 1996, chron., p. 235, obs. Derruppé J.).

15. « Les actes effectués par les sociétés commerciales ».

Cette catégorie trouble dès l'abord. En effet, une interprétation à la lettre de cet extrait de l'Acte uniforme porte à croire qu'elle ne regroupe que les opérations conclues par les sociétés ayant une forme commerciale, donc qu'elle ne vise pas directement ces entreprises elles-mêmes. À l'aune de cette règle, le caractère civil ou commercial des actes émanant d'une entreprise sociétaire dépend de la nature de celle-ci : les actes accomplis par les sociétés civiles vont *a priori* être qualifiés de civils. À l'inverse, ceux accomplis par les sociétés commerciales vont spontanément être qualifiés d'actes de commerce.

La construction ne prête pas vraiment le flanc à la critique : il est constant que les sociétés commerciales ne sont constituées que dans le but de rechercher et de partager des bénéfices. L'objectif est d'ailleurs assez nettement consigné dans la définition qu'en donne l'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Il explique ou justifie, dans le prolongement des mises au point en lien avec l'objet social, que les articles 137 et suivants de cet Acte uniforme soient consacrés à l'identification des bénéfices distribuables et qu'une place à part soit réservée aux modalités de paiement des dividendes. C'est donc très logiquement que le droit aux bénéfices a été élevé au rang de « droit fondamental » de l'associé, que les articles 54 et 55 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE proclament que ce droit ne peut être ni suspendu ni supprimé, que l'on doit regarder comme n'ayant jamais été stipulée la clause attribuant à l'un des sociétaires la totalité du profit procuré par l'entreprise, celle excluant l'un des associés de la répartition des bénéfices, celle mettant à sa charge l'ensemble des pertes survenues.

Une autre interprétation est celle incitant à penser que les opérations accomplies par les structures sociétaires de commerce n'appartiennent à la catégorie des actes de commerce que parce qu'elles sont commerciales par leur forme. C'est du moins ce qu'inspire la formule développée à l'article 6 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, où il est écrit : « *sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes* ».

Au fond, pour démêler ce désordre, l'idéal serait de remonter à l'article 6 alinéa 1 qui énonce l'ensemble des critères de commercialité d'une société en prescrivant que « *le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet* ». Par la suite seulement, l'article 6 alinéa 2 retient que les formes sociales qui y sont énumérées sont toujours commerciales. Cela revient à dire que les autres structures sociétaires que l'Acte uniforme reconnaît et organise sont commerciales au

gré de leur objet, lequel n'est pas obligatoirement la recherche d'un gain pécuniaire. Ainsi en va-t-il de la société en participation, de la société créée de fait, du groupement d'intérêt économique. S'agissant en particulier du GIE, de nombreux extraits de l'Acte uniforme accréditent cette thèse lorsqu'ils prévoient que celui-ci doit être immatriculé au registre du commerce et du crédit mobilier (article 872), mais qu'il n'est pas, de ce seul fait, présumé effectuer des opérations commerciales et par ricochet avoir la qualité de commerçant (article 59 alinéa 3, Acte uniforme portant sur le droit commercial général). L'article 21 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives est dans le même sens : on y découvre, sans fournir un effort particulier, que l'objet des entreprises coopératives détermine leur caractère civil ou commercial.

16. « La lettre de change, le billet à ordre, et le warrant ».

Dès l'abord, l'article 4 ancien de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général disposait que cette catégorie regroupe les actes de commerce par la forme. Par-là, il signifiait que ce sont des actes commerciaux quel que soit leur objet ou leur but, qu'ils soient passés professionnellement par des commerçants ou de manière isolée par des non-professionnels. Tout paiement effectué par ces moyens conduisait à présumer sa commercialité pour une raison historique : à l'origine, seuls les commerçants y recouraient.

À l'époque de l'entrée en vigueur de la version originale de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, la généralisation de la commercialité de ces effets de commerce n'était pas passée inaperçue (*DIFFO TCHUNKAM J.*, « *Regards croisés sur la distinction droit civil-droit commercial à l'épreuve de l'OHADA* », *Obadata*, D-09-37, p. 9, n° 20). Elle avait d'autant plus été perçue que la règle était autrefois assise selon laquelle seul le recours à une lettre de change peut conduire à qualifier de commerciale l'opération qui en est au cœur. Pour les autres moyens de paiement, on savait que le signataire ne s'obligeait commercialement que si sa signature y est apposée pour les besoins de son commerce ou à l'occasion de celui-ci.

Ce décryptage semble mis à mal dans la version récemment adoptée de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général. C'est que, après avoir clairement mis en évidence que seul l'accomplissement d'actes de commerce par nature à titre professionnel rend commerçant, ses rédacteurs indiquent, à l'article 4, « *ont notamment le caractère d'actes de commerce, par leur forme, la lettre de change, le billet à ordre et le warrant* ». La conclusion s'impose, d'une part, que l'utilisation d'un acte de commerce par la forme ne devrait plus aboutir à une présomption de commercialité de l'opération qui en est au centre ; d'autre part, que la lettre de change, le billet à ordre et le warrant sont désormais des exemples d'actes de commerce par la forme et donc qu'il en existe d'autres.

Quoi qu'il en soit des déductions, la lettre de change

parfois appelée « traite » dans la pratique des affaires est un document contenant un ordre donné par une personne, le tireur, à son débiteur, le tiré, de payer une somme d'argent, à une date déterminée, à une troisième personne, le bénéficiaire.

Venant au billet à ordre, c'est un écrit par lequel un débiteur dénommé souscripteur s'engage à payer à son créancier une somme fixe, à une échéance arrêtée.

Enfin, le warrant est un titre de propriété délivré par des magasins généraux, en réalité des entrepôts privés chargés du stockage ou du gardiennage d'objets et que l'on retrouve dans les ports, gares, aéroports, marchés. Encore appelé « récépissé-warrant », ce titre constate le dépôt par le bénéficiaire de ses biens qui pourraient être des marchandises. Susceptible d'être mis en gage ou cédé par le déposant, il crée une présomption de commercialité lorsque le déposant est un commerçant et que les objets à conserver sont des marchandises. Au cas contraire, l'opération constatée par ce titre n'est *a priori* pas commerciale.

B – Actes de commerce non inventoriés dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général

17. Les différentes catégories d'actes de commerce ayant été exposées, la question revient fréquemment de savoir si l'énumération développée sous les articles 3 et 4 de l'Acte uniforme est limitative.

À l'évidence, la réponse est négative, ne serait-ce que dans la mesure où l'article 3, pour ne mentionner que lui, énonce qu'« a notamment le caractère d'actes de commerce par nature », c'est-à-dire selon les termes du dictionnaire Larousse, « particulièrement », « entre autres ».

Si telle est la réponse, une autre préoccupation surgit à l'immédiat, celle de savoir quel est finalement le critère général de l'acte de commerce par nature ou plus simplement celui de l'acte de commerce pouvant servir à l'identifier en dehors de l'énumération légale.

18. Plusieurs critères ont été proposés en doctrine.

Le premier critère, le plus ancien, est celui de la spéculation. Systématisé par Lyon-Caen et Renault, il postule que la caractéristique majeure de l'acte de commerce c'est d'être accompli en vue d'un profit. Peu importe, en aval, que ce gain ne soit pas effectivement obtenu ; la qualification commerciale de l'acte devrait être maintenue dès l'instant où un risque a été pris dans l'espoir d'un bénéfice.

Le critère reflète à coup sûr l'intention et les attentes de ceux qui mènent une activité économique. La certitude est en effet acquise que de tels individus n'agissent que rarement dans un but désintéressé. Même dans l'hypothèse marginale où leurs actes semblent gratuits parce qu'ils accordent des facilités de paiement, sponsorisent des activités sportives ou culturelles, distribuent

des échantillons à essayer ou à goûter, la gratuité est de façade ; l'intention profonde reste de s'attacher la fidélité des clients ou de les conquérir. L'esprit de lucre n'est donc jamais véritablement à l'écart.

Des critiques ont cependant été développées contre cette conception de l'acte de commerce (GUYONY, *op. cit.*, p. 50, n° 56).

Il a tout d'abord été souligné les difficultés que pourrait susciter son application. La preuve de l'intention de réaliser un profit peut en effet être ardue à apporter lorsqu'on en a la charge.

Il a ensuite été relevé qu'il n'est pas toujours exact. Pour en convaincre, deux arguments ont été évoqués. D'une part, et c'est le premier argument, un nombre important d'actes qualifiés de commerciaux par la loi n'est rien moins que des procédés de paiement n'impliquant pas forcément de la part de ceux qui y prennent part une intention de faire des bénéfices. Tel est le cas de l'acte de souscription ou d'endossement d'une lettre de change. D'autre part, et c'est le second argument, un nombre important d'opérations procurant un gain pécuniaire à ceux qui les mènent ne donne pas lieu à la spéculation au sens strict. Ainsi en va-t-il notamment de ceux émanant des personnes dont la profession est civile : artisans, agriculteurs, libéraux. Par application de la théorie de l'accessoire civil, les opérations accomplies pour les besoins de telles professions échappent à la qualification commerciale. Cela conduit à la double conclusion que la recherche du profit n'est pas à imputer aux seuls commerçants et que le secteur commercial n'est pas que spéculatif.

Le deuxième critère est celui de la circulation des richesses. Attribué à Thaller, il postule que l'acte de commerce est celui qui « s'interpose » dans la circulation des richesses entre producteur et consommateur. Accomplissent de tels actes ceux qui, de manière générale, s'entremettent dans la circulation des richesses, et non ceux qui se trouvent aux deux bouts de la chaîne. Dans le détail, l'opération de production ne serait pas concernée. Ne serait pas non plus commercial l'acte de consommation, c'est-à-dire l'achat d'un bien affecté à la satisfaction d'un besoin ressenti soit par l'acheteur lui-même, soit par l'un de ses familiers. Seuls accéderaient au bénéfice de cette qualification les opérations s'insérant après la production et avant la consommation finale.

Les mérites de ce critère ont été reconnus. Sa simplicité a tout particulièrement été mise en évidence et saluée. Pour autant, le critère n'a pas fait l'unanimité. On lui a reproché de ne s'appliquer qu'aux opérations d'intermédiaires. Quelques-uns ont ajouté que tous les intermédiaires de commerce ne sont pas des commerçants, notamment ceux qui n'ont pas d'indépendance véritable à l'instar des voyageurs-représentants-placiers qui s'apparentent davantage à des salariés. On lui a enfin reproché d'être inadapté parce que les législations contemporaines à l'exemple de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général considèrent que certaines activités de production ou d'extraction sont commer-

ciales. Ainsi en va-t-il de l'exploitation industrielle de mines, de gisements de ressources naturelles ainsi que des opérations de manufacture.

Prenant en considération ces objections et s'attellant à les tempérer, des auteurs ont tenté un renouvellement du critère de la circulation des richesses en proposant de considérer comme commerciales les opérations de circulation des richesses sur un marché donné. La réplique a été que le critère devenait « attrape tout » car toutes les activités ayant un caractère économique pourraient ici être englobées, y compris celles qu'on ne souhaite pas rendre commerciales à l'instar des activités artisanales, agricoles, libérales, mutualistes (DIDIER Paul, *Droit commercial, tome I, Thémis, Paris, 2001, p. 17*).

Le troisième critère est celui de l'entreprise. Mis en valeur par Escarra, il part de l'idée que dans l'esprit du législateur napoléonien, la spécificité de la plupart des actes de commerce était de n'être pas exercés isolément. C'est en tout cas l'impression que charriaient les articles 632 et 633 du code de commerce en évoquant les entreprises de manufacture, de commission, de transport, de fournitures, de construction (etc.). De telles opérations devaient idéalement être passées dans le cadre de structures organisées réunissant des moyens matériels et humains en vue de leur exploitation.

La fiabilité de ce critère a été remise en cause. Il a été relevé : primo, que l'entreprise n'est pas véritablement un concept juridique ; secundo, que la formule tend à occulter l'activité commerciale des personnes physiques, lesquelles sont à ce jour, dans les pays membres de l'OHADA, les acteurs de la vie des affaires les plus importants d'un point de vue numérique. L'époque est donc révolue où les activités de transport, de fourniture, de commission, de construction basculaient dans la sphère civile lorsqu'elles n'étaient pas exploitées dans le contexte d'une structure sociétaire.

19. Face aux griefs formulés à l'encontre de chacun des trois critères précédemment exposés chacun pris isolément, une synthèse a été suggérée invitant à considérer que l'acte de commerce est celui « *qui réalise une entremise dans la circulation des richesses, effectué avec l'intention de réaliser un profit pécuniaire* ». Acte d'entremise dans la circulation des richesses, il englobe l'activité de production, de distribution ou de service. Acte lucratif, il ne vise pas la recherche d'un profit et exclut les activités du secteur non-marchand et de l'économie sociale, lesquelles sont inspirées par le réflexe d'entraide (GUYON Y., *Droit commercial, op. cit., p. 52, n° 58*).

Dans des controverses de ce type, la vérité est souvent à mi-chemin. Aussi bien, ces critères pourraient se compléter ou alterner au gré des circonstances pour servir à identifier ceux des actes de commerce qui n'ont pas été recensés par les rédacteurs de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général. C'est dans cette perspective que se situe l'article 3 nouveau de ce texte lorsqu'il insiste pour dire que « *l'acte de commerce par*

nature est celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire ». Des règles particulières lui sont tout naturellement consacrées.

§2 – Régime juridique des actes de commerce

20. Le fait est connu, la spécificité des actes de commerce est tributaire des exigences de l'activité économique, lesquelles sont notamment articulées autour de la rapidité, de la sécurité, de la confiance. Ces exigences propres à la vie des affaires ont conduit, depuis longtemps, à regrouper les règles qui s'appliquent aux commerçants et à leurs opérations. Certes, le code de commerce avait à son heure rassemblé quelques-unes d'entre elles. Toutefois, étant donné que ce code n'avait pas par la suite été toiletté au rythme de l'évolution sociale et de l'environnement économique, un nombre non négligeable d'autres règles avait par la suite été formulé par les tribunaux ou par la pratique des affaires sans être forcément reconduites dans un texte. L'un des défis des rédacteurs des Actes uniformes OHADA était donc d'affiner l'activité législative initiée par leurs devanciers et de procéder aux mises à jour indispensables. S'y attelant et opérant parfois une confusion entre le régime des actes de commerce et le statut de commerçant, ils ont structuré leur intervention autour des règles de fond (A) d'une part, des règles de forme et de procédure (B) d'autre part.

A – Règles de fond

21. Elles sont nombreuses. Une place à part doit cependant être réservée aux règles relatives à la capacité commerciale, à celles concernant l'immatriculation, à celles se rapportant à l'exécution des obligations découlant des actes de commerce.

22. À s'en tenir au sacro-saint principe de la liberté du commerce et de l'industrie affirmé dans les constitutions de la plupart des États signataires du traité OHADA, dans les prévisions de leurs lois nationales régissant l'activité commerciale et dans leurs chartes des investissements lorsqu'elles existent, toute personne est théoriquement libre d'entreprendre. Dit autrement, l'accomplissement d'actes de commerce et l'accès au statut de commerçant ne supposent aucune autorisation préalable.

Mais, parce que l'activité commerciale donne lieu à la prise de risques et peut conduire au prononcé d'une faillite personnelle ou d'une banqueroute, on a dû assez tôt en exclure les individus qui ne mesurent pas toujours

la portée de leurs engagements et les dangers auxquels ils peuvent être exposés. Ainsi s'explique-t-il qu'il ait été posé avec autorité, notamment à l'article 6 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, que « *Nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession habituelle s'il n'est juridiquement capable (...)* ».

La généralité de cette formulation ne doit pas faire illusion. Elle n'exclut de l'activité commerciale que des personnes ciblées.

Il s'agit tout d'abord du mineur, entendu selon les termes des articles 388 et 488 du code civil comme étant celui qui n'a point encore 21 ans accomplis. Un tel individu devrait se garder d'accomplir des actes de commerce par nature « à titre de profession habituelle ». La seule dérogation à ce niveau, énoncée à l'article 7 alinéa 1, concerne le mineur émancipé auquel la loi permet d'effectuer des actes de commerce et éventuellement de devenir commerçant.

Il s'agit ensuite du majeur aux facultés mentales altérées.

Les femmes ne sont concernées que dans une moindre mesure. En effet, rien ne s'oppose plus à ce qu'elles tiennent un commerce séparé de celui de leurs maris. L'époque est passée où elles ne pouvaient être réputées « marchandes publiques » que si leurs conjoints l'avaient permis ou ne s'y étaient pas opposés.

Traditionnellement, la sanction de la violation de l'incapacité frappant le mineur et le majeur aux facultés troublées est double : d'une part, ceux-ci ne peuvent acquérir la qualité de commerçant. D'autre part, les actes de commerce conclus par eux avec les tiers pourraient être annulés ou rescindés pour cause de lésion. La nécessité sera donc ressentie, concernant la dernière sanction en particulier, de retourner au code civil pour découvrir ses contours. Dans la version camerounaise dudit code, on les retrouvera notamment sous les articles 1304 à 1314, 1674 à 1685. Une attention soutenue sera accordée à l'article 1312 qui retient que « *lorsque les mineurs ou les interdits sont admis en ces qualités à se faire restituer leurs engagements, le remboursement de ce qui aura été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité ou l'interdiction, ne peut être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit* ».

Reste à remarquer que les mineurs et les majeurs aux facultés mentales altérées ne sont pas les seuls concernés par cette exclusion de l'activité commerciale. À eux s'ajoutent :

Primo, les personnes frappées par une incompatibilité. À en croire l'article 9 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, sont concernés et par conséquent devraient se garder d'accomplir régulièrement des actes de commerce : les fonctionnaires et personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique ; les officiers ministériels et auxiliaires de justice (avocat, huissier, commissaire-priseur, notaire, greffier, administrateurs et liquidateurs judiciaires) ; les

experts comptables agréés et comptables agréés, commissaires aux comptes, commissaires aux apports, conseils juridiques. Plus généralement, toute profession dont l'exercice fait l'objet d'une réglementation interdisant le cumul de cette activité avec l'activité commerciale.

La violation de cette exigence expose le contrevenant, commerçant de fait, à des sanctions disciplinaires (suspension, radiation, destitution, etc.) et ou pénales. En outre, les actes accomplis ne sont pas moins valables à l'égard des tiers de bonne foi. Du coup, ceux-ci peuvent si bon leur semble s'en prévaloir, mais que celui-là ne saurait les invoquer à son profit.

Secundo, les personnes visées à l'article 10 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, lequel décide fermement que nul ne peut exercer une activité commerciale, directement ou par personne interposée, s'il a fait l'objet d'une interdiction générale définitive ou temporaire prononcée par une juridiction, que cette interdiction ait été retenue comme peine principale ou complémentaire ; d'une interdiction prononcée par une juridiction professionnelle ; d'une condamnation définitive à une peine privative de liberté pour un crime de droit commun ; d'une condamnation à une peine d'au moins trois mois d'emprisonnement non assortie de sursis pour un délit contre les biens, ou une infraction économique et financière. Sans préjudice des sanctions pénales et même d'autres sanctions civiles (emprisonnement, fermeture de l'établissement, etc.), suggère l'article 12, les actes passés par l'interdit, ici qualifié « commerçant de fait », lui sont opposables par les tiers ; celui-ci ne peut cependant s'en prévaloir contre ces derniers, notamment lorsqu'ils étaient de bonne foi, laquelle devrait toujours être présumée.

Il convient toutefois d'observer que le vœu n'a pas été de rendre l'interdiction perpétuelle. C'est sans doute pour cette raison qu'elle peut être levée à la requête de l'individu qui en est frappé. Le relèvement n'est cependant que très rarement automatique. Il doit être sollicité par celui qui en avait été atteint ; un délai de cinq ans doit s'être écoulé depuis le jour du prononcé de l'interdiction temporaire ou définitive ; la juridiction saisie doit être celle qui avait retenu cette sanction particulière...

23. En tout état de cause, l'article 25 ancien et l'article 44 nouveau de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général font obligation à celui qui passe de manière professionnelle des actes de commerce par nature d'avoir à requérir son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier. Plus en détail, l'article 44 exige que cette immatriculation se fasse soit au greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle ces actes sont accomplis soit auprès de l'organe compétent désigné à cet effet dans les États signataires du traité OHADA, dans le premier mois d'exploitation. L'article 60 suivant souligne que les personnes assujetties à l'obligation de s'immatriculer et qui ne l'ont pas requise dans les délais prescrits ne sont pas recevables à se prévaloir

de la qualité de commerçant, mais qu'elles ne peuvent invoquer leur défaillance pour échapper aux responsabilités et obligations inhérentes à cette qualité. C'est assez dire qu'elles sont rangées dans la catégorie peu valorisée des commerçants de fait. Appartenant à ce groupe, elles peuvent être punies des peines prévues par la loi nationale ou par la loi pénale spéciale prise en application de l'Acte uniforme par l'État sur le territoire duquel leurs activités sont exercées (article 69, Acte uniforme portant sur le droit commercial général).

En pratique, cette sanction pose des problèmes délicats. C'est que, après avoir décidé que les actes passés par le commerçant de fait lui sont opposables, le législateur n'est pas allé plus loin pour prescrire d'autres sanctions radicales qui inciteraient à « basculer » dans ce qu'il convient bien d'appeler la « commercialité de droit ». Du coup, ceux qui ont intérêt à ne pas requérir leur immatriculation, par exemple parce qu'ils sont frappés par une incapacité, par une incompatibilité ou par une interdiction pourront succomber à la tentation de demeurer dans la clandestinité pour ne se conformer aux obligations des commerçants ou des entrepreneurs que lorsqu'ils y sont obligés. Le calcul est simple : on les soumettra ponctuellement aux règles prévues en cas de commercialité de fait ; ce qui ne constituera pas par la suite un obstacle à l'exercice clandestin de leur activité commerciale.

L'inventaire des personnes tenues à l'écart de l'activité commerciale ne devrait pas amener à penser que ceux qui ne sont pas concernés sont totalement libres. Sans doute, aucune autorisation administrative n'est normalement requise pour passer tel ou tel acte de commerce. Par exception cependant, l'hygiène, la sécurité, et la salubrité publiques justifient parfois l'exigence d'une autorisation, laquelle prend la forme d'un agrément, d'une licence ou même d'un diplôme. À rebours, certains actes de commerce sont proscrits : vente de stupéfiants, exploitation d'une maison de tolérance, prostitution, etc. Enfin, si l'on s'en tient aux articles 8 et 9 de la loi du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun, l'étranger désireux d'exercer pareille activité sur le territoire de la République est tenu de requérir et d'obtenir un agrément du Ministre en charge du commerce. N'en sont dispensés que les ressortissants de pays avec lesquels ce pays a conclu une convention assimilant les nationaux de chacun des États aux nationaux de l'autre en cette matière.

24. Quant aux règles relatives à l'exécution des obligations issues des actes de commerce, elles sont gouvernées par cette philosophie qui incite à prévenir plutôt qu'à guérir. De fait, et compte tenu de l'importance du crédit dans la vie des affaires, un effort est fourni pour éviter que les obligations découlant d'un acte de commerce ne soient effectivement pas mises en exécution. Trois séries d'exemples, pris au hasard, l'illustrent parfaitement.

La première série d'exemples est tirée de la réglementation de la vente commerciale qui, somme toute,

est l'un des actes de commerce les plus pratiqués. Tout d'abord, à l'article 238, on préconise une interprétation du contrat susceptible de déboucher sur ce que les parties ont désiré : leurs volontés et comportements doivent être recherchés selon le sens que des personnes raisonnables de même qualité, placées dans la même situation, leur auraient donné. Pour en arriver là, énonce cet article, compte doit être tenu des circonstances de fait et notamment des négociations ayant eu lieu entre les parties, des pratiques qui se sont établies entre elles, des usages en vigueur dans le domaine ou la profession concernée. Ensuite, aux articles 282 et 285, les gens sont encouragés à avoir recours au mécanisme de l'exception d'inexécution pour différer l'exécution lorsqu'il leur semble que le vis-à-vis n'exécutera pas l'une des obligations essentielles créée par le contrat. En cas de livraison anticipée, le droit est reconnu au vendeur, jusqu'à la date initialement prévue pour la livraison, soit de produire la partie ou la quantité manquante des marchandises, soit de livrer de nouvelles marchandises en remplacement de celles non conformes aux stipulations contractuelles. Aux articles 283 et 286, dans l'éventualité d'un défaut de conformité ou lorsque la prestation attendue tarde à être produite, chacun des intervenants à la vente est invité à impartir à son cocontractant un délai supplémentaire de durée raisonnable pour s'exécuter. Enfin, et à s'en tenir au contenu de l'article 288, le prix pourrait même être réduit dans l'hypothèse d'un défaut de conformité des objets livrés. De toute manière, « *le paiement effectué pour éteindre une dette ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription aurait expiré* », proclame l'article 27 nouveau.

La deuxième série d'exemples est issue de la matière du droit des sociétés qui, on l'a relevé, n'ont vocation qu'à passer des actes de commerce lorsqu'elles sont commerciales. Dans les hypothèses où les conditions exigées pour la validité du pacte social et des actes sociaux ont été méconnues, le souci est de sauver l'entreprise. Quelques morceaux choisis l'attestent. Parmi eux : l'article 75 qui organise une procédure de régularisation au cas où les statuts ne comporteraient pas les énonciations exigées ; l'article 242 alinéa 2 qui décide que l'énonciation incomplète des mentions devant figurer dans les statuts n'entraîne pas la nullité ; l'article 243 qui pose la règle selon laquelle les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes ne peuvent jamais être annulées pour cause de vice de consentement ni d'incapacité de l'un des sociétaires ; l'article 246 qui expose que, lorsque l'action en nullité ne résulte pas d'une illicéité, elle s'éteint si la cause de nullité cesse d'exister au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance ; l'article 247 qui interdit au juge sollicité pour l'annulation d'un contrat de société d'avoir à rendre sa décision moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance (*Pour aller plus loin, voir NJEUFACK TEMGWA R., « L'acte social irrégulier en droit des sociétés commerciales OHADA », in Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA, vol. I, dir. Jacques*

Mestre, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. HJA, Aix-en-Provence, 2010, p. 179 et s.).

La troisième série d'exemples provient de la matière du droit des procédures collectives d'apurement du passif où on a cherché à éviter la cessation des paiements ou d'activités à travers le règlement préventif censé déboucher sur l'apurement du passif de l'entreprise et permettre à celle-ci de demeurer sur de bonnes bases. Au cas où la société est déjà en cessation des paiements, il a été prévu de rattraper la situation ou d'éviter le pire par le moyen du redressement judiciaire, lequel aboutit idéalement à apurer son passif par la conclusion et l'exécution d'un concordat de redressement.

Certes, le vœu est de maintenir ce qui peut être sauvé. Faut-il pour autant en inférer que le régime de l'exécution des obligations créées par les actes de commerce manque de rigueur dans sa globalité ? Une réponse négative s'impose d'emblée. Il n'est que de relever dans ce sens que, parmi les préoccupations des opérateurs économiques appelés à investir dans les pays membres de l'OHADA se trouvaient la modernisation des procédures forcées de recouvrement et des procédures collectives d'apurement du passif. Pour satisfaire cet impératif, on devait s'attacher, lorsque la situation de l'entreprise est irrévocablement compromise, à faire en sorte que les créanciers puissent chacun obtenir sinon un paiement en totalité, du moins un paiement partiel. Tel est l'objet de la liquidation des biens décliné dans la définition qu'en propose l'article 2-1-3 de l'Acte uniforme. Cette procédure s'achève d'ailleurs fréquemment par la mise en jeu, à divers titres, de la responsabilité de ceux qui avaient la charge de la gestion de l'entreprise (Cf. not. les articles 180 et suivants, 226 et suivants, Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif).

Pour sa part, le droit des procédures individuelles a essayé de faciliter la tâche au créancier en lui offrant une panoplie plus large de procédures de recouvrement (injonctions de payer, injonction de délivrer, injonction de restituer, saisie-appréhension, saisie-revendication, saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières, etc.), en simplifiant les procédures en vue de l'obtention du titre exécutoire, en accélérant celles des voies d'exécution qui se caractérisaient par leur lenteur et leur longueur (saisie-vente, saisie immobilière). Dans le cas de figure où la possibilité a été offerte au juge d'accorder un délai de grâce à celui qui en fait la demande, d'importantes restrictions accompagnent cette mansuétude afin que l'impératif de la rigueur de l'échéance ne soit pas relégué à un plan inférieur. Au nombre de celles-ci se trouvent l'obligation de prendre en considération les besoins du créancier, celle de circonscrire la grâce dans la limite d'une année, celle de se garder de reporter ou d'échelonner le paiement lorsque la dette a un caractère cambiaire. Les tribunaux font plutôt preuve de fermeté dans l'application de ces orientations (Voir nos observations sous CCJA, arrêt n° 035/2005, 2 juin 2005, *Madame Khouri Marie c/ Société Hyjazi Samib et Hassan dite Induschimie et Société générale*

de banques en Côte d'Ivoire dite SGBCI, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA précité, p. 569 et s.).

D'autres mécanismes ou indices existent qui confortent l'impression d'un durcissement du régime de l'exécution des obligations issues des actes de commerce. Entre autres :

- la solidarité qui, depuis l'époque des codes napoléoniens et au-delà, contraint les débiteurs à se substituer les uns aux autres pour acquitter leur dette commune ou encore, autorise les créanciers à exiger le paiement entre leurs mains de créances partagées. Ainsi en va-t-il en droit des sûretés où il est énoncé à l'article 20 de l'Acte uniforme y relatif que le cautionnement est réputé solidaire à moins que les nationales en aient autrement décidé ou que les parties aient autrement convenu dans leur convention. Ainsi en va-t-il en droit des sociétés où les articles 53, 54 et 55, inventoriant les droits et obligations fondamentales des associés, visent ouvertement l'obligation de contribuer aux pertes sociales dans les conditions prévues pour chaque forme sociale et répute non écrites toutes stipulations les exonérant de la totalité des pertes. Dans les sociétés de personnes et le GIE, la règle est plus radicale encore. À titre d'illustration, il est mentionné à l'article 271 de l'Acte uniforme qui y est consacré, que les créanciers de la société en nom collectif sont en droit de poursuivre le paiement des dettes sociales contre l'un des associés 60 jours après avoir vainement mis en demeure celle-ci par acte extrajudiciaire. Et les dettes dont il s'agit peuvent être rattachées soit à un contrat, soit être sans rapport avec un contrat, c'est-à-dire avoir une nature délictuelle ou quasi délictuelle.

- le régime des saisies portant sur des comptes joints. Bouleversant les règles traditionnelles du droit civil, l'article 53 de l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution dispose : « *Lorsqu'un compte même joint, alimenté par les gains et salaires d'un époux commun en biens fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une saisie conservatoire pour le paiement ou la garantie d'une créance née du chef du conjoint, il est laissé immédiatement à la disposition de l'époux commun en biens une somme équivalant, à son choix, au montant des gains et salaires versés au cours du mois précédant la saisie ou au montant moyen mensuel des gains et salaires versés dans les douze mois précédant la saisie* ». On comprend, malgré les hésitations de la jurisprudence, que l'action en distraction initiée par l'époux étranger à la dette a de fortes chances de n'être pas favorablement accueillie (CCJA, arrêt n° 025/2008, 30 avril 2008, *Société Générale de Banque en Côte d'Ivoire dite SGBCI c/ Dame Konan Marie Aimée et Sieur Konan Kouadio Camille* ; CCJA, arrêt n° 003/2008, 28 février 2008, *Mohamed Taïb Kettani c/ Grunitzky Victoria Geneviève, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA précité, obs. Akomndja Avom V., p. 405 et s.). Peu importe, en aval, la vigilance observée sur le terrain de la forme et de la procédure.*

B – Règles de forme et de procédure

24. Depuis très longtemps, la règle est bien connue qui veut que la matière civile soit plus formaliste que la matière commerciale. L'explication couramment donnée à ce décalage est celle consistant à dire que les commerçants n'ont que peu de temps à perdre et donc ont conscience de ce que les pertes de temps ont un coût peu compatible avec la logique économique de la rentabilité au cœur de leurs opérations.

Ces considérations semblent avoir été épousées par le législateur OHADA qui n'a pas attaché d'importance au formalisme lorsque cela n'était pas utile. C'est ainsi que la latitude a été donnée aux parties à un bail à usage professionnel de conclure leur contrat soit verbalement, soit par écrit (article 103, Acte uniforme portant sur le droit commercial général) ; que le contrat de vente commerciale peut être écrit ou verbal et n'est soumis à aucune condition de forme (article 240, Acte uniforme précité) ; que le mandat de l'intermédiaire de commerce est soit écrit soit verbal et dispensé des exigences se rapportant à la forme (article 144 ancien ou 176 nouveau, même Acte uniforme).

Cela étant, il n'a pas non plus été perdu de vue que les formes juridiques pouvaient parfois s'avérer bénéfiques à la pratique des affaires ou servir à protéger la partie faible. Aussi et sans surprise, quelques opérations commerciales requièrent un formalisme rigoureux. Les statuts des sociétés commerciales doivent être non seulement rédigés, mais enregistrés au registre du commerce et du crédit mobilier. À peine de nullité, le cautionnement doit être convenu de façon expresse entre la caution et le créancier. Plus spécifiquement, déclare l'article 14 alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, « *il se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention, écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffre, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires* ». Les autres sûretés personnelles à l'exemple de la lettre de garantie sont soumises aux mêmes contraintes. Les sûretés réelles n'y échappent guère : elles doivent être inscrites au risque de ne pas offrir au créancier la sécurité qu'il en attend (articles 44 ancien et suivants ou 35 nouveau et suivants, Acte uniforme portant sur le droit commercial général ; articles 95, 102, 122 et suivants ou 51 nouveau et suivants, Acte uniforme portant organisation des sûretés).

25. Le libéralisme sur le terrain de la forme ne pouvait ne pas conduire à réitérer le principe de la liberté probatoire. Cela a été solennellement fait à l'article 5 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial selon les termes duquel, « *les actes de commerce se prouvent par tous les moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants* ». D'autres dispositions l'ont réitérée : article 144 concernant la preuve du mandat des intermédiaires de commerce ; article 65 concernant la preuve des actes de commerce impliquant l'entre-

prenant ; article 208 alinéa 2 ancien ou 240 nouveau s'agissant de la vente commerciale ; articles 854 et 867 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique concernant respectivement la société en participation et la société créée de fait, etc.

Dire que les actes de commerce se prouvent par tous les moyens à l'égard des commerçants ou des entrepreneurs c'est signifier que les opérations commerciales auxquelles ces derniers ont pris part et les obligations qui en découlent s'établissent par l'un ou l'autre des procédés de preuve que la science du droit a à ce jour systématisé : écrit, témoignage, présomptions, aveu, serment. Il n'existe donc pas, comme c'est très souvent le cas en droit civil, un système préconstitué ou une hiérarchisation des preuves. En conséquence, sauf rares hypothèses, chaque procédé de preuve devrait pouvoir théoriquement entrer en concurrence avec chaque autre. Le témoignage, pour ne viser que lui, devrait être recevable contre et outre le contenu de l'écrit quelle que soit la valeur de ce qui est à établir. Au juge reviendrait le loisir d'apprécier les suites à réserver à chaque élément probatoire versé aux débats (CCJA, arrêt n° 053/2005, 15 déc. 2005, *Société Côte d'Ivoire céréales c/ Société Shanny consulting*, in *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, op. cit., p. 69 et s., obs. Ndjandeu Mouthieu M.A. CCJA, arrêt n° 024/2006, 16 nov. 2006, *Samaila Dan Moussa, Ali Maré c/ Hamidou Abdou dit « Crise »*, obs. Foné Mdotso A.M. in *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, op. cit., p. 153 et s. ; n° 008/2003, 24 avril 2003, *Aly Karaki c. Hani Mehzer*, Rec. CCJA, n° 1, janv.-juin 2003, p. 29 et s. *Implicitement* : CCJA, arrêt n° 003/2004, 8 janv. 2004, *Soc. Innovest Industrie Congo SA c. Soc Man Faitai*, Rec. CCJA, n° 3, janv.-juin 2004, p. 11 et s. ; CCJA, arrêt n° 010/2002, 21 mars 2002, *Soc. Négoce Ivoire c. Soc. GNAB*, Rec. CCJA spécial, janv. 2003, p. 23 et 24).

Dire que les actes de commerce se prouvent par tous les moyens à l'égard des commerçants ou des entrepreneurs c'est signifier, *a contrario*, que lorsque les deux parties aux prises n'ont plus ces qualités, la règle n'a plus nécessairement vocation à jouer dans tous les sens. Effectivement, dans l'éventualité où l'obligation de prouver incombe au non-commerçant, ce dernier aura le choix de tout moyen de preuve à l'égard du commerçant. En revanche, le professionnel obligé d'établir une allégation à l'encontre du non-commerçant n'aura guère de choix : les règles de preuve du droit civil s'imposeront à lui. Le bénéfice de la faveur de la liberté de la preuve ne pourra être envisagé que si le professionnel détient un commencement de preuve par écrit, puisque l'article 5 alinéa 2 retient désormais que « *Tout commencement de preuve par écrit autorise le commerçant à prouver par tous les moyens contre un non-commerçant.* »

Pris à la lettre, le texte de l'article 5 alinéa 1 semble sans histoire. À la réflexion, la réalité est tout autre.

Tout d'abord, il n'est pas très exact de soutenir sans réserve que les actes de commerce s'établissent par tous moyens à l'égard d'un commerçant dans l'éventualité où ceux-ci sont sans rapport aucun avec l'activité professionnelle de ce dernier. En tout cas, la théorie de l'accessoire commercial n'est pas favorable à pareille affirmation. Effectivement, elle enseigne en substance que seules appartiennent à la catégorie qu'elle vise les opérations conduites par le commerçant pour les besoins de son commerce. Cela induit nettement, dans les cas où des opérations auraient été passées dans le cadre de sa vie « civile » par un commerçant, qu'il faudrait s'en tenir aux principes civilistes. Il devrait en être ainsi lorsqu'un professionnel cède à son collègue un lopin de terre lui appartenant. La preuve de cette transaction ne devrait pas se faire par tous les moyens dans les États où la preuve de l'existence de transactions immobilières s'administre par un écrit authentique. Ici, l'acte notarié devrait avoir une valeur probante supérieure à celle des autres procédés de preuve et ne pas véritablement permettre d'entrer en concurrence avec eux. Seul le succès d'une action en inscription de faux serait susceptible de compromettre cette hiérarchie.

Ensuite, il peut paraître paradoxal de soutenir la thèse de la liberté probatoire entre commerçants ou entre entrepreneurs dans un contexte où les transactions devraient laisser des traces écrites. L'exigence se trouve notamment aux articles 13 à 15 et 31 à 33 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général ; à l'article 19 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises. Ces textes enjoignent au commerçant de tenir un journal, un grand-livre, une balance générale des comptes, un livre d'inventaire lesquels sont cotés et paraphés par un juge déterminé. De tous les entrepreneurs, ils exigent l'établissement au jour le jour d'un « livre chronologique ». De ceux des entrepreneurs exerçant des activités de vente de marchandises, d'objets, de fournitures de denrées ou de logements, ils imposent, par année, l'établissement d'un registre récapitulatif. Ces documents viennent eux-mêmes s'ajouter aux factures dont on sait qu'elles doivent être dressées lorsque l'opération constatée est importante par son montant, puis aux « livres auxiliaires » qui, selon les termes de l'article 19 précité, facilitent l'élaboration du journal et du grand-livre. Une telle exigence se trouve encore : à l'article 5 alinéa 3 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général qui décide que les livres de commerce régulièrement tenus peuvent être admis en justice pour constituer une preuve entre commerçants ou entrepreneurs ; à l'article 5 alinéa 5 du même Acte uniforme qui indique que dans le cours d'une contestation, la représentation de ces livres peut être ordonnée d'office par des magistrats à l'effet d'en extraire ce qui concerne le litige (l'article 68 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises va dans le même sens) ; à l'article 24 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises lorsqu'il préconise

que les livres comptables ou les documents en tenant lieu soient conservés pendant dix ans.

26. Dans quelle fourchette de temps s'adresser au juge ?

Hier, les principes directeurs relatifs à cette préoccupation capitale étaient développés à l'article 18 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général. Aujourd'hui, on les retrouve à l'article 16 de cet Acte uniforme où il est écrit : « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants, ou entre commerçants et non commerçants, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes* ». Pour prendre l'exacte portée de cette règle, il sied de revenir au code civil et d'observer que le délai de prescription de droit commun aménagé à l'article 2262 est trentenaire. Pareillement, on devrait avoir présent à l'esprit qu'une prescription décennale était inscrite à l'article 189 bis du code de commerce en ces termes : « *les obligations nées entre commerçants à l'occasion de leur commerce se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes* ». Malheureusement, et cela devrait également être noté, la formule avait suscité une discussion visant à savoir si la prescription décennale frappe à la fois les obligations de nature civile et les obligations de nature commerciale des professionnels.

Pour esquiver cette querelle, il vaut mieux s'en tenir au constat que la formulation de l'article 16 nouveau a pris acte de la discussion. La solution doit être approuvée dans la mesure où la thèse contraire aurait abouti à un paradoxe : dans ses rapports avec les non-commerçants, le commerçant tenu de saisir les juridictions civiles au cas de litige aurait eu le bénéfice d'une prescription trentenaire. À l'inverse, le non-commerçant ayant opté d'assigner le professionnel devant les juridictions commerciales n'aurait plus eu le loisir d'agir après dix ans. Tout bien considéré, le choix aurait donc été de sacrifier les intérêts de la partie faible. Il en serait résulté une rupture avec la solution retenue en France depuis un arrêt de la 3^e Chambre civile de la cour de cassation (*RTD com. 1994, p. 473, obs. Derrupé*) où le principe fut posé que le texte de l'article 189 bis ne distingue pas selon le caractère civil ou commercial des obligations.

En tout cas, la brièveté du délai de l'article 16 surprend à l'abord. Elle s'explique ou se justifie cependant par la volonté affichée, dès le préambule du traité OHADA, de renforcer la sécurité du commerce juridique. Cet objectif pourrait difficilement être atteint si les actes passés depuis longtemps peuvent être remis en cause à toute époque dans un contexte où la conservation de ses archives est parfois pénible. Au demeurant, l'admission de contestations tardives pourrait avoir des réactions en chaîne difficiles à contenir, notamment au cas d'annulation d'un contrat sur lequel ont par la suite été greffés d'autres engagements déjà exécutés en partie ou en totalité. C'est sans doute pour éviter d'en arriver à ces extrémités que le législateur a cru bon, entre autres, de distinguer le

délai de forclusion du délai de prescription pour conclure que ce dernier court à compter du jour où le titulaire du droit d'agir a connu ou aurait dû connaître les faits sur la base desquels son action est exercée (article 17 nouveau) ; de souligner que la prescription se compte par jour et non par heures, qu'elle court à compter du jour où le titulaire du droit d'agir a connu ou aurait dû connaître les faits permettant d'exercer son action et qu'elle est acquise dès que le dernier jour du terme est révolu (article 18 nouveau) ; d'énoncer qu'elle peut être opposée en tout état de cause, même en appel mais que le juge ne saurait soulever d'office le moyen résultant de la prescription (article 26 nouveau)...

Pour autant, le délai de prescription n'est pas rigide puisque celui-ci peut parfois être raccourci, parfois être prolongé, y compris du fait d'une interruption ou d'une suspension.

La prescription est abrégée en matière cambiaire où les articles 179 et 185 alinéa 11 du code de commerce aménagent des délais dont la durée varie entre trois ans et six mois au gré de la posture de l'individu qui entend s'adresser à la justice et de la personne contre laquelle la plainte est dirigée. C'est également le cas en matière de transport de marchandises par route où toute action se prescrit par un an à compter de la date de livraison, par trois ans en cas de dol ou de faute équivalente au dol (article 25-1, Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route). C'est aussi le cas en droit des sociétés où l'article 251 décide que les actions en nullité de la société, des actes, décisions ou délibérations se prescrivent par trois ans, que ce délai doit être ramené à six mois s'agissant de la nullité d'une fusion ou d'une scission. C'est encore le cas en matière de vente commerciale où l'article 301 (hier, l'article 274) prévoit que les contestations susceptibles de naître entre les parties doivent être portées à la connaissance du juge dans un délai de deux ans. En cette même matière, l'article 259 (hier, l'article 229) prescrit que l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité s'il ne dénonce pas, dans un « délai raisonnable » ou au plus tard dans un délai d'un an, tout défaut de conformité par lui constaté. Concernant spécifiquement la cession du fonds de commerce, l'article 151 (hier, l'article 119) indique que l'acquéreur ayant des raisons de penser que l'une des mentions obligatoires du contrat est inexacte ou a été omise peut solliciter la nullité de la cession à condition d'agir dans un délai d'un an à compter de la signature du contrat.

Le temps de prescription est prolongé en droit des sociétés où il est arrêté, aux articles 164 et 170 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, que l'action individuelle et l'action sociale se prescrivent par dix ans lorsque le fait à l'origine du dommage subi est constitutif d'un crime. Indirectement, la durée de la prescription est prolongée dans l'éventualité où surgit l'un de ces incidents qui, habituellement, anéantissent le temps déjà écoulé ; dans celle où le temps déjà compté est arrêté sans être supprimé à telle enseigne

qu'après l'incident le décompte reprend où on l'avait suspendu. Ainsi en va-t-il en droit des procédures collectives lorsqu'une décision de suspension des poursuites individuelles a été rendue : chacun dans son cinquième alinéa, les articles 9, 18 et 75 de l'Acte uniforme réservé à ces procédures énoncent que le prononcé d'une telle décision arrête, pendant la durée de la suspension des poursuites individuelles, les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance, de prescription ou de résolution de leurs droits. Plus généralement et selon les termes de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, « à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter de la première réunion de médiation ou de conciliation (...) » ; « lorsque le juge accueille une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès (...) » ; « à l'égard de celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure » (article 21).

On l'aura remarqué, dans l'ensemble des hypothèses où le temps pour prescrire est modifié, l'initiative provient du législateur. De là la question qui ne peut ne pas venir à l'esprit de savoir si des combinaisons contractuelles pourraient valablement restreindre ou étendre cette durée. Avant le 14 décembre 2010, aucune certitude n'était acquise. C'est qu'un principe général avait été dégagé, inspiré notamment par l'article 10 du traité OHADA, postulant que seules devaient s'appliquer dans les États signataires de ce traité des lois non contraires aux Actes uniformes adoptés et en vigueur (*CCJA, n° 004/2004, 8 janv. 2004, Attiba Denis c. Compagnie multinationale Air Afrique et autres, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage, op. cit., p. 301 et s., obs. J. Kom et R. Y. Ngo Ndjigui. Dans le même sens, CCJA, avis n° 2/2000/EP, 26 avril 2000, Rec. CCJA, spécial, janv. 2003, p. 73-74, obadata, J-03-02 ; avis n° 001/2001/EP, 30 avril 2001, Rec. CCJA, spécial, janv. 2003, p. 73 et s. ; arrêt n° 34, 16 fév. 2005, Banque africaine de développement c. Soc. Ivoire Café, Rec. CCJA n° 5, janv.-juin 2005, p. 48 et s.*). En y ajoutant cette idée reçue selon laquelle les règles de procédure sont d'ordre public, il se révélait très vite une impossibilité de déroger aux délais de prescription formulés ici et là-bas.

Cette lecture n'était pas fautive. Elle n'était cependant pas très conforme à la conception que le droit positif se fait de la prescription. En effet, il n'est pas contesté que ce mécanisme avait été aménagé dans l'intérêt du débiteur afin que ce dernier ne soit pas éternellement sous la menace d'une action en justice qui proviendrait du créancier. Dans cette perspective, les clauses de prescription devraient être acceptées lorsqu'elles sont élaborées pour hâter la libération de l'endetté. À l'opposé, les aménagements conventionnels de la durée de la prescription devraient être rejetés lorsqu'ils peuvent être utilisés pour permettre au créancier indolent ou négligeant de se rattraper en allongeant le délai. C'est en tout cas ce qu'a pensé la Cour de cassation française

en laissant entendre que rien ne s'oppose à ce que les parties abrègent par avance le délai de prescription régissant leur convention (*Civ.*, 1^{er} fév. 1853, *D.P.* 1853, *Jur.*, p. 77, 31 janv. 1950, *D.* 1950, *jur.*, p. 261, note *Lerebours-Pigeonnière*).

Prenant à contre-pied cette construction patiemment élaborée par la haute cour et reçue par l'opinion dominante, l'article 29 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général est venu consacrer un ensemble de mesures inédites. Au nombre de celles-ci :

- la possibilité soit d'abrèger soit d'allonger conventionnellement le temps pour prescrire, même si la précaution a immédiatement été prise de souligner, dans cette éventualité, que la durée de la prescription ne peut être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans ;
- la possibilité offerte aux parties à un contrat, d'un commun accord, d'ajouter d'autres causes aux causes de suspension et d'interruption recensées aux articles 20 et suivants.
- la possibilité de renoncer à se prévaloir d'une prescription acquise à son profit. Cette renonciation peut être expresse. Elle peut également être tacite lorsqu'elle résulte de circonstances établissant sans équivoque la volonté de ne pas s'en prévaloir. Elle ne peut provenir d'une personne ne pouvant pas exercer par elle-même ses droits. Le créancier de celui au profit duquel elle est acquise peut cependant l'opposer ou l'invoquer, y compris lorsque le débiteur y a renoncé.

27. Cela posé, était-il concevable que les litiges susceptibles de naître à l'occasion d'opérations commerciales soient portés à la connaissance d'une juridiction quelconque et que cette dernière tranche à la lumière des règles appliquées aux autres actes juridiques ou sujets de droit ?

On y a répondu par la négative de longue date. Pour ne prendre que l'exemple du code de commerce, il est édifiant de noter que son article 632 dont l'autorité et le contenu n'échappent à personne est développé sous le livre quatrième intitulé « *De la juridiction commerciale* ». Plus significativement encore, ce livre ne comporte que deux chapitres consacrés l'un à l'organisation, l'autre à la compétence des tribunaux de commerce. C'est après avoir affirmé à l'article 631 que « *les tribunaux de commerce connaîtront (...) des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes* » qu'il en arrive, aux articles 632 et 633, à donner un aperçu de ce que l'on doit réputer tels. À l'article 634, fidèle à sa logique d'écriture, le législateur poursuit en énumérant les autres attributions des juridictions commerciales.

Les raisons de ce choix vont de soi : les magistrats rattachés aux juridictions appelées à connaître des différends en lien avec les actes de commerce et la vie des affaires plus généralement sont davantage proches des opérateurs économiques qu'ils côtoient depuis l'immatriculation au registre du commerce à l'examen de

leurs documents comptables qu'ils cotent et paraphent assidûment. Mieux que les autres acteurs judiciaires, ces derniers connaissent leurs usages et leurs contraintes, notamment ceux qui touchent au respect de la parole donnée, à la célérité, à la confidentialité. Il en résulte fort logiquement que leurs décisions devraient être davantage éclairées et par contrecoup, plus facilement acceptées. Théoriquement, cela devrait déboucher sur un renforcement de l'autorité de la justice et du pouvoir judiciaire.

En écho à ces idées et dans la droite ligne d'une tradition séculaire, des juridictions commerciales ont été créées un peu partout en Afrique des décennies avant l'entrée en vigueur du traité de Port-Louis. Toutefois, tenant compte des griefs jadis nourris par les investisseurs qui se plaignaient des lenteurs de la justice dans les pays aujourd'hui membres de l'OHADA, le parti a été pris de soumettre un nombre important de litiges à la compétence non pas des tribunaux de commerce ou des sections commerciales des juridictions, mais à la compétence de la juridiction de leurs présidents. On ne le sait que trop, la spécificité d'une juridiction présidentielle c'est d'avoir à se prononcer dans des situations urgentes en observant une procédure caractérisée par sa rapidité. En conséquence, dans les hypothèses où il n'est pas ouvertement résolu que le président du tribunal devant lequel sera porté le litige statuera en tant que juge des référés, ce dernier examinera néanmoins l'affaire « *comme en matière de référés* » ou « *en la forme des référés* ». C'est dire que ses pouvoirs ne connaissent pas ces restrictions d'ordinaire assignées aux magistrats dans la procédure du référé, que la décision émanant de lui a l'autorité de la chose jugée attachée à un jugement ou à un arrêt et non simplement ce caractère provisoire que l'on attribue à l'ordonnance de référé (*CCJA*, arrêt n° 017/2003, 9 oct. 2003, *Soc. Ivoirienne de banques, dite SIB c. Complexe industriel d'élevage et de nutrition animale, dite CIENA*, Rec. n° 2, juil.-déc. 2003, p. 19 et s.).

Reste à savoir si la juridiction présidentielle compétente dans les hypothèses visées est celle des juridictions d'instance ou celle des juridictions supérieures, notamment des cours d'appel ou des cours suprêmes nationales. La question s'est spécialement posée en droit des procédures forcées de recouvrement où il est parfois arrivé que les présidents des cours suprêmes des États parties au traité OHADA retiennent leur compétence pour connaître des différends relatifs à l'exécution. La Cour commune de justice et d'arbitrage a tranché en jugeant invariablement que la formule « *président de la juridiction compétente en matière d'urgence* » exclut que les présidents des juridictions suprêmes à l'échelle interne aient à examiner les litiges ayant un rapport avec le droit issu du traité OHADA (*CCJA*, arrêt n° 039, 2 juin 2005, *Drabo Bia et autres c/ Madame Touré Magbé* ; arrêt n° 012/2002, 18 avril 2002, *Total Fina Elf c/ Sté Cotracom*, in *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, p. 587 et suivantes, obs. Fometeu J. Dans le même sens : *CCJA*,

arrêt n° 011/2003, 19 juin 2003, MCCK c. SCK et Loteny Télécom, Rec. n° 1, janv.-juin 2003, p. 32 et s. ; arrêt n° 017/2003, 9 oct. 2003, préc.). Le raisonnement est rigoureux : l'article 14 du traité de Port-Louis confie exclusivement à la CCJA le soin de connaître des recours en cassation dans toutes les affaires donnant lieu à l'application des Actes uniformes et des règlements prévus par le traité OHADA à l'exception des décisions relatives à des sanctions patrimoniales.

Ce point de vue devrait cependant être accueilli avec recul. Plusieurs raisons y incitent.

Premièrement, le recours aux juridictions commerciales ne suppose pas forcément une opposition de prétentions antagonistes. Celles-ci pourraient en effet être saisies en vue du prononcé d'une émancipation pour octroyer la capacité commerciale à un mineur, en vue de l'homologation d'un concordat préventif, pour coter et parapher les documents comptables du commerçant, pour éclairer au sujet du sens à donner à telle ou telle règle. C'est assez dire que, devant les juridictions commerciales, le contentieux côtoie la matière gracieuse. Lorsque le juge intervient ici, en effet, il ne tranche pas à proprement parler ; il autorise, contrôle, habilite, homologue.

Deuxièmement, tous les actes de commerce ne sont pas portés, en cas de mésintelligence entre ceux qui y prennent part, à la connaissance de juridictions commerciales. Un litige peut très bien se régler ailleurs que devant les juridictions étatiques, notamment au moyen d'une transaction, d'une conciliation, d'une médiation. Il arrive même, de plus en plus, que les parties s'en remettent simplement à une divinité ou au « jugement dernier » ; qu'elles décident d'un règlement à l'amiable ou du recours à l'arbitrage.

À dire vrai, la consultation du préambule du traité OHADA révèle déjà le désir des pères fondateurs de l'organisation de « *promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels* ». Dans cette perspective, le titre quatre de ce traité y a tout naturellement été consacré. Une législation commune

sur l'arbitrage a par la suite été adoptée et est entrée en vigueur le 11 mars 1999. Dans ces grandes lignes, elle ouvre cette voie de droit à toute personne physique ou morale y compris aux États et autres personnes publiques (article 2, Acte uniforme), autorise le recours d'un commun accord à l'arbitrage même lorsqu'une instance a déjà été engagée devant une juridiction étatique (article 4 alinéa 2), interdit aux juridictions nationales d'avoir à connaître des différends soumis à l'arbitrage par la grâce d'une convention arbitrale (article 13), décide que l'arbitrage s'opère à la lumière des règles juridiques désignées par les parties ou à défaut choisies par les arbitres comme les plus appropriées compte tenu le cas échéant des usages du commerce international (article 15), admet l'autorité de la sentence arbitrale (articles 23 et suivants). La Cour commune de justice et d'arbitrage n'a pas hésité, lorsque l'occasion s'est présentée, à rappeler la nécessité du respect strict de ces règles (*arrêt n° 044/2008, 17 juillet 2008, Société africaine de relations commerciales et industrielles dite SARCI Sarl c/ Atlantique Télécom SA et Télécel Bénin SA, in Les grandes décisions de la CCJA, p. 315 et s., obs. Sob Fogno D.R. ; arrêt n° 010/2003, 19 juin 2003, Monsieur D. G. et Madame D. J. c/ Société SOTACS, arrêt n° 028/2007, 19 juillet 2007, Société Nestlé Sabel c/ Société commerciale d'importation Azarar Salamé dite SCIMAS, in Les grandes décisions de la CCJA, p. 315 et s., obs. Sob Fogno D.R., p. 331 et s.*)

Troisièmement, le contentieux résultant d'un acte de commerce peut parfaitement relever de la compétence d'un juge civil. C'est le cas lorsque l'un des cocontractants, non commerçant, est poursuivi par son vis-à-vis qui, lui, a la qualité de professionnel. Pareillement, le cocontractant civil a le choix d'attirer son vis-à-vis commerçant soit devant les juridictions civiles, soit devant les juridictions commerciales. Le choix peut donc être fait de s'adresser aux premières.

Sylvain Sorel KUATE TAMEGHE

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Acte de commerce 8, 10, 12, 16, 18, 23, 24, 27
- Par nature 17, 19
Agent commercial 14
Apports 22
Arbitrage 4, 12, 23, 25, 26, 27
Artisan 11, 18
Assurances 8, 9, 14
Autorisation 13, 22, 23
Avocat 23

B

Bail à usage professionnel 24
Banque 7, 9, 22, 23, 26, 27
Billet à ordre 7, 16
Bourse 7, 9, 22
Brevets d'invention 12

C

Change 7, 9, 16, 18
Comptabilité, comptes 23, 25
Commerçant 3, 5, 7, 9, 10, 14, 15, 16, 18, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27
- Définition 2, 3, 6
- Obligations 4
Commission, commissionnaire 9, 14, 18
Conformité 24, 26
Conjoint 22, 23
Cour commune de justice et d'arbitrage 12, 23, 25, 26, 27
Courtage 7, 9, 14
Crime 22, 26
Créances 4, 8, 23

D

Délai de grâce 23
Dettes 23
Droit comptable 4

E

Entreprenant 3, 5, 23, 25
Exécution forcée 23

F

Facture 25
Fonds de commerce 8, 10, 12, 14, 26

G

Gage 16
Groupement d'intérêt économique 15, 25
Greffé 23

H

Huissier de justice 14

I

Injonction 23
Immeubles 7, 8, 12, 14
Incompatibilités 22, 23
Interdiction 22, 23
Intermédiaires de commerce 7, 14, 18, 25
Investissement 1, 7, 22

L

Lettre de change 7, 16, 18
Liquidation des biens 23
Livraison 23, 26
Location 7, 12, 14

M

Mandat 14, 24, 25
Manufacture 7, 13, 18
Meubles
- Corporels 8, 12
- Incorporels 8, 12
Mineur, minorité 22, 27
Majeur 18, 22, 26
Marchandises 9, 10, 14, 15, 23, 25

N

Nullité 23, 25

P

Présomption 10, 16, 25
Prescription 23, 26
Preuve 10, 16, 18, 23, 25
Profession 2, 6, 10, 18, 22, 24

R

Registre du commerce et du crédit mobilier 15, 23, 24
Redressement judiciaire 23
Responsabilité 11, 15, 23
Ressources naturelles 7, 11, 18

S

Sanctions 22, 23, 27
Siège social 4
Sociétés
- Commerciales 7, 15, 23, 24, 25, 26
- Civiles 15
Solidarité 23
Suspension 22, 26
Sûretés 4, 23, 24

T

Télécommunications 13
Traité OHADA 3, 4, 22, 23, 26, 27
Transit 7, 9
Transport 4, 9, 10, 13, 14, 18, 26

U

Urgence 27

V

Vente commerciale 23, 24, 25, 26
Vol 9, 23

W

Warrant 7, 16

ACTES UNIFORMES

Table des matières

Introduction - n° 1

Section 1 - Notion d'Acte uniforme OHADA n° 2-46

§1 - Finalité de l'Acte uniforme OHADA n° 3-6

A - Raisons d'hésiter n° 4

B - Positions soutenues n° 5-6

§2 - Élaboration de l'Acte uniforme OHADA n° 17-34

A - Domaine matériel d'édiction de l'Acte uniforme n° 7-26

I - Causes de la démesure : le domaine spécifique du droit des affaires de l'OHADA n° 8-10

a - Option de l'OHADA en faveur de la réforme du droit des affaires n° 9

b - Choix d'une conception extensive de la notion de droit des affaires n° 10

II - Conséquences de la démesure n° 11-17

a - Risques de conflit avec les institutions d'intégration économique n° 12-14

b - Risques d'engloutissement du droit interne n° 14-17

III - Prévenir la démesure n° 18-26

a - Philosophie d'extension et sa conformité avec les objectifs de l'OHADA n° 19-22

1 - Constat d'une uniformisation à double vitesse n° 20-21

2 - Exigence de la conformité avec les objectifs du Traité n° 22

b - Admission des limites objectives

à l'extension de l'OHADA n° 23-26

1 - Extension de l'OHADA et le défi de la construction d'un Marché commun communautaire n° 24

2 - Extension de l'OHADA et le défi de l'uniformisation de la réglementation bancaire n° 25-26

B - Principes directeurs d'élaboration de l'Acte uniforme n° 27-28

C - Processus d'élaboration de l'Acte uniforme n° 29-31

D - Question du déficit démocratique n° 32

I - Ampleur de la question n° 33

II - Palliatif trouvé : les commissions nationales n° 34

§3 - Caractéristiques de l'Acte uniforme n° 35-46

A - Champ d'application spatial de l'Acte uniforme n° 36-38

B - Forme juridique de l'Acte uniforme n° 39-46

I - Principe d'application immédiate n° 40

II - Principe de l'effet direct n° 41

III - Principe de la primauté n° 42-43

IV - Effet abrogatoire n° 44-46

Section 2 - Vue synoptique des Actes uniformes n° 47-571

§1 - Actes uniformes en vigueur n° 48-357

A - Présentation de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, tel que révisé le 15 décembre 2010 n° 49-76

I - Contenu de l'Acte uniforme n° 55-68

a - Définition des sûretés n° 57

b - Institutionnalisation de l'agent des sûretés n° 58-60

c - Différentes sûretés organisées par l'Acte uniforme n° 61-68

1 - Sûretés réelles n° 62-66

2 - Sûretés personnelles n° 67-68

II - Sources du droit des sûretés OHADA n° 69-73

a - Sources civilistes n° 70-71

b - Place du droit international n° 72

c - Inspiration africaine n° 73

III - Champ d'application de l'Acte uniforme n° 74

IV - Application de l'Acte uniforme dans le temps n° 75-76

B - Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général, tel que révisé le 15 décembre 2010 n° 77-137

Introduction n° 77-82

I - Aménagement du statut des professionnels du commerce n° 83-111

a - Commerçant et l'entrepreneur n° 85-98

1 - Statut du commerçant n° 86-94

2 - L'entrepreneur n° 95-98

b - Intermédiaires de commerce et bail à usage professionnel n° 99

1 - Intermédiaires de commerce n° 100-105

2 - Bail à usage professionnel n° 106-111

II - Consolidation d'un droit moderne

des activités de commerce n° 112-136

a - Vente commerciale n° 113-130

1 - Formation et validité du contrat de vente n° 114-120

2 - Effets et sanctions applicables n° 121-130

b - Fonds de commerce n° 131

1 - Définition et composition du fonds de commerce n° 132

2 - Modes d'exploitation et cession du fonds de commerce n° 133-136

Conclusion n° 137

C - Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique n° 138-165

Introduction n° 138-142

I - Traits de la modernité de l'AUDSCGIE n° 143-158

a - Champ d'application de l'Acte uniforme n° 144-149

1 - Règlement du groupement d'intérêt économique n° 145-146

- 2 - Société soumises à cet Acte uniforme n° 147-149
- b - Caractère d'ordre public des dispositions de l'Acte uniforme n° 150-152
- c - Droit adapté n° 153-158
 - 1 - Société anonyme indivisible n° 154
 - 2 - Organisation du pouvoir au sein de la société anonyme n° 155-158
- II - Insuffisances de l'AUDSCGIE n° 159-165
 - a - Gouvernement d'entreprise n° 160-162
 - b - Place des salariés dans la société commerciale OHADA n° 163-165
- D - Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif n° 166-170
 - Introduction n° 166-168
 - I - Évolution antérieure à l'AUPCAP n° 169-170
 - II - Contenu de l'AUPCAP n° 171-176
 - a - Différentes procédures organisées n° 173
 - b - Procédures collectives internationales n° 174
 - c - Régime des sanctions et des voies de recours n° 175
 - d - Autres innovations introduites dans l'AUPCAP n° 176
 - III - Champ d'application de l'AUPCAP n° 177
 - a - Personnes soumises à l'AUPCAP n° 178
 - b - Personnes exclues de l'application de l'AUPCAP n° 179-182
 - IV - Application dans le temps de l'AUPCAP n° 183
- E - Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution n° 184-212
 - Introduction n° 184-188
 - I - Procédures simplifiées de recouvrement n° 189-196
 - a - Injonction de payer n° 193-194
 - 1 - Domaine n° 193
 - 2 - Procédure n° 194
 - b - Injonction de délivrer ou de restituer n° 195-196
 - 1 - Domaine n° 195
 - 2 - Procédure n° 196
 - II - Voies d'exécution n° 197-212
 - a - Exécution n° 198-206
 - 1 - Exécution volontaire et exécution forcée n° 199-200
 - 2 - Exécution sur la personne et exécution sur les biens n° 201-202
 - 3 - Exécution en nature et exécution par équivalent n° 203-206
 - b - Procédure n° 207-212
 - 1 - Caractère juridique des voies d'exécutions n° 208-209
 - 2 - Caractère d'ordre public des voies d'exécution n° 210
 - 3 - Caractère individuel des voies d'exécution n° 211-212
- F - Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage n° 213-257
 - Introduction n° 213-215
 - I - Champ d'application de l'AUA n° 216-234
 - a - Au plan matériel n° 217-218
 - b - Au plan des personnes habilitées à compromettre n° 219-220
 - c - Dans l'espace n° 221-229
 - 1 - Mise en œuvre de l'arbitrage n° 222-224
 - 2 - Office de l'arbitre n° 225-229
 - d - Rapports entre l'AUA et le règlement d'arbitrage CCJA n° 230-234
 - II - Exécution des sentences arbitrales rendues sous le fondement de l'AUA n° 235-257
 - a - Exécution provisoire n° 236-239
 - b - Exécution forcée n° 240-249
 - 1 - Exécution des sentences arbitrales OHADA dans l'espace OHADA n° 241-249
 - 2 - Exécution forcée des sentences OHADA en dehors de l'espace OHADA n° 250-257
- G - Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises n° 258-274
 - Introduction n° 258
 - I - Dispositif juridique dans le DCO n° 259-264
 - II - Démarche comptable n° 262-274
 - a - Innovations majeures du SYSCO n° 263-268
 - 1 - Traitement des immobilisations acquises par le crédit-bail n° 264
 - 2 - Traitement des effets escomptés non échus n° 265
 - 3 - Traitement du personnel intérimaire n° 266
 - 4 - Comptabilité de type dualiste avec adoption du système d'inventaire intermittent comme principe de base n° 267
 - 5 - Institution du TAFIRE n° 268
 - b - Caractéristiques fondamentales du SYSCO n° 269
 - 1 - Analyse par nature des charges et produits n° 270
 - 2 - Modalisation rigoureuse des états financiers n° 271
 - 3 - Adoption d'un plan de comptes normalisés n° 272
 - 4 - Séparation de la comptabilité générale de la comptabilité analytique n° 273
 - 5 - Affirmation des principes comptables fondamentaux
- H - Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route n° 275-317
 - Généralités n° 275-280
 - I - Champ d'application spatio-temporel n° 281-291
 - a - Champ d'application temporel n° 281
 - b - Champ d'application territorial n° 282
 - 1 - Transports nationaux n° 283-284
 - 2 - Transports internationaux n° 285-291
 - II - Champ d'application *ratione materiae* n° 292-316

- a - Contrats exclus n° 293-296
 - 1 - Exclusion classique n° 294
 - 2 - Exclusion du transport des marchandises dangereuses n° 295-296
 - b - Contrats pris en compte n° 297-316
 - 1 - Contrat de transport routier en général n° 298-303
 - 2 - Contrats de transport routier particuliers n° 304-312
 - 3 - Contentieux du transport n° 313-316
 - Conclusion n° 317
 - I - Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif au droit des sociétés coopératives n° 318-357
 - Introduction n° 318-319
 - I - Dispositions générales sur la société coopérative n° 320-343
 - a - Constitution de la société coopérative n° 321-328
 - 1 - Définition de la société coopérative et principes coopératifs n° 322
 - 2 - Qualité d'associé n° 323
 - 3 - Statuts et règlement intérieur n° 324-327
 - 4 - Registre des sociétés coopératives - Immatriculation - Personnalité juridique n° 328
 - b - Fonctionnement de la société coopérative n° 329-333
 - c - Action en responsabilité civile contre les dirigeants de la société coopérative n° 334-336
 - d - Liens de droit entre les sociétés coopératives n° 337
 - e - Transformation de la société coopérative n° 338
 - f - Fusion - Scission n° 339
 - g - Dissolution - Liquidation de la société coopérative n° 340-342
 - h - Nullité de la société coopérative et des actes sociaux n° 343
 - II - Dispositions particulières aux différentes catégories de sociétés coopératives n° 344-355
 - III - Dispositions pénales n° 356
 - IV - Dispositions diverses, transitoires et finales n° 357
- §2 - Avant-projets d'Acte uniforme n° 358-571
- A - Avant-projet d'Acte uniforme sur les contrats de consommation n° 359-483
 - Propos introductif n° 359-368
 - I - Dispositions préliminaires : définitions de fond n° 369-380
 - a - Définition des notions clés du droit de la consommation n° 370-378
 - b - Champ d'application n° 379-380
 - II - Formation du contrat de consommation n° 381-414
 - a - Principes cardinaux de formation des contrats appliqués aux contrats de consommation n° 382-390
 - b - Information précontractuelle revisitée n° 291-393
 - c - Publicité et autres modes de promotion n° 394-406
 - d - Clauses abusives n° 407-411
 - e - Facture n° 412-414
 - III - Exécution du contrat n° 415-
 - a - Question centrale du paiement n° 416-426
 - b - Livraison n° 427-430
 - c - Règlementation de la garantie n° 431-440
 - d - Pratiques commerciales particulières n° 441-453
 - e - Droits et devoirs particuliers du consommateur dans le cadre de la fourniture de service n° 454-458
 - f - Responsabilité du fait des produits n° 459-465
 - g - Exécution du contrat en cas de bouleversement des circonstances n° 466
 - IV - Sanctions - preuve et prescription
 - a - Sanctions n° 467-471
 - b - Modes de preuve n° 472-474
 - c - Prescription n° 475
 - V - Organisations de consommateurs n° 476-483
 - a - Droits d'agir particuliers reconnus aux organisations de consommateurs n° 477-479
 - b - Accords collectifs de la consommation n° 480-482
 - VI - Dispositions finales n° 483
 - B - Avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats n° 484-539
 - Introduction n° 484-486
 - I - Contenu et principales caractéristiques n° 487-505
 - II - Problèmes de référence et de cohérence n° 506-536
 - Conclusion n° 537-539
 - C - Avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit du travail n° 540-571
 - Introduction n° 540
 - I - Enjeux de l'harmonisation n° 541
 - a - Contexte de l'harmonisation n° 542-551
 - 1 - Environnement international n° 543-545
 - 2 - Environnement régional n° 546-548
 - 3 - Relative convergence des codes nationaux du travail n° 549-551
 - b - Choix politiques de l'OHADA n° 552-563
 - 1- Orientations de la politique générale dans le Traité de l'OHADA n° 553-554
 - 2 - Prémisses dans certains Actes uniformes en vigueur n° 555-563
 - II - Faisabilité n° 564-571
 - a - Contraintes n° 565-567
 - 1 - Philosophie générale n° 566
 - 2 - Champ d'application de l'harmonisation n° 567
 - b - Concrétisation n° 568-571
 - 1 - Évolution de la réflexion 569
 - 2 - Perspectives n° 570-571

Bibliographie

- ABARCHI (D.), «Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit», *Recueil Penant*, 2003, p. 88-105.
- Actes du colloque de Ouagadougou (Burkina Faso) sur «L'harmonisation du droit OHADA des contrats», organisé par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et l'unité de formation et de recherche en sciences juridiques et politiques de Ouagadougou en association avec l'OHADA, 15-17 novembre 2007, *Revue de droit uniforme*, numéro spécial, 2008-1/2, avec, dans l'ordre des communications :
- AGBOYIBOR (P. K.), «L'OHADA a adopté un nouvel Acte Uniforme relatif au transport des marchandises par route», *RDAI*, n° 4, 2003, p. 440-444.
- ANOUKAHA (F.), «L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les États africains membres de l'OHADA, Afrique juridique et politique», *Revue du CERDIP*, n° 1, vol. I, janvier-juin 2002, p. 62.
- ASSOGBAVI (K.), «Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA», *Penant*, 2000, p. 5.
- BROU (K. M.), «Le nouveau droit des contrats de transport de marchandises par route dans l'espace OHADA», *Penant*, octobre-décembre 2003, n° 845, p. 394 et s.
- FERRARI (Fr.), «The OHBLA Draft Uniform Act Contract for the Carriage of Goods by Road. First Remarks on its Sphere of Application», *RDAL*, n° 7, 2001, p. 898-905.
- FONTAINE (M.), «Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les principes d'unidroit relatives aux contrats du commerce international», *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, 2004, p. 269-273.
- GOMEZ (J. R.), OHADA, *Entreprises en difficultés. Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, éd. BAJAG-MERI, coll. «Le droit en Afrique», Série droit des affaires, 2003.
- ISSA-SAYEGH (J.), «Présentation générale de l'Acte uniforme sur le contrat de transport de marchandises par route», *Obadata D-07-03*, 22 pages.
- ISSA-SAYEGH (J.), POUGOUÉ (P.-G.), «L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions», *Rev. dr. unif.*, 2008, p. 455, spécialement p. 467.
- JOLIVET (E.), *L'Harmonisation du droit OHADA des contrats : l'influence des Principes d'Unidroit en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage*, p. 127 à 152.
- KAMTO (M.), «Traité de Québec commenté», *Juriscopus*, 2010.
- KENFACK DOUAJNI (G.), «La coordination de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres Actes uniformes de l'OHADA», p. 367 à 377.
- KENFACK DOUAJNI (G.), «L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA», *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, 2003, p. 673-729.
- LACASSE et PUTZEYS, «L'Acte uniforme relatif aux contrats de transport des marchandises par route», *ETL*, 2003, no 6, p. 673-729.
- MERCADAL (B.), Code IDEF Annoté de l'Ohada Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.
- MEYER (P.), «La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA», *Ohadata D-06-50*.
- MODI KOKO BEBEEY (H.-D.), «La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA», *Rev. soc.*, 2002, p. 255.
- NEMEDEU (R.), «Une présentation critique de l'Acte uniforme OHADA du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises par rapport au plan OCAM-CEMAC», *Juris Périodique*, n° 58, avril-juin 2004, p. 94; *Ohadata D-06-29*.
- ONANA ETOUNDI (F.), *Formalisme et Preuve des obligations contractuelles dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats*, p. 355 à 365.
- ONANA ETOUNDI (F.), «Les principes d'Unidroit et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, p. 683-718.
- ONDO-MVE (A.), «L'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route», *Hebdo Informations*, Libreville, n° 490 du 14-28 août 2004.
- PEYREFITTE (L.), «Le contrat de déménagement», *JCP*, éd. E, 1986. II. 14655, p. 105-109.
- POUGOUÉ (P. G.), et KALIEU ELONGO (Y.), *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, Yaoundé, 2008, p. 50 à 60, n° 34 à 50.
- POUGOUÉ (P. G.), *L'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire*. Yaoundé, 17 octobre 2007, *Ohadata D-07-41*.
- SAWADOGO (F. M.), *Droit des entreprises en difficultés, collection droit uniforme africain*, Bruylant, Bruxelles, 2002; *Procédures collectives d'apurement de passif. Commentaires de l'Acte uniforme commentés et annotés*, EDICEF/éd. FFA, coll. «OHADA-Harmonisation du droit des affaires», 2001.
- SOSSA (D.), *Le Champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats : contrats en général/contrats commerciaux/contrats de consommation*, p. 339 à 353.
- YADO TOE (J.), *La Problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA*, p. 23 à 36.
- YONDO BLACK (L.), «L'enjeu économique de la réforme de l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit», *Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA. Droit et patrimoine*, n° 197, novembre 2010, p. 45 et sv.

1. Le Traité de l'OHADA constitutionnalise trois types d'actes : les actes uniformes pris pour l'adoption des règles communes, les règlements et décisions pris pour l'application du traité (*art. 4 et 5 du Traité OHADA*). Le traité, les règlements et les décisions constituent le droit primaire de l'OHADA et les Actes uniformes le droit dérivé. Seules ces dernières vont spécialement retenir l'attention ici (*pour les deux autres actes susceptibles d'être pris par l'OHADA, voir entrée Règlement et décisions*). Il s'agit d'une nouvelle dénomination dans le langage des organisations internationales. On va tenter de la définir avant de l'illustrer.

Section I - Notion d'Acte uniforme OHADA

2. Prima facie, l'Acte uniforme se rapproche du règlement tel que pratiqué dans les organisations internationales, à savoir un acte de portée générale, obligation dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre. Mais, fondamentalement, il s'en distingue par la nature de l'OHADA ; une organisation interétatique, a l'ampleur de son domaine matériel et l'intégration juridique maximale recherchée (*voir entrées OHADA; Droit institutionnel de l'OHADA*).

La compréhension de la notion passe nécessairement par la classification de sa finalité et de son élaboration.

§1 - Finalité de l'Acte uniforme OHADA

3. Dès l'article 1^{er} du Traité, le dessein est tracé : l'harmonisation du droit des affaires par l'adoption de règles communes. Mais, la rédaction de cet article et des premiers Actes uniformes est loin d'éviter des interrogations

A - Raison d'hésiter

4. Quel que soit le contenu matériel des différents Actes uniformes, qu'il s'agisse de ceux déjà adoptés ou de ceux qui le seront par la suite, leur élaboration répond à une même finalité, à savoir l'adoption des règles communes. La nature exacte de ces règles communes n'est pas aisée à dégager. Le Traité, dans son intitulé et son article premier, parle d'harmonisation. Mais les instruments de mise en œuvre de cette «*harmonisation*» sont qualifiés d'«*Actes uniformes*» par l'article 5 du Traité ; ce qui peut renvoyer à l'idée d'une uniformisation voire d'une unification. La lecture des Actes uniformes édifie peu à cet égard.

La question est par ailleurs délicate à cause des tempéraments posés par le Traité OHADA lui-même à l'abrogation des droits nationaux. Les Actes uniformes peuvent prévoir des dispositions expressément supplé-

tives : la solution de l'Acte uniforme n'est applicable qu'en absence d'une disposition nationale différente. Ainsi, l'article 10 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés tout en réputant solidaire le cautionnement précise immédiatement que ce dernier peut être «*simple, lorsqu'il en est décidé, expressément, par la loi de chaque État partie*».

Les Actes uniformes peuvent aussi laisser la liberté aux États parties de compléter leur arsenal. Ainsi, aux termes de l'article 106, ali. 2 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, les États membres peuvent instituer des privilèges généraux autres que ceux consacrés par l'Acte uniforme.

Les Actes uniformes peuvent également concéder des dérogations spéciales. Ainsi, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, après avoir interdit l'émission des parts bénéficiaires ou des parts de fondateur (article 744), précise en son article 917 que celles émises avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme sont et demeurent régies par les textes les concernant. On peut surtout citer l'article 916 du même Acte selon lequel ne sont pas abrogées les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier (voir infra, Présentation de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique).

Dans d'autres cas, le législateur OHADA s'est lui-même déclaré incompétent, par exemple, en matière d'organisation judiciaire ou de sanction pénale (articles 5 et 13 Traité OHADA).

Ainsi, les Actes uniformes n'anéantissent pas systématiquement les dispositions des droits internes. Ce qui jette un doute sur la finalité des Actes uniformes.

B - Positions soutenues

5. L'on pourrait bien soutenir l'idée d'harmonisation. Dans celle-ci, on cherche à coordonner des systèmes juridiques différents ou à respecter la sensibilité essentielle d'une législation donnée ; on réduit les différences pour atteindre des objectifs communautaires. À cet égard, on peut évoquer en Afrique l'harmonisation de la prévoyance et de la sécurité sociale, lier dans le cadre de l'Organisation commune africaine et mauricienne à l'origine malgache (OCAM), aujourd'hui dans le cadre de la Conférence internationale de la prévoyance sociale (CIPRES).

Dans le cadre de l'OHADA, les Actes uniformes, même s'ils concernent une réglementation unique, laissent une certaine compétence aux législations nationales. La compétence du législateur OHADA n'est pas alors exclusive dans le domaine concerné. C'est le cas actuellement de l'acte uniforme portant organisation des sûretés. L'étude de ce dernier a amené M. Michel Grimaldi à conclure qu'il vaut mieux parler d'harmonisation, «*car, dans notre domaine, l'acte uniforme n'a pas une compétence exclu-*

sive, mais une compétence, sinon concurrente, du moins partagée avec les législations nationales, qui peuvent se déployer pour autant qu'elles ne lui sont pas contraires. Il permet ainsi une densification des droits nationaux autour d'un tronc commun : il limite l'expression des sensibilités nationales, il ne l'interdit pas» (Grimaldi, (M), L'acte uniforme portant organisation des sûretés, Les Petites affiches, n° 205, 13 octobre 2004, p. 30).

Dans certains cas, mieux vaut parler d'harmonisation, parce que l'acte uniforme partage la compétence avec les législations internes. Une certaine autonomie est laissée aux États. Ainsi, par exemple, l'acte uniforme relatif aux sûretés donne la latitude aux États parties d'instituer des privilèges généraux (article 106, alinéa 2) autres que ceux qu'il consacre et de les classer dans la hiérarchie définie par l'acte uniforme (article 107).

La portée d'une telle autonomie doit être bien comprise. La loi nationale ne peut certainement pas opérer *contra pactum*, contredire l'acte uniforme. Elle peut en revanche opérer *secundum pactum*, notamment en cas de renvoi ou de délégation de l'acte uniforme (Par exemple, en matière de sûreté, pour réglementer les sûretés que l'acte uniforme a laissées expressément à l'initiative des États, telle la mise en gage des propriétés incorporelles (art. 33). De même, l'article 10 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés, tout en réputant solidaire le cautionnement, précise immédiatement que ce dernier peut être « simple, lorsqu'il en est décidé, expressément, par la loi de chaque État partie ». On peut aussi citer l'article 916 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique : « Le présent acte uniforme n'abroge pas les dispositions législatives nationales auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier ». Mais peut-elle opérer *praeter pactum*, ajouter une disposition à l'acte uniforme ? La question est discutée. La difficulté est apparue très vite en matière de sûreté. On s'est alors demandé si le législateur national pouvait accueillir les sûretés que l'acte uniforme ne consacre pas : notamment l'antichrèse ou le nantissement sur des biens autres que ceux arrêtés par l'acte uniforme. La réponse est délicate. Le Professeur ISSA-SAYEGH donne une réponse négative : « faute de quoi l'uniformisation perdrait tout son sens ». Le Professeur Grimaldi est dubitatif, car « la liberté reconnue aux États parties de créer des privilèges porte en elle, par sa généralité, la liberté de légiférer *praeter pactum* ».

Dans d'autres cas, le législateur OHADA s'est lui-même déclaré incompétent, par exemple en matière d'organisation juridictionnelle ou de sanction pénale.

L'argument du partage des compétences peut en réalité s'appliquer à tous les actes uniformes à cause de la technique du renvoi aux législateurs nationaux. De façon générale, c'est le problème des tempéraments à l'abrogation.

6. Peut-on pour autant soutenir que tout droit à la différence est l'élément caractéristique de l'harmoni-

sation du droit ? En vérité, il est difficile de soutenir que tout droit à la différence est le critère distinctif de l'harmonisation du droit. Dans le cadre de l'OHADA, la liberté laissée aux États, elle limite l'ampleur des règles communes mais ne les contredit pas. Dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés, la liberté laissée aux États d'instituer des privilèges généraux autres que ceux que consacre l'acte uniforme (article 106 ali 2) implique une absence d'identité des législations nationales sur ce point mais ne remet pas en cause la recherche d'une réglementation identique sur les points retenus par le législateur. La seule liberté qui impliquerait l'harmonisation est celle reconnue aux États dans les modalités d'application des principes communs arrêtés. Or, ce n'est pas le cas pour l'OHADA qui, sur les points concernés, recherche une réglementation unique, identique en tous points pour tous les États parties.

Reste alors à s'interroger sur l'uniformisation et l'unification.

M. Joseph ISSA-SAYEGH penche pour l'uniformisation, définie « comme une méthode plus radicale de l'intégration juridique puisqu'elle consiste à effacer les différences entre les législations nationales en leur substituant un texte unique, rédigé en des termes identiques pour tous les États concernés » (Issa-Sayegh, (J), Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA, Revue de droit uniforme, 1999, p. 6). Dans le même sens, on peut citer M. Paul-Gérard Pougoué (Pougoué, (P. G.), OHADA, instrument d'intégration juridique, Revue africaine des sciences juridiques, vol. II, n° 2, 2001, p. 12). L'unité et l'identité de la réglementation justifient la qualification d'uniformisation du droit. C'est bien ce qui se passe dans le cas de l'OHADA qui adopte le principe de la supranationalité permettant d'introduire directement des normes dans l'ordre juridique interne des États parties tout en abrogeant les dispositions contraires du droit interne, antérieures ou postérieures (article 10, Traité de l'OHADA).

De l'uniformisation à l'unification, il n'y a qu'un tout petit pas à effectuer. Mais, il faut le dire, c'est surtout une question de terminologie. Pour Yves Guyon, l'objectif du Traité de l'OHADA est bien l'unification du droit en raison de l'abrogation par chaque acte uniforme des dispositions de droit interne qui lui sont contraires (Guyon (Y), Conclusion, journée OHADA de l'association Henri Capitant du 22 novembre 2002, Les Petites affiches, n° 205, p. 61). Les États sont ainsi privés de la possibilité de légiférer dans le domaine du droit unifié. Dans le même sens, on peut citer M. Jean Paillusseau (Paillusseau (J), Le droit de l'OHADA – un droit très important et original, La semaine juridique. Cahiers de droit de l'entreprise, n° 5, supplément à la Semaine juridique n° 44 du 28 octobre 2004, p. 2), Catherine Kessedjian (Kessedjian, (C), Codification du commerce international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations éco-

nomiques transnationales, RCADI, Tome 300, 2002, p. 109, note de bas de page n° 53), Philippe Leboulanger (Leboulanger, (Ph), L'arbitrage et l'harmonisation du droit en Afrique, preuve de l'arbitrage, 1999, n° 3, p. 546 et 547), Parfait Diédhou qui résume ainsi cette approche : « *A vrai dire, tous les actes uniformes, sans exception, consacrent une législation de type directe et ne laissent par conséquent aucune marge d'appréciation au profit des États membres. Les États sont ainsi privés de la possibilité de légiférer dans le domaine de l'unification du droit puisque les règles découlant des actes uniformes sont suffisamment claires et précises pour ne pas appeler une intervention complémentaire des États membres.* » (Diédhou, (P), *L'unification du droit des affaires de l'OHADA – Étude de droit uniforme et de droit international privé, thèse, Droit, Université de Genève, 2009, p. 88 et 89*).

§2 - Élaboration de l'acte uniforme OHADA

A - Domaine matériel

7. Le domaine matériel de l'OHADA, c'est-à-dire l'ensemble de matières juridiques susceptibles d'être régies par le droit uniforme que secrète l'institution, semble extensible à l'infini, serait-on tenté de dire. Certains ont vu dans cette possibilité d'extension une opportunité offerte aux pays membres et à l'institution de s'ouvrir, ce qui permettrait à ce nouveau modèle juridique de servir désormais de référence. En soi, la démarche est légitime et conforte les ambitions de l'institution. Mais, on peut se demander si, poussée trop loin, cette possibilité n'est pas à même de nuire finalement au devenir de l'institution. Il y a donc, de notre point de vue, un risque quasi-certain de démesure de sorte qu'il est temps de se demander s'il n'est pas possible de la prévenir (III) afin d'éviter ou de limiter les conséquences éventuelles qui pourraient en découler (II). Mais peut-être convient-il avant tout, de revenir sur les causes de cette démesure (I).

I - Causes de la démesure : le domaine spécifique du droit des affaires de l'OHADA

8. Il n'était pas du tout évident au départ comme cela peut paraître aujourd'hui qu'une harmonisation et surtout une modernisation du droit des affaires en Afrique puissent être initiées et surtout réussies. Il s'agissait d'un pari que l'OHADA semble pour le moment avoir gagné, car il a opté de manière irréversible en faveur de l'harmonisation du droit des affaires (a), de même qu'elle a choisi de retenir une conception extensive de la notion de « droit des affaires » qui, on le sait, est une notion couramment utilisée mais qui ne fait pas toujours l'unanimité quant à sa définition et son contenu (b).

a - Option de l'OHADA en faveur de la réforme du droit des affaires

9. Ce que l'on ne souligne pas souvent assez lorsqu'on aborde le domaine de ce qu'il est convenu désormais d'appeler le droit des affaires en Afrique c'est que, sur le plan historique, peu de place et partant d'intérêt lui avaient été accordés jusque-là dans le processus de développement des pays africains dans la période qui a suivi les indépendances.

En effet, pendant longtemps et jusqu'à récemment encore, les réformes engagées en matière juridique et même judiciaire dans différents pays n'ont que très peu mis l'accent sur une réforme d'ensemble du droit des affaires tout au moins en terme de politique juridique. La plupart des réformes surtout autour des années 1970-1980 étaient guidées par le souci de mettre en place un droit plus adapté que ne l'était le droit antérieur. Dans cette logique, on a considéré que le problème de l'adaptation de ce que l'on appelait alors le droit commercial ne se posait pas véritablement et que l'on pouvait pour quelques temps encore continuer de se contenter d'un droit « importé » même s'il était plus ou moins inadapté (KOUASSIGAN (G.A.), *Quelle est ma loi, Pedone, 1974*; PAPACHRISTO (A.C.), *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique, LGDJ, 1975, p. 80 et sv*). Cela s'est traduit entre autres par la rareté des travaux de recherches scientifiques consacrés à la question de l'inadaptation du droit des affaires (Voir cependant SCHAEFFER (E), *Droit économique en Afrique noire francophone, in Dynamique et finalité des droits africains, Economica, 1980, p. 139-156*; SATIO (J)°, *Le statut du commerçant au Cameroun, thèse; NYAMA (J.M.), Réalités et perspectives du droit de la faillite au Cameroun, thèse, Paris, 1980*; LABITE (D), *Les sûretés et autres thèses sur les sûretés*) et par le peu d'intérêt suscité par les réformes entreprises dans ce domaine dans certains pays même lorsque ces réformes étaient importantes et pour certaines innovantes (Voir par exemple la réforme du droit des sociétés guinéen qui a inspiré sur certains points le droit OHADA mais dont l'importance ne semble pas avoir été reconnue à l'époque où elle est intervenue).

La situation était par contre différente s'agissant d'autres branches du droit comme le droit foncier (POUGOUÉ (P. G.), *La famille et la terre, essai de contribution à la systématisation du droit privé au Cameroun, thèse Bordeaux, 1977*; MELONE (S.), *La parenté et la terre dans la stratégie du développement, éd. Klincksieck, 1972*) ou le droit de la famille. Ici, la doctrine la plus autorisée (Voir par exemple la collection *Encyclopédie juridique de l'Afrique en particulier les volumes consacrés au droit de la famille et au droit foncier qui ont été rédigés par d'éminents auteurs*) a très tôt reconnu l'inadaptation des législations antérieures et a appelé de tous ses vœux les réformes qui n'ont pas tardé pour la plupart à intervenir et qui ont retenu l'attention de nombreux juristes pendant plusieurs années.

Pourtant l'inadaptation du droit des affaires hérité de l'époque coloniale était une réalité même si elle prenait surtout la forme d'une ineffectivité autrement dit d'une résistance passive à l'application des règles existantes. Tout le mérite est donc celui des fondateurs de l'OHADA d'avoir compris et fait comprendre que la réforme du droit commercial qui entre-temps s'est mué en droit des affaires devenait incontournable à l'instar de celles intervenues dans d'autres domaines comme condition sine qua non d'un meilleur développement.

Le législateur OHADA en choisissant de réformer le droit des affaires devait également choisir le contenu à donner à la notion tant elle fait l'objet de controverse. Il a pour cela opté pour une conception.

b - Choix d'une conception extensive de la notion de droit des affaires

10. L'expression « droit des affaires » adoptée par les concepteurs du traité de l'OHADA permet tout à la fois formellement d'identifier son champ d'action et fondamentalement de la particulariser, car « ce qui frappe et renforce la finalité unificatrice est la conception et la vision qu'a l'OHADA du droit des affaires : une approche globale qui laisse entrevoir d'importantes unifications juridiques et renforcée par une vision moderne qui répond aux attentes des opérateurs économiques » (POUGOUÉ (P. G.), *OHADA : instrument d'intégration juridique, in Revue africaine des sciences juridiques, vol. II, n° 2, 2001, p. 11 et sv. not. p. 13*). À partir de là, l'on peut essayer de qualifier l'institution par ce qu'elle est et ce qu'elle n'est pas. L'OHADA n'est pas une institution d'intégration économique contrairement à ce qu'affirment certains auteurs car les institutions véritablement économiques n'abordent le droit des affaires que de manière très indirecte et parcellaire contrairement à l'OHADA qui entend réglementer l'ensemble du droit des affaires. Par contre, il s'agit, comme déjà souligné précédemment, d'une institution qui accorde une place importante aux normes juridiques dans l'amélioration du développement économique. Mais cela aussi suscite des controverses comme la notion de droit des affaires elle-même (*Pour certains, le droit des affaires dont il s'agit est en réalité le « droit des activités économiques », PAILLUSSEAU (J), Le droit de l'OHADA, un droit important et original, op. cit., p. 1*).

Le droit des affaires, parce qu'il est, non pas défini, mais uniquement énuméré par le Traité fondateur doit être reconnu comme constituant le champ d'action à la fois minimal et maximal de l'organisation. Champ d'action minimal car les matières énumérées par le Traité doivent être considérées comme celles qui constituent le plus petit domaine de l'OHADA. Champ d'action maximal en ce que toute matière susceptible d'être qualifiée par l'OHADA comme faisant partie du droit des affaires peut donner lieu à l'élaboration d'un acte

uniforme (*Il est vrai qu'il y a là un risque de démesure comme nous le verrons par la suite*). Or, il se trouve que ces matières ne peuvent pas être limitativement énumérées. On en déduit que c'est une conception extensive qui semble avoir été adoptée.

En plus des matières expressément énumérées dans le Traité, il est permis d'étendre le domaine du droit des affaires de l'OHADA. C'est sur cette base que le Conseil des ministres a, depuis la signature du Traité en 1993, opté par une décision du 23 janvier 2001 d'étendre le domaine des actes uniformes à un certain nombre de matières qu'il a énumérées (*L'article 1^{er} de la décision n° 002/2001/CM relative au programme d'harmonisation du droit des affaires en Afrique dispose : « Sont incluses dans les domaines du droit des affaires, les matières ci-après énumérées : le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats, le droit de la preuve ». Il faut signaler que cette instance ne se prononce elle-même que sur la base des propositions faites par le Secrétariat permanent. Lorsque cela est nécessaire, les propositions ainsi faites sont elles-mêmes adressées à des groupes de travail constitués en général d'experts*).

II - Conséquences de la démesure

11. Elles sont principalement de deux ordres. S'il y a des risques de conflit avec les institutions d'intégration économique, il y a également des risques d'engloutissement de tout le droit.

a - Risques de conflit avec les 5 institutions d'intégration économique

12. S'il n'y a pas en soi risque de conflit entre l'OHADA tel que conçu à l'origine et d'autres institutions d'intégration, ces conflits deviennent inévitables lorsque le domaine de l'OHADA s'étend à l'infini.

De prime abord, il faut savoir gré à l'avènement de l'OHADA d'avoir donné un regain d'intérêt ou suscité tout simplement de l'intérêt pour l'étude des autres institutions d'intégration régionale qui existent pour certaines depuis plusieurs années déjà. Jusqu'à très récemment en effet, ces institutions, lorsqu'elles n'étaient pas simplement ignorées étaient à peine étudiées et constamment présentées d'ailleurs comme étant en veilleuse voire inutiles. Tel était le cas quand bien même l'activité normative de certaines d'entre elles était importante voire déterminante dans certains domaines. On peut citer à titre d'illustration l'importante réforme législative du droit bancaire menée quasi parallèlement dans les zones CEMAC et UEMOA au cours des quinze dernières années (*Pour la CEMAC, il s'agit des conventions bancaires de 1990 et 1992 qui créent la Commission bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC), et harmonisent la réglementation bancaire applicable*

dans cette zone. Pour l'UEMOA, citer les textes. Voir aussi, KALIEU (Y.), *Le contrôle bancaire dans la zone de l'Union Monétaire de l'Afrique Centrale*, *Penant*, n° 841, oct-déc 2002, p. 445; KENMOGNE SIMO (A.), *Le contrôle de la défaillance des établissements bancaires dans les pays d'Afrique noire francophone*, thèse, Université de Yaoundé II, 2005, *passim*; ISSA SAYEGH (J.), *L'intégration juridique dans les pays de la zone Franc (Ile partie)*, *Penant*, p. 124 et *sv.* qui évoque les grands principes de l'harmonisation de la réglementation bancaire) et plus récemment les réglementations relatives à la concurrence adoptées dans ces mêmes sous-régions (KALIEU (Y.) et KEUGONG (R.S.), *Commentaire des règlements n° 1 et n° 4 UEAC relatifs à la concurrence dans la CEMAC*, *Juridis périodique*, avril-juin 2003, p.; KALIEU (Y.), *La Cour de justice de la CEMAC et le contrôle des pratiques commerciales anticoncurrentielles in Sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans l'espace CEMAC*, Libreville (Gabon), 2-6 novembre 2004, éd. GIRAF, 2005, p.; COULIBALY (A.S.), *Le droit de la concurrence de l'Union économique Ouest Africaine*, *Revue burkinabé de droit*, n° 43, 2003; Obadata, D-05-27, NJEUFACK TEMGWA (R.), *La protection de la concurrence dans la CEMAC*, thèse de doctorat, Université de Dschang, 2005). Ces réformes n'ont que très peu retenu l'attention des juristes malgré certaines innovations importantes qu'elles ont apportées.

Au-delà de leur droit matériel ou droit dérivé, le droit institutionnel même de ces organisations restait jusque-là mal connu. On peut citer le cas des cours de justice communautaires de la CEMAC et de l'UEMOA qui existent depuis respectivement 2000 et 1996 (*La Cour de Justice de l'UEMOA prévue par l'article 38 du Traité de l'UEMOA est organisée par l'acte additionnel n° 10/96 du 10 mai 1996. Cette institution a publié il y a quelques années un recueil des décisions qu'elle a rendues. Voir, Cour de justice de l'UEMOA, Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice, Ouagadougou, janvier 2002, 172 p.*) mais dont la création est passée presque inaperçue (*Voir cependant : NTOUTOUME (J.M.), Présentation de la Cour de justice de la CEMAC : introduction générale, in Sensibilisation au droit communautaire de la CEMAC, Actes du séminaire sous-régional, Douala, Cameroun 16-20 décembre 2002, éd. GIRAF, 2003, p. 36 et sv.; NTOUTOUME (J.M.), Réflexions sur certaines dispositions de la convention, des règles de procédures et des statuts de la Cour de Justice de la CEMAC, Actes du séminaire sous-régional, précité, p. 51 et sv.; NSIE (E.), Les compétences de la Cour de justice de la CEMAC in Sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone CEMAC, Actes du séminaire sous-régional Libreville, Gabon, 2-6 novembre 2004, éd. GIRAF, 2005 p. 15 et sv.*). À titre de comparaison, la Cour commune de justice et d'arbitrage a fait l'objet de plusieurs études et commentaires bien avant d'avoir rendu ses premières décisions!

13. Le risque potentiel de conflit entre ces institutions et l'OHADA (BOUMAKANI (B.), *La coexistence de la Cour commune de justice de l'OHADA et de la Cour de justice*

*de la CEMAC, Bilan et perspectives in Sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone CEMAC, Actes du séminaire sous-régional, Libreville, Gabon, 2-6 novembre 2004, éd. GIRAF, 2005, p. 131 et sv.; PRISO-ESSAWE (S.J.), La hiérarchie des normes dans l'espace CEMAC-CEEAC et OHADA in Sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la CEMAC, préc., p. 187 et sv.; TATY (G.), Les conflits de compétence entre les Cours de justice de la CEMAC et de l'OHADA in Sensibilisation au droit communautaire de la CEMAC, Actes du séminaire sous-régional, Douala, Cameroun 16-20 décembre 2002, éd. GIRAF, 2003, p. 56 et sv.) oblige donc fatalement à ce que l'on s'intéresse de plus près à elles afin de connaître leur finalité et leur fonctionnement. Il s'agit là du préalable nécessaire pour prendre la mesure réelle du conflit (*Dont il faut se garder toutefois d'exagérer l'ampleur car il convient de signaler que des conflits pourraient aussi être entretenus entre le droit OHADA et les droits nationaux*) afin de proposer les solutions appropriées pour son règlement.*

Le débat une fois situé dans son contexte et recentré, une autre question préalable doit être réglée. Que faut-il entendre exactement par institution d'intégration économique. Autrement dit, les institutions d'intégration économique au sens strict existent-elles réellement? On peut en douter car toute intégration économique doit être nécessairement moulée comme l'affirme un auteur dans « une formule juridique adéquate suffisamment précise pour en assurer le fonctionnement » (CEREXHE (E.), *L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale, in Revue burkinabé de droit, n° spécial 39-40, 1999, p. 21 et sv., www.ohada.com, Obada D-05-36*). Par ailleurs, il est difficile d'assurer une véritable intégration économique dans un espace juridique diversifié car l'« intégration économique sans règles juridiques intégrées flotte en superficie » (POUGOUÉ (P. G.), *OHADA et intégration économique, communication au colloque Georges NGANGO, Yaoundé, 26, 27 et 28 février 2001, p.*). C'est ce qui explique que des institutions d'intégration économique procèdent très souvent à une harmonisation de leurs différentes législations.

C'est de là que naissent dès lors les difficultés de classification des institutions suivant qu'elles sont des institutions économiques ou des institutions d'intégration juridique. De manière assez artificielle, on peut dire que dans les institutions d'intégration économique, le juridique accompagne l'économique, alors que dans les institutions d'intégration juridique, l'économique accompagne l'intégration juridique. Mais la frontière n'est pas véritablement étanche et la classification ne peut être faite qu'au cas par cas. Pour en revenir au cas de l'OHADA et des autres institutions avec lesquelles elle coexiste, on peut avancer que, tandis que l'OHADA est une institution d'intégration juridique à « vocation économique », les autres institutions présentées comme concurrentes ne seraient que des institutions d'intégration économique stricto sensu (*Contre DIALLO (I.K.),*

La problématique de l'intégration africaine : l'équation de la méthode, www.obada.com. Obadata D-05-16 : «La lecture de ces matières montre que l'OHADA, la CEMAC et l'UEMOA sont appelées à traiter des mêmes matières». On peut citer ici la CEMAC, l'UEMOA, la CEDEAO, etc. Mais entre les deux catégories, il y aurait des institutions qu'un auteur a qualifiées d'institutions juridiques à but limité (ISSA SAYEGH (J.), *L'OHADA, Instrument d'intégration juridique dans les pays africains de la zone franc, R.J. Com. 1999, n° 6, p. 237 ; il s'agit entre autres de la CIMA, du CIPRES, de l'OAPI, etc.*).

14. Il reste à voir si cette tentative de classification peut être confortée par les textes qui régissent ces institutions. Or, la lecture des textes fondateurs de certaines institutions montre que ces textes sont eux-mêmes source de confusions sur la nature et les objectifs des institutions. C'est le cas du Traité UEMOA dont le préambule précise - parmi les raisons ayant justifié sa création, «la nécessité de favoriser le développement économique et social grâce à l'harmonisation de leur législation». On se demande à partir de là si l'harmonisation du droit est mise au service de l'intégration économique ou si c'est l'hypothèse inverse. Au-delà de la clarté des textes, le problème viendrait aussi selon un auteur (MAHOU (A), *Quelques observations sur les problèmes de l'intégration en Afrique, in La libération de l'économie dans le cadre de l'UEMOA, Actes du colloque de Ouagadougou, 16, 17 décembre 1999, Publication du CEEI, n° 3 2001, p. 131 et sv. Spéc. p. 143*) de ce que l'on confond souvent le «processus d'intégration lui-même et le résultat que l'on vise». Ainsi, une similitude de résultat, autrement dit d'objectifs, peut ne pas correspondre absolument à une identité des processus et vice versa.

Une fois les termes du conflit présentés, il est important pour terminer, d'envisager les possibilités de résolution qui peuvent être diverses et ont été envisagées par les auteurs. Parmi celles-ci, il y a d'abord la méthode de la concertation. L'adoption de l'acte uniforme sur le droit comptable en 2000 a été l'occasion de mesurer l'efficacité de cette méthode car, il faut le rappeler, il existait dans l'UEMOA une réglementation comptable commune – SYSCOA avant que n'intervienne celle de l'OHADA. Il a fallu une concertation préalable à la rédaction de l'acte uniforme OHADA pour qu'il y ait une cohésion entre les deux textes. Mais, il y a également d'autres solutions qui sont proposées.

b - Risques d'engloutissement du droit interne

15. Le droit des affaires n'est pas spécifique ou sui generis dans tous les champs du droit. Dans bien de domaines il obéit aux règles du droit commun ou à la théorie générale du droit. Il en est ainsi notamment : du droit des personnes ; du droit des biens ; du droit

des actes et faits juridiques. Cette participation du droit général devrait interdire à l'OHADA de s'y immiscer pour l'uniformiser. Dans ce cas, on atteindrait un degré intolérable d'abandon de souveraineté législative et judiciaire susceptible de compromettre l'avenir même de l'OHADA

Il faut donc avoir raison gardée, car alors toute matière pourrait faire partie du droit des affaires. L'OHADA n'a de sens et ne présente une cohérence que si l'on a une conception stricte des matières à uniformiser. Sinon, c'est tout le droit qui sera uniformisé. Ce n'est assurément pas le dessein des pères fondateurs. Dans cette logique, une matière comme la théorie générale du contrat ou le droit de la preuve devrait être totalement exclue du champ de l'unification. Finalement, la recherche systématique du droit des affaires uniformisable doit se faire avec circonspection autour de toutes ses composantes à savoir : les acteurs économiques ; les actes économiques ; les biens économiques ; les procédures économiques.

16. Les acteurs économiques de premier plan ont déjà fait l'objet d'actes uniformes : commerçants personnes physiques, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique, intermédiaires du commerce. Il s'agit maintenant de compléter avec les sociétés civiles qui ont une activité économique lucrative aussi importante que les sociétés commerciales. C'est le cas des sociétés coopératives et mutualistes et des sociétés civiles dans toutes leurs déclinaisons (sociétés civiles immobilières, sociétés civiles professionnelles, etc.).

17. L'OHADA s'est aussi préoccupée d'actes économiques : la théorie de l'acte de commerce, le contrat de vente entre professionnels, le bail commercial, le courtage, la commission, le contrat de transport des marchandises par route. Mais d'autres pourraient bien faire l'objet d'harmonisation. Ainsi en est-il du crédit-bail, du franchising, du contrat de concession exclusive, de tous les contrats de production et de distribution. Cependant, l'harmonisation des opérations liées à l'activité bancaire ou à celle des établissements financiers - établissements de crédit dans la réglementation CEMAC - ne peut être entreprise avec succès et sans risque qu'après une étroite concertation avec l'UEMOA et la CEMAC.

Le bien économique prépondérant du monde des affaires, à savoir le fonds de commerce, a déjà été traité dans l'acte uniforme sur le droit commercial général. Mais il en existe d'autres tels que ceux qui constituent la propriété intellectuelle. Certes, celle-ci est déjà réglementée par un texte de droit uniforme (OAPI), mais l'OHADA peut s'intéresser à elle à deux égards :

- en déterminant le régime du gage des éléments de la propriété intellectuelle qui est simplement annoncé par les annexes du Traité OAPI mais non défini et cela, par une adjonction de cette garantie à l'acte uniforme sur les sûretés ;
- en s'appropriant le contrôle de l'application du droit uniforme de la propriété intellectuelle par la

CCJA, une telle opération ne pouvant se faire que par modification du Traité OHADA - il en serait de même pour le droit uniforme des assurances du code CIMA ; une telle appropriation aurait le mérite de rendre transparente l'application de ces deux importantes législations uniformes, transparence nécessaire à la sécurité juridique et judiciaire dans le monde des affaires.

S'agissant de procédures économiques, l'arbitrage a fait l'objet d'une manifestation d'intérêt particulière de la part de l'OHADA. Mais il existe d'autres modes de règlement des litiges que le recours aux juges étatiques ou à l'arbitrage, qui mériteraient une uniformisation. Il en est ainsi de la médiation, de la conciliation, du mini-trial.

III - Prévenir la démesure

18. Comme dans d'autres domaines, il est parfois plus facile de prévenir que de résoudre les difficultés. C'est pourquoi, pour prévenir la démesure, il devient de plus en plus inévitable de rechercher la philosophie qui sous-tend la politique d'extension engagée au sein de l'organisation pour s'assurer qu'elle est en conformité avec ses objectifs (a). Par ailleurs, il faut admettre l'existence de limites objectives à l'extension de l'OHADA (b).

a - Philosophie de l'extension et sa conformité avec les objectifs de l'OHADA

19. Il importe aujourd'hui de s'interroger assez profondément sur la philosophie qui doit guider l'extension de l'OHADA afin d'éviter la situation actuelle qui est celle d'une uniformisation menée à double vitesse. Cette philosophie devra elle-même se trouver en conformité constante avec les objectifs du Traité.

1 - Constat d'une uniformisation à double vitesse

20. Plus est étendu le domaine de l'uniformisation du droit des affaires, plus apparaît et semble se consolider une cassure entre les différentes matières à harmoniser. Deux blocs apparaissent qui sont d'une part les matières qui ont fait objet d'uniformisation à l'origine c'est-à-dire celles énumérées par le Traité fondateur et d'autre part celles dont l'uniformisation fait seulement suite à l'extension décidée ultérieurement par le Conseil des ministres. Si pour le premier bloc, la politique d'harmonisation correspond aux objectifs de l'OHADA, dans le second bloc, cette politique s'en éloigne plus ou moins.

À notre analyse, les matières du premier bloc, c'est-à-dire celles réglementées à l'origine, bien que diverses en apparence, présentent des caractéristiques communes.

Il s'agit pour la plupart de matières anciennement régies par des codes qu'il s'agisse du code civil pour les sûretés, du code de commerce pour le droit commercial général et les procédures collectives ou encore du code de procédure civile pour les voies d'exécution. Il s'agit donc de matières très marquées par la tradition civiliste et sur lesquelles la source législative est prédominante. Ces matières forment par ailleurs le socle, le droit commun du droit des affaires. La dernière caractéristique, sans doute l'une des plus importantes, est que pour toutes ces matières la vétusté et l'inadaptation des dispositions existantes - héritage colonial sauf quelques exceptions - étaient presque unanimement reconnues. On comprend dès lors qu'à un souci d'harmonisation du droit applicable dans les différents États membres s'ajoutait également le besoin d'adapter les législations existantes aux nouvelles exigences socio-économiques, ce qui ne pouvait qu'être conforme aux objectifs visés par l'OHADA. L'œuvre réalisée est sans doute incomplète par endroits et donc perfectible, mais elle est cohérente et présente une unité et une harmonie certaines.

Il n'en est pas de même pour les matières issues de l'extension et dont l'œuvre d'harmonisation est récente ou en cours et que l'on pourrait qualifier de matières de la deuxième génération d'actes uniformes. Parmi celles-ci, il faut citer le droit des contrats, le droit de la preuve, le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit des sociétés civiles, etc. Elles relèvent pour la plupart de ce qu'un auteur a qualifié de « droit spécial des affaires » (*ISSA SAYEGH (J.), L'ordre juridique OHADA, communication au colloque ARPEJE, précité p. 6. À l'exception toutefois du droit des contrats et du droit de la preuve*). Contrairement aux matières du premier bloc, elles sont marquées par la diversité des sources. Si pour certaines la source est législative, pour d'autres, cette source est surtout réglementaire à l'exemple du droit bancaire (*On connaît par exemple l'importance des circulaires et décisions des autorités monétaires en matière bancaire*). Ensuite et c'est là une différence majeure, certaines de ces matières, principalement le droit bancaire et le droit de la concurrence, ont déjà fait l'objet d'une législation harmonisée au niveau communautaire ce qui pourrait accroître les risques de conflit avec les organisations sous-régionales. Par ailleurs, on constate pour certains de ces matières des difficultés à déterminer leur contenu ou leurs domaines exacts du fait de l'imprécision des intitulés employés tels que le droit des sociétés coopératives et mutuelles ou le droit de la preuve. Enfin, certaines de ces matières concerneraient davantage le droit public économique à l'exemple du droit de la concurrence car ici le rôle de l'État est prépondérant notamment à travers les diverses autorités de contrôle et de régulation.

21. On ne peut donc pour toutes ces raisons aborder le problème de leur harmonisation de la même manière que pour les matières appartenant au premier groupe. Il faut par exemple évaluer au préalable les législations existantes pour voir si elles sont réellement inadaptées à

la situation actuelle des économies. Il s'agit évidemment d'un travail délicat d'autant plus que dans certains cas ces législations résultent de réformes récentes qui parfois ne sont pas encore achevées. On peut d'ailleurs se demander s'il revient à l'OHADA d'évaluer les réformes menées par d'autres institutions. Non seulement cela peut représenter un surcoût de travail pour elle, mais aussi cela supposerait pour l'OHADA de connaître exactement les objectifs qui ont été à la base des réformes, ce qui peut ne pas être évident.

Plus l'entreprise d'harmonisation s'élargit, plus elle menace de perdre en cohérence et partant en efficacité. Ce qui impose de revoir la politique générale et surtout de s'assurer de la constante conformité avec les objectifs et les moyens du Traité.

2 - Exigence de la conformité avec les objectifs du Traité

22. Il ressort de l'article 1^{er} du Traité instituant l'OHADA que cette organisation a pour objectifs l'élaboration et l'adoption de règles communes, simples, modernes et adaptées à la situation des économies des pays membres. Par ailleurs, elle doit favoriser l'investissement (*Ces objectifs ont été clairement rappelés lors de la célébration du 10^e anniversaire de l'OHADA à Porto-Novo au Bénin en 2004 : « L'objectif principal de l'OHADA est de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire constatée dans les différents États parties, en modernisant et en harmonisant le droit des affaires afin de restaurer la confiance des investisseurs et de faciliter les échanges » AHO (F.), in Rapport général, inédit*). Il ne s'agit bien évidemment pas d'objectifs ponctuels mais d'objectifs permanents qui doivent être pris en compte dans toutes les actions menées au sein de l'organisation et partant dans sa politique d'extension. Ces objectifs sont eux-mêmes soutenus par des moyens matériels, humains et financiers qui permettent de les réaliser effectivement.

Or, dès lors qu'il existe dans une matière donnée qui relèverait du domaine du droit des affaires, des règles presque communes, modernes et adaptées comme c'est le cas de quelques réglementations actuellement existantes et que par ailleurs, l'on sait que les moyens dont dispose l'organisation pour la réalisation de ses objectifs ne sont pas extensibles à souhait, on peut se demander si à vouloir à tout prix réaliser une autre réglementation dans ce domaine l'institution ne s'éloigne pas plutôt finalement de ses objectifs. Il importe donc de faire preuve de réalisme tout en tenant également compte des limites objectives qui s'opposent à cette extension.

b - Admission des limites objectives à l'extension de l'OHADA

23. En nous limitant au droit de la concurrence (1) et au droit bancaire (2) qui feront probablement l'objet des « prochains chantiers » d'uniformisation au sein de

l'OHADA, nous voulons démontrer que sans remettre en cause la volonté légitime d'extension et d'expansion de l'institution, des limites objectives s'opposent à ce mouvement (*Voir aussi ISSA SAYEGH (J.), LOHOUES-OBLE (J.), OHADA Harmonisation du droit des affaires, préc., p. 116, n° 262 et sv. Qui montrent qu'il existe par ailleurs d'autres limites explicites ou implicites à l'expansion de l'OHADA*). En effet, l'OHADA pourra difficilement tendre vers la construction d'un Marché commun communautaire ou la réalisation d'une harmonisation de la réglementation bancaire.

1 - Extension de l'OHADA et le défi de la construction d'un Marché commun communautaire

24. La réglementation de la concurrence surtout en droit communautaire a pour objectif de parachever la mise en place d'une union économique en permettant que soit effectivement assurée la libre circulation des biens et des capitaux qui s'ajoute à la libre circulation de personnes (*qu'il s'agisse de la CEMAC ou de l'UEMOA, les réglementations de concurrence mises en place dans ces deux sous-régions s'appuient sur les dispositions de leurs traités fondateurs qui visent la création d'un Marché commun comme l'un des objectifs à atteindre. Par exemple, pour le cas de l'UEMOA, la réglementation de la concurrence se fonde sur les 88, 89 et 90 du Traité*). Or, l'OHADA n'est pas une union économique et son objectif premier n'est pas la création d'un marché commune comme ce fut le cas, à l'origine, avec la Communauté économique européenne. Dès lors, la réglementation de la concurrence qu'elle envisage de réaliser supposerait au préalable que la mise en place d'un Marché commun soit considérée comme un objectif à atteindre, ce qui pourrait imposer une modification du Traité fondateur.

D'un autre point de vue, il faut s'intéresser aux rapports éventuels entre la réglementation communautaire et les réglementations nationales de la concurrence. En effet, une réglementation communautaire de la concurrence a généralement pour but de renforcer et compléter les réglementations nationales et dans tous les cas, celle-là n'est pas appelée à se substituer à celles-ci car le champ d'application des règles de concurrence n'est pas le même. Dans le premier cas, la réglementation concerne le Marché commun communautaire, dans le second cas, les marchés nationaux qui sont différemment délimités. Il faudrait donc pouvoir déterminer de façon assez rigoureuse les objectifs spécifiques de la réglementation de la concurrence OHADA en évitant autant que possible qu'ils n'entrent en conflit avec les réglementations nationales lorsqu'il en existe (*tous les États membres de l'organisation ne disposent pas actuellement d'un droit national de la concurrence. Ceci qui donne lieu à quelques difficultés car l'absence de législation nationale entrave dans certains cas la mise en œuvre efficiente du droit communautaire. Ainsi par exemple pour se limiter au cas de la CEMAC,*

la mise en œuvre du droit communautaire fait parfois appel aux « autorités nationales compétentes en matière de concurrence ». Or, en l'absence de législation nationale, il peut être difficile, voire quasi-impossible de déterminer précisément quelles sont ces autorités ce qui pourrait faire naître des conflits de concurrence. Sur la question lire par exemple KENGONG (R.S.), *La répartition des compétences entre les autorités communautaires et nationales de la concurrence, mémoire de DEA, Université de Dschang, 2003, passim*). Dans tous les cas, il sera quasiment impossible d'adopter une législation régissant à la fois le droit interne et le droit communautaire de la concurrence (voir COULIBALY (A.S.), *Le droit de la concurrence de l'Union économique Ouest Africaine, Revue burkinabé de droit, n° 43, 44, 2003, Obadata, D-05-27, précité*).

Par contre, on peut parfaitement envisager que la réglementation OHADA à venir se limite aux questions non traitées par les législations sous-régionales comme par exemple celles relatives à la concurrence déloyale.

Enfin, la réglementation OHADA ne devra pas non plus entrer en conflit avec les réglementations communautaires CEMAC et UEMOA existantes (*Une des solutions proposées pour la résolution de ce conflit serait que l'OHADA se contente « d'énoncer quelques règles générales en (la) matière en laissant aux organisations régionales (...), l'adoption d'une législation plus détaillée en ce domaine » (COULIBALY (A.S.), Le droit de la concurrence de l'Union économique Ouest Africaine, Revue burkinabé de droit, n° 43, 44, 2003, Obada, D-05-27, précité. Une autre est de proposer des lois modèles autrement dit des lois-types à l'exemple de ce qui est fait par certaines organisations comme la CNUDCI) qui couvrent finalement presque l'ensemble de l'espace OHADA même s'il est constitué de deux marchés différents que sont le Marché commun de l'Afrique Centrale et celui de l'Afrique de l'Ouest. L'OHADA peut se donner comme objectif en collaboration avec ces institutions d'assurer une véritable intégration économique au niveau de ces deux grandes sous-régions et elle peut également aussi en s'inspirant des textes actuels proposer des modèles de législations nationales uniformes qui cadreraient avec les objectifs des réglementations CEMAC et UEMOA qui, fort heureusement, sont presque identiques. Par ailleurs, l'OHADA pourrait contribuer à une meilleure diffusion des réglementations actuelles qui restent largement méconnues aussi bien des entreprises auxquelles elles s'appliquent que des États qui sont appelés à les mettre en œuvre et même dans certains cas à s'y soumettre.*

2 - Extension de l'OHADA et le défi de l'uniformisation de la réglementation bancaire

25. A la faveur de la crise économique qu'ils ont connue autour des années 1990, la plupart des États africains parmi lesquels les États membres de l'OHADA, ont engagé des réformes importantes en matière bancaire

et se sont dotés d'un dispositif bancaire impressionnant (pour le cas de la zone Afrique Centrale, voir KALIEU (Y.), *Le contrôle bancaire dans la zone de l'Union économique et monétaire de l'Afrique Centrale, Penant, KEMOGNE SIMO (A.), La défaillance des établissements bancaires dans les pays d'Afrique noire francophone, thèse, Université de Yaoundé II, Soa, 2005; du même auteur. Pour le cas de la zone Afrique l'Ouest, voir ISSA SAYEGH (J.) LOHOUES-OBLE (J.), Harmonisation du droit des affaires, Juriscope, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 16 (revoir), n° 140 « l'uniformisation du droit bancaire s'est progressivement réalisée dans le cadre de l'UMOA mais de façon originale par l'intermédiaire de la Banque centrale des États de l'Afrique Occidentale », surtout p. 70, n° 153 et sv).*

Pour être complet et efficace, ce dispositif s'est appuyé sur un nombre de structures spécifiques généralement à caractère technique. Au rang de celles-ci, il faut citer d'abord les banques centrales sous-régionales que sont la BEAC (*banque des États de l'Afrique Centrale. Sur son rôle, lire MAMALEPOT (J.F.), la BEAC et l'intégration régionale in Sensibilisation au droit communautaire et l'intégration dans la zone CEMAC, Actes du séminaire sous-régional, Libreville, Gabon, 02-6 novembre 2004, éd. GIRAF, 2005, p. 175 et sv*) et la BCEAO dont le rôle a été renforcé. Il faut citer aussi et surtout les commissions bancaires d'apparition récente mais dont le rôle est désormais prépondérant voire exclusif en ce qui concerne le contrôle tant de l'accès que de l'exercice de l'activité et de la profession bancaires des établissements de crédit et des établissements de microfinance. Les réformes engagées sont jugées dans l'ensemble comme cohérentes et efficaces.

26. Par rapport à l'OHADA, on sait qu'est envisagée, depuis la décision du Conseil des ministres de 2001, une réglementation uniforme du droit bancaire. Si le principe de cette réglementation ne peut être remis en cause, le problème doit d'ores et déjà être posé de voir comment sera menée cette harmonisation compte tenu de ce dispositif législatif préexistant. Dans quelle mesure sera-t-il possible de reprendre ce dispositif dont le rôle est incontournable mais qui en même temps n'est pas un dispositif autonome en ce qu'il est rattaché soit à la CEMAC soit à l'UEMOA (*il semblerait que l'une des solutions envisagées par l'OHADA serait, le moment venu, de confier à la CEMAC et à l'UEMOA en ce qui concerne le droit de la concurrence, à la BEAC et à la BCEAO pour ce qui est du droit bancaire, la rédaction des avant-projets d'actes uniformes y relatifs avant toutes discussions dans les instances de l'OHADA (JONHSON (K.L.), Philosophie économique et stratégie de l'OHADA, Obada D-04-09, p. 2 revoir*). Par exemple, la BEAC et la COBAC sont des organes de l'UMAC qui est elle-même rattachée à la CEMAC.

Il n'est pas non plus précoce de se demander si la réglementation uniforme du droit bancaire envisage d'intégrer un autre pan important de ce droit qui est

celui des moyens de paiement. Or, ici également, il faudra impérativement tenir compte de l'importante réglementation uniforme des moyens, instruments et incidents de paiement mise en place récemment dans les deux sous-régions (*règlement de la CEMAC de 2003, sur les commentaires, voir JAMES (J.C.), La réforme des moyens, systèmes et incidents de paiement dans les États membres de la CEMAC in Sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone CEMAC, Actes du séminaire sous-régional, Libreville, Gabon, 02-6 novembre 2004, éd. GIRAF, 2005 p. 166 et sv. ; ISSA SAYEGH (J), LOHOUES-OBLE (J), Harmonisation du droit des affaires, Juriscope, Bruylant, Bruxelles, 2002, préc., n° 164 et sv*) et dont le résultat est un droit moderne et adapté à l'état actuel des économies de ces régions et même à leur évolution prévisible (*ex. la réglementation des cartes de paiement. Sur ces réformes en général, lire par exemple, JAMES (J.M.), La réforme des moyens, systèmes et incidents de paiement dans les États membres de la CEMAC in Sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone CEMAC, Actes du séminaire sous-régional Libreville Gabon, 02-6 novembre 2004, éd. GIRAF, 2005, p. 166 et sv*) de sorte que l'on peut réellement s'interroger sur l'opportunité d'une remise en cause des mécanismes mis en place et qui n'ont pas encore été suffisamment éprouvés.

B - Principes directeurs d'élaboration de l'acte uniforme

27. Deux faisceaux de principes guident l'action du Conseil des ministres de la Justice et des Finances en matière d'élaboration de l'acte uniforme.

Un premier groupe concerne la question des réserves. Dans la logique de l'unification maximum recherchée par l'OHADA, la possibilité des réserves est écartée. La réserve est une déclaration unilatérale faite par un État en vue de modifier pour lui-même les effets juridiques de certaines dispositions d'un traité à l'égard duquel il s'apprête à s'engager définitivement par la signature, la ratification, l'approbation ou l'adhésion (*Cf. Avis consultatif de la Cour internationale de justice relatif aux réserves à la convention sur la prévention et la répression du crime du génocide, Rec. 1951, p. 15; voir aussi la Convention de Vienne de mai 1969 sur le droit des traités*). La question a considérablement agité la doctrine dans la première moitié du xx^e siècle (*Cf. l'article 2 al. 1 d de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. En réalité, les réserves n'intéressent que les conventions multilatérales car les traités bilatéraux, elles, équivalent à une remise en question même de l'engagement à être lié au plan international relativement au traité en question*) et aussi la jurisprudence (*Lire Combacau (J.), Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur les droits des traités, In Mélanges Michel Virally, Paris, Pédone, 1991, p. 195 et s. Également TEBOUI (G.), Remarques*

sur les réserves aux traités de codification. RGDIP, 1982, p. 679. voir aussi. Imbert (P.H.), Les réserves aux traités multilatéraux, Paris, Pédone, 1979, 504 pages. Sur les réserves en général voir :

- *CIJ, Avis du 28/5/1951, Réserves à la convention de la prévention et la répression du crime de génocide. Rec. 1951, préc.;*
- *Imbert (P.H.), réserves aux traités multilatéraux, préc.;*
- *TEBOUI (G.), Remarques sur les réserves aux conventions de codification, préc.;*
- *CDI, Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités, Rapport de la CDI, 47^e session, ACIDI, 1995, vol. II, 1998, p. 105 et s. Sur le contrôle de l'interdiction de réserves apportées aux conventions relatives aux droits de l'homme voir :*
- *G. COHEN-JONATHAN, les réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme, RGDIP, 1996, p. 915 et s.*
- *W. SCHABAS, les réserves des USA au pacte international sur les droits civils et politiques en ce qui concerne la peine de mort, RUDH, 1994 p. 137 et s.*
- *Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observations générales, n° 24/52 du 2/11/1991, RUDH, 1995, p. 59 et s.*
- *Cour européenne des droits de l'homme, Affaire A 132 du 29/04/1995. Belilo e/Suisse*
- *Cour Européenne des droits de l'homme, Affaire A 310 du 23/03/1995. Loizidou e/Turquie.*
- *Exemple d'un traité relatif aux droits de l'homme interdisant les réserves :*
- *Traité de Rome du 17 juillet 1998 instituant la Cour pénale internationale, article 120).*

La possibilité est écartée par l'article 54 du Traité de l'OHADA. Sur le plan théorique, la question a divisé les tenants de l'intégrité des traités qui écartaient toute idée des réserves et les partisans de la thèse contraire qui admettraient les réserves tout en protégeant son objet et son but. C'est cette dernière thèse qui a retenu l'attention des rédacteurs du traité OHADA. En effet, la réserve n'est utile que s'il est nécessaire de diversifier les obligations des États contractants pour tenir compte des différences et inégalités de situation. Dans le système de l'OHADA, on souhaite, par l'intégration juridique, sécuriser les rapports de droit et réaliser l'intégration économique. La possibilité des réserves pourrait hypothéquer cet objectif. De plus, la diversité et la souplesse des solutions proposées par les actes uniformes d'une part, la prudence de ne pas inclure dans ceux-ci les questions délicates telles que les sanctions pénales et les règles d'organisation administratives et judiciaires d'autre part, réduisent considérablement l'intérêt du mécanisme des réserves.

28. Un second groupe de principes est relatif aux modalités d'amendement, de révision et de dénonciation du Traité d'une part, de modification des actes uniformes d'autre part.

L'amendement et la révision du traité sont possibles, et sont adoptés dans les mêmes formes que le Traité. La dénonciation est plus restrictive (art. 62 Traité). Le Traité a une durée illimitée; il ne peut, en tout état de cause, être dénoncé avant dix années à partir de la date de son entrée en vigueur. La dénonciation doit être notifiée au gouvernement dépositaire et ne produit d'effet qu'une année après la date de cette notification. Au-delà, la dénonciation est un risque majeur pour l'État qui prend l'initiative et qui se mettra ainsi en marge de l'intégration économique que l'intégration juridique entend promouvoir. En réalité, la faculté de dénonciation ne sera pas souvent utilisée vu des besoins de l'efficacité économique. Quant à la modification des actes uniformes, elle suit la procédure et les modalités d'adoption et d'entrée en vigueur des actes uniformes. Soumettre la modification des actes uniformes à la même procédure que celle de leur adoption peut être vue comme une source de lourdeur, dans un domaine qui nécessite des adaptations rapides. Le Professeur Jean PAILLUSEAU suggère alors de trouver une solution plus souple pour éviter que les actes uniformes ne soient figés dans leur état actuel (Le droit de l'OHADA, un droit très important et original, La semaine juridique, entreprise et affaire, n° 5, supplément au n° 44 du 28 octobre 2004, p. 1-5).

C - Processus d'élaboration de l'acte uniforme

29. S'agissant précisément de la procédure d'élaboration du droit commun, elle porte aussi les sceaux de l'unification maximum voulue par l'OHADA. À cette fin, elle est placée sous «le triple signe du réalisme, du gradualisme et de la concertation» (LOHOUES OBLE (J.), *L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique*, RIDC, 3-1999, p. 547). Elle compte trois phases : la préparation du projet d'acte uniforme, l'adoption de l'acte uniforme, l'entrée en vigueur de l'acte uniforme.

30. Les deux premières phases sont organisées par l'article 6 du Traité : «les actes uniformes sont préparés par le Secrétariat permanent en concertation avec les gouvernements des États parties. Ils sont délibérés et adoptés par le Conseil des ministres après avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage». En réalité, la préparation du projet d'acte uniforme est dominée par un formalisme qui va dans la logique de l'uniformisation attendue : il faut s'assurer que toutes les parties prenantes participent à l'initiative qui débouchera sur un texte unifié. Aussi, trois organes interviennent successivement et de façon complémentaire.

L'initiative de l'acte uniforme relève ainsi de la compétence du Secrétariat Permanent (J. Lohoues-Oble. *L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique*, op. cit., p. 547). L'avant-projet n'est pas réglementé. Dans la pratique, les commissions nationales

(Le Secrétariat permanent est l'organe administratif de l'OHADA. Il assiste le Conseil des ministres. Il est dirigé par un Secrétaire permanent nommé par le Conseil des ministres pour une durée de quatre ans renouvelable une fois. Il siège à Yaoundé au Cameroun) ont été imaginées pour examiner les avant-projets. En fonction de la complexité de l'avant-projet, le Secrétariat permanent a le loisir d'impartir aux commissions nationales le temps nécessaire pour étudier ce dernier.

Les différentes contributions sont rassemblées et exploitées par le Secrétaire permanent qui dresse le projet d'Acte uniforme. Celui-ci est alors soumis aux États parties qui disposent de 90 jours (art. 7) pour présenter leurs observations et critiques. (Depuis la révision du traité le 17 octobre 2008 à Québec, le Secrétaire permanent de l'OHADA peut moduler ce délai en le prorogeant d'une autre durée de 90 jours en fonction des circonstances et de la nature du texte à adopter). Le projet d'Acte uniforme accompagné des observations des États parties et d'un rapport du Secrétariat permanent, est transmis pour avis par ce dernier à la Cour commune de justice et d'arbitrage (les Commissions nationales sont composées des représentants des professionnels de l'administration, des experts juristes, de comptables. Mise en place dans chaque pays, leur rôle est d'examiner les avant-projets afin d'éclairer l'État. Une méthode de travail commune a même été adoptée. Ces commissions nationales atténuent les critiques qu'on pourrait retenir contre la compétence législative du Conseil des ministres et peuvent contribuer à enraceriner la légitimité nationale du droit OHADA. Aussi les États doivent-ils apporter le plus grand soin à sa composition et veiller à son fonctionnement harmonieux et constructif). Le Secrétariat finalise enfin le texte du projet d'Acte uniforme et propose son inscription à l'ordre du jour du prochain Conseil des ministres.

31. La troisième phase commence aussitôt. Elle est marquée par l'adoption puis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme (la CCJA donne son avis dans un délai de 30 jours à compter de la réception de la demande de consultation). L'adoption relève du seul Conseil des ministres : ce qui exclut du coup les parlements nationaux. L'option pour l'uniformisation maximum a amené à organiser strictement l'adoption de l'acte uniforme. Pour qu'aucun État partie ne soit tenté de le remettre en cause, l'OHADA exige l'unanimité dans l'adoption de l'Acte uniforme. La question est tranchée par l'article 8 al. 1 du Traité de l'OHADA : «L'adoption des Actes uniformes (...) requiert l'unanimité des représentants d'États parties présents et votants». Mais il faut que les deux tiers au moins des États parties soient représentés (article 8 al. 2). L'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des actes uniformes (article 3).

Partant du quorum fixé par l'article 8 al. 2, on peut s'étonner que la majorité des deux tiers ne soit pas retenue l'ensemble des États participants. Il ne faudrait pas que l'aspect consensuel de l'accord soit trop relativisé. Un seul vote défavorable suffit pour faire échec

à l'adoption d'un projet d'acte uniforme. Il y a là une espèce de droit de veto dont bénéficie chaque État partie. L'unanimité consolide à la fois cet aspect consensuel et le caractère multilatéral des actes, partant le champ géographique et l'espace juridique de l'uniformisation recherchée. Les actes uniformes ont la prétention d'être complets et adaptés aux besoins des États concernés. L'espace OHADA apparaît, pourrait-on dire, comme une confédération de droits : l'acte uniforme est la loi nationale de chacun des États parties. Dans une telle logique, la technique du consensus s'impose. Cela étant, l'adoption à l'unanimité peut présenter des inconvénients en termes de blocage. Peut-être aurait-il été plus commode de retenir une majorité qualifiée.

Une fois l'acte adopté, il entre en vigueur dans les quatre-vingt-dix jours sauf modalités particulières prévues par l'acte uniforme lui-même. Il est opposable trente jours francs après sa publication au journal officiel de l'OHADA. Il faut préciser que la seule formalité de publication qui emporte des effets juridiques est la publication au Journal Officiel de l'OHADA ; la publication dans et par les États parties n'a aucune incidence juridique, concourant seulement à la vulgarisation des textes OHADA (*art. 9 Traité OHADA*).

En fin de compte, la procédure d'élaboration est assez énergique pour atteindre l'uniformisation.

D - Question du déficit démocratique

32. La question suscite beaucoup de passions (*cette compétence exclusive a été dénoncée par une partie de la doctrine comme portant atteinte à la séparation des pouvoirs et comme risquant de « dénier aux peuples africains leur vocation à un minimum de contrôle sur les choix relatifs à leur destin ainsi qu'à une justice égale pour tous et à la portée de tous » voir, (DOUDOUNDOYE, Le Traité relatif à l'OHADA, La constitution sénégalaise et les principes de droit processuels, Revue EDJA, n° 22, juillet-septembre 1994, p. 15). On peut du point de vue de la stricte technique juridique, estimer que les États, en ratifiant le Traité OHADA, approuvent ce mode d'adoption des actes uniformes (article 6 Traité OHADA). D'ailleurs, ce mode est-il vraiment singulier si l'on le rapproche de la technique constitutionnelle de l'autorisation donnée à l'exécutif par l'assemblée pour légiférer par voie d'ordonnance dans les matières relevant du domaine de la loi*). Mais, son ampleur devrait être relativisée à l'aune du palliatif trouvé dans les commissions nationales.

I - Ampleur de la question

33. Il n'y a pas d'intervention des parlements nationaux dans le processus d'harmonisation. Cela est critiqué, car alors les actes uniformes ne sont pas démocratiquement adoptés. On a dénoncé « un droit imposé, venu d'en haut (...) » et « un droit importé, venu d'ailleurs (...) » (

Bourel (P.), À propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, Recueil Dalloz, 2007, n° 14, p. 969-972). Si ces critiques sont parfois excessives, elles ont le grand mérite de tirer la sonnette d'alarme sur le déficit démocratique. Cette question couplée à l'abandon de souveraineté connaîtra une ampleur considérable et même paralysante avec l'extension de l'OHADA. Les nouveaux actes uniformes, qu'on le veuille ou non, nécessiteront une plus grande adhésion au niveau des États. Il n'est évidemment pas question de revenir sur la procédure définie par les articles 6 et suivants du Traité de l'OHADA. Mais, il faudrait, dans chaque État Partie, susciter un vaste et profond débat. C'est à cette fin que la pratique a inventé les commissions nationales.

II - Palliatif trouvé : les commissions nationales

34. Les commissions nationales font l'objet d'un texte d'orientation adopté par l'assemblée plénière des commissions nationales le 12 septembre 2002 à Brazzaville.

Si leur rôle est maintenant essentiel, encore faut-il que ces commissions existent réellement et fonctionnent efficacement avec même la possibilité de saisir les parlements et les conseils économiques et sociaux pour avis (*sur les difficultés actuelles des commissions nationales, voir DIALLO (I.K.), La problématique de l'intégration africaine : l'équation de la méthode, www.obada.com. D-05-16, p. 10 : « dans la plupart des cas, la composition de ces commissions ne reflète pas toujours l'expertise locale (...). En tout état de cause, les actes adoptés montrent une certaine carence dans les avis exprimés par les commissions (...) ». Dans le même sens, Sawadogo (F.M.), Les actes uniformes de l'OHADA (aspects techniques généraux), Ohadata D-05-40, p. 9 : « Les commissions nationales ne reflètent pas l'ensemble des intérêts que soulèvent les actes uniformes »*). Leur importance est telle que le Traité OHADA en révision devrait en consacrer le principe et qu'un règlement en application définisse son organisation et son fonctionnement. Il faut tout simplement insister sur le fait que, les parlements nationaux étant écartés, il faut doter les commissions nationales de prérogatives pertinentes et de moyens conséquents.

§3 - Caractéristiques de l'acte uniforme OHADA

35. Pour préciser les caractéristiques propres de l'acte uniforme OHADA, il faut partir de l'article du Traité disposant que « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties, nonobstant toute disposition contraire du droit interne, antérieure ou postérieure* ».

Cet article permet de définir le champ d'application de l'acte uniforme, la force juridique et l'effet abrogatoire de l'acte uniforme.

A - Champ d'application spatial de l'acte uniforme

36. La question présente un double volet.

D'abord, elle peut revenir à s'interroger sur les États liés par les actes uniformes. C'est d'ailleurs sous cet angle que le problème a été abordé.

D'après le préambule du Traité de l'OHADA, il s'agit d'adopter des règles communes, simples, modernes et adaptées à la situation de l'économie des États parties. L'article 1^{er} du Traité renchérit que le Traité a pour objet « l'harmonisation du droit des affaires dans les États parties (...) ». L'article 10 du Traité précise que « les actes uniformes sont directement applicables et obligations dans les États parties... ».

On déduit de ces textes que tout acte uniforme tient lieu de droit positif pour tous les États parties au Traité de l'OHADA (*en ce sens, Sawadogo, (F.M.), OHADA Droit des entreprises en difficulté, Bruxelles, Bruylant, collection droit uniforme africain, 2002, p. 19, n° 28; Anoukaba, (F) et Aliu, OHADA Sûretés, Bruxelles, Bruylant, collection droit uniforme africain, 2002, p. 4, n° 7; Issa-Sayegh, (J), Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA, Revue de droit uniforme, 1999, n° 1, p. 18).*

37. La question peut ensuite inviter à savoir si le champ d'application des actes uniformes est national, transfrontalier ou international (*Pougoué, (P. G.) et Kalieu Elongo, (Y), Introduction critique à l'OHADA, Yaoundé, PUA, 2008, p. 120, n° 95*). Si les actes uniformes s'appliquent sans aucun doute aux rapports juridiques internes, s'appliquent-ils aussi aux rapports dont les éléments sont répartis entre États membres, entre un État membre et un État tiers et entre États tiers?

La réponse est délicate, car en jeu le principe de l'effet relatif des traités. On ne trouve ni dans le Traité ni dans les différents Règlements de l'OHADA des éléments explicites de réponse. La lecture des actes uniformes est contrastée. Alors que certains actes ont nettement déterminé leur champ d'application spatial (*acte uniforme relatif au droit commercial général; acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique; acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route*) d'autres n'y font pas allusion (*acte uniforme portant organisation des sûretés; acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif; acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution*).

De façon générale, les actes uniformes ayant précisé leur champ d'application spatial privilégient le lien avec au moins un État membre comme critère d'applicabilité. En vertu de ce critère, les actes uniformes s'appliquent aux rapports juridiques dont les éléments sont localisés à l'intérieur de chaque État membre, entre des États membres et entre un État membre et un État tiers; en revanche, ils ne s'appliquent pas aux

rapports localisés exclusivement entre des États tiers. Il n'est point besoin de recourir aux règles des conflits de lois du for pour la désignation des actes uniformes qui seraient applicables à un rapport juridique donné.

En l'absence de règles d'applicabilité de l'acte uniforme, l'on pourrait se référer à la théorie générale du droit des traités. Alors on pourrait considérer d'une part que le champ d'application de l'acte uniforme est général puisqu'il remplace purement et simplement, en présence d'élément d'extranéité, le droit interne et d'autre part que les règles de droit international privé du for serviront à désigner les cas dans lesquels l'acte uniforme doit être applicable (*voir Diédhou, (P), thèse précitée p. 98-103*). Mais, il faut relever tout de suite, l'inconvénient majeur de cette solution qui aboutit en réalité à une application sélective suivant les États.

38. Malgré ce double régime apparent, il semble que l'on peut soutenir l'idée d'une unité de régime juridique des actes uniformes qui est la solution préconisée par quelques actes uniformes privilégiant le critère du lien avec au moins un État membre de l'OHADA. En effet, la technique de l'uniformisation ou unification du droit des affaires invite à cette conclusion. C'est bien l'esprit de l'espace fortement intégré de l'OHADA qui est sur la voie de la constitution d'un véritable ordre juridique. Cette manière d'aborder la question va du reste dans le sens de la solution recommandée par la Résolution de l'Institut de droit international sur « *Le champ d'application des règles de conflits ou de droit matériel uniforme prévues par des traités* ». En effet, selon l'article 5, ali 2 de cette Résolution « *Les traités contenant des règles de droit matériel doivent limiter l'application de ce droit aux situations ayant un lien significatif avec au moins l'État contractant...* » (*Voir, Institut de droit international, Annuaire, vol. 59, Tome II, Session de Dijon, 1981, p. 256*).

B - Force juridique de l'acte juridique

39. Cette force juridique découle de la supranationalité de l'OHADA. Lorsqu'un acte uniforme est entré en vigueur, il recouvre aux termes de l'article 10 du Traité de l'OHADA trois caractéristiques qui marquent sa force juridique : l'applicabilité immédiate, l'effet direct, la primauté.

I - Principe de l'applicabilité immédiate

40. En vertu de cette règle, les actes uniformes, dès leur entrée en vigueur, intègrent de plein droit l'ordre juridique des États membres de l'OHADA, sans qu'il soit besoin de respecter au préalable une procédure spéciale d'introduction et de réception au plan interne. En souscrivant au Traité de l'OHADA, les États parties ont consenti une importante délégation à l'OHADA qui soustrait aux parlements nationaux et organes exécutifs

nationaux leurs pouvoirs, législatif et réglementaire, dans les domaines concernés.

L'effet immédiat de l'article 10 est renforcé par les dispositions de l'article 9 du Traité. Cet article bouleverse les règles traditionnelles de mise en vigueur des lois en enlevant ainsi aux organes exécutifs nationaux leur pouvoir de promulgation : aucun acte (décret d'application par exemple) n'est nécessaire pour la mise en vigueur des actes uniformes. C'est vrai que l'article 9 in fine dispose que les actes uniformes sont également publiés au Journal Officiel des États parties ou par tout autre moyen approprié. Mais il faut le dire, si une telle publication est utile pour une meilleure lisibilité des actes uniformes, elle n'est pas nécessaire à leur mise en force en application. Celle-ci dépend uniquement de la publication dans le Journal Officiel de l'OHADA. Il n'y a qu'avantage que soient ainsi évitées des dérives et distorsions entre les lois nationales issues d'une même norme indicative et entre les textes réglementaires nationaux d'application d'une norme internationale de portée générale.

L'applicabilité immédiate bénéficie également aux règlements et décisions pris par le Conseil des ministres de l'OHADA (article 4 du Traité de l'OHADA tel que modifié par le Traité de Québec).

L'applicabilité immédiate, plus techniquement, signifie que les textes visés sont opposables dans les différents États parties à partir du moment où ils ont rempli les conditions de leur entrée en vigueur au plan de l'OHADA.

L'applicabilité immédiate est une illustration du droit des espaces fortement intégrés par rapport au droit international. Par principe, le droit international ne règle pas lui-même les conditions de sa réception dans l'ordre juridique. Il revient à chaque État de régler le problème selon ses propres règles constitutionnelles.

En dehors de l'OHADA, on trouve le principe de l'applicabilité immédiate dans d'autres espaces intégrés : UEMOA, CEDEAO, CEMAC. L'applicabilité immédiate bénéficie aux règlements, mais aussi aux actes additionnels, aux règlements cadres, aux directives et aux décisions. Ces actes sont donc obligatoires dans les États à partir de leur entrée en vigueur ou de leur prise d'effet. Leur réception dans l'ordre interne est inopérante, plus, interdite. Certes, certains actes communautaires appellent parfois (le cas des décisions ou des règlements cadres) ou toujours (le cas des directives) des mesures nationales pour leur application ; mais la compétence ainsi reconnue aux autorités nationales est une compétence d'exécution et non de réception.

II - Principe de l'effet direct

41. L'effet direct s'inscrit dans le prolongement logique de l'application immédiate. L'acte uniforme non seulement s'applique immédiatement mais surtout devient obligatoire nonobstant toute disposition contraire de droit interne. Ce qui implique deux conséquences : en premier lieu, l'acte uniforme crée des droits et des

obligations à l'égard des particuliers, soit dans leurs relations réciproques, soit dans leurs relations avec les États de l'OHADA ; en second lieu, les droits issus de l'acte uniforme sont justiciables, les personnes concernées pouvant s'en prévaloir devant les juridictions nationales qui sont tenues de les protéger. L'ensemble de droit dérivé des actes uniformes possède cette force de produire des effets affectant le patrimoine juridique des sujets de ce droit.

Comme le droit OHADA est un droit d'uniformisation ou d'unification, la relation entre l'effet direct des actes uniformes et la compétence de la CCJA sur l'application et l'interprétation des normes de ceux-ci montre que l'OHADA est déjà sur la voie de la constitution d'un véritable ordre juridique (voir entrée OHADA).

III - Principe de la primauté

42. Le principe de primauté des actes uniformes découle nettement de l'article 10 du Traité de l'OHADA selon lequel « *les actes uniformes sont (...) applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ». La Cour commune de justice et d'arbitrage, dans un avis rendu le 30 avril 2001, a en l'occasion de se prononcer sur le sens de cet article, singulièrement sur la règle de supranationalité qu'il recèle : « *L'article 10 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les États parties des actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures et postérieures* ». (CCJA, avis n° 001/2001/EP, *ohada.com*, *Obadata D.04-12*, p. 19 et s. obs. J. Issa-Sayegh).

La véritable question concerne la primauté. Peut-on aller jusqu'à soutenir une supranationalité. On peut seulement regretter que la CCJA, dans son avis du 30 avril précité, se soit contentée d'une formule générale pour préciser la portée de la primauté des actes uniformes. Elle aurait dû profiter de l'occasion pour affirmer nettement que les actes uniformes, mais aussi les règlements et décisions pris par le Conseil des ministres, priment non seulement sur les normes législatives et réglementaires, mais aussi sur les normes constitutionnelles. Sur la même question, la Cour de justice de l'UEMOA adopte une attitude qui ne suscite aucun doute sur l'étendue de la primauté du droit communautaire. Selon cette juridiction en effet, la primauté des normes communautaires « *s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales, administratives, législatives, juridictionnelles ou même constitutionnelles, parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux* » (CJU, avis n° 001/2003 du 18 mars 2003).

En Europe, la CJCE dans l'arrêt Internationale Handelsgesellschaft du 17 décembre 1970 lève toute équivoque en affirmant que : « *l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par*

la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de cet État» (*Aff. 11/70, Rec.*, p. 1125. V. aussi Masclat (J.-C.), *Les grands arrêts de droit communautaire*, Paris, PUF, coll. *Que sais-je?*, 2003, p. 20-21). La Cour affirmait de la sorte la règle de communauté selon laquelle les «dispositions constitutionnelles internes ne sauraient être utilisées pour mettre en échec le droit communautaire» (Ondoua (A), Étude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France L'ordre juridique constitutionnel comme guide au renforcement de l'intégration européenne (*Thèse*), l'Harmattan, coll. *Logiques juridiques*, 2001, p. 129).

43. La primauté des actes uniformes sur l'ensemble du droit interne devrait être affirmée. Aucun État partie à l'OHADA ne pourrait invoquer les dispositions mêmes constitutionnelles de son droit interne, pour justifier la non-exécution des actes uniformes. Cette primauté trouve son fondement dans l'uniformisation du droit recherchée. Elle est une exigence vitale ; sans elle, l'œuvre unification entreprise par l'OHADA est sans lendemain. L'aspiration à l'unification du droit dans un espace intégré comme l'OHADA peut dès lors être considérée comme un principe général de droit constitutionnel. Sur le plan formel, c'est la conséquence logique de la ratification du Traité qui, tout en créant l'espace intégré, pose le principe de la primauté. C'est bien le cas de l'OHADA dont le Traité fondateur soumis à ratification pose le principe de la primauté des actes uniformes en son article 10 (*voir entrée OHADA*).

IV - Effet abrogatoire

44. L'effet abrogatoire de l'acte uniforme s'inscrit dans le prolongement de la supranationalité de ce dernier au sens de l'article 10 du Traité de l'OHADA. En effet, au terme de cet article 10 in fine, les actes uniformes sont obligatoires nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne.

Mais, très vite, on s'est interrogé sur la portée de cet effet abrogatoire. M. Issa-Sayegh (J) et Mme Lohoues-Oble (J) (*OHADA Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, Bruxelles, p. 137, n° 307) relèvent bien la difficulté d'interprétation «*faut-il comprendre cette abrogation comme concernant tout texte ayant le même objet général (envisagé chapitre par chapitre, au demeurant) que l'Acte uniforme ou simplement telles ou telles dispositions d'un texte national (antérieur ou postérieur) contraires à celles des Actes uniformes ayant le même objet précis?*».

La situation s'est compliquée avec l'adoption des premiers actes uniformes. Certains ne contiennent aucune disposition relative à l'abrogation du droit interne des États membres ; c'est le cas de l'acte uniforme relatif

au droit de l'arbitrage et de l'acte uniforme sur le contrat de transport de marchandises par route. On a pu alors se demander si le droit des États membres reste en vigueur en parallèle avec l'acte uniforme. Certains autres actes uniformes contiennent des dispositions relatives à l'abrogation du droit interne. Mais les formulations sont variées et contrastées. Parfois la formule consacre l'abrogation des seules dispositions contraires (*par exemple l'article 919 ali 1, ali 3 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*), parfois elle semble se limiter à l'abrogation des seules dispositions antérieures (*par exemple, l'article 257 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*) et l'article 150, ali 1 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés. Parfois aussi la formule consacre le maintien de lois non contraires des États membres (*par exemple, l'article 1 ali 2 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général*).

45. La CCJA a heureusement eu assez tôt l'occasion d'apporter un peu de lumière. Dans son avis consultatif n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, elle unifie le régime juridique de l'abrogation sur la base de l'article 10 : «*En vertu du principe de supranationalité qu'il consacre, l'article 10 du Traité relatif à l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique qui prévoit l'applicabilité directe et obligatoire des Actes uniformes dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure, contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les actes uniformes*». Plus loin, elle précise : «*Sauf dérogations prévues par les Actes uniformes eux-mêmes, l'effet abrogatoire de l'article 10 du Traité relatif à l'OHADA concerne l'abrogation ou l'interdiction de l'adoption de toute disposition d'un texte législatif ou règlement de droit interne présent ou à venir ayant le même objet que les dispositions des actes uniformes et étant contraires à celles-ci*». Il y a lieu d'ajouter que cette abrogation concerne également les dispositions de droit interne identiques à celles des actes uniformes. Selon les cas d'espèce, «la disposition» peut désigner un article d'un texte, un alinéa de cet article ou une phrase de cet article.

Avec cet avis, le régime juridique de l'abrogation est clarifié et unifié : l'article 10 du Traité de l'OHADA consacre d'une part l'abrogation du droit interne des États parties par tous les actes uniformes, d'autre part l'abrogation des seules dispositions législatives ou réglementaires contraires ou identiques. Peu importe les formules contenues dans les actes uniformes. Peu importe l'absence de disposition abrogatoire dans un acte uniforme. L'article 10, ainsi précisé dans son régime, est d'application générale.

La question rebondit toutefois sur le terrain de l'identification par énumération des textes nationaux abrogés suite à l'entrée en vigueur de l'acte uniforme. On a proposé, pour résoudre cette difficulté que les États procèdent systématiquement à la mise en conformité de

leur droit interne avec les actes uniformes (en ce sens, Issa-Sayegh, (J), *Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec les actes uniformes de l'OHADA et réciproquement*, ohada.com, Ohadata D.04-12 p. 4). Certains États ont tenté l'opération (notamment, la Côte d'Ivoire et le Gabon). Mais, il faut le dire, c'est un travail fastidieux et peu fructueux.

Une saine compréhension de l'avis de la CCJA pourrait même suppléer l'absence de mise en conformité. On peut en effet estimer que selon l'avis de la CCJA, les dispositions internes aux États contraires ou identiques à l'acte uniforme sont de toute manière dépourvues d'efficacité juridique. Que ces dispositions ne soient pas formellement abrogées, elles sont réputées non écrites. Point n'est nécessaire que l'abrogation soit effective pour que l'acte uniforme s'applique. Cela étant, l'idéal serait que les États sollicitent l'avis de la CCJA lorsqu'ils envisagent de légiférer dans un domaine où est intervenu un acte uniforme. Le Mali l'a fait à propos de la compatibilité entre un article d'un projet de loi sur l'habitat et l'article 39 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

46. La question pourrait aussi rebondir sur le terrain des autres législations communautaires de l'OHADA. Quel est le sort de celle-ci après l'entrée en vigueur de l'acte uniforme? Dans les rapports droit OHADA/droit interne, la règle de la supranationalité de l'article 10 du Traité OHADA produit tous ses effets et fonde le principe de l'abrogation du droit interne. Mais, comment appréhender les rapports entre l'OHADA et les communautés régionales de l'espace OHADA telles que, l'UEMOA, la CEDEAO ou la CEMAC? Si l'on estime que l'OHADA est une communauté au même sens que celles-ci, alors l'acte uniforme de l'OHADA et les lois de ces communautés sont de même niveau. Dans ce cas, pour trancher le conflit, la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités demande de recourir soit à la maxime *lex posterior derogat priori*, soit à la maxime *specialia generalibus derogat* (voir Brière (C), *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, Paris, 2001). À la faveur de la première maxime, lorsque deux conventions internationales ayant un degré de généralité identique quant à leur objet soit en conflit, la plus récemment adoptée l'emporte (voir en ce sens MM. Bokali Victor Emmanuel, Cossi Sossa Dorothe pour trancher le conflit entre l'acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route et la convention inter-États (CEMAC) de transport routier de marchandises diverses : OHADA Droit des contrats de transport de marchandises par route, Bruylant, Bruxelles, 2006, n° 44). En vertu de la seconde maxime, en cas de conflit entre deux conventions dont l'une est générale et l'autre spéciale, c'est la convention spéciale qui l'emporte. Ce raisonnement aboutirait, en cas de conflit, par exemple entre le code CIMA d'allure spéciale et l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de portée générale, à faire prévaloir le code CIMA.

Il est cependant permis de se demander si l'on a affaire à des communautés concurrentes. D'abord, l'OHADA est fondamentalement un outil technique qui cherche à unifier le droit dans un domaine très largement entendu pour les besoins des États et des communautés économiques et monétaires. Dès lors, l'OHADA et les communautés économiques régionales ont des spécificités propres, le droit spécifique de ces communautés étant, par rapport au droit OHADA, un régime particulier au sens de l'article 916 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique. Cet esprit des pères fondateurs invite à une concertation permanente entre l'OHADA et les organisations régionales économiques et monétaires. L'intégration juridique maximale recherchée pourrait justifier que l'acte uniforme de l'OHADA abroge, en ce qui concerne aussi bien les États que les communautés économiques et monétaires qui regroupent ces États, tous les membres en même temps de l'OHADA, les dispositions contraires antérieures ou postérieures. Cette analyse est du reste confortée par l'avis n° 002/2003 du 9 avril 2003 de la Chambre judiciaire de la Cour de justice de la CEMAC portant sur le projet de règlement relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement. Dans cet avis, le juge de la CEMAC, s'exprimant à propos de l'article 10 du Traité de l'OHADA, indique que « cette disposition contraignante pour les États concernés s'applique aux normes primaires et dérivées issues de la CEMAC ». Finalement, si malgré tout, un conflit de normes surgissait entre les normes OHADA et les normes des communautés régionales économiques ou monétaires, la primauté devrait être donnée à la norme OHADA, et le cas échéant, il reviendrait à la CCJA de statuer pour trancher le conflit (sur l'ensemble de la question, voir entrée « Organisation pour l'harmonisation en Afrique de droit des affaires »).

Section 2 - Vue synoptique des actes uniformes

47. L'on présente d'abord les actes uniformes en vigueur, ensuite, les avant-projets d'actes uniformes en discussion.

§1 - Actes uniformes en vigueur

48. À l'heure actuelle, neuf actes uniformes sont en vigueur. Il s'agit, dans l'ordre chronologique de leur adoption : l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, tel que révisé le 15 décembre 2010; l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général, tel que révisé le 15 décembre 2010; de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt

économique; l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif; l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution; l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage; l'Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises; l'Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route; l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif au droit des sociétés coopératives.

A - Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, tel que révisé le 15 décembre 2010

49. Si le crédit facilite le développement des affaires, les sûretés quant à elles facilitent l'obtention du crédit. Plus on a de sûretés à offrir, plus on aura de chances d'obtenir du crédit. Elles permettent, en plus du droit de gage général, de se prémunir contre la menace du non-paiement, du non-paiement à l'échéance ou du paiement partiel d'une créance.

50. Le droit OHADA a pris conscience du rôle primordial des sûretés en organisant dans un acte uniforme le régime des différentes sûretés que peut offrir le débiteur au créancier pour renforcer la confiance que ce dernier lui fait en acceptant de lui accorder un crédit.

L'acte uniforme portant organisation des sûretés (*ci-dessous dénommé AUS*), dans sa version initiale a été adopté en 1997 et est entré en vigueur en 1998. Cet acte uniforme, qui fait partie des premiers actes uniformes adoptés par l'OHADA, se substituait, dans la quasi-totalité des 16 États de l'OHADA (à l'exception de quelques États comme du Sénégal et du Mali) aux dispositions du code civil particulièrement les articles 2011 à 2203 qui étaient applicables aux sûretés. Il se substituait aussi, dans une certaine mesure, aux dispositions contenues dans quelques textes spécifiques et qui étaient applicables aux sûretés à l'exemple du décret du 26 juillet 1932. Il comportait de nombreuses innovations qui avaient été alors présentées comme la réglementation de la lettre de garantie, alors que celle-ci n'était pas encore réglementée dans plusieurs législations internes, ou encore la reconnaissance du droit de rétention comme sûreté (*sur ces innovations, voir par ex. : ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA SAYEGH (J.), NDIAYE (I.Y.), SAMB (M.), OHADA Sûretés, Bruylant Bruxelles, 2002, 279 pages; ANOUKAHA (F.), Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA, PUA, collection droit uniforme, Yaoundé, 1998, 75 pages; ISSA SAYEGH (J.), Acte uniforme portant organisation des sûretés, Commentaires, EDICEF/ÉDITIONS FFA, 1999*).

51. Sur le plan de l'application, ce texte a donné lieu à une jurisprudence relativement importante, le

contentieux ayant porté particulièrement sur certaines questions comme celle des conséquences de l'absence de mention manuscrite dans le cautionnement, le régime des hypothèques judiciaires, les conditions du droit de rétention (*Sur quelques-unes des décisions rendues en application de l'AUS de 1997, voir : Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, sous la direction de POUGOUÉ P. G. et KUATE TAMEGHE S.S., L'barmattan, 2010, p. 201 et sv.; Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005 réalisé par ISSA SAYEGH (J.)*). La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA s'est d'ailleurs prononcée sur certaines de ces questions. Elle l'a fait, soit à travers des avis comme celui donné sur la question du cautionnement consenti par les sociétés commerciales avec l'exigence de l'autorisation préalable du conseil d'administration (*sur cet avis, lire par ex. : SOUOPS., note sous CCJA, avis n° 02/2000/EP du 26 avril 2000, in Juridis périodique, n° 46, avril-juin 2001, p. 95; BA BASSIROU, La garantie des engagements des tiers par les banques. Remarques sur l'avis consultatif n° 2/2000/EP de la CCJA du 26 avril 2010, Obadata J-02-03; Obadata D-03-10*) soit à travers les décisions rendues (*voir : Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, préc.; Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005, préc.*).

52. En 2007, soit dix ans à peine après l'entrée en vigueur de l'acte uniforme - ce délai peut en effet être considéré comme relativement bref pour envisager une réforme d'un texte de cette envergure, une réforme de l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés a été engagée par le législateur communautaire avec l'appui de la banque mondiale et en même temps que celle de l'acte uniforme portant droit commercial général.

Un avant-projet de texte a d'abord été présenté par un expert (*Voir : projet de réforme de l'acte uniforme présenté par CROCQ Pierre, inédit*). Cet avant-projet présentait l'acte uniforme sur les sûretés avec ses modifications et la nouvelle numérotation proposée. Il a ensuite été mis à la disposition des différentes commissions nationales des États membres par le Secrétariat permanent de l'OHADA en même temps que les notes de relecture. Après avis des commissions nationales, le projet a été soumis à la Cour commune de justice et d'arbitrage qui, en date du 3 août 2010, a donné un avis favorable. Le projet a également obtenu l'approbation de l'assemblée des experts de l'OHADA en date du 6 octobre 2010. La réforme a enfin été adoptée par le Conseil des ministres de l'OHADA le 14 décembre 2010 à Lomé au TOGO. Ce nouveau texte a été publié au Journal Officiel de l'OHADA le 15 février 2011; aux termes de l'article 228, il sera applicable quatre-vingt-dix jours à compter de cette date.

53. Cette réforme, qui est suffisamment importante du fait de son ampleur et qui pour certains était nécessaire et attendue - ce dont on peut douter, s'est largement inspirée de celle intervenue en France il y a quelques

années avec l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés. On peut regretter qu'elle n'ait pas été précédée d'un véritable bilan de l'application de l'AUS dans les différents États membres. L'objectif principal de la réforme, selon ses rédacteurs, est de favoriser l'accès au crédit à un moindre coût pour les consommateurs et surtout les entreprises de l'espace OHADA afin de permettre le développement du secteur privé et des États membres de l'OHADA (*En ce sens : YONDO BLACK L., Enjeux économiques de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit, in «Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA», Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 45 et sv.*). S'agissant des axes de la réforme, les innovations apportées par le nouveau texte portent principalement sur l'institutionnalisation de l'agent des sûretés pour les crédits octroyés par les pools bancaires, l'extension du domaine des sûretés mobilières à d'autres formes de gage ou de nantissements, l'allègement des conditions de constitution et de réalisation de ces sûretés mobilières ou encore la simplification des conditions de constitution et de réalisation de l'hypothèque, l'allègement de la publicité des sûretés réelles, la création des sûretés-proprétés, l'amélioration du fichier national du crédit mobilier par le biais de son informatisation et dans une certaine mesure la modification de la dénomination de la lettre de garantie au profit de celle de garantie autonome. En attendant la mise en œuvre de cette réforme pour mesurer son impact par rapport à l'objectif recherché, on peut d'ores et déjà émettre des réserves sur quelques aspects de la réforme. Par exemple, la recherche de la simplification de la réalisation des sûretés semble apporter une atteinte suffisamment importante aux droits du débiteur surtout pour ce qui est de la réalisation de l'hypothèque. L'attribution conventionnelle ou judiciaire prévue en cas de non-paiement de la dette garantie suscite des réserves quant à la protection du débiteur en dépit des mesures prévues. Cette forme de réalisation, inspirée de la réforme française de 2006, avait déjà fait l'objet de critiques (*en ce sens, DELEBECQUE P., Le régime des hypothèques, in Jurisclasseur Périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n° 20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p. 29 et sv.*).

54. Après son entrée en vigueur, l'acte uniforme adopté en décembre 2010 va se substituer au texte de 1997. C'est pourquoi il convient de présenter le contenu de l'acte uniforme, les sources du droit des sûretés OHADA ainsi que son champ d'application avant de voir enfin comment l'acte uniforme s'applique dans le temps.

I - Contenu de l'acte uniforme OHADA sur les sûretés

55. Le nouvel acte uniforme comporte 228 articles (contrairement au texte de 1997 qui n'en comportait que 150). Ces articles sont répartis en six titres à savoir :

Titre préliminaire : Définitions et domaine d'application des sûretés – agents de sûretés, Titre I : les sûretés personnelles, Titre II : les sûretés mobilières, Titre III : les hypothèques, Titre IV : Distribution des deniers et classement des sûretés, Titre V : dispositions transitoires et finales.

56. Pour bien présenter le contenu de l'acte uniforme, il importe de revenir sur quelques éléments tels que la définition des sûretés, l'institutionnalisation de l'agent des sûretés et les différentes sûretés organisées par le droit uniforme OHADA.

a - Définition des sûretés

57. L'article 1 AUS donne une nouvelle définition des sûretés. La sûreté y est définie comme «l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant». Cette définition est plus large. L'article 1^{er}, dans sa version antérieure, définissait les sûretés comme «les moyens accordés au créancier par la loi de chaque État partie ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci».

La sûreté a essentiellement pour rôle de garantir la solvabilité du débiteur, en cela, elle est marquée par son caractère accessoire que l'acte uniforme rappelle en son article 2. En cela, la sûreté s'oppose à la garantie qui peut avoir une autre fonction que celle d'assurer l'exécution de l'obligation. Certains mécanismes du droit des obligations comme la délégation imparfaite ou la compensation sont à cet égard, considérés comme des garanties de paiement sans être des sûretés.

b - Institutionnalisation de l'agent des sûretés

58. L'agent des sûretés est une institution véritablement nouvelle et originale dans le paysage du droit des sûretés des pays de l'OHADA bien qu'il s'inspire du droit français (*article 2328-1 C. Civ.*) et emprunte à la fois aux règles du contrat de commission et de la fiducie (*CROCQ P., Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, in «Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA», Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 52 et sv. spéc. p. 58-59*). Sans donner une définition de l'agent des sûretés, l'acte uniforme en a précisé le statut ainsi que les missions à travers les articles 5 à 11 de l'AUS.

59. Pour ce qui est de son statut, il ressort de l'article 5 que seuls peuvent avoir la qualité d'agent de

sûreté les institutions financières ou les établissements de crédit nationaux ou étrangers. Cette fonction est donc réservée aux seules personnes morales et en particulier à celles qui relèvent du domaine bancaire et qui exercent donc parallèlement une activité de crédit ou une activité financière. On peut se demander si les établissements de microfinances qui sont constituées sous forme de personne morale et qui exercent également l'activité bancaire peuvent être désignés comme agents de sûretés. L'agent de sûretés agit en son nom. Il agit au profit des créanciers qui l'ont désigné à cette fin. L'acte de désignation, qui doit être établi par écrit comme cela découle implicitement de l'article 6 doit, à peine de nullité, comporter certaines mentions telles que la détermination des obligations garanties, l'identité des créanciers et de l'agent ou encore la durée de la mission. L'agent agit dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés dans l'acte de désignation. Il peut se faire substituer ou être remplacé dans sa mission si ces possibilités sont prévues dans l'acte de désignation et suivant les conditions contenues dans l'acte de désignation et les modalités prévues par l'article 10. Il engage sa responsabilité dans les mêmes conditions qu'un mandataire salarié (article 11).

60. S'agissant de sa **mission**, l'agent des sûretés est désigné aux fins de constituer, inscrire, gérer ou réaliser « toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation ». Comme l'a relevé un auteur, « l'agent des sûretés facilite la gestion des sûretés lorsque la créance garantie est détenue par plusieurs créanciers » (*YONDO BLACKM., Enjeux économiques de la réforme des sûretés, préc., p. 49*). Autrement dit, lorsqu'un crédit est mis en place par un pool bancaire et que des sûretés sont offertes à l'appui de ce crédit, l'agent des sûretés peut être désigné pour la mise en œuvre de ces sûretés. A contrario, lorsque le crédit est mis en place par un seul créancier, il ne peut y avoir lieu à la désignation d'un agent des sûretés. L'agent des sûretés peut intervenir aussi bien en ce qui concerne la mise en place et le suivi des sûretés personnelles que pour ce qui est des sûretés réelles.

Les relations entre l'agent des sûretés et les créanciers sont clarifiées. Ainsi, aux termes de l'article 7 : « Lorsque l'agent des sûretés agit au profit des créanciers de la ou des obligations garanties, il doit en faire expressément mention et toute inscription d'une sûreté effectuée à l'occasion de sa mission doit mentionner son nom et sa qualité d'agent des sûretés. L'article 8 ajoute : « Sauf stipulation contraire et pour tout ce qui a trait aux obligations garanties, les créanciers sont représentés par l'agent des sûretés dans leurs relations avec leurs débiteurs, leurs garants, ainsi que les personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie de ces obligations, et les tiers. Dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés par les créanciers de la ou des obligations garanties, l'agent des sûretés peut intenter toutes actions pour défendre leurs intérêts, y compris en justice, la

seule indication qu'il intervient en sa qualité d'agent des sûretés étant suffisante ».

L'acte uniforme prévoit par ailleurs l'hypothèse d'un transfert de propriété de biens au profit de l'agent des sûretés, dans le cadre de l'exercice de sa mission. Dans ce cas, l'article 9 dispose que « le ou les biens transférés forment un patrimoine affecté à sa mission et doivent être tenus séparés de son patrimoine propre par l'agent des sûretés. Il en va de même des paiements reçus par l'agent des sûretés à l'occasion de l'accomplissement de sa mission ». La conséquence de l'existence de ce patrimoine d'affectation, est que « les biens ne peuvent être saisis que par les titulaires de créances nées de la conservation et de la gestion de ces biens, y compris en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif à l'encontre de l'agent des sûretés ».

c - Différentes sûretés organisées par l'Acte uniforme

61. Les sûretés sont variées et sont par conséquent susceptibles de plusieurs classifications. On distingue par exemple entre les sûretés légales, les sûretés judiciaires et les sûretés conventionnelles ou encore entre les sûretés réelles et les sûretés personnelles. L'AUS ne comporte pas une véritable classification des sûretés mais il régleme les principales sûretés que l'on peut regrouper suivant qu'il s'agit des sûretés réelles ou des sûretés personnelles.

1 - Sûretés réelles

62. Selon l'article 4 al. 2 AUS, les sûretés réelles « consistent soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation ». Cette définition est plus large que celle retenue dans l'AUS de 1997 qui définissait la sûreté réelle comme « le droit du créancier de se faire payer, par préférence, sur le prix de réalisation du bien meuble ou immeuble affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur ».

63. L'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés n'a pas consacré un titre spécifique aux sûretés réelles comme il l'a fait pour les sûretés personnelles. Pourtant, on retrouve dans le texte les dispositions consacrées à toutes les sûretés réelles aussi bien les sûretés mobilières que les sûretés immobilières. L'article 4 al. 2 prévoit d'ailleurs que « sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, les seules sûretés réelles valablement constituées sont celles qui sont régies par cet Acte ». Certains auteurs en ont déduit que la liste des sûretés réglementées constitue un numerus clausus, ce qui interdit la création de nouvelles sûretés réelles aussi bien par les législateurs nationaux que

par les parties elles-mêmes (*En ce sens : CROCQ P., Les grandes orientations de la réforme..., préc., p. 54*).

64. S'agissant des sûretés mobilières, le nouvel acte uniforme se démarque suffisamment du texte antérieur. Il régit plusieurs types de sûretés à savoir :

- le droit de rétention (*articles 67 à 70 AUS*).
- le gage de meubles corporels (*articles 92 à 124 AUS*)
- le nantissement des meubles incorporels (*articles 125 à 178 AUS*)
- les privilèges (*articles 179 à 189 AUS*)
- la propriété retenue ou cédée à titre de garantie (*articles 71 à 91 AUS*)

Par rapport au texte antérieur, les innovations apportées en matière de sûretés mobilières sont importantes. Elles concernent le gage qui connaît une nouvelle définition (*article 92 : Le gage est le contrat par lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien meuble corporel ou un ensemble de biens meubles corporels, présents ou futurs*) et qui porte désormais uniquement sur les meubles corporels, le droit de rétention dont les effets ont été reprecisés, le nantissement auquel la loi donne une nouvelle définition (*article 125 : Le nantissement est l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables*) et qui ne concerne que les meubles incorporels. Les catégories de nantissement ont d'ailleurs été revisitées et désormais le nantissement peut porter sur six types de biens présents ou même futurs. Il y a enfin la reconnaissance de la propriété-sûreté à travers la réserve de propriété et la propriété cédée à titre de garantie spécialement la cession de créance à titre de garantie et le transfert fiduciaire d'une somme d'argent. Il est vrai que l'on avait déjà soutenu, avant la réforme que certains des mécanismes désormais réglementés, en particulier la réserve de propriété, étaient implicitement admis comme sûretés par le législateur communautaire (*En ce sens : KALIEU ELONGO Y., Droit et pratique des sûretés réelles, PUA, 2010, p. 191 et sv.*). Le régime d'inscription de ces sûretés mobilières au RCCM a également été revu (*sur ces innovations, lire : YONDO BLACK (L.), L'enjeu économique de la réforme de l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit, in «Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA», Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 45 et sv.; sur le régime des inscriptions, lire : CROCQ P., Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, Droit et patrimoine, préc., p. 52 et sv. not., p. 55*).

65. Pour ce qui est des sûretés immobilières, le nouveau texte à l'instar de l'acte uniforme antérieur institue une seule catégorie à savoir l'hypothèque (*articles 190 à 223 AUS*). L'antichrèse n'est pas considérée comme une sûreté en droit OHADA contrairement au droit

français où depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, elle a été érigée au rang de sûreté avant d'être qualifiée par la loi du 12 mai 2009 de gage immobilier (*DUPICHOT (P.), L'antichrèse, in Jurisclasseur périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n° 20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p. 26*). Certains auteurs pensent pourtant que l'on pourrait trouver dans l'antichrèse une solution pour le financement des entreprises de l'OHADA (*LIKILLIMBA G. A., L'antichrèse ou le gage immobilier et le financement des entreprises en OHADA, Communication aux journées annuelles OHADA, Dschang, octobre 2010, inédit*). Tout en maintenant l'hypothèque, l'AUS lui a donné une nouvelle définition et lui a apporté quelques modifications telles que la possibilité de constituer des hypothèques sur des droits immobiliers futurs, la précision des modalités de constitution d'une hypothèque sur des immeubles indivis ou encore la modification des conditions de réalisation de l'hypothèque avec l'admission de l'attribution judiciaire ou conventionnelle de l'hypothéqué en cas de non paiement (*Sur le régime de l'hypothèque antérieure à la réforme, lire : KALIEU ELONGO Y.R., Droit et pratique des sûretés réelles, PUA, 2010, p. 15 et sv.; ANOUKAHA (F.), Cisse-Niang (A.), FOLI (M.), ISSA SAYEGH (J.), NDIAYE (I.Y.), SAMB (M.), OHADA Sûretés, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 175 et sv.; ISSA SAYEGH, commentaire de l'AUS in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, p. 720 et sv.*). *Sur le nouveau régime, lire : BRIZOUA-BIM., L'attractivité du nouveau droit OHADA des hypothèques in «Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA», Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 86 et sv.*)

66. Le classement des sûretés réelles en cas de réalisation des biens du débiteur, qu'il s'agisse des meubles et des immeubles n'a pas subi de modifications particulières. Il relève désormais des articles 225 et 226 AUS.

2 - Sûretés personnelles

67. L'article 4 al. 1 AUS définit la sûreté personnelle comme «l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie». Les sûretés personnelles permettent au débiteur d'offrir un second débiteur à son créancier pour garantir ses obligations autrement dit pour réduire les risques de sa défaillance. Elles aboutissent ainsi à une multiplication des personnes et donc des patrimoines qui peuvent répondre d'une même dette.

Deux principales sûretés personnelles sont réglementées en droit OHADA.

L'une existait déjà dans les réglementations des États de l'OHADA antérieures à l'adoption des actes uniformes et a seulement fait l'objet de quelques modifications pour l'adapter au contexte actuel de ces États, il s'agit du cautionnement (*articles 13 à 38 AUS*). Cette

sûreté a été maintenue dans la réforme mais a subi quelques modifications. Outre la nouvelle définition du cautionnement (*article 13 : Le cautionnement est un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même*), les modifications sont relatives, à la possibilité de cautionnement des obligations futures, à l'assouplissement des formalités de constitution du cautionnement, à la modification de la périodicité de l'obligation d'information de la caution entre autres (*sur ces modifications, lire : BRIZOUA-BI M., Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA, in «Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA», Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 60 et sv.*).

L'autre est nouvelle et a été introduite dans les pays de l'OHADA par l'acte uniforme de 1997 : il s'agit de la lettre de garantie. En effet, si elle existait dans la pratique, elle n'était pas réglementée par les textes antérieurs à l'AUS. L'acte uniforme sur les sûretés avait alors été considéré comme apportant une véritable innovation en la matière (*MARTOR (B.), Comparaison de deux sûretés personnelles : cautionnement et lettre de garantie, La semaine juridique éd. E, Cahiers de droit de l'entreprise n° 5, supplément au n° 44 du 28 octobre 2004, p. 21; GRIMALDI M., L'acte uniforme portant organisation des sûretés in L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), n° spécial, Petites affiches, n° 205, 13 octobre 2004, p. 30 et sv.*). La réforme intervenue qualifie désormais la lettre de garantie de garantie autonome. Elle est organisée par les articles 39 à 49 AUS. Son régime, tel qu'il ressort du nouvel acte uniforme, n'a pas subi d'importantes modifications par rapport au droit antérieur mais on peut relever que la définition a été revue, en même temps que ses conditions de formation ainsi que ses effets (*voir : BRIZOUA-BI M., Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA, in «Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA», Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 60*).

68. Par contre, le législateur OHADA ne réglemente pas la lettre d'intention comme le fait désormais d'autres législations et spécialement le droit français (*HOUTCIEFF (D.), Les sûretés personnelles, in Jurisclasseur périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n° 20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p. 7*).

II - Sources du droit des sûretés OHADA

69. Après l'entrée en vigueur de l'acte uniforme sur les sûretés en 1998, certains auteurs avaient relevé pour le regretter, l'inspiration essentiellement civiliste ou mieux romano-germanique du droit des sûretés OHADA. L'observation demeure aujourd'hui puisque, comme l'ont noté déjà certains auteurs, la réforme intervenue en

2010 a assez largement emprunté à la réforme française de 2006.

Cette observation doit être cependant atténuée. Si l'influence civiliste est largement présente, le régime de certaines sûretés emprunte également aux sources internationales et l'inspiration africaine du droit des sûretés n'est pas totalement absente.

a - Sources civilistes du droit des sûretés

70. La législation OHADA sur les sûretés, aussi bien celle de 1997 que celle de 2010, a emprunté au droit civil à travers le droit français (*CROCQ P., Les grandes orientations..., préc., p. 52*). Mais, si l'emprunt aux sources légales françaises - en particulier le civil français - est dominant, il est seulement relatif par rapport aux autres sources principalement à la jurisprudence. Certaines « constructions » jurisprudentielles françaises se retrouvent dans la législation communautaire soit directement soit indirectement lorsque ces constructions étaient déjà reprises par le législateur français à l'occasion des réformes intervenues. Ainsi, en matière de sûretés personnelles par exemple, l'interprétation particulière qui a été faite par la jurisprudence française relativement à l'exigence de la mention manuscrite se retrouve dans la réglementation du cautionnement organisée par l'acte uniforme sur les sûretés. L'exigence de la mention manuscrite y apparaît (*Lire par exemple : KALIEU Y. R., La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA, Obadata D-03-02; Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA, PUA, 2006*). Mais, si initialement elle était considérée comme un élément de formation du contrat de cautionnement, elle est désormais, depuis la réforme, considérée uniquement comme une règle de preuve du cautionnement (*Lire : BRIZOUA-BI (M.), Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA, in «Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA», Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 60 et sv.*).

Il est vrai que, contrairement au droit français où la mention manuscrite ne joue pas le même rôle et n'est pas interprétée de la même manière selon que le cautionnement est souscrit par une personne physique ou par une caution intéressée ou professionnelle, dans le cadre de l'OHADA, il n'est pas fait de différence selon que la caution est profane, intéressée ou professionnelle. Mais, d'autres jurisprudentielles n'ont pas été reprises par le législateur communautaire.

71. En dehors du système civiliste, on peut, à défaut de trouver les influences d'autres systèmes, tenter un rapprochement entre certains mécanismes du droit OHADA et ceux qui existent dans d'autres systèmes à l'exemple du système de common law (*En ce sens, voir par exemple : MIENDJIEM I.L., La floating charge de droit anglais et les nantissements du droit OHADA, Revue de la Recherche Juridique Droit prospectif, 2009-*

3, p. 1571). Mais, on y retrouve surtout une influence des règles de droit international.

b - Place du droit international

72. Il ne fait pas de doute que le droit international est bien présent dans le nouveau droit communautaire des sûretés, particulièrement pour ce qui est de la réglementation de la lettre de garantie (KENFACK DOUANJI G., *L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA*, *Penant*, n° 851, avril-juin 2005, p. 174). La présence de ces normes de droit international privé dans les règles matérielles de l'OHADA présente un double avantage. Elle facilite les transactions internationales ; ainsi les investisseurs étrangers qui souhaitent contracter avec des entreprises situées sur le territoire de l'OHADA auront, lorsque cela s'impose, à appliquer des normes et des concepts qui ne leur sont pas totalement nouveaux parce qu'ils correspondent à ceux utilisés habituellement dans d'autres relations commerciales. Par ailleurs, au sein même des États membres, les règles de l'OHADA bien que nouvelles ne seront pas totalement étrangères aux acteurs économiques, puisque la plupart des États sont membres de ces organisations internationales ou signataires des différentes conventions internationales. Cette quasi-familiarité avec les normes de droit international présente l'intérêt de faciliter l'acceptation et l'application des différents textes.

c - Inspiration africaine du droit OHADA des sûretés.

73. La question de l'influence du droit africain sur la législation uniforme OHADA a été déjà envisagée et quelques pistes explorées (*en ce sens* : POUYOUÉ P. G. et KALIEU ELONGO Y. R., *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, 2008). S'agissant du domaine spécifique des sûretés, les avis sont partagés sur la question de l'inspiration africaine des diverses règles retenues.

Certains auteurs, de manière parfois excessive, affirment que l'inspiration africaine est totalement absente dans les actes uniformes (*En ce sens* : VIVIER J. L., *L'OHADA ou l'unification du droit des affaires africain*, *Droit et patrimoine*, n° 72, juin 1999, p. 41 qui s'appuie sur quelques faits tels que la non prise en compte des terrains non immatriculés pour la constitution des hypothèques. Voir aussi BOUREL P., *À propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, *Recueil Dalloz*, 2007, n° 14, p. 969 et sv.).

D'autres sont plus nuancés et reconnaissent que les rédacteurs des actes uniformes ont fait preuve d'une imagination suffisante pour prendre en compte les spécificités africaines qui doivent être entendues ici comme : « les circonstances de fait et les données sociologiques qui prévalent dans différents pays, et qui peuvent avoir une incidence sur le choix des règles juridiques les plus

appropriées » (FONTAINE M., *Le projet d'acte uniforme OHADA sur les contrats et les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, *Revue de droit uniforme*, 2004-2, p. 253 et sv. spéc. p. 259). C'est ce qui explique sans aucun doute les solutions particulières adoptées, à l'exemple du mécanisme de protection des cautions dans la formation du contrat de cautionnement. En effet, il ressort de l'article 14 alinéa 3 nouveau de l'acte uniforme portant organisation des sûretés l'exigence formelle de la présence des témoins lorsque le cautionnement fait intervenir des personnes qui ne peuvent pas ou ne savent pas écrire (ISSA SAYEGHJ., *commentaires sous acte uniforme portant organisation des sûretés*, in *OHADA Traité et actes uniformes OHADA commentés et annotés*, *Juriscope*, 2008, p. 659 et sv. ; KALIEU ELONGO Y. R., *La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA*, *Juridis périodique*, juil.-août-sept. 2003, p. 109 et sv. ; www.ohada.com, *Obadata 2003*, D-03-02 ; GRIMALDI M., *L'acte uniforme portant organisation des sûretés in Petites affiches*, n° spéc., p. 30 et sv. not. p. 32 ; KALIEU ELONGO Y. R., *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *Presses universitaires d'Afrique*, collection *vademecum*, 2006, p. 29 et sv. ; ISSA SAYEGHJ., *La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA*, *Penant*, n° 851, avril-mai-juin 2005, p. 150 et sv. spéc. p. 155). La réforme récemment intervenue prévoit désormais, en matière d'hypothèque, la constitution d'hypothèque sur des droits à venir lorsque, conformément à l'article 203 nouveau 3°, le constituant possède un droit réel lui permettant de construire à son profit sur le domaine national. Dans ce cas, il peut hypothéquer les bâtiments et ouvrages dont la construction est commencée ou simplement projetée et en cas de destruction de ces bâtiments ou ouvrages, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement. Or, la notion de domaine national, est une notion spécifique aux droits fonciers et domaniaux africains (*En ce sens* : MIENDJIEM I.L., *Les droits des occupants du domaine national*, thèse, Université de Yaoundé 2, 2008 ; TIENCHOU NJIAKO A., *Droits réels et domaine national au Cameroun*, PUA, 2004). Malgré ces avancées, on peut globalement considérer que l'influence africaine du droit des sûretés reste insuffisante.

III - Champ d'application de l'acte uniforme sur les sûretés

74. Il s'agit de préciser ici que les règles contenues dans l'acte uniforme sur les sûretés s'appliquent en général, sauf quelques exceptions, à toutes les sûretés. Autrement dit, la législation uniforme ne fait pas de distinction entre les sûretés consenties pour les besoins de commerce et celles consenties pour les besoins civils, entre la qualité civile ou commerciale du constituant de la sûreté, du débiteur ou du créancier. Il en résulte que des distinctions comme celles opérées en droit français - tout au moins par la doctrine et la jurisprudence - en

matière ce cautionnement entre cautionnement civil, commercial ou intéressé, ne sont pas expressément reprises. Il est vrai que cette absence de distinction n'est pas sans conséquence. Ainsi a-t-on par exemple estimé que les règles du cautionnement prévues par l'article 4 de l'AUS dans sa version antérieure et qui exigeaient la mention manuscrite compte non tenu de la qualité de la caution pouvaient être considérées comme trop protectrices de certaines catégories de caution. C'est ce qui justifie probablement que les auteurs de la réforme de l'AUS aient proposé une modification de cette disposition et partant du rôle de la mention manuscrite dans le cautionnement (*BRIZOUA-BIM., Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA, préc., p. 60*). En plus de cette modification, il faut également relever l'introduction de la notion de débiteur professionnel que l'article 3 nouveau définit comme « *tout débiteur dont la dette est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale* ». Le débiteur professionnel sera, dans certaines circonstances, moins bien protégé que le débiteur civil ou non professionnel. Il y a aussi le régime spécifique désormais reconnu à certains créanciers, particulièrement les établissements de crédit qui peuvent par exemple être seuls bénéficiaires en qualité de créancier d'un transfert de créance à titre de garantie (*articles 80 et suivants*).

IV - Application de l'acte uniforme OHADA dans le temps

75. Sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2010, il était admis, en application de l'article 150, que l'AUS ne s'applique pas aux sûretés constituées antérieurement à son entrée en vigueur. La cour communautaire s'est prononcée dans ce sens (*CCJA, arrêt n° 29 du 15 juillet 2004, Affaire FADIGA c/BOA-CI, le juris Obada, n° 3/2004, p. 35, note BROUKOUAKOUM., Jurisprudence commentée de la CCJA, n° 1, oct. 2005, obs. ONANA E.F., répertoire quinquennal OHADA, p. 267; Obadata, J-04-387*) ainsi que certaines juridictions nationales (*CA d'Abidjan, arrêt n° 106 du 23 janvier 2004, SHAC c/la BACI, Obadata J-04-487, répertoire quinquennal OHADA, p. 267; Cour d'appel du centre, arrêt n° 414/civ du 2 juil. 2003, la sté CERAC c/la SRC, obs. ISSA SAYEGHJ., Obadata J-04-202, répertoire quinquennal, p. 268*). Par contre, l'acte uniforme s'applique aux sûretés postérieures (*En ce sens : CCJA, arrêt n° 18/2003 du 19 octobre 2003, sté AFROCOM c/ Caisse de stabilisation et de solution des prix des productions habituelles, Obadata J-04-119, répertoire quinquennal, p. 268*). Par conséquent, c'est le droit national qui s'applique (*en ce sens : Tribunal régional Hors classe de Dakar, jugement du 4 février 2003, E. SENGHOR et C. DIOKH c/ BICIS, Obadata J-03-102, répertoire quinquennal, p. 267; Tribunal régional hors classe de Dakar, ordonnance de référé*

n° 305, bis du 7 octobre 2002, A.G. c/ Crédit Lyonnais du Sénégal, et SENEGAUTO, Obadata J-05-50).

76. Ces solutions devraient prévaloir dans le cadre du nouveau texte conformément à l'article 227 qui dispose : « Le présent Acte uniforme, qui abroge l'Acte uniforme portant organisation des sûretés du 17 avril 1997, n'est applicable qu'aux sûretés consenties ou constituées après son entrée en vigueur. Les sûretés consenties ou constituées antérieurement au présent Acte uniforme et conformément à la législation alors en vigueur restent soumises à cette législation jusqu'à leur extinction ».

B - Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général, tel que révisé le 15 décembre 2010

Introduction

77. Après l'accession de la majorité des États francophones actuellement membres de l'OHADA à la souveraineté nationale et internationale, le droit commercial général était issu, pour l'essentiel, du code de commerce français de 1806 et des textes subséquents intervenus en France jusqu'en 1960. Seuls deux États, la Guinée et le Sénégal avaient fait preuve d'originalité en édictant de véritables codes de commerce. Un petit nombre d'États, comme le Gabon, se sont contentés de prendre des textes épars pour régler, de manière ponctuelle et incomplète, l'exercice de certaines activités commerciales ou pour définir le statut du commerçant. Mais, la très grande majorité des États avait conservé la législation ancienne héritée de la colonisation française. Il en est résulté un cadre juridique vétuste, inadapté, désuet et incertain, source d'insécurité pour les investisseurs privés.

78. C'est dans ce contexte particulièrement défavorable que la signature à Port-Louis en île Maurice le 17 octobre 1993, en marge du sommet de la Francophonie, du Traité instituant l'OHADA fut accueillie avec ferveur par les principaux acteurs économiques. (*Cf. J. C. JAMES, L'OHADA et la construction d'un espace juridique francophone in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard GROSS, Presse Universitaire de Nancy. 2009, p. 555; Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, in L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA, La semaine juridique. Entreprise et affaires. Cahiers de droit de l'entreprise, N° 5 Supplément à la Semaine juridique n° 44 du 28 octobre 2004 : L'OHADA, dix années d'uniformisation du droit des affaires en Afrique, p. 5 et s.*). L'Acte uniforme portant sur le droit commercial général du 17 avril 1997 (AUDCG) qui en est résulté est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998. Le nouveau législateur communautaire africain s'est donné pour objectifs de moderniser le

droit commercial des États parties, devenu obsolète au regard des contraintes du développement, de renforcer le régime juridique applicable aux commerçants et aux activités de commerce et ainsi de promouvoir la croissance économique en sécurisant les investissements étrangers. Cette nouvelle législation d'essence communautaire va entraîner l'abrogation immédiate de toutes les dispositions antérieures contraires portant sur le droit commercial conformément aux dispositions de l'Article 10 du Traité précité.

79. Sur le plan substantiel, le droit commercial africain demeure, à l'instar du droit français, un droit des actes de commerce et un droit des commerçants (Cf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Droit commercial, Montchrestien. 7^e édition, n° 1 et s.*). L'AUDCG se contente d'énumérer les différentes catégories d'actes de commerce. Il donne également une définition du commerçant et le soumet à un statut juridique amélioré. Le législateur africain s'est illustré par l'extension de la commercialité à des activités traditionnellement civiles, par exemple, l'achat d'immeuble pour la revente, les activités extractives et les assurances, etc. On note aussi l'extension de la commercialité par la forme à tous les effets de commerce et non plus simplement à la lettre de change comme en droit français. Du reste, la notion prétorienne d'actes de commerce par accessoire a été consacrée (Cf. *Sur la théorie de l'accessoire, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, op. cit., n° 43 et s.*). Sont désormais légalement des actes de commerce, les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce et les actes effectués par les sociétés commerciales (Cf. Cf. A. P. SANTOS, J. Y. TOE., *OHADA, Droit commercial général, Bruxelles, Bruylant, coll. droit uniforme, 2002, n° 112 et s.*). Il faut aussi souligner les progrès de l'OHADA dans l'émergence d'un droit professionnel des affaires. Cela se manifeste notamment par l'extension du statut de commerçant aux non commerçants et, notamment, l'application du statut des baux commerciaux à l'ensemble des professionnels, qu'ils soient commerçants ou non. Dans le même ordre d'idées, le statut des intermédiaires de commerce a été précisé (Cf. A. P. SANTOS, J. Y. TOE., *op. cit., n° 378 et s.*). L'AUDCG innove par ailleurs, en 1997, en donnant une définition du fonds de commerce dont les éléments constitutifs sont désormais clairement spécifiés (Cf. Cf. A. P. SANTOS, J. Y. TOE., *op. cit., n° 322 et s.*). Il édicte surtout un droit de la vente commerciale moderne et réaliste qui s'inspire assez largement de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (Cf. sur l'ensemble de la question, J. LOHOUES-OBLE, *Innovations dans le droit commercial général, Petites affiches, Numéro spécial, 13 octobre 2004, N° 205, p. 8 et s.*).

80. Or, un nouvel Acte uniforme a été adopté par le Conseil des ministres de l'OHADA le 15 décembre 2010 à Lomé au Togo. Ce nouveau texte, publié au Journal officiel de l'OHADA le 15 février 2011, abroge

l'Acte uniforme du 17 avril 1997. Il entre en vigueur le 15 mai 2011, soit quatre-vingt-dix jours après sa publication dans ce Journal, conformément à l'article 9 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008 (Cf. M. KAMTO, *Traité de Québec, Juriscope, 2010*). Il est permis de s'interroger sur la nécessité d'une révision de l'Acte uniforme OHADA portant sur le droit commercial général, après douze ans d'application. La réforme qui obéit à un souci d'actualisation est sous-tendue par des objectifs généraux et spécifiques. Sur un plan général, le nouveau texte OHADA vise à moderniser le droit commercial applicable dans les États parties et en adapter le contenu aux évolutions juridiques et économiques observées depuis l'adoption de l'Acte uniforme en 1997. Il répond en outre, à un besoin d'amélioration formelle, de précision et de correction des imperfections rédactionnelles du texte antérieur afin de clarifier l'intention du législateur communautaire africain. Sur un plan spécifique, la réforme du 15 décembre 2010 poursuit trois objectifs majeurs. Il s'agit d'abord d'améliorer le statut des acteurs et favoriser l'information des partenaires du commerce. Il s'agit ensuite d'adapter le texte OHADA aux nouvelles pratiques commerciales apparues depuis son adoption. Le troisième objectif consiste à prendre en compte la pratique et le droit international des affaires dans une optique de modernisation du droit de la vente commerciale (Cf. sur tous ces points, Note d'orientation portant sur la relecture de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général, inédit).

Sur de nombreux points, le nouveau texte communautaire africain adopte des options fondamentales novatrices. Le législateur OHADA du 15 décembre 2010 parachève la rénovation du statut de commerçant et introduit une définition générale de l'acte de commerce par nature. Il accentue l'extension du statut des commerçants aux non commerçants professionnels. Ce qui se vérifie singulièrement, en dehors de la révision limitée de la réglementation des activités des intermédiaires du commerce, par l'avènement d'un statut de l'entrepreneur. Il faut en outre, signaler le renforcement du rôle du registre du commerce et du crédit mobilier dont l'objet a été considérablement élargi. Dans le même temps le droit OHADA institue le bail à usage professionnel et améliore substantiellement le régime de la vente commerciale et du fonds de commerce par rapport au droit antérieur issu de l'Acte uniforme de 1997.

81. Pour rendre compte de cette importante évolution, cette présentation du droit commercial OHADA tente d'exposer, en s'appuyant sur l'Acte uniforme OHADA du 17 avril 1997 et, le cas échéant, sur le bilan de son application, les principales innovations apportées au texte initial par la réforme du 15 décembre 2010. Quel sens donner à cette évolution? Quelle en est la logique et quels enseignements convient-il d'en tirer au plan de la théorie juridique et des conséquences pratiques?

82. Sous cet éclairage, l'essentiel des dispositions qui résultent du nouvel Acte uniforme portant sur le droit commercial général, intéresse d'une part, le renforcement de l'attractivité du statut de commerçant sur les autres acteurs de la vie économique, et la modernisation du droit applicable aux activités de commerce, d'autre part. De la sorte, la réforme du 15 décembre 2010 aménage le statut des professionnels du commerce (I), et consolide la modernisation, amorcée en 1997, du droit applicable aux activités de commerce (II).

I - Aménagement du statut des professionnels du commerce

83. Dans son acception classique, le droit commercial comprend un ensemble de règles spéciales qui s'appliquent en particulier à certaines personnes, les commerçants, et à une certaine catégorie d'actes, les actes de commerce. Or, le particularisme du droit commercial s'est progressivement estompé en droit positif (Cf. Y. REINHARD, J. P. CHAZAL, *Droit commercial 6^e édition. Litec, n° 3 et s.*). Les règles traditionnelles applicables aux opérations des ou entre commerçants ont été étendues aux non commerçants. C'est cette évolution que consacre l'AUDCG dans sa version initiale et que vient conforter le nouveau texte communautaire.

84. À cet effet, le législateur OHADA aménage un statut du commerçant dont les règles essentielles ont inspiré l'organisation juridique des professionnels non commerçants qui exercent une activité économique. Pour mesurer la portée de ce phénomène d'attraction, il convient d'exposer dans un premier temps le statut révisé du commerçant et celui de l'entrepreneur (a), puis dans un second temps, le statut des intermédiaires de commerce et du bail à usage professionnel (b).

a - Commerçant et entrepreneur

85. L'AUDCG contient un certain nombre de règles qui améliorent le statut du commerçant et précise dans la foulée le statut de l'entrepreneur.

1 - Statut du commerçant

86. Le législateur OHADA donne une définition plutôt classique du commerçant et précise les conditions de son statut.

1.1- Définition du commerçant

87. Aux termes de l'article 2 de l'AUDCG, «Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession». Le texte nouveau, issu de la réforme du 15 décembre 2010, reprend certes la notion classique de commerçant, mais la définition est

plus concise et se réfère plus nettement à l'accomplissement d'actes de commerce par nature dans le cadre de l'exercice d'une profession (Cf. *Sur l'importance du critère de la «profession», F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, op. cit., n° 42; Y. REINHARD, J. P. CHAZAL, op. cit., n° 407*). Le critère de l'habitude qui impliquait l'idée de répétition disparaît. Cette notion d'habitude était ambiguë et redondante, car l'exercice d'une profession commerciale implique de faire habituellement des actes de commerce (Cf. *sur la notion d'habitude, F. POLLAUD-DULIAN, L'habitude en droit commercial, Études à la mémoire d'A. SAYAG. Litec, 1997, p. 349*). En revanche, l'accomplissement habituel d'actes de commerce sans exercer une profession commerciale ne suffit pas à conférer la qualité de commerçant (H. B. MODI KOKO, *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC), tome I. Droit commercial général et Droit de la concurrence, Dianoïa, 2008, p. 29*). Celle-ci requiert deux conditions : la première relative à la nature de l'activité consistant à l'accomplissement d'actes de commerce par nature. La seconde renvoie aux caractères de l'activité commerciale : elle doit être exercée à titre professionnel et il faut y ajouter à titre personnel (Cf. H. B. MODI KOKO, *op. cit., p. 31*).

88. Il apparaît cependant que le législateur OHADA a fait preuve d'innovation en donnant une définition de l'acte de commerce par nature. Il retient deux critères cumulatifs, celui de l'entremise dans la circulation des biens et la recherche d'un profit pécuniaire. Il s'agit de deux critères économiques qui reposent l'un sur l'objet de l'acte, l'autre sur son but. Ces critères combinés ont été traditionnellement proposés par la doctrine et consacrés par la jurisprudence française (Cf. Y. REINHARD, *op. cit., n° 200 et s.*; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, tome I, LGDJ, 17^e édition, n° 298 et s.*; H. B. MODI KOKO, *op. cit., p. 26*). Ainsi, en droit OHADA, les actes de commerce par nature sont des actes d'intermédiaires dans la circulation des biens produits ou achetés ou à l'occasion de la fourniture de prestations de services dans le but de réaliser un profit pécuniaire. Le droit communautaire harmonisé n'a donc pas opté pour un critère unique et a, semble-t-il, du moins à ce stade, renoncé à la conception subjective consistant à qualifier l'acte de commerce en fonction de son rattachement à une activité professionnelle (Cf. *Sur la détermination des critères de l'acte de commerce, Cf. A. P. SANTOS, J. Y. TOE., op. cit., n° 104 et s.*). *Ce faisant le critère fondé sur la conception juridique de l'entreprise a été écarté par les auteurs de la réforme (Cf. Sur le critère de l'entreprise, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, op. cit., n° 61*).

89. Malgré la définition de l'acte de commerce par nature, le texte nouveau du 15 décembre 2010 s'inscrit dans la tradition du code de commerce de 1806 en reprenant la liste non exhaustive des actes ou opérations «qui ont le caractère d'acte de commerce» de l'ancien

article 3 de l'Acte uniforme adopté en 1997, entérinant par là même l'évolution extensive du domaine des actes de commerce. L'article 4 nouveau de l'AUDCG adopte une définition plus ouverte des actes de commerce par la forme : « Ont notamment le caractère d'acte de commerce par la forme » et non plus « Ont également le caractère (...) ».

90. Le régime juridique de l'acte de commerce prévu par l'AUDCG est relativement classique. Toutefois, le nouvel Acte uniforme comporte deux innovations intéressantes. D'abord, l'article 5 de ce texte autorise expressément la preuve des actes de commerce par voie électronique à l'égard des commerçants, sans pour autant en préciser les modalités pratiques. Ce qui laisse une très grande liberté dans l'admission des procédés de preuve électroniques. En outre, l'article 5, alinéa 2, nouveau de l'AUDCG ajoute que « tout commencement de preuve par écrit autorise le commerçant à prouver par tous moyens contre un non-commerçant ». Il y a là certes la satisfaction d'une exigence de sécurité juridique pour les commerçants, mais l'innovation mérite d'être relativisée. Le commencement de preuve par écrit constitue une exception à la nécessité d'une preuve préconstituée pour établir le droit allégué. Or, le commerçant, étant soumis au principe de la preuve littérale à l'égard d'un non commerçant, est tout autant fondé à se prévaloir des exceptions légales ou jurisprudentielles au principe énoncé. Il en est ainsi de l'impossibilité morale de se procurer un écrit et partant du commencement de preuve par écrit (Cf. *REINHARD, op. cit., n° 204, G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit., n° 345.*). Ensuite, le législateur OHADA précise le régime juridique de la prescription qui est assoupli et simplifié. (*Art. 17 à 29 nouveaux*). Les dispositions nouvelles concernent le point de départ, la computation, les causes et les effets de la suspension et de l'interruption du délai de prescription, sa renonciation ainsi que son régime procédural.

En revanche, les conditions d'acquisition du statut de commerçant demeurent, pour l'essentiel, inchangées à la suite de la réforme du 15 décembre 2010.

1.2 - Conditions d'acquisition du statut de commerçant

91. Ces conditions concernent la capacité pour exercer le commerce, l'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier et les obligations comptables du commerçant. Concernant la capacité commerciale, L'AUDCG énonce que « nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce ». S'agissant d'une question relative au statut personnel, le régime de la capacité est réglé par chaque droit national (Cf. *A. P. SANTOS, J. Y. TOE., op. cit., n° 104 et s.*). Outre les incapables majeurs, l'incapacité frappe les mineurs qui ne peuvent avoir la qualité de commerçant ni exercer des actes de commerce s'ils ne sont pas émancipés. Le régime des interdictions et des incompatibilités est clairement

précisé. On doute cependant de l'effectivité voire de la pertinence de certaines de ces mesures dans le contexte africain où le commerce informel occupe une place non négligeable. Il en est de même de l'exercice du commerce par personne interposée.

92. 16-L'AUDCG consacre l'égal accès des époux à la profession commerciale (Cf. *B. MATOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT. Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Litec, p. 37, n° 139*). Aux termes de l'article 7, alinéa 2 du texte communautaire, « Le conjoint d'un commerçant n'a la qualité de commerçant que s'il accomplit des actes de commerce (...), à titre de profession et séparément de ceux de l'autre conjoint ». Cette dernière expression « l'autre conjoint » a été substituée aux mots « de son époux » utilisés dans l'ancien texte. Cependant, la notion d'actes de commerce accomplis séparément du conjoint suscite une difficulté dans les situations courantes en pratique où les deux époux collaborent en fait à une même entreprise commerciale. En cas de litiges sur l'exercice réel de l'activité commerciale, les tribunaux devraient rechercher parmi les conjoints celui qui a effectivement la direction et le contrôle de l'exploitation commerciale. La difficulté persiste tout de même lorsque les époux exercent une activité commerciale conjointement ou sur un pied d'égalité. Dans ce cas, on peut craindre que la femme ne soit pas considérée comme ayant la qualité de commerçant, mais plutôt comme une simple auxiliaire de son mari dans l'exploitation commune (Cf. *sur la question, H. B. MODI KOKO, op. cit., p. 32*).

93. Pour bénéficier du statut de commerçant, il faut obligatoirement s'inscrire au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM). La demande d'immatriculation doit être effectuée, pour les personnes physiques, dans le premier mois d'exploitation ; et pour les personnes morales, dans le mois de leur constitution. Elle doit contenir des informations relatives à la personne du commerçant et à son activité. Si la situation de l'assujetti subit ultérieurement des modifications qui exigent la rectification ou le complément des énonciations portées au Registre du commerce et du crédit mobilier, il doit formuler, dans les trente jours de cette modification, une demande de rectification ou de mention complémentaire. La personne immatriculée au RCCM bénéficie de la présomption non irréfragable de la qualité de commerçant. De la sorte, dans l'exercice de son activité, la personne assujettie doit faire figurer sur ses factures, bons de commande, tarifs et documents commerciaux ainsi que sur toute correspondance, son numéro et son lieu d'immatriculation. Le défaut d'immatriculation dans les délais prévus empêche le droit de se prévaloir du statut de commerçant lorsque cette formalité est requise en cette qualité. La personne assujettie non immatriculée ne peut opposer aux tiers les faits et actes sujets à transcription ou mention. Elle ne peut

davantage invoquer son défaut d'immatriculation pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes au statut de commerçant.

94. Au titre des obligations liées au statut de commerçant, l'AUDCG soumet le commerçant à une série de diligences relatives à l'établissement et à la tenue de la comptabilité. En effet, tout commerçant, personne physique ou morale, doit tenir tous les livres de commerce conformément aux dispositions de l'Acte uniforme relatif à l'organisation et à l'harmonisation des comptabilités des entreprises. Il s'agit du livre-journal, du livre d'inventaire et du grand-livre auquel est liée une balance générale (*Cf. sur la question, H. B. MODI KOKO, op. cit., p. 53 et s. ; B. MATOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENO, op. cit., p. 38, n° 145*). Ces documents comptables remplissent une fonction probatoire indéniable. Ils permettent par ailleurs au commerçant d'avoir une bonne vision financière et économique de son entreprise lui assurant une gestion adéquate de ses affaires.

Ainsi, d'une manière générale, la réforme OHADA est venue clarifier et enrichir sur de nombreux points le statut du commerçant. Elle a été aussi l'occasion de conférer aux artisans, agriculteurs, professionnels libéraux, exerçant une activité économique en tant qu'entrepreneur individuel, un statut d'entrepreneur qui constitue l'une des originalités du nouvel Acte uniforme.

2 - Entrepreneur

95. L'avènement du statut de l'entrepreneur constitue l'une des innovations remarquables du nouvel Acte uniforme portant sur le droit commercial général. L'instauration de ce statut vise à favoriser la formalisation des entreprises du secteur informel et à promouvoir l'entrepreneuriat. Aux termes de l'article 30 de l'AUDDCG, l'entrepreneur est un entrepreneur individuel, personne physique, qui exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole. Ce qui englobe un éventail d'activités suffisamment larges exercées par les artisans, les professionnels libéraux, les agriculteurs et les commerçants ayant la qualité d'entrepreneur individuel. Seul le domaine de la production industrielle ne figure pas dans l'énumération légale. Au demeurant, l'application du statut de l'entrepreneur est facultative pour les États parties. En effet, aux termes de l'article 1^{er}, alinéa 2 de l'AUDCG, «sont également soumises, sauf dispositions contraires, au présent Acte uniforme et dans les conditions définies ci-après, les personnes physiques qui ont opté pour le statut d'entrepreneur». En outre, le législateur communautaire africain s'est abstenu de définir la notion d'entrepreneur individuel à laquelle se réfère l'article 30, renvoyant de fait sur ce point aux législations nationales. Le dernier alinéa de l'article 30 précité confirme cette orientation dans la mesure où il indique que «Chaque État partie fixe les mesures inci-

tatives pour l'activité de l'entrepreneur notamment en matière d'imposition fiscale et d'assujettissement aux charges sociales». Le caractère attractif de ce statut de l'entrepreneur dépendra en pratique de ces mesures incitatives nationales destinées à promouvoir l'initiative individuelle. De la sorte, les critères de définition ou d'identification de l'entrepreneur individuel risquent de varier d'un État partie à un autre. Ce qui contrarie l'ambition harmonisatrice poursuivie par L'OHADA.

96. Pour bénéficier du statut de l'entrepreneur, l'entrepreneur individuel doit remplir trois conditions. On peut d'abord évoquer l'exigence du chiffre d'affaires généré par son activité, pendant deux exercices successifs, qui ne saurait excéder les seuils fixés dans l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises au titre du système minimal de trésorerie. Il y a ensuite l'obligation liée à la tenue d'une comptabilité allégée. Dans ce cadre, l'entrepreneur doit établir un livre mentionnant l'origine et le montant de ses ressources, d'une part, la destination et le montant de ses emplois, d'autre part. Il doit en outre, «tenir un registre, récapitulé par année (...), présentant le détail des achats et précisant leur mode de règlement et les références des pièces justificatives, lesquelles doivent être conservées». Il y a enfin la nécessité pour l'entrepreneur, dispensé de la formalité d'immatriculation au RCCM, d'y effectuer une simple déclaration d'activité au greffe de la juridiction compétente. Dès réception du formulaire de déclaration d'activité dûment rempli et des pièces exigées par l'Acte uniforme, le greffier délivre au déclarant un accusé d'enregistrement qui mentionne la date de la formalité accomplie et le numéro de déclaration d'activité. Au demeurant, l'entrepreneur ne peut commencer son activité qu'après réception de ce numéro de déclaration d'activité qu'il doit mentionner sur ses factures, bons de commande, tarifs et documents ou correspondances professionnels, suivi de l'indication du Registre du Commerce et du Crédit mobilier qui a reçu sa déclaration et de la mention «Entrepreneur dispensé d'immatriculation». À l'appui de sa déclaration, l'entrepreneur doit fournir une série de pièces traduisant un formalisme relativement contraignant. On peut légitimement craindre qu'un tel formalisme ôte au statut de l'entrepreneur tout son attrait dans le contexte africain favorable aux activités informelles. Au nombre des pièces exigées figure notamment une déclaration sur l'honneur signée du demandeur et attestant, s'il est commerçant, qu'il n'est frappé d'aucune des interdictions prévues par l'article 10 de l'Acte uniforme, et s'il n'est pas commerçant, qu'il n'a fait l'objet d'aucune interdiction d'exercer en relation avec sa profession et qu'il n'a jamais été condamné pour les infractions prévues par l'article 10 précité. L'entrepreneur déclarant peut être astreint à fournir, le cas échéant, une autorisation préalable d'exercer son activité.

97. Il est par ailleurs soumis à la règle des déclarations modificatives, à l'instar des inscriptions ou mentions

modificatives applicables aux commerçants. Il est, en outre tenu de faire une déclaration en cas de cessation d'activité auprès du greffe compétent ou de l'organe compétent dans l'État partie. Il faut ajouter que la perte du statut d'entrepreneur est liée à l'augmentation de son chiffre d'affaires, durant deux années consécutives, au-delà des limites fixées par l'État partie dans lequel il exerce son activité professionnelle. Dans ce cas, il redevient un professionnel ordinaire soumis à la législation nationale de l'État partie.

98. Au niveau de ses effets, la déclaration d'activité confère au déclarant la qualité présumée d'entrepreneur. Mais le législateur OHADA ne précise pas la force de cette présomption, qui devrait avoir un caractère non irréfragable, comme pour le commerçant immatriculé au RCCM. En cette qualité, l'entrepreneur bénéficie du régime juridique applicable aux commerçants concernant la preuve et la prescription «des obligations nées à l'occasion de leurs activités entre entrepreneurs, ou entre entrepreneurs et non entrepreneurs». Il bénéficie enfin des dispositions relatives au bail à usage professionnel ; ce qui constitue une nouvelle illustration de l'extension du statut de commerçant aux professionnels des affaires.

b - Intermédiaires de commerce et le bail à usage professionnel

99. L'extension a été amorcée en 1997 avec la réglementation de l'activité des intermédiaires du commerce (1). Elle a été renforcée par le législateur OHADA en 2010 par l'institution du bail à usage professionnel (2).

1 - Intermédiaires de commerce

100. Considérés comme des auxiliaires du commerçant dont la mission consiste à aider ou à assister ce commerçant dans la conclusion de ses contrats, les intermédiaires de commerce ne faisaient l'objet dans les États parties d'aucune réglementation homogène, précise et complète. Le droit OHADA a le mérite d'édicter des dispositions communes applicables aux trois catégories d'intermédiaires de commerce que sont les commissionnaires, les courtiers et l'agent général. Ce régime général est complété par des dispositions spécifiques à chacune de ces catégories d'intermédiaires (*Cf. sur les différences avec le droit français, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, op. cit., n° 266 et s.*).

1.1- Dispositions communes

101. Les dispositions communes traitent successivement de la définition et du champ d'application, de la constitution et de l'étendue des pouvoirs de l'intermédiaire, des effets juridiques des actes qu'il accomplit et de la cessation de son mandat. Il apparaît que l'in-

termédiaire de commerce est un professionnel ayant la qualité de commerçant qui agit pour le compte d'une autre personne, commerçante ou non, en vue de conclure avec un tiers un acte juridique à caractère commercial. Cette définition contenue dans l'article 169 nouveau de l'AUDCG diffère peu de celle de l'ancien article 137. Elle introduit cependant deux innovations. La première tient à la suppression du terme «représenté» et la précision que sa profession, commerciale ou civile, est indifférente. La seconde tient à la substitution de la nécessité de conclure un «contrat de vente» par le terme plus large d'«acte juridique», mais qui doit toujours revêtir un caractère commercial.

102. Quant aux activités régies par le statut d'intermédiaire de commerce, elles concernent non seulement les contrats conclus par ce dernier, mais intègrent aussi tout acte accompli par lui en vue de la conclusion ou de l'exécution de ces contrats. Selon l'article 171, alinéa 2, nouveau de l'AUDCG ce statut s'applique «aux relations entre toutes les personnes pour lesquelles agit l'intermédiaire, et entre ces personnes et l'intermédiaire lui-même». La formule nouvelle paraît plus restrictive par rapport à celle de l'ancien article 139, alinéa 2 qui visait «toutes les relations entre le représenté, l'intermédiaire, et le tiers». Il semble que le texte nouveau limite le domaine du statut aux seules relations entre le représenté et l'intermédiaire puisque ce dernier n'agit en principe que pour le compte du premier. En revanche, le texte du 15 décembre 2010 reconduit les dispositions relatives au champ d'application, que l'intermédiaire soit inscrit au Registre du commerce et du crédit mobilier de l'un des États parties ou «en présence d'un élément d'extranéité», et celles relatives aux exclusions des mandataires civils et sociaux. Toutefois, le nouvel article 174 de l'AUDCG abandonne l'énumération contenue dans l'ancien article 142. L'exclusion du statut d'intermédiaire de commerce ne vise désormais que les seuls «dirigeants des sociétés, associations ou autres groupements dotés de la personnalité juridique qui en sont les représentants légaux». En effet, les administrateurs et les associés, lorsqu'ils ne sont pas dirigeants, ne disposent d'aucun mandat de représentation de la société. L'allusion, dans l'article 137 précité, aux groupements non dotés de la personnalité morale était également inopportune car leurs membres ne peuvent valablement représenter une entité dépourvue d'existence juridique.

Hormis quelques aménagements techniques ou de pure forme, le texte nouveau conserve (*Art. 175 à 179*) l'ensemble des dispositions des anciens articles 143 à 147 de l'AUDCG du 17 avril 1997. La Constitution et l'étendue du pouvoir de l'intermédiaire restent gouvernées par les règles du mandat. L'intermédiaire, le représenté et le tiers demeurent aussi liés par les usages ainsi que par les pratiques qu'ils ont établies entre eux. De même, les effets juridiques des actes des intermédiaires et la cessation de leur mission relèvent des principes de la représentation et du régime du mandat.

1.2- Dispositions spécifiques

103. Les dispositions spécifiques s'appliquent au commissionnaire, au courtier et à l'agent commercial. Les articles 192 à 207 nouveaux traitent du commissionnaire et reprennent pour l'essentiel les dispositions anciennes des articles 160 à 175 de l'AUDCG (Cf. *A. P. SANTOS, J. Y. TOE., op. cit., n° 438 et s.*), en y apportant quelques aménagements rédactionnels. Cependant, l'article 192 n'envisage plus le commissionnaire, de manière restrictive, qu'«en matière de vente ou d'achat»; l'activité régie par son statut porte désormais sur tout acte juridique conclu en son propre nom et pour le compte du commettant qui lui en donne mandat. L'article 196 nouveau de l'AUDCG tempère l'obligation du commettant de payer une rémunération ou une commission au commissionnaire en se référant à l'application éventuelle des règles de la responsabilité contractuelle, sans doute pour réserver l'hypothèse d'une mauvaise exécution, d'une exécution tardive ou d'une inexécution partielle ou totale par le commissionnaire des obligations mises à sa charge. De même, l'article 201 nouveau de l'AUDCG consacre une règle de bon sens en obligeant le commettant à «indemniser le commissionnaire de ses pertes si ce dernier démontre avoir agi dans l'intérêt du commettant».

104. Les articles 208 à 215 nouveaux reprennent, elles aussi, les dispositions des anciens articles 176 à 183 de l'AUDCG. Il convient cependant de noter une définition légèrement aménagée du courtier, «professionnel qui met en rapport des personnes en vue de faciliter ou faire aboutir la conclusion de conventions entre ces personnes». Au surplus, l'article 212 nouveau de l'AUDCG qui traite de la rémunération du courtier comporte quelques innovations. D'abord, l'alinéa 2 de ce texte qui énonce que «dans le cas d'un courtage portant sur une vente, si le vendeur est seul donneur d'ordre, la commission ne peut être supportée, même partiellement, par l'acheteur et elle est, au besoin, prélevée sur le montant du prix convenu entre les parties et payée par l'acheteur», suggère que l'activité de courtage réglementée par l'OHADA ne semble plus se limiter, comme auparavant, à la vente et à l'achat de marchandises. Ensuite, le dernier alinéa de l'article 212 instaure la règle, au demeurant traditionnelle en la matière, selon laquelle «Si les deux parties sont donneuses d'ordre, le pourcentage correspondant à la commission due au courtier est fixé et réparti entre elles par accord commun avec lui».

105. Quant au statut de l'agent commercial, en dehors des améliorations formelles qu'il apporte (Cf. *pour une présentation plus complète du statut de l'agent commercial, H. B. MODI KOKO, op. cit., p. 190 et s.*), le texte nouveau introduit les obligations de loyauté et d'information dans les rapports entre l'agent commercial et son mandant (Art. 217 et 219).

Il est indéniable que le législateur OHADA a doté les acteurs de la vie économique d'un statut moderne et relativement complet. Or, cette organisation juridique conçue à l'origine pour le commerçant a conduit à la généralisation du statut des baux commerciaux au profit des professionnels non commerçants.

2 - Bail à usage professionnel

106. La plupart des entreprises ne sont pas propriétaires des locaux dans lesquels elles exercent leur activité professionnelle. Elles sont donc contraintes de conclure un contrat de bail. Le droit au bail constitue ainsi un élément important de la stabilité du fonds de commerce. De ce point de vue, l'AUDCG réalise trois séries d'innovations. Elles portent d'abord sur le champ d'application du droit au bail avec la consécration de la notion de bail à usage professionnel. Elles concernent ensuite les droits et obligations des parties, et enfin les effets du bail liés au renouvellement et à la procédure de résiliations du bail.

2.1- Champ d'application du droit au bail

107. L'étude du champ d'application implique de s'interroger sur la nature des locaux susceptibles de faire l'objet d'un bail professionnel et sur les bénéficiaires du statut qui lui est applicable.

Quant à la nature des locaux, objet du bail, l'Acte uniforme s'applique à tous les immeubles rentrant dans l'une des catégories suivantes :

- locaux ou immeubles à usage commercial, industriel, artisanal ou à tout autre usage professionnel;
- locaux accessoires dépendant d'un local ou d'un immeuble à usage commercial, industriel, artisanal ou à tout autre usage professionnel, à la condition, si ces locaux accessoires appartiennent à des propriétaires différents, que cette location ait été faite en vue de l'utilisation jointe que leur destinait le preneur, et que cette destination ait été connue du bailleur au moment de la conclusion du bail;
- terrains nus sur lesquels ont été édifiées, avant ou après la conclusion du bail, des constructions à usage industriel, commercial, artisanal ou à tout autre usage professionnel, si ces constructions ont été élevées ou exploitées avec le consentement exprès du propriétaire ou portées à sa connaissance et expressément agréées par lui. Le texte nouveau précise les conditions du bail portant sur des locaux accessoires et celles relatives aux terrains nus. Le législateur OHADA du 15 décembre 2010 a supprimé la référence à l'application du statut du droit au bail dans les villes de plus de cinq mille habitants.

108. Quant aux bénéficiaires du bail, le texte nouveau conserve l'extension réalisée en 1997 en faveur des professionnels non-commerçants. Aux termes de

l'article 103 nouveau : « Est réputé bail à usage professionnel toute convention, écrite ou non, entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble compris dans le champ d'application du présent Titre, et une autre personne physique ou morale, permettant à celle-ci, le preneur, d'exercer dans les lieux avec l'accord de celle-là, le bailleur, une activité commerciale, industrielle, artisanale ou toute autre activité professionnelle ». Il en résulte que c'est la nature de l'activité exercée qui fait présumer le caractère professionnel du bail. Ainsi profitent de ce statut les artisans, les industriels, les professions libérales, les agriculteurs soumis au statut de l'entrepreneur, les établissements publics à caractère industriel et commercial et les sociétés à capitaux publics, qu'ils soient bailleur ou preneur. C'est cette diversification qui justifie pleinement la qualification plus appropriée de bail à usage professionnel. Elle s'explique par la nécessité de faire bénéficier aux non - commerçants de la protection résultant du droit au bail et au renouvellement du bail.

2.2- Droits et obligations des parties

109. Le nouvel Acte uniforme maintient le principe de la libre fixation de la durée du bail qui peut être déterminée ou indéterminée avec un droit au renouvellement au terme de deux années depuis l'entrée en jouissance. Le législateur communautaire africain réaffirme l'importance de ce droit pour la permanence et la stabilité de l'activité du preneur professionnel. Son caractère d'ordre public est confirmé. Selon l'article 123, alinéa 2, «Aucune stipulation du contrat ne peut faire échec au droit au renouvellement». La durée minimale du bail renouvelé, trois ans, a été conservée. Il en est de même du régime juridique du renouvellement et des causes d'opposition offertes au bailleur. L'expression «acte extrajudiciaire» a été remplacée par «signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire».

110. Le législateur OHADA apporte des précisions par rapport aux obligations du preneur. Ainsi, le paiement du loyer peut désormais intervenir par correspondance ou par voie électronique (Art. 112, al. 2) Le preneur peut adjoindre à son activité principale prévue au bail des activités connexes ou complémentaires (art. 113, al. 2). Cette adjonction n'entraîne donc plus la résiliation du bail. Mais, une telle sanction ne constituait qu'une simple faculté pour le bailleur qui devait justifier d'un préjudice. Désormais, le preneur doit en aviser simplement et de manière expresse le bailleur. Ce dernier ne peut s'y opposer que pour des motifs graves. En revanche, l'accord du bailleur est requis en cas de changement de l'activité prévue au contrat de bail. Le bailleur peut s'y opposer pour des motifs sérieux. En cas de conflit entre le bailleur et le preneur, il appartient à la partie la plus diligente de saisir la juridiction

compétente. Aucune forme particulière n'est exigée des parties pour la preuve ou la validité du contrat de bail à usage professionnel. Le rôle du juge en cas de litiges relatifs à la détermination ou aux conséquences pour le preneur de l'exécution des grosses réparations est réaffirmé. La liberté de cession du bail reconnue au preneur subit quelques aménagements. L'article 118 nouveau de l'AUDCG établit un lien entre la cession du bail et celle du fonds de commerce ou de l'entreprise. Ce texte distingue la cession du bail en même temps que la totalité des éléments nécessaires à l'activité, de la cession du bail seul ou avec une partie de ces éléments. Dans la première hypothèse, la cession s'impose au bailleur, alors que dans la seconde elle requiert son accord. Dans ce cas, le bailleur dispose d'un délai d'un mois à compter de la notification ou de la signification pour se prononcer sur son acceptation ou son refus de la cession projetée. Passé ce délai, le silence du bailleur vaut acceptation de la cession de bail (Art. 120).

2.3 - Résiliation du bail

111. L'article 133 nouveau de l'AUDCG clarifie les conditions et la procédure de résiliation du bail. Le texte commence par une disposition générale : « le preneur et le bailleur sont tenus chacun en ce qui le concerne au respect de chacune des clauses et conditions du bail sous peine de résiliation ». La nécessité d'une mise en demeure préalable à l'action aux fins de résiliation du bail est conservée et son contenu précisé. Il est expressément prévu la possibilité d'une clause résolutoire de plein droit avec attribution de compétence. Il est précisé que la juridiction compétente statuant à bref délai constate la résiliation du bail et prononce, le cas échéant, l'expulsion du preneur et de tout occupant de son chef, en cas d'inexécution d'une clause ou d'une condition du bail après mise en demeure. Le nouveau texte communautaire africain met un terme à la controverse qui s'était développée en jurisprudence sur la nature de la juridiction compétente pour statuer sur la résiliation du bail commercial et l'expulsion du preneur (Cf. J. LOHOUES-OBLE, *op. cit.*, p. 13 et s.; CA Abidjan, Chambre civile et Commerciale, arrêts n° 474 et 472 du 02 et 6 avril 2004, M. FATAI ADELAWI ADELANI GIWA c/ M. TAHIAM AMADOU LAMINE, Obadata-J-05-207; CA d'Abidjan, arrêt n° 449 du 24 avril 2001, D c/ Établissements Barnoin, Le Juris Obada, n° 2/2004, juin-août 2004, p. 65; CA d'Abidjan, arrêt n° 373 du 2 février 2004, ASSEU YAO Marie-Louise c/ADAMA NACO Odette, Obadata J-04-497). Il est désormais clair que cette compétence incombe au juge « statuant », à bref délai », en d'autres termes au juge des référés ou juge de l'urgence. C'est ce qui explique la substitution du terme jugement par celui de décision dans l'article 133 nouveau *in fine* : « La décision prononçant ou constatant la résiliation du bail ne peut intervenir qu'après l'expiration d'un délai d'un mois suivant la notification de la demande aux créanciers inscrits ».

Outre l'aménagement d'un statut des professionnels de la vie économique, le législateur OHADA s'est efforcé de consolider la modernisation des activités de commerce.

II - Consolidation d'un droit moderne des activités de commerce

112. Cette modernisation, amorcée en 1997, vise à adapter le droit de la vente commerciale et du fonds de commerce aux besoins des acteurs économiques nationaux et internationaux. C'est un souci de clarification, de simplification et de réorganisation rédactionnelle du droit antérieur qui a, semble-t-il, animé les auteurs de la réforme de l'AUDCG, afin de dynamiser les activités de commerce dans les États membres de l'OHADA. Le droit de la vente commerciale en ressort substantiellement enrichi et techniquement amélioré. La réglementation du fonds de commerce subit peu de changements mais certaines innovations suscitent l'intérêt.

a - Vente commerciale

113. En 1997, le droit OHADA de la vente commerciale comportait déjà de nombreuses dispositions novatrices par rapport au droit commun. L'AUDCG issu de la réforme du 15 décembre 2010 accorde la primauté aux principes tirés de la bonne foi, de la sécurité et de la prévisibilité juridique. C'est dans cette logique qu'il convient d'apprécier, d'une part, la rénovation des règles relatives à la formation et à la validité de la vente commerciale et, d'autre part, ses effets et les sanctions de l'inexécution de ce contrat.

1 - Formation et validité du contrat de vente

114. La question préalable qu'il convient d'examiner est celle qui est relative à l'objet du contrat de vente commerciale, son champ d'application matérielle. Or, sur ce plan, l'Acte uniforme s'applique outre aux contrats de vente de marchandises entre commerçants, solutions classiques, aux contrats de fournitures de marchandises destinées à des activités de fabrication et de production. Ce préalable levé, les autres innovations seront abordées à l'occasion de l'évocation du moment de la conclusion du contrat, des conditions de validité de l'offre et de l'acceptation et enfin de la réception des principes de bonne foi.

1.1- Moment de la conclusion du contrat

115. La question de la détermination du moment de la conclusion du contrat se pose dans les contrats entre absents ou par correspondance (Cf. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations. Montchrestien*, 8^e

édition, n° 164 et s.). Dans cette hypothèse, la combinaison des articles 213 et 217 anciens de l'AUDCG permettait de conclure à la consécration en 1997 de la théorie de la réception (Cf. J. LOHOUES, *op. cit.*, p. 14; A. P. SANTOS, J. Y. TOE., *op. cit.*, n° 576, p. 361). Cette position a été réitérée par le texte nouveau. L'article 244 de l'AUDCG énonce en effet que «l'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'expression de l'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre». Il ajoute cependant que «si en vertu des dispositions de l'offre, des pratiques établies entre les parties ou des usages, le destinataire peut, sans notification à l'auteur de l'offre, exprimer qu'il acquiesce en accomplissant un acte, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli». Le contrat sera donc formé au moment de la connaissance par l'auteur de l'offre de l'accomplissement de cet acte.

1.2 - Conditions de validité de l'offre et de l'acceptation

116. L'offre et l'acceptation ont subi quelques aménagements significatifs. Aux termes de l'article 241, alinéa 3, nouveau de l'AUDCG, constitue une offre, une proposition de conclure un contrat adressé à une ou plusieurs personnes déterminées dès lors qu'elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. On retrouve les trois conditions de validité de l'offre. D'abord, l'offre doit être suffisamment précise pour que la simple acceptation de celle-ci suffise à former le contrat. Il en est ainsi si elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer. Cette définition correspond en tous points à celle de l'article 14-1 de la Convention de Vienne. L'offre doit donc contenir les éléments essentiels du contrat de vente, à savoir la chose et le prix. Ensuite l'offre doit être déterminée, en d'autres termes elle doit être adressée à un ou plusieurs destinataires clairement nommés et identifiés. Toutefois, le dernier alinéa de l'article 241 nouveau de l'AUDCG énonce qu'«une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire». De la sorte, un appel d'offres adressé de manière indistincte au public pourrait constituer une offre selon la volonté de son auteur. Enfin, la troisième condition de validité de l'offre est sa fermeté. Une offre est qualifiée de ferme lorsqu'elle indique, sans équivoque la volonté du pollicitant d'être lié en cas d'acceptation pure et simple du destinataire. Tel n'est pas le cas lorsque la proposition de contracter est assortie de réserves ou implique l'agrément du cocontractant (Cf. *ccja, arrêt n° 64 du 22 décembre 2005 : Affaire sany quincaillerie c/subsahara services nc*).

117. L'article 243, alinéa 2, nouveau de l'AUDCG reprend la définition antérieure de l'acceptation : «constitue une acceptation, toute déclaration ou autre

comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre. Le silence ou l'inaction ne peut à lui seul valoir acceptation». L'article 246 nouveau prévoit des règles plus générales relatives au point de départ du délai d'acceptation. Ainsi, «le délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre commence à courir au moment où l'offre est exprimée. La date indiquée dans l'offre est présumée être celle de son expédition, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire».

118. L'Acte uniforme envisage le régime de la révocation de l'offre en distinguant selon qu'elle est assortie ou non d'un délai d'acceptation. Lorsque l'offrant ne fixe aucun délai d'acceptation, l'offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci n'ait exprimé son acceptation. Le législateur OHADA consacre par là même le principe de la libre révocabilité de l'offre. Dans le silence de l'Acte uniforme, il faut, semble-t-il, appliquer le droit commun selon lequel le destinataire ne peut prétendre qu'à des dommages et intérêts si la révocation fautive ou abusive lui cause un préjudice. En revanche, aux termes de l'article 242, alinéa 3, nouveau de l'AUDCG, «l'offre ne peut être révoquée si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation, qu'elle est irrévocable ou si le destinataire était raisonnablement fondé à croire que l'offre était irrévocable et a agi en conséquence». La première proposition de cette nouvelle disposition est susceptible de deux interprétations. On peut penser, *a priori*, que désormais, l'irrévocabilité de l'offre ne résulte pas de la seule stipulation d'un délai d'acceptation. Il faut en plus que l'auteur de l'offre précise qu'elle est irrévocable. À défaut, la révocation de l'offre, avant l'expiration du délai, ne serait éventuellement sanctionnée que sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle. La seconde interprétation fait de la stipulation du délai d'acceptation la condition nécessaire et suffisante de l'irrévocabilité de l'offre, sans qu'il soit besoin de l'indiquer expressément. La seconde proposition de l'article 242, alinéa 3 précité renvoie, en l'absence d'un délai explicite, à l'observation par l'auteur de l'offre d'un délai raisonnable en excipant des circonstances de fait ou des usages le caractère irrévocable de l'offre. Il s'agit d'une solution empruntée à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (*Art. 16-2, b*).

119. Le pollicitant n'est donc pas libre de révoquer son offre avant l'expiration du délai, librement stipulé ou, en raison des circonstances, lui imposant de maintenir son offre pendant un délai raisonnable. Aussi, l'acceptation pure et simple de l'offre avant l'expiration du délai entraîne-t-elle la formation du contrat. Si l'auteur de l'offre la retire avant ce délai il commet assurément une faute. Or, le texte communautaire africain ne précise pas la sanction encourue par le pollicitant. La solution du droit OHADA telle qu'elle résulte de l'article 242, alinéa 3 suggère plutôt qu'en présence d'une offre irrévocable, l'acceptation intervenue après révocation,

mais avant l'expiration du délai, entraîne la formation du contrat. Telle est du reste la solution que consacre la Convention de Vienne (*Art. 16-b*). Le droit OHADA semble ainsi adopter l'analyse dualiste développée par certains auteurs français (*Cf. J. FLOUR, J. LAUBERT, Les obligations. L'acte juridique, 10^e édition, Armand Colin, n° 151*) : le pollicitant est lié en vertu d'un acte juridique lorsque son offre est assortie d'un délai déterminé ou raisonnable. En d'autres termes, le pollicitant est engagé pendant le délai tant que l'acceptation n'a pas été émise. En revanche, l'offre dépourvue de délai n'est qu'un fait juridique soumis au principe de la libre révocabilité mais qui admet cependant le tempérament de la responsabilité civile délictuelle en cas de retrait intempestif.

1.3 - Réception des principes de bonne foi

120. Les articles 248 et 249 nouveaux de l'AUDCG consacrent des principes tirés de la bonne foi admis en droit positif français. L'article 248 tend à favoriser la conclusion du contrat en cas d'accord partiel. Aux termes de ce texte «le contrat peut être valablement conclu même si les parties renvoient la détermination d'une clause à un accord ultérieur ou à la décision d'un tiers. L'existence du contrat n'est pas compromise par le défaut d'accord des parties sur cette clause ou l'absence de décision du tiers dès lors qu'en raison des circonstances et de l'intention des parties, cette clause est déterminable». L'article 249 adopte le caractère facultatif et le principe de la liberté des pourparlers au cours de la période précontractuelle (*Cf. M. FABRE MAGNAN, Les obligations, collection Thémis, PUF, 2004, n° 82 et s.*). Ce texte admet cependant l'application de la responsabilité civile délictuelle en cas de mauvaise foi dans la conduite ou la rupture des pourparlers.

Une telle attraction du droit commun s'exerce aussi s'agissant des effets et des sanctions applicables en cas d'inexécution de la vente commerciale.

2 - Effets et sanctions applicables

121. L'acte Uniforme introduit quelques aménagements dans les obligations des parties à la vente commerciale, réorganise le transfert de propriété et des risques et adapte certaines des sanctions de droit commun à la vente commerciale.

2.1- Obligations des parties

122. L'aménagement concerne les obligations du vendeur. Il faut seulement signaler quelques clarifications et améliorations rédactionnelles au sujet des obligations de l'acheteur et notamment la prise de livraison.

S'agissant du vendeur, le législateur OHADA adopte le système de la fusion totale de la garantie des vices cachés et de l'obligation de conformité (*Cf. Sur l'extension de l'obligation de délivrance conforme en droit français, A.*

BENANBENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8^e édition. Montchrestien, n° 310). L'obligation de conformité englobe indiscutablement aussi bien la différence de type, de quantité, de qualité, que l'inaptitude fonctionnelle, qu'elle consiste en une impossibilité totale d'usage ou en une diminution de l'utilisation de la chose (Cf. dans le cadre du droit antérieur, C. MBA OWONO, *Non-conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit uniforme africain*, *Revue Juridique périodique*, janv.-avr. 2001). Aux termes de l'article 255 nouveau de l'AUDCG, «le vendeur doit livrer les marchandises en quantité, qualité, spécifications et conditionnement conformes aux stipulations du contrat». On retrouve là les trois aspects de la conformité matérielle : d'abord, la quantité qui doit correspondre à celle qui a été convenue; ensuite la qualité qui doit être correcte en rapport avec la destination normale du produit; enfin la conformité peut s'apprécier au regard de sa spécification ou son conditionnement prévu au contrat. Mais l'article 255, alinéa 2 exige en outre, pour que les marchandises livrées soient vraiment conformes au contrat, qu'elles possèdent certaines aptitudes fonctionnelles attendues par l'acheteur. Ainsi, «dans le silence du contrat, le vendeur doit livrer des marchandises propres aux usages auxquels elles servent habituellement ou dotées des mêmes qualités que les échantillons ou modèles présentés. Il doit aussi les livrer dans des emballages ou conditionnement habituellement utilisé pour ce type de marchandises ou, à défaut de mode habituel, dans des conditions propres à les conserver et protéger».

123. Au surplus, selon l'article 256 nouveau de l'AUDCG, «la conformité de la chose vendue s'apprécie au jour de la prise de livraison, même si le défaut n'apparaît qu'ultérieurement». Ce texte confirme l'extension de l'obligation de conformité aux défauts cachés (Cf., en droit français sur le critère de distinction du vice caché et de la délivrance conforme, A. BENANBENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 311). L'article 258 nouveau de l'AUDCG s'inscrit dans le même sens puisqu'il précise le délai, un mois, dans lequel l'acheteur doit dénoncer au vendeur le défaut de conformité apparent le jour de la prise de livraison, et ce, sous peine de déchéance pour l'acheteur du droit de s'en prévaloir. L'article 259 est encore plus explicite, «L'action de l'acheteur, fondée sur un défaut de conformité caché le jour de la prise de livraison, est prescrite dans le délai d'un an à compter du jour où ce défaut a été constaté ou aurait dû l'être».

Quant à l'obligation de garantie, elle inclut désormais la garantie d'éviction de l'acheteur par le fait personnel au vendeur (Art. 260, al. 2).

2.2 - Transfert de propriété et des risques

124. Le législateur du 15 décembre 2010 clarifie, simplifie et précise le régime applicable au transfert de propriété et des risques. Or, l'AUDCG déroge au

principe du transfert *solo consensu* adopté par le code civil français selon l'interprétation doctrinale dominante des articles 1138 et 1583 dudit code (Cf. *Sur la question en droit français*, P. BLOCH, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente*, RTD civ. 1988, p. 673). L'AUDCG dans sa version initiale avait en effet consacré le transfert de propriété à la prise de livraison en admettant la possibilité de conventions contraires (Cf. dans le cadre du droit antérieur, J. LOHOUES-OBLE, op. cit., p. 12 et 13). Le nouveau texte OHADA conserve cette solution, mais aménage son contenu. Ainsi, aux termes de l'article 275 nouveau de l'AUDCG «la prise de livraison opère transfert à l'acheteur de la propriété des marchandises vendues». Ce texte diffère légèrement de l'article 283 ancien qui commençait par l'expression «sauf convention contraire (...)». De la sorte, la primauté étant accordée à la volonté contractuelle, les parties pouvaient librement fixer la date du transfert de propriété. L'article 275 nouveau paraît donc restreindre le champ de la liberté des parties. D'autant plus que l'article 276 nouveau ne prévoit de dérogation au transfert de propriété à la prise de livraison que par la stipulation dans le contrat de vente d'une clause de réserve de propriété régie par les articles 72 à 78 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

125. En revanche, seuls des changements de pure forme ont été apportés au régime du transfert des risques. Aux termes de l'article 277 nouveau de l'AUDCG, le transfert de propriété entraîne le transfert des risques. Autrement dit, le transfert des risques s'opère à la prise de livraison par l'acheteur des marchandises vendues. La solution se rattache donc à l'exécution de l'obligation de livraison par le vendeur et à celle corrélatrice de prise de livraison par le retraitement de la chose incombant à l'acheteur. Les dispositions aménageant le transfert des risques ont été reconduites pour l'essentiel, dans le nouveau texte OHADA (Cf. A. P. SANTOS, J. Y. TOE., op. cit., n° 709 et s.).

2.3 - Originalité des sanctions applicables

126. Le nouvel Acte uniforme réaménage en profondeur, dans un souci de clarté et de cohérence, l'ancien chapitre 3 dénommé «sanctions de l'inexécution des obligations des parties». Ce chapitre est devenu un titre 5 (du livre 8) intitulé «inexécution et responsabilité», divisé en sept chapitres. Trois séries d'innovations méritent d'être signalées. La première concerne la rupture du contrat de vente commerciale. La résolution anticipée de l'ancien article 246 disparaît. Le législateur OHADA revient à une conception classique de la résolution judiciaire. Selon l'article 281 nouveau de l'AUDCG, «Toute partie à un contrat de vente commerciale est fondée à en demander au juge compétent la rupture pour inexécution totale ou partielle des obligations de l'autre partie». La référence à la notion de manquement essentiel au contrat a été abandonnée (Cf. *Sur le droit*

antérieur, E. NSIE, *La sanction de l'inexécution de la vente commerciale en droit uniforme africain*, *Revue Afrique et politique*, vol. II, n° 1, janv.-juin 2003, p. 3). Les articles 296 et suivants précisent le régime juridique de la résolution en adoptant à la fois des solutions originales et celles de droit commun. Par exemple, aux termes de l'article 296 nouveau de l'AUDCG, «la rupture du contrat libère les parties de leurs obligations mais ne les exonère pas des dommages-intérêts éventuels». Il est précisé à l'alinéa 2 qu'«elle (la rupture) n'a pas d'effet sur les stipulations du contrat relatives au règlement des différends ou aux droits et obligations des parties en cas de rupture». L'article 297 énonce que «la partie qui a exécuté totalement ou partiellement ses obligations peut obtenir la restitution par l'autre partie de ce qu'elle a fourni ou payé en exécution du contrat».

127. Il semble cependant que l'innovation majeure de cette réforme de la rupture du contrat de vente réside dans la consécration de la résolution unilatérale. Ainsi, selon l'article 281, alinéa 2, nouveau de l'AUDCG, «(...)», la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls. La gravité du motif de rupture est appréciée par le juge compétent à la demande de la partie la plus diligente». Cette solution, inspirée du droit anglais et admise par la jurisprudence française, repose sur l'idée qu'il n'est pas nécessaire de saisir un tribunal pour obtenir la résolution du contrat. Il est possible de rompre unilatéralement le contrat et le juge ultérieurement, le cas échéant, sera saisi pour qu'il puisse apprécier le bien fondé de cette résiliation unilatérale. L'appréciation du juge ne se fait plus *a priori*, mais *a posteriori*. Une fois que la résolution est consommée, le juge intervient pour vérifier si les conditions de la rupture unilatérale étaient ou non remplies. Dès lors, si le juge estime que le comportement du cocontractant n'était pas suffisamment grave pour justifier une résiliation unilatérale, l'auteur de la résiliation unilatérale s'expose alors à indemniser son cocontractant (Cf. *Sur l'ensemble de la question*, S. AMRANI-MEKKI, *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, *Répertoire du Défrenois*, 30 mars 2003, n° 6, p. 369). Le recours à la résiliation unilatérale est par ailleurs enfermé dans des limites étroitement définies. Ainsi, quelle que soit la gravité du comportement, la partie qui l'invoque peut être tenue de respecter un préavis avant de notifier à l'autre partie sa décision unilatérale. Faute de préavis suffisant, l'auteur de la rupture engage sa responsabilité même si la juridiction admet le bien-fondé de la rupture. En outre, la partie qui impose ou obtient la rupture du contrat peut obtenir des dommages-intérêts en réparation de la perte subie et du gain manqué qui découlent immédiatement et directement de l'inexécution.

128. La seconde série d'innovations porte sur l'aménagement de l'exception d'inexécution. Le nouvel Acte uniforme y consacre deux articles. L'article 282 aux termes

duquel, «si le vendeur ne paraît pas en mesure d'exécuter dans les délais convenus l'intégralité de son obligation de livraison des marchandises, en raison d'une insuffisance de ses capacités de fabrication ou d'une inadaptation de ses moyens de production, l'acheteur peut obtenir de la juridiction compétente, statuant à bref délai, l'autorisation de différer l'exécution de son obligation de payer. Cette autorisation peut être assortie de l'obligation de consigner tout ou partie du prix.». De même, selon l'article 285 de l'AUDCG, «si l'acheteur ne paraît pas en mesure de payer l'intégralité du prix, en raison de son insolvabilité ou de la cessation de ses paiements ou encore de ses retards dans les échéances convenues, le vendeur peut obtenir de la juridiction compétente, statuant à bref délai, l'autorisation de différer l'exécution de ses obligations de livraison. Cette autorisation peut être assortie de l'obligation de consigner les marchandises à ses frais avancés». Il en résulte que l'exception d'inexécution demeure judiciaire et préventive (Cf. *Sur le droit antérieur*, C. MBA OWONO, *L'exception d'inexécution dans la vente commerciale en droit uniforme OHADA*, *Revue Afrique Juridique et Politique – la Revue du CERDIP*, vol. II, n° 2, juil.-déc. 2006, p. 3). Elle est mise en œuvre par voie d'action et est limitée à des faits précis redéfinis dans les nouveaux textes. Ces derniers précisent en outre la juridiction compétente pour autoriser l'exception d'exécution, à savoir le juge des référés. Dans tous les cas, l'exception d'exécution judiciairement autorisée peut donner lieu à la consignation soit du prix, en partie ou en totalité, soit des marchandises.

129. La dernière série d'innovations tient à l'introduction dans l'Acte uniforme des dispositions relatives au paiement des intérêts, à l'octroi de dommages et intérêts et aux causes d'exonération de responsabilité. Ainsi, aux termes de l'article 294 nouveau de l'AUDCG, «Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure». La notion de force majeure y est définie à l'alinéa 2 de ce texte : «constitue un cas de force majeure tout empêchement indépendant de la volonté et que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans sa survenance ou dans ses conséquences».

130. Il faut enfin signaler la reconduction, pour l'essentiel, des autres sanctions visant à favoriser le maintien du contrat en dépit d'un manquement ou d'une inexécution (Cf. E. NSIE, *op. cit.*, n. 10 et s.) : remplacement des marchandises non conformes (Art. 283, al. 2), refaçon du contrat par réduction du prix (Art. 288), délai supplémentaire (Art. 286) ; à la notable exception de la réparation des défauts constatés (Ancien article 250, alinéa 3).

La modernisation du droit des activités de commerce inclut également l'aménagement du régime juridique du fonds de commerce.

b - Fonds de commerce

131. La réforme du 15 décembre 2010 apporte des innovations sur certains aspects de la législation relative au fonds de commerce issue de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 (*Cf. sur la législation antérieure, H. B. MODIKOKO, op. cit., p. 80 et s.*). La première innovation porte sur la définition et la composition des éléments du fonds. La seconde concerne les modes d'exploitation et la cession du fonds de commerce.

1 - Définition et composition du fonds de commerce

132. Le législateur communautaire africain conserve en allégeant la définition donnée du fonds de commerce par l'ancien article 103 de l'AUDCG. Aux termes de l'article 135 nouveau, «le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle». Au niveau de sa composition, le fonds comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial, sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom commercial (Art. 136). Il en résulte l'abandon de la notion de fonds commercial. La clientèle demeure l'élément fondamental du fonds de commerce auquel s'ajoute tantôt l'enseigne tantôt le nom commercial ou ces deux éléments ensemble.

Le nouveau texte reprend la classification des éléments facultatifs du fonds de commerce consacrée par l'ancien article 105 de l'AUDCG (*Cf. A. P. SANTOS, J. Y. TOE., op. cit., n° 335 et s.*). L'article 137 nouveau réitère en effet que «le fonds de commerce peut comprendre différents éléments mobiliers, corporels et incorporels (...)» et en donne une liste indicative d'exemples annoncée par l'adverbe «notamment». La mention des éléments «nommément désignés» contenus dans l'ancien article 105 a été supprimée. Sans être spectaculaires, ces innovations plus techniques que substantielles, permettent néanmoins de mieux appréhender la notion de fonds de commerce et de s'adapter à la pratique commerciale. D'autres innovations concernent les opérations sur le fonds de commerce.

2 - Modes d'exploitation et cession du fonds de commerce

133. Le nouvel Acte uniforme conserve les deux modes classiques d'exploitation du fonds de commerce, l'exploitation directe et la location-gérance. L'article 138, alinéa 2, nouveau de l'AUDCG se borne à préciser que l'exploitation directe peut être le fait d'un commerçant, même s'il est entrepreneur. La location-gérance fait l'objet d'une définition légèrement aménagée. Il s'agit d'«... une convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location, en qualité de bailleur, à une personne physique ou morale, locataire-gérant, qui l'exploite à

ses risques et périls». Il est précisé que «l'entrepreneur ne peut être partie à un contrat de location-gérance» (Art. 138, alinéa 3). Cela signifie que le statut d'entrepreneur exclut toute opération de location-gérance même si l'entrepreneur a la qualité de commerçant. Le nouveau régime de la location-gérance comporte trois dispositions novatrices par rapport au droit antérieur. Il y a d'abord la précision sur la composition du loyer payé par le locataire-gérant avec obligation de payer le bailleur des murs directement, sauf dispense (Art. 138, al. 4). Il y a ensuite la restriction des conditions relatives au loueur. Ce dernier doit avoir exploité, pendant deux ans au moins, au lieu d'un an comme prévu dans l'ancien article 109, en qualité de commerçant, le fonds mis en gérance. Du reste, auparavant le loueur pouvait avoir exercé les fonctions de gérant, directeur commercial ou technique d'une société pendant deux ans au moins. Il y a enfin la précision concernant les dettes dont le titulaire du fonds est solidairement tenu. L'article 145 nouveau de l'AUDCG qui remplace l'article 113 ancien, dispose en effet que «jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, le propriétaire du fonds est solidairement responsable des dettes du locataire-gérant nées de l'exploitation du fonds donné en location-gérance».

134. Quant à la cession du fonds de commerce, le texte nouveau apporte quelques précisions et clarifications. Il en est ainsi des éléments, objet de la cession. En effet, la cession du fonds de commerce porte nécessairement sur la clientèle, l'enseigne et/ou le nom commercial. En l'absence de cession simultanée de ces éléments, la cession des autres éléments facultatifs visés à l'article 137 nouveau de l'AUDCG reste envisageable mais n'emporte pas cession du fonds de commerce, malgré les stipulations de l'acte constatant la cession. Ces éléments peuvent donc être cédés séparément en même temps que les éléments constitutifs du fonds. L'acte constatant la cession du fonds de commerce doit désormais, en plus des mentions de l'ancien article 118 de l'AUDCG, indiquer les activités du vendeur et de l'acheteur.

135. Par ailleurs, le régime de l'opposition et la procédure de la surenchère ont été précisés et clarifiés. Ainsi, en application de l'article 167 nouveau de l'AUDCG, le vendeur doit désormais fournir un cautionnement ou une garantie équivalente au montant de la créance objet de l'opposition, s'il souhaite obtenir du juge des référés la mainlevée de l'opposition et le versement des fonds entre ses mains. L'objectif est de dissuader les oppositions dilatoires ou abusives. Dans la même optique, l'article 162 nouveau de l'AUDCG favorise le dénouement de l'opposition. Ce texte dispose que «l'opposition qui, dans le mois de sa notification, n'est pas levée amiablement ou ne donne pas lieu à saisine du juge en application de l'article 160 ci-dessus est nulle de plein droit et de nul effet. À la requête de tout intéressé, la juridiction compétente statuant à bref délai constate au besoin cette nullité et ordonne la

mainlevée de l'opposition, sans préjudice de l'action en dommages-intérêts pour opposition abusive».

136. Enfin le législateur OHADA complète la procédure de la surenchère. L'article 164, alinéa 2 nouveau de l'AUDCG précise que «dans les quinze (15) jours francs de la surenchère, le surenchérisseur publie, à ses frais avancés, dans un journal habilité à publier des annonces légales et paraissant dans le lieu où le vendeur est inscrit au Registre du commerce et du crédit mobilier, un avis comportant l'indication du lieu et de la date de la vente en justice ainsi que des modalités de consultation du cahier des charges. Passé ce délai, la surenchère est nulle de plein droit et les frais en sont définitivement supportés par le seul surenchérisseur sans préjudice des dommages-intérêts éventuellement dus pour surenchère abusive».

Conclusion

137. Au terme de cette exploration, forcément limitée, du nouvel Acte uniforme portant sur le droit commercial général, force est de constater l'ampleur des innovations introduites par le législateur OHADA. Le souci de modernisation, de clarification et d'adaptation au contexte international domine la réforme. Le nouveau texte communautaire africain ne bouleverse pas, outre mesure, le droit positif en matière commerciale. Les options fondamentales adoptées en 1997 subsistent pour l'essentiel, mais elles ont été renforcées par la réception de nouveaux concepts ou de solutions juridiques techniquement élaborées. Il en résulte un double enjeu, d'une part, sécuriser, accélérer et dynamiser les transactions économiques et, d'autre part, assouplir et simplifier le régime juridique applicable aux actes ou activités de commerce. Ainsi, au-delà de sa cohérence formelle, la réforme du 15 décembre 2010 transcende les catégories classiques du droit commercial général pour faire émerger un véritable droit des professionnels du commerce. Il faut espérer que cette organisation juridique des principaux partenaires de la vie des affaires suscite l'adhésion de tous et réduise d'autant l'importance du secteur informel dans les États parties. Mais, somme toute, l'efficacité du nouveau dispositif dépendra aussi bien de son attractivité économique que de son applicabilité en vue de son appropriation par les praticiens du droit.

C - Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

Introduction

138. Lors de l'adoption du nouveau droit des affaires, les États membres de l'OHADA poursuivaient un objectif qui se déclinait en 5 points : un droit unique pour tout

l'espace OHADA ; un droit adapté au particularisme des économies africaines ; un droit adapté aux besoins réels des entreprises, en particulier dans les domaines du financement et du management ; un droit qui assure la sécurité des créanciers, des tiers et des investisseurs ; enfin, un droit qui peut favoriser et accompagner l'essor économique des économies des pays parties au Traité et de la région tout entière (*J. Paillusseau, Le droit de l'OHADA. Un droit très important et original, JCP, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 5, année 2004, p. 1*). Il va de soi qu'en application de cette règle des «5D», la matière du droit des sociétés commerciales devait intéresser au premier chef les promoteurs de l'OHADA, compte tenu du fait que ce droit joue un rôle fondamental dans l'organisation des activités économiques.

139. Une analyse critique du droit positif des sociétés commerciales des États membres permettait déjà de relever une caractéristique double : c'est un droit à la fois balkanisé et vétuste.

La vétusté de ce droit est liée au fait que dans la plupart des pays membres (Cameroun, la République Centrafricaine, le Tchad, le Togo, le Bénin, le Burkina Faso), il demeurerait régi par la loi coloniale du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions, rendue applicable en Afrique par le décret du 30 décembre 1868 et les textes modificatifs subséquents jusqu'aux années 1950 (*encore que les lois du 16 novembre 1940, du 4 mars 1943 dans toutes leurs dispositions, relatives à l'administration des sociétés anonymes n'aient pas été étendues outre-mer; loi du 18 mars 1919 relative au registre du commerce; loi du 7 mars 1925 sur les SARL (applicable outre-mer par son article 4)*). L'Acte uniforme opère une profonde transformation du droit antérieur en abrogeant ces textes qui avaient «battu des records» de longévité, dans un domaine comme celui des sociétés commerciales où les textes doivent constamment être adaptés à l'évolution de l'économie (*H.-D. Modi Koko Bebey, La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA, Rev. Soc., 2002, p. 255*).

140. Tout de même, dans quelques autres pays, on pouvait noter des aménagements significatifs apportés à ladite législation depuis les indépendances. C'est le cas de la législation des pays tels que le Congo (ordonnance 62-62 du 16 octobre 1962), la Côte d'Ivoire (loi 83-789 du 2 août 1983), le Gabon (loi 13-69 du 31 décembre 1969, loi 10-73 du 20 décembre 1973, loi 1-74 du 31 mars 1974, loi 12-79 du 28 mars 1979, décret 276 du 28 mars 1976, loi 8-86 du 4 août 1986), le Niger (ordonnance 80-15 du 19 juin 1980). Cette législation a d'ailleurs connu une refonte totale en Guinée (*ordonnance 119 du 1^{er} mai 1985, arrêté 5745 du 13 juin 1985*), au Mali (*loi 86-13 du 21 mars 1986*) et au Sénégal (*loi 85-40 du 29 juillet 1985*) (*P.-G. Pou-goué, Fr. Anoukaba, J. Nguebou, Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA, PUA 1998, p. 3*).

141. L'exigence de sécurité juridique des affaires dans l'espace OHADA devait obliger les promoteurs à moderniser ce droit des sociétés commerciales, et ce, dans la logique d'une harmonisation qui va se révéler être une uniformisation (*P. Meyer, La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA, Obadata D-06-50*). C'est ainsi que l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique est adopté le 17 avril 1997, puis est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998.

C'est un texte qui se veut innovateur et ambitieux. Il fait rentrer dans la modernité le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA. En ce sens, il promeut les échanges régionaux et interrégionaux, il facilite la vie des entreprises et adapte les règles à son environnement socioculturel. Certes, « il n'y a pas de révolution culturelle, mais des adaptations très significatives au monde économique moderne » (*J. Paillusseau, Une révolution juridique en Afrique francophone l'OHADA, Mélanges M. Jeantin, Dalloz 1999, p. 93; M. Kirsch, Historique de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), Penant, 1998, p. 129*).

142. Malgré les grandes avancées dans la modernisation, cet Acte uniforme recèle encore des insuffisances. Celles-ci peuvent être dictées, soit par la faible dimension de l'économie des pays membres, soit surtout, par la prise en considération de cet environnement socioculturel auquel l'Acte uniforme demeure attaché.

I - Traits de la modernité de l'AUSCGIE

143. On peut relever un certain nombre d'atouts : le champ d'application de cet Acte uniforme (a) ; le caractère d'ordre public des dispositions de cet Acte uniforme (b). Par ailleurs, le souci d'adapter ce texte aux réalités du terrain a amené les praticiens qui l'ont conçu à s'inspirer des modèles français et guinéen des sociétés commerciales (c).

a - Champ d'application de l'Acte uniforme

144. Le droit OHADA régit à la fois les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique.

1 - Réglementation du groupement d'intérêt économique (GIE)

145. C'est une innovation dans l'espace OHADA. Inspiré du droit français (*ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967*), le GIE permet aux entreprises de mettre en commun des moyens de production et de développer leurs affaires plus efficacement et à meilleur compte que si elles étaient demeurées iso-

lées, tout en respectant l'indépendance juridique et économique des participants. L'instauration du GIE en France s'explique par des considérations historiques. En 1967, l'économie française allait s'ouvrir au Marché commun. Pour éviter aux entreprises de devoir subir ce choc, le gouvernement obtint par voie d'ordonnance la possibilité de prendre des mesures adaptées pour leur permettre de parvenir à la taille suffisante pour affronter la concurrence internationale. On offrit ainsi aux petites et moyennes entreprises, par le biais du GIE, le moyen de se développer sans perdre leur individualité.

On apprécie à sa juste valeur le choix opéré par les penseurs de l'OHADA. Si l'objectif est d'intégrer les économies des pays membres, il va de soi que le GIE va permettre aux petites et moyennes entreprises de ces pays de pouvoir se regrouper pour satisfaire la demande sur les quatre points du marché ainsi créé, pour ne pas dire, pour affronter la concurrence que leur opposeront les entreprises étrangères.

Par ailleurs, le GIE manifeste « une renaissance de la liberté contractuelle » (*Y. Guyon, Droit des affaires, t. I, Droit commercial général et sociétés, 7^e édition, p. 536 et s.*). En effet, contrairement aux dispositions applicables aux sociétés commerciales, l'Acte uniforme laisse aux intéressés le soin de compléter le statut légal au moyen de stipulations contractuelles adaptées à leurs besoins. Il peut être constitué sans capital social (article 870 AUSCGIE) entre des personnes physiques ou morales, indépendamment de la qualité de commerçant (art. 871 al. 1 AUSCGIE). Les membres du groupement répondent indéfiniment et solidairement du passif, mais le contrat peut exonérer un nouveau membre des dettes contractées avant son entrée dans le groupement (art. 873 al. 1 AUSCGIE). Tout membre du GIE a le droit de se retirer du groupement dans les conditions prévues dans le contrat, sous réserve qu'il ait exécuté ses obligations (art. 876 al. 3 AUSCGIE).

Le GIE offre un cadre approprié de coopération aux entreprises de l'espace OHADA. Elles peuvent, à travers cette structure résoudre des difficultés liées à leur taille réduite qui les empêcherait d'être compétitives dans leurs échanges commerciaux internationaux. L'atout psychologique majeur du GIE par rapport au groupe de sociétés est qu'il permet à ses membres de mettre en commun leurs moyens de production et de développer ainsi leurs affaires, tout en respectant leur indépendance juridique et économique. Le GIE pourrait ainsi servir de cadre transitoire avant une intégration plus poussée dans le cadre d'un groupe de sociétés qui impliquerait une unité de direction (*H.-D. Modi Koko Bebey, La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie, Obadata.com*).

146. Si l'on peut s'attendre à un engouement de la part des petites et moyennes entreprises vers cette structure juridique des affaires, il n'en demeure pas moins qu'au

regard de la définition de la société commerciale telle que prévoit l'art. 4 AUSCGIE (partage du bénéfice ou profiter de l'économie réalisée), la différence entre les deux s'amenuise. En principe, le GIE ne réalise pas de bénéfices; il peut partager le bénéfice qui se dégage de ses activités et il réalise d'économie tout comme la société commerciale.

Mis à part ce risque de confusion, le GIE n'est ni une société, ni une association. C'est un instrument de collaboration entre des entreprises préexistantes, plus simple que la société et plus efficace que l'association. C'est une réelle opportunité offerte aux opérateurs économiques des pays membres de l'espace OHADA. Cependant, son succès dépendra de ce qu'en fera la pratique dans les années à venir.

2 - Sociétés soumises à cet Acte uniforme

147. L'article 1^{er} al. 1 AUSCGIE affirme de manière péremptoire : « toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un État ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des États parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (ci-après désignés « les États parties ») est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme ».

L'approche large de cet article mérite d'être soulignée; elle suscite en même temps la problématique des sociétés d'État à l'épreuve du droit OHADA (*P. G. Pougoué, Les sociétés d'État à l'épreuve du droit OHADA, Juridix périodique, n° 65, janvier-février-mars 2006, p. 99*).

Par « toute société commerciale », on doit entendre toute société qualifiée comme tel, c'est-à-dire, qu'elle soit commerciale par la forme ou par l'objet.

Par rapport au critère de forme, l'article 6 AUSCGIE dispose : « Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes ». Le législateur OHADA détermine ainsi quatre types de sociétés qui restent commerciales quelle que soit la nature de leur objet. On constate qu'il a supprimé la société en commandite par actions, préférant ainsi ne garder qu'une seule forme de société par actions, la société anonyme.

La société est dite commerciale aussi par l'objet qu'elle s'est donné. Elle doit accomplir des actes de commerce et en faire sa profession habituelle. L'acquisition de la commercialité par l'objet ramène à la lecture de l'article 2 de l'AUDSCG qui définit le commerçant en ces termes : « Sont commerçants, ceux qui accomplissent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Le législateur OHADA n'innove pas à ce stade. Il faut cependant se référer à l'article 3 AUDSCG pour l'énumération des actes de commerce (actes de commerce par nature et actes de commerce par accessoire).

En d'autres termes, l'AUSCGIE ne s'applique pas aux sociétés civiles, c'est-à-dire aux sociétés dont l'objet est civil et qui n'ont pas adopté une forme commerciale par détermination de la loi OHADA. On peut rapprocher des sociétés civiles les mutuelles, précisément, parce qu'il s'agit d'une mutualité et non de la commercialité, ainsi que des coopératives, parce qu'il s'agit d'une forme d'entrepreneuriat humaniste fermée sur ses membres. Mais si une mutuelle ou une coopérative adopte une des formes de sociétés commerciales retenues par l'Acte uniforme ou exerce à titre habituel des actes de commerce, elle est commerçante et l'Acte uniforme s'applique. C'est donc dire que seules les mutuelles et les coopératives entièrement civiles restent en dehors du champ d'application de l'Acte uniforme.

148. Au regard de cet article 1^{er}, la présence d'un État ou d'une personne morale de droit public dans le capital d'une société commerciale en tant qu'associé n'affecte en rien la qualité de commerçant de cette dernière. C'est certainement l'hypothèse d'une société mixte dans laquelle l'État est associé avec d'autres. Cependant, rien n'empêche que l'État soit le seul associé. La société sera commerciale et soumise au droit OHADA, dès lors qu'elle prendra la forme sociétaire commerçante de par la loi. Lorsqu'elle n'a pas pris cette forme et qu'elle exerce une activité commerciale au sens des articles 2 et 3 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial, n'acquiert-elle pas le caractère commercial?

La question s'est posée à propos des EPIC (établissements publics à caractère industriel et commercial). Dans les pays où ils subsistent, on a douté de leur soumission à l'AUSCGIE (*F.M. Sawadogo, La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA (À propos de l'arrêt de la CCJA du 7 juillet 2005, affaire Aziablévi Yovo et autres c/Société Togo Télécom), Ohadata D-07-16; CCJA, arrêt n° 043/2005, 7 juillet 2005, Aziablévi Yovo c/Société Togo Télécom, obs. P.-E. Kenfack, in Les grandes décisions de la CCJA, L'Harmattan, 2010, p. 611*). Mais étant donné que ces établissements exercent une activité commerciale, on doit conclure qu'ils sont commerçants conformément à l'article 2 AUSCGIE. Par conséquent, ils relèvent de la législation OHADA, singulièrement de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales (*P.-G. POUGOUÉ, J. Nguebou-Toukam, Fr. Anoukaha, obs. sous article 1^{er} AUSCGIE, in OHADA. Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2002*).

Toutefois, la question de leur soumission au droit OHADA ainsi traitée n'épuise pas le débat sur les conséquences suscitées par la présence de l'État dans le capital desdites sociétés, notamment, celui du degré d'applicabilité du droit OHADA.

On doit admettre que les sociétés d'État relèvent de la catégorie des sociétés soumises à un régime particulier de l'article 916 AUSCGIE. Elles sont soumises à un régime juridique dualiste composé de règles du droit OHADA (qui en application de l'article 10 du

traité OHADA s'imposent au droit interne) et des règles internes spécialement conçues pour tenir compte de la présence de l'État dans le capital social. Il est évident que ces règles ne sauraient contrevenir aux dispositions de l'Acte uniforme qui sont d'ordre public (CCJA, Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, 4^e question, 4^e chambre (4-d); CCJA, Avis n° 02/2000/EP du 26 avril 2000). Le régime particulier de l'article 916 AUDSCGIE n'est pas un régime spécial qui dérogerait au droit commun conformément à l'adage *specialia derogant generalibus*. Le régime particulier ne concerne par conséquent que les points spécifiques tenant à l'origine publique d'une fraction au moins du capital social de la société d'État. Il s'agit d'un indispensable « complètement » des dispositions du droit OHADA et non d'une éventuelle dérogation à celles-ci (P.-G. Pougoué, *Les sociétés d'État à l'épreuve du droit OHADA*, op. cit.).

149. Ainsi, les règles spécifiques du droit national peuvent, par exemple, préciser la participation minimum de l'État au conseil d'administration des sociétés d'État, l'approbation des statuts des sociétés d'État par décret présidentiel, l'assimilation des fonds des sociétés d'État aux deniers publics, etc. Cette analyse amène à dire que les procédures collectives d'apurement du passif s'appliquent aux sociétés d'État qui se livrent à des activités économiques en accomplissant des actes de commerce à titre de profession habituelle ou en empruntant l'une des formes de personne morale de droit privé. De même, les sociétés d'État comme du reste tout établissement public, voire l'État et les autres collectivités publiques territoriales, peuvent compromettre (article 2 al. 2 Acte uniforme sur l'arbitrage; en ce sens, R. Nemedeu, « La recherche du critère d'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public », *Revue africaine des sciences juridiques (RASJ)*, vol. VI, n° 1, 2009; *RRJ (Revue droit prospectif)* 2010-1, p. 428 et s).

b - Caractère d'ordre public des dispositions de l'Acte uniforme

150. Aux termes de l'article 2 AUDSCGIE, « les dispositions du présent Acte uniforme sont d'ordre public, sauf dans les cas où il autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent Acte uniforme, soit à compléter par leurs dispositions celles du présent Acte uniforme ».

En conférant le caractère d'ordre public aux dispositions de cet Acte uniforme, le législateur OHADA entend préserver l'ordre public économique, qui peut être de direction ou de protection. Toutefois, il traduit naturellement aussi le recul du contractualisme dans la société commerciale de l'OHADA au profit de la thèse institutionnelle. Cette approche pourrait surprendre au moment où le contractualisme est de retour dans la société commerciale, à la faveur du gouvernement

d'entreprise, qui est un gage de succès et de développement des affaires. Dans le monde moderne, sous la pression des nécessités économiques, l'accord est assez général pour donner aux associés la liberté d'aménager eux-mêmes, par le contrat, le fonctionnement de leur société, au moins sur le plan interne.

151. La théorie contractualiste est apparue aux États-Unis dans les années soixante-dix dans le sillage de l'analyse économique du droit. Elle est pénétrée tout à la fois de philosophie utilitariste et de la théorie de la justice de John Rawls. Elle préconise la contractualisation des rapports entre les dirigeants et les associés car, il y a risque que les premiers gèrent la firme au détriment des seconds (*Fr. Eastern-book et D. R. Fischel, The economic structure of corporate law, Harvard University Press, 1991, Berle (A.A.) et Means (G.G.) (1932), The modern corporation and private property, New York, Mac Milan; P. Didier, La théorie contractualiste de la société, Rev. Soc., 2004, p. 94*).

Pour autant, il faut se rendre à l'évidence que le droit OHADA épouse la doctrine française, du moins, celle issue de la loi du 24 juillet 1966, qui est restée pendant longtemps attachée à la théorie institutionnelle de la société (*Despax (M.), L'entreprise et le droit, LGDJ, 1957; Paillusseau (J.), La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise, LGDJ 1967*). Les scandales financiers du siècle dernier et même de ce siècle vont être le moteur de la législation française qui en a gardé le souvenir dans son inconscient collectif. Il se pourrait toutefois que l'opinion française soit aujourd'hui plus proche de la théorie contractualiste qu'elle ne l'était il y a seulement quelques années. Les réformes incessantes apportées à la loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, sa dépénalisation réclamée, la multiplication et la légitimation progressive des pactes d'actionnaires, la création en 1994 de la société par actions simplifiée et l'ouverture de celle-ci en 1999, à toutes les entreprises qui ne font pas appel public à l'épargne, tous ces faits sont des signes que la conception institutionnelle de la société ne répondait plus aux besoins du temps et que, dans la législation des sociétés, les dispositions supplétives devaient désormais prendre le pas sur celles impératives (*Daigre (J. J.), Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond? Droit & patrimoine, 1996, p. 21; Vienot (M.) (sous la présidence de), Le conseil d'administration des sociétés anonymes cotées, Paris, CNPF-AFEP, 1995; Vienot (M.), Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise, juillet 1999*).

Cependant, le législateur OHADA admet des exceptions d'origine statutaire (articles 54 alinéa 2, 181, 430, 500, etc.). Celles-ci sont convenues entre les parties, soit pour être substituées aux présentes dispositions de l'Acte uniforme, soit pour les compléter. La lecture globale de l'Acte uniforme permet de relever que le législateur admet aussi des exceptions légales (articles 5, 88, 125, 294, 310, etc.) (*J. Issa Sayeg, Le caractère d'ordre public*

des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), *Obadata D-09-39*). Pour autant, toutes ces subtilités permettent-elles d'affirmer une certaine consécration de l'approche contractuelle par le législateur OHADA?

Ces exceptions statutaires aux dispositions d'ordre public peuvent traduire le fait la société est d'abord un contrat dont les termes sont, en principe, laissés à la liberté des parties ou de l'associé unique, lesquels manifestent leurs volontés dans le pacte social que sont les statuts ou la déclaration unilatérale ou dans les délibérations des assemblées générales et des organes dirigeants. Ceci est une preuve d'ouverture d'esprit du législateur OHADA, mais aussi, on peut y déceler une volonté d'encadrement de la liberté contractuelle des associés.

L'admission des exceptions légales offre aussi au législateur OHADA la possibilité d'adapter des dispositions impératives à des situations particulières. On peut relever, globalement, que par cet encadrement, le législateur OHADA veille sans doute à l'harmonisation du droit OHADA, évitant que la volonté de l'associé unique ou des associés ne vienne troubler l'équilibre recherché par lui.

152. Tout de même, c'est l'occasion de s'interroger sur le choix de l'OHADA qui ignorerait ainsi les bienfaits de la liberté contractuelle dans la société commerciale. L'article 125 AUDSCGIE l'illustre assez bien : « *Sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite* ». Par cette disposition, le législateur OHADA consacre un principe fondamental du droit des sociétés commerciales, le droit de participer aux décisions collectives. Toute exception à ce principe ne peut être que d'origine légale et non statutaire. En d'autres termes, le droit OHADA n'admet aucun aménagement conventionnel sur la participation aux décisions collectives. C'est un droit fondamental de l'associé, certes. Il n'est pas toujours dans l'intérêt de l'associé de participer aux décisions collectives, et la pratique propose des alternatives pas toujours critiquables aux associés, notamment la possibilité de rémunérer leur droit de vote auprès des actionnaires à la recherche d'un quelconque pouvoir dans la société.

Peut-être faudrait-il, dans le droit OHADA de la société anonyme, dans certaines conditions, admettre la validité des pactes d'actionnaires extrastatutaires, comme l'a fait le droit français depuis une époque (*J. Paillusseau, L'Acte uniforme sur le droit des sociétés, P.A. 13 octobre 2004, n° 205, p. 19*).

On ne se tromperait pas dans l'affirmation selon laquelle l'OHADA considère la société commerciale comme le siège des intérêts divergents justifiant la protection d'un intérêt supérieur, l'intérêt de l'entreprise. Le recours à la contractualisation dans la société commerciale de l'OHADA risquerait de mettre à mal la poursuite de l'intérêt de l'entreprise à travers lequel la

protection des autres intérêts catégoriels (l'intérêt des associés, des tiers, etc.) serait assurée.

Enfin, il est important de revenir sur la sanction de la violation des dispositions d'ordre public. La clause sera réputée non écrite. Le législateur a fait le choix de ce mode de sanction en plus de la nullité, la clause contraire est considérée comme n'existant pas tout simplement. Cette sanction revient plus d'une fois dans l'AUSGIE (article 54 alinéa 2 pour les clauses léonines, article 168 pour une clause qui restreindrait l'exercice de l'action sociale, article 915 sur les dispositions transitoires), on dirait qu'elle assure l'efficacité de la législation.

c - Droit adapté

153. La conception et la rédaction des textes de cet Acte uniforme ont été inspirées à la fois par le modèle français et guinéen de législation.

Le modèle français est celui contenu dans la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (aujourd'hui coulée dans l'article 622 du Code de commerce) dans sa rédaction de la première moitié des années quatre-vingt-dix. L'un des avantages qu'on tire de cette adaptation au modèle français est de bénéficier des innovations européennes dans la mesure de l'intégration des directives européennes dans le droit français. Cette adaptation du modèle français aux pays de l'OHADA assure aussi par ailleurs une unité de culture juridique entre ces derniers, la France et l'Europe. Elle permet surtout aux investisseurs et aux financiers européens d'évoluer dans un environnement juridique familier.

Le second modèle d'inspiration est le modèle guinéen. La République de Guinée (Conakry) a promulgué par la loi n° 92-043, du 8 décembre 1992, un Code des activités économiques. De nombreuses innovations ont été intégrées souvent simplement recopiées dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés et du groupement d'intérêt économique dont quelques-unes méritent d'être relevées : la société anonyme unipersonnelle et un modèle de gouvernement de cette dernière.

1 - Société anonyme individuelle

154. La société anonyme individuelle existe en droit OHADA. C'est une idée impensable en droit français (même si l'on peut tempérer cette crainte par le fait que la société par actions simplifiées peut être unipersonnelle depuis la loi du 12 juillet 1999); l'idée de vouloir diminuer le nombre d'actionnaires requis pour sa formation (en deçà de sept) y était déjà source d'inquiétude, en ce sens qu'on diminuerait la garantie des créanciers. Or la pratique nous enseignait tous les jours que ce chiffre devenait artificiel et poussait à la naissance des actionnaires fictifs. L'article 385 AUDSCGIE l'institue en ces termes : « *La société anonyme peut ne comprendre*

qu'un seul actionnaire». C'est un recopiage textuel des termes de l'article 213 du Code des activités de la Guinée Conakry.

Les conséquences de cette forme juridique sont assez innovantes : la société anonyme individuelle ne saurait avoir un conseil d'administration (à moins que l'on admette que les administrateurs puissent ne pas être actionnaires). Il faut donc prévoir une organisation différente du pouvoir. L'unipersonnalité de la société conduit nécessairement à la conception d'une organisation du pouvoir adaptée (organe de direction et de représentation de la société, modalités de prise des décisions qui relèvent normalement des assemblées générales). De même, la procédure d'autorisation et d'approbation des conventions conclues entre la société et ses dirigeants ne peut être la même que lorsqu'il y a un conseil d'administration ; les cautions, avals, garanties et garanties à première demande donnés par le représentant légal de la société ne peuvent non plus être autorisés par un conseil d'administration qui n'existe pas.

L'unipersonnalité est d'ailleurs généralisée en droit OHADA. On n'y conçoit plus que la société soit réservée uniquement au groupement de personnes. Ce droit offre ainsi à une personne qui veut exercer une activité économique une structure juridique adaptée. Or la société anonyme est la structure juridique la mieux adaptée à l'entreprise (*J. Paillusseau, L'Acte uniforme sur le droit des sociétés, P.A. 13 octobre 2004, n° 205, p. 20*). En d'autres termes, l'unipersonnalité emporte une simplification du fonctionnement de la société, et ce dans la perspective d'une bonne gestion.

2 - Organisation du pouvoir au sein de la société anonyme

155. Neuf ans avant le droit français, l'OHADA admet que les entreprises ont la possibilité de choisir entre trois modes d'organisation du pouvoir, au moins dans une certaine mesure. Le premier grand choix est celui d'une organisation comportant, soit un conseil d'administration, soit un administrateur général (art. 414 AUSCGIE). Toutefois, elles ne peuvent choisir le mode d'administration avec administrateur général que si le nombre d'actionnaires n'est pas supérieur à trois (art. 494 AUSCGIE). C'est une transcription des dispositions du code guinéen des activités économiques (art. 247). Mais avec, cependant, une différence : dans le droit guinéen, l'exercice du pouvoir par un administrateur général est indépendant du nombre d'associés. Peu importe leur nombre, la société peut toujours conserver, ou choisir en cours de vie sociale, une organisation du pouvoir comportant un administrateur général.

La solution OHADA présente l'inconvénient de devoir désigner un conseil d'administration dès lors que la société a au moins quatre actionnaires. Or, l'expérience enseigne que dans de très nombreuses petites et moyennes entreprises, les conseils d'administration ne sont le plus souvent constitués que pour satisfaire

les dispositions légales et qu'ils ne comprennent que les administrateurs «hommes ou femmes de paille» qui n'exercent aucune fonction. Il eût certainement été préférable que l'on ne limitât pas le nombre d'actionnaires pour maintenir la forme d'organisation du pouvoir avec administrateur général.

Enfin, l'art. 494 AUDSCGIE précité dispose : « *Les sociétés anonymes comprenant un nombre d'actionnaires égal ou inférieur à trois ont la faculté de ne pas constituer un conseil d'administration (...)* ». Puisqu'il s'agit d'une «faculté», on doit en déduire qu'elles peuvent néanmoins le faire si elles l'estiment utile. Toutefois, comme le conseil d'administration ne peut comprendre des membres qui ne sont pas actionnaires de la société que dans la limite du tiers des membres du conseil (art. 417 AUDSCGIE), il faut que la société ait au moins deux actionnaires et qu'ils soient administrateurs de la société pour qu'un conseil puisse être constitué.

Si les actionnaires choisissent de constituer leur société avec un conseil d'administration, ils ont ensuite la possibilité de choisir pour sa direction soit un président-directeur général, soit un président du conseil d'administration et un directeur-général (art. 415 AUDSCGIE). C'est encore une transcription du code guinéen des investissements (art. 247).

156. Le choix de l'organisation du pouvoir est fait dans les statuts et non au conseil d'administration comme en droit français. Mais la société peut, en cours de vie sociale, changer à tout moment son mode d'administration et de direction. La décision est prise par l'assemblée générale extraordinaire qui modifie les statuts en conséquence (art. 414). On observe que la France a attendu la loi NRE du 15 mai 2001 pour proposer aux entreprises ces innovations en matière d'organisation du pouvoir dans la société anonyme (*R. Nemedeu, Le contrôle des dirigeants de la société anonyme, Thèse, Université Robert Schuman Strasbourg III, 2000*).

L'administrateur général est choisi parmi les actionnaires ou en dehors d'eux (art. 495 AU). Il assume sous sa responsabilité l'administration et la direction générale de la société. Il la représente dans ses rapports avec les tiers. Il convoque et préside les assemblées d'actionnaires. Il dispose des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société et les exerce dans la limite de l'objet social et sous ceux expressément attribués aux assemblées d'actionnaires (art. 498 AU). Ces attributions de fonction sont identiques à celles des articles 257, 258 et 259 du code guinéen des activités économiques.

Le conseil d'administration de l'OHADA «*précise les objectifs de la société et l'orientation qui doit être donnée à son administration*», « *il exerce un contrôle permanent de la gestion* » (article 435 AU). «*Il arrête les états financiers de synthèse et le rapport de gestion sur l'activité de la société, qui sont soumis à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire* » (art. 452 AU). La réforme du droit français s'est inscrite dans cette logique,

puisqu'il est depuis la loi de 2001, les fonctions du conseil d'administration sont de déterminer les orientations des activités de la société et de veiller à leur mise en œuvre. Nous l'avons appelé de tous nos vœux. Cependant, il y a lieu de constater que le législateur français n'est pas allé au bout de la réforme (*R. Nemedeu, Le contrôle des dirigeants de la société anonyme, Thèse préc. p. 510*).

157. On peut tirer de cette analyse que les pouvoirs et responsabilités du conseil d'administration sont, de plus en plus, fonction de la raison même de l'existence de la société, qui est de conduire une entreprise ou une activité économique. Les notions d'entreprise et d'activité économique expriment en fait la même réalité puisque la première caractéristique de l'entreprise est l'exercice d'une activité économique; d'ailleurs, c'est souvent la constatation de l'existence d'une activité économique qui permet d'affirmer celle de l'entreprise (*J. Paillusseau, Le droit des activités économiques à l'aube du xxie siècle, D. 2003, Cab. dr. aff., n° 4 du 23 janvier 2003 et n° 5 du 30 janvier 2003*).

Lorsque la société comprend un directeur général et un président du conseil d'administration, ils sont tous les deux des personnes physiques (articles 485 et 477 AUDSCGIE). Mais alors que le président est choisi parmi les administrateurs (art. 477), le directeur général peut n'être ni administrateur, ni actionnaire (art. 485). Leurs fonctions sont très différentes. Celles du directeur général sont d'assurer la direction générale de la société et de la représenter dans ses rapports avec les tiers (art. 487 AU). À cette fin, il est investi des pouvoirs les plus étendus qu'il exerce dans la limite de l'objet social (art. 487 AU). Celles du président sont de présider les réunions du conseil d'administration et les assemblées générales et de veiller à ce que le conseil d'administration assume le contrôle de la gestion de la société confiée au directeur général. Pour accomplir ses fonctions, il opère, à toute époque de l'année, les vérifications qu'il juge opportunes et peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles à l'accomplissement de sa mission (art. 480 AU).

158. Cette dissociation particulière des pouvoirs entre le directeur général et le président du conseil d'administration est certes inspirée du code guinéen des activités économiques. C'est une innovation qui s'inscrit dans le contexte de la *corporate governance* (gouvernement d'entreprise). Elle est tirée de l'analyse économique du droit et a pour toile de fond une approche microéconomique de la firme d'inspiration libérale développée par l'école de Chicago. Et même, l'histoire de la loi du 24 juillet 1966 en France prédisposait déjà le droit français à cette réforme car l'esprit du décret-loi de 1940 instituant le *furberprincipl* tranchait avec l'esprit de la réforme de 1899. Cette concentration des pouvoirs en droit des sociétés anonymes français entre les mains du P-DG était très critiquée. Malgré les différentes réformes intervenues, ce type de direction

subsiste, que ce soit en France ou en OHADA, ce qui fait douter de la volonté réelle des différents législateurs à vouloir moderniser cette forme de société anonyme. On peut tout de même comprendre la prudence qui obéit à l'intégration des différentes innovations en droit OHADA. Le contexte de l'économie des pays membres ne se prêtait pas encore à tous les débats de la *corporate governance* (*R. Nemedeu, Le contrôle des dirigeants de la société anonyme, Thèse préc.*) et surtout que l'objectif premier poursuivi était de favoriser les investissements étrangers dans la zone OHADA.

Tout cela amène à relever les insuffisances de cet Acte uniforme de l'OHADA.

II - Insuffisances de l'AUDSCGIE

159. Le droit OHADA s'est voulu novateur, moderne et pratique. Cependant, on doit relever que certaines questions actuelles du droit moderne des sociétés commerciales ont été éludées par le législateur OHADA. Il en est ainsi par exemple :

- des débats sur l'équilibre et le pouvoir dans la société anonyme cotée en bourse ou à capital diffus, plus globalement, le débat sur le gouvernement d'entreprise;
- de la tendance à l'envahissement du droit des sociétés par le droit contractuel;
- du rôle des salariés dans l'entreprise (participation à la gestion, l'intéressement aux résultats);
- de l'insuffisance des dispositions de l'Acte uniforme consacrées aux valeurs mobilières.

S'agirait-il d'un oubli de la part du législateur OHADA? On peut soutenir l'idée selon laquelle la prise en considération du niveau de développement de l'économie des États de l'OHADA justifiait une modernisation à pas mesurés du tissu juridique (*H.-Désiré Modi Koko Bebey, La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA, Rev. soc., 2002, p. 255*).

Retenons cependant deux aspects de ces insuffisances : le gouvernement d'entreprise et la place des salariés dans la société commerciale.

a - Gouvernement d'entreprise

160. La *corporate governance* ou gouvernement d'entreprise se définit comme le système par lequel les entreprises sont dirigées et contrôlées. Ce courant de pensée né aux États-Unis dans les années 1980, s'est vite répandu dans les pays capitalistes (Angleterre, France, Allemagne, Japon, Italie). Cette contagion rapide, à l'image d'une épidémie, montre que le problème qui est ainsi soulevé n'est pas propre à un pays, mais à une forme d'économie : le système capitaliste dont le vecteur est la société anonyme.

Au premier abord, la *corporate governance* se fonde

explicitement sur les dysfonctionnements du gouvernement d'entreprise en droit positif. Les dirigeants ont pris beaucoup de latitude par rapport aux actionnaires, au point qu'ils sont devenus les seuls maîtres de l'entreprise (J.K. Galbraith, (1967), *The New Industrial State*, 2^e éd. 1978, Penguin Books). Le contrôle du conseil d'administration, jadis élaboré, révèle ses limites et les différents scandales qui ont éclaboussé les dirigeants américains dans les années 1970 sont une illustration parfaite de ce phénomène.

On constatera tout au long de ces développements, que le même climat des « affaires » n'aura pas épargné les pays européens dans la décennie 1990 tels que l'Angleterre (affaire Maxwell, BCCI, Blue Arrow), l'Allemagne (la chute de la société Metallgesellschaft et de la société Schneider) et la France (le scandale du Crédit Lyonnais, l'affaire Alcatel-Alsthom), pour ne citer que ces quelques exemples.

Au second abord, le développement des marchés financiers, c'est-à-dire son internationalisation, bouscule les habitudes dans l'entreprise. Ces marchés financiers offrent des possibilités de liquidité assez considérables aux dirigeants des entreprises. Le recours à cette forme de financement, bien qu'elle soit une source d'obligations ou de devoirs pour les dirigeants, les soumet aux desiderata des investisseurs bien rodés aux exigences de la corporate governance. Ils ne sont plus contrôlés par les actionnaires déjà présents dans l'entreprise, mais par les investisseurs qu'ils cherchent à séduire.

Les États-Unis ont été les premiers à réfléchir sur la question au point de proposer des solutions. On doit revenir à la conception originelle du système capitaliste, en replaçant l'actionnaire au centre de la société anonyme. L'objectif à atteindre et qui doit être la préoccupation constante du dirigeant serait de créer la *shareholder's value*, c'est-à-dire satisfaire l'intérêt des actionnaires.

Pour atteindre cet objectif, les actionnaires aménagent les voies et les moyens adéquats. Le dirigeant ne doit plus être le seul maître à bord du bateau, il doit être assisté dans sa tâche de telle sorte que l'erreur de gestion ait une probabilité infiniment réduite. Les différents comités ad hoc (nomination, rémunération et d'audit), l'administrateur indépendant, sont autant d'organes devant rassurer le dirigeant qu'il a pris le bon cap.

En bref, ce courant de pensée sonne le glas de l'ère du management.

161. Le droit OHADA a-t-il admis cette conception de gouvernement d'entreprise au détriment du modèle français de 1966? Ce serait hâtif de répondre à cette question. Toujours est-il que, la mondialisation de l'économie, l'interconnexion des marchés financiers, sont des réalités qui obligent aujourd'hui les systèmes économiques à des mutations.

Si tous ces arguments reviennent explicitement dans la majorité de la littérature sur la *corporate governance*, un autre facteur moins apparent mais pourtant très

déterminant, émerge : l'influence de la théorie micro-économique moderne.

D'inspiration néolibérale, cette doctrine représentée par l'école de Chicago, prône un certain retour au libre jeu de la concurrence et dont la conséquence directe est le retrait de l'ordre public du domaine des échanges économiques.

Elle a toujours démontré que dans les firmes managériales à actionnariat diffus, la séparation ainsi opérée entre le capital et la direction se faisait au profit de cette dernière. Elle bénéficie de l'asymétrie d'information et de l'aléa moral pour pouvoir gérer l'entreprise à son profit personnel au détriment des actionnaires. Cet état de fait est encouragé par les différentes législations qui ont fait de la société anonyme une personne morale dont le dirigeant est un des organes avec des pouvoirs légaux.

Selon la théorie microéconomique moderne, ces constructions juridiques ne sont que de simples fictions qui masquent la relation contractuelle qui est à la base de la société, et qui relie le dirigeant aux actionnaires entre autres, en l'occurrence le contrat de mandat. Conformément à ce contrat, le dirigeant doit aligner son intérêt sur celui de ses mandants, les actionnaires. À défaut, ces derniers feront valoir les deux leviers d'action qui leur confèrent les pouvoirs suprêmes : le droit de révoquer le dirigeant et de déterminer sa rémunération.

Au-delà de tous les développements consacrés au sujet, il ressort que le dirigeant et les actionnaires sont liés par une relation d'agence car, l'entreprise est un « nœud de contrats ». On parle de contractualisation des rapports. En conséquence, l'objectif des dirigeants est de créer la « valeur actionnariale » ou *shareholder's value*, qui se traduit par la hausse du cours boursier de l'action. On qualifie cet état de fait de patrimonialisation de l'entreprise. L'émergence du marché boursier confirme cette façon de concevoir l'entreprise.

Aucune étude n'a été faite, à notre connaissance, sur réalité du fonctionnement des sociétés anonymes dans l'espace OHADA, laquelle aurait permis d'apprécier l'œuvre du législateur OHADA dans la concrétisation des recommandations. En France, par exemple, le débat sur la *corporate governance* a été sous-tendu par les travaux qui ont révélé l'inefficacité du conseil d'administration (Charreaux (G.), Pitol-Belin (J.P.), *Le conseil d'administration*, Vuibert, 1990), le caractère illusoire des assemblées générales et d'une certaine manière, l'impuissance des actionnaires à pouvoir contrôler les dirigeants (BLOCH-LAINE (F.), *Pour une réforme de l'entreprise*, Seuil, 1963; BOQUET (D.), *L'expertise de minorité*, Thèse dactyl. Paris, 1982).

162. En bref, comme aux États-Unis, ces analyses avaient abouti à une conclusion finale : le pouvoir dans la société anonyme était détenu par les dirigeants au détriment du capital (SMITH (A.) (1776), *The Wealth of Nations*, Glasgow; BERLE (A.A.) et MEANS (G.G.) (1932), *The modern corporation and private property*, New York,

Mac Milan; ALI (American Law Institute). *Principles of Corporate Governance. T. I et t. II*, American Law Publishers, 1994; GALBRAITH (J.K.), 1967, *The New Industrial State*, 2^e éd. 1978, Penguin Books). Et tous les efforts législatifs fournis jusqu'alors dans le but de contrôler ce pouvoir étaient voués à l'échec, pour une raison simple : l'approche formaliste du législateur n'intégrait pas la vision microéconomique de la firme.

On peut comprendre que cette recherche préalable n'ayant pas été effectuée dans les différents États de l'OHADA, la préoccupation des promoteurs de l'OHADA ne devait se réduire qu'à harmoniser le droit relatif aux sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Peut-être n'était-il pas opportun de s'attaquer aux questions posées par le gouvernement d'entreprise! Ceci est conforté par la forte institutionnalisation de la société anonyme OHADA qui se décline en une absence de la contractualisation et la consécration de la théorie de l'entreprise chère à l'école de Rennes (DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957 (Bibliothèque de droit privé); CHAMPAUD (CL.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962 (Bibliothèque de droit commercial); PAILLUSEAU (J.), *La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*, LGDJ 1967 (Bibliothèque de droit commercial)).

On doit espérer qu'avec l'institution de la société anonyme faisant appel public à l'épargne, que l'hypothèse de base d'analyse du gouvernement d'entreprise soit ainsi formulée. Et même, il y a de fort doute que ce soit le cas, compte tenu du faible pourcentage des sociétés anonymes ouvertes au public et aussi du fait de la naissance récente des marchés financiers dans l'espace OHADA. Pourtant, les principes du gouvernement d'entreprise ont pour finalité de restaurer le pouvoir du capital au détriment du management. Et cela passe par la forte contractualisation des rapports entre les actionnaires et le management, une amélioration de l'efficacité du conseil d'administration par le recours aux comités spécialisés, un recentrage de ses pouvoirs qui est déjà le cas en OHADA, une dissociation du droit de vote de l'action. Espérons que cela se fera progressivement au gré des besoins de la pratique.

b - Place des salariés dans la société commerciale OHADA

163. Cette préoccupation interpelle deux notions : la cogestion et la défense des intérêts catégoriels dans la société commerciale. Cette préoccupation se fait plus pressante dès lors qu'on prête au législateur OHADA le fait d'avoir épousé l'approche institutionnelle de la société qui promeut la défense d'un intérêt supérieur de l'entreprise, contrairement à l'approche contractuelle qui défie plutôt la primauté des intérêts des actionnaires.

La place du salarié dans l'entreprise fait l'objet d'une attention particulière, d'abord dans les législations des pays européens, et de plus en plus, au niveau européen.

En tant qu'acteur principal de l'entreprise, on a dans un premier temps voulu ne plus le cantonner uniquement dans son statut de salarié, mais l'associer à la gestion. C'est le fondement de la théorie de la cogestion développée en droit allemand, lequel est innervé par la théorie de l'actionnaire passif (R. Nemedeu, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, Thèse préc. p. 130). Elle a abouti à l'intégration des salariés au conseil de surveillance tout en conservant d'une certaine manière leur statut de salarié. Dans la société anonyme avec conseil d'administration, la loi française (art. L.225-25 C.com.) admet aussi que le conseil soit composé dans la limite du tiers des membres qui ne sont pas actionnaires.

164. Le droit OHADA reprend ce principe dans son art. 417 al. 1 AU. Par ce canal, on espère assister à l'introduction des salariés au conseil d'administration. Il faut rappeler qu'en droit allemand, la structure de direction de la société anonyme est composée du *Vorstand* (directoire) et de l'*Aufsichtsrat* (conseil de surveillance). Le *Vorstand* a les pouvoirs de direction et de représentation et dispose d'une assez large indépendance dans la mesure où ses membres ne peuvent être révoqués que pour motifs graves, sous contrôle judiciaire. L'*Aufsichtsrat* est chargé essentiellement de contrôler la gestion de la direction. Exceptionnellement, il intervient pour autoriser certains actes particulièrement graves.

La transposition de la société anonyme avec directoire et conseil de surveillance en droit français, à la faveur de la réforme de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, s'est faite sur fond de résistance. L'insuccès de cette forme de gestion en France et même en Allemagne a plutôt suscité une autre approche de l'évolution du statut de salarié, cette fois en deux temps : il est appâté par le statut d'actionnaire (actionnariat salarial) (art. L.225-177 C.com. et s.); il est de plus en plus intéressé à la bonne marche de la société, voire est aussi consulté lors de la prise des décisions importantes. Tout ceci traduit une approche institutionnelle de la société commerciale.

On peut d'ailleurs se demander si l'approche contractuelle condamne la prise en considération des salariés de la société commerciale. L'argument de fond des adversaires du gouvernement d'entreprise est basé sur l'idée que la poursuite de la création de la valeur actionnariale se fait au détriment des salariés. Pourtant, une lecture plus attentive et neutre de la théorie microéconomique de la firme considère que l'entreprise est un nœud de contrats : contrat entre les associés et les dirigeants, contrat avec les salariés, contrat avec les autres créanciers. Les tenants de la théorie contractuelle préconisent seulement de privilégier la relation actionnaire-dirigeant, parce que les autres intérêts catégoriels dans la société commerciale sont protégés par d'autres moyens que le mécanisme sociétaire, notamment, le droit social, le droit des sûretés. On voit donc que l'approche économique du droit privilégie les actionnaires sans vouloir délaisser les salariés.

Si l'on considère que le salarié est une composante très importante de l'entreprise, il y a eu lieu de constater que le droit OHADA des sociétés commerciales et du GIE n'en fait pas allusion. Il ne peut ni solliciter l'expertise de gestion, ni demander la révocation du commissaire aux comptes, ni révéler un fait de nature à compromettre l'avenir de la société, comme en droit français. S'agirait-il d'un manque de volonté ou d'un oubli de la part du législateur OHADA?

165. Les raisons peuvent relever de la technique juridique. Il ne revenait pas à l'OHADA, du moins dans le cadre de cet Acte uniforme, à modifier la relation sociale qui lie le salarié à son employeur et qui relève du droit du travail, lequel emporte un fort relent d'ordre public social propre à chaque pays. Par ailleurs, le projet d'harmonisation du droit du travail étant en cours d'élaboration, ce serait peut-être l'occasion donnée pour envisager une appréciation de l'opportunité de la question dans l'espace OHADA compte tenu de l'objectif poursuivi par les promoteurs de l'OHADA.

Toujours est-il que, toucher au statut des salariés dans la société commerciale demeure une question de choix du modèle de société. Les vues sur cette question pourraient différer d'un pays membre de l'OHADA à un autre, un bon consensus nécessitant un large débat comme tel a été le cas en Europe.

Pourrait-on aussi lire à travers cette absence de législation la volonté de l'OHADA de vouloir préserver les intérêts des investisseurs qui risqueraient d'être fragilisés par une montée en puissance des intérêts des salariés, en d'autres termes, serait-ce une affirmation du fort attachement à l'approche contractuelle de la société? Il y a lieu tout de même d'en douter.

D - Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif

Introduction

166. Le droit uniforme OHADA des procédures collectives s'intègre parfaitement dans la logique d'harmonisation mieux d'uniformisation du droit des affaires envisagée dans le cadre de l'OHADA et cadre avec la sécurisation juridique et judiciaire recherchée. En effet, la mise en place d'un « droit unique moderne » dans les différents domaines du droit commercial, du droit des sociétés et du droit des sûretés ne saurait suffire à dynamiser les économies et propulser le développement si la défaillance éventuelle des opérateurs économiques n'est pas traitée dans le cadre d'un système approprié permettant à ceux qui leur ont fait confiance de rentrer dans leur droit ou tout au moins de recevoir un traitement égalitaire. Le crédit qui est l'âme du commerce ne peut être préservé qu'à ce prix de même que le climat de confiance entre partenaires nationaux et internationaux 7.

167. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (*ci-après AUPCAP*) a été adopté le 10 avril 1998 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1999. Il comprend 258 articles répartis en 7 titres consacrés entre autres au règlement préventif, au redressement judiciaire et à la liquidation des biens, à la faillite personnelle, aux infractions, aux procédures collectives internationales et aux voies de recours.

168. Il convient de présenter l'état du droit antérieur à l'avènement de l'AUPCAP, avant de préciser le contenu de l'Acte uniforme, son champ d'application ainsi que l'application dans le temps de cet Acte uniforme.

I - Évolution antérieure à l'AUPCAP

169. Le droit des procédures collectives fait partie des matières qui ont très peu évolué dans les pays de l'OHADA avant l'avènement de l'AUPCAP. Beaucoup d'États africains, membres de l'OHADA, sont restés figés dans les dispositions du code de commerce tel que modifié par la loi de 1889 et le décret de 1935 et qui leur avait été étendu à l'époque coloniale. Ces dispositions prévoyaient essentiellement comme mesures applicables, la faillite et la liquidation judiciaire pour le débiteur malheureux mais de bonne foi. Avec l'évolution du temps, l'inadaptation de ces dispositions ne faisait plus de doute. La connotation négative et « déshonorante » des procédures instituées et de la notion même de faillite était relevée par certains auteurs (*SAWADOGO F. M., L'application judiciaire du droit des procédures collectives, p. 191; FRISON ROCHE M. A., Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites, D. 1994, chr. 17*). C'est pourquoi, même si ces États dans leur majorité n'ont pas connu une croissance rapide comme celle des pays du Nord, il devenait nécessaire de repenser le droit de la faillite pour l'adapter à leurs économies et à leurs réalités sociales (*NYAMA, J. M., Stratégie et perspectives du droit de la faillite au Cameroun, thèse, Paris II, 1980; ABARCHID., Pour une adaptation du droit nigérien des procédures collectives à l'évolution socio-économique, thèse, Université d'Orléans, 1990*). Par exemple, l'aspect répressif de la législation n'était plus d'une utilité certaine. Pendant que cette législation était simplement décriée dans certains pays, dans d'autres, on essayait de la rénover. Plusieurs États membres de l'OHADA se sont ainsi inspirés des modifications législatives intervenues en France pour mettre sur pied une législation propre et plus ou moins adaptée aux réalités socio-économiques. Ce fut le cas du Sénégal, du Mali, du Gabon, de la République Centrafricaine et du Burkina Faso (*Sur cette évolution et ces réformes, lire également : SAWADOGO, F.M., Commentaire de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, juriscope, 3^e éd., 2008, p. 873 et sv.*).

L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif arrivait donc opportunément pour assurer enfin la cohérence entre les législations des différents pays de l'OHADA relativement à cette matière.

170. Cette situation dans les pays membres de l'OHADA contraste avec l'évolution en France où on a connu une véritable mutation du droit de la faillite qui est d'abord devenu le droit des entreprises en difficultés (PAILLUSEAU J., *Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficultés, Études offertes à R. HOUIN, Paris, 1985, p. 109.*), avant d'évoluer ensuite vers la sauvegarde des entreprises. Cette évolution s'est traduite à travers diverses dispositions législatives à savoir : le décret du 20 mai 1955 qui distinguait entre le règlement judiciaire et la faillite, la loi du 13 juillet 1967 qui a, pour la première fois, opéré la distinction entre le sort de l'homme et celui de l'entreprise, l'ordonnance du 23 septembre 1967, la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises qui parachève la distinction de l'homme et de l'entreprise, la loi du 10 juin 1994 qui est venue atténuer les rigueurs réelles ou supposées de la loi de 1985 et enfin la loi de sauvegarde de 26 juillet 2005 (Sur l'évolution du droit français, lire par exemple : PEROCHON, F. et BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, LGDJ, collection Manuels, 7^e éd., 2006*; PETEL, P., *Procédures collectives, Dalloz, collection Cours, 5^e éd., 2006*).

II - Contenu de l'AUPCAP

171. En matière de traitement des difficultés des entreprises, l'observation du droit comparé montre que plusieurs solutions sont envisageables (*sur le droit comparé, lire par exemple : VALLENS, J.L., La réforme des procédures collectives : du bon usage du droit comparé, Petites affiches, 18 septembre 1998, n° 112, p. 14 et sv.*; VALLENS, J.L., *L'universalité de la faillite : le droit allemand de l'insolvabilité reconnaît les procédures de redressement judiciaire, Petites affiches, 17 mars 1999, n° 54, p. 7 et sv.*). Certaines législations mettent l'accent sur le caractère répressif de la procédure, l'objectif étant alors de sanctionner le débiteur qui ne tient pas ses engagements, c'est le cas de l'Italie; d'autres mettent en avant l'intérêt des créanciers, c'est le cas des législations germaniques et anglo-saxonnes; d'autres enfin donnent la priorité à la protection du crédit, le droit des procédures collectives a alors pour finalité la protection de l'économie, c'est l'option qu'a prise le législateur français depuis la loi du 25 janvier 1985 et qui a été maintenue dans la loi de 1994 et dans la loi de sauvegarde de 2005.

172. L'on peut dire que pour sa part, le législateur OHADA s'est largement inspiré de l'option prise par le législateur français même s'il n'a pas adopté complète-

ment les dispositions actuelles. C'est ainsi qu'il conserve des notions essentielles de l'ancienne législation dont certaines acquièrent une place plus importante encore. Il en est ainsi de la notion de syndic ou de celle de cessation des paiements.

Il convient, s'agissant du contenu de l'Acte uniforme, de présenter brièvement les différentes procédures organisées, les procédures collectives internationales, le régime des sanctions et de présenter quelques innovations contenues dans l'Acte uniforme.

a - Différentes procédures organisées

173. Le législateur communautaire a mis en place deux séries de procédures essentiellement judiciaires qui interviennent chacune à un moment déterminé en fonction des difficultés du débiteur :

- La première série comprend en réalité une seule procédure : il s'agit du règlement préventif qui est défini comme «une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif». Elle est applicable lorsque l'entreprise connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise. Cette procédure emprunte sur de nombreux points à la procédure de suspension des poursuites individuelles qui avait été instituée par l'ordonnance française du 23 septembre 1967 aujourd'hui abrogée.

Comme son nom l'indique, il s'agit d'une mesure préventive qui permet au débiteur qui est dispensé du paiement de la plupart de ses dettes de préparer un plan de redressement de l'entreprise (*Sur cette procédure, lire par ex. : ROUSSEL-GALLEP., OHADA et difficultés des entreprises, Étude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif, Revue de jurisprudence commerciale, février-mars 2001, p. 9 à 19, p. 62 à 69; MOHO FOPA E. A., Réflexions critiques sur le système de prévention des entreprises en difficultés de l'OHADA, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2005*).

- La deuxième série est composée de deux procédures distinctes : le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Le redressement judiciaire est «une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement». La liquidation des biens est «une procédure qui a pour objet la réalisation des biens du débiteur pour apurer son passif». Elle correspond à l'ancienne «faillite» connue dans le code de commerce. Ces procédures sont applicables au débiteur qui a cessé ses paiements c'est-à-dire qui ne peut plus faire face avec l'actif disponible au passif exigible. Pour que le redressement judiciaire soit prononcé, il faut que l'entreprise soit susceptible d'être sauvée. Il ne s'agit plus, comme dans la liquidation judiciaire

instituée par la loi de 1889, d'une procédure ouverte contre le débiteur malheureux et de bonne foi mais il faut tenir compte, pour l'ouverture de la procédure, de la situation économique et financière de l'entreprise (*Sur ces procédures, lire par ex. : ANOUKAHA F., L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les États africains membres de l'OHADA, Afrique juridique et politique, Revue du CERDIP, n° 1, vol. 1, janvier-juin 2002, p. 62; ASSOGBAVI, K., Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA, Penant, 2000, p. 5, SAWADOGO F.M., Commentaire de l'acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement de passif in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2008, 3^e édition, p. 867 et sv.*)

b - Procédures collectives internationales

174. L'Acte uniforme a également résolu un problème particulier lié au caractère international d'une procédure collective. Ce caractère doit être envisagé doublement :

- d'abord, les effets à l'étranger d'une procédure collective ouverte dans un État. Aux termes de l'art. 247, les décisions d'ouverture et de clôture des procédures collectives ainsi que celles relatives aux contestations acquièrent l'autorité de la chose jugée dans les autres États parties. Le contenu des décisions peut dans certains cas être publié dans les autres États. Dans le même but, il est également permis au syndic d'exercer ses pouvoirs sur le territoire d'un autre État. Enfin, l'Acte uniforme assure un traitement égalitaire aux créanciers et débiteurs d'une personne morale soumise à une procédure collective, peu importe que ceux-ci soient situés ou non sur le territoire où la procédure est ouverte ;
- ensuite, l'hypothèse d'ouverture de plusieurs procédures collectives est réglée. Nonobstant le principe de l'unité de procédure, il est possible que plusieurs procédures collectives soient ouvertes contre un même débiteur lorsque par exemple celui-ci a des établissements situés dans des territoires différents. Il fallait cependant assurer la coordination entre ces différentes procédures. C'est pourquoi l'art. 251 dispose que la procédure ouverte sur le territoire où l'entreprise a son principal établissement est appelée «procédure principale» et que celle ouverte sur le territoire où le débiteur n'a pas son principal établissement ou son siège est appelée «procédure secondaire». La conséquence en est que les syndics sont tenus d'un devoir d'information réciproque ; de même, les créanciers peuvent produire dans toutes les procédures. Simplement, la procédure principale primera parfois sur la procédure secondaire. Par exemple, la clôture d'une procédure secondaire est subordonnée à l'accord du syndic de la procédure principale.

Sur les procédures collectives internationales, lire par ex. Tchangué I., L'internationalisation des procédures collectives dans l'espace OHADA, Mémoire de DEA, Université de Douala, 2004.

c - Régime des sanctions et des voies de recours

175. L'objectif de redressement ne doit pas faire perdre de vue que la procédure collective est également l'occasion, dans certains cas tout au moins, d'apprécier le comportement des dirigeants de l'entreprise ou du commerçant lui-même lorsqu'il s'agit d'une entreprise individuelle. Il faudrait, lorsque le comportement de ces derniers a contribué à la dégradation de la situation de l'entreprise, qu'ils subissent plus ou moins les effets de celle-ci en contribuant au redressement de la situation et surtout que des mesures soient prises pour les exclure au moins pendant un certain temps des circuits économiques. Tout en les adaptant autant que possible au contexte actuel, l'Acte uniforme réserve donc une place aux sanctions des procédures qu'il s'agisse des sanctions civiles comme la faillite personnelle ou de sanctions pénales c'est-à-dire la banqueroute et les infractions assimilées.

S'agissant des voies de recours, du fait de la particularité des procédures collectives, le régime des voies de recours qui peuvent être mises en œuvre est assez spécifique, c'est ce qui justifie que des dispositions particulières leur soient consacrées (*titre IV : articles 216 à 225*).

d - Autres innovations introduites dans l'AUPCAP

176. Quelques innovations ont été introduites dans l'AUPCAP. Certaines ont pour objectif d'assurer la sauvegarde des entreprises. Il s'agit de trouver même dans des situations désespérées des solutions «réconfortantes» tout en recherchant autant que possible à protéger l'économie et à sauvegarder des emplois. C'est ainsi que la technique dite de cession globale d'actif qui permet, même en cas de liquidation des biens d'une entreprise conduisant normalement à sa disparition de sauver des entités économiques formant des unités d'exploitation lorsqu'elles sont encore viables, a été instituée. L'article 160 dispose à cet effet : « *Tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier comprenant éventuellement, des unités d'exploitation, peut faire l'objet d'une cession globale* ». De même, la recherche des solutions aux difficultés en cas de cessation des paiements n'est plus désormais, l'affaire du seul tribunal. Y sont associés les partenaires sociaux, les partenaires financiers qui doivent contribuer par exemple à la mise en place du concordat de redressement par diverses propositions telles que l'augmentation du capital social, l'octroi du crédit, les engagements de caution, etc.

III - Champ d'application de l'AUPCAP

177. Si l'on excepte le problème de l'application de l'AUPCAP dans l'espace qui pose la question des procédures collectives internationales qui a été déjà envisagée, il s'agit ici de considérer le champ d'application *ratione materie* de l'AUPCAP ATD la détermination des personnes qui sont soumises à l'AUPCAP ou de celles qui sont, au contraire, exclues du champ d'application de ce texte.

a - Personnes soumises à l'AUPCAP

178. S'agissant des personnes soumises à l'application de l'AUPCAP, il convient de préciser, qu'outre les personnes morales de droit privé commerçantes, l'AUPCAP s'applique aux personnes publiques et particulièrement aux entreprises publiques constituées sous forme de personne morale de droit privé. Il s'agit d'une innovation car, sous la législation antérieure, elles n'étaient pas soumises au droit de la faillite (*En ce sens : ISSA SAYEGH J., La liquidation des entreprises publiques en droit sénégalais, p. 7 et sv.; J. EBONGUE MBENDANG, Les entreprises d'État au Cameroun, thèse, Paris II, 1989, p. 129 et sv. Ces auteurs admettaient cependant que l'exclusion des entreprises publiques n'était qu'une exclusion de fait, rien ne s'opposant en droit à ce qu'elles y soient soumises*). Depuis l'adoption de l'Acte uniforme, les entreprises publiques constituées sous forme de droit privé sont soumises au droit OHADA des procédures collectives à l'exemple des sociétés à capitaux publics ou des sociétés d'économie mixte. C'est donc à juste titre que les juges décident que la liquidation des biens s'applique à une entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé (*En ce sens : Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n° 423 du 25 avril 2001, Liquidation des biens FASO FANI, Obadata J-04-183, J-02-60*).

Une autre innovation consiste en la soumission des personnes morales de droit privé non commerçantes au droit uniforme des procédures collectives (TCHEUMALIEU FANSI, M. R., L'application des procédures collectives aux personnes morales de droit privé non commerçantes, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2001).

Contrairement au droit français, le champ d'application de l'AUPCAP ne s'étend pas aux agriculteurs et aux artisans.

b - Personnes exclues de l'application de l'AUPCAP

179. Certaines personnes morales sont exclues du champ d'application de l'AUPCAP.

Il s'agit d'abord de l'État et des collectivités publiques auxquels il faut ajouter les entreprises publiques non constituées sous forme de droit privé à l'exemple des établissements publics à caractère industriel et com-

mercial (EPIC) qui restent bien soumis aux règles de droit public, du moins dans les pays qui ont conservé cette forme d'entreprise publique (*POUGOUÉ P. G. et KALIEU ELONGO Y.R., L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif, PUA, 1999, n° 28 et sv.; NGUIHE KANTE, P., Réflexions sur le régime juridique de dissolution et de liquidation des entreprises publiques et parapubliques au Cameroun depuis la réforme des procédures collectives OHADA, Penant, n° 837, septembre-décembre 2001; MAKANDA L. N., La liquidation des entreprises publiques en droit camerounais, Penant, n° 835, janvier-avril 2001*). Cette exclusion est classique et ne donne pas lieu à des difficultés d'application (*Voir cependant pour une solution contraire, Tribunal régional de Niamey, jugement n° 16 du 15 janvier 2003, Obadata J-03-158 où le juge décide que l'AUPCAP s'applique aux EPIC*).

Les entreprises publiques restent donc soumises aux législations nationales particulières. Ainsi, par exemple, pour le cas du Cameroun, elles restent soumises à l'Ordonnance 95/003 du 17 août 1995 portant statut général des entreprises du secteur public et parapublic, pour le Sénégal, à la loi 84/64 du 16 août 1984.

180. Il s'agit ensuite des personnes de droit privé à statut particulier. C'est le cas des banques et des sociétés d'assurance. La justification tient en ce que les sociétés appartenant à ces catégories relèvent de régimes juridiques particuliers.

En effet, les banques et les établissements de crédit en général relèvent, dans l'espace OHADA de dispositions particulières. Il s'agit, pour les pays de la CEMAC, de la loi bancaire de 1990 et pour les pays de l'UEMOA de la loi bancaire de 1990 (*voir textes*). Ces textes comportent des dispositions particulières qui peuvent, dans certains cas, entrer en conflit avec celles de l'AUPCAP. Ainsi, dans une espèce, un conflit de compétence s'est déclaré entre la COBAC (*Commission bancaire de l'Afrique Centrale*) et le tribunal (*En ce sens : Tribunal de première instance de Libreville, jugement n° 001/200-2001 du 5 janvier 2001, SAMSON NGONO c/J.G. PASTOURET et BPG. Voir aussi sur cette question : Atsope Tayo M., Le concours des pouvoirs dans la gestion des entreprises en difficultés, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2002. Il en est de même pour les entreprises d'assurance qui sont soumises, dans la quasi-totalité des pays de l'OHADA, au code CIMA (Conférence interafricaine des marchés d'assurance) qui comporte des dispositions propres à la liquidation des entreprises d'assurance*).

181. En dehors de ces hypothèses particulières, il appartient au débiteur de prouver qu'il relève d'un statut particulier. Faute pour le débiteur de prouver qu'il relève d'un statut particulier, il est soumis aux dispositions de droit commun de l'AUPCAP (*En ce sens : CCJA, arrêt n° 004/2004, ATTIBA Denis et al. c/compagnie multinationale Air Afrique et autres, le juris Obada, n° 1/2004 janvier-mars 2004, p. 23, note Brou Kouakou*

M.; *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 3, janvier-juin 2004, p. 44; *Obadata* J-04-88, J-05-49, *répertoire quinquennal*, p. 486, n° 2 et société SOTEM Plus c/BELO Afoussata, *Obadata* J-03-30, *répertoire quinquennal*, p. 486, n° 3).

182. Il convient également de préciser, s'agissant du champ d'application matériel, que les dispositions de l'AUPCAP ne s'appliquent pas aux liquidations amiables de sociétés (*Voir en ce sens, Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 872 du 9 juillet 2002, WEHBE Fady et société SOTEM Plus c/BELO Afoussata, Obadata* J-03-30, *répertoire quinquennal*, p. 486, n° 3). Par contre, l'ouverture d'une procédure amiable n'est pas exclusive de celle d'une procédure collective OHADA si la cessation des paiements est avérée.

IV - Application de l'AUPCAP dans le temps

183. L'AUPCAP ne s'applique pas aux procédures antérieures c'est-à-dire celles engagées avant le 1^{er} janvier 1999, date d'entrée en vigueur du texte. Ainsi en est-il pour une société commerciale dont la date de cessation des paiements et la date de mise en liquidation judiciaire ont été fixées à une date antérieure à la date d'entrée en vigueur de l'AUPCAP (*En ce sens : Tribunal régional de Niamey, jugement civil n° 1999 du 18 juin 2003, Liquidation SEEF Niger, www.obada.com, Obadata* J-04-77, *répertoire quinquennal*, p. 486, n° 1).

E - Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution

Introduction

184. L'étude des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution est le complément fondamental et désormais pratiquement indispensable du droit des obligations et de la procédure civile. En effet, si l'exécution spontanée des obligations et jugements demeure de principe, l'impayé s'est banalisé en même temps que l'endettement s'est généralisé. Un juriste attentif de l'effectivité du droit ne peut donc se désintéresser des règles de l'exécution forcée.

185. Aussi bien, après avoir été longtemps négligée, la discipline connaît actuellement un regain d'intérêt de la part des universitaires et des praticiens. L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution adopté à Libreville au Gabon le 10 avril 1998 et entré en vigueur le 10 juillet de la même année, qui a réformé ces procédures dans leur ensemble, explique en grande partie ce changement d'attitude dans la mesure où, le droit de l'exécution applicable jusque-là par les pays

membres de l'OHADA (*L'OHADA, l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires est née le 17 octobre 1993 à Port-Louis en île Maurice. Pour une présentation générale, V. P.G. POUGOUÉ, Présentation générale et procédure en OHADA, P.U.A., 1998. Pour une étude du droit OHADA, lire note B. MARTOR; N. PILKINTON, D. SELLERS et S. THOUVENOT, le droit uniforme africain des affaires issu de L'OHADA, Éditions du juriste, Litec, 2004, préface KEBA BAYE. F. ANOUKAHA et A-D TJOUEEN : Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA, coll. Droit uniforme. PUA, 1999. Pour le commentaire de cet acte uniforme, V.A.M. ASSI-ESSO, in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, 2^e éd., Juriscope 2002, p. 691 et s.*) qui appartiennent pour l'essentiel à l'Afrique francophone, était resté longtemps régi par les textes français de 1806. Ce droit était devenu inadapté aux exigences économiques et sociales nouvelles. La situation bancaire s'était aussi rapidement dégradée en raison entre autres de l'accroissement des impayés. Dans leur majorité, les institutions bancaires vont se révéler au courant des années 1980, illiquides et insolubles, résultat d'une dégradation de leurs portefeuilles. Puis s'en est suivie une insécurité juridique marquée par l'inefficacité des décisions de justice. (*A.M. ASSI-ESSO, N. Diouf, OHADA, Recouvrement des créances, coll. droit uniforme africain, Bruxelles, 2002. N 424. F. ANOUKAHA, A-D. TJOUEEN, Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, n° 108.*)

186. Face à cette incertitude juridique, le législateur OHADA venait alors rassurer les investisseurs en édictant des règles communes, simples, modernes et adaptées en vue du recouvrement efficace de leurs créances. Cette volonté résolument tendue vers l'exécution des obligations est à la base de cette profonde rénovation tant dans ses nouvelles procédures que dans la refonte des voies d'exécution préexistantes.

187. Douze ans après l'entrée en vigueur de ce texte, le temps est peut-être venu d'effectuer un bilan et de nous interroger sur la réalisation du rêve OHADA à savoir, garantir la sécurité juridique aux agents économiques pour créer les conditions d'une croissance économique saine et durable en offrant à un vaste espace un droit des affaires commun, dont l'interprétation ultime est confiée à une seule instance juridictionnelle dotée par ailleurs du pouvoir exceptionnel d'évoquer, après cassation, le fond des affaires qui lui sont soumises.

Mais il faut reconnaître que si les saisies mobilières ont été suffisamment rénovées et renforcées dans cette réforme, il n'en va pas de même de la saisie immobilière. En effet, celle-ci ne connaît pas de restructuration fondamentale; elle ne s'est que partiellement débarrassée de la complexité qu'on lui reconnaissait dans le droit antérieur. Malgré un effort d'allègement, elle pose toujours des problèmes d'application.

188. À ce jour l'œuvre OHADA n'est pas achevée, il reste des pans entiers à construire et les règles déjà adoptées auront vraisemblablement besoin d'être elles-mêmes modifiées à l'avenir. Avant cette mutation il nous faut, dès à présent, jeter un regard sur ce texte qui consacre un livre Ier aux procédures simplifiées de recouvrement et un livre second aux voies d'exécution et aux procédures de distribution des deniers de la vente.

I - Procédures simplifiées de recouvrement

189. Les procédures simplifiées de recouvrement sont des voies par lesquelles, un créancier peut rapidement obtenir un titre exécutoire c'est-à-dire une décision judiciaire de condamnation de son débiteur au paiement de la créance. En effet, jusqu'à une date récente, la plupart des États membres ne connaissaient qu'une seule procédure simplifiée de recouvrement de créances, l'injonction de payer qui avait été réglementée par le décret-loi français du 25 août 1937 rendu applicable dans toutes ses colonies d'Afrique. Cette procédure rapide et peu coûteuse qui, à l'origine a permis le recouvrement des petites créances commerciales, a été étendue par la suite au recouvrement des créances civiles. Tel a été le cas en droit ivoirien par la loi N° 70-484 du 4 avril 1970 relative au recouvrement des créances civiles et commerciales (*cf. en droit ivoirien la loi n° 70-484 du 4 août 1970 relative au recouvrement des créances civiles et commerciales, JORCI. du 12 août 1970, n° 39, p. 1269 et s modifiée par la loi n° 83-795 d'août 1983, JORCI.I. 1983, p. 218 et s et par la loi n° 93-669 du 9 août 1993, JORCI 1993, n° 37, p. 671 et 672*). Cette réglementation a été revue et corrigée par l'Acte uniforme OHADA qui, tout en consacrant en partie les solutions antérieures y a apporté quelques innovations notamment en déterminant les conditions et la procédure de l'injonction de payer et en instituant une nouvelle procédure tendant à la délivrance ou à la restitution d'un bien meuble déterminé.

190. Ainsi, la procédure d'injonction de payer OHADA permet à un créancier dont le droit n'est pas contesté par le débiteur, d'obtenir rapidement et à peu de frais un titre exécutoire lui permettant de pratiquer une saisie-attribution ou de convertir une saisie conservatoire en saisie-attribution ou en saisie-vente. Elle se présente comme un moyen simple de recouvrer les créances.

191. L'injonction de délivrer ou de restituer vise aussi l'obtention rapide d'un titre exécutoire. Mais elle s'exécute non sur une créance de somme d'argent, mais sur une obligation de faire, en l'occurrence une obligation de délivrer ou de restituer un bien meuble déterminé. Cette procédure constitue une véritable innovation de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement, pratiquement inconnue

des législations antérieures des États parties, seule la législation malienne, à l'instar du droit français avait réglementé une procédure voisine, l'injonction de faire. Mais contrairement à l'injonction de faire dont le champ d'application est limité, celui de l'injonction de délivrer ou de restituer est plus vaste.

192. De ces définitions, on peut relever que les domaines d'application varient selon qu'il s'agit de l'injonction de payer ou alors de l'injonction de délivrer ou de restituer un bien meuble corporel déterminé. En revanche, la procédure de cette nouvelle injonction est dans l'ensemble quasi-identique à celle de l'injonction de payer.

a - Injonction de payer

1 - Domaine

193. La créance quel qu'en soit le montant, peut faire l'objet d'une demande par la procédure d'injonction de payer. Il n'y a pas lieu de tenir compte de sa nature civile ou commerciale. En revanche l'Acte uniforme exige du créancier qui veut recourir à cette procédure une créance certaine, liquide et exigible (*article 1^{er}*) car il s'agit pour lui, d'obtenir à la fin de la procédure un titre exécutoire. De même le législateur OHADA exige que la créance ait une cause contractuelle ou que l'engagement résulte de l'émission ou l'acceptation de tout effet de commerce, ou d'un chèque dont la provision s'est révélée inexistante ou insuffisante. Dans une espèce (*CCJA*) ; arrêt N° 001 du 30 janvier 2003, société NÉGOCE Ivoire contre Banque Internationale pour le commerce et l'industrie de la Côte d'Ivoire (*BICICI*), il a été jugé que ces deux cas de figure ne sont pas cumulatifs mais alternatives. Il suffit que l'une d'elles soit satisfaite pour que la procédure puisse être introduite par le détenteur d'une créance remplissant les conditions de certitude, de liquidité et d'exigibilité.

Ce qui exclut *a priori* les créances dont l'origine se trouve dans un délit, un quasi-délit ou un quasi-contrat et plus généralement le paiement d'argent d'origine extracontractuelle. Théoriquement donc le domaine d'application de cette procédure apparaît bien large. Il appartient aux justiciables de faire preuve d'imagination pour amener les juges à mieux le définir.

2 - Procédure

194. La procédure d'injonction de payer ne comporte pas de phase extrajudiciaire dans la mesure où elle ne prévoit pas une mise en demeure préalable du débiteur avant que le tribunal ne soit saisi de la requête d'injonction de payer. Il s'agit par conséquent d'une procédure judiciaire pour laquelle les articles 3 à 18 déterminent la juridiction compétente.

b - Injonction de délivrer ou de restituer

1 - Domaine

195. 14. Seuls les créanciers d'une obligation de délivrance ou de restitution d'un bien meuble corporel déterminé peuvent recourir à cette procédure (cf. article 19 de l'Acte uniforme) ce qui exclut les biens meubles incorporels et les biens immobiliers.

2 - Procédure

196. La procédure de l'injonction de délivrer ou de restituer obéit, dans l'ensemble, aux mêmes règles que celle de l'injonction de payer mais avec, toutefois, quelques particularités.

En définitive, il y a lieu de relever que l'appellation « procédure de recouvrement » est trompeuse dans la mesure où les procédures simplifiées se distinguent des voies d'exécution dont elles ne constituent que le prélude, elles ne sont pas véritablement des procédures de recouvrement.

II - Voies d'exécution

197. Les voies d'exécution sont les moyens par lesquels les créanciers poursuivent la réalisation forcée de leurs droits, des voies qu'il leur faut emprunter pour parvenir à l'exécution sous la contrainte. Par définition, le droit postule en effet que, ici, l'exécution - ne justifie pas tous les moyens. Les voies d'exécution légitimes sont donc des voies de droit, autrement dit, des « procédures ». L'examen de l'exécution (a) et de la procédure (b) nous permettra de cerner la discipline dans son ensemble.

a - Exécution

198. Dans un sens étroit, l'exécution signifie l'acte ou le fait qui réalise l'obligation. Ainsi comprise, elle constitue le point d'aboutissement escompté des voies d'exécution. Plus largement entendue, l'exécution englobe les mesures de contrainte que le créancier impayé peut diligenter pour obtenir son dû. Elle ne désigne plus alors un événement, mais un processus : celui de l'exécution forcée. C'est en ce sens que les voies d'exécution participent de l'exécution.

1 - Exécution volontaire et exécution forcée

199. Le paiement, entendu comme l'exécution volontaire d'une obligation est le mode le plus usité d'extinction des dettes, quel qu'en soit l'objet. Son étude relève logiquement du droit des obligations. L'objet du droit des voies d'exécution est au contraire pathologique,

accidentel. Mais l'exécution qui est au centre de nos préoccupations, est l'exécution forcée. Elle a pour cause l'impayé ou le risque d'impayé. Aussi le droit des voies d'exécution apparaît-il dès lors comme une discipline de renfort, un droit de secours qui consiste à mettre à la disposition du créancier, l'usage légitime de la force en lui permettant, au besoin, de contraindre son débiteur à l'exécution.

Il n'empêche que si l'exécution forcée constitue ainsi l'objet exclusif du droit des voies d'exécution, l'exécution volontaire demeure sa finalité profonde. En effet, si les dettes sont, dans leur très grande majorité spontanément, acquittées, cela tient, dans une certaine mesure, à ce que plane sur les débiteurs récalcitrants la menace de l'exécution sous la contrainte. Il convient donc de ne pas négliger que les voies d'exécution ont un aspect incitatif, comminatoire et que leur performance est, en définitive, facteur de crédit. Et c'est pourquoi il ne faut pas trop s'étonner de ce que l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, consacre une disposition à un procédé qui n'est pas une voie d'exécution et dont l'objectif immédiat est, au contraire, de favoriser l'exécution volontaire des obligations. Ce procédé est le délai de grâce (cf. *article 39 de l'Acte uniforme OHADA*). Toutefois, le juge peut aussi prononcer l'astreinte. Leur étude relevant du droit des obligations (Cf. *R. Cabrillac, Droit des obligations, cours Dalloz, série droit privé, 3^e éd. ; n° 391*), on se contentera de les présenter sommairement pour rappel.

200. Le délai de grâce est un délai supplémentaire d'une durée maximale d'un an que le juge peut, par faveur, accorder au débiteur, compte tenu de sa situation et des besoins du créancier, pour s'acquitter de sa dette (cf. *C. Civ. Art. 1244-2 à 1244-3, art. 39 de l'Acte uniforme OHADA précité*). Il s'agit, en somme, de donner une dernière chance à l'exécution volontaire. En arrêtant pendant le cours du délai les procédures d'exécution. L'astreinte consiste à condamner le débiteur récalcitrant au versement d'une somme d'argent dont le montant augmente à mesure que se prolonge le retard dans l'exécution (ex. condamnation à tant par jour de retard). Ce n'est donc pas autre chose qu'une mesure d'intimidation, un moyen de pression dont on espère qu'il poussera le débiteur, sous la menace d'une condamnation toujours plus lourde, à exécuter sinon spontanément, du moins volontairement ses obligations. L'astreinte ne peut être que l'accessoire d'une condamnation principale dont elle vise à assurer l'exécution. Elle est normalement provisoire, c'est-à-dire révisable, mais une astreinte définitive peut être ordonnée après le prononcé d'une astreinte provisoire (cf. *art. 33,34 al. 2 et 3 de la loi française du 9 juillet 1991*). Particulièrement utile pour les obligations de faire ou de ne pas faire dont l'exécution en nature ne peut être imposée au débiteur, l'astreinte peut aussi être prononcée en cas d'inexécution d'une obligation monétaire (Cf. *Soc., 29 mai 1990, Bull Civ. V, N° 244*). Et

cela témoigne de la faveur dont jouit l'exécution volontaire, puisqu'il n'existe pas en ce dernier cas d'obstacle juridique à l'exécution forcée.

2 - Exécution sur la personne et exécution sur les biens

201. Dire que les voies d'exécution sont des modes d'exécution forcée des obligations n'est pas suffisant, car il est deux manières de concevoir l'exécution forcée qui ont successivement prévalu au cours de l'histoire.

Étymologiquement, l'obligation est le lien par lequel le débiteur se trouve enchaîné. Dans la conception primitive, c'est la personne du débiteur qui répond de la dette. Ainsi, en droit romain, la procédure de *manu injectio* permettait au créancier, en cas d'inexécution de l'obligation, de priver son obligé de liberté et de le vendre comme esclave afin de se payer sur le prix de la vente.

202. Au fil du temps, l'objet des voies d'exécution s'est déplacé de la personne à ses biens. Ce qui correspond à un adoucissement de la contrainte en même temps qu'à une conception renouvelée de l'obligation, (- Cf. article 2092 du code civil : « *Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* » ;

- Cf. article 2093 du code civil : « *Les biens du débiteur sont. le gage commun de ses créanciers* ».) « Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et avenir » dispose l'article 2092 du code civil. C'est l'affirmation de l'existence du droit de gage général, en tant que garantie naturelle de l'obligation. Le patrimoine du débiteur répond de toutes ses dettes. En conséquence, le créancier impayé, même chirographaire, peut sous certaines conditions, saisir les biens de son débiteur, meubles ou immeubles, les faire vendre et se payer sur le prix. Tel est désormais l'objet des voies d'exécution.

L'évolution retracée fut toutefois lente. En particulier, il fallut attendre une loi française du 22 juillet 1867 pour que la contrainte par corps, qui permettait au créancier d'incarcérer son débiteur défaillant afin de le contraindre au paiement de ses dettes, fût définitivement abolie en matière civile et commerciale. Au demeurant, cette procédure n'a pas totalement disparu, puisque les textes prévoient toujours la possibilité d'y recourir en cas d'inexécution de certaines condamnations pénales au profit du trésor public. Et d'autres traces de l'exécution sur la personne subsistent encore en droit positif, notamment sous la forme d'incriminations pénales assorties de peines d'emprisonnement. Mais ces dispositions, ayant un caractère exceptionnel, ne seront par la suite envisagées que les procédés d'exécution forcée sur les biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels.

3 - Exécution en nature et exécution par équivalent

203. Appliquée aux biens, l'exécution peut se réaliser de deux manières : en nature ou par équivalent.

Lorsqu'elle est volontaire, l'exécution en nature, qui correspond exactement à l'objet de l'obligation (*faire ou ne pas faire*), est de principe (Cf. article 1243 du code civil). Car elle seule donne pleinement satisfaction au créancier. Mais lorsqu'elle est forcée, l'exécution en nature trouve une limite dans le respect de la personne du débiteur. Cette limite ne se conçoit évidemment pas pour les obligations monétaires. Il est théoriquement toujours possible d'en obtenir l'exécution en nature, moyennant la réalisation forcée des biens du débiteur. Elle empêche en revanche que le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire soit, par le recours à la force, directement contraint à s'exécuter. Seule une contrainte indirecte, sous forme d'astreinte est envisageable contre lui. Sans doute, l'exécution peut aussi, sous réserve du caractère personnel de la prestation attendue, être opérée à ses frais par le créancier ou un tiers (Cf. articles 1143 et 1144 du code civil). Mais en toute hypothèse, si le débiteur persiste dans son refus d'exécution, il ne peut être condamné qu'au paiement de dommages et intérêts en compensation de son inexécution (Cf. article 1142 du code civil).

204. La saisie-appréhension : Finalement, de quelque obligation qu'il s'agisse, l'exécution forcée paraît devoir toujours se résoudre en argent. Aussi bien l'objet naturel de la saisie, archétype des voies d'exécution, est-il d'isoler au sein de la fortune du débiteur les sommes sur lesquelles ses créanciers pourront se payer. Il serait néanmoins excessif d'affirmer que les voies d'exécution sont absolument rebelles à toute exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire. La saisie-appréhension qui permet au créancier d'une obligation de remise ou de livraison d'un bien de l'appréhender le prouve. Mais en vérité, il n'y a pas lieu de s'en étonner outre mesure : elle impose au débiteur une simple abstention et n'implique donc aucune contrainte directe sur la personne.

205. Exception : L'expropriation que la réforme OHADA a prévue est, à cet égard, révélatrice. Son originalité tient à ce qu'elle opère une contrainte directe sur la personne du débiteur pour obtenir l'exécution en nature d'une obligation de faire (*quitter les lieux*). Très dissemblable des voies d'exécution, elle mérite d'être envisagée à part.

206. Mesure particulièrement rigoureuse aux conséquences souvent extrêmement graves, l'évacuation d'un immeuble ou d'un lieu habité obéit à des conditions strictes. En tant que mesure d'exécution forcée, elle est évidemment soumise au droit commun des voies d'exécution. Mais elle ne peut être poursuivie qu'en vertu d'une décision de justice ou d'un procès-verbal de conciliation exécutoire. Elle doit en outre, être pré-

cédée de la signification d'un commandement d'avoir à libérer les locaux. Enfin, l'huissier doit dresser un procès-verbal des opérations et le signifier à toutes les personnes dont le concours a été nécessaire, les éventuelles contestations pouvant être élevées devant le juge de l'exécution de la situation de l'immeuble.

b - Procédures

207. Les voies d'exécution ne se singularisent pas seulement par leur objet ; leurs formes aussi sont caractéristiques. En effet, la société tout entière est intéressée à l'exécution des obligations, ne serait-ce que pour préserver la paix publique. Le créancier doit donc recevoir des pouvoirs constitués les moyens de réaliser ses droits. C'est pourquoi les voies d'exécution sont nécessairement juridiques.

1 - Caractère juridique des voies d'exécution

208. Nul ne pouvant se faire justice soi-même, le créancier ne peut procéder à l'exécution forcée par ses propres moyens. L'exécution forcée dégénérant en voies de fait si elle n'emprunte pas les formes légales, les voies d'exécution sont par essence des voies de droit, des procédures.

Nombre de règles intéressant directement ou indirectement les voies d'exécution doivent être recherchées dans les autres disciplines du droit privé. Ensuite, le code de procédure civile qui était jadis le siège de la matière contient toujours, dans un provisoire qui se prolonge, les règles applicables à la saisie immobilière et à la procédure d'ordre. En effet, l'acte OHADA qui a été présenté comme une réforme d'ensemble, après avoir posé des règles générales, a seulement réformé les mesures conservatoires, les mesures d'exécutions mobilières ainsi que la procédure de distribution des deniers, sans d'ailleurs que ces nouvelles règles aient été codifiées.

209. Pour n'être encore que partielle, la réforme d'ores et déjà réalisée n'en est pas moins fondamentale. Les anciennes voies d'exécution et spécialement les mesures d'exécution forcée sur les meubles qui dataient pour la plupart de 1806 et étaient largement inspirées des procédures d'ancien droit apparaissaient passablement anachroniques. Elles étaient mal adaptées à la nouvelle composition et à l'opacité grandissante des patrimoines dues en particulier à l'accroissement de la fortune mobilière et incorporelle, elles étaient en outre trop lourdes, à raison notamment d'un recours souvent excessif au juge.

L'un des objectifs principaux du législateur OHADA a donc été d'accroître l'efficacité des procédures d'exécution. Cela s'est traduit par la diversification des saisies en fonction de leur objet, par la revalorisation du titre exécutoire et la déjudiciarisation consécutive

des procédures fondées sur semblable titre, ainsi que par une meilleure séparation des mesures conservatoires et d'exécution avec, pour conséquence, la disparition de la saisie-arrêt de droit commun qui avait une nature mixte : elle était d'abord conservatoire, ensuite d'exécution. Également, la loi a facilité l'obtention par le créancier des informations nécessaires aux poursuites. Pour autant, les intérêts du débiteur n'ont pas été sacrifiés ; car un souci d'humanité, qui trouve son prolongement dans le caractère d'ordre public des voies d'exécution, vient contrebalancer ce souci d'efficacité.

2 - Caractère d'ordre public des voies d'exécution

210. L'exécution ne doit pas dégénérer en oppression : *summum jus, summa injuria !* Or, par faiblesse ou détresse, le débiteur pourrait renoncer aux garanties que lui offre la loi. Les voies d'exécution sont donc traditionnellement d'ordre public. Les intéressés ne peuvent aménager à leur convenance l'exécution forcée. Il est vrai que ce principe ne figure pas explicitement dans l'Acte uniforme, mais il est possible de l'inférer de son article 28 qui ne reconnaît au créancier la possibilité « de contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard » que « dans les conditions prévues par la loi ». Et cela ressort également des textes qui prohibent la clause de voie parée, c'est-à-dire la convention par laquelle le débiteur autoriserait le créancier à vendre la chose engagée et à se faire payer sur le prix, sans avoir à respecter les formalités de la saisie (*Cf. art. 2078 al. 2, Code civil pour le gage*). Mais, l'argument tiré de ces dispositions prohibitives est fragile, car la jurisprudence déclare licite la clause de voie parée convenue postérieurement à la naissance de la créance (*Cf. Civ. 25 mars 1903, DP 1904.1.273, note GUENEE*).

3 - Caractère individuel des voies d'exécution

211. Les procédures civiles d'exécution sont offertes individuellement à chaque créancier pour la réalisation de ses droits. Elles sont ainsi réputées favoriser les plus prompts au détriment des retardataires qui n'auraient d'autre ressource que de poursuivre l'exécution forcée de leur créance sur les biens épargnés par les saisies antérieures. En droit civil, le paiement est, dit-on, le prix de la course.

212. Au cœur de cette étude figurent donc les procédures civiles, par lesquelles le créancier impayé est autorisé à poursuivre individuellement l'exécution forcée de ses droits sur les biens de son débiteur. Mais, la matière à étudier est nécessairement plus vaste : elle s'étend en amont et en aval de ces procédures.

Avant même de pouvoir prétendre réaliser les biens

du débiteur, le créancier a souvent intérêt à prendre des mesures lui garantissant au moyen d'une indisponibilité, une possibilité d'exécution future. À cette fin, il dispose des saisies conservatoires. Parce qu'elles anticipent l'exécution forcée, au point d'en être souvent l'antécédent nécessaire, elles sont aussi, en un sens, des voies d'exécution.

Une fois les biens du débiteur réalisés, l'exécution, en tant qu'elle postule l'obtention par le créancier de son dû, n'est pas satisfaite. En présence d'une pluralité de créanciers, il faut encore répartir le prix entre eux : c'est l'objet des procédures de distribution. Complément nécessaire des voies d'exécution, ces procédures doivent logiquement être étudiées à leur suite.

F - Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage

Introduction

213. Le Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires a été signé à Port Louis (île Maurice) le 17 octobre 1993 par les États d'Afrique subsaharienne membres de la zone franc désireux de promouvoir le développement de leurs territoires respectifs à travers la sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques qui y ont cours (*d'où l'expression Traité OHADA, pour désigner ce Traité de Port Louis modifié à Québec*). Les États signataires du Traité de Port Louis sont : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo-Brazzaville, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo. La Guinée Conakry et la Guinée-Bissau, pays non-membres de la zone franc, ont ensuite adhéré à l'OHADA. La République démocratique du Congo est sur le point d'adhérer à l'heure actuelle, il reste seulement à déposer les instruments de ratification.

214. Les signataires du Traité OHADA ont, dès le préambule de celui-ci, proclamé leur désir de « promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ». L'article 1^{er} dudit Traité énonce clairement, qu'il a pour objet, entre autres, « l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels » et que l'article 2 du même Traité mentionne l'arbitrage parmi les disciplines juridiques qui entrent dans le domaine du droit des affaires.

Malgré l'importance qu'il accorde ainsi à l'arbitrage, le Traité OHADA ne précise pas le sens de cette notion, que la doctrine définit tantôt comme le jugement d'une contestation par des particuliers choisis par d'autres particuliers au moyen d'une convention (*Henry MOTULSKY, Écrits, études et notes sur l'arbitrage, Dalloz 1974, p. 5*), tantôt comme une convention par laquelle les parties soumettent leur différend au jugement des particuliers qu'elles choisissent (*Philippe FOUCHARD, L'arbitrage commercial international, Bibliothèque du droit interna-*

tional privé, Dalloz 1965, n° 11), tantôt encore comme une institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci (*Charles JARROSSON, « La notion d'arbitrage », Bibliothèque du droit privé, LGDJ, 1987, n° 785*).

L'expression « arbitrage OHADA » renvoie à celui mis en place par le dispositif OHADA à travers le Traité OHADA et les instruments OHADA relatifs à l'arbitrage (*G. KENFACK DOUAJNI, « Rapport de synthèse » in l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles-Bruylant, 2000*). Il doit être précisé, à cet égard, que le Conseil des ministres de l'OHADA a adopté à Ouagadougou (*Burkina Faso*), en date du 11 mars 1999, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (*ci-après AUA*) et le Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage (*ci-après Règlement CCJA*), qui fixe dans le détail les règles de l'arbitrage CCJA dont les grands traits sont tracés par le titre IV du Traité OHADA. L'arbitrage OHADA a donc un support dualiste, puisqu'il est régi à la fois par l'AUA et par le Règlement CCJA.

215. On se limitera ici à la présentation de l'AUA ; inévitablement on évoquera, ses rapports avec le Règlement d'arbitrage CCJA. L'AUA régit essentiellement l'arbitrage ad hoc, même s'il fait référence à l'arbitrage institutionnel. En effet, traitant de l'arbitrage de droit commun dans l'espace OHADA, par opposition à l'arbitrage spécifique de la CCJA, l'AUA est largement calqué sur le droit français de l'arbitrage et en adopte la philosophie libérale (*Philippe LÉBOULANGER « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, » Rev. arb. 1999, n° 3, p. 541 et s.*). Il fixe les règles de l'arbitrage ad hoc consacrant la primauté de la volonté des parties dans la constitution du tribunal arbitral et dans l'organisation de la procédure arbitrale. La plupart de ses dispositions n'ont ainsi qu'un caractère supplétoire. L'étude de l'AUA se fera à travers l'examen de son champ d'application (I) et l'exécution des sentences arbitrales OHADA (II).

I - Champ d'application de l'AUA

216. Le champ d'application de ce texte sera cerné au plan matériel (a), des personnes habilitées à compromettre (b) et dans l'espace (c). On évoquera également ses rapports avec le Règlement d'arbitrage CCJA (d).

a - Au plan matériel

217. L'AUA énonce en son article 1^{er} qu'il a « vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États parties ». Autrement dit, si le lieu de l'arbitrage se trouve situé dans l'un des États parties, l'AUA peut s'appliquer si telle est la volonté des parties ou si elles n'ont pas clairement

exprimé cette volonté (*exemple : cas où la convention d'arbitrage affirme simplement que « les litiges relatifs au présent contrat seront réglés par arbitrage »*). L'expression « tout arbitrage » contenue dans l'article 1^{er} sus-cité signifie que ledit texte s'applique aussi bien aux arbitrages civils que commerciaux. En effet, le Traité OHADA en application duquel l'AUA a été adopté, est relatif au droit des affaires. Or, « On peut dans le droit des affaires traiter d'une grande partie du droit commercial, du droit civil, du droit fiscal » (*Jean LARGUIER - Droit pénal des affaires, 2^e édit., Librairie Armand Colin.*). Le droit des affaires comprenant certaines disciplines relevant du droit civil, on peut en conclure que l'arbitrage dont il est question dans l'AUA s'entend de celui pratiqué tant en matière commerciale qu'en matière civile. On notera, à cet égard, que l'article 2 alinéa 1 de l'AUA lie l'arbitrabilité à la disponibilité des droits. Il résulte, en effet, dudit texte que « toute personne (...) peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition ». Avoir la libre disposition d'un droit implique que celui-ci soit disponible ; « Un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'il peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner voire y renoncer » (*Patrice LEVEL, L'arbitrabilité, in rev. arb., 1992, p. 219.*).

Or, on peut disposer d'un droit aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile, sauf à préciser qu'en matière civile, « on ne compromettra jamais pour sanctionner une recherche de paternité, la validité d'un mariage ou encore un divorce » (*Patrice LEVEL, op. cit., p. 222.*) tandis que « (...) les droits pécuniaires nés du droit patrimonial de la famille (quantum d'une pension alimentaire, litige sur une succession ouverte) (...) » (*Idem.*) constituent des exemples de droits arbitrables en matière civile.

Que l'AUA ait vocation à s'appliquer à tout arbitrage est tout à fait conforme, du reste, au droit positif de ceux des États parties OHADA qui ont adhéré à la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. En effet, à l'exception de la République centrafricaine qui avait souscrit la réserve de commercialité lors de l'adhésion à ladite Convention, les autres pays de l'espace OHADA partis à cette Convention l'ont ratifiée sans aucune réserve, (*Au 1^{er} novembre 2010, les États parties à l'OHADA également parties à la Convention de New York sont les suivants : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Conakry, Mali, Niger, République démocratique du Congo, Sénégal et Tchad – source www.uncitral/cnudci.org éliminant ainsi implicitement, mais nécessairement, toute distinction entre arbitrage commercial et arbitrage civil dans leurs ordres juridiques respectifs (G. KENFACK DOUJANI, « Le cadre juridique de l'arbitrage au Cameroun » in *rev. camerounaise arb.* N° 4, p. 4. adde Philippe FOUCHARD, « La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York » in *rev. arb.* 1990 p. 571.).*

218. Quoi qu'il en soit, essentiellement conçu pour l'arbitrage ad hoc, l'AUA comporte également des dispositions relatives à l'arbitrage institutionnel. Il est ainsi prévu à l'article 10 al. 1 que « le fait pour les parties de s'en remettre à un organisme d'arbitrage les engage à appliquer le règlement d'arbitrage de cet organisme, sauf pour les parties à en écarter expressément certaines dispositions ». Pour sa part, l'article 14 alinéa 1 prévoit que « les parties peuvent directement ou par référence à un règlement d'arbitrage régler la procédure arbitrale (...) ». Ces deux dispositions consacrent l'autonomie des parties dans le choix des règles applicables à la procédure arbitrale, mais peuvent se révéler d'application difficile, dans la mesure où il pourrait ne pas être possible de déroger au règlement de certains centres d'arbitrage. C'est ainsi, à titre illustratif, que les parties ne peuvent déroger au règlement d'arbitrage de la CCI une fois qu'elles ont convenu de s'y référer.

L'intérêt de l'article 10 alinéa 1 réside dans le fait qu'il autorise implicitement la création des centres d'arbitrage dans l'espace OHADA ; de telle sorte que les centres ou institutions d'arbitrage qui existent dans ledit espace au moment de l'adoption de l'AUA survivent à celui-ci, tout comme d'autres centres ou institutions d'arbitrage peuvent y être créés postérieurement à l'adoption du texte en question. Toutefois, bien que les institutions ou centres d'arbitrage ci-dessus évoqués puissent et doivent normalement se doter de règlements autonomes, ceux-ci doivent être en harmonie avec les dispositions impératives de l'AUA. En effet, une sentence arbitrale rendue sur le fondement d'un règlement qui serait non conforme à l'AUA pourrait être annulée par le juge étatique de l'un quelconque des pays membres de l'OHADA appelé à contrôler ladite sentence.

Le domaine matériel de l'acte uniforme du 11 mars 1999 étant ainsi déterminé, qu'en est-il des personnes habilitées à compromettre ?

b - Au plan des personnes habilitées à compromettre

219. L'AUA énonce à l'article 2 alinéa 1 que toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition ; il précise, en outre, à l'alinéa 2 que « les États et les autres collectivités territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être partis à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ». Très proche du droit suisse en ce qui concerne les questions d'arbitrabilité des litiges touchant au droit public ou administratif, (*Voir article 177 du chapitre 13 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP)*) la disposition ci-dessus rappelée introduit dans le droit des États OHADA la capacité pour ces États et leurs démembrements à compromettre en droit interne. Il s'agit d'une avancée considérable, qui a été opportunément qualifiée de révolutionnaire (*Maurice*

KAMTO « *La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA* », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique – Bruylant, – Bruxelles, 2000, p. 89.*) car, dans la situation antérieure à l'AUA, les États et autres collectivités publiques n'étaient autorisés à compromettre qu'en matière internationale, comme déjà relevé plus haut (*Roland AMOUSSOU GUE-NOU, in Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique francophone, Thèse, Paris II, 1995, p. 47.*)

De nos jours, la règle qui interdit à l'État et aux autres personnes morales de droit public de compromettre ne peut jouer ou être invoquée qu'en droit interne, dans les systèmes qui distinguent l'arbitrage interne de l'arbitrage international. Or, dans le système OHADA, dont l'AUA n'opère aucune distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international, l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre est prévue à l'article 2 al 2 de l'AUA, comme ci-dessus mentionné. Ce texte permet aux États parties à l'OHADA et à leurs démembrés de renoncer à leur immunité de juridiction, même dans le cadre des contrats internes.

220. La question se pose de savoir si un État ou toute autre personne morale de droit public OHADA qui a renoncé à son immunité de juridiction par l'acceptation ou la souscription d'une convention d'arbitrage en droit interne a, ce faisant, renoncé à son immunité d'exécution (*G. KENFACK DOUAJINI, « L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public » in rev. camerounaise arb., n° 18, p. 3 et s.*). Des éléments de réponse à cette question vont être fournis dans le cadre de l'examen de l'exécution des sentences arbitrales OHADA.

c - Dans l'espace

221. On traitera de la mise en œuvre de l'arbitrage (1) et de l'office de l'arbitre (2).

1 - Mise en œuvre de l'arbitrage

222. L'AUA n'opère pas de distinction entre arbitrage interne et arbitrage international ; le texte retient comme seul critère de rattachement pour son application le siège du tribunal arbitral, qui doit se trouver dans l'un des États parties au Traité OHADA. L'AUA s'appliquera donc non seulement aux procédures arbitrales entre ressortissants de différents États parties, mais également entre ressortissants d'un même État partie, pourvu que le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des pays de l'espace OHADA. Il faut, à cet égard, signaler l'article 35 de l'AUA qui, tout en indiquant que le texte n'est applicable qu'aux instances arbitrales nées après son entrée en vigueur (*La CCJA a déjà eu à statuer dans ce sens : CCJA n° 23 du 17 juin 2004 ; aff. PDCI – RDA c/Sté J & A International SARL.*), précise qu'il tient lieu

de loi relative à l'arbitrage dans les États parties. Cet article 35 constitue l'une des dispositions novatrices de l'AUA, d'autant plus que sa conséquence pratique est de doter d'un texte sur l'arbitrage les États parties qui n'en avaient pas. Quant à ceux desdits États qui disposaient déjà d'un texte de loi sur l'arbitrage, l'AUA se substitue audit texte en étant complété par les dispositions desdites lois nationales qui ne lui sont pas contraires (*G. KENFACK DOUAJINI, in « L'OHADA », Cours aux étudiants de la Section Contentieux International de l'Institut des Relations Internationales du Cameroun (IRIC - Université de Yaoundé II).*)

223. Dans le cadre de l'AUA, l'instance arbitrale est liée dès que l'une des parties saisit l'arbitre conformément à la convention d'arbitrage ou encore dès que l'une des parties engage la constitution du tribunal arbitral (art. 10 al 2 AUA). Les parties sont libres et autonomes dans le choix des règles applicables à la procédure (art. 14 al 1 AUA).

224. Les arbitres, quant à eux, sont tenus de conduire la procédure arbitrale dans le respect de la convention des parties. Ils ne peuvent appliquer des règles procédurales choisies par eux-mêmes qu'à défaut de convention des parties à cet effet (art. 14 al 2 AUA). En vertu du principe « kompetenz kompetenz » universellement reconnu l'arbitre peut, le cas échéant, statuer sur sa propre compétence (art. 11 al 1 AUA), y compris sur toute question relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage.

2 - Office de l'arbitre

225. Le principe du contradictoire domine la procédure arbitrale d'un bout à l'autre car, les arbitres doivent traiter les parties sur un pied d'égalité et chaque partie doit pouvoir faire valoir ses moyens de défense (art. 9 AUA). Par ailleurs, les arbitres ne peuvent retenir dans leur décision que des moyens, explications ou documents ayant fait l'objet des débats contradictoires entre les parties. À cet effet, les arbitres peuvent inviter les parties à leur fournir des preuves qu'ils estiment nécessaires à la solution du litige (art. 14 al 5 AUA). Le tribunal arbitral peut également, le cas échéant, requérir l'aide des autorités judiciaires pour l'administration des preuves (art 14 al 7 AUA). En vertu de la règle de la renonciation au droit de faire objection (art. 14 al 8 AUA), la partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'invoquer sans délai une irrégularité et poursuit l'arbitrage, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

226. En ce qui concerne les règles applicables au fond du litige, l'Acte uniforme pose (art 15 AUA) que « les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou, à défaut, choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu,

le cas échéant, des usages du commerce international. Ils peuvent également statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir ». Il en résulte que l'arbitre jouit d'une grande latitude dans la détermination du droit applicable au fond du litige, lorsque les parties n'ont pas expressément effectué de choix à cet effet. L'arbitre peut ainsi recourir à la méthode dite de la « voie directe », qui lui permet de déterminer le droit applicable au fond du litige, sans être tenu de recourir à la traditionnelle méthode de conflit (*G. KENFACK DOUAINI, « L'arbitrage dans le système OHADA », Thèse précitée*).

227. L'instance arbitrale ne devrait pas, sauf convention contraire des parties, excéder six mois à compter du jour où le dernier des arbitres a accepté sa mission. Ce délai de six mois peut être prorogé par accord des parties ou par le juge compétent dans l'État partie, mais, dans ce dernier cas, à la demande, soit du tribunal arbitral, soit de l'une des parties (*Art. 12 AUA*). Lorsqu'il estime que les parties ont, chacune, présenté leurs observations, le tribunal arbitral fixe la date à laquelle l'affaire sera mise en délibéré (*art. 17 AUA*).

228. Après cette date, aucune demande, ni observation ne peuvent plus être présentées, si ce n'est à la demande expresse du tribunal arbitral, qui s'apprête à rendre sa sentence.

L'instance arbitrale s'achève normalement par une sentence arbitrale, dont le texte exige qu'elle soit rendue à la majorité des voix, lorsque le tribunal arbitral est composé de trois arbitres (*art. 19 AUA*).

La sentence doit être motivée à peine de nullité et contenir des mentions obligatoires, que l'article 20 AUA énumère dans le détail. La sentence arbitrale doit être signée par l'arbitre unique ou par les arbitres, au cas où le tribunal comprend trois arbitres ; si une minorité d'entre ces arbitres refuse de signer, il doit en être fait mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres (*art. 21 AUA*). Une fois rendue, la sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche (*art. 23 AUA*) et n'est susceptible ni d'opposition, ni d'appel, ni de pourvoi en cassation. Elle peut, cependant, faire l'objet d'un recours en annulation, ledit recours devant être porté devant le juge compétent dans l'État partie (*art. 25 AUA*).

229. La décision du juge étatique compétent n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage (*art. 25 AUA*). Aux termes de l'article 26 AUA, le recours en annulation n'est recevable que :

- si le tribunal a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;
- si le tribunal a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- si le principe du contradictoire n'a pas été respecté ;

- si le tribunal a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ;
- si le tribunal a violé une règle d'ordre public international des États parties au Traité ;
- si la sentence arbitrale n'est pas motivée.

En cas d'aboutissement du recours en annulation par l'annulation effective de la sentence, il appartient à la partie la plus diligente d'engager, si elle le souhaite, une nouvelle procédure arbitrale conformément à l'Acte uniforme (*art. 29 AUA*).

Outre le recours en annulation, la sentence arbitrale peut également faire l'objet d'une tierce opposition et d'un recours en révision devant le tribunal arbitral (*art. 25 al 4 et 5 AUA*).

Lorsque la sentence arbitrale n'est pas exécutée spontanément, elle peut faire l'objet d'exécution forcée, en vertu d'une décision d'exequatur rendue par le juge compétent dans l'État partie (*voir infra n° 238 et suivant*).

d - Rapports entre l'AUA et Règlement d'arbitrage CCJA

230. L'arbitrage OHADA étant porté tant par l'AUA que par le Règlement d'arbitrage CCJA, l'on pourrait s'interroger sur les rapports qui existent entre ces deux instruments. On relèvera, à cet égard, que l'AUA a une valeur législative, son article 35 précise qu'il tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les États parties. C'est ce texte qui régit l'arbitrage de droit commun dans l'espace OHADA et c'est lui qui servira de support à la mise en œuvre d'un arbitrage ad hoc à défaut de précision des parties sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, sur le droit applicable à la procédure arbitrale, au fond du litige (...) C'est la raison pour laquelle il a été affirmé plus haut que la plupart des dispositions de l'AUA ont un caractère supplétif de la volonté des parties.

231. Le Règlement d'arbitrage CCJA, quant à lui, a une valeur contractuelle au même titre que tout autre règlement de quelque Centre ou Institution d'arbitrage quel qu'il soit. En effet, c'est au moyen d'une convention d'arbitrage que les parties choisissent de soumettre à l'arbitrage le règlement de leurs différends. Si elles optent pour un arbitrage institutionnel, elles se réfèrent nécessairement au règlement d'arbitrage de l'Institution ou du Centre d'arbitrage de leur choix, adhérant ce faisant au règlement d'arbitrage de cette Institution ; d'où le caractère contractuel des règlements d'arbitrage.

La distinction entre le Règlement d'arbitrage CCJA et celui des autres Centres d'arbitrage opérant dans l'espace OHADA résulte de ce que le Centre d'arbitrage CCJA dont le Règlement d'arbitrage précise les modalités de fonctionnement a été créé par des États souverains qui l'ont, de surcroît, doté de spécificités constituant des avantages comparatifs que l'on ne

retrouve pas dans les autres systèmes d'arbitrage opérant dans l'espace OHADA. Autrement dit, l'arbitrage CCJA est d'origine ou d'émanation publique tandis que les autres Centres d'arbitrage existant dans l'espace OHADA sont, généralement, d'émanation privée. En effet, c'est soit des groupements d'entreprises privées ou semi-privés (*Centre d'arbitrage du GICAM au Cameroun*), soit des chambres consulaires (*Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire – CACI, Centre d'Arbitrage et de conciliation de Dakar au Sénégal ou de Ouagadougou au Burkina Faso, pour ne citer que ceux – là*) et donc des initiatives plus ou moins privées qui sont à l'origine de ces autres Centres d'arbitrage.

232. Cela étant, l'AUA et le Règlement CCJA constituent des instruments conformes aux tendances internationales en matière d'arbitrage (*G. KENFACK DOUJANI in « Étude comparative entre l'arbitrage OHADA et l'arbitrage international », Communication au colloque organisé à Paris les 17 et 18 mars 2009, par l'Association Cercle Horizons sur « L'arbitrage OHADA », inédit*). À cet égard, l'on notera que l'arbitrage international est caractérisé par un libéralisme assis sur des principes qui ont été, pour certains d'entre eux, forgés par la jurisprudence. À titre illustratif, il y a lieu de visiter la jurisprudence française relative à l'arbitrage international, pour en dégager deux principes qui constituent des règles matérielles de l'arbitrage international et que l'on retrouve dans l'arbitrage OHADA : il s'agit du principe de l'autonomie de la clause compromissoire et de celui de l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre. L'autonomie de la clause compromissoire, ou plus généralement, de la convention d'arbitrage, s'entend d'une autonomie par rapport au contrat principal que la clause compromissoire ou le compromis d'arbitrage a pour objet de soumettre à l'arbitrage. Il en résulte que l'existence, la validité ou le maintien de la convention d'arbitrage ne dépendent pas du sort du contrat principal auquel se réfère cette convention. Autrement dit, l'allégation que le contrat principal n'a pas été conclu, qu'il est nul, résolu ou résilié est sans effet sur l'efficacité de la convention d'arbitrage.

Se justifiant par le souci de ne pas priver les parties de toute possibilité de faire sanctionner leurs droits en cas d'invalidation du contrat principal, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire fut dégagé pour la première fois par la Cour de cassation dans l'arrêt Gosset du 7 mars 1963, (*J.C.P., 1963 II 13405, note B. GOLDMAN - D. 1963.545, note J. Robert.*) à l'occasion du règlement d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat international. Il en résulte indiscutablement que le sort de la convention d'arbitrage ne suit pas nécessairement celui du contrat principal et Motulsky en a opportunément tiré la conséquence que la clause compromissoire est un contrat dans le contrat (*MOTULSKY, Écrits, p. 346 et s.*). Le succès du principe de l'autonomie de la clause compromissoire a débordé les frontières de la France, car on retrouve ce principe tant en droit anglais (*separability*) que dans d'autres droits étrangers et dans

de nombreux règlements d'arbitrage, sans compter la Convention européenne de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage international, art. V 3.

Le législateur OHADA a aussi succombé au charme du principe de l'autonomie de la clause compromissoire. C'est ainsi qu'on retrouve ledit principe dans l'AUA. En effet, l'article 4 de l'AUA énonce que « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat (...) ».

233. Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage a donné lieu à son corollaire qu'est le principe de compétence-compétence. Ce dernier est prévu par l'article 11 AUA et exprime le pouvoir de l'arbitre dont la compétence est contestée de se prononcer sur sa propre compétence.

234. En adoptant les règles matérielles de l'arbitrage international que sont le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage et celui de compétence-compétence, le droit OHADA de l'arbitrage est conforme à l'arbitrage international.

II - Exécution des sentences rendues sous le fondement de l'AUA

235. La notion de « sentences arbitrales OHADA » renvoie aussi bien à celles rendues sur le fondement de l'AUA, des Règlements d'arbitrage des centres privés d'arbitrage opérant dans l'espace OHADA qu'aux sentences arbitrales rendues en application du Règlement d'arbitrage CCJA. Il paraît judicieux de traiter globalement de l'exécution des sentences arbitrales OHADA, compte tenu de la similitude des solutions relatives à l'exécution, en dehors de l'espace OHADA, des sentences arbitrales en cause. Cela étant, l'AUA traitant aussi de l'octroi des mesures provisoires ou conservatoires, cette question sera abordée dans le cadre de l'exécution provisoire des sentences arbitrales OHADA (a) avant celle de l'exécution forcée desdites sentences (b).

a - Exécution provisoire

236. Il y a lieu de ne pas perdre de vue que les sentences arbitrales rendues sur le fondement de l'AUA comprennent non seulement celles effectivement rendues en application de ce texte mais également celles rendues en application du règlement d'arbitrage des centres d'arbitrage d'émanation privée de l'espace OHADA. Les mesures provisoires et conservatoires (*G. KENFACK DOUJANI, « Les mesures provisoires ou conservatoires dans l'arbitrage OHADA » in Rev. camerounaise arb., n° 8 p. 3 et s.*) sont des décisions qui ne tranchent pas le fond du litige, mais statuent sur un ou plusieurs chefs de demandes qui nécessitent une solution urgente. En règle générale, ces mesures conservatoires et provi-

soires, que l'on nomme aussi « mesures intérimaires » (*Stephen BOND, « La nature des mesures conservatoires » in Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international, Publication CCI, n° 519, p. 8.*) sont regroupées en trois catégories, à savoir :

- a) mesures relatives à l'administration ou à la conservation de la preuve ;
- b) mesures tendant à maintenir les relations des parties pendant le cours de la procédure ;
- c) mesures tendant à la préservation d'une situation de fait ou de droit donnée. (*Piero BERNARDINI, « Les pouvoirs de l'arbitre » in Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international, Publication CCI, n° 519, p. 24.*)

Méthode de règlement des différends caractérisée, entre autres, par sa rapidité, l'arbitrage peut, cependant, malgré ce caractère de rapidité, et parfois même, en raison de sa lenteur, créer chez l'une des parties en litige, le désir d'obtenir rapidement une décision, soit pour éviter le dépérissement d'une preuve, soit pour conserver l'équilibre qui doit exister entre les parties pendant l'instance arbitrale, soit encore ou enfin, pour sauvegarder une situation donnée ; d'où l'importance des mesures provisoires ou conservatoires en matière d'arbitrage.

237. L'AUA prévoit l'octroi des mesures provisoires ou conservatoires tant par le juge étatique que par l'arbitre. S'agissant de l'octroi desdites mesures provisoires par le juge étatique, il résulte de l'article 13 al 4 AUA que : « (...) l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction, en cas d'urgence reconnue et motivée ou lorsque la mesure devra s'exécuter dans un État non partie à l'OHADA, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires, dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond, pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent ». Au regard de ce texte, une juridiction étatique peut, à la demande d'une partie liée par une convention d'arbitrage, ordonner des mesures provisoires ou conservatoires sous certaines conditions bien précises. Il faut, soit qu'il y ait urgence reconnue et motivée, soit que la mesure provisoire ou conservatoire sollicitée doive être exécutée en dehors de l'espace OHADA.

Pour ce qui est de l'urgence, l'hypothèse la plus courante est celle de la difficulté de constitution du tribunal arbitral ; il en est ainsi, lorsque l'une des parties s'abstient de nommer un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou encore si les deux arbitres désignés ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation ou, enfin, si les parties ne peuvent pas s'accorder sur le choix de l'arbitre unique. Il est alors que le juge étatique intervienne, non seulement dans le souci de faire prévaloir la volonté des parties, mais aussi pour accorder son concours à l'arbitrage,

dans un esprit d'assistance et de coopération. (*Gérard PLUYETTE, in « Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international » op. cit., p. 78.*)

L'intervention du juge étatique est justifiée ici dès lors que les mesures sollicitées n'impliquent pas un examen du litige au fond. En effet, le juge étatique doit se garder de régler le fond du litige sous l'apparence d'une mesure provisoire ou conservatoire, lorsque les parties ont clairement exprimé leur volonté de confier aux arbitres le soin de juger le litige au fond. L'AUA est suffisamment précis à cet égard lorsqu'il indique que les mesures sollicitées ne doivent pas impliquer « un examen du litige au fond, pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent » (*art. 13 AUA*).

238. Dans la jurisprudence de certains États OHADA, jurisprudence antérieure à l'Acte uniforme, on trouve des exemples de l'intervention du juge étatique malgré l'existence, entre les parties en litige, d'une convention d'arbitrage. Ainsi, par exemple, la Cour d'appel d'Abidjan a eu à affirmer que lorsque les parties à un contrat ont prévu dans ce dernier l'arbitrage pour tout différend éventuel qui ne recevrait pas entre elles une solution amiable, le recours à la procédure de référé n'est pas pour autant exclu, s'il y a urgence (*G. KENFACK DOUAJNI, note sous Abidjan n° 484 du 15 juillet 1977, aff. Wanson, rev ; camerounaise arb. n° 1*). De même, dans un litige opposant TOYOYA SERVICES AFRIQUE, dite TSA, à la Société Promotion des Représentations Automobiles dite PREMOTO, deux sociétés ivoiriennes, la Cour suprême de Côte d'Ivoire avait statué dans le même sens (*G. KENFACK DOUAJNI, Commentaire dudit arrêt in « Les mesures provisoires ou conservatoires dans l'arbitrage OHADA » op. cit.*).

Cette compétence reconnue au juge étatique d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en matière d'arbitrage est approuvée par la doctrine, qui estime « qu'il ne serait pas opportun de priver les parties à la convention d'arbitrage du bénéfice des procédures d'urgence existant devant les juridictions étatiques, jugées plus efficaces tant en raison de la possibilité de les saisir d'urgence qu'en raison du caractère exécutoire des décisions qu'elles sont susceptibles de rendre » (*Ph. FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial international, » Litec, 1996, n° 1307.*).

239. Cela étant, les parties liées par une convention d'arbitrage peuvent également saisir l'arbitre pour l'octroi des mesures provisoires ou conservatoires. À cet égard, le principe de compétence concurrente des juridictions étatiques et des arbitres pour prendre des mesures provisoires ou conservatoires est largement admis en droit contemporain de l'arbitrage. Les parties pourraient même s'interdire conventionnellement de recourir aux juridictions étatiques pour prendre de telles mesures pendant toute la durée de la procédure arbitrale, une telle convention doit alors être clairement

rédigée pour éviter toute équivoque à ce sujet (*Pb. FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, op. cit., n° 1319.*).

En règle générale, et à défaut de convention contraire des parties, les arbitres sont compétents pour octroyer les mesures dont il s'agit. Telle est la position prédominante en droit international (*Antonio R. PARA, « Pratique et expérience du CIRDI » in « Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international », op. cit., p. 45.*).

Il serait d'ailleurs difficilement admissible d'interdire à l'arbitre de pouvoir prendre des mesures provisoires ou conservatoires sous prétexte qu'il n'est compétent que pour connaître du fond de l'affaire. Aussi l'arbitre qui statue sur le fond de l'affaire a la possibilité d'assortir sa sentence de l'exécution provisoire, l'AUA précisant à ce sujet que « les arbitres peuvent accorder l'exécution provisoire à la sentence arbitrale, si cette exécution a été sollicitée, ou la refuser par une décision motivée » (*art. 24 AUA. Voir également G. KENFACK DOUAJINI et Christophe IMHOOS in « L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage » op. cit., où les auteurs considèrent que l'art. 24 AUA marque un recul par rapport aux autres textes nationaux antérieurs, qui ne subordonnaient pas l'octroi des mesures provisoires à la demande expresse des parties.*).

b - Exécution forcée

240. Cette exécution forcée peut intervenir tant dans l'espace OHADA (1) qu'en dehors dudit espace (2).

1 - Exécution des sentences arbitrales OHADA dans l'espace OHADA

241. L'efficacité de l'arbitrage passe par la facilité avec laquelle la sentence arbitrale peut être exécutée. En vertu du principe de la force obligatoire des conventions, la partie contre laquelle la sentence arbitrale a été rendue doit l'exécuter spontanément. Mais, en pratique, il n'en est pas toujours ainsi, la partie perdante multipliant des manœuvres pour éviter l'exécution spontanée de la sentence ou faire carrément échec à ladite exécution. Le bénéficiaire de cette sentence doit alors s'adresser au juge étatique compétent, pour solliciter l'exequatur en vue de l'exécution forcée de ladite sentence. À cet égard, l'AUA (article 30) stipule que la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par le juge compétent dans l'État partie et précise (article 31) que la reconnaissance puis l'exequatur de la sentence arbitrale supposent que la partie qui s'en prévaut établisse son existence ; ce qui se fait par la production de l'original de la sentence accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ce document, réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

242. Le juge étatique compétent ne doit procéder qu'à un contrôle léger et purement formel de la sentence ; il ne peut ou ne doit refuser l'exequatur que si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public international des États parties. Cet ordre public international des États parties, en réalité un ordre public communautaire (*P. G. POUGOUÉ, J.M. TCHAKOUA, A. FENEON, in « Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA », PUA, p. 160 et s.*) doit tenir compte des règles impératives du droit OHADA et du droit international (*Sur la notion d'ordre public international des États parties à l'OHADA, G. KENFACK DOUAJINI in « L'arbitrage dans le système OHADA », Thèse précitée ; adde G. KENFACK DOUAJINI, La notion d'ordre public international des États parties à l'OHADA in Rev. camerounaise arb., n° 29, p. 3 et s. adde S. I BEBOHI EBONGO, l'ordre public des États parties à l'OHADA in Rev. camerounaise arb, n° 32 p. 3 et s. Eugène ASSI ASSEPO Rev. Ar, b 2007, n° 4.*) En attendant que la CCJA précise la notion d'ordre public international, l'examen de la jurisprudence produite par les juridictions étatiques de l'espace OHADA en la matière révèle que dans les quelques cas inventoriés, le juge saisi s'est appuyé sur l'ordre public propre à son État pour refuser ou accorder l'exequatur sollicité.

243. En tout état de cause, le juge compétent visé par l'Acte uniforme doit être déterminé par les législateurs nationaux là où cela n'a pas encore été fait. Peu de législateurs nationaux à cette date ne se sont pas acquittés de ce devoir dans l'ensemble de l'espace OHADA. On peut néanmoins retenir qu'en Côte d'Ivoire, au Cameroun et au Tchad, c'est le président du tribunal de première instance du lieu où l'exécution de la sentence est prévue ou poursuivie qui est ledit juge étatique compétent, tandis qu'au Sénégal, celui-ci est le Président du Tribunal régional du lieu où l'exécution de la sentence est envisagée ou doit être poursuivie.

244. Au Gabon, c'est le Tribunal de première instance du lieu de l'exécution qui est le juge compétent, l'article 596 du code de procédure civile du Gabon énonçant que « le Tribunal de première instance connaît de tout ce qui a trait à l'exécution forcée des décisions de justice et d'autres actes y compris les demandes en reconnaissance et en exequatur des décisions judiciaires et actes publics étrangers, ainsi que des sentences arbitrales gabonaises ou étrangères ». Aux termes de l'article 31 de l'AUA, la décision du juge étatique compétent qui refuse l'exequatur est susceptible de pourvoi devant la CCJA tandis que celle qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours ; toutefois, le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit recours contre la décision ayant accordé l'exequatur. En ce qui concerne l'exécution forcée, dans l'espace OHADA, des sentences arbitrales CCJA, le bénéficiaire d'une telle sentence doit adresser une demande d'exequatur à la CCJA (*Art. 30.1 Règlement CCJA.*). L'exequatur est

accordé par une ordonnance du président de la CCJA ou du Juge qu'il délègue à cet effet et rend la sentence exécutoire dans l'espace OHADA. (*art. 30.2, Règlement CCJA*). L'ordonnance accordant l'exequatur à la sentence CCJA doit être notifiée par le bénéficiaire de la sentence à la partie adverse et celle-ci peut former, dans les quinze jours de la notification, une opposition à exequatur, laquelle est jugée contradictoirement à l'une des audiences ordinaires de la CCJA statuant dans sa formation juridictionnelle. (*art. 30.5 Règlement CCJA*).

245. La demande de l'exequatur d'une sentence CCJA peut être rejetée pour l'un des motifs ci-après :

- l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;
- l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui a été conférée ;
- le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;
- la sentence est contraire à l'ordre public international. (*art. 30.6 Règlement CCJA*).

Le refus de l'exequatur peut également être fondé sur le fait que la CCJA se trouve déjà saisie d'une requête en contestation de validité de la sentence.

Dans ce cas, la contestation de validité de la sentence et la requête en exequatur sont jointes (*art. 30.3 Règlement CCJA*).

246. Pour ce qui est de l'exécution forcée des sentences OHADA ou de tout autre titre exécutoire contre les personnes morales de droit public, le droit OHADA est en rupture avec le droit international. Dans l'espace OHADA, l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public est instituée par l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Ledit texte s'énonce ainsi qu'il suit : « L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec des dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elle, sous réserve de réciprocité. Les dettes des personnes et entreprises visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'État où se situent lesdites personnes ». Sur la base de ce texte, des juridictions étatiques d'instance et d'appel officiant dans l'espace OHADA, de même que la Cour commune de justice et d'arbitrage, ont appliqué dans l'absolu l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public. À titre d'exemple, on mentionnera cette affaire dans laquelle le juge social de la Cour d'appel de Lomé ayant condamné la société Togo Télécom à payer la somme

de 118 970 213 F CFA à des salariés pour licenciement abusif, ces derniers ont pratiqué saisie-attribution de créances entre les mains de diverses banques à Lomé (Togo), au préjudice de Togo Télécom. Contestant ces saisies, la Société Togo Télécom a assigné les saisissants en mainlevée devant le Président du Tribunal de première instance de Lomé, qui a fait droit à la demande de mainlevée par ordonnance n° 425/03 du 13 août 2003. Suite à l'appel interjeté par les créanciers saisissants, la Cour d'Appel de Lomé a confirmé l'ordonnance sus-évoquée, par arrêt n° 186/2003 du 26 septembre 2003. Les créanciers saisissants ayant formé pourvoi devant la Cour commune de justice et d'arbitrage contre l'arrêt sus-indiqué de la Cour d'appel de Lomé, la Haute Juridiction communautaire a rejeté ledit pourvoi. Entre autres motifs, la Cour commune s'est appuyée sur l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, pour affirmer que les biens des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, sont insaisissables et que la société Togo Télécom étant une entreprise publique, ses biens sont insaisissables ; sur quoi, la Cour commune souligna que la saisie-attribution pratiquée sur les comptes de Togo Télécom n'est pas fondée et n'a donc pas lieu d'être (*CCJA, 7 juillet 2005, aff. Aziablevi YOVO et autres c/ Société Togo Télécom*) ; sur l'ensemble de la question dans l'espace OHADA (*voir G KENFACK DOUJANI « L'exécution forcée contre les personnes de droit public » op. cit. ; adde G KENFACK DOUJANI, « Étude comparative entre l'arbitrage OHADA et l'arbitrage international » op. cit.*).

247. Bien que cet arrêt de la Cour commune soit conforme à la lettre de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, l'on peut regretter que la juridiction supranationale se soit abstenue d'être hardie et audacieuse sur l'application de ce texte qui est, quoi qu'il advienne, condamné à être réécrit, au regard tant du droit comparé que des tendances internationales récentes en la matière. En effet, l'on assiste de plus en plus à la restriction de l'immunité d'exécution des personnes morale de droit public et, si comme le proclame le préambule du Traité OHADA, l'on veut « garantir la sécurité juridique des activités économique afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement » dans l'espace OHADA, il est nécessaire de procéder à une réécriture de l'article 30 sus-visé.

En tout état de cause, le droit comparé et le droit international sont dans le sens de la restriction de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public. À titre de droit comparé, il faut noter que la jurisprudence française a toujours procédé à la distinction des actes de gestion et des actes de service public de la personne morale de droit public pour restreindre l'immunité d'exécution de celle-ci.

Par ailleurs, sur le terrain même du droit de l'arbitrage, le juge français à tantôt jugé que : « le recours à l'arbitrage

selon le règlement de la CCI implique de la part de l'État qui a accepté de s'y soumettre, l'engagement d'exécuter la sentence conformément à ce règlement » (*Cass. 9 juillet 1992, rev. arb. 1994, 133, note Ph. Tery*), et tantôt qu'« en souscrivant à des clauses compromissaires sans lesquelles à l'évidence des marchés n'auraient pas été conclus puis en s'y soumettant, l'État a ainsi accepté les règles du droit commun du commerce international ; (...) il a, par là même, renoncé à son immunité de juridiction et, les conventions devant s'exécuter de bonne foi, à son immunité d'exécution (...) » (*Paris, 24 février 1994 Aff. Sté BEC Frères c/État de Tunisie, Rev. Arb, p. 227, note V. Gaudemet*). Il en résulte que pour le juge français, la renonciation par l'État ou par toute autre personne morale de droit public à son immunité de juridiction vaut renonciation à son immunité d'exécution. La Cour de cassation française a réaffirmé cette règle en incluant dans l'arrêt *Creighton Limited* du 6 juillet 2000 qu'au regard des « principes du droit international régissant les immunités des États étrangers, ensemble l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, l'engagement pris par l'État signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence (...) impliquait renonciation de cet État à l'immunité d'exécution (...) ».

248. À côté de cette jurisprudence française, qui témoigne d'une bonne maîtrise du droit des immunités par le juge français, on mentionnera utilement que depuis le milieu des années 1970, les pays de tradition de la Common Law se sont dotés de législations spécifiques relatives aux immunités des États étrangers. C'est ainsi que le *Foreign Sovereign Law Immunities Acts* des États-Unis (*21 octobre 1976 et ses amendements du 9 novembre 1988*), le *State Immunity Act* du Royaume Uni (*20 juillet 1978*) et le *Foreign Immunity Act* de l'Australie (*16 décembre 1985*) autorisent des mesures d'exécution à l'encontre des biens et avoirs des États étrangers affectés à leurs activités commerciales et ne les excluent que pour ceux servant de support à leurs actes de puissance publique. Le Canada a adopté une loi similaire en 1982.

À l'échelle universelle, l'on mentionnera la Convention des Nations Unies, sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adoptée le 2 décembre 2004 puis soumise à la signature des États à partir du 17 janvier 2005 (*Pour une étude détaillée sur ladite Convention, voir Gérard HAFNER et Léonore LANGE, « La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », in AFDI, 2004, p. 45-76 ; adde G. KENFACK DOUAJANI, « Les États parties à l'OHADA et la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens » in Rev. camerounaise arb., N° 32, janvier-mars 2006, p. 3 et s. adde G. KENFACK DOUAJANI, « Propos sur l'immunité d'exécution et les émanations des États » in Rev. camerounaise arb., n° 30 p. 3 et s.*). Cette Convention fixe les conditions de la restriction de l'immunité d'exécution des personnes

morales de droit public, en reprenant les principales positions du droit comparé en la matière. Même si elle n'est pas encore en vigueur, elle a déjà été signée par au moins un des États parties à l'OHADA, en l'occurrence le Sénégal ; ce qui ne manquera pas, le moment venu, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur de la Convention en question, d'induire une réécriture de l'article 30 cité plus haut, en raison de la suprématie du droit international sur le droit interne.

249. En attendant l'entrée en vigueur de cette Convention, il ne semble pas excessif d'affirmer que le juge étatique de l'espace OHADA serait fondé, sur la base de l'article 2 alinéa 2 de l'AUA, et en s'inspirant du droit comparé, à restreindre l'immunité d'exécution dont jouit un État ou toute autre personne morale dans l'espace OHADA, pour y autoriser l'exécution forcée d'une sentence arbitrale OHADA ou autre. En effet, cet article 2 alinéa 2 de l'AUA autorisant les personnes morales de droit public de l'espace OHADA à compromettre, c'est tout naturellement que ces dernières doivent, le cas échéant et au regard du texte sus-évoqué, être contraintes à se soumettre aux sentences arbitrales intervenues suite à la mise en œuvre des conventions arbitrales auxquelles elles auront souscrit.

Quoi qu'il en soit, à défaut pour le juge étatique de l'espace OHADA d'appliquer l'article 30 dans le sens de sa restriction, il appartient au législateur OHADA, c'est-à-dire au Conseil des ministres de l'OHADA, de procéder à la réécriture dudit texte dans un sens qui permette de garantir effectivement, dans l'espace OHADA, la sécurité juridique des activités économiques afin d'y favoriser l'essor desdites activités et d'y encourager l'investissement, comme le proclame le préambule du Traité OHADA.

En dehors de l'espace OHADA, les entraves à l'exécution forcée des sentences arbitrales OHADA sont, heureusement, peu nombreuses.

2 - Exécution forcée des sentences OHADA en dehors de l'espace OHADA

250. Les sentences arbitrales OHADA constituent des sentences étrangères en dehors de l'espace OHADA et y font l'objet d'une exécution forcée sur le fondement de la Convention de New York du 10 juin 1958. Au terme de l'article 1^{er} de la Convention ci-dessus mentionnée, une sentence étrangère est, en principe, une sentence rendue dans un autre État partie que celui dans lequel sa reconnaissance et son exécution sont demandées.

Ayant été adoptée pour favoriser l'exécution des sentences arbitrales au plan universel par la facilitation de l'accueil desdites sentences dans les États parties, la Convention de New York constitue l'un des instruments internationaux les plus largement adoptés (*FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996, p. 980,*

n° 1666.). En effet, à ce jour, elle a été ratifiée par plus de cent quarante pays au monde, au nombre desquels les pays membres de l'OHADA. L'un des traits marquants de la Convention de New York tient au fait qu'elle ne s'oppose pas à ce que le droit commun de l'État dans lequel la reconnaissance et l'exécution forcée d'une sentence arbitrale étrangère sont recherchées soit plus favorable (art. VII-1 de la Convention de New York).

L'article VII, 1 de cette Convention énonce à cet égard que : « Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales, et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités des pays où la sentence est invoquée ».

Cette disposition de la Convention de New York a été opportunément qualifiée de « clause de la sentence la plus favorisée », qui règle deux types de conflits de normes ; d'une part, les conflits de conventions internationales, dans la mesure où la norme conventionnelle qui l'emporte n'est ni la plus récente, ni la plus spéciale mais celle qui, par son contenu, est jugée la plus favorable à l'exécution de la sentence (FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN, *op. cit.*, p. 152 et 153, n° 267 et 268.).

Par ailleurs, « le conflit entre les règles de la Convention de New York et celles du droit commun de l'État contractant est également tranché en faveur de la disposition la plus favorable » (*Idem*, p. 153, n° 269/24 *idem*, n° 269, p. 153/65 *idem*, n° 1667, p. 994.). C'est donc tout naturellement que la Convention de New York est perçue comme constituant « le degré minimum de protection du bénéficiaire de la sentence » (*idem*) et que l'on en déduit qu'elle « ne prévoit que les conditions minimales de la reconnaissance et de l'exécution des sentences et ne s'oppose nullement à ce que le droit commun de tel ou tel État fasse preuve d'un plus grand libéralisme » (*Idem*, p. 153, n° 269/24 *idem*, n° 269, p. 153/65 *idem*, n° 1667, p. 994.).

251. Sur le fondement de cette lecture de l'article VII de la Convention de New York, que nous approuvons (G. KENFACK DOUAIJI, « *The OHADA State parties and the New York Convention* » *Communication à l'occasion du 50^e anniversaire de la Convention de New York ; New York, 1^{er} février 2008.*), le juge français a plusieurs fois été amené à accorder l'exequatur, en France, à une sentence annulée dans son pays d'origine.

Dans l'affaire Norsolor, la Cour de cassation française avait cassé l'arrêt par lequel une Cour d'appel avait refusé l'exequatur en France d'une sentence rendue en Autriche puis annulée par la Cour d'appel de Vienne. En effet, se fondant sur l'article VII de la Convention de New York, la Haute juridiction française estima que dès lors que l'annulation de la sentence dans son pays d'origine ne figure pas dans la liste limitative des griefs recevables contre elle en vertu du droit commun fran-

çais (art. 1502 NCPC), le juge français ne pouvait se satisfaire de cette circonstance pour rejeter la sentence (*Cass. 1^{re} civ. 23 mars 1994, rev. arb. 1994, p. 327, note Ch. JARROSSON, JDI, 1994, 701, note E. GAILLARD ; Jan PAULSON, « L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local », Bull. CCI. Vol. 9, n° 1, mai 1998, p. 14 et s ; Albert Jan Van den Berg, « L'exécution d'une sentence arbitrale en dépit de son annulation ? » Bull. CCI, vol. IX, n° 2, novembre 1998, p. 15 et s.*).

Confirmant cette position plus tard, la Cour de cassation, dans l'affaire Hilmarton, affirme que : « c'est à juste titre que l'arrêt attaqué décide qu'en application de l'article VII de la Convention de New York (...) la société OTV était fondée à se prévaloir des règles françaises relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences rendues à l'étranger en matière d'arbitrage international et notamment de l'article 1502 du nouveau code de procédure civile qui ne retient pas, au nombre des cas de refus de reconnaissance et d'exécution, celui prévu par l'article VI de la Convention de New York » (*Cass. 1^{re} civ. 23 mars 1994, rev. Arb. 1994, p. 327, note Ch. JARROSSON, JDI, 1994, 701, note E. GAILLARD ; Jan PAULSON, « L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local », Bull. CCI. Vol. 9, n° 1, mai 1998, p. 14 et s ; Albert JAN VAN DEN BERG, « L'exécution d'une sentence arbitrale en dépit de son annulation ? » Bull. CCI, vol. IX n° 2, novembre 1998, p. 15 et s.*).

252. Plus récemment, dans le cadre de l'affaire Putrabali portant sur un contrat de vente de piment blanc par une entreprise indonésienne à une société française, laquelle, n'ayant jamais reçu sa marchandise, refusa de payer le prix d'achat réclamé par la vendeuse, la Cour de cassation française a statué comme précédemment, tout en insistant sur l'absence de rattachement de la sentence internationale à l'égard de tout ordre juridique étatique. En effet, la Haute juridiction française a affirmé que « la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où la reconnaissance et son exécution sont demandées (...). En application de l'article VII de la Convention de New York du 10 janvier 1958, la société Rena Holding était recevable à présenter en France la sentence rendue à Londres le 10 avril 2001 conformément à la convention d'arbitrage et au Règlement de l'IGPA et fondée à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger » (*Sté Putrabali c/ Rena Holding et Autres, cass. 1^{re} civ. 29 juin 2007, Rev. arb., 2007, n° 3 ; Rapport de Jean Pierre ANCEL et Note d'Emmanuel GAILLARD.*).

253. Cette jurisprudence française a eu des échos

favorables en Belgique, aux Pays-Bas, en Autriche et même aux États-Unis où l'affaire Chromalloy dans laquelle une sentence arbitrale rendue en Égypte et annulée par la justice égyptienne a bénéficié de l'exequatur d'une Cour d'appel américaine. Certes la jurisprudence Chromalloy a été progressivement remise en cause par les juridictions américaines, poussées en cela par des critiques doctrinales qui, si elles estiment qu'accorder l'exequatur à une sentence annulée dans son pays d'origine est contraire à l'article VI-1-e de la Convention de New York n'expliquent pourtant pas en quoi cette disposition de la Convention sus-évoquée mériterait plus de considération que l'article VII de la même Convention, sur le fondement duquel une sentence annulée à l'étranger est validée en France et dans les autres pays mentionnés plus haut (*Sur les critiques contre la doctrine française, voir Albert VAN DEN BERG, op. cit. ; adde When the theory doesn't fit the facts, a further comment on Putrabali, by Richard, W. HULBERT: Arbitration International, Vol. 25 number 2, 2009, p. 157 to 172, On annulled arbitration award and death of Chromalloy, by Mathiew D. SLATE in Arbitration International, Vol. 25, n° 2, p. 271 to 292.*).

254. L'article 26 AUA, qui énumère les motifs d'annulation de la sentence arbitrale, étant similaire à l'article 1502 NCPC sur le fondement duquel le juge étatique compétent en droit français accorde l'exequatur en France à la sentence arbitrale annulée dans son pays d'origine, le juge étatique compétent de l'espace OHADA pourrait reprendre à son compte toute la jurisprudence française rappelée plus haut ; ce faisant, ledit juge contribuerait à faire de l'espace OHADA un cadre incitatif des investissements.

255. En tout état de cause, il est intéressant de relever qu'une sentence arbitrale CCJA a récemment bénéficié de l'application de la doctrine française permettant l'octroi de l'exequatur à une sentence annulée ou même simplement susceptible d'annulation dans son pays d'origine. En effet, la sentence arbitrale CCJA rendue le 31 octobre 2005 à Abidjan entre la Société Ivoirienne de Raffinage (SIR SA) et les Sociétés Teekay Shipping Norway AS et Autres en faveur des sociétés sus-citées a bénéficié d'une ordonnance d'exequatur rendue le 15 mars 2006 par le Tribunal de grande instance de Paris, à la demande desdites Sociétés, alors même qu'elle faisait l'objet d'une contestation de validité devant la CCJA, recours introduit par la SIR SA qui avait, dans le même temps, introduit contre ladite sentence un recours en annulation devant la Cour d'appel d'Abidjan. La contestation de validité sus-évoquée donna lieu plus tard à un arrêt de rejet de la CCJA (*Voir CCJA, n° 29/2007 du 19 juillet 2007, note G. KENFACK DOUAJNI, in Rev. camerounaise arb, n° 38, p. 14 et s.*).

Par ailleurs, l'on indiquera utilement qu'après avoir interjeté appel contre l'ordonnance d'exequatur rendue le 15 mars 2006 par le Tribunal de grande instance de Paris, la SIR SA sollicitait devant la Cour d'Appel de

Paris le sursis à statuer en attendant la décision de la Cour d'appel d'Abidjan, qu'elle disait avoir saisie d'un recours en annulation contre la sentence bénéficiaire de l'ordonnance d'exequatur querellée. La Cour d'appel de Paris a rejeté cette demande de sursis à statuer de la SIR SA en énonçant fort justement que « (...) quelle que soit la compétence de la Cour d'appel d'Abidjan pour connaître d'un recours dirigé contre une sentence rendue sous les auspices du Règlement CCJA, ledit Règlement prévoit la procédure et les conditions pour contester la validité devant même la CCJA ». Elle a précisé que la sentence arbitrale CCJA, sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, « (...) est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées ; que l'article 1502 du nouveau code de procédure civile n'envisageant pas comme cause de refus d'exécution l'annulation de la sentence à l'étranger, (...) la Convention de New York du 10 juin 1958, à laquelle l'Accord de coopération en matière de justice du 24 avril 1961 entre la France et la Côte d'Ivoire renvoie pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, réserve l'application d'un droit interne, tel le droit français, plus favorable » (*Paris – arrêt n° 06/0778 du 31 juillet 2008, Aff. Sté Ivoirienne de Raffinage (SIR) c/Sté Teekay Shipping Norway et autres, Rev. Camerounaise arb., N° 40, note de G. KENFACK DOUAJNI et Rev. camerounaise arb., N° 44, Commentaires de Benoît LE BARS, p. 13 et s.*). Sur quoi, elle a confirmé l'ordonnance d'exequatur querellée.

256. Cet arrêt de la Cour d'appel de Paris mérite d'être approuvé, d'autant qu'en qualifiant de « décision de justice internationale » la sentence arbitrale CCJA, cette décision met en exergue l'efficacité du dispositif d'arbitrage de l'OHADA en général et du système d'arbitrage CCJA en particulier. En effet, le système d'arbitrage CCJA est intéressant en ce que l'exequatur accordé à la sentence CCJA rend celle-ci exécutoire dans l'ensemble de l'espace OHADA. Par ailleurs, en dehors de l'espace OHADA, ladite sentence peut être reconnue et exécutée sur le fondement de la Convention de New York, la Cour d'appel de Paris précisant que cette sentence CCJA est une décision de justice internationale qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique et peut, au regard de l'article VII de la Convention de New York, être exécutée en France même si elle est annulée ou est susceptible d'annulation dans son pays d'origine. La « querelle » entre les tenants de cette doctrine française fondée sur l'article VII de la Convention de New York et ceux qui la critiquent en se basant sur l'article V-1-e de la même Convention traduit simplement la nécessité de compléter ladite Convention par un autre instrument universel qui uniformiserait les causes d'annulation des sentences arbitrales.

257. En attendant l'avènement de cet autre instrument universel, le législateur OHADA a su unifier, dans

le cadre de l'exequatur accordé par la CCJA aux sentences arbitrales CCJA, les causes d'annulation desdites sentences, l'article 30.6 du Règlement d'arbitrage CCJA qui énumère les causes de refus de l'exequatur étant impératif dans l'espace OHADA. Le modèle CCJA a déjà été cité comme étant l'un de ceux qui pourraient inspirer l'élaboration et l'adoption de l'instrument universel souhaité (Ph. FOUCHARD, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », in *Rev., arb.*, 1998, n° 4, p. 671)

G - Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises

Introduction

258. Sur un plan général, la comptabilité naît de la remise en cause de la perfection de l'information sur les marchés. Son rôle premier est donc de remédier au déficit informationnel lié à l'imperfection dans un contexte d'acteurs opportunistes et d'environnements turbulents et non neutres.

La dynamique des normes comptables traduit la difficulté d'atteindre l'image fidèle de l'entreprise. L'internationalisation des entreprises pousse à la recherche de la comparabilité des comptes issus des contextes différents à travers l'universalisme comptable, ou de façon souple, l'harmonisation comptable qui reconnaît la diversité.

Ainsi, on est en droit de reconnaître que malgré les efforts de reconstruction permanente des outils comptables, l'information comptable n'est au mieux qu'asymptotique de la réalité du fait des nuisances générées par les acteurs et surtout par l'architecture comptable instituée qui présente des limites.

Les pays africains, anciennes colonies françaises, n'ont pas échappé à cette dynamique des normes comptables. Ils ont adopté, dans un premier temps, le plan français de 1958, l'ont aménagé en plan OCAM par la suite en 1974, et enfin, se sont rapprochés des normes internationales IFRS (*International Financial Reporting Standard*), à travers le système OHADA de la décennie 1990. Cette mobilité comptable visait constamment l'amélioration de l'information comptable disponible, en minimisant l'impact humain et matériel susceptible de déformer cette information capitale pour des décisions stratégiques et tactiques des parties prenantes.

C'est dans ce même état d'esprit que les 16 pays africains francophones de l'Afrique Centrale et de l'Ouest ont ratifié depuis l'année 1993 le traité donnant naissance à l'OHADA. Dans ce cadre, ces pays vont par la suite convenir d'un Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités en 2000, d'où le DCO (en abrégé DCO).

L'objectif fondamental de ce droit comptable est d'établir une unification progressive des législations afin de favoriser le développement harmonieux de tous les

États parties en compatibilité avec l'intégration communautaire qu'il propose.

Trois raisons fondamentales vont présider à l'application immédiate, et partant par ricochet, à l'abandon du plan OCAM-CEMAC (*L'abandon du plan OCAM-CEMAC procède d'une démarche réaliste que de la technique juridique car il relève d'un ordre juridique distinct de celui de l'OHADA. En ce sens, lire R. NEMEDEU, « Une présentation critique de l'Acte uniforme OHADA du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises par rapport au plan OCAM-CEMAC » : Juris périodique, n° 58, avril-juin 2004, p. 94 ; Obadata D-06-29*) : d'une part, tous les États membres de la CEMAC sont signataires du traité de l'OHADA et donc de cet Acte uniforme ; d'autre part, l'art. 9 du traité de l'OHADA dispose que « les Actes uniformes entrent en vigueur 90 jours après leur adoption, sauf modalités particulières prévues par l'Acte lui-même. Ils sont opposables 30 jours francs après publication au journal officiel de l'OHADA (...) » ; et « sont abrogées à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Acte uniforme et de son annexe toutes dispositions contraires » (article 112 al. 1 DCO) ; enfin, dans certains États membres de la CEMAC, certains ordres professionnels ont opté pour le nouveau DCO, en raison de son efficacité.

Divers arguments relevant de la technique comptable elle-même vont aussi commander cette adoption : l'hétérogénéité des référentiels comptables en vigueur, la pluralité des bilans et états financiers (ce qui fragilise la fiabilité des informations comptables émanant des entreprises), l'obsolescence des normes comptables, l'insuffisante appréhension du secteur productif, car le secteur informel occupe une place prépondérante. On peut aussi noter le fait que les référentiels comptables en vigueur ne permettaient pas de collecter et de traiter les informations relatives aux activités économiques de ce secteur.

Le DCO comporte l'ensemble de la réglementation comptable jugée adaptée à la situation des entreprises de l'espace et à l'évolution des techniques comptables. Il forme un tout cohérent et indissociable comprenant le dispositif juridique, le dispositif comptable, le plan de fonctionnement des comptes, les approfondissements techniques, la comptabilité des trésoreries. Il est bâti sur une approche de gestion d'entreprise, contrairement au plan OCAM, qui a été élaboré sur une approche macroéconomique.

À l'analyse de cet Acte uniforme, les innovations apparaissent évidentes tant sur le plan juridique que comptable.

I - Dispositif juridique dans le DCO

259. L'analyse des 113 articles constituant le dispositif juridique révèle un mélange de droit public, de droit privé et des règles propres à la comptabilité. Le DCO

est basé sur des garanties juridiques fortes, ce qui le diffère du plan OCAM-CEMAC qui ne prévoit pas un dispositif de cette nature. Il est complété par l'Acte uniforme sur le droit commercial général et le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Toutefois, la singularité du dispositif pénal laisse un goût d'inachevé à cet Acte uniforme que devrait compléter la législation des différents États membres.

a - Traits forts du dispositif juridique

260. Le DCO affiche une dimension supranationale qui s'étend au-delà de la zone CEMAC. C'est une garantie juridique qui est fondamentale quand on se rend compte que l'une des faiblesses de l'OUA avait été d'avoir fait de l'intangibilité des frontières un principe sacré. Cette supranationalité emporte inévitablement une supra constitutionnalité. C'est dire que, si une disposition du traité et donc de l'Acte est contraire à la constitution d'un pays membre, c'est à ce dernier que revient l'obligation de modifier sa constitution pour la mettre en harmonie avec le traité OHADA.

Le DCO est d'application immédiate et obligatoire dans tous les États parties, nonobstant toute disposition contraire ou postérieure, conformément à l'article 10 du traité OHADA. On en conclut que le système s'impose d'office aux opérateurs économiques des pays membres.

Par ailleurs, l'article 2 DCO définit le cercle des personnes morales soumises à cette contrainte comptable. Il s'agit des entreprises publiques, parapubliques, coopératives, toute entité produisant des biens et des services marchands, à caractère lucratif ou non. Bien que les banques, les établissements financiers et les compagnies d'assurance soient assujettis à des plans comptables spécifiques, le système OHADA ne se limite pas au plan des comptes, les autres volets de l'Acte uniforme relatifs au droit comptable leur sont applicables. Cette extension permet de comptabiliser les activités du secteur informel que le plan OCAM-CEMAC, par exemple, ne permettait pas de mieux appréhender, ce qui explique en partie la faiblesse de l'économie des États de la zone.

Le système comptable OHADA (SYCO) se fonde sur une approche méthodique de la comptabilité en recourant aux termes prudence, régularité, sincérité, transparence. Toutes ces exigences sont justifiées par le fait que, c'est l'observation de ces règles qui assure l'authenticité des écritures et donne à la comptabilité la capacité de jouer son triple rôle que lui assigne l'article 14 DCO, à savoir : instrument de mesure des droits et obligations des partenaires de l'entreprise, de preuve, d'information des tiers et de gestion. Cette image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise, doit être donnée par les états financiers : le bilan, le compte de résultat, le

tableau financier et l'état annexé. Certes, ce dernier état joue un rôle particulièrement important dans la délivrance d'une image fidèle, mais c'est un rôle non exclusif : bilan, compte de résultat, tableau financier, doivent fournir une image fidèle, éclairée par les compléments et les explications de l'état annexé.

La finalité de l'image fidèle est un aspect essentiel du modèle comptable OHADA. Elle transcende les notions de régularité et de sincérité que connaît le plan comptable OCAM-CEMAC. Elle contraint les responsables des comptes à fournir des explications et des compléments d'informations dans l'état annexé, lorsque l'application pure et simple de l'OHADA ne conduit pas à l'obtention d'une image fidèle. Et même dans des cas exceptionnels, elle peut amener à des dérogations aux dispositions normales de l'OHADA, lorsqu'elles entraînent une modification des enregistrements comptables qui se répercute, évidemment, sur la nature et le montant de certains postes de ces états. C'est un objectif qui n'était pas affirmé dans le plan OCAM-CEMAC. On en déduit qu'il ne s'agit pas d'une simple obligation de moyens, mais d'une obligation de résultat : donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. Cette image fidèle est notamment obtenue par le respect de certains principes comptables de base édictés par l'OHADA.

Des sanctions civiles et pénales sont prévues en cas d'inobservation des règles édictées qui touchent les dirigeants, les administrateurs et les auditeurs.

b - Incohérence du dispositif pénal

261. L'article 111 DCO incrimine des comportements des entrepreneurs individuels et des dirigeants susceptibles de sanctions pénales. Il en est ainsi lorsqu'ils :

- n'auront pas, pour chaque exercice social, dressé l'inventaire et établi les états financiers annuels ainsi que, le cas échéant, le rapport de gestion et le bilan social ;
- auront sciemment établi et communiqué des états financiers ne délivrant pas une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'exercice.

Il convient de relever que la technique de construction du droit pénal OHADA a consisté, pour le législateur OHADA, à incriminer les comportements, tout en laissant le pouvoir de déterminer les peines les sanctionnant aux législateurs nationaux. C'est dans cette logique que l'article 111 in fine renvoie pour les sanctions de ces manquements aux droits pénaux internes. C'est un choix du législateur OHADA qui peut s'inscrire dans la perspective de laisser les États procéder eux-mêmes à l'adaptation de leur législation par rapport à toutes ces questions. C'est le cas déjà du Sénégal et du Cameroun.

Et justement, le Cameroun pour sa part, par une loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA, sanctionne à son article 38 d'une peine d'emprisonnement de 3 mois à 3 ans et d'une amende de 500 000 à 5 000 000 F CFA ou de l'une de ces peines seulement, les auteurs de ces infractions.

Le fait que le législateur camerounais ait prévu cette peine est appréciable. Mais il n'est pas évident qu'il soit sur la même longueur d'onde que le législateur sénégalais. Encore plus grave, certains législateurs n'ayant pas encore déterminé cette peine, il va s'en dire que la répression de cette infraction ne serait pas possible dans ces pays. Et même, si les différents législateurs nationaux l'avaient fait, on ne serait pas à l'abri d'une pratique de *forum shopping* de la part des acteurs économiques.

Toutefois, en attendant que les différentes législations nationales soient modifiées dans ce sens, il faut bien que les juges statuent sur ces questions s'ils sont saisis, au risque d'être poursuivis pour déni de justice. On suppose qu'ils raisonneraient par analogie ou par assimilation avec les dispositions internes existantes.

Cependant, on peut déjà se réjouir de pouvoir trouver un début de solution dans certaines dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, notamment l'article 898 sur l'inobservation des incompatibilités légales, l'article 899 qui sanctionne la diffusion ou la confirmation des informations mensongères par le commissaire aux comptes et la non-révélation au ministère public des faits délictueux dont il aura eu connaissance. Bien évidemment, le législateur camerounais de 2003 les sanctionne respectivement d'une peine de 2 à 5 ans et d'une amende de 200 000 à 5 000 000 F ou de l'une des deux peines seulement (article 16) ; d'un emprisonnement de 2 à 5 ans et d'une amende de 500 000 à 5 000 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement (art. 17).

II - Démarche comptable

262. La comptabilité est la science qui a pour but l'enregistrement en unités monétaires des mouvements de valeurs économiques, en vue de faciliter la conduite des affaires financières, industrielles et commerciales, par la mise à disposition du public d'une information fiable et pertinente. Le système comptable est donc l'ensemble des dispositions qui conditionnent la technique comptable applicable aux entreprises ; plus précisément, les documents comptables qui doivent être tenus, l'organisation et les procédures comptables, les principes comptables, les règles d'évaluation et de détermination du résultat, les états financiers, etc.

Il convient de mettre en relief les innovations du SYSCO par rapport au plan OCAM-CEMAC et puis de relever ses caractéristiques.

a - Innovations majeures du SYSCO

263. En adoptant l'Acte uniforme instituant le nouveau référentiel, les États signataires poursuivent un ensemble d'objectifs très novateurs et en phase avec l'époque actuelle.

Il s'agit avant tout de moderniser les législations antérieures pour les amener au niveau des normes internationales, en particulier celles de l'IASB, de permettre la compréhension des comptabilités et leur contrôle, la comparabilité dans l'espace et dans le temps des documents de synthèse, d'améliorer l'élaboration des statistiques pour les besoins spécifiques de la comptabilité nationale, et enfin, de favoriser la consolidation des comptabilités des groupes.

Avec les normes IAS, progressivement remplacées par les normes IFRS, qui davantage voudraient servir de modèle partout dans le monde malgré les obstacles rencontrés, il était et reste urgent que les entreprises de l'espace OHADA présentent des documents qui peuvent être évalués et interprétés facilement dans le monde. Il est vrai que ceci n'est toujours pas rendu possible dans la mesure où pour lever des fonds sur le plan international, il faudra refaire presque entièrement ses états financiers selon les normes IAS-IFRS pour les pays de l'Union Européenne en général et selon celles exigées par le FASB américain. Ces adaptations sont très coûteuses et même décourageantes pour certains comptables qui manquent d'audace et d'ingénierie nécessaires. Par conséquent, les problèmes d'adaptation que rencontrent, par exemple, les entreprises européennes en soumettant leurs états de synthèse aux analystes financiers américains, sont plus graves pour les entreprises de la zone OHADA. La modernisation des législations a encore beaucoup de chemin pour le DCO.

Comprendre la comptabilité est essentiel à la fois pour l'entreprise et tous ses partenaires. Maîtriser les techniques et faire davantage la part des choses entre la comptabilité créative, de plus en plus évolutive et dangereuse, est un défi que le SYSCO se veut d'impulser avec sa dernière énergie. Les états financiers représentent rarement l'activité des entreprises, et par conséquent, toute décision prise à partir de ces supports se trouve fortement biaisée. Ceux qui doivent contrôler la comptabilité doivent mieux comprendre la comptabilité. Il faudra davantage associer, en fonction de leur influence sur la pratique de la comptabilité et sur la qualité de l'information comptable, les professionnels de la comptabilité, l'Université, les groupements interpatronaux et la fonction publique.

Les fiscalités des différents États, jalouses de leur autonomie, face aux normes comptables OHADA, rendent l'objectif de comparabilité difficile à atteindre déjà au niveau de chaque État partie et entre États parties. Il faut par conséquent trouver un équilibre ou un compromis durable et efficace entre le SYSCO et les droits fiscaux nationaux.

La recherche de l'image fidèle échappe finalement à toutes les parties prenantes et même à l'entreprise. Il faut une politique fiscale plus au service des actionnaires. Il est temps de conjuguer durablement les politiques et stratégies fiscales et financières. Si l'on amène les entreprises à poursuivre beaucoup plus les intérêts des propriétaires, il y a de fortes chances que, ce faisant, l'État y trouve son compte.

Notons tout de même que par rapport au Plan OCAM-CEMAC, le SYSCO a introduit des nouveautés qu'on analysera successivement :

1 - Traitement des immobilisations acquises par le crédit-bail

264. Les immobilisations corporelles sont des biens matériels acquis ou créés par l'entreprise. Il s'agit, en particulier, des terrains, des bâtiments, des installations techniques, des agencements et des matériels. Lesdites immobilisations peuvent intégrer les biens de l'entreprise par plusieurs voies : apport par un associé, production par l'entreprise elle-même, transfert gratuit à l'entreprise, échange de biens, opération de crédit-bail, etc.

Ce dernier cas dit opération de crédit-bail est une innovation assez intéressante. Le crédit-bail est avant tout une location financement (*financial lease* (normes IFRS)), ou *capital lease* (normes américaines). Ce type de location est défini comme une opération par laquelle le propriétaire d'un bien mobilier ou immobilier le loue à un utilisateur contre paiement de redevances annuelles avec option d'achat à l'échéance de la période contractuelle de location. Ce type d'opération est complexe pour au moins deux raisons :

- d'une part, il est utilisé par l'entreprise comme un moyen de financement des biens qui, quoique ne faisant pas juridiquement partie des éléments de son patrimoine, contribuent à la formation de son chiffre d'affaires et ce généralement de façon très significative ;
- d'autre part, il constitue un engagement dont la portée varie à la fois selon les législations et la nature du contrat.

Le SYSCO l'ayant défini comme une acquisition par endettement rejoint le traitement de l'IASC pour respecter le principe général de la prééminence de la réalité sur l'apparence. Le SYSCO distingue trois cas de traitement possibles, selon la valeur ou le poids du bien acquis par crédit-bail par rapport à l'ensemble des biens du patrimoine de l'entreprise.

Le 1^{er} cas concerne la situation où la valeur d'entrée des immobilisations concernées est supérieure à 5 % de la valeur brute de l'ensemble des immobilisations de l'entreprise. Dans ce cas, on envisage l'hypothèse que le preneur lèvera l'option à l'échéance du contrat, de telle sorte que l'opération est traitée sur le plan comptable comme une acquisition d'immobilisation couplée d'un emprunt de montant équivalent.

Le second cas est celui où ces immobilisations se présentent sous la forme d'une multitude de petits matériels de faible valeur et représentent plus de 20 % de la valeur brute de l'ensemble des immobilisations de l'entreprise. Ainsi, le crédit-bail doit faire l'objet d'un retraitement dit « simplifié », c'est-à-dire, que les redevances de crédit-bail doivent être ventilées entre intérêt et amortissement économiques de biens considérés, sans tenir compte de l'emprunt équivalent.

Le troisième cas se présente si les deux premiers cas ne sont pas relevés, alors aucun retraitement du crédit-bail n'est fait et là l'enregistrement comptable des redevances de crédit-bail reste celui classique, c'est-à-dire l'aspect juridique prime sur l'aspect économique et ces immobilisations par conséquent sont totalement exclues du bilan.

En somme, en matière de crédit-bail selon le SYSCO, seules les immobilisations dont la valeur d'acquisition est supérieure à 5 % de la valeur brute de l'ensemble des immobilisations de l'entreprise sont enregistrées parmi les immobilisations de celle-ci. Cette innovation permet clairement de distinguer le SYSCO du plan OCAM-CEMAC sur le plan du traitement comptable des immobilisations acquises par crédit-bail, approche économique privilégiée. Malheureusement, les DSF de nos entreprises montrent généralement que ce type d'acquisition de biens intéresse très peu nos entreprises. Il est possible que ce soit un manque d'information sur cette option ou alors l'écart trop élevé entre la somme des redevances à verser et la valeur du bien sur le marché.

2 - Traitement des effets escomptés non échus

265. Le phénomène d'effet escompté non échu est très important dans la mesure où c'est encore un exemple de respect du principe de la réalité sur l'apparence par le SYSCO. La philosophie du plan OCAM-CEMAC suppose que l'effet a été payé et donc sortie d'effet du portefeuille de l'entreprise. Avec le SYSCO, tant que l'effet n'est pas effectivement payé, il reste dans le portefeuille de l'entreprise. Par conséquent, on suppose juste que la banque a accordé à l'entreprise un découvert d'un montant équivalent à celui de l'effet. Physiquement, cette considération fera que l'actif circulant garde l'effet, la trésorerie active enregistre l'encaissement du découvert et celle passif enregistre le découvert. Là encore, l'économique a pris le dessus sur le juridique. Ce traitement est de mieux en mieux au service de l'image fidèle.

3 - Traitement du personnel intérimaire

266. Il est également question ici de privilégier la réalité à l'apparence et de faciliter la comparaison entre entreprises. Par conséquent, on doit supposer que le personnel qui est intérimaire ou loué à l'entreprise est

finalement un personnel de l'entreprise. Au cours de l'exercice, le traitement privilégie le traitement relatif au service extérieur, mais en fin d'année, l'on solde ce compte par le débit du compte charges de personnel. C'est une innovation dans la mesure où le SYSCO tente, de la meilleure des manières, de privilégier une image fidèle de l'entreprise à travers les comptes plus réels qu'apparents. Le plan OCAM-CEMAC, quant à lui, considérait un simple service extérieur ; ce qui avait des conséquences fortes au moment de comparer deux entreprises, une qui emprunte le personnel et l'autre qui emploie directement.

4 - Comptabilité de type dualiste avec adoption du système d'inventaire intermittent comme principe de base

267. Le SYSCO a préconisé deux types d'inventaire.

L'inventaire permanent permet de suivre au jour le jour l'évolution des stocks. Il a l'avantage de connaître les stocks en valeur et en quantité à tout moment, mais présente l'inconvénient majeur d'être très exigeant et donc très onéreux.

L'inventaire intermittent se tient en fin d'exercice à partir du constat de la situation finale des stocks. Elle consiste à annuler le stock initial et à constater le stock final. Il a l'avantage d'être moins exigeant donc moins onéreux, mais est limité par la non-connaissance au quotidien de la valeur des stocks. Ce qui traduit un fort handicap et un tâtonnement de la gestion des stocks. C'est donc une option irrationnelle dans la mesure où le stock est mal évalué, mal apprécié et le prix de vente tâtonné. Le risque de rupture de stock élevé et la confusion des coûts d'entrée des différents lots d'une même marchandise à des prix différents sont fort probables. L'avantage est que ce système est approprié pour les petites entreprises, quitte à elles de minimiser ses inconvénients sus-indiqués pour éviter des pertes énormes qui fragiliseraient davantage leur situation financière.

5 - Institution du TAFIRE

268. L'une des innovations majeures apportées par le SYSCO est l'institution du Tableau financier des ressources et des emplois (TAFIRE) qui fournit des informations stratégiques qui seraient difficiles à observer par le plan OCAM-CEMAC. En effet, ce tableau permet de mieux apprécier la formation du fonds de roulement ainsi que son utilisation à travers le besoin en fonds de roulement et la trésorerie nette. Ces informations sont très importantes pour une analyse financière des états financiers.

Le tableau ci-dessous, dont quelques éléments sont empruntés à Nzakou (2008), résume les innovations du DCO par rapport au plan OCAM-CEMAC à travers une démarche comparative des deux systèmes aux niveaux des objectifs, de l'organisation, de la codification des comptes et des états financiers.

Après avoir clôturé ainsi les innovations du DCO par rapport au Plan OCAM-CEMAC à travers ce tableau comparatif, il convient de rentrer un peu plus en détail dans les caractéristiques fondamentales du SYSCO.

b - Caractéristiques fondamentales du SYSCO

269. Le traitement des charges et produits, la modélisation des états financiers, l'adoption d'un plan des comptes normalisé, la séparation de la comptabilité générale de la comptabilité analytique et de l'affirmation des principes comptables fondamentaux, représentent l'ensemble des caractéristiques principales du DCO.

1 - Analyse par nature des charges et produits

270. Contrairement au classement et traitement des charges et produits par fonction, comme l'on le note dans le système anglo-saxon, le DCO privilégie un traitement des charges et produits par nature. Ce qui le conduit à distinguer, selon leur nature juridique externe, dans l'ordre du plan des comptes, les achats de marchandises, matières et autres achats, le transport, les services extérieurs, les impôts et taxes, les charges du personnel, les frais financiers, les dotations aux amortissements, les dotations aux provisions.

2 - Modélisation rigoureuse des états financiers

271. Trois modèles précisent les règles d'évaluation, de présentation et le format des états financiers auxquels les entreprises sont tenues à se conformer. Un modèle de 39 tableaux pour le système normal réservé à toutes les personnes morales et seulement personnes physiques réalisant un chiffre d'affaires annuel supérieur à 100. 000 000 FCFA. Un modèle de 27 tableaux pour les personnes physiques relevant du système allégé ou les entreprises citées ci-dessus, mais ayant réalisé moins de 100. 000 000 FCFA de chiffre d'affaires. Le dernier modèle de trois tableaux est réservé aux personnes physiques relevant du système minimal de trésorerie.

Notons que sont considérées comme faisant partie du système minimal de trésorerie les entreprises à chiffre d'affaires annuel potentiel compris entre 15. 000 000 FCFA et 50. 000 000 FCFA pour le droit fiscal camerounais, alors que le DCO (art. 11) considère les entreprises de négoce ne dépassant pas 30. 000 000 FCFA de chiffre d'affaires, les entreprises artisanales ne dépassant pas 20. 000 000 FCFA et les entreprises de service ne dépassant pas 10. 000 000 FCFA, comme celles devant faire partie de ce système. Nous pensons que le DCO et les fiscalités des États parties peuvent encore harmoniser les critères d'appréciation et uniformiser le classement des entreprises par régime.

3 - Adoption d'un plan de comptes normalisés

272. La règle de base c'est une codification décimale minimale limitée à 4 chiffres. Chaque entreprise dispose de son plan des comptes qui peut, soit créer des sous-comptes si les activités sont plus importantes, soit les restreindre si les activités sont moins importantes. Le plan se doit de s'arrimer à l'évolution des affaires et aux multiplications des secteurs d'activité.

4 - Séparation de la comptabilité générale de la comptabilité analytique

273. Pour permettre de préserver le secret des affaires, la comptabilité analytique est facultative et séparée de la comptabilité générale qui, elle, est obligatoire.

5 - Affirmation des principes comptables fondamentaux

274. Le DCO a intégré quelques particularités de l'école anglo-saxonne (*UK GAAP et US GAAP, Generally Accepted Accounting Principles*) tout en se fondant également sur quelques innovations qui font son originalité. La régularité, la sincérité et l'image fidèle sont à la base de tous les principes que ce soit avec les normes IFRS (*International Financial Reporting Standards*) de l'IASB européen et quelques autres pays (*Australie, Afrique du Sud, Pérou, Égypte, etc.*) ou de la FASB (*Financial Accounting Standard Board*) américaine.

La **sincérité** est selon le PCG français de 1982-1999 « l'application de bonne foi des règles et procédures en fonction de la connaissance que les responsables des comptes doivent normalement avoir de la réalité et de l'importance des opérations, événement et situations ».

L'**image fidèle**, introduite dans la quatrième directive européenne en 1978, socle et objectif visé par l'ensemble des principes, constitue le principe à suivre lorsque la règle n'existe pas, ou lorsque celle-ci est insuffisante pour traduire la réalité (*voir entrée Image fidèle du patrimoine de l'entreprise*).

Tous les principes comptables qui seront présentés ci-dessous doivent servir la cause de l'image fidèle et de la sincérité :

- le principe de prudence

Ce principe veut que les charges soient prises en compte dès que leur réalisation est probable, voire éventuelle, mais les produits ne sont pris en compte que s'ils sont réalisés. C'est en vertu de ce principe que le comptable doit faire preuve plutôt de pessimisme que d'optimisme, qu'il doit constater des amortissements et provisions même en l'absence de bénéfices. La principale limite de ce principe est tout simplement l'excès de prudence qui finalement peut complètement détruire l'image réelle de l'entreprise aux yeux des partenaires. En effet, l'image fidèle recherchée ne saurait se traduire par une minimisation des recettes et une maximisation

des charges, mais par la réelle et sincère situation des données comptables présentées.

- le principe de la transparence

Il permet à l'entreprise de donner une présentation claire et loyale de l'information.

- le principe de l'importance significative ou relative

En vertu de ce principe, tout élément susceptible d'influencer la qualité du jugement que les destinataires des états financiers peuvent porter sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise, doit leur être communiqué. Même si la question du seuil de significativité se pose parfois, l'IASB considère une information significative à partir du moment où son omission ou son inexactitude pourrait influencer les décisions économiques de ses utilisateurs. La comptabilité créative exploite le vide ainsi laissé par la question de ce seuil pour produire des informations erronées et opportunistes.

- le principe de l'égalité entre le bilan de clôture de l'année N et d'ouverture de l'année N+1

L'égalité entre le bilan d'ouverture N+1 et le bilan de clôture N doit être garantie. Ce principe implique que les omissions des charges et des produits se rapportant aux exercices antérieurs doivent s'enregistrer au compte de résultat du nouvel exercice et non aux capitaux propres.

- le principe du coût historique ou de normalisme

Ce principe veut que les biens acquis par l'entreprise soient enregistrés à leur date d'entrée dans le patrimoine et à leur coût d'acquisition exprimés en unités monétaires courantes. Avec le développement de la notion de « **juste valeur** » ou de *fair value*, ce principe est de plus en plus remis en cause. Ce principe a l'inconvénient qu'il sert plus l'histoire de l'entreprise que son présent et rend un peu difficile les prévisions plus proches de la réalité. Vouloir prévoir le futur en s'appuyant plus sur le passé que le présent peut finalement revenir à prévoir le présent alors qu'il est déjà là.

- le principe de la continuité de l'exploitation et d'utilisation d'un bien

La valeur du patrimoine d'une entreprise est liée à ses objectifs futurs. Ce principe considère que l'entreprise doit continuer son exploitation, et par conséquent, que ses actifs soient valorisés à leur valeur nette et non à leur valeur liquidative, réduite du fait des circonstances de négociation et de la disparition des comptes liés à cette continuité.

- le principe de la permanence des méthodes

En vue d'assurer la comparabilité de l'information dans le temps et dans l'espace, ce principe exige une permanence des méthodes d'évaluation et de présentation utilisées pour l'établissement des états financiers. Toute exception à cette règle doit être justifiée par la recherche d'une meilleure information ; les modifications devant alors être décrites et justifiées dans l'annexe.

- le principe de spécialisation, d'autonomie ou d'indépendance des exercices

À chaque exercice doivent être rattachés ses charges

et produits uniquement. Ce principe exige que le coût de production d'un mambo, qui est fabriqué et non vendu au 31 décembre 2010, soit enregistré comme production stockée. Cette opération permet d'annuler l'effet de la charge de fabrication de ce mambo sur l'exercice achevé, et de la différer en attendant que ce mambo soit vendu. C'est le même scénario comptable qui est utilisé dans le cadre des travaux et services en cours qui peuvent s'étaler parfois sur plus de 25 ans. Cette méthode dite des engagements est généralement remplacée par la méthode des résultats partiels. Il s'agit de deux techniques presque opposées mais toutes au service du principe d'indépendance des exercices.

En conclusion, les apports du DCO sont d'une importance inqualifiable et permettent aux entreprises de l'espace OHADA de rentrer dans la modernité comptable.

H - Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route

Introduction

a - Importance de l'AUCTMR

275. Par son rôle essentiellement dynamique, le transport routier s'est jusqu'ici révélé comme le serviteur le plus souple de l'économie et l'un de ses meilleurs stimulants. Il a pris une importance prépondérante tant sur le plan national qu'international, son évolution technique lui donnant des possibilités jusqu'alors insoupçonnées. Il constitue un réel et puissant facteur de progrès. En effet, sa flexibilité et son dynamisme font en sorte qu'il soit le plus usité et qu'il s'impose notamment en Afrique subsaharienne, avec plus de 80 % nationaux, communautaires et internationaux. Cette réalité explique pourquoi les législateurs communautaires se sont intéressés à ce mode de transport bien avant la mise sur pied d'une politique d'harmonisation régionale de leur droit. Toutefois, il ressort de l'examen de la législation communautaire antérieure à l'OHADA que les règles applicables au transport routier de marchandises n'étaient pas homogènes en Afrique subsaharienne en général, et dans la zone franc en particulier. Les textes adoptés n'étaient pour la plupart du temps édictés que pour faciliter la libre circulation et le transit des personnes et des biens dans les sous-régions concernées. Par conséquent, en dehors de la *Convention inter-États relatives au transport routier des marchandises diverses (CIETRM)* dont l'application est restée relative dans la sous-région CEMAC, aucun autre instrument ayant vocation à fixer les règles matérielles de droit privé relatives au transport routier communautaire ou international de marchandises n'avait été adopté ou ratifié par ces États.

276. Quant aux transports routiers nationaux, ils

étaient encore soumis aux droits datant de l'époque coloniale, à savoir les dispositions des codes civils (*art. 1782 à 1786*) et de commerce (*art. 102 à 108*) français, le droit belge ou le droit portugais, etc. Ces règles, très souvent générales (*Si l'on prend pour exemple les règles applicables dans les anciennes colonies françaises, les dispositions du code civil concernent principalement la responsabilité du transporteur pour les dommages causés aux choses objet du transport. Incomplètes, elles renvoient aux règlements particuliers « qui font la loi entre eux et les autres citoyens » (art. 1786 C. civ.). Le code de commerce quant à lui, moins incomplet que le premier, s'intéresse à la fois au commissionnaire de transport (art. 96 à 102 C. com.) et au voiturier (art. 103 à 108 C. com.), quoiqu'envisageant surtout les questions de responsabilité. On y traite de la lettre de voiture, de la responsabilité du transporteur, des risques, des délais de prescription, du retard, de la perte des marchandises, du gage et du droit de préférence du transporteur. V. COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Précis Dalloz, spécialement éd. 1991, no 761), étaient devenues désuètes, inadaptées aux évolutions récentes de l'activité de transport routier, ce qui n'était pas propice à la sécurité juridique et, partant, à l'essor économique des États de la région. Pour y remédier, la mise sur pied d'un système juridique moderne et uniforme s'est avérée être une solution efficace pour les États parties à l'OHADA. C'est ainsi qu'un *Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route* (en abrégé AUCTMR) sera adopté le 22 mars 2003 (*JO-OHADA, n° 13 du 31 juillet 2003*).*

277. Depuis cette date, le droit OHADA s'est ainsi enrichi de nouvelles dispositions spéciales, destinées à régir les relations contractuelles dans le cadre du transport. La priorité donnée par le législateur au transport routier s'explique naturellement par sa place de choix dans les échanges commerciaux des pays membres, telle que relevée plus haut. Toutefois, au regard de l'article 2 du *Traité OHADA*, son domaine d'intervention reste encore ouvert en ce qui concerne la réglementation des transports, et notamment du transport routier de passagers qui connaît des besoins quasiment similaires dans les États membres, et même au plan international.

Toutefois, prise à part, la réglementation sur le transport des marchandises n'en perd pour autant pas son intérêt. En effet, l'unification du droit des transports routiers entreprise dans l'espace OHADA présente des enjeux actuels et certains. Elle constitue un « pont » entre les différents systèmes juridiques existants. En outre, elle a vocation à faciliter les échanges commerciaux et à renforcer, à travers la prévisibilité du droit applicable, la sécurité juridique et judiciaire. Par ailleurs, l'on ne saurait omettre de mentionner la corrélation qui pourrait exister entre la philosophie de l'intégration juridique qui sous-tend la dynamique de l'OHADA et les politiques d'intégration économique en Afrique subsaharienne.

278. L'intérêt du droit OHADA applicable à l'opération de transport routier de marchandises pourrait parallèlement se justifier à la suite d'un questionnement sur l'applicabilité de ce nouvel ensemble normatif aux réalités du transport routier telles que vécues dans la zone OHADA. Mais par le seul fait de leur existence, les règles uniformes de l'OHADA applicables au transport de marchandises par route méritent que l'on s'y attarde.

b - Histoire de l'AUCTMR

279. Concrètement, trois principales phases auront marqué l'élaboration de l'AUCTMR.

Décidé en 1998 par le Conseil des ministres de l'OHADA, le processus d'élaboration de cet Acte débutera en 1999 par une étude préliminaire sur l'état des règles législatives applicables en matière de transport dans les pays membres, étude réalisée par le Professeur Nicole LACASSE, commise pour la circonstance comme expert auprès du Secrétariat permanent de l'OHADA. C'est à partir du bilan qui en découlera qu'elle proposera au printemps 2000 un avant-projet d'AUCTMR qui tiendra à la fois compte des principes de base des droits nationaux des pays de l'OHADA, de la CIETRM de la CEMAC, de quelques dispositions de la Convention interaméricaine relative au transport international de marchandises par route, et bien sûr des règles éprouvées de la *Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route* du 19 mai 1956, dite CMR. La transmission pour appréciation de cet avant-projet aux commissions nationales des pays de l'OHADA marquera la fin de cette première phase.

Par la suite, l'implication en 2001, de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) dans le processus d'uniformisation du droit des transports entreprise par l'OHADA conduira à la soumission de l'avant-projet d'AUCTMR à un groupe d'experts sur les transports routiers internationaux. Chacun d'entre eux présentera un commentaire lors du séminaire organisé par la CNUDCI à l'Université de Bologne (Italie) en avril 2001. Les modifications apportées à l'avant-projet d'AUCTMR à l'issue de ce séminaire marqueront davantage l'influence de la CMR sur le futur droit communautaire des transports routiers de marchandises. La synthèse ainsi obtenue en 2002 constituera le Projet d'Acte uniforme qui, une fois présenté et favorablement reçu par le Secrétariat permanent de l'OHADA, permettra de lancer le processus d'adoption par les États parties.

L'année 2003 marquera ainsi la phase décisive, car conformément à la procédure d'élaboration des Actes uniformes, c'est après la validation du projet par l'Assemblée plénière des Commissions nationales de l'OHADA tenue à Brazzaville (Congo) en septembre 2002, et l'Avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage en date du 17 décembre 2002, que l'AUCTMR fut finalement adopté le 22 mars 2003 à Yaoundé (Cameroun) à l'issue de la

réunion du Conseil des ministres des États parties de l'OHADA. Conformément aux dispositions des articles 9 et 10 du Traité de l'OHADA, et spécialement par application de l'article 31 de l'AUCTMR lui-même, il est applicable depuis le 1^{er} janvier 2004 (V^o « *Acte uniforme* »).

c - Objectif et contenu de l'AUCTMR

280. La finalité et l'originalité de l'AUCTMR s'affichent avec précision par référence au système dans lequel il s'intègre. Comme dans tous les autres domaines déjà unifiés, l'objectif poursuivi par le législateur OHADA en droit des transports était de mettre à la disposition des acteurs et des spécialistes des normes simples, modernes et adaptées au contexte socio-économique des États membres, avec pour finalité de garantir la sécurité juridique et judiciaire indispensable à l'essor économique. Dans ce sens, force est de constater que la simplicité des règles contenues dans l'AUCTMR semble faire l'unanimité. Comparé à la CMR et aux autres Conventions qui l'ont précédé, ce texte est aisément accessible quant à sa forme et à son style. En outre, indépendamment de leur relativité, sa modernité et son adaptation sont effectives. Moderne, il l'est, suffisamment par rapport aux législations nationales antérieures des pays de l'OHADA, et sur certains points par rapport à la CMR qui traîne encore le pas face à la problématique de la lettre de voiture électronique. Adapté au contexte socio-économique des États membres.

Relativement à sa structure, l'Acte est constitué de trente et un articles répartis sur six (6) chapitres portant respectivement sur le champ d'application et les définitions, le contrat et les documents de transport, l'exécution du contrat de transport, la responsabilité du transporteur, le contentieux et sur les dispositions diverses. Cette présentation est d'ailleurs une illustration de son accessibilité.

Quant à son objet, il ne fait aucun doute, au regard de son titre, que l'Acte uniforme en question porte sur les contrats (et non le contrat) de transport de marchandises par route. Il aborde en effet plusieurs situations contractuelles, même s'il ne s'attarde fondamentalement que sur le contrat de transport routier unimodal de marchandises. Cependant, l'AUCTMR ne s'applique pas à tous les contrats de transports routiers de marchandises conclus ou réalisés dans l'espace OHADA. Il définit trois critères qui permettent de restreindre son application à certains contrats du transport routier de marchandises et, par voie de conséquence, délimite son champ d'application.

Logiquement, en adoptant un Acte uniforme relatif aux contrats du transport de marchandises par route, le législateur OHADA a limité la portée de son intervention, et partant, de son entreprise d'unification des règles matérielles de droit privé applicables au transport de marchandises par route. Bien plus, comme mentionné précédemment, l'AUCTMR ne s'applique pas à tous les

contrats de transports routiers de marchandises conclus ou réalisés dans l'espace OHADA. Il définit trois critères qui permettent de restreindre son champ d'application. Il s'agit des critères temporel, spatial ou territorial, et matériel.

I - Champ d'application spatio-temporel

a - Champ d'application temporel

281. La délimitation temporelle du champ d'application du droit des transports routiers de marchandises OHADA est établie par l'article 30 de l'AUCTMR. On peut y lire que « *Les contrats de transport de marchandises par route conclus avant l'entrée en vigueur du présent Acte uniforme demeurent régis par les législations applicables au moment de leur formation* ». Les contrats de transport formés avant le 1^{er} janvier 2004 et les litiges auxquels ils donnent lieu échappent ainsi au régime du transport routier instauré par le droit OHADA. En d'autres termes, en se référant aux dispositions de son article 31 qui fixe la date de son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2004, seuls les contrats de transport conclus depuis cette date rentrent dans le champ d'application de cet Acte.

Telle qu'envisagée, la délimitation du champ d'application dans le temps est tout à fait opportune et participe *a priori* de l'efficacité du droit OHADA. Ajoutée dans les dernières phases de son élaboration, cette règle de conflits de lois dans le temps est bien reçue par la doctrine qui vante le mérite qu'elle a de soustraire l'AUCTMR des aléas inhérents à l'exécution sur une longue durée de certains contrats de transport antérieurs (DIALLO (I. K.), « *Étude de l'Acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route* », Ohadata D-05-08, 2005, p. 5). Toutefois, il est permis de penser que ses mérites doivent être relativisés. En pratique, et en présence des relations d'affaires suivies sur plusieurs années basées sur un « *contrat-cadre* » de transport routier de marchandises conclu avant le 1^{er} janvier 2004 contenant une clause de tacite reconduction, la portée générale de cette règle d'application justifierait que des opérations entièrement réalisées postérieurement à l'entrée en vigueur de l'AUCTMR puissent être soustraites de ses dispositions.

b - Champ d'application territorial

282. La délimitation spatiale du champ d'application de l'AUCTMR semble tout aussi opportune que la première. Il découle des prévisions de son article 1 (1), aux termes duquel l'on peut lire expressément que ledit Acte uniforme s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route « *lorsque le lieu de prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés soit sur le territoire d'un État membre de l'OHADA, soit sur le territoire de*

deux États différents dont l'un au moins est membre de l'OHADA. L'Acte uniforme s'applique quels que soient le domicile et la nationalité des parties au contrat de transport ». Telle que libellée, cette disposition suscite de nombreuses observations.

D'une part, il en ressort que, comme la CMR et les Conventions sous-régionales africaines qui l'ont précédé, le régime édifié par l'AUCTMR a vocation à s'appliquer aux transports internationaux. Mais la coexistence avec ces Conventions ne sera pas sans incidence sur la portée de l'application de l'AUCTMR à ces transports. D'autre part, allant plus loin que ces Conventions, les règles OHADA étendent également leur champ d'application aux transports nationaux de marchandises par route réalisés sur le territoire d'un État membre.

1 - Transports nationaux

283. L'AUCTMR régit depuis son entrée en vigueur tous les contrats de transport routier nationaux réunissant les conditions fixées par son article 1^{er}. L'application en tant que droit national n'est cependant pas son apanage, dans la mesure où tous les Actes uniformes adoptés par l'OHADA s'appliquent impérativement aux opérations et aux transactions de droit interne effectuées sur le territoire d'un même État membre (*V. art. 10 du Traité instituant l'OHADA op. cit.*). La question se pose cependant de savoir ce qu'est qu'un contrat transport routier national. L'AUCTMR n'en donne aucune définition expresse.

Les règles habituellement retenues pour la détermination de la nature nationale ou internationale d'une transaction ou d'un contrat n'ont pas toutes reçu le même écho en matière de transport de marchandises. À proprement parler, les réflexions menées ont jusqu'ici principalement porté sur la définition du contrat international. C'est donc en partant d'une interprétation *a contrario* de la définition du contrat international généralement admise que l'on peut dégager une définition du contrat national. Ainsi, en admettant à la suite de la doctrine qu'est international le contrat qui présente des liens avec plus d'un système juridique, l'on verra dans le contrat national celui qui, inversement, ne présente des liens qu'avec un système juridique. De façon plus explicite, selon l'approche juridique, le contrat interne ou national s'appréhende comme « *un contrat dont tous les éléments sont localisés dans un seul pays* » (JACQUET (J.-M.), *Le contrat international*, Dalloz, coll. « *Connaissance du droit* », 2^e éd. 1998, p. 6).

Cette définition juridique du contrat national a montré plusieurs fois ses limites, et s'est vue progressivement substituer la définition économique. Mais tout comme la définition juridique, la définition économique du contrat national découle d'une analyse *a contrario*, de l'approche économique du contrat international. C'est ainsi que, dans un souci de modernité et d'adaptabilité, l'AUCTMR a opté pour une approche plus souple

(économiste) de la nature du contrat. La conséquence inéluctable est que cette démarche rend indifférents certains critères de qualification juridique du contrat national, fût-il de transport.

Reprenant les prévisions de l'article 1 (1) de la CMR, l'article 1 (1) de l'AUCTMR dispose expressément qu'il « s'applique quels que soient le domicile et la nationalité des parties au contrat de transport ». Il consacre en effet l'indifférence de deux critères classiques de la définition du contrat de transport national (*et par conséquent du contrat de transport international*), à savoir le domicile et la nationalité des parties.

D'abord, le domicile des parties devient globalement indifférent dans le rattachement et dans la détermination de la nature interne ou internationale du contrat de transport soumis à l'AUCTMR. En pratique, le fait que le transporteur, l'expéditeur et même le destinataire soient tous domiciliés sur le territoire de l'État membre dans lequel le contrat de transport a été conclu ne suffira pas à attribuer une nature nationale au contrat en question. Le seul rôle attribué au domicile des parties se rapporte à la phase contentieuse du transport routier OHADA, notamment dans le cadre d'un transport inter-États. Même dans ce cas, il n'est fait mention que du domicile du défendeur (*V. art. 27 (1) (a) de l'AUCTMR*).

Ensuite, au même titre que leur domicile, la nationalité des intervenants à l'opération de transport routier de marchandises n'interfère nullement dans le rattachement territorial du contrat du transport soumis à l'AUCTMR. Un contrat conclu entre un Nigérian et un Ghanéen au Cameroun, et portant sur le déplacement par route d'une marchandise du Port de Douala (Cameroun) à un entrepôt situé du côté camerounais de la frontière avec la République centrafricaine, reste dès lors bel et bien un contrat de transport national soumis au droit OHADA.

284. Pour identifier le contrat de transport routier national, le législateur de l'OHADA a dû opter pour un critère plus flexible. Concrètement, sans mettre de côté les points de rattachement territoriaux découlant de l'exécution du transport, il fonde de manière incidente le caractère national d'un transport routier de marchandises sur la volonté des parties au contrat. Autrement dit, le contrat de transport est national dès sa conclusion, eu égard aux lieux de prise en charge et de livraison initialement convenus par les parties. Ce critère de définition et d'identification est consacré par l'article 1 (1) l'AUCTMR précité.

L'interprétation de cet article permet d'ailleurs d'envisager plusieurs cas de figure illustrant le rôle de la volonté contractuelle dans la qualification d'un transport routier national de marchandises.

Premièrement, un transport routier de marchandises demeure national au sens du droit OHADA même si, pour sa réalisation, le transporteur routier a emprunté un itinéraire passant partiellement sur le territoire d'un

autre État, fût-il non-membre de l'OHADA (*exemple transport partant de Kolda pour Linguère, deux villes du Sénégal, et pour la réalisation duquel le transporteur passerait par la Gambie, pays non-membre de l'OHADA*). L'élément essentiel est que les lieux prévus pour la prise en charge et la livraison de la marchandise soient fixés sur le territoire d'un même État membre. Il y a dans ce cas une coïncidence entre la volonté exprimée des parties et les points de rattachement géographique initialement prévus.

Deuxièmement, demeure national le transport routier de marchandises qui, dans sa réalisation, s'est achevé sur le territoire d'un autre État, alors que « tels qu'ils sont indiqués au contrat » (art. 1 (1) AUCTMR), les lieux de prise en charge et de livraison sont situés sur le territoire d'un même État. Si cette hypothèse semble avoir moins d'enjeux en matière de transports effectués dans l'espace OHADA, il en va autrement dans le cas d'un transport contractuellement prévu sur le territoire d'un État membre, mais qui s'achève plutôt sur le territoire d'un État non-membre de l'OHADA ou plutôt sur le territoire d'un État membre de la CMR. Pour prendre un exemple, pareille situation se présenterait si à proximité de la ville de Taoudenni (Mali), le transporteur routier se voyait plutôt contraint d'achever le déplacement au sud de la Tunisie (pays partie à la CMR). La seule référence aux lieux convenus au contrat suffirait en principe pour conserver le caractère national dudit contrat et appliquer les dispositions de l'AUCTMR en évitant *a priori* tout conflit avec la CMR.

Apparemment théorique, cette hypothèse est justifiée par l'analyse *a contrario* d'une position adoptée par la jurisprudence en matière de transport CMR. En effet, dans un litige, les juges ont eu à rendre une décision à propos d'un transport qui, international du point de vue contractuel, s'est avéré n'être que national dans sa réalisation. En l'espèce, prévus pour être réalisés sur les territoires de deux États distincts, la prise en charge et la livraison de la marchandise s'étaient finalement effectuées sur le territoire d'un seul et même État. Ne tenant compte que des lieux de prise en charge et de livraison prévus au contrat, les juges français ont décidé que le contrat demeurerait international, indépendamment des circonstances de fait qui n'ont permis qu'un trajet géographique national, et l'ont par conséquent soumis au régime du transport CMR (*Cass. com. (France), 21 nov. 1995, n° 93-19.029, Transport Stefover et autre c/Mutuelle des assurances des commerçants et des cadres salariés de l'industrie et du commerce et autres ; Bull. civ. IV, 1995, p. 248.- 249 ; Rev. dr. unif. 1996, p. 595 (somm.) ; Numéro d'inscription UNILAW : CMR F 53. Selon les juges, « ...Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, le lieu de prise en charge des marchandises et le lieu prévu pour leur livraison étant situés dans des pays différents, le transport régi par un contrat unique se trouvait, en toutes ses parties, soumis à la CMR, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».). Cette décision, qui donne la prépondérance à la volonté des parties sur*

les points de rattachement (lieux de prise en charge et de livraison) effectifs, pourrait bien être transposée au contrat de transport AUCTMR, les termes des deux textes étant similaires sur la question.

Comme conséquence évidente, en application de la faculté de modification des conditions du contrat reconnue à ces parties, un contrat pourra changer de nature, passant du caractère national lors de la prise en charge, au caractère international en cours de route ou lors de la livraison (*ou inversement*), par le seul jeu de la volonté des parties au transport. La situation est presque identique en ce qui concerne le transport international.

2 - Transports internationaux

285. Le transport international est souvent défini de manière simplifiée comme celui qui s'effectue sur le territoire d'au moins deux États. Mais sur la base des analyses précédemment faites sur le transport national, on ne peut conclure qu'un déplacement qui s'effectue sur le territoire de deux États est nécessairement international.

Ainsi, l'examen de l'article 1 (1) de l'AUCTMR permet de retenir que le transport international routier de marchandises s'appréhende comme un transport dont le lieu de prise en charge et celui prévu pour la livraison sont situés « *sur le territoire de deux États différents dont l'un au moins est membre de l'OHADA* ». Allant dans le même sens que la CMR, l'AUCTMR détermine donc son champ d'application en fonction des lieux où s'exécutent les obligations matérialisant le début et la fin de l'opération de transport. Plus précisément, selon le législateur, il y a contrat de transport routier international de marchandises soit lorsque les lieux de prise en charge et de livraison de la marchandise sont situés sur le territoire de deux États membres, soit lorsqu'ils se retrouvent sur les territoires d'un État membre et d'un État non-membre de l'OHADA.

Malgré l'apparente clarté de ces dispositions, la détermination du champ d'application *ratione loci* de l'AUCTMR impose que l'on distingue dans l'analyse les contrats de transport internationaux réalisés à l'intérieur de l'espace OHADA, de ceux qui s'exécutent à la fois sur les territoires d'un État OHADA et d'un État non-membre de l'OHADA.

286. La première catégorie de contrats donne en réalité lieu à la réalisation des transports communautaires. Or la distinction entre transports routiers nationaux et transports routiers communautaires a, du point de vue de l'appréciation de l'applicabilité des règles uniformes OHADA, un enjeu juridique moindre. À titre illustratif, supposons un transport dont le lieu de prise en charge des marchandises est situé à la frontière de deux États membres de l'OHADA, par exemple à la frontière entre le Tchad et le Cameroun ou à celle entre le Togo et la Côte d'Ivoire. Sur un plan juridique, cette hypothèse

présentera moins d'enjeux pour la détermination du champ d'application de l'AUCTMR. Au regard de sa nature communautaire, ledit transport sera traité comme un transport national, car entièrement réalisé dans l'espace OHADA, et automatiquement soumis aux règles impératives édictées par l'AUCTMR.

En fait, les Actes uniformes ayant valeur de textes nationaux et communautaires, les principales difficultés seront d'ordre pratique, dans la mesure où plusieurs aspects inhérents au transport inter-États de marchandises par route, fût-il communautaire, ne sont pas réglementés par l'AUCTMR. Si l'on met de côté les exigences documentaires ou administratives principalement liées au transit douanier, à la sécurité routière ou à la réglementation de la profession de certains intervenants, les modalités et le régime des aspects contractuels d'un transport communautaire OHADA sont en tous points identiques à ceux d'un transport national.

287. En ce qui concerne la seconde catégorie, à savoir celle des transports internationaux non communautaires : exemple d'un transport allant du Niger à la Libye, du Togo au Ghana ou du Cameroun au Nigeria, les dispositions de l'AUCTMR édictent les mêmes conditions d'application que celles retenues par plusieurs Conventions internationales relatives au transport routier de marchandises. Notamment, à la suite de la CMR, des Conventions sous-régionales africaines (CEMAC et CEDEAO) et la Convention interaméricaine en vigueur dans le MERCOSUR, le droit OHADA voit dans le contrat de transport international tout contrat de transport de marchandises par route dont le lieu de prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, *tels qu'ils sont indiqués au contrat*, sont situés sur le territoire de deux États différents.

La seule condition d'application de l'AUCTMR à un contrat de transport international est dès lors que l'un des États sur les territoires desquels est prévue la prise en charge ou la livraison soit membre de l'OHADA. Sur un plan purement textuel, le respect de cette condition suffirait à soumettre le déplacement qui le matérialise aux nouvelles normes uniformes africaines. Mais en pratique, la volonté initiale des parties au contrat jouera également un rôle déterminant. C'est en s'y référant d'ailleurs qu'en droit CMR, les juges ont jusqu'ici apprécié le caractère international d'un contrat de transport routier de marchandises. Pour eux, il ne fait aucun doute que seuls les lieux indiqués lors de la conclusion du contrat de transport doivent être pris en compte. Dans ce sens, ils sont allés jusqu'à considérer comme indifférent le changement du lieu de livraison pouvant découler de l'exercice du droit de disposition de la marchandise en cours de route (*notamment, la Cour de cassation française a récemment eu l'occasion de réaffirmer cette position devenue constante en droit CMR, à travers un arrêt relatif à un transport superposé route-mer (ro/ro) allant de la Libye à la France. Selon elle, « Ladite Convention s'applique à tout contrat de transport de marchandise par route pourvu*

que le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, soient situés dans deux pays différents, nonobstant l'exercice par l'expéditeur de son droit de disposer de la marchandise, notamment en demandant au transporteur d'en arrêter le transport, de modifier le lieu prévu pour la livraison ou de livrer la marchandise à un destinataire différent de celui indiqué sur la lettre de voiture ». *V. Cass. com.*, 27 juin 2006, n° 04-13.164, arrêt P, BTL 2006, p. 466, obs. TILCHE (M.) ; Lamyline 24 octobre 2006, note GARCIA-CAMPILLO Laurent).

288. Dans un autre contexte, bien avant les juges français, la juridiction suprême de Hollande (Hoge Raad) avait eu l'occasion de préciser dans une espèce la portée pratique du transport international. Le problème de droit posé était celui de savoir si la différence de 250 mètres entre le lieu de prise en charge (situé sur le territoire d'un autre État) et la frontière allemande suffisait à faire du transport réalisé sur le territoire allemand un transport international au sens de la CMR. À cette question, la Cour répondit par la négative. Pour les juges hollandais, le fait que la prise en charge ait eu lieu à la frontière, à un endroit propice pour une telle manœuvre, ne fait pas perdre au contrat en cause sa qualification sur la base du seul fait que cet endroit est situé de l'autre côté de la frontière, dans les parages immédiats (*V. pour l'exposé et le commentaire de cet arrêt : KRINGS (E.) « CMR : Examen de la jurisprudence des Cours de cassation de France et de Belgique, et du Hoge Raad des Pays-Bas », Rev. dr. unif.*, 1999-1, 144, n° 8).

Dans la même lancée, les juges français ont décidé qu'une rupture de charge à la frontière, allant de paire avec l'absence de lettre de voiture, constituait un élément suffisant pour exclure l'application de la CMR à un transport routier de marchandises, et ce même si le contrat était international dès sa conclusion (*Cass. com. (France) 25 mars 1997, n° 94-20.157 (suite à CA de Pau 11 août 1994), Jaouen c/SARL Fret Luzien, Bull. civ. 1997, IV, n° 86, p. 75 ; BTL 1997, 276 ; Rev. dr. unif. 1997, p. 833 (somm.) ; Dalloz 1998, Somm. comm., p. 318 ; <http://www.legifrance.gouv.fr> ; Numéro UNILAW : CMR F 7).*

289. La position des juges en droit comparé CMR permet dès lors de penser que les critères d'application de l'AUCTMR aux transports routiers internationaux de marchandises doivent être relativisés. Parfois, la seule exécution ou la prévision d'une exécution sur le territoire de deux États dont l'un est membre de l'OHADA peut être insuffisante pour entraîner une application d'office de son régime juridique. La limitation de l'application internationale de l'AUCTMR va d'ailleurs croissante, si l'on tient compte du fait qu'il existe plusieurs autres textes supranationaux impératifs ayant vocation à régir certains de ces mêmes contrats de transport dans l'espace concerné.

290. Mais encore, l'AUCTMR pourrait voir la portée

de ses règles d'application *ratione loci* être restreinte ou étendue en pratique face à plusieurs facteurs.

Le premier facteur tire directement sa source de son article 1^{er} qui exclut explicitement de son champ d'application les contrats de transport dont les lieux de prise en charge et de livraison ne se situent pas dans un État Membre de l'OHADA, malgré le fait que l'essentiel du transport et le dommage éventuel se soient réalisés sur le territoire d'un ou de plusieurs États parties au traité. Ce sont pourtant des situations qui se rencontrent fréquemment dans les relations économiques entre les États d'une même sous-région. Dans la sous-région CEDEAO par exemple, il est inéluctable qu'un transport routier allant du Nigeria pour le Ghana ou pour la Libye se déroule en grande partie sur le territoire d'au moins un État membre de l'OHADA, et notamment sur celui du Bénin et du Togo dans le premier cas, ou du Niger dans le second. Partant de cette réalité, certains auteurs ont critiqué l'exclusion de tels transports du champ d'application de l'AUCTMR (*Voir dans ce sens : DIALLO (I. K.), « Étude de l'Acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route », p. 6., pour qui il s'agit d'une reprise inappropriée des dispositions de la CMR dont l'esprit n'est pas le même que celui des législations OHADA qui exigeraient une approche méthodologique plus adaptée pour leur élaboration*).

Le deuxième facteur se rattache à la volonté des parties à un contrat de transport. Les rédacteurs de l'AUCTMR n'ont pas étendu son application aux contrats de transport routier s'exécutant hors de l'espace OHADA, mais que les parties soumettraient volontairement à son droit, dans le respect des règles d'ordre public. Dans cette hypothèse, l'on assistera à une extension contractuelle du champ d'application territorial de l'AUCTMR. En effet, dans les transports internationaux se déroulant entièrement ou partiellement hors de la zone OHADA, les parties peuvent, par la mise en œuvre de la règle de l'autonomie de la volonté, soit soustraire leur contrat du régime OHADA qui figure sur la liste des normes pouvant s'y appliquer, soit soumettre celui-ci à ce régime, alors qu'il ne remplit aucune des conditions requises pour l'application territoriale de l'AUCTMR (*Pour une illustration de ce cas de figure, v. en droit comparé une application de la CMR à un transport national validée par les juges de cassation : Cass. com. (France), arrêt n° 1766 du 1^{er} juillet 1997, D. 1998, jurispr., p. 143-144, note MERCADAL (B.) et LETACQ (F.) ; JCP G., 1998. II. 10076, note DELEBECQUE : « Droit applicable à un contrat de transport interne », p. 827-828*).

Quant au troisième facteur, il est susceptible lui de limiter la portée du champ d'application territorial de l'AUCTMR. Il trouve son fondement dans la coexistence parallèle d'autres textes supranationaux dont les dispositions se ramènent directement ou indirectement au transport routier de marchandises, et qui sont également applicables dans les pays de l'OHADA. Pareille coexistence serait source éventuelle de conflits de lois et revêt un intérêt juridique incontestable. Limitant notre réflexion

principalement aux conflits avec des Conventions portant sur des règles matérielles spéciales relatives au droit des transports, l'on envisagera notamment des conflits entre l'AUCTMR et les conventions ayant le même objet (la CMR, la CIERTMD) d'une part, et d'autre part ceux entre le texte OHADA et les conventions portant sur d'autres matières, notamment : la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978, dite Règles de Hambourg, applicable aux déplacements de marchandises effectués au départ ou en direction de certains pays membres de l'OHADA (*qui étend son application au « contrat qui implique outre un transport par mer, un transport par quelque autre mode », même si elle ne considère un tel déplacement « comme un contrat de transport par mer que dans la mesure où il se rapporte à la partie maritime du transport », v. son article 1 al. 6*), et plus particulièrement, la Convention CNUDCI sur le transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (dite Règles de Rotterdam) actuellement en cours de ratification par les États.

291. Indépendamment des facteurs limitants étudiés, lorsque les conditions édictées à son article 1^{er} sont réunies, l'AUCTMR s'applique d'office et indifféremment aux contrats de transport routier de marchandises exécutés à l'intérieur d'un État membre de l'OHADA et à ceux réalisés sur les territoires de deux ou plusieurs États dont l'un au moins est membre de l'OHADA. Certes, il faudrait encore que ces contrats rentrent dans sa sphère matérielle.

II - Champ d'application *ratione materiae*

292. L'une des particularités de l'AUCTMR s'observe dans la délimitation de son champ d'application matériel. À l'opposé d'autres textes internationaux relatifs aux transports de marchandises (*voir la Convention de Montréal de 1999 en matière aérienne, et les Règles de Hambourg de 1978 en matière maritime, qui s'appliquent toutes au transport et non au contrat de transport*), il ne vise pas directement l'opération de transport dans son ensemble, mais limite son application au contrat de transport routier de marchandises. En effet, il ressort expressément des dispositions de son article 1^{er} que « *Le présent Acte uniforme s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route* ». Le droit OHADA reprend ainsi les lacunes des précédents textes uniformes internationaux, et notamment, celles de la CMR, dans la mesure où, ses dispositions ne constituant pas un ensemble de règles exhaustives sur son objet, cette délimitation rend inévitable le recours aux droits nationaux pour la détermination des règles applicables à la formation du contrat visé.

Mais la conséquence la plus importante des prévisions de l'article 1 (1) ci-dessus cité est qu'en l'absence de contrat de transport entre les parties en présence, l'AUCTMR ne s'applique pas (*Cf. FERRARI (F.), « The*

OHBLA draft uniform act on contract for the carriage of goods by road. First remarks on its sphere of application », RDAI, n° 7, 2001, p. 899).

En plus, il convient de noter que le droit OHADA ne vise ni tous les contrats de transport routier de marchandises, ni toutes les opérations ou modalités de transport auxquelles les parties pourraient avoir recours pour la réalisation d'un transport trouvant son fondement dans un contrat soumis à ses dispositions. Une synthèse des relations contractuelles réglementées permet de distinguer les contrats visés des contrats expressément exclus du champ d'application de l'AUCTMR.

En d'autres termes, non seulement la lecture de l'article 1 (1) permet de constater la restriction de son objet au contrat et non à toute l'opération de transport de marchandises par route, mais en plus, la définition qu'il donne du contrat précise davantage les déplacements routiers pris en compte.

a - Contrats exclus

293. Nonobstant la généralité de son article 1^{er} alinéa 1, l'AUCTMR n'intègre pas tous les contrats de transport de bien mobilier dans son champ d'application. D'ailleurs à la lecture de l'alinéa 2 du même article, on constate, en ce qui concerne les exclusions effectuées sur la base du critère matériel, que ses rédacteurs sont allés bien au-delà des cas d'exclusion classiques, en restreignant davantage le champ d'application matériel du droit OHADA. Cet alinéa dispose clairement que « *L'Acte uniforme ne s'applique pas aux transports de marchandises dangereuses, aux transports funéraires, aux transports de déménagement ou aux transports effectués en vertu de conventions postales internationales* ». Si dans le principe la délimitation du champ d'application négatif ne pose pas problème, l'analyse de la portée des exclusions envisagées suscite plusieurs remarques.

1 - Exclusions classiques

294. L'exclusion du « *transport de déménagement* » est suffisamment justifiée par la définition qui en est donnée à l'article 2 (g) de l'AUCTMR. On y lit qu'il s'agit d'un « *transport de biens mobiliers usagés en provenance et à destination d'un local d'habitation ou d'un local à usages professionnel, commercial, industriel, artisanal ou administratif, lorsque le conditionnement est assuré par le transporteur et que le déplacement ne constitue pas la prestation principale* ». Il est évident que malgré la seule mention des biens mobiliers usagés, il ne demeure pas moins vrai que des biens neufs peuvent faire l'objet d'un déménagement. Quoi qu'il en soit, en excluant les contrats de déménagement de son champ d'application, l'AUCTMR tient compte des évolutions doctrinales, jurisprudentielles et législatives contemporaines sur la question. En fait, dans ce type de contrat, le déplacement ne constitue

pas la prestation (l'objet) principale, alors qu'il en va autrement dans le contrat de transport de marchandises (V. PEYREFITTE (L.), « *Le contrat de déménagement* », JCP éd. E 1986. II. 14655, p. 105-109).

Quant à l'exclusion des transports funéraires, définis à l'article 2 (h) de l'AUCTMR comme étant le déplacement « *du corps d'une personne décédée* », elle se justifie par la nature spéciale de ces transports. Il faudra simplement distinguer, en pratique, entre le transport à des fins commerciales des accessoires funéraires et les transports funéraires proprement dits. Les premiers rentrent en effet dans le champ d'application matériel de l'AUCTMR, contrairement aux seconds (V. FERRARI (F.), « *The OHBLA Draft Uniform Act on Contracts for the Carriage of Goods by Road* », RDAI, n° 7 (2001), op. cit., p. 903).

Toute aussi justifiée est l'exclusion des transports postaux. C'est le lieu de préciser que seuls les transports effectués en vertu des Conventions postales internationales sont, du fait de leur spécificité, exclus du régime de l'AUCTMR. En effet, ces Conventions fixent un régime particulier pour le traitement, le transport et la distribution des envois de la poste aux lettres et des colis postaux (cf. article 9 de la Convention postale Universelle, CPU, et le Protocole final 2004, in Actes de Bucarest 2004, UPU, 2004). En pratique, une telle exclusion a entre autres pour avantage d'éviter des conflits de Conventions, ce d'autant plus que tous les pays membres de l'OHADA sont également membres de l'Union postale universelle (UPU) et de l'Union panafricaine des Postes (V. Manuel des colis postaux, Berne, Bureau international de l'UPU, 2001, p. XI-XIII).

Toutefois, comme précédemment mentionné, l'AUCTMR n'exclut qu'une catégorie de transports postaux : ceux effectués en vertu des Conventions postales internationales. Les transports ou colis postaux non soumis à ces Conventions et réalisés par voie routière en partance ou à destination d'un État membre de l'OHADA restent dès lors soumis aux règles d'ordre public de l'AUCTMR (cf. art. 28 de l'AUCTMR).

2 - Exclusion du transport des marchandises dangereuses

295. L'exclusion du transport de marchandises dangereuses semble être la seule à prêter à confusion en matière de transport routier OHADA. Ses fondements ne sont pas aisément décelables. L'essentiel de la doctrine s'accorde d'ailleurs sur la complexité de la situation créée, dans la mesure où plusieurs dispositions relatives au transport des marchandises dangereuses subsistent encore dans l'AUCTMR (V. notamment, BROU (K. M.), « *Le nouveau droit des contrats de transport de marchandises par route dans l'espace OHADA* », Penant, octobre-décembre 2003, n° 845, p. 394 et s. - LACASSE et PUTZEYS, « *L'Acte uniforme relatif aux contrats de transport par route* », op. cit., p. 688). La situation est d'autant plus ambiguë que d'entrée de jeu, le contenu

donné à la notion de marchandise dangereuse est globalisant et imprécis.

D'une part, la généralité des critères de définition des marchandises dangereuses retenus rend mal aisée la distinction entre les marchandises dangereuses et les marchandises non dangereuses. Selon les termes de l'article 2 (f) de l'AUCTMR, la « *marchandise dangereuse* » s'entend d'« *une marchandise qui, de façon générale, par sa composition ou son état, présente un risque pour l'environnement, la sécurité ou l'intégrité des personnes ou des biens* ». Il en ressort simplement qu'une marchandise est dangereuse soit de par sa composition, soit à travers son état, c'est-à-dire son aspect matériel réel ou apparent lorsqu'elle est admise au transport. Or en partant de l'état de la marchandise, l'on se trouve confronté à la réalité selon laquelle la plupart des matières ou produits de consommation courante transportés possèdent, à des degrés divers, des caractéristiques de danger : décomposition, fuite, inflammabilité, corrosivité, toxicité, etc., le moment lors duquel cette nature se dévoile important peu. Par conséquent, il peut arriver qu'une marchandise apparaisse non dangereuse lors de la prise en charge et le devienne en cours de route, notamment en cas de bris d'emballage : d'où la portée de l'article 7 (2) et 7 (3) de l'AUCTMR.

D'autre part, lorsqu'on considère le fait que plusieurs dispositions relatives au transport de marchandises dangereuses subsistent dans le corpus de l'AUCTMR, l'exclusion de l'article 1^{er} paraît davantage relative. En effet, les articles 4 (1)(e), 8 (3) et 8 (4) sont expressément et uniquement consacrés à ce type de transport, et donc en contradiction avec l'article 1 (2) du même AUCTMR qui l'exclut de son champ d'application. On y lit expressément que l'expéditeur doit fournir au transporteur les informations et les instructions sur « *la dénomination courante de la nature de la marchandise et le mode d'emballage et, pour les marchandises dangereuses, leur dénomination généralement reconnue* ». Qui plus est, ces informations qui doivent obligatoirement être mentionnées dans la lettre de voiture.

Le législateur est même allé plus loin en réglementant la responsabilité de l'expéditeur en cas d'observation de son obligation d'information en la matière. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 8 (3) de l'AUCTMR, « *L'expéditeur qui remet au transporteur une marchandise dangereuse, sans en avoir fait connaître au préalable la nature exacte, est responsable de tout préjudice subi en raison du transport de cette marchandise. Il doit notamment acquitter les frais d'entreposage et les dépenses occasionnées par cette marchandise et en assumer les risques* ».

296. Dans le sens inverse, le droit OHADA reconnaît au transporteur plusieurs prérogatives en cas de déplacement d'une marchandise dangereuse. Premièrement, il a le droit de détruire ou rendre inoffensives les marchandises qui présentent « *un risque pour la sécurité ou l'intégrité des personnes ou des biens* » (comparer avec l'article 2 (f) de l'AUCTMR). En second lieu, aux termes de l'article 8 (3) de

l'AUCTMR, « *Le transporteur peut, de manière adéquate, décharger, détruire ou rendre inoffensives les marchandises dangereuses qu'il n'aurait pas consenti à prendre en charge s'il avait connu leur nature ou leur caractère, et ce sans aucune indemnité* ». L'interprétation *a contrario* de cette dernière disposition nous amène à conclure que dans l'hypothèse où le transporteur aurait consenti à transporter les marchandises dangereuses visées, il ne pourra pas mettre en œuvre son droit de destruction. La question se pose dès lors de savoir si ledit transport sortirait du champ de l'AUCTMR du fait de cette découverte « tardive » de la nature dangereuse de la marchandise qui cependant laisse indifférent le transporteur.

La portée pratique de l'exclusion du transport des marchandises dangereuses du champ d'application de l'AUCTMR demeure par conséquent très mitigée. Il ne serait pas inopportun d'envisager que les parties optent de fait pour une application de ses dispositions aux aspects contractuels d'un tel transport. Cette approche respecterait globalement l'esprit de ce texte qui régit en principe tout contrat de transport routier de marchandises.

b - Contrats pris en compte

297. Ce n'est qu'exceptionnellement que certains transports impliquant la jonction du mode routier à un autre mode rentrent dans le champ de l'AUCTMR. Dans toutes les hypothèses, pour tous les contrats visés, sont prévues des règles applicables à leur formation, à leur exécution, aux responsabilités des parties et aux contentieux éventuels.

1 - Contrat de transport routier en général

1.1 - Définition du contrat

298. Comme règle générale, l'AUCTMR prévoit son application à « *tout contrat de transport de marchandises par route* » respectant les conditions temporelles et territoriales prédéfinies. D'ailleurs, pour éviter toute interprétation équivoque, le législateur donne une définition du contrat de transport. Selon l'article 2 (d) de l'AUCTMR, il s'agit de « *tout contrat par lequel une personne physique ou morale, le transporteur, s'engage principalement et moyennant rémunération, à déplacer par route, d'un lieu à un autre et par le moyen d'un véhicule, la marchandise qui lui est remise par une autre personne appelée l'expéditeur* ». La définition du contrat de transport routier de marchandises donnée appelle plusieurs observations.

Premièrement, l'Acte uniforme ne régit que les transports de marchandises effectués « *par le moyen d'un véhicule* ». Il faut noter d'entrée de jeu que le *déplacement du véhicule* ne constitue pas la prestation rentrant dans le champ d'application de l'AUCTMR.

En effet, la définition du contrat de transport donnée permet de penser qu'en plus de la *rémunération*, cet Acte conditionne plus précisément son application à l'existence d'un *engagement à déplacer/ou d'un déplacement réalisé par le moyen d'un véhicule routier*. La définition du « *véhicule* » utilisable pour le transport routier OHADA revêt dès lors un intérêt indéniable, dans la mesure où elle contribue à la détermination de l'étendue du champ matériel de l'AUCTMR. À ce sujet, l'AUCTMR a repris la définition du véhicule retenue dans la Convention CEDEAO relative au transport Inter-État en disposant à l'article 2 (l) qu'il faut entendre par « *véhicule* », « *tout véhicule routier à moteur ou toute remorque ou semi-remorque sur essieu arrière dont l'avant repose sur le véhicule tracteur, conçu pour être attelée à un tel véhicule* ». S'agit-il d'une énumération limitative ou tout simplement indicative ? La définition aurait pu être plus précise et moins ambiguë. L'expression « *véhicule routier* » renvoie en pratique à plusieurs engins d'usage courant. Tout est fonction de la typologie et de la nature des marchandises. Le plus important est dès lors que l'engin employé soit adapté au transport à réaliser. C'est d'ailleurs l'une des exigences légalement faites au transporteur (*cf. l'art. 17(3) de l'AUCTMR*). La pratique impose et imposera très souvent au transporteur l'emploi d'engins routiers adéquats, voire spécialisés, obéissant à des normes techniques spécifiques et issues des technologies diversifiées.

Quoi qu'il en soit, s'il est vrai qu'un véhicule peut bel et bien constituer une marchandise dans le sens du présent Acte, il convient de relever que le véhicule employé pour le transport ne peut en même temps être l'objet à transporter, c'est-à-dire la marchandise.

Deuxièmement, le droit OHADA ne s'applique qu'au transport de marchandises réalisé pour le compte d'une autre personne. Les marchandises visées s'entendent, selon les termes de l'article 2(e) de l'AUCTMR, de tout bien mobilier. L'on peut donc y voir tous les biens meubles, y compris les bagages, la formule utilisée étant extrêmement englobante (*V. DIALLO (I. K.), « Étude de l'Acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route », Obadata D-05-08, p. 7 et s.*). Mais le statut des bagages, généralement entendu en matière de transport de personnes comme étant des effets personnels des passagers, est fixé par les textes y afférents. C'est dans ce sens que le Projet d'Acte uniforme avait retenu la définition de la marchandise suivante : *tout bien mobilier faisant partie du commerce*.

Toutefois, même s'agissant des marchandises proprement dites, la doctrine sur l'AUCTMR semble divisée sur la nature de la marchandise visée par le texte étudié. Pour certains auteurs, la marchandise doit être appréhendée uniquement comme tout bien pouvant faire l'objet d'un commerce, notamment au regard des dispositions du droit commercial général. Dans cette lancée, les biens frappés d'une interdiction légale ou administrative ne sauraient faire partie des choses transportées, et ne seraient par conséquent pas visés par l'AUCTMR.

(cf. BOKALLI et SOSSA, *OHADA, Droit des contrats de transport de marchandises par route*, op. cit., n° 190). D'autres auteurs par contre voient dans la définition de l'article 2(e) la prise en compte de tout bien, à l'exception de ceux expressément exclus du champ de l'AUCTMR (DIALLO (I. K.), « *Étude de l'AUCTMR* », op. cit., p. 8).

Il paraît dès lors judicieux de voir dans la marchandise admise au transport OHADA tout bien remis par l'expéditeur au transporteur en vue du déplacement, y compris son emballage. Cette approche a l'avantage de résoudre les difficultés éventuelles que soulèverait par exemple l'utilisation du conteneur, « emballage » qui est loin d'être un véhicule en lui-même. Lesdites marchandises doivent en outre s'appréhender indépendamment de leur nature ou de leur quantité et tonnage. Aussi, si les dispositions de l'AUCTMR ne donnent aucune limitation du poids ou des quantités admises, certaines d'entre elles donnent une idée de la nature ou de la typologie des marchandises visées. Il ressort notamment de l'article 8 de l'AUCTMR qu'il peut s'agir des documents, espèces ou marchandises de grande valeur. Dans le même sens, l'analyse de ses articles 17 (2) (d) et 17 (2) (f) permet d'inclure dans cette liste les denrées périssables (alimentaires ou non) et non périssables, le transport des matières liquides (eau, jus de fruit, etc.), les transports sous températures dirigés, et même certains transports spéciaux ou exceptionnels, tels que le transport d'animaux vivants, le transport des produits forestiers, qui font le plus souvent l'objet d'une réglementation administrative complémentaire (*En droit comparé, consulter Lamy tome I, 2003, n° 235 sur le contrat type « transport d'animaux vivants » applicable en droit français. V. également la Convention européenne sur la protection des animaux en transport international du 13 décembre 1968, révisée*).

299. La troisième observation est relative au statut du transporteur routier de marchandises. L'article 2 (k) de l'AUCTMR y voit simplement la personne physique ou morale qui prend la responsabilité d'acheminer la marchandise du lieu de départ au lieu de destination au moyen d'un véhicule routier. Mais en pratique, son identification semble plus complexe. En effet, une partie de la doctrine s'accorde sur le fait que cette définition est incomplète et même approximative (v. BATOUAN BOUYOM (J.-A.), « *La déprofessionnalisation de la qualité de transporteur routier de marchandises : une approche de l'article 2 (k) de l'Acte uniforme OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route* », *RCTAM*, n° 4, janvier-juin 2006, p. 85-94; DIALLO (I. K.), « *Étude de l'AUCTMR* », op. cit., p. 9). Elle ne fait pas ressortir clairement les critères permettant de déterminer l'attribution de la qualité de transporteur routier. Sur son fondement, il peut arriver que la qualité de transporteur routier soit reconnue à toute personne physique ou morale qui prendrait la responsabilité d'acheminer une marchandise au moyen d'un véhicule routier, sans exception.

Or d'après les dispositions de l'article 3 de l'Acte

uniforme portant droit commercial général (AUDCG), l'opération de transport est un acte de commerce par nature (V. « *Acte de commerce* » supra). D'où il découle que le transporteur en droit OHADA serait en règle générale un commerçant ayant pour profession principale et habituelle le déplacement des marchandises pour le compte d'autrui, c'est-à-dire le transport public de marchandises à titre onéreux. Cette définition se déduit logiquement de celle du contrat de transport, telle que contenue dans l'article 2 (b) de l'AUCTMR qui prévoit que le transporteur routier est « *une personne physique ou morale* » qui « *s'engage principalement et moyennant rémunération, à déplacer par route (...) la marchandise qui lui est remise par une autre personne appelée l'expéditeur* ». Partant de là, on comprend aisément que le contrat de transport routier de marchandises soit, dans l'espace OHADA, un contrat à titre onéreux dès sa formation.

1.2- Formation du contrat

300. Aux termes de l'article 3 de l'AUCTMR, le contrat de transport routier de marchandises existe dès que le donneur d'ordre et le transporteur sont d'accord pour le déplacement d'une marchandise moyennant un prix convenu. Cette disposition résume les conditions de validité de ce contrat en droit OHADA. Il en découle qu'il s'agit d'un contrat consensuel, car il est réputé formé dès l'échange des consentements ; d'un contrat synallagmatique et à titre onéreux, dans la mesure où le prix constitue la contrepartie du déplacement et doit être convenu dès le départ.

En dehors de ces traits caractéristiques, l'Acte uniforme se contente d'en donner une définition, sans préciser les différents éléments concourant à sa formation. Même en disposant à l'article 5 que la lettre de voiture constate le contrat de transport, il ne dit pas comment s'effectue l'échange des consentements. Il ne donne simplement pas une réponse à la question de savoir à partir de quand il y a contrat de transport routier de marchandises. Ses articles 2 (b) et 3 mentionnent pourtant quelques éléments indissociables de l'existence dudit contrat. Ceux-ci se ramènent pour l'essentiel à l'objet du contrat de transport routier de marchandises. Par conséquent, en attendant la finalisation du projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (V. *Projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats*), l'on devra recourir au droit commun des obligations pour compléter la réglementation applicable à la formation et à la validité d'un contrat de transport des marchandises soumis à l'AUCTMR.

En d'autres termes, les règles de droit interne des États membres de l'OHADA, et le cas échéant les règles de droit international privé, toutes non encore unifiées, s'appliqueront. Sur ce dernier point, qu'il nous soit permis de rappeler que comme tout contrat, le contrat de transport routier de marchandises soumis aux dis-

positions de l'AUCTMR devra simultanément respecter les conditions de droit commun (capacité à contracter, consentement éclairé, licéité de la cause, etc.) auxquelles seront éventuellement ajoutées celles édictées par le droit commercial (dans les hypothèses où ledit contrat sera commercial pour l'une des parties ou pour les deux). Parallèlement à ces règles générales, les parties devront respecter les exigences spécifiques au contrat de transport (V. *Contrat de transport*).

1.3 - Exécution du contrat

301. Quelle que soit la phase du transport routier visée, le législateur OHADA a fait un effort de préciser, pour les aspects réglementés, la part des droits et obligations qui revient à chacune des parties au contrat de transport.

D'abord, les rédacteurs de l'AUCTMR ont consacré une part active à l'expéditeur dans l'exécution du contrat de transport. Dans la réglementation de son intervention, ils ont mis à sa charge, à chaque étape du processus d'exécution, des droits et des obligations spécifiques. Dès la première phase d'exécution du contrat de transport, c'est-à-dire lors de la prise en charge de la marchandise, il a le droit d'exiger du transporteur la vérification soit du poids brut ou de la quantité autrement exprimée de la marchandise, soit du contenu des colis (art. 10 (3) AUCMR). Ce droit va de paire avec celui de contester les réserves faites par le transporteur sur l'envoi lors de l'enlèvement de la marchandise. Il a parallèlement droit à l'original de la lettre de voiture (art. 5 (2) de l'AUCTMR) qui doit lui être remise au moment de la prise en charge par le transporteur ou son représentant. Cependant, un des droits les plus importants semble être celui de disposer de la marchandise en cours de route, tel que prévu à l'article 11 de l'AUCTMR. En pratique, il est indissociable de son droit d'être informé par le transporteur et de celui de lui donner de nouvelles instructions pour une meilleure réalisation du déplacement.

En contrepartie de ces droits, la principale obligation contractuelle de l'expéditeur consiste au paiement du prix du transport convenu lors de la conclusion du contrat. Mais en plus du paiement du fret plusieurs autres obligations ont été mises à sa charge. Certaines sont dites matérielles, parce que se rapportant essentiellement à la marchandise confiée au transporteur : emballage adéquat de la marchandise, remise de la marchandise au transporteur, etc. D'autres, non moins importantes, sont relatives aux documents de transport : établissement de la lettre de voiture, mise à la disposition des documents douanier et de transit, communication des informations et instructions nécessaires au transport (AKAM AKAM (A.), « *L'information dans le contrat de transport de marchandises par route. Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA* », RRJ n° 2006-3, p. 1647-1684, spécialement les n° 9 et s).

Ensuite, le législateur a reconnu au destinataire le

droit à la livraison de la marchandise. L'article 13 (1) de l'AUCTMR prévoit dans ce sens que « *le transporteur est tenu de livrer la marchandise au destinataire au lieu prévu pour la livraison* ». Pour accompagner la mise en œuvre de ce droit, il a en sus le droit d'être informé de l'arrivée de la marchandise au lieu prévu pour la livraison, du délai imparti pour son enlèvement, ainsi que le droit de demander la copie de la lettre de voiture qui accompagne la marchandise, en même temps qu'il reçoit celle-ci. Par ailleurs, le contrat peut lui transférer le droit de disposer de la marchandise en cours de route. Quant à ses obligations, elles sont à la fois d'origine contractuelle et légale (V. *Contrat de transport*).

302. Les droits du transporteur routier de marchandises sont ceux sur lesquels l'AUCTMR s'est par la suite le plus attardé. D'une part, s'agissant de ses prérogatives non pécuniaires, il dispose d'un droit à l'information à toutes les étapes du transport. À celui-là, s'ajoute le droit de refuser de transporter la marchandise même après la conclusion du contrat de transport, le droit de décharger la marchandise transportée, soit en cours de route, soit à l'arrivée, en cas d'empêchement à livraison. Il jouit en outre dans certaines circonstances exclusives du droit de faire procéder à la vente (et non le droit de vendre) de la marchandise transportée (art. 12 (6) de l'AUCTMR).

D'autre part, sur le plan pécuniaire, le transporteur a principalement droit au paiement des créances résultant de la lettre de voiture (article 15 AUCTMR), au remboursement des frais engagés soit pour la demande et l'exécution des instructions nouvelles en cours de route (art. 12 (4) de l'AUCTMR), soit pour la conservation ou l'entreposage des marchandises déchargées (*Il s'agit par exemple des frais engagés pour le emballage et la conservation des marchandises : art. 7 (1) in fine ; des frais de dépôt ou de déchargement suscités par la mise en œuvre des dispositions des articles 7 (1), 7 (3), 8 (3), 12 (2) et 12 (5) de l'AUCTMR*). Et en application de l'article 12 (6) de l'AUCTMR, le transporteur a le « droit de se payer », ou droit de déduire les créances du transport des sommes découlant du produit de la vente des marchandises transportées.

Pour garantir la mise en œuvre de ces droits, le transporteur s'est parallèlement vu reconnaître plusieurs sûretés et privilèges, dont le droit à une caution que doit lui donner le destinataire qui conteste les créances du transport (article 13 (3) AUCTMR *in fine*) ; un droit de rétention de la marchandise transportée jusqu'au complet paiement des créances nées du transport (article 15 (3) AUCTMR) ; et un privilège sur la marchandise transportée (art. 15 (4) de l'AUCTMR).

Enfin, comme celles de ses cocontractants, les obligations du transporteur routier prévues par le droit OHADA ne sont délimitées que dans la période allant de la prise en charge de la marchandise en vue de son déplacement, jusqu'à la livraison de ladite marchan-

dise, c'est-à-dire dans la période de transport telle que définie par l'article 9 de l'AUCTMR. En essayant de les regrouper, l'on s'aperçoit que celles-ci consistent principalement en des actes ou mesures que doit poser ou prendre le transporteur relativement à la marchandise admise au transport.

Dans ce sens, le transporteur s'engage principalement à déplacer une marchandise, dans les délais, du lieu de départ au lieu de destination, et à la remettre en l'état entre les mains du destinataire. Certes, plusieurs obligations relatives à la marchandise sous-tendent cet engagement : vérification de l'exactitude des mentions de la lettre de voiture relatives au nombre de colis, à leurs marques et à leurs numéros, vérification de l'état apparent de la marchandise et de son emballage, motivation des réserves faites sur l'état apparent de la marchandise, etc. (...) En cours de route, le transporteur doit légalement des soins généraux et ordinaires à la marchandise. Des soins spéciaux, c'est-à-dire ceux exigés par la nature particulière de la marchandise ou par les particularités du transport, peuvent toutefois être conventionnellement mis en sus à sa charge, contre rémunération supplémentaire. Une fois à destination, le transporteur est tenu de livrer la marchandise au destinataire au lieu prévu et de lui remettre la copie de la lettre de voiture qui accompagne la marchandise, le tout contre décharge. Plus précisément, la livraison doit être faite dans le délai convenu ou, à défaut de délai convenu, dans le délai qu'il est raisonnable d'accorder à un transporteur diligent, compte tenu des circonstances de fait.

Toutefois, lorsqu'elles ne s'identifient pas à des opérations directes sur l'envoi, les obligations du transporteur routier de marchandises se présentent comme une manifestation de l'obligation d'information. Concrètement, en dehors de l'obligation d'information ou de renseignement fondée sur les principes de bonne foi et de coopération contractuelles, le législateur OHADA a prévu des modalités spécifiques pour l'obligation légale d'information en matière de contrat de transport routier. À l'égard du transporteur, l'obligation d'information a une nature duale. D'une part, elle consiste en une *obligation d'informer* que la doctrine, à la suite de la jurisprudence, rattache au devoir de loyauté. D'autre part, elle prend la forme d'une *obligation de s'informer* inhérente à l'obligation de diligence pesant sur chaque cocontractant (cf. *AKAM AKAM (A.)*, « *L'information dans le contrat de transport de marchandises par route. Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA* », *RRJ*, 2006, *op. cit.*).

303. L'on relève cependant que, malgré l'importance des dispositions relatives à l'exécution du contrat de transport de marchandises par route, le droit OHADA ne dit pas expressément quand et comment prend fin ce contrat qu'il réglemente. Pourtant, ses prévisions en matière de conclusion et d'exécution du « contrat-type » de transport routier s'appliquent également aux contrats particuliers qu'il intègre dans son champ d'application matériel.

2 - Contrats de transport routier particuliers

304. La portée du champ d'application matériel des dispositions de l'AUCTMR tel que délimité à l'article 1 s'appréhende mieux à la lecture de ses articles 22 et 23. Ceux-ci tablent spécialement sur les règles spécifiques à certains types de contrats de transport routier complexes, à savoir le contrat de transport successif et le contrat de transport superposé.

2.1- Contrat de transport successif

305. Dans un contrat de transport successif de marchandises, plusieurs transporteurs routiers se succèdent pour déplacer une seule et même marchandise sur la base d'un unique contrat de transport par route (art. 2 (i) AUCTMR). En intégrant ce type de transport dans leur champ d'application, les règles uniformes OHADA vont dans le même sens que la majorité des Conventions relatives au transport de marchandises. Toutefois, à la suite de la CMR, le régime spécial du transport successif prévu par l'AUCTMR est limité aux seuls déplacements successifs visant l'exécution d'un contrat unique. C'est ainsi qu'à la suite des dispositions de l'article 2 (i), l'article 23 de l'AUCTMR vient préciser le régime applicable à la réalisation d'un tel déplacement, en déterminant entre autres les conditions du transport successif OHADA. Pour ce faire, trois conditions principales doivent être réunies.

La première est la juxtaposition dans le temps et dans l'espace de plusieurs transporteurs routiers effectifs (réels), qualifiés de successifs, qui interviennent chacun à son tour dans l'acheminement de la marchandise sur une partie du trajet. Chaque transporteur successif conserve cependant, selon les termes du contrat, la faculté de se faire substituer un transporteur tiers pour l'exécution matérielle du déplacement objet de son engagement.

En droit des transports CMR, les juges ont eu l'occasion de statuer sur des cas de transports successifs allant de paire avec une substitution de transporteur (sous-traitance). Dans ces hypothèses, il a été décidé que la qualité de transporteur successif n'était reconnue qu'au transporteur successif contractuel, et non au transporteur que ce dernier s'est substitué pour l'exécution matérielle du transport. Dès lors, c'est contre le premier que les actions résultant du contrat doivent être dirigées (*Cass. com. France, 9 juillet 1996 (suite à Cour d'appel de Paris 10 mai 1994) Sté Allianz VIA IARDT et Sté GENERAL CARGO SERVICES c. Sté WEAR-TEX et plusieurs autres, DMF décembre 1996 n° 566, p. 1148-1151, Obs. Raymond ACHARD ; BTL 1996, p. 536 ; Rev. dr. unif., 1996, p. 785 ; Numéro d'inscription UNILAW : CMRF 55*). Il n'est pas exclu qu'une telle position soit retenue en droit OHADA.

Deuxièmement, les transporteurs successifs doivent intervenir pour l'exécution d'« un unique contrat de transport routier ». Une analyse littérale de cette règle du

droit des transports OHADA conduit de prime abord à la conclusion selon laquelle l'application de l'AUCTMR à un transport successif suppose l'existence d'un contrat de transport unique. Cette position a plusieurs fois été réitérée par la jurisprudence en droit CMR (*Cass. com. (France) arrêt n° 68-13.395, 11 déc. 1990, Sté Lts Freight Ltd c/Sté Normandie Rapides Transports Souchet et autres, BTL 1991, p. 83 ; Numéro d'inscription UNILAW : CMR FR 2. Puis Cass. com. (France), 6 juillet 1993, Ets André Chenue et Fils c/. M. Bosoni et autre, Bull. Civ. IV, 1993, n° 291, p. 206 ; Numéro d'inscription UNILAW : CMR F 21 ; <http://www.legifrance.gouv.fr>).*

Enfin, le transport en question doit être régi par une seule et même lettre de voiture sur laquelle chacun de ces transporteurs porte ses coordonnées et leurs éventuelles réserves. L'on peut cependant se poser la question de savoir si, à admettre qu'elle constitue le principe, l'unicité de la lettre de voiture doit s'entendre d'une condition absolue et restrictive ? En pratique, en droit CMR il est arrivé que l'on se pose la question de savoir si l'émission de plusieurs lettres de voiture était incompatible avec le régime spécial du transport successif prévu par la CMR, ici repris dans l'AUCTMR.

306. Dans un arrêt rendu le 29 avril 2003 à propos d'un transport successif dans lequel le second transporteur avait émis sa propre lettre de voiture, les juges français ont eu à statuer sur cette question. Il ressort de leur décision que l'exigence d'une lettre de voiture unique pour l'application des règles du transport successif est plutôt fonction des circonstances de l'espèce et devrait être relativisée. Dès lors, l'émission par chaque transporteur d'une lettre de voiture spécifique pour la partie du trajet qu'il doit effectuer peut, selon les circonstances et par référence à l'intention initiale des parties, être admise sans préjudicier à l'application du régime spécial (*Cass. com. France, arrêt n° 01-00422 du 29 avril 2003, Sté Transports Landreau c/Rouw ès qual. et a. (suite à Cour d'appel de Rennes 11 oct. 2000), BTL 2003, p. 335 ; Somm. in Rev. dr. unif. 2003, p. 1015 ; Numéro d'inscription UNILAW : CMR F 51. Dans cette affaire, la position des juges a été la suivante : « (Mais) attendu, d'une part, que dès lors que la lettre de voiture CMR ne fait preuve des conditions de transport que jusqu'à preuve du contraire, la cour d'appel, qui a retenu, par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui ont été soumis, que l'acheminement, en dépit de l'émission par la société Arco d'une lettre de voiture pour la seule partie hollando-russe, avait été régi par un contrat unique, au sein duquel la société Arco a pris la qualité de sous-traitante de la société Landreau, a ainsi légalement justifié sa décision »).*

Cette position se comprend aisément si l'on part du fait que la lettre de voiture n'est pas le contrat de transport, et que même dans un transport unimodal simple, il est admis que le transporteur routier peut émettre autant de lettres de voiture que d'envois. Mais à la lecture des règles OHADA, seul le respect des trois

conditions cumulatives ci-dessus semble en principe entraîner l'application du régime prévu à l'article 23 de l'AUCTMR, à savoir la reconnaissance de la qualité de partie à tous les intervenants et l'application à tous les transporteurs du régime des droits, des obligations et de responsabilité prévues par l'AUCTMR d'une part, et la consécration de leur solidarité d'autre part.

307. Parallèlement, les modalités du transport successif peuvent être multiples. L'on rencontre cependant en pratique d'autres modalités du transport successif qui se rapprochent de celles réglementées par le législateur OHADA, sans s'y identifier. L'intervention successive de plusieurs transporteurs peut en effet avoir plusieurs fondements, même lorsqu'elle se fait de manière « horizontale ». Par exemple, une opération de transport impliquant horizontalement plusieurs intervenants peut en pratique être régie par plusieurs contrats distincts.

Aucune disposition de l'AUCTMR n'exclut que les intervenants conviennent d'un transport successif tout en prévoyant, dans les modalités d'exécution, l'émission d'une lettre de voiture par chaque transporteur. Les parties peuvent même aller plus loin en admettant un déplacement dans lequel elles se succéderont, mais sur la base de plusieurs contrats distincts.

Mieux encore, il peut arriver que ce soit l'expéditeur qui choisisse de conclure plusieurs contrats distincts avec chacun des transporteurs subséquents qui interviendront dans l'acheminement d'une seule et même marchandise. Si dans ce cas l'idée de succession dans le transport routier demeure, les conditions prévues par l'AUCTMR ne sont pas toutes respectées. La question se pose donc de savoir s'il s'agit des situations exceptionnelles dans lesquelles le régime spécifique du transport successif OHADA sera appliqué par extension, ou s'il faut exclure ces transports du champ de l'AUCTMR. Plusieurs situations sont envisageables.

Dans certaines circonstances, c'est le premier transporteur qui conclut des contrats subséquents ou successifs pour certaines phases du déplacement routier. À l'égard de l'ayant droit à la marchandise, le régime applicable sera celui de la sous-traitance, le transporteur contractuel étant garant de la bonne exécution du contrat, et répondant, aux termes de l'article 16 (4) de l'AUCTMR, des tiers auxquels il a fait appel pour l'exécution du contrat. Il en sera de même lorsque les transporteurs substitués se seront succédé dans l'exécution d'un seul et même contrat, au sens des articles 2 (i) et 23 de l'AUCTMR. À moins que l'expéditeur n'ait expressément consenti à la sous-traitance, le régime du transport successif tel que prévu à l'article 23 ci-dessus cité ne prévaudra que dans les rapports entre le transporteur contractuel et les transporteurs substitués subséquents, les relations entre le premier et l'expéditeur réel demeurant régies par le régime du transport simple.

Le cas le plus fréquent demeure cependant celui où l'expéditeur lui-même conclut dès le départ des contrats distincts avec chacun des transporteurs rou-

tiers qui acceptent de se relayer dans le déplacement d'une cargaison unique. Le problème soulevé par ce cas de figure semble se résoudre comme suit : chaque transporteur succédant à un autre est assimilé à un « *destinataire intermédiaire* ». Il lui reviendra ainsi, lors de la réception des marchandises des mains du transporteur qui l'a précédé, d'accomplir toutes les vérifications nécessaires et d'en faire mention sur la copie de la lettre de voiture qui accompagne les marchandises. En sa qualité de transporteur, il devra par la suite émettre une autre lettre de voiture pour le trajet pour lequel il a la charge du déplacement. Les dispositions générales applicables au contrat de transport routier de marchandises s'appliqueront dès lors à chaque contrat, en lieu et place des règles spécifiques au transport successif. Il est vrai que la situation peut devenir plus complexe si les transporteurs successifs se contentent d'ajouter des mentions sur la lettre de voiture émise par le premier transporteur, sans en émettre une à leur tour. On se retrouvera de fait face à plusieurs transporteurs, à une cargaison et à une seule lettre de voiture, et il faudra statuer sur la « *solidarité* » qui pourrait exister entre ces transporteurs qui se sont succédé dans le déplacement d'une même marchandise.

Pour être juridiquement rigoureux, l'on se basera sur le fait que, les conditions de l'AUCTMR étant impératives (cf. son article 28) il ne s'agit pas d'un transport successif rentrant dans son champ d'application.

308. La même rigueur s'observera certainement face à la question de savoir si une rupture de charge réalisée dans l'exécution d'un contrat de transport successif aboutirait sur la non-application du droit OHADA. En droit comparé, la tendance générale des juges est en effet de voir dans l'acte de rupture de charge un acte matérialisant le passage d'un contrat de transport à un autre. Par exemple, pour rendre leur décision sur la nature successive d'un transport CMR, les juges ont eu à préciser qu'en plus du contrat unique, le transport avait été « *effectué sans rupture de charge* » (*Cass. com. (France) arrêt n° 68-13.395, 11 déc. 1990, précité, Sté Lts Freight Ltd c/Sté Normandie Rapides Transports Souchet et a., BTL 1991, p. 83 ; Numéro d'inscription UNILAW : CMR FR 2.*). Une telle exigence ne saurait cependant être généralisée et érigée en condition jurisprudentielle additionnelle pour l'application du régime de l'article 23 de l'AUCTMR ; car le législateur OHADA n'a pas expressément prévu l'absence de rupture de charge comme condition d'existence d'un transport successif. D'après le droit de l'OHADA, l'absence de rupture ne demeure expressément qu'une condition restrictive applicable en matière de transport superposé.

2.2 - Contrat de transport superposé

309. En plus du transport simple et du transport successif unimodal, l'AUCTMR s'attarde sur le transport superposé. Il s'agit d'un type de transport complexe,

c'est-à-dire celui pour la réalisation duquel il est successivement ou cumulativement fait recours à plusieurs modes de transport. Ses conditions découlent de la définition qu'en donne l'article 2 (j) de l'AUCTMR. Selon lui, par transport superposé, il faut entendre « *le transport dans lequel, en vue de l'exécution d'un unique contrat de transport routier, un véhicule routier contenant des marchandises est transporté, sans rupture de charge, sur ou dans un véhicule non routier sur une partie du parcours* ». Il en ressort que pour qu'un transport soit qualifié de superposé au sens du droit OHADA, il faut que quatre conditions cumulatives soient réunies.

D'abord, comme en matière de transport successif, il faut que les modalités du déplacement arrêtées visent l'exécution d'un unique contrat de transport routier. Cette exigence a pour conséquence directe d'exclure du champ d'application de l'AUCTMR tout transport superposé qui trouverait son fondement dans un contrat non routier, même s'il fait intervenir un véhicule routier.

Ensuite, il faut que ce soit le véhicule routier lui-même, et non son contenu, qui soit transporté. Il doit s'agir d'un véhicule au sens du droit OHADA. Ainsi, la remorque et la semi-remorque étant considérées comme des véhicules au sens de l'article 2 (l) de l'AUCTMR, le fait qu'elles soient ou non détachées de leur véhicule tracteur pour le transport par l'autre mode est indifférent à la qualification du transport superposé tel que défini par le législateur OHADA. Bien plus, le véhicule en question doit contenir les marchandises admises au transport routier initial. En d'autres termes, s'il est vide, le véhicule sera assimilé à une marchandise et l'on se retrouve dans l'hypothèse d'un simple transport de véhicule.

310. Par ailleurs, le déplacement envisagé doit, dans ses modalités, comprendre un trajet routier et un trajet non routier lors duquel le véhicule routier contenant des marchandises sera transporté sur ou dans le véhicule non routier. L'AUCTMR ne vise ainsi que les *transports mixtes*, c'est-à-dire les techniques de transport au cours desquelles tout le véhicule est embarqué sans rupture de charge sur un autre véhicule. Au stade actuel des évolutions observées dans le domaine des transports, on rencontre en pratique la technique du « *kangourou* » et la technique du « *roll-on/roll-off* ».

La technique du *kangourou* ou *feroutage* consiste au chargement sur des wagons de chemin de fer des semi-remorques légèrement modifiées. Elle met en présence des véhicules routiers, amenés par des transporteurs routiers à la gare de départ, puis acheminés (très rapidement) à destination où un ou d'autres transporteurs routiers les prennent à nouveau en charge jusqu'à la destination finale.

La technique du *roll-on/roll-off*, en abrégé *ro/ro*, également appelée *transroulage*, permet tout simplement l'embarquement de tout le véhicule sur des navires porte-barges ou *car-ferries* (*Le Car-ferry est un « Navire de haute mer non conçu dans ses œuvres vives de la même manière qu'un navire de construction classique et per-*

mettant, notamment, le chargement de véhicules routiers gros porteurs affectés au transport de marchandises ». V. *Lexique Lamy transport, tome I, décembre 2003*). À ce niveau, il convient de préciser que l'intérêt des prévisions de l'AUCTMR réside entre autres dans le fait que les Conventions relatives au transport maritime ne régissent pas toujours de manière impérative le transport en pontée.

Il semble opportun de noter que, s'il exclut la superposition route-route (qui n'entraîne pas une superposition des modes de transport) de sa définition du transport superposé, l'AUCTMR ne limite cependant pas ses modalités aux combinaisons les plus usuelles : route-fer et route-mer. Aussi serions-nous bel et bien face à un transport superposé rentrant dans son champ d'application en cas de transport du véhicule routier sur ou dans un véhicule fluvial ou aérien.

Concrètement, quelle que soit la modalité retenue, il suffit que la superposition des modes intervienne sur une partie du parcours (itinéraire ou trajet), et ce indépendamment du moment (*au départ, au milieu ou à la fin du déplacement routier*). De même, la distance du parcours superposé est indifférente à la qualification. L'AUCTMR n'exige pas qu'il soit accessoire par rapport au transport routier (*cette position avait déjà été retenue par la jurisprudence en droit CMR : CA d'Orléans, arrêt du 20 janvier 1982, BT 1983, p. 233-234*).

La dernière condition de définition du transport superposé et, partant, d'application matérielle du droit des transports de l'OHADA, consiste en l'absence de rupture de charge lors du passage au transport par voie non routière. De façon large, la « rupture de charge » ou « transbordement » de la marchandise (*terme beaucoup plus employé en matière maritime*) est le transfert de la marchandise d'un véhicule à un autre, appartenant ou non au même transporteur. Elle se distingue d'une rupture d'attelage qui se résume de fait au changement de véhicules tracteurs au cours de l'exécution d'un transport routier. Elle conduit de fait à une exécution fractionnée du transport, chaque véhicule successif n'accomplissant qu'une partie du trajet (*Lexique juridique, Lamy tome I, op. cit., « Rupture de charge », puis « Transbordement »*). La présence d'une rupture de charge lors du changement de mode suffit donc en principe à exclure l'application de l'AUCTMR à la phase non routière d'un transport impliquant plusieurs modes. Cependant, la rupture de charge visée se limite au seul déplacement non routier. Une rupture de charge antérieure ou postérieure au transport par l'autre mode ne peut efficacement être invoquée pour écarter l'application des dispositions de l'AUCTMR relatives au transport superposé. En effet, une analyse *a contrario* de l'article 4 (2) (a) de l'AUCTMR permet de déduire qu'à défaut de mention expresse de l'expéditeur, le transporteur jouit de la faculté de transborder la marchandise.

De même, la rupture de charge imposée par des circonstances de fait liées ou non à la marchandise constitue une atténuation à l'exigence de l'article 2 (1)

de l'AUCTMR. Par exemple, dans les cas d'empêchement au transport et d'empêchement à la livraison visés par l'article 12 (1) et (2) de l'AUCTMR (circonstances dans lesquelles le transporteur se voit reconnaître plusieurs pouvoirs exceptionnels sans que le régime du transport n'en soit affecté), le transporteur peut valablement décharger la marchandise, même dans le cadre d'un transport superposé, ce sans que la qualification du transport n'en soit affectée. Certes, contrairement à ceux de la CMR (*cf. art. 2 (1) CMR*), les rédacteurs de l'AUCTMR n'ont pas expressément fait mention de cette exception à la prohibition de la rupture de charge en matière de transport superposé.

311. Indépendamment de ses conditions, l'une des difficultés fondamentales sous-jacentes au transport superposé a toujours été celle relative au régime juridique applicable. Pour surmonter cette difficulté, le législateur OHADA a opté pour le système dit de « réseau », qui aboutit sur une application distributive des différents textes impératifs en présence, chaque texte restant applicable à la phase du transport réalisée par le biais du mode de transport qu'il a vocation à régir. Dans ce sens, pour la détermination de la responsabilité des différents transporteurs, il renvoie aux Conventions impératives propres à chaque mode de transport, dès lors qu'il est possible de déterminer l'origine non routière du dommage.

À ce sujet, l'article 22 de l'AUCTMR, précise que le droit OHADA s'applique en principe « à l'ensemble du transport superposé. Cependant, lorsque sans faute du transporteur routier, une perte, une avarie ou un retard se produit pendant la partie non routière du transport, la responsabilité du transporteur routier est déterminée conformément aux règles impératives de la loi qui régissent cet autre mode de transport. En l'absence de telles règles, la responsabilité du transporteur routier demeure régie par le présent Acte uniforme ».

De par son contenu, cet article a vocation à régir prioritairement tout le contrat de transport (unique), quelles que soient les modalités de juxtaposition des modes qui sont retenues. Ce n'est qu'exceptionnellement que l'AUCTMR pourra être écarté au profit du texte spécial régissant l'autre mode de transport. Il faudra pour ce faire non seulement que le dommage subi par l'ayant droit à la marchandise se soit réalisé pendant la phase non routière du transport, mais également qu'il existe un droit ou des règles impératives régissant l'autre mode de transport. Par conséquent, s'il ne peut être prouvé que le dommage s'est réalisé dans la phase non routière, l'AUCTMR s'appliquera à tout le déplacement. Il en sera de même si l'autre mode n'est pas régi par des règles impératives. Il convient de préciser que l'insistance sur la nature impérative desdites règles a pour effet d'écarter les textes supplétifs et les usages au profit des dispositions de l'AUCTMR. En pratique, une telle exigence a pour finalité d'assurer la sécurité et la stabilité juridiques, en garantissant une visibilité et une prévisibilité du droit applicable.

312. Il découle de la réglementation des transports superposés par l'AUCTMR que les transporteurs des différents modes ne sont pas assimilés à des transporteurs successifs. Il n'y a dès lors pas de solidarité entre eux. Cela s'explique par le fait que le transporteur intermédiaire ne s'occupe en réalité que du véhicule, et non de la marchandise qu'il contient. À son égard, la marchandise qu'il transporte c'est le contenant : le véhicule. Cette situation a amené les législateurs à ne pas envisager, dans le chef du transporteur intermédiaire, de véritable transport de marchandise. En réalité, en matière routière, il est d'usage de ne pas considérer que le transport routier a été interrompu dans ces cas. Raison pour laquelle les phases mixtes sont soumises au régime du mode principal. D'ailleurs, à la suite de l'article 2 de la CMR, en cas de contentieux, l'article 22 de l'AUCTMR maintient la responsabilité du transporteur routier pour des dommages survenus lors des phases mixtes non routières.

3 - Contentieux du transport

313. Le droit OHADA ne fait mention que du contentieux de la responsabilité. Si cette approche législative est récurrente dans les Conventions communautaires et internationales spécialisées, le mérite des règles uniformes africaines est de prévoir expressément, en plus du principe et du régime de la responsabilité du transporteur, les faits générateurs de la responsabilité de l'expéditeur.

3.1 - Responsabilité de l'expéditeur

314. L'unanimité s'est rapidement faite sur les traits originaux et innovants de l'AUCTMR par rapport au droit international des transports et, spécialement par rapport à la CMR, il a apporté des « améliorations saillantes » dans la définition de la responsabilité de l'expéditeur (cf. *Rapport de transmission à la CCJA du Projet d'AUCTMR, Secrétariat permanent de l'OHADA, 14 nov. 2002 ; LACASSE et PUTZEYS, « L'Acte uniforme relatif aux contrats de transport par route », op. cit., p. 698*). Cet apport est principalement contenu dans les dispositions de son article 8 (2), aux termes duquel « *L'expéditeur est tenu de réparer le préjudice subi par le transporteur ou toute autre personne aux services de laquelle ce dernier recourt pour l'exécution du contrat de transport, lorsque ce préjudice a pour origine soit le vice propre de la marchandise, soit l'omission, l'insuffisance ou l'inexactitude de ses déclarations ou instructions relativement à la marchandise transportée* ».

Les fondements de la responsabilité de l'expéditeur ici énumérés ne sont pas exclusifs des causes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle de droit commun. Le législateur s'est simplement appesanti sur des faits générateurs spécifiques au contrat de transport.

En dehors de ces circonstances, l'expéditeur reste globalement responsable de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations contractuelles. Il en sera de même pour le destinataire.

En outre, il semble opportun de signaler que si ces causes sont prioritairement relevées en considérant la personne du transporteur, elles peuvent fonder de manière incidente la responsabilité de l'expéditeur vis-à-vis du destinataire. Car s'il a subi un préjudice relevant d'un des faits mentionnés et qui exonérerait partiellement ou totalement le transporteur, le destinataire pourra valablement se retourner contre l'expéditeur fautif en fondant son action sur ces faits.

Dans son régime, la responsabilité de l'expéditeur et, partant, de tous les cocontractants du transporteur routier de marchandises, est en principe une responsabilité pour faute. Face au silence de l'AUCTMR, elle obéit, dans sa mise en œuvre, aux règles du droit commun de la responsabilité contractuelle, contrairement à celle du transporteur.

3.2 - Responsabilité du transporteur

315. L'article 16 de l'AUCTMR fixe principalement les faits générateurs de la responsabilité du transporteur routier de marchandises dans l'espace OHADA. On peut y lire que cette responsabilité découle essentiellement de l'obligation de livrer la marchandise à destination dans l'état où elle lui a été remise. C'est pour cela qu'il est responsable de l'avarie, de la perte totale ou partielle qui se produit pendant la période de transport, ainsi que du retard à la livraison.

Mais en réalité, le transporteur routier de marchandises est responsable à plus d'un titre. D'une part, il répond de son fait personnel et du fait de ses mandataires et préposés (dommages à la marchandise ou retard) en qualité de transporteur. D'autre part, il répond en qualité de mandataire du fait des prestations accessoires et complémentaires au déplacement des marchandises parallèlement convenues lors de la conclusion du contrat de transport (par exemple pour utilisation inadéquate des documents remis par l'expéditeur : l'article 6 (3) de l'AUCTMR).

En ce qui concerne la mise œuvre de la responsabilité du transporteur, l'apport du droit OHADA aura été d'introduire dans les États membres des principes déjà admis sur le plan international. Comme conséquence du régime impératif institué, plusieurs causes d'exonération de responsabilité sont consacrées par l'article 17 de l'AUCTMR. Quant à l'article 18, il institutionnalise le principe de la limitation de responsabilité du transporteur de marchandises. Ainsi, sauf déchéance du droit à l'exonération ou à la limitation de responsabilité telle que prévue par l'article 21, et hormis les cas de déclaration de valeur ou d'intérêt spécial à la livraison (art. 18 al. 2 et 3 AUCTMR), l'indemnité pour avarie ou pour perte totale ou partielle de la marchandise est calculée d'après la valeur de la

marchandise et ne peut excéder 5 000 francs CFA par kilogramme de poids brut de la marchandise (art. 18 al. 1 AUCTMR). Ces règles de limitation valent pour tous les cas de figure, y compris les hypothèses de responsabilité extracontractuelle, telle que les mentionne l'article 20 AUCTMR (pour plus de détails sur la question, v. « *Responsabilité du transporteur* » infra).

3.3 - Règles procédurales

316. Sur le plan procédural, l'article 27 de l'AUCTMR fixe les règles de compétence juridictionnelle *ratione loci* en cas de contestation née de l'exécution d'un contrat de transport routier de marchandises soumis au droit OHADA. En donnant la primauté aux clauses attributives de compétence, il dispose de manière supplétive que le demandeur peut saisir soit les juridictions du pays sur le territoire duquel le défendeur a sa résidence habituelle, son siège principal ou la succursale ou l'agence par l'intermédiaire de laquelle le contrat de transport a été conclu, soit celles du lieu de la prise en charge de la marchandise ou celles du pays sur le territoire duquel la livraison est prévue. Les règles de procédure devant lesdites juridictions sont celles consacrées par le système judiciaire de l'OHADA, que les parties aient opté pour une juridiction arbitrale, en application de l'article 24 de l'AUCTMR (V. « *Notion d'arbitrage* ») ou qu'elles aient préféré un tribunal étatique.

S'agissant des délais de recevabilité des actions nées du contrat, l'article 25 dispose que toute action découlant d'un transport régi par l'AUCTMR se prescrit par un an à compter de la date de livraison ou, à défaut de livraison, de la date à laquelle la marchandise aurait dû être livrée. Le délai de prescription de l'action est toutefois étendu à trois ans dans le cas de dol ou de faute équivalente au dol.

Mais telle que présentée, la mise en œuvre d'une action contentieuse en droit des transports routiers OHADA est conditionnée. Il ressort en effet de l'alinéa 2 de l'article 25 qu'elle n'est recevable que si une réclamation écrite a été préalablement faite au premier transporteur ou au dernier transporteur au plus tard soixante jours après la date de la livraison de la marchandise ou, à défaut de livraison, au plus tard six mois après la prise en charge de la marchandise.

Il ne fait aucun doute que les règles contentieuses ainsi édictées s'appliqueront aux litiges nés des transports spéciaux : superposés ou successifs, et plus particulièrement aux recours entre transporteurs (V. « *Transporteur routier de marchandises – Recours entre transporteur* » infra).

Conclusion

317. De par son objet, le droit OHADA relatif aux contrats du transport routier de marchandises ne s'ap-

plique pas à tous les contrats de transport routier. Il ne vise que les contrats rentrant simultanément dans ses sphères d'application spatiale, territoriale et matérielle. Mais ce champ d'application est par ailleurs expressément limité par l'exclusion d'un certain nombre de matières à l'article 1 (2) de l'AUCTMR.

I - Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif au droit des sociétés coopératives

Introduction

318. Les coopératives correspondent à un type spécifique d'organisation économique répandue dans le monde entier selon des principes identiques. L'organisation et l'exercice des activités humaines sous cette forme sont donc devenus une réalité incontestable en Afrique. L'importance prise par les coopératives dans un environnement économique caractérisé par l'intensification de la concurrence, appelle nécessairement une réforme. Certes, sur les plans nationaux, des efforts certains d'adaptation des textes hérités de la colonisation ont été réalisés (*On peut citer par exemple la réforme opérée par la loi camerounaise du 14 août 1992, portant organisation des sociétés coopératives et des groupes d'initiative communale*). Cependant, ces réformes recèlent des faiblesses à cause de la non prise en compte suffisante de l'identité des coopératives, de leur envol économique et qui se traduisent en pratique par le manque de stratégies de compétitivité sur les marchés nationaux et internationaux (Voir, *NANDJIP S. épse MONEYANG, Réflexion sur le cadre juridique des coopératives issu de la réforme de 1992, thèse de doctorat, Université de Yaoundé II, 2003, p. 1*). Or, l'essor des coopératives couplé à l'explosion de l'activité de microfinance, commande la sécurisation de l'environnement économique. En outre, la mondialisation et l'accroissement de la compétition économique et financière, ou encore, le contraste inhérent aux structures coopératives, qui voient se côtoyer des structures de taille importante et des structures proches en terme d'organisation des entreprises artisanales, nécessitent l'adoption d'une législation répondant avec souplesse aux besoins des acteurs concernés (Voir *A. SANTOS et C. K. BOTOKRO, Rapport provisoire, Projet d'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives et des mutuelles, p. 3*). Cette opportunité de sécurisation a été entamée par le mouvement d'harmonisation et d'unification des systèmes législatifs nationaux à travers la mise en place progressive des Actes uniformes pris en application du traité instituant l'OHADA (*Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires*). Mais leur application progressive a mis en évidence des problèmes spécifiques aux coopératives et l'inadéquation de certaines des dispositions des Actes uniformes avec la réalité des sociétés coopératives. Intégrant ces constats, un Acte uniforme spécifique aux sociétés coopératives était attendu. Ce rêve est devenu réalité depuis

le 15 décembre 2010 où les États parties au traité OHADA ont adopté à Lomé, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives

319. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives comporte 397 articles répartis dans un chapitre préliminaire et quatre parties. Le chapitre préliminaire, consacré à son champ d'application, comprend trois articles (*articles 1 à 3*) ; la première partie, qui traite des dispositions générales sur la société coopérative, contient deux cents articles (*articles 4 à 203*) ; la deuxième partie se rapporte aux dispositions particulières aux différentes catégories de sociétés coopératives et comprend cent quatre-vingt-deux articles (*articles 204 à 385*) ; la troisième partie, qui est relative aux dispositions pénales, comporte deux articles (*articles 386 à 387*) ; la quatrième partie est consacrée aux dispositions diverses, transitoires et finales et comprend dix articles (*articles 388 à 397*).

I - Dispositions générales sur la société coopérative

320. Cette première partie comporte huit titres relatifs à la constitution de la société coopérative, à son fonctionnement, à l'action en responsabilité civile contre ses dirigeants, aux liens de droit entre les sociétés coopératives, à la transformation de la société coopérative, à la fusion et scission, à la dissolution et liquidation de la société coopérative, à la nullité de la société coopérative et des actes sociaux.

a - Constitution de la société coopérative

321. Ce titre traite de la constitution de la société coopérative, de la qualité d'associé, des statuts et règlement intérieur et du registre des sociétés coopératives, immatriculation et personnalité juridique.

1 - Définition de la société coopérative et principes coopératifs

322. Aux termes de l'article 4, « *la société coopérative est un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs.*

La société coopérative peut, en plus de ses coopérateurs qui en sont les principaux usagers, traiter avec des usagers non-coopérateurs dans les limites que fixent les statuts ». L'article 5 prévoit que les sociétés coopératives exercent leur action dans toutes les branches de l'activité humaine.

Il ressort de cette définition, que la société coopérative est le fait des coopérateurs qui l'initient et dont les

rapports sont organisés selon les principes coopératifs universellement reconnus. Que la société coopérative constitue une entreprise susceptible de mener ses activités dans toutes les branches de l'activité humaine et en tant que telle, elle intéresse et implique les tiers et l'État. Elle doit être juridiquement organisée et dotée de moyens financiers, matériels et humains, pour la réalisation de ses objectifs (*Voir A. SANTOS et C. K. BOTOKRO, Rapport provisoire précité, p. 5*).

2 - Qualité d'associé

323. La société coopérative est composée de coopérateurs, personnes physique ou morale (*n'ayant fait l'objet d'aucune incapacité juridique conformément aux dispositions de la loi nationale de chaque État partie*), qui sont unis par un lien commun relatif à une profession, à une identité d'objectif, d'activité, ou de forme juridique. Chaque coopérateur doit être inscrit en cas d'agrément de sa demande d'adhésion par l'organe d'administration, dans un registre des membres tenu au siège de la société coopérative. Le retrait tout comme l'exclusion des coopérateurs avec remboursement des parts sociales est possible après avoir avisé par écrit la société dans le premier cas, et le coopérateur dans le second cas.

3 - Statuts et règlement intérieur

324. Les statuts qui constituent le contrat de société, comportent les mentions obligatoires et les mentions facultatives prévues à l'article 18, sont établis par acte notarié. Il en est dressé autant d'originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social et l'exécution des diverses formalités requises. Un exemplaire des statuts est tenu à la disposition de tout associé au siège social de la société coopérative.

La société coopérative est désignée par une dénomination sociale qui est mentionnée dans ses statuts et qui peut être modifiée, pour chaque forme de société coopérative, dans les conditions prévues par l'Acte uniforme à cet effet. Elle a un objet qui est constitué par l'activité qu'elle entreprend et qui doit être déterminée et décrite dans ses statuts. Cet objet, qui détermine le caractère civil ou commercial de la société, doit être licite. Toute société coopérative a un siège social susceptible de modification et localisable par une adresse ou une indication géographique suffisamment précise. La durée de la société dont le point de départ est la date de son immatriculation au registre des sociétés coopératives, doit être mentionnée dans ses statuts et peut être prorogée une ou plusieurs fois par les coopérateurs.

325. Chaque coopérateur doit apporter à la société, soit de l'argent, par apport en numéraire, soit des droits portant sur des biens en nature, mobiliers ou immobiliers,

corporels ou incorporels, par apport en nature, soit de l'industrie, par apport de main-d'œuvre ou de savoir-faire. En contrepartie de son apport, il reçoit des titres sociaux dénommés parts sociales, dont la valeur nominale est la même. Ces parts confèrent à leur titulaire des droits patrimoniaux et politiques, et leur imposent l'obligation de participer aux pertes sociales ainsi que de faire des transactions avec la société coopérative conformément à l'objet social de celle-ci. Les parts sociales sont nominatives, individuelles, non négociables, insaisissables et cessibles selon les conditions fixées par les statuts ; elles ne peuvent faire l'objet de nantissement.

La réduction du nombre de coopérateurs en dessous du seuil légal ne donne lieu à dissolution de la société que si la régularisation n'a pas eu lieu.

326. Les ressources de la société coopératives sont constituées des fonds propres et des fonds d'emprunt. Les fonds propres désignent le capital social et les subventions, dons et legs que la société peut recevoir et qui sont destinés au développement de ses activités. Le capital social initial représente le montant des apports en capital faits par les coopérateurs à la société coopérative lors de sa constitution. Les apports en industrie concourent également à la formation du capital social initial. Il est indiqué dans les statuts qui déterminent son montant. Contrairement au principe de l'intangibilité du capital social qui caractérise les sociétés commerciales, l'article 52 dispose que le capital de la société coopérative est variable. C'est dire qu'en dehors des cas d'augmentation ou de réduction du montant du capital initial par l'assemblée générale extraordinaire, la variation du capital initial peut se faire par le biais des retraits ou adhésions de coopérateurs. La société coopérative peut, pour son financement, recourir à tous emprunts légalement admis sur le territoire de l'État du siège social.

Les statuts peuvent être modifiés par l'assemblée générale extraordinaire dans les conditions prévues pour chaque forme de société coopérative.

327. En cas d'irrespect des formalités de constitution de la société coopérative, l'action aux fins de régularisation est prévue de même que les actions en responsabilité contre les initiateurs et les premiers membres des organes de gestion ou d'administration.

Le règlement intérieur de la société coopérative, qui contient les prescriptions de l'article 68, est établi par acte sous seing privé ou par acte notarié et un exemplaire est également tenu à la disposition de tout membre au siège social de la société coopérative.

4 - Registre des sociétés coopératives – immatriculation – personnalité juridique

328. Selon les dispositions de l'article 69, « le registre des sociétés coopératives a pour objet de recevoir l'imma-

trication des sociétés coopératives et de leurs sociétés faïtières régies par le présent Acte uniforme ; recevoir également les inscriptions et les mentions constatant les modifications survenues depuis leur immatriculation, dans la situation juridique des sociétés coopératives et des sociétés coopératives faïtières ».

Le registre des sociétés coopératives est tenu au niveau local par l'autorité administrative chargée de la tenue dudit registre. Le fichier national prévu par l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général centralise les renseignements consignés dans chaque registre des sociétés coopératives alors que le fichier régional prévu par ledit Acte centralise les renseignements consignés dans chaque fichier national. Sont en outre mentionnées d'office au registre des sociétés coopératives :

1° les décisions intervenues dans les procédures collectives individuelles de faillite ou dans les procédures collectives d'apurement du passif ;

2° les décisions prononçant les sanctions patrimoniales contre les dirigeants ;

3° les décisions de réhabilitation ou les mesures d'amnistie faisant disparaître les déchéances ou interdictions (art. 73).

Par ailleurs, toute société coopérative doit être immatriculée dans le mois de sa constitution, au registre des sociétés institué dans chaque État partie. Elle jouit de la personnalité juridique à compter de cette immatriculation ; toutefois, l'exercice de son activité est soumis aux règles qui régissent cette activité. En cas de transfert du siège d'une société coopérative, celle-ci doit requérir sa radiation du registre des sociétés coopératives dans le ressort duquel elle était immatriculée et une nouvelle immatriculation au registre des sociétés coopératives de l'autorité administrative dans le ressort duquel le siège est transféré. Toutes inscriptions modificatives, rectificatives ou complémentaires concernant la société doivent être mentionnées au registre des sociétés coopératives. De même, en cas d'établissement secondaire, la société doit solliciter une inscription secondaire. L'immatriculation de la société ainsi que les inscriptions ou mentions secondaires constatant les modifications survenues doivent faire l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à publier les annonces légales. Il en est de même de la dissolution de la société coopérative et de sa radiation.

La société coopérative est en formation lorsqu'elle n'est pas encore constituée. Toute société coopérative est constituée à compter de l'assemblée générale constitutive et de la signature de ses statuts par les coopérateurs. À partir de la signature des statuts, les dirigeants sociaux se substituent aux initiateurs. Ils agissent au nom de la société coopérative constituée et non encore immatriculée. Entre la date de constitution de la société coopérative et celle de son immatriculation, les rapports entre les coopérateurs sont régis par les statuts et par les règles générales de droit applicables

aux obligations dans l'État du siège social. Les engagements pris pour le compte de la société coopérative en formation avant sa constitution sont repris par la société au cours de l'assemblée générale constitutive. De même, l'immatriculation de la société coopérative emporte reprise par elle des engagements pris pour le compte de la société constituée et avant son immatriculation, par les dirigeants sociaux.

b - Fonctionnement de la société coopérative

329. Ce titre est relatif aux pouvoirs des dirigeants sociaux, l'assemblée générale, les états financiers de synthèse annuels et la procédure de contrôle préventif.

1 - Pouvoirs des dirigeants sociaux – Principes généraux

330. Les organes de gestion ou d'administration ont tout pouvoir pour engager la société coopérative et toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est valable dans les rapports entre associés, mais inopposable aux tiers. La société est engagée aussi bien par les actes entrant dans l'objet social que par ceux ne relevant pas de cet objet sauf si le tiers était de mauvaise foi.

2 - Assemblée générale - Principes généraux

331. Les décisions collectives ordinaires ou extraordinaires sont prises en assemblée générale et constatées par un procès-verbal. Tout coopérateur a le droit d'y participer personnellement ou par le biais d'un mandataire et dispose d'une seule voix quelle que soit l'importance de sa participation au capital de la société. Lorsque le nombre des coopérateurs est supérieur à cinq cent, les statuts de la société peuvent prévoir que l'assemblée générale peut être précédée par des assemblées de section délibérant séparément sur le même ordre du jour.

3 - États financiers de synthèse annuels, affectation du résultat

332. À la clôture de chaque exercice, le comité de gestion ou le conseil d'administration, selon le cas, établit et arrête les états financiers de synthèse conformément aux dispositions du présent Acte uniforme et de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises. Ils sont signés par une personne dûment accréditée pour engager la responsabilité de la société coopérative et certifiés par un commissaire aux comptes si la société coopérative en est dotée (*art. 107*).

Les états financiers de synthèse annuels et le rapport

de gestion établi par le comité de gestion ou le conseil d'administration sont présentés à l'assemblée générale ordinaire (*qui doit obligatoirement se tenir dans les six mois de la clôture de l'exercice*), pour approbation. Ces états sont, le cas échéant, adressés à l'organisation faitière immédiate à laquelle est affiliée la société coopérative, quarante-cinq jours au moins avant la date de l'assemblée générale ordinaire.

Les statuts peuvent prévoir le versement des ristournes aux coopérateurs proportionnellement aux opérations faites par eux avec la société coopérative ou au travail effectué en faveur de cette dernière.

La société doit constituer des réserves légales et statutaires pour prévenir les moments de difficultés ou même en vue d'un autofinancement.

4 - Procédure de contrôle préventif

333. La procédure d'alerte permet au conseil de surveillance ou à la commission de surveillance de demander par écrit ou oralement au comité de gestion ou au conseil d'administration des explications sur tout fait de nature à compromettre la continuité de la société coopérative qu'il a relevé à l'occasion de l'exercice de sa mission de contrôle.

De même, les coopérateurs peuvent, à condition qu'ils atteignent au moins le pourcentage de vingt-cinq pour cent des membres de la société coopérative, en se groupant sous la forme qu'ils jugent appropriée, demander au président de la juridiction compétente du siège social, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

Ces deux formes de contrôle sont complétées par le contrôle comptable du commissaire aux comptes dont la désignation facultative pour la société coopérative simplifiée, devient obligatoire dans la société coopérative avec conseil d'administration dès lors que le nombre total de coopérateurs est supérieur à mille, le chiffre d'affaires supérieur à cent millions et le total de bilan supérieur à cinq millions.

c - Action en responsabilité civile contre les dirigeants de la société coopérative

334. Le législateur communautaire prévoit contre le dirigeant fautif, l'action individuelle exercée à titre personnel par un coopérateur ou un tiers et l'action sociale exercée par la société ou pour le compte de cette dernière.

1 - Action individuelle

335. L'action individuelle en réparation du dommage subi par un tiers ou un coopérateur est intentée par celui

qui subit le dommage. Ainsi, chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société coopérative. Lorsque plusieurs dirigeants sociaux ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers ou des coopérateurs. Cette action se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou de la découverte de ce fait en cas de dissimulation s'il s'agit d'un délit et par dix ans pour les crimes.

2 - Action sociale

336. L'action sociale est l'action en réparation du dommage subi par la société coopérative du fait de la faute commise par un ou des dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette action est en principe intentée par les autres dirigeants sociaux. Toutefois, un ou plusieurs coopérateurs peuvent le faire après une mise en demeure des organes compétents non suivie d'effet dans le délai de trente jours et en cas de condamnation, les dommages et intérêts sont alloués à la société coopérative. Cette action se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation s'il s'agit d'un délit et par dix ans pour les crimes.

d - Liens de droit entre les sociétés coopératives

337. À l'instar de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés et du groupement d'intérêt économique, qui promeut le dynamisme des sociétés commerciales à travers les liens de droit qui peuvent exister entre elles, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives prévoit pour les sociétés coopératives les unions, les fédérations, les confédérations et réseaux, qui sont immatriculés au registre des sociétés coopératives

L'union des sociétés coopératives est constituée par au moins deux coopératives ; elle peut exercer toutes activités économiques dans le respect du principe de subsidiarité par rapport aux activités des sociétés coopératives affiliées. En concertation avec sa fédération ou sa confédération ou à défaut de ces dernières, l'union exerce toutes ou partie des missions assignées à la fédération et à la confédération à l'égard des sociétés coopératives qui lui sont affiliées. Chaque société coopérative membre est représentée de droit à l'assemblée générale de l'union par son président ou, à défaut, par une personne physique choisie par le conseil d'administration ou le comité de gestion de la société coopérative parmi ses membres et pouvant justifier de son mandat.

La fédération de sociétés coopératives peut être constituée par au moins deux unions, même si elles ont des objectifs différents, pour la gestion de leurs intérêts. À cet effet, elle est investie d'importantes missions indiquées à l'article 144. Une fédération peut accepter

comme affiliées des sociétés coopératives se trouvant dans l'impossibilité de former ou d'adhérer à une union. Elle peut exercer des activités économiques dans l'intérêt de ses affiliés et adhérer à des organisations régionales ou internationales.

La confédération qui opte pour la forme coopérative est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme. Elle est constituée par au moins deux fédérations, même si elles ont des objets différents, pour la gestion de leurs intérêts. Une confédération peut accepter comme membres des unions et des sociétés coopératives se trouvant dans l'impossibilité de former ou d'adhérer à une fédération. Elle a entre autres missions, telle de défendre aux plans national et international les intérêts de ses membres. Elle peut adhérer à des organisations régionales ou internationales.

Les sociétés coopératives, leurs unions, fédérations et confédérations, n'ayant pas le même lien commun, peuvent se regrouper en réseaux coopératifs de moyens ou d'objectifs ayant pour but exclusif de mettre en œuvre pour une durée déterminée, tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité de leurs membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité, ou encore, en vue de réaliser des objectifs destinés à la promotion des principes coopératifs. Ces réseaux coopératifs peuvent être constitués entre organisations ne relevant pas du même ressort territorial, ou entre organisations non constituées dans le même État partie. L'administration, la gestion, le fonctionnement et la dissolution du réseau coopératif de moyens ou d'objectifs, conformes aux principes coopératifs et aux dispositions régissant les sociétés coopératives simplifiées dans la mesure compatible, sont déterminés par une convention signée des membres.

e - Transformation de la société coopérative

338. La transformation de la société coopérative est l'opération par laquelle une société coopérative change de forme juridique par décision des associés coopérateurs. La transformation régulière d'une société coopérative en une autre forme de société coopérative régie par le présent Acte uniforme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Elle ne constitue qu'une modification des statuts. Elle prend effet à compter du jour où la décision la constatant est prise. Cependant, elle ne devient opposable aux personnes autres que les coopérateurs qu'après inscription modificative dans le registre des sociétés coopératives et publication de cette transformation et de cette inscription aux lieux officiels d'affichage de la circonscription administrative du siège social. La transformation ne peut avoir d'effet rétroactif. La décision de transformation met fin aux pouvoirs des organes d'administration ou de gestion de la société coopérative transformée. Un rapport de gestion est établi par les anciens et les nouveaux organes de gestion, chacun de ces organes pour sa période de gestion. Les droits

et obligations contractés par la société coopérative sous son ancienne forme subsistent sous la nouvelle forme. Il en est de même pour les sûretés, sauf clause contraire insérée dans l'acte constitutif de ces sûretés.

f - Fusion – Scission

339. Les opérations de fusion et de scission ne peuvent intervenir qu'entre des sociétés coopératives régies par le présent Acte uniforme. La fusion et la scission peuvent concerner des sociétés coopératives dont le siège social n'est pas situé sur le territoire d'un même État partie au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Dans ce cas, chaque société concernée est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme dans l'État de son siège social. Les modalités pratiques de la fusion ou de la scission sont arrêtées par une convention signée entre les sociétés coopératives concernées, sous le contrôle des organisations faîtières auxquelles elles sont affiliées. Toutefois, si l'opération projetée a pour effet d'augmenter les engagements des coopérateurs, ou de l'une ou de plusieurs sociétés coopératives en cause, elle ne peut être décidée qu'à l'unanimité desdits coopérateurs ou sociétés coopératives.

g - Dissolution – Liquidation de la société coopérative

340. Lorsque la société coopérative est dissoute, elle doit être liquidée en vue du désintéressement des créanciers.

1 - Dissolution de la société coopérative

341. La dissolution est le terme de l'existence d'une société coopérative. Plusieurs causes peuvent conduire à la dissolution de la société coopérative. En dehors des causes légales de dissolution, on dénombre les causes statutaires de dissolution. Cependant, pour qu'elle ait des effets à l'égard des non-coopérateurs, la dissolution doit être inscrite au registre des sociétés coopératives et avis inséré dans un journal d'annonces légales.

2 - Liquidation de la société coopérative

342. La société coopérative est en liquidation dès l'instant de sa dissolution pour quelque cause que ce soit. Les coopérateurs peuvent organiser à l'amiable la liquidation de la société coopérative lorsque les dispositions des statuts le permettent. La mention « sociétés en liquidation » ainsi que le nom du ou des liquidateurs doivent figurer sur tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux personnes autres que les coopérateurs, notamment sur toutes lettres, factures, annonces et publications diverses. La personnalité morale

de la société coopérative subsiste pour les besoins de la liquidation et jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci ; cette clôture doit intervenir dans un délai de trois ans à compter de la dissolution de la société coopérative. À défaut, le ministère public ou tout intéressé peut saisir la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est situé le siège social de la société coopérative, afin qu'il soit procédé à la liquidation de la société ou, si celle-ci a été commencée, à son achèvement. Le liquidateur est responsable, à l'égard tant de la société coopérative que des tiers, des conséquences dommageables des fautes par lui commises dans l'exercice de ses fonctions.

À défaut de clauses statutaires relatives à la liquidation amiable de la société coopérative, sa liquidation sera effectuée conformément aux dispositions pertinentes et compatibles des articles 203 à 241 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

h - Nullité de la société coopérative et des actes sociaux

343. La nullité de la société coopérative ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité d'un coopérateur, à moins que celle-ci n'atteigne tous les coopérateurs ayant constitué la société. L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur le caractère illicite de l'objet social. Le tribunal saisi ne peut prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance.

En cas de nullité des actes, décisions ou délibérations de la société coopérative fondée sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un coopérateur et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne y ayant un intérêt peut mettre en demeure le coopérateur incapable ou dont le consentement a été vicié de régulariser ou d'agir en nullité dans un délai de six mois, à peine de forclusion.

Lorsque la nullité de la société coopérative est prononcée, elle met fin à la coopérative, sans effets rétroactifs. Il est procédé à sa dissolution et à sa liquidation.

II - Dispositions particulières aux différentes catégories de sociétés coopératives

344. Cette deuxième partie comporte deux titres qui traitent des dispositions spécifiques aux différentes catégories de sociétés coopératives.

a - Société coopérative simplifiée

345. Ce titre parle de la constitution, du fonctionnement de la société coopérative simplifiée, de la fusion-scission et de la dissolution de cette société.

1 - Constitution

346. La société coopérative simplifiée est constituée à la suite de la décision de l'assemblée générale constitutive, entre au moins cinq personnes physiques ou morales. Elle est désignée par une dénomination sociale qui doit être immédiatement précédée ou suivie en caractères lisibles, de l'expression « société coopérative simplifiée » et du sigle « SCOOPS ».

Le capital social initial, dont le montant est indiqué dans les statuts, est divisé en parts sociales égales dont la valeur nominale est fixée par les statuts. Si les statuts prévoient la rémunération du capital, l'intérêt accordé à celui-ci ne peut être supérieur au taux d'escompte de la banque centrale de l'État partie et ne doit être servi que si des excédents ont été réalisés au cours de l'exercice. L'intérêt ne peut porter que sur le montant des parts sociales libérées.

L'évaluation des apports en nature est faite par les associés ou par un expert sous le contrôle de la société faitière s'il en existe. Les coopérateurs sont tenus indéfiniment et solidaires des suites de l'évaluation inexacte ou frauduleuse ou du défaut d'évaluation.

Les fonds provenant de la libération des apports sont déposés dans les institutions appropriées et ne sont mis à la disposition du comité de gestion qu'après l'immatriculation de la société. Lorsque plus de six mois à compter du premier dépôt des fonds la société n'est pas immatriculée, les associés peuvent individuellement ou collectivement requérir de la juridiction compétente ou de l'autorité chargée des sociétés coopératives, l'autorisation de retirer leur apport.

Le projet de constitution est adopté en assemblée générale constitutive et en cas de nullité, les initiateurs et les premiers dirigeants auxquels elle est imputable sont solidairement responsables, du préjudice qui en a découlé envers les autres coopérateurs et les tiers.

2 - Fonctionnement de la société coopérative simplifiée

347. La cession des parts entre vifs ainsi que leur transmission pour cause de décès sont possibles selon les modalités prévues dans les statuts, à condition que le cessionnaire ou l'héritier partage le lien commun sur la base duquel les coopérateurs se sont réunis.

Les parts sociales sont insaisissables et ne peuvent faire l'objet de nantissement.

La société coopérative simplifiée est dirigée par un comité de gestion composé de trois membres ; ce nombre peut être porté à cinq lorsque le nombre de coopérateurs est de cent ou lorsque ce seuil est atteint en cours de vie sociale. Ce comité, dont les membres sont élus pour un mandat de trois ans renouvelable, nomme en son sein un président ; les fonctions des membres du comité ne sont pas rémunérées mais ils peuvent recevoir le remboursement des frais engagés pour le compte de la société. Ils sont révocables par

décision des coopérateurs ou par le tribunal pour cause légitime, à la demande de tout coopérateur ; ils peuvent aussi démissionner librement.

Dans les rapports avec les coopérateurs, les pouvoirs du comité de gestion sont déterminés par les statuts. À défaut, il peut faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société coopérative simplifiée. Dans les rapports avec les tiers, le comité de gestion engage la société par les actes entrant dans l'objet social. Le président et les autres membres sont responsables envers les coopérateurs et les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux SCOOPS, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Les décisions collectives sont prises en assemblée générale ordinaire (qui statue sur les décisions collectives ordinaires et sur les conventions entre la société coopérative simplifiée et l'un de ses dirigeants ou coopérateurs) ou extraordinaire (qui se prononce sur les décisions collectives extraordinaires qui ont pour objet de statuer sur la modification des statuts), selon les modalités prévues à cet effet et sur convocation du président du comité. Les délibérations sont constatées par des procès-verbaux signés par chacun des coopérateurs présents.

Les coopérateurs ont un droit d'information permanent sur les affaires de la société et un droit de communication sur tous les documents susceptibles d'éclairer les coopérateurs sur la gestion administrative et financière de la SCOOPS. Ils ont également droit à la répartition du résultat disponible.

La transformation de la société coopérative simplifiée peut être faite au vu d'un rapport d'expert, en société coopérative avec conseil d'administration ou en toute autre forme de société.

Le contrôle de gestion de la société coopérative simplifiée est assuré par la commission de surveillance composée de trois à cinq personnes élues par l'assemblée générale.

3 - Fusion-scission et dissolution de la société coopérative simplifiée

348. La fusion et la scission de la société coopérative simplifiée sont prévues à l'article 264.

La société coopérative simplifiée est dissoute pour les causes communes applicables à toutes les sociétés coopératives.

b - Société coopérative avec conseil d'administration

349. Elle est envisagée à travers six chapitres qui traitent respectivement de sa constitution, de son administration et direction, de son assemblée générale, de sa dissolution, de la responsabilité et des dispositions relatives aux parts sociales.

1 - Constitution de la société coopérative avec conseil d'administration

350. La société coopérative avec conseil d'administration dont le sigle est « COOP-CA », est constituée entre quinze personnes physiques ou morales au moins. Son capital social doit être entièrement souscrit avant la tenue de l'assemblée générale constitutive et les parts sociales représentant les apports en numéraire libérés d'un quart au moins de leur valeur nominale. La société ne peut augmenter son capital minimum statutaire que si le capital est entièrement libéré sauf si cette augmentation est réalisée par des apports en nature ou par l'arrivée de nouveaux coopérateurs.

La souscription des parts sociales est constatée par un bulletin de souscription et les fonds provenant de cette souscription sont déposés dans les institutions appropriées indiquées à l'article 274 dans un délai de huit jours à compter de leur réception. Le retrait des fonds ne peut avoir lieu qu'après l'immatriculation, par le président du conseil d'administration ou par un administrateur, pour les restituer aux souscripteurs, lorsque six mois après le versement des fonds, la société n'est pas immatriculée.

L'évaluation des apports en nature faite par un commissaire aux apports sous le contrôle de l'union ou de la fédération, doit être approuvée en assemblée générale constitutive, convoquée à la diligence des initiateurs. Cette assemblée peut donner mandat à un ou plusieurs membres du conseil d'administration, de prendre les engagements pour la société avant son immatriculation.

2 - Administration et direction de la société coopérative avec conseil d'administration

351. La société coopérative avec conseil d'administration est dirigée par un conseil d'administration composé de trois membres au moins et de douze au plus ; ce nombre peut être porté à vingt-quatre en cas de fusion. Les administrateurs peuvent être des personnes physiques ou morales ; dans ce dernier cas, elles sont tenues de désigner un représentant permanent qui exercera ses fonctions pendant la durée de leur mandat. Les fonctions d'administrateur sont gratuites. Toutefois, les administrateurs ont droit au remboursement des frais de déplacement et des frais occasionnels de missions ou de mandats qui peuvent leur être confiés par le conseil d'administration dans l'intérêt de la société coopérative. Ils peuvent démissionner ou être révoqués à tout moment par l'assemblée générale.

Le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société coopérative avec conseil d'administration. Toute limitation de ses pouvoirs est inopposable aux personnes autres que les coopérateurs qui sont de bonne foi. Les conventions entre la société et ses administrateurs ou employés sont réglementées pour certaines et interdites pour d'autres tandis que les cautions, avals

et garanties, souscrits par la société coopérative avec conseil d'administration pour des engagements pris par des tiers, font l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration.

Le conseil d'administration est convoqué et présidé par son président qui est une personne physique et ses délibérations sont constatées par des procès-verbaux qui font preuve jusqu'à preuve contraire. Le président ne peut pas être lié à la société par un contrat de travail. Le conseil d'administration peut désigner, en dehors de ses membres, un directeur ou un directeur général qui doit être une personne physique et dont il détermine la durée des fonctions, conformément à la législation de travail de l'État partie, l'étendue des pouvoirs de gestion qui lui sont délégués et le montant de sa rémunération.

Le conseil de surveillance est l'organe de contrôle de la société coopérative avec conseil d'administration. Il agit dans le seul intérêt des coopérateurs et les fonctions de ses membres ne sont pas rémunérées.

3 - Assemblée générale

352. L'assemblée générale des coopérateurs est convoquée par le conseil d'administration et à défaut, par le conseil de surveillance ou par l'organisation fictive après avoir vainement requis la convocation du conseil d'administration, par l'autorité administrative compétente en cas d'urgence ou par le liquidateur. Son ordre du jour est arrêté par l'auteur de la convocation et lorsque la convocation est faite par un mandataire de justice, par le président de la juridiction compétente qui l'a désigné. L'assemblée générale ordinaire qui se réunit au moins une fois par an, en principe dans les six mois de la clôture de l'exercice, prend toutes les décisions en dehors de celles qui concernent la modification des statuts, et qui sont réservées à l'assemblée générale extraordinaire.

4 - Dissolution des sociétés coopératives avec conseil d'administration

353. La société coopérative avec conseil d'administration est dissoute pour les causes communes à toutes les sociétés coopératives. Cependant, les coopérateurs peuvent prononcer la dissolution anticipée de la société, par décision prise en assemblée générale extraordinaire.

5 - Responsabilité

354. La responsabilité des coopérateurs est au minimum égale au montant des parts sociales souscrites. Néanmoins, les statuts peuvent prévoir une responsabilité plus étendue qui ne peut excéder cinq fois le montant des parts sociales souscrites.

De même, la responsabilité des initiateurs auxquels

la nullité de la société est imputable et celle des administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue peut être engagée en cas de dommage résultant pour les coopérateurs ou les tiers, de l'annulation de la société.

Par ailleurs, les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement, envers la société ou envers les tiers, des infractions aux lois et règlements, des violations des statuts et des fautes commises dans leur gestion.

6 - Dispositions relatives aux parts sociales

355. Les parts sociales revêtent la forme de titres nominatifs qu'elles soient émises en contrepartie d'apports en nature ou d'apports en numéraire. Leur montant doit être entièrement libéré lors de la souscription mais les statuts peuvent prévoir le versement d'un quart à la souscription, le solde étant payé progressivement dans les proportions et délais fixés par le conseil d'administration.

Chaque coopérateur a droit à une voix, quel que soit le nombre de parts sociales dont il dispose. Les parts sociales ne sont pas négociables ; elles sont insaisissables et ne peuvent faire l'objet d'un nantissement. Leur transmission est possible dans les conditions prévues aux articles 380 à 383.

III - Dispositions pénales

356. L'article 386 prévoit que : « encourt une sanction pénale toute personne qui, sans y être habilitée conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables à ce type de groupements, aura indûment utilisé les expressions de sociétés coopératives, union de sociétés coopératives, fédération de sociétés coopératives ou de confédération de sociétés coopératives, accompagnées d'un qualificatif quelconque, ainsi que toutes les dénominations de nature à laisser entendre qu'il s'agit d'un des groupements cités dans le présent article ».

De même, sous réserve des dispositions ci-dessus, sont applicables aux sociétés coopératives ainsi qu'à leurs unions, fédérations et confédérations, les dispositions non contraires des articles 886 à 905 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

IV - Dispositions diverses, transitoires et finales

357. Le présent Acte uniforme est applicable aux sociétés coopératives, unions de sociétés coopératives, fédérations de sociétés coopératives, confédérations de sociétés coopératives et leurs réseaux qui sont constitués sur le territoire de l'un des États parties à compter de son entrée en vigueur dans l'État partie concerné. Toutefois, les formalités constitutives accomplies antérieurement n'auront pas à être renouvelées. Par ailleurs,

celles constituées antérieurement à l'entrée en vigueur de cet Acte uniforme sont tenues de mettre leurs statuts en harmonie avec ses dispositions dans un délai de deux ans à compter de son entrée en vigueur.

Le franc CFA, au sens du présent Acte uniforme, constitue la monnaie de base.

Le présent Acte sera applicable quatre-vingt-dix jours à compter de la date de sa publication au Journal officiel de l'OHADA (*c'est-à-dire à compter du 15 février 2011*) conformément à l'article 9 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port-Louis le 17 octobre 1993, tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008.

§2 - Avant-projets d'Acte uniforme

358. Trois avant-projets d'acte uniforme sont en discussion, même si, à la vérité, l'on ne peut se prononcer avec exactitude sur le sort de l'un ou de l'autre, (*l'on constate tout de même que l'objet de ces avant-projets déborde de loin le domaine matériel du droit des affaires avec, dans l'espace OHADA, le risque d'engloutissement du droit interne : voir sur les risques de l'extension du domaine du droit OHADA, l'entrée Notion de droit OHADA*). Il s'agit par ordre chronologique d'ouverture du chantier du projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation ; du projet d'Acte uniforme sur les contrats, du projet d'Acte uniforme relatif au droit du travail.

A - Avant-projet de l'Acte uniforme sur le contrat de consommation

Propos introductifs

1- Problématique de la protection du consommateur africain

359. À la suite de la sécurisation des investissements dans son espace, l'OHADA entend également assurer la protection du consommateur africain. Un Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le contrat de consommation (ci après AUCC) est en étude dans ce système juridique depuis le 31 août 2005. L'entreprise et le consommateur, les deux principaux acteurs du droit du marché devraient enfin se trouver identiquement reconnus par cette organisation, dépassant ainsi leur conflictualité nécessairement potentielle, mais leur complémentarité tout aussi incontestable dans les affaires (*H. TEMPLE, Le droit de la consommation est-il contre l'entreprise ? Market Management/Marketing et Communication. Vol. I. N° 2. Aux frontières du marketing. nov. 2005. éd. ESKA 2005, p. 29*). Les investissements attirés par l'OHADA déboucheront sur la création en Afrique d'une véritable société de consommation. Les entreprises bénéficient de nombreux instruments d'encadrement ; l'ensemble du droit de l'OHADA, auquel il

faut ajouter les dispositifs nationaux ou communautaires du droit de la concurrence, consolide la sécurisation des entreprises. Le consommateur africain reste, en ce XXI^e siècle commençant, le laissé pour compte des législateurs et juges africains (*R. NJEUFACK TEMGWA, Regards sur la protection juridique du consommateur africain, Lecture comparée., Penant., N° 868/2009, p. 293*).

360. Pourtant, les questions consuméristes s'imposent et se multiplient, au moins proportionnellement aux succès des investissements. Récemment encore, les questions relatives à la protection de l'usager de banque suscitaient de vives inquiétudes à l'occasion d'un colloque organisé par l'université camerounaise de Dschang (*P. BOUBOU, La réalisation de l'hypothèque dans le projet de réforme de l'Acte uniforme sur les sûretés : Priorité à la viabilité des garanties. Exposé présenté le 28 octobre 2010 à l'Université de DSCHANG à l'occasion des Journées annuelles OHADA 2010*). Cet auteur attirait l'attention sur la nécessité de protéger les « consommateurs du crédit bancaire », menacés par les articles 198, 199 et 200 du nouvel Acte uniforme sur les Sûretés qui, comme avant lui de nombreux contrats de consommation, tentent par diverses techniques juridiques, de porter atteinte à un droit fondamental dont rien ne permet d'interdire le bénéfice au consommateur : le droit au juge garanti par l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Cet exemple concret illustre à suffisance la relégation voire l'oubli dont fait l'objet le consommateur dans un univers dominé par les enjeux ici du développement économique, là de l'émergence industrielle. Un cadre juridique et institutionnel de protection des consommateurs s'avère indispensable.

2 - Déficit national sur la question

361. Depuis une dizaine d'années, les États africains ont pris conscience de l'urgence consumériste, sans toutefois que cela débouche sur une action politique achevée, le minimum consenti jusque-là étant la protection indirecte procurée par les législations relatives au prix, fortement éloignées de tout esprit consumériste. À cette date-ci, peu de pays de l'OHADA disposent d'une véritable législation de protection des consommateurs. En tout cas, aucun de ceux de l'Afrique centrale n'en dispose, (*V. CEMAC. Étude sur la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles en Afrique Centrale – le cas de l'Énergie. Rapport Final. Partie II : Rapports Pays. février 2010*). Des dispositions spécifiques existent parfois, secondairement intégrées dans une législation principale, à l'instar du titre IV de la loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun, qui consacre son titre 4 (art. 19 à 30) à la protection des consommateurs et son titre 5 (art. 31 à 41) à la constatation des infractions et leurs sanctions (*pour les commentaires de cette loi, voir J.M. NYAMA,*

« La liberté du commerce et de la concurrence dans le cadre de la loi du 10 août 1990 », Revue juridique africaine, n° 2/3, 1991, p. 52 ; J.M. NYAMA, Le droit du consommateur au Cameroun : mythe ou réalité ? in Juridis Infos n° 10, juin 1992, p. 67 ; A. F. NGOMO, Les clauses contractuelles abusives (esquisse comparative des droits camerounais et français), in Revue juridique africaine, 1992-1993, p. 133).

362. Les textes définissant la politique de concurrence font également place nette au consumérisme, comme bénéficiaire final de cette politique : en référence, la loi n° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso, de la loi n° 99-011 du 28 décembre 1999 portant organisation de la concurrence au Togo, la loi n° 94 - 63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique (*A ce sujet : A. KANTE, Réflexions sur le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'UEMOA : l'exemple du Sénégal, Penant n° 871, p. 141. OHADATA D-06-03*). Nous citerons également le cas de la loi camerounaise n° 98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence précisée par l'arrêté n° 008/MINDIC/DPPM du 7 mars 1991 relatif aux pratiques anticoncurrentielles (*voir J. MNYAMA, commentaire de l'arrêté n° 008/MINDIC/DPPM du 7 mars 1991 relatif aux pratiques anticoncurrentielles, Juridis info n° 7, sept. 1991, p. 29 et sv.*) ou même des textes communautaires CEMAC (*KALIEU ELONGO Yvette Rachel et WATCHO KEUGONG Rolande Sorel, La réforme de la procédure communautaire de concurrence CEMAC. Juridis périodique n° 80, octobre novembre, décembre. 2009, p. 107 et vs. ; Edouard GNIMPIEBA TONNANG, Recherches sur le nouvel encadrement communautaire des ententes anticoncurrentielles des entreprises en Afrique Centrale, Juridis info n° 69, 2007, p. 92 ; Marie Louise ABOMO, Les particularismes et les zones d'ombre de la répression des pratiques anticoncurrentielles dans la zone Cemac, in Juridis périodique n° 70, p. 110*) et UEMOA

363. Des dispositions spécifiques secondaires sont également intégrées ou dans les législations sectorielles (ex. articles 46 à 49 de la loi n° 98/022 du 24 décembre 1998 régissant le secteur de l'électricité au Cameroun, l'article 17 du règlement de service de distribution publique d'électricité visé par le Premier ministre du Cameroun du 26 janvier 2008, article 3 de la loi No. 16-2003 du 10 avril 2003 portant création de l'Agence de régulation du secteur de l'électricité au Congo ; l'article 3 de la loi No. 07.006 portant création de l'Agence de stabilisation et de régulation des prix des produits Pétroliers « ASRP » en République centrafricaine, etc.). Ces législations n'ont pas constitué de véritables instruments de protection des consommateurs, du fait, spécialement de l'absence ou du manque de dynamisme d'un véritable système institutionnel à même de donner effectivité aux droits créés.

3 - Projet d'une réglementation uniforme

364. Face à ces tièdeurs nationales, on peut saluer l'initiative prise d'abord en 2001, mais surtout en 2005 par l'OHADA d'amorcer cette démarche d'importance ; il ne s'agira pas seulement, contrairement aux autres champs matériels déjà visités par l'OHADA, de l'uniformisation d'un droit, mais souvent d'une première législation véritable en matière de consommation pour de nombreux pays de l'OHADA. Ce travail présente donc l'intérêt de marquer une initiative salutaire pour l'action consumériste sur un continent en pleine mutation vers une immense société de consommation.

Transmis au Secrétariat permanent de l'OHADA le 31 août 2005, l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le contrat de consommation (AUCC) propose une législation uniforme relativement à la protection juridique des consommateurs dans les États membres de cette Organisation. Ce texte aurait été précédé d'une première version de 2003, mal accueillie (*H. TEMPLE, Quel droit de la consommation pour l'Afrique ? Une analyse critique du projet d'Acte uniforme sur le droit de la consommation (juin 2003). Revue burkinabé de droit, N° 43-44, 1^{er} et 2^e semestres 2003. OHADATA D-05-26.*

365. L'initiative semble d'emblée méritoire, quant au fond du moins. Il faudrait toutefois rappeler les critiques avant-gardistes qui condamnent l'idée de faire de cette Organisation du droit des affaires une obédience du droit de la consommation (*H. TEMPLE, Quel droit de la consommation pour l'Afrique ? Une analyse critique du projet d'Acte uniforme sur le droit de la consommation (juin 2003., op. cit.)*). En effet, une organisation d'attraction et de sécurisation des investissements est-elle crédible à devenir un cadre idoine de réglementation du droit des consommateurs ? Cette initiative vient donc enrichir un débat récurrent sur le champ de compétence de l'OHADA (*J.I. SAYEGH, P.-G. POUGOUÉ, L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions. Rev. dr. unif., 2008, p. 455, spécialement p. 467*). Par ailleurs, les omniprésentes questions de conflits, comme celle qu'on peut anticiper ici, entre un droit uniforme et un droit communautaire de la consommation peuvent déjà être soulevées, le législateur communautaire CEMAC ayant déjà indiqué son intérêt à assurer aux consommateurs de ses États une protection idoine. Bien qu'aujourd'hui aux oubliettes, un projet d'Acte relatif à la protection du consommateur dans l'espace CEMAC avait été présenté en 1998 (*R. NJEUFACK TEMGWA, Regards sur la protection juridique du consommateur africain : Lecture comparée, op. cit.*).

Somme toute, l'Avant-projet ici présenté est un substrat conséquent de 138 articles, tous enracinés au contrat de consommation. Il s'agit donc d'un droit spécial des contrats, le droit commun des contrats dans l'espace OHADA étant l'objet d'un Avant-projet parallèle, l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats (*D. SOSSA, Le champ d'application de l'Avant-projet d'Acte uniforme*

OHADA sur le droit des contrats. OHADATA D-09-20. L'Avant-projet d'AUCC précise que « Les questions non réglées par le présent Acte uniforme sont régies par les dispositions de l'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats. A défaut, le droit national du lieu de formation du contrat s'applique ». (art. 14)

Au regard du retard pris par l'Afrique de l'OHADA, la question de l'urgence d'un droit de la consommation est largement supplantée par celle de sa nécessité aujourd'hui universellement reconnue (*J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, Le droit de la consommation. Précis droit priv. ; 4^e éd., DALLOZ, 1996, p. 2*). Il est un des rares droits qui nous touchent tous, une lapalissade rappelée par le président KENNEDY (« *Les consommateurs nous tous, par définition* », *Discours au Congrès américain. 1962, cité par Y. PICOD, H. DAVO, Droit de la consommation. Armand Colin, 2005, p. 3*). L'économie dans l'espace OHADA, regroupement composé essentiellement de pays en développement, est construite d'entreprises nationales et multinationales industrielles et commerciales qui cohabitent avec un secteur informel encore prédominant (*CNUCED, Protection du consommateur, concurrence, compétitivité et développement. TD/B/COM.1/EM.1/7/3. 20 août 2001, essentiellement, chap. II, p. 8 ; YOULOU, Économies informelles et criminalités : la face cachée de la mondialisation. L'Afrique Subsaharienne, PENANT, N° 861. oct.-nov. 2007, p. 465*). Les deux formes d'entreprises présentent des degrés d'atteinte différents aux droits des consommateurs. Le secteur informel, peu pris en compte par l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation, présente des inquiétudes spécifiques au regard de la sécurité et de la traçabilité encore mal appréhendées. Cependant, il est aujourd'hui acquis de manière globale que les relations entre consommateurs et professionnels sont construites sur un déséquilibre quasi naturel que seule une réelle politique consumériste peut permettre de rétablir (*Y. PICOD, H. DAVO, Droit de la consommation, op. cit., p. 3*).

366. Le contrat de consommation apparaît comme le premier cadre de restauration de l'équilibre dans ce type de relation commerciale. Par ailleurs, le contrat, l'*alpha* du lien entre le consommateur et l'entreprise, peut conduire à des *Omega* divers. En effet, sa formation permet d'anticiper la question de l'offre et de l'acceptation, amenant celle de l'identification de l'objet et la cause du contrat, celles également des clauses souvent illisibles physiquement et intellectuellement, voire aux frontières de l'admis ou de l'admissible. Son exécution doit idéalement être paisible mais ne le sera pas souvent, ce qui génère des litiges fondés sur l'exécution partielle voire sur l'inexécution totale, généralement à l'origine de contentieux spécialement en responsabilité, tous problèmes qu'il faudrait résoudre par le biais d'actions ou recours spéciaux et réprimer par des sanctions adéquates pour une protection intégrale du consommateur. C'est le lieu de noter que si le droit de

la consommation s'abreuve à la source du droit civil (J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civ. 1994, p. 239 ; D. MAZEAUD, *L'attraction du droit de la consommation*, In *Droit du marché et droit des obligations*, RTD com. 1998, 115), le mouvement consumériste est d'abord une réponse aux insuffisances du droit commun porté par le code civil, tel que le révèle l'expérience séculaire de la France (J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Le droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 16). D'autres pratiques, conditionnant la psychologie et partant le comportement du consommateur, travaillées à cette fin dans la mesure où elles orientent ses choix, doivent être contrôlées par le législateur du fait de leur interférence dans la qualité de l'information précontractuelle de tous : il s'agit de la publicité et autres modes de promotion. On peut donc soutenir que ce premier pas vers un droit de la consommation en Afrique en est un grand.

367. Certes, si un acte réservé aux contrats de consommation s'éloigne de son sujet en réglementant les organisations de consommateurs (art. 127 et suivants), on réalise que de questions du droit fondamental de la consommation ne peuvent trouver ancrage dans le contrat de consommation. Par contre, il nous semble lacunaire, spécialement au regard de l'absence d'un dispositif institutionnel de protection des consommateurs unissant les États membres de l'OHADA. On perçoit aisément que l'isolement du consommateur et le déséquilibre économique et financier entre l'entreprise et le consommateur imposent une approche de forces proactives que seuls des groupes et des institutions peuvent constituer. Le contrepoint, que constituent les associations de consommateurs, d'actions militantes peu conquérantes dans le contexte socioculturel d'une Afrique en mal de confiance tous azimuts, ne saurait suffire sans une veille institutionnelle juridique et pratique à l'instar du réseau européen de coopération pour la protection des consommateurs (PCPC) qui unit l'ensemble des autorités nationales de protection du consommateur (*créé par le Règlement n° 2006/2004/CE du 27 octobre 2004*).

368. En tout état de cause, l'Avant-projet d'AUCC, réglementation plutôt pointilleuse, souvent dérogaire du droit commun, apporte au consommateur une réelle protection et une sécurité juridiques que le droit civil et encore moins le droit commercial ne permettent pas toujours d'atteindre dans son intégralité ni avec efficacité. Quelle est l'approche adoptée par l'OHADA dans ce sens ? Cette présentation analytique de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation respectera quant à sa forme l'articulation même de l'Avant-projet. Le plan adopté est inspiré par l'Avant-projet lui-même, sous réserves de ce que la nomenclature des subdivisions a été réadaptée après chaque LIVRE pour respecter la méthodologie reconnue comme orthodoxe. Outre une partie réservée aux dispositions préliminaires qui sont foncièrement

définitionnelles, il est subdivisé en 4 livres permettant une lecture graduelle. Ainsi, la formation du contrat de consommation (LIVRE I) ainsi que son exécution (LIVRE II) constituent naturellement les parties les plus consistantes. Une partie moins étoffée est réservée aux sanctions, preuve et prescription (LIVRE III). Le dernier livre consacre l'effort de protection des consommateurs par eux-mêmes dans le cadre des associations de consommateurs (LIVRE IV), tandis qu'un article unique donne, au titre du droit international, une précision déterminante quant à la protection du consommateur qui ne saurait être compromise en cas de dérogation conventionnelle par les parties.

I - Dispositions préliminaires : définitions de fond

369. Les dispositions préliminaires de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation apportent d'importantes précisions quant à la définition des termes les plus sensibles du droit de la consommation (*Art. 1 à 12, Avant-projet d'AUCC*) et au champ d'application du texte en cause.

a - Définition des notions clés du droit de la consommation

370. Des notions comme celles de produits, services, mise sur le marché, établissement, conditions contractuelles générales, fabricant, organisations de consommateurs, indemnités exemplaires et publicité trouvent dans le projet d'AUCC une acception liminaire que seule une pratique judiciaire pourra consolider. L'Avant-projet s'attarde également sur les notions de consommateur et d'entreprise, préférant cette dernière à celle de professionnel recommandé notamment par la loi-type sur la protection des consommateurs, ou le droit français. Ces deux notions ont démontré leurs potentiels conflictuels, notamment en droit français de la consommation. Il est heureux que le législateur africain leur donne un commencement de définition ; il devrait servir de point de départ pour les parties et principalement pour le juge. Ainsi proposons-nous d'insister davantage sur la définition, naturellement du contrat de consommation, mais surtout des notions de consommateur et d'entreprise, comme notions phares du sujet. Les autres seront appréhendées au cours de l'étude, dans les chapitres idoines.

1 - Contrat de consommation

371. L'article 7 al. 1 de l'Avant-projet d'AUCC définit le contrat de consommation comme « tout contrat conclu entre un consommateur et une entreprise ayant pour objet un produit ou un service ». Il ajoute en son second alinéa « sont assimilés aux contrats de consommation

les textes législatifs ou réglementaires contenant les conditions de fourniture de produits ou de services ».

Le contrat de consommation présente donc un élément prépondérant qui en constitue toute la spécificité : il s'agit de la qualité des parties en présence. L'objet du contrat de consommation ne suscite pas grande curiosité.

D'une part, le consommateur et d'autre part, l'entreprise ; Ils font l'objet des définitions ici privilégiées. On peut cependant situer ici la remarque selon laquelle le consommateur protégé dans l'OHADA sera toujours une personne physique (article 6). Suivant cette prescription, on peut déjà limiter dans cet espace juridique les questionnements relatifs à l'extension de la qualité de consommateur aux professionnels personnes morales pouvant être considérés dans certaines de leurs relations contractuelles comme des « profanes », en demande à ce titre la même protection que les consommateurs au sens strict (V. infra). Pour sa part, l'entreprise sera soit une personne physique, soit une personne morale. Le terme « *entreprise* » privilégié par le législateur OHADA s'avère moins pro consommateur que celui de « *professionnel* » employé en droit français de la consommation. Cette option sémantique permet de marquer une opposition militante en faveur de celui qui « ne sait pas » dans ses rapports avec « celui qui sait » de par sa profession signe d'une inégalité de principe qu'il s'agit de combler par une protection dérogatoire du droit commun. Le facteur de l'ignorance a en effet souvent prédominé dans la définition jurisprudentielle de la notion de consommateur, pour accentuer l'exigence de protection de ce dernier.

Le contrat de consommation porte soit sur un produit, soit sur un service. Le produit est défini « comme tout bien mobilier, y compris les biens mobiliers incorporés dans les immeubles ». Quid des biens immobiliers ? En droit français, ils font également l'objet des contrats de consommation. Le législateur OHADA envisage clairement les immeubles par destination, et non les immeubles par nature comme objet du contrat de consommation. On recherche vainement dans le texte des éléments de réponses à cette limitation. Le service quant à lui est défini comme « toute activité matérielle ou intellectuelle effectuée pour autrui, d'une manière indépendante ».

2 - Notion de consommateur

372. Aucune notion du droit de la consommation n'attise autant de controverses que celle du consommateur. En droit français, entretenu par une jurisprudence fluctuante et des apports du droit communautaire, les efforts de définitions ont consacré à la fois le dynamisme et la pluralité de cette notion (V. Les premiers chapitres des ouvrages cités dans cette partie introductive ; Pizzio, *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, D. 1982, Chron. 91 ; CATHERINEAU, *La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive...* Contrats, Conc. Consom. 1999, Chron.

N° 13 ; M. LUBY, *La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance...* Contrats, Conc. Consom. 2000, Chron. N° 1 ; VIGNEAU, *Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur*. Gaz. Pal. 2002, doct. p. 1279, etc.) L'enjeu est d'importance ; il s'agit de déterminer le bénéficiaire du droit en cause. Au regard donc du dynamisme à l'origine de la controverse indexée, la définition du consommateur telle qu'elle est donnée par l'Avant-projet apparaît comme sommaire. Il s'agit de « la personne physique qui se procure, reçoit ou utilise un produit ou un service principalement pour son usage personnel, familial ou domestique » (Art. 6, Avant-projet d'A.U.C.C). Si l'effort de définition doit être apprécié, quatre observations s'imposent comme complément possible à cette définition.

373. Professionnel profane En principe, le consommateur est une personne qui passe un contrat dans un but non professionnel ou sans rapport direct avec sa profession. Cette compréhension de la notion a permis d'étendre les règles protectrices du droit de la consommation à des professionnels sortant de leur spécialité et se retrouvant aussi invulnérables que les consommateurs *stricto sensu* : c'est la notion de professionnel profane. Celle-ci a notablement prospéré dans le cadre de la lutte contre les clauses abusives : l'art. L. 132-1 du code français de la consommation englobe d'ailleurs les consommateurs et les non-professionnels dans son champ d'application.

374. Consommateur et utilisateur Doit également être évoquée la situation des ayants droit du consommateur contractant, ou plus largement la différence qui peut exister entre la personne qui se procure et celle qui utilise un bien ou un service : c'est une sollicitation de la notion d'utilisateur, préférée notamment par le droit de la concurrence (V. en ex. *Le règlement CEMAC n° 1/9999 du 25 juin 1999 relatif au contrôle des pratiques anticoncurrentielles zf.net.*). L'Avant-projet AUCC semble bien avoir admis cette lecture, par l'évocation de la personne qui « reçoit ou utilise un produit (...) ». Il s'agit en réalité d'une approche réaliste qui trouve à s'appliquer notamment dans le cadre des litiges relatifs à la mise en danger de la vie d'autrui en matière de sécurité alimentaire.

375. Usage mixte Quid de la situation dans laquelle un professionnel se procure un bien qu'il destine à la fois à un usage professionnel et un usage personnel ? Exemple, l'achat d'une voiture permettant à la fois le transport à des fins professionnelles et familiales. En cas de litige, il faudrait déterminer les règles applicables. Les auteurs CALAIS-AULOY et STEINMETZ proposent d'appliquer la règle selon laquelle le principal l'emporte sur l'accessoire (J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Le droit de la consommation*, op. cit., p. 7). Il sera nécessaire d'adopter une approche généreuse de la notion de consommateur.

376. Consommateurs et usagers Quid enfin des usagers du service public ? Doivent-ils être considérés comme des consommateurs ? Avant tout, il convient de rappeler que l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation inclut dans la définition de l'entreprise « la personne physique ou morale, publique ou privée ». Ainsi, le contrat de consommation peut-il être passé entre un consommateur et une personne publique. Les usagers du service public auraient-ils dans tous les cas le statut de consommateur ? La réponse à cette question doit être relativisée. En droit français notamment, une distinction classique est faite entre : les usagers du service public à caractère industriel et commercial (ex : la SNCF, GDF, etc. Ici, les usagers sont assimilés au consommateur) et les usagers des services publics administratifs (ex : la justice, la police, l'éducation nationale, etc.). Ces services visent un intérêt collectif et ne peuvent se voir appliquer des dispositions du droit privé. On ne saurait qualifier les actes contractuels qui les lient de contrat de consommation.

377. En prenant en compte ces précisions, on se rapproche du noyau dur de la définition du consommateur telle qu'elle a été donnée en France par la Commission de refonte du droit de la consommation en 1990 : « le consommateur est une personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour son usage non professionnel ».

3 - Notion d'entreprise

378. La préférence par l'Avant-projet d'AUCC du terme « entreprise » à celui de « professionnel » nous rapproche du standard des Nations Unies. (CNUCED. *Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur (tels qu'étendus en 1999)*. UNCTAD/DITC/CLP/Misc. 21. New York et Genève. 2001, *Objectifs, point d)*, p. 5). Il se désolidarise cependant du droit français qui marque historiquement les fondamentaux du droit de la consommation dans nombre de pays de l'OHADA. Faute d'une définition législative comme en a bénéficié le consommateur, le professionnel, a pu être présenté par la doctrine comme « la personne physique ou morale qui, agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution, ou de prestation de service » (J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Le droit de la consommation, op. cit.*, p. 6). L'article 3 de l'Avant-projet de l'AUCC donne la définition suivante de la notion d'entreprise qui nous en rappelle une autre. Il s'agit de « la personne physique ou morale, publique ou privée, qui met sur le marché un produit ou un service dans l'exercice d'une activité habituelle ou organisée ». Cette entreprise, personne physique ou une personne morale, pourrait être le fabricant lui-même (art. 9) ; il officie dans un établissement (art. 5). Sont similairement concernées les entreprises publiques et les entreprises privées. L'utilisation de l'expression « mettre sur le mar-

ché » pour sa part doit être littéralement comprise, comme consistant à proposer un produit ou un service à la vente. Nous sommes indéniablement rendus dans le domaine des échanges à but lucratif. L'Avant-projet évite l'usage du terme « commerce » lorsqu'il évoque le cadre de « l'activité habituelle et organisée ». Ces qualificatifs ne sont pas quant au fond éloignés vraiment du sens des termes utilisés par l'article 2 de l'AUDCG qui définit les commerçants comme « ceux qui accomplissent des actes de commerce et en font leur profession habituelle » ; il est permis par conséquent de penser que le législateur a recherché la neutralité terminologique adéquate pour embrasser le maximum d'échanges à but lucratif possible entre l'entreprise et le consommateur afin qu'aucun contrat impliquant un consommateur n'échappe à la protection organisée. Seront donc concernés au premier chef, et ce, en se situant du seul côté de l'entreprise commerciale - celle qui, achète en vue de revendre - tous les types d'actes de commerce déjà aujourd'hui maîtrisés après 14 années de jurisprudence et de doctrine de l'OHADA relatif au droit commercial général (P. G. POUYOUÉ, A. FOKO, *Le statut du commerçant dans l'espace OHAD, Collection Vademecum, UNIDA, Presses universitaires d'Afrique, 2005, p. 19 et sv.*).

Outre qu'il faudrait certainement un aménagement spécial pour les entreprises du secteur informel largement dominant dans le tissu économique des États destinataires de l'Acte uniforme en projet (A. M. FONE MDONTSA, « *Le secteur informel camerounais au regard du droit commercial* », *Annales de la FSJP, Yaoundé, PUA, 1998, T II, p. 119-134.*) on se doit de relever qu'au regard de cette définition la professionnalisation de la relation contractuelle entre le consommateur et le commerçant supplante sa personnalisation, l'usage du terme « professionnel » présentant en effet un caractère plus subjectif. La conséquence est plutôt psychique. Dans ce second cas, la protection du consommateur est appréhendée sous le prisme d'une relation d'individu à individu, et non sous celui d'une relation entre un individu et une entreprise, terme généralement entendu comme faisant référence à une personne morale, plus distante.

b - Champ d'application

379. L'Avant-projet d'AUCC a vocation à régir tous types de contrat de consommation dans la sphère géographique des États membres de l'OHADA. Il crée un droit spécial des contrats de consommation, le droit commun étant porté par un Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats. Ainsi, les questions non envisagées dans le premier devraient trouver leurs réponses dans le second (art. 14). En réalité, le droit des contrats relève d'une discipline juridique plus vaste, le droit des obligations. Les anciennes colonies françaises qui constituent aujourd'hui la grande majorité des États membres de l'OHADA tiennent leurs textes fondateurs en la matière des articles 1101 à 2278 du code civil

(Carbonnier, *Droit civil, t. IV. Les obligations*, PUF, 22^e éd. 2000 ; A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations. DOMAT. Droit privé. 11 éd. Montchrestien*, 2007). Il s'agit donc d'une matière régie par plus d'un millier d'articles à l'origine. Il est important de rappeler cette origine première du droit des contrats, car il reste difficile voire impossible pour le législateur OHADA d'encadrer tous les aspects du droit des contrats. Aussi renvoie-t-il aux droits nationaux chaque fois que le droit spécial des contrats de consommation et le nouveau droit commun des contrats sont silencieux face à une hypothèse précise (art. 14). On devra donc s'y reporter notamment pour les questions relatives à la mise en œuvre de la responsabilité civile (art. 1382 et suivants du code civil) ou contractuelle (art. 1147 du code civil) fondée sur un contrat de consommation.

De même, conformément à l'article 14 al. 2, le droit national de chaque État membre reste applicable relativement aux aspects de droit pénal qui trouveront leur naissance dans un contrat de consommation (M.C. KAMWE MOUAFFO, *La protection civile et pénale du consommateur en droit camerounais, Mémoire de maîtrise, Droit des affaires, Université de Dschang/Cameroun*, 1998).

Le dispositif ainsi mis à l'actif des consommateurs africains par le législateur OHADA est d'ordre public. Il est loisible aux entreprises de viser d'autres systèmes législatifs, mais il leur est interdit de priver le consommateur de bénéficier de ces droits. Ainsi, le choix d'une autre loi applicable ne peut aboutir à la mise à l'écart des dispositions du futur Acte uniforme (art. 138. dans le même sens, l'art. 18).

Pour finir avec la délimitation du champ matériel d'application du projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation, il est important de rappeler l'existence en droit national de nombreuses réglementations à vocation sectorielle. Il s'agit en effet de grands secteurs d'activités, souvent en situation de monopole, entreprises publiques ou parapubliques. L'organisation de leurs activités fait l'objet d'une intervention étatique assez tentaculaire dans la mesure où des arrêtés sont pris pour fixer les conditions de fourniture de services du secteur concerné. Ces types de textes sont expressément visés par l'Avant-projet d'AUCC comme constituant des contrats de consommation (article 7 al. 2).

Pour illustrer, les secteurs de l'énergie et des télécommunications connaissent aujourd'hui des réformes et renforcements de législations suite à la vague de privatisation déclenchée au début des années 1990. Ces réglementations visent toutes la création des cadres institutionnels souvent à vocation juridictionnelle et/ou à tout le moins présentés comme une interface des questions relatives aux intérêts des consommateurs. En particulier, il arrive que ces textes créent des autorités à compétences juridictionnelles dont la saisine préalable apparaît comme obligatoire. C'est ce que semble viser l'article 17 du règlement de service de distribution publique d'électricité qui soumet la recevabilité des

réclamations dirigées contre de l'AES Sonel (concessionnaire du service public d'électricité au Cameroun) à la production de multiples pièces et à des conditions de délais et autres prescrites à peine d'irrecevabilité et de déchéance. Les articles 46 à 49 de la loi n° 98/022 du 24 décembre 1998 régissant le secteur de l'électricité au Cameroun, donnent compétence à l'Agence de régulation du secteur de l'électricité (ARSEL) « pour connaître des différends entre opérateurs du secteur de l'électricité ». Dans le cadre de la lutte contre les clauses abusives, ces textes devraient désormais s'accommoder de l'article 51 qui protège le droit à un recours juridictionnel effectif des consommateurs et qui garantit une réparation intégrale du préjudice. Une mise en conformité de ces législations au droit uniforme devra s'avérer nécessaire.

380. Ainsi, les questions probatoires foisonneront ; tout acte de l'OHADA sur le droit de la preuve devrait en tenir compte de manière spéciale pour une protection plus poussée du consommateur africain dont le niveau d'éducation ne permet pas toujours un affrontement aux plus infimes difficultés d'ordre juridique. De même, l'avènement de la téléphonie mobile et des services audiovisuels doit faire l'objet d'une plus grande considération du législateur et des institutionnels pour une protection spéciale des consommateurs. Ceci permet en fin de compte d'attirer l'attention sur la nécessaire interactivité des auteurs des textes épars contenus dans des législations sectorielles en relation avec la protection des consommateurs.

II - Formation du contrat de consommation

381. Le livre I constitue un rappel des acquis du droit des contrats. Ce rappel est engagé par celui des principes cardinaux de la formation du contrat (a). Le deuxième chapitre porte sur l'information précontractuelle, revisitée en ce qui concerne le cocontractant consommateur (b). Suivent la publicité et autres modes de promotion (c), ainsi que les clauses abusives dans une subdivision particulièrement minutieuse (d). Enfin la question de l'obligation de facturation (e), qui est objet d'un dernier chapitre 5, devrait susciter des réflexions de fond quant à sa faisabilité réelle pour le secteur informel.

a - Principes cardinaux de formation des contrats appliqués aux contrats de consommation

382. Le rappel (la répétition) serait une méthode pédagogique. Le principe conventionnel de la bonne foi contenu dans l'article 1134 du code civil est reformulé, avec force précisions à l'article 15 de l'Avant-projet : « les parties sont tenues de se conformer aux exigences de bonne foi, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution et de son extinction » (*A ce sujet : Lamy, Droits des contrats. Collection Lamy Droit*

civil, mai 2009, n° 105-54). D'autres rappels sont tout aussi nécessaires. L'optique de sécurisation du consommateur est omniprésente dans l'Avant-projet d'AUCC. Elle détermine l'interprétation des clauses du contrat de consommation (art. 16), la définition du lieu de formation de ce contrat (art. 20), qui le sont toujours dans un sens favorable au consommateur. Déjà, de manière classique, « la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation » (art. 1162 du code civil). Par ailleurs, la liberté du formalisme contractuel du contrat de consommation le facilite. Par contre, les prescriptions de l'Avant-projet d'AUCC relatives à la fixation du prix suscitent d'autres réflexions plus contradictoires en relation avec le principe de la liberté du commerce et de la concurrence.

1 - Liberté du formalisme contractuel

383. Le droit spécial du contrat de consommation s'enracine véritablement dans les acquis du droit des contrats, déjà sources d'une réelle sécurisation des parties. Le principe du consensualisme, corollaire de la liberté contractuelle, reste donc de mise. Le formalisme du contrat de consommation reste libre, les parties pouvant se lier par un contrat verbal ou un écrit (art. 21). Il s'agit simplement de retenir le principe de la licéité de ces deux formes de contrats. Malgré tout, la pratique du contrat écrit semble fortement encouragée par le législateur africain. Ses mérites sont connus, au-delà des facilités probatoires qu'il offre : l'écrit oblige à la réflexion, accentue le sens de l'engagement et éloigne de la consommation compulsive (*A. BENABENT, Droit civil. Les obligations, op. cit., p. 82, n° 101*). Pour d'autres raisons encore plus protectrices du consommateur, le législateur OHADA arrive indirectement à l'imposer dans au moins deux situations : celle de l'obligation d'information renforcée de l'article 27 et celle dans laquelle il est nécessaire afin d'assurer la survie de la clause de réserve de propriété du vendeur qui ne sera licite que dans les conditions d'écrit prévues à l'article 51 point x. Par ailleurs, l'écrit s'impose de plus en plus par la pratique des contrats d'adhésion que le législateur encadre minutieusement.

384. L'obligation d'information renforcée de l'article 27 Ce texte impose un écrit spécifique rentrant dans le cadre de l'information du consommateur. En effet, « L'entreprise qui vend un produit doit indiquer par écrit au consommateur la période pendant laquelle il est prévisible que les pièces indispensables à l'utilisation ou à la réparation du produit seront disponibles (...) ». Un tel texte laisse-t-il intact l'option du formalisme contractuel ? Il nous semble que pour le type de produit visé par ce texte (ex. appareils techniques, électroniques, produit couplé à un service comme la vente d'appareil téléphonique accompagné d'un service de téléphonie) le législateur entend imposer un écrit. Cette intention, si

elle était vérifiée, est louable. En effet, face à la technicité des produits et la vitesse de l'évolution technologique, il est logique de penser que de nombreux actes d'achats pourraient ne pas être suivis d'une utilisation adéquate, créant ainsi une insatisfaction chez le consommateur. Avec un tel renforcement de l'obligation d'information, il contracterait en connaissance de cause et disposerait d'un aide-mémoire écrit lui permettant d'être réactif dans les délais. Une telle prévision doit être comprise comme une illustration de l'obligation de loyauté dans laquelle est inscrite l'exécution des contrats de consommation.

385. La licéité de la clause de réserve de propriété au regard de l'article 51 point x. L'art. 51 est le texte de référence des clauses abusives. Ceci postule naturellement un contrat écrit. Alors, en principe, la réserve de propriété est interdite par le législateur OHADA, qui l'a inscrite dans la liste des clauses abusives (V. infra). Cependant, le raisonnement ici consiste, avec la prévision de l'article 51 point x, à relever qu'une telle clause peut survivre de par la volonté du consommateur, qu'il doit obligatoirement exprimer par un écrit. C'est tout le sens de l'article 51 point x précité : « Sont déclarées abusives les clauses des contrats de consommation qui ont pour objet ou pour effet (...) de réserver la propriété du produit vendu au vendeur, sauf dans le cas où le consommateur a formellement accepté la clause par écrit lors de la conclusion du contrat de vente ». Ainsi, même dans une hypothèque de vente qui aurait pu s'accommoder de la forme verbale, un écrit sera nécessaire pour marquer l'acceptation par le consommateur de la clause de réserve de propriété s'il y a lieu.

386. La dominance de l'écrit via la pratique des contrats d'adhésion La prévision par l'entreprise d'un document portant les « conditions contractuelles générales » ouvre la voie aux contrats d'adhésion. Ceci ressort de la définition même de ces conditions. Il s'agit des « conditions contractuelles écrites établies à l'avance par l'entreprise et destinées à être utilisées avec tout consommateur » (art. 8 de l'Avant-projet d'AUCC). Cette marque d'intérêt du législateur ne constitue pas un blanc-seing total pour cette pratique dont le potentiel nocif, au double regard de l'objectivité du consentement du consommateur et de l'équilibre contractuel, détermine toute la lutte contre les clauses abusives. Le législateur l'encadre de deux manières : d'une part en renforçant le contenu et la qualité du contrat imposé au consommateur et, d'autre part, en donnant force juridique aux seuls documents contractuels. Pour atteindre le premier objectif, il est prévu que l'exemplaire des conditions contractuelles générales remis au consommateur devra mentionner, « sous peine de nullité », le nom et l'adresse géographique de l'entreprise (*art. 30 §2 al. 1*). L'écriture et la présentation de ce document devront par ailleurs en permettre une compréhension aisée (*art. 30 §2 al. 2*). Le spectre des clauses minuscules, voire illisibles que le juge français pourchasse s'éloigne-t-il pour autant ?

Le législateur pense atteindre le second objectif en spécifiant les documents contractuels comme étant ceux dont le consommateur a pris effectivement connaissance préalablement à leur signature. Est ici visée la pratique du renvoi par les conditions contractuelles générales à des documents non communiqués au consommateur. Très clairement, l'article 56 dispose que « la clause du contrat de consommation qui renvoie à un document externe à ce contrat ne lie pas le consommateur », mieux, « sont déclarées abusives les clauses des contrats de consommation qui ont pour objet ou pour effet (...) de constater de façon irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat » (l'art. 51 point, j). La sanction civile de la nullité prévue à l'article 55 de l'Avant-projet, devrait donner à l'ensemble de ses prescriptions éminemment protectrices une certaine force.

2 - Prescription de règles de fixation des prix dans un contexte d'économie libérale

387. La place du prix dans la décision de contracter est dans toutes les sociétés de consommation prépondérante ; il n'est pas surprenant que le législateur communautaire européen veille à harmoniser les dispositions nationales des États membres sur ce point (Directive 98/6/CE du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs). Seulement, il se cantonne au seul sujet de l'indication des prix. Dans le droit africain en projet, la problématique de leur fixation a été audacieusement embrassée par le législateur africain. Une telle audace devient militante dans une économie dont les consommateurs disposent d'un pouvoir d'achat particulièrement faible. L'Avant-projet d'AUCC s'autorise à donner des directives de fixation des prix dont on peut malheureusement douter de sa force juridique dans des systèmes d'économie libérale. Sa prescription de la pratique du « prix normal » peut être sur cette base remise en cause. Par contre, sous l'angle de la lésion, la question de la fixation du prix garde toute son utilité juridique.

388. La prescription d'un « prix normal » L'Avant-projet d'AUCC impose un « prix normal », lequel suppose une compréhension du « prix » lui-même. Le prix communiqué au consommateur est défini à l'article 28 § 2 comme le « prix total, comprenant toutes les taxes et l'ensemble des frais, hormis les frais de livraison, qui feront l'objet d'une information particulière, et les frais correspondant à des prestations supplémentaires exceptionnelles que le consommateur réclamerait expressément ». Le prix normal serait, dès lors, « le prix habituellement pratiqué dans le secteur considéré pour les mêmes prestations effectuées dans des circonstances comparables » (art. 22, Avant-projet d'A.U.C.C). La définition (l'imposition ?)

d'un prix normal semble inopportune dans le cadre des États d'économie libérale fondée sur la liberté des prix et de la concurrence. Aurait-il été plus acceptable que le législateur impose simplement une saine pratique du « prix juste » ? En tout état de cause, il faudrait arriver à concilier ce principe de prix normal avec celui de la liberté des prix de principe dans toute économie de marché.

389. Le « prix normal » dans l'économie libérale Dans un tel contexte, les prix des biens et services sont déterminés par le libre jeu de la concurrence (V. art. 12 et suiv. de la loi n° 90/030 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun, avec commentaire de J. M. NYAMA, *juridis info* n° 5, 1991, p. 5 à 9 ; J.M. NYAMA, *Le droit du consommateur au Cameroun : mythe ou réalité ? in Juridis Infos* n° 10, juin 1992, p. 67 ; M. L. ABOMO, *Les particularismes et les zones d'ombre de la répression des pratiques anticoncurrentielles dans la zone CEMAC, in Juridis, périodique* n° 70, p. 110. Voir aussi l'art. L113-1 du code français de la consommation, L410-2 du code du commerce. Lamy Droit économique. Code. Contrat-Distribution-Consommation, p. 178). Les articles 2 de la loi centrafricaine portant sur la liberté des prix et réglementation de la concurrence, 1^{er} de la loi congolaise n° 6-94 du 1^{er} juin 1994 portant réglementation des prix, des normes commerciales, constatation et répression des fraudes, ou l'art. 1^{er} de la loi n° 15/94/ADP portant organisation de la concurrence au Burkina Faso vont tous dans le même sens. Le prix normal est prosaïquement celui qui procède de la loi de l'offre et de demande, auquel il faut ajouter le facteur premier du pouvoir d'achat du consommateur : il cristallise à lui seul toute l'initiative de la décision de s'intéresser à une offre. Cependant, on peut y voir une protection potentielle attribuée au consommateur parfois victime des inflations consécutives aux pénuries créées par les commerçants eux-mêmes. En plus, il faudrait trouver un meilleur instrument de protection contre les prix imposés ou simplement conseillés au distributeur par les producteurs.

390. La lésion comme vice de consentement La lésion est déjà fortement aménagée par le code civil dans les relations entre commerçants et/ou entre particuliers, incluant également les consommateurs (art. 1118 C. Civ. A ce sujet : K. LÉBOUCHER, *La lésion entre professionnels et consommateurs, Cahier des écoles doctorales de la faculté de Droit de Montpellier, 2001, p. 13*). C'est le seul vice de consentement expressément envisagé dans l'Avant-projet d'AUCC. « Elle consiste en une disproportion importante des prestations et résulte de l'exploitation par l'entreprise de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation du consommateur (...) La lésion peut résulter aussi d'une obligation dont l'importance ou la nature est jugée excessive et

déraisonnable, eu égard à la situation patrimoniale du consommateur » (L'art. 23). En instaurant dans l'espace OHADA le pacte comissoire, les articles 198, 199 et 200 du nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, prive le consommateur du crédit de tout droit de recours. Toute possibilité d'avoir recours à ces vices de consentement qui sont pourtant réels dans les relations entre le banquier et son client : dans bon nombre de cas, le consommateur peut valablement invoquer son état de détresse économique, l'urgence de ses besoins, son imprévoyance, son ignorance, son inexpérience ou son inaptitude à la négociation. (P. BOUBOU, *La réalisation de l'hypothèque dans le projet de réforme de l'Acte uniforme sur les sûretés : Priorité à la viabilité des garanties. Exposé présenté par le 28 octobre 2010 à l'Université de DSCHANG à l'occasion des Journées annuelles OHADA 2010*). En tout état de cause, la théorie de la lésion de l'article 23 de l'Avant-projet d'AUCC dépasse largement celle du cadre habituel du droit civil.

Son champ d'application d'abord ; par sa définition rien ne permet d'indiquer que la théorie de la lésion ici ne concerne que les prix, dont elle constitue une forme « d'erreur sur la valeur ». Au contraire, elle s'analyse de manière générale en une « disproportion importante entre les prestations des parties ». Cette orientation peut accentuer la définition des clauses abusives (V. *Infra*), les clauses léonines du droit commun.

Ensuite, la lésion dans l'Avant-projet d'AUCC est légalement rattachée à la fois à notion d'abus de faiblesse du consommateur. Les faiblesses du consommateur sont de diverses formes (art. 23 §2). Certaines touchent à ses capacités économiques et son pouvoir d'achat : l'état de dépendance ou de détresse économique, l'urgence des besoins. D'autres sont plus intellectuelles : elles visent l'imprévoyance, l'ignorance, l'inexpérience ou l'inaptitude à la négociation du consommateur. Mais le législateur va plus loin en créant une présomption d'exploitation de ces états dans les hypothèses de « disproportion importante » à celle que l'on peut qualifier plus généralement d'« incompétence » dans l'activité de consommation, tant certains semblent mieux « armés » financièrement, intellectuellement et psychologiquement que d'autres. Comme vice de consentement, la lésion entache de nullité le contrat de consommation conclu entre l'entreprise et le consommateur. En droit civil, seule une dynamique jurisprudentielle avait permis d'aboutir à une telle perspective. Selon le texte susvisé, l'exploitation de l'abus de faiblesse fait référence à l'état de dépendance, la détresse économique, l'urgence des besoins du consommateur. L'incompétence dans l'activité de consommation regroupe selon l'article 23 de l'Avant-projet, les situations d'imprévoyance, d'ignorance, d'inexpérience et même d'inaptitude à la négociation. Il s'agit là de deux sources de fragilisation exposant plus que de raison le consommateur dans ses relations avec le professionnel.

b - Information précontractuelle revisitée

391. Le consommateur est idéalement informé en amont de la conclusion et de l'exécution du contrat de consommation. L'Avant-projet d'AUCC consacre un chapitre à l'information précontractuelle (art. 24, *Avant-projet AUCC*). Cette obligation reste un succédané du droit commun auquel on renvoie (*A ce sujet : Lamy, Droits des contrats. Collection Lamy Droit civil, mai 2009, n° 132 et sv.*), pour insister à la suite du législateur sur la notion d'information utile mise en avant ainsi que sur les éléments visés par cette obligation.

392. L'information utile En règle générale, la notion d'utilité interpelle à la fois celles d'effectivité et d'efficacité. En termes d'effectivité, l'information précontractuelle reste une obligation de l'entreprise vis-à-vis du consommateur. L'exécution de cette obligation sera d'autant plus étroitement appréciée que pour ce dernier, l'accès à ces informations présente une réelle difficulté, ou en considération de la « confiance légitime que le consommateur peut avoir dans l'entreprise » (art. 24 al. 2, *Avant-projet AUCC*).

Pour être efficace, dans le raisonnement du législateur OHADA, l'information précontractuelle doit d'abord permettre au consommateur de prendre connaissance des « caractéristiques essentielles » du produit ou du service. Selon l'article 26 qui le stipule, ces « caractéristiques essentielles » se rapportent notamment à la « façon normale » d'utiliser le produit ou le service et aux dangers qu'il présente tant à l'égard du consommateur que de tout autre utilisateur. Ensuite, l'obligation précontractuelle doit porter sur « les clauses du contrat de consommation » (art. 30, *Avant-projet AUCC*). Celle-ci s'effectue par la remise au consommateur des conditions contractuelles générales. Enfin, l'information précontractuelle doit présenter les caractéristiques de clarté, d'exactitude, de suffisance d'adéquation. Leur rédaction doit permettre une compréhension aisée tant en ce qui concerne le sens que la portée. En tout état de cause, il reste acquis que le contrat de consommation sera interprété, le cas échéant, dans le sens le plus favorable au consommateur (art. 16 et 30 §3).

393. Les éléments sur lesquels porte l'obligation d'information L'Avant-projet d'AUCC accorde des développements importants à l'obligation d'information portant sur les prix. D'autres éléments sont concernés. De manière générale, il faut se reporter à l'article 29 pour apprécier la portée de cette obligation d'information mise à la charge de l'entreprise.

L'information sur les prix L'article 28 en ses 5 paragraphes accorde à l'obligation d'information sur les prix une réelle importance, amorcée par une définition des prix.

La notion de prix elle-même Selon le paragraphe 2 de l'article 28, le prix communiqué au consommateur s'entend du « prix total, comprenant toutes les taxes et

l'ensemble des frais ». Ne doivent pas y être adjoints le prix de la livraison et le prix des « prestations supplémentaires exceptionnelles » que le consommateur pourrait solliciter. Celui-ci en effet relève des conditions particulières de vente, clauses que chaque consommateur négocie de manière individuelle avec l'entreprise.

L'information sur le prix et la publicité des prix Le **paragraphe 1^{er}** de l'article 28 de l'Avant-projet d'AUCC glisse tendancieusement de l'information sur les prix vers la publicité des prix. En effet, le marquage, l'étiquetage, l'affichage ou tout autre procédé tels que préconisés par le législateur OHADA, se confondent avec les techniques publicitaires modernes. Dans ce glissement, il faut y voir une prise en compte du recul du marchandage, aujourd'hui nettement supplanté par la prédétermination des prix par le professionnel, manifestation du déséquilibre contractuel à l'origine du consumérisme. Une simple information orale semble peu protectrice dans un tel contexte. La prévision d'un tel système d'information quasi permanent reste une compensation minimale. La quasi-totalité des États membres de l'OHADA dispose d'une réglementation sur la publicité des prix, lesquelles ont d'ailleurs constitué les premiers pas d'une législation consumériste latente. On peut s'interroger sur leur devenir avec l'avènement du droit OHADA, surtout si elles apportent une protection optimale. (*C'est le cas au Cameroun avec l'arrêté n° 009/MINDIC/DPPM du 7 mars 1991 réglementant la publicité des prix, Cf. Commentaire de J.M. NYAMA in JURIDIS INFO n° 9, mars 1992 p. 12*).

Les éléments d'informations relatifs au prix : l'information sur le prix est limitée au prix total. Lorsque ce prix total ne peut être indiqué en raison de la spécificité du produit ou du service, l'entreprise doit informer le consommateur sur le forfait pratiqué ou à tout le moins lui donner des précisions sur les éléments de calcul du prix total (Art. 28 § 5). De même, l'entreprise doit préciser, lorsqu'il s'agit d'un produit vendu au poids ou à la mesure, les unités correspondant (art. 28 § 3).

Les autres éléments d'informations : Le consommateur doit, au sens de l'article 29 de l'Avant-projet d'AUCC, être informé sur : la quantité, la dénomination, la composition, la provenance, l'identité du fabricant et les risques liés au produit. Les questions relatives à la traçabilité et à la sécurité des produits et services, englobées dans ce texte, appellent d'autres précisions. En effet, il s'agit là de deux éléments majeurs de la protection juridictionnelle des consommateurs, la seconde facilitant la première en cas de responsabilité.

c - Publicité et autres modes de promotion

394. Seule l'idée générale de protéger le consommateur de l'agressivité des certaines approches commerciales lie l'ensemble des pratiques indexées au chapitre 3 du livre I^{er}. Il organise, par encadrement et interdiction, la publicité, les concours et loteries qui seuls correspon-

dent thématiquement son intitulé. Sous cette même bannière curieusement, le législateur réglemente le refus de vendre, les produits subordonnés, l'envoi de produits et de services non sollicités, l'interdiction de l'usage de certains modes de communication à distance. La présentation respectera cette volonté du législateur, mais il est nécessaire de rappeler la distinction entre les pratiques commerciales incitatives des pratiques commerciales illicites. Ce chapitre s'achève sur un rappel de l'obligation générale de loyauté qui n'est qu'un renforcement de l'article 15 de l'Avant-projet l'AUCC.

1 - Publicité

395. Les liens entre la publicité et l'information sont visibles, sans que celle-ci puisse être considérée comme l'objectif premier de celle-là. La définition donnée par le législateur africain entretient cependant l'idée contraire. L'article 12 définit la publicité comme « tout moyen d'information utilisé par l'entreprise et permettant au consommateur de se faire une opinion sur ses biens ou services ». Cette définition, qui permet d'embrasser dans cette pratique nombre d'actes contenant quelque élément d'information, voire de simple communication en direction des consommateurs, a également la préférence du juge français (*Pour une étiquette : crim., 25 juin 1984. D. 1985. J. 80, note FOURGOUX; Crim. 2 oct. 1985. RTD. Com. 1986. 541, obs. HEMARD et BOULOC*). Ceci ne saurait cependant occulter le fait que la publicité a un objectif premier d'incitation à la consommation, d'où la nécessité d'un encadrement légal de cette pratique commerciale qui peut affecter la qualité d'appréciation du consommateur. Ainsi, l'article 36 impose que toute publicité puisse être identifiée comme telle, idéalement en portant de manière évidente la mention « publicité » (art. 36). Dans la mesure où l'« information utile » du consommateur peut être compromise bien en deçà de la phase précontractuelle par la publicité, le législateur pose une interdiction formelle de toute forme de publicité de nature à induire en erreur, pratique pouvant subir la qualification de « publicité trompeuse » si l'information omise est « une information essentielle ». Enfin, le législateur protège les enfants contre la publicité en interdisant la publicité à eux destinée.

L'interdiction de la publicité de nature à induire en erreur L'article 33 doit être compris comme une règle générale invitant les entreprises à une pratique orthodoxe de la publicité. Quel qu'en soit le support (du papier à l'électronique, en passant par l'audiovisuel), celle-ci ne saurait contenir des « allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur ».

396. La publicité trompeuse Renforçant l'erreur comme vice du consentement, le législateur considère le fait d'induire le consommateur en erreur en matière de publicité, sur « une information essentielle », comme une publicité trompeuse (l'art. 33 al. 2), qua-

lification faisant suite à l'interdiction générale posée à l'article 33 al. 1^{er}. Ses conséquences juridiques n'ont pas été spécifiées ; ceci laisse donc toute latitude aux États membres de faire valoir les prescriptions pénales nationales relatives à la publicité ou d'autres textes consuméristes nationales abordant la question (V. l'art. 14 sur le champ d'application de l'Avant-projet). Comment définir l'« information essentielle » ? Pour y répondre, il faudrait faire un constat : la définition de la publicité trompeuse est marquée à la fois par la théorie de l'erreur (article 1110 du code civil) et celle du dol (art. 1116 du code civil). L'erreur est expressément invoquée à l'article 33 al. 2. Il est acquis que seule l'erreur sur les qualités substantielles est de nature à appeler la sanction extrême de la nullité, dans la mesure où, « s'il (le cocontractant) avait su, il n'aurait pas contracté » (A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations, op. cit., p. 62*). Le dol (erreur provoquée) ici est caractérisé par l'omission, dans une publicité, d'une « information essentielle » par l'entreprise (hypothèse de la réticence dolosive : *A ce sujet : Lamy, Droits des contrats. Collection Lamy Droit civil, mai 2010, n° 207-23*). L'« information essentielle » est celle qui détermine la décision de contracter : comme pour les qualités substantielles, on est en droit de penser que si le consommateur l'avait su (en l'absence de l'erreur provoquée), il n'aurait pas, sur les bases du contenu publicitaire, pris la décision d'acheter. En effet, selon l'article 35 al. 1^{er} de l'Avant-projet, la publicité peut être considérée comme une offre de contracter.

397. La publicité, offre de contracter La publicité peut être assimilée à une offre de contracter ceci lorsqu'elle indique à la fois le produit, le service et son prix. Il s'agit en effet des éléments essentiels d'une offre précise, telle que le droit commun le prévoit (*A ce sujet : Lamy, Droits des contrats. Collection Lamy Droit civil, novembre 2009, n° 135-7*) ; la conséquence juridique en est qu'il exprime déjà le consentement de l'entreprise. Pour qu'elle soit parfaite, il faudrait également qu'elle ne soit assortie d'aucune réserve. Cette assimilation faite entre la publicité et l'offre est lourde de conséquences pour l'entreprise dans le cadre du droit de la consommation, cette dernière ne pouvant plus refuser la vente du bien ou la prestation de service au consommateur. Le refus de vente est en effet illicite à l'égard de ce dernier (art. 43). Dans la suite de l'idée d'une possible contractualisation, le législateur indique que les éléments de fait contenus dans la publicité « font partie intégrante du contrat de consommation » (art. 35). Ces éléments sont caractérisés ; il s'agit de « tout élément mesurable et vérifiable relatif à l'existence, la nature, la composition, les qualités substantielles, les teneurs en principe utiles, les espèces, l'origine, la quantité, le mode et la date de fabrication, la date de péremption et les propriétés du produit ou du service qui fait l'objet de la publicité, les conditions de l'offre, dont le prix, les conditions de livraison et de garantie,

les possibilités et les conditions d'utilisation du produit ou du service, les résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, la portée des engagements pris par l'annonceur, l'identité, l'adresse, les qualités ou les aptitudes de l'entreprise » (art. 35 al. 2). En visant expressément tous ces éléments, le législateur individualise manifestement ceux sur lesquels l'erreur ou la tromperie publicitaire peut porter potentiellement ; à l'observation, peu d'éléments sont omis.

398. L'interdiction de la publicité destinée aux enfants L'Acte uniforme pose une interdiction générale de la publicité en direction des enfants de moins de 13 ans. Il s'agit d'encadrer le développement des « enfants consommateurs » (J. D. ROEDDER, *25 ans de recherche sur la socialisation de l'enfant-consommateur, Recherche et applications en marketing, 2001, n° 16, 1, p. 87 et sv.* ; C. DERBAIX, *L'enfant, la communication publicitaire et la hiérarchie des effets, Revue française du marketing, 1982, n° 83, p. 31 et sv.*). Dans le contexte des États membres de l'OHADA, la mise en œuvre de cette interdiction de l'article 37 sera peu aisée, essentiellement en considération de la publicité émanant des supports audiovisuels reçus dans les domiciles des consommateurs via le satellite, et relevant des systèmes juridiques plus permissifs.

399. Dans tous les cas, la charge de la preuve en matière de conflit lié à la publicité est mise à la charge de l'entreprise, qu'il s'agisse de l'exactitude des informations alléguées ou des omissions que le consommateur a pu considérer comme essentielles, contrairement à l'entreprise (art. 38 Avant-projet de l'AUCC).

2 - Loteries et concours

400. Il arrive que la publicité soit organisée autour d'une opération interactive entre l'entreprise et le consommateur, comportant une promesse de gain. Qu'il s'agisse de la loterie ou du concours, le législateur pose un principe de licéité de ces formes d'opérations publicitaires. Le formalisme et le contenu des documents de l'opération publicitaire.

401. Le principe de licéité des loteries et concours La loterie se distingue du concours par le mode de désignation du gagnant. Dans le premier jeu, le gagnant est désigné à la suite d'un tirage au sort (B. MATHIEU, *Les jeux d'argent et de hasard en droit français. LPA, 1999, n° 6, p. 8*). Le second semble plus démocratique, seul l'intelligence ou les aptitudes physiques des consommateurs en lice permettant de les départager. L'approche négative adoptée par l'article 38 de l'Avant-projet marque la défiance du législateur relativement à ces opérations publicitaires : « les annonces et opérations publicitaires (...) créant chez le consommateur l'attente légitime d'un gain (...) ne peuvent être pratiquées que si (...) ». Il

débouche cependant sur un principe général de licéité des loteries et concours, le texte englobant les gains attribués « avec ou sans tirage au sort ». Ces opérations sont licites à une condition : si elles « n'imposent pas au participant, directement ou indirectement, une contrepartie financière ou une dépense, sous quelque forme que ce soit ». La défiance du législateur se justifie ici. Les concours et loteries faussent à la fois le jeu de la concurrence et la philosophie intrinsèque de la consommation, dans la mesure où le consommateur se décide à contracter non pas en fonction de ses besoins et en considération des qualités d'un bien ou un service, mais en fonction de l'espérance du gain qui lui est attaché.

402. Le formalisme et le contenu des documents présentant l'opération publicitaire D'une part, le bulletin de participation à ces loteries et concours ne saurait contenir un bon de commande du produit ou du service (article 40). Le document présentant l'opération publicitaire doit pouvoir être différencié de tout autre document administratif ou bancaire libellé au nom du destinataire. Il doit également être distingué de tout document informatif habituel de l'entreprise, pour ne susciter aucune confusion. Ce document doit contenir un inventaire lisible des lots, suivis pour chacun d'une description précise relatant leur nombre exact et leur valeur commerciale, ainsi que l'adresse à laquelle le bulletin de participation doit être renvoyé (art. 41 et 42). Le consommateur doit pouvoir obtenir communication du règlement des opérations : le document des opérations doit reproduire la mention suivante : « Le règlement des opérations est adressé à titre gratuit, à toute personne qui en fait la demande » (art. 42 *in fine*).

403. Le droit de demander l'attribution du lot Le consommateur peut exiger de l'entreprise la remise du lot lorsqu'il a pu légitimement s'attendre à recevoir en raison du « contenu ou de la présentation de l'annonce ou de l'opération publicitaire » (art. 39 § 2). Cette règle, qui a également cours en droit français, a pu être justifiée par le juge en application de l'article 1371 sur les quasi-contrats (*Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, Bull. civ. N° 4, R., p. 448 : Dans cet arrêt, la Cour de cassation a décidé que l'organisateur d'une loterie, qui annonce à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence de l'aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le livrer*).

3 - Refus de vendre et produits subordonnés

404. Le refus de vente ainsi que la vente subordonnée ou vente liée connaissent une interdiction de principe. Les deux comportements sont souvent liés (V. art. L122-1 C. Consom). Le refus de vente est souvent justifié par la permanence de l'offre du professionnel. Cependant, cette interdiction, à rapprocher de celle qui existe entre professionnels (exemple un grossiste

et un détaillant), rentre plus fondamentalement dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence. Le texte de l'article L442-6 du code de commerce y relatif, posant le principe de la responsabilité civile de son auteur, vise en effet différentes formes de discrimination. Le motif légitime a fait l'objet d'une appréciation souveraine du juge pénal français, au temps où cette incrimination constituait une infraction pénale. Il s'est souvent fondé sur le caractère anormal d'une demande, ou la mauvaise foi du professionnel, pour justifier une condamnation.

4 - Envoi de produits ou de services non sollicités

405. Sous forme de proposition d'essai ou d'offre promotionnelle, il arrive que les entreprises fassent parvenir, spécialement par la voie postale et désormais par la voie électronique, certains produits et services aux consommateurs. Il s'agit là d'une variante de la vente à distance, les envois non commandés ou forcés (*ARTZ, « La prohibition des envois forcés », D.S., 1975, chron. 129*). L'article 45 de l'Avant-projet les interdit expressément. En cas de contentieux, il revient à l'entreprise de faire la preuve de la demande expresse et préalable du consommateur. Son comportement, suite à la réception du produit ou du service reçu sans commande, ne peut être servi à apporter la preuve d'une demande préalable (art. 46). Une fois le produit ou le service reçu, le consommateur n'est tenu ni d'en payer le prix, ni de le restituer. Cependant, cette règle de l'article 47, qui permet finalement au consommateur de devenir propriétaire d'un bien qu'il n'a pas acquis, pourrait justifier à son encontre une action de *in rem verso*, pour enrichissement sans cause ; aussi devrait-on lui imposer de restituer le bien ou le service si toutefois l'entreprise fait les démarches nécessaires en vue d'en reprendre la possession (*J. CALAIS-AULOY, F. STEIN-METZ, Droit de la consommation, op. cit., p. 90*).

5 - Interdiction de l'usage de certains modes de communication à distance

406. Les modes de communication modernes facilitent l'existence autant que les intrusions de toutes origines. Le législateur OHADA entend protéger le consommateur de celles qui pourraient être le fait d'entreprises en mal de clientèle, qui usent de méthodes incitatives à la consommation. L'article 49 pose une règle d'interdiction totale aux entreprises de faire parvenir à au consommateur, sans demande explicite et préalable de sa part, des offres promotionnelles par l'usage des modes de communication suivants : le téléphone, la télécopie et le courrier électronique. Ces méthodes commerciales intrusives sont peu ou prou liées à la vente à distance, ce qui justifie leur encadrement particulier (V. infra, les contrats de consommation conclus à distance).

d - Clauses abusives

407. La question du déséquilibre contractuel est au cœur de la réglementation des clauses abusives. Elles se sont développées avec la pratique des contrats d'adhésion, comme un révélateur de la position d'infériorité contractuelle du consommateur. Au regard de la nature et des conséquences des abus constatés, cette réglementation fait l'objet d'un enjeu de protection particulièrement problématique en Europe, concentrant l'attention à la fois du législateur national et du législateur communautaire depuis de nombreuses années (*MESTRE, Vingt ans de luttes contre les clauses abusives. Mélanges TERRE, 1999, p. 667*). Les législations consuméristes existant dans les États membres de l'OHADA n'ignorent pas la question ; la loi N° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso compte un chapitre III sur les clauses abusives (*V. Au sujet du droit camerounais : A. F. NGOMO, Les clauses contractuelles abusives (esquisse comparative des droits camerounais et français), in Revue juridique africaine, 1992-1993, p. 133*). La pratique des contrats d'adhésion à laquelle elle est liée se développe aujourd'hui en Afrique, spécialement dans le domaine de l'énergie, des télécommunications et du transport. La lutte contre les clauses abusives telle qu'elle est prévue dans l'Avant-projet d'AUCC est portée par les articles 50 et suivants, et s'engage par une définition générique des clauses abusives. Suivent une liste longue, somme toute indicative, de la typologie des clauses abusives visées par la réglementation et le principe de la nullité des telles clauses. Indirectement envisagée par l'Avant-projet, l'action en suppression des clauses abusives mérite pourtant une meilleure visibilité.

408. Une définition générique des clauses abusives
L'article 50 considère comme abusives, dans les contrats de consommation, « les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat ». La doctrine s'interroge à bon droit sur la légitimité d'une intervention législative tendant à lutter contre les clauses abusives dans les contrats de consommation. En effet, « qui dit contractuel, dit juste ». Cependant, la pratique des contrats non négociés (contrats d'adhésion) rend inapte l'adage sus-cité dans ce contexte. De telles clauses n'y sont pas rares, en exemple, les clauses imposant le recours exclusif ou préalable obligatoire à une autre autorité administrative (supprimant ou compromettant le droit au juge) en cas de litige. Elles sont souvent présentes dans les législations sectorielles (*V. infra l'exemple de l'Article 18 du règlement 2007 du service de distribution publique d'électricité au Cameroun : « Tout litige porté devant l'ARSEL en vertu de ladite procédure de conciliation ne pourra pas faire l'objet d'une autre procédure devant les juridictions pour le même objet, avant l'aboutissement de la conciliation. La décision de conciliation*

devant l'ARSEL pourra, à la demande de la partie la plus diligente, être homologuée par le juge compétent »). Pire – et l'Avant-projet ne le spécifie pas – on ne peut ignorer la pratique des clauses illicites comme la clause attributive de compétence *ratione loci*, clause quasi généralisée dans les contrats de transport en se référant au seul exemple du Cameroun, clause défiant les règles de procédure civile qui prévoit, pour le demandeur, une option de juridiction entre celle du lieu du défendeur et celle du lieu d'exécution du contrat.

Selon la doctrine, la lutte contre les clauses abusives tire son fondement à la fois de la théorie de l'abus de droit (*A. KARIMI, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, LGDJ, 2001*) et de l'exigence de la cause en matière de contrat (*GUEGUEN, Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle. D., 1999, chron. 352 ; V. aussi la jurisprudence Chronopost : Com., 22 oct. 1996, RTD. Civ. 1997, 418, obs. MESTRE*). Le critère du « déséquilibre significatif » donne à vérifier une injustice contractuelle au détriment du consommateur, lequel se trouve soit moins protégé quant à ses droits, soit plus écrasé quant à ses obligations. Ceci aboutit soit à une exécution contractuelle plus coûteuse pour lui, soit moins satisfaisante dans l'ensemble, avec un bénéfice contractuel global plus marqué pour l'entreprise, assorti d'une responsabilité contractuelle limitée voire supprimée.

409. La liste indicative de la typologie des clauses abusives
28 illustrations de clauses abusives sont données à l'article 51 de l'acte uniforme, qu'il serait peu pratique de reporter intégralement ici. L'analyse prend le parti de les citer pour les illustrations que les développements prochains imposent. Cependant, pour systématiser leur philosophie générale, nous proposons de classer les clauses abusives selon qu'elles créent un « déséquilibre de valeur » ou un « déséquilibre de pouvoir ». Les hypothèses de déséquilibre de valeur touchent à l'objet même du contrat, et concernent les clauses ayant pour objet ou pour effet de modifier pour les diminuer la prestation de l'entreprise, sans créer une source d'équilibre corrélatif pour ce dernier. C'est le cas de types de clauses visées à l'article 51 c), ayant pour objet ou pour effet « de permettre à l'entreprise, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'entreprise d'une quelconque des obligations contractuelles, de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre », les articles 51 k), 51 l), 51 p) pourraient également appartenir à cette catégorie. Les « déséquilibres de pouvoir » visent les clauses qui affectent les droits légaux du consommateur, soit en les supprimant, soit en les assortissant de conditions illicites qui les rendent difficiles à mettre en œuvre, ou qui confèrent à l'entreprise un droit unilatéral de modification des clauses du contrat. En exemple, les clauses tendant à créer un déséquilibre de pouvoir par une atteinte aux droits légaux du consommateur : la clause visée à l'article 51 b), permettant « d'exclure ou de limiter

de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis de l'entreprise ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'entreprise d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers l'entreprise avec une créance qu'il aurait contre elle ». Les articles 51 a) (*exclusion ou limitant de la responsabilité de l'entreprise*), 51 q) interprétation exclusive du contrat par l'entreprise, 51 w), renonciation par le consommateur au droit de demander la nullité de tout ou partie du contrat, 51 z) (*réduction des délais de prescriptions ou de déchéance*, 51 aa), suppression ou entraves à l'exercice des droits d'action en justice, etc. Le déséquilibre de pouvoir est également illustré par des clauses conférant à l'entreprise le droit de modifier unilatéralement le contrat : dans ce sens, l'article 51 k), 51 n), etc.

410. Le principe de la nullité des clauses abusives

La sanction des clauses abusives vise dans son esprit à restaurer le déséquilibre qu'elle crée dans l'économie générale du contrat. L'article 55 stipule qu'elles « sont réputées non écrites ». C'est la nullité de principe des clauses abusives. Seule la clause abusive est visée, le contrat subsiste, si possible, après son élimination. En général, les argumentations relatives aux clauses abusives s'inscrivent dans un contexte contentieux. Au regard de leur rareté du fait notamment de l'isolement et du manque d'éducation juridique du consommateur africain dans la grande majorité, de nombreux contrats sont exécutés malgré l'existence de clauses abusives. Ceci annihile totalement la protection conférée par la réglementation des clauses abusives. Il serait donc plus efficace qu'une purge préalable soit effectuée dans les contrats d'adhésion proposés dans l'espace OHADA par les entreprises. Ce pourrait être l'une des missions confiées à l'institution supra étatique de promotion et de protection des droits des consommateurs préconisée au cours des analyses faites au Livre IV de l'Avant-projet d'AUCC (V. supra).

411. L'action en suppression des clauses abusives

Déjà, il convient de noter que les clauses abusives doivent être recherchées dans les différents types de documents commerciaux de l'entreprise ; il peut s'agir d'un contrat classique mais aussi « des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des dispositions négociées librement ou non ou des références à des conditions contractuelles générales » (art. 53). Deux voies permettent selon l'Avant-projet d'AUCC, d'aboutir à la suppression judiciaire des clauses abusives. La première est la voie étroite de l'action d'un consommateur en butte à l'exécution d'un contrat de consommation. Dans ce cas, la décision de nullité prononcée par le juge à l'encontre d'une clause du contrat ne sera valable que pour ce contrat et à l'égard du demandeur. La seconde est celle de la voie royale de l'action d'une organisation de consommateurs. Cette possibilité leur est offerte

par les articles 128 et 129 de l'Avant-projet d'AUCC La portée de cette action est infiniment plus considérable dans la mesure où « l'effet de la décision est étendu à l'égard des entreprises utilisant la même clause dans leurs conditions contractuelles générales et des associations professionnelles en recommandant l'usage ».

e - Facture

412. La facture est définie comme « l'écrit dressé à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de service qui constate l'existence de cette opération commerciale et en précise les conditions » (*Lamy droit économique, Concurrence - Distribution - Consommation. op. cit., n° 2201*). Quant à son rôle, cet écrit est multidimensionnel ; entre commerçants, il s'agit à fois d'un document comptable et d'un document fiscal. Entre commerçant et consommateur, la facture fait foi dans la détermination du prix appliqué dans un contrat de consommation. Elle apparaît donc comme un document sensible, justifiant le caractère obligatoire des prescriptions qui la réglementent. L'Avant-projet institue d'abord une obligation de facturation et s'attelle ensuite à énumérer les éléments que la facture « doit » contenir.

413. L'obligation de facturation L'obligation de facturation est posée à l'article 57 de l'Avant-projet d'AUCC. En vertu de ce texte : « Lors de la vente au consommateur d'un produit ou la fourniture d'un service dont le prix est supérieur à 500 francs CFA, l'entreprise doit remettre une facture au consommateur ». Ainsi, en deçà de 500 francs CFA, une facture n'est pas exigée. Malgré cette limitation, une partie importante des petites entreprises de l'économie informelle (boutiques et épiceries de quartier) pourrait difficilement respecter l'article 57 ; on pourrait réduire leur obligation y afférente à la simple remise d'un ticket. La facture joue un rôle important notamment dans la preuve du contrat de consommation et dans la lutte contre les clauses abusives, où elle est assimilée au contrat ; l'article 53 prévoit en effet que « les articles 50, 51 et 52 sont applicables quels que soient la forme et le support du contrat de consommation Il en est ainsi, notamment, des bons de commande, factures, bons de garantie, (...), contenant des dispositions négociées librement ou non ou des références à des conditions contractuelles générales ». Par contre, si l'acceptation d'une facture est souvent concomitante à un paiement, la jurisprudence considère qu'elle vaut, dans les autres cas, reconnaissance de dette (*Cass. Com. 4 fév. 1997, n° 94-18.758. Dict. perm. Dr. Aff., Bull. n° 447, p. 393*).

L'obligation de facturation doit être respectée, que le contrat de consommation soit conclu dans l'établissement de l'entreprise ou en dehors de celui-ci, par elle-même ou par un tiers. L'article 59 qui envisage ces hypothèses, indique qu'il revient à l'entreprise de s'assurer qu'une facture a été remise au consommateur.

414. Les éléments de la facture L'article 58 établit une liste des mentions obligatoires de la facture. Elles permettent l'identification : du consommateur (nom et adresse), du contrat de consommation lui-même (date, garantie), de l'objet du contrat de consommation (description, prix, numéro de série) et de l'entreprise (nom, adresse géographique, s'il s'agit d'un produit, nom du fabricant). Ces mentions obligatoires constituent finalement un récapitulatif des clauses du contrat lui-même.

III - Exécution du contrat

415. Le livre II constitue le cœur de l'Avant-projet d'AUCC. Il régit la question centrale du paiement (a), de la livraison (b) et des garanties (c). En s'étendant aux pratiques commerciales particulières (d) telles que les ventes multi-niveaux ou le démarchage à domicile, il entend encadrer de manière spéciale des modes de vente souvent considérés comme agressives, qui se sont déployées avec faste dans une Afrique en construction. L'intérêt grandit d'autant plus que ces pratiques ont démontré ailleurs leur charge nocive. On appréciera également que les droits et devoirs particuliers du consommateur dans le cadre de la fourniture de service (e) fassent l'objet de précisions spéciales ; on sait que le développement du marché des services est récurrent dans toute l'Afrique contemporaine, sans qu'une véritable réglementation consumériste accompagne ces investissements. Malgré tout, ce livre outrepassa ses missions en y incluant l'épineuse question de la responsabilité du fait des produits (VI) qu'il n'aborde d'ailleurs que superficiellement. En tout état de cause, il est important que les droits du consommateur soient encadrés en cas de bouleversement des circonstances pouvant affecter l'exécution des contrats (VII).

a - Question centrale du paiement

416. Le consommateur doit exécuter sa part du contrat : l'obligation de payer le prix reste sa principale obligation contractuelle (article 60 Avant-projet d'AUCC). L'exécution de cette obligation suscite nombre de questions pratiques, sur lesquelles le législateur est silencieux, nous renvoyant ainsi à l'Acte uniforme sur le contrat ou au code civil le cas échéant (*art. 1235 et suivants*). Les contours de ce paiement peuvent être complexifiés par la nature juridique des sommes d'argent possiblement avancées par le consommateur. Il faudrait donc qu'il soit fixé sur la qualification de ces sommes : Arrhes ou acomptes, les conséquences juridiques sont importantes, comme les analyses suivantes le démontreront. Le législateur indique qu'en principe ces sommes doivent être considérées comme des arrhes, orientation juridique *a priori* en faveur du consommateur. À côté de ces sommes d'argent avancé, se pose l'épineuse question

des frais qu'il est important certes de rendre prévisible pour le consommateur, mais surtout de justifier.

1 - Paiement du prix par le consommateur

417. Obligation contractuelle, le paiement du prix par le consommateur est à la fois sa part d'exécution du contrat et sa libération : il s'agit de manière classique d'un mode d'extinction des obligations (*art. 1234* code civil). Le paiement dans le cadre du contrat de consommation posera certainement les mêmes questions factuelles qu'en matière civile. Les rappeler ici ne semble pas inutile dans le contexte d'un droit à la fois spécial et nouveau : le consommateur doit être au fait de ses obligations légales, pour être un cocontractant de bonne foi. Trois questions cristallisent la théorie du paiement en matière civile : l'objet du paiement, le lieu et le mode de paiement.

418. L'objet du paiement Il est difficile de penser que le consommateur soit appelé à payer autre chose que le prix convenu. On renvoie aux développements précédents toutes les interrogations relatives à la définition du prix. Les principes d'« identité » et d'« indivisibilité » du paiement doivent cependant être rappelés (*A. BENABENT, Droit civil. Les obligations, op. cit., p. 567*). Relativement à l'identité du paiement, le consommateur doit payer ce qui a été convenu : le prix. Dans le cadre d'un contrat de consommation, on peut considérer que seul est donc attendu le paiement d'une somme d'argent. Le principe d'indivisibilité impose en l'occurrence un paiement intégral du prix convenu : le paiement partiel peut être considéré comme une modification des clauses du contrat, à moins que cette éventualité ait été prévue.

419. Le lieu du paiement Il est facile de penser que le paiement s'effectuera immédiatement après l'échange des consentements entre l'entreprise et le consommateur sur le lieu même de la conclusion du contrat. En effet, le contrat de consommation, dans le contexte socioéconomique de l'Afrique de l'OHADA, apparaît comme un contrat d'achat/vente de biens de consommation courante, voire domestique. Le crédit à la consommation, bien qu'encore peu développé, ainsi que les pratiques de démarchage avec l'aménagement de la clause de rétractation (*V. infra*), peuvent donner lieu à un paiement postérieur, ce qui rend nécessaire une clarification sur le point du lieu de paiement. Le contrat reste la référence. Dans le silence de ce document, les parties sont ramenées au droit commun (*le droit OHADA des contrats ou le droit civil : V. art. 14 de l'Avant-projet d'AUCC*). Contrairement au code civil qui indique que les dettes sont quérables et non portables (*art. 1247 in fine*), l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats – s'alignant sur les principes d'UNIDROIT, grand standard international – met l'initiative

du paiement à l'actif du débiteur, en l'occurrence le consommateur : « Lorsque le lieu d'exécution de l'obligation n'est pas fixé par le contrat ou déterminable, en vertu de celui-ci, l'exécution s'effectue : a) pour une obligation de somme d'argent, au lieu du domicile ou de l'établissement du créancier » (*art. 6-7*).

420. Le mode de paiement Le contrat de consommation reste la référence sur toutes les questions relatives au paiement. Même si l'univers des affaires est prolifique en mode de paiement (numéraire, monnaie scripturale, effets de commerce, carte bancaire) il ne faudrait pas croire à une liberté totale quant au choix du mode de paiement par les parties. En effet, le droit bancaire s'immisce dans cette liberté dans le cadre spécialement de la modernisation des systèmes de paiement. Ainsi, le droit bancaire de la CEMAC offre-t-il une illustration patente de cette entrave dont rien ne permet d'exclure l'extension au paiement en exécution d'un contrat de consommation. L'article 3 du règlement n° 02-03-CEMAC-UMAC-CM relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiements prévoit que « tout paiement qui excède la somme de 500 000 F CFA ou qui a pour objet le paiement par fraction d'une dette supérieure à ce montant, doit être effectué par chèque, par virement interbancaire ou postal, par carte de paiement ou par tout autre moyen inscrivant le montant réglé au débit d'un compte tenu au nom du payeur chez un établissement de crédit assujéti ». Le seuil retenu par ce règlement ne s'éloigne que peu de la réalité des contrats de consommation, dans la mesure où ces contrats s'étendent, se limitant aux seuls produits, à « tout bien mobilier, y compris les biens mobiliers incorporés dans les immeubles » (*art. 1^{er} de l'Avant-projet d'AUCC*). Il s'avérerait utile de rappeler cette interférence forte du droit bancaire dans la liberté contractuelle, spécialement au regard des sanctions pénales encourues : Notamment, le *solvens* (en l'occurrence de consommateur) pourrait être condamné au paiement d'une amende de 5 % du montant des sommes indûment payées en numéraire (*art. 5 du règlement CEMAC n° 02/03 sus-cité*).

2 - Sommes d'argent avancées par le consommateur : les arrhes et non des acomptes

421. La question de la qualification des sommes versées à l'avance est définitivement tranchée par l'article 61 de l'Avant-projet d'AUCC Il s'agit en principe d'arrhes, sauf dans deux hypothèses : lorsque la loi donne au consommateur la faculté de renoncer au contrat et lorsque les parties en ont décidé autrement dans le contrat.

Le versement des sommes à l'avance ne correspond pas toujours à un paiement anticipé. Leur seul point commun – qui est aussi le point névralgique de cette corrélation – est la signature du contrat ; il s'agit donc d'une « garantie de consentement » (*Y. PICOD, H. DAVO, Droit*

de la consommation, op. cit., p. 184). Malheureusement, en cas de non-exécution finale du contrat par l'une ou l'autre des parties, la difficulté à qualifier la nature des sommes avancées pose une question d'interprétation de l'intention du *solvens*, difficulté juridique au cœur d'un contentieux important. Deux qualifications sont possibles. Les sommes avancées peuvent être considérées comme des acomptes : « avance sur paiement » ou des arrhes (faculté de dédit, pouvant se définir comme le prix du « droit de changer d'avis », une forme de pénalité sanctionnant la rupture du lien contractuel). Les conséquences juridiques sont plutôt lourdes dans la première qualification.

422. Acompte et arrhes : la distinction Lorsque la qualification d'acompte est retenue, on considère que le débiteur a commencé à exécuter le contrat. Toute défaillance est de nature à engager sa responsabilité. Cependant, bien que cela apparaisse comme une immixtion du législateur dans la liberté conventionnelle, hors les cas de contrats d'adhésion, il impose à l'entreprise une gratification de cet effort contractuel du consommateur, en ordonnant une réduction de prix en cas de paiement anticipé (*art. 62*). Le versement d'arrhes – bien qu'il marque l'accord définitif des parties – est une porte de sortie du lien contractuel : celle qui les a versées les perd s'il rompt le contrat, et celle qui les a reçues en paie le double s'il a pris l'initiative de la rupture. En éloignant le consommateur des affres d'une procédure en responsabilité et en créant ainsi une possibilité de sortir du lien contractuel par le versement d'une pénalité décidée d'accord partie, l'option du législateur OHADA pour le principe de la qualification d'arrhes en cas de silence des parties lui confère une dimension fortement consumériste.

423. Les exceptions Les deux exceptions prévues sont d'une grande logique juridique. La première vise l'hypothèse dans laquelle le législateur a d'office accordé au consommateur une faculté de renonciation : il n'est en effet plus logiquement possible de pénaliser une rupture du contrat. Dans l'Avant-projet, cette faculté de renonciation est le nerf de la protection organisée par le législateur OHADA dans le cadre de la vente à distance (*art. 103, V. Infra*). Seulement, dans ce type de contrat, pour renforcer la protection du consommateur, le versement d'acompte n'est pas autorisé, ceci en vertu de l'article 104. En effet, aucun paiement, même partiel, n'est possible avant l'expiration d'un délai de 7 jours ouvrables à compter du lendemain du jour de la livraison du produit. Les autres hypothèses plausibles doivent donc être recherchées en commun. La seconde exception semble naturelle : la liberté contractuelle dominant, les parties peuvent expressément qualifier les sommes versées d'avance. Dans tous les cas, le contrat ne peut contenir des clauses de nature à faire perdre à la qualification convenue tous ses effets. Sera en effet considéré comme abusive et annulée, toute clause ayant pour objet ou pour

effet « de permettre à l'entreprise de retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant au moins équivalent de la part de l'entreprise lorsque c'est celle-ci qui renonce » (*art. 51. e*). En tout état de cause, acompte ou arrhes, toute somme versée d'avance par le consommateur sera productive d'intérêt au cours légal en matière civile (*art. 63*).

3 - Prévisibilité de tout frais de livraison

424. Les frais constituent un élément fluctuant en matière commerciale : d'un contractant à l'autre, ils peuvent varier et cristalliser de nombreux enjeux de la négociation commerciale. Plusieurs types de frais sont visés dans l'Avant-projet d'AUCC Mais tous doivent faire l'objet d'un écrit. Attachés à une phase cruciale de l'exécution du contrat de consommation, les frais de livraison de l'article 64 font l'objet de précisions spécifiques.

425. L'écrit comme formalisme obligatoire des frais générés par le contrat de consommation Le législateur OHADA, en indiquant à l'article 28 les éléments constituant le prix à communiquer au consommateur, en exclut « les frais de livraison, qui feront l'objet d'une information particulière, et les frais correspondant à des prestations supplémentaires exceptionnelles que le consommateur demanderait expressément ». En réalité, le formalisme écrit exigé pour les différents types de frais relevant d'un contrat de consommation conforte dans la lecture d'une imposition indirecte de la forme écrite de ces contrats. Peu de type de frais échappe à cette règle de l'écrit qui en concrétise la prévisibilité : qu'il s'agisse des frais de livraison, ceux des prestations supplémentaires mentionnés à l'article 28 § 2 ou des frais qui peuvent être exigés du consommateur au titre de l'exécution de la garantie conventionnelle prévue à l'article 89.

426. Les précisions spécifiques relatives aux frais de livraison Le texte de l'article 64 encadre de manière directive les frais de livraison que l'entreprise est en droit de demander au consommateur. L'écrit doit mentionner de façon précise le montant des frais exigés. Rattachés à la livraison, ils constituent le paiement de la mise au point du produit, de son installation ou pour tout autre motif. Non prévu par un écrit, « aucun frais ne peut être demandé au consommateur au titre de la livraison du produit ». De plus, seul le montant porté dans le contrat peut être réclamé au consommateur. Cette réglementation pointilleuse, qui attache du prix à la prévisibilité effective de la dette du consommateur, tient compte de son renchérissement final, suite à l'addition des sommes entre le prix et les frais, qui est de nature à discréditer l'initiative de consommation.

b - Livraison

427. L'engagement contractuel du consommateur suscite une attente légitime qui est la livraison du produit par l'entreprise, attente d'autant plus naturel qu'il aura déjà payé le prix. En matière de produit, la livraison correspond à l'attitude positive de l'entreprise qui exécute ainsi sa part du contrat. Ici plus qu'en d'autres points de la réglementation du contrat de consommation, la question pratique de la livraison appelle des réponses rassurantes même si elle impose un rappel des acquis du droit commun (*A ce sujet : Lamy, Droits des contrats. Collection Lamy Droit civil, mai 2009, n° 337*). Le consommateur doit donc être fixé sur le lieu et le délai de livraison, les droits qui entourent une livraison défaillante, spécialement le droit à la résolution, ou une livraison menacée, la gestion des risques.

1 - Lieu et le délai de livraison

428. Ici comme dans l'ensemble des éléments factuels du contrat de consommation, la volonté des parties reste la règle. Il leur est loisible de spécifier leurs convenances quant au lieu et date de livraison du produit ou du service. En cas de silence du contrat, le législateur indique que « le produit vendu doit être livré à la résidence habituelle du consommateur » (*art. 65 de l'Avant-projet d'AUCC*). La même logique soutient la réglementation de la date de livraison. Elle doit être indiquée dans le contrat, et ceci n'est concevable, comme l'indique l'article 66, que dans une hypothèse où la livraison n'est pas immédiate. Il faudra veiller ici à l'indication de la date de livraison ne se transforme pas en une simple obligation d'indiquer la période de livraison (*v art. 51. sur les clauses abusives*).

2 - Droit à la résolution

429. La résolution reste un acquis du droit commun des contrats (*art. 1610 code civ*). Elle est reconnue à la partie victime d'une inexécution contractuelle et s'obtient en principe par voie judiciaire (*art. 1184 du code civ.*). Cependant, dans l'Avant-projet d'AUCC, il devient, avec l'article 67, un « droit à la résolution » et ses conditions de mise en œuvre sont exceptionnels, lui conférant le caractère d'une procédure simplifiée, principalement du fait de sa mise en œuvre extrajudiciaire. Ainsi, en cas de dépassement de la date de livraison du produit ou de fourniture d'un service excédant de 7 jours la date convenue, « le consommateur peut résoudre le contrat de consommation par lettre recommandée ». La résolution est acquise à la réception par l'entreprise de la lettre recommandée. Cependant, si la livraison est réalisée entre l'envoi de la LR et sa réception, elle reste valable (Article 97 al. 2). Une telle prévision de l'Avant-projet doit être considérée comme une compensation

minimale accordée à l'entreprise pour la création au bénéfice du consommateur d'un droit à la résolution, dont la réglementation aboutit à l'institution d'un droit de rupture unilatérale et extrajudiciaire du contrat de consommation. Ce droit ne saurait être annihilé par une clause du contrat de consommation dans laquelle le consommateur accepterait d'y renoncer, une telle clause encourt la nullité comme clause abusive (*art. 51 v ; pour une application dans la jurisprudence française : Cass. 1^{re} civ. ; 16 juill. 1987, n° 84-17.731, Bull. civ. I, n° 226*).

3 - Encadrement des risques

430. La livraison impose un déplacement du produit de l'établissement de l'entreprise au domicile du consommateur. Du fait de cette opération matérielle, la question des risques est inhérente à celle du transport des marchandises (*J. A. BATOUAN BOUYOM, Le droit OHADA sur le transport des marchandises par route : approche critique, prospective et comparative. Thèse en cotutelle, Université de Nantes/Université de Yaoundé II, 04 ct. 2007., p. 271*), marchandises devenues des produits dans la relation contractuelle de consommation. La nature des risques est variable ; la satisfaction du consommateur impose dans tous les cas une prise en charge de leur réalisation. Dans ce sens, l'article 68 de l'Avant-projet d'AUCC indique que « tant que le produit n'est pas en la possession effective du consommateur, l'entreprise continue d'assumer les risques y afférents ». Il s'agit là d'une application de la règle *res peri debitori*, exceptionnelle en droit civil, au bénéfice de la règle posée par son article 1138 qui lie le transfert des risques au transfert de propriété ; lequel s'effectue dès l'échange des consentements (Comp. avec l'application des règles du droit des transports des marchandises : *CA, Aix-en-Provence, 2^e ch. 24 janv. 1992, Lamyline*).

c - Réglementation de la garantie

431. Les deux types de garantie réglementés au chapitre 3 de l'Avant-projet d'AUCC sont classiques, du moins dans l'esprit de leurs prescriptions. Il s'agit de la garantie de propriété et de la garantie de conformité, cette dernière faisant l'objet d'une définition détaillée et élargie ; on y décèle des éléments relevant de la théorie des vices cachés. L'omission de cette forme de garantie tout aussi commune pourrait s'en justifier.

1 - Garantie de propriété

432. L'article 69 de l'Avant-projet d'AUCC est pour le contrat de consommation la garantie d'éviction prescrite par le droit civil (article 1626). Il permet de garantir au consommateur une jouissance paisible du bien ou du

service acquis. La dénomination retenue par le législateur « la garantie de propriété » est plus forte, et induit à la fois une protection du droit de propriété et une protection de la jouissance paisible du bien ou du service acquis par le consommateur. Commun un acquis du droit civil des obligations, d'autres développements ne s'imposaient sur la théorie de la garantie d'éviction – il eut suffi de renvoyer aux manuels topiques – seulement, ce droit dans sa rédaction actuelle paraît diminué dans la mesure où seul est visé le trouble – assorti au demeurant d'une réserve – provenant d'un tiers alors qu'il peut aussi bien provenir de l'entreprise elle-même.

433. La garantie de propriété contre les revendications émanant de tiers Selon l'article 69 en effet, « l'entreprise doit livrer un produit libre de tout droit, sûreté ou prétention d'un tiers à l'égard de ce produit (...) ». La nature des troubles de jouissance émanant de tiers peut prendre des formes diverses ; mais elles impliquent toutes que l'entreprise n'a pas seule la maîtrise totale du droit de propriété sur le produit qu'il entend céder au consommateur : il est important que le vendeur ne transmette pas plus de droit qu'il n'en a (*Lamy Droit économique, concurrence – consommation – distribution, 2010, N° 5277, p. 1830*). Comme en droit civil classique, les droits et sûretés invoqués renvoient à des hypothèses d'autres droits ou prétentions qui peuvent être revendiqués sur le même produit. Ces droits et prétentions doivent être effectifs : cas de clause de réserve de propriété entre l'entreprise et son fournisseur, cession ou hypothèque sur le fonds commercial (*Req. 11 mai 1898 : DP 1899. 1. 23*) ou d'une sûreté réelle sur les marchandises (*cas du gage : Civ. 1^{re}, 20 mars 1990 : Bull. civ. I, n° 70*), procédure judiciaire dans laquelle un tiers invoque des droits sur le produit en question) : Civ.).

La garantie de propriété disparaît lorsque le consommateur « a formellement accepté par écrit de le [le produit] prendre dans ces conditions au moment de la formation du contrat de consommation ». Ce texte renforce la connaissance que l'acquéreur doit avoir des troubles potentiels d'un bien avant sa cession. En droit commun, la garantie d'éviction ne joue pas dès lors que l'acquéreur a eu connaissance avant l'achat des droits et prétentions grevant le produit en question. L'article 69 *in fine* renforce cette connaissance par un formalisme, un écrit. Ainsi, une clause du contrat ou un document joint et signé du consommateur doit indiquer les droits, sûretés et/prétentions portant sur le produit acquis, pour que la garantie de propriété de l'entreprise soit levée, clause ou document précisant qu'il contracte en connaissance de cause et accepte les risques encourus dès lors.

434. La garantie d'éviction émanant de l'entreprise elle-même Il s'impose de rappeler le droit du consommateur à être protégé contre les troubles émanant de l'entreprise elle-même. C'est le fait de l'article 1628 du code civil : « quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera

soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle ». La matérialisation commune du trouble de jouissance du fait personnel de l'entreprise est la revente de produit déjà cédé (trouble de fait) à un premier acquéreur ou la contestation ultérieure par le vendeur de la validité du contrat (trouble de droit : *V. Cass. com., 31 janv. 2006, n° 05-10.116, Bull. civ. N° 27, Cont. Conc. Consom. 2006, n° 79. L. Leveneur.*). La protection du consommateur contre les troubles émanant de l'entreprise elle-même est d'une grande portée en droit commun. L'article 1628 est d'ordre public, ce qui rend d'office nulle toute convention contraire ; la réserve créée par l'article 69 *in fine* ne peut donc s'appliquer à des troubles de cette nature.

2 - Garantie de conformité

435. D'entrée de jeu, il faut noter que l'expression « garantie de conformité », intitulé de la section II aménageant cet instrument juridique, est totalement iconoclaste dans le contexte du droit des contrats tel qu'il est en vigueur aujourd'hui dans les pays ayant hérités du code civil français ou même dans les rares législations existant sur la protection des consommateurs dans les États de l'espace OHADA (Le droit commun retient la garantie des vices cachés (art. 1641 C. civ.) et l'obligation contractuelle de conformité, construction jurisprudentielle découlant de l'article 1604 du C. civ. (*V. Ch. MBA-OWONO, Non-conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit uniforme africain. juris infos n° 41 de janvier, février et mars 2000, p. 107-127 ; M. C. KAMWE MOUAFFO, L'Obligation de conformité dans la vente commerciale des marchandises en OHADA. Mémoire DEA, Droit des affaires UDEAC/CEMAC, Université de Dschang/Cameroun, 1999*). En tout état de cause, l'article 70 distingue deux types de garantie de conformité : la garantie légale et la garantie conventionnelle. C'est cette possibilité de garantie conventionnelle usuelle en matière de vices cachés, qui conforte dans la lecture d'une assimilation faite par le législateur entre la conformité et les vices cachés.

2.1 - Garantie de conformité légale

436. **Conformité et/ou vice caché ?** La conformité est considérée par le législateur OHADA comme une réponse effective de l'entreprise à l'« attente légitime du consommateur » relativement au produit ou au service objet du contrat de consommation (art. 70 Avant-projet d'AUCC). Les éléments d'appréciation de cette « attente légitime » sont, concernant les produits : « la qualité, la sécurité, la quantité, l'identité, la nature, la composition, l'origine, la disponibilité, le mode et la date de fabrication, la durabilité, les propriétés et modes d'utilisation du produit », et relativement aux services : « la qualité, la sécurité, l'identité, la nature, la composition, la durée,

la disponibilité, le mode de prestation, les propriétés et les résultats qui peuvent être attendus de l'utilisation du service » (art. 71 ; 1° et 2°). Ces éléments dépassent la sphère du défaut de conformité (art. 1604 C. civ.) pour empiéter sur celle des vices cachés (art. 1641 C. civ.), encore que le législateur y introduit également l'obligation de sécurité dont on peut ici réserver les critiques afférentes : elle constitue l'entier objet de la partie VI de cette analyse. En effet, la non-conformité - et non le défaut de conformité - est définie par le juge français comme une « différence entre la chose promise et la chose livrée » alors que « le vice caché est une anomalie (...) nuisant au bon fonctionnement de la chose et la rendant impropre à l'usage auquel on la destine (...) » (*CA, Paris, 7^e ch., 13 nov. 1991, D. 1993, som. p. 239. Obs. TOURNAFOND*). Ainsi, par exemple, les défauts sur la composition, invisibles à la livraison, sont qualifiés de vices cachés (type de vice rendant le produit impropre à son usage normal), alors que les défauts portant sur la nature ou l'identité du produit relèvent par excellence de la non-conformité (*L. CAS AUX-LABRUNEE, Vice caché et non-conformité : propos non-conformistes sur une distinction viciée. D. 1999. Chron., 1*).

Empiètement ou volonté délibéré du législateur d'englober sous la bannière du défaut de conformité à la fois la non-conformité, les vices cachés et l'obligation de sécurité, le régime de la garantie légale apparaît imprécis, ce qui justifie les risques d'incohérences suivantes relevées dans les articles subséquents. Ainsi, le défaut de conformité peut être apprécié notamment en référence aux « modalités d'utilisation chroniques » du produit ou du service en question comme le prévoit l'article 73 ou être qualifié en référence « au comportement d'un consommateur normalement prudent et diligent, ayant notamment pu connaître le défaut sans avoir à recourir à un expert » (art. 74 al. 2). Ces observations auraient eu un moindre impact si elles n'étaient pas à même de compromettre l'exercice des voies de recours, notamment par une confusion des délais de recours idoines sanctionnant l'ensemble de ces garanties (*F. FOURMENT, Défaut de la chose : que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés ? RTD. com., 1997., p. 395 et s., notamment n° 67 et sv.*). On le sait, l'exercice de l'action rédhitoire ou l'action estimatoire sanctionnant les vices cachés (art. 1644 C. civ.), est inscrit dans la diligence, dans un « bref délai, suivant la nature des vices rédhitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite », qui existe toujours dans la majorité des codes civils francophones hérités de la colonisation (art. 1648) ; l'ordonnance française n° 2005-136 du 17 février 2005 (*JO 18 février 2005*), l'ayant fixé à 2 ans. L'action en conformité quant à elle est une action contractuelle, l'action en manquement à l'obligation de livraison conforme, qui doit remplir les conditions de l'article 1146 du code civil : mise en demeure préalable obligatoire de l'entreprise dès la livraison du produit non-conforme et saisine ultérieure du juge si elle ne se décide pas à rectifier sa prestation. L'article 85 al. 1^{er}

de l'Avant-projet accorde au consommateur un délai de 6 mois à compter de la manifestation du défaut de conformité, pour le dénoncer. Ensuite, l'acquéreur dispose d'une option entre l'action en résolution et l'action en exécution (art. 1184), qui peuvent être exercées à tout moment (*Civ. 1^{re}, 5 nov. 1985, bull. civ. I., n° 287*). L'article 75 de l'Avant-projet limite la durée de la garantie de conformité soit à la durée normale de vie du produit, soit deux ans après la livraison du produit ou la fourniture du service. Le délai d'action en garantie de conformité reste imprécis.

437. Les solutions au défaut de conformité Tout en reconnaissant les actions classiques de l'acquéreur - ici le consommateur - victime d'une livraison non-conforme, le législateur OHADA prévoit des solutions intermédiaires qui tendent à privilégier l'exécution du contrat au détriment de sa rupture méritée. Avant de les énumérer, il importe de souligner que toute clause limitative ou exclusive de la garantie de conformité est nulle. Ainsi, l'article 77 offre-t-il les alternatives suivantes au consommateur déçu : en ce qui concerne les produits : le remboursement du prix, la diminution du prix qu'il a payé (*résultat attendu d'une action estimatoire*), la réparation du produit (*solution propre au vice caché, irréaliste s'il s'agit d'une non-conformité*), le remplacement du produit. S'il s'agit d'un service, le consommateur peut exiger : la fourniture d'un service conforme, le remboursement du prix qu'il a payé ou la diminution du prix. L'action est dirigée soit contre l'entreprise, soit contre le fabricant ou l'un de ses revendeurs (*art. 79*). Cette extension à des personnes non contractantes résulte manifestement de l'incursion de l'obligation de sécurité dans le domaine de la conformité. Ces droits sont sans préjudice de son action en réparation du préjudice subi (*art. 77§3*). En tout état de cause, l'ensemble des dispositions relatives à la garantie légale de conformité doivent être reproduites dans les conditions contractuelles générales de l'entreprise, si elle est disposée (*art. 87*).

2.2 - Garantie de conformité conventionnelle

438. Sur le point de la réglementation de la garantie, la grande curiosité de l'Avant-projet d'AUCC est l'aménagement d'un type conventionnel de la garantie de conformité. Doit-on finalement comprendre que le législateur entend créer un régime unique des défauts de livraison en matière de contrat de consommation ?

439. L'aménagement de la garantie conventionnelle

L'article 88 accorde aux parties le droit de conforter la garantie légale de conformité d'une garantie conventionnelle « plus avantageuse pour le consommateur ». Les éléments de l'écrit qui formalise cette garantie sont strictement énumérés par l'article 89 et permettent une identification précise de l'entreprise, le produit ou le service concerné, les avantages supplémentaires et les

conditions de leur obtention, la mise en œuvre de cette garantie, notamment l'adresse de la personne à laquelle le consommateur doit s'adresser le cas échéant, la durée de validité de cette garantie ainsi que les frais y afférents.

440. L'institution d'un régime unique de garantie ? L'aménagement d'une garantie conventionnelle de conformité rouvre les observations fondées sur une assimilation faite par le législateur entre le défaut de conformité et le vice caché. L'orthodoxie de la nomenclature propre à ces deux théories est définitivement compromise entre l'usage du terme « conformité », auquel le législateur rapproche le substantif « défaut », lui-même synonyme de « vice », renvoyant incontestablement à la théorie des vices cachés, seule théorie dans laquelle le législateur intègre une action en garantie. L'usage commun distingue les vices cachés assimilés aux défauts de conformité du produit à sa destination normale de la non-conformité ou livraison non-conforme, comprise comme la livraison d'un produit différent de celui attendu par le consommateur.

Une telle incursion terminologique n'est pas ni hasardeuse, ni anodine. L'énumération faite à l'article 71 identifiant les éléments d'appréciation de l'« attente légitime du consommateur », ainsi que l'aménagement d'un double régime de garantie légale et conventionnelle de conformité, invitent à croire à l'institution d'un régime unique de garantie sanctionnant les défauts de livraison de toute nature, que le droit commun a distingué : les vices cachés, les cas de non-conformité, auquel il faut ajouter les défauts spécifiques touchant à la sécurité des produits et services bénéficiant en droit français notamment, d'un régime spécial. Ce régime unique serait à rapprocher de celui qui existe dans l'Union européenne, laquelle a, dans une Directive du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, créé un principe général de conformité (*Directive du Parlement européen et du Conseil, CE n° 99/44 25 mai 1999, art. 2, 1 et 2. À ce sujet, lire : J. CALAIS-AULOY, Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité, RTD civ., 2005, p. 701*).

Si un régime unique de garantie venait ainsi d'être consacré dans le patrimoine juridique des consommateurs africains, les risques d'incohérences relevés ci-haut seraient amoindris : pour les éliminer définitivement, d'autres précisions législatives s'imposent, une grande sensibilisation également, afin que cette protection de facilitation processuelle soit appréhendée par tous.

d - Pratiques commerciales particulières

441. Par interdiction et aménagements, le législateur OHADA entend protéger le consommateur de multiples formes de stratégies de distribution dont la nocivité et l'effectivité ne sont pas toujours évidentes pour tous, en l'état actuel du niveau socio-industriel du marché

africain et de sa culture consumériste. C'est le cas de la vente multi-niveaux (A) ou les contrats conclus à distance (C). Par contre, la conclusion des contrats au domicile du consommateur (B), illustre un phénomène récurrent dont on peut saluer la réglementation dans l'Avant-projet d'AUCC. L'articulation respecte l'ordre d'apparition dans ce texte.

1 - Méthodes multi-niveaux

442. Dans un article unique, l'article 94, le législateur OHADA pose la règle de l'interdiction de la vente dite multi-niveaux. Elle se définit comme le fait pour une entreprise de « subordonner l'octroi d'un rabais, d'un paiement ou d'un autre avantage, à la conclusion d'un contrat de même nature entre, d'une part, cette entreprise, et d'autre part, une autre personne ». Cette pratique consiste à intégrer le consommateur dans le circuit de distribution comme un « recruteur » d'autres clients pour l'entreprise (J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., p. 100). Fréquente dans les pays développés où une concurrence rude conduit les entreprises à la prédation, elle présente deux formes d'éléments nocifs pour le consommateur : d'abord, elle suscite une initiative de consommation justifiée uniquement par l'espoir d'un gain, ensuite, elle est fondée sur une condition plutôt irréalisable dans la mesure où le recrutement de nouveaux adhérents n'est ni évident, ni finalement possible. C'est spécialement le cas lorsque le contrat de consommation impose le recrutement de plusieurs adhérents : c'est l'hypothèse de la « vente à la boule de neige » ou « vente pyramidale », forme illicite et même délictuelle de la vente multi-niveau dans le droit français de la consommation (art. L122-6 du code français de la consommation).

Le droit français considère comme licite la vente multi-niveau à petite échelle, celle dans laquelle l'avantage promis au consommateur est subordonné au recrutement d'un seul autre acheteur pour l'entreprise. C'est cette forme de vente multi-niveau précisément qui est visée par l'article 94 de l'Avant-projet d'AUCC. Toute forme de parrainage consumériste est ainsi prohibée en droit africain de la consommation.

2 - Contrats de consommation conclus à la résidence du consommateur

443. Inciter à la consommation en faisant irruption au lieu de résidence du consommateur constitue une forme agressive de vente. Le marché vient au consommateur, non placé l'instant d'avant dans les conditions de contracter, qu'il s'agisse du fait de démarcheurs en col blanc des sociétés modernes ou de celui des colporteurs et camelots des rues africaines. Au sujet de ces derniers particulièrement, on peut d'ores et déjà se demander de quelle manière les amener à intégrer dans leur pratique

la réglementation des contrats qu'ils concluent au domicile de leurs clients ayant le statut de consommateur. Ceci semble ardu, au regard des conditions posées par les articles 95 et suivants de l'Avant-projet d'AUCC. En effet, « tout contrat de consommation conclu au lieu de résidence du consommateur n'est parfait qu'après un délai de 7 jours ouvrables à compter du lendemain du jour de la signature du contrat ». La pratique commerciale visée ici correspond au démarchage, défini comme l'« activité (vue avec méfiance par la loi) consistant à se rendre à domicile (ou même sur un lieu de travail) pour conclure un contrat » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadridge, 4^e éd. mise à jour, 2003, p. 279).

444. Compréhension extensive de la résidence du consommateur Il s'agit, en premier lieu, du domicile du consommateur, au sens littéral du terme. Mais l'article 96 assimile à la résidence du consommateur, son lieu de travail, ainsi que toute institution de soins de santé et toute institution d'éducation, « pour autant que le produit ou le service n'y soit pas vendu ou fourni habituellement », mais également la résidence d'un autre consommateur.

445. Protection par le délai de réflexion L'article 95 subordonne la conclusion du contrat passé à la résidence du consommateur à l'écoulement d'un délai de 7 jours ouvrables. Ce délai court à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat. À l'échéance de ce délai, le consommateur confirme sa volonté de contracter en effectuant le paiement. Aucun élément de la réglementation proposée ne prévoit une faculté de renonciation. En réalité, on ne saurait évoquer une rétractation en l'espèce, dès lors que le contrat ne sera parfait qu'après l'expiration du délai de réflexion de 7 jours. Aussi, doit-on considérer que le consommateur, qui au bout de ce délai entend revenir sur sa volonté de contracter, doit simplement refuser d'effectuer le paiement. Dans le cas contraire, il doit « parfaire » la conclusion du contrat en payant le prix convenu. Pendant l'écoulement de ce délai, le consommateur ne peut être contraint d'effectuer le paiement ; de même que l'entreprise ne peut l'exiger (art. 98). Le texte ne donne aucune indication relative à la prestation de l'entreprise démarcheuse, il est possible que la livraison soit effectuée. La question qui se pose alors est celle du transfert de propriété, qui seul, faut-il le rappeler emporte transfert des risques.

Quand situer le transfert de propriété dans le cadre du contrat conclu au domicile du consommateur ? Faut-il le situer au moment de la livraison alors même que le contrat n'est pas encore conclu, ou à l'expiration du délai de réflexion lorsque le consommateur prend sa décision finale ? La Cour de cassation penche pour cette dernière solution (Cass. 1^{re} civ. 10 juin 1992, n° 90-17.267, Bull. civ. I, n° 178, *Contrats. Conc. Consom.* 1992, comm. 195, p. 17, note G. RAYMOND). Mais cette jurisprudence relève d'un système juridique qui considère que le contrat de consommation dans le cadre de la vente à domicile

est conclu dès la commande ou l'engagement d'achat (art. L121-25 du code français de la consommation).

446. Les exceptions : l'article 97 exclut du champ d'application de la législation sur la vente au domicile du consommateur : « les ventes ou offres en vente de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres produits ménagers de consommation courante fournis par des livreurs effectuant des tournées fréquentes et régulières » ainsi que « les contrats à caractère strictement philanthropique ». Si la première se justifie aisément par une forme d'usage créatrice de droits et d'obligations, dans laquelle tous les risques suscités par l'agressivité du démarchage ont disparu, on se représente difficilement le contrat de consommation à vocation philanthropique. Il faudrait certainement y comprendre les ventes de charité organisée par les associations agréées qui, de ce fait, ne correspondent pas à la définition de l'entreprise : « personne physique ou morale, (...) qui met sur le marché un produit ou un service dans l'exercice d'une activité habituelle ou organisée » (art. 3 de l'Avant-projet d'AUCC). Au demeurant, ceci peut justifier cela.

3 - Contrats de consommation conclus à distance

447. La vente à distance tire certainement le meilleur parti du développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, suscitant la question de leur encadrement juridique, et particulièrement dans le contexte africain encore marqué par la découverte de ces outils, et une lacune de leur réglementation (F. M. SAWADOGO, *Approche nationale et régionale de la mise en place d'une réglementation du commerce électronique : le cas du Burkina et de l'Afrique de l'Ouest, Communication à la Conférence régionale africaine de haut niveau sur les stratégies de commerce électronique pour le développement, organisée par la CNUCED et le Ministère du tourisme, du commerce et de l'artisanat de la Tunisie, à Tunis du 19 au 21 juin 2003, publié sur www.ro.unctad.org/ecommerce/event_docs ; BARHASIMA CHANIKIRE, *Problèmes juridiques posés par l'internet dans la vente internationale de marchandises. Mémoire de DESS. Université d'Abomey-Calavi (RÉPUBLIQUE DU BÉNIN), Faculté de droit et de sciences politiques (Fadesp). 2003-2004. publié sur <http://www.signelec.com>. »). On peut voir dans une telle réglementation une anticipation injustifiée, au regard notamment du faible taux de bancarisation du consommateur africain ; ces méthodes commerciales s'appuient fortement sur le paiement électronique et/ou scriptural. Mais, les efforts aujourd'hui de sécurisation des moyens de paiements et la création d'un droit au compte, facteurs de modernisation du droit bancaire dans les Communautés économiques CEMAC et UEMOA (Règlement no 15/2002 du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union économique et monétaire Ouest**

Africaine, Règlement n° 02- 03-CEMAC-UMAC-CM du 4 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiements, droit au compte : art. 7) comme l'essor des entreprises de transferts de fonds interne et externe à l'Afrique devrait concourir à susciter la confiance dans la pratique de la vente à distance. Une réglementation de principe sur cette pratique ne constitue donc pas un luxe. Déjà, le consommateur africain doit être protégé contre les intrusions incitatives à la consommation. L'article 48 de l'Avant-projet interdit de lui faire parvenir, sans demande explicite et préalable de sa part, des offres promotionnelles par l'usage des modes de communication à distance suivants : téléphone, télécopie et courrier électronique.

448. Définition : La vente à distance, qui peut être à l'origine d'un contrat de consommation, présente deux principales caractéristiques : d'abord, les produits et services sont présentés à distance au consommateur via une série de médias : téléphone, télécopieur, vidéo transmission, télévision, courrier électronique, voie postale, distribution d'imprimés (art. 99 al. 2). Ensuite, le consommateur et l'entreprise, « ne se trouvent pas en présence l'un de l'autre, ni lors de l'offre, ni lors de l'acceptation de l'offre par le consommateur, et jusqu'à la conclusion du contrat » (art. 99 al. 1^{er} de l'Avant-projet d'AUCC). Un régime spécial de protection est aménagé par le législateur OHADA au bénéfice du consommateur contractant à distance.

449. Le renforcement de l'obligation générale d'information précontractuelle La théorie générale des contrats considère l'offre comme « une proposition qui comporte tous les éléments du contrat projeté » (A. BENABENT, *Droit civil. Les Obligations. op. cit., p. 47*). La réglementation de l'offre dans le cadre de la vente à distance renvoie à cette orthodoxie de l'offre, accentuée d'une énumération claire et détaillée des éléments d'information, spécialement ceux qui organisent les droits spéciaux du consommateur contractant à distance. Aussi, aux termes de l'article 101 de l'Avant-projet, ce type d'offre doit contenir à tout le moins les éléments suivants, à communiquer au consommateur « de manière claire et précise, et préalablement à la conclusion du contrat » : « a) le nom ou la raison sociale de l'entreprise, ses coordonnées téléphoniques, ainsi que l'adresse géographique de son siège et, si elle est différente, celle de l'établissement responsable de l'offre ; b) le prix à payer ; c) la désignation précise du produit ou du service qui fait l'objet du contrat ; d) la durée exacte de la validité de l'offre ; e) les modalités de paiement ; f) le délai de livraison du produit ou de fourniture du service ; g) dans le cas d'un contrat de vente à distance d'un produit, l'existence de la faculté pour le consommateur de renoncer au contrat dans les 7 jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la livraison du produit et le fait qu'aucun paiement quelconque ne peut être exigé ou accepté avant l'écou-

lement de ce délai ; h) les modalités de reprise ou de restitution du produit et le fait que le produit sera en tout état de cause repris ou restitué aux frais de l'entreprise ; i) le fait que le droit applicable au contrat et que la juridiction compétente en cas de litige seront ceux du lieu de la résidence habituelle du consommateur ».

450. Le formalisme obligatoire du contrat de consommation conclu à distance Le contrat de consommation conclu à distance est un contrat écrit *ad validitatem* : il consacre le dépassement du consensualisme contractuel pour confirmer la réalité d'un « consentement mieux éclairé » (*Y. PICOD, H. DAVO, Le droit de la consommation. op. cit., p. 119*). Cet écrit a également une valeur *ad probationem*, la charge de la preuve d'un tel contrat, « signé et daté par le consommateur », incombant à l'entreprise (art. 102).

451. L'aménagement d'une faculté de renonciation, encore appelée faculté de rétractation La faculté de renonciation est clairement posée par l'article 103 de l'Avant-projet d'AUCC en ces termes : « Pour les ventes conclues à distance, le consommateur a le droit de renoncer à l'achat pendant un délai de sept jours ouvrables à compter du lendemain du jour de la livraison du produit », sept jours durant lesquels aucun paiement total ou partiel ne peut être exigé du consommateur (art. 104). Le régime de ce droit de renonciation s'ouvre sur une information particulière du consommateur quant à l'existence de ce droit, son encadrement et ses modalités. Cette information formalisée, portée par l'écrit spécial de l'article 105 al. 1, est vraisemblablement distincte du contrat de vente à distance déjà conclu ; elle tend à consolider les droits du consommateur contractant à distance. Elle lui rappelle les modalités de la reprise ou de la restitution (article 105 al. 3), l'informe que celle-ci est effectuée aux frais de l'entreprise, et qu'aucun paiement ne peut être exigé ou accepté avant l'écoulement d'un délai de sept jours (article 105 al. 4).

L'information formalisée de l'article 102 al. 1 conditionne l'existence du contrat de vente à distance lui-même : « en cas d'omission (...), le produit est réputé être livré sans demande préalable de la part du consommateur et celui-ci n'est tenu ni de payer le prix, ni de restituer le produit » (art. 105 al. 2). Le consommateur pourrait donc décider de conserver la propriété du produit or, « nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui » (...). La livraison convenue dans le contrat de vente à distance doit être effectuée « dans un délai maximum de 30 jours ouvrables à dater de la réception de l'acceptation de l'offre par le consommateur. Passé ce délai, le consommateur est en droit de demander la résolution du contrat, conformément à l'article 67 » (art. 109).

452. La mise en œuvre de la faculté de renonciation L'Avant-projet d'AUCC ne précise pas les modalités

de mise en œuvre de la faculté de rétractation. Les parties sont donc libres de les organiser, à moins que le consommateur n'accepte celles proposées par l'entreprise. L'exercice de la faculté de renonciation annule le contrat de consommation conclu à distance ; s'il est associé à un contrat de crédit, celui-ci est également annulé, « sans indemnités quelconques » (art. 108). Il emporte restitution ou reprise du produit. Cette distinction permet d'identifier celle des deux parties à laquelle incombe, aux termes du contrat, l'obligation de procéder au retour matériel du produit dans l'établissement de l'entreprise. Si cette obligation incombe au consommateur, il doit restituer le produit dans un délai de 15 jours à compter de la renonciation. En cas de défaillance la renonciation est sans effet (art. 106). S'il a été convenu d'une reprise, alors l'entreprise doit prendre les dispositions pour assurer le retrait du produit à la résidence du consommateur dans un délai de 30 jours à compter de la renonciation. Passé ce délai « le consommateur en devient propriétaire » (art. 107). Le déséquilibre contractuel, que le droit de la consommation entend combattre, ne bascule-t-il pas ici démesurément du côté de l'entreprise ? Le consommateur ne s'enrichit-il pas sans cause du fait d'une telle législation ? Restitution ou reprise, on peut tout autant regretter qu'il ne soit pas rappelé au consommateur l'obligation de retourner le produit en parfait état.

453. Les exceptions Du fait de certaines relations commerciales et de la particularité de certains produits et services, le législateur les a exclus du champ d'application des contrats de consommation conclus à distance. Sont concernés : a) les « ventes ou offres en vente de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres produits ménagers de consommation courante fournis à la résidence du consommateur par des livreurs effectuant des tournées fréquentes et régulières ; b) (les) contrats portant sur la fourniture d'un logement, d'un transport, d'une restauration ou d'activités de loisirs, lorsque l'entreprise s'engage, une fois le contrat conclu, à fournir le service à une date précise ou dans une période précise » (art. 100).

e - Droits et devoirs particuliers du consommateur dans le cadre de la fourniture de service

454. La seule fourniture de service concernée par le chapitre 5 du livre III relatif à l'exécution du contrat de consommation est le service de réparation, assorti de son formalisme contractuel, à l'exclusion, non justifiée, de l'ensemble des autres membres de la famille nombreuse des services que l'on peut classer suivant qu'il s'agit de services matériels (fabrication, réparation, louage de choses, etc.) ou de services intellectuels (enseignement, étude, conseil) (*V. Dalloz. Droit économique. Concurrence – distribution – consommation, 2010, p. 5549*). Le marché des services apparaît comme

le secteur professionnel le plus réceptif à l'innovation et à l'esprit d'entreprise, ceci afin de répondre d'une manière de plus en plus spécialisée aux besoins domestiques et professionnels des personnes. On peut donc regretter ici l'absence d'une réglementation-cadre des contrats d'entreprises impliquant le consommateur.

1 - Cantonnement aux services de réparation

455. Le cantonnement à la réparation se réduit par ailleurs au seul rappel du droit de rétention reconnu au prestataire de ce type de service. Il se prolonge d'un droit accessoire mais sensible, celui de vendre le produit réparé.

456. Droit de rétention du réparateur Le réparateur, auquel il faut assimiler son sous-traitant quant aux obligations qui le concernent (art. 113 Avant-projet d'AUCC), dispose d'un droit de rétention sur le produit réparé. L'article 110 §1 qui lui reconnaît ce droit précise qu'il ne peut l'exercer que lorsque le délai de paiement est expiré alors que le consommateur n'a pas exécuté sa part du contrat. Le service de réparation implique en effet un dépôt, ce qui peut justifier l'extension à son bénéfice de la prescription portée par l'article 1948 du code civil en vigueur dans la plupart des pays de l'OHADA qui dispose que « le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû en raison du dépôt ». Le juge français applique en effet les articles 1915 et suivants régissant le dépôt aux garagistes (*Cass. 1^{re} civ. 7 juillet 1992, n° 91-10.259, Bull. civ. I, n° 222 ; CA, Aix-en-Provence, 1^{re} ch. Sect. B, 9 avril 1993, Bull. Aix 1993/129, n° 2*). Cependant, l'article 110 §2 conditionne l'effectivité de ce droit de rétention à l'information du consommateur relativement au prix de la réparation.

457. Droit pour le réparateur de vendre le produit réparé Le réparateur peut procéder à la vente du produit réparé, pour se faire payer. Deux conditions président à la mise en œuvre de ce droit : d'une part, il faudrait que la loi nationale de l'État membre du lieu de conclusion du contrat le prévoie, ensuite, le consommateur doit en être informé pendant la conclusion de ce contrat (art. 111 de l'Avant-projet d'AUCC).

2 - Formalisme du contrat de service de réparation

458. Le législateur impose un écrit contenant une description du service à fournir et le prix à payer par le consommateur. Ce formalisme doit être respecté pour engager le consommateur ; en effet, l'article 112 prévoit qu'en cas de non-respect de ces prescriptions, ce dernier « n'a pas à payer les coûts de main-d'œuvre liés à la fourniture du service ». Faut-il entendre que le réparateur est censé avoir œuvré gratuitement ? En

l'absence totale de toute autre précision, l'article 112 semble une fois de plus susciter l'enrichissement sans cause du consommateur. Par ailleurs, l'évaluation de la prestation des services en général est souvent difficile avant leur exécution totale, d'où la difficulté d'indiquer le prix à payer. Les obligations d'information précontractuelle des articles 24 et 25 et contractuelle de l'article 28 sont difficiles à respecter en matière de service. Aussi le juge français admet-il qu'un accord préalable sur le montant exact de la rémunération due, en l'occasion d'un contrat de louage d'ouvrage, n'est pas un élément essentiel à la validité d'un contrat de cette nature : (*Cass. 3^e civ. 3 déc. 1970, n° 69.13.809, Bull. civ. III, n° 663 ; Cass. 1^{re} civ. 28 nov. 2000, n° 98-17560, Bull. civ. I, n° 305, JCP E 2001, p. 616, note F. Labarthe*). Pour le rendre plus réaliste, un assouplissement de la règle de l'article 112 de l'Avant-projet est possible, notamment en instaurant la pratique du devis obligatoire lorsque la prestation excède un certain montant à déterminer.

f - Responsabilité du fait des produits

459. Une réglementation relative à la responsabilité dans le cadre d'un livre portant sur l'exécution des contrats de consommation peut sembler insolite, sauf si elle permet de mettre en exergue une préoccupation incontournable : la sécurité des consommateurs, même si une consécration explicite d'une obligation de sécurité renforcée des produits et services s'imposait à titre liminaire (V. en exemple, l'article 29 de la loi burkinabé sur la concurrence, qui dispose que « les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes » : *loi N° 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso*). Il faut rappeler ici qu'au sens de l'article 71 de l'Avant-projet ici étudié, la sécurité est d'abord un élément de la conformité. Or en matière de consommation, sécurité et santé sont étroitement liées ; les Principes directeurs des Nations Unies n'envisagent d'ailleurs que « la sécurité physique » du consommateur (*CNUCED, Principes Directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur (tel qu'étendus en 1999). Nations Unies New York et Genève, 2001, point 11*). Aussi bien, est-elle plus approfondie sous l'angle du droit alimentaire (V. *Les colloques institutionnels du Centre du droit de la consommation et du marché (CDCM), Université Montpellier I sur le thème de la Sécurité sanitaire des aliments. 2004 (actes publiés) et 2007 ; République française. Avis et rapports du conseil économique, social et environnemental. De l'assiette aux champs. Rapport présenté par M. André Daguin, 2009, notamment sur le lien-alimentation-santé, p. 121*). Toutes preuves que la sécurité dépasse

la conformité (J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, op. cit., p. 236 ; J. Calais-Auloy, *Ne mélangeons plus sécurité et conformité*, D., 1993, Chron. 130).

1 - Obligation de sécurité plutôt implicite

460. L'institution d'une action particulière en responsabilité du fait des produits défectueux consacre cependant de manière implicite une obligation de sécurité. Ceci doit donc être salué comme une amorce à l'encadrement juridique des questions de société particulièrement urgentes dans le contexte d'une Afrique totalement démunie sur le point précis de la sécurité physique de ses consommateurs. Pour illustrer ces propos, dans le seul cas du Cameroun, les chiffres de l'insécurité routière, la pratique des pharmacies à ciel ouvert ou de la restauration ambulante sont édifiants ; consternant, un bulletin du comité inter-États des pesticides de l'Afrique centrale (CPAC) signale la mort à Douala au Cameroun de trois jeunes suite à la consommation d'un pesticide d'origine chinoise (CPAC infos, n° 011-juillet-septembre 2010, p. 22). Les barrières linguistiques, la question de l'analphabétisme et surtout la faiblesse du pouvoir d'achat déterminant les possibilités de consommation, exposent le consommateur de l'espace OHADA à un risque hautement élevé d'insécurité.

L'article 114 vient donc consolider les prescriptions génériques des articles 1382 et suivants du code civil. Il consacre le principe de la responsabilité de l'entreprise pour les dommages causés par « un défaut du produit qu'il a mis sur le marché ou dont elle permet l'utilisation dans le cadre des services qu'elle met sur le marché ». La définition de la défectuosité comme les conditions de mise en œuvre de la responsabilité sont au cœur de la réglementation proposée.

2 - Défectuosité du produit ou du service

461. L'article 115 définit la défectuosité du produit par l'absence de « sécurité à laquelle on peut raisonnablement s'attendre ». Les éléments d'appréciation de la sécurité sont indicatifs ; le législateur évoque : la présentation du produit, l'usage normal ou raisonnable du produit, le moment où il a été mis sur le marché. En réalité, l'Avant-projet réduit le champ de la sécurité des produits et services à la défectuosité alors qu'il existe des produits dangereux par nature (J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., p. 236). En s'engageant ainsi dans la voie parcelaire de la seule question de la responsabilité des produits défectueux, l'Avant-projet d'AUCC manque une occasion de doter les États membres de l'OHADA d'une législation forte et contraignante touchant à la présentation claire et visible sur les produits des règles

de sécurité écrites dans les langues nationales des États membres de l'OHADA (V. la prescription minimaliste de l'article 31 de l'Avant-projet), leurs marchés étant de plus en plus pénétrés de produits chinois et indiens dont les emballages ne sont aucunement adaptés sur le plan linguistique.

3 - Action en responsabilité du fait des produits défectueux

462. L'action en réparation des dommages causés par les produits défectueux respecte les règles classiques en matière de responsabilité. Les seules précisions apportées par l'Avant-projet portent sur le principe de la réparation intégrale, les circonstances exonératoires de responsabilité de l'entreprise et les délais de forclusion et de prescription.

463. **Le principe de la réparation intégrale** (L'art. 114) : Les dommages-intérêts alloués au consommateur doivent couvrir l'intégralité du préjudice qu'il a subi du fait d'un produit défectueux. Il peut s'agir de dommages corporels, voire même d'atteinte à sa vie. Les affaires aujourd'hui classées de la vache folle et du bœuf aux hormones en France, comme celles en cours du poulet à la dioxine en Allemagne ou du MEDIATOR en France, donnent à apprécier la matérialité des atteintes à la sécurité qu'il s'agit ici de réparer. Comme en droit commun, la faute dans la réalisation du dommage peut justifier une réparation partielle (art. 114 al. 2). Cependant, en dérogation de ce droit, le fait d'un tiers ne peut ni réduire la réparation, ni exonérer l'entreprise (art. 114 al. 3).

La réparation est faite prioritairement par l'entreprise. Mais l'article 121 permet au consommateur d'appeler en réparation les régimes de sécurité sociale, de protection professionnelle ou de pensions de réparation (assurance) dont il est bénéficiaire. Plus généralement, « le consommateur ou ses ayants droit peuvent se prévaloir par ailleurs du droit à la réparation dont ils disposent en vertu d'autres dispositions législatives ». (art. 120). Les personnes ou organismes qui ont ainsi fourni des prestations au consommateur victime d'un dommage dont réparation est due disposent d'une action récursoire contre l'entreprise (art. 121 § 3).

Cette possibilité vise une réparation plus rapide et permet au consommateur d'éviter les aléas judiciaires.

464. **Les circonstances exonératoires de responsabilité de l'entreprise** L'article 116 envisage 5 causes d'exonération de responsabilité. Elles complexifient, voire annihilent le droit à la réparation du consommateur. On admet certes qu'il existe des « victimes et (des) dommages irréparables » (D. MAZEAUD, *Les victimes et les dommages irréparables*, Petites affiches., 28 déc. 1998, p. 14). Somme toute, comme facteurs de fragilité dans la défense du consommateur, il s'impose d'examiner successivement ces causes d'exonération pour en révéler le bien-fondé et les alternatives possibles.

Ainsi, l'entreprise n'est tenue à aucune réparation en application de l'article 114 si elle prouve :

a) « qu'elle n'a pas mis le produit sur le marché ». Cette cause d'exonération implique que l'entreprise assignée pourrait être un mandataire ou un sous-traitant de l'entreprise qui a effectivement mis le produit sur le marché. Cependant, si le consommateur a bénéficié du meilleur conseil, il aura à la fois assigné cet intermédiaire, son mandant, mais aussi le producteur et/ou le fabricant.

b) « que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis sur le marché par elle ». Les circonstances évoquées doivent être strictement rédhibitoires, car en vertu de l'article 118, le consommateur dispose de 10 ans à compter de la date de mise sur le marché d'un produit ou d'un service pour demander réparation d'un dommage. Ensuite, pour prendre en compte les défauts survenus postérieurement à la mise sur le marché d'un produit ou d'un service, le consommateur dispose d'un délai de prescription de 2 ans pour demander réparation (V. infra). Par ailleurs, cet argument peut sous entendre que le défaut est survenu ultérieurement, du fait de la victime, qui est une cause exonératoire de responsabilité de droit commun.

c) « que le produit mis sur le marché est étranger à son activité habituelle ou organisée et à tout autre but économique ». Cette cause d'exonération est difficile à comprendre. On sait qu'il s'agit d'une responsabilité liée à un produit ou un service que l'entreprise ne reconnaît pas commercialiser : les clauses du contrat et les éléments de la livraison seront à cet égard probatoires pour le consommateur. Il doit s'agir de produits ou services donnés au titre des cadeaux promotionnels. Le consommateur pourrait alors se retourner contre le fabricant.

d) « que le défaut est dû à la conformité du produit à des règles impératives qui émanent des pouvoirs publics ». Les prescriptions normatives émanant des pouvoirs publics s'imposent aux entreprises et aux fabricants. Le respect de ces normes implique par le fait même ces pouvoirs publics dans le processus de fabrication ou de commercialisation d'un produit ou d'un service et crée un risque supplémentaire. Mais on peut penser que l'intervention des pouvoirs publics vise une amélioration et que tout défaut subséquent ne serait qu'un risque réalisé. Le consommateur sera donc en droit de demander réparation aux pouvoirs publics au titre de ce risque. Malheureusement, tous les risques ne font pas l'objet de réparation. Ainsi, la théorie européenne du risque de développement permet d'exonération une entreprise pour les défauts existant au moment de la mise sur le marché mais imprévisible tant pour l'entreprise que pour le consommateur eu égard à l'état des connaissances scientifiques et techniques à ce moment-là (*A ce sujet : J. CALAIS-AULOY, Le risque de développement, une exonération contestable, Mélanges CABRILLAC, Daloz-Litec. 1999, p. 18*).

e) « s'agissant du fabricant d'une partie composante ou du fabricant d'une matière première, que le défaut

est imputable à la conception du produit dans lequel la partie composante ou la matière première a été incorporée ou aux instructions données par le fabricant de ce produit ». Du fait du caractère composite d'un produit, chacun des intervenants dans la chaîne de production doit être appelé à la procédure par le consommateur, qui doit dès lors apporter la preuve de son absence de faute pour être exonéré.

465. Délais de forclusion et de prescription Selon l'article 118 de l'Avant-projet, le droit à la réparation du fait des produits ne peut prospérer si 10 années se sont écoulées depuis la mise sur le marché du produit qui a causé le dommage. La doctrine considère que cette forclusion tend à protéger l'entreprise et est liée principalement à la durée de vie moyenne des produits (*Y. PICOD, H. DAVO, Droit de la consommation, op. cit., p. 205*). Dans le même sens certainement, l'action du consommateur victime quant à sa sécurité d'un produit défectueux se prescrit 2 ans à compter du jour où il a eu connaissance du dommage et de l'identité de l'entreprise tenue à la réparation ou à compter du jour où il aurait dû raisonnablement en avoir connaissance.

g - Exécution du contrat en cas de bouleversement des circonstances

466. L'exécution d'un contrat peut subir les conséquences d'un « bouleversement de circonstances » qui rendent difficile l'exécution par le consommateur de ses obligations contractuelles. Doit-on relier cette expression au cas de force majeure reconnue par le droit commun ? Faut-il plutôt l'associer aux « accidents de la vie » qui modifient substantiellement la situation du consommateur ? Selon l'article 122 § 1, l'événement à l'origine du bouleversement de circonstances doit être de nature à altérer « fondamentalement les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu ». Seuls sont pris en compte les événements : « a) qui sont survenus ou ont été connus du consommateur après la conclusion du contrat ; b) que le consommateur n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre en considération, c) qui échappent au contrôle du consommateur ». Le législateur prévoit alors un mécanisme à double détente tendant à la conciliation d'une part, et à défaut, à l'intervention du juge d'autre part. La conciliation s'effectue à l'initiative du consommateur qui sollicite la renégociation du contrat, ceci par une demande motivée (art. 122 § 2). Si cette démarche se solde par un échec, l'une ou l'autre des parties peut solliciter du juge la résolution du contrat ou son adaptation rééquilibrée.

Le bouleversement des circonstances ainsi que les droits ouverts par l'article 122 ne sont envisagés dans l'Avant-projet que du côté du consommateur. Les mécanismes de droit commun continuent donc de prospérer en ce qui concerne son cocontractant. Il s'agit par

exemple de la demande de la révision du contrat pour imprévision (V. *Code civil Dalloz, note sous article 1134*).

IV - Sanctions - preuve et prescriptions

a- Sanction

467. L'Avant-projet d'AUCC donne tout juste une typologie des recours civils reconnus au consommateur chaque fois qu'une de ses prescriptions n'aura pas été respectée. Ce sont des recours subsidiaires, visant les cas non réglés par l'Acte uniforme. Il n'envisage par l'hypothèse inverse du consommateur défaillant : celui-ci pourrait donc, en vertu du droit commun, se retrouver devant le juge de commerce en vertu de l'option de juridiction reconnue au commerçant (entreprise) en situation de demandeur. En tout état de cause, les sanctions civiles prévues ne sont pas exclusives des sanctions pénales : l'article 14 de l'Avant-projet les réserve, à titre principal ou à titre secondaire (J.M. NYAMA, *Droit pénal de la vente et protection du consommateur, juris infos n° 14 d'avril, mai et juin 1993, p. 75-84*). Les sanctions civiles prévues sont classiques. Certaines visent le maintien du contrat de consommation, d'autres son extinction. Dans tous les cas, une partie peut engager la responsabilité de l'autre et demander des « indemnités exemplaires ». Il s'impose donc, *in limine*, d'indiquer que le juge sera le seul interlocuteur du consommateur en cas de conflit lié à l'exécution d'un contrat, et *in fine*, de rappeler la différence de sanction selon qu'il s'agit d'une défaillance contractuelle ou d'une impossibilité d'exécution.

468. Le recours au juge L'Avant-projet d'AUCC n'envisage que le recours au juge pour régler les conflits issus de l'exécution du contrat de consommation. Mieux, toute clause du contrat tendant à « supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou de voies de recours par la consommation » est déclarée abusive donc réputée non écrite (articles 51 (aa) et 55). Mais il y a lieu de relativiser ce principe du recours systématique au juge, dans l'intérêt bien compris du consommateur, eu égard au nombre de litiges de consommation qui prennent la figure de litiges domestiques, spécialement en considération de la faiblesse des enjeux en cause. Plus fondamental comme justification à cette insuffisance du recours au juge, au-delà du coût de la justice, le consommateur africain, qu'il soit instruit ou analphabète, souffre d'un éloignement quasi institutionnel de la chose judiciaire, du fait d'un manque de confiance généralisé dans le système : son insécurité judiciaire doit être combattue comme postulat à l'efficacité de tout texte consumériste (C. NEGRE, *L'insécurité judiciaire : un obstacle à l'efficacité du droit OHADA, Revue du droit des affaires internationales, 2008, p. 757-759*). C'est ce qui justifie qu'il n'ait toujours pas épuisé ou (ab) usé de l'article 1382 du code civil qui conserve encore toute sa puissance dans ce contexte. Des praticiens

établissent que la méfiance des investisseurs dans les systèmes judiciaires africains justifie le recours à l'arbitrage, particulièrement bien organisé par l'OHADA au bénéfice des entreprises (B. COUSIN, A.M. CARTRON, *La fiabilisation des systèmes judiciaires nationaux : un effet secondaire méconnu de l'OHADA. Conférence consultative régionale en Afrique. 5-7 novembre 2007, Accra, Ghana, NORTON ROSE*). On aurait pu penser que le législateur OHADA exploiterait les enseignements tirés de cette expérience édifiante, et celles d'autres systèmes (V. en France, *les commissions de règlement des litiges de consommation. Arrêté du 21 février 1987 concernant les comités départementaux de la consommation, tel que modifié par un arrêté du 20 décembre 1994*), pour créer en faveur du consommateur des modes de règlements de conflits autres que le recours au juge.

On peut envisager des modes alternatifs et non exclusifs (le recours au juge reste un droit fondamental) qui s'inspirent notamment de l'arbitrage, de la conciliation ou de la médiation extrajudiciaire (H CROZE, Ch. MOREL, O. FRADIN, *Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique, 3^e éd., Collection objectif droit, LITEC, 2005, p. 219 et sv.*). C'est le lieu de rappeler que les articles 1591 et 1592 du code civil, qui limitent l'action du juge dans la détermination du prix, autorisent cependant les parties à confier cette mission à un arbitre. Par ailleurs, en avance sur le législateur OHADA, les législations sectorielles instituent parfois des autorités administratives à compétence juridictionnelle conçues dans cet esprit, bien qu'elles soient parfois aux limites du droit dans la mesure où elles imposent un recours exclusif, ou préalable obligatoire à ces autorités (V. n° 57 supra). Au demeurant, les Nations Unies recommandent aux États membres d'instituer des mécanismes permettant aux consommateurs « d'obtenir réparation par des procédures, officielles ou non, qui soient rapides, équitables, peu onéreuses et d'utilisation facile. Ces procédures devraient tenir compte en particulier des besoins des consommateurs à faible revenu » (CNUCED, *Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur (tel qu'étendus en 1999), Nations Unies, New York et Genève, 2001, point 32*).

469. Les sanctions tendant au maintien du contrat de consommation : Le consommateur face à une entreprise défaillante sur le point de l'exécution de ses engagements contractuels, peut l'attirer en justice ; le juge prononcera soit l'exécution forcée du contrat, soit son adaptation. L'exécution forcée pourrait être faite par l'entreprise elle-même (article 123§1 point a), ou un tiers au frais de l'entreprise condamnée (art. 123 § 1 point b). Cette seconde possibilité est difficile à mettre en œuvre dans le cadre des contrats conclus *intuitu personae*, comme c'est le cas souvent des contrats portant sur des prestations de services d'ordre intellectuel. L'adaptation du contrat quant à elle vise à réduire « ses obligations corrélatives » (art. 123 § 1 point e). Cette réduction peut porter sur toutes les obligations que le contrat de consommation met à la charge du consommateur, et même dans le prix, en

vertu de l'article 123 § 2 al. 2. Ceci est dérogame du droit commun ; l'article 1591 du code civil stipule en effet que « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties », interdisant ainsi une « fixation judiciaire des prix » (V. *code civil*. 105^e éd. Dalloz. 2006. *Notes sous 1591*, n° 13 ; P. G. POUYOUÉ, *L'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire*, 17 octobre 2007, Ohadata D-07-41, p. 9).

470. Les sanctions tendant à l'extinction du contrat de consommation : Trois solutions permettent d'obtenir l'extinction du contrat de consommation : l'annulation, la résolution et la résiliation, qui peuvent être prononcées par le juge. L'annulation est rétroactive : chacune des parties sera remise dans son état antérieur avant le contrat (art. 123§1 point c). La résolution quant à elle est une forme de résiliation ; toutes visent l'extinction rétroactive du contrat, mais dans la seconde sanction, l'effet rétroactif est devenu impossible à mettre en œuvre (contrat à exécution successive, exemple commun de la fourniture de service).

Il faudrait ici rappeler la résolution extrajudiciaire de l'article 67. Il s'agit du droit reconnu au consommateur de « résoudre le contrat de consommation par lettre recommandée en cas de dépassement de la date de livraison du produit ou de fourniture du service excédant de sept jours la date convenue ». Mais elle ne prend effet que si la livraison n'est pas intervenue entre l'envoi de la LR et sa réception par l'entreprise.

La possibilité de demander des « indemnités exemplaires » : l'action en responsabilité contractuelle reste de mise, avec pour principale innovation, la possibilité pour le consommateur de demander des « indemnités exemplaires ». La définition en est donnée à l'article 11 de l'Avant-projet. Il s'agit de « l'indemnité attribuée au consommateur en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute de l'entreprise, de l'étendue de la réparation à laquelle celle-ci est déjà tenue au titre de la compensation des dommages réels et de la nécessité d'assurer une fonction sociale préventive et dissuasive à de telles indemnités exemplaires ». Il est possible que l'article 124 de l'Avant-projet donne ainsi la possibilité au juge, à la demande du consommateur, de faire des dommages-intérêts une forme d'« amende civile » en vue pénaliser l'entreprise fautive : ce but sera atteint par l'allocation au consommateur d'un montant élevé au titre de la réparation de son préjudice. De manière classique, les dommages-intérêts ont une vocation purement réparatrice, sur la base du principe de la réparation intégrale (tout le préjudice, rien que le préjudice). L'instrumentalisation des dommages-intérêts aux fins de répression est inédite en droit de la consommation. Ceci devrait décourager d'autres entreprises à contrevenir à quelque prescription que ce soit du droit uniforme des contrats de consommation et les prévenir. Elle est cependant classique en droit de la concurrence, notamment, dans le cadre de la lutte contre la concurrence déloyale, où le juge a souvent alloué

des dommages-intérêts dont le montant exorbitant a permis d'y voir des dommages-intérêts punitifs (V. *CA, Paris, 27 sept. 2000. D. 2001, n° 16, Obs. Y. AUGUET ; S. CARVAL, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, LGDJ, 1995, p. 231*).

471. Défaillance contractuelle et impossibilité d'exécution : Les articles 123 et suivants de l'Avant-projet d'AUCC confèrent au consommateur des droits de recours juridictionnels fondés sur la défaillance de l'entreprise. Il s'impose de rappeler que l'inexécution contractuelle peut en fait être due à une impossibilité d'exécution. Ainsi, la force majeure et le cas fortuit sont des causes exonératoires de responsabilité (article 1148). Cependant, les parties peuvent obtenir la résolution ou la résiliation du contrat de consommation.

b - Modes de preuve

472. La question de la preuve est omniprésente dans l'AUCC Si elle est libre pour le consommateur au sens de l'article 125, on note que dans de nombreuses hypothèses, la charge en revient à l'entreprise.

473. La liberté de la preuve reconnue au consommateur : Dans les cas où la charge de la preuve lui revient, le consommateur peut la fournir par tous les moyens. Cette disposition est dérogame du droit commun, la liberté de la preuve n'étant reconnue qu'aux commerçants et en matière commerciale. Cette extension au consommateur peut se justifier par l'application d'une sorte de règle d'équité. En effet, l'entreprise en position de demandeur dispose d'une option entre la juridiction civile et la juridiction commerciale du fait de son statut de commerçant. Il serait peu équitable que le consommateur devant une juridiction commerciale ne puisse pas disposer des mêmes armes en matière probatoire que son adversaire. Cette règle est d'ordre public et dans tous les cas, serait annulée comme abusive, toute clause du contrat de consommation qui aurait pour objet ou pour effet « d'imposer au consommateur la charge d'une preuve que la loi fait peser sur l'entreprise » (article 51 point y).

474. La charge de la preuve incombe à l'entreprise dans de nombreux cas L'acte uniforme cependant confère à l'entreprise la charge de la preuve de l'ensemble des obligations qui lui incombent en vertu de l'Acte uniforme ; ceci devrait alléger le consommateur sur ce point. C'est le cas relativement aux nombreuses obligations d'informations qui incombent à l'entreprise : on renvoie notamment aux articles 31 sur l'obligation d'information, 38 sur la preuve de l'exactitude des informations contenues dans la publicité, 48 sur la preuve de la demande expresse d'une sollicitation de produits et services par le consommateur, 102 sur la preuve de l'existence d'un contrat de consommation conclu à distance, etc.

c - Prescription

475. L'Avant-projet d'AUCC prévoit une prescription triennale qui court « du lendemain du jour où le consommateur a connu ou devait connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ». Il s'agit là d'une prescription générale. Dans le cadre du contrat de fourniture de service de réparation, l'article 119 prévoit une prescription spéciale de 2 ans « à compter du jour où il a eu connaissance du dommage et de l'identité de l'entreprise tenue à la réparation ou à compter du jour où il aurait dû raisonnablement en avoir connaissance ». Dans tous les cas, toute clause prévoyant des délais plus courts peut être annulée comme clause abusive (51 point z).

V - Organisations de consommateurs

476. Le livre IV régit les droits reconnus aux organisations de consommateurs et encadre les accords collectifs de consommation.

Bien qu'il se limite aux droits d'action en justice reconnus aux organisations de consommateurs, le livre IV est de toute évidence hors contexte dans un Acte uniforme portant sur le contrat de consommation. On peut voir dans cette impertinence du législateur OHADA une détermination à faire de ces organisations des groupes d'actions fortifiés. Cependant, dans cette lancée consumériste, l'OHADA devrait se doter d'un cadre institutionnel supra étatique de promotion et de protection des droits des consommateurs, pour consolider sa crédibilité à devenir à la fois le législateur des entreprises et celui des consommateurs. Déjà, les États membres en sont dépourvus ; avec les amorces de législations nationales en droit du marché (*concurrency, consumption, distribution*), on assiste à la création d'institutions en charge de ces questions. Mais, elles sont souvent reliées à l'autorité de concurrence : c'est le cas, au Burkina Faso du décret n° 96-64/PRES/PM/MCIA du 14 mars 1996 portant composition et fonctionnement de la Commission nationale de la concurrence et de la consommation ou au Togo avec le Décret n° 2001-208/PR portant composition et fonctionnement de la Commission nationale de la concurrence et de la consommation.

a - Droits d'agir particuliers reconnus aux organisations de consommateurs

477. Dans tous les cas, les droits d'actions reconnus aux organisations de consommateurs par le livre IV de l'Avant-projet d'AUCC sont audacieux. En effet, ce livre introduit l'action de groupe en droit africain, tout en reconnaissant aux organisations de consommateurs le droit d'exercer à titre principal des actions préventives.

478. **L'action de groupe** L'article 127 de l'Avant-projet d'AUCC autorise les organisations de consommateurs

à intenter une action dans l'intérêt et au bénéfice des consommateurs. Cette action sera diligentée à la demande de « plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiables ou non », ayant « subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'une même entreprise et qui ont une origine commune ». L'article 127 introduit en droit africain l'action de groupe. Le principe de cette action est simple : il s'agit de permettre au juge « de trancher, par une seule procédure diligentée par une association, une pluralité de litiges opposant un certain nombre de consommateurs demandeurs à un professionnel défendeur » (*Lamy Droit économique. Concurrence – Distribution – Consommation., Édition 2010. N° 4852 ; Lamy Droits des contrats. Collection Lamy Droit civil, novembre 2009, n° 255-77 et sv.*). Il débouche donc sur des arrêts de règlement, en dérogation à l'article 5 du code civil. Dès lors que plus d'un consommateur a donné mandat à une organisation de consommateurs d'agir, tous les autres consommateurs lésés dans les mêmes conditions et du même professionnel devraient pouvoir obtenir réparation en invoquant l'arrêt de règlement prononcé.

Avec l'institution de la *classe action*, le consommateur africain bénéficie d'une action moderne dont le bien-fondé est de permettre à un nombre important de consommateurs lésés d'accéder à la réparation sans subir les contraintes d'une procédure judiciaire, déjà portée par une organisation militante. Cette procédure, inspirée de l'action en représentation conjointe, exige que l'organisation de consommateurs reçoive le mandat d'au moins deux consommateurs (*J. VINCENT, S. GUINCHARD, Procédure civile. Droit privé. Précis éd. Dalloz. 2003, p. 155. Au sujet des class action, lire : S. GUINCHARD, L'action de groupe. Rev. Int. de dr. Comp. 1990, p. 606 ; Une class action à la française, D. 2005. P. 657 ; S. CABRILLAC, Les actions de groupe, implications processuelles et substantielles, RDLC, 2006/32, n° 2236 et s. et RDLC 2006/33, n° 2328 et sv.*). Ceci s'apparente aux *class action* ou *action collective* acquise en droit anglo-saxon, encore en débat en France. Elle se distingue du droit classique reconnu aux organisations de consommateurs de défendre l'intérêt de leurs membres. Pour un meilleur encadrement de cette procédure d'une grande portée, il sera nécessaire de préciser les conditions à remplir par les organisations de consommateurs habilitées à exercer cette voie de recours. On s'inspirera encore de l'exemple burkinabé, dont la loi sur la concurrence admet que les associations de consommateurs puissent saisir la Commission nationale de la concurrence et de la consommation, mais il doit s'agir, au titre de l'article 5, « (...) des associations de consommateurs légalement reconnues ».

479. **L'action préventive à titre principal** L'Avant-projet habilite les organisations de consommateurs à saisir une juridiction civile de manière préventive et suivant les procédures d'urgence. D'une part, elles sont habilitées à demander à une juridiction civile d'ordonner la cessation d'un acte constituant ou susceptible de

constituer un manquement aux dispositions de l'Acte uniforme. Elles peuvent également demander le prononcé d'une décision d'injonction destinée à assurer le respect de ces dispositions. Ces actions sont diligentées sous forme de procédure d'urgence (article 128 al. 2). D'autre part, elles peuvent saisir le juge civil en suppression de clauses abusives (art. 129). Cette action est d'une grande portée dans la mesure où les effets de la décision du juge sont étendus aux entreprises utilisant la clause annulée ou aux associations professionnelles qui en recommandent l'usage.

b - Accords collectifs de la consommation

480. Inspirés de la pratique des conventions collectives en droit du travail, les accords collectifs de la consommation tendent à créer, en lieu et place des contrats d'adhésion auxquels les consommateurs ne sont pas partie, « des contrats consentis » (*Y. PICOD, H. DAVO, Droit de la consommation, op. cit., p. 30*). Il instaure un dialogue et une négociation entre les consommateurs représentés par des organisations et les entreprises ou associations professionnelles d'un secteur d'activités. Le régime juridique de ces accords permet d'apprécier leur portée dans le cadre du droit africain proposé.

481. Le régime juridique des accords collectifs de consommation : Un accord collectif de consommation est destiné à régir les relations entre entreprises et consommateurs relativement à un produit ou un service donné. Selon l'énumération indicative faite à l'article 132 al. 2 de l'Avant-projet d'AUCC, tout élément d'un contrat peut faire l'objet d'une négociation, qu'il s'agisse des conditions contractuelles générales, de l'information précontractuelle ou même des modes particuliers de règlement ou informels des différends qui pourraient les opposer.

Ces accords collectifs constituent des accords préférentiels, et ne peuvent prévoir des dispositions moins favorables que ceux accordés aux consommateurs par les droits nationaux en vigueur, et encore moins par l'Acte uniforme sur le contrat de consommation. Les entreprises parties à un accord collectif doivent en informer les consommateurs par affichage et/ou par mention dans leurs documents remis aux consommateurs (art. 137).

482. La portée des accords collectifs de consommation L'accord collectif de consommation crée un lien juridique contraignant entre entreprises et consommateurs. L'article 134 dispose que ces accords « tiennent lieu de loi non seulement à l'égard de ceux qui les ont signés, mais encore aux entreprises qui sont ou qui deviennent membres des organismes signataires ». De même, les entreprises liées le sont envers tous les consommateurs, qu'ils soient ou non membres des organisations signataires (art. 135). En observant l'expérience

des accords de consommation en France notamment, on apprécie le rôle joué par l'État dans l'initiative de certains de ces accords. Ils ont souvent permis une intervention des consommateurs depuis la conception et la fabrication des produits et services : c'est le cas du projet dit « *contrat pour l'amélioration de la qualité* » (A ce sujet lire : *Lamy Droit économique. Concurrence – Distribution – Consommation, Édition 2010. N° 6183 et sv.*). Cette initiative au demeurant louable, a cependant vu son impact diminué par le principe de la relativité des contrats ; seules les entreprises signataires de tels accords étant liés, l'accord collectif demeurant inopposable aux professionnels non adhérents à l'organisation signataires (*Lamy Droit économique. Concurrence – Distribution – Consommation. ibid.*). Les accords collectifs tels que conçus par le droit uniforme sont inscrits dans le même régime juridique. Pour susciter l'engagement du plus grand nombre d'entreprises, les États membres pourraient rendre attrayante la signature de ces accords, notamment en leur conférant un rôle dans le contrôle « qualité ».

VI - Dispositions finales

483. L'article unique 138 « des dispositions finales » marque le caractère d'ordre public de l'Acte uniforme relatif au contrat de consommation. La protection des faibles relève des missions régaliennes des États. Il s'agit ici d'un ordre public de protection : le consommateur ne saurait être privé du bénéfice de la protection que l'Acte uniforme ici présenté lui assure, si les parties font le choix d'une autre loi applicable au contrat de consommation. Il offre donc un *corpus juridicum* minimum de protection du consommateur africain.

En réalité, l'article 138 laisse penser aux contrats soumis à une autre réglementation distincte de l'Acte uniforme. Le renvoi peut porter sur la loi applicable à tout le contrat (ex : renvoi exprès au code français de la consommation). Mais il pourrait s'agir du renvoi à un texte spécial portant sur un aspect précis du contrat (exemple : renvoi exprès des parties à l'Ordonnance française du 17 février 2005 relative à la conformité du bien au contrat due par le consommateur au vendeur). Dans tous les cas, le consommateur africain bénéficie des dispositions protectrices de l'Acte uniforme ; on est donc en droit de penser qu'il pourrait y recourir chaque fois que la loi applicable convenue lui confère un niveau de protection moins élevé.

Ce type de renvoi ne sera pas rare en pratique. L'Avant-projet en fin d'analyse ici n'est qu'une amorce : celle de la protection du cocontractant consommateur. Au demeurant, il se contente de définir une orientation de la protection pour un aspect de la problématique soulevée (exemple : il régit en un article unique la question des risques (art. 68)) ; ceci peut justifier le renvoi à des textes plus achevés. Par ailleurs, d'autres aspects du droit de la consommation restent en attente.

Particulièrement, le consommateur d'un produit immobilier ou d'un produit bancaire reste encore soumis soit au droit commun, soit au droit national, s'il en existe.

B - Avant-projet d'acte uniforme relatif au droit des contrats

Introduction

484. Le Traité relatif à l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (Traité OHADA) signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis (île Maurice) et modifié le 17 octobre 2008 à Québec poursuit un triple objectif : harmoniser ou plus exactement unifier le droit des affaires des États parties afin de mettre à leur disposition une législation moderne et adaptée à la situation de leurs économies, assurer la sécurité juridique et judiciaire de l'activité économique des entreprises et donc stimuler l'investissement, faciliter les échanges à travers les frontières et dynamiser l'intégration régionale qui doit conduire à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux.

Après l'adoption de huit Actes uniformes couvrant le domaine traditionnel du droit des affaires défini à l'article 2 du Traité (Droit commercial général, Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, Droit des sûretés, Procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, Procédures collectives d'apurement du passif, Droit de l'arbitrage, Organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, Transport de marchandises par route), œuvre d'harmonisation législative qualifiée d'impressionnante par la doctrine (*L. BENKEMOUN, Quelques réflexions sur l'OHADA, 10 ans après le Traité de Port-Louis, Penant (avril-juin 2003), n° 843, 133*), les ambitions de l'OHADA ont conservé toute leur actualité.

C'est ainsi qu'à sa réunion tenue à Bangui le 23 mars 2001, le Conseil des ministres a décidé que le Programme d'harmonisation du droit des affaires se poursuivrait avec « le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats, le droit de la preuve ».

485. S'agissant particulièrement du droit des contrats, l'unification de cette matière n'est arrivée que trop tardivement, certains contrats commerciaux ayant pourtant fait l'objet d'une réglementation particulière dans divers Actes uniformes adoptés. L'on se souviendra que déjà en 1977, au cours d'un colloque tenu à Dakar intitulé « La résistance du droit africain à la modernisation », la cause de l'unification du droit en Afrique avait été plaidée de manière fort éloquente par le Professeur René DAVID qui estimait qu'elle répondait, au moins dans certains domaines comme « celui des obligations », à une véritable nécessité en raison même de la multiplication des échanges et des rapports commerciaux (*R. DAVID in X.*

BLANC-JOUVAN, « La résistance du droit africain à la modernisation », Actes du colloque de Dakar 5-9 juillet 1977, Revue sénégalaise de droit (1977), 33).

Le Professeur Xavier BLANC-JOUVAN (*dans l'article précité*) relevait également qu'il était de l'intérêt général d'élaborer en Afrique une sorte de « droit commun » des contrats pour éviter les difficultés pratiques nées de la diversité des législations en même temps que permettre le développement d'une véritable science juridique. Il ajoutait que ce droit uniforme à établir « ne peut être aucun des droits actuellement existants : ce doit être obligatoirement un droit nouveau et original, si possible élaboré en commun ».

La décision d'inclure le droit des contrats dans les matières à harmoniser a très vite suscité la question du modèle d'harmonisation de ce futur droit des contrats : devrait-il s'agir d'une synthèse des droits des contrats existants dans les États parties, ou bien d'un droit inspiré d'un modèle extérieur, considéré comme particulièrement adapté dans un contexte international ?

Le Conseil des ministres de l'OHADA a tranché cette question. À sa réunion de Brazzaville tenue le 18 février 2002, il a demandé au Secrétariat permanent, organe exécutif de l'Organisation, de prendre contact avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) (*Organisation intergouvernementale basée à Rome (Italie), UNIDROIT compte actuellement 59 États membres, et travaille à la préparation d'instruments internationaux dans les domaines du droit du commerce international et du droit privé uniforme en général (voir le site internet : <www.unidroit.org>)*).

486. UNIDROIT a accepté la demande de coopération venant de l'OHADA et, avec le soutien de la coopération suisse, a confié au Professeur Marcel FONTAINE (*Professeur émérite, ancien Directeur du Centre de droit des obligations, Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain (Belgique), et membre du Groupe d'étude d'UNIDROIT pour la préparation des Principes*) la rédaction d'un Avant-projet.

Le Professeur Fontaine a rédigé un ensemble de dispositions qui reflètent les Principes d'UNIDROIT, les adaptent ou les complètent le cas échéant, à l'issue d'un ample processus de consultations dans les milieux concernés (*l'auteur a sillonné l'espace OHADA – neuf pays ont été visités – pour sonder l'état du droit des contrats. L'initiative était heureuse : il fallait vérifier le fonds de culture juridique de l'espace OHADA, tout en étant attentif aux nuances d'un pays à l'autre ; il fallait évaluer la modernité et l'attractivité des solutions positives, tout en anticipant sur la réceptivité de nouvelles normes à proposer ; il fallait rester proche des Principes d'UNIDROIT, tout en tenant compte des spécificités africaines*). Le texte de l'Avant-projet, ainsi que la Note explicative l'accompagnant ont fait l'objet d'une large diffusion, et ont été remis au Secrétariat permanent de l'OHADA, lequel les a transmis aux États parties début 2005 pour examen par les commissions nationales.

Depuis lors, L'avant-projet fait l'objet de sérieuses difficultés quant à son aboutissement. Les commissions nationales le dépouillent péniblement. Il faut rechercher les voies et moyens de sortir de l'impasse.

En effet, l'objectif déclaré des Principes d'UNIDROIT d'être destinés particulièrement aux besoins du commerce international suscite un vif débat au sein des commissions nationales des États parties, et de la doctrine en général. Si le contenu et les principales caractéristiques de l'avant-projet rendent compte des avantages d'un futur droit des contrats inspiré des Principes d'UNIDROIT dans un souci de modernisation et d'adaptation avérées à la pratique contractuelle et arbitrale internationale (I), d'importantes interrogations tournent autour des problèmes de référence et de cohérence d'un Avant-projet inspiré des Principes d'Unidroit relatifs aux Contrats du Commerce Inter nation (II).

I - Contenu et principales caractéristiques

487. Dans sa note explicative de l'Avant-projet, accessible sur le site d'Unidroit (<http://www.unidroit.org>), l'auteur de l'Avant-projet a fort bien précisé qu'en s'inspirant des Principes d'Unidroit, le futur Acte uniforme aura pour base « des textes modernes sur le plan de la technique juridique, élaborés par des juristes relevant des différents systèmes juridiques et connaissant déjà une remarquable consécration internationale ». Le Professeur Marcel Fontaine ajoute que l'avant-projet marque une « ouverture vers un droit plus universel (...) dans un contexte de mondialisation ». Le contenu de ce texte mérite d'être analysé (a), avant de dégager ses principales caractéristiques (b).

a - Contenu

488. Le texte de l'Avant-projet comporte 213 articles au total, dotés d'une numérotation provisoire et par chapitres, afin de faciliter les amendements éventuels.

Le texte se veut une codification complète du droit des contrats : formation, validité, interprétation, contenu, exécution, inexécution. S'inspirant des Principes d'Unidroit, l'avant-projet aborde certaines questions relevant de la théorie générale des obligations, mais d'application récurrente dans la pratique contractuelle. Il en est ainsi de la transmission des obligations et de la prescription extinctive.

La plupart des dispositions de l'avant-projet reprennent littéralement les articles des Principes d'Unidroit, ou leur sont très proches. Toutefois, l'auteur s'est employé à rédiger de nouvelles dispositions là où il lui est apparu nécessaire de compléter les Principes d'Unidroit. Il en va notamment de la théorie des nullités qui s'est vue étoffée par les articles 3/12 à 3/14, de certains aspects du paiement qui ont été renforcés aux articles 6/6, 6/8 à 6/10, du principe de la relativité des conventions qui

a été affirmé aux articles 5/10 et 5/11, et de la promesse de porte-fort qui a été réglementée à l'article 5/18. L'on notera également que de nouveaux chapitres traitent des obligations conditionnelles, solidaires, et alternatives (articles 10/1 à 10/21), tout comme de nouvelles dispositions assurent la protection des créanciers et des tiers : action oblique, action en inopposabilité, simulation (articles 13/1 à 13/8). Le Pr. Fontaine indique que ces nouveaux textes ont puisé leur inspiration dans d'autres codifications récentes, tel que l'excellent code civil du Québec (*in L'Harmonisation du droit OHADA des contrats, Actes du colloque de Ouagadougou, Burkina Faso, 15 au 17 novembre 2007*).

L'Avant-projet ne traite pas de la matière de la preuve. L'article 1/3.2 dispose à ce sujet que « les questions de preuve sont régies par les dispositions qui les concernent ». Cette solution résulte du fait qu'au moment où l'avant-projet était rédigé, il était en effet prévu qu'un autre Acte uniforme serait consacré au droit de la preuve. Finalement, le 27 juillet en 2007, le Conseil des ministres de l'OHADA a décidé de fusionner les projets d'harmonisation du droit des contrats et du droit de la preuve et de les traiter dans un seul Acte uniforme.

b - Principales caractéristiques

489. Dans son article « *L'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire* » (*publié dans ohada.com*), le Professeur Paul Gérard Pougoué relève que sur le plan de fond, « l'Avant-projet fait œuvre originale sur bien de points ». Il s'agit en premier lieu de ce qu'on peut considérer comme des principes directeurs modernes et largement partagés en droit comparé des contrats. Les principes de bonne foi et de loyauté, la prise en compte des attentes légitimes du cocontractant, le principe de non-discrimination, la possibilité de renégocier le contrat en cas de bouleversement des circonstances, le principe de résolution unilatérale pour inexécution essentielle, même si le débat rebondit sur la procédure, etc. Il s'agit aussi des domaines revisités ou nouveaux : la situation précontractuelle, les contrats électroniques, la preuve des obligations contractuelles.

À l'analyse, l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats présente cinq principales caractéristiques.

1 - Consécration du caractère supplétif des dispositions de l'Avant-projet

490. Sous l'empire de l'Avant-projet d'Acte uniforme, et conformément au principe de la liberté contractuelle, les parties pourraient – sauf restrictions particulières – exclure ou modifier l'une ou l'autre de ses dispositions (*article 1/2 : « Les parties peuvent exclure l'application du présent Acte uniforme, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier*

les effets, à moins que cet Acte uniforme n'en dispose autrement ». Cette règle (qui reflète l'article 1.5 des Principes d'UNIDROIT) consacre donc le caractère supplétif de l'Acte.

On observera ainsi que les parties à un contrat international normalement soumis à l'Avant-projet d'Acte uniforme resteraient libres en principe de choisir une autre loi nationale pour régir leur contrat (dite « loi d'autonomie »). Une telle possibilité relève des règles traditionnelles du droit international privé de la plupart des systèmes juridiques, qui reconnaissent la liberté pour les parties de choisir la loi applicable à un contrat international de manière large, sous réserve des dispositions d'ordre public international et de l'application des lois de police (Voir P. MAYER, *Droit international privé*, 5^e éd., LGDJ, 454 et s. ; voir également la *Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, art. 3. On observera qu'en application du même principe d'autonomie, les parties à un contrat international devraient pouvoir se référer à l'Acte uniforme même si les règles de rattachement n'y conduisent pas – ce qui serait le cas par exemple d'un contrat entre une partie ghanéenne et une partie rwandaise).

2 - Ouverture de l'avant-projet aux usages et pratiques contractuelles

491. Une autre caractéristique importante de l'Avant-projet résulte de la prise en compte des usages et des pratiques, soit que les parties les appliquent normalement dans le cours de leurs affaires, soit qu'elles constituent une référence généralisée pour tout contrat du même type. L'article 1/8 de l'Avant-projet dispose que « 1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que par les pratiques qu'elles ont établies entre elles ; 2) Elles sont liées par tout usage qui est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature, à moins que son application ne soit déraisonnable ».

Cette formulation permet donc de prendre en considération dans la future législation uniforme africaine, la pratique et les usages commerciaux, y compris le cas échéant ceux qui ont cours au niveau international. Ainsi se trouverait également ménagée l'application de la *lex mercatoria*, à laquelle font fréquemment référence les contrats commerciaux internationaux. Notamment dans le contexte de l'arbitrage, une référence à la *lex mercatoria* ou encore à des « principes généraux », à des « principes reconnus internationalement » ou à d'autres désignations similaires employées par les parties, trouvera idéalement leur expression dans les Principes d'UNIDROIT qui jouissent d'une ample reconnaissance au plan international et avec lesquels le futur Acte uniforme sera essentiellement compatible.

D'autres dispositions témoignent de l'attention particulière portée à la pratique contractuelle et aux usages. C'est le cas du chapitre sur la formation du contrat,

lorsqu'il est comparé aux dispositions de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM). En effet, comme la CVIM en ses articles 14 à 24, les Principes d'UNIDROIT traitent de la problématique de l'offre et de l'acceptation (articles 2.1.2 à 2.1.11). L'Avant-projet d'Acte uniforme sur les contrats reprend intégralement ces solutions en ses articles 2/12 à 2/22. On citera également l'article 6/13 sur la monnaie de paiement, le hardship (art. 6/22 à 6/24), la force majeure (article 7/7), ou les clauses d'incessibilité des créances (art. 11/9).

On notera par ailleurs que l'Avant-projet d'Acte uniforme prévoit à l'article 1.5.2 un mécanisme permettant au juge et à l'arbitre d'interpréter et de compléter le texte en recourant aux principes généraux : « les questions qui entrent dans le champ d'application du présent Acte uniforme, mais que celui-ci ne tranche pas expressément, sont, dans la mesure du possible, réglées conformément aux principes généraux dont il s'inspire ». Cette disposition, elle-même inspirée de l'article 1.6 des Principes d'UNIDROIT permettra au juge et à l'arbitre de rechercher l'esprit de la réglementation uniforme, et de la puiser dans le texte moderne qui en est à la source, et au besoin dans les « principes généraux » ou les usages dont ils s'inspirent eux-mêmes.

3 - Continuité et adaptation des principes traditionnels du droit des contrats

492. L'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats ne procède pas à une épuration du droit des contrats hérité du législateur colonial jusque-là applicable dans les pays de l'OHADA. Le texte reprend en les adaptant aux conditions économiques nouvelles, les grands principes consacrés dans le droit traditionnel des contrats issu du code civil napoléonien. Il en est ainsi de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat, de la relativité du contrat, de l'interprétation du contrat, de la bonne foi.

3.1 - Liberté contractuelle

493. Ce principe, entériné surtout dans les articles 1108.1 du code civil (*qui vise le consentement de la partie qui s'oblige comme condition essentielle de validité du contrat*) et 1134.2 (*révocation des conventions par consentement mutuel*), est clairement formulé à l'article 1.1 du Projet d'Acte uniforme « ... les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu ». Cela impliquera dans l'espace OHADA que les échanges économiques soient réalisés par la voie de concessions réciproques, œuvre des volontés des contractants, et dont l'équilibre sera reflété dans le contrat. Il s'agit donc d'une transposition moderne des effets de la souveraineté de la volonté des parties connue en droit traditionnel des obligations (Ch. LARROUMET, *Droit Civil, tome III, Les Obligations, Le Contrat, Economica*, 4^e éd., 94 et s).

3.2 - Force obligatoire du contrat

494. Formulé à l'article 1134 (al. 1 et 2) du code civil en ces termes : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise », le principe de la force obligatoire du contrat reçoit une formulation particulièrement adaptée au contexte du droit OHADA. L'article 1.4 de l'Avant-Projet d'Acte uniforme dispose que : « *Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées par le présent Acte uniforme* ». Cette formulation reflète la règle essentielle du droit des contrats « *pacta sunt servanda* ». Dans la vie économique, elle est porteuse de sécurité juridique puisqu'elle garantit le respect des engagements souscrits, ce qui rassure et encourage les acteurs à s'engager dans les transactions.

Sauf causes relevant de la volonté commune des parties (prévues au contrat ou résultant d'un accord ultérieur) les causes dérogeant au principe fondamental de la force obligatoire du contrat sont très limitées. En particulier, les parties ne sont pas admises à invoquer des circonstances extérieures ou des événements autres que ceux qui sont qualifiés de force majeure (art. 7.7 de l'Avant-projet d'Acte uniforme) ; elles restent tenues de remplir leurs obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse (art. 6.22 – sauf « bouleversement des circonstances »).

3.3 - Effet relatif des contrats

495. Principe posé à l'article 1165 du code civil en ces termes « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 », l'effet relatif des contrats est entériné dans l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA à l'article 5/10 qui dispose : « 1) les droits et obligations nés du contrat n'ont d'effets qu'entre les parties. 2) La situation juridique créée par le contrat est opposable aux tiers de plein droit, sauf si la loi requiert des formalités particulières ».

Corollaire de l'autonomie de la volonté, l'effet relatif du contrat signifie que le contrat ne peut créer de droits et d'obligations qu'au profit et à l'encontre de ceux qui ont consenti à sa conclusion (*LARROUMET, supra note 813*) ; a contrario, ceux qui n'y ont pas consenti, c'est-à-dire les tiers par opposition aux parties, ne sauraient devenir créanciers ou débiteurs en vertu du contrat. L'opposabilité aux tiers de plein droit de la situation juridique créée par le contrat, telle que le prévoit le projet d'Acte OHADA, assure la garantie de sécurité des relations contractuelles à l'égard des tiers.

3.4 - Interprétation du contrat

496. Prévues à l'article 1156 du code civil, aux termes duquel « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes », la règle de base contenue dans l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA énonce à l'article 4.1.1 : « 1) *Le contrat s'interprète selon la commune intention des parties. 2) Faute de pouvoir déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation* ».

Pour l'interprétation du contrat, le juge devra donc déterminer en premier lieu ce que les parties ont voulu ensemble et non pas seulement ce que l'une aurait voulu et qui n'aurait pas été accepté de l'autre. Un exemple pratique de problème d'interprétation peut résulter de l'emploi de langues différentes par les contractants (ainsi un homme d'affaires africain parlant seulement wolof, et un opérateur économique parlant seulement allemand) ; dans l'hypothèse où l'on ne pourrait établir la « version d'origine » visée à l'article 4/7 (qui dispose « En cas de divergence entre deux ou plusieurs versions linguistiques faisant également foi, préférence est accordée à l'interprétation fondée sur une version d'origine »), lorsque le juge ne parvient pas à dégager la volonté commune des parties, il appliquera l'étalon du « raisonnable ». Le commentaire des Principes d'UNIDROIT sous la disposition correspondante (art. 4.1) indique qu'« il ne s'agit pas d'un critère général et abstrait de ce qui est raisonnable, mais davantage de la compréhension que pourrait avoir une personne ayant par exemple la même connaissance linguistique, la même compétence technique ou la même expérience commerciale que les parties » : (694 *Unif. L. Rev. 2005-4 Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales en OHADA*).

3.5 - Bonne foi

497. Exigence formulée à l'article 1134.3 du code civil (« Les conventions doivent être exécutées de bonne foi »), la bonne foi constitue un principe fondamental de l'Avant-Projet d'Acte uniforme sur les contrats. L'article 1/6 dispose à ce sujet que « Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi ; elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ». La future législation OHADA étend la portée générale de ce principe par une obligation spécifique de bonne foi au stade des négociations (article 2/15.2 : « ... *la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie* »).

On observera que la notion de bonne foi n'est pas définie par l'Avant-projet OHADA, ni par les Principes d'UNIDROIT qui l'ont inspirée (art. 1.7 dont le texte anglais se réfère à « *good faith and fair dealing* »). Le

concept n'est pas facile à cerner, et fait l'objet d'interprétations et d'applications différentes selon les systèmes juridiques et le contexte dans lequel il est utilisé. Par opposition à la conception subjective (la conviction d'agir conformément au droit), il faudrait comprendre la bonne foi visée par l'Acte uniforme en matière contractuelle comme renvoyant à l'idée de loyauté, c'est-à-dire, comme le précise le Petit Robert, à la « *fidélité à obéir aux règles de l'honneur et de la probité* ». De fait, la doctrine suggère de considérer qu'en matière contractuelle, l'appréciation de la bonne foi se fait *in concreto*, en se référant à une norme objectivement élaborée dans le contexte particulier, local ou international, qui a donné naissance à la relation contractuelle (M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law, New York, 2^e éd., (1997), 956101*).

Tout comme dans les Principes d'UNIDROIT, la bonne foi est un principe fondamental qui irrigue l'ensemble de l'Avant-projet d'Acte uniforme. On trouve des applications particulières de cette obligation dans de nombreuses dispositions de l'Acte uniforme, mais il forme un cadre général – conjointement du reste avec l'article 1/8 sur les usages et les pratiques. Il est si fondamental que les parties ne peuvent y déroger, ni pour l'exclure, ni pour en limiter la portée. On ne saurait assez souligner l'importance d'un tel concept dans le futur Acte uniforme. La bonne foi globalement renforcée dans la législation africaine des contrats aura pour effet de promouvoir dans l'espace OHADA des standards collectifs de correction, de loyauté et de caractère raisonnable dans les transactions économiques. Objectif d'autant plus nécessaire que dans le contexte spécifique de l'Afrique, le volume impressionnant des transactions informelles, souligne une doctrine, « installe le règne de la mauvaise foi dans les affaires » (*Commentaires de J.M. MBOCK BIUMLA transmis à l'auteur, Une Lecture d'Afrique de l'article de Marcel Fontaine sur "Le Projet d'Acte uniforme sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international" (paru dans Unif. L. Rev./Rev. dr. unif., 2004, 253 et s.)*).

4 - Incorporation des solutions nouvelles et progressistes

4.1- Exemple de solution nouvelle : le traitement des clauses exonératoires

498. Dans le commerce international, l'inexécution des contrats peut impliquer des risques financiers importants. La différence des solutions des droits internes relatives aux règles de la réparation rend incertaines les conséquences financières d'un manquement, d'autant plus que les juges nationaux sont dotés d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer le montant de la réparation. Pour se prémunir contre de telles incertitudes, les parties insèrent fréquemment dans leurs contrats des clauses qui ont pour objet de fixer, limiter, réduire ou exclure la réparation dans certains cas : ces clauses sont dites

« exonératoires de responsabilité » (« *exemption clauses* » dans les pays de *Common Law*).

Compte tenu du traitement différent que reçoivent ces clauses dans les droits nationaux et du fait qu'elles sont à l'origine de nombreuses controverses entre les parties, les Principes d'UNIDROIT leur ont consacré un traitement particulier (*art. 7.1.6*) qui est repris dans des termes identiques à l'article 7.6 de l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA : « Une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire. » Ces clauses peuvent limiter ou exclure la responsabilité de différentes façons : en fonction d'un montant (forfait, plafond ou pourcentage prévus au contrat), ou elles peuvent permettre à une partie de fournir une prestation substantiellement différente de ce à quoi peut s'attendre raisonnablement l'autre partie. On renverra notamment aux Principes d'UNIDROIT (*Commentaires sous l'article 7.1.6, 210 et seq., ainsi que M.J. BONELL, An International Restatement of Contract Law, New York, 2^e éd. (1997), 95-101*).

499. L'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA reconnaît donc le principe de la validité de telles clauses (dans la ligne du principe de la liberté contractuelle consacrée à l'article 1.1 dudit texte). Toutefois, le juge peut les écarter lorsqu'il serait manifestement inéquitable de leur donner effet (*lorsque la clause est inéquitable par elle-même car son application provoquerait un déséquilibre évident des prestations des parties, ou lorsque l'inexécution du contrat est le fait de la négligence manifeste du débiteur*) (On notera que dans le contexte de l'article 7/1 de l'Avant-projet concernant l'indemnité établie au contrat, il est permis au juge – ou à l'arbitre – d'adapter l'indemnité « à un montant raisonnable ». Une telle solution ne pourrait-elle pas inspirer l'article 7/6 concernant les clauses exonératoires, de sorte que lorsqu'une telle clause produirait des effets inéquitables, le juge pourrait l'adapter au lieu de simplement de l'écarter ?).

Réalisant une extension de la solution interne de la plupart des droits nationaux au droit communautaire africain, le législateur OHADA offre une « rose » pour les opérateurs économiques internationaux dans l'espace OHADA quand on sait que la validité de ces clauses n'est pas acquise dans l'ordre juridique international (*voir notamment la solution de la Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises : E. RAWACH, « Observations sur la notion de clauses exonératoires de responsabilité selon les Principes d'UNIDROIT », Dalloz Affaires (2 septembre 1999), n° 172, 1234. Idem, « La validité des clauses exonératoires de responsabilité et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », Revue internationale de droit comparé, 2001, n. 1, 141*).

4.2 - Exemples de solutions rénovées

500. Si l'Avant-Projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats fait œuvre de continuité pour de nombreux concepts renfermés dans le droit des contrats classique, il marque aussi des avancées au regard de certaines conceptions traditionnelles du droit civil.

4.2.1- Rénovation au niveau de la technique juridique

501. On peut relever que l'Avant-projet d'Acte uniforme formule sous forme de principes généraux du droit, des concepts qui étaient certes connus du code civil, mais qui ne s'y trouvaient pas explicités de façon expresse. Deux exemples illustrent ces solutions rénovées :

4.2.1.1- Consécration d'un principe de la réparation intégrale

502. À la différence des codifications inspirées du code napoléonien, y compris le code civil, dont aucune disposition n'en affirme expressément le principe, l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA fait de la réparation intégrale un principe général du droit des contrats. L'article 7/20 dispose « 1) *Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte qu'il a subie et le bénéfice dont il a été privé, compte tenu de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte évitée.* 2) *Le préjudice peut être non pécuniaire et résulter notamment de la souffrance physique ou morale* ».

La réparation intégrale constitue une conséquence implicite et nécessaire de la notion d'exécution par équivalent. Selon le Professeur MALAURIE, la réparation par équivalent ou en argent est faite sous forme de dommages-intérêts. Le juge doit accorder à la victime une indemnité qui est l'équivalent exact de ce dont elle a été lésée et la victime est libre d'en faire ce qu'elle veut (*Ph. MALAURIE/L. AYNES/Ph. STOFFEL-MUNCK, Les Obligations, Édit. Juridiques associées (2003), 1239*).

En effet, l'article 1149 du code civil énonçant que les dommages-intérêts doivent correspondre à la perte éprouvée et au gain manqué, il en résulte que tous les éléments du préjudice doivent donner lieu à l'obtention d'un équivalent en argent. Le principe de la réparation intégrale n'est pas propre aux dommages économiques, l'Avant-projet OHADA précisant que le préjudice non pécuniaire (« notamment » celui qui résulte de la souffrance physique ou morale) peut également faire l'objet de réparation.

4.2.1.2 - Formulation de principes généraux relatifs à l'inexécution du contrat

503. Le code civil applicable au droit des contrats dans l'espace OHADA n'aborde l'importante question de l'inexécution du contrat que par le biais de la réparation, qui se résout en attribution de dommages-intérêts (*art. 1142 et section IV du chapitre III*), sans véritablement définir les fondements de cette réparation : le manquement

doit-il être fautif ? Quelle est l'incidence sur la réparation d'une inexécution partielle, totale ou simplement retardée ? Pour la doctrine, cette présentation de la matière dans le Code civil n'a certainement pas facilité l'intelligibilité du système civiliste de l'inexécution puisque sur l'idée de réparation s'est développé le concept de responsabilité contractuelle, lequel semble encore de nos jours susciter nombre de réserves (*O. CUPERLIER, « Les défauts du code civil : réponse à la proposition de monsieur le Professeur Barthélemy Mercadal », site Internet de l'Institut du droit d'expression et d'Inspiration françaises (IDEF) (<http://www.institut-idef.org/>)*).

L'Avant-projet du texte OHADA innove sur ce point en adoptant nombre de principes généraux régissant les règles de l'inexécution du contrat : article 7/1 définissant la notion d'inexécution, article 7/3 concernant l'exception d'inexécution, article 7/4 relatif à la correction de l'inexécution.

4.2.2- Rénovation par l'introduction de conceptions nouvelles

504. Un exemple particulièrement illustrateur de cette œuvre de rénovation est fourni par le chapitre 6 (Exécution), section 2 du projet d'Acte uniforme : « Bouleversement des circonstances ».

L'une des questions les plus discutées en droit moderne du contrat (*notamment dans le contexte de l'étude comparative*) est l'effet sur les obligations des parties d'un changement fondamental des circonstances de l'exécution du contrat, dont ni l'une ni l'autre n'est responsable. Deux principes fondamentaux sont en cause : *pacta sunt servanda* (*les conventions doivent être respectées*) et *rebus sic stantibus* (*les engagements étant fondés sur l'hypothèse que les circonstances resteront inchangées, des modifications exceptionnelles peuvent mener à l'invalidation de la convention*).

Dans le droit des contrats issu du code civil napoléonien, la question de savoir si le débiteur peut invoquer le défaut d'équivalence des prestations résultant de circonstances postérieures à la conclusion du contrat a reçu une réponse positive à travers la force majeure, et une réponse négative s'agissant de l'imprévision. La première implique la survenance d'un événement extérieur au débiteur et à sa volonté et qu'il ne pouvait ni prévoir, ni empêcher. L'article 1148 du code civil règle le sort des parties en prévoyant « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ». L'Avant-projet OHADA consacre également l'exonération des conséquences de l'inexécution par le débiteur due à la force majeure (art. 7/7).

L'imprévision implique également la survenance de circonstances extérieures au débiteur, mais elle n'entraîne pas une impossibilité d'exécution : elle rend simplement cette exécution plus onéreuse pour le débiteur. Dans un tel cas, à la différence des droits civils français et belge en particulier, qui appliquent

strictement le principe de la force obligatoire du contrat (Le principe de l'intangibilité des engagements contractuels a été consolidé par la jurisprudence fondatrice dite « Canal de Craponne » (*Civ. 6 mars 1876, D.P.1876.1.193, note GIBOULOT*) dans laquelle la Cour de cassation française a estimé que pour réviser le montant de la redevance due par les riverains d'un canal d'irrigation qui avait été établi au xvie siècle à trois sous, l'accord de deux parties était requis, même si l'on remarque que l'avant-projet de réforme du droit des obligations en France propose d'introduire un mécanisme permettant au juge d'ordonner la renégociation d'une convention qui a perdu tout intérêt pour l'une des parties (art. 1135)), un grand nombre d'autres systèmes juridiques reconnaissent selon des modalités diverses la possibilité d'ajuster le contrat, ou encore d'y mettre fin.

505. Compte tenu des solutions divergentes des droits nationaux, les contrats internationaux de longue durée (par exemple la vente de pétrole ou les ouvertures de crédit en euromonnaie) dont l'exécution peut être particulièrement affectée par des changements modifiant radicalement l'équilibre du contrat, incluent fréquemment des clauses de renégociation, dites de « Hardship » qui prévoient la révision du contrat et assurent les parties d'un règlement certain de la question (*Voir M. FONTAINE/F. DE LY, Droit des contrats internationaux (Analyse et rédaction de clauses), 2^e éd., Fondation pour l'Étude du droit européen et des usages du commerce international (2003), 487-491.*).

C'est en ce qui concerne le sort du contrat affecté par un changement radical des conditions d'exécution que se situe l'une des innovations à notre avis les plus importantes de l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats. On relèvera que le régime qu'il préconise est fondé à l'identique sur celui des Principes d'UNIDROIT – la terminologie étant dans ce contexte celle de « Hardship » – dans les articles 6/2.1 et 6/2.3.

En premier lieu, l'article 6/22 rappelle l'application du principe fondamental de la force obligatoire du contrat « quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse ». Toutefois ce principe est soumis à des aménagements en cas de « bouleversement des circonstances », concept qui est très spécifiquement défini à l'article 6/23 : « *Il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et*

a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;

b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;

c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et

d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée. ».

On comprend qu'il s'agit de circonstances exceptionnelles, dans lesquelles une partie ne pourrait exiger de l'autre une exécution stricte qui serait excessivement onéreuse pour celle-ci sans aller à l'encontre de l'équité et de la bonne foi. En présence de telles circonstances, dont les effets sont prévus à l'article 6/24 (*En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations.*

1) La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.

2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.

3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.

4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances peut, s'il l'estime raisonnable :

a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou

b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations), l'adaptation par voie de renégociation apparaît donc comme une mesure de sauvegarde du contrat (ce qui correspond au principe général du « favor contractus »), à l'initiative de la partie lésée, et le cas échéant avec l'intervention du tribunal, qui pourra « s'il l'estime raisonnable » résilier le contrat ou adapter celui-ci.

Les développements exposés dans cette première partie auront permis de découvrir la substance et les principales caractéristiques de l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats. Dans la partie suivante, l'on s'interrogera sur les problèmes de référence et de cohérence suscités par une harmonisation inspirée des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international.

II - Problèmes de référence et de cohérence

506. Parlant de la « résistance du droit africain à la modernisation en matière d'obligations », le Professeur Decottignies souligne que « tout changement de législation, quel qu'il soit, apporte par lui-même un trouble aux transactions. Or, celles-ci ont besoin de sécurité » (*R. Decottignies, « La résistance du droit africain à la modernisation en matière d'obligations », Actes du colloque de Dakar 5-9 juillet 1977, Revue sénégalaise de droit n° 21 (1977-1978), 59 et s.*). Cette question de sécurité juridique présente un regain d'intérêt avec l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats. En effet, contrairement aux autres Actes uniformes qui s'inspirent en général du droit que certains auteurs ont qualifié d'origine essentiellement civiliste et francophone (R. SORIEUL, « Convergences entre la CNUDCI et l'OHADA », in Ph. Fouchard (*sous la direction de*), « l'OHADA et

les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Bruylant, 2000), le projet d'harmonisation du droit des contrats s'appuie sur les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, instrument ayant une portée universelle, et dépourvu de rattachement à un système juridique particulier.

Deux questions principales, auxquelles l'auteur de l'Avant-projet a du reste proposé en partie des solutions, suscitent dans les milieux juridiques africains interrogations et réserves. En premier lieu, la substitution de l'actuel droit des contrats, généralement reconnu comme inadapté, par un droit des contrats inspiré d'un modèle « anational » est-elle compatible avec la stabilité des transactions garantie par la pratique contractuelle dans le contexte de l'Afrique ? En second lieu, le recours au modèle des Principes d'UNIDROIT, dont les règles ont été conçues particulièrement pour les contrats du commerce international, peut-il justifier l'uniformisation d'une théorie générale du contrat impliquant à la fois les contrats civils et les contrats commerciaux dans le contexte particulier de l'espace OHADA ?

Examinons les interrogations et réserves liées à ces questions sujettes à caution qui tournent autour de la référence et de la cohérence de l'Avant-projet.

a - Problèmes de référence de l'Avant-projet : des réserves quant à la compatibilité d'un droit des contrats inspiré d'un modèle « anational » avec les spécificités africaines

507. L'auteur de l'Avant-projet a souligné qu'un principe de base ayant gouverné l'élaboration de celui-ci était la prise en compte des spécificités justifiant dans le contexte des pays de l'OHADA un aménagement du modèle constitué par les Principes d'UNIDROIT. Or les réalités africaines prises en compte se limitent à des circonstances de fait et à des données sociologiques. L'Avant-projet a-t-il intégré ces spécificités africaines dans toute leur dimension ? On peut en douter dans les développements qui vont suivre, tant s'agissant des considérations liées au concept même de « spécificités africaines », que de la construction juridique moderne de l'OHADA.

1 - Considérations liées au concept de spécificités africaines

508. Deux réalités complémentaires sont en présence : les considérations juridiques et les données sociologiques.

1.1 - Considérations juridiques

509. Il s'agit de l'environnement juridique précédant la colonisation, et du droit des contrats hérité du législateur colonial jusque-là applicable avant l'OHADA.

1.1.1 - Environnement juridique précédant la colonisation

510. Nous pensons que le droit traditionnel des contrats existant avant la colonisation, et qui connaît encore des vestiges d'application à travers la pratique contractuelle et les usages, peut conserver une certaine actualité dans l'élaboration d'un futur Acte uniforme modernisant le droit des contrats en Afrique (*A la différence de l'auteur de l'Avant-projet qui semble concorder avec certains interlocuteurs approchés selon qui, « les usages locaux qui peuvent subsister, adaptés à des échanges économiques de faible ampleur, ne sont guère pertinents dans la perspective d'un Acte uniforme sur le droit des contrats »*). Cela est d'autant plus avéré que le Professeur Blanc-Jouvan relevait déjà que « les pratiques et croyances ne peuvent pas se transformer subitement, sous l'action d'un législateur moderne (...), et qu'il est illusoire de penser que le droit peut changer plus vite, au risque même de détruire l'harmonie d'ensemble » (*X. BLANC-JOUVAN, « La résistance du droit africain à la modernisation », Actes du Colloque de Dakar 5-9 juillet 1977, Revue sénégalaise de droit, 1977*).

Le Doyen Stanislas Melone relevait également que si l'on ne peut pas conclure à l'existence d'une théorie générale traditionnelle des obligations, des recherches en jurisprudence locale ont révélé qu'un droit traditionnel des contrats a existé avant l'époque coloniale et continue, malgré la présence du Code civil importé de la France, à exercer une certaine influence en Afrique grâce à des règles originales relatives à la formation et à la preuve du contrat (*S. Melone, « Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations », Actes du colloque de Dakar 5-9 juillet 1977, Revue sénégalaise de droit (1977), 47*). On peut citer parmi celles-ci quelques-unes qui ont gardé toute leur originalité dans la pratique contractuelle et résisté au code civil : le caractère solennel du contrat et la preuve testimoniale.

Le contrat est solennel en droit traditionnel en ce qu'il ne se forme pas seulement par un simple échange de consentement. Sa validité est en plus subordonnée à la présence d'un témoin lors de sa formation, lequel pourra en rapporter la preuve. Nous pensons avec le Doyen Melone qu'il serait approprié de reprendre la théorie de la volonté déclarée du droit traditionnel qui assure une plus grande sécurité juridique que le concept de volonté réelle ou psychologique du code civil. Pour ce qui est de la preuve, le système traditionnel voit dans le témoignage – et non pas dans l'écrit – le mode privilégié, et est donc moins formaliste que le code civil. Ces conceptions du droit traditionnel ont-elles été suffisamment prises en compte dans l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats ?

511. Il semblerait au vu des dispositions de l'Avant-projet que celui-ci est plutôt proche du système français qui invite à rechercher l'intention des parties au-delà de la manifestation extérieure de volonté. On notera en effet l'article 4.1 de l'Avant-projet d'Acte uniforme (*« le contrat s'interprète selon la commune intention des par-*

ties»). En matière de formation du contrat, les articles 1/3 (énonçant le principe de l'absence d'exigence de forme particulière du contrat), et 2/1 sur le mode de formation du contrat (« *Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord* ») – tout en s'interrogeant sur le point de savoir s'ils suffisent à corroborer l'idée résultant de l'article 3.2 des Principes d'UNIDROIT (non repris dans l'Avant-Projet d'Acte) selon laquelle le seul accord des parties suffit pour valider le contrat ; également, les dispositions de caractère plus technique que sont les articles 2/2 et 2/6 (*Définition de l'offre et mode d'acceptation*) dont celui-ci prévoit notamment : « Constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre » et que « ni le silence, ni l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation », reflétant (*avec l'article 4/1 de l'Avant-Projet : « le contrat s'interprète selon la commune intention des parties »*).

Sous réserve d'approfondissements quant à la portée des dispositions de ce texte, nous préconisons que, dans un souci de sécurité juridique, ce soit cette dernière conception qui soit privilégiée dans le futur Acte uniforme, notamment quant au mode de formation, à l'offre et à l'acceptation, et que cette volonté déclarée se suffise à elle seule pour former le contrat (sous réserve des vices du consentement, qui sont traités dans le chapitre sur la validité du contrat).

Quant à la preuve, l'article 1/3.2 de l'Avant-projet d'Acte uniforme dispose que « *Les questions de preuve sont régies par les dispositions qui les concernent* », un tel choix découlant du fait que le droit de la preuve était destiné à faire l'objet d'un Acte uniforme distinct. Faute de solution au fond, le droit de la preuve continuerait donc d'être régi par le système du code civil qui donne à l'écrit une place prépondérante. Étant donné que l'Avant-projet affirme déjà le principe de la liberté de la forme du contrat, il serait logique d'admettre la preuve testimoniale ou la preuve orale comme principe dans le nouveau droit des contrats. C'est la raison pour laquelle on pourrait plutôt préconiser de reprendre la solution consacrée à l'article 1.2 des Principes d'UNIDROIT qui dispose que (...) « *le contrat peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins* » et qui constituerait un facteur d'équilibre entre le droit moderne et le droit traditionnel des contrats.

1.1.2 - Droit des contrats hérité du législateur colonial

512. Nous avons déjà relevé que l'Avant-projet d'Acte uniforme sur les contrats, en ce qu'il s'inspire des Principes d'UNIDROIT à vocation universelle et à caractère anational (*L'idée d'émergence d'un véritable « droit anational » par les Principes d'UNIDROIT est soutenue et critiquée par Mourre/Jolivet, « La réception des Principes d'UNIDROIT dans les contrats modèles de la Chambre de commerce internationale », Unif. L. Rev./Rev. dr. unif., 2004, 275 et s.*), n'est rattaché spécifiquement à aucune des quatre traditions juridiques qui caractérisent les

pays de l'OHADA. En revanche, les grands principes sur lesquels repose le texte sont ceux que consacrent la plupart des systèmes juridiques, dont celui du droit français et des droits espagnol et portugais, mais également du système de la Common Law, de sorte que les juristes familiers de ces différentes traditions ne devraient se sentir aucunement dépaysés à cet effet.

Il y a donc lieu de se demander si l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats a suffisamment intégré les usages, les coutumes et la pratique contractuelle qui constituent une autre spécificité africaine, et dont l'importance pour assurer la stabilité des transactions a été amplement soulignée. Le Doyen Melone se réfère à la jurisprudence camerounaise. La Cour suprême a par exemple admis, en application du décret n° 71-DF-544 du 19 décembre 1969 organisant les juridictions traditionnelles au Cameroun oriental qui donne compétence au juge de droit traditionnel d'intervenir dans le contentieux du droit des contrats, que tous les citoyens étant justiciables de leurs coutumes respectives dans les différends qui peuvent les opposer en matière contractuelle, ils ne peuvent se faire appliquer le droit écrit à propos d'un acte juridique déterminé qu'en faisant clairement l'option de juridiction (*arrêt n° 19 du 26 mars 1968, Bull. CS-COR n° 22, 2159 et arrêt n° 29 du 16 janvier 1979, Bull. CS n° 38, 2286*).

L'article 1/8 du Projet d'Acte uniforme (intitulé Usages et pratiques) prévoit à cet effet que : « 1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti ainsi que par les pratiques qu'elles ont établies entre elles. 2) Elles sont liées par tout usage qui est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature, à moins que son application ne soit déraisonnable ».

La référence aux usages et pratiques comme une source du futur droit contractuel est en soi une solution qui apaise partiellement l'inquiétude d'une absence d'implication de l'environnement juridique national dans cette réforme. D'où la solution préconisée d'une sorte de localisation des usages et pratiques visés à l'article 1.8.2 de l'Avant-projet d'Acte uniforme, l'élément de localisation permettant au juge de jouer plus efficacement son rôle d'investigation des usages et pratiques applicables au contrat des parties. Dans cette perspective, l'on pourrait suggérer la modification suivante à l'article 1/8.2 : « *Elles sont liées par tout usage qui est largement connu dans le lieu d'exécution du contrat, et régulièrement observé à des contrats de même nature, à moins que son application ne soit qualifiée de déraisonnable par le juge* ».

1.2- Données sociologiques

513. Les données sociologiques, qui sont nécessairement présentes dans toute réalité juridique, ont-elles été suffisamment prises en compte dans l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats ? Il n'est certes pas facile de cerner les contours du concept de « spécificités africaines » (*On se limitera à citer R.*

DAVID : « le droit doit composer avec les données sociales et respecter dans une certaine mesure les sentiments, les manières de voir naturelles à la société, à peine de demeurer une œuvre théorique et de perdre même le caractère de droit ; car il ne serait plus, en dépit de toute sa valeur morale, ce qui est juste pour la société envisagée », in « La refonte du code civil dans les États africains », *Annales africaines* (1962), 162), dont on peut dire en termes généraux qu'il touche de près les mœurs, les croyances, le genre de vie.

L'auteur de l'Avant-projet, sur la base des consultations qu'il a menées auprès d'un ample cercle de spécialistes, a identifié deux caractéristiques essentielles pertinentes, l'analphabétisme et la faiblesse généralisée de culture juridique dans les États de l'OHADA. Écartant l'option d'un droit simplifié et de compréhension aisée qui semblerait découler de telles caractéristiques, il préconise au contraire « une armature juridique susceptible d'attirer les investisseurs et de permettre aux États membres de participer à armes égales aux échanges internationaux », d'où un « droit harmonisé des contrats qui contienne des règles sophistiquées quant au processus de formation, aux sanctions de l'inexécution, à la transmission de ces obligations » (M. FONTAINE, *Note explicative de l'Avant-projet*).

514. Pourtant, le Professeur POUYOUÉ dans l'article précité, tout en reconnaissant les avantages des Principes d'UNIDROIT dans la modernisation des systèmes juridiques, souligne que l'Avant-projet, « crée une rupture épistémologique dans l'espace OHADA, en ce qu'il consacre des règles tout à fait étrangères au droit et pratiques judiciaires de l'espace OHADA ». Il cite pour exemples la lésion qualifiée, la révision judiciaire pour imprévision, la présomption de solidarité, la cession de dette, l'éviction du juge en cas de résolution pour inexécution essentielle, pouvoir reconnu au juge de compléter les contrats incomplets, notamment pour fixer le prix, etc.

En tout état de cause, en dépit de ses originalités, l'Avant-projet apparaît plus comme un texte international que national.

C'est pourquoi il importe que le futur Acte uniforme intègre suffisamment l'environnement social des États dans lesquels il a vocation à s'appliquer. Dans ce contexte, nous considérons qu'un ancrage dans la réalité locale, subsidiaire à la vocation d'unification régionale et de compatibilité avec les principes reconnus internationalement, et relevant du juge ou de l'arbitre confronté à l'application de l'Acte uniforme, peut assurer une prise en compte suffisante de la spécificité africaine, somme toute facteur de stabilité (*Sur la valeur stabilisatrice de la jurisprudence en matière du droit des obligations et des contrats, voir DECOTTIGNIES, colloque de Dakar, supra note 43, 63 ; on notera cependant l'opinion critique selon laquelle une telle stabilité est négative si elle émane de textes inadaptés aux conditions sociales et économiques nouvelles*). Les concessions que nous

proposons de faire au droit national se situent dans le contexte de l'interprétation et de l'application de l'Acte (traitées par l'article 1/5 de l'Avant-projet).

515. Ainsi, dans la nouvelle formulation que nous avançons pour l'article 1/5, alinéa 1) – dont la formulation d'origine prévoit : « Pour l'interprétation du présent Acte uniforme, il sera tenu compte de son caractère international et de sa finalité, notamment de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application » –, nous proposons d'ajouter le critère de la « localisation nationale » comme critère complémentaire au caractère international, ce qui permet au juge de s'appuyer sur les spécificités du système juridique qui lui est familier. Quant à l'alinéa 2) – qui prévoit : « Les questions qui entrent dans le champ d'application du présent Acte uniforme, mais que celui-ci ne tranche pas expressément, sont dans la mesure du possible, réglées conformément aux principes généraux dont il s'inspire » – nous proposons de le compléter par la précision : « notamment les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, complétés le cas échéant par le droit national du lieu d'exécution du contrat ».

De telles règles d'interprétation du futur Acte uniforme ne permettraient-elles pas un meilleur équilibre entre la vocation internationale et unificatrice de l'instrument d'une part, et les particularités locales pertinentes d'autre part ? C'est là en effet notre avis.

2 - Environnement juridique moderne résultant de la construction OHADA

516. Enfin, par « spécificité africaine », il faudrait entendre l'environnement juridique actuel dans lequel s'intégrera le futur Acte uniforme. En effet, une autre exigence formulée par le Conseil des ministres invitait le Pr. FONTAINE à aller au-delà des circonstances de fait comme l'analphabétisme, et à « coller » au système juridique de l'espace OHADA. Or, l'espace OHADA est très largement de tradition juridique civiliste. Mais, parce que susceptible de s'ouvrir au système anglo-saxon par la possibilité offerte aux pays anglophones d'intégrer l'OHADA, le recours aux principes d'UNIDROIT est apparu comme une sorte de compromis. Sauf que le Pr. POUYOUÉ (*Article précité*) fait observer qu'un tel compromis relèverait de l'utopie, les principes d'UNIDROIT ne formant pas un droit complet. En revanche, soutient l'universitaire, « ce qui est possible – et l'on l'observe déjà – c'est l'enrichissement réciproque des divers systèmes juridiques ». Selon lui, l'on assiste à une sorte de métissage juridique, sans pour autant que chaque système juridique ne perde son identité propre. Et l'expérience du Cameroun, pays bijuridique à la recherche de l'unification de son droit, est édifiante à cet égard. La jurisprudence et les réformes récentes montrent une unification puisant dans la tradition romano-germanique et la tradition anglo-saxonne mais à dominante civiliste.

517. L'ouverture est ainsi possible et souhaitable, à condition qu'elle n'ignore pas le fond juridique et les pratiques judiciaires de l'espace OHADA. Quoiqu'on dise, une famille juridique dominante existe dans l'espace OHADA et constitue la spécificité africaine dont l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats devait tenir compte (*Pour le Pr. POUYOUÉ, elle s'est formée au fil du temps en trois couches successives. La strate de fond est le système juridique romano-germanique, ou plus précisément la tradition civiliste à travers le droit français hérité de la colonisation tel que réinterprété au contact de la culture juridique personnaliste de l'Afrique noire. La strate intermédiaire est l'ensemble des réformes intervenues depuis les indépendances dont les innovations ont eu un impact considérable sur la théorie générale des contrats : le code sénégalais des obligations civiles et commerciales issu de la loi du 10 juillet 1963, le code civil de Guinée Conakry de 1983, la loi malienne du 29 août 1987 fixant régime général des obligations. La strate supérieure est formée des actes uniformes OHADA en vigueur dont certaines dispositions contiennent des éléments intéressants et innovants de la théorie générale du contrat*). Poursuivant ses tribulations, le Pr. POUYOUÉ indique que dans « *la grande famille civiliste, la famille juridique de l'espace OHADA se déploie avec ses marques propres. Elle prend ses distances avec le droit français, de telle sorte que tout raisonnement par analogie avec ce dernier s'avère hasardeux. Dès lors, toute ouverture ne peut être que des greffes des principes d'UNIDROIT ou des solutions issues des usages internationaux ou des droits étrangers efficaces et compatibles* ».

518. À l'analyse, l'on convient avec ce doctrinaire que de façon générale, l'uniformisation du droit des contrats dans l'espace OHADA ne peut réussir que si elle part de cette spécificité juridique latine, prend en compte des réformes effectives comme le code sénégalais des obligations civiles et commerciales, s'ouvre aux principes d'UNIDROIT et aux systèmes étrangers. C'est une approche de droit comparé et non un problème de substitution d'un système ou de recours tous azimuts à des principes comme ceux d'UNIDROIT. Encore que l'Avant-projet d'Acte uniforme pose des problèmes de cohérence d'ensemble et de cohérence par rapport à la théorie générale du droit.

b - Problèmes de cohérence de l'Avant-projet : interrogations par rapport à la cohérence d'ensemble et à la théorie générale du contrat

1 - Interrogations sur la cohérence d'ensemble de l'Avant-projet

519. Nous nous interrogeons ici sur la cohérence d'ensemble de cet Avant-projet d'Acte uniforme par rapport au Traité OHADA et aux autres Actes uniformes déjà adoptés.

1.1 - De la cohérence de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec le Traité OHADA

520. En premier lieu, nous relèverons deux points de forme qui pourraient entraîner une confusion de terminologie ou des interrogations.

La notion de « tribunal ». L'article 1/10 al. 1 de l'Avant-projet d'Acte uniforme qui traite des définitions dispose que : « Aux fins du présent Acte uniforme : le terme « tribunal » s'applique au tribunal arbitral ». Si l'on prend acte de l'intention des rédacteurs des Principes d'UNIDROIT de viser ainsi tant les tribunaux arbitraux que les tribunaux judiciaires, il nous semble que le libellé de l'Avant-projet risque de donner lieu à une interprétation restrictive malencontreuse. Afin de dissiper toute équivoque, nous suggérons une reformulation de cette définition, en retenant par exemple que « le terme «tribunal» s'entend du tribunal arbitral ou du tribunal judiciaire ».

On peut également s'étonner pour le regretter, de l'initiative dans l'Avant-projet d'Acte uniforme de traiter de l'erreur, du dol et de la contrainte dans le chapitre 3 « Validité du contrat », alors que ces vices qui peuvent affecter le consentement des parties au niveau de l'offre et de l'acceptation font l'objet de toute une construction théorique et jurisprudentielle dans le code civil (*Ch. LARROUMET, Droit Civil, tome III (Les Obligations, Le Contrat), Economica, 4^e éd., 94 et s*). Tels qu'incorporés dans le chapitre « validité du contrat », les vices du consentement ne semblent plus que constituer des cas d'invalidité du contrat, alors qu'ils méritaient bien leur place comme principe général, sous le chapitre relatif à « la formation du contrat » (*Le Professeur Fontaine en réponse, explique fort heureusement que ce choix des Principes d'UNIDROIT de réunir dans un chapitre distinct les différents problèmes de validité du contrat répond plus à un souci de clarté de présentation qu'à une sous-estimation de l'importance des vices du consentement*).

521. En ce qui concerne les problèmes de cohérence au fond de l'Avant-projet d'Acte uniforme avec le Traité OHADA, on s'interrogera sur le principe de la liberté contractuelle consacré par ce texte au regard de la portée de l'article 10 du Traité OHADA.

L'article 1.2 de l'Avant-projet dispose que « les parties peuvent exclure l'application du présent Acte uniforme, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets, à moins que le présent Acte uniforme n'en dispose autrement ». À l'instar du rôle prépondérant que le code civil reconnaît à la volonté des parties dans la formation du contrat, la liberté contractuelle consacrée dans l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats signifie que les parties ont le pouvoir d'écarter purement et simplement l'application de l'Acte uniforme, de déroger à l'une de ses dispositions ou d'en modifier les effets.

522. On remarquera du reste qu'il existe déjà des dispositions supplétives dans d'autres Actes uniformes réglementant des contrats particuliers ; en revanche les dispositions impératives, qui sont d'ordre public, ne sont pas soumises à la liberté contractuelle. À titre d'exemple, dans l'Acte uniforme sur le droit commercial général, les dispositions sur le bail sont en principe supplétives, sauf celles que l'Acte déclare d'ordre public (art. 102) ; celles sur les intermédiaires paraissent supplétives (à l'exception de l'art. 200), et il pourrait être également le cas pour les dispositions sur la vente commerciale. En revanche, la plupart des dispositions de l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route semblent impératives (art. 28). C'est le sens de l'exception qui assortit le principe, exprimé par la proposition « à moins que le présent Acte uniforme n'en dispose autrement ».

523. Quant à l'article 10 du Traité OHADA, il dispose que « les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure », affirmant ainsi la force obligatoire des Actes uniformes et leur substitution aux normes juridiques existantes et mêmes futures (*Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2^e éd., 37, Commentaires J. LOHOUES-OBLE*). Cette force obligatoire des Actes uniformes s'impose aux parties, qui se voient alors obligées de se plier aux règles uniformes édictées. Une telle interprétation serait-elle concevable en droit des contrats dont la pierre angulaire est la liberté contractuelle, qui veut que les parties puissent s'entendre « librement » sur le contenu de leur engagement ainsi que sur la loi applicable à leur contrat ?

524. La volonté de l'Avant-projet de respecter cette liberté contractuelle qui fonde le droit des contrats ne fait pas de doute. Cependant, il nous semble que pour éviter le risque que l'article 1/2 de ce texte soit compris comme énonçant un principe contradictoire au caractère obligatoire des Actes uniformes affirmé à l'article 10 du Traité OHADA, une coordination entre ces dispositions s'avère nécessaire. Il faudrait donc bien comprendre le mécanisme de la liberté contractuelle consacré dans l'Avant-projet d'Acte uniforme. Car si l'on peut concevoir que les parties puissent déroger à certaines dispositions qui n'ont pas un caractère impératif, ce qu'affirment les Principes d'UNIDROIT eux-mêmes qui ont inspiré l'Avant-projet, on ne concevrait pas non plus qu'elles puissent purement et simplement écarter l'application de l'Acte uniforme lui-même dans ses dispositions obligatoires, au regard de la portée de l'article 10 du Traité.

La solution d'une meilleure coordination de ces deux textes pourrait consister, non pas à reconnaître aux parties le pouvoir d'une exclusion pure et simple de l'Acte uniforme – ainsi que le prévoit l'article 1/2 de l'Avant-Projet qui semble déroger à l'article 10 du Traité OHADA –, mais simplement la possibilité d'exclure ou

de modifier les dispositions de l'Acte uniforme qui n'ont pas un caractère impératif ou obligatoire. L'article 1/2 de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats, pourrait alors devenir : « Sous réserve des dispositions impératives ou obligatoires, les parties peuvent exclure l'application du présent Acte uniforme, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets ».

1.2 - De la cohérence de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres Actes uniformes OHADA

525. La note explicative de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats du Pr. Marcel Fontaine explique suffisamment les mécanismes d'une coordination entre ce texte et les autres Actes uniformes. Nous n'y reviendrons pas outre mesure, sauf sur deux points précis.

Le premier concerne les différences entre le régime des nullités en vertu de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, et les dispositions en la matière de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats.

Une étude approfondie de la question montre que le droit des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a quasiment généralisé les nullités de plein droit ou d'ordre public, et réservé un rôle résiduel aux nullités virtuelles. La jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage affirme nettement, par application de l'article 297 dudit texte que : « *L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a expressément prévu que l'inobservation de certaines formalités prescrites est sanctionnée par la nullité. Toutefois, pour quelques-unes de ces formalités limitativement énumérées, cette nullité ne peut être prononcée que si l'irrégularité a eu pour effet de causer un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque. Hormis ces cas limitativement énumérés le juge doit prononcer la nullité lorsqu'elle est invoquée s'il constate que la formalité prescrite à peine de nullité n'a pas été observée sans qu'il soit alors besoin de rechercher la preuve d'un quelconque préjudice* » (CCJA, Avis n° 001-99-JN du 7 juillet 1999).

L'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats quant à lui, reprend la distinction classique nullité absolue (art. 3/13) et nullité relative (art. 3/14), ce qui permet de déterminer plus facilement le régime juridique des nullités consacrées. En conséquence, dans le cadre de ce dernier texte, contrairement à la nullité de plein droit des procédures d'exécution, la nullité est soulevée d'office quand elle est absolue, et elle ne peut être invoquée que par la personne en faveur de qui elle est établie si elle est relative. Dans l'un et l'autre cas, l'Acte uniforme sur le droit des contrats ne se préoccupe pas de l'incidence du préjudice ou du grief dans la nullité.

Si des différences entre les régimes de nullité applicables respectivement aux contrats et aux actes de procédure sont concevables, ne pourrait-on pas unifor-

mettre le régime juridique des nullités du droit OHADA, en consacrant plus globalement le régime traditionnel de l'Acte uniforme sur le droit des contrats qui est plus favorable aux parties, par rapport au régime de nullité de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution qui apparaît trop contraignant ? Les nullités de plein droit consacrées dans l'ensemble de l'Acte uniforme s'imposent au juge sans qu'il soit besoin de rechercher l'existence d'un grief ou d'un préjudice. Les conséquences de ce régime des nullités impératives sont parfois néfastes pour les deux parties (Voir F. ONANA ETOUNDI, « *Le régime juridique des nullités de procédure dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution* », Séminaire Huissiers de Justice, Abidjan, Côte d'Ivoire (30 juillet 2005)).

526. Le deuxième point méritant une attention particulière est la coordination entre l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats et le Projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation dont la préparation est maintenant à un stade avancé.

Dans ce qu'on peut appeler un « exposé de motifs » de ce projet, son auteur (M. Thierry BOURGOIGNIE, Professeur ordinaire, Directeur du Groupe de recherche en droit international et Comparé de la Consommation (GREDICC), Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal (UQAM), Canada), relève que l'Acte uniforme sur le droit des contrats a un champ d'application général et concerne tous les contrats, y compris les contrats de consommation, alors que l'Acte uniforme sur le contrat de consommation doit être vu comme un ensemble de dispositions particulières applicables aux seuls contrats conclus entre une entreprise et un consommateur. Il en conclut que « les dispositions de l'Acte uniforme sur le droit des contrats s'appliqueront donc au contrat de consommation à défaut de dispositions particulières dans l'Acte uniforme sur le contrat de consommation et pour les aspects qui ne sont pas couverts par celui-ci » (T. BOURGOIGNIE, *Note explicative accompagnant l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit de la consommation, texte révisé au 31 août 2005*).

527. Nous pouvons nous réjouir de la bonne articulation entre ces avant-projets dont les champs d'application se complètent, et renferment des règles générales communes. Celles-ci sont à l'occasion formulées à l'identique, notamment dans les dispositions sur la bonne foi, sur l'absence de formalisme dans la formation du contrat et sur le « bouleversement des circonstances ». L'auteur de l'Avant-projet sur les contrats de consommation s'est expliqué sur ces redites, qui auraient semblé au profane un double emploi inutile. Il souligne l'utilité d'insister explicitement sur la pertinence de ces règles dans le cadre des rapports juridiques nés de contrats de consommation, qui mettent en présence des parties séparées par un profond déséquilibre de compétences, de formation juridique et d'éducation. Il invoque en

outre le souci de donner une cohérence à une matière nouvelle et généralement dispersée, en rassemblant les dispositions protectrices essentielles afin d'en faciliter l'accès pour le consommateur, ainsi que les entreprises, les juges et les fonctionnaires chargés de la mise en œuvre du futur droit des contrats de consommation, améliorant ainsi grandement son effectivité.

Au-delà des problèmes de cohérence d'ensemble, le champ d'application de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats est sujet à caution. L'hésitation est relative à la question de savoir s'il s'agit d'un droit commun des contrats en général ou d'un droit commun des contrats commerciaux.

2 - Hésitations sur le champ d'application de l'Avant-projet : droit commun des contrats en général ou droit commun des contrats commerciaux ?

528. La question du champ d'application du futur Acte uniforme sur le droit des contrats est fondamentale : vise-t-on à adopter un droit commun des contrats qui régirait à la fois les contrats commerciaux et les contrats civils, ou bien à un droit limité aux seuls contrats commerciaux ? L'auteur de l'Avant-projet a trouvé les avis partagés des interlocuteurs africains qu'il a interrogés, mais il a quant à lui pris position en faveur d'un régime général des contrats. Et de la sorte, le futur Acte uniforme s'appliquerait à tous les contrats, civils ou commerciaux, internes et internationaux. Le législateur OHADA aura pourtant du mal à trancher cette question. Car l'option globale choisie par l'auteur de l'Avant-projet s'avère une approche incomplète en ce qu'elle n'aborde pas toutes les questions de la théorie générale des contrats. Est-ce pour autant qu'on pourrait élaborer des règles générales pour les seuls contrats commerciaux ? La réponse à cette question reste une énigme pour le futur droit des contrats dans l'espace OHADA.

2.1 - Hésitations sur la thèse d'un droit commun des contrats en général

529. Si le législateur OHADA venait à entériner la solution d'un Acte uniforme qui soit le droit commun des contrats en général, on peut y voir un inconvénient (POUGOUÉ, *article précité*) :

2.1.1 - L'Avant-projet ne couvre pas toutes les matières relevant de la théorie générale des contrats

530. Quelques exemples illustrent cette insuffisance : la sous-section 4 relative à la durée du contrat qui se limite au seul contrat à durée déterminée sans allusion aucune au contrat à durée indéterminée, ou la restriction du domaine de l'Avant-projet aux seules obligations contractuelles et à quelques matières de la théorie générale des obligations. Pour un Acte uniforme qui se veut à vocation générale, il aurait été logique d'étendre la réforme à la théorie générale des obligations (*obligations*

d'après leurs sources : actes juridiques, faits juridiques, régime général des obligations, preuve des obligations, effets généraux des obligations, modalités des obligations, transmission des obligations, transformation des obligations, extinction des obligations).

2.1.2 - L'avant-projet est assez éloigné du domaine général d'uniformisation du Traité de l'OHADA

531. Il convient de relever que si le Traité OHADA permet une incursion du Conseil des ministres dans le domaine civil ou judiciaire pour étendre le champ d'application du droit des affaires de l'OHADA défini à son article 2, c'est essentiellement dans le but de permettre l'application du droit des affaires avec diligence et sécurité pour les activités économiques.

À cet effet, il va de soi que l'arbitrage, les sûretés, le recouvrement des créances et les voies d'exécution ne relevant pas directement du droit des affaires, la lettre comme l'esprit des textes (*arts. 1^{er} et 2 du Traité*) postulent que l'uniformisation de telles matières soit limitée aux stricts besoins d'un environnement juridique suffisamment fiable pour les entreprises. En conséquence, une incursion dans les opérations du droit civil doit être faite « avec plus de circonspection que pour le droit des affaires proprement dit » (*ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques... », article précité*). Ainsi, les procédures de recouvrement ont été limitées aux injonctions de payer ou de délivrer une chose, les sûretés ont été revalorisées comme garanties de paiement pour encourager le crédit dans l'activité commerciale (*sur le rôle du droit des Sûretés OHADA pour la sécurité de l'investissement, voir F. ANOUKAHA, Le Droit des Sûretés dans l'Acte uniforme OHADA, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé (1998)*). Par ailleurs, l'arbitrage a été réglementé comme un mode de règlement approprié des différends contractuels (*voir « L'arbitrage OHADA », Actes du colloque tenu le 2 février 2001 à Paris, Revue camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial (octobre 2001)*). Elle doit être prudente, et en stricte conformité avec l'objet du Traité OHADA qui est de garantir la sécurité des activités économiques par un cadre juridique approprié. Le Pr. POUGOUÉ souligne que « l'OHADA n'a de sens que si l'on a une conception stricte du droit des affaires ». Or le contrat civil, acte juridique le plus répandu, n'implique pas une relation directe ou immédiate avec ce droit des activités économiques de l'OHADA. Comment donc imaginer un seul instant que tout contrat puisse entrer dans le domaine du droit des affaires de l'OHADA ?

L'objectif recherché par les pères fondateurs de l'OHADA n'était assurément pas un abandon général de la souveraineté législative et judiciaire des États parties. De ce point de vue, l'uniformisation des matières relevant du droit économique et l'abandon de la souveraineté législative et judiciaire devraient inviter à une interprétation prudente et mesurée du domaine du droit des affaires défini par le Traité OHADA.

Par conséquent, étendre l'Acte uniforme sur le droit

des contrats aux contrats civils et aux contrats commerciaux serait une initiative du législateur OHADA de mettre un terme à la division entre deux branches du droit privé (droit civil et droit commercial). Se trouve ainsi soulevée en filigrane, la question que s'était déjà posée la doctrine : harmonisation du droit des affaires ou harmonisation du droit privé ? (*Voir LOHOUES OBLE, OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2^e éd., 37*).

À partir de ces hésitations, on pourrait s'en tenir à un Acte uniforme limité aux contrats commerciaux. Cette solution serait plus conforme aux préoccupations du Traité OHADA d'adapter la législation des États parties à la situation de leurs économies, afin de faciliter l'activité des entreprises, et une extension aux contrats civils serait allée au-delà d'un tel objectif. Pourtant, souligne la doctrine, une théorie générale des contrats commerciaux n'a pas de sens. Le débat reste donc ouvert.

2.2 - Débats sur l'idée d'une théorie générale des contrats commerciaux ?

532. La logique de l'OHADA devrait incliner à limiter le projet d'Acte uniforme aux seuls contrats commerciaux. Mais une partie de la doctrine soutient formellement qu'il n'est pas possible de dégager des règles générales applicables les unes aux contrats civils, les autres aux contrats commerciaux. Elle prend pour exemples, les conditions de fond de formation du contrat (capacité, consentement, objet, cause, sanction de la violation des conditions de formation), la force obligatoire du contrat, l'interprétation du contrat (*Paul-Gérard POUGOUÉ, article précité ; Dorothe SOSSA, Le champ d'application de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats : contrats en général/contrats commerciaux/contrats de consommation, in colloque de Ouagadougou sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats, p. 339 à 353*).

Mais, l'idée d'une théorie générale des contrats commerciaux ne manque pour autant pas d'arguments dont voici les principaux :

- Sur l'absurdité d'une théorie générale des contrats commerciaux

533. Il s'agit en réalité de relancer le débat sur l'autonomie du droit commercial par rapport au processus d'élaboration d'un droit commun des contrats dans l'espace OHADA. L'occasion n'est-elle pas donnée au législateur OHADA de faire œuvre d'originalité en créant une théorie générale des contrats commerciaux ? Celle-ci énoncerait les principes généraux applicables à tous les contrats commerciaux, y compris ceux qui font déjà l'objet d'un Acte uniforme spécifique ou d'un texte particulier (*le contrat d'assurance a été réglementé par le code CIMA*). Les contrats commerciaux seraient alors dotés d'un régime juridique complet (*un droit commun et des droits particuliers*) distinct du droit civil.

Quant au caractère insolite de cette situation « où

coexisteraient deux régimes complets, comportant d'importantes différences, du droit des contrats, [qui] ne s'est guère présentée dans l'histoire », on observera que ce ne serait pas là la seule originalité du droit OHADA. Car c'est bien dans l'espace OHADA que l'on voit pour la première fois dans l'histoire, une juridiction de cassation qui constitue en même temps un troisième degré de juridiction, la Cour commune de justice et d'arbitrage évoquant et statuant sur le fond en cas de cassation (*art. 14 § 5 du Traité OHADA*).

– Sur l'idée que le débat sur la commercialité est dépassé

534. La doctrine reste très divisée sur la question. Si certains auteurs soutiennent que le droit commercial n'est pas autonome en ce qu'il obéit aux méthodes et aux concepts du droit civil (*A. VIANDER/J. VALLANSAN, Actes de commerce, commerçants, Activité commerciale, 2^e éd. (1986), 23 ; J. DUPICHOT, Droit commercial, 1^{er} volume, Paris, Montchrestien, n° 6 et s.*), une partie de la doctrine contemporaine soutient par contre l'autonomie du droit commercial comme nécessaire. Constatant l'élargissement de son champ d'application pratique, elle voit en lui un droit au contour plus vaste : le droit des affaires ou plus généralement celui des activités économiques (*L.-B. Fredericq, Précis de droit commercial, Bruylant (1970), 7 ; voir aussi Y. REINHARD, qui définit le droit commercial « comme la partie du droit positif qui décrit et analyse le statut et les activités des entreprises industrielles et commerciales », (in droit commercial, Litec, 2^e éd. (1990), n° 9)*).

On rappellera qu'il subsiste des différences remarquables entre le droit civil et le droit des affaires ; en particulier les règles du droit commercial répondent à des besoins de rapidité, de crédit et de sécurité, propres au commerce (*Et qui justifient les règles dérogatoires du droit civil en matière de preuve (testimonial en droit commercial, écrite en droit civil – art. 1341), de transport des créances (par simple endossement ou tradition du titre en droit commercial, sans les formalités du code civil – art. 1690), ainsi qu'à des considérations particulièrement importantes de confiance et de bonne foi (On donnera en exemple la solidarité, qui ne se présume pas en droit civil, tandis qu'elle est de droit entre débiteurs d'une même obligation commerciale, de sorte que le créancier tend à faire foi à ses débiteurs dès lors qu'il est fondé à réclamer le paiement complet à un seul d'entre eux ; en ce qui concerne le mandat, compte tenu du fait que la gratuité ne se présume pas en matière commerciale, le mandataire commercial peut prétendre à une rémunération alors que le droit civil proclame la gratuité du mandat)*).

Dans le contexte de l'Afrique subsaharienne, il existe certes au Sénégal et au Mali des codes ou lois couvrant les obligations tant civiles que commerciales ; toutefois les quatorze autres pays de l'OHADA continuent d'appliquer la théorie générale des obligations du Code civil qui renvoie bel et bien aux règles particulières du

droit commercial. Reste donc d'actualité la théorie traditionnelle suivant laquelle le droit commercial est un droit exceptionnel par rapport au droit civil qui lui sert en quelque sorte de support : les dispositions du Code civil, base essentielle du droit privé, s'appliquent chaque fois que la loi commerciale ou les usages commerciaux ne règlent pas le point litigieux.

– S'agissant des difficultés de départage nées de deux, voire de trois droits des contrats

535. Quant à l'objection qu'un Acte uniforme limité aux contrats commerciaux ferait coexister en Afrique trois droits des contrats, régissant les contrats civils, les contrats commerciaux et – bientôt – le contrat de consommation, avec les difficultés qui en dérivent concernant la délimitation du champ d'application de ces textes, nous ne pensons pas qu'une telle inquiétude soit déterminante. En effet, chaque droit des contrats a son domaine spécifique : les contrats civils resteront régis par le régime du code civil, les contrats commerciaux seront soumis à une sorte de droit commun énonçant des règles générales applicables à tous les contrats commerciaux – dont un certain nombre fait déjà l'objet de réglementation particulière dans d'autres Actes uniformes –, et le droit des contrats de consommation aura pour domaine lesdits contrats (y compris les contrats mixtes, conclus entre commerçants et consommateur).

– Sur l'idée que l'unification permettrait de moderniser la codification civile

536. On peut souscrire à cet avantage, mais en observant que rien n'empêche le Conseil des ministres de l'OHADA d'inclure ultérieurement certains aspects du droit civil des contrats dans le domaine du droit des affaires, si cela s'avère opportun par rapport aux objectifs du Traité. De même, la modernisation de la codification civile peut se faire à l'intérieur de chaque État membre, et non pas nécessairement dans le cadre d'un processus d'harmonisation du droit. Les États membres de l'OHADA demeurent donc libres chacun en ce qui le concerne, d'étendre la nouvelle législation sur les contrats aux contrats civils. Il pourrait s'agir là d'une technique de modernisation de la codification civile qui s'offre à chaque État partie.

Conclusion

537. Au terme de notre analyse, nous résumerons notre propos en saluant l'œuvre réformatrice décidée dans un domaine fondamental de la reconstruction juridique de l'OHADA, qu'est le droit général des contrats. La source d'inspiration, les Principes d'UNIDROIT – corpus de règles ne se rattachant à aucune tradition juridique particulière des États de l'OHADA mais reflétant des solutions modernes et équitables qui jouissent d'une large reconnaissance internationale –, offre de bonnes perspectives sur le plan de la sécurité et de la

prévisibilité juridiques des situations contractuelles ; ce qui devrait rassurer les opérateurs économiques et stimuler les investissements à l'intérieur de la région.

Toutefois, et faisant pendant au concept de sécurité, nous en appelons à une meilleure prise en compte de la stabilité des situations contractuelles qui passe par une certaine reconnaissance des réalités africaines, notamment les pratiques et les usages, qui relèvera du juge national dans les États parties – ou de l'arbitre. Cette reconnaissance existant déjà dans le cadre contractuel (art. 1/8 et 4/2 de l'Avant-projet), sera utilement complétée dans les règles d'interprétation de l'Acte uniforme (art. 1/5) par une mention à la « localisation nationale » et au « droit national du lieu d'exécution du contrat » et subsidiairement aux principes généraux dont s'inspire l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats, notamment les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international.

D'importantes réserves et interrogations subsistent cependant quant au recours à ces Principes comme source d'harmonisation du futur droit des contrats dans l'espace OHADA.

En effet, l'Avant-projet, bien que présentant des solutions originales, modernes et attractives sur certaines questions épineuses, reste globalement insaisissable. Insaisissable parce qu'il ne précise pas clairement son champ d'application, contrats en général ou contrats commerciaux seulement (*la question relance un débat plus que jamais d'actualité : Voir la bataille annoncée par le juge KEBA MBAYE entre le Code civil et le droit OHADA, in : « Le destin du code civil en Afrique », in Le code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire, Paris, Dalloz, Litec (2004)*). Insaisissable parce qu'il embrasse, sans l'épuiser, la théorie générale des obligations. Insaisissable, parce qu'il déborde largement le domaine strict du droit des affaires. Insaisissable, parce qu'il est très éloigné de la tradition juridique et des pratiques judiciaires des pays de l'espace OHADA, alors même que les Principes d'UNIDROIT ne constituent pas une famille juridique pouvant se substituer à tout un système juridique donné.

538. Comment faire donc pour sortir de l'impasse actuelle ? Faudrait-il souscrire à l'idée d'abandonner l'initiative même d'un Acte uniforme sur le droit des contrats en faveur d'une des deux démarches suivantes proposées par la doctrine (*P. G. Pougoué, article précité*), afin de tirer le meilleur parti du travail considérable du Professeur Marcel Fontaine ?

Dans la première démarche, il pourrait être très utile d'envisager d'uniformiser, dans le cadre de l'OHADA, le régime juridique de certains contrats d'affaires, tel que le contrat de franchise, les contrats de la production et de la distribution, le contrat de concession exclusive, etc. On serait alors tout à fait en cohérence avec la démarche de l'OHADA jusque-là. Alors, les Principes d'UNIDROIT pourraient être une précieuse référence de modernisation.

Dans la seconde démarche, si uniformiser la théorie générale des obligations ne paraît pas opportun dans

le cadre de l'OHADA, le besoin de la moderniser se fait sentir tout de même au niveau des différents États, même du Sénégal qui dispose déjà d'une loi interne assez avancée en la matière. Le Conseil des ministres pourrait alors adopter une espèce de loi-type qui, tout en respectant la tradition juridique et les pratiques judiciaires de l'espace OHADA, serait enrichie des Principes d'UNIDROIT, des modèles-types d'autres organismes, des enseignements du droit comparé. Le Pr. POUGOUÉ souligne que cette loi-type serait alors proposée aux États de l'OHADA qui pourraient, à leur convenance, s'en inspirer à de degrés divers pour moderniser leur législation nationale. Ce qui aurait le grand avantage de moderniser et d'harmoniser, cette fois au vrai sens du mot, la théorie générale des contrats dans divers États. « L'approche est peu ambitieuse. Mais ce qui est perdu en ambition est gagné en réalisme et en efficacité » (*Pougoué (P. G.), L'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats : tribulations d'un universitaire, www.obadata.com*).

539. Ainsi, à notre avis, pourront être maintenus l'esprit et la substance de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur les contrats inspirés des Principes d'UNIDROIT, tout en veillant à assurer des conditions d'application favorables dans le contexte des États de l'OHADA. Car, il faut toujours avoir à l'esprit que l'espace OHADA est un espace juridique spécifique, mais pas une communauté économique encore moins une union politique. Dès lors l'OHADA n'est pas une machine à uniformiser tout le droit, mais un outil technique de modernisation intégrée d'un droit spécial.

Ne s'agissait-il pas en fin de compte, au travers de cette analyse, de réfléchir sur une convergence d'idées en vue d'instaurer en Afrique un droit des contrats formant un « tout », tant dans ses considérations théoriques que dans ses applications pratiques. Mais c'est aux États parties qu'il appartiendra de décider, et l'on n'aura jamais assez de dire que seul « de la volonté politique des États parties, dépendra l'avenir de l'OHADA ».

C - Avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit du travail

Introduction

540. Le Traité créateur de l'OHADA a clairement inscrit le droit du travail dans le champ du droit des affaires à harmoniser. Les pères fondateurs de l'OHADA exprimant par là même leur conviction selon laquelle la vie de l'entreprise est liée aussi au droit du travail et que l'harmonisation du droit des affaires ne peut se concevoir sans l'harmonisation du droit du travail. Il est en effet nécessaire, pour stimuler la croissance économique, d'avoir des règles précises assurant aux travailleurs des conditions décentes garantissant leur dignité, permettant aux employeurs une certaine flexibilité dans l'organisation protégeant l'outil de production.

C'est tout l'enjeu d'un modèle social qui ne saurait être évacué derrière le langage de l'économie.

En février 2002, le Conseil des ministres de l'OHADA ouvre le chantier vers un acte uniforme en matière du droit du travail. À ce jour, les discussions sont toujours en cours ; à ce sujet, le récent Conseil des ministres tenu à Lomé les 13, 14 et 15 décembre 2010 a jugé important que les concertations puissent se poursuivre dans les États parties sur les préoccupations relatives au processus engagé. C'est dire combien, le principe d'harmonisation étant posé l'idée d'un acte uniforme en matière du droit du travail reste délicat.

I - Enjeux de l'harmonisation

541. L'harmonisation se justifie d'abord par l'évolution des idées et des normes en matière du travail aussi bien au niveau international et régional qu'à celui des États, ensuite par les objectifs de l'OHADA

a - Contexte de l'harmonisation

542. Il est indispensable d'interroger le contexte ou l'environnement juridique du travail aujourd'hui, si l'on ne veut pas concevoir un acte uniforme idéaliste ayant peu d'emprise avec les réalités et partant vouer à l'échec.

L'harmonisation intervient dans un contexte fort édifiant d'un environnement international marqué par les idéaux de l'OIT, d'un environnement régional portant déjà les germes d'une harmonisation, et d'une certaine convergence de fait des récentes réformes des codes du travail dans quelques États membres de l'OHADA.

1 - Environnement international

543. Le projet d'harmonisation ne saurait ignorer la réglementation internationale du travail issue des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du travail (OIT). Cette réglementation est dominée par l'idée d'assurer à chacun un travail décent.

L'appel est encore plus pressant à l'heure de la mondialisation.

1.1 - Réglementation internationale en général

544. Il y a dans cette réglementation une toile immense couvrant tous les domaines du droit du travail et de la sécurité sociale : la liberté syndicale ; la suppression de la discrimination en matière d'emploi et de profession ; la politique de l'emploi ; le chômage ; le placement ; le salaire ; les conditions générales de travail ; l'hygiène et la sécurité du travail ; les services sociaux ; la sécurité sociale (soins médicaux, indemnités de maladie, prestations de maternité, prestations

d'invalidité, prestations de vieillesse, prestations de survivants, prestations d'accidents du travail et de maladies professionnelles, prestations de chômage, prestations aux familles, sécurité sociale des étrangers, etc.) ; les relations professionnelles ; le travail des femmes ; le travail des enfants et des adolescents ; le travail de nuit ; les gens de mer et les pêcheurs ; les étrangers et les migrants ; l'administration du travail ; les conventions collectives ; la formation professionnelle, etc. Cette toile est une abondante et précieuse source d'inspiration du projet d'harmonisation.

Il faut signaler que la plupart des conventions de l'OIT ont été ratifiées par la majorité des États-membres de l'OHADA (*voir tableau dressé par le BIT des ratifications des conventions OIT*).

1.2 - Principes et droits fondamentaux au travail

545. Dans cette réglementation, il faut faire une place de choix aux principes et droits fondamentaux au travail (déclaration de l'OIT du 18 juin 1998) :

- la liberté d'association et reconnaissance effective du droit de négociation collective ;
- l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ;
- l'abolition effective du travail des enfants ;
- l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

Ces principes et droits fondamentaux au travail dont les conventions les contenant ont du reste été ratifiées par la plupart des États membres de l'OHADA doivent servir de socle au projet d'harmonisation.

S'inspirant de ces normes internationales, d'autres droits fondamentaux pourraient être énoncés dans le projet d'harmonisation, par exemple, le droit à la formation professionnelle dans l'entreprise. En tout cas, les droits fondamentaux des salariés devraient retenir toute l'attention lors des discussions et faire l'objet d'une inscription précise dans le projet d'harmonisation.

2 - Environnement régional

546. L'environnement régional de l'OHADA montre également quelques avancées sur la voie de l'intégration juridique. Le projet d'harmonisation ne saurait les ignorer. On y trouve des acquis à préserver en droit de l'emploi et en droit de la sécurité sociale.

Au-delà de l'analyse, on perçoit dans ces avancées régionales le lien nécessaire et étroit entre le droit du travail, le droit de l'emploi et le droit de la sécurité sociale, singulièrement dans l'espace OHADA où aucun État n'a un système de couverture universelle et où, partant, le droit de sécurité sociale est strictement dérivé du droit du travail. C'est dire que le projet d'harmonisation, pour être attractif, devra faire quelque incursion dans le droit de l'emploi et le droit de la sécurité sociale.

2.1 - Droit de l'emploi

547. Sur ce point, on trouve actuellement dans l'espace OHADA l'affirmation solennelle du principe de libre circulation de la main-d'œuvre.

En Afrique de l'Ouest, le Traité instituant l'Union économique et monétaire de l'Ouest africain (UEMOA) prévoit en son article 4 la libre circulation des personnes

En Afrique centrale, l'article 27 de la Convention de Bangui du 26 mars 1996 régissant l'Union économique de l'Afrique Centrale (UEAC) pose ce principe.

Il ne faut pas perdre de vue que l'intégration juridique recherchée par l'OHADA vise à terme une intégration économique. Or il ne saurait y avoir d'intégration économique sans réelle liberté de circulation des travailleurs, des biens et des capitaux. De plus, la libre circulation des travailleurs est primordiale pour la compétitivité des entreprises dans l'espace communautaire. Aussi paraît-il judicieux d'approfondir, lors des discussions sur le projet d'harmonisation du droit du travail, la réflexion sur cette question.

2.2 - Droit de la sécurité sociale

548. Dans l'espace OHADA, l'harmonisation de la sécurité sociale est amorcée par deux conventions : la convention générale de sécurité sociale de l'OCAM et le traité CIPRES.

La convention générale de sécurité sociale de l'OCAM est un début de solution des délicats problèmes des mouvements de migration des travailleurs entre les pays d'Afrique.

Elle pose quatre grands principes :

- le principe de non-discrimination qui postule l'égalité de traitement de tous les travailleurs, nationaux et étrangers, dans les législations nationales et dans les conventions internationales bilatérales ou multilatérales ;
- le principe de détermination de la législation applicable qui permet, à la fois, d'éviter les cumuls de législation ou l'exclusion de toutes ;
- le principe du non-cumul qui est le corollaire de celui de non-discrimination ;
- le principe de maintien des droits en cours d'acquisition (comptabilisation des périodes de « stage probatoire » accomplies dans un système pour être validées dans un autre ; les périodes de vie active successivement accomplies dans plusieurs pays en vue de l'assurance vieillesse) et des droits acquis (le titulaire d'un droit acquis dans un pays peut en bénéficier même en dehors de ce pays).

La création en septembre 1992, par des États par ailleurs membres de l'OHADA, de la Conférence internationale de la prévoyance sociale (CIPRES) traduit la volonté de ces États de renforcer les liens d'intégration économique et sociale et de poursuivre en commun la rationalisation de leurs systèmes de prévoyance sociale.

Entre autres missions, la CIPRES aura à élaborer des propositions tendant à l'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires applicables aux organismes et aux régimes de sécurité sociale.

Même si le projet d'harmonisation du droit du travail est finalement limité en droit du travail stricto sensu, il faudrait avoir à l'esprit cet environnement de sécurité sociale pour ne pas le contredire ou le supprimer par inadvertance.

3 - Relative convergence des codes nationaux du travail

549. On se bornera à donner des indications sur les causes et les résultats de cette relative convergence dans le but toujours d'éclairer les leaders syndicaux.

3.1 - Causes de la convergence

550. Les codes africains de la zone franc (zone de départ de l'OHADA) ont une source historique d'inspiration commune, à savoir le code du travail des territoires d'outre-mer de 1952. L'influence de ce dernier reste grande dans les législations nationales au lendemain des indépendances. De plus, les réformes récentes de ces législations sont marquées par les mêmes enjeux nouveaux :

- une plus forte libéralisation de l'économie qui passe par la substitution du libre jeu des forces du marché au contrôle et à l'intervention de l'État ;
- le choix d'une société démocratique, ce qui n'est pas sans incidence sur la révision des législations du travail singulièrement en ce qui concerne le pluralisme syndical, la liberté syndicale, la négociation collective des conditions de travail ;
- la volonté des pays de la zone franc, à l'Ouest comme au Centre, de procéder entre eux une intégration économique et sociale, ce qui conduit à effacer toutes les dispositions des législations nationales susceptibles d'entraver cette intégration.

Enfin, à l'aube du projet d'harmonisation du droit du travail, les droits nationaux de la plupart des États membres de l'OHADA sont dominés par la recherche d'un compromis entre les impératifs de la compétitivité des entreprises et les droits fondamentaux des travailleurs. Le résultat sur le plan concret, c'est la convergence de certaines solutions normatives.

3.2 - Résultats de la convergence

551. Les tendances de convergence dans les solutions normatives des récents codes africains du travail tournent autour de deux idées principales, à savoir la flexibilité du marché du travail et la flexibilité de l'emploi.

En ce qui concerne la flexibilité du marché du travail, tous les nouveaux codes du travail libéralisent l'accès à l'emploi et les salaires.

Le principe de la liberté contractuelle devrait entraîner l'effacement des dispositions entravant leur rencontre, notamment l'interdiction ou la restriction d'emploi et le visa administratif obligatoire. L'analyse comparée indique cependant quelques nuances qui ne remettent pas en cause le principe, singulièrement sur la question du visa. Les questions de restriction à la liberté contractuelle devront retenir toute l'attention lors des débats sur le projet d'harmonisation du travail.

Tout en libéralisant les salaires, tous les codes africains ont institué un salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG) dont la fixation est laissée aux soins de l'administration. Ils demandent également la fixation des salaires minimaux des catégories professionnelles en l'absence de convention collective. La libéralisation des salaires et ses filets de protection (SMIG, salaires minimaux des catégories professionnelles) devraient être suivis dans le projet d'harmonisation du droit du travail.

En ce qui concerne la flexibilité de l'emploi, on trouve dans les nouveaux codes quelques tendances convergentes sur l'élargissement du recours au contrat à durée déterminée, le chômage technique comme cause de suspension du contrat de travail. Mais, les nuances persistent sur quelques questions importantes comme le licenciement économique, la modification du contrat de travail, l'indemnisation du licenciement abusif. Les discussions sur le projet d'harmonisation du droit du travail devraient approfondir les questions suivantes :

- la définition du motif économique et la procédure d'un tel licenciement avec un accent particulier sur la négociation préalable, les délais de réflexion, l'autorisation préalable (son opportunité, sa matière, son contentieux), le rôle et l'intervention des délégués du personnel, la prime de séparation, etc. Néanmoins, il faut bien le souligner, la tendance dans les nouveaux codes (à l'exception, à notre connaissance, des codes du Gabon et de la Guinée Conakry) est la souplesse en matière de licenciement économique tout en préservant des garanties minimales pour les travailleurs. De même, il ne faudrait pas perdre de vue la réglementation spécialisée étudiée en première partie du licenciement économique dans le cadre d'une procédure collective d'apurement du passif ;
- la question de la modification substantielle du contrat de travail. Dans le nouveau code camerounais du travail par exemple, la modification substantielle unilatérale n'est pas abusive si elle est justifiée par l'intérêt de l'entreprise ;
- le cantonnement ou non de l'indemnité préparant le licenciement abusif.

La divergence reste vive sur ce point.

Ces acquis devraient être parfaitement maîtrisés avant d'aborder l'harmonisation proprement dite.

b - Choix politique de l'OHADA

552. En incluant le droit du travail parmi les matières à harmoniser, le législateur OHADA a clairement exprimé un choix politique. Sans attendre un acte uniforme sur l'ensemble du droit du travail, ce choix politique trouve déjà des applications dans quelques actes uniformes en vigueur.

1 - Orientation de la politique générale dans le Traité de l'OHADA

553. L'intégration juridique recherchée par l'OHADA est sous-tendue par deux principaux enjeux : renforcer la sécurité juridique pour faciliter les échanges et les investigations et garantir les activités des entreprises ; propulser à terme l'émergence d'un véritable pôle de développement en Afrique (Préambule du Traité relatif à l'OHADA).

L'OHADA exprime ainsi fortement le choix d'une économie plus libérale fondée sur l'initiative privée et les lois du marché. Or, dès lors que se multiplient les entreprises commerciales et industrielles, il est nécessaire d'avoir des règles précises pour assurer la décence suffisante aux travailleurs et l'indispensable flexibilité aux employeurs.

Par ailleurs l'OHADA prépare une intégration économique. Celle-ci serait inachevée sans un modèle social qui la complète. L'enjeu majeur de l'harmonisation du droit du travail est l'écriture, au niveau de l'OHADA, d'une cohésion économique et sociale d'un nouveau type en termes :

- de ses ou de sa signification : sur quelles valeurs substantielles reposerait cette cohésion économique et sociale ?
- d'instrumentalisation : quels concepts, quels droits, quelles politiques peuvent rendre « justiciables » de véritables droits civiques et sociaux et les garantir aux travailleurs ?
- d'impulsion : comment maintenir l'emploi au premier plan des préoccupations politiques de l'OHADA ?

L'on saisit tout l'enjeu : il s'agit de sécuriser juridiquement un espace économique et social, en prenant en compte les fonctions à la fois de régulation économique et sociale mais aussi de protection sociale du droit du travail. De façon particulière, un acte uniforme en matière du droit du travail est d'une importance capitale pour les entreprises ayant une activité transnationale et pour les droits des travailleurs appelés à de nombreuses mobilités professionnelles dans l'espace OHADA.

554. À cet égard, il faut bien comprendre la finalité du droit du travail. À la croisée des chemins de l'économie et du social, le droit du travail est dominé à la fois par le souci de protéger le travailleur, l'existence de l'emploi et la performance économique. La

recherche de l'équilibre entre ces différents intérêts et l'exacte mesure de la mutation de la société que ces conflits d'intérêts véhiculent doivent constamment être à l'esprit lors des discussions si l'on ne veut pas construire un droit du travail simpliste et rustique. En réalité, les jalons sont nettement posés par le contexte international, régional et national dans lequel s'inscrit l'harmonisation projetée.

2 - *Prémises dans certains actes uniformes en vigueur*

555. On trouve dans les Actes uniformes en vigueur deux types de dispositions relatives au monde du travail : des dispositions particulières en matière de travail, des dispositions intéressant indirectement les parties à la relation de travail.

2.1 - Dispositions particulières en matière de travail

556. On les trouve dans les Actes uniformes suivantes : AUS ; AUPSRVE ; AUPCAP. Sont ainsi désormais harmonisées dans l'espace OHADA, les questions suivantes : la garantie des créances salariales ; la saisie et la cession des rémunérations, le licenciement économique dans les entreprises en règlement judiciaire ou en liquidation des biens.

2.1.1 - *Garantie des créances salariales*

557. L'Acte uniforme relatif aux sûretés et l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif prévoient des privilèges pour garantir le paiement des créances salariales et organisent le sort des salariés dans la distribution du prix des biens du débiteur.

Il y a un privilège général et des privilèges spéciaux.

Les privilèges généraux confèrent un droit de préférence exercé par leurs titulaires sur les biens du débiteur. L'art 107-3 de l'Acte uniforme sur les sûretés en institue au bénéfice des travailleurs au sens des codes nationaux du travail (travailleurs permanents, intermittents, saisonniers, intermédiaires, occasionnels, marins, travailleurs à domicile, agent de l'État relevant du code du travail). Ce privilège est exercé sans publicité aucune. Il concerne les sommes dues aux travailleurs durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie collective de ses biens ou le jugement déclaratif de cessation des paiements ouvrant la procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Ces créances salariales doivent être échues durant cette période. Les créances ainsi garanties sont toutes les créances de salaire et accessoires résultant de l'exécution du contrat ou de sa résiliation.

Les privilèges spéciaux quant à eux confèrent à certains créanciers sur les meubles qui leur sont affectés comme assiette par la loi, un droit de préférence qu'ils exercent après saisie. Les créanciers titulaires des privilèges mobiliers spéciaux exercent leur droit de préférence après saisie ou une opposition si une saisie est déjà

pratiquée. En cas de disparition ou de destruction du meuble, leur droit de préférence s'exerce sur l'indemnité d'assurance tant qu'elle n'est pas payée.

Les articles 113 et 114 de l'acte uniforme sur les sûretés en instituent au bénéfice de deux catégories de travailleurs. Il s'agit d'abord du travailleur d'un exécutant d'ouvrage à domicile (*art 113*). Ce travailleur a un privilège sur les sommes dues par le donneur d'ouvrage pour garantir les créances nées du contrat si celles-ci sont nées de l'exécution de l'ouvrage. Ce privilège vise à protéger deux sortes de travailleurs ayant pour caractéristique commune d'œuvrer sous la direction de deux types de sous-entrepreneurs, à savoir le tâcheronnat et le travail à domicile. Il a donc pour finalité d'assurer le paiement de la créance salariale en cas de défaillance des tâcherons et des exécutants de travail à domicile. Si le salarié n'est pas payé de son salaire et accessoires du salaire nés de l'exécution de l'ouvrage. Deux conditions doivent être réunies :

- le donneur d'ouvrage doit être encore débiteur de l'exécutant ;
- les dettes envers l'exécutant doivent avoir un lien de connexité avec l'ouvrage ayant ouvert droit aux salaires et accessoires du salaire impayés ; dès lors, si les dettes du donneur d'ouvrage envers le tâcheron ou le travailleur à domicile sont étrangères à l'exécution de l'ouvrage auquel le salarié a participé, elles ne peuvent supporter le privilège de ce dernier.

Le privilège du travailleur d'un exécutant d'ouvrage à domicile est cumulable avec le privilège général des salaires portant sur l'ensemble des biens du tâcheron ou de l'exécution à domicile.

Il s'agit ensuite des travailleurs des entreprises de travaux (*art 114*) : « les travailleurs en fournisseurs des entreprises de travaux ont un privilège sur les sommes restant dues à celles-ci pour les travaux exécutés, en garantie des créances nées à leur profit à l'occasion de l'exécution de ces travaux (...) ». Ce privilège vise à protéger les salariés contre la défaillance des entreprises de travaux. Son exercice passe par une action directe ou une saisie conservatoire des créances de l'entreprise de travaux contre le maître de l'ouvrage par les travailleurs. Il faut pour cela que le maître d'ouvrage soit débiteur envers l'entreprise ayant donné naissance aux créances garanties. Ce privilège se cumule avec le privilège général des salaires

558. S'agissant du sort des salariés dans la distribution du prix des biens du débiteur, deux problèmes se posent : celui de la pluralité de créanciers et celui du rang des salariés dans l'ordre de distribution.

En cas de conflit entre les salariés et les fournisseurs sur des sommes insuffisantes pour les désintéresser tous intégralement, la préférence est accordée aux salariés (*art. 114 de l'AUS*).

En cas de conflit entre les salariés et d'autres munis d'un privilège général non soumis à publicité (*art. 107*

AU sur les sûretés : frais d'inhumation, frais de dernière maladie, fourniture de substance faites au débiteur, sommes dues aux auteurs d'œuvres intellectuelles, littéraires et artistiques, créances fiscales, douanières et de la sécurité sociale), l'ordre de désintéressement est celui dans lequel l'art 107 les cite.

En cas de conflit entre les salariés et d'autres créanciers ayant sur le même meuble un privilège spécial (*art 109 à 116 AU sur les sûretés : vendeur de meuble, bailleur d'immeuble, transporteur terrestre, travailleur d'un exécutant d'ouvrage à domicile, travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux, commissionnaire, conservateur*), la préférence est donnée au premier saisissant (puis au second et ainsi de suite) ou au premier opposant au paiement du prix auprès de l'assurance (puis au second et ainsi de suite).

En cas de pluralité de salariés, la préférence doit, d'après le droit commun des procédures de distribution, être accordée aux premiers saisissants. En cas de pluralité de saisies concomitantes, sont réglées d'abord les créances superprivilégiées, puis les sommes privilégiées.

Si les deniers ne suffisent pas à payer le superprivilège de tous les salariés, ceux-ci concourent à la distribution dans la proportion de leurs créances, au marc-le-franc.

559. La question du rang des salariés se pose différemment suivant que le débiteur est in bonis ou fait l'objet d'une procédure collective d'apurement du passif.

En cas de débiteur in bonis, la solution est posée par les articles 148 et 149 de l'AU sur les sûretés. Elle diffère selon que les deniers proviennent du prix d'un immeuble (*art 148*) ou de la réalisation d'un meuble (*art. 149*).

En matière immobilière, les créances salariales se situent comme suit :

- deuxième rang : la partie superprivilégiée du privilège général des salaires, qui correspond à la fraction incessible et insaisissable du salaire ;
- cinquième rang, troisième position : les sommes dues aux travailleurs et apprentis durant la dernière année. Il s'agit ici des salaires dus aux travailleurs et aux apprentis pour exécution et résiliation de leur contrat durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie de ses biens ou le jugement déclaratif de cession des paiements. Ils sont payés déduction faite des fractions superprivilégiées qui auraient pu leur être versées. En cas d'insuffisance de deniers pour désintéresser tous les salariés, il est procédé à une distribution entre eux au marc-le-franc.

En matière mobilière, les créances salariales sont classées comme suit :

- troisième rang : la partie superprivilégiée du salarié. On doit faire, ici, application des règles prévues pour cette même partie du salaire en matière immobilière ;
- sixième rang, le privilège du travailleur d'un exé-

cutant d'ouvrage à domicile et le privilège des travailleurs des entreprises de travaux.

Lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective d'apurement du passif, la solution est donnée dans les articles 166 et 167 de l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives. Elle diffère suivant que la répartition porte sur le prix des immeubles ou sur celui des meubles.

Si la répartition porte sur le prix des immeubles, les créances salariales sont classées comme suit :

- deuxième rang après les frais de justice : la créance est payée en proportion de ce que représente l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;
- cinquième rang, troisième position : les sommes dues aux travailleurs et apprentis durant la dernière année.
- Si les deniers à distribuer proviennent de la réalisation des meubles, les créances salariales sont classées comme suit :
- troisième rang (après les frais de justice et les frais de conservation) : les créances de salaires superprivilégiées. Les meubles supportent la créance dans les mêmes conditions que les immeubles ;
- sixième rang : le privilège du travailleur d'un exécutant d'ouvrage à domicile et le privilège des travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux.

2.1.2 - Saisie et cession des rémunérations

560. S'inspirant de la Convention n° 95 (1949) de l'OIT sur la protection du salaire et les législations nationales antérieures relatives à la saisie-arrêt sur salaire, l'Acte uniforme sur les voies d'exécution harmonise, dans l'espace OHADA, la réglementation de la saisie et de la cession des rémunérations (arts 173 à 217).

Trois remarques méritent d'être signalées dès le départ. L'Acte uniforme abandonne l'appellation de la saisie-arrêt des salaires pour celle de la saisie des rémunérations ; il ne se contente pas de réglementer la saisie-arrêt entre époux, mais organise une procédure simplifiée générale à toutes les créances alimentaires ; il renvoie aux législations nationales la fixation de la fraction incessible et insaisissable du salaire.

Tout en conservant les règles relatives à l'ancienne saisie-arrêt sur les salaires, la saisie des rémunérations de l'Acte uniforme présente quelques innovations.

La principale innovation concerne la nature de la saisie des rémunérations. Contrairement à la saisie-arrêt sur les salaires, celle-ci est exclusivement une saisie à fin d'exécution. Dès lors, un créancier dont la créance figure sur un acte sous seing privé ne peut plus, sous l'empire de la nouvelle procédure, saisir les rémunérations du travail de son débiteur.

Quant à la procédure, sont maintenues l'intervention du juge et la tentative de conciliation. Mais, contrairement à la pratique antérieure, l'Acte uniforme, soucieux d'assurer la célérité de la procédure de la saisie des rémunérations, n'a pas prévu d'instance en validité.

Les règlements s'effectuent par l'intermédiaire du greffe du tribunal ou d'un organisme spécialement désigné à cet effet par chaque État partie. En cas de pluralité de saisies, les créanciers viennent en concours sous réserve des causes légitimes de préférence, lesquelles peuvent consister dans le caractère alimentaire de la créance ou dans l'existence d'un privilège.

561. À l'instar des législations nationales, l'Acte uniforme régit la cession de rémunération en même temps que la saisie des rémunérations. Le cédant (le débiteur) cède une partie de sa rémunération au cessionnaire (le créancier). C'est un mode d'exécution amiable et non une saisie. La cession des rémunérations ne suppose pas un titre exécutoire. En cas de concours de saisie et de cession des rémunérations, l'employeur doit s'abstenir de payer directement le ou les créanciers mais verser désormais les sommes cédées et saisies au greffe de la juridiction compétente.

2.1.3 - Licenciement économique dans les entreprises en règlement judiciaire ou en liquidation des biens

562. Ce licenciement fait l'objet des articles 110 et 111 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Le législateur n'a soumis à la procédure particulière que les licenciements intervenant dans les entreprises en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, à l'exclusion de celles en règlement préventif. Aux termes de l'article 7 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives, les licenciements pour motifs économiques intervenant dans les entreprises en règlement préventif sont régis par le Code du travail.

L'art 110 de l'AU portant procédure collective présente cette procédure particulière comme exceptionnelle puisqu'il ne l'ouvre que lorsque les licenciements ont un caractère « urgent et indispensable ».

La procédure commence par l'établissement, par le syndic, de l'ordre des licenciements. Afin de connaître leurs avis et suggestions, le syndic communique aux délégués du personnel la liste des travailleurs dont il envisage le licenciement. La communication contient l'indication des critères retenus pour l'établissement de la liste. Les délégués du personnel doivent faire leurs observations écrites dans la huitaine. La lettre de consultation des délégués du personnel et les observations que ceux-ci formulent sont communiquées à l'inspecteur du travail par les soins de l'employeur. Cette communication à l'inspecteur du travail semble valoir simple information puisqu'on n'attend de lui ni décision ni avis, l'ordre des licenciements établi par le syndic, l'avis des délégués du personnel s'il en a eu, et la lettre de communication à l'inspecteur du travail sont transmis au juge-commissaire. Ce dernier exerce un important pouvoir, puisqu'il doit autoriser ou refuser les licenciements envisagés ou certains d'entre eux.

L'autorisation instituée a la particularité d'être judiciaire, ce qui signifie que contrairement à la tentative

faite en droit commun du travail, elle ne peut générer aucun contentieux administratif dont on aurait pu craindre les implications néfastes en droit du travail.

La décision du juge-commissaire emporte de graves conséquences aussi bien pour l'entreprise que pour les travailleurs concernés. Très logiquement, le législateur a envisagé la possibilité de la contester. Le recours qu'il ouvre à cet effet est l'opposition devant la juridiction ayant ouvert la procédure collective. On pouvait se demander si, s'agissant d'un contentieux du travail, il ne convenait pas de s'adresser au juge du travail. Mais la solution aurait comporté l'inconvénient de remettre en cause le principe de la centralisation de tout le contentieux lié à la procédure collective dont dépend l'efficacité de la procédure, mieux valait donc soumettre le contentieux de l'autorisation de licenciement au juge ayant ouvert la procédure qui est, selon l'article 3 de l'AU portant procédure collective, la juridiction compétente en matière commerciale. L'opposition est recevable dans les quinze jours de la signification de la décision, et doit être jugée également dans la quinzaine.

La décision de la juridiction compétente est sans appel. Elle pourrait en revanche faire l'objet de pourvoi, en principe devant la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'OHADA, conformément à l'article 14 du Traité OHADA.

2.2 - Dispositions intéressant indirectement les parties à la relation de travail

563. On trouve par-ci par-là dans les Actes uniformes en vigueur des dispositions nouvelles qui ne seront pas sans impact dans le monde du travail.

Il en est ainsi de l'article 417 de l'AUSCGIE aux termes duquel le conseil d'administration peut comprendre des membres qui ne sont pas actionnaires de la société dans la limite du tiers des membres du conseil. Cette disposition pourra permettre au personnel d'être représenté au conseil d'administration de la société anonyme. Cela étant, l'harmonisation du droit du travail pourrait être l'occasion de poser nettement la question de la participation effective et non point seulement symbolique des travailleurs au pouvoir de décision dans l'entreprise, notamment aux conseils d'administration.

De même, l'AU sur les procédures collectives d'apurement du passif (arts 48 et 49), tout en instituant un nouvel organe de contrôle composé de créanciers qui veille aux intérêts des créanciers dans le déroulement de la procédure collective, précise que les représentants du personnel en font partie.

Le nouveau droit de l'arbitrage issu du Traité OHADA, de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage et du règlement d'arbitrage de la CCJA, a une conception assez ouverte de l'arbitrabilité : les différends arbitraux sont tous les différends de nature contractuelle ; toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont il a la libre disposition. Cet arbitrage de droit commun ne doit pas être confondu avec l'ar-

bitrage organisé dans le cadre des conflits collectifs par les divers codes nationaux du travail.

Dans la terminologie juridique, on parlera de clause compromissoire lorsque le recours à l'arbitrage est prévu avant tout litige et de compromis lorsque le recours est organisé alors que le litige est déjà né.

L'arbitrage de droit commun est d'utilisation très réduite en droit du travail. Mais la conception ouverte du droit OHADA offre des perspectives. D'abord, dans les rapports collectifs, l'on voit mal ce qui pourrait désormais s'opposer à l'insertion de clauses d'arbitrage en cas de litige entre les parties signataires d'un accord collectif. Cette possibilité ne s'oppose pas aux parties habituelles en droit du travail des procédures spécifiques ou des commissions paritaires dans la perspective d'éventuels conflits. Ensuite, l'arbitrage serait également possible dans les rapports individuels dans la mesure où la relation de travail s'établit sur un contrat. Sur ce point, les législateurs, les juges et des auteurs sont plus restrictifs ; à tout le moins, on admet le compromis mais non la clause compromissoire. Mais, le principe de faveur si présent en droit du travail et l'esprit du législateur OHADA invitent à une approche moins tranchée et plus nuancée : la clause compromissoire est seulement inopposable au salarié, qui peut s'en prévaloir s'il le juge opportun. La plus récente évolution de la jurisprudence française par exemple va d'ailleurs dans ce sens (*soc. 12 février 1999 Dr soc 1999 632 obs. M.A. Moreau*). La jurisprudence antérieure (*soc. 12 février 1985 D. 1986 I. R 56 obs. A. Lyon-Caen*) qui tenait la clause compromissoire pour nulle est dorénavant dépassée.

Désormais on peut estimer que le compromis est en toute hypothèse valable et que, s'agissant de la clause compromissoire, il revient au salarié de lui donner ou de lui refuser effet. L'Acte uniforme sur le droit travail devrait suivre cette solution équilibrée.

En fin, l'Acte uniforme sur le droit commercial général (arts. 56, 57 et 58), l'Acte uniforme sur les sûretés (arts 107 et 148) et l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif (arts 149 et 150) organisent un privilège au profit des institutions de sécurité et de prévoyance sociales.

II - Faisabilité

564. L'analyse des différents avant-projets proposés montre de nombreuses contraintes à surmonter. La concrétisation de l'Acte uniforme n'est plus que problématique.

a - Contraintes

565. Elles sont de deux ordres : les unes concernant la philosophie générale et les autres le champ d'application de l'harmonisation.

1 - Philosophie générale

566. Trois préoccupations de philosophie générale devront être présentes tout au long de la discussion et de l'élaboration du projet d'harmonisation.

La première est relative au sens de l'harmonisation. Le double choix d'une économie libérale et d'une société démocratique indique ce sens : l'harmonisation doit comporter à la fois une flexibilité suffisante pour soutenir une économie fondée sur l'initiative privée et les lois du marché et encourager la création d'emplois, et les garanties essentielles afin d'assurer aux travailleurs un travail décent.

La deuxième préoccupation est relative à la philosophie de l'OHADA. Cette dernière recherche un haut degré de sécurité juridique. C'est pour cela qu'elle a opté pour des actes uniformes d'application directe au détriment des directives, recommandations et avis. Dans cette logique, l'harmonisation du droit du travail devrait être la plus précise et la plus complète possibles. Il doit s'agir d'un véritable code du travail suffisamment achevé pour assurer son applicabilité directe. Les Actes uniformes OHADA en vigueur ont été élaborés dans cette logique. Certes, il ne sera pas toujours judicieux de tout trancher dans l'Acte uniforme. Mais, il faudra procéder comme pour les autres Actes uniformes à savoir : solliciter le moins possible le relais de textes nationaux et, lorsque les renvois s'avèrent indispensables, circonscrire ces renvois et canaliser l'activité complémentaire des autorités nationales ou de la négociation collective.

Seulement, le droit du travail se prête peu à une telle uniformisation. Déjà, au niveau interne, une place de plus en plus importante est accordée aux sources négociées (conventions collectives, contrats individuels) à côté des sources légales. En effet, le droit du travail recherche l'équilibre entre l'efficacité économique et la justice. Ce point d'équilibre relève avant tout d'un dialogue fait de concertation et de négociation entre les partenaires sociaux et, partant, diffère d'un pays à un autre. C'est dire qu'il y aura forcément beaucoup de renvois aux droits nationaux du travail et que l'unification, au sens de l'OHADA, paraît dès lors assez utopique.

La troisième préoccupation est précisément relative à la négociation collective. Celle-ci marque la particularité du droit du travail. Les récents codes africains l'ont valorisée. Le souci doit être de lui laisser la plus large place possible dans le projet d'acte uniforme. Il faudrait par conséquent déterminer soigneusement ce qui doit être fixé par l'Acte uniforme et ce qui relève de la négociation collective.

2 - Champ d'application de l'harmonisation

567. Quant au champ d'application de l'harmonisation, trois interrogations devront dès le départ être résolues.

La première est relative aux entreprises concernées.

Toutes les entreprises devraient être concernées sans qu'il y ait lieu de distinguer entre secteur formel et secteur informel.

La deuxième est relative aux salariés concernés. La solution donnée à cette question par les codes nationaux semble devoir être reprise ici. L'Acte uniforme devrait régir les rapports de travail entre les travailleurs et les employeurs ainsi qu'entre ces derniers et les apprentis placés sous leur autorité. Seraient exclus du champ d'application de l'Acte uniforme la fonction publique, la magistrature, les militaires, la sûreté nationale, l'administration pénitentiaire. Par contre, on peut s'interroger sur le sort à réserver à deux catégories particulières de salariés qui font l'objet généralement de textes spéciaux et dérogeatoires au code du travail : les marins et les salariés travaillant dans les exploitations minières. Peut-être faudrait-il suivre la position largement partagée par les codes nationaux, à savoir ne pas viser expressément ces catégories dans l'Acte uniforme. Ce dernier resterait le droit commun sous réserve des textes spéciaux pour des aspects précis des relations du travail. Mais on peut aussi bien intégrer, dans l'Acte uniforme, des dispositions spécifiquement applicables aux marins et aux mineurs.

La troisième interrogation est relative au domaine matériel de l'harmonisation. Elle est bien posée dans l'avant-projet de note d'orientation préliminaire qui invite à prendre une décision politique sur l'intégration ou non dans le projet d'harmonisation la libre circulation des travailleurs et la sécurité sociale. En tout état de cause, ces questions ne paraissent pas être totalement éludées. L'harmonisation ne saurait limiter son domaine matériel au strict droit du travail. La libre circulation de la main-d'œuvre est un facteur de l'intégration tant recherchée par l'OHADA. Par ailleurs, la sécurité sociale, dans les pays de l'OHADA, concerne exclusivement les salariés et leurs familles. Le seul souci semble être, sur chaque thème de la sécurité sociale, de s'interroger sur ce qui doit être fixé par la législation uniforme et sur ce qui pourrait ou devrait être laissé aux droits nationaux.

b - Concrétisation

568. Une évolution est perceptible dans la réflexion même si les perspectives restent assez incertaines.

1 - Évolutions de la réflexion

569. L'on peut schématiquement distinguer trois temps dans la progression de la réflexion sur l'avant-projet d'un acte uniforme relatif au droit du travail dans le cadre de l'OHADA.

Le premier temps, est constitué de l'Avant-projet établi par l'aspect initial. L'allure générale était une législation de travail assez exclusive, incluant même des institutions comme l'inspecteur du travail, l'Avant-projet, version 3 juin 2004. Cet Avant-projet a été vite jugé irréaliste.

Le deuxième temps est l'affinement du travail initial pour un groupe de consultants. Tout en embrassant la plupart des matières traitées dans les codes du travail des États parties à l'OHADA, le texte allégé laisse une place importante aux textes d'applications à éditer par chaque État partie et aux négociations collectives (*Avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit du travail, Douala final 4- 24/11/2006*).

Le troisième temps correspond au traité revu et examiné par les commissions en vue de la réunion du Conseil des ministres des 13, 14 et 15 décembre 2010 à Lomé (*Avant-projet Acte uniforme relatif au droit du travail, Lomé 2 octobre 2010*). Les commissions nationales n'ont pas pu se mettre d'accord sur une rédaction de telle sorte que le Conseil des ministres a demandé de poursuivre la réflexion. À partir de cette mouture, l'on peut dégager quelques perspectives.

3 - Perspectives

570. L'Avant-projet du 2 octobre 2010 à Lomé comporte dix titres :

- Titre I : Champ d'application et droits fondamentaux ;
- Titre II : Contrat de travail ;
- Titre III : Condition de travail ;
- Titre IV : Santé et sécurité au travail ;
- Titre V : Représentation du personnel et droit syndical ;
- Titre VI : Conventions et accords collectifs ;
- Titre VII : Conflits du travail ;
- Titre VIII : Organismes et moyens d'exécution ;
- Titre IX : Dispositions finales ;
- Titre X : Dispositions transitoires et finales.

Si le Titre I fait presque l'objet du consensus, les autres ont connu beaucoup de réserves de fond comme de compétence (*compétence de l'État ou compétence de l'OHADA*).

Par ailleurs, le texte contient d'inévitables et nombreux renvois aux États ; ce qui, sur le terrain, compliquera le partage de compétence juridictionnelle entre les Cours suprêmes et la CCJA, nuira à l'effectivité si les textes complémentaires internes ne sont pas pris et réduira l'intégration si les textes d'application sont très différents d'un pays à un autre.

571. Le débat reste donc intact quant aux perspectives. L'on peut néanmoins esquisser quelques pistes pour avancer.

D'abord, quant aux règles substantielles, les droits fondamentaux constituent un terrain d'entente. Pour beaucoup, l'Acte uniforme relatif au droit du travail inscrit dans le courant des instruments internationaux visant à assurer la promotion des droits de l'homme, tels que notamment la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et la charte africaine des droits

de l'enfant. Dès lors, l'on pourrait bien limiter l'Acte uniforme aux droits fondamentaux reconnus de façon classique (*interdiction du travail forcé et obligatoire, liberté d'association et liberté de négociations collectives, les pires formes de travail des enfants...*) ou de façon plus récente (santé et sécurité au travail, dignité de l'homme et de la femme au travail). Le dessein est le développement conjoint de l'État de droit et de l'activité économique des pays de l'espace OHADA.

Ensuite, si l'on veut un texte plus complet, l'harmonisation, au sens strict du terme, paraît plus réaliste que l'uniformisation dans l'espace de l'OHADA. La latitude serait ainsi laissée aux États de moderniser et à adapter leur droit interne du travail dans le respect du texte

harmonisé au niveau de l'espace OHADA. Mais cela suppose une autre révision du Traité de l'OHADA pour admettre à côté de l'Acte uniforme d'autres procédés d'intégration juridique moins contraignants.

Paul-Gérard POUGOUÉ

Jean Claude JAMES

Yvette Rachel KALIEU ELONGO

Robert NEMEDEU

Robert WANDA

Pierre BOUBOU

Gaston KENFACK DOUJANI

Monique Aimé MOUTHIEU NJANDEU

Joseph Alain BATOUAN BOUYOM

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- A**
- Acceptation 72, 110, 114, 115, 118, 193, 220, 366, 385, 413, 448, 451, 491, 511, 520
 - Actes de commerce 79, 83, 87, 88, 89, 90, 92, 147, 149, 378, 534
 - Par accessoire 79, 147
 - Par la forme 89
 - Activités
 - commerciales 77, 92, 108, 148, 248
 - intermédiaire 80, 102
 - économiques 10, 138, 149, 153, 156, 157, 158, 213, 247, 249, 337, 531, 534
 - professionnelle 74, 88, 95, 97, 106
 - civile 79
 - Agent commercial 103, 105
 - Appel d'offres 116
- B**
- Bail à usage professionnel 80, 84, 98, 99, 106, 108, 110
 - Champ d'application 107, 108
 - Bénéficiaire 107, 108
 - Bailleur 107, 108, 110
- C**
- Capacité 91, 219, 260, 300, 532
 - Cession bail 110
 - Code de commerce 20, 77, 89, 153, 169, 276, 404
 - Statut commerçant 9, 77, 84, 85, 94, 378
 - Commissionnaire 100, 103, 276, 558
 - Comptabilité 48, 94, 96, 257, 258, 259, 260, 262, 263, 269, 273, 332, 484
 - Conditionnement 122, 294
 - Conformité
 - Défaut de 123, 436, 437
 - Obligation de 122, 123, 435
 - Courtier 100, 103, 104
 - Clause 111, 120, 124, 152, 210, 232, 247, 250, 281, 316, 338, 342, 361, 366, 373, 386, 390, 393, 407, 409, 419, 423, 433, 437, 464, 468, 473, 475, 479, 491, 498, 505, 563
 - de réserve de propriété 383, 385
- D**
- Délai :
 - Raisonnable 118, 119, 505
 - Supplémentaire 130, 200
 - Délivrance : V. conformité (obligation de)
 - Domages-intérêts 126, 135, 136, 463, 470, 502, 503
 - Droit au bail 106, 107, 108
 - Renouvellement 106, 108
 - Droit commercial
- E**
- Effet de commerce 193
 - Enseigne 155, 217
 - Entreprise 6, 9, 17, 21, 29, 36, 43, 48, 53, 65, 72, 78, 88, 92, 96, 106, 110, 138, 145, 150, 154, 157, 158, 159, 160, 162, 170, 173, 176, 178, 231, 246, 258, 262, 264, 274, 322, 332, 359, 366, 370, 378, 384, 390, 395, 397, 399, 402, 405, 409, 413, 414, 419, 423, 427, 430, 433, 436, 439, 442, 446, 449, 451, 454, 462, 465, 469, 473, 479, 484, 526, 527, 531, 534, 540, 547, 550, 553, 557, 558, 559, 562, 567
- F**
- Force majeure 129, 466, 471, 491, 494, 504
- G**
- Garantie 50, 51, 53, 57, 59, 60, 62, 64, 67, 72, 74, 122, 135, 154, 202, 259, 274, 351, 360, 390, 411, 414, 421, 431, 434, 435, 438, 496, 531, 556, 566
- I**
- Immatriculation 93, 96, 321, 324, 328, 346, 350
 - Intérêt 4, 9, 12, 16, 17, 27, 34, 37, 44, 60, 72, 103, 112, 118, 126, 129, 135, 140, 151, 160, 164, 171, 185, 203, 209, 218, 259, 263, 277, 291, 310, 315, 336, 342, 347, 351, 364, 376, 386, 415, 468, 478, 504, 525, 551, 563
 - Intmédiaire de commerce 101, 102
- J**
- Juridiction 42, 96, 110, 111, 127, 135, 194, 219, 237, 246, 251, 288, 316, 333, 342, 352, 408, 449,

- Juge compétent(e) 126, 227,
229, 241, 244, 408, 467, 473,
479, 512, 533, 561, 562

L

Lettre de change 79,
Livraison 122, 123, 124, 125, 128,
204, 282, 285, 287, 290, 301, 315,
388, 393, 397, 411, 415, 423, 424,
425, 426, 436, 440, 449, 464, 470
Location-gérance 133

M

Mainlevée de l'opposition 135
Mandataire 59, 102, 315, 331, 352,
464, 534
Manquement essentiel 126
Mineur 91, 567
Moment conclusion du contrat 114,
115, 120, 301

N

Nom commercial 132, 134

O

Offre
- Condition de validité 116

P

Préavis 127,
Preneur 107, 108, 109, 110, 111
Preuve 11, 15, 20, 70, 73, 77, 88, 90,
98, 110, 151, 193, 236, 250, 260,
306, 351, 368, 380, 399, 405, 413,
450, 464, 472, 474, 484, 488, 510,
511, 525, 530, 534
Prescription 90, 98, 276, 316, 327,
368, 371, 382, 386, 396, 409, 412,
431, 456, 460, 464, 465, 467, 470,
475, 488
Prise de livraison 122, 123, 124, 125
Profession 25, 74, 87, 91, 96, 101,
147, 286, 289, 323, 371, 378, 544,
545
Publicité 53, 366, 370, 381, 393, 394,
396, 398, 400, 474, 557

R

Réception 9, 31, 40, 96, 109, 114,
115, 137, 237, 307, 350, 405, 429,
451, 470, 512
Registre du commerce et du crédit
mobilier (RCCM) 80, 91, 96, 102,
136
Remplacement 130, 437

Résolution 14, 24, 38, 126, 427, 429,
436, 451, 470, 489, 514
Restitution 126, 189, 195, 449, 452

S

Sanction 4, 110, 119, 126, 152, 356,
386, 396, 410, 467, 470, 532
Surenchère 135, 136

T

Transfert
- de propriété 60, 121, 124, 125,
430, 445
- des risques 125, 430, 445
- Solo consensus 124

V

Vente commerciale 79, 80, 112, 113,
114, 120, 126, 128, 435, 522

ACTES UNIFORMES ET CONFLITS DE LOIS

Table des matières

Introduction n° 1-5

Première partie : Rôle résiduel des règles de conflit de lois dans la mise en œuvre du droit matériel OHADA n° 6-102

Titre I : Utilisation des règles de conflit de lois comme moyen de comblement des lacunes du droit OHADA n° 7-54

Chapitre 1 : Problèmes de droit applicable liés à l'insuffisance normative du droit OHADA n° 8-34

Section 1 - Lacunes du droit matériel OHADA n° 9-23

Section 2 - Limites de l'interprétation autonome du droit OHADA n° 24-34

Chapitre 2 - Recherche du droit national compétent n° 35-54

Section 1 - Critères de détermination du droit national compétent n° 36-39

Section 2 - Mise en œuvre du droit désigné n° 40-54

Titre II : Utilisation des règles de conflit de lois comme moyen de délimitation de l'applicabilité spatiale du droit OHADA n° 55-102

Chapitre 1 - Applicabilité spatiale autonome du droit matériel OHADA n° 58-73

Section 1 - Procédé de la délimitation autonome n° 59-66

Section 2 - Méthode unilatéraliste des procédés de délimitation n° 67-73

Chapitre 2 - Rôle subsidiaire des règles de conflit de lois dans la délimitation de l'applicabilité spatiale du droit matériel OHADA n° 74-102

Section 1 - Application du droit matériel OHADA désigné par une règle de conflit n° 76-88

Section 2 - Nécessité de l'unification du droit international privé des États parties n° 89-102

Deuxième partie : Droit international privé communautaire de l'OHADA n° 103-217

Titre I : Règles matérielles internationalement impératives du droit OHADA n° 104-145

Chapitre 1 : Lois de police en droit positif OHADA n° 105-128

Section 1 - Lois de police administratives n° 108-118

Section 2 - Lois de police de protection n° 119-128

Chapitre 2 : Évolution prévisible des lois de police dans le droit OHADA n° 129-145

Section 1 - Lois de police en matière de contrat de consommation n° 131-138

Section 2 - Lois de police en matière de travail n° 139-145

Titre II : Règles de nature indirecte n° 146-217

Chapitre 1 : Règles de détermination du droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage n° 147-187

Section 1- Liberté de choix des règles applicables n° 150-167

Section 2 - Étendue de la liberté de choix n° 168-187

Chapitre 2 : Ordre public international communautaire n° 190-207

Section 1 - Notion de l'ordre public international de l'OHADA n° 190-207

Section 2 - Contenu de l'ordre public international communautaire de l'OHADA n° 208-217

Bibliographie

- ASSEPO ASSI (E.), « L'ordre public international dans l'acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 2007, n° 4, p. 753.
- BEBOHI EBONGO (S.I.), « L'ordre public international des États parties à l'OHADA », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 34, juillet-août-septembre 2006, p. 3.
- DIEDHIOU (P.), « L'unification du droit des affaires de l'OHADA : étude de droit uniforme et de droit international privé », thèse, Univ. Genève, IHEID, 2010.
- FOUCHARD (Ph.) (sous dir.), *L'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- ISSA-SAYEGH (J.), POUGOUÉ (P.-G.) et Sawadogo (F.M.) (sous dir.), OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 3^e éd., 2008.
- ISSA-SAYEGH (J.) et POUGOUÉ (P.-G.), « L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions », Actes du colloque de Ouagadougou sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats, *Rev. dr. unif.*, 2008, p. 455.
- JACQUET (J.-M.), « Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage OHADA », *L'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 101.
- KENFACK DOUAJNI (G.), « La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 29, avril-mai-juin 2005, p. 3.
- LOHOUES-OBLE (J.), « L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », Actes du Colloque de Ouagadougou précité, *Revue de droit uniforme*, 2008, p. 319.
- MEYER (P.), OHADA, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit uniforme africain », 2002.
- NGOUMTSA ANOU (G.), « Droit OHADA et conflits de lois », thèse, Lyon 3, 2009.
- POUGOUÉ (P.-G.), TCHAKOUA (J.-M.) et Fénéon (A.), *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 2000.

Introduction

1. Il peut paraître surprenant de parler de conflits de lois à propos des actes uniformes de l'OHADA. De fait, le conflit de lois désigne la vocation concurrente de deux ou plusieurs lois à régir une même situation juridique. Ce conflit naît des divergences législatives entre les systèmes juridiques et se règle par le recours aux règles du droit international privé. Celui-ci se présente comme un « droit de la diversité », de telle sorte qu'il semble sans objet là où il y a des règles communes entre les divers États intéressés à un même rapport de droit, comme c'est le cas dans l'espace OHADA (*En ce sens*, Ph. Malaurie, « *Loi uniforme et conflits de lois* », *Trav. Com. fr. DIP 1964-1966*, Paris, Dalloz, 1967, p. 83 s). En effet, comme leur appellation l'indique clairement, les actes *uniformes* ont pour but de supprimer les divergences législatives entre les États membres par l'édiction de règles qui, en principe, sont identiques en tout point et directement applicables dans tous les États membres. Ces actes uniformes s'appliquent à la fois aux situations internes et aux situations internationales. Ils font ainsi, comme tout droit uniforme, l'économie des conflits de lois et de leurs méthodes de solution.

2. Faut-il pour autant en conclure que le droit OHADA pourrait se passer du concours du droit international privé ? Dans quelle mesure les règles matérielles contenues dans les actes uniformes de l'OHADA suppriment-elles les conflits de lois et le recours aux méthodes du droit international privé ?

La question est d'autant plus pertinente que les actes uniformes sont assortis des garanties d'uniformité aussi bien au stade de leur élaboration qu'au moment de leur application. Au niveau de l'élaboration, l'uniformité formelle des actes est assurée par l'interdiction des réserves au traité (*art. 54 du traité OHADA, ci-après le traité*). Elle se prolonge par la primauté et l'applicabilité directe et immédiate des actes uniformes dans les États parties. L'article 10 du traité est formel sur ce point : « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». Dans les matières qu'ils régissent, les actes uniformes abrogent les dispositions de droit interne antérieures et font obstacle à l'élaboration de nouvelles dispositions contraires sur les mêmes sujets. Cette primauté signifie qu'en cas de conflit entre un acte uniforme et une règle nationale d'un État membre, le premier l'emporte. L'applicabilité directe et immédiate quant à elle se réfère au fait que, à l'image des règlements de l'Union européenne, les actes uniformes s'appliquent dans les États parties sans aucun mécanisme national d'incorporation ou de réception dans l'ordre juridique national.

Ces garanties d'uniformité se renforcent au stade de la mise en œuvre du droit OHADA par l'office de la

Cour commune de justice et d'arbitrage, chargée d'assurer l'uniformité de l'interprétation et de l'application du droit OHADA (*art. 14 § 1 du traité*). Il s'agit d'éviter les divergences d'interprétation qui peuvent faire naître un conflit de lois (*v. M.-C. Pitton, Le rôle du jugement étranger dans l'interprétation du droit conventionnel uniforme, thèse, Paris I, 2007, n° 586 ; J. Salès, Droit uniforme et conflit de lois. Rôle de la théorie des conflits de lois en matière d'interprétation divergente des règles de droit uniforme, thèse dactyl., Paris, 1966 ; P. Lagarde, « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? (à propos de l'arrêt HOCKE de la Section commerciale du 4 mars 1963) », R.C.D.I.P. 1964, p. 235 s. ; G. Lagarde, « Portée internationale d'une interprétation nationale de la loi uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre », in : *Mélanges R. Secrétan, Imprimerie Corbaz, Montreux, 1964, p. 151 s. ; P. Lescot, « L'interprétation judiciaire des règles du droit privé uniforme », J.C.P. 1963-I, doctrine 1756*). Certains auteurs l'ont bien souligné : « Il n'y a pas de loi commune lorsque l'unification législative ne s'est pas accompagnée d'une unification juridictionnelle. Le droit, vu du côté des sujets, ne s'identifie pas à l'ordre du législateur ; il est composé des règles que les tribunaux appliquent en fait. Autant d'ordres juridictionnels, autant d'ordres juridiques » (*P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, Paris, Domat Montchrestien, 9^e éd., 2007, n° 93, p. 71*).*

3. La question de l'interaction du droit dérivé, issu des actes uniformes, et de la théorie des conflits de lois, trouve ainsi tout son intérêt. Cette question n'est pas nouvelle (*V., dans une littérature très abondante, P. Diédbiou, L'unification du droit des affaires de l'OHADA : étude de droit uniforme et de droit international privé, thèse, Univ. Genève, IHEID, 2010 ; G. Ngoumtsa Anou, Droit OHADA et conflits de lois, thèse, Lyon 3, 2009 ; Ch. P. Pamboukis, « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », R.C.A.D.I., tome 330 (2007), p. 9-474 ; K. Boele-Woelki, « L'interaction entre droit matériel uniforme et conflit de lois », *cours Académie de droit international de La Haye, session de juillet 2009, à paraître ; V. Musin, « L'incidence sur le droit interne, y compris sur les règles de conflits, de la Convention sur la vente internationale de marchandises », *cours Académie de droit international de La Haye, session de juillet 2009, à paraître**). Elle dépasse la confrontation classique entre droit matériel uniforme et règles de conflit de lois. C'est que le droit issu des actes uniformes de l'OHADA n'est pas que du droit matériel uniforme (*Sur la nature et les méthodes du droit OHADA, v. G. Ngoumtsa Anou, Jurisclasseur Droit international, v.° OHADA, Fasc. 170, Paris, LexisNexis, 2010, n° 5 et n° 88 s*). Il est vrai que les actes uniformes contiennent principalement des règles matérielles uniformes directement applicables à l'activité commerciale, aux contrats commerciaux, aux commerçants (AUDCG),*

aux sociétés en général (AUSC), aux sociétés coopératives en particulier (AUC), aux sûretés (AUS), à la comptabilité des entreprises (AUDC), aux transports (AUTMR), aux procédures d'arbitrage (AUA), aux procédures de recouvrement des créances (AUVE) et aux procédures collectives d'apurement du passif (AUPC). Mais ces actes comportent également des règles d'un autre type. C'est le cas de la règle de conflit contenue dans l'article 15 de l'AUA, permettant de déterminer le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage de droit commun. C'est aussi le cas des règles de renvoi diverses contenues dans les actes, et dont la nature est parfois presque identique à celle d'une règle de conflit de lois. Ces injections ponctuelles s'expliquent par l'incomplétude du droit OHADA. Par ailleurs, le souci de donner un visage humain à l'activité économique a conduit le législateur OHADA à consacrer un ordre public international régional pour garantir certaines valeurs fondamentales de l'espace unifié. Une préoccupation analogue de protection de la partie jugée faible dans le contrat ou de sauvegarde d'une politique législative cruciale de l'espace OHADA justifie l'existence, dans les actes uniformes et les projets en cours, de règles matérielles internationalement impératives et d'application unilatérale. Ces règles dont la fonctionnalité relève de la méthode des lois de police, se trouvent dans de nombreux actes et couvrent des matières diverses : agence commerciale, sociétés, transports de marchandises par route, etc. On s'aperçoit ainsi que malgré les apparences, le droit issu des actes uniformes réalise une combinaison des méthodes dont certaines ressortissent au droit international privé.

4. Cet aperçu général n'épuise cependant pas les problèmes de droit international privé suscités par la création de l'OHADA. D'autres questions se posent, avec un lien plus ou moins direct avec la question ici envisagée. Il s'agit d'abord des conflits de conventions ou d'instruments qui naissent de ce que les actes uniformes recoupent le domaine de certaines enceintes d'intégration économique et de certaines conventions internationales (*Sur ces conflits d'instruments*, v. G. Ngoumtsa Anou, *Jurisclasser Droit international*, v.° OHADA, op. cit., n° 106 s. ; F. M. Sawadogo, « La portée abrogatoire lato sensu des actes uniformes », *Communication lors de l'Atelier de sensibilisation destiné aux magistrats de la zone UEMOA et de la Guinée Conakry, du 26 au 28 juin à Ouagadougou au Burkina Faso sur le thème : « Le droit OHADA à l'épreuve de la pratique », non publié*). Il s'agit ensuite de l'incidence des incriminations pénales de l'OHADA sur le sort que chaque État partie réserve aux conflits de lois pénales dans l'espace (*Sur les aspects pénaux de l'OHADA*, v. A. Foko, « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA », *Penant* 2007, n° 859, p. 195 s. ; M. Mabouwe, « Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin », *Recueil Penant*, n° 846, 2004, p. 87 s. ; N. Diouf, « Actes uniformes et droit pénal des États signataires du traité de l'OHADA : la difficile

émergence d'un droit pénal communautaire des affaires dans l'espace OHADA », Revue burkinabé de droit, 2001, numéro spécial, p. 73 s. Adde, cette Encyclopédie, v.° Infractions). Par sa nature et ses solutions, cette question relève du droit pénal international et ne suscite pas un conflit de lois au sens du droit international privé. On constate enfin une incidence des actes uniformes sur la théorie des conflits de juridictions des États parties (*Pour une ébauche*, v. J. S. Bergé et G. Ngoumtsa Anou, « L'exequatur en droit positif comparé : le règlement Bruxelles I et le droit des pays de l'OHADA », *Actes du colloque de Lyon du 27 mai 2010, à paraître* ; P. Meyer, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Penant* 2006, n° 855, p. 151 s). La question est étrangère à celle des conflits de lois.

5. Cela dit, on se rend compte que, finalement, les actes uniformes ne suppriment pas entièrement les conflits de lois. La règle de conflit de lois garde ainsi un rôle résiduel, celui de combler les lacunes du droit matériel unifié et d'en assurer l'applicabilité spatiale pour certains types de rapports (Ire partie). Mais comme on l'a souligné, les actes uniformes contiennent de nombreuses règles qui relèvent des méthodes du droit international privé. C'est ce qu'il convient de considérer comme l'embryon d'un véritable droit international privé communautaire (Iie partie).

Première partie : Rôle résiduel des règles de conflit de lois dans la mise en œuvre du droit matériel OHADA

6. L'essentiel du droit OHADA est constitué de règles matérielles uniformes directement applicables aux situations juridiques internes et internationales. Pareil règlement direct des rapports internationaux fait l'économie de la méthode conflictuelle habituellement utilisée pour la réglementation de tels rapports. Mais cette élimination des conflits de lois ne peut se réaliser qu'à deux conditions. Il faut d'abord que le droit matériel OHADA soit un ensemble complet de normes, dépourvu de toute lacune. Or, le droit OHADA est marqué par l'incomplétude, de telle sorte que pour un rapport sénégal-ivoirien, il peut être nécessaire de rechercher le droit national apte à combler les lacunes du droit uniforme. Le droit national désigné par la règle de conflit de lois sera alors applicable. La seconde condition pour que les conflits de lois soient supprimés est que tout le droit matériel OHADA soit d'application universelle et impérative. Toute situation juridique soumise au juge d'un État partie de l'OHADA serait nécessairement soumise au droit matériel OHADA dès lors qu'il s'agit d'une matière régie par l'OHADA. Il serait sans intérêt à cet égard de se

demander si la situation présente un lien étroit avec l'espace OHADA. Tout le droit OHADA serait un corps de lois de police qui s'imposent à toute situation qui présente une attache minimale avec le territoire d'un État partie. C'est une forme de totalitarisme juridique singulièrement dépassée. Elle est antilibérale et constitue un frein aux échanges et aux investissements, étrangers notamment. Aussi, l'applicabilité spatiale du droit matériel OHADA dépend dans une certaine mesure du jeu préalable des règles de conflit de lois. Le droit OHADA ne supprime donc pas tout conflit de lois, si bien que la règle de conflit garde un rôle à jouer comme instrument du comblement des lacunes du droit matériel OHADA (Titre I) et comme moyen de réalisation de son applicabilité spatiale (Titre II).

Titre I : Utilisation des règles de conflit de lois comme moyen de comblement des lacunes du droit OHADA

7. À première vue, l'ordre juridique OHADA se présente comme un système complet de normes uniformes, autonome à l'égard des droits nationaux des États membres. On peut l'observer à au moins deux niveaux : son élaboration et sa mise en œuvre. Quant à l'élaboration, l'OHADA a pour objectif de se doter de règles communes directement applicables dans les États membres même en présence de normes contraires du droit national. Il y a abrogation des droits nationaux (*article 10 du traité*). Toute situation qui entre dans le champ matériel du droit OHADA échappe en principe aux droits nationaux, par hypothèse divergents. Le conflit de lois semble donc supprimé. Il l'est d'autant plus qu'au stade de sa mise en œuvre, une juridiction commune, la CCJA, est chargée d'uniformiser l'application et l'interprétation du droit unifié. En réalité, le droit OHADA ne fournit pas toujours une réglementation complète des rapports qu'il appréhende (Chapitre 1). Il faut alors le compléter par le droit national désigné par la règle de conflit (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Problèmes de droit applicable liés à l'insuffisance normative du droit OHADA

8. L'incomplétude du droit matériel OHADA se traduit par les lacunes qu'il comporte (Section 1), mais aussi par l'impossibilité de les combler entièrement par le recours à une interprétation autonome (Section 2). Cette insuffisance normative suscite un conflit de lois parce qu'elle oblige à compléter le droit OHADA par un droit national qu'il convient de déterminer. Or, lorsque la situation présente des attaches avec deux ou plusieurs pays, le choix de l'un des droits nationaux ne saurait être arbitraire. C'est la règle de conflit qui déterminera quel droit national a le plus de légitimité à combler le droit uniforme dans le cas envisagé.

Section 1 - Lacunes du droit matériel OHADA

9. Pour identifier les lacunes du droit matériel OHADA (§ 2), il convient de préciser au préalable la notion de lacune du droit (§ 1).

§1 - Notion de lacune du droit

10. La définition de la notion de lacune permet d'en dégager les traits caractéristiques, pour la distinguer des notions voisines (A). Ces lacunes peuvent être classées en plusieurs catégories (B).

A - Sens de la notion

11. Issu du latin *lacuna*, le mot lacune signifie « trou », « manque ». Il s'agit, selon *Le Petit Robert de la langue française*, d'une « interruption involontaire et fâcheuse dans un texte, un enchaînement de faits ou d'idées », de « l'absence d'un ou de plusieurs termes dans une série » (*Le Petit Robert de la langue française*, v.° Lacune). De ce point de vue, la lacune d'un texte juridique serait un manque involontaire du texte quant à la réglementation d'un rapport juridique (*Sur cette question, v. C. Perelman (sous dir.), Le problème des lacunes en droit, Bruxelles, Bruylant, 1968 ; I. Stribis, La manifestation des lacunes en droit international public, thèse, Paris I, 2001 ; L. Siorat, Le problème des lacunes en droit international : contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire, Paris, L.G.D.J., 1959 ; F. Viangalli, La théorie des conflits de lois et le droit communautaire, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2004, p. 270 s ; G. Badiali, « Le droit international privé des Communautés européennes », R.C.A.D.I., t. 191, 1985, p. 24 s.*). Mais s'il est vrai que la lacune traduit l'insuffisance d'une règle juridique quant à la solution d'un cas donné, elle n'est pas nécessairement involontaire. Le législateur peut volontairement garder le silence sur la réglementation d'une question. Il faut dès lors considérer comme lacune du droit, tout « point sur lequel la loi, muette ou insuffisante, a besoin d'être complétée par celui qui l'applique ou l'interprète », notamment par le recours à d'autres sources de droit (*G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 8^e éd., 2007, v.° lacune du droit. C'est nous qui soulignons*). Cette lacune du droit apparaît « lorsque la solution d'une situation juridique ou d'une question de droit supposée être appréhendée par le droit, manque à l'intérieur de la réglementation juridique pertinente » (*G. Ngoumtsa Anou, Droit OHADA et conflits de lois, thèse, Lyon 3, 2009, n° 26*). La plupart des instruments d'unification du droit reprennent cette définition en évoquant des « questions concernant les matières régies par la présente convention qui ne sont pas expressément tranchées par elle [...] » (*v. par ex. art 7 al. 2 Convention de Vienne*

de 1980 sur la vente internationale de marchandises, ci-après CVIM).

12. Deux critères d'identification des lacunes apparaissent de la définition précédente. Le premier critère est le silence de la norme juridique pertinente quant à la solution d'un cas. La norme est muette, ce qui permet d'affirmer que la question n'est pas expressément tranchée. Mais pour qu'il y ait lacune, il faut en plus que la question envisagée soit « régie » par la norme visée, c'est-à-dire que la question rentre dans le champ d'application de cette règle (*V. en ce sens, J. Stalev, « Droit uniforme et droit international privé », Études offertes à René Rodière, Paris, Dalloz, 1981, p. 320*). Ce second critère est essentiel parce que si une question ne relève pas du domaine du droit OHADA, on ne saurait dire qu'il y a lacune de l'OHADA sur ce point qu'elle exclut expressément de son champ.

13. La lacune se distingue normalement du besoin d'interprétation de la loi et du non-droit. Interpréter un texte juridique, c'est rechercher le sens de ses dispositions obscures ou ambiguës. La règle existe, mais elle n'est pas claire et précise. En présence d'une lacune par contre, ce n'est pas le sens d'une règle qui est en cause, mais bien plutôt l'absence de règle. La lacune ne se confond pas non plus avec un espace de non-droit. Le non-droit se définit comme l'absence de droit, l'« état dans lequel se trouvent les rapports humains non saisis par le droit, libres de droit » (*Vocabulaire juridique Capitant, op. cit., vo Non-droit*). Il s'agit d'un « vide juridique ne résultant ni d'une imperfection du droit liée aux lacunes non intentionnelles de celui-ci, ni d'une violation du droit assez forte pour le tenir en échec, mais de multiples phénomènes divers : retrait volontaire du droit (...), espaces de liberté juridiquement non relevant (...), choix de relations non juridiques, etc. » (*Vocabulaire préc.*). Jean Carbonnier présente ce phénomène comme la résultante d'un mouvement dynamique : « L'essentiel, dans l'hypothèse du non-droit, est le mouvement du droit au non-droit, l'abandon, par le droit, d'un terrain qu'il occupait ou qu'il aurait été de sa compétence d'occuper. Le non-droit, en ce qu'il a de plus significatif, est le retrait ou la retraite du droit [...] les phénomènes de non-droit sont les mécanismes par lesquels le droit se retire » (*J. Carbonnier, « L'hypothèse du non-droit », Arch. Phil. dr., n° 8, Le dépassement du droit, 1963, p. 55 s., spéc. p. 57*). La dépenalisation d'un comportement antérieurement réprimé en fournit un exemple. Le non-droit se réfère donc aux situations de la vie sociale que le droit n'appréhende pas ou qu'il a cessé d'appréhender. Ce sont des situations qui sont hors du domaine du droit, contrairement aux lacunes qui concernent des questions entrant dans le champ d'application d'une norme ou d'un ensemble de normes. Sous le bénéfice de ces précisions, il convient à présent de présenter les différents types de lacune.

B - Classification des lacunes

14. Il existe plusieurs types de lacunes dont on présentera les principales classifications.

15. En fonction de la question objet de l'insuffisance législative, on distingue entre lacune interne et lacune externe. Les lacunes externes naissent de questions dont le règlement, tout en se situant en dehors du champ normal d'intervention de l'ordre juridique considéré, constitue un préalable nécessaire à la solution de situations juridiques appréhendées par cet ordre juridique. Ainsi, lorsqu'une question de droit de la famille non expressément tranchée se pose comme question préalable lors de l'application d'une règle de droit des affaires, cette lacune est externe dans la mesure où la question est normalement étrangère au droit des affaires. Les lacunes internes quant à elles surgissent à l'intérieur de la sphère de compétence de l'ordre juridique envisagé.

Une illustration de cette distinction peut être tirée de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (CVIM). Lorsqu'une question n'est pas « régie » par la CVIM alors que sa solution est nécessaire pour la mise en œuvre des règles de cette convention, on parle de lacune externe suivant une expression consacrée par la doctrine (*M. Ferrari, in : « La convention de Vienne sur la vente internationale et le droit international privé », J.D.I., 2006, p. 46 ; J. Basedow, « Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », Rev. dr. unif., 2000-1, p. 135*).

L'intérêt de cette distinction réside dans le fait que les lacunes internes peuvent généralement être comblées par le recours aux principes généraux dont la convention s'inspire alors que la solution des lacunes externes suppose un recours à un ordre juridique extérieur désigné par les règles de conflit de lois (*En ce sens, F. Ferrari, op. cit., p. 46-48 ; J. Basedow, « Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », op. cit., p. 135*).

16. On peut également distinguer entre lacune conceptuelle et lacune normative proprement dite. La lacune conceptuelle surgit lorsque l'ordre juridique concerné ne définit pas l'ensemble des concepts qu'il utilise, alors que la détermination de leur sens est nécessaire pour la mise en œuvre de la règle qu'il édicte. On parle aussi de lacune de sens (*F. Viangalli, La théorie des conflits de lois et le droit communautaire, PUAM, 2004, p. 286 s.*). Quant aux lacunes normatives, elles ne posent pas un problème de qualification comme les précédentes. Il s'agit de l'absence de règle permettant de trancher un cas et non de l'absence d'une définition préalable à l'application d'une telle règle. C'est que le contenu de la norme à appliquer est insuffisant, d'où l'expression lacune de construction qui est parfois utilisée (*V. R. Goode, « Reflections on the harmonization of commer-*

cial law », *Rev. dr. unif.*, 1991-1, p. 68 s. ; F. Viangalli, *ouvr. préc.*, p. 286 s.).

§2 - Conflits de lois liés aux lacunes du droit matériel OHADA

17. Contrairement aux droits nationaux, l'ordre juridique OHADA présente un caractère sectoriel et parcellaire. Il ne fournit pas une réglementation complète des secteurs de la vie des affaires qu'il appréhende. Il doit alors être complété par un droit national qu'il convient de déterminer. Lorsque la situation envisagée se localise dans un seul État partie par ses divers éléments, le droit national de cet État comblera les lacunes du droit unifié. En revanche, quand la situation présente des attaches avec plus d'un État, il faut recourir à la règle de conflit pour choisir, parmi les systèmes nationaux avec lesquels la situation présente des attaches, celui dont les dispositions compléteront le droit OHADA. Cette option entre plusieurs lois nationales ayant, chacune, vocation à compléter le droit uniforme, est caractéristique du conflit de lois. Les lacunes du droit OHADA suscitent donc des conflits de lois, qu'elles soient externes ou internes.

18. Le droit OHADA est spécial et nouveau. De ce point de vue, il ne dispose pas d'une tradition juridique propre au sein de laquelle il peut tirer le sens des concepts nécessaires à sa mise en œuvre. Bien plus, cette mise en œuvre soulève des questions préalables relevant de la théorie générale des obligations, du droit des biens, du droit de la famille, etc.

Les concepts généraux employés par le droit OHADA relèvent de matières diverses. Ainsi, l'acte uniforme relatif au droit commercial (AUDCG) régit la capacité du « conjoint » ou de l'« époux » du commerçant à exercer la profession commerciale (*art. 7 al. 2*). D'autres dispositions du droit OHADA se réfèrent à la même notion (*V. AUDCG, art. 111, 128 ; A.U.S.C., art. 318, 334, 356, 378, 507, 698, 765, 787 ; A.U.S., art. 53 ; A.U.P.C., art. 39, 100, 241*). Le droit OHADA n'édicte pas pour autant un ensemble de règles complètes sur la capacité, de sorte que le détour par le droit national est inévitable. D'autres règles encore visent les « parents et alliés » (*V. par ex. A.U.S.C., art. 698 ; A.U.V.E., art. 44 ; A.U.P.C., art. 241*) la « famille » du débiteur (*art. 97 al. 1^{er} AUPC*), les « ascendants », les « descendants » (*A.U.S.C., art. 318, 356 al. 5, 507, 765 (3^e), 787 ; A.U.D.C.G., art. 111, 128 ; A.U.P.C., art. 241*), l'« époux commun en biens » (*art. 53 A.U.V.E.*), l'« héritier » (*art. 222, 290, 292, 308 et 321 A.U.S.C. ; art. 36 et 114 A.U.S. ; art. 39 A.U.P.C.*) ou les « ayants droit » (*V. art. 55 al. 2, 109, 191 et 229 AUDCG [ex-art. 36 al. 2, art. 111, 159, 197 al. 3]*). Comment définir la notion de parents ? S'agit-il de personnes liées par une filiation biologique ? Peut-elle comprendre la filiation adoptive ? Que faut-il entendre par alliés ? Quel est le type d'union susceptible de créer ce lien ? En supposant qu'il s'agit du mariage, il faut

encore préciser ce que recouvre le vocable mariage, à une époque où la notion reçoit de plus en plus des significations différentes dans plusieurs pays. Les pays de l'OHADA ont une tradition juridique commune, mais elle n'efface pas toutes les divergences législatives. Par exemple, la polygamie est admise dans de nombreux États parties, mais proscrite dans d'autres (*V. not. la loi n° 2002-07 du 7 juin 2002 portant Code des personnes et de la famille du Bénin, version consolidée du 14 juin 2004, article 143*). Le domaine matériel des règles qui s'appuient sur ces concepts dépend finalement de leur définition.

De nombreux concepts employés relèvent de la théorie générale des obligations. Il en est ainsi par exemple de la notion de solidarité (*A.U.S.C., art. 256, 686, 688, 689, 738, 777 ; A.U.S., art. 20 ; A.U.V.E., art. 33*) et de la notion de dol (*A.U.T., art. 25*). À ces notions, on peut ajouter les concepts relevant du droit des biens. Ainsi en est-il de la notion de « bien meuble » ou d'immeuble que les actes uniformes évoquent sans les définir (*art. 46 et 119 A.U.S.*). Or, la classification des biens en meubles et immeubles ne s'appuie pas seulement sur leur nature physique, mais aussi sur leur valeur patrimoniale.

19. **Incidence des lacunes externes.** Parce que les concepts qui viennent d'être évoqués relèvent du droit civil, normalement extérieur au domaine de l'OHADA, on peut se demander si la difficulté de les définir n'est pas elle-même étrangère à la question de l'interaction entre le droit OHADA et la théorie des conflits de lois. En réalité, il n'est pas possible d'opérer une cloison étanche entre catégories juridiques du droit uniforme OHADA et catégories des ordres juridiques nationaux, entre ce qui relève du droit des affaires et ce qui relève du droit commun réservé à la compétence des États membres. Le droit OHADA est un droit spécial de l'activité économique qui ne saurait se passer du concours de règles générales relatives aux personnes, aux obligations, aux biens, etc. L'interdépendance et l'imbrication des catégories ont été à maintes reprises soulignées (*H. Gaudemet - Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », R.C.A.D.I, tome 312 (2005), p. 23 ; J. Issa-Sayegh et J. Loboues-Oble, OHADA, Harmonisation du droit des affaires, Bruxelles, coll. Droit uniforme africain, éd. Bruylant, 2002, n° 272, p. 120*). La jurisprudence de la CCJA offre de nombreuses illustrations de cas mixtes auxquels les juges appliquent à la fois le droit OHADA et le droit national (*V. G. Ngoumtsa Anou, Jurisclasseur droit international, v. OHADA, préc., n° 32. Pour un exemple, v. CCJA, arrêt n° 021/2007 du 31 mai 2007, Madame Amani Yao, www.obada.com, Obadata J-08-223*).

Il faut en outre souligner que l'emploi par le droit OHADA de concepts non définis peut créer un conflit de lois. Un exemple l'illustre bien. L'âge de la capacité est fixé à 18 ans au Bénin (*art. 459 de la loi n° 2002-07 du 7 juin 2002 portant Code des personnes et de la*

famille du Bénin) alors que la loi camerounaise considère comme mineure la personne qui n'a pas encore atteint l'âge de 21 ans révolus (*art. 488 du Code civil applicable au Cameroun*). L'acte uniforme relatif au droit commercial dispose que pour exercer la profession commerciale, il faut être « juridiquement capable ». Il ne définit pas cette capacité. Dans un rapport interne, le juge camerounais ou béninois appliquera sa propre loi pour définir la capacité et ainsi combler la lacune du droit unifié. Si la question de la capacité d'un Béninois de 19 ans à exercer l'activité commerciale au Cameroun se pose devant le juge camerounais, il y a conflit de lois, car on se demande s'il faut apprécier cette capacité selon la loi camerounaise du juge saisi ou d'après la loi nationale de l'intéressé. Le juge camerounais peut appliquer le droit camerounais malgré l'internationalité du litige. Il déclarera ce Béninois inapte à exercer l'activité commerciale selon le droit OHADA, alors que le juge béninois aurait retenu exactement la solution contraire s'il était saisi. C'est une solution qui peut inciter les parties à saisir le juge du for le plus satisfaisant. La solution la plus raisonnable consiste à appliquer à titre complémentaire le droit national désigné par la règle de conflit (*V. en ce sens, à propos du droit européen, Ph.-E. Partsch, Le droit international privé européen. De Rome à Nice, Bruxelles, Larquier, 2003, n° 4, p. 18. V. aussi A. V. M. Struycken, « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », R.C.A.D.I., tome 232 (1992), p. 261 s., spéc. p. 307 s. ; M. Fallon, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », R.C.A.D.I., tome 253 (1995), p. 9 s., spéc. p. 92 s. ; D. Lasok and P. A. Stone, Conflict of laws in the European Community, Abingdon, Professional Books Limited, 1987, p. 92 ; C. Kobler, « La Cour de Justice des Communautés européennes et le droit international privé », Trav. Com. fr. DIP 1993-1994, spéc. p. 77 s*). D'après la règle de droit international privé camerounaise, la capacité est régie par la loi nationale (*art. 3 al. 3 du code civil applicable au Cameroun*), la loi béninoise en l'espèce. Le Béninois de 19 ans sera alors reconnu apte à exercer l'activité commerciale au Cameroun.

20. Lacunes de construction externes. Comme droit spécial, le droit issu des actes uniformes de l'OHADA s'appuie sur le droit commun national qu'il faut déterminer en présence d'une situation comportant un élément d'extranéité. Ainsi, le livre III de l'acte relatif aux sociétés régit la nullité de la société et des actes sociaux, mais il n'est pas complet et prévoit un recours aux droits nationaux : « la nullité d'une société ou de tous actes, décisions ou délibérations modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent Acte uniforme ou des textes régissant la nullité des contrats en général et du contrat de société en particulier. » (*art. 242 AUSC*). L'acte inclut donc dans sa réglementation les causes de nullité issues du droit national compétent.

D'autres textes uniformes se réfèrent à la même question sans la définir (*AUDCG, art. 58, 133, 151 [ex-art. 37, 119] ; A.U.S.C., art. 249 à 256, art. 356, 447, 701*).

Dans le même sens, certaines dispositions des actes uniformes visent l'action paulienne et la répétition de l'indu sans en préciser le régime (*art. 170 AUBE ; art. 143 AUPC*). Selon, l'article 170 paragraphe 3 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, « le débiteur saisi qui n'aurait pas élevé de contestation dans le délai prescrit peut agir en répétition de l'indu devant la juridiction du fond compétente selon les règles applicables à cette action ».

Pour toutes ces questions qui ne sont pas expressément réglées par les actes uniformes, il faut recourir aux droits nationaux, par hypothèse divergents sur le point objet de la lacune. Cette divergence possible oblige à faire un choix entre les droits nationaux, autrement dit à démêler le conflit de lois. La même difficulté se pose à propos des lacunes internes.

21. Lacunes internes. Les lacunes internes du droit OHADA sont des insuffisances normatives qui surgissent à l'intérieur de son domaine normal de compétence, c'est-à-dire des matières « régies » par les actes uniformes. Ces lacunes peuvent être volontaires lorsque l'ordre communautaire choisit expressément d'abandonner aux droits nationaux, la réglementation de certains points du domaine matériel d'un acte uniforme. Dans le cas contraire, les lacunes sont involontaires.

22. Lacunes internes volontaires. Consciente de l'incomplétude de sa réglementation, l'OHADA prévoit l'application, aux questions qu'il appréhende, des droits nationaux complémentaires. Dans cette optique, l'article 1^{er} de l'Acte uniforme portant droit commercial général énonce que : « tout commerçant [...] est soumis aux dispositions du présent Acte uniforme. En outre, tout commerçant demeure soumis aux lois non contrares au présent Acte Uniforme, qui sont applicables dans l'État partie où se situe son établissement ou son siège social ». Le droit commercial dans l'espace OHADA est donc constitué de deux corps de règles : les règles uniformes de l'acte uniforme et les règles non contrares du droit national. L'article 1^{er} de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique retient la même solution. Cette dualité de règles caractérise tout le droit OHADA (*En ce sens, J. Issa-Sayegh, « Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec les actes uniformes de l'OHADA et réciproquement », Recueil Penant, n° 850, 2005, p. 11*). C'est dire que l'OHADA ne supprime pas toute diversité législative source du conflit de lois. Par exemple, l'AUDCG ne prévoit pas un régime complet de la validité d'une vente commerciale. Dans une vente conclue entre un commerçant établi au Cameroun et un commerçant établi en Côte d'Ivoire, le droit uniforme doit être complété par le droit national en

vertu de l'article 1^{er} alinéa 2 de l'AUDCG. Il faut dès lors déterminer lequel des droits nationaux est applicable.

De manière plus générale, l'incomplétude du droit OHADA se traduit également par des renvois généraux ou parcellaires au droit national (*Pour une présentation détaillée, V. G. Ngoumtsa Anou, Droit OHADA et conflits de lois, thèse Lyon 3, n° 50*).

23. Lacunes internes involontaires. Il n'est pas aisé de recenser les lacunes tacites du droit OHADA, car elles ne se révèlent qu'à l'épreuve de la pratique. On peut néanmoins évoquer à titre illustratif les lacunes du droit de la vente commerciale. L'AUDCG garde le silence sur la question de la preuve en matière de vente commerciale, comme le reconnaît la CCJA dans un arrêt *Bocar* : « Attendu que le présent pourvoi soulève des questions relatives à la vente commerciale régie par l'Acte uniforme sur le droit commercial général ; qu'aux termes de l'article 205 dudit Acte uniforme, les dispositions du livre V de celui-ci relatif à la vente commerciale incluent expressément les dispositions du droit interne de tout État partie, en cas de silence de l'Acte uniforme sur des questions traitées ; que *tel est le cas en ce qui concerne les preuves en matière de vente commerciale*, lesquelles sont régies notamment en Côte d'Ivoire, État partie, par les articles 1315 et 1332 du code civil... » (CCJA, arrêt n° 024/2007 du 31 mai 2007, aff. *Wague Bocar*, *www.ohada.com*, *Ohadata J-08-225*). L'arrêt précise au préalable que la question est « régie » par l'acte uniforme, ce qui signifie qu'elle entre dans son champ d'application matériel. Il ajoute ensuite que l'acte uniforme est « silencieux » sur la question. Il y a donc lacune interne, justifiant le recours au droit national en vertu de l'article 237 [ex-article 205 AUDCG] qui renvoie au droit national. En l'espèce, la situation était localisée en Côte d'Ivoire, donc interne. Le juge saisi a appliqué sa propre loi sans problème. Mais si la vente était intra-communautaire, par exemple sénégal-ivoirienne, il se serait demandé s'il faut appliquer, à titre complémentaire, le droit ivoirien ou le droit sénégalais. Cette diversité de lois applicables oblige à faire un choix entre elles et crée ainsi un conflit de lois. Il aurait appliqué la règle de conflit du for initialement saisi, pour déterminer parmi les deux lois en présence celle qui s'appliquera à la question de la preuve.

Ainsi, les lacunes du droit unifié suscitent des conflits de lois. Elles peuvent être comblées par l'application du droit national désigné par la règle de conflit, lorsqu'une interprétation autonome n'est pas possible.

Section 2 - Limites de l'interprétation autonome du droit OHADA

24. Compte tenu de l'insuffisance normative du droit matériel OHADA qui suscite des conflits de lois, celui-ci ne peut s'affranchir du recours aux règles de conflit de lois que dans la mesure où il est autonome à l'égard des

ordres juridiques étatiques, à la fois du point de vue de sa teneur et quant à son application. Est-il alors possible de réaliser une interprétation entièrement autonome du droit matériel unifié pour en combler les lacunes ? Il convient de dégager le sens de la notion d'interprétation autonome pour mieux comprendre les limites de l'interprétation autonome du droit OHADA.

§1 - Notion d'interprétation autonome

25. Définition. L'interprétation autonome du droit uniforme désigne d'une façon générale toute interprétation qui est propre à l'espace juridique unifié et ne procède pas par référence aux concepts et aux règles issus d'un droit national particulier (*En ce sens, M. Gebauer, « Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation », Rev. dr. unif. 2000, n° 4, p. 683 s., spéc. p. 686 ; M. Audit, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », J.D.I. 2004, p. 798*). Il s'agit de dégager le sens des notions et des expressions employées par le droit uniforme en fonction du contexte de ce droit uniforme lui-même et du but recherché par le législateur communautaire. Un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (*la CJCE, devenue la Cour de justice de l'Union européenne, la CJ*) formule bien cette définition : « Il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit communautaire qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause » (*C.J.C.E., 18 janv. 1984, Ekro BV, aff. 327/82, point 11, Rec., p. 107. V., dans le même sens, C.J.C.E., 19 sept. 2000, Linster, aff. C-287/98, point 43, Rec. p. I-6917 ; C.J.C.E., 9 nov. 2000, Yiadom, aff. C-357/98, Rec. p. I-9265, point 26 ; C.J.C.E., 27 février 2003, Adolf Truley GmbH, aff. C-373/00, Rec., p. I-1931, point 35 ; C.J.C.E., 9 sept. 2003, Jaeger, aff. C-151/02, Rec. 2003 p. I-08389*).

26. Justifications. Il s'agit d'éviter qu'une même règle de droit OHADA ne reçoive dans un État membre A, une interprétation différente de celle retenue dans un État membre B. Cette divergence au sujet d'une même règle engendre un conflit de lois (*P. Lagarde, « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? (à propos de l'arrêt HOCKE de la Section commerciale du 4 mars 1963) », art. préc., p. 248 ; Ph. Malaurie, « Loi Uniforme et conflits de lois », op. cit., p. 97. Adde, les références citées supra, n° 2*).

27. Moyens. Pour éviter que le droit uniforme ne reçoive des interprétations divergentes dans les différents

États parties, plusieurs solutions sont envisageables. La première consiste à prévoir une disposition des textes uniformes qui exige que l'interprétation soit faite en tenant compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. La prise en compte du caractère international du droit unifié conduit à le considérer comme autonome, indépendant des droits nationaux. En pratique, ce type de formulation a une efficacité très relative. Le deuxième moyen est l'institution d'une juridiction supranationale chargée de préserver l'uniformité de l'interprétation et de l'application du droit unifié. C'est, pour certains, un moyen efficace de réaliser l'interprétation autonome (O. Riese, « Une juridiction supranationale pour l'interprétation du droit unifié », *Rev. int. dr. comp.*, 1961, p. 717 s. ; E. Krings, « L'opportunité de juridictions supranationales pour l'interprétation des lois uniformes », *Rev. dr. unif.*, 1998, p. 525 s., spéc. p. 530 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Paris, Domat-Montchrestien, 9^e éd., 2007, n° 93). En ce sens, le traité OHADA confie à la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), « l'interprétation et l'application communes » de ses règles (art. 14 al. 1^{er} traité OHADA).

Les moyens susceptibles d'être utilisés par l'ordre juridique OHADA pour assurer cette interprétation autonome sont cependant limités, qu'il s'agisse du recours aux concepts autonomes ou du recours aux principes généraux du droit.

§2 - Limites du procédé basé sur la définition de notion autonomes

28. Notion de définition autonome. Pour préserver l'autonomie du droit uniforme à l'égard des droits nationaux préexistants, les rédacteurs incluent parfois dans ces textes des définitions communes des concepts utilisés. À défaut de définition dans le texte, la juridiction supranationale chargée de l'uniformité de l'interprétation peut dégager un sens commun des notions employées. C'est la définition commune de « notions autonomes ». Les concepts du droit unifié ne sont plus entendus au sens que leur confère tel ou tel droit national. Le droit OHADA procède de plus en plus à cette définition autonome de concepts. C'est le cas de l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route, dont l'article 2 est intitulé « Définitions ». Même les projets d'acte uniforme en cours suivent cette logique (V. *avant-projet d'Acte uniforme relatif aux contrats, article 1/10 intitulé « Définitions » ; projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation, section I intitulée « Définitions » ; avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit du travail, articles 2 et 3*).

29. Limites en droit OHADA. La définition autonome des concepts ne connaît qu'une utilisation limitée en droit OHADA, car la plupart des actes uniformes ne fournissent pas de telles définitions autonomes. Bien

plus, les définitions communes ne forment parfois qu'un noyau commun dans les États membres quant au sens d'une notion. La CCJA ne saurait créer, surtout pour les concepts de droit civil, toutes les règles juridiques qui conditionnent l'existence d'une qualité (*par exemple celle de mineur, de parent, de conjoint, etc.*). L'affaire dame *Simpore* l'illustre bien. La question discutée était de savoir si les meubles garnissant les lieux loués devaient être considérés comme des immeubles soumis aux règles du bail commercial ou comme des meubles. Sans tenter une définition autonome de la notion d'immeuble à laquelle se réfère le droit OHADA du bail commercial, la CCJA retient la définition donnée par le droit national burkinabé. Elle affirme ainsi que d'après l'article 524 du code civil burkinabé, « les objets que le propriétaire d'un fond (sic) y a placés pour le service et l'exploitation de ce fond (sic) sont immeubles par destination ». Le même constat peut être fait à propos du recours aux principes généraux du droit.

§3 - Limites du recours aux principes généraux du droit

30. Notion de principe général du droit. Les principes généraux du droit peuvent être définis comme des principes juridiques non écrits que le juge dégage à partir du fonds commun de valeurs et de normes qui constituent la philosophie constitutionnelle et politique de l'ordonnement juridique considéré (D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, Coll. *Droit fondamental*, 3^e éd., 2001, p. 358 ; « *Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?* », *Droits*, 1991, n° 14, p. 73). Ces principes généraux se distinguent donc des règles proprement dites. Mais dans le langage du droit uniforme, la notion de principe général a un sens plus large et comprend aussi bien les « principes » au sens strict que les règles. Le contenu des « Principes d'UNIDROIT » relatifs aux contrats du commerce international l'illustre bien parce qu'ils vont au-delà des simples principes pour formuler de véritables règles. Cela dit, les principes peuvent être tirés du droit unifié ou d'un ordre juridique extérieur.

31. Principes internes. Certains principes généraux du droit sont tirés du droit matériel unifié. Ils sont dits principes internes. Il en est ainsi des principes qui sous-tendent l'ensemble de l'ordre juridique OHADA. Leur identification peut se faire grâce à l'analogie ou à la généralisation à des cas similaires des solutions retenues dans certaines dispositions textuelles spéciales (M. Gebauer, *op. cit.*, p. 697). Plus généralement, l'interprète prend en compte l'esprit et le but d'un texte de droit matériel uniforme pour « l'interpréter comme réglant implicitement certains points qui ne figurent pas littéralement dans ses dispositions, mais qui incontestablement font partie de son objet » (H. Batiffol, « *Observations* » sur l'exposé préliminaire de A. E. von Overbeck intitulé « *Le champ d'application des*

règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités », in *Annuaire Institut du Droit International*, Vol. 58 (1979–I), p. 97 s., spéc. p. 142). Ces questions qui font partie de l'objet du texte sans être expressément réglées forment des lacunes internes. On les comble de manière autonome en recherchant l'esprit général du texte pour en dégager la solution implicite de la question qui n'est pas expressément tranchée. Cette recherche s'appuie sur le but et le contexte de la règle. On peut ainsi souligner comme principes qui inspirent le droit OHADA de la vente commerciale, le principe de bonne foi qui entraîne un devoir de coopération contractuelle entre les parties, le principe d'après lequel le maintien du contrat doit être préféré à sa résolution, le principe selon lequel les contractants doivent adopter une attitude raisonnable en toutes circonstances.

32. Principes externes. L'interprète peut également utiliser des principes tirés des sources extérieures pour combler les lacunes du droit OHADA. Ils peuvent être issus du droit national des États membres, du droit international et même du droit anational. Les principes tirés d'une analyse comparative des droits nationaux des États membres constituent en effet la première source à laquelle on pense lorsque les principes internes ne permettent pas de combler une lacune. La CCJA a ainsi eu l'occasion de juger « qu'il est de règle que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » et que « réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation » (*C.C.J.A., arrêt n° 013 du 18 mars 2004, Société générale de Banques Cameroun, www.ohada.com, Obadata J-08-68*). Elle a également affirmé le principe de la force obligatoire du contrat et celui de la sécurité juridique qui impose le respect de la stabilité des conventions : « il est de principe, d'une part, que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et, d'autre part, qu'il n'appartient pas aux tribunaux de compléter ni de modifier la clause de révision adoptée par les parties [...] » (*CCJA, 2^e chambre, arrêt n° 4 du 9 mars 2006, Société Ivoirienne de promotion de supermarchés, www.ohada.com, Obadata J-07-11. Le Juris-Obada, n° 3/2006, p. 16*). La CCJA affirme ces principes sans en préciser la source, alors même qu'il s'agit de principes issus d'une analyse comparative du droit national des États membres. Cette analyse comparative favorise un rapprochement mutuel des ordres juridiques nationaux et encourage l'unification juridique recherchée (*V. P. Pescatore, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », Rev. int. dr. comp. 1980, p. 359 ; J. Mertens de Wilmars, « Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », J.T.D.E. 1991, p. 37*).

Dans le droit anational, on peut évoquer à titre illus-

tratif les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. En tant que principes généraux applicables aux contrats du commerce international et élaborés par des experts, ils peuvent être utilisés pour combler les lacunes des instruments de droit uniforme comme ceux de l'OHADA. Cette utilisation doit cependant tenir compte du contexte spécifique de l'OHADA. En effet, les règles du commerce international ne sauraient s'appliquer à toutes les situations régies par le droit OHADA, alors que certaines de ces situations sont purement internes.

33. Limites du procédé. Le recours aux principes généraux du droit n'est pas une solution miracle du problème de l'incomplétude du droit OHADA. D'une part, comme tout droit uniforme, le droit matériel OHADA est un droit spécial qui manque d'un cadre conceptuel général propre à partir duquel le juge peut dégager des principes généraux (*En ce sens, J. Honnold, « The United States Uniform Commercial Code : Interpretation by the Courts of the States of the Union », in : International Uniform Law in Practice/Droit uniforme international dans la pratique. New York, Oceana Publications, Rome, UNIDROIT, 1988, p. 181 s., spéc. p. 190 ; M.-C. Pitton, Le rôle du jugement étranger dans l'interprétation du droit conventionnel uniforme, thèse, Paris I, 2007, n° 205 s*). Ainsi, le juge communautaire de l'OHADA ne sera pas toujours à même de dégager des principes internes dans tous les cas. Bien plus, les principes généraux internes ne permettent pas de combler les lacunes externes, normalement étrangères au champ du droit OHADA. La CCJA reconnaît ces limites et applique le droit national à titre complémentaire lorsqu'il n'est pas possible de combler une lacune par des principes généraux. Elle en a décidé ainsi dans un cas où se posait la question de la preuve en matière de vente commerciale, question sur laquelle l'AUDCG ne formule pas de règle expresse (*V. CCJA, arrêt Wague Bocar, préc., www.ohada.com, Obadata J-08-225*).

34. Conclusion. Le droit matériel OHADA comporte des lacunes et peut également susciter des problèmes d'interprétation. Pour préserver l'uniformisation acquise, il est préférable de dégager le sens des règles unifiées et d'en combler les lacunes par une interprétation autonome. Or, celle-ci n'est pas toujours possible, comme le montre déjà la jurisprudence de la CCJA. La diversité législative qui subsiste est une source de conflits de lois et oblige à rechercher le droit national apte à compléter le droit matériel uniforme OHADA.

Chapitre 2 : Recherche du droit national compétent

35. Il n'existe pas, dans le droit OHADA, un critère systématique de détermination du droit national complémentaire applicable. Dans les cas où l'incomplétude du droit OHADA a été prévue, des règles de

renvoi au droit national sont parfois injectées dans le droit matériel unifié. Ces règles renvoient souvent aux règles de conflit du juge saisi (*V. par ex.*, art. 95 et 110 AUPC ; art. 167, 175 et 182 AUDCG [ex-art 135, 143 et 150 AUDCG]), mais elles ont plus rarement la nature de véritables règles de conflit de lois désignant le droit applicable (*V. par ex.*, art. 201 AUS (ex-art. 128) ; art. 12 al. 6 AUTMR). Parfois, aucune disposition du droit OHADA ne prévoit le moyen d'en combler les lacunes. Il faut alors rechercher des critères qui peuvent permettre au juge de déterminer le droit national complémentaire dans ce cas (Section 1), avant d'envisager leur mise en œuvre (Section 2).

Section 1 - Critères de détermination du droit national compétent

36. Lorsqu'une lacune du droit OHADA se présente dans une hypothèse où aucune règle commune ne fournit des indications quant à la recherche du droit national complémentaire, la solution diffère selon que le litige relève de la compétence exclusive de la CCJA ou d'une compétence partagée entre celle-ci et les juridictions nationales.

§1 - Hypothèse d'une compétence exclusive de la CCJA

37. Problème. Certains litiges du droit OHADA relèvent de la compétence exclusive de la CCJA. Il en est ainsi par exemple du contentieux de la fonction publique de l'OHADA (art. 84 §1 du Statut des fonctionnaires ; art. 56 du statut du personnel non-fonctionnaire de l'OHADA). Les règles de procédure applicables à ce contentieux sont celles du règlement de procédure de la CCJA (art. 85 du statut des fonctionnaires et 57 du statut du personnel non-fonctionnaire). Les règles de fond de ce contentieux sont également celles desdits statuts. Elles sont cependant marquées par l'incomplétude comme les autres règles du droit OHADA (*V. G. Ngoumtsa Anou, thèse préc.*, n° 41). Il peut donc s'avérer nécessaire de rechercher le droit national complémentaire dans de tels cas. Pourtant, il n'y a pas de règle de conflit du for dans cette hypothèse puisque le seul juge saisi est le juge communautaire qui n'a ni *lex fori*, ni règle de conflit de lois communautaire. On peut certes considérer que le droit matériel OHADA des affaires forme une *lex fori* communautaire, mais son caractère incomplet a déjà été souligné. Or, le droit international privé constitue, dans une certaine mesure, une projection au plan international des philosophies qui inspirent le droit matériel interne (*J. Basedow, « Spécificité et coordination du droit international privé communautaire », Trav. Com. fr. DIP 2002-2004, p. 278 s.*). La recherche du droit national dans le cas envisagé se situe dans une perspective différente par rapport aux hypothèses classiques.

38. Solution. Il faut rappeler que dans cette hypothèse, il n'y a ni règle matérielle applicable, ni renvoi au droit national, ni possibilité d'opérer une interprétation autonome. La situation est donc presque identique à celle à laquelle le juge communautaire européen est confronté lorsqu'il est saisi à titre principal. La solution proposée par M. Badiali dans ce cas peut donc être expérimentée dans l'espace OHADA en fonction du contexte (*V. G. Badiali, « Le droit international privé des Communautés européennes », op. cit.*, p. 48 s).

Selon cette méthode, le droit national complémentaire applicable sera celui de l'ordre juridique le plus adhérent, c'est-à-dire celui du pays avec lequel la situation juridique a les liens les plus étroits. Pour l'identifier, il faut rechercher le siège réel du rapport juridique en analysant les rattachements objectifs que ce rapport présente avec les divers ordres juridiques en présence. Parmi ces systèmes juridiques qui présentent des contacts avec la situation, il faut retenir ceux dont les rattachements apparaissent les plus significatifs, compte tenu des critères qu'ils retiennent. Il faut ensuite déterminer si ces ordres les plus significatifs convergent en faveur d'un système, autrement dit, si les règles de droit international privé de ces divers ordres ou de la plupart d'entre eux désignent la même loi comme applicable. Celle-ci sera alors appliquée.

Le droit OHADA est nouveau et ne fournit pas encore une illustration de ce cas. Un exemple tiré du droit européen permet de mieux comprendre l'hypothèse. Il s'agit de l'affaire *Khouri*. (*T.P.I.C.E.*, 18 décembre 1992, *Lilian R. Khouri, aff. T-85/91, Rec. p. II-2637. V., dans le même sens, T.P.I.C.E.*, 18 décembre 1992, *José Miguel Diaz Garcia C/Parlement européen, aff. T-43/90, Rec. p. II-2619*). La dame *Khouri*, de double nationalité belge et espagnole, avait pris un engagement de prise en charge de son neveu également de double nationalité, néerlandaise et libanaise. Sur la base de cet engagement, un jugement belge avait constaté à sa charge l'existence d'une obligation civile envers son neveu. En sa qualité d'agent auxiliaire de la Commission des Communautés européennes, la dame *Khouri* sollicitait l'assimilation de son neveu à un enfant à charge pour l'obtention des allocations prévues par le statut des fonctionnaires. Le tribunal estime qu'il faut « identifier l'ordre juridique national » compétent (*Point 33 de l'arrêt*). Il note les points de contact du rapport avec divers systèmes : nationalités différentes des parties, résidence en Belgique (*Point 34 de l'arrêt*). Il note également la nécessité de passer par les règles de compétence judiciaire pour déterminer le droit applicable : « il convient de rechercher l'ordre juridique pertinent en l'espèce, à la lumière des règles de conflits de lois applicables par la juridiction compétente » (*Point 35 de l'arrêt*). Eu égard aux circonstances de l'espèce, il apparaît que les juridictions belges sont compétentes. Le juge retient donc les règles de conflit de lois belges (*Point 37*). Mais celles-ci ne comportent aucun rattachement précis de la question (*Point 39*).

Il recourt alors à un faisceau d'indices qui convergent en faveur du droit matériel belge : nationalité et résidence belge de l'intéressée, résidence en Belgique de son neveu (*Point 40*). C'est ainsi que le droit belge reçoit application.

La méthode paraît opportune parce qu'elle met tous les droits nationaux des États parties sur un même pied d'égalité, même si on peut regretter son caractère passablement casuistique.

§2 - Hypothèse d'une compétence partagée entre la CCJA et les juridictions nationales

39. Existence d'un for initial. Le contentieux des actes uniformes relève de la compétence des juges nationaux au premier et au second degré, puis de la compétence de la CCJA conçue comme cour de cassation. Dans tous ces litiges, le pays dont les juridictions ont été initialement saisies est le for de base ou for de raisonnement. Il paraît logique que ces juridictions nationales appliquent leur propre règle de conflit de lois pour déterminer le droit national applicable. En effet, les lacunes concernent souvent des questions expressément ou implicitement laissées aux ordres juridiques nationaux. La vocation de leurs règles de droit international privé à les appréhender paraît donc légitime. Elle l'est d'autant plus que, d'après les solutions classiques du droit international privé, chaque juge applique en principe ses propres règles de droit international privé.

Quant à la CCJA, il semble logique de penser qu'elle appliquera les règles de droit international privé du pays dont les juridictions étaient initialement saisies du litige. Elle n'est qu'une cour de cassation et, comme telle, elle n'a pas de for propre.

Lorsqu'une interprétation autonome n'est pas possible, les questions non couvertes par les actes uniformes doivent donc être comblées par les règles compétentes en vertu du droit international privé du juge saisi. C'est une solution largement admise, aussi bien à propos des lacunes du droit européen (*P. Lagarde, « Rapport de synthèse », in : Les conflits de lois et le système juridique communautaire, Paris, Dalloz, 2004, p. 283 ; K. Kreuzer, « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in L. Vogel (ss dir.), Droit GLOBAL. Unifier le droit : le rêve impossible ?, Paris, éd. Panthéon Assas, 2001/1, p. 102 ; U. Drobnig, « L'apport du droit communautaire au droit international privé », *Cahiers de droit européen*, 1970, p. 531) que dans le droit uniforme international (*F. Ferrari, « La convention de Vienne sur la vente internationale et le droit international privé », J.D.I., 2006, p. 27 s. ; J.-P. Béraudo, « Droit uniforme et règles de conflit de lois dans les conventions internationales récentes », *La Semaine juridique*, 1992, art. 3626, p. 510, no 16*).*

La détermination du droit national complémentaire dépend donc de l'hypothèse envisagée. Mais dans tous

les cas, il faut encore régler les questions liées à la mise en œuvre du droit désigné.

Section 2 - Mise en œuvre du droit désigné

40. La mise en œuvre du droit désigné soulève deux types de questions relatives à l'interprétation des règles de conflit utilisées et à l'application du droit désigné. La question de l'interprétation englobe le conflit de qualifications ou de rattachements. Elle peut aisément être résolue par une référence aux solutions admises dans le pays dont les règles de rattachement sont utilisées. Chaque règle de conflit serait alors interprétée dans le sens que lui confère le système dont elle émane. Le deuxième type de question en revanche mérite attention et ses solutions varient suivant que le droit national est appliqué ou évincé. Il faut s'interroger dans le premier cas sur la condition procédurale du droit national ; dans le second cas, sur son éviction.

§1 - Régime procédural du droit national dans le système juridique de l'OHADA

41. Lorsque le juge saisi applique sa propre loi, il ne rencontre pas de difficulté particulière. Il applique d'office ses règles de droit (*selon la maxime da mihi factum, dabo tibi jus*). Il les connaît et les plaideurs n'ont pas à en prouver la teneur (*C'est la règle jura novit curia*). Enfin, il interprète ces règles sous le contrôle d'une cour suprême chargée d'en uniformiser l'interprétation (*v. B. Audit et L. D'Avout, Droit international privé, Paris, Economica, 6^e éd., 2010, no 259*). Ces principes ne vont plus de soi lorsqu'il s'agit d'appliquer une loi étrangère. La question est de savoir si la loi étrangère doit être assimilée à la loi nationale du juge saisi ou considérée comme un élément de fait, placé dans une condition inférieure. Ce statut particulier amène à se demander quelle est la condition procédurale du droit national devant le juge communautaire. Le droit national d'un État partie doit-il bénéficier du même statut que le droit communautaire ou être considéré par le juge communautaire comme un simple fait ? Il semble nécessaire d'assimiler le droit national au droit communautaire, tant du point de vue de son applicabilité (A) que du point de vue de son application (B).

A - Applicabilité d'office du droit national

42. Problème. Par suite d'un renvoi au droit national ou d'une lacune du droit matériel OHADA, celui-ci doit être complété par un droit national, éventuellement désigné par la règle de conflit de lois. Mais le juge doit-il de sa propre initiative relever l'applicabilité du droit national complémentaire désigné ou ne l'appliquer que lorsque les parties en réclament l'application ? Suivant

les solutions classiques du droit international privé, le juge doit relever d'office l'applicabilité de la loi étrangère compétente, en toute matière où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits. Une telle obligation n'existe pas pour les droits disponibles (*V. B. Audit et L. D'Avout, Doit international privé, op. cit., n° 264 s.*). Mais peut-on transposer cette solution dans les rapports entre le droit national et l'ordre juridique OHADA ?

43. Solution. Le juge communautaire appelé à appliquer le droit national se trouve dans une situation comparable à celle du juge du for confronté à la loi étrangère. Ils ont tous à appliquer une norme appartenant à un ordre juridique extérieur (*V., dans un sens voisin, H. Chanteloup, « La prise en considération du droit national par le juge communautaire (contribution à la comparaison des méthodes et solutions du droit communautaire et du droit international privé) », R.C.D.I.P. 2007, p. 545*). Mais le droit national et le droit communautaires sont intégrés l'un à l'autre et se complètent alors que cette intégration fait défaut dans les rapports entre la loi du for et la loi étrangère. Il paraît dès lors logique qu'une solution différente est proposée, autrement dit que le droit national d'un État membre soit appliqué d'office par le juge communautaire. Mais dans toutes les matières où elles ont la libre disposition de leurs droits, il faut réserver la possibilité pour les parties de déroger à ce droit applicable, par un accord procédural.

Quant aux droits nationaux des États tiers, ils constituent de véritables lois étrangères et leur condition devant le juge communautaire doit être alignée sur le statut classique de la loi étrangère devant le juge du for (*Comp. F. Viangalli, La théorie des conflits de lois et le droit communautaire, op. cit., no 917; contra, G. Badiali, cours préc., p. 76*). Ces conceptions rejaillissent sur l'application du droit national.

B - Application du droit national

44. Garante de l'application et de l'interprétation du droit OHADA, la CCJA peut-elle « appliquer » un droit national ? Un auteur a soutenu qu'en dehors d'un cas marginal, le juge communautaire n'a que la faculté de prendre en considération le droit national. Il ne saurait l'appliquer (*H. Chanteloup, « La prise en considération du droit national par le juge communautaire... », op. cit., p. 546*). En réalité, il arrive que le juge européen applique le droit national (*V. F. Bocher, L'application et l'interprétation du droit national par la juridiction communautaire, thèse, Université de Franche-Comté, Besançon, 2004, p. 31 s; p. 412 s*). Bien plus, dans le contexte spécifique de l'OHADA, cette application est une nécessité. Retenir la solution contraire voudrait dire que dans les cas mixtes, la CCJA devrait régler les aspects du litige qui relèvent du droit OHADA et renvoyer les parties à mieux se pourvoir pour les points qui

relèvent du droit national. Il en résulterait des lenteurs judiciaires, mais aussi un risque d'incohérence dû au dépeçage judiciaire des situations juridiques. Aussi, la CCJA applique le droit national, qu'il s'agisse des règles de procédure (*V. par ex., CCJA, 1^{re} Chambre, arrêt no 13 du 29 juin 2006, Agence d'Exécution de travaux, Le Juris-obada, no 4/2006, p. 14; CCJA, 1^{re} Chambre, arrêt no 11 du 29 juin 2006, Centre national de recherche agronomique dit CNRA, Le Juris-Obada no 4/2006, p. 7; CCJA, arrêt no 050/2005 du 21 juillet 2005, Groupement pharmaceutique) ou des règles de fond (*V., dans une jurisprudence abondante, CCJA, arrêt n° 059/2008 du 30 déc. 2008, Mme Roufai, Recueil CCJA, n° 12, 2008, p. 82; CCJA, arrêt n° 054/2008 du 11 déc. 2008, Roche, Recueil CCJA, n° 12, 2008, p. 129; CCJA, 1^{re} Chambre, arrêt no 16 du 29 juin 2006, Société Ansari Trading Company Ltd, Obadata J-07-30; Le Juris-Obada, no 4/2006, p. 25, note M. K. Brou; CCJA, arrêt no 025/2004 du 15 juillet 2004, Société Commerciale de banque Crédit Lyonnais Cameroun, www.obada.com, Obadata J-05-168; CCJA, arrêt no 059/2005 du 22 décembre 2005, Banque internationale pour l'Afrique occidentale – Côte d'Ivoire, dite BIAO-CI, www.obada.com, Obadata J-06-36*). Cette application du droit national par le juge communautaire soulève deux questions : comment aurait-il connaissance du contenu du droit national ? Peut-il l'interpréter alors que cette mission revient normalement aux cours de cassation nationales ?*

45. Preuve du droit national. Dans la mesure où la CCJA doit parfois appliquer le droit national, on peut se demander à qui incombe la charge d'en prouver la teneur et selon quel moyen une telle preuve peut être établie.

S'agissant de la preuve du droit national, il faut remarquer que dans les hypothèses où la CCJA siège comme juge de cassation, sa position est presque identique à celles des cours de cassations nationales qu'elle remplace. Or, celles-ci appliquent d'office leur droit national. Il ne semble pas normal que l'élévation du litige du juge national à la CCJA change la condition du droit national. Le droit national des États membres n'est pas un droit étranger à l'ordre juridique OHADA, mais un droit partenaire du droit OHADA dans la réglementation des affaires. Il en découle, du point de vue procédural, que la CCJA doit rechercher elle-même la teneur du droit national applicable. Aussi, dans les arrêts qui font application du droit national, elle ne demande pas aux parties de prouver la teneur du droit national complémentaire qu'elles invoquent (*V. par ex. CCJA, arrêt n° 054/2008 du 11 déc. 2008, Roche, préc. ; CCJA, arrêt n° 056/2008 du 11 déc. 2008, Kouame, Recueil CCJA n° 12, 2008, p. 137*).

Reste à savoir comment la Cour a connaissance du droit national. Elle peut d'abord s'appuyer sur ses propres connaissances des droits nationaux puisqu'elle est composée de juristes issus de plusieurs États membres. Elle peut aussi consulter les experts inscrits à la Cour. En pra-

tique, lorsque la CCJA est saisie d'un litige, la juridiction nationale initialement saisie doit lui transmettre le dossier de l'affaire (art. 51 RPCCJA). Ce dossier peut fournir des informations sur le droit national complémentaire applicable. Si la cour est plutôt saisie d'une demande d'avis d'un État membre ou d'un renvoi préjudiciel, la demande « joint tout document pouvant servir à élucider la question » (art. 54 et 56 RPCCJA). Ainsi, si le droit national est en jeu, le document en cause peut l'énoncer. La question de savoir si la cour peut interpréter ces règles paraît plus complexe.

46. Interprétation du droit national. Dans les ordres juridiques étatiques, les cours de cassation nationales assurent le respect du droit par le contrôle de l'interprétation que les juges du fond en donnent. Il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de l'application d'une loi étrangère. Selon l'analyse classique, celle-ci est considérée comme un fait dont l'appréciation relève en principe du pouvoir souverain des juges du fond (*V. B. Audit et L. D'Avout, op. cit., n° 281*). C'est que la cour de cassation est juge du droit et non des faits (*S. Guinchard et F. Ferrand, Procédure civile. Droit interne et droit communautaire, Paris, Dalloz, 28^e éd., 2006, no 1803*). C'est à titre exceptionnel que la cour de cassation censure la dénaturation de la loi étrangère par les juges du fond (*V. Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 1961, Montefiore R.C.D.I.P. 1962, p. 329, note P. Lagarde ; ChUNET 1962, p. 686, note B. Goldman ; JCP 1962. II. 12521, note P. Louis-Lucas ; Cass. Civ. 1^{re}, 22 oct. 2008, Amoussou, RCDIP, 2009, p. 53, note H. Muir Watt*).

Devant la CCJA, le droit national se trouve dans une situation analogue à celle du droit étranger soumis à la cour de cassation. C'est une norme appartenant à un ordre juridique extérieur à l'ordre juridique régional. D'où la question de savoir si la CCJA peut l'interpréter et éventuellement contrôler l'interprétation que les juges nationaux en retiennent.

La réponse affirmative semble appropriée pour plusieurs raisons. D'une part, si on considère le droit national comme un fait, la CCJA reste apte à l'interpréter dans la mesure où, contrairement à l'office normal d'une cour de cassation, elle juge à la fois des faits et du droit lorsqu'elle évoque l'affaire. D'autre part, si on perçoit le droit national comme du droit (*En ce sens, J. Issa-Sayegh, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », Revue de droit uniforme, 1999-1 p. 5 s., spéc. p. 28*) la CCJA communautaire reste apte à l'interpréter, comme elle le fait pour les autres règles de droit. La règle est certes issue d'un ordre juridique autre que le sien, mais elle n'est pas « étrangère » par rapport au droit OHADA.

C'est dans ce sens que la CCJA s'est orientée dans une affaire *Amani Yao* (CCJA, arrêt n° 021/2007 du 31 mai 2007, *Amani Yao, www.ohada.com, Ohadata J-08-223*). Le pourvoi était fondé sur l'acte uniforme de l'OHADA relatif aux sûretés et sur l'article 1382 du code civil ivoirien. Sa première branche reprochait au juge du fond

d'avoir « violé ou commis une erreur dans l'application ou l'interprétation de l'article 1382 du Code civil ». La cour interprète alors le droit ivoirien : « attendu... qu'il existe ainsi un lien direct de causalité entre les agissements de la dame Amani Yao et le préjudice subi par la Soprocim ; qu'il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, en considérant que le fait pour la dame Amani Yao de n'avoir pas remboursé à la Soprocim les fonds propres que celle-ci a engagés après la livraison de l'immeuble, a causé un préjudice certain à la Soprocim, qui mérite réparation, la Cour d'appel d'Abidjan n'a en rien violé l'article 1382 du Code civil ». La CCJA dégage le sens de l'article 1382 du code civil ivoirien en affirmant que son application suppose l'existence d'un fait dommageable, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre ce fait et le préjudice. La cour interprète donc un droit national, puis l'applique.

Cette solution doit être approuvée parce qu'elle favorise la célérité de la justice communautaire. S'il fallait se prononcer sur le point relevant du droit OHADA et renvoyer à une juridiction nationale pour le reste, il en résulterait une certaine lenteur judiciaire. Il paraît cependant préférable que la CCJA se borne à rechercher l'interprétation du droit national qui est en vigueur dans l'État partie dont ce droit est issu. On éviterait ainsi que, sur un point donné du droit national, il y ait une interprétation nationale et une interprétation communautaire de la même règle, éventuellement différente de la première. La solution permet de respecter le partage des compétences entre l'ordre communautaire et les ordres nationaux. C'est la même solution que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, ex CJCE) retient : « la portée des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales doit s'apprécier compte tenu de l'interprétation qu'en donnent les juridictions nationales » (*C.J.C.E., 16 déc. 1992, affaires jointes C-132/91, C-138/91, et C-139/91, Grigorios Katsikas, Uwe Skeb, et Günter Schroll, Rec., p. I-6577, point 39*).

Cette solution convient également à l'hypothèse où le droit national en cause devant la CCJA est celui d'un État tiers. La loi étrangère étant considérée comme un élément de fait, le rôle de la CCJA devrait consister à en retenir l'interprétation qui est en vigueur dans le pays tiers concerné.

Le droit national complémentaire peut cependant être évincé lorsque sa compétence découle d'une manœuvre frauduleuse des parties et dans les cas où le résultat d'une telle application serait contraire à l'ordre public du for.

§2 - Éviction du droit national complémentaire

47. Le droit national normalement applicable peut être évincé en raison de sa contrariété à l'ordre public international du for (*Cf. infra, n° 205*) ou de la fraude à la loi.

48. L'inexistence d'une *lex fori* communautaire et la superposition du droit OHADA aux droits nationaux, donnent à la notion de fraude un visage particulier dans l'espace OHADA. Il convient donc de définir la notion, d'envisager les hypothèses dans lesquelles une personne peut tirer parti du droit communautaire pour échapper aux dispositions du droit national ou du droit communautaire.

49. **Notion de fraude à la loi.** Il y a fraude à la loi lorsqu'un sujet de droit manipule la règle de conflit de lois dans le but d'échapper à la loi normalement applicable, pour se placer sous l'empire d'une autre loi dont le contenu correspond à ses *projets* (v. E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille*, Paris, coll. Doctorat et notariat, t. XII, Éditions Defrénois, 2006 ; B. Audit, *La fraude à la loi en droit international privé*, Paris, 1974 ; G. de Geouffre de La Pradelle, « La fraude à la loi », *Trav. Com. fr. DIP 1971-1973*, p. 117s). Pour caractériser une telle fraude, deux éléments doivent être présents : un élément matériel et un élément intentionnel.

L'élément matériel consiste généralement en une altération ou en une modification du critère de rattachement : changement de nationalité, de domicile, de siège social d'une société, etc. À la suite d'un tel changement, la mise en œuvre de la règle de conflit aboutit à un résultat différent de celui qu'on aurait obtenu en l'absence de modification. Mais un changement du critère de rattachement est en principe licite et donne lieu plutôt à un conflit mobile. Encore faut-il, pour qu'il y ait fraude, qu'à cette manipulation s'ajoute un élément intentionnel, l'intention d'éluder la loi. L'affaire *Princesse de Bauffremont* en offre un exemple classique. À une époque où le divorce était prohibé en France, la princesse de Bauffremont a acquis la nationalité d'un duché allemand afin de convertir en divorce, selon la loi allemande, sa séparation de corps qui avait été prononcée par les juridictions françaises. Échappant ainsi aux prohibitions de la loi française, elle pouvait se remarier avec le prince Bibesco (*Cass. Civ. 18 mars 1878, Princesse de Bauffremont, Sirey 1878. 1. 193, note Labbé ; Dalloz 1878. 1. 201, concl. Charrins ; Clunet 1878, p. 505 ; GADIP, 5^e éd., 2006, no 6*).

50. **Fraude à la loi nationale d'un État membre réalisée grâce au droit régional.** Il peut y avoir fraude à la loi nationale d'un État partie lorsqu'une personne tire parti d'une prérogative accordée par le droit OHADA pour se soustraire au droit national complémentaire normalement applicable. L'hypothèse peut se rencontrer à propos du transfert du siège social d'une société. L'AUSC permet le transfert de siège social à l'intérieur d'un même État (*article 451 de l'AUSC*), d'un État membre vers un autre État membre (*articles 551 paragraphes 3 et 554 paragraphe 3 de l'AUSC*) et enfin d'un État partie vers un État tiers (*article 359 de l'AUSC*). De la même manière, les personnes physiques commerçantes peuvent transférer le lieu d'exploitation de leur fonds de commerce

dans un autre État. Le droit OHADA consacre ainsi, de manière implicite, un principe de libre circulation des opérateurs économiques dans l'espace communautaire.

Selon un auteur, ce changement de siège social n'entraîne pas un changement de loi applicable parce que le droit des sociétés est unifié dans l'espace OHADA (*M. N. Mbaye, « Le transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace OHADA », Recueil Penant, 2006, p. 416 s., spéc. p. 420*). Cette vision repose sur le pré-supposé de la complétude du droit matériel OHADA, lequel n'est pas avéré. Le droit commercial et le droit des sociétés dans chaque État membre se composent principalement du droit unifié et, à titre complémentaire, du droit national (*supra, n° 21 s*). Le changement de siège social ou de lieu du principal établissement d'un État à un autre (*Sur lequel v. M. Nchankou Mouansie La liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique, thèse, Cergy-Pontoise, 2009*) entraîne un changement du droit national complémentaire applicable. Si ce changement s'est fait dans l'intention d'éluder les dispositions matérielles nationales de l'État de l'ancien siège, il y a fraude à la loi réalisée grâce à la mise en œuvre d'une prérogative reconnue par le droit régional OHADA. C'est une fraude à la loi nationale normalement compétente et non une fraude à la loi communautaire, car la loi éludée est la loi nationale. Du point de vue communautaire, la situation s'analyse en un abus de droit (*V. R. Moïse, L'abus de droit en droit communautaire, thèse, Toulouse I, 2009*). Ce cas se présentera sans doute rarement, compte tenu de la place résiduelle du droit national dans le système juridique OHADA.

51. **Fraude au droit communautaire.** Pour qu'il y ait fraude au droit régional, en revanche, il faut que le changement de siège ou du principal établissement conduise à soustraire frauduleusement la situation de l'empire du droit OHADA pour la soumettre à la loi d'un État tiers. Il en serait ainsi par exemple du transfert du siège vers un État tiers, car le droit OHADA serait alors inapplicable.

Inversement, une personne peut frauduleusement soustraire une situation de l'empire de la loi d'un État tiers pour la soumettre au droit OHADA. Dans cette hypothèse, il y a fraude à la loi étrangère, c'est-à-dire à la loi d'un pays tiers.

Dans tous ces cas, il faut démontrer l'existence d'une intention d'éluder la loi.

52. La CCJA n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ces questions. Son seul arrêt sur la fraude concerne un rapport interne et se contente de rappeler le « principe de l'inopposabilité de l'acte frauduleux » (*CCJA, arrêt no 061/2005 du 22 décembre 2005, Établissements Soulès et Cie*). La jurisprudence européenne offre cependant de nombreuses illustrations du problème (*V. S. Vrellis, « "Abus" et "fraude" dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », Mélanges Gaudemet-Tallon, Paris, Dalloz, 2008, p. 633*

s. ; M. Fallon, « *La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes* », in : *La Loyauté, Mélanges offerts à E. Cerexhe, Larcier, 1996, p. 165 s.* Une société valablement constituée selon la législation d'un État membre de l'Union européenne peut valablement exercer son activité dans tous les autres États membres (Art. 59 et 65 TFUE (ex-art. 52 et 58)). Une société peut ainsi choisir d'établir fictivement son siège dans un État membre dont la législation est favorable, avec pour seul but d'exercer son activité dans d'autres États dont la législation est plus rigoureuse.

Dans une jurisprudence déjà très abondante à ce sujet, on se limitera à l'arrêt *Centros* qui en constitue un cas topique (CJCE, 9 mars 1999, aff. c-212/97, *Centros Ltd, Rec. 1999, p. I-1459*). *Centros* était une société de droit anglais désireuse d'immatriculer une succursale au Danemark. Les autorités danoises s'y sont opposées au motif que « *Centros, qui n'exerce aucune activité commerciale au Royaume-Uni, cherchait en réalité à constituer au Danemark non pas une succursale mais un établissement principal, en éludant les règles nationales relatives, notamment, à la libération d'un capital minimal* » (Point 7 de l'arrêt). Bien que la fraude à la loi danoise crève les yeux dans ce cas, la CJCE a jugé qu'« il est sans importance à cet égard que la société n'ait été constituée dans le premier État membre qu'en vue de s'établir dans le second où serait exercé l'essentiel, voire l'ensemble, de ses activités économiques » (Point 17 de l'arrêt). Il résulte donc de l'absolutisme du principe de libre circulation des personnes morales et physiques en Europe, un véritable encouragement à la fraude, pouvant déboucher sur une multiplication des sociétés « boîtes aux lettres », exerçant leur activité sans aucun lien réel avec le pays dans lequel elles sont constituées. L'arrêt *Centros* reconnaît aux États membres la possibilité de prendre des mesures pour empêcher ces fraudes, mais il n'en fixe pas les conditions et les limites précises (*Sur la mobilité, v. not. M. Menjuçq, « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », JCP G. 2009.II.10027 ; R. Kovar, « La mobilité des sociétés dans l'espace européen », Dalloz 2009.465*).

Cette situation ne présente cependant qu'un intérêt résiduel pour l'OHADA qui énonce des règles matérielles uniformes relatives à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution des sociétés. Le changement de siège d'un État à un autre ne change donc pas fondamentalement le régime de la société, sauf en ce qui concerne le droit national complémentaire dont le rôle est limité.

53. Sanctions possibles. La fraude à la loi est traditionnellement sanctionnée par l'inopposabilité de l'acte frauduleux dans l'État du for. Dans l'affaire *princesse de Bauffremont*, elle a consisté à ignorer la nouvelle nationalité frauduleusement acquise et le statut de divorcé qui en découlait. Il ne s'agit pas d'une annulation de l'acte frauduleux parce que le juge saisi n'a pas compétence pour annuler les actes d'un souverain étranger.

Appliquée à l'OHADA, cette solution conduit à ne

pas prendre en compte un acte frauduleux ayant conduit à la compétence artificielle d'un droit national ou du droit d'un État tiers. Le droit national artificiellement compétent serait écarté au profit de la loi nationale qui aurait été applicable en l'absence de fraude. Ainsi, dans un cas de transfert frauduleux de siège social, le siège artificiel serait considéré comme inopérant pour les besoins de la détermination du droit national complémentaire applicable à la société (*G. Ngoumtsa Anou, thèse préc., n° 143*). Dans le cas d'une fraude au droit OHADA, la loi étrangère frauduleusement compétente serait évincée au profit du droit OHADA.

54. Les règles qui permettent la détermination du droit national complémentaire au droit OHADA sont diverses. Certaines s'apparentent à de véritables règles de conflit de lois communautaires. Mais en l'absence de ces règles communes, le recours aux règles de conflit nationales est nécessaire, sauf dans les cas où le litige relève d'une compétence exclusive de la CCJA.

L'appui du droit OHADA sur le droit national désigné par la règle de conflit et les renvois nombreux aux droits nationaux, montrent qu'il y a en réalité, une vocation générale et subsidiaire du droit national dans le système régional de l'OHADA. Le même jeu résiduel des règles de conflit de lois nationales est inévitable dans la délimitation du champ d'application spatial du droit OHADA.

Titre II : Utilisation des règles de conflit de lois comme moyen de délimitation de l'applicabilité spatiale du droit OHADA

55. Dans la mesure où le droit OHADA est un droit uniforme, on peut se demander si la règle de conflit a encore un rôle à jouer dans la délimitation de son champ d'application spatial.

56. Notion de champ d'application. Le champ d'application d'une norme désigne l'ensemble des hypothèses visées par cette norme ; en d'autres termes, les catégories de situations et de rapports juridiques auxquelles elle s'applique. Cette notion se distingue de la force obligatoire. La force obligatoire *ratione loci* du droit OHADA fait référence aux territoires auxquels il s'applique, le territoire des États membres précisément. La force obligatoire *ratione temporis* quant à elle se réfère à la période appréhendée et notamment aux conditions d'entrée en vigueur et de prise d'effet du droit OHADA : adhésion ou ratification nécessaires à l'entrée en vigueur du traité, moment de prise d'effet du traité ou du droit primaire pour les États qui adhèrent ultérieurement, conditions et effets de la dénonciation, etc.

Le champ spatial ne doit pas non plus être confondu avec le champ matériel du droit OHADA. Par champ matériel, on entend les matières régies par le droit OHADA : droit commercial, droit des sociétés, etc. Il

faut enfin distinguer le champ d'application spatial du champ d'application *ratione temporis* qui renvoie aux questions de droit transitoire. Il s'agit de dire à quel moment le fait ou la circonstance déterminant l'application du droit OHADA doit être réalisé pour que celui-ci soit applicable (V. G. Ngoumtsa, *thèse préc.*, n° 391).

57. Le champ d'application spatial du droit OHADA désigne donc les situations juridiques qui, en raison de la configuration spatiale de leurs éléments constitutifs, relèvent de ce droit unifié (V. en ce sens, S. Francq, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2005, p. 53). Pour délimiter ce champ, on s'appuie directement sur un fait qui se déroule dans l'espace comme une prestation de travail, un transport, ou sur les attributs d'une personne – nationalité, domicile, principal établissement d'un commerçant, siège social d'une société – afin de « localiser » chaque situation juridique pour décider si elle sera soumise au droit unifié. C'est le procédé employé par l'OHADA, car elle fixe directement les critères délimitant le champ spatial du droit unifié. On parle alors de délimitation autonome du champ d'application spatial (Chapitre 1). En dehors des hypothèses visées par ces critères autonomes, le droit OHADA reste applicable lorsqu'il est désigné par les règles de conflit de lois (Chapitre 2). Cette hypothèse reste cependant résiduelle.

Chapitre 1 : Applicabilité spatiale autonome du droit matériel OHADA

58. Selon les procédés classiques du droit uniforme, le droit OHADA délimite lui-même son domaine spatial (Section 1) selon une méthode qui relève en réalité de l'unilatéralisme (section 2).

Section 1 - Procédé de la délimitation autonome

59. - C'est par le biais de critères d'applicabilité que le droit OHADA délimite son domaine dans l'espace (§1), en visant aussi bien les rapports internes que les rapports internationaux (§2).

§1 - Utilisation des règles d'applicabilité

60. Définition. La règle d'applicabilité peut être définie comme « une disposition – législative ou déduite de la loi par voie d'interprétation – qui fixe le domaine d'application dans l'espace des règles matérielles auxquelles elle est attachée » (F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 3^e éd., 2005, n° 4.4, p. 129). Il s'agit d'une règle instrumentale dans la mesure où elle ne fournit pas directement la solution à appliquer pour trancher un cas d'espèce, mais envisage un ensemble

de normes dont elle énonce le champ d'application dans l'espace. Les règles d'applicabilité permettent au droit uniforme de faire l'économie des conflits de lois parce qu'elles « définissent directement, c'est-à-dire sans l'intermédiaire des règles sur la loi applicable, les situations auxquelles s'applique le droit uniforme » (A. Von Overbeck, « *Le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités* », *Annuaire Int. dr. Int.*, vol. 58 (1979-D), p. 176).

61. Terminologie. Ce type de normes est diversement désigné, aussi bien en droit positif comparé que dans la doctrine : « règles d'application » (A. Malintoppi, « *Les rapports entre le droit uniforme et le droit international privé* », *R.C.A.D.I.*, tome 116, 1965, p. 25), « normes spéciales de conflit délimitant le domaine d'application du droit uniforme » (J. Stalev, « *Droit uniforme et droit international privé* », in *Études R. Rodière*, 1981, p. 317), « règles d'applicabilité » (M. Fallon, « *Les règles d'applicabilité en droit international privé* », *Mélanges Vander Elst, Nemesis*, 1986, tome I, p. 285 s.) ou encore « règle directe d'applicabilité » (*Code belge de droit international privé*, art. 20). Cette dernière expression prête cependant à confusion parce qu'elle vise également les lois d'application immédiate. Au-delà des différences de terminologie, la règle d'applicabilité a une structure identique. Elle comprend une hypothèse, la norme ou l'ensemble de normes, et un facteur d'applicabilité qui permet de localiser une situation pour la soumettre à la règle.

62. Règles d'applicabilité du droit dérivé OHADA. Il faut préciser d'emblée que la question de l'autonomie à l'égard des règles de conflit de lois, des procédés de délimitation du champ d'application spatial du droit OHADA n'intéresse que les actes uniformes qui énoncent des règles matérielles. C'est le cas du droit commercial, du droit des sociétés, du droit des sociétés coopératives, du droit des sûretés, du droit comptable et du droit des transports. Selon les solutions classiques du droit international privé, l'extranéité du litige entraîne la recherche du droit applicable pour les questions de fond. Les questions de procédure sont appréciées d'après la loi du juge saisi (Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles – Sommières, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2007, n° 489, p. 701 s). On écartera donc ici les règles OHADA de nature processuelle, notamment celles de l'acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et aux voies d'exécution, et celles de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Leur application à un litige international pose plutôt une question de conflit de juridictions. L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage relève de préoccupations analogues. Il organise l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends et en précise la procédure. Il est donc à exclure.

Cette précision faite, les critères d'applicabilité utilisés par le droit OHADA pour la délimitation autonome de son champ d'application spatial sont implicites ou

explicites. Certains visent les rapports intracommunautaires, d'autres, plus rares, appréhendent les situations partiellement extracommunautaires.

63. Règles d'applicabilité limitées aux situations intracommunautaires. Quatre instruments de droit dérivé ont un spectre limité aux rapports intracommunautaires, c'est-à-dire aux situations qui, par leurs éléments constitutifs, sont entièrement localisées dans les États membres. C'est le cas des rapports rattachés à deux ou plusieurs États membres, mais aussi des situations internes qui ne présentent des attaches qu'avec un seul État partie.

Ainsi, l'AUDCG s'applique à « tout commerçant, personne physique ou morale [...] ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des États parties [...] » (*art. 1^{er} al. 1^{er}*). Le critère d'applicabilité spatiale du droit commercial OHADA est donc l'établissement du commerçant sur le territoire d'un État membre. Une personne sera considérée comme établie dans un État membre si elle est inscrite au registre du commerce et du crédit mobilier d'un tel État (*V. art 44 s. AUDCG [ex-art. 25 s. AUDCG]*) ou encore y exerce son activité commerciale (*V. art. 172 b) AUDCG [ex-art. 140 b)*). Une vente commerciale entre un commerçant camerounais et un commerçant ivoirien est ainsi internationale et suscite normalement un conflit de lois, mais elle reste soumise au droit matériel commercial OHADA. Les règles autonomes d'applicabilité spatiale du droit OHADA lui permettent ainsi de déroger aux règles du droit international privé.

L'acte uniforme relatif aux sociétés s'applique selon les mêmes principes. Il régit « toute société commerciale [...] dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des États parties [...] » (*art. 1^{er} AUSC*). Le critère d'applicabilité est l'établissement de la société dans un État partie. Les sociétés ayant leur siège à l'étranger, mais exerçant une partie de leur activité dans un État membre seront néanmoins soumises aux règles internationalement impératives du droit OHADA des sociétés (*Cf. infra, n° 115 s*). L'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, adopté le 15 décembre 2010 (AUC), s'applique selon les mêmes principes (*V. art. 1^{er} AUC*).

Le droit comptable s'applique aussi aux « entreprises soumises aux dispositions du droit commercial » (*art. 2 AUDC*). Par référence au domaine de l'AUDCG précédemment évoqué, il s'applique aux commerçants et aux sociétés établies dans un État membre. Par extension, ses règles relatives aux comptes consolidés s'appliquent aux entreprises qui ont leur activité principale dans un État partie, quel que soit le lieu de leur siège social (*V. art. 74 AUDC*).

Quant au droit des sûretés, il ne délimite pas expressément son domaine spatial. Celui-ci se ramène donc aux sûretés entièrement « localisées » dans l'espace OHADA. Ainsi est-il d'un cautionnement ou d'une hypothèque

conventionnelle qui ne présentent des attaches qu'avec un ou plusieurs États parties.

64. Règles d'applicabilité étendues aux relations extracommunautaires. Le droit OHADA du transport des marchandises par route « s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route lorsque le lieu de prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés soit sur le territoire d'un État membre de l'OHADA, soit sur le territoire de deux États différents dont l'un au moins est membre de l'OHADA » (*art. 1^{er} AUTMR*). Selon ce texte, il appréhende les transports internes, les transports intracommunautaires et certains transports partiellement extracommunautaires. En particulier, il vise aussi les transports au départ d'un État partie et à destination d'un État tiers et ceux au départ d'un pays tiers et à destination d'un État membre. Il y a là une assimilation des rapports internationaux aux rapports internes.

§2 - Assimilation entre rapports internes et rapports internationaux

65. Étendue de l'assimilation. Comme nous l'avons précédemment relevé, le droit matériel OHADA vise aussi bien les situations internes à un État que les situations internationales dont certaines sont intracommunautaires, d'autres extracommunautaires. Il supprime en partie la distinction entre rapports internes et rapports internationaux, obligeant alors à une redéfinition de l'internationalité. C'est ce que souligne la doctrine classique : « Là où l'uniformité des lois de droit privé s'est opérée, les relations juridiques internes et internationales se confondent et le lieu de la relation, la nationalité ou le domicile des parties deviennent indifférents » (*H. Valladao, « Le droit uniforme et le droit international privé », JDI, 1932, p. 877 s., spéc., p. 893*).

L'internationalité désigne le caractère d'une situation juridique dont les éléments de fait sont répartis entre plusieurs systèmes juridiques. Or les rapports juridiques rattachés à deux États membres sont internationaux au sens du droit international privé, mais demeurent régis par le droit matériel OHADA. Il en est de même de certains rapports partiellement extracommunautaires, rattachés à un au moins un État membre et à un État tiers. La nouvelle distinction s'opère plutôt entre rapports internes à l'OHADA - situations internes à un État partie et situations intracommunautaires - et rapports externes à l'OHADA, présentant une attache avec un ou plusieurs États tiers. Seuls ceux-ci sont en principe internationaux au sens du droit OHADA (*Comp., en droit européen, S. Poillot-Peruzzetto, « L'internationalité du point de vue de l'ordre communautaire », Revue Lamy Droit des affaires, n° 46, février 2002, p. 31 s., spéc., p. 33 ; A. Borrás, « Le droit international privé communautaire : réalité, problèmes et perspectives », RCADI, tome 317, 2005, p. 339*).

66. Limites de l'assimilation. Une abolition totale de la distinction de l'interne et de l'international dans l'espace OHADA suppose cependant que l'unification juridique soit universelle quant à son étendue géographique et complète du point de vue de la profondeur matérielle de ses normes.

Sur la première condition, le droit OHADA n'a qu'une assise géographique limitée au territoire des États parties. En second lieu, la profondeur matérielle du droit OHADA est limitée parce qu'il est marqué par l'incomplétude (*Supra*, n° 17 s). Il s'ensuit que dans un rapport interne à un seul État partie, le droit national complémentaire applicable est celui de cet État. Dès lors que le rapport est rattaché à deux États membres, il faut déterminer le droit complémentaire applicable par référence à une règle de conflit de lois. Les règles matérielles d'aucun des deux États parties ne méritent en effet de l'emporter *a priori* dans ce cas. Cela montre que la distinction entre situation interne à un État et situation intracommunautaire, donc internationale au sens du droit international privé, ne perd pas tout son sens. Par ailleurs, la CCJA admet une distinction entre ordre public interne et ordre public international de l'OHADA (*Cf. infra*, n° 196). On voit qu'en fin de compte, les dispositions du droit matériel OHADA ne s'appliquent pas toutes aux mêmes situations (*Rappr.*, à propos du droit européen, J.-S. Bergé, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP 2004-2006*, p. 29 s., spéc. p. 30-32).

Section 2 - Méthode unilatéraliste des procédés de délimitation

67. En scrutant la technique unilatéraliste (§1), il apparaît que les critères d'applicabilité du droit OHADA qui viennent d'être décrits relèvent d'une démarche unilatéraliste (§2).

§1 - Méthode unilatéraliste

68. Exposé. L'unilatéralisme désigne une méthode qui consiste à partir d'une règle pour déterminer les situations qui entrent dans son champ d'application. Une loi s'applique aux situations internationales en vertu de sa propre volonté d'application. La loi du for délimite son champ d'application en précisant les situations internationales auxquelles elle s'applique. Lorsque la situation n'entre pas dans le champ d'application de la loi du for, il convient d'appliquer la loi étrangère qui se veut applicable (*V. P. Gotbot*, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privée », *RCDIP 1971*, p. 1 s).

69. Justification. Plusieurs arguments ont été avancés au soutien de la théorie unilatéraliste. On en retiendra

deux principaux, l'idée d'égalité souveraine des États et l'idée de continuité de la vie juridique internationale.

Se fondant sur le principe d'égalité et de souveraineté des États, un premier courant unilatéraliste soutient qu'un État ne doit pas adopter des règles de conflit bilatérales qui déterminent le champ d'application d'une loi autre que sa propre loi. Pareille règle bilatérale constituerait une immixtion dans les affaires des États étrangers que seul un législateur supranational serait autorisé à faire. Chaque État ne doit donc déterminer que le champ d'application de sa propre loi.

Cette présentation a été reprise et renouvelée par Quadri. Selon cet auteur, la souveraineté ne fournit pas une explication convaincante du problème de l'applicabilité des normes. L'élaboration des règles de droit international privé doit être orientée par la nécessité d'assurer « l'uniformité et la continuité de la vie juridique des sujets ou, si l'on veut, l'harmonie des décisions sur ce plan » (*Quadri, Lezioni di diritto internazionale privato*, 3^e éd., Naples, 1961, p. 182, cité par P. Gotbot, art. préc., p. 21). Le but est d'éviter que les personnes dont la situation se rattache à plusieurs ordres juridiques se retrouvent dans des situations boiteuses. Le juge du for doit donc appliquer sa propre loi selon le domaine qu'elle s'assigne. Et lorsque la situation n'entre pas dans le champ d'application de la loi du for, il convient d'appliquer la loi étrangère qui se veut applicable.

70. Valeur. Le système unilatéraliste présente plusieurs avantages. L'un de ces avantages est la simplification du conflit de qualifications. Au lieu de se demander s'il faut qualifier selon la loi du for ou selon la loi étrangère, on laisse à la loi qui se veut applicable, loi du for ou loi étrangère, le soin de fixer les qualifications qui déterminent son applicabilité.

Le système comporte cependant des défauts, car il peut arriver qu'aucune loi en présence ne se reconnaisse compétente ou, au contraire, que plusieurs lois se veulent applicables. Les solutions proposées dans ces deux cas de lacune ou de cumul sacrifient la souveraineté de l'un des États, souveraineté que l'unilatéralisme prétend garantir. Malgré ces difficultés, l'unilatéralisme connaît des applications en droit positif comparé et dans certains instruments internationaux d'unification du droit (*V. par ex. art. 1^{er} CMR*). Le droit matériel OHADA s'inscrit dans la même logique.

§2 - Unilatéralisme partiel du droit matériel OHADA

71. Manifestations. L'OHADA crée un ensemble de normes de droit dérivé et pose, pour la plupart de ces normes, des critères autonomes d'applicabilité spatiale. Autrement dit, il précise par des règles d'applicabilité, les personnes et les faits auxquels ces normes s'appliquent. Et lorsqu'un acte uniforme ne précise pas son domaine d'application spatial, celui-ci peut se déduire

du contexte et du but de la norme. Envisagé comme ordre juridique du for, l'ordre juridique OHADA délimite donc le champ d'application dans l'espace de ses normes, aussi bien pour les rapports internes que pour les rapports internationaux – intracommunautaires ou extracommunautaires –. Pour ces situations internationales qui appellent traditionnellement le recours à une règle de conflit de lois, les règles d'applicabilité de l'OHADA dérogent à cette méthode conflictuelle en permettant d'appliquer la loi du for, c'est-à-dire le droit OHADA, aux cas pour lesquels il « se veut applicable ». La règle de conflit est remplacée par la règle d'applicabilité du droit OHADA dans tout le champ spatial que celle-ci attribue au droit matériel unifié. C'est une application de la doctrine unilatéraliste de Quadri recommandant au juge d'appliquer la loi du for dans le domaine qu'elle s'assigne (*supra*, n° 69). La solution est donc conforme à la doctrine unilatéraliste.

Bien plus, l'application du droit OHADA à certaines situations partiellement extracommunautaires (*par ex.*, *transports internationaux par route, contrats internationaux d'agence commerciale, etc.* V. *infra*, n° 113 s) relève de l'unilatéralisme. Pour ces rapports juridiques, c'est le but de la norme, parfois lié à son contenu, qui justifie son application aux situations présentant des attaches avec des pays tiers. On retrouve, là encore, la conception unilatéraliste de Niboyet suivant laquelle c'est en fonction du but social d'une loi que le législateur doit décider de lui attribuer une application territoriale ou extraterritoriale (*J.-P. Niboyet, Traité de droit international privé français, tome III, Conflits de lois, d'autorités et de juridictions, Paris, Sirey, 1944, p. 253*).

72. Limites. L'unilatéralisme du droit OHADA est cependant partiel. En effet, un système unilatéraliste complet comprend également une règle de réciprocité d'après laquelle lorsque la loi du for ne se veut pas applicable, il convient d'appliquer la loi étrangère qui se veut applicable (*P. Gothot, « Le renouveau... », art. préc., p. 3*). C'est ce procédé de désignation du droit étranger qui constitue le principal trait distinctif de l'unilatéralisme (*P. Gothot, op. cit., p. 4 ; S. Francq, ouvr. préc., p. 597*). Or, lorsqu'une situation n'entre pas dans le domaine spatial du droit matériel OHADA, il ne détermine pas à quelles conditions et suivant quel procédé cette situation peut être soumise à la loi d'un État tiers. L'unilatéralisme du droit OHADA est donc partiel. Pour reprendre un exemple fourni par M. Gothot (*art. préc., p. 3, note 1*) à propos du droit français, un système unilatéraliste complet de l'OHADA aurait été formulé de la manière suivante : « les actes uniformes sont applicables aux personnes, aux faits, aux actes et aux choses qui sont compris dans leur champ d'application. Ceux qui y échappent restent, dans l'espace OHADA, soumis aux lois des État tiers qui les réglementent ».

C'est que le législateur OHADA est plus soucieux de l'efficacité économique de son droit que des méthodes. On s'explique pourquoi les justifications de l'unilaté-

ralisme du droit OHADA sont différentes de celles de l'unilatéralisme classique.

73. Justifications. Les justifications classiques de l'unilatéralisme résident dans l'idée du respect des souverainetés étatiques et de la continuité de la vie juridique des personnes dans l'ordre international. Mais elles ne sauraient expliquer l'unilatéralisme du droit OHADA, car le droit OHADA « ignore » les droits des pays tiers et ne se préoccupe pas de l'hypothèse où ces lois étrangères sont applicables (*Cf. supra*, n° 72). Ignorant la loi étrangère, l'OHADA ne peut davantage être soucieuse de la souveraineté qu'elle représente.

On peut d'abord penser que la primauté des règles d'applicabilité unilatéralistes du droit OHADA sur les règles de conflit bilatérales des États parties, s'explique par le principe de primauté du droit OHADA sur le droit interne des États membres. Cette considération n'est pourtant pas décisive. En particulier, si l'OHADA adopte un instrument d'unification des règles de conflit de lois dans un domaine donné, il y aura toujours primauté des règles matérielles communautaires sur ces règles de conflit de lois communes. Cela montre que la primauté ne fournit pas une explication convaincante. Une explication plus pertinente découle du fait que le droit matériel OHADA, comme tout droit uniforme, est considéré par les États parties comme la réglementation la plus appropriée du droit des affaires. Ce caractère approprié découle lui-même du fait que les règles matérielles sont communes et assurent une plus grande prévisibilité des solutions et donc une plus grande sécurité juridique que celle qui peut être obtenue par le jeu des règles de conflit de lois. Cet intérêt justifie que la règle de conflit soit écartée ou cantonnée au profit des règles matérielles unilatérales. La règle de conflit garde alors un rôle très résiduel dans la détermination du champ d'application spatial du droit matériel OHADA.

Chapitre 2 : Rôle subsidiaire des règles de conflit de lois dans la délimitation de l'applicabilité spatiale du droit matériel OHADA

74. Bien que le droit OHADA délimite son champ d'application, cette délimitation n'est obligatoire que dans les États membres. Les États tiers n'appliqueront le droit matériel OHADA que si leur règle de conflit désigne la loi d'un État partie comme applicable à une situation juridique. En dehors de cette hypothèse, ils peuvent encore prendre en compte les lois de police de l'OHADA (*V. infra*, n° 113 s.) lorsque leur système de droit international privé prescrit de prendre en compte les lois de police étrangères.

75. Le juge de l'espace OHADA est en revanche tenu de respecter les critères d'applicabilité spatiale autonome du droit matériel unifié. Mais les situations présentant des attaches avec des États tiers sont normalement extérieures à ce domaine autonome. Ces situations

partiellement extracommunautaires sont internationales au regard de l'ordre juridique OHADA (*Supra*, n° 65). Elles échappent donc à ses règles matérielles et à leurs règles d'applicabilité. En dehors des hypothèses où la règle matérielle OHADA en cause est une loi de police, son application à de tels cas suppose un jeu préalable de la règle de conflit de lois (section I). Or, les règles de conflit de lois des États membres ne sont pas unifiées. Il en résulte de nombreux inconvénients qui conduisent à envisager leur unification (Section 2).

Section 1 - Application du droit matériel OHADA désigné par une règle de conflit

76. Il convient de souligner dès le premier abord une hypothèse qui n'est pas en jeu ici. C'est que les parties peuvent décider d'écarter l'application du droit OHADA dans un litige qui entre dans son champ d'application spatial (*Comp.*, à propos de la CVIM, C. Witz, « L'exclusion de la Convention des Nations Unies sur les Contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties », *Dalloz* 1990, *chron.*, p. 108). Ces clauses d'« opting out » ne produiront alors leurs effets que dans la mesure des dispositions supplétives du droit matériel OHADA. Or, celles-ci sont rares (*v. par ex. art. 15 al. 1 et 24 al. 3 AUTMR ; art. 20 (ex-art. 10 et 53) AUS, etc.*).

En revanche, et alors même qu'une situation n'entre pas dans le champ d'application du droit OHADA, celui-ci reste applicable s'il est désigné par la règle de conflit. Il en est ainsi lorsque le droit OHADA est choisi par les parties (§1) ou désigné par un critère de rattachement objectif (§2)

§1 - Application découlant du choix des parties

A - Principe

77. **Principe.** Le principe de l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux est admis par la quasi-totalité des systèmes juridiques. Il exprime l'idée que le contrat international relève de la loi choisie par les parties. Dans la plupart des pays de l'OHADA, il découle de l'héritage civiliste français exprimé dans les arrêts tels que l'arrêt *American Trading* (*Cass. Civ.*, 5 décembre 1910, *American Trading C° c. Quebec Steamship C°*, *Revue de droit international*, 1911, p. 395 ; *Sirey* 1911. 1. 129 ; *J.D.I.*, 1912, p. 1156, *G.A.D.I.P.*, n° 11). Parce qu'une partie importante du droit OHADA régit les contrats (*Cf. infra*, n° 99s.), les parties peuvent décider de soumettre au droit matériel OHADA un contrat qui ne relève pas normalement de son champ d'application spatial. Ce type de clause est dit clause d'« *opting in* ». Ainsi, une vente internationale entre un commerçant établi à Dakar au Sénégal et un commerçant établi à Dubaï aux Émirats arabes unis n'est pas soumise au

droit OHADA de la vente commerciale, lequel régit les ventes entre commerçants établis dans les États parties (*Cf. art. 1^{er} AUDCG*). Les cocontractants ont néanmoins la faculté de le soumettre au droit OHADA.

78. **Droit positif et comparé.** Largement approuvée dans la doctrine (*En ce sens, P. Schlechtriem et C. Witz, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Paris, Dalloz, 2008, n° 32 ; J.-M. Jacquet et al., Droit du commerce international, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 2007, p. 806 s. ; F. Ferrari, « La convention de Vienne sur la vente internationale et le droit international privé », *J.D.I.*, 2006, p. 27s., *spéc. p.* 59 s. ; A. Malan, « L'extension du champ d'application d'une convention d'unification matérielle par la volonté des parties », *J.D.I.* 2004, p. 443s., n° 9s. ; R. Goode, « Reflections on the harmonization of commercial law », *Rev. dr. unif.*, 1991, p. 54s., *spéc. p.* 68 ; A. E. Von Overbeck, « Le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités », *Annuaire Institut du Droit International*, Vol. 58 (1979–D), p. 97 s., *spéc. p.* 112s., n° 37 ; M. Pelichet, « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », *RCADI*, tome 201 (1987), p. 9 s., *spéc. p.* 176 s.), cette faculté dite d'« *opting in* » n'est pas spécialement prévue par un texte du droit OHADA. Cependant ce droit OHADA reconnaît dans certains textes la possibilité du choix du droit applicable au contrat international soumis à l'arbitrage (*V. par ex. l'article 15AUA et l'article 17RACCJA. Cf. infra*, n° 152s). Il y a lieu de considérer que le même principe s'étend par analogie au contrat soumis à un juge étatique. Mais plus fondamentalement, l'admission du principe d'autonomie dans l'ensemble des États parties telle qu'elle a été précédemment soulignée impose cette solution. Si le droit international privé camerounais prévoit que le contrat international est soumis à la loi choisie par les parties, le choix de la loi d'un État partie comme loi applicable au contrat conduit à l'application du droit OHADA en tant que loi nationale de cet État. Faut-il rappeler que le droit OHADA tient lieu de loi nationale de chaque État partie ?*

La même solution est expressément consacrée par de nombreuses conventions internationales (*V. par ex. CVIM, art. 1b ; Convention de Bruxelles de 1924 sur l'unification de certaines règles en matière de connaissance maritime amendée par les protocoles additionnels de 1968 et de 1979, art. 10*). La clause du connaissance opérant le choix des dispositions de cette convention de Bruxelles est dite clause *paramount*.

Mais selon quelles modalités peut-on appliquer ce principe de solution dans l'espace OHADA ?

B - Modalités de mise en œuvre

79. **Choix direct du droit OHADA.** Les parties peuvent directement choisir le droit matériel OHADA, sans se référer à la loi d'un État membre. Dans les rapports

entre les parties, le droit unifié dont l'applicabilité découle de leur seule volonté, a la valeur de simples conditions générales ou d'un contrat type (*En ce sens, A. Von Overbeck, « Le champ d'application... », op. cit., n° 37, p. 112-113 ; V. Heuzé, La vente internationale de marchandises, L.G.D.J., 2000, n° 125*). Ce droit unifié est incorporé au contrat (*A. Malan, op. cit., p. 448, n° 8*) ce qui ne signifie pas que celui-ci devient un contrat sans loi. Si cette contractualisation laisse penser que les parties peuvent se forger un droit à la carte en écartant du droit unifié ses dispositions impératives, cette liberté est relative parce qu'elle s'exerce sous réserve du jeu des lois de police de l'OHADA et des lois de police nationales (*Cf. infra, n° 107 s*).

80. Choix de la loi d'un État partie. Il peut également arriver que le droit matériel OHADA soit applicable par suite du choix par les parties de la loi d'un État membre. Cette désignation de l'ordre juridique d'un État membre vaut-elle choix de son seul droit matériel interne ou inclut-elle le droit OHADA, devenu partie intégrante du droit national de chaque État partie ? Si deux parties à une vente internationale de marchandises choisissent la loi camerounaise, s'agit-il de son droit interne de la vente ou du régime de la vente commerciale issu de l'acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général ?

La question n'est pas nouvelle. Elle s'était déjà posée lors de la conférence diplomatique préparant l'adoption de la CVIM. La jurisprudence de la plupart des États signataires considère que le choix de la loi d'un État contractant par les parties inclut la CVIM, à moins que celles-ci n'aient exprimé leur intention non équivoque de limiter leur choix au droit interne de la vente (*V. C. Witz, « Les vingt-cinq ans de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », J.D.I., 2006, p. 5 s., spéc. p. 13, n° 12*). C'est une solution logique qui se réfère à l'intention des parties et donc respecte la liberté contractuelle. Elle est encore plus pertinente dans l'espace OHADA, si on considère le fait que ce droit unifié est devenu le droit interne de chaque État membre, et non un droit réservé aux situations transfrontières ou internationales.

Cette observation n'épuise pas pour autant tous les problèmes. Une autre difficulté peut naître lorsque le contrat spécial régi par le droit OHADA est également soumis à une convention internationale d'unification du droit matériel. C'est le cas de la vente. Le droit OHADA a vocation à régir les ventes internes et internationales (*art. 234 s. AUDCG [ex-art. 202 s.]*). La CVIM régit également les ventes internationales et elle est entrée en vigueur dans deux États parties de l'OHADA, la Guinée et le Gabon (*Source : www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html*). La CVIM est entrée en vigueur au Gabon le 1^{er} janvier 2006, donc après l'entrée en vigueur du droit OHADA de la vente commerciale. Si les parties choisissent la « loi gabonaise » comme applicable à une vente sénégalogabonaise ou

à une vente sino-gabonaise, faudra-t-il appliquer les règles de la CVIM ou celles de l'AUDCG ?

Pour le premier type de vente, intracommunautaire, celle-ci entre dans le champ d'application autonome défini par l'article 1^{er} de l'AUDCG. Le droit OHADA sera donc applicable quelle que soit la loi choisie par les parties. Cette solution reflète l'état du droit positif, mais elle est à contre-courant de la liberté qui caractérise les transactions internationales. Il paraît plus approprié d'admettre la liberté de choix de loi applicable dans les contrats intracommunautaires sous la seule réserve du respect des règles impératives internes de l'OHADA (*Sur cette notion, infra, n° 196*). La raison en est que les contrats sont des questions pour lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits, sous réserve des règles impératives (*V. en ce sens, art 3 al. 4 du règlement Rome I*). L'avant-projet d'acte uniforme relatif au droit du contrat va dans le même sens puisqu'il permet d'écarter le droit OHADA dans un contrat intracommunautaire.

Le second type de contrat, est extracommunautaire en tant qu'il est passé entre un commerçant établi dans un État membre, le Gabon et commerçant établi dans un pays tiers, la Chine. Si les parties ont perçu la difficulté liée au risque de conflit d'instrument, elles peuvent déclarer qu'elles se réfèrent au droit gabonais issu de la CVIM ou à celui tiré de l'AUDCG. Ce type de clause ne pose pas de problème particulier puisqu'aux termes de l'article 6 de la CVIM, les parties peuvent exclure son application. En l'absence d'une telle volonté, il convient de rechercher si les instruments en conflit prévoient des règles de coordination destinées à régler le conflit de conventions. L'article 90 de la CVIM prévoit en ce sens que « la présente convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions concernant des matières régies par la présente convention, à condition que les parties au contrat aient leur établissement dans des États parties à cet accord ». La condition pour qu'il y ait primauté de cet autre accord au détriment de la CVIM est que les parties aient leur établissement dans des États parties à cet accord. Le droit OHADA tire sa source d'un accord international, le traité OHADA. Cependant, dans l'hypothèse sino-gabonaise envisagée ici, les parties n'ont pas toutes leur établissement dans des États signataires du traité OHADA. Ce texte vise des hypothèses comme celle du contrat sénégalogabonais. Ainsi, si un contrat est conclu entre deux commerçants, établis l'un en Guinée et l'autre au Gabon, la situation entre à la fois dans le champ du droit OHADA et dans le champ de la CVIM, mais l'article 90 de la CVIM prescrit de faire primer le droit issu du traité OHADA dans ce cas. La difficulté liée à l'hypothèse du contrat partiellement extracommunautaire envisagée ici reste donc entière. Elle n'a pas encore donné lieu à une décision de la CCJA, mais quelques pistes de solution sont envisageables (*Cf. infra, n° 86 à 88*).

81. Accord procédural. Une autre question se pose quant aux modalités d'expression du choix du droit OHADA. Il ne fait pas de doute que le choix peut résulter d'une clause du contrat. Mais en cas de silence du contrat, ce choix peut-il se déduire du comportement procédural des parties ? Lorsque les contractants plaident sur le droit OHADA alors que le contrat n'entre pas dans le champ d'application spatial autonome du droit OHADA, cette attitude vaut-elle choix tacite du droit OHADA de la vente commerciale ? Ce comportement doit-il être considéré comme un accord procédural tacite en faveur de l'application du droit matériel OHADA ? Un exemple concret pourrait davantage illustrer l'intérêt de la question. Une vente d'appareils électroniques est conclue entre un commerçant établi à Bamako au Mali et un commerçant établi à Hong Kong. L'acheteur malien invoque un défaut de conformité de la marchandise et saisit le juge malien. Les deux parties fondent leurs plaidoiries sur les articles 255 et suivants de l'AUDCG (*ex-art 231 s.*), relatifs à l'obligation de conformité. Devant ce silence des parties sur l'internationalité du contrat, le juge doit-il mettre en œuvre d'office la règle de conflit de lois pour déterminer la loi applicable ou appliquer le droit OHADA en considérant qu'il y a accord tacite des plaideurs sur ce point. Rappelons au passage que la situation n'entre ni dans le champ spatial du droit OHADA, ni dans le champ spatial autonome de la CVIM tel qu'il découle de l'article 1a) de ce texte.

Selon les tendances actuelles du droit comparé, il est admis qu'en toute matière où les parties ont la libre disposition de leurs droits, elles peuvent s'accorder sur l'application d'une loi autre que celle désignée par la règle de conflit de lois.

En droit français, la cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans les arrêts *Société Hannover International* (Cass. 1^{re} civ., 6 mai 1997, *Sté Hannover International*, R.C.D.I.P. 1997, p. 514, note B. Fauvarque – Cosson, J.D.I. 1997, p. 804, note D. Bureau ; G.A.D.I.P., n° 84) et *Société Delta Draht* (Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, *Sté Delta Draht GmbH*, *Droit et patrimoine*, déc. 1999, n° 77, p. 92, obs. F. Monéger ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 61-62, p. 39, 1^{re} esp., obs. M.-L. Niboyet). L'arrêt *Delta Draht* juge que « pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder sur l'application d'une loi autre que celle désignée par une convention internationale ou une clause contractuelle désignant la loi compétente ». Ainsi, l'accord procédural permet, non seulement de choisir un droit applicable, mais encore de modifier le choix initial prévu dans le contrat lorsque celui-ci comportait une clause de choix de loi applicable.

Dans les systèmes anglo-saxons, la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois doit à la fois être invoquée et prouvée, c'est-à-dire que sa teneur doit être établie. Faute du respect de ces exigences, le juge anglais applique le droit interne anglais (*J. H. C. Morris, The conflict of laws, sixth edition by D. McClean & K. Beevers, London, Sweet & Maxwell, 2005, n° 1-016,*

p. 10). Le système américain retient la même solution (*S. C. Symeonides, American Private International Law, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, Kluwer, 2008, n° 165, p. 90-91*). La mise en œuvre de la règle de conflit dépend donc de la volonté des parties qui peuvent en écarter les dispositions par un accord exprès ou tacite. Le fait pour elles de plaider uniquement sur le droit anglais ou américain dans un litige international peut s'analyser en un choix tacite du droit matériel de ce pays.

L'interprétation de certaines règles communes incline à admettre l'accord procédural en droit OHADA. On peut considérer qu'en affirmant dans l'article 2 de l'AUA que toute personne peut « recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition », l'OHADA met les droits disponibles dans le champ contractuel. Or les droits contractuels constituent le prototype des droits disponibles.

Par ailleurs, le choix du droit applicable à un contrat soumis à l'arbitrage OHADA peut être exprès ou tacite. Il peut également se faire à tout moment (*V. infra, n° 158*). Il paraît donc normal que les parties puissent par un accord procédural tacite ou exprès choisir l'application du droit OHADA à leur contrat, quelle que soit la loi normalement applicable.

Il faut simplement s'assurer que les parties ont pleinement conscience des conséquences de leur attitude ; autrement, on ne saurait parler d'accord.

C - Portée du choix

82. Quelle que soit la modalité d'expression du choix, son efficacité est limitée, aussi bien au regard du droit OHADA qu'au regard de la loi étrangère éventuellement écartée.

83. Portée du choix au regard du droit OHADA. La question est de savoir si, en choisissant le droit OHADA pour un contrat qui lui échappe normalement, les parties peuvent en écarter les dispositions impératives.

L'application des règles impératives et des lois de police suppose normalement l'existence d'un lien minimal entre la situation juridique et l'ordre juridique dont la règle émane. Dès lors, si la seule attache du contrat avec l'espace OHADA est juridictionnelle en ce sens que le juge saisi est celui d'un État membre, l'application des règles impératives et des lois de police communautaires n'est pas justifiée. Le choix des parties doit alors produire le plus large effet.

Lorsqu'en revanche le contrat présente un lien plus étroit avec l'espace OHADA, le choix des parties ne saurait écarter les règles internationalement impératives de l'OHADA. Ce serait par exemple le cas d'un contrat d'agence commerciale conclu entre un commerçant établi au Burkina Faso et une entreprise établie aux États-Unis d'Amérique. Le droit OHADA n'est pas normalement applicable, parce que l'une des parties est

établie dans un État tiers (*En ce sens, F. M. Sawadogo, « Les actes uniformes de l'OHADA : aspects techniques généraux », Revue burkinabé de droit, n° 39-40, 2001, p. 37 s., spéc. p. 41*). Bien que les parties n'aient pas dans ce cas la possibilité d'écarter les lois de police de l'OHADA, elles peuvent néanmoins déroger aux règles impératives internes de l'OHADA (*Sur cette notion, v. infra, n° 196*). Mais encore faut-il que le droit OHADA ne soit pas le droit normalement applicable en vertu du jeu des règles de conflit de lois. Les dispositions impératives de la loi normalement applicable selon la règle de conflit s'appliquent malgré le choix des parties (*Voir en ce sens, A. Malan, op. cit., p. 457, n° 25*).

84. Portée du choix au regard de la loi étrangère évincée. Comme dans l'hypothèse précédente, le choix du droit matériel OHADA au détriment d'une loi étrangère normalement applicable ne produit ses effets que dans la mesure des dispositions supplétives de cette loi étrangère. Ses dispositions impératives restent applicables.

C'est justement là une différence fondamentale par rapport à l'hypothèse où la compétence du droit OHADA ne découle pas d'un choix, mais de sa désignation par une règle de conflit utilisant un critère de rattachement objectif.

§2 - Application du droit OHADA désigné par un critère de rattachement objectif

85. Fondement de la solution. Plusieurs considérations juridiques justifient que le droit matériel OHADA soit applicable lorsqu'il est désigné par la règle de conflit de lois.

86. Assimilation du droit OHADA au droit interne. La première découle de l'article 10 du traité assurant l'intégration de plein droit du droit unifié dans l'ordre juridique interne des États membres. Le droit OHADA devient donc partie intégrante de la loi interne de chaque État partie et comme celle-ci, il s'applique aux situations internationales extracommunautaires lorsqu'il est désigné par la règle de conflit de lois. Il en irait autrement si ce droit unifié était d'application universelle. Il s'appliquerait alors à tout litige soumis au juge d'un État partie quels que soient les liens de la situation juridique avec un ou plusieurs pays tiers. Tel n'est pas le cas.

87. Renvoi du droit OHADA à la règle de conflit du for. Le deuxième argument en faveur de l'application du droit OHADA, en vertu du jeu de la règle de conflit, est tiré de l'AUDCG. Il fixe le droit OHADA de la représentation commerciale dans son livre IV, formant les articles 169 et suivants (ex-art. 137 s.). Ce droit de la représentation s'applique normalement aux intermédiaires établis dans un État membre, conformément aux règles générales d'applicabilité du droit

commercial OHADA posées par l'article 1^{er} de l'AUDCG. Mais l'article 172 (ex-art. 140) ajoute que : « Les dispositions du présent Livre s'appliquent même si le représenté ou le tiers, ont leurs établissements dans des États différents de ceux signataires du présent Acte uniforme, dès lors : [...] c) que les règles du Droit International Privé conduisent à l'application de cet Acte uniforme ». Ce texte appelle deux observations.

La référence au fait que le représenté ou le tiers ont leurs établissements dans des États tiers montre qu'il vise les situations extracommunautaires. L'emploi de la conjonction « ou » permet d'affirmer que ces éléments d'extranéité exigés pour la mise en œuvre du texte ne sont pas cumulatifs. Il suffit que l'une des deux personnes, le tiers ou le représenté, ait son établissement dans un État tiers pour que l'application du droit matériel OHADA dépende normalement de sa désignation par les règles de conflit de lois.

Or, et c'est là la deuxième observation, les règles du droit international privé ne peuvent pas désigner le droit OHADA *per se*, c'est-à-dire de manière directe. En dehors de la matière de l'arbitrage, les règles de conflit de lois sont conçues de manière à désigner la loi d'un État et non un droit régional comme celui de l'OHADA. Elles utilisent des critères de rattachement permettant de « localiser » un rapport de droit dans l'espace juridique d'un pays donné : nationalité de ce pays, domicile, résidence, établissement ou accomplissement d'un acte sur son territoire, etc. Ces critères vont donc aiguiller la situation vers un État dont la loi sera dite applicable. Or, il n'existe pas une « nationalité communautaire de l'OHADA », à l'image de la citoyenneté européenne (art. 18 s du TFUE, ex-art 12 et s. TCE, même si cette citoyenneté de l'Union européenne a une portée limitée), ni un « territoire OHADA », autonome par rapport à celui des entités étatiques qui le composent. La règle de conflit ne peut donc pas désigner le droit OHADA. On comprend aisément que l'article 172 c) [ex-art. 140 c)] vise en réalité l'hypothèse où les règles du droit international privé conduisent à la compétence de la loi d'un État membre. Le droit OHADA est alors considéré comme « désigné » en tant que loi nationale de cet État. C'est dire que l'article 172 c) [ex-art. 140 c)] répond également à la question de savoir quelle loi interne appliquer lorsque le droit international privé désigne un État membre qui connaît, dans une matière donnée, une double réglementation. Dans le cas de l'OHADA, il y a coexistence du droit unifié et du droit national non contraire.

88. Perspectives d'évolution et droit comparé. Un auteur avait suggéré que cette solution prévue en matière de représentation soit généralisée et admise dans toutes les autres matières soumises au droit OHADA (*G. Ngoumtsa Anou, thèse préc., n° 462*). On voit bien, dans l'exemple précédent, qu'une disposition analogue à l'ex-article 140 c) précité n'avait pas été prévue dans le droit OHADA de la vente commer-

ciale alors qu'en cette matière, il est notoire que le droit OHADA de la vente commerciale s'appliquera chaque fois que les règles du droit international privé conduisent à la désignation de la loi d'un État partie. La révision de l'AUDCG a donc introduit un article 234 alinéa 2 nouveau sur le champ d'application spatial de du droit OHADA de la vente commerciale. Il dispose que : « Sauf stipulations conventionnelles contraires, le contrat de vente commerciale est soumis aux dispositions du présent livre dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans l'un des États parties ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État partie ». Il est important de noter qu'antérieurement à cette réforme, le droit OHADA de la vente commerciale ne comportait aucun critère d'applicabilité spatiale exprès. Il fallait donc se référer à l'article 1^{er} de l'AUDCG qui était lui-même muet sur les ventes internationales. Désormais, l'article 234 permet d'appliquer le droit OHADA de la vente toutes les fois que la règle de conflit du juge saisi attribue compétence à la loi d'un État membre pour régir une vente internationale. Ce type de disposition est prévu par l'article 1b) de la CVIM dont s'inspire le droit OHADA de la vente (*Sur ce que le droit OHADA de la vente s'inspire de la CVIM, G. Kenfack Douajni, « L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA », Recueil Penant, 2005, p. 174 s.*). Et les rares États qui n'admettent pas ce critère se fondent sur l'existence dans leur ordre juridique d'un droit matériel interne très moderne de la vente. Tel n'est pas le cas de l'espace OHADA dont le caractère vétuste du droit antérieur des États membres a été à maintes reprises souligné (*V. not. A. Polo, « Histoire, objectifs, structure », in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, op. cit., p. 10 ; K. Mbaye, préface in B. Martor et al., Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Paris, 2^e éd., Litec, 2009 ; p. XI ; J. Issa-Sayegh et J. Loboues-Oble, ouvr. préc., p. 41-42 ; M. Kirsch, « Historique de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », Recueil Penant, n° 108, 1998, p. 129 s.*).

On peut néanmoins regretter que la révision de l'AUDCG ait été l'occasion d'insérer, comme c'était déjà le cas de la représentation commerciale, une règle d'applicabilité spéciale pour la vente, sans véritable régime général de l'applicabilité du droit commercial OHADA dans son ensemble. Cette différence apparente de régime entre l'applicabilité du droit de la représentation et de la vente et celle des autres questions suscite une incohérence juridique injustifiée due à l'inadvertance du législateur. Pour que cette cohérence soit assurée, le droit OHADA qui tend à se constituer en véritable système doit être pensé de manière globale et non de manière sectorielle et ponctuelle. Il ne gagne pas davantage en clarté et donc en sécurité juridique, lorsqu'il laisse subsister un flou sur ses critères généraux et précis d'applicabilité spatiale. Au surplus, la formulation de l'article 234 alinéa 2 est ambiguë. Sa

première branche souligne le critère autonome d'applicabilité selon lequel le droit matériel OHADA de la vente s'applique si les contractants ont le siège de leur activité « dans l'un des États parties ». Il semble ainsi viser les seuls contrats localisés dans un seul État partie, à l'exclusion des contrats intracommunautaires tels une vente sénégal-camerounaise. Les autres actes uniformes appréhendent pourtant les situations intracommunautaires, y compris celles qui sont contractuelles. Il y a là une nouvelle source d'incohérence. Il est à cet égard préférable qu'une nouvelle révision des actes uniformes en tienne compte. L'article 1^{er} de l'AUDCG pourrait alors comporter en ce sens un deuxième alinéa intercalé entre le premier alinéa actuel et les trois derniers alinéas. Il pourrait se formuler ainsi : « Toutefois, les dispositions du présent acte uniforme s'appliquent même si le commerçant a son établissement ou son siège dans un État différent de ceux signataires du présent Acte uniforme, dès lors que les règles du droit international privé conduisent à l'application de cet acte uniforme ».

Allant dans ce sens, les conventions d'unification du droit matériel prévoient de plus en plus une deuxième condition d'applicabilité, l'application du droit unifié dans les cas où la règle de conflit de lois désigne la loi d'un État contractant (*v., par ex., CVIM, article 1 b) ; Convention de Genève du 17 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, article 2 b) ; Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail précitée, article 3 alinéa 1 b) ; Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international, adoptée à Ottawa le 28 mai 1988, article 2 alinéa 1 b) ; convention des Nations Unies du 19 avril 1991 sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, du 19 avril 1991, article 2 c)*). C'est aussi l'une des solutions recommandées par l'Institut de droit international lors de sa Session de Dijon en 1981, relative au « champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités » (*v. l'article 5 al. 2 du texte de la recommandation*).

Il apparaît donc que contrairement aux apparences, le droit OHADA est applicable lorsqu'il est désigné par les règles du droit international privé. Au moins en matière contractuelle, il serait encore préférable d'unifier celles-ci pour éviter les inconvénients découlant de leur diversité.

Section 2 - Nécessité de l'unification du droit international privé des États parties

89. L'unification des règles de conflit de lois présente un intérêt certain pour l'espace juridique OHADA. Dans le domaine contractuel où les particularismes culturels ne sont pas en jeu comme en matière d'état et de capacité des personnes, cette unification est encore plus facilement réalisable (§1). À l'observation, on constate que les

prérequis d'une telle unification sont bien réunis dans l'espace OHADA et devraient susciter une considération sérieuse du Conseil des ministres en cette matière si essentielle pour le commerce international des États parties de l'OHADA (§2).

§1 - Arguments en faveur de l'adoption d'un acte uniforme sur la loi applicable aux contrats du commerce international

90. L'unification des règles de conflit de lois des États parties est nécessaire pour assurer la sécurité des contrats commerciaux internationaux (A) et la coordination des droits dans l'espace OHADA (B).

A - Sécurité des contrats commerciaux internationaux

91. **Besoin de prévisibilité des solutions et de sécurité juridique.** Pour se développer, un espace économique a besoin de la certitude des règles applicables aux rapports commerciaux (F. Schockweiler, « *La codification du droit international privé dans la Communauté européenne* », *Liber amicorum G. Droz*, 1996, p. 391 s., spéc. p. 391 ; E. Loquin, « *Sécurité juridique et relations commerciales internationales* », in L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen (ss coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 467 s., spéc. p. 467). On peut penser a priori que ce besoin ne concerne pas l'OHADA, qui reste un espace juridique et non un espace économique. La réalité est pourtant différente puisque le préambule du traité OHADA révisé rappelle l'intention des États de faire de l'harmonisation du droit, un instrument d'intégration juridique et économique.

L'unification du droit matériel est sans doute le meilleur moyen d'arriver à cette prévisibilité des solutions qui facilite l'activité économique, mais elle ne semble possible que pour les contrats internes ou intra-communautaires et non pour l'hypothèse envisagée, qui concerne les contrats partiellement ou entièrement extracommunautaires. L'unification du droit matériel des contrats internes ou intra-communautaires peut aisément se concevoir, comme l'atteste l'existence d'un avant-projet d'acte uniforme de l'OHADA sur le droit des contrats. Il est en revanche difficile d'envisager de soumettre tous les contrats présentant une attache avec un pays tiers à une réglementation matérielle uniforme directement applicable. Ce serait transformer tout ce droit matériel OHADA des contrats en lois de police régionales impérativement applicables à tout contrat soumis au juge d'un État partie ou présentant une attache minimale avec l'espace OHADA. Cela contrarierait singulièrement la liberté qui caractérise les transactions commerciales internationales. Le système conduirait non pas à la sécurité juridique et donc à l'attractivité du droit OHADA, recherchée par les

auteurs du traité, mais à une défiance des opérateurs du commerce international.

92. **Apport de l'unification des règles de conflit de lois.** Il faut dès lors envisager une autre solution qui assure une certaine prévisibilité des solutions en l'absence d'un droit matériel international des contrats. Pour l'instant, les contrats internationaux non soumis à l'arbitrage restent soumis aux règles de conflit de lois propres à chaque État partie de l'OHADA. Deux principaux inconvénients s'attachent à cette situation. La diversité des règles de droit international privé des États membres conduira à la diversité des solutions selon l'ordre juridique dans lequel s'opère la recherche de la loi applicable au contrat international. Outre le défaut d'harmonie internationale des solutions qui caractérise cet état des choses (V. en ce sens, P. de Vareilles-Sommières, « *La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats* », *Mélanges Paul Lagarde*, préc., p. 785), il y a un risque de forum shopping. Il suffit de choisir le juge pour choisir la loi. Autrement dit, il est possible de choisir le juge d'un État membre dont la règle de droit international privé débouche sur le résultat escompté. Ce résultat pourrait être évité si les règles de conflit de juridiction étaient unifiées dans les États parties de l'OHADA. Mais tel n'est pas le cas. Une autre solution consisterait à recourir à la théorie du *forum non conveniens* qui permettrait au juge d'un État partie saisi de se déclarer incompétent lorsqu'il n'est pas le juge le plus approprié pour connaître de l'affaire. Il pourrait en être ainsi si la situation présente un lien plus étroit avec un autre pays et n'a qu'une attache accidentelle avec l'État de ce juge saisi. Cette technique d'inspiration anglo-saxonne reste inconnue de la plupart des États parties, dominés par la tradition civiliste. Bien plus, les règles de conflit de juridiction sont peu élaborées dans les États membres (V. P. Meyer, « *La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA* », *Recueil Penant*, n° 855, 2006, p. 151 s., spéc. p. 168 s.).

Le besoin de prévisibilité des solutions est davantage compromis par le caractère jurisprudentiel du droit international privé de la plupart des pays membres de l'OHADA. Cette jurisprudence est caractérisée par un manque de cohérence et de lisibilité : « absence de publication des décisions, contrariété des décisions et opacité de la jurisprudence » (J. Issa-Sayegh et P.-G. Pougoué, « *L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions* », *Actes du colloque de Ouagadougou sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats*, *Rev. dr. unif.*, 2008, p. 464. En ce sens, F. M. Sawadogo, « *Les actes uniformes de l'OHADA : aspects techniques généraux* », art. préc., p. 41). L'élaboration d'un droit international privé OHADA des contrats serait sans doute un moyen efficace d'assurer la clarté du droit et, à travers elle, la sécurité juridique voulue par l'OHADA. Cette considération est d'autant plus pertinente que cette unification assurerait également une certaine coordi-

nation des droits dans l'espace OHADA d'une part et, d'autre part, entre l'espace OHADA et les États tiers.

B - Coordination des droits

93. Les règles de conflit de lois ont une fonction de coordination des ordres juridiques. Dans la mesure où une part importante du droit matériel OHADA est constituée par la réglementation des contrats (*V. infra*, n° 99 s.), l'unification des règles de conflit de lois en la matière pourrait assurer deux fonctions : combler les lacunes et prévoir un régime des situations présentant une attache avec les États tiers.

94. Coordination intracommunautaire ou régionale. Des règles communes de conflit de lois peuvent d'abord permettre d'identifier la loi applicable aux situations contractuelles régies par le droit OHADA, mais qu'il ne tranche pas expressément. La loi applicable serait ainsi déterminée dans les États membres suivant les mêmes critères. Cela garantit une harmonie minimale des solutions d'un État partie à un autre, à défaut de règles matérielles communes. Il n'y a là aucun obstacle à l'unification du droit matériel, car une lacune actuelle du droit matériel OHADA des contrats pourrait toujours donner lieu, ultérieurement, à une règle matérielle commune. Par ailleurs, dans les rapports entre règles matérielles unifiées OHADA et règles de droit international privé communes, priorité serait donnée aux premières. Ces dernières ne seraient applicables qu'en l'absence de règles matérielles communes directement applicables.

95. Coordination extracommunautaire. Des règles communes de conflit de lois de l'OHADA auraient également pour fonction de déterminer le droit applicable aux contrats partiellement ou entièrement extracommunautaires. Il en serait ainsi d'un contrat entre une entreprise sénégalaise et une entreprise chinoise. Devant chaque contrat, le juge rechercherait l'existence de règles matérielles OHADA directement applicables au contrat. Ce serait le cas lorsque le contrat entre dans leur champ d'application autonome. Il y aurait ainsi primauté du droit matériel OHADA sur les règles communes de conflit de lois, comme dans l'hypothèse précédente. C'est une solution bien éprouvée en droit comparé, comme l'illustrent la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (article 20), la convention interaméricaine de 1994 sur les contrats internationaux (article 20) et le règlement européen Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles (point 14 du préambule). Par un tel système l'OHADA éviterait en outre le *lex forisme* systématique qui conduit les juges de certains États membres à toujours appliquer leur propre loi malgré l'internationalité du litige (*V. par ex., pour le Burkina Faso, P. Meyer, Droit international privé burkinabé,*

Ouagadougou, Presses Africaines, coll. Précis de droit burkinabé, 2006, n° 27, p. 26).

96. Inconvénients d'un lex forisme systématique. L'application systématique de la loi du for doit être exclue dans l'espace OHADA. La confiance que les opérateurs du commerce international attacheront au droit OHADA et à la justice étatique ou arbitrale rendue dans les États parties ne dépendra pas seulement de la qualité technique des normes matérielles appliquées à un cas, mais également de la légitimité de ces règles à s'appliquer à cette situation. Dans les rapports purement internationaux, la légitimité d'une règle à s'appliquer découle très souvent de sa désignation par une règle de conflit (principe d'autonomie, rattachement objectif, ...) ou encore de ce que cette règle constitue un usage régulièrement pratiqué dans la branche d'activité concernée. Plus exceptionnellement, il est admis que la règle matérielle du for s'impose directement lorsqu'elle exprime une politique législative particulière du for justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général ou par le souci de protection d'une partie faible (*G. Ngoumtsa Anou, thèse préc., n° 485*). C'est le cas des lois de police (*V. infra, n° 105 s*).

Ces préoccupations visent à préserver la justice de droit international privé d'après laquelle la loi appliquée à une situation internationale doit être celle du pays avec lequel la situation présente les liens les plus étroits. L'élaboration d'un acte uniforme sur la loi applicable aux obligations contractuelles est donc souhaitable, ce d'autant plus que les conditions préalables à une telle entreprise sont réunies.

§2 - Présence des prérequis d'une unification des règles de conflit de lois

97. L'unification du droit international privé des contrats suppose que l'OHADA soit compétente pour le faire (A), que les contrats du commerce international constituent une préoccupation communautaire (B) et, enfin, que cette unification ne soit pas un frein à l'unification du droit matériel des contrats qui est déjà engagée (C).

A - Compétence avérée de l'OHADA en matière de droit international privé des contrats

98. Pilier juridique de l'unification. La compétence de l'OHADA est une compétence d'attribution. Sa mission clairement rappelée dans l'article 3 § 1 du traité révisé est d'harmoniser le droit des affaires. Le domaine de ce droit des affaires est prévu par l'article 2 du traité qui précise que le Conseil des ministres peut y inclure « toute autre matière » qu'il juge nécessaire d'harmoniser. Considérée par certains auteurs comme une imprudence (*v. J. Y. Toe, « La problématique actuelle*

de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA », *Actes du colloque de Ouagadougou sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats*, *Rev. dr. unif.*, 2008, p. 23-37, spéc. p. 32), cette conception large de l'étendue des compétences de l'OHADA a déjà permis d'unifier des matières qui ne sont pas citées par l'article 2 du traité. Ainsi en est-il du droit du transport des marchandises par route.

L'article 2 qui constitue le pilier de l'unification dans l'espace OHADA est donc conçu de manière ouverte et peut servir de fondement à une unification des règles de conflit de lois. Il suffit que cette unification participe à la réalisation des objectifs de l'OHADA prévus par le traité, à savoir l'amélioration de l'environnement juridique ou judiciaire des affaires.

La question de savoir si la matière des contrats du commerce international relève du droit des affaires tel qu'il est entendu par le traité ne semble pas discutée (*En ce sens, J. Issa-Sayegh et P.-G. Pougoué, « L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions », art. préc., p. 468*). Le contrat est le moteur de l'activité économique. C'est par le moyen de contrats divers que se mettent en place les opérations courantes de la vie internationale des affaires : transports internationaux, ventes internationales, représentations commerciales internationales, garanties internationales, contrats d'investissement, partenariats divers.

La mondialisation des échanges conduit à un accroissement inéluctable de ces opérations impliquant les opérateurs établis dans un État membre de l'OHADA et des opérateurs établis dans un État tiers : à Dubaï, à Londres, à Hong Kong, etc. L'OHADA n'appréhende pas ces situations, sauf dans l'hypothèse où elles font l'objet d'une convention d'arbitrage, ce qui n'est pas toujours le cas.

L'adoption d'un droit international privé OHADA des contrats est donc opportune. On sait par ailleurs quelle place la matière des contrats occupe dans le droit matériel OHADA actuel.

B - Importance du contrat dans le droit OHADA

99. Contrats spéciaux en droit positif. L'essentiel des règles matérielles élaborées par l'OHADA vise les contrats spéciaux. C'est le cas des actes de commerce définis à l'article 3 de l'AUDCG : ventes, contrat d'assurance, de transit, contrat de dépôt, louage de choses ou de services, transport, contrat d'investissement, représentation, etc. Certains de ces contrats font l'objet de règles matérielles spécifiques : vente (art. 234 à 302 AUDCG [ex-art. 202 s.]), courtage, commission, agence commerciale (art. 192 à 233 AUDCG [ex-art. 161 à 201]), bail commercial (art. 101 à 134 AUDCG [ex-art. 69 à 102]), location-gérance d'un fonds de commerce (art. 138 s. AUDCG [ex-art. 106 s.]), sûretés conventionnelles (AUS), transport de marchandises par route (AUTMR), etc. On s'aperçoit que malgré l'existence

de certaines règles de nature processuelle, l'essentiel du droit substantiel de l'OHADA concerne le contrat.

100. Droit prospectif. L'évolution prévisible va accroître cette part du droit des contrats. Tous les projets d'acte uniforme en cours portent sur le contrat. Il en est ainsi de l'avant-projet d'acte uniforme relatif au contrat en général, du projet d'acte uniforme relatif au contrat de consommation et du projet d'acte portant sur le contrat de travail.

Le contrat se trouve ainsi au centre du droit OHADA, mais comme on l'a souligné, ce droit unifié des contrats spéciaux ne peut appréhender les situations internationales. Il est supplétif à l'égard de ceux-ci comme le serait également un droit matériel général des contrats.

C - Caractère supplétif d'un droit matériel OHADA des contrats en matière internationale

101. Avant-projet d'acte uniforme et pérennité des conflits de lois. - Un avant-projet d'acte uniforme sur le droit matériel des contrats est en cours. Il ne distingue pas entre les contrats internes et les contrats internationaux. Ne faut-il pas en déduire que son aboutissement supprimerait tout conflit de lois et rendrait sans objet un droit international privé OHADA des contrats ? La réalité est bien différente, pour au moins trois raisons.

L'avant-projet est d'abord très controversé, car de nombreuses instances nationales n'entendent pas renoncer à leur droit matériel interne des contrats (*v. not. les travaux du colloque de Ouagadougou précité, publiés à la revue de droit uniforme de 2008*).

Plus fondamentalement, une telle disparition du conflit de lois en matière contractuelle n'est qu'une vue de l'esprit. Elle suppose deux conditions qui ne sont pas réunies. Il faut d'abord que le droit matériel unifié des contrats soit un ensemble complet de normes. Or, rien n'est moins sûr. Les lacunes sont inévitables et l'avant-projet renvoie sur de nombreux points au droit commun national (*A titre illustratif, voir les articles 3/2, 5/11, 12/8 alinéa 2, 6/14 de l'avant-projet d'acte uniforme relatif au contrat, qui se réfèrent implicitement au droit national*). Certes, l'article 1/5 alinéa 2 de ce texte prévoit que « les questions qui entrent dans le champ d'application du présent Acte Uniforme, mais que celui-ci ne tranche pas expressément, sont, dans la mesure du possible, réglées conformément aux principes généraux dont il s'inspire ». Mais l'expérience du droit uniforme international révèle que ce type de disposition, devenu une clause de style dans les conventions internationales, n'épuise pas la question des lacunes. En cas de lacune du droit matériel dans un contrat sénégal-ivoirien, il peut être nécessaire de rechercher le droit complémentaire applicable en fonction des règles de conflit de lois (*Sur les limites de l'interprétation autonome, cf. supra, n° 33*).

Mais même en supposant théoriquement que les

lacunes seront rares, il faudrait encore envisager le sort des contrats partiellement ou entièrement extracommunautaires. Tout conflit de lois serait évité si le futur droit matériel OHADA des contrats est érigé en lois de police communautaires applicables à tout contrat dès lors que le juge saisi est celui d'un État partie. Pareil totalitarisme juridique serait à contre-courant des solutions communément admises dans la plupart des ensembles économiques. Il serait défavorable aux échanges et incohérent par rapport au libéralisme qui caractérise la réglementation du contrat international soumis à l'arbitrage OHADA (*Cf. infra, n° 149s*). Il serait par ailleurs à contre-courant de l'objectif de sécurité juridique fondamental dans les traités constitutifs de l'OHADA.

Finalement, il ne faut pas s'étonner que l'avant-projet d'acte uniforme ait lui-même prévu son caractère facultatif. Aux termes de l'article 1/2 de ce texte, les parties peuvent exclure son application ou écarter certaines de ses dispositions. La question du conflit de lois reste alors posée, aussi bien pour les contrats intracommunautaires que pour les contrats internationaux extracommunautaires. L'application du futur droit matériel des contrats dépend donc, en réalité, d'une règle de conflit de lois implicite, l'autonomie de la volonté.

102. Inexistence d'un système de droit international privé régional implicite. On pourrait, à partir de là, bâtir un système de droit international privé implicite, mais il serait bien discutable. Il consisterait à dire que les parties étant libres d'écarter le droit matériel unifié comme le prévoit le projet précité, il s'agirait d'une consécration de la liberté de choix de la loi applicable au contrat international. C'est le rattachement subjectif. Faute de choix et en l'absence d'une exclusion expresse du droit matériel, tout contrat international serait soumis au droit matériel OHADA des contrats, considéré comme droit supplétif. Cela revient à considérer comme rattachement objectif des contrats internationaux dans l'espace OHADA, la compétence de la *lex fori*. Cette *lex fori* est le droit matériel communautaire des contrats qui tient lieu de loi nationale dans chaque État partie.

Le système ainsi décrit manque de pertinence. Il est pour le moins erroné de considérer que les parties qui n'ont pas désigné la loi applicable à leur contrat ont entendu la soumettre à la loi du pays dont les juridictions seront saisies en cas de litige, alors même que le contrat présente des attaches avec des pays tiers. À cela s'ajoute le fait que rattacher tous les contrats à la *lex fori* quels que soient leurs éléments de localisation spatiale, est en réalité arbitraire.

Une réglementation OHADA des contrats du commerce international est donc nécessaire. Elle devrait porter sur l'unification des règles de conflit de lois, plus facile à réaliser que l'unification du droit matériel dont elle constitue le complément nécessaire. Ce serait un pas de plus vers l'émergence d'un droit international privé communautaire de l'OHADA qui est déjà en marche.

Deuxième partie : Droit international privé communautaire de l'OHADA

103. Jusqu'ici nous avons constaté que l'application du droit matériel OHADA à certaines situations internationales partiellement ou entièrement extracommunautaires dépend du jeu préalable de la règle de conflit de lois (*Supra, n° 74s*). Mais certaines règles du droit matériel OHADA constituent des lois de police. Elles régissent impérativement les situations qui entrent dans leur champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi compétente au regard des règles de conflit de lois. Il s'agit des règles internationalement impératives de l'OHADA. Le droit unifié comporte également d'autres types de normes qui visent les situations intracommunautaires, mais aussi celles présentant des attaches avec les États tiers. Ces règles sont de nature conflictuelle. Il s'agit essentiellement des règles de détermination du droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage et des règles qui consacrent l'ordre public international communautaire de l'OHADA. L'ensemble de ce dispositif qu'il convient de considérer comme le droit international privé communautaire de l'OHADA comprend donc des règles directes (Titre I) et des règles de nature essentiellement indirecte (Titre II).

Titre I : Règles matérielles internationalement impératives du droit OHADA

104. Le droit OHADA est en plein développement. Les projets d'acte uniformes en cours comportent ainsi des dispositions internationalement impératives destinées à protéger l'intérêt général ou la partie jugée faible dans le contrat. Il paraît alors approprié d'aborder la question des lois de police d'un point de vue dynamique, en distinguant le droit positif (Chapitre 1) des évolutions prévisibles (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Lois de police en droit positif OHADA

105. Libéralisme et régulation économique. Les ensembles régionaux comme l'OHADA ont généralement pour but médiate ou immédiat de créer un cadre propice aux échanges et aux investissements. La conséquence en est l'adoption de normes libérales qui mettent en avant la liberté individuelle. Mais en même temps, il semble acquis aujourd'hui qu'une société viable ne peut se construire sur la base des seules lois du marché. D'où le rôle croissant de la régulation économique et sociale dans l'ordre interne et international (*V. D. Bureau et H. Muir Watt, Droit international privé, tome I, 2^e éd., PUF, 2010, p. 592*). L'une des traductions concrètes de ce mouvement est le développement des normes étatiques impératives directement applicables aux situations juridiques internationales sans l'entremise de la

règle de conflit de lois. Parce qu'elles dérogent ainsi à la règle de conflit, on parle de lois d'application immédiate (*Ph. Francescakis, in : « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », RCDIP 1966, p. 1 et s., spéc. p. 13*) ou nécessaire (*Sperduti, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », RCDIP 1977, p. 257 et s.*). Le contenu particulier de ces règles et le but spécial qu'elles poursuivent conduit à les désigner également par l'expression « loi de police », même s'il existe des lois d'application immédiate qui ne sont pas, quant à leur contenu, des lois de police (*H. Batiffol et P. Lagarde, Traité de droit international privé, tome I, 8^e éd., n° 254, note 8*).

106. Définition des lois de police. Envisagée dans le code civil (*art. 3 al. 1^{er}*), la notion de loi de police a été définie par Francescakis. Il s'agit, selon lui, des lois « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays » (*Ph. Francescakis, art. préc., p. 1 s. ; « Ya-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », Trav. Com. fr. DIP 1971, p. 149 et s.*). Malgré les critiques, cette définition connaît un accueil favorable en droit positif comparé, aussi bien dans la jurisprudence (*v. not. C.J.C.E., 23 novembre 1999, affaires jointes C-369/96 et C-376/96, Arblade, Rec., 1999, p. I-8453 ; R.C.D.I.P., 2000, p. 710 s., comm. M. Fallon ; J.D.I. 2000, p. 493, obs. Luby*) que dans les textes (*v. par ex art. 9 du règlement européen dit « Rome I », sur la loi applicable aux obligations contractuelles*). Les lois de police de l'OHADA sont donc des règles du droit OHADA qui, en raison des exigences cruciales qu'elles traduisent, s'imposent à tout rapport juridique présentant une attache minimale avec l'espace OHADA, quelle que soit par ailleurs la loi désignée par les règles de conflit de lois.

107. Types de lois de police OHADA. Certaines règles ainsi décrites visent à préserver des impératifs économiques et sociaux étatiques. Ces règles qui participent du dirigisme économique étatique sont désignées par l'expression « lois de police administratives » ou lois de police classiques (Section 1). D'autres se préoccupent d'assurer une protection minimale d'une partie à un contrat. Elles sont dites lois de police de protection (Section 2). Le droit matériel OHADA offre des illustrations de ces deux types de règles.

Section 1 - Lois de police administratives

108. Pour identifier les lois de police administratives de l'OHADA (§2), il faut au préalable définir les critères qui permettent de considérer qu'une norme traduit des exigences communautaires cruciales telles qu'il faille déroger à la règle de conflit pour en assurer l'impérativité internationale (§1).

§1 - Critère d'identification des lois de police

109. Il n'existe pas un critère formel d'identification des lois de police. Par conséquent, il faut distinguer l'hypothèse où le législateur déclare qu'une norme est internationalement impérative de l'hypothèse où il appartient au juge d'opérer une telle qualification, par une analyse du but de la règle.

110. Critère fondé sur la déclaration expresse du législateur. Le critère fondé sur la volonté expresse du législateur est simple. Il consiste à considérer que chaque fois que le législateur attribue à une loi un champ d'application spatial exorbitant, celle-ci est une loi de police ou une loi d'application immédiate. Le caractère exorbitant du champ d'application spatial résulte du fait que la loi ou la règle envisagée s'applique également aux rapports de droit comportant un élément d'extranéité. Or, la présence d'un tel élément dans une situation juridique devrait, normalement, entraîner le recours aux règles de conflit de lois. La loi française du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime en constitue un exemple topique. L'article 16 prévoit que cette loi s'applique à tous les transports effectués au départ ou à destination d'un port français. Elle appréhende aussi bien les transports au départ d'un port étranger et à destination d'un port français que les transports au départ d'un port français et à destination d'un port étranger. Ces situations présentent une attache avec un pays étranger. Leur règlement normal appelle donc un recours aux règles de conflit. Mais le législateur les écarte pour imposer l'application unilatérale de la loi matérielle du for à un rapport international. Ce faisant, il fait de cette législation une loi d'application immédiate (*Sur lequel v. Y. Loussouarn et al., Droit international privé, Dalloz, 2007, n° 127 ; B. Audit et L. D'Avout, Droit international privé, ouvrage préc., n° 115, p. 106 ; H. Batiffol et P. Lagarde, Traité de droit international privé, op. cit., tome I, n° 254, p. 427, note 9*). Mais une telle qualification formelle n'est pas toujours faite dans le texte. Il faut alors rechercher l'intention du législateur.

111. Critère fondé sur le but de la règle. Le critère finaliste systématisé par Francescakis (*Ph. Francescakis, « Ya-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », Trav. Com. fr. DIP, op. cit., p. 149 ; « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », Rivista di diritto internazionale e processuale, 1966, p. 691. V. déjà en ce sens, F.-C. Savigny, Traité de droit romain, tome VIII, trad. Ch. Guenoux, éd. Panthéon-Assas, 2002, chapitre 1^{er}, § 349, p. 35 et 38 ; J.-P. Niboyet, Traité de droit international privé français, tome III, Conflits de lois, d'autorités et de juridictions, Paris, Sirey, 1944, p. 166*) permet de partir du but d'une règle pour en déduire son impérativité internationale. Une loi sera considérée comme loi de police lorsqu'elle a pour but de protéger des intérêts étatiques de nature politique, économique et sociale.

Par son contenu et son but, la règle exprime une politique législative cruciale du for, telle qu'il est nécessaire qu'elle s'applique à toute situation juridique présentant un certain lien avec ce système du for. Elle évince alors la règle de conflit.

112. Critique du critère finaliste. Le problème du critère fondé sur le but de la règle est que dans les États modernes, toute loi vise normalement à garantir un intérêt politique, économique ou social. Leur différence avec les lois de police est donc une simple différence de degré et non de nature. On en a déduit la relativité du critère (*Y. Loussouarn et al., ouvr. préc., n° 131, p. 149*). En réalité, le critère constitue une simple orientation générale permettant au juge d'apprécier, dans chaque cas, si les intérêts économiques et sociaux en jeu sont si impérieux que la loi du for doit être considérée comme une loi de police (*V. H. Batiffol et P. Lagarde, Traité de droit international privé, préc., tome I, n° 254, p. 428*). C'est ce jugement d'opportunité que le juge communautaire de l'OHADA doit faire.

§2 - Lois de police administratives de l'OHADA

113. La notion de loi de police est fuyante et on ne saurait avoir la prétention de dresser une liste exhaustive des règles du droit matériel OHADA qui méritent le qualificatif de loi de police. Il est cependant possible d'illustrer le phénomène par quelques règles qui, dans des domaines variés, traduisent des politiques cruciales de l'OHADA.

114. Baux commerciaux. Prévue aux articles 101 (ex-art. 69) et suivants de l'AUDCG, une partie de la réglementation OHADA des baux commerciaux est impérative comme le déclare expressément l'article 134 de l'AUDCG (ex-art. 102). Ce texte garde le silence sur son éventuelle impérativité internationale, mais le but poursuivi par ces règles permet de considérer qu'elles doivent recevoir application même dans l'hypothèse où le contrat de bail commercial est international. Par ces dispositions impératives, le législateur ne vise pas seulement à protéger le locataire commerçant en tant que tel, mais aussi à assurer la stabilité du fonds de commerce. Cette protection du fonds favorise le développement de l'activité commerciale. Elle réalise ainsi l'objectif majeur de l'OHADA qui est de garantir la sécurité juridique de l'investissement. Cette considération justifie que le droit OHADA du bail s'applique dès lors que l'immeuble loué est situé sur le territoire d'un État partie, quels que soient la nationalité, le lieu du principal établissement ou le siège social du bailleur et du locataire.

115. Sociétés. À première vue, le droit OHADA des sociétés semble internationalement impératif. Cette impression ressort de deux dispositions combinées. La première, l'article 2 de l'AUSC, dispose que « les dispo-

sitions du présent acte uniforme sont d'ordre public », sauf dans les cas où il permet d'y déroger. L'article 3 ajoute que les personnes désirant exercer en société, « quelle que soit leur nationalité », doivent choisir l'une des formes prévues par l'acte uniforme. Le droit OHADA paraît ainsi applicable aux sociétés étrangères établies sur le territoire d'un État membre. En réalité, le droit OHADA des sociétés ne s'applique qu'aux sociétés ayant leur siège sur le territoire d'un État partie (art. 1^{er} al. 1^{er} AUSC). Il est vrai qu'aux termes de l'article 120 de l'acte uniforme, le ministre chargé du commerce dans un État membre peut autoriser une société étrangère à exercer sur le territoire de cet État sans apporter cette société à une société existante ou à créer de l'un des États parties. Se pose alors la question de l'application du droit matériel OHADA des sociétés à ces sociétés étrangères.

Suivant les conceptions classiques du droit international privé, la loi applicable aux sociétés est celle de leur siège social (*V. Cour d'appel de Paris, (1^{re} Ch., sect. A), 3 octobre 1984, Association Comité de défense des actionnaires de la Banque Ottomane, R.C.D.I.P. 1985, p. 526 s., note H. Synvet*). Les sociétés étrangères exerçant dans l'espace OHADA restent donc soumises à la loi du lieu de leur siège, sauf en ce qui concerne les dispositions du droit matériel OHADA constitutives des lois de police. Mais comment déterminer si une règle OHADA en la matière doit être considérée comme loi de police. Selon certains auteurs, le juge « doit déduire cette qualification de l'importance de la politique poursuivie, de la finalité de la loi, des conséquences de sa non-application [...] Dans cette voie, la présence de sanctions pénales pourrait constituer un fort indice d'impérativité » (*D. Bureau et H. Muir Watt, Droit international privé, tome II, 2^e éd., PUF, 2010, n° 911, p. 315*).

116. Restructurations et acquisitions. Les règles impératives de l'OHADA relatives à l'acquisition ou à la restructuration des entreprises méritent de recevoir une application immédiate lorsque l'opération envisagée est internationale. Il en serait ainsi lorsque la société agissante et la société cible ont leurs sièges dans des pays différents (*V., dans le sens de cette impérativité internationale, D. Bureau et H. Muir Watt, op. cit., tome II, n° 922, p. 338*). Dans ce domaine, les règles impératives unifiées peuvent avoir pour but de protéger les actionnaires minoritaires (*V. par ex., art. 674 AUSC*), les créanciers (*V., à titre illustratif, les articles 678, 679, 686 et 687, 689 alinéa 2 de l'AUSC*) et, plus généralement, l'épargne locale.

117. Appel public à l'épargne. Les règles impératives portant sur l'appel public à l'épargne sont guidées par le même souci de protection des épargnants. Dès lors qu'une société étrangère fait un appel public à l'épargne dans un État membre, il est difficile d'admettre que ces règles impératives soient évincées au profit d'une loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois. La

société étrangère doit donc remplir les conditions posées par l'acte uniforme. Elles ont trait, entre autres, au capital minimum de la société, à l'information du public et à la publicité obligatoire de certains actes (V. art. 824 à 827 ; art. 831 s. AUSC). La doctrine considère à juste titre que de telles dispositions doivent être qualifiées de lois de police, parce qu'elles visent à protéger les investisseurs, à assurer l'égalité entre les protagonistes du marché et à garantir la transparence et l'intégrité du marché financier (M. Menjuq, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, Domat-Montcbrestien, 2^e éd., 2008, n° 104, p. 107 et n° 359, p. 374 s. ; E. Bouretz, « Autorité compétente et loi applicable aux opérations boursières : l'exemple des offres publiques transfrontières », in : M. Audit, H. Muir Watt et E. Pataut (ss dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris, LGDJ, 2008, p. 93 s., spéc. p. 98 s., n° 238 et s. ; J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 2007, n° 244, p. 141). Toute société qui fait appel public à l'épargne dans l'espace OHADA pour le placement de ses titres ou par son inscription à la bourse des valeurs de l'un des États parties devrait ainsi satisfaire aux conditions prévues par le droit OHADA, quelle que soit la *lex societatis*.

118. Transports. L'internationalité d'un contrat de transport de marchandises conduit normalement à rechercher la loi applicable au contrat (V. par ex., l'article 5 alinéa 1^{er} du règlement Rome I). Dérogeant à cette règle, l'AUTMR affirme l'applicabilité immédiate des règles qu'il pose et donc leur impérativité internationale. L'article 1^{er} dispose en ce sens que : « Le présent Acte uniforme s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route lorsque le lieu de prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés [...] sur le territoire de deux États différents dont l'un au moins est membre de l'OHADA. L'Acte uniforme s'applique *quels que soient le domicile et la nationalité des parties* au contrat de transport » (Comp. art. 5 al. 2 Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 11 décembre 2008). Les éléments de l'impérativité internationale sont bien réunis : le mécanisme conflictuel écarté (indifférence de la nationalité et du domicile des parties), une proximité territoriale nécessaire à l'application du droit unifié (prise en charge ou livraison sur le territoire d'un État partie). L'acte uniforme régit donc impérativement tout transport au départ ou à destination d'un État membre. Par exemple, un transport au départ du Nigeria et à destination du Cameroun sera soumis à ces règles alors que le Nigeria n'est pas membre de l'OHADA. Si les parties ont choisi une loi applicable à un tel contrat, elle ne produira ses effets dans la mesure des rares règles supplétives de l'acte uniforme telles qu'elles sont énumérées à l'article 28 de cet acte.

Section 2 - Lois de police de protection

119. Une nouvelle catégorie de lois de police dites lois de police de protection ou lois de police de seconde génération se développe de plus en plus. Cet essor est lui-même lié, au moins en partie, à l'expansion des principes de l'économie libérale qui remettent au premier plan le rôle de la volonté individuelle dans les rapports de droit privé. Cette évolution a montré que l'égalité entre les parties à un contrat international est purement utopique dans certains cas, tant l'inégalité des forces en présence peut être notoire. Ceci explique l'émergence de la catégorie des lois de police de protection (§1) dont l'OHADA connaît une application particulière (§2).

§1 - Notion

120. Définition. Les contrats internationaux sont dominés par le principe de la liberté de choix de la loi applicable au contrat. Or, il est possible que l'une des parties abuse de sa position dominante pour imposer à l'autre le « choix » d'une loi favorable à ses seuls intérêts. Les lois de police de protection sont des dispositions visant à préserver un certain équilibre contractuel par la protection de la partie jugée faible dans un contrat. Elles le font par une limitation de l'autonomie de la volonté qui peut revêtir plusieurs formes (V. P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 513 s. ; S. Mahmoud, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », RCADI, tome 315, 2005, p. 141 s).

121. Techniques de protection. Les techniques permettant d'assurer la protection de la partie faible dans l'ordre international sont diverses : recours à l'exception d'ordre public, utilisation d'une règle de conflit à caractère substantiel, application de la loi la plus protectrice, autonomie *in favorem*, ou encore application immédiate des règles impératives de protection.

122. Exception d'ordre public. Dans le premier cas, il s'agit d'évincer, par le mécanisme de l'exception d'ordre public, la loi étrangère insuffisamment protectrice de la partie faible. Tel serait le cas lorsqu'elle ne prévoit aucune protection ou plutôt prévoit une protection jugée superficielle et inadmissible au regard de la loi du for. Un auteur suggère que la protection assurée à l'agent commercial par le droit matériel OHADA soit garantie dans les contrats internationaux d'agence par le mécanisme de l'exception d'ordre public (P. Meyer, in *OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., 2008, V^o Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, p. 137-138). Cette solution peut se comprendre en matière d'arbitrage où l'arbitre assure le respect des lois de police sous le couvert de l'exception d'ordre

public. La technique est cependant inappropriée au regard du but poursuivi. L'ordre public garantit le respect des seules valeurs fondamentales du for alors qu'en matière contractuelle la loi protectrice évincée par le contrat peut être une loi étrangère. Le mécanisme sera alors inefficace.

123. Règle de conflit à caractère substantiel. Le système des règles de conflit à coloration matérielle, quant à lui, consiste à retenir une règle de conflit à option dotée de deux critères de rattachements alternatifs. Parmi les deux lois désignées par les rattachements alternatifs, la plus favorable à la partie jugée faible serait retenue (F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux. Étude de conflit des lois, Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 676 s.*). Il est pourtant difficile de prétendre rechercher la protection la plus efficace tout en limitant la comparaison à deux lois.

124. Loi la plus protectrice. Très proche du procédé précédent, le système de la loi la plus protectrice consiste à appliquer, parmi les lois avec lesquelles la situation présente une attache, celle qui prévoit la meilleure protection (V. F. Pocar, « *La protection de la partie faible en droit international privé* », *RCADI, tome 188, 1984, p. 339 s., spéc. p. 404*).

125. Autonomie in favorem. Selon ce système, le choix de la loi applicable au contrat est maintenu, mais il est privé d'effet lorsqu'il débouche sur une loi moins protectrice que celle du for. L'avant-projet OHADA sur le contrat de consommation (art. 144) est en ce sens.

126. Application immédiate des règles de protection du for. Une dernière solution consiste à appliquer directement les règles protectrices impératives du for, sans le recours préalable à la règle de conflit du for. Il suffit que la situation présente un lien minimal avec l'État du for. C'est cette dernière solution que l'OHADA retient en matière d'agence commerciale et pour certaines dispositions du projet d'acte uniforme relatif au droit du travail.

§2 - Applications : l'exemple du droit OHADA de l'agence commerciale

127. Principe de l'impérativité internationale. Les règles matérielles OHADA relatives aux intermédiaires de commerce s'appliquent directement aux contrats internes et aux contrats intracommunautaires, tel un contrat d'agence entre une entreprise ayant son siège au Gabon et un agent établi au Sénégal. Mais en est-il de même d'un contrat d'agence entre un agent commercial établi à Dakar au Sénégal et une entreprise ayant son siège à Dubaï ou à New York ? L'article 172 de l'AUDCG (ex-art. 140) répond par l'affirmative alors qu'un tel contrat est extracommunautaire : « Les dis-

positions du présent Livre s'appliquent même si le représenté, ou le tiers, *ont leurs établissements dans des États différents de ceux signataires* du présent Acte uniforme, *dès lors* : a) que l'intermédiaire est inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier de l'un des États parties, ou encore, b) que l'intermédiaire agit sur le territoire de l'un des États parties... ». Les règles matérielles communes du livre visé, applicables aux contrats d'intermédiaire, couvrent la commission, le courtage et l'agence commerciale. Selon l'article 140, elles sont d'application immédiate dès lors que le contrat présente le lien territorial requis avec l'espace OHADA. Il suffit que l'agent soit inscrit au registre du commerce d'un État partie ou y exerce son activité. Les deux critères sont alternatifs. La présence de l'un d'entre eux déclenche l'application du droit communautaire OHADA en tant que loi matérielle du for, quelle que soit la loi applicable au contrat international d'agence en vertu du choix des parties ou de la règle de conflit de lois. La règle de conflit est donc écartée. Cette solution a aussi été consacrée en droit européen quelque temps après l'entrée en vigueur de l'AUDCG, dans un arrêt *Ingmar* de la CJCE (*C.J.C.E., 9 novembre 2000, Ingmar GB c/Eaton Leonard Technologies, aff. C-381/98, Rec., p. I-9305, R.C.D.I.P. 2001, p. 107, note L. Idot, Europe 2001, n° 24, obs. L. Idot*). Une société de droit anglais, *Ingmar GB Ltd*, avait conclu un contrat d'agence avec la société américaine *Eaton Leonard Technologies Inc*. Selon les termes du contrat, Ingmar devait représenter la société *Eaton* au Royaume-Uni, en qualité d'agent commercial. Le contrat prévoyait comme droit applicable la loi de l'État de Californie. La Cour a affirmé l'impérativité internationale des règles communautaires de protection de l'agent commercial en jugeant qu'« il est essentiel pour l'ordre juridique communautaire qu'un commettant établi dans un pays tiers, dont l'agent commercial exerce son activité à l'intérieur de la Communauté, ne puisse éluder ces dispositions par le simple jeu d'une clause de choix de loi. La fonction que remplissent les dispositions en cause exige en effet qu'elles trouvent application dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté, notamment lorsque l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un État membre, quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre le contrat » (*Point 25 de l'arrêt*). Ces dispositions communautaires évincent ainsi la loi choisie par les parties dans un contrat d'agence internationale.

128. Dispositions objet de l'impérativité internationale. Il ne faut cependant pas conclure que tout le droit OHADA de la représentation et de l'agence commerciale est internationalement impératif. Le législateur lui-même a conféré un caractère supplétif à certaines normes, y compris dans l'ordre interne. Ainsi, les articles 216 à 227 AUDCG (ex-art. 184 à 195) ne sont pas impératifs. L'article 194 l'illustre en disposant que « sauf convention ou usage contraire », l'agent n'a pas droit au remboursement

des frais et débours résultant de l'exercice normal de son activité. Seules les dispositions impératives (*art. 196 à 199*) méritent donc de s'imposer au détriment de la loi désignée par la règle de conflit (*En ce sens, C. Ferry, « Contrat international d'agent commercial et lois de police », J.D.I. 1993, p. 299 s., spéc. p. 301*).

Chapitre 2 : Évolution prévisible des lois de police dans le droit OHADA

129. Dès la création de l'OHADA, l'article 2 du traité fondateur incluait dans le domaine à uniformiser, des questions qui donnent habituellement lieu à une régulation économique étatique. C'est le cas du droit du travail qui était expressément visé. Cet article 2 du traité permet au Conseil des ministres d'y inclure toute matière qu'il juge appropriée. À la faveur de ce texte, le Conseil a donc pris en 2001 la décision n° 002/2001/CM relative au programme d'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Selon l'article 1^{er} de cette décision, « sont incluses dans le domaine du droit des affaires, les matières ci-après énumérées : - le droit de la concurrence, - le droit bancaire, - le droit de la propriété intellectuelle, - le droit des sociétés civiles, - le droit des sociétés coopératives et mutualistes, - le droit des contrats, - le droit de la preuve ».

130. Droit de la concurrence et droit bancaire. Ce domaine comprend donc des matières à forte régulation économique telles que le droit bancaire et le droit de la concurrence. La réglementation impérative de la concurrence est en effet d'application territoriale et immédiate (*V. J.-M. Jacquet, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », J.D.I 1985, p. 398, n° 109 ; J.-M. Bischoff et R. Kovar, « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté », J.D.I, 1976, p. 675 s*). Elle évince la règle de conflit et s'applique dès lors que le lien de la situation avec l'espace national est avéré, quelle que soit la loi applicable à l'accord anticoncurrentiel envisagé. L'article 101 TFUE (*ex-art 81 TCE*) l'illustre bien. Il prévoit la nullité des accords anticoncurrentiels dès lors qu'ils sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qu'ils ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de limiter ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. Peu importe à cet égard que la situation présente des attaches avec un État tiers. L'adoption d'un acte uniforme relatif au droit de la concurrence va donc certainement multiplier les lois de police dans l'espace OHADA. En attendant, c'est au niveau sous-régional (CEMAC-UEMOA) que ces règles communautaires relatives à la concurrence sont prévues. Les projets d'acte uniforme en cours, susceptibles d'accroître particulièrement le nombre de lois de police, portent sur le contrat de consommation (Section 1) et les relations de travail (Section 2).

Section 1 - Lois de police en matière de contrat de consommation

131. Des règles internationalement impératives de protection du consommateur ont été prévues dans l'avant-projet d'acte uniforme de l'OHADA relatif au contrat de consommation (*Sur ce texte, v. cette Encyclopédie, v. Projet AU contrat de consommation*). Elles couvrent un champ particulièrement large. On envisagera donc le principe même de la protection (§1) et son domaine (§2).

§1 - Principe de la protection

132. Évolution historique. Le phénomène des contrats internationaux de consommation est resté marginal jusqu'à une époque récente. Il concernait des cas rares et modiques tels que les ventes de part et d'autre des frontières de deux pays voisins (*V. en ce sens, D. Bureau et H. Muir Watt, op. cit., tome II, n° 924, p. 341*). Ainsi, la ménagère de Kousseri au Cameroun qui achète à N'djamena au Tchad et vice-versa. Le développement des moyens de communication et de transport a suscité un renouveau du problème. Il est même désormais possible d'acheter un bien ou d'obtenir un service d'un pays à un autre, par internet.

Or, jusqu'aux années 1970, la loi applicable à de tels contrats internationaux de consommation était celle choisie par les parties. À défaut de choix, le rattachement objectif conduisait souvent à la désignation de la loi du professionnel en tant que loi qui présente avec la situation les liens les plus étroits (*P. Lagarde, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du xxie siècle, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 511 s., spéc. p. 512*). Ce système classique présente pourtant un inconvénient certain pour le consommateur. Sous prétexte de choix de la loi applicable au contrat, celui-ci sera en réalité exposé au bon vouloir du professionnel qui prépare à l'avance les clauses du contrat, y compris la clause d'*electio juris*. Il peut ainsi choisir une loi tolérante à l'égard de certaines clauses abusives qui seraient nulles au regard d'une autre loi (*v. à titre illustratif, les affaires dites de la Grande-Canarie (Gran Canaria) ayant donné lieu à l'arrêt du Bundesgerichtshof allemand du 19 mars 1997, R.C.D.I.P., 1998, p. 610, note P. Lagarde*). On comprend aisément pourquoi dès la fin des années 1970, de nombreuses initiatives nationales et internationales ont été mises sur pied pour protéger le consommateur. Le projet d'acte uniforme s'inscrit dans la même logique.

133. Choix de la technique des règles impératives in favorem. À ce sujet, l'article 18 du projet prévoit qu'« on ne peut déroger au présent Acte uniforme par une disposition contractuelle *moins favorable* au consommateur. Est réputée non écrite toute clause ou convention qui

déroge, *au détriment* du consommateur, aux dispositions du présent Acte uniforme » (*C'est nous qui soulignons. V. aussi l'article 57 paragraphe 1 du projet selon lequel « les clauses abusives d'un contrat de consommation sont réputées non écrites »*). Ces règles impératives de protection du consommateur s'appliquent aux contrats internationaux, comme le prévoit l'article 144 du projet, intitulé « Règles de droit international privé » : « Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions du présent Acte uniforme ». C'est là une règle inspirée de l'article 6 alinéa 2 de la directive « clause abusives » de l'Union européenne (*Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O. n° L 95 du 21 avril 1993, p. 29-34*).

134. Critique du procédé. La formulation retenue par l'article 144 précité encourt au moins trois critiques. La première tient au fait qu'elle envisage la protection du consommateur dans l'hypothèse d'un choix de loi applicable, sans se préoccuper du cas où il y a absence de choix. Or, en l'absence de choix, la loi désignée par la règle de conflit peut être celle d'un État tiers qui a des standards de protection inférieurs à ceux de l'OHADA. Tout dépend du critère objectif de rattachement retenu. Le projet d'acte uniforme aurait pu étendre sa protection en prévoyant qu'en l'absence de choix, la loi applicable au contrat de consommation est celle du lieu de résidence du consommateur lorsqu'il s'agit d'un consommateur passif (*Sur cette notion, infra, n° 137*). Cette insuffisance du projet d'acte s'explique par son caractère sectoriel. Au détour d'un acte uniforme sur le droit matériel de la consommation, l'OHADA tente de concevoir une protection internationale du consommateur, sans pour autant concevoir un système complet de protection. La combinaison d'une règle ponctuelle et parcellaire telle que l'article 144 avec le droit international privé des États membres risque ainsi de poser un problème de cohérence si le texte est adopté en l'état. Il paraît préférable d'élaborer un acte uniforme sur la loi applicable aux contrats internationaux, lequel prévoira un système complet et cohérent de règlement des divers contrats et de protection de la partie faible (*Sur l'opportunité d'un tel acte uniforme, v. supra, n° 90 s*).

L'article 144 est encore critiquable en ce qu'il ne définit pas quel lien un contrat international de consommation doit avoir avec l'espace OHADA pour déclencher son applicabilité spatiale. La directive dont il s'inspire prévoit pourtant un tel critère, l'existence de liens étroits du contrat avec l'espace communautaire. L'acte uniforme précise cependant le champ matériel de sa protection.

§2 - Domaine de la protection

135. Il faut distinguer les personnes protégées et les contrats objet de la protection.

136. Consommateurs protégés. L'application des règles protectrices du projet d'acte uniforme suppose que l'on soit en présence d'un contrat de consommation tel que défini à l'article 6 de ce texte. Il considère comme consommateur « la personne physique qui se procure, reçoit ou utilise un produit ou un service principalement pour son usage personnel, familial ou domestique ». Il fixe ainsi deux critères de la qualité de consommateur.

Cette qualité est d'abord reconnue à celui qui acquiert, reçoit ou utilise un bien ou un service. Par conséquent, la qualité peut exister indépendamment de tout lien contractuel, puisque le simple utilisateur est également visé. Une telle conception est large et inclut la victime d'un produit défectueux qui n'est pas liée au professionnel par un contrat (*V. art. 116 et s. du projet*). C'est donc à tort que l'acte uniforme s'intitule « projet d'acte uniforme sur le contrat de consommation » alors qu'il appréhende aussi la responsabilité du fait des produits défectueux qui n'est pas nécessairement contractuelle.

Le deuxième critère est que le bien ou service soit destiné à un usage personnel, familial ou domestique. Cette formulation restreint le champ de la protection et risque de la refuser à des personnes qui sont pourtant dans une situation de faiblesse. C'est pourquoi nombre de législations qualifient de consommateur celui qui conclut de tels contrats « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle » (*V. en ce sens, art. 6 al. 1, du règlement Rome I précité ; art. 15 règlement Bruxelles I ; art. 2 al. b) de la directive clauses abusives précitée*).

137. Absence de distinction entre consommateur passif et consommateur actif. L'article 144 du projet d'acte uniforme accorde sa protection au consommateur sans distinguer suivant qu'il est passif ou actif. Le consommateur est dit passif lorsque la conclusion du contrat a été précédée de démarches faites dans son lieu de résidence, pour l'inciter à conclure le contrat (publicité ou offre du professionnel dans ce pays, déplacement du professionnel dans ce pays pour recevoir la commande du consommateur, etc.). Cette absence de distinction est regrettable parce qu'on ne conçoit pas qu'un citoyen malien qui achète un bien au cours d'un séjour touristique à Paris s'attende à ce que le droit OHADA de la consommation s'applique en cas de litige. Dans la mesure où il est actif, il convient de faire jouer les règles normales de conflit de lois. Si l'OHADA retient la distinction entre consommateur actif et consommateur passif, cela ne pose pas un problème pour les contrats négociés ou conclus à distance, par exemple par internet. Le consommateur sera alors considéré comme passif dès lors que le professionnel dirige ses activités vers le pays de sa résidence habituelle (*V. O. Cachard, La régulation internationale du marché électronique, Paris, LGDJ, 2002, n° 106 s*).

138. Situations couvertes. Comme nous l'avons souligné, le projet d'acte uniforme prétend s'appliquer à « tout contrat de consommation » (art. 13). Ses règles sont

pourtant si larges qu'elles couvrent la responsabilité du fait des produits qui dépasse le champ des contrats. On peut ajouter enfin qu'il définit la notion de service comme « toute activité matérielle ou intellectuelle effectuée pour autrui, d'une manière indépendante » (*art. 2 du projet*). Également large, ce texte n'exclut pas, a priori, les services financiers.

Le projet reste donc assez imprécis sur la portée de la protection internationale qu'il veut assurer. Le projet relatif au droit du travail est en revanche plus précis.

Section 2 - Lois de police en matière de travail

139. Il est certain que les ensembles sous-régionaux superposés à l'OHADA (*UEMOA, CEMAC...*) consacrent un principe de libre circulation des personnes dans leurs espaces communautaires respectifs. Cette liberté va faciliter la libre circulation des entreprises (*V. M. Nchan-kou Mouansie, La liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique, thèse, Cergy-Pontoise, 2009*) et des travailleurs dans l'espace OHADA. Elle sera accentuée par la volonté de l'OHADA d'encourager les investissements, intracommunautaires ou internationaux. On peut donc s'attendre à une multiplication croissante du nombre d'entreprises qui, établies dans un État partie, affectent du personnel à l'étranger dans un autre État membre ou dans un État tiers. Il en sera de même de celles qui emploient la main-d'œuvre étrangère. Le résultat de cette internationalisation des relations de travail sera un développement des conflits de lois dans l'espace OHADA, phénomène devenu mondial (*V. not. X. Blanc-Jouvan, « L'internationalisation des rapports de travail », in Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. Lyon – Caen, Paris, Dalloz, 1989, p. 67 s*). De telles relations de travail relèveront de la loi désignée par la règle de conflit de chaque État partie lorsqu'elles seront extracommunautaires, mais elles seront impérativement soumises aux lois de police de l'OHADA, qu'il s'agisse de règles d'application immédiate (§1) ou de règles destinées à protéger le travailleur (§2). C'est en tout cas, ce qui ressort du projet d'acte uniforme relatif au droit du travail (*Sur ce texte, v. cette Encyclopédie, v. Projet AU droit du travail*).

§1 - Lois de police administratives

140. Identification. Les lois de police administratives en matière de travail sont d'application immédiate. Les parties ne peuvent pas y déroger, même dans un sens favorable au salarié, car elles évincent la règle de conflit quelle que soit la loi applicable au contrat de travail. Ce type de disposition peut être identifié à l'aide des critères généraux d'identification des lois de police administrative précédemment présentés (*Supra, n° 109 s*). Mais la doctrine propose d'autres critères supplémentaires en matière de travail. Selon ceux-ci, les dispositions qui

relèvent de l'ordre public intangible ou de l'organisation administrative du travail doivent être considérées comme des lois de police (*V. Ph. Coursier, Le conflit de lois en matière de contrat de travail (Étude en droit international privé français), Paris, L.G.D.J., 1993, n° 449 s, p. 198 s ; E. Moreau, Lois de police et contrat international de travail, thèse, Paris X, 1993, n° 53 ; G. Lyon – Caen, Les relations de travail internationales, Paris, éd. Liaisons, 1991, n° 107, p. 59-60*).

141. Illustrations dans le droit prospectif OHADA.

Pour l'heure, ces lois de police ne se rencontrent que dans le droit du travail propre à chaque État. L'adoption de l'avant-projet d'acte uniforme relatif au droit du travail (*Avant-projet d'Acte uniforme relatif au Droit du Travail (Douala final 4-24 novembre 2006), ci-après projet d'AUT*) changera sensiblement la situation en créant des lois de police communautaires. Plusieurs règles de cet avant-projet sont des lois de police. Il en est ainsi des règles dont la mise en œuvre suppose l'intervention d'une autorité publique comme l'inspecteur du travail, le médecin du travail ou le contrôleur technique du lieu où le travail s'exécute. C'est le cas des règles du titre VIII de l'avant-projet intitulé « Organismes et moyens d'exécution » (*V. en ce sens, sur cette qualification, Ph. Coursier, Jurisclasseur de droit international, Fasc. 573-10, V° Conflits de lois en droit du travail, éd. du Juris-Classeur, 2000, n° 60, p. 15 ; G. Orsoni, « Pour un droit public social », Droit social, 1986, p. 40*). La même impérativité internationale doit caractériser les règles qui fixent les normes de santé et de sécurité au travail, objet du titre IV intitulé « Santé et sécurité au travail ». L'impérativité de ces règles est renforcée par les sanctions pénales dont elles sont assorties. Sans prétendre à l'exhaustivité (*Pour une présentation très détaillée de ces règles, v. G. Ngoumtsia Anou, thèse préc., n° 337 s.*), on peut ajouter dans le même sens les règles relatives aux rapports collectifs de travail, notamment le droit de grève (*V. art. 242 s. du projet d'A.U.T. ; E. Pataut, « La grève dans les rapports internationaux de travail : questions de qualification », Droit social, 2005, p. 303 s. ; A. Lyon-Caen, « La grève en droit international privé », R.C.D.I.P., 1977, p. 271 s*).

142. Critère d'applicabilité spatiale. Ces lois de police seront ainsi applicables à tout travail exécuté sur le territoire d'un État partie. L'article 15 § 2 du projet prévoit en ce sens que : « Quels que soient le lieu de la conclusion du contrat et la résidence de l'une ou l'autre partie, tout contrat de travail conclu pour être exécuté dans un État partie est soumis aux dispositions du présent acte uniforme ».

§2 - Lois de police de protection du travailleur

143. Admission de l'autonomie in favorem. Le droit du travail vise aussi à protéger le travailleur. Cette poli-

tique se traduit concrètement dans l'avant-projet d'AUT par l'existence de dispositions auxquelles il est possible de déroger dans l'intérêt du travailleur. L'article 295 paragraphe 2 relatif aux clauses favorables prévoit à cet effet que : « les dispositions contenues dans les contrats individuels en cours qui ne sont pas contraires au présent Acte uniforme, aux conventions et accords collectifs et celles *plus favorables aux travailleurs* sont maintenues ». Dans les contrats internationaux de travail, cet esprit de faveur au travailleur conduit à admettre que la loi choisie par les parties soit applicable lorsqu'elle a des dispositions protectrices plus favorables au salarié que celles du droit OHADA, loi du lieu d'exécution du travail. On rejoint ainsi l'idée d'autonomie *in favorem* déjà évoquée en matière de contrat de consommation (*Supra*, n° 133). C'est en ce sens que le droit comparé semble s'orienter (*V. par ex. art. 8 al. 1^{er} du règlement Rome I précité*).

144. Application de la solution. Pour retenir la loi la plus favorable au travailleur, il faut procéder à une comparaison entre les dispositions protectrices offertes par le droit OHADA du lieu d'exécution et celles de la loi choisie par les parties. Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation française illustre bien cette technique de comparaison : « la détermination du caractère plus favorable d'une loi doit résulter d'une appréciation globale des dispositions de cette loi ayant le même objet ou se rapportant à la même cause » (*Cass. soc.*, 12 novembre 2002, *Mme Briant c/Institut culturel autrichien*, *Droit social* 2003, p. 339, note M.-A. Moreau ; *RCDIP*, 2003, p. 446, note F. Jault ; *JDI*, 2004, p. 131, note S. Dion).

145. Le droit matériel OHADA comporte ainsi un ensemble de règles internationalement impératives qui appréhendent aussi bien les situations intracommunautaires que les situations extracommunautaires. Ces règles qui relèvent de la fonctionnalité des lois de police sont appelées à se développer à la faveur de l'unification du droit de la consommation, du droit du travail et probablement du droit de la concurrence dans l'espace OHADA. Elles forment, avec d'autres règles communes de nature indirecte, ce qu'il convient d'appeler le droit international privé communautaire de l'OHADA.

Titre II : Règles de nature indirecte

146. Les règles de l'OHADA qui ont une nature indirecte sont essentiellement celles relatives à la détermination du droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage (Chapitre 1) et celles qui consacrent un ordre public international (Chapitre 2). Le mécanisme de l'ordre public intervient en effet pour corriger le jeu normal de la règle de conflit, même si sa mise en œuvre en matière d'arbitrage répond à une autre préoccupation.

Chapitre 1 : Règles de détermination du droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage

147. La question de la détermination du droit applicable au litige arbitral se pose en des termes différents de ceux auxquels se trouve confronté un juge étatique. Contrairement à celui-ci, l'arbitre n'a pas de for et, en conséquence, n'est soumis à aucune règle de conflit prédéterminée. Dès lors, on peut se demander quelle loi l'arbitre doit appliquer au fond du litige arbitral. Peut-il, étant donné l'absence de for, appliquer des règles non étatiques ?

148. Évolution historique. La perception de la question et les solutions admises à cette fin sont largement tributaires de l'évolution des conceptions de l'arbitrage international. La conception dominante à une certaine époque considérait que l'arbitrage n'était que l'une des manières dont l'ordre juridique de l'État du siège entend rendre la justice (*E. Gaillard, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, coll. Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, n° 101, p. 154*). Les règles de rattachement de l'État du siège étaient ainsi impératives à l'égard des parties et des arbitres. On le voit dans une résolution ancienne de l'Institut de Droit International (*V. la résolution de l'Institut de Droit International adoptée lors de sa session d'Amsterdam de 1957, article 11. Ce texte prévoit que : « Les règles de rattachement en vigueur dans l'Etat du siège du tribunal arbitral doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige »*). D'après celle-ci, les parties peuvent choisir le droit applicable dans la mesure où les règles de rattachement de l'État du siège de l'arbitrage le permettent. En l'absence de choix des parties, les arbitres doivent se référer aux règles de rattachement de l'État du siège pour déterminer le droit applicable, ce qui limite leur liberté.

Une telle emprise étatique sur l'arbitrage a été très critiquée, dans un contexte de libéralisation croissante des règles du commerce international. Par ailleurs, le siège de l'arbitrage a parfois un caractère peu significatif, voire fortuit. Il en est ainsi lorsque le seul lien de la situation litigieuse avec l'État du siège est la tenue de l'arbitrage dans cet État. Un lien aussi lâche est inapte à justifier une emprise particulière des règles matérielles et des règles de rattachement de l'État du siège (*P. Lalive, « Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse », Rev. arb. 1976, p. 155-185, spéc. p. 170 s*).

149. Droit positif OHADA. On peut ainsi comprendre que les États membres de l'OHADA aient retenu des solutions qui reflètent les tendances libérales actuelles en la matière (*Sur la question, v. J.-M. Jacquet, « Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage OHADA », in : L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique,*

Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 101. ; O. Lando, « *The Law applicable to the merits of the dispute* », in Sarcevic (éd.), *Essays on international commercial arbitration*, London, 1989, p. 147s), dès lors que l'objectif qu'ils visent clairement est d'encourager les investissements et le recours à l'arbitrage.

Deux dispositions du droit OHADA sont consacrées à la détermination du droit applicable au fond du litige. Il s'agit de l'article 15 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage et de l'article 17 du règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (RACCJCA). La valeur juridique des deux textes n'est pas la même (*Sur la dualité des sources de l'arbitrage OHADA, v. cette encyclopédie, v. Arbitrage sous l'égide de la CCJA ; v. Arbitrage selon l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et v. AU Arbitrage*).

L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est élaboré sur la base de l'article 2 du traité et tient lieu de loi nationale de l'arbitrage dans chaque État partie. Il a vocation à s'appliquer à tout arbitrage dont le siège du tribunal arbitral se trouve dans un État partie (art. 1^{er} AUA). À ce titre, c'est un texte de nature « législative » (*Ph. Leboulanger, « Présentation générale des actes sur l'arbitrage », in : Ph. Fouchard (ss dir.), L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 63*) qui forme le droit commun de l'arbitrage dans chaque État membre.

Le règlement d'arbitrage de la CCJA quant à lui organise la procédure arbitrale devant le Centre régional d'arbitrage prévu par les articles 21 à 26 du traité. C'est donc un texte de valeur essentiellement « contractuelle ». Il n'est obligatoire que si les parties l'ont voulu, notamment si elles sont convenues de son application. Pareille convention découle de leur décision de soumettre leur différend à l'arbitrage institutionnel de la CCJA. Le RACCJCA est alors théoriquement incorporé dans leur convention d'arbitrage pour tenir lieu de loi des parties, selon le droit commun des contrats (*Ph. Leboulanger, op. cit., p. 63*).

Malgré cette différence entre les sources, les deux instruments retiennent des solutions proches caractérisées par leur libéralisme qui tient au rôle laissé à la volonté individuelle dans la détermination du droit applicable au fond du litige. Les parties et les arbitres ont ainsi la liberté de déterminer les règles applicables au fond du litige (Section 1), mais la portée exacte de cette liberté reste quelque peu incertaine (Section 2).

Section 1 - Liberté de choix des règles applicables

150. Les textes de l'OHADA reconnaissent aux parties la liberté de choix du droit applicable au fond du litige (§1). En l'absence d'un tel choix, cette liberté revient aux arbitres (§2), avec quelques nuances suivant qu'il s'agit de l'arbitrage de droit commun ou de l'arbitrage CCJA. Le présent volume est consacré aux actes uniformes, mais la connexité particulière des questions

recommande d'examiner le droit applicable aussi bien selon l'acte uniforme qu'au regard du RACCJCA.

§1 - Liberté de choix des parties

151. L'OHADA reconnaît la liberté de choix. On envisagera ce principe, ses justifications, sa nature et ses modalités.

152. Principe du choix. Aux termes de l'article 15 alinéa 1^{er} de l'AUA, le droit applicable au fond du litige est en principe celui que les parties ont choisi. Le texte dispose que : « Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou à défaut choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu le cas échéant des usages du commerce international ». L'article 17 du RACCJCA consacre la même prééminence de l'autonomie de la volonté dans l'arbitrage institutionnel de la CCJA : « les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige ». La volonté des parties apparaît ainsi comme le critère principal de détermination du droit applicable au fond du litige. Le choix lie les arbitres et ils ne sont pas autorisés à statuer en amiables compositeurs, lorsque les parties ont choisi le droit applicable (*CCJA, arrêt n° 028/2007 du 19 juillet 2007, Société Nestlé Sabel, www.ohada.com, Ohadata J-08-250*).

Le principe d'autonomie ainsi consacré constitue une solution presque universellement admise. Il est affirmé dans de nombreuses législations étatiques (*v. par ex. art. 1496 NCPC français ; art. 182 LDIP suisse ; art. 834 alinéa 1 Code de procédure civile italien ; § 1051 al. 1. Zivilprozessordnung allemand (ZPO, Rev arb. 1998, p. 441 et s.) ; art. 46 al. 1(a) Arbitration Act anglais du 17 juin 1996 (Rev arb. 1997, p. 93 et s.) ; art. 39 de la loi égyptienne du 21 avril 1994*), dans des règlements d'arbitrage de certains centres internationaux d'arbitrage (*par ex. Règlement d'arbitrage CNUDCI, article 33 ; Règlement CCI, article 17 alinéa 1 ; article 59 Règlement OMPI*) et dans de nombreuses conventions internationales (*par ex. Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international, article VII(1) ; Convention de Washington créant le CIRDI, article 42*).

153. Justifications du principe. Le principe d'autonomie se justifie par la nécessité de protéger les parties et d'assurer leur sécurité juridique. On estime en effet qu'en laissant aux parties la liberté de choix, elles choisiront certainement une loi dont la teneur correspond à leurs intérêts respectifs qui seront ainsi protégés. Par ce choix préalable, elles pourront également prévoir à l'avance quelles sont les conséquences juridiques attachées à leur contrat ou à leur situation juridique. Une telle prévisibilité des solutions garantit la sécurité juridique qui reste l'un des principaux objectifs de l'OHADA énoncé par le préambule du traité.

154. Nature du principe d'autonomie. L'unanimité quant à l'utilité du principe ne préjuge pas pour autant du débat sur sa nature. S'agit-il d'une règle de conflit de lois ou d'une règle matérielle de liberté internationale des contrats ?

155. Conception subjective. Un premier courant doctrinal considère que le principe d'autonomie n'est pas une règle de conflit neutre. Le critère de rattachement qu'il utilise est subjectif, c'est la volonté des parties. Celle-ci ne s'exprime qu'en faveur d'une loi dont le contenu matériel satisfait les intérêts des parties. Autrement dit, le choix est guidé par le résultat concret auquel l'application de ladite loi par l'arbitre peut aboutir. C'est là une préoccupation de justice matérielle étrangère aux règles de conflit classiques, lesquelles désignent une loi sans avoir égard à son contenu (*V. dans un sens voisin, J.-C. Pommier, « La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », Clunet, 1992, p. 5-43, spéc. p. 7*). Certains auteurs en déduisent que la loi d'autonomie est une règle matérielle de droit international privé des contrats, lorsque le contrat est soumis au juge étatique (*En ce sens, V. Heuzé, La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes, Paris, éd. GLN Joly, 1990, nos 257 s. ; F. Déby – Gérard, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Paris, 1973, nos 326 s., p. 255 s.*).

Sur le plan pratique, il en résulte que l'existence et la validité du contrat international dépendent de la seule volonté des parties et non d'un droit quelconque, étatique ou autre. La loi choisie par les parties ne « régit » pas leur contrat, mais est incorporée à celui-ci pour devenir une simple stipulation contractuelle parmi d'autres. Il y a ainsi « incorporation » (*H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », Mélanges Maury, t. I, p. 39 s., reproduit in Choix d'articles, p. 249 s.*) ou « contractualisation » (*J.-M. Jacquet, Principe d'autonomie et contrat international, Paris, Economica, 1983, p. 27*) de la loi choisie. La force obligatoire de la loi lui est conférée par les parties. Elles peuvent donc décider de ne soumettre leur contrat à aucune loi. Reprenant une idée déjà exprimée en doctrine (*P. Louis – Lucas, « L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé », Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Paris, Librairie Dalloz, 1939, p. 469 s, spéc. p. 481*), la Cour de cassation française a condamné l'idée du contrat sans loi et jugé que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État » (*Civ. 21 juin 1950, Comité de la Bourse d'Amsterdam et Mouren, R.C.D.I.P. 1950, p. 609, note Batiffol ; Dalloz 1951, p. 749, note Hamel ; Sirey, 1952. I. 1, note Niboyet ; JCP 1950. II. 5812, note J. Ph. Lévy ; GADIP, 5^e éd., 2006, no 22*).

156. Conception objective. Le second courant dit objectif considère le principe d'autonomie comme une

règle de conflit de lois ayant pour critère de rattachement la volonté (*J.-M. Jacquet, ouvr. préc., p. 190 s.*). La loi choisie par les parties s'applique avec la même autorité que si elle était désignée par un critère de rattachement objectif (*H. Batiffol, Aspects philosophiques du droit international privé, Paris, Dalloz, réédition présentée par Y. Lequette, 2002, no 38, p. 86*). La loi choisie peut ainsi annuler le contrat (*J. M. Jacquet, Principe d'autonomie et contrats internationaux, op. cit., no 299, p. 206. En ce sens, F. Déby – Gérard, ouvr. préc., no 328, p. 261 ; H. Batiffol et P. Lagarde, Traité de droit international privé, op. cit., tome II, no 591*).

157. Double dimension du principe dans le droit OHADA. L'esprit de faveur au libre développement de l'activité économique dans l'espace OHADA conduit à donner effet à la volonté des parties dans la mesure la plus large possible. Mais cette volonté ne saurait remettre en cause les lois de police communautaires ou les conceptions fondamentales de l'ordre juridique OHADA, garanties au titre de l'ordre public international. C'est là une manifestation de « la double dimension conflictuelle et substantielle » qu'on reconnaît actuellement au principe d'autonomie (*J.-M. Jacquet, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », Mélanges Gaudemet-Tallon, Paris, Dalloz, 2008, p. 728*). C'est en effet en ce sens que s'oriente la pratique arbitrale internationale (*Pour un rappel récent, V. Sentence CCI rendue dans l'affaire no 12045 en 2003, Clunet 2006, p. 1434 s., spéc. p. 1436*).

158. Modalités du choix. L'acte uniforme et le RAC-CJA ne prévoient aucune forme particulière d'expression du choix. Celui-ci peut être exprès et exprimé notamment dans la convention d'arbitrage ou dans un acte de mission établi au début du procès arbitral. Il peut aussi être tacite. Dans ce dernier cas, la pratique arbitrale internationale exige néanmoins que ce choix tacite soit certain. Une sentence de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale affirme ainsi que « s'il est généralement admis, en droit international privé comparé, qu'un accord explicite des parties n'est pas nécessaire quant au droit applicable, encore faut-il que l'accord de volontés soit certain » (*Sentence rendue dans l'affaire CCI no 12193 en 2004, Clunet 2007, p. 1277, note E. S. Romero*). La jurisprudence arbitrale considère également que la loi applicable à la procédure n'est pas nécessairement celle que les parties ont tacitement choisie pour régir le fond du litige (*V. par ex. sentence intermédiaire CCI no 4695 rendue en 1984, XI Yearb. Com. Arb. (1986), p. 149*). De même, la langue du contrat n'est pas un élément désignant de manière implicite le droit applicable (*V., en ce sens, sentence CCI no 2637 rendue en 1975, II Yearb. Com. Arb. (1977), p. 153*).

Dans tous les cas, lorsqu'un choix certain ne peut être identifié, il appartient aux arbitres de suppléer à la volonté des parties.

§2 - Liberté de choix supplétive des arbitres

159. À défaut de choix des parties, l'acte uniforme prescrit aux arbitres de trancher le fond du litige conformément aux règles de droit « choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu le cas échéant des usages du commerce international ». L'arbitre est donc libre d'appliquer directement des règles matérielles qu'il juge appropriées ou de les désigner de manière indirecte. Seule cette dernière voie indirecte est ouverte à l'arbitre qui siège dans l'arbitrage CCJA. L'article 17 du RACCJA dispose ainsi qu'en l'absence de choix des parties, « l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce ». Il convient donc d'envisager la voie directe (A) et la voie indirecte (B).

A - Voie directe

160. La méthode de la voie directe consiste, pour l'arbitre, à choisir les règles de droit applicables sans passer par le truchement d'une règle de conflit de lois. Cette faculté lui est reconnue parce qu'il ne rend la justice au nom d'aucun souverain dont il serait tenu d'appliquer les règles de conflit de lois. On présentera cette méthode avant d'en apprécier la valeur.

161. Variantes de la méthode. Le choix direct des règles applicables peut se faire de deux manières. Un premier procédé consiste à analyser les éléments de droit et de fait de la situation pour identifier directement le système étatique avec lequel elle présente les liens les plus étroits. Cette loi étatique sera directement appliquée. Pareille recherche des indices localisateurs peut cependant révéler que le contrat ne présente des attaches suffisantes avec aucun État, mais est réellement transnational et mérite d'être régi par les principes généraux du droit, les usages du commerce international, la *lex mercatoria* (Y. Derains, « *Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international* », *Trav. Com. fr. DIP 1984-1985, Paris, éd. du CNRS, 1987, p. 85, no 11*) ou une convention internationale de droit matériel uniforme (V. Ph. Kahn, « *Les Conventions internationales de droit uniforme devant les tribunaux arbitraux* », *Rev. dr. unif., 2000-1, p. 121 s*). Une sentence CCI en fournit une illustration : « Considérant dès lors qu'à défaut d'indices localisateurs, le litige n'est pas localisable dans un ordre étatique plutôt que dans un autre ; que sa solution ne peut être trouvée que dans l'ordre juridique international et qu'il doit, pour cette raison, être régi par des règles anationales, soient les principes généraux et les usages du commerce international, à l'exclusion de la loi propre de l'une ou de l'autre des parties » (*Sentence CCI rendue dans l'affaire no 5881 en 1989, inédite, partiellement reproduite par H. A. Grigera Naón, « Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration », R.C.A.D.I., tome 289 (2001), p. 235, note 248*). Cette approche ne semble pas fina-

lement plus aisée que le choix d'une règle de conflit (P. Meyer, *OHADA. Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, no 347, p. 206).

Une seconde variante du même procédé consiste à désigner une loi comme applicable en raison de son contenu jugé « approprié » et non plus en fonction des éléments localisateurs de la situation (Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec, 1996, no 1552, p. 889*). Le caractère approprié de la loi peut par exemple résider dans ce qu'elle est issue d'une tradition juridique appréciée, ou que l'arbitre la trouve moderne.

Il arrive également que l'arbitre décide de se référer directement, non pas à un droit étatique donné, mais à des règles issues d'une analyse comparative des droits nationaux des États avec lesquels la situation présente des liens.

162. Le deuxième procédé de la voie directe est plus radical en ce sens qu'il évite toute référence à un droit applicable. Il permet d'appliquer au fond les règles dégagées de l'interprétation du contrat, envisagé isolément ou interprété à la lumière des principes généraux du droit et des usages du commerce international (V. P. Lalive, « *Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse* », *Rev. arb. 1976, p. 155-185, spéc. p. 181*). On rejoint là une technique proche de l'article 17 du RACCJA suivant lequel l'arbitre tient compte, dans tous les cas, « des stipulations du contrat et des usages du commerce international ».

163. Appréciation. Le procédé de la voie directe ainsi présenté (*Pour des illustrations détaillées, v. G. Ngoumisa Anou, Droit OHADA et conflits de lois, op. cit., n° 172 s*) semble éviter l'étape de la règle de conflit, mais en réalité il conduit parfois à un retour de celle-ci. Lorsque l'arbitre recherche les indices localisateurs pour appliquer la loi du pays dans lequel le contrat « se localise » compte tenu de ses diverses attaches, on revient au même résultat que si on retenait une règle de conflit attribuant compétence, en l'absence de choix des parties, à la loi du pays avec lequel la situation présente les liens les plus étroits. La convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux retient ce critère qui était également celui de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (*art. 4*).

Ainsi, la technique conflictuelle n'est pas toujours absente de la voie directe. Ceci démontre qu'il sera parfois plus simple de choisir la voie indirecte plutôt que de prétendre à une voie directe qui ne serait qu'une version édulcorée de la technique conflictuelle.

B - Voie indirecte

164. La voie indirecte consiste à désigner le droit applicable par référence à une règle de conflit. L'ar-

ticle 17 du RACCJA exige cette technique, alors qu'elle reste facultative pour l'arbitre dans l'arbitrage de droit commun soumis à l'AUA. Mais quelle règle de conflit faut-il appliquer, lorsqu'on sait que l'arbitre n'a pas de for. Plusieurs solutions s'offrent à l'arbitre : le choix d'une règle de conflit unique, l'application cumulative de plusieurs règles de conflit, et enfin le recours aux principes généraux du droit international privé. Une combinaison de ces voies est toutefois possible.

165. Choix d'une règle de conflit unique. L'arbitre peut tout d'abord concevoir lui-même une règle de conflit qui prend en compte les besoins spécifiques du commerce international (*P. Lalive, art. préc., p. 179*). Mais il préférera souvent choisir une règle de conflit préexistante qu'il juge « appropriée ». Ce peut être parce que le critère de rattachement utilisé par la règle est largement répandu en droit international privé comparé (*En ce sens, H. Grigera Naón, « Problems of choice of law... », op. cit., p. 232*). Une règle de conflit peut encore être considérée comme appropriée en raison de ce qu'elle est contenue dans une convention d'unification des règles de conflit de lois et est, ainsi, admise par plusieurs États.

166. Application cumulative de plusieurs règles de conflit. Lorsque les règles de conflit des systèmes présentant des attaches avec une situation juridique désignent la même loi, l'arbitre peut appliquer cette loi sans choisir spécialement l'une des règles de conflit en présence. On dit qu'il fait une application cumulative de ces règles de conflit. La méthode réalise une certaine harmonie internationale des systèmes puisqu'elle permet l'application de la loi dont la compétence est acceptée par l'ensemble ou la plupart des systèmes en présence. La solution du litige peut alors plus facilement être acceptée par les parties (*V. Y. Derains, « L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige (A la lumière de l'expérience de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale) », Rev. arb. 1972, no 3, p. 99 s, spéc. p. 104*). Les applications de la technique ne manquent pas dans la jurisprudence arbitrale internationale (*par ex. Sentence CCI no 12193 (2004), J.D.I. 2007, p. 1276 s., spéc. p. 1278*).

167. Application des principes généraux du droit international privé. La troisième voie indirecte possible est l'application des principes généraux du droit international privé. Suivant cette méthode, l'arbitre détermine le droit applicable grâce aux principes généraux de conflit de lois issus d'une analyse comparative des divers systèmes de droit international privé. Il retient les principes de conflit de lois communs à ces systèmes ou largement partagés. Peu importe que les diverses règles de conflit de lois comparées soient d'origine nationale ou tirées d'une convention internationale d'unification des règles de conflit de lois.

Section 2 - Étendue de la liberté de choix

168. L'étendue de la liberté de choix peut s'apprécier à la fois du point de vue du type de règles que les parties ou les arbitres ont la faculté de choisir (§ 1) et quant au domaine de la loi choisie, autrement dit, des hypothèses soumises à ces règles désignées (§ 2).

§1 - Quant au type de règles susceptible d'être choisi

169. L'acte uniforme ne limite pas le type de règles pouvant faire l'objet du choix. Son article 15 dispose que les arbitres tranchent le litige selon « les règles de droit » applicables. Il n'emploie ni l'expression « droit », ni celle de « loi » qui renvoient à la législation d'un État. La référence expresse à la notion large de « règles de droit » s'entend aussi bien d'un droit étatique (A) que de règles de droit non étatiques (B). La solution est cependant plus nuancée dans l'arbitrage institutionnel CCJA qui ne paraît autoriser que le choix d'un droit étatique.

A - Règles étatiques

170. Lorsque les parties ou les arbitres veulent choisir une loi étatique, la question se pose de savoir s'ils peuvent désigner une loi neutre, associer les dispositions de plusieurs lois ou figer la loi choisie.

171. Possibilité de choix d'une loi neutre. À la différence des rares législations (*Pour une illustration, v. l'article 187 al. 1^{er} de la LDIP suisse, le § 1051 al. 2 du ZPO allemand*) qui exigent un lien entre la loi choisie et le contrat, l'acte uniforme et le RACCJA n'exigent pas que la loi choisie par les parties ou les arbitres ait une attache avec le contrat objet du litige. Le choix d'une loi neutre, c'est-à-dire étrangère à la situation, est donc permis.

172. Dépeçage du contrat. Le droit OHADA ne répond pas à la question de savoir si les parties peuvent choisir plusieurs lois dont chacune est applicable à un aspect de leur contrat. On peut considérer que la référence aux « règles de droit » et non au « droit » choisi, autorise un tel dépeçage. L'évolution en droit comparé montre d'ailleurs qu'une telle faculté est aussi admise pour les contrats soumis au juge (*V. en ce sens, l'article 3, alinéa 1^{er}, § 3 du règlement Rome I*).

173. Gel de la loi applicable. Les clauses de gel de la loi applicables ne sont pas non plus interdites dans le droit OHADA. Les parties peuvent arrêter leur choix sur le contenu matériel d'une loi à un moment donné. En pratique, cette technique présente un intérêt particulier dans les contrats d'État où la partie qui traite avec un État peut avoir intérêt à figer la loi étatique

choisie pour éviter que l'État n'use de son pouvoir unilatéral de légiférer pour modifier l'économie du contrat à son profit.

Qu'il y ait choix d'une loi neutre, dépeçage ou gel de la loi applicable, aucune de ces techniques ne saurait servir à contourner les règles impératives de l'OHADA, notamment ses lois de police qui régissent impérativement la situation lorsque le lien minimal requis avec l'espace OHADA est caractérisé. Ces règles sont sanctionnées sous le label de l'ordre public international de l'OHADA puisque c'est à travers ce mécanisme que l'arbitre assure le respect de ce type de normes et des valeurs fondamentales des systèmes juridiques « intéressés » à une situation.

B - Règles non étatiques

174. Il n'entre pas dans l'objet restreint de ce travail de revisiter le débat doctrinal sur l'existence, la teneur et l'autonomie des règles de droit non étatiques. C'est une question qui a donné lieu à des multiples travaux bien connus (V., dans une littérature très abondante, O. Lando, « *Choice of lex mercatoria* », *Mélanges H. Gaude-met-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 747 s. ; C. Pamboukis, « *La lex mercatoria reconsidérée* », *Mél. P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 635 s. ; Gbenda Bamodu, « *Exploring the interrelationship of transnational commercial law "the New lex mercatoria" and international commercial arbitration* », *African Journal of international and comparative law/Revue africaine de droit international et comparé*, 1998, p. 31 s). On se contentera donc de déterminer dans quelle mesure les règles non étatiques peuvent être choisies dans l'arbitrage OHADA. À cet égard on distinguera l'arbitrage de droit commun soumis à l'AUA et l'arbitrage institutionnel de la CCJA.

175. Possibilité de choix dans l'arbitrage de droit commun. Tel qu'il est formulé, l'article 15 de l'AUA laisse la possibilité de choisir des règles non étatiques. On sait qu'il ne se réfère ni au « droit », ni à la « loi » applicable. L'expression large « règles de droit » autorise donc le choix de règles non étatiques telles que celles issues des conventions internationales, des principes généraux du droit ou de la *lex mercatoria* (P. Meyer, in : *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, *Jurisclope*, éd. 2008, p. 138 ; OHADA, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., no 342 ; P. G. Pougoué et al., *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Yaoundé, Presses universitaires d'Afrique, 2000, p. 125 ; J.-M. Jacquet, « *Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage OHADA* », in : *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, op. cit., p. 103).

176. Impossibilité apparente dans l'arbitrage CCJA. La question se pose surtout à propos de l'arbitrage institutionnel de la CCJA. L'article 17 du RACCJA dispose qu'« à défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle

du conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce ». Le sens littéral du texte exclut que l'arbitre puisse choisir un droit non étatique comme la *lex mercatoria*. Il fait obligation à l'arbitre d'appliquer « la loi », c'est-à-dire une législation étatique. Dès lors que l'arbitre est tenu d'appliquer des normes désignées par une règle de conflit de lois, la solution ne pouvait être différente. La règle de conflit utilise des critères de rattachement pour « localiser » une situation, en d'autres termes, la rattacher à un système étatique donné : loi du lieu d'exécution de la prestation caractéristique du contrat, loi du lieu du principal établissement des parties ou de l'une d'entre elles, loi du pays avec lequel la situation présente les liens les plus étroits... Cette localisation vise un espace étatique précis et ne peut conduire à la compétence de la *lex mercatoria* qui est un droit transnational et non le droit d'un espace territorial particulier. Les auteurs de la loi-type de la CNUDCI dont s'inspire l'article 17 du règlement rappellent d'ailleurs que cette solution est destinée à limiter le pouvoir des arbitres pour les obliger à appliquer une « loi nationale » (V. point 35 in fine de la Note explicative du Secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international). La doctrine a pu conclure à juste titre que dans l'arbitrage institutionnel de la CCJA, l'arbitre ne peut choisir qu'une loi étatique (En ce sens, Pougoué et al., op. cit., p. 125 ; J.-M. Jacquet, « *Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage OHADA* », op. cit., p. 103 ; F. M. Sawadogo, « *Le droit OHADA de l'arbitrage. Principes essentiels et perspectives d'application* », in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 977, note 50. V. cependant, pour une position nuancée, P. Meyer, OHADA, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., no 76, 77 et 342).

177. Inadéquation de la dualité de régimes. Ce choix du législateur OHADA ne convainc pas. Il semble qu'il a été motivé par la volonté d'éviter l'emploi de la *lex mercatoria* dont le contenu n'est pas précis. On ne comprend pas pourtant pourquoi le législateur OHADA peut estimer que le contenu de la *lex mercatoria* est imprécis lorsqu'il doit être choisi par l'arbitre, tandis que la même difficulté ne le préoccuperait plus lorsque le choix de la *lex mercatoria* a été fait par les parties. L'article 17 prévoit que les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond. Rien ne les empêche de choisir un droit non étatique. Pourquoi les arbitres seraient-ils aptes à appliquer le droit non étatique dans cette hypothèse et non dans celle où ils choisissent eux-mêmes le droit étatique ? Certains auteurs affirment que ce type de limitation vise à protéger les parties contre l'arbitraire du tribunal arbitral qui ne devrait pas appliquer les règles non étatiques sans l'accord des parties (J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit Comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant ; Paris, L.G.D.J. ; Zurich-Bâle-Genève, Schulthess, 2002, no 685, p. 616, et les auteurs cités par eux, p. 616, note 50.). L'argument n'est pas pertinent dans l'espace

OHADA, car on ne voit pas en quoi les parties qui ne font pas de choix de droit applicable dans l'arbitrage institutionnel de la CCJA auraient besoin de protection alors que cette protection ne serait plus nécessaire si elles avaient choisi l'arbitrage de droit commun pour lequel l'article 15 de l'AUA laisse une liberté complète aux arbitres dans le choix du droit applicable. Pareille dualité de régime n'est pas justifiée.

La formule de l'article 17 du RACCJA a suscité des difficultés dans l'arbitrage CCI. L'ancien article 13 alinéa 3 du Règlement d'arbitrage de la CCI disposait, comme l'article 17 du RACCJA, qu'en l'absence de choix des parties, l'arbitre doit appliquer « la loi désignée par la règle de conflit » qu'il juge appropriée. Un commentateur avisé de ce texte avait souligné que malgré la limitation apparente, rien n'empêchait que les arbitres choisissent un droit non étatique comme la *lex mercatoria* (F. Eismann, « Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale », *Droit et pratique du commerce international*, 1975, p. 355 s). Les considérations pragmatiques liées à la recherche des meilleures solutions ont conduit les arbitres à s'écarter de ce texte pour désigner le droit applicable par la voie directe (H. A. Grigera Naón, *RCADI, op. cit.*, p. 212. *En ce sens*, J.-F. Poudret et S. Besson, *op. cit.*, no 699, p. 637. *Pour des exemples de sentences appliquant directement la lex mercatoria sur la base de l'ancien article 13.3 du Règlement CCI qui prescrivait pourtant de retenir la loi choisie par la règle de conflit appropriée, sentence Primary – Coal c/Compania Valenciana rendue en 1988, Rev. arb.* 1990, p. 701 ; *sentence CCI no 5065, J.D.I.* 1987, p. 1039. *Contra, voir sentence CCI 4650, Yearbook of Commercial Arbitration 1987, p. 111 ; sentence CCI 6506, J.D.I.* 1992, p. 1015). Le règlement CCI a alors été révisé et son article 17 actuel prévoit qu'à défaut de choix des parties, « l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées » (art. 17(1) *Règlement CCI entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998*).

Il paraît ainsi préférable de réviser l'article 17 du RACCJA pour supprimer cette limitation qui ne repose sur aucune explication convaincante.

§2 - Quant au domaine des règles désignées

178. Sur les hypothèses auxquelles la liberté de choix de la loi applicable s'applique, plusieurs préoccupations se présentent : cette faculté concerne-t-elle à la fois l'arbitrage interne et l'arbitrage international ? (A) Est-elle admise en dehors de la matière contractuelle ? (2) Évince-t-elle le jeu des usages du commerce ? (B).

A - Nécessaire distinction entre arbitrage interne et arbitrage international

179. Le problème envisagé a divisé la doctrine avant que la CCJA ne se prononce en faveur d'une distinc-

tion entre arbitrage interne et arbitrage international, distinction pleinement justifiée.

180. Débat doctrinal. La question de savoir s'il faut distinguer entre arbitrage interne et arbitrage international n'est pas propre à l'espace OHADA (V. not. P. Mayer, « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? » *Rev. arb.*, 2005, p. 361 s ; Ph. Fouchard, « La spécificité de l'arbitrage international » *Rev. arb.*, 1981, p. 467 s). Elle présente cependant une certaine spécificité dans l'espace OHADA, due à la rédaction formelle de ses textes.

L'article 15 de l'AUA et l'article 17 du RACCJA prévoient les critères de détermination du droit applicable au fond du litige, sans préciser si cette faculté est réservée aux situations internationales ou si un tel choix est possible dans un arbitrage interne. Pour déterminer le champ d'application de l'article 15 AUA, il faut alors se référer à l'article 1^{er} du même acte. Il prévoit que le texte a vocation à s'appliquer à tout arbitrage dont le siège du tribunal arbitral se trouve sur le territoire d'un État partie. Il ne ferait aucune distinction apparente entre arbitrage interne et arbitrage international. On peut en dire autant de l'arbitrage CCJA dont le champ d'application spatial est défini à l'article 22 du traité OHADA. La volonté des parties et des liens déterminés de leur contrat avec l'espace OHADA déclenchent l'application des règles de cet arbitrage spécifique. Là aussi, il n'y aurait aucune distinction.

Certains auteurs tirent comme conséquence logique de ces formulations imprécises, l'absence de distinction entre arbitrage international et arbitrage interne dans l'espace OHADA (P.-G. Pougoué et al., *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, op. cit.*, p. 25). Ils expliquent cette solution par la nécessité de ne pas permettre aux États de faire jouer leur ordre public interne dans les arbitrages internationaux (*Ibid.*, p. 26).

À ces arguments s'ajoutent des considérations de philosophie du droit OHADA. Pour encourager le « recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels » comme le souhaite le préambule du traité, il faut supprimer du droit OHADA de l'arbitrage toutes les entraves nationalistes. Ces normes alors libérales et attractives faciliteront le développement d'une pratique locale de l'arbitrage et encourageront les opérateurs du commerce international à localiser un grand nombre d'arbitrages dans l'espace OHADA (Ph. Fouchard, « Rapport de synthèse », *colloque de Yaoundé, in : L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 244 s*). Ce besoin justifierait une assimilation entre arbitrage interne et arbitrage international, y compris quant au choix de la loi applicable au fond du litige.

Mais un deuxième courant doctrinal observe qu'un litige interne ne suscite pas un conflit de lois et ne pose, par conséquent, aucun problème de droit applicable. Les articles 15 de l'AUA et 17 du RACCJA seraient donc applicables dans les seuls litiges internationaux (P. Meyer;

in OHADA. Actes uniformes annotés et commentés, éd. 2008, V^o Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, commentaire de l'article 15 ; F. M. Sawadogo, « Le droit OHADA de l'arbitrage. Principes essentiels et perspectives d'application », in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Y. GUYON*, Paris, Dalloz, 2003, p. 977 ; J.-M. Jacquet, « Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage OHADA », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, ouvrage préc.*, p. 197). La distinction serait même implicite dans l'article 15 AUA selon lequel les arbitres tiennent compte « le cas échéant » des usages du commerce international. Cette prise en compte aurait lieu lorsque le litige a un caractère à la fois commercial et international, ce qui exclut les litiges internes dans ce dernier cas.

181. Consécration de la distinction. Les deux thèses évoquées paraissent quelque peu excessives. D'une part, la possibilité de choisir le droit applicable dans un litige purement interne est de plus en plus admise en droit comparé malgré l'absence de conflit de lois dans ce cas (*v. à titre illustratif, art. 3 al. 3 du règlement Rome I*). Il n'est donc pas surprenant que le législateur OHADA consacre un tel choix dans les arbitrages internes. Il est, en revanche, tout aussi excessif de considérer que le choix de la loi applicable dans un arbitrage interne conduira à évincer l'ordre public interne de l'OHADA de telle sorte que seul l'ordre public international sera vérifié dans les arbitrages internes. Cette vision ne correspond pas à l'état du droit positif OHADA qui prévoit des règles d'ordre public interne distinctes de son ordre public international (*V. infra, n° 196*). L'essentiel du droit OHADA des sociétés forme des règles d'ordre public interne de l'OHADA, mais elles ne s'imposent pas nécessairement dans l'ordre international de l'OHADA.

Dans arrêt *Sonapra*, la CCJA a ainsi jugé à bon droit que « ledit litige, qui oppose deux sociétés de droit béninois relativement au *commerce interne*, relève de *l'arbitrage interne* ; ... dès lors, c'est à tort qu'est invoquée la violation de *l'ordre public international* comme moyen d'annulation de la sentence rendue dans un tel arbitrage » (*CCJA, arrêt n° 045/2008, 17 juill. 2008, Sonapra, Rec. CCJA, n° 12, 2008, p. 66*). La Cour révèle ainsi que certaines normes de l'OHADA s'appliquent à l'arbitrage interne tandis que d'autres sont réservées à l'arbitrage international, notamment la référence à l'ordre public international (*V. en ce sens, P. Meyer, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'acte uniforme », Rev. Arb. 2010, p. 467 s., spéc. p. 488*). Si elle avait admis la solution contraire, il suffirait pour les parties désireuses d'échapper aux règles impératives internes de l'OHADA, d'insérer une clause compromissaire dans leur contrat. L'arbitre n'étant garant que de l'ordre public international, les règles d'ordre public interne communautaires seraient écartées. C'est un pan considérable du droit impératif de l'OHADA qui serait ainsi transformé en *soft law*, applicable « si les parties l'ont voulu » !

B - Possibilité de choix de la loi applicable dans les matières non contractuelles

182. L'article 15 de l'AUA et l'article 17 du RACCJA traitent du droit applicable au « fond du litige ». Mais que faut-il entendre par fond du litige ?

183. Arbitrage CCJA. Dans l'arbitrage CCJA, le fond du litige se réfère aux obligations contractuelles. L'article 21 du traité qui en est le texte fondateur dispose expressément que « toute partie à un contrat [...] peut soumettre un *différend d'ordre contractuel* à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre [arbitrage CCJA] ». La loi choisie par les parties ou les arbitres régit donc les seules obligations contractuelles (*V. aussi cette Encyclopédie, v. Arbitrabilité*).

184. Arbitrage de droit commun. La solution semble nuancée dans l'acte uniforme. Le préambule du traité mentionne la volonté des États membres de « promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des *différends contractuels* ». Sur cette base, on a pu affirmer que les litiges arbitrables sont les différends contractuels, qu'ils soient soumis à l'arbitrage de droit commun ou à l'arbitrage spécial de la CCJA (*J.-M. Tchakoua, « L'arbitrabilité des différends dans l'espace OHADA », Recueil Penant, n° 835, 2001, p. 5-29, spéc. p. 11*). Les textes ne semblent pas pourtant aussi restrictifs. Bien que l'article 15 de l'AUA ne précise pas la notion de fond du litige, l'article 2 de cet acte se réfère implicitement à cette question. Il prévoit que toute personne « peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition ». Toute matière pour laquelle les parties ont la libre disposition de leurs droits peut donc donner lieu à l'arbitrage et constituer ainsi le « fond du litige ». Par suite, les parties ou les arbitres peuvent choisir le droit applicable à ces questions. Le contrat est la matière disponible par excellence, mais il n'en est pas la seule. Les obligations extracontractuelles nées d'un délit, d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat en font partie (*V. C. Reymond, « conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle devant l'arbitre international », Trav. Com. fr. DIP 1988–1989, p. 97 s ; v. aussi, favorable à l'application de la loi du contrat aux questions délictuelles, Y. Derains, « Le choix du droit applicable au contrat et l'arbitrage international », Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1995, vol. VI/n° 1, spéc. p. 17*). Le droit international privé contemporain admet que les parties puissent, à certaines conditions, choisir la loi applicable à une obligation non contractuelle (*A titre illustratif, v. l'article 14 du Règlement CE no 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JOUE L 199 du 31 juillet 2007, p. 40 s*). Elles peuvent également, par un accord procédural, écarter la loi normalement compétente en matière non contractuelle (*Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles–Sommières, Droit international privé, 9^e éd.,*

2007, no 242 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Paris, Domat Montchrestien, 9^e éd., 2007, no 147). Cette solution s'explique par l'influence grandissante de la volonté individuelle sur les conflits de lois (V. D. Bureau, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in : *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF ; Dalloz ; éd. du *Juris-Classeur*, 1999, p. 285-305, spéc. p. 298 s, n° 20).

Si cette solution est admise devant le juge, il y a encore de plus fortes raisons de l'admettre devant l'arbitre qui a plus de liberté sous réserve du jeu des lois de police et de l'ordre public. Quoiqu'il en soit, il n'est pas conforme à la lettre du droit OHADA d'exclure l'arbitrage des questions non contractuelles alors que l'acte uniforme parle de toute matière disponible sans distinction. L'expression vise d'une manière générale les matières patrimoniales.

En revanche, certaines questions auxquelles les arbitres peuvent être confrontés dans l'accomplissement de leur mission ne relèvent pas de la loi choisie (par ex. capacité, pouvoir de représentation). Ces questions ne relèvent pas de matières disponibles.

Quel que soit le domaine assigné à la loi choisie, il faudra parfois tenir compte des usages du commerce.

C - Nécessaire prise en compte des usages du commerce.

185. Dans l'arbitrage selon l'acte uniforme, le champ du droit choisi par les parties peut être affecté par le jeu des usages du commerce. Selon l'article 15, les arbitres tiennent compte le « cas échéant » des usages du commerce. C'est dire que la prise en compte des usages a lieu en présence d'un arbitrage commercial et international (P. Meyer, in : *Traité et actes uniformes annotés et commentés*, éd. 2008, op. cit., p. 138). On voit là encore une lacune de l'acte uniforme qui prescrit à l'arbitre de distinguer un arbitrage international, sans définir les critères de cette internationalité.

186. En revanche, l'arbitre qui siège dans l'arbitrage institutionnel de la CCJA doit tenir compte « dans tous les cas » des usages du commerce. L'expression « dans tous les cas » signifie que cette prise en compte se fait même dans les hypothèses où les parties ont choisi le droit applicable à leur différend. La CCJA l'a admis en précisant au passage que l'arbitre qui prend en compte les usages du commerce ne viole pas son obligation de statuer en droit (CCJA, arrêt n° 029/2007 du 19 juillet 2007, *Société Ivoirienne de Raffinage dite SIR SA*, www.obada.com, Obadata.J-08-241).

187. Les règles de détermination du droit applicable sont ainsi basées sur la volonté individuelle comme la plupart des législations modernes. Si ces règles aboutissent à des sentences contraires à l'ordre public de l'OHADA, leur efficacité risque d'être remise en cause.

Chapitre 2 : Ordre public international communautaire

188. Définition de l'ordre public. L'ordre public se définit comme un « ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée (...) mais aussi des lois étrangères et des actes des autorités étrangères (...) » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8^e éd., 2007, Vo ordre public). Cette définition générale englobe l'ordre public interne et l'ordre public international, tous consacrés dans l'ordre juridique OHADA.

189. Ordre public international de l'OHADA. Les textes de l'OHADA relatifs à l'arbitrage affirment l'existence d'un ordre public international des États parties capable de faire obstacle à la reconnaissance ou à l'exécution d'une sentence arbitrale (Article 26 points 5 et 31 paragraphe 4 de l'AUA ; article 25 paragraphe 3, 4o du traité ; article 30.6 RACCJA, auquel renvoie également l'article 29.2). C'est sans doute la raison pour laquelle la doctrine a étudié cette notion sous l'angle réducteur de l'arbitrage (E. Assepo Assi, « L'ordre public international dans l'acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage », *Rev. arb.*, no 4, 2007, p. 753 s. ; S. I. Bebohi Ebongo, « L'ordre public international des États parties à l'OHADA », *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, no 34, 2006, p. 3 s. ; G. Kenfack Douajni, « La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA », *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, no 29, 2005, p. 3 s). Il s'agit pourtant d'un mécanisme général du système juridique OHADA dont les applications en matière d'arbitrage ne constituent qu'une illustration (Section 1). C'est encore à la lumière des valeurs du droit OHADA qu'il convient d'apprécier sa fonctionnalité (Section 2).

Section 1 - Notion de l'ordre public international de l'OHADA

190. Pour appréhender la notion de l'ordre public international des États parties, il faut d'abord comprendre qu'il s'agit d'un ordre public au sens du droit international privé (§1), puis évaluer quelle est l'incidence de son émergence à un échelon non pas national, mais régional (§2).

§1 - Caractère international de l'ordre public international de l'OHADA

191. Le caractère international de l'ordre public international de l'OHADA signifie qu'il s'agit d'un ordre public au sens du droit international privé (A). De ce fait, il se distingue de certains mécanismes voisins de l'ordre

juridique OHADA qui interviennent dans les rapports internes ou internationaux (B).

A - Signification : un ordre public au sens du droit international privé

192. Conception : référence aux rapports extracommunautaires. La référence à l'ordre public « international » des États parties traduit l'idée qu'il s'agit d'un ordre public au sens du droit international privé (V., dans *une littérature abondante*, P. de Vareilles-Sommières, « *L'exception d'ordre public international* », *Cours Académie de droit international de La Haye, session de juillet 2009, à paraître*). Autrement dit, c'est un ordre public qui n'opère qu'en présence d'une situation juridique internationale. Rappelons que compte tenu de la redéfinition de l'internationalité suscitée par l'existence de l'ordre juridique régional de l'OHADA, une situation sera considérée comme réellement internationale si elle présente un élément d'extranéité, c'est-à-dire un point de contact avec un pays tiers par rapport à l'OHADA (Cf. *supra*, n° 64). Il en est ainsi par exemple d'un contrat de commission conclu entre deux parties dont l'une est établie dans un État membre et l'autre dans un État tiers.

193. Applications en matière de conflits de lois. Dans sa mise en œuvre, l'exception d'ordre public international de l'OHADA peut d'abord intervenir en matière de conflit de lois. Le fait que la révélation de son existence se soit faite dans les textes relatifs à l'arbitrage est sans intérêt, car chaque ordre juridique a ses valeurs propres sur lesquelles il repose, indépendamment du rappel qu'un texte peut en faire. En matière de conflit de lois, l'ordre public international de l'OHADA permettra d'écarter dans chaque État partie la loi normalement compétente au regard de ses règles de conflit de lois, chaque fois que l'application de cette loi aboutirait à un résultat choquant au regard des valeurs admises dans l'espace OHADA (*Sur ces valeurs, infra*, n° 208 s). Bien qu'il s'agisse de règles de conflit de lois nationales et non de règles de conflit communautaires, cette application se justifie par le fait que le droit OHADA devient dès son adoption la loi interne de chaque État partie. Ses valeurs sont ainsi intégrées aux valeurs nationales qu'il faut prendre en compte dans l'appréciation de l'ordre public dans chaque système national. Il faut néanmoins que l'on soit en présence d'une matière qui fait l'objet d'un acte uniforme de l'OHADA. Un exemple permet d'illustrer ce type de situations. Un contrat de vente est conclu entre un commerçant établi au Cameroun et un commerçant établi à Montréal au Québec. Une clause du contrat soumet la vente à la loi québécoise. Le juge camerounais est saisi d'une demande de réparation fondée sur l'inexécution du contrat par l'une des parties. Il doit appliquer la loi québécoise et non le droit OHADA de la vente commerciale. Peut-il prononcer, outre la réparation du préjudice, les dommages et inté-

rêts punitifs autorisés par l'article 1621 du code civil du Québec, alors que le droit OHADA n'admet que les dommages et intérêts compensatoires ?

L'ancien article 264 de l'AUDCG prévoyait que « les dommages et intérêts pour un manquement au contrat commis par une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie ». L'article 281 alinéa 4 nouveau se réfère à la même distinction classique entre la perte subie et le gain manqué. L'OHADA connaît donc le principe de la réparation intégrale du préjudice qui veut qu'on répare tout le préjudice et rien que le préjudice, notamment le gain manqué ou la perte subie. Faut-il considérer que ce principe de réparation intégrale est si fondamental pour l'ordre juridique OHADA qu'il justifie que le juge écarte la loi québécoise compétente en tant qu'elle serait contraire à l'ordre public international de l'OHADA ? On considérerait alors que l'octroi de dommages et intérêts non compensatoires destinés à « punir » l'auteur de la faute contractuelle est contraire aux conceptions fondamentales de l'OHADA. La CCJA ne s'est pas encore prononcée sur ce point. Les solutions sont variées en droit comparé. Certains systèmes admettent l'octroi de dommages et intérêts punitifs (Royaume-Uni, Irlande, Chypre, Québec...). D'autres les admettent à la condition qu'ils ne soient pas excessifs. C'est le cas de la France dont la Cour de cassation a jugé que « si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur » (Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, pourvoi n° 09-13.303, *société Fontaine Pajot et société Allianz-IARD*). Reste à savoir à partir de quel seuil les dommages et intérêts punitifs peuvent être considérés comme excessifs.

194. Applications en matière de conflits de juridictions. L'exception d'ordre public international de l'OHADA peut également jouer lorsqu'il s'agit d'apprécier la régularité internationale d'un jugement étranger ou d'une sentence arbitrale. Dans ces cas, une décision juridictionnelle ou arbitrale a déjà été rendue et il s'agit de lui accorder une certaine efficacité à travers sa reconnaissance ou son exécution. Le juge d'un État partie peut toujours refuser de reconnaître ou d'accorder l'exequatur à un jugement étranger qui viole les valeurs fondamentales de l'ordre juridique OHADA. En matière d'arbitrage, l'ordre public international de l'OHADA peut faire obstacle à la reconnaissance ou à l'exécution d'une sentence rendue dans un arbitrage international au sens de l'OHADA, c'est-à-dire d'un arbitrage qui porte sur un litige international. Ainsi, la sentence rendue dans l'arbitrage d'un litige contractuel sénégalocamerounais ne peut donner lieu au jeu de l'ordre public international OHADA, car une telle situation juridique reste interne à l'espace OHADA et n'est pas internationale. La CCJA l'a rappelé dans l'arrêt *Sonapra* (CCJA, arrêt

n° 045/2008, 17 juill. 2008, Sonapra, préc., Rec. CCJA, n° 12, 2008, p. 66).

B - Distinction des mécanismes voisins

195. Ainsi conçue l'exception d'ordre public international de l'OHADA ne doit pas être confondue avec son ordre public interne, ses lois de polices communautaires et le principe de primauté du droit OHADA.

196. Ordre public international et ordre public interne de l'OHADA. Parfois désigné par l'expression « lois d'ordre public », l'ordre public interne désigne les règles auxquelles on ne peut déroger par convention. Il opère dans les rapports internes. Dans le cas de l'OHADA, son ordre public interne est constitué par toutes les règles communes impératives auxquelles on ne peut déroger. Elles s'appliquent à tout rapport interne à l'espace OHADA. C'est le cas des situations juridiques qui ne présentent des attaches qu'avec un ou plusieurs États parties. Ce sont les rapports internes ou intracommunautaires.

Les règles d'ordre public interne de l'OHADA sont nombreuses et peuvent relever de l'ordre public de direction ou de l'ordre public de protection (*Sur cette distinction, v. Voir F. Terre, « Rapport introductif », in : L'ordre public à la fin du xx^e siècle, Paris, Dalloz, 1996, p. 8. V. aussi G. Karydis, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », Rev. trim. dr. eur., no 1, 2002, p. 1 s).* L'article 134 de l'AUDCG (ex-art 102) énumère un ensemble de dispositions de cet acte qui sont d'ordre public et la CCJA a réaffirmé ce caractère d'ordre public (CCJA, arrêt n° 030/2007 du 22 nov. 2007, S.C.I. Golfe de Guinée, *www.obada.com, Obadata J-08-247*). Il en est de même des articles 275 à 280 du même acte uniforme relatifs à la prescription en matière de vente commerciale, et dont l'article 281 affirme le caractère d'ordre public. C'est aussi le cas du droit OHADA des sociétés qui est essentiellement d'ordre public comme le prévoit l'article 2 de l'AUSC.

L'ordre public international de l'OHADA en revanche n'interviendra que dans les rapports internationaux, pour écarter une loi étrangère ou un acte étranger. Les conditions de sa mise en œuvre sont plus strictes, de sorte que son jeu est finalement exceptionnel. Il a ainsi un contenu plus étroit que l'ordre public interne. On peut ainsi affirmer que tout ce qui est d'ordre public international dans l'espace OHADA fait également partie de l'ordre public interne, mais ce qui est d'ordre public interne ne l'est pas nécessairement dans l'ordre public international de l'OHADA.

Il résulte de cette distinction que les règles d'ordre public interne de l'OHADA s'appliqueront aux rapports internes et intracommunautaires et l'exception d'ordre public international aux rapports extracommunautaires. Le choix du droit applicable dans un contrat interne

ou intracommunautaire ne pourra donc permettre aux parties d'échapper aux règles d'ordre public interne de l'OHADA (*Voir en ce sens, P. Meyer, OHADA. Droit de l'arbitrage, op. cit., p. 256 s. Voir dans le même sens, article 3 alinéa 4 du règlement Rome I précité*).

197. Ordre public international et lois de police communautaires de l'OHADA. L'ordre public international de l'OHADA se distingue des lois de police communautaires (*Sur la distinction entre ordre public et lois de police, v. B. Rémy, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, Paris, Dalloz, 2008 ; O. Nord, Ordre public et lois de police en droit international privé, thèse, Strasbourg 3, 2003*). Celles-ci dérogent à la règle de conflit pertinente alors que l'ordre public permet d'évincer la loi étrangère normalement compétente lorsque son contenu heurte les conceptions fondamentales de l'OHADA envisagée comme système du for. Lorsque dans un cas donné le juge communautaire constate que la règle matérielle du droit OHADA applicable traduit un impératif communautaire tel qu'il est nécessaire qu'elle s'applique en vertu de sa propre volonté d'application, il doit l'appliquer sans se préoccuper de la loi désignée par la règle de conflit. Le mécanisme écarte la règle de conflit de lois en amont du raisonnement conflictuel. Par contre, le jeu de l'ordre public international suppose que l'on ait consulté le contenu de la loi matérielle étrangère désignée par la règle de conflit pour constater que son application heurterait les principes fondamentaux du système du for.

Il faut néanmoins rappeler qu'en matière d'arbitrage, les tribunaux sanctionnent le non-respect des lois de police applicables en affirmant la non-conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public (*P. Mayer, « L'étendue du contrôle par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », Mélanges Gaudemet-Tallon, Paris, Dalloz, 2008, p. 459 s., spéc. p. 459 ; E. Gaillard, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, ouvr. préc., n° 110, p. 167*). C'est plus une question de commodité qu'une confusion des deux mécanismes.

198. Ordre public international et primauté du droit OHADA. La primauté du droit OHADA est le principe selon lequel en cas de conflit entre le droit OHADA et le droit national d'un État partie, le premier prévaut. Elle produit comme l'exception d'ordre public, un effet d'éviction et un effet de substitution découlant de l'article 10 du traité OHADA : éviction du droit national contraire, substitution du droit matériel communautaire OHADA. On peut ainsi penser a priori qu'une disposition nationale d'un État membre peut être écartée comme contraire à l'ordre public de l'OHADA. En réalité, l'ordre public international est un mécanisme de coordination horizontale de systèmes juridiques placés sur un pied d'égalité : la loi du juge saisi et la loi étrangère. Les rapports entre l'ordre juridique OHADA et les ordres juridiques des États membres ne sont pas des rapports

de « loi du for à loi étrangère ». Les deux systèmes sont intégrés entre eux et fonctionnent sur une base hiérarchique et verticale instituée par le principe de primauté. L'ordre public international de l'OHADA peut donc être opposé à la loi d'un État tiers, mais seule la primauté du droit OHADA peut être opposée à la loi d'un État partie.

§2 - Caractère régional de l'ordre public international de l'OHADA

199. L'ordre public est habituellement conçu comme un mécanisme de protection des valeurs fondamentales d'un ordre juridique. Lorsque l'ordre juridique envisagé est national, cet ordre public international est également national puisqu'il dépend de la conception que chaque État se fait des valeurs. Le caractère régional d'un ordre juridique comme celui de l'OHADA conduit aussi à une conception régionale de l'ordre public (A). Celui-ci est appelé à jouer dans tout le champ du droit OHADA, au-delà de la matière de l'arbitrage (B). Il coexiste avec les ordres publics nationaux auxquels il s'intègre (C).

A - Consécration d'un ordre public régional

200. Divergence terminologique. Le droit OHADA fixe une limite à l'efficacité des sentences arbitrales dans l'espace juridique unifié : la conformité de la sentence à l'ordre public international. Les textes sur l'arbitrage institutionnel de la CCJA parlent de « l'ordre public international » (*art. 25 § 3, 4° du Traité OHADA ; art. 30.6, 4° du RACCJA*) ; ceux relatifs à l'arbitrage de droit commun emploient tantôt l'expression « ordre public international des États parties » (*art. 31 § 4 AUA*), tantôt celle d'« ordre public international des États signataires du Traité » (*art. 26 point 5 AUA*). Les formulations imprécises et différentes conduisent à se demander si elles se réfèrent à l'ordre public propre à chaque État partie ou à un ordre public régional. Dans ce dernier cas, il faudrait encore se demander à quoi se réfère le qualificatif « régional » dans la conception de cet ordre public.

201. Sens des textes. La doctrine souligne à juste titre qu'une communauté juridique ou un ordre juridique ne peut exister sans un ordre public (*T. Struycken, « L'ordre public de la communauté européenne », in : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon, Paris, Dalloz, 2008, p. 617 s, spéc. p. 620*). Il est ainsi normal qu'un ordre juridique régional comme celui de l'OHADA soit inspiré par certaines valeurs fondamentales qui forment son ordre public propre, régional. Cette conception est d'autant plus conforme à l'esprit du droit OHADA que le traité consacre une supranationalité judiciaire (*Sur ce sujet, v. H. Tchantchou, La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA - Étude à la lumière du système des Communautés européennes, Paris, L'harmattan,*

2009) de l'OHADA. Elle se manifeste d'au moins deux manières. La CCJA est seule compétente pour accorder l'exequatur aux sentences rendues dans l'arbitrage institutionnel réalisé sous son égide (*art. 25, § 2, du traité et 30 RACCJA. Pour des ordonnances de la CCJA accordant l'exequatur aux sentences rendues par des tribunaux arbitraux siégeant sous l'égide de la CCJA, V. CCJA, ord. n° 002/2009/CCJA, 22 janv. 2009, Attijari Bank Sénégal, Rec. CCJA, n° 13, 2009, p. 174 ; CCJA, ord. n° 003/2009/CCJA, 13 févr. 2009, Ecobank Burkina SA, Rec. CCJA, n° 13, 2009, p. 175*). Dans ce cas, il n'y a pas de juge d'appui national. On peut ainsi penser que son appréciation de l'ordre public sera régionale. Les textes parlent d'ailleurs d'« ordre public international » tout court sans ajouter l'expression « État partie ». Dans l'arbitrage de droit commun, cette supranationalité se traduit par le fait que la décision nationale qui refuse l'exequatur n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la CCJA (*art. 32 AUA*). Ce rôle particulier de la Cour laisse penser que le législateur OHADA a voulu lui confier l'appréciation d'un ordre public communautaire. La doctrine reconnaît de manière unanime que l'expression « ordre public international des États parties » doit être comprise comme faisant référence à un ordre public international communautaire (*En ce sens, E. Assepo Assi, L'ordre public international dans l'acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage, Rev. arb. 2007, p. 753 s., spéc. p. 758 s ; S. I. Bebohi Ebongo, L'ordre public international des États parties à l'OHADA, Rev. cam. arb. 2006, n° 34, p. 3 s., spéc. p. 6 s ; G. Kenfack Douajni, La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA : Rev. cam. arb. 2005, n° 29, p. 3 s., spéc. p. 10 et s ; P. Meyer, OHADA. Droit de l'arbitrage, op. cit., no 439 ; P.-G. Pougoué et al., Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, op. cit., p. 122 s ; Ph. Fouchard, « Rapport de synthèse », in : Ph. Fouchard (ss. dir.), L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, préc., p. 240 ; J. P. Ancel, « Le contrôle de la sentence », in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, op. cit., p. 195 ; Ph. Le Boulanger, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Rev. arb. 1999, p. 541 et s ; spéc. p. 571, no 62*).

202. Contenu. Quant à son contenu, l'ordre public international de l'OHADA doit se composer en premier lieu des principes qui inspirent ce droit unifié et, subsidiairement, des principes constitutionnels communs aux États membres et des principes garantis par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme ratifiés par ces États. Il ne saurait se ramener à une simple somme des ordres publics internationaux des États parties, car alors il serait plus exigeant que l'ordre public international de chaque État partie pris séparément. La solution serait contraire aux objectifs de libre développement de l'activité économique promus par l'OHADA. Il ne saurait non plus être assimilé au simple point de rencontre des ordres public internationaux nationaux des pays membres. En effet, le droit

OHADA n'est pas une somme de ces droits nationaux, mais un droit nouveau qui puise à plusieurs sources pour remplacer des droits nationaux vétustes. Seuls les principes qu'il véhicule constituent donc une source fiable du contenu de son ordre public international (*G. Ngoumtsa Anou, thèse préc., n° 223 s.*).

B - Domaine : extension à l'ensemble du droit OHADA

203. C'est dans les textes relatifs à l'arbitrage que l'on retrouve la référence à l'ordre public international de l'OHADA. Cela ne signifie pas pour autant que son domaine d'intervention est limité à la question de l'efficacité des sentences arbitrales. Comme on l'a vu, l'application d'une loi étrangère aux situations extracommunautaires est possible dans l'espace OHADA, même dans les matières objet d'un acte uniforme. Les principes essentiels de l'ordre juridique OHADA peuvent ainsi être opposés dans ce cas, dès lors que la matière sur laquelle porte le litige est une matière objet de règles uniformes de l'OHADA. L'ordre public international de l'OHADA va ainsi intervenir aussi bien en matière de conflits de lois qu'en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements et des sentences arbitrales. Dans les matières objet des règles communes, cet ordre public éclipsé les ordres publics nationaux sans les supprimer.

C - Articulation avec l'ordre public d'un État partie

204. L'ordre juridique OHADA est marqué par l'incomplétude (*Supra, n° 7 s.*). Il laisse une place aux droits nationaux. Dès lors, l'existence d'un ordre public communautaire ne conduit pas à la disparition de l'ordre public national, que celui-ci soit interne ou international.

205. Coexistence avec l'ordre public international d'un État partie. – L'ordre public international de l'OHADA opère dans les litiges qui n'entrent pas dans le champ d'application spatial du droit matériel OHADA. Ceux-ci peuvent être soumis à la loi d'un État tiers ou à une règle non étatique. Cette loi sera écartée en vertu de l'exception d'ordre public international de l'OHADA lorsqu'elle est contraire aux valeurs fondamentales du droit communautaire.

D'un autre côté, nous avons relevé qu'une recherche du droit national complémentaire peut se réaliser dans certains cas (*Supra, n° 35 s.*). Ce droit national complémentaire sera évincé lorsqu'il est contraire aux valeurs fondamentales de l'État partie dans lequel s'opère la recherche du droit applicable. C'est l'ordre public international de cet État membre qui est alors en jeu.

Cette coexistence de l'ordre public international communautaire et de l'ordre public international national oblige à délimiter leurs champs d'application respectifs. C'est par référence au champ d'application matériel du droit OHADA qu'il faut définir son domaine par

rapport à l'ordre public national. Lorsqu'une question litigieuse relève d'une matière objet de règles uniformes de l'OHADA, l'ordre public communautaire, interne ou international, entre en jeu (*En ce sens, E. Assepo Assi, art. préc., p. 766 ; P. Meyer, in Traité et actes uniformes commentés et annotés, éd. 2008, op. cit., p. 145 ; Id., OHADA. Droit de l'arbitrage, op. cit., p. 258*). C'est une conséquence logique du fait que la compétence de l'OHADA est une compétence d'attribution. Hors du champ matériel qui lui est attribué, ses règles et ses principes fondamentaux n'ont aucune légitimité pour s'imposer. La solution n'est pas nouvelle et rappelle celle de la CJCE selon laquelle « il y a lieu de rappeler que les exigences découlant de la protection des droits et des principes fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire dont la Cour assure le respect lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires » (*CJCE, 9 oct. 2001, aff. Jointes C-80/99, Flemmer c. Conseil et Commission ; 81/99, Christoffel c. Conseil et Commission et 82/99, Leitensdorfer c. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, Rec., I-7211, point 59 de l'arrêt*). A contrario, les questions n'ayant pas donné lieu à des règles uniformes, soit parce qu'il n'y a pas d'acte uniforme en la matière, soit parce qu'un tel acte existe, mais est incomplet, relèvent du droit national et de l'ordre public interne et international d'un État partie. La sauvegarde de cet ordre public national relève des juridictions nationales, mais aussi de l'office de la CCJA. Puisqu'elle connaît des pourvois en cassation contre les décisions refusant l'exequatur d'une sentence, elle peut à ce titre, avoir à apprécier la conformité de ladite sentence à l'ordre public international de l'État partie initialement saisi. L'hypothèse ne surprend pas, car de nombreuses décisions de la CCJA appliquent le droit national (*Supra, n° 44 s.*).

Il faut ajouter que dans les matières unifiées, l'ordre public international d'un État partie se compose alors de principes fondamentaux admis dans l'ordre juridique de cet État et des principes considérés comme fondamentaux dans l'ordre OHADA. Ceci est dû au fait que le droit OHADA devient, dès son adoption, partie intégrante de la loi nationale de chaque État membre.

206. Coexistence avec l'ordre public interne d'un État partie. – De manière analogue, l'ordre public interne de l'État membre dans lequel la situation juridique se localise peut trouver application lorsque le litige est à la fois interne et extérieur au domaine d'application matériel du droit OHADA (*En ce sens, P. Meyer, OHADA. Droit de l'arbitrage, op. cit., p. 258*).

207. On s'aperçoit ainsi que la création de l'ordre juridique OHADA s'est accompagnée de l'émergence d'un ordre public communautaire interne et international qui se superpose à l'ordre public national et s'intègre à celui-ci. Ses fonctions sont celles calquées sur celles d'un ordre juridique national.

Section 2 - Contenu de l'ordre public international communautaire de l'OHADA

208. Le contenu de l'ordre public international de l'OHADA ne saurait être défini de manière statique, car les valeurs fondamentales sur lesquelles il s'appuie évoluent dans le temps. Ces principes visent à garantir la justice procédurale (§1) ou la justice substantielle (§2).

§1 - Ordre public procédural

209. L'ordre public procédural de l'OHADA comprend les garanties procédurales fondamentales auxquelles un jugement étranger ou une sentence arbitrale doit satisfaire pour être reconnu ou exécuté dans l'espace juridique OHADA. Le juge requis doit contrôler la conformité à ces principes, de la procédure originelle ayant abouti à une sentence ou à un jugement étranger qui lui est soumis. Il s'agit d'abord des principes fondamentaux de procédure qui inspirent le droit matériel OHADA. On peut y ajouter les principes contenus dans les conventions internationales ratifiées par les États membres et ceux issus des principes constitutionnels qui leur sont communs.

Les garanties minimales sans lesquelles on ne saurait parler de procès équitable sont contenues dans les règles procédurales de l'OHADA : procédures d'exécution de l'AUVE, procédures d'arbitrage, procédure devant la CCJA.

Le règlement de procédure de la CCJA garantit le droit pour chaque personne de se défendre dans un procès ouvert contre elle. Ce droit comprend celui d'être informé de l'introduction de l'instance (*art. 29 RPC-CJA*), le droit de prendre connaissance et de discuter les arguments de la partie adverse à travers des mémoires (*v. not. art. 30-1 et 31-1 RPCCJA*), le droit de prendre connaissance du procès-verbal des procédures orales le cas échéant (*art. 38 RPCCJA*). Dans le même sens, l'article 9 de l'AUA énonce le principe d'égalité des parties dans la conduite du procès arbitral et celui du respect des droits de la défense : « les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits ». La CCJA considère que ce principe doit être respecté dans toute procédure d'arbitrage (*CCJA, arrêt n° 029/2007 du 19 juill. 2007, Société Ivoirienne de Raffinage, ohada.com, Ohadata J-08-241*). Les règles relatives au recouvrement des créances s'inspirent du même principe de respect des droits de la défense. Elles permettent ainsi que la décision d'injonction de payer puisse faire l'objet d'une opposition du débiteur (*art. 9 AUVE*), préalablement informé de la procédure et de la décision (*art. 7 AUVE*).

Cette exigence particulière d'information des parties à un procès et de respect des droits de la défense dans le droit OHADA permet de considérer que le droit à un procès équitable est un principe fondamental du droit OHADA.

Certains droits fondamentaux de procédure sont reconnus par la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, élaborée dans le cadre de l'Organisation de l'Unité africaine (devenue l'Union Africaine) et adoptée par les États membres de l'OHADA. Elle consacre la liberté d'accès à la justice (*art. 7 al. 1.a*), le droit à la défense (*art. 7 al. 1.c*) et le droit à une justice impartiale (*art. 7 al. 1.d*).

Ces divers principes, parfois repris par les constitutions nationales des États parties de l'OHADA, constituent autant de sources de l'ordre public procédural de l'OHADA. La même démarche peut permettre d'identifier les principes qui forment l'ordre public de fond.

§2 - Ordre public substantiel

210. Les principes susceptibles de former l'ordre public de l'OHADA peuvent être de source régionale (A) ou internationale (B).

A - Principes d'origine régionale

211. Les principes d'origine régionale peuvent être tirés du droit OHADA ou des conventions régionales relatives aux droits fondamentaux.

212. **Principes issus du droit OHADA.** Les règles de fond du droit OHADA reposent sur des principes plus ou moins fondamentaux pour le législateur communautaire.

Il en est ainsi du principe de sécurité juridique. C'est le principe selon lequel les justiciables doivent pouvoir compter sur une stabilité minimale de la règle de droit (*R. Guillien et J. Vincent, Lexique des termes juridiques, v. principe de sécurité juridique*). Il a comme corollaires le principe de non-rétroactivité de la loi et le principe de confiance légitime. C'est un principe fondamental du droit OHADA dont l'un des objectifs énoncés par le préambule du traité est d'assurer la sécurité juridique et judiciaire de l'activité économique. Une loi étrangère, une sentence arbitrale ou un jugement étranger qui remettent en cause des droits acquis sans fraude à l'étranger peuvent donc être rejetés comme contraires à l'ordre public international communautaire de l'OHADA.

Le principe d'égalité constitue une autre composante de l'ordre public international (*J. Foyer, « L'égalité en droit international privé », Arch. phil. dr., tome 51 (2008), p. 179 s*). Plusieurs textes de l'OHADA le consacrent implicitement ou explicitement : égalité des créanciers en cas d'ouverture d'une procédure collective (*V. Voir R. Nemedeu, « Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle (Étude à la lumière du droit français et Ohada des entreprises en difficulté) », RTDCom. 2008, p. 241 s*) ; égalité des associés d'une société (*art. 54 AUSC*) ; égalité des travailleurs dans l'avant-projet d'acte uniforme relatif au droit du travail (*art. 8 et 9 du texte*).

213. Principes issus des conventions régionales. Les instruments conventionnels régionaux adoptés par les États membres permettent également d'identifier les principes fondamentaux communs aux États membres de l'OHADA. La charte africaine des droits de l'Homme et des peuples précitée consacre aussi le principe d'égalité (*art. 2 et 3*). Elle met une autre obligation à la charge des États signataires, celle de protéger « la morale et les valeurs traditionnelles » (*art. 17*). Or, d'après l'article 1^{er} de la Charte, les États contractants s'engagent à prendre des mesures pour garantir les droits qu'elle énonce. On peut ainsi considérer que la garantie d'une certaine morale des affaires dans l'espace OHADA est une obligation pour les États parties. Les activités illicites telles que le trafic des personnes, des stupéfiants, la corruption ou d'autres pratiques semblables, pourraient ainsi être sanctionnées comme contraires à l'ordre public international quand bien même elles seraient tolérées dans une sentence arbitrale ou une décision étrangère.

Un autre principe susceptible d'être garanti par l'ordre public international en matière de droit des affaires est le principe du respect des biens (*Sur les rapports entre droit des affaires et droits de l'homme, voir, parmi une littérature abondante, J.-F. Renucci, « Le droit des affaires, domaine nouveau du droit européen des droits de l'homme », Droit et Patrimoine, no 74, sept. 1999, p. 64 s ; C. Leclère, « Réflexions sur l'incidence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit des affaires », Droit et patrimoine, no 74, sept. 1999, p. 67 s ; P. Dourneau-Josette, « Les acteurs économiques, le juriste d'affaires et la Convention européenne des droits de l'homme », Dalloz Affaires 1998, p. 610 s*). À ce propos, la charte précitée énonce que « le droit de propriété est garanti » (*art. 14*). Une telle protection de la propriété impose au juge de déclarer contraire à l'ordre public international une loi étrangère de nationalisation d'un bien, qui ne serait pas justifiée par des motifs impérieux d'intérêt général, proportionnés à l'objectif poursuivi.

Enfin, une analyse comparative des principes constitutionnels communs aux États parties de l'OHADA fournit une autre source de l'ordre public international de l'OHADA.

B - Principes d'origine internationale

214. Certaines valeurs sont si fondamentales qu'elles semblent universelles. Mais au-delà de ces valeurs dont on ne saurait prétendre établir une liste exhaustive, il apparaît que la théorie de l'ordre public transnational est tout à fait superflue dans l'espace OHADA.

215. Principes à spectre universel. Certains principes de justice sont universels, sinon largement partagés, comme le soulignait Mancini : « l'ordre public dans tout pays comprend aussi, dans la large acception du mot, le

respect des principes supérieurs de la morale humaine et sociale tels qu'ils sont entendus et professés dans ce pays, les bonnes mœurs, les droits primitifs inhérents à la nature humaine, et les libertés auxquelles ni les institutions positives, ni aucun gouvernement, ni les actes de la volonté humaine ne pourraient apporter des dérogations valables et obligatoires pour ces États... » (*P. S. Mancini, « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée, 1874, p. 297*). La jurisprudence française a repris cette idée en affirmant que l'ordre public international doit aussi garantir les « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue » (*Civ. 25 mai 1948, Lautour, R.C.D.I.P. 1949, p. 89, note Batiffol, Dalloz 1948, p. 357, note P. L.-P. ; Sirey 1949.1.21, note Niboyet ; JCP 1948.II.4532, note Vasseur ; GADIP, no 19*).

En pratique, ces principes sont parfois rappelés dans des conventions internationales relatives aux droits de l'homme telles que la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Il paraît cependant nécessaire que le juge de l'espace OHADA manie ces « droits fondamentaux » avec prudence, car la notion de droits de l'homme est doublement relative. Elle l'est d'abord dans l'espace, comme le relève un auteur : « le relativisme des familles culturelles, de droit, de mœurs, ou de religions, autorise une certaine spécificité dans la mesure toutefois où il n'est pas porté atteinte à la substance essentielle des droits fondamentaux » (*G. Cohen-Jonathan, « De l'universalité des droits de l'homme », Hommage à René-Jean Dupuy, Paris, Pedone, 2000, p. 23-54, spéc. p. 52*). La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples mentionne en ce sens son adhésion aux droits reconnus par les instruments internationaux, mais elle ajoute aussitôt que les États parties prennent en compte « des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des droits de l'homme et des peuples ».

La notion de droits de l'homme est ensuite relative dans le temps parce qu'elle a un contenu évolutif.

216. Incertitudes sur l'utilité de l'ordre public transnational. La théorie de l'ordre public transnational est-elle susceptible de servir à l'identification des valeurs universelles ou internationales comme la théorie des droits fondamentaux ? En d'autres termes, la théorie de l'ordre public transnational peut-elle jouer un rôle dans l'appréciation de l'ordre public international de l'OHADA ?

L'« ordre public transnational » est parfois désigné par les expressions équivalentes d'ordre public anational (*F. Osman, Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational,*

ARBITRABILITÉ

Table des matières

Bibliographie

Introduction n° 1 à 3

Section I - Arbitrabilité tirée de la faculté des personnes morales de droit public de compromettre n° 4 à 13

§1 - État de la question n° 5 à 8

§2 - Portée de l'extension de l'arbitrabilité aux personnes morales de droit public n° 9 à 13

A - Perte de l'immunité de juridiction des personnes morales de droit public n° 10 à 12

B - Survivance de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public n° 12 à 13

Section II - Arbitrabilité tenant au caractère contractuel du différend n° 14 à 39

§1 - Affirmation du principe n° 15 à 16

§2 - Incidence du principe n° 17 à 24

A - Cas du droit pénal n° 18 à 22

B - Cas du droit fiscal n° 23 à 24

§3 - Aménagement du principe n° 25 à 39

A - Cas des différends de travail n° 26 à 33

B - Cas du contrat de consommation n° 34 à 38

Section III - Arbitrabilité et droit disponible n° 40 à 50

§1 - Dimensions du droit disponible : approche contractuelle et processuelle n° 41 à 42

§2 - Aménagements du droit disponible : Droits substantiellement disponibles mais processuellement indisponibles n° 43 à 50

A - Droit disponible et procédures collectives n° 45 à 46

B - Cas des clauses compromissaires sélective ou partielle n° 47 à 50

- ANCEL (P.), « Arbitrage : convention d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables », *Juris-Cl. procédure civile*, fasc. 1024.
- JARROSON (Ch.), « Arbitrabilité : Présentation méthodologique », *RJ. Com.*, 1996.
- KAMTO (M.), « La nature juridique du contrat d'État : contribution au débat », *Rev. arb.*, 2003, 719.
- KAMTO (M.), « La participation des personnes de droit public à l'arbitrage OHADA », *L'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 89 à 100.
- LÉBOULANGER (Ph.), « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb.*, 1999.
- LEVEL (P.), « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992.
- MEYER (P.), OHADA, *Droit de l'arbitrage*, Bruylant, coll. « Droit uniforme africain », 2002.
- MEYER (P.), « Note sous Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, OHADA », *Traité et Actes uniformes commentés*, Juriscope, 3^e éd. 2008.
- NEMEDEU (R.), « La recherche du critère d'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public en droit OHADA », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. VI, n° 1, 2009, p. 45 à 73.
- OPPETIT (B.), *Justice étatique et justice arbitrale. Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991.
- POUGOUÉ (P.-G.), TCHAKOUA (J.-M.) et FENEON (A.), *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, PUA, coll. « Droit uniforme africain », 2000.
- TCHAKOUA (J.-M.), « L'arbitrabilité des litiges dans l'espace OHADA », *Penant*, 2001.

Introduction

1. L'arbitrabilité est généralement définie comme *l'aptitude d'un litige à être tranché par voie d'arbitrage* (P. ANCEL, *Arbitrage : convention d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables*, *Juris-Cl. procédure civile*, Fasc. 1024 ; P. LEVEL, *L'arbitrabilité*, *Rev. arb.* 1992, spéc. p. 213 ; Charles JARROSON, *Arbitrabilité : Présentation méthodologique*, *RJ. Com.* 1996. p. 4 et 5 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996 ; Jean-Marie TCHAKOUA, *L'arbitrabilité des litiges dans l'espace OHADA*, *Penant*, 2001, 5).

L'arbitrabilité s'affiche ainsi comme une condition-

nalité au recours à la justice arbitrale, en constituant l'aune à laquelle se mesure l'envergure de la compétence d'attribution partagée entre la justice arbitrale et la justice étatique dans les matières contractuelles (B. OPPETIT, *Justice étatique et justice arbitrale*, Études offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991, 415). Il s'ensuit que l'arbitrabilité véhicule une réalité fondamentale en droit judiciaire privé, celle que l'arbitrage n'est pas une justice de droit commun avec, pour corollaire, la limitation de l'office de l'arbitre aux seules matières reconnues arbitrables par le système d'arbitrage considéré (*C'est dire, a priori, que l'arbitrabilité est une notion plutôt relative. En ce sens, voir les développements ultérieurs sur l'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public, ou l'analyse sur l'arbitrabilité de cer-*

taines matières telles le droit du travail ou le droit de la consommation), et dont il est formellement saisi en vertu d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

2. Il est courant de distinguer entre l'*arbitrabilité subjective* et l'*arbitrabilité objective* pour indiquer que l'arbitrabilité subjective intéresse la capacité des personnes à recourir à l'arbitrage, et l'arbitrabilité objective renvoie à la nature des litiges susceptibles d'être soumis à l'arbitrage.

Du reste, cette dichotomie s'estompe progressivement au profit de la réduction de la sphère subjective, allant jusqu'à faire traiter l'arbitrabilité subjective « *d'abus de langage* » en tant que cette expression renverrait plutôt à la question, différente, de la capacité ou de l'aptitude des personnes (physiques ou morales de droit public) à compromettre (Ch. JARONSON, *Notion d'arbitrage*, Préf. B. OPPEIT, Paris, L.G.D.J., 1987). L'observation n'est pas sans donner à réfléchir. En effet, pour mieux fonder en raison la faible pertinence de la notion d'arbitrabilité subjective, il suffit d'approcher la notion d'arbitrabilité par son contraire pour conclure que le substantif « *in-arbitrable* » ne pourrait raisonnablement s'appliquer aux sujets de l'arbitrage mais plutôt à l'objet de l'arbitrage. Au demeurant, il n'est pas improbable que sous les pétales dorés de l'arbitrabilité subjective se cachent en réalité les attributs de l'arbitrabilité objective, car l'intérêt pratique de l'arbitrabilité se ramène, dans tous les cas de figure, à la question de savoir si un droit subjectif donné peut être consacré par voie d'arbitrage.

3. Quoi qu'il en soit, le droit OHADA de l'arbitrage ne semble pas avoir formellement exclu la possibilité, au moins en théorie, d'avoir les deux lectures de la notion de l'arbitrabilité. À dire vrai, d'ailleurs, le droit OHADA est allé dans le sens de l'affinement de la notion dans trois directions complémentaires : d'une part en redonnant du sens à la conception subjective, offrant ainsi une clé de lecture à l'extension du champ de l'arbitrage aux personnes morales de droit public (Section I), d'autre part, en éclairant d'un nouveau jour la conception objective au travers du bornage matériel de la justice arbitrale par la double référence faite aux différends d'ordre contractuel (Section II) et dont les parties ont la libre disposition (Section III).

Section I - Arbitrabilité tirée de la faculté des personnes morales de droit public de compromettre

4. L'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage permet aux personnes morales de droit public d'être parties aussi bien à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international de droit privé.

Cette situation nouvelle (§1) entraîne des conséquences (§2).

§1 - État de la question

5. La justice arbitrale est, par définition, une justice conventionnelle et privée (H. MOTULSKY, *Écrits, Tome II, Études et notes sur l'arbitrage*, p. 85), en ce sens que par la force de la volonté des parties des personnes privées se trouvent être investies du pouvoir de trancher les litiges, à l'instar des juges publics.

6. Recourir à la justice arbitrale fut d'abord une faculté dédiée. En effet, la justice arbitrale fut d'abord la justice des personnes commerçantes ou, mieux, des litiges entre commerçants, excluant ainsi les litiges impliquant les contrats civils ou concernant les personnes morales de droit public (en ce sens, articles 36 et 577 in fine, CPC de 1806 évoqués par P.G. POU-GOUÉ, J.M. TCHAKOUA et A. FENEON, in *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, P.U.A., collection droit uniforme*, 2000, n° 67, p. 64 ; R. NEMEDEU, *La recherche du critère d'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public en droit OHADA*, *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. VI n° 1, 2009, p. 45 à 73).

7. Mais la célèbre formule de Montesquieu voulant que « *le Prince ne doit point faire commerce* » a vécu, et il est aujourd'hui dans l'ordre des choses que de voir l'État passer des contrats de droit privé, génériquement appelés *contrats d'États*, allant des classiques contrats de marché public à la forme complexe de contrats de partenariat public-privé (v. M. KAMTO, *La nature juridique du contrat d'État : contribution au débat*, *Rev. arb.* 2003, 719), suggérant que l'État et ses démembrements se considèrent, en l'occurrence, davantage comme des agents économiques que comme des sujets de droit dotés de pouvoirs exorbitants (Doctrine constante), d'autant que de tels contrats obéissent quant à leur régime juridique aux règles du droit privé (Cas des contrats de partenariats public-privé).

8. Voire, cette mutation du statut juridictionnel de la puissance publique s'est formellement traduite non seulement par des initiatives institutionnelles telle que la mise en place d'un système d'arbitrage pour les différends liés aux investissements internationaux impliquant les États (C'est, spécialement, le cas de l'arbitrage CIRDI issu de la Convention de Washington du 18 mars 1965. Voir, E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, A. Pédone, 2004, qui fait une synthèse des sentences CIRDI de 1965 à 2004), mais également par des initiatives législatives qui ont progressivement effiloché l'incapacité des personnes morales de droit public à compromettre (L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, Litec*, 6^e éd., 2004, n° 1049 et s), sous le double effet de la référence

à la règle de la bonne foi contractuelle en matière internationale (Cf. *Cass. civ 1^{re}, 2 mai 1966, Galakis, JCP 1966, II, 14798, note Ligeau ; CCI, sentence dans l'aff. N° 2521, 1975, reprise par la sentence dans l'aff. N° 4381, 1986, JDI 1986, 1102, obs. Y. Derains Bonne foi elle-même dictée par la règle pacta sunt servanda, chère au droit international public. Sur la convocation de cette règle comme critère d'arbitrabilité des litiges impliquant les personnes morales de droit public selon le droit OHADA, voir Nemedeu, article précité*) et du caractère contractuel des différends en cause (voir infra, Section II).

Aujourd'hui, la lecture combinée des articles 21 du Traité OHADA, 2 et 4 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage permet noter que le droit OHADA a ouvertement levé le pan de prohibition de principe qui couvrirait encore la capacité de compromettre des personnes morales de droit public (*M. KAMTO, La participation des personnes de droit public à l'arbitrage OHADA, in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruylant Bruxelles, 2000, p. 89 à 100 ; R. NEMEDEU, op. cit.*).

§2 - Portée de l'extension de l'arbitrabilité aux personnes morales de droit public

9. La reconnaissance de l'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public emporte une première conséquence de politique juridique, la perte de l'immunité de juridiction de ces personnes (A). S'agissant de l'immunité d'exécution, la question est cependant loin d'être réglée (B).

A - Perte de l'immunité de juridiction des personnes morales de droit public

10. Du point de vue du droit d'accès à la justice arbitrale et, plus spécifiquement, du point de vue de l'immunité de juridiction, le droit OHADA crée une égalité parfaite entre les trois profils de justiciables - personnes physiques, personnes morales de droit privé et personnes morales de droit public.

Aussi, à l'instar des contrats commerciaux passés par des personnes physiques ou des personnes morales de droit privé, les contrats d'État se voient enrichis d'une nouvelle modalité de mise en œuvre, susceptible de mobiliser de plus en plus d'investisseurs privés autour d'une personne morale de droit public, désormais installée sur un piédestal horizontal et considérée comme simple acteur économique.

11. On comprend dès lors que la justiciabilité arbitrale des personnes morales de droit public puisse expliquer, *a fortiori*, les termes sus-rappelés de l'article 4 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage qui placent la volonté (contractuelle) des parties au-dessus de l'attribut de puissance publique du cocontractant étatique. Autre-

ment dit, réduite au statut de justiciable de l'arbitrage, la personne morale de droit public ne devrait guère être admise à invoquer l'immunité de juridiction dont elle bénéficie par principe sur le terrain de l'accès à la justice étatique interne.

B - Survivance de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public

12. Si le législateur OHADA a réussi à inscrire les personnes morales de droit public dans le genre des justiciables de l'arbitrage, il ne semble pas avoir cherché à tirer toutes les conséquences de cette avancée législative. En effet, le droit OHADA de l'arbitrage n'a pas su faire mieux que de maintenir l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, à l'instar d'autres législations. Les termes de l'article 30 al. 1 de l'AUVE en témoignent à suffire, qui disposent que : « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ».

13. Pour précis qu'ils soient, les termes de ce texte doivent être nuancés. En effet, les personnes morales de droit public ne se retrouvent pas impliquées dans une procédure arbitrale par le fait du hasard. Ayant généralement la posture d'acteurs économiques de par la nature commerciale de leurs activités ou du contrat litigieux (voir, par exemple, loi camerounaise n° 96/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et entreprises du secteur public et parapublic) et liées par une convention d'arbitrage produisant les effets de toute convention légalement formée, les personnes morales de droit public et, spécialement, les EPA et EPIC, engagées dans un arbitrage sont, d'avance, conscientes des implications tant procédurales que substantielles de la procédure arbitrale. On s'explique que la jurisprudence française ait formellement reconnu que s'agissant tout au moins des EPIC et *a fortiori*, des sociétés d'économie mixte, la règle de l'immunité d'exécution soit rompue et qu'il puisse leur être appliqué les mêmes voies d'exécution qu'aux particuliers ou aux personnes morales de droit privé, dès lors qu'ils ont conclu un contrat de droit privé (*Paris, 1^{re} Chambre, 26 mai 1982, JCP 1982, 19911, note J. Prévault ; Paris, 11 juillet 1984, RFDA 1985, 85, obs. P. Devolve*). De fait, l'on peut légitimement en déduire que dans de telles conditions, ces entités publiques qui fonctionnent selon le régime juridique des entreprises privées (*L'article 1^{er} de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique s'applique « à toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un État ou une personne morale de droit public est associé »*) ont renoncé à se prévaloir de leur droit d'invoquer le bénéfice de l'immunité d'exécution, leur capital social constituant ainsi le « gage général des créanciers ». Il y aurait donc une

incompatibilité de principe entre l'admission du recours à l'arbitrage, justice contractuelle dont la portée puise dans l'article 1134 C. civ, et l'affirmation de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public (*Pour un appel à l'abandon de cette règle « susceptible de constituer un obstacle à l'investissement privé dans l'espace OHADA », v. Actes du IIe Congrès africain des juristes d'entreprises (COJA), Douala, 23-25 juin 2009 (« Bilan et perspectives du droit de l'investissement en Afrique »), spéc. Me J. DJOGBENOU, in « Regards sur les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre du système judiciaire OHADA », p. 12 et s., et le Rapport général du Congrès, p. 119 et s.*).

Pourtant, la réalité est loin d'être aussi simple, notamment en droit interne où pour les contrats administratifs, l'État et les collectivités publiques continuent de se prévaloir de leur immunité d'exécution, interprétée comme une manifestation des prérogatives de puissance publique dont ils disposent (*M. KAMTO, La participation des personnes de droit public à l'arbitrage OHADA, subtilement dubitatif sur l'efficacité de l'arbitrabilité des personnes morales de droit public reconnue par l'Acte uniforme ; CCJA, Arrêt n° 043/2005 du 7 juillet 2005, TOGO TÉLÉCOM, décidant que les avoirs d'une société publique ne sont pas saisissables en ce qu'ils sont constitués de subventions publiques*).

Section II - Arbitrabilité tenant au caractère contractuel du différend

14. Les dispositions pertinentes du Traité OHADA et des règlements d'arbitrage des différentes institutions d'arbitrage établies dans l'espace OHADA concourent à faire noter que l'existence d'un différend contractuel est un des critères formels de l'arbitrabilité en droit OHADA. Tout litige d'ordre contractuel est susceptible d'être tranché par voie d'arbitrage, à condition que les parties aient convenu de recourir à cette forme de justice. L'affirmation est conforme à la lettre des textes, mais il est moins certain qu'elle en reflète toujours l'esprit. En effet s'il existe des différends d'ordre contractuel certainement arbitral (§1), il n'en existe pas moins des différends, contractuels par définition, mais qui s'accommodent mal du règlement par voie d'arbitrale (§2).

§1 - Affirmation du principe

15. L'arbitrabilité de principe des différends d'ordre contractuel s'explique par la nature même de la justice arbitrale, fondée sur l'idée d'offrir aux acteurs économiques une forme de justice apte à encadrer et à donner plus d'efficacité aux relations contractuelles qu'ils peuvent nouer. Le lien entre contrat et arbitrage

tombe tellement sous le sens que chercher à l'établir peut paraître superflu.

16. Au plan terminologique, l'arbitrabilité de principe des litiges contractuels emporte quelques conséquences. Ainsi par exemple, on peut relever que l'article 21 du Traité prend soin de viser les différends « d'ordre contractuel », créant de fait un degré de précision supplémentaire dans la nomenclature des relations susceptibles d'être réglées par la voie de l'arbitrage. En effet, le composé « d'ordre contractuel » préféré au simple « contractuel » suggère que tout différend ayant un quelconque lien avec un contrat (interprétation, exécution, nullité, extinction) est potentiellement arbitral.

Par ailleurs, ce souci de précision terminologique semble expliquer le subtil glissement observé de l'expression d'« arbitrage commercial » vers celle d'« arbitrage contractuel », dépassant ainsi largement le domaine originel de l'arbitrage (contrats commerciaux), pour couvrir également les contrats civils, les contrats d'État et même dans une certaine mesure les contrats mixtes. Et les termes de l'article 21 du Traité OHADA sont éloquents, qui visent « toute partie à un contrat (...) ».

§2 - Incidence du principe

17. L'une des conséquences pratiques de la prise en compte du caractère contractuel comme critère de l'arbitrabilité est l'exclusion du domaine matériel de l'arbitrage des litiges non contractuels confortant par la même occasion le caractère contractuel de la justice arbitrale.

Deux matières peuvent être citées à titre d'exemple : le droit pénal (A) et le droit fiscal (B).

A - Cas du droit pénal

18. Par nature, le contentieux pénal, né de la commission d'une infraction par une personne (physique ou morale) et qui se développe sur le fondement du droit à réparation reconnu à toute victime ou à la société, n'est pas susceptible d'être traité en arbitrage. Certes, il peut tout à fait arriver qu'une infraction pénale puisse trouver sa source dans une relation contractuelle (abus de confiance, escroquerie, abus de bien sociaux, etc.), mais cela ne suffit pas pour fonder l'arbitrabilité de tels litiges qui relèvent par nature de la procédure pénale.

I - Enjeux de la non-arbitrabilité des litiges à caractère pénal : De la règle « le criminel tient le civil en l'état »

19. Le concours de situations litigieuses évoqué ci-dessus pourrait, tout au plus, conduire à l'ouverture de deux procédures parallèles, l'une devant l'arbitre pour

le règlement du différend lié à l'exécution ou la nullité du contrat litigieux, et, l'autre, devant le juge pénal pour abus de confiance ou pour escroquerie. En pratique, cette hypothèse suggère de se poser la question de savoir si l'arbitre doit surseoir à statuer en attendant l'issue de l'action civile devant le juge pénal.

20. Si on peut aisément cerner les ressorts théoriques d'une telle interrogation en ce qu'elle puise dans la règle « *le criminel tient le civil en l'état* » inspirée de l'article 4 du Code pénal français, la solution à y apporter ne va pas de soi. En effet, la règle le « *criminel tient le civil en l'état* » a été édictée pour réguler le trafic processuel entre l'ordre judiciaire civil et l'ordre judiciaire pénal dans l'optique d'avoir une justice étatique unitaire et cohérente.

Or l'arbitrage relève d'un ordre processuel autonome, tant au plan organique qu'au plan fonctionnel, le juge étatique n'intervenant que comme *juge d'appui* (pour une première référence à la notion de *juge d'appui*, voir P.-G. POUYOUÉ et alii, *op. cit.*, *Nouveau droit français de l'arbitrage*, Décret 21 janvier 2001). Dès lors, lier le cours d'une procédure arbitrale à celui d'une juridiction étatique ne paraît défendable ni au plan de la philosophie processuelle ni au plan de la technique processuelle. Le recours à l'arbitrage puise dans le contrat des parties et fait appel à des règles spécifiques de conduite de l'instance et de jugement (contrat de procédure matérialisé par l'acte de mission, exigence de célérité, possibilité de s'affranchir de la règle de droit et de statuer en équité, etc.) qui s'accommoderaient mal d'une sujétion du tribunal arbitral à une situation extérieure au cadre organique et technique de l'arbitrage.

II - Portée de la règle « le criminel tient le civil en l'état »

21. Quoi qu'il en soit, tant dans l'arbitrage interne que dans l'arbitrage international, la pratique confortée par une jurisprudence constante est de considérer que la règle « *le criminel tient le civil en l'état* » ne s'impose pas à l'arbitrage (E. JOLIVET, *Jurisprudence arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale*, Cah. arb., n° 2009/1, p. 40-47 ; CA Paris, 1^{er} mars 2001, RTD com. 2003.63, note Loquin, Rev. arb. 2001.585, note J.-B. Racine ; CA Paris, 17 janv. 2002, Rev. arb. 2002.391, note Racine ; Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2003, pourvoi n° 00-16.822 : Juris-Data n° 2003-018901 ; JCP G., 2003, IV, 2144). Les arbitres disposent ainsi du pouvoir d'apprécier l'opportunité de poursuivre la procédure arbitrale, notamment lorsque l'introduction de l'action civile devant le juge pénal est interprétée par le tribunal arbitral comme étant sans incidence sur l'issue de la procédure qui lui est soumise, ou comme procédant d'une volonté du dilatoire incompatible avec l'exigence de célérité qui commande la justice arbitrale.

22. Cette lecture « autonomiste » de la relation de la justice arbitrale avec l'ordre judiciaire étatique a pu

également être donnée par une institution d'arbitrage interne de l'espace OHADA. En effet, dans l'affaire XL contre YL, le Comité permanent du centre d'arbitrage du GICAM, au Cameroun, a eu à se prononcer sur la recevabilité d'une demande de récusation d'un arbitre fondée sur le refus, par ce dernier, de suspendre la procédure arbitrale à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile déposée par l'une des parties devant le Procureur de la République de la ville de Douala (V. Archives du Greffe du Centre d'arbitrage du GICAM). La plainte était en l'occurrence formée par le défendeur à la procédure arbitrale, contre deux des dirigeants de l'entreprise demanderesse, et visait les infractions de faux et usage de faux, usure et tentative.

Pour rejeter la demande de récusation introduite contre l'arbitre, le Comité permanent du Centre d'arbitrage du GICAM s'était fondé sur deux arguments dont l'un de principe et, l'autre, d'opportunité affirmant ainsi que : « *L'arbitrage est une justice autonome qui n'a pas à être influencée par les règles d'administration de la justice étatique* », et que, de toutes façons, « *en l'espèce, l'action devant le juge pénal et la procédure arbitrale en cours devant le Centre d'arbitrage du GICAM ne concernent pas les mêmes faits ni les mêmes parties* ».

B - Cas du droit fiscal

23. Le contentieux fiscal implique au premier chef les acteurs économiques. De ce fait, on pourrait être tenté de rechercher quelque lien entre cette matière et l'arbitrage. Du reste, en contenant une phase gracieuse où la transaction tient une place importante, les modalités de gestion du contentieux fiscal créent, même de loin, une certaine affinité avec l'arbitrage. Cependant, l'arbitrage est plus qu'un mode transactionnel de règlement des litiges. En tous les cas, a-t-il besoin, pour être valablement envisagé et mis en œuvre, qu'un certain nombre de conditions soient réunies, au nombre desquelles le caractère contractuel du différend et l'existence d'une convention d'arbitrage, toutes choses qui manquent au système du contentieux fiscal.

24. Partant des pseudo-arbitrages propres au droit fiscal international ou à une certaine pratique outre-atlantique, certains auteurs ont tenté de rechercher une improbable compatibilité entre droit fiscal et arbitrage (P. ANCEL., *Arbitrage et ordre public fiscal*, *Revue de l'arbitrage* 2001, n° 2, p. 269 ; I. FADLALLAH, *Arbitrage international et litiges fiscaux*, *Revue de l'arbitrage* 2001, n° 2, p. 299 ; L. CADIET, *L'hypothèse de l'américanisation de la justice française, Mythe et réalité*, *APD* 2001, p. 89). Peine perdue ! Les mécanismes de règlement des contestations entre contribuables et administrations fiscales, ou entre États dans le cadre de la mise en œuvre des Conventions fiscales internationales (*voir OCDE, modèle de convention internationale sur les doubles impositions*, 17 juillet 2008) relèvent plus pertinemment

de la transaction administrative ou d'autres procédés consensuels que de l'arbitrage contractuel.

§3 - Aménagement du principe

25. Les différends de travail et ceux nés des contrats de consommation cristallisent un débat toujours aussi vivace sur l'articulation entre arbitrabilité et différends contractuels, comme pour démontrer que les deux notions peuvent dans une certaine mesure rentrer en conflit.

A - Cas des différends de travail

26. Le débat autour de la possibilité ou non de soumettre les litiges nés de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail est des plus nourri. Pour mieux en cerner les termes, il sera utile non seulement d'explorer l'état de la jurisprudence et de la pratique, mais également de recourir à l'enseignement du droit prospectif et de la technique contractuelle.

I - Termes du débat

27. La relation de travail tend à mettre en relation contractuelle, directe ou indirecte, un travailleur et un utilisateur de main-d'œuvre, l'employeur direct ou une société de mise à disposition de personnel. Il s'agit donc d'une relation contractuelle dont les pathologies pourraient de ce fait être réglées par voie d'arbitrage, selon les dispositions du Traité et l'Acte uniforme déjà présentés. Pourtant, l'arbitrabilité des différends de travail est des plus incertaines, la matière étant connue pour être le lieu par excellence de l'alliance du libéral et du directif. Car le contrat de travail n'est, au fond, ni un contrat commercial ni un contrat d'affaires. Contrat, certes ; mais contrat d'exploitation d'une ressource très spéciale, la ressource humaine.

28. Fort de cette considération sociojuridique, un débat s'est progressivement installé autour de l'arbitrabilité des différends de travail. En effet, d'aucuns ont pu prendre argument du protectionnisme nimbant le droit du travail pour compter les différends y afférents au nombre de ceux exclus de la compétence de la justice arbitrale, au profit de celle du juge étatique dont la compétence territoriale a, en l'occurrence, été taillée sur mesure pour favoriser le salarié, considéré comme la partie faible, et qui se voit proposer le choix entre le tribunal du lieu d'exécution du travail ou celui de son domicile (*Toutes les législations de travail des pays relevant du droit français consacrent cette règle de compétence territoriale*). D'autres, attirés par le caractère extrajudiciaire et amiable des techniques préalables de règlement des conflits individuels ou collectifs du travail que sont la conciliation devant l'inspecteur du Travail

et le recours à la Commission d'arbitrage, concluent à l'arbitrabilité potentielle des différends de travail (H. TCHANTCHOU, *L'arbitrage en droit africain du travail*, Ohadata, D-05-23, www.ohada.com). Au surplus, le recul de l'ordre public comme obstacle à l'arbitrabilité des litiges (Cass., 29 novembre 1950, S.1951, 1, 120, Note J ; Robert ; C.A. Paris, 15 juin 1956, DD. 1957, 587, note j ; Robert) a achevé de conforter les tenants de la soumission possible des différends de travail à l'arbitrage (v. Ph. LÉBOULANGER, *L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, Rev arb. 1999, spéc p. 555 ; P.G. POUYOUÉ et alii, préc., n° 71).

II - Prospective : Qu'en sera-t-il dans le futur Acte uniforme relatif au droit du Travail ?

29. Jusqu'à plus ample informé, le droit du travail OHADA en construction à travers le projet d'Acte uniforme sur le droit du travail semble maintenir la procédure classique de règlement des différends en la matière, à savoir le recours à la tentative de conciliation et, le cas échéant, l'arbitrage (forcé) devant le Conseil d'arbitrage.

Visiblement marqué par le régime du contentieux du travail qui a toujours prévalu dans les États parties à l'OHADA largement inspiré par le tripartisme hérité des Conventions de l'Organisation internationale du travail, le projet d'Acte uniforme n'a pas, jusque-là, osé se prononcer quant à la possibilité de soumettre les différends de travail à l'arbitrage contractuel au sens du Traité et de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage.

30. Un auteur estime que ce silence est nocif (H. TCHANTCHOU, *préc.*). Mais à la vérité, on peut raisonnablement se demander si le projet d'Acte uniforme sur le droit du travail, ou d'ailleurs tout autre Acte uniforme devrait spécifiquement réglementer l'arbitrabilité des différends du travail, à partir du moment où le caractère contractuel des différends et la libre disposition des droits sont adoptés comme critères généraux d'arbitrabilité dans le système d'arbitrage OHADA. Dans ces conditions, la seule question qui vaille est celle de savoir si les différends du travail portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition ou non (*Sur la notion de droit disponible, voir infra, section III, p. 39 et s.*).

III - Enseignements de la jurisprudence et de la pratique arbitrale

31. Un apport du droit OHADA est d'avoir ouvertement pris position sur l'étendue du champ matériel de l'arbitrage en faisant glisser le champ de l'arbitrabilité du terrain classique et, plutôt réducteur, des différends « commerciaux » à celui, plus englobant, des différends « contractuels » (*D'où l'idée que l'arbitrage est une justice contractuelle, ce qui englobe l'aspect commercial mais*

en le dépassant, étant donné que tout ce qui est commercial est forcément contractuel tandis qu'une situation peut procéder d'un contrat sans être nécessairement commerciale.). Cette compréhension du caractère de la justice arbitrale devrait pouvoir justifier l'arbitrabilité des différends nés du *contrat de travail*, contrat non commercial mais contrat quand même. À cela on doit ajouter que les différends du travail peuvent parfaitement porter sur des droits dont le travailleur-titulaire a la libre disposition, en dépit de l'ordre public de protection qui caractérise la matière. C'est le cas, par exemple, des droits à caractère indemnitaire telles l'indemnité de licenciement ou la prime de bonne séparation, ou encore le droit d'agir en justice pour obtenir réparation suite à un licenciement abusif, autant de droits sur lesquels les parties peuvent faire de concessions allant jusqu'à la renonciation.

32. D'ailleurs, la pratique managériale, aujourd'hui généralisée de la transaction comme modalité principale de rupture du contrat de travail renseigne sur la « négociabilité » des différends du travail. Là réside probablement l'un des fondements de la reconnaissance, par la jurisprudence, de la possibilité pour le salarié de convenir d'un compromis pour trancher les différends consécutifs à la résiliation d'un contrat de travail (en ce sens, C.A. d'Abidjan, Ordonnance de référé n° 1435 du 27 mars 2003, cité par P. MEYER, sous Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, OHADA, Traité et actes uniformes commentés, Juriscope, 3^e éd., 2008, 119, note sous l'art. 2).

IV - Apport possible de la technique contractuelle

33. Au plan de la pratique professionnelle, il est possible de conseiller une technique contractuelle qui consisterait à prévoir, lors de la rédaction du contrat de travail, une disposition générique relative au *règlement des différends*, prévoyant une option entre la voie arbitrale (aspect *clause compromissoire*) et la voie judiciaire (aspect *clause d'élection de compétence*) au profit du salarié, à l'instar du choix du juge territorialement compétent généralement reconnu au travailleur dans le contentieux social de droit commun. Ainsi, en cas de litige survenant en cours d'exécution ou à l'occasion de la rupture du contrat de travail, le salarié serait en position d'opérer une option de compétence juridictionnelle au profit de l'arbitrage sans que ce recours apparaisse comme ayant été conditionné par un quelconque déséquilibre entre les parties à la relation de travail.

Au demeurant, une telle clause ne serait aucunement pathologique (*Sur les clauses pathologiques, voir l'entrée « Conventions d'arbitrage »*) dans la mesure où elle serait parfaitement apte à orienter pertinemment le salarié vers l'une ou l'autre forme de justice. Bien entendu, une fois l'option opérée par le salarié, la voie

juridictionnelle choisie devient irrévocable pour le salarié en s'imposant, par ailleurs, à la partie adverse.

B - Cas du contrat de consommation

34. Le droit de la consommation n'est pas encore spécifiquement réglementé par l'OHADA. On peut néanmoins invoquer deux avant-projets d'Actes uniformes pour établir un lien entre le droit OHADA et la matière de la protection du consommateur. C'est, tout d'abord, l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation et, ensuite, celui relatif au droit des contrats. À cela, il faut ajouter le droit commun des contrats actuellement en vigueur dans les États membres, à savoir le Code civil et la jurisprudence pertinente sur la garantie de l'équilibre contractuel et la protection des parties faibles dans les contrats.

De ce point de vue, l'analyse spécifique de l'arbitrabilité des litiges de consommation revêt un intérêt de droit comparé et prospectif.

I - Droit comparé

35. Le droit de la consommation offre à l'instar du droit du travail un champ spécifique d'étude des différends d'ordre contractuel à l'arbitrabilité cependant discutée. Comme les contrats de travail, en effet, les contrats de consommation semblent se caractériser par une certaine défiance vis-à-vis des conventions d'arbitrage. Ainsi en droit français, ce qui est convenu à ce jour est que les clauses compromissoires insérées dans les contrats entre professionnels et consommateurs non professionnels sont inopposables à ces derniers, tandis qu'il est admis que lesdites parties puissent valablement recourir à l'arbitrage une fois le litige né, par le biais d'un compromis (*J. CALAIS-AULOY, Droit de la consommation, Dalloz Précis, 6^e éd., 2003 ; Loïc CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, Litec, 6^e éd., 2004, 1049 et s. ; P. MEYER, OHADA Droit de l'arbitrage, 2002, Bruylant, Collection Droit uniforme africain, 2002, p. 106*).

36. Pour expliquer cette arbitrabilité à double vitesse des contrats de consommation, on avance invariablement l'argument de la protection de la partie non professionnelle dans les contrats de consommation en présupposant que dans la relation contractuelle mettant aux prises le vendeur professionnel et l'acheteur profane, le rapport de force est en défaveur du second, *partie faible*, qui peut être amené à acquiescer un bien ou souscrire un service sous l'insidieuse influence (manipulation. ?) de celui dont c'est le métier et l'art de vendre ce bien ou ce service. À preuve, lorsque le contrat de consommation implique des professionnels entre eux, la clause compromissoire et, a fortiori, le compromis, trouvent à s'appliquer sans discussion.

37. La règle de la non-arbitrabilité *a priori* des contrats de consommation s'enquille sur la problématique générale de la lutte contre les *clauses abusives* (voir, par exemple, *La loi française n° 95-96 du 1^{er} février 1995, intégrée à l'article L.132-1 du Code de la consommation*), mais elle semble également traduire une certaine réserve à la portée de la justice arbitrale, considérée en l'occurrence comme n'étant pas assez outillée pour faire triompher l'ordre public de protection qui caractérise le statut du consommateur non professionnel.

Pourtant il y a longtemps que les arbitres ont appris à se mettre à la hauteur de la dette de justice pesant sur eux, y compris lorsque le litige qu'ils sont appelés à trancher mobilise des enjeux juridiques et économiques des plus délicats. Il y a également longtemps que sous l'effet de la démocratisation de l'information et de l'accès aux nouvelles technologies, la frontière technique et psychologique entre professionnels et consommateurs s'est rétrécie, rendant quasiment anecdotique une protection aussi rapprochée de ce justiciable.

Il est à espérer que l'évolution des législations et de la jurisprudence débouche sur une banalisation de l'arbitrage dans les contrats de consommation en validant les *conventions d'arbitrage* (*L'expression Convention d'arbitrage vient de recevoir une nouvelle consécration à la faveur de la réforme récente du droit français de l'arbitrage. Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage qui dispose que : « La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis »*) dans de tels contrats, quel que soit le statut des parties même si le droit OHADA de la consommation en projet semble plutôt s'inscrire dans la logique de la restriction de l'arbitrabilité des litiges en cette matière.

II - Arbitrabilité et contrats de consommation dans le futur droit OHADA de la consommation

38. Le droit de la consommation est inscrit comme matière à harmoniser, et a déjà donné lieu à une initiative allant dans le sens de l'élaboration d'un avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation. Ce texte encore en préparation prend en compte d'ores et déjà la question des clauses compromissoires contenues dans les contrats de consommation au travers du traitement des *clauses abusives*, ce qui est par ailleurs fort révélateur du niveau de méfiance que continue d'inspirer l'intrusion de l'arbitrage dans les relations professionnels-consommateurs. Ainsi l'article 51-§1 de l'avant-projet dispose que : « *Sont déclarées abusives les clauses des contrats de consommation qui ont pour objet ou pour effet (...) d'imposer une tentative de règlement à l'amiable ou d'obliger le consommateur à soumettre le différend à un ou des arbitres* ».

39. Encore que le propos ne soit pas de se livrer à une interprétation trop serrée des dispositions sus-

citées, on peut néanmoins relever deux enseignements importants : *d'une part*, l'érection par l'avant-projet d'Acte uniforme aussi bien des clauses de règlement amiable que des clauses d'arbitrage au statut de clauses abusives lorsque lesdites clauses sont « *imposées* » au consommateur. Par *clauses imposées*, on doit entendre des clauses figurant dans les contrats de consommation et, donc, antérieures à la naissance du litige, avec le fait aggravant qu'en la matière, les contrats sont généralement des contrats d'adhésion ne laissant au cocontractant consommateur aucune marge de négociation. *D'autre part*, et implicitement, l'avant-projet d'Acte uniforme reconnaît la validité du compromis puisqu'à la différence de la clause compromissoire, cette dernière convention d'arbitrage est par définition « *négociée* », sur la base d'un litige né et dont le consommateur est à même d'apprécier sinon les aboutissants du moins tous les tenants.

À y voir de près, le législateur OHADA semble chercher à éviter que le consommateur ne se retrouve obligé de recourir à une voie de régulation qu'il n'aurait pas choisie en toute connaissance de cause, et que, de ce fait, il ne soit pas en mesure de défendre ses droits face à un adversaire mieux outillé. Or si tel est le cas, la solution de *technique contractuelle* suggérée pour le cas des différends de travail, et consistant dans l'insertion d'une *clause compromissoire optionnelle*, pourrait être suggérée (cf. *supra*, n° 31).

Section III - Arbitrabilité et droit disponible

40. La disponibilité du droit litigieux qu'on envisage de soumettre à la sanction de l'arbitre est un critère constant de l'arbitrabilité. Les droits dont on a la libre disposition sont ainsi de ceux susceptibles d'être soumis à l'arbitrage. Mais si la règle n'est pas en soi discutée la notion même de *droit disponible* est encore à construire, ce qui nécessite qu'elle soit approchée dans toutes ses dimensions (§1) et aménagements (§2).

§1 - Dimensions du droit disponible : approche contractuelle et processuelle

41. L'article 2, alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dispose : « *Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition* ». Contrairement à certains droits étrangers qui qualifient précisément la nature des droits rentrant dans le champ de la disponibilité (cf. droits suisse et allemand qui déclarent arbitrables « *toute cause de nature patrimoniale... c'est-à-dire toute prétention qui a une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d'actif ou de passif, autrement dit les*

droits qui présentent pour l'une au moins des parties, un intérêt pouvant être apprécié en argent ; Andreas BUCHER, Le nouvel arbitrage international en Suisse, Helbing & Lichtenhahn 1988, p. 39), le droit OHADA a plutôt opté pour une approche simplement évocatrice de la notion de droit disponible alors même qu'il eût été de meilleure méthode de consacrer les termes de l'article 2060 C. civ, qui a au moins le mérite de circonscrire par élimination le champ des droits disponibles en renseignant qu'« on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ».

Regrettant cette approche allusive du critère d'arbitrabilité fondé sur la disponibilité du droit, un auteur estime « qu'il eût été préférable de recourir à une notion moins fuyante qui ne souffrirait pas d'interprétations différenciées selon les droits qui pourraient être utilisés pour la concrétiser » (P. MEYER, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, 2002, Bruylant, Collection Droit uniforme africain, 2002, p. 101 et s.*). Et si le flou décrié cachait plutôt un embarras conceptuel ? En effet, la notion de droit disponible qui est relativement jeune dans le vocabulaire processuel, semble avoir été élaborée pour contourner la notion d'ordre public dont on sait que jamais, elle ne laissa ses frontières être dessinées avec précision (*en ce sens*, J. CARBONNIER, *Flexible droit - Pour une sociologie juridique sans rigueur*, LGDJ, 7^e éd., 1994 ; D. HUET-WEILLER, *Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation*, D.1978, *chron. p. 233* ; B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Thèse, Paris II, 1994).

42. Quoi qu'il en soit, restant dans la logique de l'approche générique de l'article 2, alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme, il est possible d'affiner cette approche au double point de vue contractuel et processuel. En effet, *au plan du droit commun des contrats*, le droit disponible renvoie aux droits qui sont dans le commerce juridique et, donc, susceptible de faire l'objet de convention. La règle est clairement posée à l'article 1128 C. Civ., qui dispose : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de convention ».

Au plan processuel, le droit disponible peut être considéré comme un droit dont la consécration peut être soustraite de la compétence du juge étatique au profit de l'arbitrage, justice conventionnelle. Dès lors, ce droit doit être de nature patrimoniale et exempt de toute contrainte juridique limitant sa négociabilité. Un droit est donc disponible lorsque le litige qui naît ou est susceptible de naître au sujet de son existence ou à l'occasion de son exercice peut être soumis à un juge étatique dont la compétence est conventionnellement attribuée - cas d'une clause attributive de compétence - ou, plus pertinemment pour notre propos, à un ordre juridictionnel conventionnellement choisi par les parties contractantes - cas d'une convention d'arbitrage (*v. S. OUSMANOU, Les conventions*

relatives au procès, Th., Rennes I, 1996, N° 544 et s ; V. EUDIER, *Ordre public substantiel et office du juge*, Th., Rouen, 1994).

L'intérêt de la distinction qui précède est d'affiner la notion de droit disponible, en démontrant qu'en pratique il peut exister des cas de droits contractuellement disponibles mais qui, au plan processuel, sont exclus du champ de l'arbitrabilité. Deux situations pourraient servir à démontrer cette assertion.

§2 - Aménagements du droit disponible : Droits substantiellement disponibles mais processuellement indisponibles

43. On a vu que le droit disponible n'est pas une catégorie juridique formellement circonscrite. (*v. supra*, n° 40). Ainsi, la recherche des manifestations du droit disponible peut utilement procéder par la détermination des droits, par nature, disponibles mais qui, au plan de leur mise en œuvre processuelle, s'avèrent non disponibles. C'est une forme d'indisponibilité relative. Bien entendu, cette méthode d'analyse n'intègre pas les cas d'indisponibilité parfaite, issus de la formule non équivoque de l'article 2060 C. précité, qui laisse clairement entendre que les droits visés par cette disposition sont des droits indisponibles aussi bien substantiellement (pas négociables ; hors du commerce juridique) que processuellement (ne sauraient faire l'objet d'une convention de compétence processuelle).

44. L'analyse proposée s'intéresse plutôt à deux situations dans lesquelles le droit en cause est par *nature disponible* tandis que sur le terrain de l'exercice du droit d'agir en justice, il devient indisponible en raison d'un fait extérieur ou de la volonté des parties contractantes. Ces cas de figure correspondent, d'une part, à l'hypothèse de la suspension de poursuites propre aux procédures collectives (A) et, d'autre part, à celle des clauses compromissaires sélectives (B).

A - Droit disponible et procédures collectives

45. Il est de règle que l'ouverture d'une procédure collective entraîne la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur. En droit OHADA, cette règle est formellement rappelée à l'article 75 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Spécialement, la suspension vise tous les recours en recouvrement ou en exécution forcée contre le débiteur mis désormais sous l'aile protectrice de la décision d'ouverture de la procédure collective.

Constituant un des objectifs recherchés par le débiteur sollicitant l'ouverture d'une procédure collective, la suspension des poursuites individuelles, véritable bouffée d'oxygène pour l'entreprise en difficulté, est érigée en principe d'ordre public interne et internatio-

nal par la Cour de cassation française (Cass. 1^{re} Civ., 5 févr. 1991, Rev. Arb. 1991.625, note, L. IDOT ; J.- R. GOMEZ, *OHADA – Entreprises en difficulté*, éd. Bajag-Méri, p. 156 et s).

46. Au plan de l'analyse de la notion d'arbitrabilité, la suspension des poursuites porte bien son nom. Les recours tendant à faire reconnaître des droits et des créances ne peuvent plus être exercés en l'état, dussent-ils procéder du recours à l'arbitrage. Autrement compris, ce qui est compromis c'est l'action en justice et non pas la créance en elle-même, qui désormais subira un traitement encadré. Il en résulte que si les parties avaient prévu une clause compromissoire dans le contrat portant le droit ou la créance en cause, cette clause resterait certes valable mais - momentanément - inefficace. On se retrouve ainsi face à un droit *objectivement disponible* mais *processuellement indisponible*.

B - Cas des clauses compromissoires sélective ou partielle

47. D'une certaine manière, le choix de l'arbitrage constitue une technique de management des contrats avant d'être une modalité de règlement des litiges. Les parties peuvent ainsi prévoir un recours sélectif à l'arbitrage, en concluant une clause compromissoire qui ne porterait que sur certains aspects de l'exécution du contrat ou certains types de litiges affectant le contrat. De la sorte, les litiges à naître ne seraient arbitrables qu'autant qu'ils seront dans le champ voulu arbitral par les parties, renvoyant ainsi à la compétence de

droit commun ou à une autre forme de régulation les autres litiges.

48. Bien entendu, l'hypothèse décrite est tout à fait différente de celle qui consisterait pour les parties à insérer une clause compromissoire qui prévoirait le recours à l'arbitrage et, en cas d'échec de l'arbitrage, la saisine du juge étatique. Dans ce cas d'espèce on serait tout simplement en présence d'une *clause pathologique*, ce qui n'est pas le cas de la clause compromissoire sélective.

49. L'effet d'une clause compromissoire sélective serait de rendre processuellement disponible une partie des droits, tandis qu'une autre partie serait non disponible alors pourtant qu'au plan substantiel l'ensemble des droits est disponible au même titre. Autrement interprétée, la clause introduit un degré supplémentaire de flexibilité dans la gestion des droits disponibles en permettant aux parties contractantes d'opérer des options dans le traitement processuel de ces droits.

50. Encore qu'elles soient exceptionnelles en pratique, les clauses compromissoires sélectives représentent le point ultime du raffinement de la volonté des parties comme source de la justice arbitrale. Rapportées à l'étude de l'arbitrabilité des litiges, ces clauses viennent nous rappeler une vérité cardinale : au-delà de toute politique législative, au-delà toute technique juridique, au-delà de toute pratique processuelle, un litige ne saurait être *arbitrable* que dans la mesure où les parties à la relation contractuelle auront voulu qu'il le soit.

Sadjo OUSMANOU

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Arbitrage

- Acte uniforme 9
- Droit OHADA 10
- CIRDI 7
- GICAM 21

Arbitrabilité

- objective 2, 3
- subjective 2
- Droit fiscal 22
- Droit pénal 17
- Droit de la consommation

C

Clauses abusives 36 et s.

Clauses compromissoires sélectives 46

Compromis d'arbitrage 31, 34, 38

Contrat de consommation 33 et s.

- Avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation 37

Contrat de travail 26 et s.

- Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit du travail 28

D

Différends de travail : 25

Droit disponible :

- approche : 39 et s.
- et clauses compromissoires sélectives : 46
- et procédures collectives 44

I

Immunité de juridiction 8

Immunité d'exécution 10 et s.

J

Juge d'appui 19

P

Personnes morales de droit public 5 et s.

Procédures parallèles 18

T

Traité OHADA 7, 14, 26

ARBITRAGE SELON L'ACTE UNIFORME RELATIF

AU DROIT DE L'ARBITRAGE

Table des matières

- Introduction n° 1 à 4
- Chapitre I : **Tribunal arbitral et l'instance** n° 5 à 103
- Section 1 - **Mise en place du tribunal arbitral** n° 6 à 38
- §1 - Constitution sans difficulté du tribunal arbitral n° 7 à 17
- A - Forte emprise de la volonté des parties dans la constitution du tribunal arbitral n° 8 à
- I - Fixation du nombre et désignation des arbitres n° 9 et 10
- II - Modalités d'exercice de leur liberté par les parties n° 11 à 13
- III - Rôle éventuel du centre d'arbitrage dans la constitution du tribunal arbitral n° 14 à 16
- a - Établissement de la liste des arbitres n° 15
- b - Confirmation des arbitres désignés n° 16
- B - Rôle supplétif de la loi n° 17
- §2 - Hypothèse de difficultés dans la constitution du tribunal arbitral n° 18 à 38
- A - Obstruction d'une des parties à la constitution du tribunal arbitral n° 19 à 27
- I - Arbitrage institutionnel et obstruction à la constitution du tribunal arbitral n° 20 à 22
- II - Arbitrage *ad hoc* et obstruction à la constitution du tribunal arbitral n° 23 à 27
- B - La récusation d'un arbitre n° 28 à 35
- I - Autorité compétente pour la récusation n° 29 et 30
- II - Le délai d'introduction de la demande de récusation n° 31 et 32
- III - Instruction et décision sur la demande de récusation n° 33 à 35
- C - Refus de l'arbitre désigné n° 36 à 38
- Section 2 - **Statut de l'arbitre** n° 39 à 73
- §1 - Conditions requises pour être arbitre n° 40 à 58
- A - Contenu des conditions n° 41 à 49
- I - Qualité de personne physique n° 42
- II - Exercice des droits civils n° 43
- III - Indépendance et impartialité n° 44 à 49
- a - Indépendance n° 45 à 47
- b - Impartialité n° 48 à 49
- B - Sanction de l'inobservation des conditions requises n° 50 à 58
- I - Contrôle préventif n° 51 à 55
- II - Récusation n° 56 et 57
- III - Annulation de la sentence n° 58
- §2 - Garanties et avantages dus à l'arbitre n° 59 à 73
- A - Immunité de l'arbitre n° 60 à 65
- I - Principe de l'immunité n° 61 et 62
- II - Limites de l'immunité n° 63 à 65
- B - Honoraires et autres droits de l'arbitre n° 66 à 71
- §3 - Acceptation de la mission n° 72 et 73
- Section 3 - **Circonscription du litige** n° 74 à 88
- §1 - Demande d'arbitrage n° 75 à 77
- A - Objet et destinataire de la demande d'arbitrage n° 76
- B - Forme et contenu de la demande d'arbitrage n° 77
- §2 - Réaction à la demande d'arbitrage n° 78 à 80
- §3 - Acte de mission n° 81 à 88
- A - Importance de l'acte de mission n° 82
- B - Procédure d'élaboration de l'acte de mission n° 83 et 84
- C - Portée de l'acte de mission n° 85 à 88
- Section 4 - **Développement de l'instance** n° 89 à 103
- §1 - Actes d'instruction n° 90 à 93
- A - Auditions et plaidoiries des parties n° 91
- B - Expertises et descentes sur les lieux n° 92 et 93
- §2 - Mesures provisoires ou conservatoires n° 94 et 95
- §3 - Exceptions n° 98 à 103
- A - Exception d'incompétence n° 99 et 100
- B - Exception de faux ou de vérification d'écriture n° 101 à 103
- Chapitre II : **Règlement du litige** n° 104 à 156
- Section 1 - **Droit applicable au litige** n° 105 à 132
- §1 - Règle applicable à la procédure arbitrale n° 106 à 117
- A - Prééminence de la volonté des parties n° 107 à 111
- I - Réglementation directe de la procédure arbitrale par les parties n° 108
- II - Soumission de la procédure à un règlement d'arbitrage n° 109
- III - Soumission de la procédure à une loi étatique n° 110 et 111
- B - Règles supplétives de la volonté des parties n° 112 à 114
- C - Limites à la volonté des parties n° 115 à 117
- §2 - Règles applicables au fond du litige n° 118 à 133
- A - Principe du choix des règles applicables au fond du litige n° 119 à 122
- I - Économie du principe n° 120
- II - Limites à l'efficacité du choix n° 121 et 122
- B - Objet du choix n° 123 à 127
- I - Interrogation générale n° 124 à 126
- II - Choix entre l'arbitrage en droit et l'amiable composition n° 127
- C - Modalités du choix n° 128 à 133
- I - Mode d'expression du choix n° 129
- II - Moment du choix n° 130
- III - Méthode de détermination de la loi à appliquer n° 131 à 133
- a- Méthode du conflit des lois n° 132
- b- Méthode du choix direct n° 133
- Section 2 - **Principes généraux du procès arbitral** n° 134 à 155
- §1 - Principes intimement liés à la fonction juridictionnelle de l'arbitre n° 135 à 143
- A - Principe dispositif n° 136

- B - Principe d'immutabilité du litige n° 137
- C - Principe de la procédure contradictoire n° 138 à 142
 - I - Arbitre et principe du contradictoire n° 139
 - II - Parties et principe du contradictoire n° 140 à 142
 - a- Communication des documents entre les parties n° 141
 - b- Production des pièces au tribunal arbitral n° 142
- D - Motivation de la décision n° 143
- §2 - Traits singuliers du procès arbitral n° 144 à 156
 - A - Encadrement temporel et spatial de la procédure n° 145 à 149
 - I - Délai d'arbitrage n° 146 et 147
 - II - Siège de l'arbitrage n° 148 et 149
 - B - Frais de la justice arbitrale n° 150 et 151
 - C - Confidentialité n° 152 et 153
 - D - Langue de l'arbitrage n° 154 à 156

Chapitre III : **Sentence arbitrale** n° 157 à 219

Section 1 - **Élaboration de la sentence arbitrale** n° 158 à 175

- §1 - Rôle des arbitres n° 159 à 172
 - A - Délibéré n° 160 à 168
 - I - Modalités du délibéré n° 161 à 164
 - II - Objet du délibéré n° 165
 - III - Sentences obtenues sans délibéré : les sentences d'accord parties n° 166 à 168
 - B - Rédaction de la sentence arbitrale n° 169 à 172
- §2 - Contrôle de l'institution d'arbitrage pour les sentences de l'arbitrage institutionnel n° 173 à 175
 - A - Modalités du contrôle n° 174
 - B - Étendue et la portée du contrôle n° 175

Section 2 - **Exequatur de la sentence arbitrale** n° 188

- §1 - Objet de l'exequatur n° 177
- §2 - Conditions de l'exequatur n° 180 à 181
- §3 - Modalités d'exequatur n° 182 à 188
 - A - Jurisdiction compétente pour l'exequatur n° 183
 - B - Procédure d'exequatur n° 184 à 186

- C - Pièces à fournir n° 187 à 188

Section 3 - **Voies de recours contre la sentence arbitrale** n° 189 à 218

- §1 - Sentence arbitrale et voies de recours classiques contre les décisions de justice n° 190 à 196
 - A - Exclusion de l'opposition, de l'appel et du pourvoi en cassation n° 191 et 192
 - B - Ouverture de la tierce opposition et du recours en révision n° 193 à 196
 - I - Tierce opposition n° 194 et 195
 - II - Recours en révision n° 196
- §2 - Voie de recours spécifique à la sentence arbitrale n° 197 à 218
 - A - Cas d'ouverture du recours n° 198 à 210
 - B - Modalités d'exercice du recours n° 211 et 212
 - C - Conséquences du recours n° 213 à 216
 - D - Fin de non-recevoir tirée de la renonciation à se prévaloir d'une irrégularité n° 217
 - E - Problématique d'une éventuelle renonciation au recours en annulation n° 218

Section 4 - **Retour sur la sentence rendue** n° 219

Bibliographie

- Fouchard (Ph.) (sous la dir. de), *L'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, Bruxelles, 2000, 310 pages.
- Leboulanger (Ph.), « L'arbitrage et harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. Arb.*, 1999, p. 541 et s.
- Meyer (P.), « L'acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage », *R.D.A.I.*, 1999, p. 629 et s.
- Meyer (P.), *OHADA, Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit uniforme africain », 2002, 284 pages.
- Pougoué (P.G.), Tchakoua (J.M.) et Fénéon (A.), *Le Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Yaoundé, PUA, 2000.

Introduction

1. L'arbitrage est communément défini comme un mode privé de règlement des litiges sur la convention des parties ; il se caractérise par la soumission d'un litige à de simples particuliers choisis par les parties, directement ou indirectement (voir entrée : Notion d'arbitrage).

Le droit OHADA de l'arbitrage se présente sur un double registre. Deux ensembles ont en effet été construits par le législateur, même si d'un ensemble à l'autre on peut noter une certaine unité conceptuelle. La terminologie employée pour rendre compte de cette segmentation met d'un côté le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et l'arbitrage traditionnel dont il est question dans cette partie du Dictionnaire de l'OHADA.

2. La notion d'arbitrage traditionnel est utilisée par souci de différenciation du système d'arbitrage de la CCJA dont les auteurs s'accordent à reconnaître les grandes originalités (*Sur ces originalités, voir Ph. LÉBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Rev. arb., 1999, spc. p. 541, 551, 577, 589; P.G. POUGOUÉ, « Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage », in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 129; P.G. POUGOUÉ, J. M. TCHAKOUA et A. FÉNEON, Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Yaoundé, PUA, 2000, n° 267 et s.; J. M. TCHAKOUA, « Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage en questions », *Juridis-Périodique* n° 79, 2009, ; J.M. TCHAKOUA, « L'espace dans le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage », *Revue de recherche juridique-Droit prospectif*, 2003-3-p. 2237; Penant n° 842, 2003, p. 59).*

Comparé à ce système d'arbitrage construit autour de la

Cour commune de justice d'arbitrage prise à la fois comme centre d'arbitrage et cour judiciaire de contrôle des sentences arbitrale, l'arbitrage de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage prévoit des règles plus traditionnelles.

3. Le champ de l'arbitrage traditionnel doit être circonscrit à partir des règles qui le régissent. À cet égard, et sans vouloir retracer toute l'évolution de la question, il faudrait dire qu'avant le traité OHADA, le droit de l'arbitrage en Afrique est assez contrasté (*Voir, pour une présentation de la question, R. AMOUSSOU-GUENOU, « L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments de l'OHADA » in, L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 17*). Le traité a consacré son titre IV à l'arbitrage institutionnel de la Cour commune de justice et d'arbitrage, puis annoncé, en son article 2, un Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage. Cet Acte, manifestement inspiré par un certain nombre de textes dont la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, est adopté le 11 mars 1999. En partant de l'article 10 du traité OHADA, on comprend que ledit Acte est directement applicable et obligatoire dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure. Le législateur a cependant estimé qu'il faudrait préciser que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les États parties. À ce titre, il régit tout arbitrage *ad hoc* qui se tient sur le territoire d'un État partie au traité OHADA. Il régit aussi les arbitrages institutionnels organisés par les centres privés d'arbitrage. Le développement de ces institutions privées est un des traits marquants de l'arbitrage africain. Parmi les plus connus dans l'espace OHADA, il faudrait citer le centre d'arbitrage du Groupement interpatronal du Cameroun (GICAM), le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar (CCIAD), la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI), le Centre de conciliation et d'arbitrage du Mali (CECAM), le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou (CAMCO), le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce et d'industrie du Bénin (CAMC-CCIB), la Cour d'arbitrage du TOGO (CATO), le Centre d'arbitrage du Congo (CAC) et le Centre d'arbitrage des Comores (CAC). Il faudrait remarquer que ces centres d'arbitrage sont plus ou moins liés aux chambres consulaires. Mais même lorsque le centre est créé dans le cadre d'une chambre consulaire, il devrait rester une institution privée d'arbitrage, ce qui permet de distinguer l'arbitrage qui s'y tient de celui rendu sous les auspices de la Cour commune de justice et d'arbitrage.

4. Le droit de l'arbitrage étant de nature processuel, il faudrait, dans les développements qui vont suivre, s'intéresser au processus de règlement des différends. Les questions à examiner sont regroupées dans trois chapitres : le tribunal arbitral et l'instance (chapitre 1), le règlement du litige (chapitre 2) et la sentence arbitrale (chapitre 3).

Chapitre I : Tribunal arbitral et l'instance

5. Comme l'indique bien son nom, le tribunal arbitral est, avant tout, une juridiction. Sa mission est de trancher les différends qui lui sont soumis. Mais le tribunal arbitral se singularise par deux traits : le procédé de sa mise en place (Section 1) et le statut des arbitres (Section 2). La procédure arbitrale montre aussi quelques originalités à travers le procédé par lequel le litige est circonscrit (Section 3). Mais l'instance se développe (Section 4) suivant des règles proches du droit judiciaire.

Section 1 - Mise en place du tribunal arbitral

6. S'il est utile de s'arrêter sur la constitution du tribunal arbitral, c'est parce que les arbitres ne sont pas des juges à investiture permanente. Il faut donc, pour chaque espèce, constituer le tribunal arbitral. Quand bien même on recourt à un centre d'arbitrage, le ou les arbitres qui vont siéger sont à désigner, en général, à l'ouverture de la procédure arbitrale.

Très souvent, le tribunal arbitral se constitue sans problème. Mais on trouve parfois, malheureusement, des situations où la constitution du tribunal arbitral rencontre des difficultés. Il nous faudrait donc envisager deux situations : celle où la constitution du tribunal arbitral ne rencontre aucune difficulté (§1) et celle où des difficultés apparaissent dans la constitution du tribunal arbitral (§2).

§1 - Constitution sans difficulté du tribunal arbitral

7. En matière de constitution du tribunal arbitral, le législateur laisse suffisamment de place à la volonté des parties, confinant la loi à un rôle essentiellement supplétif. Il faudrait souligner cette forte emprise de la volonté des parties (A) avant de montrer le rôle supplétif de la loi (B).

A - Forte emprise de la volonté des parties dans la constitution du tribunal arbitral

8. Les terrains sur lesquels se montre la forte emprise de la volonté des parties à l'arbitrage sont la fixation du nombre et la désignation des arbitres (I). La liberté des parties s'y exprime, cependant, suivant des modalités et une ampleur qui dépendent essentiellement de la nature de l'arbitrage. En effet, lorsque les parties ont eu recours à un centre d'arbitrage, celui-ci joue un rôle non négligeable en matière de constitution du tribunal arbitral. Il paraît donc utile, au-delà des modalités d'exercice de leur liberté par les parties (II), de souligner le rôle non négligeable que peut jouer le centre d'arbitrage choisi (III).

I - Fixation du nombre et désignation des arbitres

9. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est loin d'être clair sur la fixation du nombre des arbitres. Le sujet est traité dans trois de ses dispositions : l'article 5, alinéa 1 et l'article 8, alinéas 1 et 2.

L'article 5, alinéa 1, dispose que les arbitres sont nommés conformément à la convention des parties. À partir de là, on peut penser que la volonté des parties est souveraine. La solution paraîtrait justifiée : si les parties peuvent recourir, pour le règlement de leur différend, à des personnes autres que les juges institués par le Souverain, il semble logique de prévoir qu'elles peuvent aussi déterminer librement le nombre de ces personnes. On entrevoit, cependant, des difficultés pratiques dans l'hypothèse où les parties prévoient un tribunal arbitral composé d'un nombre pair d'arbitres : on pourrait alors assister à des blocages lors des délibérations. Le législateur aurait réglé la question en prévoyant, à l'article 8 alinéa 2, que si les parties désignent les arbitres en nombre pair, le tribunal arbitral est complété par un arbitre choisi, soit conformément aux prévisions des parties, soit, en l'absence de telles prévisions, par les arbitres désignés, soit à défaut d'accord entre ces derniers, par le juge compétent dans l'État partie.

Ce texte institue une première limite à la liberté des parties dans la fixation du nombre des arbitres. On pourrait alors penser qu'il suffit de satisfaire l'exigence d'imparité pour que la solution soit bonne. Or, à tout considérer, ce n'est pas la seule exigence à respecter, car l'alinéa premier de l'article 8 prévoit, de façon impérative, que le tribunal arbitral est constitué soit d'un seul, soit de trois arbitres. Les parties doivent donc exercer leur option entre un tribunal arbitral à un et un tribunal à trois arbitres (*Dans ce sens, D. R. SOH FOGNO, Observations sous l'arrêt de la CCJA n° 044/2008 du 17 juillet 2008, affaire SARCI SARL c/ Atlantique Télécom et Télécel Bénin SA, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (sous dir. P.G. POUGOUÉ et S.S. KUATE TAMEGHE), L'Harmattan, 2010, p. 326. Comp. avec la convention de Washington qui parle d'un nombre impair (article 37)*).

Cette restriction de la liberté des parties est gênante, même si elle s'inscrit dans la volonté de rechercher l'efficacité dans la procédure. En effet, le législateur n'a pas voulu laisser les parties tomber dans le piège d'un tribunal arbitral pléthorique qui fonctionnerait difficilement en raison de la trop grande diversité d'opinions pouvant apparaître entre les arbitres. L'ennui, c'est que la solution légale expose à l'annulation, sur le fondement de la composition irrégulière du tribunal arbitral, les sentences arbitrales rendues suivant les prévisions des parties, mais par un tribunal arbitral composé, par exemple, de cinq arbitres.

Heureusement, cette éventualité est éloignée par les règlements d'arbitrage des institutions privées d'arbitrage, qui reprennent la solution de l'Acte uniforme. La solution est expressément prévue dans les règlements

d'arbitrage de la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire et du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD (*Voir article 10 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD*) ; elle est sous-entendue dans le règlement du centre d'arbitrage du GICAM, en particulier dans les dispositions sur les modalités de désignation des arbitres.

10. La désignation des arbitres est, quant à elle, entièrement placée sous l'emprise de la volonté des parties par l'article 5 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Il dispose que les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties. Cette solution vaut à la fois pour les arbitrages *ad hoc* et pour les arbitrages institutionnels. Dans ce dernier cas, la volonté des parties s'exprime au moins dans le choix de l'institution d'arbitrage et donc de son règlement. Il est ensuite possible que le règlement d'arbitrage permette aux parties de modifier ses dispositions relatives à la désignation des arbitres.

II - Modalités d'exercice de leur liberté par les parties

11. Les parties pourraient exercer de façon indirecte leur liberté dans la constitution du tribunal arbitral en renvoyant, pour ce faire, à une loi ou à un règlement d'arbitrage. Elles pourraient aussi, directement, faire apparaître leurs choix dans la convention d'arbitrage.

Lorsque la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'un arbitre unique, cette désignation se fait d'un commun accord par les parties. Il n'est pas impossible que le nom de cet arbitre figure dans le compromis voire dans la clause compromissoire. Mais très souvent, la clause compromissoire se contente de prévoir le recours à un arbitre, sans le désigner. La désignation devant alors être faite à la survenance du litige, il appartient à celui qui prend l'initiative de l'arbitrage d'indiquer, dans la demande d'arbitrage, le nom de celui qu'il propose à l'autre partie (*Cependant, il n'est pas nécessaire que le nom de cette personne apparaisse, il suffit qu'existent des éléments suffisants pour l'identifier. On pourra indiquer une autorité, même judiciaire, par exemple le Président de la Cour suprême du Sénégal. Une telle désignation ne transforme pas la justice arbitrale en justice judiciaire, du moment où l'autorité désignée n'agit pas dans le cadre de ses attributions légales ; elle exerce une mission qui lui est confiée par des particuliers*). Ce nom n'est retenu que si ce choix rencontre l'assentiment de cette autre partie.

12. Une telle formule expose cependant à des difficultés dans l'hypothèse où les parties ne s'entendent pas sur la personne de l'arbitre à désigner. Il est donc souhaitable que la convention prévoit un tribunal composé de trois membres. Dans ce cas, il est d'usage de prévoir dans les règlements d'arbitrage que dans la demande et la réponse à la demande d'arbitrage, chacune des parties désigne un

arbitre, et les deux arbitres désignés se réunissent pour désigner un troisième arbitre (*Voir aussi l'article 5 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, qui va nuancer plus loin la solution en mettant en avant la volonté des parties en ce qui concerne la désignation du troisième arbitre*). Mais le règlement d'arbitrage de la CACI apporte une importante nuance sur ce dernier point : il prévoit que le troisième arbitre est désigné par les parties.

En cas d'échec des deux arbitres ou des parties à désigner le troisième arbitre, cette désignation est faite par le centre d'arbitrage.

Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM inverse les rôles : il prévoit que le président du tribunal arbitral est désigné non par les deux arbitres choisis par les parties ou par les parties elles-mêmes, mais par le Centre d'arbitrage, à moins que les parties n'aient prévu que les arbitres qu'elles ont désignés devaient faire choix du troisième arbitre dans un délai déterminé. Si à l'expiration du délai fixé par les parties ou imparti par le Centre les arbitres désignés par les parties n'ont pu se mettre d'accord, on retourne à la solution de la nomination du troisième arbitre par le Centre.

Ces règlements d'arbitrage prévoient que le troisième arbitre désigné est le président du tribunal arbitral. Ils se montrent ainsi plus précis que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui est silencieux sur les modalités de désignation du président du tribunal arbitral. La base conventionnelle de la justice arbitrale commande de penser, devant une telle imprécision, que le tribunal arbitral est présidé par un arbitre désigné selon les modalités arrêtées par les parties. À défaut de manifestation de volonté de la part des parties, les arbitres eux-mêmes peuvent désigner un président. Dans cette seconde hypothèse, il sera convenable de passer par un vote où chacun s'interdit de se voter soi-même. Mais si les arbitres n'arrivent pas à se donner un président, sans doute faudrait-il penser au juge étatique pour une telle désignation. La solution est d'autant plus probable que l'Acte uniforme prévoit que pour la désignation du troisième arbitre, et à défaut de convention entre les parties, il faut faire confiance aux deux premiers arbitres. À défaut d'accord entre les deux, on doit saisir le juge étatique compétent dans l'État partie.

13. Les règlements d'arbitrage contiennent une précision à souligner : ils envisagent l'hypothèse de désignation des arbitres en cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs. Dans ce cas, prévoient expressément les règlements du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD et de la CACI, les demandeurs désignent conjointement leur arbitre et les défendeurs désignent conjointement le leur (*Voir articles 11 para. 3 du règlement d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD et 12.2 para 4 du règlement d'arbitrage de la CACI*). Cette solution est implicite dans le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM puisqu'il règle la difficulté qui peut naître de l'échec dans la désignation conjointe de leur arbitre par les demandeurs ou les

défendeurs. Les demandeurs et les défendeurs auront en général des intérêts sinon identiques, du moins convergents, ce qui est de nature à favoriser une désignation conjointe de l'arbitre.

III - Rôle éventuel du centre d'arbitrage dans la constitution du tribunal arbitral

14. Lorsque l'arbitrage est institutionnel, l'intérêt du centre qui l'organise est qu'il se tienne dans des conditions satisfaisantes. À cet effet, il prend en général au moins deux précautions : dresser une liste d'arbitres (*Signalons que la CACI n'a pas de liste d'arbitres, de sorte qu'on peut librement chercher l'arbitre*), et confirmer les arbitres désignés. On peut imaginer que le centre aille plus loin et désigne même les arbitres. Les textes envisagent la désignation des arbitres par les centres d'arbitrage comme solution à une difficulté (*Certes, on peut concevoir l'hypothèse où une institution d'arbitrage désigne les arbitres, sans qu'on ait à constater une carence des parties. Il faut imaginer qu'au lieu de se contenter de dresser une liste des arbitres et de confirmer ceux qui sont désignés, le centre rende lui-même la sentence. La convention de New York accorde une place à un tel mécanisme. Le centre doit alors forcément désigner des personnes physiques pour procéder au règlement du litige puisqu'il ne peut lui-même en tant que personne morale, juger. La particularité dans cette voie est qu'au moment où les parties saisissent le centre d'arbitrage, elles n'ont aucune idée des personnes physiques qui peuvent être désignées pour constituer la juridiction. Elles font donc une totale confiance à l'institution d'arbitrage*), point à examiner plus loin. Nous n'examinerons à ce niveau que les activités d'établissement de la liste des arbitres (1) et de confirmation des arbitres désignés (2).

a - Établissement de la liste des arbitres

15. Le sérieux d'un centre d'arbitrage s'observe depuis la liste des arbitres qu'il présente. On comprend le soin que ces centres mettent à constituer cette liste. Une précaution élémentaire, mais d'une grande importance, n'est jamais oubliée : dans la liste ne peut figurer un membre du centre d'arbitrage pouvant à un moment ou un autre se retrouver dans une position ambiguë. Du moment où le centre d'arbitrage ne tranche pas lui-même les litiges par ses organes délibérants ou exécutifs mais se contente d'exercer les attributions d'administration des arbitrages, il est utile que les arbitres soient indépendants par rapport à lui.

Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM paraît restreindre l'interdiction d'être arbitre aux seuls membres du Comité permanent du Centre lorsqu'il prévoit que pendant leur mandat, les membres du Comité permanent ne peuvent être désignés arbitres. Lue *a contrario*, la disposition signifierait que les membres

du Conseil supérieur et même le Secrétaire du Centre qui fait office de greffier peuvent être désignés arbitre. Or, le texte ne peut raisonnablement pas avoir prévu une telle solution (*Il faut cependant noter que l'article 2 alinéa 5 du règlement d'arbitrage de la CACI prévoit que les membres du Conseil d'Administration du Centre et du Comité de médiation et d'arbitrage peuvent être choisis comme arbitres par les parties. Dans ce cas, le membre concerné ne participe pas aux travaux consacrés aux procédures en cours*).

La seconde précaution à prendre est la recherche de la compétence technique des personnes désignées pour figurer sur la liste des arbitres. En effet, quoi qu'on puisse dire dans le sens du caractère parfois amiable de la justice arbitrale, personne n'est jamais indifférent aux compétences techniques des arbitres. Notre époque est en plus celle où on magnifie l'expertise. Les arbitres seront donc essentiellement des spécialistes des questions traitées. À cet égard, et reprenant fidèlement l'article 14 de la convention de Washington, le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM pose que « Les personnes désignées pour figurer sur la liste doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante ».

Enfin, et bien que ceci puisse paraître superflu, la liste des arbitres ne doit pas demeurer statique. ; elle doit varier constamment en fonction de nouvelles compétences recherchées, ou de l'indisponibilité voire de l'incapacité touchant un arbitre inscrit sur la liste.

b - Confirmation des arbitres désignés

16. Que l'arbitre désigné appartienne ou non à une liste dressée par le centre d'arbitrage concerné, il est indispensable qu'il soit confirmé par ce centre. La confirmation par le centre d'arbitrage des arbitres désignés par les parties est la première manifestation du climat de confiance qui doit, tout au long de la procédure, régner d'une part entre les parties et le centre d'arbitrage, d'autre part entre ce dernier et les arbitres. Il faut insister particulièrement sur ce climat de confiance puisqu'il est essentiel à la fois que les parties peuvent avoir dans la justice arbitrale et donc au penchant qu'elles peuvent avoir à l'exécution spontanée des sentences à rendre.

L'importance de la confirmation des arbitres justifie que le centre d'arbitrage y mette tout le soin. Dans les règlements d'arbitrage, les centres y procèdent par l'intermédiaire de l'organe sinon le plus élevé, du moins à même de garantir la bonne qualité du travail à effectuer. Dans le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM, la confirmation de l'arbitre est faite par le Comité permanent, organe technique. Dans le règle-

ment d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD, la confirmation des arbitres est une tâche confiée au Comité de gestion (*Voir article 11 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation du CCIAD*), organe qui est l'équivalent du Comité permanent du Centre d'arbitrage du GICAM.

L'ancien règlement d'arbitrage de la CACI prévoyait une exception à cette solution. Son article 12. 3 donnait compétence au Secrétariat du bureau administratif de la Cour pour la confirmation des arbitres. Mais la décision du Secrétariat pouvait faire l'objet d'un recours devant le Comité d'arbitrage dans les quinze (15) jours qui suivent sa notification aux parties. On pouvait se flatter que l'éventualité du recours dissuadait le Secrétaire d'agir avec légèreté. Mais la solution était mauvaise et a, sans surprise, été abandonnée pour la compétence directe du Comité de médiation et d'arbitrage dans la nouvelle version du règlement d'arbitrage.

B - Rôle supplétif de la loi

17. Dans le climat de grande euphorie qui accompagne généralement la conclusion de la convention d'arbitrage, les parties seront souvent négligentes ou feront suffisamment confiance à un centre d'arbitrage pour la constitution du tribunal arbitral. Lorsque la solution est trouvée par application du règlement d'arbitrage, il faudrait concéder qu'elle s'intègre dans les prévisions des parties qui, en choisissant un centre d'arbitrage, adoptent implicitement son règlement, de sorte qu'on ne puisse pas dire que leur volonté ne s'est pas exprimée (*L'analyse est faite sans ignorer le fait que les parties regardent parfois certaines dispositions du règlement d'arbitrage comme un véritable carcan, même si, théoriquement, elles peuvent y déroger. La dérogation n'est normalement possible que si elle ne travestit pas la procédure telle qu'envisagée par le centre d'arbitrage*). C'est donc, essentiellement, en matière d'arbitrage *ad hoc* que le législateur vient au secours des parties.

Les points les plus intéressants sont les dispositions destinées à vaincre l'inertie des parties ou à rendre efficaces les conventions d'arbitrage incomplètes. Le cœur du dispositif légal est l'article 5 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Après avoir indiqué que les arbitres sont nommés, révoqués et remplacés conformément à la convention des parties, cet article ajoute : « À défaut d'une telle convention d'arbitrage ou si la convention est insuffisante :

a) en cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre ; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est

effectuée, sur la demande d'une partie, par le juge compétent de l'État partie ;

b) en cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le juge compétent dans l'État partie ».

Une première solution paraît certaine : si la convention d'arbitrage ne prévoit aucun délai de désignation des arbitres, le délai applicable est de trente jours à compter de la réception de la demande à cette fin. En revanche, et contrairement à ce qu'a décidé la Cour commune de justice et d'arbitrage dans l'affaire *SARCISARL c/ Atlantique Télécom SA et Télécel Bénin SA précitée*, si la convention a prévu un délai différent, celui-ci doit être respecté.

Le même délai de trente jours est imposé aux deux premiers arbitres pour la désignation du troisième arbitre.

La solution applicable en cas de silence des parties sur le nombre des arbitres est aussi certaine. La partie qui prend l'initiative de l'arbitrage devrait, dans ce cas, faire à l'autre partie une proposition sur le nombre d'arbitres, de sorte qu'un éventuel accord dans ce sens soit considéré comme le complément nécessaire de la convention d'arbitrage. Une telle proposition n'a pas besoin d'être formelle. Le fait que le défendeur à l'arbitrage accepte la désignation d'un arbitre unique faite par le demandeur ne peut être compris que comme l'exécution de l'accord complémentaire pour la désignation d'un arbitre unique ; le fait de désigner son propre arbitre en réponse à une demande d'arbitrage devrait aussi être interprété comme l'exécution d'un accord pour un tribunal arbitral constitué de trois arbitres. Dans ce cas, le troisième arbitre est désigné conformément aux prévisions de la loi.

Bien entendu, le destinataire de la demande d'arbitrage pourrait souhaiter perdre du temps en élevant une contestation fondée sur ce que le nombre d'arbitres n'avait pas été arrêté. Mais faute par lui de faire de contre-proposition sur le nombre d'arbitres à désigner, il serait évident qu'il est de mauvaise foi. Et le juge étatique appelé à aider le tribunal arbitral à se constituer pourrait alors entériner purement et simplement la proposition du demandeur.

§2 - Hypothèse de difficultés dans la constitution du tribunal arbitral

18. Les difficultés de constitution du tribunal arbitral peuvent être regroupées dans trois rubriques : une partie peut faire obstruction à la constitution du tribunal arbitral (A) ; la difficulté peut tenir à ce qu'une des parties récuse l'arbitre (B) ; la difficulté peut résulter de ce que l'arbitre désigné refuse sa mission (C).

A - Obstruction d'une des parties à la constitution du tribunal arbitral

19. En général, la solution des difficultés de constitution du tribunal arbitral dépend essentiellement du

type d'arbitrage en cause. L'hypothèse de l'obstruction d'une des parties à la constitution du tribunal arbitral n'échappe pas à cette constante. On distinguera selon que l'arbitrage est institutionnel (1) ou *ad hoc* (2).

I - Arbitrage institutionnel et obstruction à la constitution du tribunal arbitral

20. Dans l'arbitrage institutionnel, le centre d'arbitrage prend toujours les dispositions nécessaires pour vaincre l'obstruction d'une des parties à la constitution du tribunal arbitral. Concrètement, la partie qui s'abstient de désigner un arbitre voit son pouvoir de désignation passer purement et simplement aux mains de l'organisme d'arbitrage ou d'un organe qu'il a constitué à cet effet.

En vérité, le problème ne se posera qu'avec le destinataire de la demande d'arbitrage. En effet, ayant intérêt à accélérer la procédure d'arbitrage, le demandeur désignera toujours très rapidement son arbitre. Plus souvent, il le fera dans la demande d'arbitrage, ainsi que le veulent les règlements d'arbitrage (*Voir articles 9. 3 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM, 7 du règlement de la CACI, et 11 du règlement du Centre d'arbitrage de la CCIAD*).

L'obstruction se manifeste lorsque le défendeur s'abstient de répondre ou, dans sa réponse, ne désigne pas l'arbitre attendu de lui.

21. Il est des hypothèses où il n'est pas possible de désigner les arbitres dans la demande ou la réponse à la demande d'arbitrage. C'est le cas lorsque le nombre d'arbitre doit être déterminé par le centre d'arbitrage. Après cette détermination, le centre impartit aux parties un délai pour désigner l'arbitre commun ou, chacun son arbitre. La carence d'une partie ne peut alors être constatée qu'à l'expiration du délai ainsi imparti (*La solution est certaine lorsqu'une partie ne désigne pas l'arbitre attendu d'elle ; elle l'est aussi lorsque l'échec dans la désignation résulte de l'incapacité des parties à s'entendre sur l'arbitre unique à désigner*).

22. Il n'est pas impossible qu'on soit en présence d'une hypothèse où le délai de désignation prévu par le règlement d'arbitrage applicable est différent du délai prévu par les parties. L'hypothèse ne pose aucune difficulté lorsque sur ce point précis ou de façon générale le règlement d'arbitrage se donne un rôle supplétif de la volonté des parties (*C'est ce qu'il convient de penser à la lecture de l'article 1 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de la CCIAD*). Si en revanche le règlement d'arbitrage ne dit rien sur la question, deux solutions sont concevables : donner effet à la convention des parties ou considérer qu'à partir du moment où les parties se sont adressées au centre d'arbitrage elles doivent suivre scrupuleusement son règlement.

La solution à la difficulté ne fait aucun doute dans son principe : le législateur pose que le fait pour les parties de s'en remettre à un organisme d'arbitrage les engage à appliquer le règlement d'arbitrage de cet organisme, sauf pour celles-ci à écarter expressément certaines dispositions dudit règlement. La faculté d'écarter certaines dispositions du règlement d'arbitrage est donc prévue. Les dispositions du règlement d'arbitrage seraient toujours supplétives de la volonté des parties.

L'analyse peut trouver un appui du côté du fondement conventionnel de la justice arbitrale. Étant libres d'avoir recours à un centre d'arbitrage, les parties seraient également libres de moduler à leur convenance certaines dispositions de son règlement.

Il faudrait cependant savoir jusqu'où aller dans cette voie. Il y a en effet à tenir compte de l'intérêt légitime que le centre d'arbitrage pourrait avoir à voir organiser l'arbitrage de la manière qu'il juge appropriée. Le règlement d'arbitrage de la CACI prévoit même que la CACI peut ne pas donner suite à une demande d'arbitrage si s'étant référées au règlement d'arbitrage de la CACI, les parties y ont néanmoins dérogé sur les points affectant de façon substantielle les garanties qu'il offre. Les parties devraient donc avoir la prudence de ne stipuler de dérogation au règlement d'arbitrage que lorsqu'une telle stipulation ne travestit pas le dit règlement.

II - Arbitrage *ad hoc* et obstruction à la constitution du tribunal arbitral

23. Lorsque l'obstruction à la constitution du tribunal arbitral a lieu dans un arbitrage *ad hoc*, contrairement à ce qui est décrit ci-dessus s'agissant de l'arbitrage institutionnel, on ne trouve pas une formule de solution interne. Il va donc falloir rechercher l'appui d'un tiers. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage prévoit que dans les hypothèses où les parties ne s'entendent pas sur l'arbitre à désigner ou une partie ne désigne pas l'arbitre attendu d'elle, la désignation est faite par le juge compétent dans l'État partie.

Dans certains cas, chacune des parties désigne son arbitre mais l'arbitrage ne peut pas être efficacement mené parce que les arbitres sont en nombre pair. Si les parties n'ont pas prévu de solution conventionnelle, les arbitres désignés désignent un autre pour compléter la composition du tribunal arbitral. À défaut, ce dernier arbitre est désigné par le juge. La Cour commune de justice et d'arbitrage a jugé que le juge étatique compétent tient de l'article 8 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage le pouvoir de nommer un troisième arbitre lorsque la convention d'arbitrage n'en prévoit que deux.

24. Soucieux de ne pas s'immiscer dans les questions d'organisation judiciaire, le législateur africain n'a pas indiqué le juge compétent dans les États pour procéder à la désignation. Dans ces conditions, la solution à

appliquer peut ne pas être la même partout. Mais il serait étrange que dans un État partie une telle compétence revienne à une juridiction à saisir suivant une procédure lourde (*S'agissant simplement de faire désigner un arbitre, il n'est pas nécessaire de mobiliser une structure lourde*). Dans bien des pays, une ordonnance prise sur requête devrait suffire. Au Cameroun, par exemple, le juge compétent est le Président du Tribunal de première instance ou un magistrat que celui délègue à cet effet (*Voir article 2 de la loi n° 2003/009 du 10 juillet 2003 désignant les juridictions compétentes visées à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant leur mode de saisine*). Ce texte reprend une solution déjà ancienne et sur laquelle le Président du tribunal de première instance de Yaoundé s'est fondé pour répondre favorablement à une demande de désignation d'un arbitre le 23 novembre 1999. Il est cependant regrettable que le texte prévoit que le Président est saisi comme en matière de référé, ce qui veut dire suivant un mode qui instaure la contradiction. S'agissant de vaincre la résistance d'une partie qui fait obstruction, la voie appropriée est celle de l'ordonnance sur requête, c'est-à-dire un mode de saisine non contradictoire.

Certes, la voie de l'ordonnance sur requête peut causer quelques scrupules chez le requérant. En effet, la pratique en matière d'ordonnance sur requête est de préparer un projet d'ordonnance au bas de la requête présentée. Le requérant hésitera parfois à proposer le nom d'un arbitre, de peur d'être soupçonné de connivence avec ce dernier. Mais une telle crainte doit être évacuée, car quand bien même il propose un nom, le requérant n'oblige pas le juge à l'accepter. Et pour être prudent, il pourrait demander simplement au juge de désigner tel arbitre il lui plaira. Rien n'empêche qu'une telle solution soit appliquée même dans l'hypothèse où à la diligence d'une des parties, le juge étatique est saisi pour désigner un arbitre unique ou un troisième arbitre.

25. Sur le plan de la compétence territoriale, on peut hésiter entre deux solutions : donner compétence au juge du domicile du demandeur ou à celui du lieu où doit siéger le tribunal arbitral. Mais il serait plus pratique de s'adresser au juge du siège du tribunal arbitral, d'autant plus qu'on peut se trouver dans l'hypothèse de l'arbitrage à demandeurs multiples. La loi camerounaise ci-dessus citée retient la compétence du juge du lieu de l'arbitrage.

Les modalités de la désignation ne sont pas réglées par l'Acte uniforme. On sait tout au plus que la demande de désignation doit être formulée si trente jours après la réception d'une demande dans ce sens, la partie devant faire la désignation ne s'exécute pas. La demande de désignation devrait être, dans le cas d'arbitre unique ou du troisième arbitre, formulée par la partie la plus diligente. Dans le cas où le défendeur n'a pas désigné son arbitre, la demande de désignation doit être formulée par la partie victime de l'obstruction, à savoir le demandeur à l'arbitrage.

26. Mais les questions essentielles sont, par exemple, la portée de la décision de désignation. Est-elle susceptible de voie de recours ? Prive-t-elle la partie récalcitrante du droit de récuser l'arbitre ainsi désigné ? Une fois de plus, les droits nationaux seront sollicités. Mais le souci de célérité incline à penser que la décision désignant un arbitre ne devrait pouvoir faire l'objet que de pourvoi en cassation. Mais il paraît excessif de refuser à la partie récalcitrante le droit de récuser un arbitre désigné à sa place par le juge. La solution contraire ne pouvait au demeurant être posée que par la loi uniforme.

27. Pour le reste, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne traite expressément que des difficultés nées du défaut de désignation des arbitres par les parties. Mais on peut y ajouter l'hypothèse où un tiers préconstitué par les parties pour désigner un arbitre ne le fait pas (*Dans ce sens, P. MEYER, commentaire sous l'article 5 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage in OHADA, Traité et Acte uniforme commentés, 3^e édition, Juriscope*). On peut également y ajouter celle où la clause d'arbitrage ne contient pas suffisamment de précision, par exemple sur le nombre des arbitres. La saisine du juge étatique devient alors utile pour donner tout son sens à la convention d'arbitrage avant la désignation des arbitres. Le juge étatique doit en tout cas être perçu véritablement comme le juge d'appui à l'arbitrage.

B - Récusation d'un arbitre

28. Lorsqu'une des parties à l'arbitrage estime que l'arbitre ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires à sa mission, la solution consiste à récuser cet arbitre. Il importe de savoir les conditions et les modalités de la récusation : qui reçoit la demande de récusation (I), dans quel délai faut-il agir (II), comment instruire et quelle décision peut être prise sur la demande de récusation (III).

I - Autorité compétente pour la récusation

29. Lorsque l'arbitrage se tient sous les auspices d'une institution d'arbitrage, la demande de récusation est adressée à ce centre (*On peut bien imaginer que même dans cette hypothèse, les parties prévoient une solution différente. Mais ce n'est guère pratique et rares sont les centres d'arbitrage qui accepteraient une telle dérogation à leur règlement*). L'article 10. 2 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM prévoit que la demande est introduite auprès du Secrétariat du centre, pour transmission au Comité permanent car ce dernier a reçu compétence pour statuer sur les incidents de procédure (*Voir article 3. 1 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM*).

Dans le système d'arbitrage de la CACI, la demande

de récusation est introduite au Secrétariat de la Cour pour transmission au Comité de médiation et d'arbitrage. Dans l'arbitrage de la CCIAD, la demande est adressée au Secrétariat pour transmission au Comité de gestion du Centre.

30. En matière d'arbitrage *ad hoc* il est possible que les parties aient conventionnellement prévu à qui pourrait être adressée une demande de récusation. À défaut de telles prévisions, la demande de récusation doit être adressée au juge étatique compétent. Cette solution est clairement formulée par l'article 7 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

Se pose toutefois ici, comme dans le cadre de la désignation judiciaire d'un arbitre, la question de savoir quelle juridiction étatique saisir de la demande de récusation, l'Acte uniforme ayant renvoyé simplement « au juge compétent dans l'État partie ». Ici également, comme dans le cas de la désignation de l'arbitre, la solution appliquée peut varier d'un pays à l'autre. Certains soutiendront sans doute l'idée qu'il n'est pas plus compliqué de statuer sur une demande de récusation que de désigner un arbitre. On admettrait alors que le juge compétent pour la récusation pourrait être le même que celui qui peut être saisi pour désigner un arbitre, par exemple le juge des ordonnances sur requête. Mais il ne faut pas oublier que l'instruction de la demande de récusation est contradictoire. De même, on ne peut penser qu'il est interdit aux parties, et même à la partie récalcitrante, de récuser un arbitre judiciairement désigné. Ce jeu ne serait raisonnable que si le juge ayant compétence pour la récusation est différent du juge ayant désigné ledit arbitre. Il faudra en tout cas accorder beaucoup d'attention aux solutions prévues ou à prévoir à cet effet dans les États.

II - Délai d'introduction de la demande de récusation

31. La partie qui souhaite récuser doit, à peine de forclusion, introduire à temps sa demande. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne précise cependant pas le délai d'action ; il pose simplement que toute cause de récusation doit être soulevée sans délai par la partie qui veut s'en prévaloir. Les dispositions nationales complétant l'Acte uniforme (*Même si l'Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les États parties, il ne serait pas gênant que sur les points où il manque de précision, le législateur national le complète*) en ce qui concerne les modalités de la récusation pourraient être plus précises. De même, les parties à l'arbitrage pourraient fixer conventionnellement le délai de recevabilité des demandes de récusation.

Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM donne à la partie qui récuse un délai de trente (30) jours suivant la date à laquelle elle a été informée de la désignation ou de la confirmation de l'arbitre. Si elle n'a eu connaissance des circonstances justifiant la

récusation que postérieurement à la réception de la notification susvisée, le délai est le même, mais court du jour de la connaissance des faits constitutifs du motif de récusation. Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD ramène à quinze (15) jours le délai pour récuser.

Le règlement d'arbitrage de la CACI prévoit quant à lui le même délai de 15 jours, mais courant exclusivement à compter de la date à laquelle le requérant a eu connaissance des circonstances de nature, selon lui, à justifier sa requête, étant donné par ailleurs que la procédure de récusation ne peut être déclenchée qu'après la confirmation de l'arbitre.

32. Et tout état de cause, la partie qui n'a pas pu récuser pourrait plus tard essayer de paralyser la sentence arbitrale rendue. Elle pourra se situer sur le terrain de l'irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral, ou sur celui du vice de consentement s'il a donné son consentement en ignorant une circonstance qu'il a découverte postérieurement. Dans tous les cas, elle devra avoir à l'esprit l'article 14, alinéa 8 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, qui prévoit que la partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'invoquer sans délai une irrégularité et poursuit la procédure d'arbitrage, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

III - Instruction et décision sur la demande de récusation

33. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne dit rien sur les modalités d'instruction de la demande de récusation (*Bien sûr, les parties peuvent conventionnellement fixer des règles relatives à l'instruction de la demande*). Ce silence est dans une certaine mesure compréhensible : à partir du moment où la loi uniforme a renvoyé aux États parties le soin de désigner la juridiction compétente pour la demande de récusation, il n'était plus évident qu'il dise suivant quelles modalités la demande doit être instruite (*On sait bien le lien qu'il y a entre la juridiction saisie et la procédure applicable*).

Ce silence ne devrait gêner, cependant, qu'en ce qui concerne l'arbitrage *ad hoc*. En effet, s'agissant de l'arbitrage institutionnel, les dispositions des règlements d'arbitrage s'appliquent. Le trait commun de ces règlements est que dès qu'il reçoit la demande de récusation, le Secrétaire du centre saisit les personnes intéressées, dont l'arbitre récusé lui-même. L'espoir est qu'on n'en arrive pas à une décision du centre. Ce sera le cas si, informé de la demande de récusation, l'arbitre se déporte, ou si l'autre partie accepte la récusation. Sinon chacun présentera ses observations sur la demande de récusation.

Au vu des arguments du demandeur et des observations qui sont faites, le centre prend la décision sur la récusation. L'article 10. 2 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM indique que le Centre se prononce sur la recevabilité, en même temps que, s'il

y a lieu, sur le bien fondé de la demande de récusation après que le Secrétariat du Centre a mis l'arbitre concerné, les parties et les autres membres du tribunal arbitral s'il y en a, en mesure de présenter leurs observations par écrit, dans un délai approprié. Si le Centre accède à la demande de récusation, l'arbitre récusé doit être remplacé.

Ces dispositions sont reprises, avec quelques nuances de rédaction, par les règlements d'arbitrage de la CACI et du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD.

34. Quelle est la portée de la décision sur la récusation ?

La question est d'un grand intérêt, en particulier eu égard au souci de célérité qui anime la justice arbitrale. On peut en particulier se demander si la décision prise par les institutions d'arbitrage sur la demande de récusation peut être attaquée devant le juge étatique. Saisies d'une telle question, les juridictions françaises ont répondu par la négative (*TGI de Paris, 23 juin 1988, Rev. arb. 1988, 68, note Fouchard ; Paris, 14 février 1985, Rev. arb., 1987, 325*).

La solution est amplement justifiée : en faisant recours à un organisme d'arbitrage, les parties adhèrent à son règlement. De plus, la solution fait l'économie d'une procédure judiciaire dont on sait qu'elle peut durer.

35. Lorsque la récusation est demandée devant le juge étatique, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage précise que la décision sur la récusation est sans recours. Le législateur montre ainsi qu'en ce qui concerne la récusation, son souci est de concilier la garantie apportée aux parties avec l'objectif de célérité de la justice arbitrale.

C - Refus de l'arbitre désigné

36. Même s'il est un juge, l'arbitre assume à l'égard des parties une obligation contractuelle dont il est forcément soucieux de la bonne exécution. Il pourrait ainsi voir sa responsabilité engagée en raison de la mauvaise exécution de sa mission. Une telle pression psychologique rend difficile la mission de l'arbitre, au point qu'il soit toujours intéressant de savoir s'il l'a acceptée. Seule cette acceptation peut parfaire la constitution du tribunal arbitral (*Voir pour cette analyse, l'article 1452 du NCPC français*).

Au demeurant, il ne sera pas impossible qu'ayant accepté la mission, un arbitre démissionne par la suite en raison d'une circonstance postérieure à l'acceptation. Cette circonstance peut être le choix des autres arbitres devant entrer dans la composition du tribunal arbitral, que l'arbitre abstentionniste juge insatisfaisant. En effet, lorsque le tribunal arbitral a une composition collégiale, l'arbitre n'est jamais indifférent à la personnalité des co-arbitres. Dans la pratique, il est convenable

que l'arbitre qui entend conditionner sa participation à la possession d'informations sur la composition totale du tribunal arbitral ne donne qu'un accord provisoire dès qu'il est sollicité, l'acceptation définitive devant être donnée dès que ces informations sont disponibles. Une telle technique ne heurte pas les dispositions légales qui exigent que l'arbitre acceptant sa mission porte cette acceptation à la connaissance des parties (*Voir article 7 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage*).

37. Il arrivera que l'arbitre hésite à donner son acceptation ou à continuer sa mission parce qu'existe en sa personne une cause de récusation. Il doit alors porter l'information à la connaissance des parties. Celles-ci peuvent, malgré ces faits, s'entendre pour que cet arbitre siège. C'est une conséquence de l'origine conventionnelle de l'arbitrage : si les parties donnent à l'arbitre pouvoir de juger en pleine connaissance d'une circonstance qui aurait pu faire craindre sa partialité, personne ne peut s'en offusquer à leur place.

Encore faut-il que l'arbitre ait communiqué aux parties tous les détails sur les circonstances qui peuvent faire douter de son impartialité. Des informations partielles sont susceptibles d'induire les parties en erreur et peuvent être constitutives de dol de la part de l'arbitre. Dans ces conditions, non seulement l'arbitre devrait engager sa responsabilité personnelle pour faute intentionnelle, mais aussi la sentence devrait être annulée pour irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral.

L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne donne pas suffisamment de précision sur le régime du refus de l'arbitre. Les règlements d'arbitrage montrent que ce régime diffère selon qu'il s'agit d'un refus originaire ou d'une démission.

38. Lorsque, à l'origine, l'arbitre veut refuser sa mission, il le fait sans aucune condition. Personne n'est en effet obligé d'accepter une mission qu'on lui confie, surtout lorsqu'il s'agit d'une mission privée. En l'absence d'acceptation, on dit que la convention d'arbitrage devient caduque. Mais on peut tempérer cette analyse, en réservant la caducité à l'hypothèse où les parties n'arrivent pas à désigner un autre arbitre. Celles-ci sont en effet obligées de désigner un autre arbitre si elles veulent continuer la procédure arbitrale. Faute par les parties de trouver un autre arbitre, la convention arbitrale deviendrait irrémédiablement caduque. Sans doute faudrait-il alors fixer un délai d'attente pour constater la carence.

Lorsque, après avoir accepté sa mission, l'arbitre veut démissionner, il doit en faire la proposition à l'organisme qui administre l'arbitrage. La démission n'est en principe acquise que si l'organisme l'accepte. L'arbitre pourrait ainsi engager sa responsabilité en cas de démission intempestive.

Mais l'institution d'arbitrage ne peut contraindre l'arbitre à continuer sa mission. Si donc la démission n'est pas acceptée et que malgré tout l'arbitre la main-

tient, l'institution d'arbitrage prendra les dispositions nécessaires pour la suite de la procédure. S'il s'agissait d'un arbitre unique, il n'y a pas d'autre solution que de pourvoir à son remplacement. En revanche si l'arbitre démissionnaire faisait partie d'un collège arbitral, l'organisme d'arbitrage apprécie l'opportunité de son remplacement, et peut permettre que le collège continue la procédure malgré le siège vacant.

Section 2 - Statut de l'arbitre

39. Le pouvoir de juger qu'exerce l'arbitre exige de lui un certain nombre de conditions. Mais, il ne peut exercer sereinement ce pouvoir s'il n'est entouré d'un minimum de garanties et avantages. Son statut est donc constitué par des conditions qu'il doit remplir (§1) et des garanties et avantages qui lui sont dus (§2). N'étant pas un juge permanent, il doit, pour statuer sur un cas concret, avoir accepté sa mission (§3).

§1 - Conditions requises pour être arbitre

40. Les textes sont relativement elliptiques sur les conditions que doivent remplir les arbitres pour exercer convenablement le pouvoir de juger. La pratique, cependant, a permis de parvenir à un certain nombre de certitudes. Il importera d'examiner le contenu (A) puis les sanctions des conditions requises des arbitres (B).

A - Contenu des conditions

41. L'arbitrage étant une justice conventionnelle, il est loisible aux parties d'exiger des arbitres telle ou telle qualité, en particulier des qualités de compétence techniques. Ces conditions particulières prévues par les parties s'ajouteraient à quatre autres exigées par la loi : être une personne physique, avoir le plein exercice de ses droits civils, être indépendant et impartial. En deux alinéas, l'article 6 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage dispose que « La mission de l'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique », et que « L'arbitre doit avoir le plein exercice de ses droits civils et être indépendant et impartial vis-à-vis des parties ».

I - Qualité de personne physique

42. C'est très opportunément que la loi prévoit que l'arbitre ne peut être qu'une personne physique. En l'absence d'une telle indication, on pouvait entretenir des discussions en avançant, par exemple, qu'une institution d'arbitrage peut avoir la qualité d'arbitre. Une telle analyse est désormais exclue. Ainsi, lorsque l'arbitrage se tient sous les auspices d'un centre d'arbitrage, la

qualité d'arbitre appartient non audit centre, mais aux personnes physiques qui entrent dans la constitution du tribunal arbitral, que celles-ci soient désignées sur une liste constituée par le centre ou pris en dehors.

II - Exercice des droits civils

43. L'exigence de la capacité d'exercice des droits civils n'étonne pas : on ne peut légitimement conférer la mission de juger à un incapable. La solution se comprend si l'incapacité d'exercice, qui s'oppose à la constitution d'une personne comme arbitre, s'explique, par exemple, par l'état de minorité de l'intéressé. Elle se comprend de surcroît lorsque l'incapacité résulte d'une condamnation, car alors la condamnation montre qu'on ne peut faire confiance au concerné.

Sous cette rubrique, la capacité d'exercice des droits civils suffit. Peu importe donc que l'arbitre soit un national ou un étranger. Plus largement, l'incapacité politique n'est pas un obstacle à la désignation comme arbitre.

III - Indépendance et impartialité

44. L'indépendance vis-à-vis des parties et l'impartialité sont exigées de l'arbitre, parce qu'elles sont les garants de l'indépendance d'esprit qui est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel. La Cour de cassation française l'a affirmé, et la Cour d'appel de Paris souligne utilement que l'indépendance d'esprit est de l'« essence de la fonction juridictionnelle » ou encore une « exigence absolue de toute procédure arbitrale ».

Les conditions d'indépendance et d'impartialité posent cependant des difficultés d'inégale importance. Déjà une difficulté liminaire sera de définir ces notions.

a - Indépendance

45. On a dit que l'indépendance apparaît comme une situation de fait ou de droit que l'on pourrait apprécier objectivement, tandis que l'impartialité serait une disposition d'esprit, un état psychologique par nature subjectif (E. GAILLARD, *Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international*, *Rev. arb.*, 1990, 761).

Sur cette ligne de démarcation tracée par la doctrine, la Cour d'appel de Paris a affirmé que « l'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que, d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif de tout lien de dépendance notamment avec les parties, et que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels et intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage ».

46. On peut penser que certains règlements d'arbitrage considèrent comme privatif d'indépendance chez l'arbitre la situation de ressortissant d'un État partie ou de compatriote d'une des parties au différend. La solution est évidente dans le cadre d'un arbitrage comme celui du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

La solution peut être discutée dans sa pertinence ; mais elle semble avoir fait ses preuves puisqu'elle n'est pas isolée. L'article 12. 2 de l'ancien règlement d'arbitrage de la CACI prévoyait que « Si dans le cas d'un arbitrage international les parties n'ont pas la même nationalité, l'arbitre unique ou le président ne peut avoir la même nationalité qu'une des parties, sauf convention contraire ; sous la même réserve, le président ne peut avoir non plus la même nationalité que l'un ou l'autre des co-arbitres ». Le texte révisé ne reprend plus la formule.

Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD se contente de dire que le Comité de gestion du centre tiendra compte de la nationalité de l'arbitre, de son lieu de résidence et de tout lien avec les pays auxquels ressortissent les parties et les autres arbitres.

Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM ne contient pas une telle formule. Mais ce silence ne devrait pas signifier que le système d'arbitrage du GICAM ne se préoccupe pas de la nationalité des arbitres, en rapport avec la question de leur indépendance.

47. Un certain nombre de cas concrets ont permis de caractériser le défaut d'indépendance. N'est pas indépendant l'arbitre qui, parallèlement aux opérations d'arbitrage, poursuit une mission personnelle et rémunérée de conseil et d'assistance technique à une des parties à l'arbitrage. N'est pas non plus indépendant l'arbitre qui, au moment du compromis qui le désigne pour remplacer un autre, était encore le consultant rémunéré d'une société dépendant du groupe auquel appartient l'une des parties à l'arbitrage (*Paris, 9 avril 1992 Annabold BV c/ Frydman et autres D. 1992, IR, 173 ; Rev. crit. DIP, 1993, som., 760*). L'embauchage d'un arbitre par l'une des parties, au lendemain du prononcé de la sentence, a permis de caractériser le défaut d'indépendance (*Paris, 2 juillet 1992, Sté Raoul Duval cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international op. cit., n° 1030, note 30*). Il faudrait attirer l'attention sur l'analyse essentiellement divinatoire qui est faite dans cette dernière espèce. Il faudrait savoir jusqu'où pousser un tel pronostic. En particulier, lorsque l'arbitrage est corporatif, il est rare que les arbitres et les parties ne se connaissent pas bien. En effet, dans la profession, les opérateurs se rencontrent souvent à l'occasion de telle ou telle affaire, traitent plus ou moins durablement, et il serait étrange que l'allégation de défaut d'indépendance prospère parce qu'existent des liens quelconques entre l'arbitre et l'une des parties. Le lien justifiant un défaut d'indépendance doit être

suffisamment caractérisé. La Cour de cassation française le trouve suffisamment caractérisé dans l'hypothèse où, pour régler les différends qui la concernent, une des parties désigne systématiquement et de manière répétitive l'arbitre mis en cause, car alors, se crée entre cette partie et cet arbitre « *un courant d'affaires* » (Cass. 20 octobre 2010 n° 09-68-131 et n° 09-68-997, *Juris Data* n° 2010-018962 et n° 2010-018981).

L'allégation de dépendance prospérera difficilement si elle vise non le lien entre l'arbitre et une des parties, mais entre le premier et le conseil d'une des parties. Le milieu de l'arbitrage est composé de juristes spécialisés, d'assez grande notoriété, et forcément en nombre limité. Dans ces conditions, il est habituel que les arbitres, soient plus ou moins liés aux parties.

b - Impartialité

48. On peut comprendre l'impartialité à partir de son antonyme, la partialité, qui est la prédisposition psychologique à favoriser une des parties au litige. L'analyse est d'ordre psychologique, mais tient compte d'éléments objectifs comme dans le cadre de la condition d'indépendance. Le Tribunal fédéral suisse a refusé de considérer comme caractérisant la partialité les accusations ou suspicions ne reposant que sur le seul sentiment subjectif d'une partie et non sur des faits concrets propres à justifier objectivement et raisonnablement la méfiance chez une personne réagissant normalement.

L'exigence d'éléments objectifs propres à justifier la partialité fera parfois penser aux conditions caractérisant la dépendance. C'est qu'en vérité, la situation de dépendance en elle-même ne gêne pas si elle n'altère pas le jugement de l'arbitre ; la partialité ne se manifeste que rarement par un comportement concret avant que l'arbitre n'ait statué. Il semblera donc parfois commode de partir d'une situation objective de défaut d'indépendance pour établir que l'arbitre ne remplit pas les conditions requises pour juger. Pratiquement, l'impartialité pourrait être présumée à partir d'une situation objective de dépendance.

49. Le plus souvent, les allégations d'absence d'impartialité se présentent sous deux séries de circonstances. En premier lieu, l'existence de la condition d'impartialité est souvent contestée chez un arbitre en raison de ce qu'il aurait déjà connu du litige, ou d'un litige connexe, dans une instance antérieure (Voir *Cl. REYMOND, « Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée. Réflexions sur quelques arrêts récents », Rev. arb., 1991, 3*). L'arbitre doit statuer sans préjugé. Or, si à un titre ou un autre il a déjà connu de l'affaire, il ne peut aborder le sujet pour une seconde fois sans préjugé. Encore faut-il préciser que l'impartialité de l'arbitre ne peut être atteinte que s'il a pris dans la procédure antérieure une décision sur une question qui lui est soumise une seconde fois.

Dans une seconde série de cas, l'allégation d'absence d'impartialité est fondée sur une attitude antérieure de

l'arbitre, que l'une des parties considère comme pouvant pousser ce dernier à un jugement qui lui est défavorable. Mais un tel grief ne peut prospérer que si l'attitude qui fonde la suspicion caractérise une hostilité faisant craindre raisonnablement un préjugé défavorable.

B - Sanction de l'inobservation des conditions requises

50. Le législateur et les règlements d'arbitrage ont imaginé un certain nombre de solutions préventives permettant de s'assurer que l'arbitre qui statue remplit les conditions nécessaires à sa mission (I). Si malgré tout l'arbitre est constitué dans des conditions irrégulières, il pourra être récusé (II) ; si la sentence est déjà rendue, elle pourrait être annulée (III).

I - Contrôle préventif

51. Depuis l'établissement de la liste des arbitres par les centres d'arbitrage, un contrôle *a priori* des conditions à remplir pour être arbitre est fait. Un tel contrôle ne peut, cependant, porter que sur des éléments comme la qualité de personne physique et l'exercice des droits civils par l'arbitre.

Le contrôle *a priori* est plus étendu au stade de la nomination ou de la confirmation des arbitres. Connaissant bien le différend dans tous ses éléments caractéristiques, les parties et le centre d'arbitrage peuvent vérifier l'existence de conditions telles que l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. L'autorité de nomination ou de confirmation pourrait, le cas échéant, écarter de la procédure un arbitre qui ne remplit pas les conditions requises.

52. L'exercice de ce pouvoir ne pose pas les mêmes difficultés. Lorsque le pouvoir de nommer un arbitre est confié à un centre d'arbitrage, ce dernier dispose de plus de facilités pour vérifier les conditions à remplir par les arbitres. L'une de ces facilités est le traitement de la révélation que peut faire l'arbitre pressenti. On sait que le centre communique aux parties la révélation de l'arbitre pressenti et recueille leurs observations.

L'accès à l'information utile n'est pas organisé lorsque le pouvoir de nomination est confié, non pas à un centre d'arbitrage, mais à un véritable tiers préconstitué ou à un juge. Le bon sens commande, cependant, que le tiers ou le juge bénéficie des mêmes chances qu'un centre d'arbitrage. Le tiers préconstitué ou le juge pourrait bien demander aux parties des informations nécessaires à l'exercice de son pouvoir. Le Tribunal de grande instance de Paris a jugé que « pour exercer la mission de coopération à la constitution du tribunal arbitral qui lui a été confiée en cas de difficultés tant par la volonté des parties que par les articles 1444 et 1493 NCPC (...), le Président du Tribunal de grande instance de Paris doit être pleinement informé sur la personnalité des arbitres susceptibles d'être désignés » (*TGI de Paris, 12 et*

20 décembre 1991, inédits, décisions citées par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN *op. cit.*, n° 1065).

En vérité, les difficultés d'accès à l'information utile témoignent de l'intérêt de l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre pressenti. Est passée au rang de principe universel de l'arbitrage l'idée que l'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. Il ne peut alors accepter sa mission qu'avec l'accord de celles-ci. L'article 7 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est suffisamment ferme à cet égard. Il prévoit que l'accord des parties sur ce point doit être « unanime et écrit ».

53. Les règlements d'arbitrage de la CCJA et du GICAM adoptent une autre formule. Respectivement aux articles 4. 1 et 10. 1, ils disposent qu'avant sa nomination, l'arbitre pressenti, auquel il a été donné connaissance des informations sur le litige figurant dans la demande d'arbitrage, fait connaître par écrit au Secrétariat général de la Cour (au Secrétariat du Centre) des faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties.

Le règlement d'arbitrage de la CACI contient également une solution différente. Il prévoit en effet qu'avant son entrée en fonction, l'arbitre signe une déclaration d'indépendance aux termes de laquelle il n'existe pas, selon lui, de circonstance de nature à affecter son indépendance.

54. La variation dans la formulation de l'exigence montre bien les difficultés auxquelles elle peut donner lieu. La difficulté essentielle consiste à dire jusqu'à quel point l'arbitre peut considérer un fait comme l'empêchant de faire une déclaration d'indépendance ou, selon les cas, devant être révélé. L'arbitre sera parfois face à un dilemme : ne rien dire sur telle circonstance, au risque de s'entendre reprocher, plus tard, sa réticence, et révéler telle information anodine, au risque de créer plutôt l'embarras et de mettre les parties dans des mauvaises prédispositions psychologiques.

Certaines dispositions citées indiquent qu'on voudrait inviter les arbitres sinon à faire des divinations pour savoir exactement ce que peuvent faire le centre d'arbitrage ou les parties, du moins à se mettre à la place de celles-ci. L'exercice n'est pas facile, la susceptibilité pouvant varier sensiblement d'un individu à un autre. Les liens d'amitié avec un cadre d'une société engagée dans l'arbitrage pourront faire penser à telle personne qu'existe une circonstance de nature à remettre en cause l'indépendance et l'impartialité, alors que telle autre personne n'y verrait aucun problème.

55. Le droit comparé montre tout de même quelques cas assez nets d'inexécution dolosive de l'obligation de révéler. Dans l'affaire *Annabold* précitée, une partie a appris postérieurement à la désignation d'un arbitre unique que ce dernier était consultant du Président du groupe adverse. Il y avait là une circonstance de nature à mettre en

doute son impartialité. Le dol de l'arbitre était d'autant plus certain qu'invité à se déporter, il avait préféré continuer sa mission et surtout qu'il avait tenté de nier l'existence des liens qui lui étaient reprochés. On rappellera également l'affaire *Sté Raoul Duval* précitée, dans laquelle la Cour d'appel de Paris a trouvé suffisamment compromettante la circonstance qu'au lendemain d'une sentence arbitrale l'arbitre soit recruté par une partie à l'arbitrage.

II - Récusation

56. La demande de récusation tend à montrer que pour tel ou tel motif, l'arbitre qu'on récusé ne peut pas statuer sereinement.

Les textes n'énumèrent pas les motifs détaillés de la récusation, à l'image de ce qu'on peut voir dans les procédures judiciaires. Ils se réfèrent simplement aux conditions générales d'indépendance et d'impartialité. Dans les faits, les motifs détaillés de la récusation ne pourront pas s'éloigner de ceux qu'on connaît devant les juges étatiques dans toutes les procédures judiciaires.

Certes, il est sûr que quand bien même la demande de récusation serait adressée au juge judiciaire, celui-ci ne pourrait, sans risque, s'appuyer formellement sur les motifs de récusation du juge étatique, encore que le droit de l'arbitrage ne cite pas les motifs détaillés de récusation propres à la justice arbitrale.

57. En général, les motifs précis de récusation entreront dans l'une ou l'autre rubrique d'absence d'indépendance ou d'impartialité. Mais rien n'empêche qu'on récusé un arbitre pour moralité douteuse ou pour incompétence si, dans ce second cas, la compétence rentrait dans les qualités particulières requises pour être arbitre. Ces derniers points permettront au droit de l'arbitrage de se démarquer du droit commun de la procédure. En effet, si dans la procédure judiciaire étatique l'État est garant de la moralité et de la compétence du juge, une telle garantie n'existe pas toujours chez l'arbitre. Quand bien même celui-ci figurerait sur une liste d'arbitres arrêtée par le centre d'arbitrage, rien n'interdit vraiment à une partie de remettre en cause sa moralité devant le même centre. Les parties peuvent bien être en possession d'éléments de fait qui échappent au centre d'arbitrage.

Dans tous les cas, la partie qui récusé doit étayer sa demande par des éléments susceptibles d'emporter la conviction du juge étatique ou du centre qui examine la demande de récusation.

III - Annulation de la sentence

58. Dans deux hypothèses, une partie peut n'avoir qu'à demander l'annulation de la sentence pour lutter contre le défaut de conditions requises des arbitres pour juger. D'abord, elle peut avoir demandé sans succès la

mise à l'écart de l'arbitre. Ensuite, le fait qui soutient la contestation peut n'être connu qu'après le prononcé de la sentence.

Les terrains fermes sur lesquels se situera le plaideur sont la nullité de la convention d'arbitrage et la composition irrégulière du tribunal arbitral. Les terrains sont bien vastes. En droit français, le juge a accueilli une demande fondée sur ce qu'une des parties ignorait les liens existant entre l'arbitre et son adversaire. Il a alors pu plaider la nullité de la convention d'arbitrage pour erreur sur les qualités substantielles de l'arbitre, et, conséquemment, la nullité de la sentence arbitrale. La Cour d'appel de Paris a par ailleurs jugé, dans l'affaire *Sté Raoul Daval* précitée, que l'irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral est caractérisée en cas de nomination d'un arbitre ne présentant pas à l'égard de toutes les parties les garanties d'indépendance que tout justiciable est en droit d'exiger.

La doctrine pense que les plaideurs peuvent également se situer sur le terrain de la violation de l'ordre public international, dans la mesure où l'impartialité de l'arbitre est une violation des droits de la défense, en même temps que la violation de l'égalité de traitement des parties, règle d'ordre public.

§2 - Garanties et avantages dus à l'arbitre

59. L'obligation qu'assume l'arbitre est bien particulière. Elle consiste à trancher entre les prétentions contraires des parties et, comme toute mission de juger, s'exécute dans des conditions où les erreurs de jugement sont indiscutablement envisageables. On a ainsi, très naturellement, pensé à organiser une immunité pour l'arbitre (A). Par ailleurs, en contrepartie de ses services, l'arbitre attend en général des honoraires et autres avantages non pécuniaires (B).

A - Immunité de l'arbitre

60. La fonction de juger ne peut être convenablement exercée si son titulaire ne peut compter sur une protection en cas d'erreur de jugement. Mais le juge ne pourrait se prévaloir de la protection lorsqu'il dépasse les limites des fautes admissibles. Aussi le principe de l'immunité des arbitres (I) a-t-il des limites (II).

I - Principe de l'immunité

61. Incontestablement, la sentence arbitrale mal rendue peut causer un préjudice à une des parties ; c'est un risque normal que doivent assumer les parties si l'on ne veut pas enlever à l'acte juridictionnel son essence. Les parties à l'arbitrage seraient donc mal inspirées de poursuivre l'arbitre pour un prétendu mal jugé. Saisi d'une demande

de dommages-intérêts contre des arbitres, le Tribunal de grande instance de Reims a jugé que l'ensemble des critiques formulées contre les arbitres recouvrent implicitement le reproche général fait aux arbitres d'avoir mal jugé ; qu'en ce domaine, sauf à restreindre la sécurité, l'indépendance et l'autorité des arbitres dans les limites incompatibles avec la mission de trancher qui leur est confiée, la responsabilité de ceux-ci ne peut être recherchée qu'en cas de faute grave, équipollente au dol, de fraude ou de connivence avec l'une des parties. Le juge va même aller plus loin, car estimant l'action vexatoire, il alloue des dommages-intérêts aux arbitres qui avaient formé une demande reconventionnelle. Le Tribunal de grande instance de Paris aura la même attitude dans une autre espèce où il était reproché aux arbitres le non-respect des règles de procédure : « ... une partie ne peut justifier, à l'encontre des arbitres auxquels une faute est reprochée, d'un droit à indemnisation [...]. En agissant à l'encontre des arbitres et en incriminant le comportement personnel de ceux-ci dans les conditions qui ont été indiquées, les demandeurs ont agi avec une légèreté et une imprudence qui doivent être tenues pour fautives au sens de l'article 1382 du Code civil, dès lors qu'ils ont porté atteinte à leur honorabilité et à la considération due à tout arbitre accomplissant les devoirs de sa charge suivant les règles et exigences d'une technique procédurale objective ».

62. On voit bien que l'immunité se justifie par le souci de protéger la fonction juridictionnelle, laquelle suppose nécessairement une indépendance de jugement. D'un point de vue de politique législative d'organisation des modes de règlement des différends, il faudrait éviter autant que possible d'avoir à demander au juge étatique de se prononcer sur l'exercice par l'arbitre de son pouvoir de juger. Dans ce sens, les voies de recours qui sont ouvertes contre la sentence arbitrale permettent rarement de critiquer l'appréciation personnelle de l'arbitre. Quand bien même il serait possible de remettre en cause, par l'exercice d'une voie de recours contre la sentence, l'appréciation personnelle de l'arbitre, les parties ne pourraient quitter cette voie pour celle d'une action en responsabilité. Le tribunal de grande instance de Paris l'a souligné dans une espèce où était reprochée aux arbitres une erreur de calcul. L'action en responsabilité des arbitres ne peut, dit le tribunal, être substituée aux voies de recours ouvertes contre la sentence arbitrale ni conférer indirectement au juge étatique un pouvoir de révision de la décision arbitrale (*13 juin 1990, Bompard c/ consort Carcassonne et autres, Gaz. Pal., 1990, II. Somm. 417*). Cette analyse est reprise par la Cour d'appel saisie sur recours.

II - Limites de l'immunité

63. La plupart des décisions ci-dessus évoquées excluant la responsabilité civile des arbitres réservent quelques cas.

La limite la plus évidente à l'immunité est l'existence d'une faute intentionnelle de l'arbitre. En commettant une faute intentionnelle, l'arbitre trahit sa mission de juge, qui lui impose de se conduire avec équité et de traiter également les parties, et ne mérite plus d'être protégé à ce titre.

La faute intentionnelle trouve un terrain favorable en matière de non-exécution de l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre : connaissant un fait de nature à altérer sa liberté de jugement, l'arbitre s'abstient de le révéler comme l'exige la loi. Une telle circonstance est constitutive de dol. Dans les affaires *Sté Annahold* et *Sté Raoul Duval* suscitées, les arbitres furent condamnés aux dommages-intérêts en raison du défaut de révélation, alors de surcroît, dans la première affaire, qu'ayant été invité à renoncer à sa mission en raison des liens évidents avec une des parties à l'arbitrage, l'arbitre avait nié l'existence de tels liens. L'existence de manœuvres dolosives ne faisait donc aucun doute.

On peut caractériser une faute intentionnelle hors du champ de l'obligation de révélation, même si l'intention est difficile à caractériser. On caractérisera la faute intentionnelle en démontrant, par exemple, une connivence apparue dans le cours de l'instance entre l'arbitre et l'une des parties. On peut également caractériser une faute intentionnelle par une démission intempestive (*TGI de Paris, 29 novembre 1995, Industrian export, réf. 67374/94 inédit*).

64. Plus difficile est de savoir si la responsabilité de l'arbitre peut être engagée en l'absence d'une faute intentionnelle. Sans doute faudrait-il considérer qu'une faute grave ne peut justifier la condamnation, sauf si, comme le tribunal de première instance de Reims dans l'affaire *Florange* précitée, on l'assimile au dol. Peut-être valait-il mieux parler alors de faute lourde.

De façon générale, les juridictions sont assez prudentes en matière de responsabilité civile des arbitres. Dans l'affaire *Bompard* précitée, la Cour d'appel de Paris est assez vague lorsqu'elle fait référence aux « devoirs d'un juge susceptibles de trouver leur sanction dans l'engagement de sa responsabilité civile en cas de faute personnelle, c'est-à-dire de manquement incompatible avec la fonction juridictionnelle ». Le Tribunal de grande instance de Paris était plus ferme, en jugeant que la responsabilité civile des arbitres ne peut être admise que s'il est établi à leur encontre la preuve d'une fraude, d'un dol ou d'une faute lourde. Une partie de la doctrine se prononce contre la responsabilité en cas de faute lourde.

65. Si la responsabilité est admise, il reste à déterminer le montant de la réparation due. En la matière, doivent s'appliquer les règles classiques de la responsabilité civile. La réparation doit couvrir le préjudice subi, tout le préjudice, mais rien que le préjudice. Le montant alloué couvrira nécessairement les frais engagés pour

l'arbitrage, c'est-à-dire les honoraires payés à l'arbitre, mais aussi les frais administratifs, avec éventuellement les intérêts au taux légal (*Ce fut le cas dans l'affaire Annahold suscitée*). Le juge pourrait aussi ajouter à ces premiers éléments le montant des sommes engagées pour la constitution d'avocat.

Toutefois, la réparation ne saurait tenir compte des éléments telle la perte de chance, puisque si la sentence est annulée, il est loisible aux parties de faire reprendre la procédure.

B - Honoraires et autres droits de l'arbitre

66. Dans l'arbitrage *ad hoc*, il est possible que les services de l'arbitre soient gratuits. Mais en général, l'arbitrage n'est pas le lieu des actions philanthropiques : les arbitres reçoivent en contrepartie de leurs prestations des honoraires.

Tous les règlements d'arbitrage en vigueur dans l'espace OHADA contiennent un tableau sur les honoraires des arbitres. Le montant des honoraires est déterminé en faisant une simple application du barème ; il varie à la hausse en fonction de l'importance de l'intérêt en jeu. Il est cependant possible de concevoir une autre modalité de fixation.

Dans l'arbitrage *ad hoc*, le montant des honoraires est souvent déterminé par les arbitres eux-mêmes dans la sentence arbitrale. Il peut aussi l'être par accord entre les parties et le tribunal arbitral. Il serait, en revanche, peu approprié que le montant des honoraires fasse l'objet d'un accord entre un arbitre et la partie qui l'a désigné. La raison est simple : un tel accord n'est pas propre à garantir la nécessaire indépendance de l'arbitre concerné.

Il se peut que les parties estiment que le montant des honoraires est trop élevé. La solution dépendra de comment est fixé ce montant. Si le montant des honoraires est arrêté à partir du tableau contenu dans le règlement d'arbitrage auquel les parties ont eu recours, il sera difficile que celles-ci plaident après coup le caractère excessif du montant des honoraires. On leur répondrait qu'elles ont dû prendre connaissance du barème des honoraires applicable avant de se lancer dans l'arbitrage. Les parties ne pourront exceptionnellement triompher qu'en invoquant une circonstance comme une manœuvre les ayant empêchées de savoir exactement le montant des honoraires dû aux arbitres.

En revanche, si le montant des honoraires est, sans base préalable (*Cette base préalable pourrait être contractuelle, mais il pourrait aussi s'agir d'une décision du juge étatique*), fixé par les arbitres dans leur sentence, le grief d'excès peut plus facilement trouver écho favorable devant le juge étatique. En effet, il n'est point douteux que le juge est autorisé à réduire les rémunérations excessives fixées par les prestataires de services. Il est évident que l'arbitre en est un.

67. Par ailleurs, il est certain que même si le montant des honoraires est fixé par la sentence arbitrale, les arbitres ne peuvent s'y fonder en ce qui concerne l'autorité de chose jugée ou la force exécutoire de la sentence. Les parties sont donc fondées à contester le montant des honoraires fixé par les arbitres. Mais si les parties décident de contester ces honoraires, une telle contestation doit prendre une voie distincte de celle du recours contre la sentence arbitrale (*Cass. Civ. 2^e, 28 octobre 1987, Rev. arb., 1988, 149 note Jarrosson ; 10 octobre 1990, Bull. civ., II, n^o 187, 95*).

68. En dehors des honoraires, l'arbitre peut prétendre au remboursement des dépenses qu'il a engagées dans l'intérêt des parties.

69. L'arbitre a également des droits non pécuniaires, comme le droit de poursuivre sa mission jusqu'à son terme. Certes, il n'est pas interdit de révoquer l'arbitre ; mais la révocation ne peut intervenir que d'un commun accord des parties. Une telle solution assure l'arbitre qu'il n'est pas à la merci d'une partie, même s'il s'agit de la partie qui l'a désigné. La solution contraire aurait poussé vers le risque que la partie qui voit la procédure évoluer dans un sens qui lui est défavorable s'empresse de révoquer l'arbitre. La solution renforce également l'idée que même désigné par une partie, l'arbitre est un juge dont on exige l'indépendance par rapport aux parties en litige.

70. On hésite sur la question de savoir si l'arbitre a un quelconque droit sur la sentence arbitrale, lequel droit pourrait l'autoriser à publier celle-ci même en l'absence du consentement des parties. Mais il ne semble pas que la sentence soit la propriété de l'arbitre. Au demeurant, les textes excluent formellement la possibilité de publier une sentence arbitrale sans l'accord unanime des parties.

71. Enfin, l'arbitre a droit au respect de la part des parties. Ce droit pourrait s'expliquer par des considérations générales de droits de la personnalité. Il y a cependant plus : l'arbitre exerce une mission juridictionnelle dont on sait qu'elle est habituellement entourée d'honneur. Il s'attend donc, légitimement, que les écrits qui lui sont adressés, les propos qui sont tenus soient empreints de révérence, comme on en voit devant le juge étatique. Certes, l'arbitre ne pourrait sanctionner le manque de considération de la part d'un plaideur. Il semble que même le juge étatique ne pourrait le faire si le manque de considération n'a pas pris la forme d'une atteinte à la personnalité.

Les parties devront, par ailleurs, collaborer loyalement à l'exercice de la mission de l'arbitre.

§3 - Acceptation de la mission

72. Le juge étatique est investi par le Souverain et, dans l'exercice quotidien de sa profession, tranche les

différends qui sont de sa compétence. Au sein d'une juridiction, chaque magistrat connaît des affaires qui, dans la répartition des tâches, lui sont attribuées par sa hiérarchie. Il n'a donc pas à accepter ou à refuser de statuer sur tel ou tel litige particulier.

L'arbitre, au contraire, n'est juge que pour un litige particulier qu'il a accepté de trancher. Le législateur exige l'acceptation expresse de cette mission de juger. Cette acceptation doit, en principe, se faire par un acte séparé communiqué aux parties ou aux premiers arbitres qui auraient désigné un troisième. Il semble, cependant, qu'on pourrait se contenter de la signature par l'arbitre de l'acte de mission.

Cette nécessaire acceptation de sa mission par l'arbitre influence les analyses sur la nature juridique des liens qui existent entre l'arbitre et les parties. En effet, même si on ne néglige pas l'idée qu'en tant que juge l'arbitre se voit appliquer un statut indépendamment de sa volonté et de celle des parties, on souligne assez souvent qu'il est aussi un prestataire de service en situation contractuelle vis-à-vis des parties à l'arbitrage (*Sur la situation contractuelle de l'arbitre, voir E. Gaillard, Les manœuvres dilatoires des parties et l'arbitre dans l'arbitrage commercial international, Rev. arb., 1990, 792, Boisséson, Le droit français de l'arbitrage interne et international, GNL Joly, 2^e éd., 1990, 174 et s. ; Redfen & Hunter, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, 2^e éd., (traduction de E. Robine) LGDJ, 1994, 215 ; contra., Mustill & Boyd, Commercial Arbitration, 2^e éd., 1989, 220 et s*). Certes des incertitudes existent sur la nature du contrat ainsi identifié. On a avancé l'idée qu'entre les parties à l'arbitrage et l'arbitre existe un contrat de mandat. Le mandat serait confié conjointement à l'arbitre par les parties à l'arbitrage. Mais une telle analyse, développée principalement en droit suisse, a des limites tirées du contenu de la mission de l'arbitre. L'arbitre a pour mission de trancher le différend qui lui est soumis, non de représenter les parties comme un mandataire représente le mandant. Quand bien même chacune des parties désigne son arbitre, les arbitres investis sont indépendants des parties ; ils ne leur doivent pas des comptes. C'est donc à juste titre que le Tribunal de grande instance de Paris a refusé de considérer que l'arbitre est le mandataire des parties. La Cour d'appel de Paris s'est montrée plus ferme en annulant une sentence arbitrale parce que les parties avaient qualifié les arbitres de « mandataires ». Une telle stipulation, a affirmé la Cour, est incompatible avec la notion même d'arbitrage.

73. Le contrat liant les parties à l'arbitrage à l'arbitre a ensuite été analysé comme un contrat d'entreprise. Devant exécuter sa mission avec indépendance, l'arbitre est forcément plus proche de l'entrepreneur que du mandataire. De plus, l'arbitre doit, en principe, être rémunéré pour ses services.

Mais, comme le mandat, le contrat d'entreprise ne permet pas d'expliquer convenablement la nature des

liens entre les parties et l'arbitre. Dans le contrat d'entreprise, le maître d'ouvrage passe une commande. Or, sauf à se livrer à des analyses extravagantes, on ne décèle pas une commande que passeraient les parties à l'arbitrage.

Finalement, et parce que le doute porte non sur la nature contractuelle, mais sur la qualification du contrat liant l'arbitre aux parties à l'arbitrage, on s'accommode de l'idée que le contrat serait *sui generis*, appelé tantôt contrat d'arbitrage (Cf. A. DITCHEV, *Le contrat d'arbitrage, Étude sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer*, *Rev. arb.*, 1981, 397), tantôt contrat d'investissement. Cette dernière appellation a été adoptée par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Bompard* précitée.

Quoi qu'il en soit, l'acceptation de l'investissement au début de l'instance ne garantit pas que l'arbitre ira jusqu'au bout de sa mission. Il peut toujours démissionner au cours de la procédure arbitrale.

Section 3 - Circonscription du litige

74. La circonscription du litige peut être comparée à une sorte de mise en état, certes sans une grande maîtrise de l'arbitre. Lorsque, en effet, la demande d'arbitrage est faite, il faut attendre la réaction du défendeur. Après quoi le différend apparaît plus clairement dans ses éléments essentiels. Selon les cas, un acte de mission précisant les contours du problème est rédigé. En trois points, nous examinerons la demande d'arbitrage (§1), la réaction à la demande d'arbitrage (§2) et l'acte de mission (§3).

§1 - Demande d'arbitrage

75. L'instance arbitrale est introduite par une demande d'arbitrage. Le souci du législateur, adopté par les institutions d'arbitrage, est que même à ce stade la procédure arbitrale se termine sans procès arbitral. En même temps, il faut prémunir le demandeur contre d'éventuelles manœuvres dilatoires du défendeur.

Il importe de s'interroger sur l'objet et le destinataire (A), la forme et le contenu (B) de la demande d'arbitrage.

A - Objet et destinataire de la demande d'arbitrage

76. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne donne de précisions ni sur l'objet ni sur le destinataire de la demande d'arbitrage. Ce silence embarrasse, car la demande d'arbitrage peut ne pas, en ce qui concerne son objet et son destinataire, coïncider trait pour trait avec la demande en justice faite à un juge étatique. En effet, la justice arbitrale est congénitalement marquée par un esprit d'apaisement qui éloigne parfois ses concepts de ceux de la justice étatique. À cet égard,

l'objet que la jurisprudence française reconnaît à la demande d'arbitrage est révélateur d'une nuance par rapport à ce qui est connu dans la justice étatique. La Cour d'appel de Paris a affirmé que la demande d'arbitrage a pour objet d'informer l'autre partie de l'intention du demandeur de recourir à l'arbitrage et de le mettre en demeure tant de désigner son arbitre que de faire valoir sa position dans la procédure.

Il s'agirait donc, et avant tout, d'informer l'autre partie de l'intention de mettre en œuvre la procédure arbitrale. La partie ainsi informée peut réagir dans le sens d'éviter la poursuite de la procédure. On comprend que dans cette logique, la demande soit adressée à l'autre partie. La démarche s'explique aussi par une raison technique : au moment où est formulée la demande d'arbitrage, le tribunal arbitral n'est souvent pas encore constitué. On ne peut donc adresser la demande qu'à son cocontractant pour l'inviter à prendre les dispositions nécessaires en vue de cette constitution.

Le propos doit certes être nuancé, car dans la convention d'arbitrage les parties peuvent avoir prévu le recours à un arbitre préconstitué, une personne physique ou un centre d'arbitrage. Mais le fait qu'on ait déjà une idée de l'arbitre ou du centre d'arbitrage ne change pas grand-chose. La demande d'arbitrage est dans ce cas adressée au centre d'arbitrage. Mais il importe que dans celle-ci, le demandeur fasse état de l'envoi qu'il a fait d'un exemplaire de la demande à la partie défenderesse. La formule est celle du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM.

À cette formule s'oppose celle des règlements d'arbitrage de la CACI et du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD. Ces règlements font adresser la demande d'arbitrage à l'institution d'arbitrage à charge pour celle-ci de la communiquer au défendeur (Voir articles 4 du règlement du Centre de la CCIAD et 7 du règlement de la CACI).

B - Forme et contenu de la demande d'arbitrage

77. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne pose aucune condition particulière en ce qui concerne la forme de la demande d'arbitrage. Il suffira donc que par un document quelconque le demandeur manifeste clairement sa volonté de recourir à l'arbitrage. Certes, un écrit sera nécessaire pour contenir toutes les indications propres à permettre l'étude de la demande. Par ailleurs, si les parties ont prévu des précautions de forme précises, celles-ci doivent être respectées.

L'Acte uniforme n'indique pas le contenu de la demande d'arbitrage. Mais on sait que pour jouer efficacement son rôle, la demande d'arbitrage doit contenir un certain nombre d'éléments.

- a) les noms, prénoms, qualités, raison sociale et adresse des parties avec indication d'élection de domicile pour la suite de la procédure, les chefs de demande.
- b) la convention d'arbitrage intervenue entre les

parties ainsi que les documents, contractuels ou non, de nature à établir clairement les circonstances de l'affaire.

- c) l'exposé sommaire des prétentions du demandeur et des moyens produits à l'appui
- d) toutes indications utiles et propositions concernant le nombre et le choix des arbitres
- e) s'il en existe, les conventions entre les parties sur :
 - le siège de l'arbitrage
 - la langue de l'arbitrage
 - la loi applicable à la convention d'arbitrage, à la procédure d'arbitrage, au fond du litige.
- À défaut de telles conventions, les souhaits du demandeur sur les différents points.
- f) le cas échéant le montant des frais.

La formule des règlements d'arbitrage autorise à penser qu'il s'agit là d'éléments obligatoires dans la demande d'arbitrage. Mais si un ou plusieurs de ces éléments manquent, il ne semble pas qu'il faille considérer qu'il n'y a pas demande d'arbitrage. Tout devrait dépendre de l'importance de l'élément manquant. Au besoin, le centre d'arbitrage ou l'arbitre déjà constitué pourrait relancer le demandeur afin qu'il complète sa demande.

Les demandes additionnelles ne sont pas soumises aux mêmes exigences de contenu que la demande initiale.

§2 - Réaction à la demande d'arbitrage

78. Dans le délai qu'indiquent les règlements d'arbitrage ou la convention des parties, le défendeur doit apporter ses réponses sur les points où il est interpellé dans la demande d'arbitrage.

Les premières difficultés peuvent se présenter lorsque l'arbitrage n'est pas institutionnel et que les parties ou l'arbitre ne donnent aucune indication sur le délai de réaction à la demande d'arbitrage. En effet, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne fixe aucun délai pour la réaction du défendeur. Le silence prolongé du défendeur devant être constitutif d'obstruction à la tenue de l'arbitrage, il est important de savoir à quel moment précis on peut estimer que le silence est trop long.

Une première solution peut être d'étendre à toute la question de la réponse à la demande d'arbitrage le délai de trente (30) jours que l'article 5 de l'Acte uniforme prévoit en ce qui concerne la désignation d'un arbitre. Sinon, il faudrait sans doute recourir à la notion de délai raisonnable. Le délai à adopter devrait alors tenir compte des circonstances telles que la distance, les difficultés ou les facilités que le défendeur peut avoir à prendre une décision sur les éléments attendus de lui. Dans tous les cas, il ne semble pas qu'il faille trop s'éloigner des délais que fixent les règlements

d'arbitrage d'institutions privées d'arbitrage. Dans le règlement du Centre d'arbitrage du GICAM, ce délai est de quarante-cinq (45) jours à compter de la notification de la réception de la demande d'arbitrage faite par le centre d'arbitrage (*Voir l'article 12 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM*). Ce délai est de trente (30) jours dans les règlements du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD et de quinze (15) jours dans le règlement d'arbitrage de la CACI (*Voir les articles 5 du règlement du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD et 8 du règlement d'arbitrage de la CACI*).

79. À qui adresser la réponse à la demande d'arbitrage ? Il faut distinguer deux situations. S'il s'agit d'un arbitrage institutionnel, il va de soi que la réponse doit être adressée à l'institution qui organise l'arbitrage à charge pour elle de faire parvenir une copie au demandeur. Mais le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM contient une particularité qui s'explique par la conception qu'il a de la demande d'arbitrage. On se souvient que ce règlement prévoit que la demande est adressée au défendeur et à l'institution d'arbitrage. Logiquement, il prévoit que la réponse est adressée au demandeur et au centre d'arbitrage.

Si l'arbitrage est *ad hoc*, deux situations doivent être distinguées. On peut se retrouver dans la situation où l'arbitre est préconstitué. Dans ce cas, il est conséquent d'adresser la réponse à l'arbitre, concomitamment ou postérieurement à son envoi au demandeur. On peut aussi se retrouver dans la situation où l'arbitre n'est pas préconstitué et que la demande tend en même temps à voir désigner un arbitre. Alors, la réponse à la demande d'arbitrage ne peut être adressée qu'au demandeur.

80. La réponse à la demande d'arbitrage porte sur :

- a) la confirmation ou non de ses nom, prénoms, raison sociale et adresse tels qu'énoncés par le demandeur, avec élection de domicile pour la suite de la procédure ;
- b) La confirmation ou non de l'existence d'une convention d'arbitrage entre les parties ;
- c) Un bref exposé de l'affaire et de la position du défendeur sur les demandes formulées contre lui, avec indication des moyens et pièces de défense.

Il se peut que le défendeur formule une demande reconventionnelle ; auquel cas le demandeur doit réagir à son tour à cette demande.

§3 - Acte de mission

81. Il faudrait d'entrée de jeu faire une précision d'ordre terminologique. On a choisi de traiter sous la dénomination « acte de mission » (*Le règlement d'arbitrage de la CACI adopte cette dénomination*) tous les actes similaires, notamment celui que les règlements d'arbitrage

du Centre d'arbitrage du GICAM et du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD appellent « procès-verbal constatant l'objet de l'arbitrage et fixant le déroulement de la procédure arbitrale » (*Voir article 20 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM*) et « procès-verbal de la conférence préparatoire » (*Voir article 20 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD*).

Cette précision étant faite, il faudrait souligner l'importance de l'acte de mission (A) sa procédure d'établissement (B) et sa portée (C).

A - Importance de l'acte de mission

82. Lorsque les arbitres ont à leur disposition la demande et la réponse à la demande d'arbitrage, ils peuvent commencer à instruire le dossier. Mais il n'est jamais inutile, au moment où va commencer l'instruction, de faire le point de la situation et même une projection dans le temps. C'est bien connu que les arbitres n'ont de pouvoirs que ceux qui résultent de la volonté des parties de leur soumettre le litige. Ce principe n'est pas, cependant, d'application toujours évidente ; les difficultés qui se rencontrent ici rejaillissent plus tard en termes de contestation de la sentence arbitrale. On a en effet souligné qu'il est rare que les termes de la convention d'arbitrage apportent une réponse à toutes les interrogations qui peuvent se poser. La remarque est vraie s'agissant d'une clause compromissoire rédigée longtemps avant la survenance du différend. Mais elle l'est aussi, parfois, lorsque la convention d'arbitrage est un compromis. Ainsi, très souvent, c'est à partir des premières écritures des parties que l'arbitre voit apparaître le différend dans tous ses éléments.

La rédaction de l'acte de mission permet aussi d'éliminer dans une large mesure et par anticipation toutes les causes de contestation de la sentence fondées sur le non-respect de la mission de l'arbitre. En effet, il sera rare qu'après signature d'un acte précisant clairement sa mission, l'arbitre s'en écarte. Pour l'arbitre donc, comme du reste pour les parties, l'acte de mission apparaît comme un guide et un facteur de sécurité.

On n'oubliera pas l'avantage lié à la maîtrise du cours de l'instance par la limitation des demandes nouvelles. En effet, l'acte de mission fixe le litige dans ses éléments, ce qui autorise à être peu favorable à l'inflation ultérieure des demandes. Il n'est en effet pas judicieux qu'à tous les stades de la procédure, les parties aient la faculté d'introduire des demandes nouvelles. L'inflation des demandes retarde l'issue de la procédure alors que le droit de l'arbitrage parie sur la célérité et la mission de l'arbitre fixée dans un délai.

Enfin, bien instruits des difficultés à résoudre, les arbitres peuvent mieux fixer les diverses articulations du calendrier de la procédure, et même en général déterminer plus conséquemment les normes procédurales à appliquer s'il leur appartient de le faire. Cette

détermination préalable des articulations du calendrier est en général plus satisfaisante que le procédé qui consiste à naviguer au gré des circonstances.

Il faudrait préciser que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne prévoit pas la rédaction d'un acte de mission. Mais ce silence ne peut être interprété comme interdiction de rédiger un acte de mission. Au demeurant, les parties pourront, dans la réglementation de la procédure arbitrale, prévoir un acte de mission. Si elles ne l'ont pas fait, les arbitres devraient pouvoir juger de l'opportunité de rédiger un tel acte.

B - Procédure d'élaboration de l'acte de mission

83. Les règlements des institutions d'arbitrage prévoient le passage par un acte de mission, suivant deux procédés. La première formule est celle du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM (I) ; la seconde formule est celle des règlements d'arbitrage de la CACI et du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD (II).

I - Procédé du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM

Le règlement du Centre d'arbitrage du GICAM prévoit qu'après réception du dossier par l'arbitre, celui-ci convoque les parties ou leurs représentants dûment habilités et leurs conseils, à une réunion qui doit se tenir aussi rapidement qu'il est possible, et au plus tard dans les soixante (60) jours de cette réception du dossier.

Cette réunion a pour objet de :

a) constater la saisine de l'arbitre et les demandes sur lesquelles il doit se prononcer. Il est procédé à une énumération de ces demandes telles qu'elles résultent des mémoires respectivement produits par les parties à cette date, avec une indication sommaire des motifs des demandes et des moyens invoqués pour qu'il y soit fait droit ;

b) constater s'il existe ou non un accord des parties sur le siège, la langue de l'arbitrage, la loi applicable à la convention d'arbitrage, au fond du litige, à la procédure d'arbitrage.

S'il n'y a pas d'accord sur ces points, l'arbitre constate que la sentence arbitrale aura à se prononcer à ce sujet.

La langue de l'arbitrage fait, au cours de la réunion, l'objet d'une décision immédiate de l'arbitre au vu des dires des parties sur ce point, en tenant compte des circonstances.

En cas de besoin, l'arbitre interroge les parties pour savoir si celles-ci entendent lui attribuer les pouvoirs d'amiable compositeur et fait mention de leur réponse à ce sujet ;

c) prendre les dispositions qui paraissent appro-

priées pour la conduite de la procédure arbitrale que l'arbitre entend appliquer, ainsi que les modalités d'application de celles-ci ;

d) fixer un calendrier prévisionnel de la procédure arbitrale, précisant les dates de remise des mémoires respectifs jugés nécessaires, ainsi que la date de l'audience à l'issue de laquelle les débats seront déclarés clos. Cette date d'audience ne doit pas être fixée par l'arbitre au-delà de six (6) mois après la réunion, sauf accord des parties.

L'arbitre établit et signe un procès-verbal de la réunion. Il invite aussi les parties ou leurs représentants à signer le procès-verbal ou, sinon, à faire mention des réserves à formuler. Si une des parties refuse de signer le procès-verbal, il est fait mention de ses réserves. La procédure arbitrale semble devoir se poursuivre en dépit de ces réserves, et sans qu'une instance soit appelée à examiner ledit procès-verbal.

II - Procédé du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD et de la CACI

84. Les règlements d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD et de la CACI paraissent éloignés dans la formule de préparation de l'acte de mission ; au fond, il n'en est rien. Dès la réception du dossier, et avant de procéder à l'instruction, le tribunal arbitral convoque les parties à une conférence préparatoire qui va se solder par la rédaction d'un acte de mission.

Les points abordés lors de la conférence sont à peu près les mêmes que ceux visés par le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM.

Dès qu'il est établi, le projet d'acte de mission est transmis aux parties en leur fixant un délai pour se déterminer. À l'issue de ce délai, le tribunal établit un texte définitif et le communique au centre d'arbitrage.

On souhaite, cependant, que les parties signent l'acte de mission. Il se peut justement qu'une des parties refuse de signer. C'est à ce niveau que la formule diffère de celle du Centre d'arbitrage du GICAM. En effet, en cas de refus de signature, le centre d'arbitrage se prononce sur l'objection qui est soulevée, en vue d'approuver l'acte. Dès approbation, l'acte est transmis à cette partie pour sa signature. Si elle persiste dans son refus, il est passé outre sa signature et la procédure arbitrale se poursuit normalement.

C - Portée de l'acte de mission

85. Les discussions qui se sont élevées en doctrine sur l'opportunité de l'acte de mission ne se comprennent que si l'on s'interroge sur la portée de l'acte (*Voir A Kassis, « Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la*

Chambre de commerce internationale : les déviations de l'arbitrage institutionnel », LGDJ, 1988).

Un acte contenant autant d'informations et élaboré avec autant de soins que l'acte de mission ne peut pas manquer de conséquences juridiques. On sait, par exemple, que l'acte de mission apporte des précisions sur l'objet du litige. D'où l'intérêt de savoir comment l'arbitre, et éventuellement le juge étatique, peuvent réagir à un moyen invoqué ou à une prétention émise après la signature de l'acte de mission et même quelle solution appliquer si les termes de l'acte de mission et de la convention d'arbitrage ne coïncident pas.

À cet égard, deux formules différentes sont prévues par les textes en présence.

La première formule est celle des règlements d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM et de la CACI. Ils prévoient que les parties ont toute la liberté, en cours de procédure, d'évoquer de nouveaux moyens à l'appui des demandes qu'elles ont formulées. Elles peuvent aussi formuler de nouvelles demandes, reconventionnelles ou non, si ces demandes restent dans le cadre de la convention d'arbitrage, à moins, précise le texte camerounais, que l'arbitre considère qu'il ne doit pas autoriser une telle extension de sa mission, en raison, notamment, du retard avec lequel elle est demandée.

La possibilité d'invoquer les moyens nouveaux se comprend aisément : les arguments pour défendre une cause peuvent apparaître même très tardivement dans l'esprit des plaideurs ; et une seule partie à l'arbitrage peut constituer plusieurs conseils au cours d'une même procédure arbitrale. Il ne semble pas judicieux de lui refuser le bénéfice d'un moyen pour la seule raison qu'elle ne l'avait pas invoqué au début de la procédure.

On peut, en revanche, être embarrassé par les demandes nouvelles. Bien sûr qu'une demande nouvelle peut n'être qu'une réponse indirecte à un moyen apparu en cours de procédure. Ainsi en sera-t-il d'une demande qui vise à faire opérer une compensation.

86. En général, les parties ont la possibilité de savoir exactement ce qu'elles peuvent demander dès l'ouverture de l'instance. C'est pour cette raison que même dans la procédure devant les juridictions étatiques, les demandes nouvelles sont soumises à un régime différent de celui des moyens nouveaux.

Comme on a pu le voir, les règlements d'arbitrage évoqués posent le principe de l'admission des demandes nouvelles à tous les stades de la procédure. Deux réserves existent tout de même dans le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM : la demande doit rester dans le cadre de la convention d'arbitrage, et l'arbitre ne doit pas avoir refusé l'extension de sa mission (*Signalons tout de même que le règlement d'arbitrage de la CACI ne formule pas cette dernière réserve*). En restant muet sur cette dernière réserve, le texte ivoirien semble obliger les arbitres à

accepter sans condition les demandes nouvelles qui sont dans les limites de la convention d'arbitrage.

On se serait attendu à ce que les textes disent que la demande nouvelle doit rester dans le cadre de l'acte de mission. Mais ils ont préféré se référer à la convention d'arbitrage. Il y a là, semble-t-il, un écho de l'idée que l'acte de mission n'a pas vocation à se substituer à la convention d'arbitrage. Certes, on se rappelle un arrêt de la Cour d'appel de Paris ayant jugé qu'en l'absence de toute clause compromissoire, la soumission des parties à une procédure arbitrale, concrétisée notamment par la signature d'un acte de mission peut valoir compromis. Mais le sens de l'arrêt a été bien précisé. En effet, on a relevé que c'est la soumission sans réserve des parties à la procédure depuis son origine qui a été déterminante et non seulement la signature de l'acte de mission qui était uniquement pris en compte comme *instrumentum* établi à un stade ultérieur de l'accord initial des parties de se soumettre à l'arbitrage. Il reste donc clair que l'acte de mission est bien distinct de la convention d'arbitrage, et ne devrait pas y être assimilé. La solution a été appliquée par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Plateau des Pyramides*, où une des parties avait contesté la compétence du tribunal arbitral dès l'engagement de la procédure, et avait renouvelé sa contestation dans l'acte de mission qu'elle avait pourtant signé (*Paris, 1^{re} Ch. suppl., 12 juillet 1984, Rev. arb., 1986, 75, commentaires Leboulanger*).

On voit alors que la formule du texte pose problème si sur les points en cause l'acte de mission ne coïncide pas avec la convention d'arbitrage. En se référant plutôt à la convention des parties, les règlements d'arbitrage évoqués semblent dire qu'en cas d'écart entre les termes de la convention d'arbitrage et ceux de l'acte de mission, la première prime.

Il ne semble pas, cependant, qu'il faille aller jusqu'à penser que les parties ne peuvent pas, dans l'acte de mission, restreindre ou en revanche étendre la compétence de l'arbitre. Mais une telle modification, à prendre comme un additif à la convention d'arbitrage, ne devrait pas résulter du constat d'une simple différence entre les deux documents ; elle devrait résulter d'une manifestation bien consciente de volonté.

De même, il faut penser que les parties peuvent, dans l'acte de mission, modifier d'autres éléments de la convention d'arbitrage : durée, lieu, langue d'arbitrage, etc.

87. La seconde formule, d'interprétation plus délicate, est celle du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD (*Voir article 21 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de la CCIAD*). Le texte prévoit qu'après signature du procès-verbal de la conférence préparatoire, les parties ne peuvent formuler de nouvelles demandes, principales ou reconventionnelles, que sur autorisation du tribunal arbitral.

Cette formule peut être comprise comme équivalente à la première, le procès-verbal de conférence préparatoire ne servant qu'à différencier les pouvoirs des arbitres relativement à l'admission automatique ou facultative des demandes qui sont dans la limite de la convention d'arbitrage. Mais, l'idée pourrait aussi être que l'étendue du litige est fixée au jour de la signature du procès-verbal de la conférence préparatoire. Chaque partie devrait donc s'assurer ce jour qu'elle n'a oublié aucune de ses demandes. Toute modification ultérieure devrait dans ce cas faire l'objet d'un *addendum* signé par les arbitres et les parties, et communiqué au Centre. Il faudrait alors être bien précis sur la portée de la solution. Il ne sera pas impossible qu'ayant refusé de signer le procès-verbal de la conférence préparatoire, une partie introduise une demande alors que le procès-verbal est soumis au Comité de gestion du centre pour approbation. Il faudrait considérer que cette demande ne peut être acceptée que si elle prend la voie d'un *addendum*. En effet, la procédure d'approbation du procès-verbal n'est déclenchée que lorsqu'une partie refuse de signer et a pour objet de vérifier seulement que le document est correctement préparé. Les demandes des parties sont, à ce stade, clairement connues.

88. Pour le reste, l'acte de mission ou le procès-verbal de conférence préparatoire reste une source de renseignements puisqu'il contient les informations sur la procédure, le droit applicable, etc. Dans la phase de contrôle éventuel de la sentence arbitrale, l'acte de mission devra être particulièrement sollicité, même s'il convient de ne pas lui accorder une importance démesurée. En effet, à partir du moment où en principe il ne se substitue pas à la convention d'arbitrage, l'acte de mission ne peut pas être un guide infallible pour l'autorité de contrôle. Mieux, l'autorité de contrôle ne devra pas manquer de tenir compte des circonstances d'élaboration de l'acte de mission. Il se peut en effet que l'une des parties ait formulé des réserves depuis l'établissement de l'acte de mission ou n'ait même pas signé l'acte. En continuant sa résistance dans la phase du contrôle de la régularité de la sentence, cette partie démontre sa constance dans l'argumentation.

Section 4 - Développement de l'instance

89. Le point focal du développement de l'instance est l'instruction. La tâche d'instruire l'affaire incombe aux arbitres, même si les parties doivent toujours apporter leur concours à la recherche de la solution. La procédure ne se déroulera pas forcément sans incident ; l'arbitre aura parfois à répondre à des exceptions ou à prendre des mesures provisoires ou conservatoires (*KENFACK DOUAJINI, « Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage OHADA », Penant n° 833, p. 137*).

Nous nous intéresserons tour à tour aux actes d'ins-

truction (§1), aux mesures provisoires et conservatoires (§2), et aux exceptions (§3).

§1 - Actes d'instruction

90. L'examen des écrits produits par les parties est une étape qui va de soi et n'appelle aucun commentaire particulier. Il est possible que l'instruction de la cause amène les arbitres à entendre des témoins ou des experts. Mais, en général, il n'est question que des auditions et plaidoiries des parties (A), des visites et expertises (B).

A - Auditions et plaidoiries des parties

91. Les parties à l'arbitrage peuvent d'avance, par accord, organiser le déroulement des audiences avec auditions et plaidoiries. À défaut d'un tel accord, les arbitres organiseront le déroulement des auditions et plaidoiries. La seule réserve est le nécessaire respect du principe du contradictoire et de l'égalité des parties. L'article 9 de l'Acte uniforme relatif droit de l'arbitrage est à cet égard très net : « Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits ».

Concrètement, après examen des écrits, l'arbitre entend contradictoirement les parties, à la demande de l'une d'entre elles, ou sur sa propre initiative. Les parties comparaissent soit en personne, soit par un représentant dûment accrédité. Elles peuvent également être assistées.

L'article 25. 1 du règlement d'arbitrage du GICAM dispose que l'arbitre peut décider d'entendre séparément les parties. Dans ce cas, le principe du contradictoire ne peut être sauf que si l'audition de chaque partie a lieu en présence du conseil de l'autre partie (*Voir à titre comparatif l'article 19. 1 du règlement d'arbitrage de la CCJA*).

Également, dans le souci d'assurer le respect des droits de la défense, les arbitres doivent fixer d'avance le jour et le lieu de l'audition.

Dûment convoquée, une des parties peut ne pas réagir. Dans ce cas, l'arbitre s'assure que la convocation l'a touchée et, à défaut d'excuse valable, procède à l'accomplissement de sa mission. La sentence rendue dans ces conditions est réputée contradictoire.

Lorsqu'elles comparaissent, les parties peuvent souhaiter, au-delà des réponses aux questions qui leur sont posées par l'arbitre, développer oralement leurs arguments. Dans ce cas, l'égalité de traitement n'est respectée que si l'arbitre laisse à chaque partie la possibilité de prendre la parole pour développer oralement ses arguments.

Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du

GICAM prévoit, opportunément, qu'un compte rendu ou le procès-verbal d'audition des parties est adressé en copie au Secrétariat du Centre.

B - Expertises et descentes sur les lieux

92. Comme le juge étatique, l'arbitre peut commettre un expert pour l'éclairer sur un point précis ou effectuer des descentes sur le terrain. La précaution cardinale à prendre à cet égard est le respect de la contradiction et des droits de la défense.

L'article 25. 4 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM dispose que les experts sont entendus en présence des parties ou de leurs conseils. Il faudrait cependant comprendre plus largement l'exigence de contradiction. En conséquence tout courrier émanant de l'expert doit être communiqué à toutes les parties ; celles-ci doivent également être convoquées aux réunions tenues par l'expert.

La formulation la plus nette des précautions à prendre en matière d'expertise est celle du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD. Son article 24 précise que lorsque le tribunal arbitral désigne un expert, il communique aux parties une copie du mandat de l'expert. Les parties fournissent à l'expert tous renseignements appropriés ou soumettent à son appréciation toutes pièces ou toutes choses pertinentes qu'il pourrait leur demander. Tout différend s'élevant entre une partie et l'expert au sujet du bien fondé de la demande sera soumis au tribunal arbitral qui tranchera.

93. Les parties doivent aussi avoir le droit de présenter leurs observations sur le rapport d'expertise. À cette fin, le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM prévoit que dès réception du rapport de l'expert, le tribunal arbitral communique une copie du rapport aux parties, lesquelles auront la possibilité de formuler par écrit leur opinion à ce sujet. Les parties ont le droit d'examiner tout document invoqué par l'expert dans son rapport. À la demande de l'une ou l'autre des parties, l'expert, après remise de son rapport, peut être entendu à une audience à laquelle les parties ont la possibilité d'assister et de l'interroger. En pratique, la partie qui conteste les conclusions de l'expert fait venir un autre expert qui dépose en tant que témoin (*Voir à cet égard l'article 24 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage de la CCIAD*). Le règlement d'arbitrage de la CACI prévoit du reste que les parties peuvent prendre l'initiative de produire la consultation de l'expert de leur choix. Cette possibilité est alternative à la proposition de faire déposer l'expert comme témoin.

Les descentes sur les lieux doivent, également, être organisées dans le souci de permettre aux parties ou à leur conseil d'y assister. La précaution la plus élémentaire est de fixer d'avance et avec délai d'exécution raisonnable la date de descente sur le terrain.

Il est sûr que les parties peuvent demander la descente sur les lieux. Le tribunal arbitral n'est cependant pas tenu de répondre favorablement à une telle demande. Il peut en effet estimer qu'il dispose d'éléments suffisants pour juger.

§2 - Mesures provisoires ou conservatoires

94. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, en son article 13, alinéa 4, dispose : « ... l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction, en cas d'urgence reconnue et motivée ou lorsque la mesure devra s'exécuter dans un État non partie à l'OHADA, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires, dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond, pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent ». Ce texte ne remet pas en cause le pouvoir des arbitres d'ordonner de telles mesures, car ce pouvoir résulte de la convention d'arbitrage ; il fait simplement partager au juge étatique, et à certaines conditions, le pouvoir de prendre de telles mesures.

Pour autant, il faudrait affirmer qu'il était utile que l'Acte uniforme rappelle expressément que l'arbitre est compétent pour prendre des mesures provisoires et conservatoires, car certaines de ces mesures peuvent avoir un rapport très indirect avec la convention d'arbitrage.

Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM y va par une double précision. Il prévoit tout d'abord que sauf stipulation contraire, la convention d'arbitrage donne compétence à l'arbitre pour se prononcer sur toute demande de mesure provisoire ou conservatoire pendant le cours de l'instance arbitrale (*Voir article 15. 5, paragraphe 1 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM*). Il prévoit ensuite qu'à la demande de l'une ou l'autre des parties, le tribunal arbitral peut prendre toutes mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige, notamment les mesures conservatoires pour les marchandises, les documents ou les matériels litigieux. Ces mesures provisoires ou conservatoires peuvent être prises sous forme d'une sentence provisoire. Le tribunal arbitral peut exiger un cautionnement au titre des frais occasionnés par ces mesures. Le tribunal arbitral peut être saisi d'une demande de mesure provisoire même si une telle demande est pendante devant l'autorité judiciaire.

Les règlements d'arbitrage du Centre d'arbitrage de la CACI et du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD prévoient également la possibilité, pour les arbitres, de prendre, à la demande des parties, de mesures provisoires ou conservatoires.

95. C'est évident que les parties peuvent prévoir que seuls les arbitres pourront prendre les mesures provisoires ou conservatoires, à l'exclusion du juge étatique.

Bien entendu, la partie qui obtient de l'arbitre le prononcé d'une sentence portant une mesure conservatoire peut en demander l'*exequatur* au juge étatique. Pour être recevable, une telle demande n'attend pas l'issue de la procédure pendante au fond.

96. Ce qui fait la particularité et l'intérêt des mesures provisoires et conservatoires, c'est leur caractère urgent. La recherche de la célérité poussera souvent la partie intéressée à adresser la demande des mesures provisoires ou conservatoires au juge compétent pour le fond, c'est-à-dire l'arbitre, plutôt qu'au juge étatique, encore qu'existent devant ce dernier des procédures comme le référé d'heure à heure qui sont théoriquement tout autant sinon plus rapides que les instances arbitrales (*L'extrême rapidité du référé d'heure à heure est en général largement théorique puisqu'en fait les procédures durent parfois des semaines*). S'il est clair que l'arbitre n'a pas d'*imperium* pour assurer le respect de sa décision, il ne faut pas négliger le facteur psychologique d'efficacité qui résulte de ce que la partie condamnée sait que le fond du litige est pendante devant l'arbitre.

97. En tout état de cause, la pesée des inconvénients et des avantages de l'une et l'autre voies fera pencher la balance tantôt du côté du recours au juge étatique, tantôt du côté du recours à l'arbitre. C'est donc très opportunément qu'a été admise la compétence concurrente des arbitres et des juridictions étatiques pour la prise de mesures provisoires ou conservatoires. Il faudrait cependant souligner que le législateur précise bien que si la mesure doit être exécutée dans l'espace OHADA, le juge étatique ne peut être saisi qu'en cas d'urgence. Un auteur a soutenu qu'une telle condition sera rarement remplie lorsque la juridiction arbitrale est déjà constituée et peut, par conséquent, ordonner elle-même les mesures sollicitées. Sur le terrain, beaucoup de juridictions étatiques ont été saisies des demandes de mesures provisoires. La Cour d'appel de Douala a ordonné une telle mesure dans un arrêt du 15 mai 2000, même si la motivation de la décision est loin d'être satisfaisante. Le Président du tribunal de première instance de Cotonou a aussi, dans une ordonnance rendue le 10 décembre 1999, prononcé le maintien d'un concessionnaire dans les lieux loués, en attendant la décision arbitrale sur le fond du litige.

§3 - Exceptions

98. L'une des parties à l'arbitrage peut tenter de mettre un obstacle à la marche de la procédure en soulevant l'incompétence du tribunal arbitral (A). L'incident peut encore résulter d'une prétention de faux émise (B). Dans l'un et l'autre cas, les dispositions sur l'arbitrage tendent à ne pas retarder la procédure par un recours obligé au juge étatique.

B - Exception d'incompétence

99. Il ne fait pas de doute que celui qui est traîné sans base juridique dans une instance arbitrale peut légitimement refuser la justice arbitrale. Mais, une question s'est longtemps posée : devant qui la partie qui conteste la compétence de l'arbitre devra-t-elle manifester son refus ?

La question s'est depuis toujours présentée sous deux aspects. Dans un premier aspect, la discussion peut tendre à contester l'étendue de la compétence de l'arbitre. Dans ce cas, il n'a jamais fait de doute que l'arbitre peut la trancher sous réserve d'un contrôle *a posteriori* du juge étatique.

Une telle solution a paru trop audacieuse, en revanche, dans le second aspect du problème, où la contestation porte sur le principe même de la compétence de l'arbitre. Bien logiquement, on a pensé que les arguments de la partie qui conteste l'investiture de l'arbitre doivent être développés devant le juge étatique. À partir du moment où l'arbitre ne peut avoir le pouvoir de statuer que si les parties à l'arbitrage le lui ont donné, les contestations sur son pouvoir ne peuvent pas lui être soumises. Lui donner la possibilité de statuer reviendrait, pensait-on, à reconnaître *a priori* que le pouvoir de juger lui a été valablement donné, alors justement que c'est l'objet de la contestation à trancher (Voir *Glasson, Tissier et Morel, Traité de procédure civile, 3^e édition, t. V, n° 1816 et 1829 ; Garsonnet et Cesar-Brut, 3^e édition, t. III, n° 278 ; Cass, civ. 2 décembre 1839, S. 1840, 1, 824. ; Cass, com. 6 octobre 1953, D. 1954, 25 ; S. 1954, 1, 1, note J. Robert*).

La démonstration est logique, elle a, cependant, l'inconvénient de générer des lenteurs, au grand bonheur de la partie qui veut simplement perdre du temps. En effet, en orientant vers le juge étatique celui qui conteste la compétence de l'arbitre, on oblige l'arbitre à surseoir à statuer jusqu'à l'issue de l'instance à introduire devant le juge étatique. Sont en jeu non seulement les frais de procédure, mais aussi le temps nécessaire à la procédure devant le juge étatique, laquelle procédure peut se prolonger par l'exercice des voies de recours. Il se peut justement que le plaideur de mauvaise foi cherche simplement à gagner du temps en prétextant de l'incompétence de l'arbitre. C'est pourquoi il a été défendu que le tribunal arbitral dût pouvoir utilement trancher la contestation sur son investiture (Voir *J. Robert, Traité de l'arbitrage, n° 150 ; H. Motulsky, « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence et la validité d'une clause compromissoire », JCP 1954. 1*).

La controverse a finalement été tranchée par les textes. La convention de Washington stipule que l'arbitre dont la compétence est contestée ne doit pas se dessaisir de l'affaire, il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence, sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage. L'article 11 de l'Acte uniforme

relatif au droit de l'arbitrage reprend cette solution. On la retrouve également dans les règlements d'arbitrage des institutions d'arbitrage (Voir les règlements d'arbitrage de la CACI (article 10), du Centre d'arbitrage du GICAM (article 28), et du Centre d'arbitrage de la CCIAD (article 29)), même si la formulation du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage de la CCIAD est différente (Le texte dit que le tribunal arbitral « peut » statuer sur les exceptions prises de son incompétence. Cette formulation assez lâche laisse penser que le tribunal arbitral peut renvoyer les parties à la justice étatique, ce qui serait bien dangereux pour l'efficacité du dispositif).

Les textes posent bien la règle dans ses deux aspects : l'arbitre est compétent pour dire s'il est bien investi ; l'arbitre est aussi compétent pour dire quelle est l'étendue de son investiture, c'est-à-dire les questions pour la résolution desquelles il a été investi.

100. Afin de lutter contre les manœuvres dilatoires, l'Acte uniforme prévoit que l'exception d'incompétence doit être soulevée avant toute défense au fond, sauf si les faits sur lesquels elle est fondée ont été révélés ultérieurement. Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD considère comme butoir, et sans réserve, la date du dépôt de la réponse à la demande d'arbitrage ou celle de réplique à une éventuelle demande reconventionnelle.

Le tribunal arbitral n'est pas obligé de statuer immédiatement et par sentence préalable sur l'exception d'incompétence ; il peut renvoyer la question à la sentence au fond. Cette seconde alternative permettra d'aller plus vite à l'examen au fond.

S'il choisit la voie de la sentence préalable, il peut arriver que celle-ci fasse l'objet d'un recours. Mais un tel recours ne saurait arrêter la procédure arbitrale. Une fois de plus, l'accent est mis sur la célérité sans laquelle la solution adoptée serait privée d'efficacité pratique.

B - Exception de faux ou de vérification d'écriture

101. L'arbitre peut être saisi d'une pièce dans laquelle une partie voit un faux. C'est, par exemple, une convention d'arbitrage ou un bon de livraison portant une mention qu'on prétend ne pas être celle originairement écrite ou portant une signature que le prétendu signataire ne reconnaît pas.

La question se pose de savoir si l'arbitre peut statuer sur les prétentions des parties, d'autant plus qu'on peut être en présence d'un acte authentique. L'article 14, alinéa 9, de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dispose que sauf convention contraire, les arbitres ont le pouvoir de trancher tout incident de vérification d'écriture ou de faux.

Le texte vise deux situations : la vérification d'écriture et le faux. La vérification d'écriture est nécessaire lorsqu'une partie produit en justice, pour faire la preuve de son droit, un acte sous seing privé dont son adver-

saire conteste l'écriture ou la signature. Dans ce cas, la partie qui oppose l'acte est obligée de faire procéder à une vérification d'écriture pour rendre à son titre toute sa force probante. Depuis longtemps, la jurisprudence française reconnaît aux arbitres le pouvoir de régler l'incident de vérification d'écriture. L'Acte uniforme consacre donc simplement une solution ancienne.

Le faux est possible tant en matière d'acte sous seing privé qu'en matière d'acte authentique. En matière d'acte sous seing privé, la procédure de faux suppose un faux matériel, c'est-à-dire que l'acte a été fabriqué ou altéré. En vérité, cette hypothèse ne se distingue pas très nettement de la vérification d'écriture, et le droit français prévoit, sans surprise, que lorsqu'un faux intellectuel est allégué, la procédure à suivre est celle de la vérification d'écriture.

Contre un acte authentique, le faux peut se présenter dans au moins deux circonstances. L'acte peut être altéré après coup ou fabriqué de toutes pièces : c'est le faux matériel ; l'acte peut n'avoir été ni retouché ni fabriqué, mais comporter des déclarations mensongères faites par son auteur : c'est le faux intellectuel (*Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure civile, Précis Dalloz, 22^e édition, n° 1142*).

Le législateur français a fermement soustrait aux arbitres le règlement de l'incident de faux contre un acte authentique. En cas d'incident de faux contre un acte authentique, les arbitres ont l'obligation de surseoir à statuer jusqu'au règlement de l'incident par le juge étatique.

En donnant compétence aux arbitres pour régler les incidents de vérification d'écriture et de faux, sans aucune distinction, l'article 14 alinéa 9 de l'Acte uniforme permet aux arbitres de régler éventuellement les incidents de faux contre les actes authentiques. Le texte s'inscrit incontestablement dans le souci d'éviter des pertes de temps qui peuvent arranger le plaideur de mauvaise foi.

Sur le plan technique, on ne voit pas pourquoi l'arbitre ne pourrait pas statuer sur un incident de faux ou de vérification d'écriture. Il dispose, pour cela, des larges pouvoirs d'instruction que lui reconnaissent les textes. Il peut ainsi désigner tel expert qu'il estime pouvoir l'aider à déterminer l'exactitude de telle mention, son imputation à telle ou telle personne.

Toutefois, la loi réserve bien le cas où les parties excluent conventionnellement la compétence des arbitres pour régler l'incident de vérification d'écriture ou de faux. Elles le feraient dans la convention d'arbitrage ou en cours de procédure, lorsque survient l'incident. Dans ce cas, le juge étatique devra être saisi pour le règlement de l'incident.

102. On peut regretter que le législateur ne fournisse aucune précision sur les modalités procédurales du règlement de l'incident par l'arbitre. On ne peut espérer trouver ces modalités dans les règlements d'arbitrage d'institution privée. En effet, aucun de ces règlements

d'arbitrage n'envisage la question de l'incident de faux. Dans ces conditions, il faudrait penser, d'une part, que dans le cadre de ces institutions les arbitres s'appuieront éventuellement sur la solution prévue par l'Acte uniforme, qui tient lieu de loi dans les États parties à l'OHADA, d'autre part, qu'en l'absence de stipulations conventionnelles sur la question, les arbitres régleront l'incident comme ils jugent approprié. C'est vrai que dans la pratique, ils s'inspireront des solutions applicables devant le juge étatique, certes en les délestant du formalisme et des dispositions qui ne s'expliquent que par l'*imperium* du juge étatique.

103. Il faudrait évoquer, à côté de cette question d'incident de faux celle d'incident criminel. On sait quelle est, en droit processuel, la place de l'adage « *le criminel tient le civil en l'état* ». En droit français, même en l'absence d'indication législative dans ce sens, la doctrine pense que les principes généraux du droit suffisent à rappeler que même en matière d'arbitrage, le criminel tient le civil en l'état. Les arbitres devraient donc surseoir à statuer si les conditions d'application de la règle sont réunies. Trois conditions sont requises : D'abord, l'action publique doit être en mouvement et non simplement éventuelle. Ensuite, l'action publique et l'action devant les arbitres doivent être nées du même fait. Enfin, la décision sur l'action publique doit être susceptible d'influer sur l'action devant les arbitres.

Lorsque ces conditions sont réunies, l'arbitre n'aurait aucune autre alternative ; il doit forcément surseoir à statuer, même si le sursis n'a pas été demandé, encore qu'on hésite à dire si la règle est d'ordre public international. En droit suisse, on pense que la règle n'est pas d'ordre public international.

L'esprit de célérité à la base du droit de l'arbitrage OHADA permet de penser qu'une éventuelle procédure criminelle n'oblige pas l'arbitre à surseoir à statuer.

Chapitre II : Règlement du litige

104. La justice arbitrale tient de son origine conventionnelle sa forte propension à suivre les parties dans leurs choix. On le verra bien à l'examen des règles relatives au droit applicable au litige (Section 1). L'arbitrage reste, après tout, un mode de justice ; un certain nombre de principes généraux tenant à cette finalité doivent être respectés (Section 2).

Section 1 - Droit applicable au litige

105. La question du droit applicable au litige a deux aspects bien distincts. D'une part, il s'agit de voir quelle

est la règle applicable au fond du litige (§1). Mais avant de toucher au fond du litige, l'arbitre suit des normes procédurales qu'il faut déterminer (§2).

§1 - Règle applicable à la procédure arbitrale

106. Le droit OHADA de l'arbitrage montre la prééminence de la volonté des parties dans la détermination des règles applicables à la procédure d'arbitrage (A). Mais il peut arriver que les parties soient silencieuses (B). Et même, elles ne peuvent vouloir n'importe quoi ; il y a donc des limites à leur volonté (C).

A - Prééminence de la volonté des parties

107. L'article 14 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dispose que les parties peuvent directement ou par référence à un règlement d'arbitrage régler la procédure arbitrale ; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix.

Les parties exercent ainsi leur liberté dans la réglementation de la procédure arbitrale suivant trois modalités : elles peuvent régler elles-mêmes la procédure (I) ; elles peuvent soumettre celle-ci à un règlement d'arbitrage (II) ; elles peuvent la soumettre à une loi étatique (III).

I - Réglementation directe de la procédure arbitrale par les parties

108. D'un point de vue théorique, il n'est pas impossible qu'en vue de faciliter le déroulement de la procédure arbitrale, les parties rédigent l'ensemble des dispositions à appliquer par les arbitres pour la procédure arbitrale. Il s'agirait, concrètement, d'indiquer en détail les actes que les parties elles-mêmes et les arbitres doivent poser pour permettre l'introduction, l'instruction et le jugement de l'affaire.

Mais si une telle solution peut paraître séduisante, elle peut se révéler hasardeuse, notamment s'il y a un oubli ou de l'incohérence entre les règles prévues. Dans la pratique donc, les parties ne prennent pas le parti de rédiger un « code de procédure arbitrale ». Les quelques règles qu'elles peuvent prévoir seront plutôt destinées à apporter des dérogations à un ensemble auquel la procédure est globalement soumise.

II - Soumission de la procédure à un règlement d'arbitrage

109. Dans l'hypothèse où les parties soumettent la

procédure arbitrale à un règlement d'arbitrage, il faut dire que leur volonté n'a pas cessé d'être prééminente. Mais le rôle de la volonté se situe en amont, dans la décision de recourir audit règlement. Lorsqu'elle s'est ainsi exprimée, l'option signifie que les parties s'en remettent aux dispositions du règlement. Le poids de la volonté est tellement fort que les règlements d'arbitrage soulignent que les règles applicables au litige sont celles en vigueur au jour de la soumission du litige. Le règlement d'arbitrage est ainsi gelé, pour les besoins de la procédure, de sorte que les fluctuations postérieures, par hypothèse non connues des parties au moment de la convention, ne sont pas applicables au litige.

Mais une nuance doit être faite selon que l'arbitrage est *ad hoc* et que les parties empruntent simplement les dispositions d'un règlement, ou que l'arbitrage est institutionnel.

Dans le premier cas, il ne fait pas de doute que la volonté des parties reste souveraine non seulement pour combler les vides du règlement d'arbitrage, mais éventuellement pour écarter certaines de ses dispositions et leur substituer d'autres.

Dans le second cas, on peut hésiter. En effet, reprenant, sans doute malencontreusement, la solution prévue dans le cadre du système d'arbitrage de la CCJA, le règlement d'arbitrage du GICAM prévoit, en son article 22, que les règles applicables à la procédure devant l'arbitre sont celles qu'il prévoit et, dans le silence de ce dernier, celle que les parties ou à défaut les arbitres déterminent. Cette solution est consacrée, avec quelques nuances de rédaction, par le règlement d'arbitrage de la CACI (*La solution est reprise telle quelle par le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM, et avec nuance par le règlement d'arbitrage de la CACI (article 20). La nuance vient de ce que ce règlement envisage seulement le recours à une loi, qu'il ne faut sans doute pas comprendre ici comme règle, pour pallier son silence*). On voit bien que le souci est affiché de faire prévaloir le règlement d'arbitrage sur la volonté des parties. La solution peut se comprendre si l'on estime qu'en recourant à un centre d'arbitrage, les parties adoptent son règlement.

Il faudrait cependant préférer la solution du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD, qui passe au premier plan la volonté des parties. Le règlement d'arbitrage du centre dispose, en son article 16, que les parties sont libres de convenir de la procédure arbitrale. En cas d'absence, d'insuffisance ou de défaillance des règles procédurales convenues par les parties, la procédure applicable à l'instance arbitrale sera régie par le règlement d'arbitrage, et dans son silence, par les règles édictées par le tribunal arbitral.

III - Soumission de la procédure à une loi étatique

110. Soumettre la procédure arbitrale à une loi étatique peut présenter un grand avantage : contrairement à la solution du recours à un règlement d'arbitrage ou,

a fortiori, à celle de la réglementation directe de la procédure, le recours à une loi étatique met les parties à l'abri des incohérences et oublis. En effet, les lois étatiques sont d'ordinaire exhaustives et cohérentes.

Mais si l'on admet que les parties peuvent choisir une loi étatique pour régir la procédure arbitrale, encore faut-il donner, en l'absence d'indication expresse sur la question, des précisions sur les méthodes de détermination de la loi choisie.

Un point est hors de doute : la loi applicable à la procédure n'est pas nécessairement celle qui régit le fond du litige. La jurisprudence française a souvent affirmé cette solution. La solution devrait être consacrée en droit africain tant elle semble naturelle. Ainsi, on ne partira pas forcément de la loi applicable au fond du litige pour savoir quelle est la loi applicable à la procédure.

En vérité, on partira souvent d'un faisceau d'indices pour dégager la loi que les parties ont voulu voir appliquer à la procédure arbitrale. Le siège arbitral peut être à cet égard un indice sérieux. Il ne faut cependant pas accorder une importance excessive au siège. En l'absence d'autres indices, on ne conclura pas que la loi applicable à la procédure est celle du siège arbitral choisi par les parties. On souligne assez que, contrairement au juge étatique, l'arbitre n'a pas de *for*.

111. En tout état de cause, les difficultés de détermination de la loi applicable à la procédure sont telles qu'il est souhaitable que les parties indiquent elles-mêmes la loi choisie. La désignation d'une loi sans préciser si celle-ci s'applique au fond ou à la procédure doit être comprise comme attribution de compétence pour le tout, c'est-à-dire pour le fond et pour la procédure.

La loi étatique choisie par les parties peut régir toute la procédure arbitrale ou combler simplement les vides laissés par la réglementation directe de la procédure par les parties, ou par un règlement d'arbitrage auquel les parties ont eu recours. C'est en tout cas ainsi qu'il faut comprendre la stipulation de quelques clauses à côté de l'indication d'une loi étatique applicable, ou le recours cumulatif à un règlement d'arbitrage et à une loi étatique.

Mais cette dernière formule n'est pas à conseiller, dans la mesure où elle peut soulever des doutes sur les dispositions à appliquer en priorité.

Est également à utiliser avec beaucoup de précaution la formule qui consisterait à soumettre la procédure à plusieurs lois dont chacune s'appliquerait à un aspect précis. La formule ignore la cohérence interne de chaque loi en présence, et on peut aboutir à un « *cocktail* indigeste » de normes procédurales.

B - Règles supplétives de la volonté des parties

112. Il n'est pas rare que les parties ne prévoient rien en ce qui concerne la loi applicable à la procédure arbitrale. Dans une conception ancienne, on soumettait

alors la procédure arbitrale à la loi du siège arbitral. Le raisonnement était que si les parties n'ont rien prévu de particulier en ce qui concerne la procédure arbitrale, c'est qu'elles souhaitent retourner au droit étatique du siège arbitral.

La solution était discutable parce que d'une part le choix d'un lieu pour la tenue de l'arbitrage obéit parfois à des considérations simplement pratiques éloignées de toute préoccupation sur la procédure à suivre ; d'autre part, l'analyse laissait croire que l'arbitre a un *for*, ce qui n'est pas vrai.

La solution est aujourd'hui abandonnée. La plupart des textes sur l'arbitrage prévoient qu'en cas de silence des parties sur les règles applicables à la procédure, les arbitres déterminent ces règles. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dit expressément qu'en cas de silence des parties sur la procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il juge approprié. Les règlements d'arbitrage prévoient la même solution, certes avec des nuances qui tiennent au rôle que joue nécessairement le règlement d'arbitrage (*Voir le règlement d'arbitrage de la CACI (article 20), le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage de la CCIAD (article 16), le règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage du GICAM (article 22. 1)*).

113. Il est intéressant de savoir comment les arbitres procèdent pour déterminer les règles applicables. Ils peuvent recourir à une loi étatique de procédure pour régler la procédure. La solution est envisagée expressément par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Mais en général rien ne s'oppose à ce que les arbitres recourent à des règles ne résultant pas du choix d'une loi étatique. La solution est implicitement adoptée par l'article 14 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM prévoit expressément la solution : « Les règles applicables à la procédure devant le tribunal arbitral sont celles qui résultent du présent règlement et dans le silence de ce dernier, celles que les parties ou à défaut l'arbitre, déterminent, en se référant ou non à une loi interne de procédure applicable à l'arbitrage ». La nuance vient du règlement d'arbitrage de la CACI qui parle non de « règles », mais de « loi ». On voudrait bien croire que les deux notions peuvent ici se confondre. Mais une telle analyse n'est pas sûre, puisque contrairement aux autres textes, le règlement d'arbitrage de la CACI n'autorise pas les arbitres à appliquer les règles qu'ils élaborent eux-mêmes.

En tout état de cause, pour la réglementation de la procédure d'arbitrage, les arbitres ne devraient pas avoir moins de liberté que les parties à l'arbitrage. On pourrait simplement souhaiter qu'ils justifient leur choix.

114. Il faudrait s'interroger sur le moment auquel les arbitres doivent choisir la norme procédurale applicable. Deux solutions s'affrontent à cet égard. La première solution consiste à faire le choix de la norme procédurale d'un trait, pratiquement en début de procédure. Le

support de ce choix est en général l'acte de mission ou le procès-verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de la procédure. Cette solution est retenue par la plupart d'institutions d'arbitrage.

Cette détermination peut se faire au cours d'une rencontre informelle ne donnant lieu à la rédaction d'aucun acte. La pratique est assez répandue dans les pays anglo-saxons où un « *pre trial conference* » vraiment informel peut avoir lieu.

Cette solution a l'avantage de donner plus de transparence à la procédure arbitrale et donc plus d'assurance aux parties. La solution pourrait également permettre que les arbitres associent dans une certaine mesure les parties à leur choix.

Mais la solution a l'inconvénient de ne pas permettre aux arbitres de choisir la norme applicable en fonction de chaque difficulté concrète à résoudre. C'est vrai que tel problème qui peut être facilement résolu si l'on recourt à telle loi peut devenir difficilement soluble sous l'empire de telle autre loi. Aussi peut-il paraître plus pragmatique de recourir à la seconde alternative, à savoir effectuer le choix même lorsque la procédure est avancée.

En vérité, les règlements d'arbitrage n'obligent pas irrémédiablement les parties, ni *a fortiori* les arbitres, à dire dans l'acte de mission que telle norme s'appliquera à la procédure. On peut s'y contenter d'indiquer qu'on laisse aux arbitres le soin régler la procédure.

Concrètement, la solution consiste à agir au coup à coup, c'est-à-dire à ne choisir la règle procédurale qu'en face d'une difficulté bien connue.

C - Limites à la volonté des parties

115. Il ne fait pas de doute que les parties ne peuvent choisir les règles applicables à la procédure que sous réserve de règles impératives de la loi. Encore faut-il savoir quelles sont les règles impératives. À cet égard, on peut partir des conditions d'efficacité des sentences arbitrales. Une exigence de forme sera jugée impérative si son non-respect est un motif d'inefficacité de la sentence arbitrale. Le point le plus indiscutable est l'exigence de contradiction et du respect des droits de la défense dans la procédure.

Selon l'article 26 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, le recours en annulation est ouvert dans l'hypothèse où le principe du contradictoire n'est pas respecté. Le principe de la procédure contradictoire peut ne pas être respecté non seulement parce que le tribunal arbitral a méconnu les dispositions conventionnelles qui organisent un débat contradictoire, mais aussi parce que les parties n'ont pas intégré le souci de la contradiction dans la réglementation qu'elles ont faite de la procédure arbitrale.

L'exigence de contradiction et du respect des droits de la défense est tellement forte et partagée dans le monde qu'il est sûr et certain que les parties ne peu-

vent l'éluider sans mettre en péril la sentence arbitrale même hors de l'espace juridique OHADA.

Une autre limite, informelle et même plutôt de fait, résulte de l'analyse par pronostic que les parties prudentes peuvent faire sur l'avenir de la sentence arbitrale à rendre. Celles-ci doivent, dans la réglementation de la procédure arbitrale, anticiper sur un éventuel recours contre la sentence arbitrale future. Une telle anticipation leur permet d'élaborer une procédure arbitrale suffisamment sérieuse pour échapper à la critique dans tous les pays qui peuvent être en contact avec la sentence arbitrale (*On peut pronostiquer par exemple qu'un recours en annulation est possible devant les juridictions de l'État du siège arbitral*).

Seulement, il est quasi-impossible que les parties sachent d'avance tous les pays avec lesquels la sentence arbitrale est susceptible d'avoir contact (*La localisation des biens du débiteur ayant fondé le pronostic en faveur d'un pays, peut changer entre-temps*). Le pronostic comportera donc, toujours, une marge d'erreur. Fort heureusement, s'agissant des exigences procédurales, aucun pays ne s'éloignera vraiment des questions de contradiction et de respect des droits de la défense dans la procédure.

116. Il faudrait se demander si les parties disposent des mêmes facultés de choix selon que l'arbitrage est interne ou international. Plus concrètement, faut-il penser que même en matière interne les parties à l'arbitrage, voire les arbitres, peuvent régler la procédure en recourant à une loi étrangère ou sans le support d'une loi ?

La question paraît d'un grand intérêt au regard du traitement de faveur qui est traditionnellement réservé à l'arbitrage international comparé à l'arbitrage interne. Même intuitivement, on peut concevoir que la souplesse nécessaire au développement du commerce international peut justifier une plus grande liberté des parties à un arbitrage international sans qu'on puisse étendre tout ce libéralisme à la procédure arbitrale lorsque l'arbitrage est interne.

Mais, en l'absence d'indication précise dans ce sens, rien ne permet de penser que le législateur africain a voulu cantonner à l'arbitrage international les faveurs de l'arbitrage. Au demeurant, et ainsi qu'il a été souligné dans le chapitre introductif, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne fait aucune distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Les règlements d'arbitrage des centres privés d'arbitrage sont dans le même sens.

Les règlements d'arbitrage de la CACI et du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD permettent de forcer un peu la volonté des parties, dans l'hypothèse de la procédure accélérée d'arbitrage. En effet, lorsqu'on se trouve dans le cadre de cette procédure, le tribunal arbitral organise la procédure et impose les délais pour permettre le prononcé d'une sentence dans un délai plus court.

Certes, le recours à la procédure accélérée peut se décider par acte de volonté des parties, ce qui fait que celles-ci assument d'avance l'organisation impérative de la procédure par le tribunal arbitral. Mais ce ne sera pas toujours le cas puisque le recours à la procédure accélérée peut être dicté par les données objectives du litige. Il est pourtant clair que mise en œuvre par la volonté des parties ou en fonction des données objectives de l'affaire, la procédure accélérée enlève aux parties une part du pouvoir de régler à leur guise la procédure arbitrale. Il n'aurait pas été judicieux de leur donner la possibilité de faire traîner éventuellement la procédure alors que son aboutissement est attendu dans un délai de trois mois.

117. Enfin, il faudrait se demander dans quelle mesure les parties peuvent apporter des dérogations au règlement d'arbitrage d'un centre auquel elles ont eu recours. L'article 3 du règlement d'arbitrage de la CACI dispose que lorsqu'en se référant au règlement les parties y ont cependant dérogé sur les points affectant de manière substantielle les garanties offertes par la CACI, le Comité de médiation et d'arbitrage peut refuser qu'une suite soit donnée à la demande d'arbitrage dont la CACI est saisie. Cette solution devrait se comprendre même dans le silence des autres règlements d'arbitrage.

§2 - Règles applicables au fond du litige

118. Les dispositions sur l'arbitrage convergent sur un point : les règles applicables au fond du litige sont choisies par les parties et, à défaut, par les arbitres. Mais, au-delà du principe (A), il importe d'apporter des précisions tant sur l'objet (B) que sur les modalités (C) du choix.

A - Principe du choix des règles applicables au fond du litige

119. S'il est, en matière d'arbitrage, un principe ancien mais dont on ne s'entend pas forcément sur la portée, c'est bien celui du choix des règles applicables au fond du litige. Nous présenterons très succinctement l'économie du principe (I) et les limites à l'efficacité du choix (II).

I - Économie du principe

120. Dans le souci du développement de la justice arbitrale et du libéralisme économique, le principe de l'autonomie de la volonté a été très tôt consacré en matière d'arbitrage. Sur le plan international, une telle solution relevait de l'évidence depuis qu'il ne se discutait plus que la loi applicable au fond du contrat

international est la loi d'autonomie. Elle est en tout cas consacrée par différents droits, et la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international l'a très logiquement consacrée alors déjà qu'elle était appliquée par la convention de Washington.

Sur le plan interne, les lois étaient favorables à l'application au fond du litige d'une norme autre que le droit strict. En effet, jamais il ne fut refusé aux parties à l'arbitrage le droit de donner aux arbitres le pouvoir de statuer comme amiables compositeurs. On se rappelle que dans les pays où était applicable le Code de procédure civile et commerciale français de 1806, l'article 592 de ce code indiquait que les arbitres décideront d'après les règles de droit, à moins que le compromis ne leur donne le pouvoir de statuer comme amiables compositeurs.

Le principe selon lequel les parties choisissent librement les règles applicables au fond du litige est aujourd'hui clairement posé par l'article 15 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage : « Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou à défaut choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu le cas échéant des usages du commerce international ». La solution est reprise pratiquement telle quelle par les articles 27 du règlement d'arbitrage de la CACI et 32 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD.

La solution est présentée en de termes différents par le règlement d'arbitrage du GICAM. Ce texte prévoit que : « Les parties sont libres de déterminer le droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut d'indication par les parties du droit applicable, le tribunal arbitral appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce ».

Certes, le choix peut rencontrer des limites dans son efficacité.

II - Limites à l'efficacité du choix

121. Aussi bien dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage que dans les règlements d'arbitrage, la règle de la liberté de choix des règles applicables au fond du litige est énoncée avec tellement de force qu'on imagine difficilement une limite à la solution.

En vérité, aucune limite frontale n'est apportée à la faculté de choix. Mais certaines dispositions de la loi choisie par les parties peuvent être écartées si elles sont contraires à l'ordre public. Plus précisément, dans l'espace juridique OHADA, l'ordre public en cause est l'ordre public international des États signataires du Traité. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage le dit lorsqu'il énonce les motifs recevables pour l'annulation de la sentence arbitrale et le rejet de la demande d'exequatur.

122. La notion d'ordre public peut poser des problèmes de compréhension. On sait qu'il s'agit d'une

notion traditionnellement difficile à saisir (*Lire Y DERAINS, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », Rev. arb., 1986, 375, R. BOUBES, « La violation de l'ordre public, moyen de nullité du compromis d'arbitrage et de la sentence arbitrale », JCP, 1962, I, 1676*). Le fait que les dispositions en cause ressortissent d'un droit uniforme sera perçu tantôt comme une difficulté supplémentaire, tantôt comme une chance pour la compréhension de la notion d'ordre public ici utilisée.

Dans un ordre juridique étatique, l'ordre public est forcément l'ordre public de l'État intéressé, qu'il s'agisse de son ordre public interne ou de son ordre public international au contenu plus tenu. Mais dans un espace intégré, l'ordre public est un ordre public « communautaire » (*On peut discuter du caractère communautaire de l'espace OHADA. Mais, au moins, pour la commodité du langage, on pourrait tolérer la référence à la notion de communauté*). Il faudrait donc écarter l'idée que l'ordre public en cause est l'ordre public de l'État du juge saisi. La solution serait injustifiée parce qu'elle ne correspond ni à la lettre ni à l'esprit du texte. Pour s'en convaincre, il suffit d'imaginer qu'un recours en cassation soit formé devant la CCJA contre la décision du juge étatique. Il n'est pas pertinent de penser que dans une telle hypothèse, la Cour commune se livre au contrôle du respect de l'ordre public de l'État du juge dont la décision est critiquée.

Bien entendu, il ne serait pas de bon sens de penser que l'ordre public international des États membres de l'OHADA est constitué par la somme des ordres publics nationaux, ni même par la somme des ordres publics internationaux des États parties à l'OHADA. Une telle solution aboutirait à une situation paradoxale où l'ordre public est plus pesant que dans chacun des États membres de l'espace OHADA.

En vérité, l'espace intégré ne peut avoir d'avenir que si « l'ordre public international des États signataires du Traité » est compris comme le point de rencontre des ordres publics nationaux. On aurait là une sorte de consécration législative de ce qu'on a appelé « ordre public transnational ou réellement international » (*P. LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et l'arbitrage international », Rev. arb., 1986, 329*). Sans doute encore la notion d'« ordre public international de l'OHADA » (*Pour la notion, voir J. P. ANCEL, Le contrôle de la sentence, communication au colloque de Yaoundé (13 et 14 décembre 1999) sur l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*) était plus appropriée que toute autre.

En tout état de cause, c'est à la pratique que reviendra le soin de dégager concrètement le contenu de l'ordre public international des États membres de l'espace juridique OHADA. À partir du moment où presque tous les États membres de l'Organisation ont un fonds juridique commun hérité du droit français, le contenu de cet ordre public peut se dégager plus facilement qu'il n'y paraît. C'est l'une des tâches de la Cour commune de justice et

d'arbitrage, juridiction communautaire chargée tant du contrôle judiciaire des sentences arbitrales rendues sous ses auspices que du contrôle de l'interprétation des textes uniformes par les juridictions des États membres. Dans la première fonction, elle a déjà jugé qu'une sentence arbitrale qui méconnaît l'autorité de la chose jugée d'un arrêt est contraire à l'ordre public international (*CCJA, 31 janvier 2011, affaire Société Planor Afrique SA c/ Société Atlantique Télécom, inédit*).

Mais avant la jurisprudence judiciaire, la « jurisprudence arbitrale » tentera de donner un contenu à l'ordre public international. En effet, le droit comparé montre que les arbitres, tout comme les juges étatiques, peuvent sanctionner la méconnaissance de l'ordre public international. La Cour d'appel de Paris a affirmé clairement qu'en matière internationale, l'arbitre dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de l'ordre public international ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle.

B - Objet du choix

123. La question centrale à se poser au sujet du choix des règles applicables au fond du litige est de savoir sur quoi porte le choix. La question comporte un aspect sur lequel il faudrait insister : le choix entre l'arbitrage en droit et l'amiable composition. Avant d'évoquer cet aspect particulier (II), arrêtons-nous sur l'interrogation générale (I).

I - Interrogation générale

124. En fonction de la formulation du texte, l'objet du choix des parties ou des arbitres peut être facilement ou difficilement perçu. Ainsi, lorsqu'un législateur pose que les parties à l'arbitrage sont libres de choisir la loi (ou le droit) applicable au fond de l'arbitrage, la formule risque d'être comprise restrictivement et signifier que les parties sont obligées de choisir une loi étatique.

Il s'agirait là, cependant, d'une compréhension très discutable ; les termes « loi » ou « droit » peuvent bien et doivent même se comprendre dans un sens large où ils signifient simplement règle, sans qu'on les rattache forcément à un État (*Dans ce sens, et s'agissant des textes de l'OHADA, J. M. JACQUET, « Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage OHADA », in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, op. cit., p. 102*). Est lointaine l'époque où on pensait que la règle de droit ne pouvait émaner que des États. En droit du commerce international en particulier, la naissance et le développement de la *lex mercatoria* montrent que le droit peut naître et prospérer hors de toute puissance étatique.

Pour couper court et être tout à fait précis, l'article 15 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage vise non le choix de la loi, mais le choix des « règles de droit ».

La formulation est la même à l'article 27 du règlement d'arbitrage de la CACI et à l'article 32 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD.

Volontairement large, cette formule implique non seulement que les parties peuvent choisir un droit étatique avec toutes ses composantes que sont la loi, la coutume et la jurisprudence (*Dans ce cas, chaque élément est considéré avec son importance dans le pays en cause. Selon qu'on se trouve dans un pays de common law ou de civil law, la jurisprudence peut passer au premier ou au second plan*), mais encore qu'elles peuvent choisir des règles transnationales souvent appelées *lex mercatoria*.

125. Appelés à choisir les règles applicables au fond du litige en cas de silence des parties, les arbitres ont en principe les mêmes facultés que les premières. Il a été jugé qu'ils pourront s'évader du cadre des lois étatiques, c'est-à-dire ne s'accrocher qu'aux principes généraux du droit ou aux principes communs aux lois en présence, ou encore, plus explicitement, qu'ils pourront appliquer les règles transnationales généralement désignées sous le nom de *lex mercatoria* (Paris, 13 juillet 1989, *Rev. crit.*, 1990, 305, note OPPETIT ; voir aussi *Cass civ 2^e, 9 déc. 1981 Rev. arb.* 1982 183 note G. COUCHEZ). La solution est rappelée par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, les règlements d'arbitrage de la CACI et du Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de la CCIAD.

Le règlement d'arbitrage du GICAM comporte, cependant, une nuance de taille : l'arbitre qui pallie le silence des parties sur la norme applicable au fond du litige est obligé d'appliquer une loi étatique puisque le texte l'oblige à passer par une règle de conflit. Cette restriction de la liberté de choix de l'arbitre s'explique, sans doute, par les difficultés du recours à la *lex mercatoria*. La difficulté traditionnelle, en matière de *lex mercatoria*, consiste à savoir son contenu exact. Bien que des organismes, tel UNIDROIT, s'efforcent de fixer son contenu, la *lex mercatoria* est parfois très imprécise, ce qui est un facteur d'illisibilité et donc d'imprévisibilité de la solution qui peut être appliquée. L'autre reproche qu'on fait habituellement à la *lex mercatoria*, réside dans l'impasse qu'elle fait sur la notion d'ordre public. Sur le plan du principe, cependant, le recours à la *lex mercatoria* est largement admis.

L'article 15 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage fait jouer aux usages, un rôle un peu ambigu. Ceux-ci n'interviendraient que dans la désignation éventuelle par l'arbitre de la norme applicable ; ils permettraient de désigner la norme la plus appropriée.

Une telle solution a été critiquée, parce qu'elle laisse entendre qu'un lien pourrait être établi entre le caractère approprié des règles qu'il s'agit d'appliquer et le rôle des usages du commerce international.

Si les parties peuvent soumettre le règlement du différend à la *lex mercatoria*, a fortiori peuvent-elles composer la loi du contrat à partir du dépeçage de

plusieurs lois, c'est-à-dire qu'elles soumettent les divers aspects du litige à diverses lois. La technique comporte des risques d'incohérence, car chaque loi étatique est toujours un ensemble cohérent où les points se tiennent les uns les autres.

Les parties peuvent aussi ne considérer que le contenu d'une loi à un moment donné, généralement la date de conclusion du contrat. Dans ce cas, la loi est comme « contractualisée », ce qui la met à l'abri des modifications ultérieures.

126. Lorsqu'il est fait en faveur d'un droit étatique, le choix concerne les règles matérielles, à l'exclusion des règles de conflit de l'État désigné.

Très souvent, les parties choisiront une loi en rapport avec le différend. Mais elles ne sont pas obligées de procéder ainsi. À partir du moment où elles peuvent choisir les règles ne relevant pas d'un État précis, il ne fait pas de doute qu'elles peuvent aussi choisir de faire régir le différend par une loi étatique n'ayant aucun rapport avec le différend. La même analyse doit être faite si le choix est effectué par les arbitres en cas de carence des parties, à moins, sans doute, qu'on ne soit dans l'hypothèse où l'arbitre est obligé d'appliquer une règle de conflit. En effet, dans une telle hypothèse, on ne peut imaginer raisonnablement qu'il parvienne à une loi sans rapport avec le différend : la loi désignée par une règle de conflit est toujours une loi ayant un rapport avec le différend.

II - Choix entre l'arbitrage en droit et l'arbitrage amiable composition

127. Les textes sur l'arbitrage autorisent les parties à prévoir que les arbitres statueront en amiables compositeurs. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage le fait expressément à l'article 15, alinéa 2 ; les règlements d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM, de la CACI et du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD le rappellent respectivement aux articles 17, 23, 31 et 33.

La clause d'arbitrage amiable composition peut conduire à beaucoup de méprises (*Voir sur la notion, E. Loquin, L'arbitrage amiable en droit comparé et international, Litec, 1980*). Il est sûr qu'elle autorise les arbitres à trancher le litige en se référant aux dispositions contractuelles éventuellement corrigées par l'équité. Mais par rapport à la règle de droit étatique, les pouvoirs d'arbitrage amiable composition appellent quelques mises au point.

On a commencé par entretenir une confusion sur la notion même d'arbitrage amiable composition qu'on tentait de distinguer de l'arbitrage en équité tel que prévu par le droit suisse (*Pour un écho de cette distinction, lire Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international op. cit., n° 1502*). L'attribution des pouvoirs d'arbitrage amiable composition créerait simplement une faculté de modeler l'application du droit

alors que l'arbitrage en équité donnerait le pouvoir de s'écarter même des règles impératives du droit.

Une telle distinction a embarrassé les rédacteurs de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui se sont réservés de prendre position. L'article 28 alinéa 3 du texte dispose que « le tribunal statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur (...) si les parties l'y ont expressément autorisé ».

Mais en droit comparé, on ne distingue guère l'amiable composition de l'arbitrage en équité. La jurisprudence française, en particulier, affirme que les arbitres statuant en amiables compositeurs recherchent la solution la plus juste, en partant tantôt de la loi qu'ils modèlent ou en écartent les effets, ou en procédant à une recherche plus directe de la solution.

On comprend que le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM dont on connaît bien la source d'inspiration explique l'amiable composition par l'arbitrage en équité.

Il faut donc comprendre que « la clause d'amiable composition donne à l'arbitre les moyens de limiter l'emprise du droit sur le litige au profit d'autres facteurs, et permet de soustraire des situations de fait, qui, dans une saine politique commerciale, méritent des traitements différents de l'application des règles rigides ». Il faudrait bien noter que la clause d'amiable composition crée, pour l'arbitre, une simple faculté, non une obligation, de s'écarter du droit ; l'arbitre peut donc vouloir se limiter à la règle de droit. Il ne semble pas que dans ces conditions on puisse lui faire le reproche de s'être écarté de sa mission. La Cour commune de justice et d'arbitrage a clairement affirmé cette solution dans l'affaire D.G. et D.J. c/ Société SOTACS (CCJA, arrêt n° 010/2003 du 19 juin 2003, affaire Monsieur D.G. et Madame D.J. c/ Société SOTACS, in *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage op. cit.*, p. 331).

L'amiable compositeur qui s'écarte de la règle de droit doit, cependant, s'assurer qu'il n'adopte pas une solution contraire à l'ordre public international des États parties à l'OHADA. En effet, une solution contraire à l'ordre public international des États parties à l'OHADA encourt l'annulation et ne pourrait bénéficier de l'*exequatur*.

C - Modalités du choix

128. Trois questions doivent recevoir réponse à ce niveau : comment s'exprime le choix de la loi applicable au fond du litige ? (I), à quel moment intervient-il ? (II) et suivant quelle méthode est trouvée la loi à appliquer ? (III).

I - Mode d'expression du choix

129. La question du mode d'expression du choix de la loi applicable intéresse essentiellement le choix fait par les parties. En effet, ce sont les arbitres qui ont souvent à

se demander quelle loi a été choisie par les parties pour régir le fond du litige. Il est alors intéressant de savoir s'ils doivent s'en tenir à un mode précis d'expression.

L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, ne donne aucune indication sur le mode d'expression du choix par les parties de la loi applicable au fond du litige. Dans ces conditions, il faut penser que le choix peut être exprès ou tacite (*Dans ce sens, Ph. Fouchard, E. Gaillard, et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial op. cit.*, n° 1427 à 1429).

Mais le choix doit être certain pour s'imposer au tribunal arbitral. Le choix d'un pays pour la tenue de l'arbitrage n'est pas un élément suffisant pour conclure que les parties ont choisi sa loi pour le fond du litige. Ne serait pas non plus suffisant le choix d'une loi pour régir la procédure arbitrale, pas plus que celui d'une loi pour la convention d'arbitrage.

En revanche, le fait pour les parties de reprendre un contrat-type élaboré par une loi doit faire penser que celles-ci sous-entendent qu'en cas de différend soumis à l'arbitrage on applique au fond ladite loi.

II - Moment du choix

130. Les parties peuvent choisir la loi applicable dès la signature de la clause compromissoire. L'accord sur ce point se ferait d'autant plus facilement que le différend n'étant pas encore né, il n'y a pas de spéculation sur la solution concrète que telle ou telle législation ou tel système juridique peut permettre d'atteindre.

Si les parties n'ont pas fait le choix de la loi applicable dans la clause compromissoire, elles peuvent le faire au moment où s'ouvre la procédure arbitrale. En général ce sera dans la demande d'arbitrage et la réponse à cette demande. Concrètement, le demandeur formule une proposition sur la loi applicable et attend une réponse du défendeur à ce sujet.

Si les parties ne se sont toujours pas prononcées sur le droit applicable, l'arbitre les invitera à le faire lors de la rédaction de l'acte de mission.

III - Méthode de détermination de la loi à appliquer

131. La détermination de la loi applicable au fond du litige peut se faire suivant deux méthodes : la méthode du conflit et la méthode directe.

a - Méthode du conflit des lois

132. Comme son nom l'indique, la méthode du conflit des lois consiste à faire découvrir la loi applicable en passant par une règle de conflit. C'est la solution prévue par l'article 23 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM lorsqu'il traite de la détermination par l'arbitre

de la loi applicable au fond du litige. Il dispose qu'« À défaut d'indication par les parties du droit applicable, le tribunal arbitral appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce ».

L'arbitre reste libre de déterminer la règle de conflit qu'il juge appropriée à l'espèce. Cela signifie qu'il n'est pas obligé de choisir la règle de conflit du siège arbitral. C'est la conséquence de l'idée que l'arbitre n'a pas de *for*. Il n'existe pas une règle de conflit propre à l'arbitrage, que l'arbitre serait obligé de suivre.

Pour trouver la règle de conflit à appliquer, l'arbitre opère sans médiation. Mais dès lors qu'il a fait l'option en faveur de telle règle de conflit, il suit cette règle pour la détermination de la loi applicable.

Il y a là un enchaînement que les parties elles-mêmes peuvent vouloir faire suivre si elles prévoient des dispositions sur la méthode de détermination de la loi applicable. En effet, rien n'interdit aux parties de stipuler que pour l'arbitrage les arbitres appliqueront la loi prévue par la règle de conflit de tel État.

Mais une solution aussi tortueuse n'a aucun intérêt pour les parties (*Les parties n'ont pas à fournir une justification sur la loi choisie. La situation est pratiquement différente pour les arbitres toujours soucieux de montrer qu'ils ne choisissent pas arbitrairement la loi applicable*), car au moment où est stipulée la clause, elles savent bien la loi à laquelle la règle de conflit désignée renvoie. Elles seraient donc bien inspirées de désigner directement cette loi.

b - Méthode du choix direct

133. La méthode du choix direct consiste à choisir le droit applicable sans la médiation d'une règle de conflit. Certes, même dans ce cas, la loi choisie peut ne pas manquer de rattachement avec la cause ; mais cette loi ne serait pas choisie forcément en raison de ce rattachement. Les parties ou les arbitres pourraient même décider que telle législation qu'ils jugent plus moderne doit régir le fond du litige, alors que cette législation n'a aucun lien avec le litige.

L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage doit être cité parmi les textes qui donnent à l'arbitre la faculté d'un choix direct de la loi applicable au fond du litige. En effet, l'article 15 de ce texte prévoit qu'à défaut de choix par les parties des règles applicables au fond du litige, les arbitres choisissent les règles de droit qu'ils considèrent les plus appropriées, compte tenu le cas échéant des usages du commerce international.

La solution du choix direct est naturelle lorsque ce choix est fait par les parties, et n'avait plus à être rappelée par le texte.

Section 2 - Principes généraux du procès arbitral

134. Le procès arbitral ne diffère du procès devant le juge étatique que par quelques traits. On fera une

place à part à ces traits singuliers (§1). Mais avant, il faudrait souligner la permanence de certains principes qui donnent sa vertu à la fonction juridictionnelle qu'exerce l'arbitre (*Certes, dans le procès arbitral, ces principes peuvent avoir une coloration un peu particulière*) (§2).

§1 - Principes intimement liés à la fonction juridictionnelle de l'arbitre

135. Quatre principes cardinaux doivent être évoqués : le procès est immuable (A) ; il est l'affaire des parties (B) ; il doit être instruit suivant un schéma qui garantit la contradiction (C) ; la décision rendue doit être motivée (D).

A - Principe dispositif

136. Selon le principe dispositif, les parties ont la direction du procès et le juge doit rester neutre. Une conséquence évidente de ce principe est que l'arbitre ne peut se saisir d'office ; la procédure arbitrale ne peut commencer qu'avec un acte de saisine émanant d'une partie.

Une autre conséquence du principe dispositif, non moins évidente, est que la procédure arbitrale peut prendre fin par désistement ou acquiescement à la demande. La solution est clairement formulée par l'article 16 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

La procédure arbitrale peut également prendre fin par transaction. La particularité ici est que les parties peuvent, dans ce cas, inviter les arbitres à constater leur accord par sentence arbitrale. La solution est expressément prévue dans les arbitrages institutionnels. L'article 27 du règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage du GICAM dit à cet effet que si les parties se mettent d'accord au cours de la procédure arbitrale, elles peuvent demander au tribunal arbitral que cet accord soit constaté en la forme d'une sentence rendue d'accord parties (*Voir aussi les règlements d'arbitrage de la CACI, article 28, et du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD, article 39*).

Par ailleurs, il appartient aux parties, et à elles seules, d'avancer les prétentions, d'alléguer et de prouver les faits propres à les fonder. Si ces preuves paraissent insuffisantes, les arbitres inviteront les parties à les compléter. Ce n'est qu'exceptionnellement que les arbitres peuvent relever d'office les moyens. Et dans ce cas, ils inviteront les parties à présenter leurs observations sur ces moyens.

B - Principe d'immutabilité du litige

137. Le principe d'immutabilité du litige signifie que lorsqu'une instance est engagée, on ne doit en modifier ni le cadre ni les éléments.

Mais cette interdiction ne s'applique pas dans la même mesure à l'arbitre et aux parties. Si l'arbitre est vraiment enfermé dans le cadre de l'instance tracée par les parties, celles-ci sont, en revanche, admises à modifier parfois des éléments du litige, par exemple par des demandes nouvelles additionnelles ou reconventionnelles. La précaution à prendre à cet égard est de ne pas s'y prendre tardivement, car autrement il y a le risque de troubler le jeu du débat contradictoire et de retarder l'issue du procès qui, particulièrement en matière arbitrale, est enfermé dans un délai. Dans ce sens, l'article 24 du règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage du GICAM prévoit qu'en cours de procédure, les parties peuvent formuler de nouvelles demandes, reconventionnelles ou non, si ces demandes restent dans le cadre de la convention d'arbitrage, à moins que le tribunal arbitral considère qu'il ne doit pas autoriser une telle extension de sa mission, en raison, notamment, du retard avec lequel elle a été sollicitée.

Dans l'hypothèse où la procédure arbitrale est passée par la rédaction d'un acte de mission, il est assez aisé de vérifier le respect du principe de l'immutabilité du litige, puisque les éléments du litige sont clairement ressortis dans l'acte de mission : nom des parties, objet du litige, droit applicable, langue de l'arbitrage, etc.

C - Principe de la procédure contradictoire

138. Le principe de la contradiction est sans doute, en droit processuel, le plus important. Présenté par le Doyen Motulsky comme un principe naturel, il signifie que chaque partie doit être en mesure de discuter les prétentions, les arguments et les preuves de son adversaire (*Motulsky, Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, Mélanges Roubier, t. II, 175 et s.*).

Le principe du contradictoire impose des obligations tant à l'arbitre (I) qu'aux parties (II).

I - Arbitre et principe du contradictoire

139. Dans la procédure arbitrale, les textes obligent l'arbitre à traiter également les parties et à respecter les droits de la défense. L'article 9 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dispose à cet égard que « les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits ». Ces exigences sont par la suite détaillées dans un faisceau de dispositions. D'une part, l'article 14, alinéas 5 et 6, de l'Acte uniforme dispose que les arbitres ne peuvent retenir dans leur décision les moyens, les explications ou les documents invoqués par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ; ils ne peuvent fonder leur décision sur les moyens qu'ils auraient relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. D'autre part, le tribunal arbitral doit fixer la date à laquelle l'affaire sera

mise en délibéré ; après cette date, aucune demande ne peut être formée ni aucun moyen soulevé. Une telle date doit être communiquée assez tôt, pour permettre aux parties d'organiser librement leur défense.

Si le défendeur formule une demande reconventionnelle, l'arbitre doit laisser au demandeur un délai nécessaire pour y répondre. Si l'arbitre décide d'entendre les parties, l'audition doit être contradictoire ; s'il décide de les entendre séparément, l'audition de chaque partie doit se faire en présence des deux conseils. Si une expertise est ordonnée, l'audition du rapport de l'expert se fait en présence des parties ou de leurs conseils, lesquelles peuvent faire des observations sur le rapport.

On ne négligera pas, dans l'exigence de contradiction, diverses formalités de consultations des parties par les arbitres ou le centre d'arbitrage lorsqu'une décision se prépare : modification du calendrier prévisionnel, décision sur la récusation, etc. L'idée sous-jacente est qu'il ne faut pas menacer les intérêts des parties sans les entendre.

Au niveau des conditions de régularité des sentences arbitrales, le non-respect de la contradiction est sanctionné par l'annulation de la sentence dans le cadre du recours en annulation.

II - Parties et principe du contradictoire

140. C'est à travers la réglementation de la communication des pièces que la loi ou les règlements d'arbitrage s'assurent que les parties respectent le principe du contradictoire. On sait que pendant l'instance arbitrale, beaucoup de documents circulent entre les parties, entre celles-ci et les arbitres ou les centres d'arbitrage, voire entre les arbitres et le centre d'arbitrage. La justice arbitrale ne peut être saine que si toutes les parties impliquées ont une connaissance suffisante de tous les documents en circulation.

Pour bien faire apparaître les particularités qui entourent chaque type de communication, on peut distinguer la communication entre les parties (a) de la production au tribunal arbitral (b).

a - Communication des documents entre les parties

141. Le respect des droits de la défense implique non seulement que les pièces soient communiquées, mais également que la communication intervienne en temps utile pour la préparation d'une réaction.

Les parties pourraient prendre l'initiative et organiser les modalités de circulation de ces documents. L'essentiel c'est qu'elles arrivent à prévoir les dispositions garantissant un débat contradictoire et le respect des droits de la défense.

Les règlements d'arbitrage prévoient que les mémoires, correspondances et notes écrites échangés par les parties doivent être fournies en autant d'exemplaires qu'il y a

d'autres parties plus un pour chaque arbitre et un pour l'institution d'arbitrage.

Le principe de la communication étant admis, il est utile de savoir dans quelle forme se fait celle-ci.

De façon générale, on considérera que les pièces sont valablement signifiées :

1. si elles sont reçues contre reçu ;
2. si elles sont expédiées par lettre recommandée à l'adresse ou à la dernière adresse connue du destinataire ;
3. si elles sont expédiées par tout moyen de communication laissant trace écrite, le document original faisant foi en cas de contestation.

Le règlement d'arbitrage de la CACI contient, cependant, quelques nuances : le moyen de la communication est parfois dépendant de l'objet à communiquer. La demande d'arbitrage, la réponse ainsi que la demande reconventionnelle, les sentences arbitrales sont communiquées ou notifiées par lettre recommandée avec accusé de réception ou cahier de transmission. Toutes les autres communications peuvent être faites par cahier de transmission, télécopie, courrier électronique, télex, lettre recommandée ou lettre ordinaire à la condition dans ce dernier cas que l'expéditeur soit en mesure de prouver la réception de la lettre.

b - Production des pièces au tribunal arbitral

142. Sous réserve de l'ordre public procédural, la réglementation de la production des mémoires et pièces est l'affaire des parties, qui le feraient directement ou par recours à un règlement d'arbitrage. N'empêche que le tribunal peut juger insuffisante telle pièce produite et exiger des informations complémentaires.

Soulignons que la production des pièces au tribunal doit s'accompagner de leur communication à la partie adverse. La communication doit porter sur l'intégralité des éléments de fait et de droit soumis au tribunal.

On s'est cependant demandé si, dans certains cas particuliers, il ne conviendrait pas d'admettre les parties à produire au tribunal arbitral voire au seul président du tribunal arbitral des documents non communiqués à la partie adverse ou aux autres arbitres. On pense en particulier aux documents contenant des secrets industriels ou commerciaux.

Il faudrait sans doute rejeter complètement l'idée de produire un document au Président du tribunal arbitral à l'exclusion des autres arbitres. Les arbitres ne peuvent raisonnablement statuer que s'ils ont la parfaite connaissance de tous les éléments du litige.

On ne peut donc envisager raisonnablement que la possibilité de produire devant les arbitres des éléments non communiqués à l'autre partie. Mais, cette solution heurte le principe du contradictoire et doit être vraiment exceptionnelle si elle est retenue. Il est au moins sûr que les parties pourraient trouver un accord sur la non-communication des éléments qui relèvent du secret.

La pièce à communiquer peut être adressée directement à l'autre partie ou passer par le tribunal arbitral. En cas de contestation, celui qui prétend avoir communiqué doit fournir la preuve de la communication.

Les pièces à produire doivent l'être dans le délai imparti.

Il est important de s'interroger sur les sanctions du défaut de communication de la pièce produite ou du retard dans la communication.

En général, la pratique n'est pas très stricte sur les exigences de délai de communication. En revanche, en cas de non-communication, la pièce produite devrait être écartée par le tribunal arbitral. Si celui-ci ne le fait pas, il y a de chance que la sentence qu'il élabore soit annulée.

Il n'est pas impossible qu'une partie souhaite voir produire au débat une pièce détenue par son adversaire ou un tiers. Peut-elle compter sur le tribunal arbitral pour forcer son adversaire ou le tiers à le faire ?

La partie adverse peut vouloir résister à la production parce que le document en cause contient un secret industriel ou commercial. La solution à trouver ici dépendra donc de celle apportée à la question générale du sort des secrets dans la recherche des preuves.

Indépendamment du motif allégué pour fonder la résistance, il faut résoudre la question du pouvoir du tribunal face aux parties ou aux tiers qui retiennent les éléments de preuve. À cet égard, il ne fait pas de doute que l'arbitre peut enjoindre à une partie à l'arbitrage de produire telle pièce qu'elle détient. La solution doit être sous-entendue dans les règlements d'arbitrage de la CACI, du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD et du Centre d'arbitrage du GICAM donnant au tribunal arbitral le pouvoir général d'instruire la cause « par tous les moyens appropriés ». Les textes de la CACI et du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD vont même suffisamment loin en précisant qu'à tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des documents, pièces justificatives ou autres preuves dans le délai qu'il fixe.

Faute de pouvoir recourir à la coercition, l'arbitre ne peut que tirer des conséquences de la carence de la partie qui refuse de répondre favorablement à l'injonction. Une telle conséquence ne pourrait être que défavorable à la partie à qui la pièce est demandée. Aussi, s'arrangera-t-elle, en général, à ne pas se mettre en porte-à-faux avec le tribunal arbitral.

L'arbitrage étant une justice conventionnelle, l'arbitre ne peut obliger le tiers à y collaborer. C'est pourquoi il ne peut servir une injonction au tiers pour la production d'une pièce ; il ne peut qu'inviter celui-ci à le faire.

D - Motivation de la décision

143. Ce qui distingue l'acte juridictionnel de l'acte arbitraire, c'est l'exigence de motivation. Elle se traduit par le soin que l'auteur de l'acte met à le justifier.

L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage emploie

une formule qui ne laisse place à aucune réserve : la sentence arbitrale doit être motivée ; le recours en annulation est admis si la sentence n'est pas motivée.

La motivation prescrite est une motivation en fait et, le cas échéant, en droit. Nul doute que pour vérifier l'exécution de l'obligation de motiver, il faut avoir à l'esprit toutes les circonstances qui caractérisent non seulement le défaut de motivation proprement dit, mais aussi la faiblesse de la motivation : non-réponse aux conclusions, décision avant dire droit non suivie de suite, etc. Il ne semble pas utile, cependant, d'exiger que la motivation adopte une présentation particulière ; l'important est que la décision contienne les éléments propres à la justifier.

§2 - Traits singuliers du procès arbitral

144. La procédure judiciaire obéit à un certain nombre de règles : le délai dans lequel intervient le jugement n'est point connu d'avance, le lieu où siège la juridiction est connu de tous et ne varie pas, en raison de la gratuité du service public, les parties ne paient pas leur juge, la procédure est en principe publique et la langue de la procédure est toujours la langue officielle du juge.

Sur tous ces points, la justice arbitrale montre ses particularités. On évoquera tour à tour l'encadrement temporel et spatial (A), les frais (B), la confidentialité (C) et la langue (D) de la procédure arbitrale.

A - Encadrement temporel et spatial de la procédure

145. La base conventionnelle de l'arbitrage influence les règles sur le délai (I) et le siège de l'arbitrage (II).

I - Délai d'arbitrage

146. Il est important de s'arrêter sur la question du délai d'arbitrage parce que passé le délai prévu pour l'arbitrage, le pouvoir de juger des arbitres investis expire, et une sentence qui interviendrait éventuellement ne pourrait bénéficier des faveurs de la loi.

Il faudrait sans doute examiner cette question de durée maximale de la procédure arbitrale en rapport avec celle du temps imparti aux parties pour l'accomplissement des diligences.

Sur la question principale, à savoir la durée de la mission des arbitres, le législateur laisse aux parties à l'arbitrage la liberté de décider ; celles-ci fixent librement le délai dans lequel les arbitres doivent statuer. En fonction de l'impatience avec laquelle elles attendent la sentence arbitrale, et sûrement aussi de l'importance de la difficulté à résoudre, les parties à l'arbitrage fixeront un délai plus ou moins court. Il va de soi que la distance entre les parties, entre les arbitres et entre les parties et

les arbitres, pourrait faire varier sensiblement la durée de la mission des arbitres.

Faute de fixation conventionnelle de la durée de la mission des arbitres, celle-ci ne peut, d'après l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, excéder six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a acceptée. Ce délai maximum est le même que fixe le règlement du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD en ce qui concerne la procédure ordinaire. Lorsque, en revanche, on est dans le cadre de la procédure accélérée, le délai maximum est de trois mois (*Voir article 43 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage de la CCIAD*). Mais dans ce texte, le délai de six mois court du jour de l'acte de mission ou du procès-verbal de la conférence préparatoire, et le délai de trois mois court à compter de la remise du dossier à l'arbitre. Le règlement d'arbitrage de la CACI prévoit également des règles particulières en matière de délai, d'autant plus qu'il imagine, à côté de la procédure ordinaire, trois autres procédures : la procédure dite spécifique, la procédure accélérée et la procédure applicable au recouvrement de certains types de créances. Chacune de ces procédures emporte quelques aménagements au niveau du délai d'arbitrage. Il faudrait comprendre comme des délais conventionnels tous ces délais résultant des règlements d'arbitrage des centres privés d'arbitrage auxquels les parties s'adressent.

Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé. Mais le régime de la prorogation est différent selon qu'on a affaire à un arbitrage *ad hoc* ou à un arbitrage institutionnel.

Dans l'arbitrage *ad hoc*, le régime de la prorogation du délai d'arbitrage est fixé par l'article 12 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Ce texte indique clairement que le délai légal ou conventionnel peut être prorogé soit par accord des parties, soit par le juge compétent de l'État, à la demande d'une des parties ou du tribunal arbitral.

La possibilité donnée aux parties de demander au juge étatique la prorogation du délai d'arbitrage se comprend sans difficulté. Si l'une des parties souhaite continuer l'arbitrage contre l'avis de son adversaire, il y a difficulté pouvant être soumise au juge étatique.

En revanche, le droit donné à l'arbitre de demander au juge étatique la prorogation de la durée de sa mission peut étonner. Mais il ne faut pas oublier que l'arbitre peut avoir un intérêt (*On peut penser à l'intérêt pécuniaire ; mais l'intérêt peut être aussi simplement moral et donc ne tenir qu'à la satisfaction de voir se terminer une procédure commencée*) à la bonne fin de l'arbitrage.

Comme dans toutes les situations où le droit de l'arbitrage entre en contact avec l'organisation judiciaire de l'État, le législateur communautaire se garde de dire quel est le juge compétent pour la prorogation du délai d'arbitrage. Il revient donc à chaque État membre de l'OHADA de désigner le juge compétent pour la prorogation du délai d'arbitrage.

S'agissant non pas d'examiner une question de fond

du droit, mais de collaborer ponctuellement à la tenue de la justice arbitrale, la procédure à engager devrait être la plus légère possible, ce qui implique la compétence d'une juridiction à saisine facile. Une ordonnance sur requête devrait pouvoir suffire pour la prorogation du délai d'arbitrage.

Le juge saisi statuera en fonction des données telles que le niveau d'avancement de la procédure arbitrale, les causes du retard et les chances de parvenir à une sentence dans un délai raisonnable.

Dans l'arbitrage institutionnel, l'institution d'arbitrage peut, dans sa mission d'administration de l'arbitrage, proroger le délai d'arbitrage. La demande de prorogation est alors formulée par les arbitres. L'institution d'arbitrage peut également proroger d'office le délai d'arbitrage. On remarquera que, contrairement à l'arbitrage *ad hoc*, il n'est pas précisé que les parties à l'arbitrage peuvent demander la prorogation du délai d'arbitrage. Mais rien n'empêche une partie de solliciter de l'institution d'arbitrage une prorogation du délai d'arbitrage. C'est vrai qu'une telle démarche n'est pas utile, du moment où l'institution d'arbitrage et les parties à l'arbitrage sont engagées dans un contrat qui met à la charge de l'institution l'organisation diligente de l'arbitrage. Au demeurant, l'institution d'arbitrage pourrait engager sa responsabilité civile du fait de la mauvaise organisation de l'arbitrage (Voir sur la question, Ph. FOUCHARD, « La responsabilité des institutions permanentes d'arbitrage », *Rapport aux journées Jean Robert, CACNID, Montréal, 7 octobre 1998*).

147. Les délais impartis aux parties pour tel ou tel acte sont fixés par les arbitres ou par les règlements d'arbitrage. L'article 28 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD prévoit que les délais fixés par le tribunal arbitral pour la communication d'écritures, de documents ou de preuves ne devraient pas dépasser trente jours.

Il est certain que ces délais peuvent être prorogés par le tribunal arbitral en tenant compte de la durée de la mission des arbitres.

Les règlements d'arbitrage apportent en général des précisions sur la computation et le caractère des délais. Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM et, avec quelques nuances de rédaction, ceux du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD et de la CACI prévoient que les délais qu'ils fixent ou ceux fixés par l'institution d'arbitrage en application du règlement d'arbitrage commencent à courir le jour suivant celui où la notification ou la communication est considérée comme faite. Lorsque, dans le pays où la notification ou la communication a été considérée comme faite à une certaine date, le jour suivant celle-ci est un jour férié ou non ouvrable, le délai commence à courir le premier jour ouvrable suivant. Les jours fériés et les jours non ouvrables sont compris dans le calcul des délais et ne rallongent pas ceux-ci. Si le dernier jour du délai imparti est un jour férié ou jour non ouvrable dans le pays où la notification ou la

communication a été considérée comme faite, le délai expire la fin du premier jour ouvrable suivant (Voir les articles 3 du texte du Centre d'arbitrage de la CCIAD, 6 du texte de la CACI, 12. 4 et 17 du texte du GICAM).

En l'absence d'indication contraire dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, il faudrait penser qu'en matière d'arbitrage non institutionnel les délais impartis aux parties pour l'accomplissement des formalités sont francs. Dans beaucoup de pays, cette solution est classique en matière procédurale dans le contentieux devant les juridictions étatiques.

II - Siège de l'arbitrage

148. La notion de siège de l'arbitrage requiert quelques précisions. Le siège de l'arbitrage désigne traditionnellement le lieu où sont accomplis les actes de la procédure arbitrale, notamment ceux qui voient intervenir les arbitres. Le siège de l'arbitrage est ainsi ce que la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD appellent « lieu de l'arbitrage ».

Cette définition peut poser des problèmes dans l'hypothèse où les arbitres souhaitent poser des actes d'instruction en divers lieux. C'est en considération de ces données qu'on a proposé de considérer le siège de l'arbitrage comme l'environnement juridique choisi par les parties pour leur arbitrage (A. PANCHAUD, « Le siège de l'arbitrage international de droit privé », *Rev. arb.* 1966, p. 1 et s. ; G. KAUFMANN-KOHLER, « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation, Réflexion à propos de deux formes récentes d'arbitrage », *Rev. arb.*, 1998, p. 517 et s. ; P. MEYER *op. cit.*, p. 631). Mais beaucoup de législations sont encore attachées à la localisation géographique. L'inconvénient évoqué est résolu en permettant aux arbitres d'accomplir des actes d'instruction même hors du siège de l'arbitrage. En effet, aucune législation, aucun règlement d'arbitrage n'exclut la possibilité pour les arbitres de tenir des audiences ailleurs qu'au siège de l'arbitrage. Dans ce cas, le siège de l'arbitrage est entendu de façon géographique, mais désigne simplement le lieu de la plus grande concentration des actes de la procédure arbitrale.

149. S'il est important de désigner le siège de l'arbitrage, c'est parce que cette désignation emporte plusieurs conséquences, dont la possibilité du contrôle étatique sur la sentence et, le cas échéant, le régime de l'appui que peut apporter le juge étatique à la tenue de l'arbitrage (On pense en particulier au juge compétent pour tel type d'appui, à la procédure à appliquer devant ce juge).

La désignation du siège de l'arbitrage est commandée par un libéralisme jamais démenti. En effet, le siège de l'arbitrage est fixé par la convention d'arbitrage ou par un accord ultérieur des parties.

Cette solution se comprend très facilement dans un

arbitrage *ad hoc* : en décidant de recourir à l'arbitrage, les parties doivent dire où se tiendra l'arbitrage. C'est sans doute parce que la solution semblait évidente que le législateur africain ne l'énonce pas.

On pouvait penser que ce libéralisme serait écarté en matière d'arbitrage institutionnel, car l'institution d'arbitrage a un siège qui pouvait être retenu impérativement comme le siège de l'arbitrage. Mais c'est la solution contraire qui a triomphé. Ce n'est qu'à titre supplétif que les institutions privées d'arbitrage retiennent la ville de leur siège comme siège de l'arbitrage.

Qu'il soit fixé par les parties ou par un tiers, le siège de l'arbitrage peut, pour des raisons pratiques, être déplacé.

B - Frais de la justice arbitrale

150. Les arbitres exercent une mission qui peut être bénévole ou rémunérée. Mais, en général, la mission des arbitres est rémunérée et il ne peut en être autrement lorsque l'arbitrage est institutionnel. C'est pourquoi les règlements d'arbitrage prévoient une annexe constituée par le barème des frais.

Les frais de la justice arbitrale comportent quatre grandes rubriques ; les frais administratifs de fonctionnement du tribunal arbitral, les frais exposés par le tribunal arbitral dans l'intérêt des parties, les frais engagés pour la recherche des preuves et les honoraires des arbitres.

Les frais administratifs sont, par exemple, ceux de location de salles d'audience, du secrétariat, etc. Lorsque l'arbitrage est institutionnel, le centre d'arbitrage fournit en général ces services, sauf si les audiences se tiennent ailleurs qu'à son siège. Dans ce cas, il est d'usage que le centre passe un accord de coopération avec d'autres institutions pour la fourniture de ces services.

Les frais engagés par les arbitres dans l'intérêt des parties sont le plus souvent des frais de transport, de téléphone, d'hébergement, etc.

Les frais engagés pour la collecte des preuves sont, par exemple, les frais d'expertise, de transport des témoins, etc.

Les frais administratifs et les honoraires des arbitres représentent en général un pourcentage du montant en jeu dans le litige. Concrètement, le montant à déboursier est fixé dans une fourchette arrêtée par le barème.

151. Tous les règlements d'arbitrage prévoient une provision pour les frais d'arbitrage, à verser dès l'ouverture de la procédure. Mais les formules de fixation de la provision ne sont pas les mêmes.

Dans le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM, le montant de la provision est fixé par le Centre. Ce montant est ensuite ajusté si le montant en litige se trouve modifié d'un quart au moins ou si des éléments nouveaux rendent nécessaires cet ajustement. Le règlement d'arbitrage de la CACI prévoit une

formule similaire, mais il n'y existe aucune faculté de réajustement (*En revanche il est possible de moduler les honoraires des arbitres (voir article 36 du règlement d'arbitrage de la CACI).*

Des provisions distinctes pour la demande principale et la demande reconventionnelle peuvent être fixées. Dans ce cas, chaque partie devrait supporter le montant correspondant à sa demande.

Lorsqu'une provision globale est fixée, elle est en principe acquittée à parts égales par les parties. Mais une des parties pourrait avancer seule les sommes attendues si l'autre s'abstient.

En tout état de cause, l'examen du dossier ne peut commencer avant le versement de la provision.

C - Confidentialité

152. La confidentialité de la procédure est incontestablement l'un des éléments attirants de l'arbitrage. Mais l'exigence est diversement exprimée par les textes. L'article 18 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage se contente de dire que les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes. Il faudrait, cependant, penser que toute la procédure se déroule dans la confidentialité. En effet, les audiences se tenant en général dans des lieux en principe non ouverts au public, on ne voit pas pourquoi, même dans le silence des textes, les arbitres pourraient permettre aux personnes non intéressées de les suivre ou leur en faire un compte rendu. Le règlement d'arbitrage de la CACI indique à cet égard que les audiences se tiennent à huis clos, sauf convention contraire des parties.

De plus, la nécessité d'assurer le secret des affaires poussera les arbitres à tenir la procédure dans la confidentialité. L'article 22, alinéa 6, du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD dispose à cet effet que le tribunal arbitral doit prendre toutes les mesures pour protéger le secret des affaires et les informations confidentielles. Ces dispositions font suite à celles de l'article 9 indiquant clairement non seulement que la procédure arbitrale est confidentielle, mais aussi que les arbitres s'engagent à ne pas divulguer à des tiers des faits ou autres éléments ayant trait au litige et à la procédure arbitrale (*On voit en filigrane l'idée de la responsabilité civile de l'arbitre ou des parties du fait de la divulgation*). Le règlement d'arbitrage de la CACI y va également en deux temps. L'article 2, alinéa 4, prévoit que le Comité de médiation et d'arbitrage veille au respect du caractère strictement confidentiel des procédures qui lui sont soumises et qui s'imposent à ses membres, au personnel de la CACI, aux parties et à leurs conseils. L'article 5 ajoute que le respect de la confidentialité s'applique à la procédure et à la sentence arbitrale.

Une dernière formulation de l'exigence de confidentialité se trouve dans le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM. Il indique que la procédure

arbitrale est confidentielle. Les travaux du Centre relatifs au déroulement de la procédure arbitrale sont soumis à cette confidentialité, ainsi que les réunions du Centre pour l'administration de l'arbitrage. La confidentialité couvre les documents soumis au Centre ou établis par lui à l'occasion des procédures qu'il diligente.

En somme, les experts, les parties ou toutes personnes associées à la procédure sont tenus au secret, sauf, naturellement, accord contraire de toutes les parties.

En s'appliquant tant aux parties qu'aux arbitres et même aux tiers impliqués dans la procédure arbitrale, l'exigence de confidentialité intègre mais dépasse le souci d'assurer une justice sereine. Il s'agit de donner aux parties à l'arbitrage l'assurance que leurs déboires, leur stratégie secrète, et en général la conduite et l'état de leurs affaires ne vont pas être exposés aux concurrents. Malgré les besoins de transparence de la vie des affaires, celle-ci reste marquée par la volonté des opérateurs économiques de dissimuler ou de retarder la diffusion de certaines informations.

153. La confidentialité peut, cependant, être très différemment perçue. En particulier, les parties peuvent ne pas avoir la même idée sur le degré de confidentialité. Elles éviteront donc des surprises désagréables en concluant un accord qui règle quelques points précis : documents ou informations devant être gardés confidentiels, mesures à prendre pour assurer la confidentialité, mesures particulières à prendre pour assurer la confidentialité des documents transmis par des moyens électroniques, etc.

D - Langue de l'arbitrage

154. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne dit rien en ce qui concerne la langue de l'arbitrage, sauf si on veut se reporter aux dispositions sur l'*exequatur* des sentences, ce qui relève, à vrai dire, de la phase post-arbitrale. On sait, cependant, que l'arbitrage ne se tiendra pas dans une hypothétique langue officielle, qui ne peut raisonnablement être envisagée ici : la langue de l'arbitrage doit être déterminée.

Le règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage du GICAM évoque la langue de l'arbitrage (*Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM prévoit la même formule*) lorsqu'il traite du contenu de la demande d'arbitrage. Celle-ci doit contenir l'indication de la langue de l'arbitrage choisie par les parties, ce qui implique que ce choix a été préalablement fait. Dans le cas contraire, le demandeur fait savoir sa proposition, et la langue de l'arbitrage ne sera acquise qu'avec l'accord du défendeur.

Il est possible que plusieurs langues soient arrêtées à la fois.

155. Mais, si dans tous les systèmes on convient que la langue d'arbitrage doit être choisie par les parties, la solution à adopter en cas de carence des parties n'est

pas la même partout. Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD prévoit qu'à défaut de choix des parties, le tribunal arbitral déterminera la langue de l'arbitrage. Il tient compte, pour se déterminer, de toutes les circonstances de l'espèce : les langues lues ou parlées par les parties, les membres du tribunal arbitral, la langue du contrat, etc. Ce dernier élément sera même très souvent décisif puisqu'il montre dans quelle langue les parties ont pris l'habitude de communiquer. Si les arbitres peuvent s'exprimer dans la même langue, il n'y a pas d'intérêt à choisir une langue différente.

On mesure assez aisément l'intérêt de la détermination de la langue d'arbitrage. En effet, en tant que vecteur de communication, la langue permet des échanges de points de vue indispensables à l'examen du litige. Et on sait comment le fond des idées peut s'exprimer soit facilement soit très difficilement selon la langue utilisée.

D'un point de vue juridique, la langue de l'arbitrage a des rapports directs avec l'égalité de traitement et le respect des droits de la défense à devoir aux parties à l'arbitrage. L'égalité de traitement des parties et le respect des droits de la défense ne peuvent être assurés que si toutes les parties en présence sont à mesure de lire et comprendre l'ensemble des documents de la cause, de comprendre les plaidoiries. Une partie ne saurait ainsi produire, devant le tribunal arbitral, un document que seuls les arbitres pourraient lire, à l'exclusion de l'autre partie.

Il est pourtant arrivé que les parties adressent au tribunal arbitral des documents que seuls quelques arbitres peuvent lire. La Cour d'appel de Paris a ainsi eu à statuer sur une espèce où des mémoires en espagnol avaient été adressés aux deux arbitres hispanophones, alors que la langue de l'arbitrage était l'anglais. Très naturellement, la Cour d'appel a approuvé les arbitres qui avaient purement et simplement écarté ces documents des débats, restaurant l'égalité des parties.

156. Lorsqu'un document rédigé dans une langue différente de celle choisie pour l'arbitrage est produit, il doit être accompagné d'une traduction dans la langue d'arbitrage. La traduction doit en principe être certifiée. Mais il ne semble pas nécessaire de le faire systématiquement, tout au moins lorsqu'il n'y a aucune contestation sur la qualité de la traduction.

Chapitre III : Sentence arbitrale

157. La sentence arbitrale est élaborée suivant un procédé comparable à celui suivi devant le juge étatique. Et elle n'apportera satisfaction à son bénéficiaire que si elle est suivie d'exécution. On espère bien qu'issue d'une justice amiable, elle soit spontanément exécutée. Or, certaines parties à l'arbitrage s'obstineront dans le refus

d'exécuter spontanément les sentences. Commencera alors une phase que les partisans de la justice arbitrale considèrent en quelque sorte comme "anormale" : la phase de l'exécution forcée, compliquée parfois par l'exercice des voies de recours. Sur ce terrain de l'exécution forcée, l'origine privée de la sentence arbitrale est un handicap qu'on ne peut surmonter qu'en recherchant l'*exequatur*. La bénéficiaire de la sentence arbitrale a un tout autre problème lorsque celle-ci est d'interprétation difficile, contient une erreur matérielle ou est incomplète : il faudrait retourner sur la sentence.

En quatre points, il faudrait traiter de l'élaboration de la sentence arbitrale (Section 1), de l'*exequatur* (Section 2), des voies de recours (Section 3), du retour sur la sentence arbitrale (Section 4).

Section 1 - Élaboration de la sentence arbitrale

158. Les actes de justice sont marqués par le soin mis à les élaborer (*Ce soin se justifie s'agissant de décisions aux effets graves*). La sentence arbitrale est élaborée par les arbitres (§1), et, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage institutionnel, sous le contrôle du centre d'arbitrage (§2).

§1 - Rôle des arbitres

159. Pour schématiser, on pourrait dire que le rôle des arbitres consiste à rendre la décision appelée sentence arbitrale. C'est en effet aux arbitres qu'incombe l'obligation de trancher le différend soumis à l'arbitrage (*Ce pouvoir décisionnel est très important, dans la mesure où il permet de distinguer l'arbitrage d'autres modes alternatifs de règlement des différends*). La sentence arbitrale est donc la résultante du pouvoir de juger qui est conféré aux arbitres. Ce pouvoir s'exerce à travers une succession d'actes dont le point culminant est le délibéré (A). Mais il ne suffit pas de prendre une décision ; encore faut-il la présenter de façon à convaincre du sérieux de l'acte. Il faudrait donc accorder de l'importance à la rédaction de la sentence arbitrale (B).

A - Délibéré

160. Plusieurs difficultés doivent être résolues en ce qui concerne le délibéré arbitral. Les plus classiques sont relatives aux modalités du délibéré (I). Mais on s'interrogera aussi sur l'objet du délibéré (II). Au passage, un mot sera dit sur les sentences d'accords parties, obtenues sans délibéré (III).

I - Modalités du délibéré

161. Dans l'ensemble, les textes parlent très peu du délibéré arbitral, en particulier de sa forme. Devant

pareil silence en législation française, la Cour de cassation a jugé qu'aucune forme n'est imposée pour le délibéré. C'est dire que le tribunal arbitral est libre de déterminer les modalités du délibéré. La formule la plus intéressante sera celle qui met en présence les arbitres. Les arbitres ont alors la possibilité de mieux échanger, le délibéré ne se réduisant pas à un vote qu'on émet. Mais s'il n'est pas possible ou opportun de se réunir en un point, les arbitres pourraient choisir d'autres formules. On pense en particulier aux échanges de correspondances écrites, aux échanges téléphoniques.

Quelle que soit la formule choisie, on s'assurera que chaque arbitre a eu la possibilité de faire valoir sa position sur tous les points en discussion. La formule choisie pour les délibérations devra aussi préserver le secret du délibéré

Le processus de prise de décision est différent selon qu'on a affaire à un arbitre unique ou à un collège arbitral. Dans le premier cas, il n'y a aucune difficulté dans la mesure où l'arbitre unique délibère seul.

Dans le second cas, la décision doit être soumise au vote des membres du tribunal arbitral. On souhaite alors que la décision soit rendue à l'unanimité. S'il n'y a pas d'unanimité, il est convenable que la décision soit prise à la majorité. C'est la solution retenue par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Le texte indique en effet qu'à défaut de convention contraire entre parties, la sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix lorsque le tribunal est composé de trois arbitres. La solution est consacrée également par l'article 29. 5 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM. Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD prévoyait, dans sa version ancienne, une solution plus raffinée. Il distinguait entre les questions de procédure et les questions de fond. En ce qui concerne les questions de procédure, le président du tribunal arbitral statuait seul en l'absence de majorité. Quand était en cause une question de fond, le défaut de majorité était résolu en attribuant une voix prépondérante au président du tribunal arbitral. Mais dans sa nouvelle version, le règlement est passé à une solution uniforme : lorsque les arbitres sont au nombre de trois ou cinq, toute sentence ou autre décision du tribunal arbitral est rendue à la majorité (*Voir article 35 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD*). Cette solution n'est pas d'application facile, car il n'est pas sûr qu'une majorité se dégage dans tous les cas. La difficulté de prendre alors la décision est telle que certains arbitres ont parfois fait savoir qu'ils s'étaient rangés à l'avis de tel autre simplement parce qu'il fallait sortir de l'impasse ou parce que l'opinion de tel autre était vraiment déraisonnable.

Mieux vaudrait donc la solution du règlement d'arbitrage de la CACI, qui prévoit qu'à défaut de majorité se dégageant entre trois arbitres, le président du tribunal arbitral statue seul.

162. Il est possible que sans motif valable, un des arbitres s'abstient de participer au délibéré. Dans ce cas il sera passé outre son opinion.

Les sentences arbitrales contiennent une formule bien connue : "Après en avoir délibéré". Une telle formule ne doit pas être simplement une forme stylistique. Elle affirme qu'il y a eu délibéré et doit faire présumer que le délibéré est régulier.

Les règlements d'arbitrage précisent que les sentences arbitrales sont réputées rendues au siège de l'arbitrage, et au jour de leur signature (*Voir articles et 29. 3 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM, 33 du règlement d'arbitrage de la CACI, et 35 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD*).

163. Avant le délibéré proprement dit, les arbitres peuvent avoir à résoudre d'autres problèmes. Il se peut en effet que l'une des parties introduise une note en délibéré ; la question sera de savoir si les arbitres doivent examiner la note ou la déclarer tardive.

La solution de principe est simple : les arbitres ne sont pas obligés d'admettre les notes en délibéré. L'article 17 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dispose en effet qu'après la date fixée pour la mise en délibéré, aucune demande ne peut être formée ni aucun moyen soulevé ; aucune observation ne peut être présentée ni aucune autre pièce produite si ce n'est à la demande expresse et par écrit du tribunal arbitral. Dans la pratique, la partie qui prétend disposer d'un élément décisif prendra attache avec les arbitres, pour éventuellement être autorisée à le produire. Les arbitres statueront souverainement sur l'opportunité d'admettre l'élément, et même de rouvrir les débats.

Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM apporte quelques nuances à cette solution. Il prévoit qu'au cours du délibéré, des notes en délibéré peuvent être adressées au tribunal arbitral avec communication d'un exemplaire à l'autre partie. Le tribunal arbitral pourra même, à la demande d'une des parties ou de sa propre initiative, décider d'une réouverture des débats à tout moment. La formule vise manifestement à permettre à toutes les parties d'exposer tous leurs arguments. Mais elle expose à une prolongation à l'infini de la procédure dans la mesure où elle semble obliger les arbitres à rouvrir les débats en cas de demande ou, au moins, à admettre les notes en délibéré.

164. En vue de garantir le respect des droits de la défense, les arbitres porteront préalablement à la connaissance des parties le jour où l'affaire sera mise en délibéré (*Mais la Cour de cassation française a jugé que l'absence d'indication de la date de mise en délibéré ne peut donner lieu à nullité de la sentence (Civ. 2, 12 décembre 1990, Rev. arb. 1991, 317, note Thery)*).

La mise en délibéré est décidée lorsque les arbitres ont à leur disposition les éléments suffisants pour décider. Le législateur africain n'a pas cru utile de fixer une date

buttoir pour la mise en délibéré. Mais le délibéré devrait être prévu par les arbitres pour une date qui n'est ni hâtive, ni tardive par rapport à la date d'expiration de la mission des arbitres. Hâtif, il expose à une décision prématurée ; tardif, il expose à un délibéré bâclé parce qu'on veut rester dans les délais de jugement.

II - Objet du délibéré

165. Les arbitres doivent délibérer sur tous les points qui sont en discussion. Concrètement, ils doivent épuiser, mais sans dépasser l'objet de leur saisine. Si un acte de mission a été rédigé au début de la procédure, les arbitres devraient s'assurer que tous les points litigieux que l'acte soulève ont été tranchés. Un même point de l'acte de mission peut se développer en plusieurs petits points sur lesquels il faut délibérer. Pour une demande de dommages-intérêts par exemple, les discussions porteront tant sur la réalité, l'étendue et la responsabilité dans le préjudice que sur le montant de la réparation à allouer.

Les arbitres peuvent être appelés à prendre une décision sur l'exécution provisoire de leur sentence. La faculté est bien prévue par l'article 24 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Mais l'exécution provisoire de la sentence ne pourra être prononcée que sur demande, et jamais d'office.

La sentence arbitrale devant contenir la décision relative aux frais, les arbitres doivent aussi s'y pencher. Dans l'arbitrage institutionnel, la tâche leur est facilitée par les règlements d'arbitrage qui dressent un tableau des honoraires et frais de façon qu'il n'y ait à faire essentiellement que de simples opérations mathématiques pour savoir le montant dû. Le langage technique parle de liquidation des frais. En vérité, en matière d'arbitrage institutionnel, c'est le centre d'arbitrage qui communique aux arbitres les indications permettant de liquider les frais.

On ne peut cependant réduire la décision sur les frais d'arbitrage à un simple calcul. Les arbitres ont aussi à se prononcer sur la répartition des frais. Plus précisément, il s'agira de dire laquelle des parties supportera les frais, ou dans quelle proportion ceux-ci seront supportés par l'une et l'autre parties. De plus, les arbitres peuvent avoir à se prononcer sur le montant des frais engagés par les parties, frais qui viendront s'ajouter aux frais d'arbitrage.

III - Sentences obtenues sans délibéré : les sentences d'accord parties

166. Les sentences d'accord parties attirent l'attention par le grand écart qui les sépare des sentences classiques (*On pourrait même se demander si elles sont de véritables sentences arbitrales. Elles ne rentrent pas en tout cas dans la définition ci-dessus donnée de la sentence arbitrale. Voir J.M. TCHAKOUA, « Le statut de*

la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un déguisement bien utile », *Revue de droit des affaires internationales* 2002, n° 7 ; p. 775 ; *Juridis-périodique* n° 51, p. 80). Le trait le plus frappant de la sentence dite d'accord parties est qu'elle ne résulte pas d'un délibéré arbitral. L'article 27 du règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage du GICAM dispose que si les parties se mettent d'accord au cours de la procédure arbitrale, elles peuvent demander à l'arbitre que cet accord soit constaté en la forme d'une sentence d'accord parties. Les règlements d'arbitrage de la CACI et du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD prévoient une solution formellement nuancée : si la possibilité de la sentence d'accord parties est prévue, donner cette forme à l'accord des parties est présenté comme une faculté pour l'arbitre (*Voir respectivement les articles 27 du règlement d'arbitrage de la CACI et 39 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage de la CCIAD*). Mais une telle nuance ne remet pas en cause l'idée que la sentence d'accord parties est prise sans délibéré arbitral, car décider de donner suite à l'accord des parties ne peut être compris comme le délibéré (*Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD précise opportunément que la sentence d'accord parties n'a pas à être motivée*).

167. L'intérêt de la sentence d'accord parties est de pouvoir disposer des facilités d'exécution des sentences arbitrales ordinaires. En effet, à partir du moment où les textes ne lui enlèvent pas cette possibilité, il faut penser que la qualification de sentence arbitrale lui ouvre cette voie.

Mais on peut se poser des questions sur la nature juridique réelle de la sentence d'accord parties. Dans certains cas, la sentence sera le résultat d'une transaction ou d'un acquiescement. L'article 39 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD l'appelle bien transaction. L'acte ressemblera effectivement à la transaction dans le sens du droit commun si l'on peut y déceler des concessions réciproques de la part des parties. Il ressemblera à un acquiescement si l'on y voit l'acceptation simple des prétentions de l'autre partie. Mais l'article 39 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD éclaire l'analyse par des précisions. Il prévoit que si les parties conviennent d'une transaction qui règle le litige, le tribunal arbitral rend une décision de clôture de procédure arbitrale. Dans cette hypothèse, il ne fait pas de doute que l'accord des parties est une transaction ordinaire et doit être efficace dans les conditions du droit commun. Mais il se peut que les parties ne veuillent pas le régime de la transaction de droit commun. Dans ce cas, elles demandent à l'arbitre de constater leur accord par une sentence. Leur demande ne sera pas forcément acceptée par l'arbitre. Mais si l'arbitre accède à la demande, il donne son onction à l'accord, lequel se déguise en une sentence arbitrale. L'emprunt du régime des sentences

arbitrales interdit désormais de voir dans l'accord des parties entériné par l'arbitre une transaction dans les termes du droit commun.

168. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne parle pas des sentences d'accord parties, mais traite de l'acquiescement et de la transaction comme modes de cessation de la procédure arbitrale, à côté du désistement et de la sentence définitive. Il est clair que dans l'esprit de la loi, l'acquiescement et la transaction ne donnent pas lieu à une sentence arbitrale. Mais on pourrait être bien embarrassé si les arbitres tentent d'emprunter la solution de la sentence d'accord parties que prévoient les systèmes d'arbitrage institutionnels. Le fond conventionnel de la justice arbitrale peut bien incliner à admettre l'efficacité, comme sentence arbitrale, d'une sentence d'accord parties qui interviendrait dans un arbitrage *ad hoc*. Il faudrait cependant compléter la solution par l'idée que l'arbitre peut refuser de prendre la sentence d'accord parties, ce qui obligerait les parties à retourner, pour l'efficacité de leur transaction, au régime d'efficacité de la transaction en droit commun.

B - Rédaction de la sentence arbitrale

169. Le caractère écrit de la sentence arbitrale permet qu'y soient vérifiées les mentions que le législateur a rendues obligatoires (*Certes on peut imaginer une sentence non écrite. Il faudrait alors que son exécution soit spontanée sinon elle poserait des difficultés insurmontables*). L'article 20 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage prévoit que la sentence arbitrale doit contenir l'indication : des noms et prénoms du ou des arbitres qui l'ont rendue, de sa date, du siège du tribunal arbitral, des noms, prénoms et dénomination des parties ainsi que leur domicile ou siège social, le cas échéant les noms et prénoms des avocats ou de toute autre personne ayant représenté ou assisté les parties, l'exposé des prétentions respectives des parties, de leurs moyens ainsi que les étapes de la procédure. La sentence arbitrale doit aussi contenir des motifs. Il faut y ajouter la signature des arbitres, encore qu'en cas de collège arbitral la signature de la majorité soit suffisante. De même, si la sentence est rendue, en cas d'échec de la majorité, par le Président du tribunal arbitral, sa seule signature suffit.

On retrouve ainsi tous les éléments classiques permettant de se rendre compte qu'on est en présence d'une décision de justice : les qualités, le motif, puis le dispositif qu'on ne cite plus ici. Chacun des éléments cités est important. Mais il faudrait insister particulièrement sur quelques-uns.

Les noms, prénoms et signature des arbitres permettront de voir que la sentence est rendue par ceux que les parties ont investis comme arbitres. En France, il a été jugé que la sentence arbitrale ne peut être invalidée pour identification inexacte parce qu'incomplète d'une

des parties. Mais, il semble qu'il en aurait été autrement si c'est l'arbitre qui avait été mal identifié.

Il a été jugé que la sentence arbitrale n'a pas besoin d'être paraphée à chaque page par les arbitres. Suffit donc la signature à la fin du document. Dans la pratique, cependant, les arbitres paraphent toutes les pages de la sentence arbitrale.

La date de la sentence arbitrale permettra tout d'abord de vérifier que la sentence n'a pas été rendue hors délai. Les arbitres étant investis pour un laps de temps bien précis, leur pouvoir de juger s'épuise avec l'arrivée de l'échéance fixée par les parties ou, à défaut, la loi. Techniquement, on dit que la convention d'arbitrage a expiré.

L'indication de la date de la sentence est ensuite importante parce que la loi prévoit que la sentence a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée, relativement à la contestation qu'elle tranche. Il s'agit là d'un effet grave qu'on devrait pouvoir situer précisément dans le temps.

L'indication du siège de l'arbitrage permet de voir un des points de rattachement de l'arbitrage avec l'ordre juridique étatique, même s'il est admis que l'arbitre n'a pas de *for*. Il est au moins sûr qu'une éventuelle annulation de la sentence arbitrale peut être demandée à la juridiction compétente du siège de l'arbitrage.

L'exposé des prétentions respectives des parties et des différentes étapes de la procédure permet de s'assurer, par une confrontation avec les motifs et le dispositif, que le principe dispositif, le principe du contradictoire et les droits de la défense ont été respectés.

L'exigence de motivation de la sentence arbitrale est diversement perçue. Certains refusent d'y voir un élément consubstantiel à l'acte de justice et pensent que les arbitres peuvent ne pas motiver la sentence, tout au moins lorsque le défaut de motifs ne dissimule pas une contrariété à l'ordre public.

En vérité, cette analyse est un peu dépassée. Dans sa version ancienne, le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD prévoyait que les parties peuvent autoriser les arbitres à ne pas motiver leur sentence. La solution ne s'accordait pas avec l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dont l'article 20 dispose clairement que la sentence arbitrale doit être motivée (*Ce texte met également en difficulté l'article 29 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM qui prévoit que les parties à l'arbitrage peuvent dispenser les arbitres de motiver, à condition qu'une telle dispense soit possible au regard de la loi applicable*). Sans surprise, l'article 36 de la nouvelle version du texte ne prévoit aucune possibilité de dispenser les arbitres de l'obligation de motiver la sentence. L'idée moderne est que l'exigence de motifs est consubstantielle à toute décision de justice, puisque c'est elle qui garantit son sérieux.

170. La sentence doit être motivée même dans le cas où les arbitres sont autorisés à statuer en amiables

compositeurs. La précision est opportunément donnée par l'article 31 du règlement d'arbitrage de la CACI. L'attribution des pouvoirs d'amiable compositeur ne dispense, à la limite, que de la motivation en droit, puisque les arbitres ne sont pas obligés de respecter les règles du droit strict. En vérité, l'amiable composition n'est pas une sortie arbitraire du cadre du droit. La Cour commune de justice l'a définie « de manière négative comme le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application stricte des règles du droit, ce qui permet aussi bien de les ignorer que de s'en écarter en tant que leur sentiment de l'équité l'exige » (*CCJA, arrêt n° 028/2007 du 19 juillet 2007, affaire Société Nestlé Sabel c/ SCIMAS, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA op. cit., p. 334*). Il faudrait donc normalement s'attendre à ce que, le cas échéant, les arbitres expliquent pourquoi ils ont ignoré ou se sont évadés du cadre du droit strict.

Ensuite, il reste l'obligation de motiver en fait, à laquelle les arbitres ne peuvent jamais se dérober sous le prétexte de l'amiable composition.

Il est regrettable que l'article 31. 1 du règlement d'arbitrage de la CACI restreigne l'exigence de motifs aux sentences sur le fond. Même lorsqu'elle règle une exception de procédure, la sentence arbitrale est une décision de justice et, à ce titre, mérite d'être motivée.

171. Les sentences d'accord parties embarrassent cependant : elles ne sont pas réellement des actes des arbitres, et on peut bien se demander en quoi consisterait leur motivation. C'est peut-être ce qui a convaincu les rédacteurs de la loi-type de CNUDCI à exclure l'exigence de motivation pour les sentences d'accord parties. La solution n'est cependant pas sans reproche. En effet, même rendue d'accord parties, la sentence doit se présenter dans des conditions propres à convaincre le lecteur qu'elle n'est pas un acte arbitraire des arbitres. Il faudrait donc penser, sous le régime de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, que ces sentences ne sont pas dispensées de l'exigence de motivation. Les arbitres devront au moins faire savoir que les parties sont parvenues à un accord. Et dans la mesure où ils ne sont pas obligés de mettre en forme l'accord des parties, ils doivent dire pourquoi ils ont estimé judicieux de rendre la sentence d'accord parties.

172. La question de l'expression des opinions dissidentes doit être abordée en rapport avec la motivation de la sentence arbitrale, puisque l'opinion dissidente est un avis différent de l'analyse qui est faite par la majorité des arbitres. S'il est admis, l'avis dissident devrait lui aussi être étayé d'arguments de fait et de droit.

L'article 21 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage envisage l'hypothèse où une minorité d'arbitres refusent de signer la sentence arbitrale. Bien qu'un tel refus ne s'explique en général que par une opinion dissidente, le législateur se garde de dire que les opinions dissidentes

doivent être exprimées. La seule attitude qu'impose le texte c'est la mention, dans la sentence, du refus de signature. Il semble qu'on doit se contenter de mentionner le refus de signature, sans en donner les raisons.

La réserve du législateur est bien compréhensible. Il faudrait en effet se rappeler la règle du secret des délibérations ; en autorisant l'expression des opinions dissidentes, on permet, dans une large mesure, de mettre à mal le secret des délibérations.

Certains règlements d'arbitrage admettent, cependant, l'expression des opinions dissidentes. La solution est posée par le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD, qui oblige les arbitres à exposer le motif d'un refus éventuel de signature de la sentence arbitrale par un arbitre. La formulation la plus nette de la solution se trouve dans les règlements d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM et de la CACI. Ils affirment que tout membre du tribunal arbitral peut remettre au président de celui-ci son opinion particulière pour être jointe à la sentence (*Voir respectivement les articles 29.6 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM et 31 du règlement d'arbitrage de la CACI*).

L'opinion dissidente ne viendra pas brouiller la motivation de la sentence. Elle est jointe à la sentence arbitrale, ce qui signifie qu'elle est exprimée en dehors de celle-ci. Il est souhaitable qu'elle soit contenue dans un document à part.

§2 - Contrôle de l'institution d'arbitrage pour les sentences de l'arbitrage institutionnel

173. Dans le souci d'assurer la bonne qualité des sentences qui en sortent, beaucoup de centres d'arbitrage prévoient leur contrôle sur les sentences rendues par les arbitres. Ainsi que le montre le terme utilisé, il s'agit, pour les centres d'arbitrage, d'assurer un « contrôle », non de se substituer aux arbitres. Les modalités (A) du contrôle doivent être présentées avant son étendue et sa portée (B).

A - Modalités du contrôle

174. Le contrôle que les centres d'arbitrage exercent sur les sentences arbitrales rendues sous leurs auspices est plus important et moins instantané que ne laissent voir les textes. Les textes soulignent le contrôle plus direct qui est fait sur les projets de sentence. En vérité, cet acte est la dernière touche d'une opération montée minutieusement depuis le moment où est, lorsque c'est le cas, dressée la liste des arbitres. Les exigences de compétences qui sous-tendent les critères de sélection des arbitres ne s'expliquent que par la recherche d'un certain *standing* pour les sentences arbitrales.

En se réservant ensuite le droit de confirmer les arbitres choisis par les parties, les centres d'arbitrage se

donnent une autre occasion d'assurer par anticipation un bon *standing* à la sentence arbitrale.

Le point culminant du contrôle que les centres d'arbitrage exercent sur les sentences arbitrales reste, cependant, la vérification de la forme dès que le projet de sentence est adressé par les arbitres. Les textes soulignent justement qu'au moment où s'effectue le contrôle, la sentence arbitrale n'existe qu'en projet. Concrètement, avant de signer une sentence partielle ou définitive, les arbitres doivent en soumettre le projet au centre d'arbitrage (*Voir articles 30.1 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM, 32 du règlement d'arbitrage de la CACI, et 37 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage de la CCIAD*).

Il est certain que la formalité de communication du projet de sentence au centre concerné est obligatoire pour les arbitres. Ceux-ci doivent ensuite attendre la réaction du centre avant de signer la sentence.

Dans le système d'arbitrage du GICAM, le projet de sentence est soumis au Comité permanent. C'est l'équivalent du Comité de gestion de l'arbitrage et du Comité de médiation et d'arbitrage, examinateurs du projet de sentence respectivement dans les systèmes de la CCIAD et de la CACI.

B - Étendue et la portée du contrôle

175. L'article 32 du règlement d'arbitrage de la CACI prévoit que tout projet de sentence, avant sa signature, est transmis au Comité de médiation et d'arbitrage. Celui-ci peut, en respectant la liberté de décision de l'arbitre, appeler son attention sur les questions de forme ou de fond qui lui paraissent se poser. Les observations du Secrétariat ne lient pas le Tribunal arbitral.

Ce texte fournit trois indications précises. D'abord, ce sont tous les projets qui doivent être transmis au comité. Sur ce point précis, il se rapproche du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD. Il se démarque, en revanche, du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM, qui fait des distinctions. En effet, ce dernier limite l'exigence d'examen préalable aux projets de sentence sur la compétence, de sentences partielles qui mettent un terme à certaines prétentions des parties, et de sentences définitives (*Voir l'article 30.1 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM*).

Ensuite l'article 32 du règlement d'arbitrage de la CACI indique que le Comité de médiation et d'arbitrage peut appeler l'attention des arbitres tant sur les problèmes de fond que sur les problèmes de forme qui lui paraissent se poser.

Enfin, les observations du Comité de médiation et d'arbitrage ne lient pas les arbitres. Le style du commentaire devrait même montrer clairement qu'il ne s'agit que de suggestions, puisque le texte souligne la nécessité de respecter la liberté de décision des arbitres.

Le règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD prévoit une solution originale. Le Comité de gestion du Centre peut « prescrire » des modifications de pure forme. L'attention doit être attirée sur le terme utilisé. À partir du moment où la note émanant du Centre est une prescription, il faut penser que les arbitres ne peuvent pas s'en écarter. Mais il n'y a rien de grave s'il s'agit de modification de « pure forme ».

Le règlement du Centre d'arbitrage du GICAM est au contraire ambigu. Il part de la distinction entre le fond et la forme. Sur la forme, il donne au Centre un droit de proposer des modifications. Sur le fond, il l'autorise à attirer l'attention des arbitres sur les points qui lui paraissent poser problème. En vérité, on fait difficilement le départ entre les deux prérogatives, dans la mesure où la proposition de modification de forme ne lie pas les arbitres. Dans ces conditions, elle n'est pas en pratique différente d'un commentaire fait pour attirer l'attention des arbitres.

En tout état de cause, il n'est pas toujours aisé de distinguer entre le fond et la forme. Et c'est sur cette difficile distinction que certains débats porteront.

Dans la pratique, les sentences arbitrales ne sont mieux présentées que par les techniciens du droit. C'est dire que les centres d'arbitrage peuvent souhaiter avoir dans la composition du tribunal au moins un juriste. Une telle composition évite au centre d'avoir à proposer par la suite une importante modification de forme (*Une telle proposition est toujours fâcheuse aussi bien pour les arbitres que pour le centre, voire pour les parties*).

Section 2 - Exequatur de la sentence arbitrale

176. On aurait pu évoquer ici, en même temps que l'*exequatur*, la reconnaissance des sentences arbitrales, car d'un point de vue théorique on peut distinguer l'*exequatur* de la simple reconnaissance (*C'est en tout cas ce que font la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et l'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage (article 31)*). Mais d'un point de vue pratique, une telle distinction est d'un intérêt très limité. En effet, les conditions de fond de la reconnaissance ne sont pas différentes de celles de l'*exequatur*, et les plaideurs n'entreprendront pratiquement jamais une action principale en simple reconnaissance. La partie qui ne veut pas procéder à l'exécution forcée s'en tiendra, en général, à l'autorité de la chose jugée (*Sur l'examen à titre incident lorsque l'autorité de la chose jugée de la sentence est invoquée, voir P. MEYER, OHADA-Droit de l'arbitrage, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 396*) de la sentence et, au mieux, demandera la reconnaissance par voie incidente dans une instance ayant un autre objet (*Par exemple lorsqu'on recherche la formule exécutoire après une saisie conservatoire*). Aussi, paraît-il judicieux d'examiner seulement l'*exequatur*. Il faudrait d'abord savoir quel est l'objet de

l'*exequatur* (§1), quel sont ses conditions (§2) et suivant quelles modalités il est obtenu (§3).

§1 - Objet de l'exequatur

177. S'il est utile de s'arrêter sur l'objet de l'*exequatur*, c'est parce qu'il faut le distinguer de l'exécution avec laquelle il risque être confondu (*La convention de New York peut alimenter une telle confusion puisqu'elle utilise le mot « exécution » à la place du mot « exequatur »*). Dans le langage juridique, l'exécution d'un titre renvoie essentiellement à la phase où son bénéficiaire mobilise la force publique pour obtenir satisfaction. Il en est ainsi lorsqu'il s'agit de titres exécutoires. Ceux-ci sont revêtus de la formule exécutoire dressée au nom du Souverain.

Des titres comme les jugements étrangers et sentences arbitrales ne peuvent en revanche, pour leur exécution, bénéficier du concours de la force publique, parce qu'ils sont dépourvus de formule exécutoire. D'où l'intérêt, pour leur détenteur, de soumettre le titre à un examen de régularité au terme duquel il pourra être jugé digne de bénéficier des faveurs des titres exécutoires (*J.M. TCHAKOUA, Le contrôle de la régularité internationale des jugements et sentences arbitrales en droit camerounais, thèse de doctorat de 3^e cycle, Université de Yaoundé, 1991*). Plus concrètement, l'examen de régularité auquel la sentence arbitrale est soumise permet au juge de vérifier que la sentence peut être exécutée avec le concours de la force publique. Si c'est le cas, la sentence bénéficie d'une décision d'*exequatur*. L'*exequatur* se présente ainsi comme un véritable « bon à exécuter » délivré par le juge étatique, se traduisant par l'apposition de la formule exécutoire devant permettre l'exécution forcée.

178. La procédure d'*exequatur* est postérieure à la condamnation au fond, puisque celle-ci a déjà été prononcée par la sentence arbitrale. Mais elle est préalable à l'exécution forcée qu'elle conditionne.

179. Le juge d'*exequatur* ne condamne donc aucune partie au fond, et ne prend aucune mesure relative aux biens à saisir éventuellement. On comprend que sur le terrain de l'*exequatur*, on ne s'intéresse pas, par exemple, aux questions d'immunité d'exécution.

§2 - Conditions de l'exequatur

180. La rédaction des textes ne permet pas de dégager facilement les conditions d'*exequatur* des sentences arbitrales. Il faudrait déjà souligner que s'agissant de savoir à quelles conditions des titres privés peuvent bénéficier du concours de la force publique, on ne peut rien attendre des règlements d'arbitrage de centres d'arbitrage, car il s'agit de « réglementations privées ». Les conditions de régularité des sentences de l'arbitrage traditionnel seront dégagées au regard seulement de l'Acte uniforme relatif

au droit de l'arbitrage et, théoriquement, de la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ou d'autres conventions internationales éventuellement applicables. En vérité, la convention de New York n'a pas beaucoup de chance d'être appliquée, parce qu'elle prévoit son effacement devant des dispositions plus favorables au demandeur (*La convention précise qu'elle ne prive pas les intéressés du droit de se prévaloir du droit interne plus favorable (article VII)*). Or, à bien des égards, celles de l'Acte uniforme le sont.

L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est fort libéral. Tout est résumé en son article 31 : le premier alinéa du texte affirme que la reconnaissance et l'*exequatur* de la sentence arbitrale supposent que la partie qui s'en prévaut établit l'existence de la sentence arbitrale. Le dernier alinéa ajoute que la reconnaissance et l'*exequatur* sont refusés si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public international des États parties.

Ainsi, deux conditions seulement sont posées. Une condition matérielle, l'existence de la sentence arbitrale, et une condition juridique, l'absence de contrariété manifeste de la sentence à l'ordre public international des États parties.

La présentation des solutions montre qu'au niveau de l'*exequatur*, on fait moins un contrôle de régularité de la sentence arbitrale qu'un contrôle d'apparence de régularité (*Sur la distinction, voir J. P. ANCEL, « Le contrôle de la sentence », in l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique op. cit., 189*). En effet, le juge ne peut refuser l'*exequatur* que si, de façon manifeste, la sentence contrarie l'ordre public international des États parties. Cela signifie qu'une telle contrariété est tellement grossière qu'on la voit sans aucune recherche.

181. Par ailleurs, l'ordre public auquel le législateur renvoie est bien « l'ordre public international des États parties ». La notion peut poser quelques difficultés de compréhension. Mais il est sûr qu'il ne s'agit pas de l'ordre public interne du pays du juge saisi. Il ne s'agit pas non plus de la somme des ordres publics internationaux des États parties au traité OHADA. Il s'agirait, plus probablement, de l'intersection des ordres publics internationaux des États parties.

§3 - Modalités d'*exequatur*

182. L'*exequatur* des sentences arbitrales pose les problèmes de la juridiction compétente (A), de la procédure à suivre (B) et des pièces à fournir (C).

A - Juridiction compétente pour l'*exequatur*

183. Le point de départ de la recherche du juge compétent est l'article 30 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Il dispose que la sentence arbitrale

n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'*exequatur* rendue par le juge compétent dans l'État partie (*Il faudrait penser que ce même texte est applicable à la reconnaissance des sentences arbitrales. Sauf à dire que la reconnaissance incidente est possible devant toutes les juridictions*). Est ainsi laissé à chaque État partie au traité le soin de désigner la juridiction compétente pour l'*exequatur*.

L'objet de la procédure d'*exequatur* autorise cependant quelque pronostic. S'agissant non pas de rechercher une condamnation au fond, mais de faire juger que la condamnation déjà prononcée par le ou les arbitres est digne de respect, on ne peut réfléchir sur la juridiction compétente en fonction du taux ou de l'objet de la condamnation. Serait donc inappropriée une disposition qui désigne le juge compétent pour l'*exequatur* en fonction de l'intérêt en jeu dans la sentence.

Le contrôle à faire, essentiellement formel, autorise à penser que le juge compétent pourrait, dans bien des pays, être le juge des ordonnances sur requête.

Sur le plan territorial, plusieurs juridictions ont, *a priori*, vocation à être saisies : la juridiction du lieu où l'exécution est poursuivie, celle du lieu où la sentence est rendue, et même celle du domicile du défendeur pour le cas où on admet une procédure contradictoire. Mais il sera plus convenable de saisir la juridiction du lieu où l'exécution doit être poursuivie.

Par ailleurs, on pourrait, au plan national, confier à un seul juge, bien expérimenté, les questions d'examen de régularité des sentences arbitrales.

B - Procédure d'*exequatur*

184. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage n'a pas organisé dans le détail la procédure d'*exequatur* ; il faudrait donc, pour le compléter, se reporter aux dispositions nationales. L'instance en *exequatur* ne pouvant se confondre avec une instance au fond, il serait convenable d'agir au moyen d'une ordonnance sur requête.

L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage précise tout de même que la décision qui refuse l'*exequatur* n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage (*Mais pour que le pourvoi soit possible, encore faut-il que la décision de refus d'exequatur soit écrite et bien motivée. Sera abandonnée la pratique qui a cours devant plusieurs juridictions et consistant à ne pas répondre par écrit au requérant lorsque sa requête est rejetée*). La décision qui accorde l'*exequatur* n'est susceptible d'aucun recours. Toutefois, le recours en annulation de la sentence arbitrale emporte, de plein droit, dans la limite de la saisine du juge, recours contre la décision ayant accordé l'*exequatur*. Le rejet du recours en annulation emporte, de plein droit, validité de la sentence arbitrale ainsi que de la décision ayant accordé l'*exequatur*.

185. Il faudrait s'interroger encore sur l'office du juge

lorsqu'il est saisi d'une demande d'*exequatur*. Si l'on s'en tient à l'article 31 de l'Acte uniforme, le juge devrait simplement s'assurer qu'existe une sentence arbitrale et que celle-ci n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international des États parties.

Or, il est possible qu'à travers ces premiers éléments dont le contrôle est prescrit apparaissent, en filigrane, certains vices qui s'y rattachent plus ou moins. Le texte exigeant la production de la convention d'arbitrage, il se peut que celle-ci apparaisse au juge comme manifestement nulle. Doit-il accorder l'*exequatur* au motif que la loi ne prévoit pas son contrôle sur la validité de la convention d'arbitrage ? On pourrait même imaginer que le juge se rende compte que la sentence arbitrale dépasse les limites de la compétence des arbitres tracées dans la convention d'arbitrage.

En vérité, tout porte à faire penser que le législateur oblige le juge à se limiter à un examen *prima facie* de la sentence arbitrale. L'examen *prima facie* est un examen non approfondi. Le motif qui peut justifier éventuellement le rejet doit être apparent, c'est-à-dire se montrer sans examen. C'est donc une vérification de l'apparence de régularité qu'effectue le juge.

Dans ces conditions, il n'est pas opportun d'étendre le contrôle à ce qui n'est pas légalement prévu. La partie contre laquelle l'*exequatur* est obtenu a, en principe, déjà pris connaissance de la sentence et a pu l'attaquer si elle la trouve intolérable. Dans ces conditions, le rejet de la demande d'*exequatur* doit être vraiment exceptionnel.

186. Le bénéfice de l'*exequatur* se traduit par l'apposition, sur la sentence arbitrale, de la formule exécutoire dressée au nom du Souverain. Le juge pourrait, sans doute, se limiter à ordonner l'apposition de la formule exécutoire sur la sentence arbitrale, sans qu'il soit même nécessaire de motiver son acte, encore que cet acte soit le résultat d'un travail judiciaire. On ne peut pas exclure que certains juges rendent la décision d'*exequatur* par une ordonnance classique au bas d'une requête, de sorte que l'*exequatur* se présente comme un document à joindre à la sentence arbitrale (*Une telle décision doit se contenter d'accorder l'exequatur, sans plus*).

C - Pièces à fournir

187. Deux pièces doivent nécessairement être produites à l'appui de la demande d'*exequatur* : la sentence arbitrale et la convention d'arbitrage.

L'exigence de la production de la sentence arbitrale va de soi, sauf si l'on considère qu'une sentence verbale peut avoir été rendue. En vérité, les exigences de forme de la sentence arbitrale rendent déjà peu probables les sentences verbales.

L'exigence de la production de la convention d'arbitrage se comprend bien : la justice arbitrale étant une justice conventionnelle, le demandeur en *exequatur* devrait au moins, par la production de la convention

d'arbitrage, convaincre le juge de l'*exequatur* que la sentence a été rendue sur la base d'une convention. Reste cependant posée la question des conventions d'arbitrage non écrites que l'article 3 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage n'interdit pas vraiment.

Les pièces à fournir seront produites en original ou en copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

188. Si les pièces ne sont pas rédigées dans une langue admise comme langue de travail du juge (*L'article 31 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage vise le français. La solution se comprenait lorsque le français était la seule langue de travail de l'OHADA. Elle est devenue très problématique depuis que se sont ajoutés l'anglais, l'espagnol et le portugais*), la partie qui demande l'*exequatur* devra en produire une traduction certifiée par un traducteur inscrit sur la liste des experts établie par les juridictions compétentes.

Section 3 - Voies de recours contre la sentence arbitrale

189. Comparé aux systèmes qu'il remplace dans bien des pays de l'espace OHADA, le système actuel des voies de recours contre les sentences arbitrales est des plus simples et modernes. Il porte, cependant et fatalement, les empreintes de la nature hybride de l'arbitrage. En tant que décision de justice, la sentence arbitrale peut théoriquement faire l'objet des recours que connaissent classiquement les décisions de justice ; nous verrons cependant que tous ces recours classiques ne sont pas admis (§ 1). L'origine particulière de la sentence arbitrale, décision rendue en dehors de l'appareil judiciaire étatique, autorise un recours qui lui est spécifique (§ 2).

§1 - Sentence arbitrale et voies de recours classiques contre les décisions de justice

190. Les décisions de justice étatique sont susceptibles d'appel, d'opposition, de tierce opposition, de pourvoi en cassation et de recours en révision auquel on donne plusieurs appellations suivant les droits. Contre les sentences arbitrales, toutes ces voies de recours n'ont pas été retenues. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage a exclu l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation. (A) ; ne sont donc admis que la tierce opposition et le recours en révision (B).

A - Exclusion de l'opposition, de l'appel et du pourvoi en cassation

191. L'article 25 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dispose que la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel, ni de pourvoi en cassation.

Ces exclusions, qui ont chacune sa justification propre, aboutissent naturellement à une simplification du régime des voies de recours. En premier lieu, l'exclusion de l'opposition contre les sentences arbitrales s'explique essentiellement par le caractère conventionnel de la justice arbitrale. En effet, visant à permettre à celui qui n'a été ni présent ni représenté à un procès de revenir devant le juge, de faire valoir ses moyens de défense, l'opposition est difficilement concevable en matière d'arbitrage puisque la mise en œuvre de la justice arbitrale voit la participation active des parties. Celles-ci passent la convention d'arbitrage et participent à la mise en place du tribunal arbitral. Il est donc difficile d'admettre qu'une partie puisse accomplir toutes les diligences qu'on attend d'elle et ignorer la tenue de l'arbitrage. La partie qui refuse de participer à la procédure d'arbitrage sera jugée par sentence réputée contradictoire, puisqu'il sera toujours possible de s'assurer qu'elle a été touchée par la convocation.

L'exclusion du pourvoi en cassation est également très compréhensible. Le recours en cassation tend à permettre à la cour régulatrice, juge de droit, de vérifier que les juridictions du fond ont bien appliqué la loi. Or, les parties peuvent avoir prévu que les arbitres doivent statuer en amiables compositeurs. Et lorsqu'ils n'ont pas les pouvoirs d'amiables compositeurs, ils ne sont pas toujours obligés, dans leurs sentences, de respecter toutes les exigences légales, surtout de forme, que contrôle souvent la cour régulatrice. De plus, les arbitres ne sont pas intégrés à l'organisation judiciaire de l'État, pour que leurs sentences puissent directement faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

L'exclusion de l'appel semble également se justifier par le fait que les arbitres ne sont pas intégrés à l'organisation judiciaire de l'État, pour servir de premier degré de juridiction. Mieux, l'appel contrarierait l'essence conventionnelle de la justice arbitrale en permettant de soumettre désormais le fond de l'affaire au juge étatique. Il faudrait enfin souligner le souci de célérité qui anime la justice arbitrale. C'est en raison de ce souci que l'appel ne sera pas possible devant le juge étatique, ni même, en général, devant une autre juridiction arbitrale.

192. Même si la loi ne le dit pas expressément, il faut penser que l'exclusion des voies de recours évoquées est irrémédiable. Ainsi, les parties ne pourraient pas, conventionnellement, prévoir ces recours. En effet, les règles de compétence d'attribution et d'organisation des voies de recours sont impératives, ce qui justifie la nullité de clauses conventionnelles qui les ignorent ou tentent de les réaménager (*En droit français, les conséquences d'une telle nullité sont incertaines. La Cour d'appel de Paris a souvent annulé l'entière convention d'arbitrage parce que la clause nulle était déterminante (12 décembre 1989, Rev. arb., 1990, 863, note P Level ; 7 octobre 1994 Rev. arb., 1995, 263, note P. Level). Mais elle a aussi parfois décidé de ne pas annuler toute la convention. Il faudrait préférer cette dernière solution.*)

B - Ouverture de la tierce opposition et du recours en révision

193. Considérons la tierce opposition (I) avant le recours en révision (II).

I - Tierce opposition

194. L'article 25 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dispose que la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une tierce opposition devant le tribunal arbitral par toute personne physique ou morale qui n'a pas été appelée et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits.

L'ouverture de la tierce opposition peut étonner, pour au moins deux raisons. D'une part, cette voie de recours doit, en pratique, être très rarement exercée contre les sentences arbitrales : les différends soumis à l'arbitrage sont d'ordre contractuel, et il est rare que la sentence emporte des obligations pour les tiers.

D'autre part, et d'un point de vue théorique, on peut difficilement concilier la tierce opposition avec la base conventionnelle de l'arbitrage. En effet, l'arbitrage trouvant sa source dans la convention d'arbitrage, on se serait attendu que l'effet relatif des conventions tienne les tiers éloignés de l'arbitrage. Ce n'est pas ce que le législateur a pensé. Et la tierce opposition en matière d'arbitrage apparaît comme une procédure par laquelle le tiers opposant vient s'impliquer dans les suites d'une convention à laquelle il n'est pas partie. L'indication que le législateur donne des conditions d'ouverture de la tierce opposition est à cet égard très édifiante. Celle-ci est ouverte à toute personne qui n'a pas été appelée et lorsque la sentence préjudicie ses droits. Cette seconde condition se comprend bien, la première moins bien. La justice arbitrale ignore l'intervention forcée ; le tiers ne peut donc être appelé dans l'instance arbitrale.

Malgré tout, la solution légale permettra que, même occasionnellement la sentence arbitrale ne puisse pas porter irrémédiablement préjudice aux tiers à l'arbitrage (*Sans doute pouvait-on atteindre ce résultat en organisant un recours en inopposabilité destiné à protéger les tiers contre toute mesure d'exécution de la sentence.*)

195. Le législateur africain donne très peu de détails sur les conditions de recevabilité et la compétence en matière de tierce opposition. On sait seulement que la tierce opposition est de la compétence du tribunal arbitral (*La tierce opposition ne pouvait se faire devant le juge étatique, car alors, on permettrait au juge étatique de connaître du fond du litige, alors que c'est ce que la convention d'arbitrage tend à éviter*). Il faudrait penser qu'il s'agit du même tribunal arbitral qui avait rendu la sentence.

La loi n'envisage pas l'hypothèse où il y a impossibilité de reconstituer le tribunal arbitral au moment où se présente le besoin de faire la tierce opposition (*Il semble judicieux de prévoir, dans ces conditions, le recours au*

juge étatique, même si la solution conduit à s'adresser à celui dont on avait voulu éviter la compétence. Du reste, l'article 22 de l'Acte uniforme relatif au droit l'arbitrage prévoit expressément cette solution en ce qui concerne les demandes d'interprétation, de réparation d'erreurs matérielles ou d'omissions).

La loi uniforme ne dit pas non plus quelles modalités particulières entourent la procédure d'arbitrage ouverte sur tierce opposition. On pense en particulier aux droits et obligations qu'aurait le tiers opposant en tant que partie au litige : récusation des arbitres, participation aux frais, d'arbitrage, etc. Or, il ne semble pas que le recours aux anciennes dispositions nationales sur cette voie de recours en matière arbitrale soit très utile. En effet, dans les pays où le droit antérieur à l'Acte uniforme prévoyait la tierce opposition, celle-ci se faisait devant le juge étatique. Les règles applicables ne peuvent être transposées à la tierce opposition devant les arbitres.

Il est sûr, au moins, que s'agissant de remettre en cause des droits acquis, la procédure de tierce opposition ne saurait se tenir à l'insu des personnes intéressées par la sentence. Celles-ci seront invitées dans la procédure.

Il semble juste de penser que la tierce opposition remet à néant la sentence, tout au moins sur les points qui sont concernés. Une nouvelle sentence peut donc être rendue, laquelle aurait le même régime que les autres sentences. Mais si on admet qu'en cas d'impossibilité de reconstituer le tribunal arbitral on doit s'adresser au juge étatique, la décision à attendre doit être un jugement.

II - Recours en révision

196. Le recours en révision est ouvert pour permettre à toute personne intéressée, en cas de découverte d'un fait décisif et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu du tribunal arbitral et de cette partie, de faire réviser le procès.

L'article 25 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'arbitrage traitant du recours en révision est très elliptique. Il prévoit l'ouverture du recours et indique, sans plus, que celui-ci est formé devant le tribunal arbitral. Il faudrait penser qu'il s'agit du tribunal arbitral qui avait statué sur le différend. Il pourrait, cependant, arriver qu'au moment où le recours est formé, il soit impossible de reconstituer le tribunal arbitral. Dans ces conditions, il paraît judicieux d'adresser la demande au juge étatique ; une telle solution est expressément prévue par l'article 22 de l'Acte uniforme en ce qui concerne les demandes d'interprétation, de réparation d'erreurs matérielles ou d'omission.

Le législateur ne donne aucun détail sur le délai d'action. Or, il semble difficile d'admettre que le demandeur puisse exercer son action trop longtemps après la découverte du fait décisif.

Des précisions étaient également nécessaires en ce qui concerne les modalités d'instruction de la demande

de révision, la décision intervenant sur le recours en révision. Il semble au moins sûr que si la demande est portée devant les arbitres, elle doit aboutir à une sentence arbitrale ayant le régime commun aux sentences arbitrales.

§2 - Voie de recours spécifique à la sentence arbitrale

197. Une voie de recours spécifique aux sentences arbitrales est prévue par le législateur : le recours en annulation de la sentence arbitrale. On examinera les cas d'ouverture (A), les modalités d'exercice (B) et les conséquences du recours (C) ; deux derniers points seront consacrés à la renonciation à se prévaloir d'une irrégularité (D) et à la problématique d'une éventuelle renonciation au recours en annulation (E).

A - Cas d'ouverture du recours

198. Le recours en annulation de la sentence arbitrale est ouvert dans six hypothèses. Il n'est recevable, dit l'article 26 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'arbitrage, que dans les cas suivants :

- si le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée (I) ;
- si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné (II)
- -si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée (III) ;
- si le principe du contradictoire n'a pas été respecté (IV) ;
- si le tribunal arbitral a violé une règle d'ordre public international des États signataires du Traité (V).
- si la sentence arbitrale n'a pas été motivée (VI).

I - Le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur la base d'une convention nulle ou expirée

199. L'arbitrage étant une justice à base conventionnelle, on comprend très bien que la sentence arbitrale puisse être attaquée parce que le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention d'arbitrage nulle.

L'hypothèse d'une sentence rendue sans convention d'arbitrage est rare. Lorsqu'elle se présente, elle épouse souvent la figure de convention d'arbitrage dont on conteste la portée, ou de négociations dont on dit qu'elles n'ont pas été conduites jusqu'à la formation de la convention d'arbitrage.

Plus souvent, il sera question de convention d'arbitrage nulle. La nullité de la convention d'arbitrage fait tomber le pouvoir de juger qui avait été conféré aux arbitres ; leur sentence doit, par conséquent, être retirée de l'ordre juridique. Le terrain le plus favorable à la nullité de la

convention d'arbitrage reste incontestablement la non-arbitrabilité du litige ; mais d'autres motifs peuvent aussi justifier la nullité ; le vice du consentement, le défaut de pouvoir, etc. Dans tous les cas, la conséquence à en tirer est la même.

200. Il ne faudrait cependant pas penser que tous les défauts de la convention d'arbitrage entraînent son annulation. Le cas échéant, le juge sollicité peut donner efficacité à la convention, par exemple en nommant un troisième arbitre lorsque la convention n'en prévoyait que deux, ou en redressant une clause rédigée avec maladresse. La Cour commune de justice et d'arbitrage a fait application de cette solution dans une espèce dans laquelle la convention d'arbitrage prévoyait la désignation de deux arbitres, le troisième ne devant être désigné que si ces deux premiers ne se mettent pas d'accord sur la sentence. La CCJA a cassé le jugement n° 018/2^e/C. com. du 20 mars 2008 du TPI de première classe de Cotonou, qui avait annulé la sentence rendue par le tribunal composé de trois arbitres dont un était nommé en début d'instance par ordonnance du Président du TPI. Le tribunal avait justifié sa solution par le fait que la convention d'arbitrage, qui prévoyait la nomination de deux arbitres, « était non fonctionnelle et inapplicable à l'organisation d'une procédure arbitrale efficace ». Sur pourvoi, la CCJA a jugé qu'« en statuant ainsi alors que le juge compétent dans l'État partie tient de l'article 8 de l'Acte uniforme susvisé, s'il est saisi à cet effet, le pouvoir de prendre des mesures pour que le tribunal arbitral soit constitué conformément à la règle d'imparité affirmée au premier alinéa dudit article, le tribunal de première instance de première classe de Cotonou a violé les dispositions sus-énoncées de l'article 8 de l'Acte uniforme susvisé ».

201. Le législateur prévoit que la sentence arbitrale peut également être attaquée lorsqu'elle est rendue au moment où la convention d'arbitrage était expirée. Mais, il semble qu'est visée, plus exactement, l'hypothèse où la sentence est rendue après expiration du délai d'arbitrage. En effet, les arbitres ne sont pas des juges permanents ; leur pouvoir de juger est limité dans le temps par le délai d'arbitrage. Si celui-ci vient à expirer, les arbitres perdent leur pouvoir de juger, et leur sentence doit être annulée comme rendue sans aucune base juridique.

Bien entendu, si la convention d'arbitrage avait été conclue pour une durée déterminée, il faudrait revenir à une lecture littérale du texte et admettre qu'elle peut expirer. Dans tous les cas, les parties peuvent proroger le délai d'arbitrage ou la durée de validité de la convention d'arbitrage. Très souvent elles le feront devant les arbitres qui en prennent note. Si l'on s'en tient à la jurisprudence qui affirme que la sentence arbitrale fait foi de ses énonciations jusqu'à inscription de faux, il faudrait penser que les énonciations de la sentence arbitrale peuvent sauver celle-ci d'une prétention de nullité pour expiration du

délai d'arbitrage ou de la convention d'arbitrage si une prorogation a eu lieu par-devant les arbitres.

II - Le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné

202. Le moins qu'on puisse attendre des parties, c'est de respecter leurs propres prévisions quant à la constitution du tribunal arbitral ou à la désignation de l'arbitre unique. Elles peuvent avoir directement réglé la procédure de constitution ou de désignation ; elles peuvent aussi avoir renvoyé, pour ce faire, à un règlement d'arbitrage.

La volonté des parties peut cependant ne pas s'être bien exprimée sur ce point. Dans ce cas, il appartiendra au juge d'interpréter souverainement les dispositions conventionnelles. Lorsque le sens de la volonté n'est pas douteux, le juge doit se contenter de lui donner suite, sans aucune appréciation sur l'opportunité de la solution prévue par les parties. Il semble qu'on doit, cependant, réserver le cas où les modalités fixées par les parties sont telles que l'une d'entre elles soit totalement privée du droit de participer à la désignation de l'arbitre. Car, alors, les parties violent la règle cardinale de l'égalité des parties qui peut être sanctionnée aussi bien sur le terrain de la composition irrégulière du tribunal arbitral que de celui de la violation de l'ordre public international des États parties.

203. L'irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral peut se trouver ailleurs que dans le non-respect des prévisions des parties. Notamment, l'arbitre désigné peut ne pas remplir les conditions fixées par la loi pour être désigné arbitre. Il en serait ainsi, par exemple, pour un arbitre n'ayant pas la capacité juridique requise. D'un point de vue de la procédure de désignation du ou des arbitres, la constitution irrégulière pourrait résulter d'une fraude commise par une partie pour empêcher son adversaire de désigner son arbitre. Le cas le plus probable est la fraude dans la notification de la demande d'arbitrage contenant invitation à désigner un arbitre. Une telle fraude peut laisser le défendeur dans l'ignorance de la demande jusqu'à désignation d'un arbitre à sa place par le tribunal.

L'irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral pourrait provenir, enfin, du fait que l'une des parties ait prématurément fait recours au juge pour désigner un arbitre à la place de l'autre, qui disposait d'un délai pour le faire. Une telle situation confine à la violation de la règle de l'égalité des parties, et peut-être à la fraude.

III - Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée

204. La mission des arbitres consiste, globalement, à trouver une solution au différend qui leur est soumis.

Pour qu'ils atteignent cet objectif global, les parties leur donnent, en général, des indications plus précises en vue de la recherche de la solution. Ainsi, par exemple, les arbitres peuvent se voir imposer une loi de procédure ; ils peuvent ne pas être autorisés à statuer en amiables compositeurs.

Les arbitres restent, cependant, maîtres de la sentence qu'ils élaborent, en ce sens que quand bien même ils reçoivent mission d'appliquer telle norme procédurale ou de fond, on ne peut les critiquer sur le résultat concret qu'ils ont atteint en appliquant ces normes. La Cour d'appel de Paris a, à ce propos, jugé que le grief tiré de ce que les arbitres ne se sont pas conformés à la mission qui leur avait été conférée n'a pas pour objet la révision au fond de la sentence ; il permet au juge de vérifier si les arbitres se sont ou non, sur les points où leur décision est critiquée, conformés à leur mission, sans avoir à apprécier le bien fondé de leur décision. La Cour commune de justice et d'arbitrage a jugé que lorsqu'ils sont amiables compositeurs, les arbitres peuvent bien se contenter des règles légales pour régler le différend, puisqu'ils ont une simple faculté de sortie des règles du droit. Ils peuvent en effet appliquer ces règles s'ils les trouvent satisfaisantes. Au fond, les règles du droit peuvent déjà être équitables (*Les arbitres, cependant, exposeraient leur sentence à la critique en laissant voir qu'ils se sont crus obligés de se limiter au droit strict, alors qu'ils ont reçu le pouvoir de statuer en équité*).

En revanche, les arbitres ne se conforment pas à leur mission lorsqu'ils refusent d'appliquer la loi de procédure ou de fond choisie par les parties ou lorsque, ayant appliqué la loi choisie au fond, ils s'arrogent les pouvoirs d'amiables compositeurs. La Cour commune de justice et d'arbitrage a été amenée à annuler une sentence dans laquelle les arbitres s'étaient donné les pouvoirs d'amiables compositeurs qu'ils n'avaient pas.

Mais à cet égard, les textes et les conventions d'arbitrage ne sont pas toujours d'interprétation facile. On retrouve souvent des formules qui indiquent les règles applicables, par exemple les dispositions du contrat, et ajoutent que les arbitres doivent y ajouter les usages du commerce international ou les règles transnationales. Dans ces circonstances, il n'est pas facile de dire si l'arbitre se conforme à sa mission en rendant sa sentence sans se référer expressément aux usages du commerce international ou aux règles transnationales. De même, si l'arbitre est autorisé à statuer en amiable compositeur, certains inclineront à le critiquer par rapport à la mission reçue s'il rend une sentence fondée en droit strict mais inéquitable.

205. Un autre terrain sur lequel le grief de non-conformité à la mission prospère est celui de la méconnaissance par les arbitres de l'étendue des demandes. La mission des arbitres consiste à trancher le litige, tout le litige, mais rien que le litige. Ils ne se conforment pas à leur mission lorsqu'ils statuent *infra petita* ou *ultra petita*.

Le grief d'*infra petita* chevauche, cependant, avec

la possibilité offerte aux parties à l'arbitrage de saisir les arbitres d'une demande de sentence additionnelle dans l'hypothèse où les arbitres omettent de statuer sur un chef de demande. Il faudrait penser que la demande d'annulation pour *infra petita* ne peut être accueillie que si le demandeur démontre qu'il a, en vain, tenté de faire entendre raison au tribunal arbitral. Une telle preuve peut résulter de la réponse des arbitres saisis d'une demande de sentence additionnelle.

Le grief d'*ultra petita* pose moins de difficulté. Il ne faudrait toutefois l'utiliser que dans le cas où les arbitres statuent sur une chose non demandée, ou dans celui où ils donnent plus que ce qui a été demandé. En revanche, lorsque les arbitres ont dépassé les limites de la convention d'arbitrage, il vaut mieux se placer sur le fondement de sentence rendue sans convention d'arbitrage.

IV - Le principe du contradictoire n'a pas été respecté

206. Le prix que le droit attache aux droits de la défense est tellement fort qu'on ne s'étonne pas que le non-respect du principe du contradictoire (*Sur la liaison entre le principe du contradictoire et les droits de la défense, voir Paris, 13 mai 1988 Rev. arb., 1989, 251*) soit érigé en motif d'annulation de la sentence arbitrale. Quand bien même les arbitres auront reçu les pouvoirs d'amiables compositeurs, ils resteront astreints au respect du principe du contradictoire.

On peut, cependant, avoir des doutes sur l'opportunité de prévoir le grief du non-respect du principe du contradictoire à côté du grief de contrariété à l'ordre public international. En effet, le respect du contradictoire est souvent présenté comme une exigence de l'ordre public procédural, tellement forte qu'elle ne peut être ignorée sur le plan international (*Voir Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAM, Traité de l'arbitrage commercial international op. cit., n° 1652 à 1660*). Mais, en rappelant le principe du contradictoire à côté de la conformité à l'ordre public international, le législateur donne autonomie et ampleur à l'exigence de contradiction.

Le contrôle du respect du principe du contradictoire se fera en ce qui concerne tous les aspects de la procédure : la communication des pièces, l'audition des parties, des témoins et experts, les descentes sur le terrain, etc.

V - La violation d'une règle d'ordre public international des États signataires du Traité

207. Le grief de violation d'une règle d'ordre public international est des plus attendus en matière d'arbitrage, mais aussi des plus imprécis en droit OHADA.

Un point est hors de doute : l'ordre public en cause est un ordre public international, par opposition à l'ordre public interne. Plus concrètement il s'agit d'un ordre public au contenu ténu.

Au stade de l'efficacité des sentences arbitrales, le législateur africain semblait condamné à avoir cette approche des problèmes. Il faudrait remarquer que dans sa philosophie générale de l'arbitrage, il ne distingue pas entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international ; les avantages qui, jadis, étaient réservés à l'arbitrage international ont purement et simplement été étendus à l'arbitrage interne. C'est donc très logiquement qu'au niveau du recours contre les sentences arbitrales, ne puisse jouer que la contrariété à l'ordre public international.

L'approche se comprend au demeurant. En effet, on se situe dans un espace communautaire où l'objectif premier est l'harmonisation et même, plus justement, l'uniformisation du droit. Si le juge national fait valoir son ordre public interne pour paralyser une sentence arbitrale, on court le risque de graves disparités de fond dans l'application de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage. Les seules disparités que les Actes uniformes et en particulier l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage tolèrent sont des disparités de procédure. Si, au fond du droit, on donne d'autres occasions de disparités, on s'éloigne de l'objectif communautaire. Et l'ordre public est un terrain particulièrement dangereux, puisqu'il est le « ventre mou » qui peut tout prendre. Il n'était pas opportun que par une possibilité offerte au juge étatique de faire valoir son ordre public interne, on lui donne l'occasion de remettre en cause les acquis de la construction de l'espace communautaire.

Mieux, sous un angle plus juridique, si on peut supposer que le juge étatique peut contrôler la sentence arbitrale en vertu de l'ordre public interne de son État, le raisonnement ne s'harmonise guère avec la faculté de faire un pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, puisque celle-ci ne peut normalement statuer sur le pourvoi en se référant à l'ordre public d'un État.

208. Il reste que la notion « d'ordre public international des États signataires du Traité » prendra beaucoup de temps pour se préciser. En effet, la notion ne peut se préciser que par des applications judiciaires. Or, la répartition des compétences pour l'application des Actes uniformes est telle qu'au niveau du fond, sont compétentes les juridictions nationales ; c'est au niveau du contrôle de l'application du droit qu'intervient la CCJA. Dans le cas particulier de la notion d'« ordre public international des États signataires du Traité », il faudrait attendre que les juridictions nationales lui donnent un sens, lequel ne peut qu'éventuellement être rectifié par la CCJA saisie sur pourvoi.

À titre comparatif, la notion d'ordre public international tout court employée par le traité et le règlement d'arbitrage de la CCJA au sujet des sentences rendues sous l'égide de la CCJA connaîtra un destin moins aléatoire, parce qu'il appartient à la CCJA, seule et directement, de lui donner un contenu concret. La raison en est simple : dans l'espace communautaire, les sentences rendues sous les auspices de la CCJA ne peuvent être

soumises qu'au contrôle de la CCJA. Celle-ci a déjà eu à juger qu'est contraire à l'ordre public international une sentence arbitrale qui méconnaît l'autorité de la chose jugée d'un arrêt (*CCJA, arrêt du 31 janvier 2011, affaire Société Planor Afrique SA c/ Société Atlantique Télécom sa, inédit*).

209. En ce qui concerne la technique du contrôle de la contrariété des sentences arbitrales à l'ordre public international des États signataires du traité, il faudrait souhaiter que les juridictions nationales et éventuellement la CCJA s'approprient les solutions dégagées par la jurisprudence française. D'une part, il ne s'agit pas de s'intéresser à la norme abstraite appliquée par l'arbitre ; c'est le résultat concret auquel il est parvenu qui intéresse. Ainsi une sentence peut ne pas être annulée même si elle est rendue en application d'une loi franchement inacceptable ; il suffit, pour cela, que le résultat concret auquel l'arbitre est parvenu ne heurte pas l'ordre public international des États parties. En revanche, si le résultat concret heurte l'ordre public, la sentence doit être annulée même si elle est prise en application d'une norme qui ne souffre d'aucune critique.

D'autre part, la conception de l'ordre public qui intéresse est celle qui prévaut au moment du contrôle, non de celui où la sentence est rendue.

VI - La sentence arbitrale n'est pas motivée

210. L'exigence de motivation des sentences arbitrales a paru tellement fondamentale que le législateur a fait de l'absence de motifs un cas d'ouverture du recours en annulation. Il ne semble cependant pas qu'il impose que les motifs des sentences soient présentés dans la même forme que ceux des décisions de justice étatique. Les arbitres ne devant pas être forcément des techniciens du droit, on ne peut légitimement attendre d'eux qu'un effort permettant de montrer que leur décision n'est pas arbitraire. On exige donc, tout simplement, que les arbitres fassent voir que la sentence qu'ils ont rendue n'est pas un acte arbitraire. Concrètement, la sentence ne sera annulée qu'en cas d'absence. La contrariété des motifs ne devrait pas, en principe, autoriser une annulation, car la juge ne peut reconnaître un tel vice sans se livrer à un examen au fond de la sentence, ce qui lui est interdit. La doctrine estime cependant que la contrariété des motifs peut être tellement flagrante qu'on l'assimile à une absence de motif. Dans ce cas, le juge pourrait annuler la sentence qui lui est déférée.

B - Modalités d'exercice du recours

211. Le recours en annulation est recevable dès le prononcé de la sentence, et cesse de l'être un mois après la signification de la sentence munie de l'*exequatur*.

Comme sur tous les points où la justice arbitrale

est en contact avec la justice étatique, l'Acte uniforme renvoie au juge compétent dans l'État partie. Il faudra donc interroger le droit de chaque État partie pour savoir quel juge est compétent.

À cet égard, une première difficulté doit être affrontée, dont la solution peut donner lieu à une seconde. Il s'agit de dire si on doit assimiler l'arbitrage à un premier degré de juridiction ou si on doit toujours le traiter comme extérieur à l'organisation judiciaire de l'État. Dans la première hypothèse, la conséquence est que le recours en annulation est porté devant la Cour d'appel et on fait l'économie d'une réflexion sur la juridiction compétente parmi les juridictions du premier degré. Dans la seconde hypothèse, le recours en annulation ne peut être porté que devant une juridiction du premier degré, et il faudrait chercher à savoir laquelle saisir parmi les compétences *a priori* possibles.

En disposant que la décision du juge compétent n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage, l'article 25 alinéa 3 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage semble plus favorable à la compétence de la Cour d'appel. En effet, les décisions rendues par le premier juge sont, en principe, susceptibles d'appel à un second degré de juridiction. Le raisonnement tenu dans le cas particulier des sentences arbitrales semble simple : l'arbitrage constituerait le premier degré, et le recours en annulation exercé au second degré (*Un rapprochement fait entre cette analyse et celle qui consiste à n'admettre que le pourvoi contre la décision qui refuse l'exequatur pourrait tromper. Dans ce second cas, l'appel est exclu en raison de l'examen essentiellement formel qui est fait dans l'instance de contrôle pour la reconnaissance et l'exequatur*). Or, à tout considérer, ce raisonnement n'est pas juste, car le recours en annulation ne permet pas au juge étatique de juger à nouveau.

212. La juridiction compétente sur le plan territorial devrait être celle dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale est rendue.

Comme on le disait déjà au sujet de la juridiction compétente pour l'*exequatur*, on peut penser à concentrer entre les mains d'un juge expérimenté, et cela sans considération de la donnée territoriale, le contentieux de l'annulation des sentences arbitrales.

C - Conséquences du recours

213. Sauf si l'exécution provisoire est ordonnée par le tribunal arbitral, l'exercice du recours en annulation suspend l'exécution de la sentence jusqu'à ce que le juge compétent dans l'État partie ait statué. Ce juge est également compétent pour statuer sur le contentieux de l'exécution provisoire.

En circonscrivant avec précision les cas d'ouverture du recours en annulation, le législateur africain indique que le juge étatique doit limiter ses préoccupations. Les différents motifs du recours en annulation doivent même se comprendre de façon stricte.

Lorsque le demandeur en annulation échoue dans sa tentative, la force exécutoire de la sentence arbitrale *exequaturée* qui était suspendue reprend ses effets.

Si la sentence est annulée par la juridiction saisie, l'article 29 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage prévoit que la partie la plus diligente peut recommencer la procédure arbitrale.

Il s'agit là d'une solution très courageuse, mais conforme à la base conventionnelle de l'arbitrage. En droit comparé, et notamment en droit français, la suite de l'annulation dépend du caractère interne ou international de l'arbitrage. Lorsque la sentence est issue d'un arbitrage interne, le juge qui l'annule évoque et statue au fond. En revanche, lorsque la sentence est rendue en matière d'arbitrage international, le juge ne peut évoquer.

La solution du législateur africain est justifiée : si le juge étatique qui annule une sentence arbitrale doit s'abstenir d'évoquer, c'est bien parce que le contrôle qu'il est autorisé à effectuer sur la sentence ne change pas la nature de justice d'origine conventionnelle qu'est l'arbitrage. Si, après coup, il se substitue aux arbitres, le juge méconnaît la convention des parties. On ne reste dans la logique de la justice conventionnelle qu'en renvoyant les parties à reprendre éventuellement la procédure.

214. Certaines analyses ont tenté de limiter la faculté de reprendre la procédure d'arbitrage à la suite d'une annulation de la sentence. Elles distinguent selon que la convention d'arbitrage à la base de la procédure qui a donné lieu à la sentence annulée était un compromis ou une clause compromissoire (*Voir sur la question, B. MOREAU, Les effets de la nullité de la sentence arbitrale, in Études offertes à Pierre Bellet Litec, 1991, p. 405*). Dans le premier cas, on soutient que la nullité met fin au compromis par application de l'idée selon laquelle la sentence arbitrale dessaisit les arbitres de la contestation qu'ils tranchent. La Cour de cassation française a clairement adopté cette solution. Les arbitres ayant été dessaisis depuis que la sentence annulée était rendue, l'annulation ne peut pas avoir pour conséquence de permettre qu'ils soient ressaisis. Si, en revanche, la procédure arbitrale était partie d'une clause compromissoire, l'annulation de la sentence renverrait les parties à mettre en œuvre la clause pour une nouvelle procédure.

Il faut toutefois être réservé sur la distinction. Rien n'impose vraiment de penser qu'une procédure faite sur la base d'un compromis ne peut pas être reprise après l'annulation de la sentence, si du moins la cause de nullité n'est pas dans la constitution du tribunal arbitral. La règle du dessaisissement sur laquelle le raisonnement est basé s'applique aussi dans l'hypothèse où la procédure

arbitrale part d'une clause compromissoire. On pense, sans doute, que la difficulté qui en résulte se résout plus facilement parce qu'il est possible de constituer un tribunal arbitral différend de celui qui avait rendu la sentence annulée, ce qui ne serait pas possible dans le cadre d'une procédure faite sur la base d'un compromis, sauf à en conclure un autre. Le raisonnement montre simplement que la vraie question est de savoir si, après l'annulation de la sentence arbitrale, on peut reprendre la procédure devant le même tribunal arbitral qui avait rendu la sentence annulée, ou s'il faut forcément un autre tribunal arbitral. Certes, si l'annulation a été prononcée pour irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral, la procédure ne peut être reprise devant le même tribunal. Dans le cas contraire, on peut vraiment hésiter. En droit suisse, en cas d'annulation de la sentence arbitrale, la procédure est reprise devant les mêmes arbitres, sauf à récuser éventuellement ceux-ci pour avoir participé à la procédure antérieure ou pour un autre motif.

215. Pour le reste, il faut penser qu'en cas d'annulation de la sentence pour inexistance ou nullité de la convention d'arbitrage, la reprise de la procédure arbitrale est impossible.

Par ailleurs, la procédure arbitrale qui a lieu après l'annulation d'une sentence peut reprendre à son compte les actes d'instruction posés dans la précédente procédure.

La décision du juge sur le recours en annulation peut être l'objet d'un pourvoi en cassation devant la CCJA. Les conditions et modalités de ce pourvoi sont forcément celles prévues par le traité OHADA et le règlement de procédure de la CCJA. Il s'induit que conformément à l'article 14 du traité, le pourvoi vise à contrôler l'interprétation et l'application de la loi. Il est sûr qu'il s'agit ici de la loi uniforme, et plus particulièrement les dispositions de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage consacrées à l'examen du recours en annulation.

216. Il reste quelques questions. Notamment, il est permis de se demander si la Cour contrôle l'application de la loi seulement par le juge étatique ou même par les arbitres. Il est raisonnable de penser que la Cour ne doit pas étendre son contrôle aux actes des arbitres. D'abord, le pourvoi est fait contre la décision du juge étatique, non contre la sentence arbitrale. Ensuite, même si on avait voulu étendre le contrôle à la sentence arbitrale, encore eut-il fallu que les arbitres fussent dans l'obligation d'appliquer la législation uniforme.

Conformément à l'article 14 du traité, la CCJA peut évoquer en cas de cassation. Il faudrait penser que l'exercice de la faculté met la CCJA dans des conditions où était le juge étatique saisi de la demande d'annulation. La CCJA n'a pas plus de pouvoir que le juge étatique dont la décision est annulée. Elle doit donc limiter ses préoccupations aux cas d'ouverture du recours en annulation énumérés par l'article 26 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Cela signifie que ce n'est pas le

fond du litige soumis aux arbitres qui est concerné par le pouvoir d'évocation.

D - Fin de non-recevoir tirée de la renonciation à se prévaloir d'une irrégularité

217. Le droit de l'arbitrage n'est pas resté indifférent à la montée en puissance de l'exigence de loyauté en justice. Cette exigence a une application particulière en matière de présentation des moyens devant le juge. Plus précisément, le plaideur qui, par son attitude, a fait croire qu'il s'accommodait d'une irrégularité, ne peut plus tard la soulever. À cet égard, l'article 14, alinéa 8, de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dispose que la partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'invoquer sans délai une irrégularité et poursuit l'arbitrage est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

Cette règle est prévue pour la procédure devant les arbitres ; mais c'est seulement au stade du contrôle de la sentence par le juge étatique qu'on peut en obtenir la sanction. Elle permettra, notamment, de rejeter les prétentions de la partie qui laisse se poursuivre une procédure irrégulière et cherche par la suite à obtenir l'annulation de la sentence rendue en exerçant le recours en annulation (*L. CADIET, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », Rev. arb., 1996, p. 3 et s.*

Se pose, cependant, la question de la portée de la solution. Plus précisément, la renonciation présumée s'applique-t-elle à toutes les irrégularités ou faut-il la cantonner aux irrégularités procédurales ? S'applique-t-elle aux seules dispositions auxquelles les parties peuvent renoncer ou faut-il la comprendre plus largement ?

Le législateur n'ayant apporté aucune restriction à la faculté de renonciation, il faudrait penser que celle-ci concerne toutes les irrégularités. Elle concerne donc aussi bien les vices affectant la convention d'arbitrage que ceux affectant la procédure, notamment la constitution du tribunal arbitral, la conduite de l'instance. La solution est conforme à la philosophie de l'arbitrage, qui repose sur la volonté des parties.

La règle ne sera opposée à une partie, cependant, que si elle avait eu connaissance de l'irrégularité et s'était abstenue de s'en prévaloir. C'est à cette condition que son attitude peut être vue comme une manœuvre déloyale.

E - Problématique d'une éventuelle renonciation au recours en annulation

218. La question de savoir si les parties à l'arbitrage peuvent renoncer au recours en annulation s'est souvent posée. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage a gardé le silence sur cette question.

Le règlement d'arbitrage de la CACI, mis à jour après l'adoption de l'Acte uniforme, prévoit qu'on peut renoncer

au recours en annulation. L'article 35 du texte fait cette analyse et présume même la renonciation au recours en annulation. Il y a là une volonté d'assurer la célérité, puisque le texte menace même de dommages-intérêts toute partie qui userait de manœuvres dilatoires pour bloquer ou simplement retarder l'exécution d'une sentence arbitrale.

Il n'est pas sûr, cependant, que la solution de la renonciation au recours en annulation soit juridiquement efficace. La recherche de la solution applicable peut se faire à partir de la lecture comparée du règlement d'arbitrage de la CCJA, pris le même jour et par le même Conseil des ministres de l'OHADA que l'Acte uniforme. L'article 29. 2 du règlement d'arbitrage de la CCJA autorise les parties, dans la convention d'arbitrage, à renoncer à la contestation de validité de la sentence arbitrale, recours symétrique au recours en annulation de l'Acte uniforme. Le fait de ne pas prévoir une solution similaire dans l'Acte uniforme ne semble pouvoir s'interpréter que comme une volonté d'obtenir une solution différente.

Mieux, l'ouverture d'un recours s'analyse comme une attribution de compétence matérielle à la juridiction désignée pour recevoir le recours. Les règles de compétence matérielle étant d'ordre public, une renonciation conventionnelle au recours ne peut être efficace, à moins que le législateur lui-même n'ouvre la faculté de renonciation. En raison de graves conséquences qui en résultent, une telle possibilité de renonciation ne peut être prévue par le législateur que de façon expresse et non équivoque. Lorsque, dans le règlement d'arbitrage de la CCJA, le législateur africain a pensé qu'il pouvait autoriser les parties à l'arbitrage à renoncer à la contestation de validité de la sentence arbitrale, il l'a expressément dit.

Section 4 - Retour sur la sentence rendue

219. Il faudrait éviter de ranger dans la rubrique des voies de recours la démarche à entreprendre lorsque l'arbitre a rendu une sentence dont l'interprétation pose problème, a commis une erreur matérielle dans la rédaction de la sentence ou n'a pas répondu à tous les chefs de demandes. Le problème est résolu par l'article 22 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage en apportant un aménagement à la règle du dessaisissement de

l'arbitre dès que la sentence est rendue : « La sentence arbitrale dessaisit l'arbitre du litige.

L'arbitre a néanmoins le pouvoir d'interpréter la sentence arbitrale, ou de réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent.

Lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande, il peut le faire par une sentence additionnelle ».

La solution du dessaisissement de l'arbitre par la sentence arbitrale est largement compréhensible. En effet, l'arbitre est constitué uniquement pour trancher le litige ; s'il l'a fait, sa mission est terminée et rien ne justifie qu'il n'est pas dessaisi. Mais les hypothèses ci-dessus énumérées, dans lesquelles l'arbitre revient sur la sentence, ne sont nullement en contradiction avec la règle du dessaisissement. En effet, lorsque l'arbitre est saisi aux fins d'interprétation de sa sentence, il ne se prononce plus à nouveau ; il dit en d'autres termes ce qu'il avait déjà dit. De même, lorsqu'il est saisi pour corriger une omission ou une erreur matérielle, il ne se prononce pas de nouveau ; il précise simplement sa pensée. Lorsque l'arbitre est saisi d'une demande tendant à dire qu'il avait oublié de statuer sur un chef de demande, il statue en vue de vider sa saisine originelle, celle-ci n'ayant pu être complètement vidée à cause de l'omission de statuer sur un chef de demande.

Cela dit, il ne faudrait pas, au détour de l'ouverture ainsi faite, remettre indirectement en cause le principe du dessaisissement de l'arbitre par la sentence arbitrale. L'arbitre ne pourrait par exemple, sous prétexte d'interpréter une sentence ou de rectifier une erreur matérielle ou une omission, la modifier. Les erreurs matérielles sont par exemple des erreurs de calcul.

Dans tous les cas, la sentence interprétative, rectificative ou additionnelle ne doit être rendue qu'après un débat contradictoire.

L'Acte uniforme fixe à trente (30) jours à compter de la notification de la sentence, le délai pour agir. Le tribunal arbitral dispose d'un délai de quarante-cinq (45) jours pour statuer.

Le législateur espère que dans le délai d'introduction de la demande, le tribunal arbitral puisse être encore reconstitué. Dans le cas contraire, la demande doit être adressée au juge étatique, à désigner par chaque État partie.

Jean-Marie TCHAKOUA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Acte de mission 72, 74, 81, 82, 83,
84, 85, 86, 88, 114, 131, 137, 146,
165

Amiable composition 123, 127, 170

Annulation (de la sentence arbitrale)
121, 169, 184, 197, 198, 206,

Arbitrage

- ad hoc 3, 17, 23, 33, 66, 146,

149, 168,

- institutionnel 3, 20, 23, 33, 79,
85, 146, 149

Arbitre 5, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15,
17, 21, 23, 27, 36, 40, 41, 45, 46,
47, 51, 52, 54, 57, 58, 60, 61, 62,
63, 64, 66, 67, 72, 77, 82, 86, 87,
89, 90, 94, 97, 99, 101, 102, 103,
108, 109, 112, 113, 114, 118, 120,
122, 124, 126, 127, 132, 133, 136,
139, 140, 146, 147, 148, 150, 151,
152, 155, 158, 159, 161, 162, 163,
164, 165, 168, 169, 170, 171, 172,
173, 174, 175, 183, 185, 191, 196,
199, 200, 201, 203, 204, 205, 206,
210, 213, 214, 216, 217,

Autorité de la chose jugée 122

C

CCJA 2, 53, 91, 109, 122, 127, 170,
200, 208, 209, 215, 216, 218

Contradictoire (principe du) 91, 115,
138, 140, 142, 169, 198, 205, 206

Convention d'arbitrage 11, 17, 23,
27, 38, 58, 76, 77, 80, 82, 85, 86,
87, 88, 99, 101, 129, 137, 149,
169, 185, 187, 191, 193, 194, 198,
199, 200, 201, 205, 214, 215, 217,
218

D

Délai d'arbitrage 146, 201

Délibéré 139, 159, 160, 161, 162,
163, 164, 166

Demande d'arbitrage 11, 12, 17, 20,
21, 22, 53, 74, 75, 76, 77, 78, 79,
80, 82, 100, 117, 130, 141, 154,
203

E

Exequatur 95, 121, 127, 154, 157,
175, 176, 177, 178, 179, 180, 182,
183, 184, 185, 186, 187, 188, 211

Fond du litige (droit applicable au)
77, 83, 96, 97, 106, 110, 118,
119, 120, 122, 123, 124, 125, 129,
131, 132, 133, 195, 216

Force exécutoire 67, 213

I

Instance arbitrale 75, 94, 99, 109,
140, 194

J

Juge d'appui 27

Juridictions étatiques 86, 97, 147

L

Langue (de l'arbitrage) 77, 83, 137,
154, 155

M

Mesures provisoires et
conservatoires 89, 94, 96

Motivation (de la sentence arbitrale)
169, 172

O

Ordre public 58, 103, 121, 122, 127,
142, 180, 181, 185, 198, 202, 206,
207, 208, 209

P

Principe dispositif 136, 169

Principe du contradictoire 91, 115,
138, 140, 142, 169, 198, 206

Procédure arbitrale 5, 6, 38, 44, 73,
75, 76, 81, 82, 83, 84, 85, 86,
100, 108, 109, 110, 111, 112, 115,
129, 130, 136, 137, 139, 144, 146,
148, 152, 166, 167, 168, 200, 213,
214, 215, 217

R

Recours en annulation 115, 139,
143, 184, 197, 198, 210, 211, 213,
215, 216, 217, 218

S

Sentence arbitrale 4, 32, 55, 58, 61,
62, 66, 67, 70, 72, 82, 88, 115,
121, 122, 136, 143, 146, 152, 157,
158, 159, 161, 165, 166, 167, 168,
169, 170, 172, 174, 177, 178,
180, 183, 184, 185, 186, 187, 189,
191, 194, 196, 197, 198, 199, 201,
206, 207, 208, 212, 213, 214, 216,
218, 219

Siège de l'arbitrage 77, 145, 148,
149, 162, 169

T

Tribunal arbitral 5, 6, 7, 8, 11, 12,
17, 18, 19, 23, 25, 32, 33, 36,
37, 42, 52, 58, 66, 76, 84, 86, 87,
92, 93, 94, 98, 99, 100, 109, 112,
113, 115, 116, 120, 129, 132, 136,
137, 140, 142, 146, 147, 150, 152,
155, 161, 163, 167, 169, 172, 175,
191, 194, 195, 196, 198, 200, 202,
203, 205, 213, 214, 217, 219

ARBITRAGE CCJA

Table des matières

§I - CCJA, centre institutionnel d'arbitrage et juridiction n° 1 à 4

- A - Sources formelles de l'arbitrage CCJA n° 2-9
 - I - Traité de Port Louis du 17 octobre 1993 n° 3
 - II - Règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999 n° 4-5
 - III - Règlement intérieur de la CCJA en matière d'arbitrage du 2 juin 1999 n° 6
 - IV - Décision du 3 février 1999 relative aux frais de l'arbitrage n° 7
 - V - Conventions internationales n° 8
 - VI - Source incertaine : l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage n° 9
- B - Nature internationale de l'arbitrage CCJA n° 10 et 11
- C - Compétence du Centre d'arbitrage de la CCJA n° 12-14
- D - Attributions de la CCJA en matière d'arbitrage n° 15-24
 - I - Attributions administratives n° 16-28
 - II - Attributions juridictionnelles n° 19-21
 - III - Exercice des attributions n° 22-24

§II - Instance arbitrale devant la CCJA n° 25

- A - Initiation de la procédure : demande et réponse à la demande d'arbitrage n° 26-30
- B - Constitution du tribunal arbitral n° 31-41
 - I - Désignation des arbitres n° 32-33
 - II - Composition du tribunal arbitral et indépendance des arbitres n° 34-36
 - III - Incidents dans la constitution du tribunal arbitral : récusation, démission acceptée, révocation et décès n° 37-41
- C - Déroulement de l'instance arbitrale n° 42- 55
 - I - Organisation préliminaire de l'instance : le procès-verbal de réunion d'organisation préliminaire de l'instance n° 43-47
 - II - Instruction de l'affaire n° 48-50
 - III - Incidents de l'instance n° 51-54
 - a - Incidents relatifs au tribunal arbitral n° 52-53
 - b - Incidents relatifs aux termes du litige n° 54
 - IV - Mesures provisoires et conservatoires n° 55
- D - Traitement du fond du litige n° 56-62
 - I - Arbitrage en droit n° 57-60
 - II - Amiable composition n° 62

§III - Sentence arbitrale n° 63-98

- A - Nature internationale des sentences et efficacité des sentences n° 64 - 66
- B - Élaboration et contenu des sentences CCJA n° 67
 - I - Délibéré arbitral n° 68
 - II - Examen des projets de sentences n° 69-70
 - III - Contenu des sentences n° 71-73
- C - Effets des sentences non conditionnées par l'exequatur n° 74-80

- I - Force exécutoire n° 75-78
- II - Autorité de la chose jugée n° 79-80
- D - Exécution forcée des sentences n° 81-86
 - I - Exécution forcée dans un État de l'OHADA n° 82-85
 - II - Exécution forcée dans un État tiers à l'OHADA n° 86
- E - Recours contre les sentences n° 87-98
 - I - Recours en contestation de validité n° 88
 - a - Nature du recours n° 89-90
 - b - Moyens du recours n° 91-93
 - c - Procédure n° 94
 - d - Effets du recours n° 95-96
 - II - Révision n° 97
 - III - Tierce-opposition n° 98

Bibliographie

- ASSIEHUE (A.), «L'activité du service d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA», in «L'arbitrage en Afrique : questions d'actualités», Colloque de Yaoundé, 14-15 janvier 2008, *Rev. camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, février 2010, p. 16 et s.
- BAMBA (A.), «La procédure d'arbitrage devant la Cour commune de justice et d'arbitrage», *Rec. Penant*, 2000, n° spécial, p. 147 et s.
- BOURDIN (R.), «Le règlement de la Cour commune de justice et d'arbitrage», *Rev. camerounaise de l'arbitrage*, 1999, n° 5.
- BOURDIN (R.), «À propos du règlement de la Cour commune de justice et d'arbitrage», *L'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique*. Travaux du Centre René Jean DUPUY pour le droit et le développement, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 151. et s.
- KENFACK-DOUJANI (G.), «L'arbitrage C.C.J.A.», *Rev. camerounaise de l'arbitrage*, 1999, n° 6, p. 3 et s.
- KENFACK-DOUJANI (G.), et Ch. IMHOOS, «Le règlement d'arbitrage de la CCJA/OHADA», *Rev. de droit des aff. Intern.*, 1999, p. 825 et s.
- LÉBOULANGER (Ph.), «L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique», *Rev. arb.*, 1999, p. 541 et s.
- LÉBOULANGER (Ph.), «Présentation générale des actes sur l'arbitrage», *L'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René Jean DUPUY pour le droit et le développement, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 63 et s.
- M'BOSSO (J.), «Le fonctionnement du Centre d'arbitrage CCJA et le déroulement de la procédure arbitrale», *Rev. camerounaise de l'arb.*, 2001, numéro spécial, p. 42 et s.
- M'BOSSO (J.), «Premier bilan de l'application des instruments OHADA relatifs à l'arbitrage : le cas de l'arbitrage CCJA», in «L'arbitrage en Afrique : questions d'actualités», Colloque de Yaoundé, 14-15 janvier 2008, *Rev. camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, février 2010.

- MEYER (P.), «Commentaires du règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage du 11 mars 1999», *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2008, p. 157 et s.
- MEYER (P.), *Droit de l'arbitrage. Manuel de droit OHADA*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- POUYOUÉ (P.-G.), «Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage», in *L'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René Jean DUPUY pour le droit et le développement, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 129 et s.
- POUYOUÉ (P.-G.), TCHAKOUA (J.M.), FÉNÉON (A.), *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé, 2000.
- TCHAKOUA (J.M.), «Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage en questions», in «L'arbitrage en Afrique : questions d'actualités», Colloque de Yaoundé, 14-15 janvier 2008, *Rev. camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, février 2010, p. 173 et s.

§I - CCJA, centre institutionnel d'arbitrage et juridiction

1. La Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) présente la particularité d'être à la fois une juridiction – juridiction commune de cassation des États de l'OHADA lorsqu'un litige requiert l'application d'une disposition de droit uniforme – et un centre institutionnel d'arbitrage. Ce particularisme trouve sa source dans les dispositions ayant formellement institué la CCJA. Le type de source ayant présidé à la création de la CCJA emporte des conséquences sur la nature de l'arbitrage CCJA. La double nature de la CCJA, juridiction et centre d'administration d'arbitrages, a des implications directes sur les attributions dévolues à cette institution.

A - Sources formelles de l'arbitrage CCJA

2. Les sources formelles de l'arbitrage CCJA sont constituées de sources certaines et d'une source incertaine. Les sources certaines sont : le Traité constitutif de l'OHADA, le Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999, le Règlement intérieur de la CCJA en matière d'arbitrage, la Décision du 3 février 1999 relative aux frais de l'arbitrage et de certaines conventions internationales. L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est une source incertaine et, s'il en constitue une, une source très partielle de l'arbitrage CCJA.

I - Traité de Port Louis du 17 octobre 1993

3. L'arbitrage CCJA a été formellement institué par le Traité constitutif de l'OHADA du 17 octobre 1993. Le Titre IV du Traité, intitulé «L'arbitrage», constitue la CCJA en centre institutionnel d'arbitrage. À cet effet, la CCJA gère les instances traitées par les tribunaux arbitraux et se voit confier des attributions spécifiquement juridictionnelles puisqu'elle a seule compétence pour accorder l'exequatur des sentences. Outre les dispositions portant sur les attributions de la CCJA dans le domaine des arbitrages, le traité contient des dispositions sur la

composition des tribunaux arbitraux, l'incompétence des juridictions étatiques en présence d'un litige pour lequel les parties ont convenu d'un arbitrage et les conditions d'élaboration d'un Règlement d'arbitrage de la CCJA.

II - Règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999

4. Le Règlement d'arbitrage est formellement prévu par l'article 26 du Traité OHADA. Il a été adopté le 11 mars 1999 – le même jour que celui de l'adoption de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage – par le Conseil des ministres de l'OHADA tenu à Ouagadougou. Du point de vue formel, il faut d'abord relever que le Règlement d'arbitrage de la CCJA diffère profondément de la plupart des autres règlements d'arbitrage qui ont, le plus souvent, une origine privée. En effet, le Règlement d'arbitrage de la CCJA est la manifestation de volonté des États membres de l'OHADA. Il a donc une nature publique et il tire sa force obligatoire de la volonté des États. Ceci est l'un des éléments qui ont parfois conduit à attribuer au règlement d'arbitrage de la CCJA «une nature "législative"» (J.M. TCHAKOUA, «Le système d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage en questions» in *L'arbitrage en Afrique. Questions d'actualité. Colloque de Yaoundé, 14-15 janvier 2008, Rev. camerounaise de l'arbitrage, n° spécial, février 2010, p. 177*). Du point de vue formel, il faut ensuite observer que le régime juridique dudit règlement obéit à celui des actes uniformes et non à celui des règlements. En effet, alors que l'élaboration des règlements ne requiert que la majorité au sein du Conseil des ministres de l'Organisation (art. 4 du Traité), l'article 26 du Traité dispose que le règlement d'arbitrage de la CCJA doit être adopté à l'unanimité conformément à l'article 8 qui fixe les conditions d'adoption des actes uniformes. Pourtant, du point de vue substantiel, le Règlement d'arbitrage de la CCJA correspond à la définition et à la portée des règlements telles que fixées par le Traité. En effet, l'article 4 dispose que des règlements sont pris, chaque fois que de besoin, «pour l'application du présent Traité». Or, lorsqu'on examine le contenu de ce règlement d'arbitrage, on constate que, pour l'essentiel,

il précise et complète les dispositions du Traité portant sur l'arbitrage institutionnel de la CCJA. Certaines dispositions du Règlement précisent les dispositions du Traité. Il en est ainsi de celles qui concernent la composition du tribunal arbitral et les attributions de la CCJA, notamment en matière d'exequatur. D'autres complètent les dispositions du Traité. Il en est ainsi de celles qui portent sur l'introduction de l'instance, les différents aspects de la procédure suivie par les arbitres, la loi applicable au fond du litige, la composition des frais de l'arbitrage. Il est plus surprenant de constater qu'une disposition semble contrevenir aux dispositions du Traité. En effet, alors que l'article 25 du Traité dispose que « Les sentences arbitrales [...] ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État partie », disposition d'ailleurs expressément reprise par l'article 27 du Règlement d'arbitrage, l'article 29 dudit Règlement crée un recours qui permet de « contester la reconnaissance de la sentence arbitrale et l'autorité définitive de chose jugée ». Ainsi formulée, l'action fait penser à une action en inopposabilité de la sentence. Une telle action ne se conçoit cependant que dans un système juridique où seule la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée d'une sentence - ou d'un jugement - peut être contestée, sans que la sentence elle-même - ou le jugement - puisse être l'objet d'une voie de recours. Tel n'est pas le cas de la sentence rendue dans le cadre du règlement de la CCJA, à l'égard de la Cour commune. Le recours porté devant cette Cour ne concerne pas la seule reconnaissance de l'autorité de la chose jugée de la sentence mais la sentence elle-même. L'article 29.5 du Règlement d'arbitrage le constate d'ailleurs explicitement puisqu'il prévoit que « si la Cour refuse la reconnaissance et l'autorité de chose jugée à la sentence qui lui est déférée, elle annule la sentence ». On doit donc considérer que le recours en contestation de validité ne concerne pas la seule reconnaissance de l'autorité de la chose jugée mais la sentence elle-même. En d'autres termes, ce recours n'est rien d'autre qu'un recours en nullité. Il est incontestable que le recours créé par le Règlement d'arbitrage déroge au caractère définitif de l'autorité de chose jugée de la sentence. Cette dérogation est cependant limitée eu égard au caractère extraordinaire de ce recours qui n'est ouvert que dans les cas limitativement prévus par le Règlement.

5. Du point de vue substantiel, il importe de bien mesurer la portée du règlement d'arbitrage. Celui-ci ne constitue en aucun cas une loi sur l'arbitrage. Sans doute, en raison de ce que le centre d'arbitrage de la CCJA est, à la différence des autres centres d'arbitrage, intégré dans une juridiction internationale, il traite de dispositions dont le contenu est législatif. Il en est ainsi des dispositions du Règlement qui traite des recours portés contre les sentences et de l'exequatur des sentences arbitrales. Cela n'en fait pas pour autant une loi sur l'arbitrage. Un règlement d'arbitrage règle les questions de constitution et de composition du tribunal arbitral,

de procédure à suivre par les arbitres, de l'élaboration et du contenu des sentences et, dans le cas particulier du règlement de la CCJA, de l'exequatur des sentences et des voies de recours contre celles-ci. En particulier, un règlement d'arbitrage n'a aucune vocation à établir le régime juridique de la convention d'arbitrage. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que le Règlement d'arbitrage de la CCJA ne contienne aucune disposition sur le régime juridique de la convention d'arbitrage (*Voy. cependant, J.-M. TCHAKOUA, op. cit., p. 176. -177*). Celui-ci relève du droit applicable à la convention d'arbitrage qui sera, le plus souvent mais pas nécessairement, le droit régissant le contrat dans lequel la convention d'arbitrage est incluse. Il ne faut établir aucune corrélation entre le droit applicable à la convention d'arbitrage et le droit qui régit spécifiquement l'arbitrage CCJA. Ainsi, il est parfaitement possible qu'une convention d'arbitrage régie par un droit étranger au droit OHADA désigne le centre d'arbitrage de la CCJA. Ce pourrait aussi être le droit OHADA de l'arbitrage. D'ailleurs, une décision de la CCJA a eu à interpréter le régime juridique d'une convention d'arbitrage de cette Cour relevant, dans le cas d'espèce, du droit OHADA de l'arbitrage (*CCJA, arrêt n° 020 du 24 avril 2008*).

III - Règlement intérieur de la CCJA en matière d'arbitrage du 2 juin 1999

6. Les dispositions du Traité et du Règlement d'arbitrage ont été complétées par celles du Règlement intérieur de la CCJA en matière d'arbitrage. Ce règlement approuvé par le Conseil des ministres du 11 mars 1999 et signé le 2 juin 1999 permet de préciser les rôles respectifs du président de la Cour, en tant que président du Centre d'arbitrage, de l'assemblée plénière, de la formation restreinte, du secrétariat général et de la régie des recettes et des dépenses. La formation restreinte et le secrétariat général remplissent des fonctions essentielles en matière d'arbitrage. La formation restreinte, composée de trois membres dont le président de la Cour, dispose d'un pouvoir de décision dans le suivi des procédures arbitrales. Si cette formation ne peut décider, elle renvoie l'affaire à la prochaine assemblée plénière en faisant à celle-ci toute proposition qu'elle juge appropriée. Le secrétariat général joue un rôle essentiel de transmission des documents et pièces et d'information des parties dans la procédure arbitrale. La régie des recettes et des dépenses est chargée de l'exécution des opérations d'encaissement et de décaissement générées par les instances arbitrales.

IV - Décision du 3 février 1999 relative aux frais de l'arbitrage

7. Une décision du 3 février 1999 de l'assemblée générale de la CCJA, approuvée par une décision du Conseil des ministres de l'OHADA du 12 mars 1999, fixe

le barème des frais d'arbitrage. Ceux-ci comprennent les honoraires des arbitres et les frais administratifs de l'arbitrage. La méthode retenue pour la fixation des honoraires des arbitres est celle de la fixation *ad valorem* comprise dans une fourchette de pourcentage minimum et maximum. La même méthode, avec cependant un pourcentage non compris entre un minimum et un maximum, est retenue pour la fixation des frais administratifs de la CCJA. Cette décision détermine également le montant des provisions pour frais de l'arbitrage et les modalités de règlement.

V - Conventions internationales

8. Les sources qui viennent d'être identifiées doivent être complétées, le cas échéant, par des sources formelles extérieures à l'espace OHADA. Il s'agit de conventions internationales auxquelles sont parties des États non-membres de l'OHADA. Ces conventions portent sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Il s'agit pour l'essentiel de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et d'accords judiciaires susceptibles de contenir des dispositions sur la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales. Il se peut, en effet, qu'une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage CCJA doive être reconnue ou exequaturée dans un État non-membre de l'OHADA. Dans une telle hypothèse, les dispositions du Traité de l'OHADA ainsi que celles du Règlement d'arbitrage de la CCJA portant sur l'exequatur des sentences CCJA n'ont naturellement aucune force obligatoire. Par conséquent, une telle sentence devra être exequaturée conformément aux dispositions conventionnelles ou au droit interne plus favorable de l'État où la sentence doit être exequaturée si la convention autorise un tel renvoi. On pense, en particulier, à l'article 7 § 1^{er} de la Convention de New York du 10 juin 1958 qui prévoit que «les dispositions de la présente convention [...] ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée». Par contre, lesdits traités, auxquels seraient parties des États de l'OHADA, ne jouent aucun rôle s'agissant de l'arbitrage CCJA. En effet, dans un État de l'OHADA, une sentence rendue dans le cadre de l'arbitrage CCJA doit nécessairement être reconnue et exequaturée selon les dispositions du traité OHADA (art. 25) et du Règlement d'arbitrage de la CCJA (art. 30 et 31).

VI - Source incertaine : l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage

9. Les sources formelles qui ont été identifiées ci-dessus constituent des sources non contestées de l'arbitrage

CCJA. Par contre, la question est controversée de savoir si l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage constitue également une source de l'arbitrage CCJA. Cette controverse peut, *a priori*, surprendre. En effet, lorsqu'on sait que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage «a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États parties» (art. 1^{er} AU.A.), on pourrait en induire que si un arbitrage CCJA a pour siège un État de l'OHADA, il est régi par ledit acte uniforme. Le malaise provient du fait que, sur plusieurs points, les règles qui régissent l'arbitrage CCJA diffèrent de celles qui sont contenues dans l'Acte uniforme du 11 mars 1999. Pour ne prendre que quelques exemples significatifs, on peut citer l'arbitrabilité des litiges, les motifs du recours en annulation et l'exigence de motivation des sentences. Ainsi, l'arbitrabilité des litiges varie suivant que l'on utilise l'arbitrage de droit commun ou l'arbitrage CCJA en ce sens que les litiges susceptibles d'être arbitrés dans le cadre de la CCJA sont plus restreints que ceux qui peuvent faire l'objet d'un arbitrage de droit commun. Devant la CCJA, il faut que le litige ait un caractère contractuel et qu'il soit rattaché à un État de l'OHADA, soit par le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties, soit par le lieu d'exécution du contrat (Voy. ci-dessous, n° 12 et s.) alors que l'Acte uniforme dispose que les litiges arbitrables sont ceux portant sur des droits dont les parties ont la libre disposition (art. 2 al. 1^{er} AU.A.), ce qui inclut des différends extracontractuels. Les motifs du recours en annulation d'une sentence CCJA sont plus limités que ceux ouverts contre les sentences issues de l'arbitrage de droit commun. La composition irrégulière du tribunal arbitral et l'absence de motivation de la sentence ne constituent pas, en effet, un motif d'annulation d'une sentence CCJA, alors qu'ils en constituent un pour les sentences de l'arbitrage de droit commun.

La motivation des sentences est une exigence de l'arbitrage de droit commun sanctionnée par la nullité, alors que les sentences CCJA peuvent ne pas être motivées si les parties ont exprimé leur accord à cet effet et que la loi applicable à l'arbitrage le permet. Si l'on estime que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est une source de l'arbitrage CCJA, il faudrait logiquement en conclure que les sentences arbitrales CCJA doivent être motivées si le siège du tribunal arbitral est situé dans un État de l'OHADA (*En ce sens, G. KENFACK-DOUAJINI, Rapport de synthèse. L'arbitrage OHADA, in L'arbitrage en Afrique. Questions d'actualité. Colloque de Yaoundé, 14-15 janvier 2008, Rev. camerounaise de l'arbitrage, n° spécial, février 2010, p. 219*). Tel ne semble, cependant, pas être la position choisie par la CCJA sur cette question de la vocation de l'Acte sur l'arbitrage à régir le système d'arbitrage de la CCJA. Dans l'arrêt n° 45 du 17 juillet 2008 rendu en assemblée plénière, la CCJA affirme expressément le caractère spécifique ou dérogatoire de l'arbitrage CCJA par rapport au droit commun de l'arbitrage OHADA. Il s'agissait d'un recours en contes-

tation de validité contre une sentence rendue dans le cadre de l'arbitrage CCJA où les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage portant sur le délai d'arbitrage étaient invoquées à l'appui de l'annulation de la sentence parce que celle-ci avait été rendue après l'expiration du délai d'arbitrage prévu par les articles 12 et 16 de l'Acte uniforme. Dans cet arrêt, la haute juridiction affirme que « l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne figure pas au nombre des actes juridiques précités qui sont applicables en l'espèce à l'arbitrage institutionnel spécifique de la CCJA ». Les textes applicables à l'arbitrage CCJA sont, relève la Cour : « le Titre IV du Traité de l'OHADA, le Règlement d'arbitrage de la CCJA, le Règlement intérieur de la Cour, leurs annexes et les barèmes des frais d'arbitrage ». On constate que la Cour ne cite pas l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage parmi les actes applicables à l'arbitrage institutionnel de la CCJA. Cette mise en exergue de la spécificité de l'arbitrage CCJA par rapport à l'arbitrage OHADA régi par l'Acte uniforme du 11 mars 1999 ne pourrait cependant que concerner les dispositions du Règlement d'arbitrage de la CCJA non conformes à l'Acte uniforme. Il a été, à juste titre, observé que « Le Règlement d'arbitrage de la CCJA [...] n'a pas à se conformer à l'Acte uniforme » car « ayant comme lui la "nature" législative, il peut y déroger en tant que disposition spéciale au système d'arbitrage CCJA » (*J.M. TCHAKOUA, op. cit., p. 177*). Une telle position permettrait de concilier heureusement la spécificité de l'arbitrage CCJA, affirmée avec force par la Cour elle-même, et la possibilité pour l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de s'appliquer à tous les points qui ne sont pas traités dans le Règlement d'arbitrage de la CCJA (*En ce sens, J.-M. TCHAKOUA, ibid.*). Toutefois, ceci ne concerne pas la convention d'arbitrage qui, comme on l'a mentionné précédemment (Voy. supra n° 4) relève du droit applicable à la convention d'arbitrage. Ce droit peut, certes, être le droit OHADA de l'arbitrage mais ce pourra aussi être un autre droit étranger par rapport au droit OHADA. Il n'y a donc aucune liaison particulière à établir entre le droit OHADA de la convention d'arbitrage et l'arbitrage CCJA. Par contre, une sentence CCJA ne pourrait pas faire l'objet d'un recours en annulation devant une juridiction d'un État de l'OHADA car le Règlement d'arbitrage a organisé un recours ayant la même portée devant la CCJA (art. 29 RA. CCJA) (Voy. infra, n° 90).

B - Nature internationale de l'arbitrage CCJA

10. L'internationalité d'un arbitrage reçoit plusieurs significations qui dépendent des législations nationales ou internationales s'appliquant aux différents arbitrages. Tantôt fondée sur un critère de type économique, comme dans le droit français de l'arbitrage international, tantôt fondée sur des éléments juridiques d'extranéité se rapportant, parfois à la convention d'arbitrage, parfois au

litige soumis à l'arbitrage, comme dans la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, l'internationalité de l'arbitrage est, tout comme l'internationalité des contrats, une notion polysémique. L'internationalité de l'arbitrage CCJA ne trouve pas sa source dans la définition de critères d'internationalité qui seraient contenus dans les normes régissant l'arbitrage CCJA. En effet, ni le Traité constitutif de l'OHADA, ni le Règlement d'arbitrage de la CCJA ne définissent l'arbitrage international. Ceci est d'ailleurs conforme à la logique du droit OHADA en général et du droit OHADA de l'arbitrage en particulier. On sait que, à la différence de certaines conventions d'unification du droit qui n'ont de portée unificatrice qu'à l'égard des seules relations privées internationales, le droit de l'OHADA unifie le droit des affaires des États membres pour toutes les relations aussi bien internes qu'internationales. En d'autres termes, le même régime juridique est applicable aux relations internes et internationales. Dans ces conditions, il ne sert à rien de définir spécifiquement l'internationalité d'une situation, et plus précisément, dans notre cas, l'arbitrage international. L'internationalité de l'arbitrage CCJA provient des sources ayant créé et régissant cet arbitrage institutionnel. On a vu, ci-dessus (n° 2 et s.), que le Traité du 17 octobre 1997 et le Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999 constituaient les sources principales de l'arbitrage CCJA. Il ne fait aucun doute que le Traité est une norme internationale. Le Règlement d'arbitrage a, pour sa part, été pris en application du Traité et adopté par les États membres d'une organisation internationale. L'arbitrage CCJA est ainsi créé et soumis à des normes internationales. En ce sens l'arbitrage institutionnel de la CCJA est international, de même, par exemple, que celui mis en place par la Convention de Washington du 18 mars 1965 créant le CIRDI.

11. L'internationalité de l'arbitrage CCJA ainsi entendue emporte des conséquences aussi bien pour les États membres de l'OHADA que pour les États tiers. Pour les États membres, les normes régissant l'arbitrage CCJA et le régime juridique des sentences CCJA devront être respectées par chacun des États. Ceci implique par exemple que les sentences devront y être reconnues et exécutées selon les normes contenues dans le Traité et le Règlement d'arbitrage. Pour les États tiers, la situation est, *a priori*, très différente. Ils ne sont, en effet, pas liés par les normes internationales régissant l'arbitrage CCJA. Ainsi, les dispositions du Traité de l'OHADA et du Règlement d'arbitrage relatives à l'exequatur des sentences CCJA ne les obligent pas. La force exécutoire des sentences, rendues dans le cadre de l'arbitrage CCJA, sera régie, dans ces États, par la législation nationale et, le cas échéant, les conventions internationales pertinentes, de l'État où la sentence doit être reconnue ou doit donner lieu à une exécution forcée. Il n'empêche que le caractère international de l'arbitrage CCJA confère aux sentences rendues dans le cadre de cet arbitrage institutionnel une dimension internationale en raison

du caractère formellement international du centre d'arbitrage sous les auspices duquel elles ont été rendues. Ceci est susceptible d'avoir des conséquences sur le régime juridique applicable à la reconnaissance ou à l'exequatur des sentences CCJA dans les États tiers à l'OHADA (Voy. infra n° 66).

C - Compétence du Centre d'arbitrage de la CCJA

12. La compétence du centre d'arbitrage de la CCJA est définie par l'article 21 alinéa 1^{er} du Traité et l'article 2.1. du Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999. Ces deux dispositions fixent les critères des litiges susceptibles d'être portés devant un tribunal arbitral statuant suivant le Règlement d'arbitrage de la CCJA.

13. Le premier critère porte sur la nature du litige et deux autres critères complémentaires sont relatifs à la localisation spatiale de certains éléments constitutifs de la situation litigieuse. Le critère principal est le caractère contractuel du différend. En visant «toute partie à un contrat» et en précisant que celle-ci peut «soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage [CCJA]», les deux dispositions exigent que le litige trouve son origine dans un contrat. Ceci exclut les litiges extracontractuels. Le contrat à l'origine du différend ne doit pas revêtir un caractère commercial ; il peut donc s'agir d'un contrat civil. Le contrat peut être interne ou international. Par rapport au critère de «libre disposition des droits» retenu comme critère d'arbitrabilité dans l'Acte uniforme du 11 mars 1999 (art. 2, alinéa 1^{er} AU.A), le caractère contractuel du différend est à la fois plus étroit et plus large. Il est plus étroit car des droits disponibles n'ont pas nécessairement pour origine un contrat. Il est plus large car certains droits visés par un contrat pourraient être indisponibles à l'état de droits éventuels et ne devenir disponibles qu'une fois nés. Les deux autres critères ont un caractère alternatif mais l'un d'eux au moins doit se cumuler avec le critère relatif au caractère contractuel du litige. Ils portent sur le lien spatial qui doit exister entre le contrat à l'origine du différend et un État partie. Ce lien est constitué soit du lieu d'exécution – en tout ou en partie – du contrat, soit du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des contractants dans un État de l'OHADA. En d'autres termes, il faut que, soit le contrat, soit le domicile ou la résidence de l'une des parties au contrat ait un rapport spatial avec un État de l'OHADA.

14. La question se pose de savoir si la compétence de la CCJA peut être élargie par rapport aux critères fixés dans le Traité et le Règlement d'arbitrage pour déterminer la compétence du centre d'arbitrage. On peut ainsi s'interroger sur la compétence du centre à connaître d'un litige non contractuel mettant en cause

des droits subjectifs disponibles ou d'un litige contractuel qui ne présenterait aucun lien spatial avec un État de l'OHADA mais qui pourrait y être juridiquement – et non spatialement – localisé au moyen d'une clause de droit applicable désignant le droit uniforme ou le droit d'un État partie, dans ce dernier cas s'il s'agit d'un contrat relevant d'une matière non harmonisée. Le commentaire sous l'article 21 du Traité paru dans les deux premières éditions de l'ouvrage «Traité et actes uniformes commentés et annotés» affirmait, sans réelle justification, que «la réponse affirmative s'impose si la convention d'arbitrage lui [le centre d'arbitrage de la CCJA] attribue compétence» (LOHOUES OBLE (J.), *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, éd. 2002, p. 50). Le commentaire reproduit dans l'édition 2008 du même ouvrage semble beaucoup plus dubitatif sur la possibilité d'une telle extension de compétence. Il pose la question de savoir si «la liberté de choix des parties à une convention d'arbitrage peut élargir cette base de compétence pour la CCJA» (GUEYE (B.) et TALL (S.N.), *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, éd. 2008, p. 46) sans fournir de réponse. Une réponse à cette question suppose que l'on s'interroge sur les raisons d'une telle restriction des compétences de la CCJA en tant que centre d'arbitrage. On a ainsi tenté de la justifier par le fait que l'arbitrage institutionnel de la CCJA n'est pas intégralement détaché de la justice étatique (POUGOUÉ (P.G.), TCHAKOUA (J.M.), FÉNÉON (A.), *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé, 2000, p. 249). L'observation est exacte mais elle ne peut justifier que les exigences de lien spatial avec un État de l'OHADA et en aucun cas l'exigence principale du caractère contractuel du litige. Il est possible que cette limitation de compétence manifeste la volonté de l'arbitrage CCJA de constituer un système régional d'arbitrage. Sur ce point également, seuls les critères de type territorial sont susceptibles de rencontrer ce souhait. En définitive, on peut peut-être expliquer les exigences relatives à un rapport spatial avec l'espace OHADA mais rien ne permet réellement d'expliquer la restriction de compétence aux seuls litiges contractuels. Certes, dans la pratique de l'arbitrage, les différends les plus fréquents sont incontestablement ceux qui ont une origine contractuelle. Ce n'est cependant pas une raison suffisante pour limiter à ces seuls litiges la compétence d'un centre permanent d'arbitrage. Cette restriction est donc inopportune. Il n'empêche qu'en droit, même si le fondement de la limitation n'est pas facilement explicable et si la limitation est inopportune, il est difficile de justifier une extension de compétence aux litiges non contractuels. En effet, si la CCJA, en tant que centre permanent d'arbitrage, peut se voir déférer des litiges non contractuels, on ne comprend pas le sens ni la portée normative qu'il faut attribuer aux dispositions du Traité et du Règlement d'arbitrage qui limitent la compétence de l'arbitrage institutionnel de la CCJA aux seuls litiges contractuels.

D - Attributions de la CCJA en matière d'arbitrage

15. Les attributions de la CCJA en matière d'arbitrage sont administratives et juridictionnelles. L'exercice des attributions implique que la Cour noue nécessairement des relations avec les arbitres et les parties à l'arbitrage.

I - Attributions administratives

16. Le Traité de l'OHADA (art. 21) et le Règlement d'arbitrage de la CCJA (art. 2) affirment sans ambiguïté que la CCJA n'est pas une juridiction arbitrale puisqu'elle « ne tranche pas elle-même les différends » mais elle « exerce des attributions d'administration des arbitrages » (art. 1^{er} RA.). D'une manière générale, les attributions administratives de la CCJA ont pour objet la mise en œuvre et la bonne fin des procédures arbitrales ainsi que l'examen des projets de sentences. De façon plus précise, lorsqu'on examine le Règlement d'arbitrage, on constate que les attributions administratives de la Cour concernent essentiellement : la nomination des arbitres, leur récusation, leur remplacement (art. 3 et s.), la demande d'arbitrage et la réponse à la demande (art. 5 et s.), l'examen *prima facie* de l'existence de la convention d'arbitrage (art. 9 et 10), la fixation des provisions (art. 11), la détermination du siège de l'arbitrage (art. 13) et l'examen préalable par la Cour des projets de sentence (art. 23). Si certaines des attributions mentionnées ci-dessus ont incontestablement un caractère administratif, le doute est cependant permis pour les attributions en matière de récusation des arbitres, d'examen *prima facie* de l'existence de la convention et d'examen des projets de sentence. Sur ce dernier point, le règlement d'arbitrage précise que « la Cour ne peut proposer que des modifications de pure forme ».

17. Dans l'exercice de ses attributions administratives, la CCJA rend des décisions dépourvues de toute autorité de chose jugée et non susceptibles de recours. Les motifs ne sont pas communiqués. L'inexistence de recours doit s'entendre de recours juridictionnels. Par contre, cela ne devrait pas interdire l'exercice d'un recours administratif gracieux. Les attributions administratives de la CCJA ne la distinguent en rien des attributions dévolues aux autres institutions permanentes d'arbitrage. Par contre, les attributions juridictionnelles confiées à la Cour la distinguent substantiellement des autres centres institutionnels d'arbitrage.

18. La conjonction de fonctions administratives et juridictionnelles (Voy. ci-dessous, n° 19 et s.) au sein de la CCJA exige qu'une distinction claire soit établie entre ces deux fonctions au sein de la Cour. Ceci implique que la formation de la Cour et les conditions dans lesquelles les différents types de fonctions sont exercés soient clairement distingués. Afin d'as-

surer cette distinction fonctionnelle, les attributions administratives de la CCJA en matière d'arbitrage sont principalement exercées par le Secrétaire général et la formation restreinte mise en place par le Règlement intérieur du 2 juin 1999. Le secrétariat général joue un rôle essentiel de transmission des documents et pièces et d'information des parties dans la procédure arbitrale. La formation restreinte de la Cour prend les décisions nécessaires au suivi des procédures arbitrales. La régie des recettes et dépenses gère le versement des provisions et des frais d'arbitrage.

II - Attributions juridictionnelles

19. Les attributions juridictionnelles de la CCJA portent sur : l'exequatur des sentences arbitrales rendues par un tribunal arbitral ayant rendu une sentence sur la base du Règlement d'arbitrage de la CCJA (art. 25 du Traité et 30 du RA.) (Voy. infra n° 81 et s.), le recours en contestation de validité de ces sentences (art. 29 RA.) (Voy. infra n° 88 et s.), les recours en révision et en tierce opposition contre de telles sentences (art. 32 et 33 RA.) (Voy. infra n° 97 et s.). Les dispositions du Traité et du Règlement d'arbitrage fixant les attributions juridictionnelles de la CCJA s'expliquent par le fait que la CCJA est, à la différence des autres institutions permanentes d'arbitrage, une véritable juridiction. Alors que dans les autres institutions permanentes d'arbitrage, le contrôle judiciaire sous la forme d'un recours et l'exequatur des sentences arbitrales relèvent des juridictions étatiques, ces fonctions sont, dans l'arbitrage institutionnel mis en place par l'OHADA, confiées à la Cour commune.

20. Les dispositions du Traité OHADA et du Règlement d'arbitrage portant sur les attributions juridictionnelles de la CCJA ne peuvent lier que les États membres de l'OHADA et non des États tiers (Voy. supra, n° 11 et infra n° 80, 86 et 90).

21. Les attributions juridictionnelles en matière d'arbitrage sont exercées par la CCJA dans sa formation contentieuse ordinaire conformément au Règlement de procédure de la CCJA du 18 avril 1996.

III - Exercice des attributions

22. Le règlement d'arbitrage de la CCJA est muet sur la nature des relations entre la Cour, en tant qu'institution arbitrale, les arbitres et les parties au litige. Pourtant, lorsque la CCJA est saisie par les parties en tant que centre permanent d'arbitrage, une relation juridique s'établit nécessairement entre l'institution, les parties à l'arbitrage et les arbitres. Les seules dispositions relatives à ces relations sont contenues dans le Traité constitutif de l'OHADA et ne concernent qu'un aspect très limité de celles-ci. L'article 47 du Traité confère

en effet, à l'OHADA, une immunité qui concerne à la fois les biens (art. 48) et les fonctionnaires de l'organisation commune (art. 49). Ceci implique que la responsabilité de la CCJA, en tant qu'institution permanente d'arbitrage, ne peut être mise en cause. Par conséquent, lorsqu'elle exerce ses attributions administratives dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, la CCJA ne peut être atraite devant une juridiction pour voir sa responsabilité engagée. L'immunité de juridiction est également étendue aux arbitres. Dans le traité originel, cette immunité ne profitait qu'aux arbitres désignés par la CCJA et, par conséquent, pas aux arbitres confirmés par la Cour. Dans la version révisée du Traité, cette immunité s'étend à tous les arbitres, peu importe qu'ils soient désignés ou confirmés par l'institution. Ces dispositions sur l'immunité sont loin de couvrir l'ensemble de la question des relations qui s'établissent entre la CCJA, les arbitres et les parties.

23. Lorsque la CCJA est saisie par des parties en tant qu'institution permanente d'arbitrage, sa première mission entre dans le cadre de ses attributions administratives. On sait qu'habituellement, la relation qui s'établit entre les parties à un arbitrage et l'institution d'arbitrage est de nature contractuelle (*Ch. JAROSSON, Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale, Rev. Arb. 1990, p. 381 et s.*). La nature du contrat est discutée mais il est souvent admis qu'il tient à la fois des contrats d'entreprise et de mandat. En vertu de ce contrat, l'institution d'arbitrage doit prester les divers services qu'implique l'administration d'un arbitrage. En contrepartie, les parties doivent s'acquitter des frais administratifs de l'arbitrage. Le fait que le Règlement d'arbitrage de la CCJA soit différent formellement des autres règlements d'arbitrage (Voy. supra, n° 4 et s.) ne devrait pas interdire la qualification contractuelle à la relation nouée entre les parties et la CCJA en tant qu'institution permanente d'arbitrage. Par contre, il est certain qu'une telle qualification est inappropriée lorsque la CCJA exerce ses attributions juridictionnelles dans le cadre d'un arbitrage. Dans ce cas en effet, aucun rapport de type contractuel n'est noué entre les parties et la CCJA. Le lien est un lien d'instance analogue à celui d'une procédure judiciaire étatique. Le caractère contractuel du lien noué entre la CCJA en tant qu'institution d'arbitrage et les parties est cependant édulcoré en raison de l'immunité conférée à la CCJA.

24. Outre les relations entre la CCJA et les parties à l'arbitrage, un rapport est également noué avec les arbitres. Ceux-ci exercent leur fonction dans le cadre d'un contrat, généralement qualifié de contrat d'investissement. La qualification généralement retenue est celle de contrat *sui generis*. L'objet général de ce contrat est d'arbitrer un litige, c'est-à-dire de conduire l'arbitrage de manière appropriée et de rendre une sentence qui met fin au litige. La principale obligation des parties

consiste à rémunérer les arbitres par des honoraires. Un tel contrat existe nécessairement dans le cadre de l'arbitrage CCJA. La question qui se pose est de savoir si ce contrat d'investissement lie les parties et la CCJA en tant qu'institution d'arbitrage, celle-ci étant ensuite liée aux arbitres par un contrat distinct ou lie directement les parties et les arbitres. Le caractère contractuel du lien noué par les arbitres est lui aussi édulcoré en raison de l'immunité conférée à ceux-ci.

§II - Instance arbitrale devant la CCJA

25. Un arbitrage CCJA suppose, à l'origine, une convention d'arbitrage désignant la CCJA en tant que centre d'arbitrage. La convention d'arbitrage ne fait, cependant, pas partie du processus arbitral. Elle le fonde certes mais elle ne doit pas être intégrée dans le procès arbitral. Il est donc logique que le droit de l'arbitrage CCJA ne traite aucunement du régime juridique de la convention d'arbitrage (Voy. supra, n° 5). Le processus arbitral commence par une demande d'arbitrage adressée au centre d'arbitrage. Il se poursuit par la constitution du tribunal arbitral. Une fois que celui-ci est constitué, l'instance proprement dite peut se dérouler. Cette instance a pour objet essentiel de dénouer un litige au fond. Le Règlement d'arbitrage de la CCJA contient donc logiquement des dispositions sur le droit à appliquer au fond du litige à trancher.

A - Initiation de la procédure : demande et réponse à la demande d'arbitrage

26. La procédure devant la CCJA, en tant que centre institutionnel d'arbitrage, débute par une demande d'arbitrage. Celle-ci est adressée au Secrétaire général de la Cour et au (x) défendeur(s). La demande doit contenir différentes mentions énoncées aux points a à f de l'article 5 du Règlement. Parmi les énonciations, on retiendra en particulier : « l'exposé sommaire des prétentions du demandeur et des moyens produits à l'appui », « la convention d'arbitrage intervenue entre les parties », « toutes indications utiles et propositions concernant le nombre et le choix des arbitres », les conventions éventuellement intervenues entre les parties « sur le siège de l'arbitrage, sur la langue de l'arbitrage, sur la loi applicable à la convention d'arbitrage, à la procédure de l'arbitrage et au fond du litige » et « à défaut de telles conventions, les souhaits du demandeur à l'arbitrage, sur ces différents points » et enfin « les documents, contractuels ou non, de nature à établir clairement les circonstances de l'affaire ». La demande d'arbitrage doit être accompagnée du montant de l'avance sur les frais administratifs qui est déterminé par l'article 1^{er} de la décision 004/CCJA

du 3 février 1999 sur les frais d'arbitrage. La date de réception de la demande d'arbitrage qui est notifiée au (x) défendeur(s) par le Secrétaire général de la Cour constitue la date d'introduction de la procédure arbitrale.

27. Le Règlement d'arbitrage de la CCJA n'impose aucun délai pour introduire une demande d'arbitrage. Cela n'exclut évidemment pas que les arbitres puissent déclarer la demande irrecevable en vertu du droit applicable au fond du litige. Ce pourrait être le cas lorsque l'action devrait, en vertu du droit applicable au fond, être intentée dans un bref délai. On pense, par exemple, à l'action en garantie des vices cachés qui, en général, doit être intentée dans un bref délai à compter de la découverte du vice.

28. La demande d'arbitrage donne, en principe, lieu à une réponse (art. 6 RA) à la demande que la défenderesse doit adresser au Secrétaire général de la Cour et à la partie demanderesse dans un délai de 45 jours à compter du reçu de la notification que le Secrétaire général de la Cour a faite lors de la réception de la demande d'arbitrage. La réponse à la demande d'arbitrage doit contenir différentes mentions énoncées aux points a à d de l'article 6 du Règlement. On retiendra en particulier : «un bref exposé de l'affaire et de la position du défendeur sur les demandes formées contre lui avec indication des moyens et des pièces sur lesquelles il entend fonder sa défense», la «confirmation ou non de l'existence d'une convention d'arbitrage entre les parties» renvoyant à l'arbitrage organisé par la CCJA et la réponse du défendeur aux indications ou propositions du demandeur concernant le nombre et le choix des arbitres, le siège de l'arbitrage, la langue de celui-ci, la loi applicable à la convention arbitrale, à la procédure et au fond du litige. Si la réponse contient une demande reconventionnelle, un délai de trente jours est accordé au demandeur pour présenter ses observations.

29. Si le défendeur ne répond pas à la demande d'arbitrage ou décline, dans sa réponse, la compétence de la CCJA en tant que centre d'arbitrage et que l'une de ces attitudes est complétée par l'observation faite par le Secrétaire général qu'il n'existe pas, *prima facie*, de convention arbitrale CCJA, celui-ci informe le demandeur que la CCJA va être saisie par lui pour que celle-ci décide que l'arbitrage ne pourra pas avoir lieu. Le demandeur peut, dans cette situation, présenter ses observations dans un délai de 30 jours. La CCJA statue sur la question de l'existence ou non *prima facie* d'une convention CCJA d'arbitrage. Il ne suffit donc pas que la défenderesse n'émette aucune réponse à la demande d'arbitrage ou décline la compétence du centre pour que l'arbitrage ne puisse avoir lieu. Une absence de réponse ou le refus de la compétence de la CCJA en tant que centre d'arbitrage en l'espèce n'aura d'effet qu'en l'absence de convention d'arbitrage désignant la CCJA. S'il n'en était pas ainsi, cela impliquerait l'impossibilité d'une procédure arbitrale par

défaut, ce qui serait évidemment totalement inefficace. La procédure par défaut est, d'ailleurs, expressément prévue par l'article 10.2 du Règlement.

30. La décision par laquelle la Cour statue sur la suite à donner à une demande d'arbitrage peut être positive ou négative. Si elle est positive, cette décision n'empêche pas les arbitres de statuer sur leur propre compétence. En effet, l'article 10.3. du Règlement prévoit que si la CCJA a constaté *prima facie* l'existence d'une convention d'arbitrage désignant la CCJA, le tribunal arbitral est fondé «à prendre toutes décisions sur sa propre compétence». Si la décision de la Cour est négative, c'est-à-dire si elle estime *prima facie* qu'il n'y a pas de convention d'arbitrage, la procédure d'arbitrage ne peut être entamée. Ceci implique que, dans ce cas, les arbitres ne pourront pas statuer sur leur propre compétence. Cette solution a été, à juste titre, jugée «trop autoritaire» (P.G. POUYOUÉ, J.-M. TCHAKOUA, A. FÉNÉON, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 266). Il aurait été préférable que, malgré la décision négative de la Cour, l'instance arbitrale puisse être mise en œuvre et que le tribunal arbitral prenne une décision sur sa compétence au regard de l'existence d'une convention d'arbitrage. La CCJA pourrait aussi être amenée à prendre une décision refusant d'entamer la procédure arbitrale lorsque les éléments territoriaux de rattachement à l'espace de l'OHADA, prévus par l'article 2.1. du Règlement d'arbitrage, ne sont pas réunis (Voy. supra, n° 12 et s.). On peut donc conclure, que chaque fois qu'une demande d'arbitrage a été introduite et que la CCJA a estimé que, *prima facie*, une convention d'arbitrage la désignant existe, le processus peut se poursuivre par la constitution du tribunal arbitral.

B - Constitution du tribunal arbitral

31. La constitution du tribunal arbitral soulève des questions relatives au processus de désignation des arbitres ainsi qu'aux conditions que ceux-ci doivent remplir. Enfin, des incidents peuvent affecter la constitution de la juridiction arbitrale.

I - Désignation des arbitres

32. S'agissant du nombre d'arbitres composant le tribunal arbitral, les parties n'ont le choix qu'entre un tribunal arbitral composé d'un ou de trois arbitres. À défaut d'accord des parties quant au nombre d'arbitres, le principe retenu est celui d'un arbitre unique nommé par la Cour «à moins que le différend ne lui [à la CCJA] paraisse justifier la désignation de trois arbitres qui seront alors choisis par les parties» (art. 3.1, al. 4 RA). Si les parties choisissent la formule de l'arbitre unique, le choix de celui-ci repose d'abord sur leur commune volonté. Ce n'est qu'à défaut d'accord que l'arbitre

sera nommé par la CCJA. Si les parties préfèrent une juridiction collégiale, le principe retenu est celui du choix par chacune des parties d'un arbitre, le troisième, qui assume la présidence du tribunal, étant nommé par la CCJA. Les parties peuvent cependant prévoir que le troisième arbitre ne sera pas nommé par la Cour mais désigné par les deux arbitres qu'elles ont choisis. Les arbitres désignés par les parties peuvent - mais ne doivent pas - être choisis sur la liste des arbitres établie par la Cour. Chaque fois que l'arbitre ou les arbitres sont désignés par les parties - ou les arbitres déjà choisis -, la CCJA intervient pour confirmer ce choix. Cette confirmation a pour objet de garantir que l'arbitre choisi sur une base volontaire remplit les conditions requises par la loi ou le règlement pour pouvoir exercer ses fonctions. Elle permet, en particulier, de s'assurer que l'arbitre choisi par une partie est bien indépendant de celle-ci. Dans ce processus de désignation volontaire de deux - ou des trois - arbitres, la CCJA intervient également pour remédier à l'inaction des parties ou des arbitres. En effet, si l'une des parties s'abstient de nommer un arbitre - ou si les arbitres désignés par les parties ne peuvent se mettre d'accord sur le choix d'un troisième arbitre -, la Cour nomme l'arbitre. Lorsqu'un arbitre est nommé par la Cour, celle-ci tient compte «de la nationalité des parties, du lieu de résidence de celles-ci et du lieu de résidence de leur conseil et des arbitres, de la langue des parties, de la nature des questions en litige et, éventuellement, des lois choisies par les parties pour régir leurs relations» (art. 3.3. RA). Ces dispositions sont destinées à faciliter le déroulement de l'instance arbitrale, soit du point de vue matériel, soit du point de vue du traitement du litige au fond. En ce qui concerne la nationalité, elle a, sans doute, pour objet d'éviter de porter atteinte à l'égalité des parties dans la composition du tribunal arbitral. Tel pourrait être le cas si un - ou a fortiori plusieurs - arbitre(s) étai(en)t ressortissant(s) de l'État de l'une des parties. Il en serait de même si le président du tribunal arbitral avait la même nationalité que celle de l'une des parties au litige.

33. La composition d'un tribunal arbitral limitée à un ou trois arbitres peut soulever des difficultés en cas d'arbitrage multipartite. En effet, lorsque le nombre des parties aux litiges est supérieur à deux et que le tribunal ne peut se composer que d'un ou trois arbitres, il est, parfois, difficile de respecter le principe d'égalité de droits entre les différentes parties dans la constitution de la juridiction arbitrale. C'est à cet effet que le Règlement (art. 3.1. al. 5) a prévu que, lorsque plusieurs parties doivent faire des propositions conjointes pour la nomination d'un seul arbitre, la Cour peut, non seulement nommer l'arbitre sur lequel les parties qui doivent faire des propositions conjointes ne peuvent s'accorder, mais également l'arbitre de la partie adverse - qui se voit ainsi également privée du droit de choisir un arbitre - et le président de la juridiction arbitrale. Une telle disposition

permettra d'éviter une annulation de la sentence pour non-respect de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral. Cette désignation n'est pas automatique. En effet, il est précisé que la Cour peut - mais ne doit pas - nommer les arbitres dans une telle situation. Il est, en effet, possible que les parties qui doivent s'accorder pour désigner ensemble un seul arbitre n'aient pas des intérêts opposés et, en conséquence, procèdent elles-mêmes à cette désignation.

II - Composition du tribunal arbitral et indépendance des arbitres

34. Le tribunal arbitral peut être composé d'arbitres inscrits ou non sur la liste des arbitres établie annuellement par la CCJA. La CCJA établit, en effet, une liste d'arbitres mais celle-ci n'a aucun caractère fermé en ce sens que les parties ne sont pas obligées de désigner un ou plusieurs arbitres figurant sur ladite liste. Toutefois, qu'ils soient ou non inscrits sur ladite liste, les arbitres désignés doivent remplir l'unique condition de fond posée par le Règlement : l'indépendance par rapport aux parties.

35. À la différence de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui exige l'indépendance et l'impartialité des arbitres (art. 6, al. 2 AU.A), le Règlement d'arbitrage de la CCJA n'exige que l'indépendance. On sait que ces deux qualités sont certes liées mais ne se confondent pas intégralement. L'impartialité est une notion plus psychologique que factuelle; elle désigne un état d'esprit fait d'ouverture et d'absence de préjugés. L'indépendance est une qualité plus objective et factuelle. Elle recouvre, en effet, des situations objectives d'absence de relations - de parenté, d'alliance, de travail, de collaboration - entre l'une des parties - ou un conseil de l'une des parties - et un arbitre. La dépendance est prohibée parce qu'elle fait présumer la partialité de l'arbitre. En d'autres termes, l'indépendance est une présomption d'impartialité. C'est en cela que, sans se confondre, les deux qualités entretiennent des relations. La dépendance, parce qu'elle peut être objectivement constatée, est plus facile à prouver que la partialité. Une récusation fondée sur le défaut d'indépendance sera par conséquent plus facile à traiter. Cependant, dans la mesure où l'indépendance est en quelque sorte un simple moyen par rapport à l'impartialité, on peut regretter que cette condition ne soit pas expressément visée dans le Règlement de la CCJA. En effet, il n'est pas impossible que les préjugés d'un arbitre ou la force de ses convictions relativement à un problème donné soulevé par le litige puissent le rendre incapable de faire montre d'impartialité tout en étant indépendant des parties. Inversement d'ailleurs, un arbitre objectivement dépendant pourrait avoir suffisamment de force de caractère pour se montrer impartial. Toutefois, dans ce dernier cas, il devrait être écarté de la composition

d'un tribunal arbitral car, dans ce domaine, l'apparence est un élément aussi important que la réalité.

36. L'exigence d'indépendance est mise en œuvre au moyen d'une obligation d'information qui pèse sur l'arbitre. L'article 4.1. alinéa 3 du Règlement d'arbitrage prévoit en effet que l'arbitre pressenti, avant qu'il ne soit nommé ou confirmé par la CCJA, et une fois qu'il a eu connaissance des informations sur le litige telles qu'elles résultent de la demande d'arbitrage et, le cas échéant, de la réponse à la demande d'arbitrage, doit informer par écrit le Secrétaire général de la CCJA de tous «faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties». L'obligation d'information pèse d'ailleurs sur l'arbitre tout au long de la procédure arbitrale puisqu'il est tenu de la même obligation d'information pour «tous faits ou circonstances de même nature qui surviendraient entre sa nomination ou sa confirmation par la Cour et la notification de la sentence finale» (art. 4.1. al. 5 RA). Les faits et circonstances que l'arbitre doit porter à la connaissance des parties sont tous ceux qui sont «de nature à faire légitimement douter de son indépendance» (*Paris, 12 janvier 1998, Rev. Arb. 1999, p. 381 et s.*). L'arbitre doit donc révéler tout fait de nature à pouvoir susciter un doute raisonnable dans l'esprit des parties quant à son indépendance. Il n'est cependant pas tenu de révéler une situation notoirement connue. Une circonstance ne doit, en effet, être révélée que pour autant qu'elle est ignorée. Si des circonstances ou des faits de nature à mettre en doute l'indépendance de l'arbitre sont portés à la connaissance des parties après la désignation - ou la confirmation de l'arbitre par la CCJA - mais avant que la sentence ne soit prononcée, les parties, si elles sont d'accord, peuvent révoquer l'arbitre concerné. Si elles ne peuvent s'accorder sur la révocation, l'une d'entre elles peut entamer une procédure de récusation. Il s'agit alors d'un incident susceptible d'affecter la constitution du tribunal arbitral.

III - Incidents dans la constitution du tribunal arbitral : récusation, démission acceptée, révocation et décès.

37. Les incidents pouvant affecter la composition de la juridiction arbitrale sont : la récusation, la démission acceptée, la révocation et le décès. En principe, tous ces incidents donnent lieu au remplacement d'un arbitre.

38. Le Règlement d'arbitrage de la CCJA organise une procédure de récusation pour «un défaut d'indépendance ou... tout autre motif» devant la Cour (art. 4.2 RA). La demande de récusation est introduite par l'une des parties. La procédure de récusation prévoit que le Secrétaire général de la CCJA, saisi de la demande, met «l'arbitre concerné, les parties et les autres membres du tribunal arbitral, s'il y en a, en mesure de présenter leurs

observations par écrit dans un délai approprié» (art. 4.4, al. 3 RA). Cette disposition, inspirée de l'article 11, § 3, du Règlement CCI de 1998, ne prévoit cependant pas que «ces observations sont communiquées aux parties et aux arbitres» (art. 11, §3, dernière phrase, Règl. CCI - version 1998). Cela est regrettable car une telle obligation aurait introduit une transparence opportune dans la procédure de récusation. La décision de la Cour sur le bien fondé de la demande de récusation a un caractère administratif et ne peut faire l'objet de recours (art. 4.6 RA). Le recours devant les juridictions étatiques des États de l'OHADA est également exclu puisque l'assistance judiciaire étatique, en matière de récusation, est subsidiaire à la volonté des parties de sorte que le juge étatique ne peut être saisi que «si les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation» (art. 7, al. 3 AU.A.). Or, dans le cas de l'arbitrage CCJA, tel est bien le cas puisque les parties, en choisissant l'arbitrage de cette Cour, ont accepté de se soumettre à son règlement et donc à la procédure de récusation telle qu'elle résulte de celui-ci.

39. La démission d'un arbitre doit être acceptée par la Cour. Celle-ci dispose ainsi du pouvoir d'apprécier les motifs invoqués par l'arbitre à l'appui de sa démission ; elle dispose, le cas échéant, du pouvoir de la refuser.

40. La révocation recouvre ordinairement la fin de la mission d'un arbitre décidée conjointement par les parties. Outre cette situation et bien que le terme de révocation ne soit pas utilisé à leur propos, le Règlement d'arbitrage de la CCJA établit deux autres cas de révocation. L'empêchement de fait ou de droit d'accomplir sa mission par l'arbitre est, en réalité, un véritable pouvoir de révocation de l'arbitre conféré à la CCJA. En effet, un tel empêchement doit être constaté par la Cour qui dispose du pouvoir de remplacer ou de faire remplacer un arbitre dont elle a constaté qu'il ne peut plus remplir sa mission. Cet empêchement peut avoir une cause physique (par exemple, la maladie) ou juridique (par exemple, la survenance d'une incapacité). La deuxième hypothèse de révocation par la CCJA résulte de ce que la Cour, tout en ne pouvant pas constater un empêchement, observe que l'arbitre ne remplit pas correctement sa mission du point de vue du fond ou du point de vue du respect des délais impartis. Dans ce cas également, la Cour dispose du pouvoir de remplacer l'arbitre négligent. Le remplacement par la Cour est, dans cette hypothèse, une véritable sanction pour l'arbitre concerné puisque l'article 4.4, alinéa 2 du Règlement organise une procédure contradictoire entre la Cour, l'ensemble des arbitres – y compris l'arbitre concerné – et les parties.

41. En principe, les différents incidents évoqués ci-dessus donnent lieu au remplacement de l'arbitre récusé, dont la démission a été acceptée, révoqué ou décédé. Toutefois, le remplacement d'un arbitre n'a pas un caractère automatique, s'agissant d'un arbitre dont la

démission n'a pas été acceptée et qui, malgré ce refus, refuse de poursuivre sa mission. En effet, dans cette hypothèse, la Cour dispose du pouvoir «[d'apprécier] s'il y a lieu de procéder au remplacement compte tenu de l'état de la procédure et de l'avis des deux arbitres qui n'ont pas démissionné» sauf bien entendu si l'arbitre concerné est l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral (art. 4.3, al. 3 R.A.). La Cour dispose du même pouvoir d'appréciation dans l'hypothèse où la CCJA constate que l'un des arbitres, autre que le président de la juridiction arbitrale, ne remplit pas effectivement sa mission et ne participe pas à l'arbitrage.

C - Déroulement de l'instance arbitrale

42. L'instance arbitrale est préparée et organisée lors d'une rencontre préliminaire donnant lieu à la rédaction d'un procès-verbal. L'affaire est ensuite instruite par le tribunal arbitral. Différents incidents peuvent affecter le déroulement de l'instance. Le tribunal arbitral peut être invité à prendre des mesures provisoires ou conservatoires.

I - Organisation préliminaire de l'instance : le procès-verbal de réunion d'organisation préliminaire de l'instance

43. L'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CCJA prescrit une réunion, qui doit se tenir dans les 60 jours de la réception du dossier par l'arbitre, et se terminer par un procès-verbal établi par l'arbitre. L'objet général de cette réunion est l'organisation de l'instance.

44. L'article 15.1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA établit, de façon précise, l'objet de cette réunion. Outre la constatation de la saisine de l'arbitre, la réunion préliminaire doit constater les demandes des parties, ainsi qu'une «indication sommaire des motifs de ces demandes et des moyens invoqués pour qu'il y soit fait droit» (art. 15.1 a RA). Les demandes sont sans nul doute les prétentions respectives des parties; les moyens désignent tout ce dont une partie se prévaut pour induire, par un raisonnement juridique, le bien-fondé de sa demande. On s'interroge par contre sur ce que recouvre la notion de motifs. Les motifs appartiennent certes à la terminologie procédurale mais en ce qui concerne le jugement - les motifs d'un jugement - et non en ce qui concerne les prétentions des parties. Peut-être faut-il entendre par motifs les causes - acte ou fait juridique - de la prétention. La réunion a également pour objet de constater s'il existe ou non un accord des parties, d'abord sur l'existence d'une convention d'arbitrage désignant la CCJA, ensuite sur les modalités de l'arbitrage du point de vue du siège et de la langue de l'arbitrage et, enfin, sur les questions de droit applicable à la convention d'arbitrage, à la procédure arbitrale et au fond du litige.

En ce qui concerne le fond du litige, l'arbitre interroge les parties sur la question de savoir si elles lui confèrent le pouvoir de statuer en amiable composition. Il faut observer que la réunion n'a pas pour objet de fixer un accord sur ces différents points, sauf en ce qui concerne la langue de l'arbitrage qui fait «l'objet d'une décision immédiate de l'arbitre au vu des dires des parties sur ce point en tenant compte des circonstances» (art. 15.1 b, al. 3 RA). En effet, soit les parties sont d'accord sur les différents points relevés ci-dessus et l'arbitre constate leur accord; soit elles sont en désaccord sur tout ou partie de ces points et «l'arbitre constate que la sentence aura à se prononcer à ce sujet». Il va de soi que la «sentence [qui] aura à se prononcer à ce sujet» n'est pas nécessairement la sentence qui vide tout le litige. Enfin, la réunion a pour objet de prendre «les dispositions qui paraissent appropriées pour la conduite de la procédure arbitrale [...]» (art. 15.1 c RA) ainsi que de fixer «un calendrier prévisionnel de la procédure arbitrale [...]» (art. 15.1 d RA). La prise de dispositions relatives à la conduite de la procédure arbitrale paraît quelque peu incompatible avec le fait qu'un accord sur le droit régissant la procédure arbitrale n'est pas nécessairement convenu entre les parties. Dans l'hypothèse où les parties ne sont pas parvenues à un tel accord - désaccord que l'arbitre a constaté -, il paraît quelque peu prématuré de prendre des décisions concernant la conduite de la procédure arbitrale. Le calendrier prévisionnel a pour objet d'obliger les arbitres à réfléchir au déroulement dans le temps du processus d'arbitrage. Il ne peut s'agir que d'un calendrier prévisionnel, c'est-à-dire un document indicatif. À ce stade de la procédure, il paraît impossible de fixer avec précision le déroulement de l'arbitrage jusqu'au prononcé de la sentence. En effet, il peut y avoir des demandes nouvelles ou reconventionnelles. De même, l'instruction de l'affaire ne peut, à ce stade, être envisagée de manière précise, de sorte qu'on ne peut pas savoir si l'affaire exigera une - ou plusieurs - expertise(s) ou la présence d'un nombre plus ou moins important de témoins. Enfin, la procédure pourra peut-être être suspendue en raison d'incidents dans le paiement des provisions pour frais d'arbitrage. Tous ces paramètres sont difficilement mesurables lors de la réunion préliminaire d'organisation de l'instance et expliquent le caractère indicatif du calendrier prévisionnel. Aussi l'article 15.3 du Règlement prévoit-il les modalités de sa modification. Le calendrier prévisionnel peut être modifié, en cas de nécessité par l'arbitre, soit d'autorité - mais alors, l'arbitre doit recueillir les observations des parties -, soit à la demande des parties. La modification du calendrier prévisionnel est adressée au Secrétaire général de la CCJA. À l'occasion d'un recours en contestation de validité contre une sentence, la CCJA a affirmé clairement «que le calendrier du déroulement de la procédure, établi par le Tribunal arbitral au cours de la réunion durant laquelle, entre autres, est défini l'objet du litige, a un caractère prévisionnel; que s'agissant d'une prévision de date, celle-ci est susceptible

de modification ; que dès lors le fait de modifier un tel calendrier, qui n'avait qu'un caractère prévisionnel ou indicatif, ne saurait être valablement considéré comme une violation par le Tribunal arbitral des termes sa mission » (CCJA, arrêt n° 45 du 17 juillet 2008) (Voy. infra, n° 92).

45. Le siège de l'arbitrage s'entend, dans le Règlement, du lieu des audiences du tribunal arbitral. Cependant, le tribunal arbitral n'est pas tenu de tenir toutes ses audiences au siège tel qu'il a été fixé par les parties ou par la CCJA. En effet, selon l'alinéa 3 de l'article 13 du Règlement, après avoir consulté les parties et en cas de désaccord après que la CCJA ait statué, la juridiction arbitrale peut tenir des audiences dans un autre lieu que celui qui a été retenu comme siège de l'arbitrage. Les indications que devrait contenir le procès-verbal de réunion relativement au siège de l'arbitrage paraissent difficilement conciliables avec celles qui sont contenues dans l'article 13 du Règlement d'arbitrage. En effet, le procès-verbal de réunion devrait constater s'il existe ou non un accord des parties sur le siège de l'arbitrage et, en cas de désaccord, l'arbitre devrait constater que « la sentence aura à se prononcer à ce sujet ». Or, l'article 13 du Règlement prévoit qu'à défaut d'accord des parties sur le siège de l'arbitrage, soit dans la convention d'arbitrage, soit dans un accord postérieur, le siège « est fixé par une décision de la Cour avant la transmission du dossier à l'arbitre ». Dans la pratique, il paraît difficile de concevoir que c'est dans la sentence que le tribunal arbitral puisse se prononcer sur le siège. On devrait donc faire prévaloir les dispositions de l'article 13 et retenir que le siège est fixé par la CCJA, avant la tenue de la rencontre préliminaire, en cas de désaccord des parties. Le siège est une notion juridiquement importante dans l'arbitrage dans la mesure où c'est lui qui détermine la compétence du for judiciaire d'appui à l'arbitrage et du for judiciaire de contrôle de la sentence dans le cadre d'un recours contre celle-ci. Dans l'arbitrage CCJA, cette portée juridique du siège doit être relativisée puisque ces deux fors judiciaires sont exercés par la CCJA, soit en tant qu'institution permanente d'arbitrage pour l'appui à l'arbitrage, soit en tant que juridiction pour ce qui est du recours en annulation contre la sentence. Toutefois, ceci ne s'applique que si le siège de l'arbitrage CCJA est situé dans un État de l'OHADA. En effet, les attributions juridictionnelles de la CCJA dans le cadre de l'arbitrage CCJA ne lient pas les États tiers à l'OHADA (voy. supra n° 20 et infra n° 90). Ceci implique que le recours juridictionnel contre la sentence portée devant la CCJA en vertu de l'article 29 du Règlement d'arbitrage pourrait subir la concurrence d'un recours juridictionnel contre la sentence portée devant une juridiction étatique compétente de l'État du siège de l'arbitrage, si celui-ci est situé dans un État non-membre de l'OHADA.

46. La réunion ayant pour objet l'organisation préliminaire de l'arbitrage donne lieu à un procès-verbal

établi et signé par l'arbitre. Si les parties sont d'accord, elles signent également ce procès-verbal. Si l'une d'elles refuse de le signer ou formule des réserves, « ledit procès-verbal est soumis à la Cour pour approbation » (art. 15.2 RA). Cette procédure de soumission à la Cour pour approbation est identique à celle qui est retenue dans l'arbitrage CCI pour l'acte de mission. Aux termes de l'article 18, § 3, du Règlement CCI, si l'une des parties refuse de signer l'acte de mission ou de participer à son établissement, « il est soumis à la Cour pour approbation ». La formule est obscure. Il est, en tout cas, certain que la Cour dispose du pouvoir de refuser de l'approuver. Lorsqu'une institution dispose du pouvoir d'approuver un document, cela implique nécessairement qu'elle a le pouvoir de refuser son approbation faute de quoi la procédure d'approbation serait dénuée de toute utilité. On s'interroge sur la raison pour laquelle l'approbation de la Cour n'est nécessaire que lorsqu'une partie refuse de signer le procès-verbal. En effet, s'il s'agit pour la Cour de contrôler le procès-verbal dressé par l'arbitre, on ne voit pas pourquoi ce contrôle devrait être limité au seul procès-verbal non signé par l'une des parties. Faut-il alors voir dans l'approbation de la Cour une substitution de la partie qui s'est abstenue de le signer de sorte qu'elle tiendrait lieu de signature de cette partie ?

47. Il paraît évident que le procès-verbal de réunion, institué par l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, présente, sur certains points, des analogies certaines avec l'acte de mission, caractéristique de la procédure d'arbitrage de la CCI. Le Règlement de la CCJA évite cependant certaines difficultés de l'acte de mission dans l'arbitrage CCI. D'abord, le Règlement CCJA écarte toute référence à la question controversée de la « liste des points litigieux » qui, jadis, devait figurer dans l'acte de mission et qui, aujourd'hui, peut y figurer. Ensuite, le Règlement de la CCJA n'enferme pas les demandes nouvelles qui seraient présentées par les parties dans les limites du procès-verbal prévu à l'article 15 alors que l'article 18 du Règlement de la CCI interdit, sauf autorisation du tribunal arbitral, aux parties de « formuler de nouvelles demandes, reconventionnelles ou non, hors des limites de l'acte de mission... ». De manière plus générale, alors que l'acte de mission dans l'arbitrage CCI délimite de manière assez rigide la mission des arbitres, le procès-verbal de réunion de l'arbitrage CCJA évite d'enfermer les parties et les arbitres dans un cadre trop précis et contraignant alors que l'on n'est qu'au seuil de la procédure arbitrale.

II - Instruction de l'affaire

48. Les mesures d'instruction devant un tribunal arbitral de la CCJA sont celles que l'on rencontre habituellement dans tout arbitrage : écritures et pièces, audition des parties, témoignages et expertises. Les parties peu-

vent cependant requérir ou accepter que le tribunal arbitral ne statue que sur la base des écritures et pièces.

49. Les écritures sont normalement constituées de mémoires - en demande, en défense, réplique, duplique - et de notes écrites, voire de correspondances. Elles doivent être communiquées en «autant d'exemplaires qu'il y a d'autres parties plus un pour chaque arbitre et un autre pour le Secrétaire général de la Cour...» (art. 12.1 RA). Les modalités de leur communication sont : la remise contre reçu, une lettre recommandée, ou tout moyen de communication laissant trace écrite (art. 12.2 RA). Les délais de communication sont normalement fixés par le tribunal arbitral. L'audition des parties constitue également un moyen d'instruction de l'affaire par les arbitres. L'audition contradictoire des parties est soit ordonnée d'office, soit à la demande de l'une d'elles. Les parties peuvent se faire représenter par des «représentants dûment accrédités»; elles peuvent également «être assistées de leurs conseils» (art. 19, al. 3 RA). Le Règlement d'arbitrage de la CCJA ne pose aucune restriction au choix des parties quant à leur représentation ou leur assistance. Cela exclut, par conséquent, le monopole des avocats. Les parties peuvent être entendues séparément si le tribunal arbitral l'estime nécessaire. Dans ce cas, les conseils des deux parties assistent à l'audition. La défaillance de l'une des parties, sans excuse valable, est sans effet sur le caractère contradictoire des débats puisque ceux-ci sont réputés contradictoires. Enfin, l'audition des parties donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal signé et transmis au Secrétaire général de la Cour. Le Règlement d'arbitrage de la CCJA ne mentionne pas expressément les témoignages parmi les modes de preuve dans l'instance arbitrale. Il ne fait cependant aucun doute que les arbitres, d'office ou sur demande de l'une des parties, peuvent procéder à des auditions de témoins. L'article 19.1 du Règlement prévoit, en effet, que «l'arbitre instruit la cause [...] par tous les moyens appropriés». «L'arbitre peut nommer un ou plusieurs experts [...]» (art. 19.3 RA). La nomination d'un expert peut être effectuée, d'office par l'arbitre, ou à la demande des parties ou de l'une des parties. L'expert désigné doit être indépendant des parties. Bien que le Règlement ne le mentionne pas, il ne fait guère de doute qu'un expert pourrait être récusé par l'une des parties. L'incident pourrait, vraisemblablement, être porté devant le tribunal arbitral. L'expert pourrait être nommé, soit par un simple procès-verbal, soit par une ordonnance de procédure. L'arbitre doit également définir la mission de l'expert. En principe, l'expertise donne lieu à un rapport. Celui-ci, reçu par l'arbitre (art. 19.3 RA), doit être communiqué aux parties afin qu'elles puissent le discuter contradictoirement. L'audition de l'expert doit être reçue «en présence des parties ou de leurs conseils» (art. 19.3 RA).

50. Dans l'instruction de la cause, la juridiction arbitrale doit spécialement veiller au respect du principe

du contradictoire et de l'égalité entre les parties. Le non-respect de ces principes constitue en effet un motif d'annulation des sentences par la CCJA dans le cadre d'un recours en contestation de validité. Certaines dispositions du Règlement d'arbitrage de la CCJA doivent être considérées comme des applications du principe du contradictoire. Il en est ainsi, par exemple, des dispositions qui exigent la transmission systématique entre parties et aux arbitres de toutes les écritures et pièces, le caractère contradictoire des audiences, la présence des conseils des parties en cas d'audition séparée de celles-ci. Le respect de l'égalité entre les parties implique que les délais de procédure fixés par le tribunal arbitral soient sensiblement les mêmes.

III - Incidents de l'instance

51. Les incidents de l'instance concernent principalement le tribunal arbitral et les termes du litige.

a - Incidents relatifs au tribunal arbitral

52. Les incidents relatifs au tribunal arbitral peuvent concerner la composition du tribunal. Il s'agit ici des différents incidents déjà examinés relatifs à la constitution du tribunal arbitral (Voy. supra n° 37 et s.) réglés essentiellement par la CCJA en tant qu'institution permanente d'arbitrage.

53. Les incidents relatifs au tribunal arbitral peuvent aussi porter sur sa compétence. Le Règlement d'arbitrage de la CCJA affirme, comme tous les règlements d'arbitrage, le principe de la «compétence-compétence» des arbitres. L'article 10.3. dispose que «Lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité, ou à la portée de la convention d'arbitrage, la Cour, ayant constaté *prima facie* l'existence de cette convention, peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra à l'arbitre de prendre toutes décisions sur sa propre compétence». Ce principe permet évidemment aux arbitres de statuer sur leur compétence même si celle-ci est contestée sur la base de l'existence, la validité ou la portée de la convention d'arbitrage. Ce principe lie également, dans une certaine mesure, la CCJA. Celle-ci ne pourra statuer sur la compétence de l'arbitre que dans le cadre du recours en nullité de la sentence (art. 29 R.A.). Toutefois, le droit de priorité ainsi reconnu aux arbitres dans l'examen de leur compétence n'est pas absolu dans la mesure où la CCJA dispose du pouvoir d'examiner *prima facie* l'existence de la convention. La sentence par laquelle les arbitres statuent sur leur compétence peut être une sentence partielle – mais définitive quant au point tranché, dans le cas d'espèce la compétence – sujette à un recours en contestation

de validité (art. 21.3 R.A.). Ceci permet à la partie qui conteste la compétence du tribunal arbitral de ne pas devoir attendre la fin de l'arbitrage pour introduire un recours fondé sur ce moyen. Cela n'empêche pas le procès arbitral de poursuivre son cours puisque l'arbitre peut « poursuivre la procédure sans attendre que la Cour se soit prononcée » (art. 21.3. al. 2 RA).

b - Incidents relatifs aux termes du litige

54. Les incidents relatifs aux termes du litige portent sur l'introduction de demandes nouvelles devant la juridiction arbitrale. La formulation de demandes nouvelles recouvre les demandes additionnelles, par lesquelles une partie entend amender les termes de sa demande initiale, et les demandes reconventionnelles, par lesquelles le défendeur originaire entend obtenir un autre avantage que le simple rejet de la prétention du demandeur. L'article 18 du Règlement d'arbitrage de la CCJA autorise expressément la formulation de nouvelles demandes, reconventionnelles ou non. Il pose, cependant, une condition de fond et soumet leur recevabilité à une appréciation du tribunal arbitral. L'appréciation de fond porte sur le lien entre la demande et la convention d'arbitrage. Il faut que « ces demandes restent dans le cadre de la convention d'arbitrage ». Ceci s'explique par le caractère contractuel du pouvoir juridictionnel des arbitres. Il faut remarquer que le lien exigé s'apprécie entre la demande nouvelle et la convention d'arbitrage et non pas entre la demande nouvelle et la demande d'arbitrage. La recevabilité des nouvelles demandes est donc beaucoup plus largement admise dans l'arbitrage CCJA que dans l'arbitrage CCI. L'article 19 du Règlement d'arbitrage de la C.C.I. dispose, en effet, que « ... les parties ne peuvent formuler de nouvelles demandes, reconventionnelles ou non, hors des limites de l'acte de mission, sauf autorisation du tribunal arbitral... ». Dans l'arbitrage CCJA, le fait que les demandes nouvelles doivent s'inscrire dans le cadre de la convention d'arbitrage interdit les nouvelles prétentions qui seraient fondées sur un autre contrat que celui qui contient l'accord compromissaire. Ceci exclut la jonction de procédures connexes, dans l'hypothèse de contrats liés. L'article 19, alinéa 2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA permet à l'arbitre de « ne pas autoriser une telle extension de sa mission, en raison, notamment du retard avec lequel elle est sollicitée ». Cette disposition donne aux arbitres de très larges pouvoirs d'appréciation susceptibles de créer une certaine insécurité juridique. D'abord, il faut regretter que le Règlement ait cru devoir utiliser l'expression « notamment ». Cela signifie que le retard n'est pas la cause exclusive de l'irrecevabilité de la demande nouvelle. Toutefois, le règlement ne précise pas quels pourraient être les autres motifs d'irrecevabilité. Ensuite, il n'est pas sécurisant que les arbitres puissent apprécier a posteriori les

raisons qui ont conduit une partie à ne pas introduire d'emblée l'ensemble de ses prétentions. Le système par lequel les arbitres fixent un délai au-delà duquel aucune demande nouvelle ne sera plus admise est plus sécurisant pour les parties.

IV - Mesures provisoires et conservatoires

55. Les mesures provisoires et conservatoires ont pour objet général de préserver une situation ou les droits des parties dans l'attente d'une décision sur le fond. De façon plus précise, elles peuvent préserver une situation de fait ou de droit, assurer la protection immédiate d'un créancier, porter sur la conservation de preuves ou préparer l'exécution de la sentence. Dans l'arbitrage CCJA, le principe est celui de la compétence du tribunal arbitral pour prendre de telles mesures. L'article 10.5. alinéa 1^{er} du Règlement d'arbitrage de la CCJA dispose, en effet, que « Sauf stipulation contraire, la convention d'arbitrage donne compétence à l'arbitre pour se prononcer sur toute demande provisoire ou conservatoire pendant le cours de la procédure arbitrale ». La concurrence des juges étatiques est cependant admise dans certains cas. Le premier cas résulte de la convention des parties. Les parties peuvent exclure en ce domaine la compétence des arbitres (art. 10.5, al. 1 RA). Ceci implique que les parties peuvent exclure la compétence des arbitres et accorder une compétence exclusive aux juridictions étatiques pour ce qui concerne les mesures provisoires et conservatoires. Le deuxième cas recouvre l'impossibilité de saisir effectivement les arbitres car le dossier d'arbitrage ne leur a pas encore été remis (art. 10.5, al. 3 RA). Cette exception au principe de la compétence du tribunal arbitral semble envisager le cas où le tribunal est constitué mais le dossier n'a pas encore été transmis aux arbitres. Cette exception devrait *a fortiori* être appliquée dans l'hypothèse où le tribunal arbitral n'est pas encore constitué. Enfin, le troisième cas vise les situations où « l'urgence des mesures provisoires et conservatoires demandées ne permettrait pas à l'arbitre de se prononcer en temps utile » (art. 10.5, al. 3 RA). Lorsque la mesure sollicitée de l'arbitre requiert des actes d'exécution forcée, l'arbitre rend une sentence partielle qui sera exécutée par la CCJA (art. 10.5, al. 2 RA). Ceci n'a évidemment d'intérêt que si la sentence doit donner lieu à une exécution dans un État de l'OHADA.

D - Traitement du fond du litige

56. L'arbitrage a pour finalité le dénouement du litige par la juridiction arbitrale. Appelé à trancher le litige, le tribunal arbitral doit, en principe, appliquer des règles de droit. L'arbitrage CCJA permet cependant le recours à l'amiable composition.

I - Arbitrage en droit

57. Le principe retenu dans l'arbitrage CCJA est l'arbitrage en droit et le choix par les parties du droit que le tribunal arbitral devra appliquer. À cet effet, l'article 17 du Règlement dispose que « Les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige ». Cette disposition appelle une observation et une interrogation. L'observation porte sur le fait que le terme utilisé est celui de « droit » et non de « loi ». Le fait d'utiliser le terme « droit » - plutôt que le terme « loi » - autorise sans nul doute les parties à porter leur choix sur les principes et règles constitutifs de la *lex mercatoria* ou plus généralement du droit anational. L'interrogation porte sur la portée de cette disposition. Plus précisément, l'interrogation peut se formuler en ces termes : le libre choix du droit par les parties concerne-t-il tous les litiges soumis à l'arbitrage CCJA où les seuls litiges empreints d'éléments d'extranéité? On sait en effet que la détermination du droit applicable ne se pose que pour les situations empreintes d'éléments d'extranéité, c'est-à-dire internationales au sens du droit international privé. La question est controversée. Certains estiment que le Règlement ne limitant pas sa portée aux seuls contrats internationaux, le choix du droit à appliquer concerne toutes les situations contractuelles, aussi bien internes qu'internationales (Pougoué (P.-G.), Tchakoua (J.-M.), Fénéon (A.), *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Yaoundé, Presses universitaires d'Afrique, 2000, p. 120 et s.*). D'autres estiment qu'un droit de l'arbitrage et *a fortiori* un règlement d'arbitrage, n'ont pas pour mission de bouleverser les dispositions portant sur l'applicabilité du droit. Une situation purement interne ne suscite aucun problème de droit à choisir ou à déterminer. Il ne revient pas au droit de l'arbitrage de susciter une question qui n'a pas à être posée (Jacquet (J.-M.), « *Le droit applicable au fond du litige* » in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 197*).

58. La question n'a pas jusqu'à ce jour été tranchée par la CCJA. Il faut cependant remarquer que, pour une question, certes non identique, mais analogue, la CCJA a considéré que certaines dispositions du droit OHADA de l'arbitrage devaient être limitées à l'arbitrage ayant à trancher un litige de droit international privé. Ainsi, saisie d'un recours en annulation contre une sentence ayant tranché un litige purement interne et alors que le recours invoquait la « violation de l'ordre public international » par la sentence, la CCJA relève que ce « litige, qui oppose deux sociétés de droit béninois relativement au commerce interne, relève de l'arbitrage interne » et en déduit que « c'est à tort qu'est invoquée la violation de l'ordre public international comme moyen d'annulation de la sentence rendue dans un tel arbitrage » (CCJA, *arrêt n° 45 du 17 juillet 2008*). La Haute juridiction estime ainsi que la violation de l'ordre public international ne peut être invoquée que dans le cadre d'un arbitrage statuant sur un litige international et non dans le cadre

d'un arbitrage statuant dans un litige interne. Elle considère qu'il est donc nécessaire de distinguer, parmi les dispositions du droit OHADA de l'arbitrage, celles qui peuvent s'appliquer indifféremment à tout arbitrage et celles qui ne peuvent concerner que l'arbitrage international, entendu comme un arbitrage ayant à trancher un litige international. Dans le cas d'espèce, la disposition invoquée est une disposition de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui fait de la violation de l'ordre public un moyen d'annulation d'une sentence arbitrale. Une disposition identique est reproduite à l'article 30 du Règlement d'arbitrage de la CCJA. Nous avons déjà fait part de notre étonnement à voir une telle disposition couvrir un arbitrage interne. Plus précisément, nous avons écrit « La référence à l'ordre public international ne convient que pour l'arbitrage de droit international privé. Seule la réserve de l'ordre public interne doit trouver à s'appliquer lorsque l'arbitre tranche un litige interne. L'utilisation de l'expression « ordre public international » suppose donc un litige international au sens du droit international privé » (MEYER (P.), *Traité et actes uniformes commentés et annotés, 3^e éd. 2008, p. 144*). La CCJA n'hésite donc pas à restreindre la portée de certaines dispositions du droit de l'arbitrage aux seuls arbitrages ayant à trancher des litiges internationaux. Ce qui est vrai pour la limitation de l'ordre public international pourrait dans cette mesure être transposé au choix du droit à appliquer qui pourrait, ainsi, être limité aux seuls contrats internationaux soumis à l'arbitrage.

59. À défaut de choix des parties, « l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce » (art. 17 al. 1^{er} *in fine* R.A.) Le fait que le Règlement d'arbitrage envisage l'utilisation par l'arbitre d'une règle de conflit implique nécessairement qu'il doit s'agir d'un contrat international. En effet, il n'y a aucune règle de conflit pour un contrat interne pour la raison simple qu'il n'y a pas de conflits de lois à résoudre. Ceci montre par ailleurs assez explicitement que l'alinéa 1^{er} de l'article 17 – dans le choix du droit applicable et dans le recours à la règle de conflit – n'envisage que les seuls litiges contractuels internationaux. Dans la détermination objective du droit applicable par les arbitres, la solution retenue dans l'arbitrage CCJA diffère sur deux points de celle retenue dans le droit OHADA de l'arbitrage. Premièrement, dans l'arbitrage CCJA, les arbitres doivent appliquer une loi alors que dans l'arbitrage OHADA, ils peuvent appliquer une règle de droit. On sait que, dans la terminologie contemporaine, la différence entre les deux termes limite la notion de loi aux seules règles juridiques étatiques ou interétatiques alors que le terme de règle de droit inclut les règles de droit anational. Deuxièmement, dans leur détermination du droit à appliquer, les arbitres, statuant dans le cadre d'un arbitrage CCJA, doivent utiliser la technique conflictuelle, c'est-à-dire recourir à une règle de conflit de lois, alors que, dans l'arbitrage OHADA, les arbitres peuvent – mais ne doivent pas – recourir à la technique

de la voie directe qui leur permet de choisir directement, sans devoir utiliser une règle de conflit de lois, les règles de droit qui leur paraissent les plus appropriées.

60. Le Règlement d'arbitrage fait une large place aux stipulations contractuelles et aux usages du commerce puisque l'arbitre doit en tenir compte « dans tous les cas » (art. 17 al. 2 RA).

II - Amiable composition

61. L'amiable composition est conditionnée par la volonté certaine des parties, exprimée dans la convention d'arbitrage ou postérieurement (art. 17 al. 3 R.A.). L'arbitre qui statuerait en amiable composition sans que cette condition soit remplie ne se conformerait pas à la mission qui lui a été conférée. La CCJA a eu l'occasion d'appliquer cette règle dans une affaire où il était reproché aux arbitres d'avoir statué en équité alors qu'aucun accord des parties n'avait été fourni sur ce point aux arbitres. La Haute juridiction a affirmé « qu'en statuant [...] sans fournir des éléments d'appréciation fondés sur le droit ivoirien devant régir ladite procédure, le tribunal arbitral a usé des pouvoirs d'amiable compositeur que les parties ne lui ont pas conférés, l'amiable composition se définissant de manière négative comme le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application stricte des règles de droit, ce qui permet aussi bien de les ignorer que de s'en écarter en tant que leur sentiment d'équité l'exige » et en déduit que « la sentence [...] doit, en conséquence, être annulée [...] » (arrêt n° 64 du 7 décembre 2005).

62. Il est difficile de fixer avec précision la portée de l'amiable composition dans le règlement arbitral du fond du litige. Les arbitres pourront introduire un correctif d'équité afin de trancher de la manière la plus juste le litige qui leur est soumis. La recherche de ce qui est juste dans une situation donnée n'exclut pas, a priori, le recours aux règles légales sauf à considérer - hypothèse évidemment absurde - que les lois aboutissent nécessairement à des résultats injustes lorsqu'elles sont appliquées à une situation particulière. Le juste n'est peut-être pas réductible à la règle mais il n'exclut pas, a priori, l'utilisation des règles de droit. Ainsi entendue, l'amiable composition permet aux arbitres d'écarter ou d'adapter les règles de droit applicables aux litiges. L'arbitre dispose ainsi du pouvoir d'évaluer les règles de droit sur la base de l'équité afin de mesurer les résultats auxquels leur application peut aboutir. C'est d'ailleurs la portée que la CCJA entend attribuer à l'amiable composition dans l'affaire évoquée ci-dessus lorsqu'elle affirme que celle-ci se définit comme « le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application stricte des règles de droit, ce qui permet aussi bien de les ignorer que de s'en écarter en tant que leur sentiment d'équité l'exige » (Arrêt n° 64 précit.).

§III - Sentence arbitrale

63. Les sentences arbitrales rendues par un tribunal arbitral statuant selon le Règlement d'arbitrage de la CCJA peuvent trancher la totalité du litige soumis ou, au contraire, ne vider qu'un élément partiel du litige. Dans ce dernier cas, la sentence est partielle ; elle est cependant une sentence finale par rapport à la contestation tranchée. Outre les sentences complètes et partielles, le tribunal peut rendre une sentence additionnelle (Voy. infra n° 76 et s.). Enfin, le tribunal arbitral peut rendre une sentence d'accord parties qui constate l'accord des parties sur le litige dévolu au tribunal (art. 20 RA). Il s'agit en réalité d'une transaction qui prend, cependant, la forme d'une sentence arbitrale permettant ainsi son exécution forcée. Après avoir précisé la nature des sentences, on s'attachera à définir les conditions de leur élaboration et leur contenu. Dès qu'elle est rendue, la sentence produit certains effets. Cependant, l'autorité de chose jugée qui s'attache à la sentence peut être contestée dans le cadre d'une procédure et l'exécution forcée requiert l'exequatur. Une fois rendue, la sentence peut faire l'objet de certaines voies de recours.

A - Nature internationale des sentences et efficacité des sentences

64. Il a été relevé le caractère international de l'arbitrage CCJA. Cette internationalité ne réside pas dans l'extranéité du litige tranché par la juridiction arbitrale ou l'extranéité de la convention d'arbitrage mais dans le caractère formellement international des sources de l'arbitrage CCJA. Il avait également été observé que cette internationalité, ainsi définie, ne devait pas être sans conséquences sur la nature des sentences rendues par une juridiction arbitrale statuant selon le Règlement d'arbitrage de la CCJA (Voy. supra n° 10 et s.).

65. La sentence rendue par une juridiction arbitrale statuant selon le Règlement d'arbitrage de la CCJA est rendue par un tribunal arbitral œuvrant dans le cadre d'une institution internationale créée par le Traité de l'OHADA. De plus, la sentence que le tribunal rend doit l'être selon des dispositions dont le caractère international est établi. Enfin, les effets de la sentence, dans les États parties au Traité OHADA, sont définis et régis par des dispositions internationales fixées dans le Traité ou le Règlement d'arbitrage. En d'autres termes, l'institution administrant l'arbitrage, les conditions et les effets de la sentence relèvent du droit international conventionnel ou dérivé. Ceci confère à la sentence un caractère international issu de la nature internationale de l'arbitrage CCJA. Le fait que l'internationalité de la sentence trouve son origine dans la nature internationale de la CCJA et le régime

juridique international de la sentence implique que le caractère international ou interne du litige tranché par la décision des arbitres est sans aucune incidence sur l'internationalité ou non de la sentence. En d'autres termes, une sentence rendue par un tribunal arbitral statuant selon le Règlement d'arbitrage de la CCJA est internationale même si le litige tranché en l'espèce est dépourvu de tout élément d'extranéité.

66. La nature internationale des sentences rendues dans le cadre d'un arbitrage CCJA emporte des conséquences sur l'efficacité des sentences. Pour les États liés par le Traité OHADA et le droit produit par l'institution, l'efficacité des sentences trouve son origine et est déterminée dans le droit originel ou produit par l'Organisation. Cela implique que l'autorité de chose jugée attribuée à la sentence, l'éventuelle contestation de celle-ci, la force exécutoire et les conditions de celle-ci sont nécessairement régies par ledit droit. Dès lors, une sentence CCJA, rendue dans un État partie à l'OHADA, n'est pas une sentence nationale mais une sentence internationale dont l'efficacité est régie par le Traité OHADA et le Règlement d'arbitrage de la CCJA. Il en est bien évidemment de même lorsque l'efficacité de cette sentence est contestée. Pour les États tiers, on pourrait, *a priori*, penser que la qualification internationale attribuée à la sentence est sans conséquence juridique. Il est certain que les États tiers ne sont pas liés par le droit international conventionnel et dérivé liant les États de l'OHADA. Cela implique que l'efficacité des sentences CCJA dans lesdits États n'est pas fixée par le droit OHADA mais par leur droit national ou, le cas échéant, par les conventions internationales pertinentes. Ainsi, à propos de l'exequatur d'une sentence CCJA en France, il a été jugé par la Cour d'appel de Paris qu'une telle sentence « est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées » (*Paris, 1^{re} Ch. C, 31 janvier 2008, Revue trimestrielle de droit et de jurisprudence des affaires, 2009, p. 101, note D. Motte-Suraniti*). Ceci ne fait que traduire le fait qu'une sentence CCJA est exequaturée en France selon les dispositions du droit français ou, le cas échéant, les dispositions conventionnelles applicables. Cette affirmation de la juridiction française vaut pour toutes les sentences arbitrales dont l'exequatur est requis en France. Dès lors, malgré la reconnaissance du caractère international de la sentence CCJA, la Cour de Paris ne semble pas tirer de la qualification « internationale » attribuée à la sentence de conséquences particulières sur ce régime juridique. En effet, la Cour, pour justifier l'application du droit interne français, retient l'application de la Convention judiciaire franco-ivoirienne qui, pour la reconnaissance et l'exécution des sentences rendues dans l'un des deux États, renvoie à la Convention de New York du 11 juin 1958, cette dernière convention

permettant l'application d'un droit interne – français en l'espèce – plus favorable. En d'autres termes, la juridiction d'exequatur en retenant la Convention franco-ivoirienne traite cette sentence comme une sentence ivoirienne rendue en Côte d'Ivoire. Il a été estimé que la référence faite à l'accord judiciaire bilatéral entre la France et la Côte d'Ivoire était inappropriée puisque la sentence CCJA n'est pas une sentence ivoirienne, même si elle est rendue en Côte d'Ivoire de sorte que la référence directe devait être la Convention de New York applicable aux sentences non nationales et, par la suite, le renvoi au droit le plus favorable (*D. Motte-Suraniti, note sous Paris, 1^{re} Ch. C, 31 janvier 2008, préc., spéc. p. 109-110*). Sans doute, dans le cas d'espèce, la solution retenue par la Cour d'appel de Paris ne présentait pas de conséquences concrètes puisque l'Accord franco-ivoirien renvoie à la Convention de New York. Par contre, une telle démarche aurait des incidences pratiques s'agissant des accords judiciaires ne renvoyant pas à la Convention du 11 juin 1958 pour l'exécution et la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères. Il est exact que la Convention de New York s'applique « à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées » ainsi qu'aux « sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées » (art. 1^{er} Convention de New York du 10 juin 1958). On sait que cette dernière disposition a été introduite dans la convention pour permettre d'inclure les sentences rendues dans le pays où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées mais qui ne sont pas considérées comme nationales dans ce pays. La situation dans l'affaire relatée est différente puisqu'il s'agit d'une sentence rendue non pas dans le pays où son exequatur est requis, en l'espèce la France, mais dans un autre pays, en l'espèce la Côte d'Ivoire. Il faudrait donc étendre la disposition conventionnelle relative aux « sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées » au-delà de la portée qui lui est attribuée. Une telle extension présenterait le mérite de permettre l'application de l'article 7 § 1^{er} de la Convention de New York qui permet l'application du droit le plus favorable à la reconnaissance et à l'exequatur dans l'hypothèse où le droit conventionnel bilatéral se montrerait plus sévère que le droit national de l'État d'accueil de la sentence.

B - Élaboration et contenu des sentences CCJA

67. Les sentences CCJA sont rendues au terme d'une délibération; elles doivent être transmises à la CCJA pour un examen préalable.

I - Délibéré arbitral

68. La sentence CCJA est rendue au terme d'un processus de délibération qui débute lorsque le tribunal arbitral prononce la clôture des débats et met l'affaire en délibération. Aucune forme particulière n'est exigée pour le délibéré. La seule exigence est qu'il soit couvert par la confidentialité tout comme l'ensemble du procès arbitral. À l'issue du délibéré, le tribunal arbitral doit prendre une décision. Lorsque le tribunal arbitral est constitué d'un arbitre unique, aucun problème particulier ne se pose. Lorsqu'il s'agit d'un tribunal composé de trois arbitres, la sentence est également rendue à la majorité. Toutefois, «à défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statuera seul» (art. 22.3 RA). Le délibéré ne doit, en principe, pas excéder 90 jours puisque l'article 15. 4 du Règlement dispose que «L'arbitre rédige et signe la sentence dans les 90 jours au plus qui suivent la clôture des débats». La même disposition ajoute cependant que «Ce délai peut être prorogé par la Cour à la demande de l'arbitre si celui-ci n'est pas en mesure de le respecter». Il a été jugé par la CCJA que cette prorogation du délai d'arbitrage, lors de la délibération, dans la mesure où les arbitres ont dû rabattre le délibéré pour solliciter des informations complémentaires, constitue une application exacte de l'article 15.4. du Règlement d'arbitrage. Tout comme dans l'Acte uniforme sur l'arbitrage, le respect du délai d'arbitrage constitue une condition de validité de la sentence. En effet, les articles 29 et 30 du Règlement d'arbitrage, tout comme l'article 26 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme, font de l'expiration du délai d'arbitrage une cause d'annulation de la sentence.

II - Examen des projets de sentences

69. Les sentences rédigées à l'issue du délibéré sont, en réalité, des projets de sentences. En effet, aux termes de l'article 23.1 du Règlement d'arbitrage, les projets de sentences partielles, y compris celles portant sur la compétence du tribunal arbitral et les projets de sentences définitives «sont soumis à l'examen de la Cour avant signature». Il en est de même, en vertu de l'article 26, alinéa 4 du Règlement, des sentences additionnelles, en rectification ou interprétation. Ceci implique que pratiquement toutes les sentences sont soumises à un examen préalable par la CCJA. Dans cet examen des projets de sentences, la CCJA «ne peut proposer que des modifications de pure forme» (art. 23.2 RA). On peut s'interroger sur la signification exacte de cette disposition. La première interrogation porte sur la délimitation de ce qu'il faut entendre par «modifications de pure forme». La terminologie employée limite l'examen de la Cour à la forme de la sentence et non à la forme de la procédure arbitrale suivie par les arbitres. Il est donc certain que la Cour ne peut pas contrôler l'ensemble de la procédure arbitrale suivie par les arbitres. Même circonscrite à la forme de la sentence, la portée du

contrôle est ambiguë. On sait que la distinction entre le fond et la forme est incertaine. C'est spécialement à propos de la motivation de la sentence que l'ambiguïté est la plus dangereuse. L'obligation de motivation est-elle une exigence de fond ou de forme? Si on opte pour la qualification de forme, la Cour pourrait relever des défaillances dans les motifs étayant la sentence soumise à son examen et proposer des modifications afin d'y remédier. Il y a là, incontestablement, le risque d'une dérive de passer d'un examen formel vers une sorte de révision de la sentence. Les commentaires parus sur cette disposition du Règlement d'arbitrage de la CCJA, peu après son adoption, font craindre que de tels risques ne deviennent une réalité. Ainsi, il a été écrit, à propos de l'examen préalable des projets de sentence par la Cour, que «s'il existe une opinion minoritaire dissidente, elle donnera à la Cour des éléments d'appréciation qui peuvent être très précieux» (*BOURDIN (R.), Le règlement d'arbitrage de la CCJA, Rev. camerounaise de l'arbitrage, n° 5, 1999, p. 13*). Une telle affirmation laisse supposer un pouvoir d'appréciation qui confine à une possibilité de réexamen de la sentence. La deuxième interrogation porte sur la portée des pouvoirs exacts de la CCJA lorsqu'elle examine un projet de sentence. Le Règlement prévoit que la Cour propose des modifications de pure forme. On sait que l'article 27 du Règlement d'arbitrage de la CCI prévoit, en cas d'examen préalable des sentences par la Cour d'arbitrage de la CCI, que celle-ci «peut prescrire [souligné par nous] des modifications de forme». L'utilisation du terme «proposer» - et non du terme «prescrire» - indique implicitement mais certainement que les modifications proposées par la CCJA ne s'imposent pas au tribunal arbitral. Cette interprétation est renforcée par le fait que la CCJA a affirmé que l'absence d'examen préalable des projets de sentences ne constituait pas une cause d'annulation des sentences (Voy. infra n° 70 et 92). Cependant, dans la pratique, il n'est pas impossible que le «poids» de la Cour crée pour les arbitres - spécialement ceux qui figurent sur la liste d'arbitres de la Cour - une sorte de contrainte telle que la proposition de modifications équivaudra à l'imposition de modifications. Ceci est renforcé dans l'arbitrage CCJA par le fait que c'est la Cour qui procède à l'examen de la contestation de la validité (art. 29 RA) et à l'exequatur (art. 30 RA) de la sentence arbitrale. Certains auteurs observent, sur ce point, que «les dispositions des règlements d'arbitrage des centres privés d'arbitrage offrent plus de garanties d'indépendance des arbitres; ceux-ci savent en effet que leur sentence ne sera pas soumise à un contrôle de régularité devant le centre qui fait la proposition de modification» (*POUGOUÉ (P.G.), TCHAKOUA (J.M.), FÉNÉON (A.), Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, op. cit., p. 257*).

70. Du point de vue formel, la sentence ne doit pas nécessairement relever qu'elle a fait l'objet d'un examen préalable par la CCJA. De façon plus substantielle, l'absence d'examen préalable par la CCJA ne constitue

pas une cause d'annulation de la sentence. Dans une affaire où l'un des moyens du recours en contestation de validité invoquait le fait qu'«elle [la sentence] ne [portait] nulle part la mention de l'accomplissement de la formalité prescrite par les dispositions desdits articles [art. 24 du Traité OHADA et 23 RA] aux termes desquels les projets de sentence sur la compétence, de sentence partielle qui mettent un terme à certaines prétentions des parties et de sentences définitives sont soumis à l'examen préalable de la Cour avant signature par l'arbitre», la CCJA répond «que les dispositions des articles 23 du Règlement d'arbitrage et 24 du Traité visés au moyen ne prescrivent nulle part l'obligation pour le tribunal arbitral de faire mention, dans la sentence, à peine de nullité de celle-ci, de l'accomplissement de la formalité dont il s'agit; qu'en outre, le non-accomplissement de ladite formalité de soumission à l'examen préalable de la Cour de céans des projets de sentence ne figure pas au nombre des cas d'ouverture de contestation de validité des sentences tels que prévus aux articles 25 et 30 du Traité et du Règlement d'arbitrage susvisés» (*arrêt n° 45 du 17 juillet 2008*).

III - Contenu des sentences

71. Le contenu des sentences CCJA n'est pas spécialement défini, ni par le Traité, ni par le Règlement d'arbitrage. Les seules exigences imposées par le Règlement portent sur l'exigence d'une décision sur le fond, la liquidation et la répartition des frais de l'arbitrage ainsi que la (es) signature(s) (art. 22 et 24 RA).

72. La décision sur le fond implique que la sentence contienne un dispositif, c'est-à-dire une décision au sens strict du terme. Toutefois, la sentence CCJA doit, également en principe, être motivée. En effet, l'article 22.1 du Règlement d'arbitrage dispose que «Sauf accord contraire des parties, et sous réserve qu'un tel accord soit admissible au regard de la loi applicable, toutes les sentences doivent être motivées». À la différence du droit OHADA de l'arbitrage qui fait de l'absence de motivation dans la sentence une cause d'annulation des sentences arbitrales (art. 26 A.U.A), l'arbitrage CCJA permet, sous certaines conditions, que des sentences ne soient pas motivées et, en outre, ne fait pas du défaut de motivation une cause d'annulation des sentences arbitrales. En effet, les moyens du recours en contestation de validité ne font pas de l'absence de motivation une cause d'annulation des sentences CCJA. Ceci implique que le défaut de motivation dans une sentence CCJA, dont les parties n'auraient pas demandé qu'elle ne soit pas motivée ou dont la loi applicable à l'arbitrage n'autoriserait pas l'absence de motivation, ne pourrait pas être sanctionné en tout cas sur la base de l'absence de motivation de la sentence. Un autre moyen d'annulation d'une telle sentence devrait être sollicité pour obtenir l'annulation d'une telle sentence non motivée. A priori, il ne pourrait

pas s'agir de la violation de l'ordre public international. En effet, le fait que le Règlement d'arbitrage de la CCJA autorise les sentences non motivées incline à penser que l'exigence de motivation des sentences ne fait pas partie de l'ordre public international des États de l'OHADA. Seul, peut-être, le moyen tiré de la violation par l'arbitre des termes de sa mission pourrait, le cas échéant, être sollicité.

73. La sentence est, en principe, signée par tous les arbitres si le tribunal arbitral est composé de trois arbitres et par l'unique arbitre dans les autres cas. Toutefois, en cas d'arbitrage par trois arbitres, seule la signature du président du tribunal est apposée lorsqu'aucune majorité n'a pu être trouvée. Dans l'hypothèse où la sentence a été rendue à la majorité, l'arbitre minoritaire peut refuser de signer et le refus de signature n'affecte pas la validité de la sentence (art. 22.2. RA). Le motif de refus de signature peut mais ne doit pas nécessairement figurer dans la sentence. L'article 22.4 du Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit que «tout membre du tribunal arbitral peut remettre au président de celui-ci son opinion particulière pour être jointe à la sentence». On peut supposer que l'«opinion particulière» recouvrira, le plus souvent, une opinion dissidente d'un arbitre minoritaire. Dans son opinion dissidente, l'arbitre doit prendre soin de ne pas violer le secret des délibérations. Il doit ainsi éviter d'exposer les vues exprimées par les autres arbitres. En prévoyant que l'opinion particulière d'un membre du tribunal arbitral est «jointe à la sentence», certains en ont déduit que, pour le règlement d'arbitrage de la CCJA, l'opinion minoritaire fait partie de la sentence (*LEBOULANGER (Ph.), L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, Rev. Arb. 1999, p. 584-585*).

C - Effets des sentences non conditionnées par l'exequatur

74. Les deux effets attribués à la sentence et qui ne sont pas conditionnés par l'exequatur de celle-ci sont la force décisive et l'autorité de chose jugée.

I - Force décisive

75. La force décisive signifie que la sentence dessaisit l'arbitre du litige tranché. Le dessaisissement de l'arbitre est une conséquence logique de la notion même de sentence puisque celle-ci tranche, totalement ou partiellement, un litige. Par conséquent, une sentence partielle dessaisit le tribunal arbitral dans les limites du litige tranché.

76. Le dessaisissement du tribunal arbitral connaît un certain nombre de limites exposées à l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CCJA. Ces limites tiennent à

l'interprétation de la sentence, à la rectification d'erreurs matérielles affectant la sentence et à la possibilité de rendre des sentences additionnelles afin de compléter une sentence incomplète. La rectification d'erreurs matérielles peut, par exemple, porter sur des erreurs de saisie dans le texte de la sentence ou de calcul dans l'allocation de dommages-intérêts. En aucun cas, les arbitres ne peuvent modifier la sentence sous couvert de rectification d'une erreur matérielle. La sentence additionnelle suppose que l'arbitre a omis de statuer sur un chef de demande. L'arbitre ne dispose, par contre, pas du pouvoir de rectifier sa sentence s'il a statué *ultra* ou *extra petita*. Dans ces hypothèses, la sentence est sujette à un recours en contestation de validité. La sentence additionnelle suppose qu'il n'y ait pas de contestation sur l'omission. De même, il ne faut pas que le chef de demande soit indissociable des points déjà tranchés. L'interprétation de passage(s) obscur(s) de la sentence peut donner lieu à une sentence interprétative.

77. Dans tous les cas, l'arbitre ne peut rendre une sentence interprétative, rectificative ou additionnelle que s'il a été saisi, à cet effet, par l'une des parties. La partie demanderesse doit introduire sa demande au Secrétaire général de la CCJA dans les 45 jours de la notification de la sentence. Cette demande est adressée à la partie adverse et à l'arbitre. La partie adverse dispose d'un délai de 30 jours pour présenter ses observations. Le tribunal arbitral dispose d'un délai de 60 jours à compter de sa saisine pour statuer. Les sentences rendues aux fins d'interprétation, de rectification ou d'addition doivent donner lieu à un débat contradictoire préalable faute de quoi elles encourent une annulation.

78. L'exercice du pouvoir d'interprétation, de rectification ou de complément peut soulever des difficultés procédurales dans deux situations. La première situation envisage l'hypothèse d'une demande en interprétation, rectification ou complément, alors qu'un recours en contestation de validité est introduit contre la sentence. On peut se poser la question de savoir si, dans ce cas, le pouvoir de l'arbitre d'interpréter, de corriger ou de compléter sa sentence disparaît ou, au contraire, est maintenu. Le Règlement d'arbitrage de la CCJA n'apporte aucune réponse. En France, il a été suggéré, dans une telle situation, de distinguer selon que le recours formé contre la sentence a ou n'a pas un effet dévolutif. Si le recours a un effet dévolutif, le pouvoir de l'arbitre disparaît. Ce pouvoir est, par contre, maintenu si le recours exercé contre la sentence ne présente pas d'effet dévolutif. Dans ce cas, la juridiction, saisie du recours, doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal arbitral ait interprété, rectifié ou complété sa sentence. Si l'on retient ce principe de solution, un recours en contestation de validité ne devrait pas empêcher le tribunal arbitral de rendre une sentence interprétative, rectificative d'une erreur matérielle ou additionnelle à condition que les

parties n'aient pas demandé l'évocation dans le cadre de ce recours. Si les parties n'ont pas demandé une telle évocation, la CCJA devrait donc surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal arbitral ait rendu sa sentence interprétative, rectificative ou additionnelle. Par contre, si une telle évocation a été requise, le tribunal arbitral perdrait le droit d'interpréter, de rectifier ou de compléter sa sentence. La deuxième difficulté procédurale résulte de l'impossibilité de réunir le tribunal arbitral ayant statué. L'article 26, alinéa 3, du Règlement d'arbitrage de la CCJA règle cette difficulté en organisant la désignation d'un nouvel arbitre par la Cour, après observation des parties.

II - Autorité de la chose jugée

79. L'article 27 du Règlement du 11 mars 1999 dispose que «les sentences arbitrales rendues conformément aux dispositions du présent règlement, ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État partie, au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État». L'autorité de chose jugée varie selon que cet effet se produit dans un État de l'OHADA ou un État tiers. On sait que l'autorité de la chose jugée a un effet positif et négatif. Positivement, l'autorité de la chose jugée constitue la sentence en titre permettant la mise en œuvre de mesures conservatoires. Négativement, l'autorité de la chose jugée permet de soulever l'exception de chose jugée dans le cas où l'affaire tranchée par la sentence serait à nouveau soumise à une juridiction.

80. Dans les États de l'OHADA, la reconnaissance doit être établie selon les dispositions du Traité et du Règlement d'arbitrage. Cependant, ni le Règlement ni le Traité ne fixent les conditions de la reconnaissance. L'article 29 du Règlement d'arbitrage introduit plutôt une procédure présentée comme une contestation de la reconnaissance qui est, en réalité, une demande d'annulation de la sentence. C'est aux termes de cette disposition que l'on perçoit les conditions de la reconnaissance ou plus exactement de la nullité de la sentence qui sont bien évidemment les mêmes conditions de fond que celles portant sur l'exequatur. Ceci implique qu'il n'y a pas dans le Règlement d'arbitrage de dispositions portant précisément sur la reconnaissance. Potentiellement, le système ainsi institué est dangereux. Si on suppose une sentence contre laquelle aucun recours en contestation de validité n'a été introduit dans le délai prévu par le Règlement, on peut penser que cette autorité de chose jugée attachée à la sentence est définitive. Si on suppose ensuite que cette sentence est présentée à l'exequatur et que celle-ci est refusée, cela implique que l'exécution forcée de cette sentence ne sera pas possible au moins dans les États de l'OHADA. On se trouve devant une sentence couverte par l'autorité de chose jugée dont l'exécution forcée est impossible.

Cette situation est évidemment inadmissible puisque le créancier ne pourra pas porter à nouveau le litige tranché dans la sentence devant une juridiction puisque la sentence est revêtue de l'autorité de la chose jugée et il ne pourra pas davantage faire exécuter la sentence. C'est particulièrement inadmissible si l'exequatur a été refusé pour un motif étranger au litige, par exemple pour non-respect du principe du contradictoire. Il pourrait être remédié à cette situation inadmissible de deux manières. La première serait de considérer qu'il faudrait admettre implicitement que les dispositions sur le recours en contestation de validité n'empêchent pas que l'autorité devant laquelle l'autorité de chose jugée de la sentence est invoquée puisse contrôler les conditions de fond de la reconnaissance de la sentence si du moins la sentence n'a pas fait l'objet dudit recours. En d'autres termes, en l'absence de décision statuant sur la validité de la sentence suite à un recours en contestation de validité, l'organisation par le Règlement dudit recours n'exclurait pas que l'autorité de chose jugée de la sentence soit contrôlée par n'importe quelle autorité devant laquelle la reconnaissance de l'autorité de chose jugée est invoquée. Une autre solution serait de considérer que la décision qui refuse l'exequatur d'une sentence emporte implicitement non-reconnaissance de la sentence. De cette manière, une sentence dont l'exequatur est refusé ne pourra pas être reconnue de sorte qu'elle est privée de l'autorité de chose jugée. Dans les États tiers à l'OHADA, l'autorité de chose jugée d'une sentence CCJA sera reconnue selon les dispositions substantielles et procédurales nationales avec cependant, le cas échéant, application des dispositions internationales conventionnelles pertinentes. On sait que toutes les conventions internationales en ce domaine fixent des conditions de fond identiques pour la reconnaissance de l'autorité de chose jugée et l'exequatur d'une sentence arbitrale. Tel est notamment le cas de la Convention de New York du 10 juin 1958.

D - Exécution forcée des sentences

81. Bien que l'article 25 du Traité et 29 du Règlement d'arbitrage affirment de façon quasiment identique qu'«Elles [les sentences] peuvent faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire de l'un quelconque des États parties», cette exécution requiert une procédure d'exequatur. Les sentences dont il s'agit sont celles rendues selon le Règlement d'arbitrage de la CCJA. Le type de procédure d'exequatur dépend de l'État dans lequel l'exécution forcée est recherchée. Il peut s'agir d'un État de l'OHADA ou d'un État tiers à l'OHADA.

I - Exécution forcée dans un État de l'OHADA

82. Si l'exécution forcée est recherchée dans un État de l'OHADA, tant les conditions de fond, que la procé-

duire et les effets de l'exequatur relèvent d'un régime juridique unique instauré pour l'essentiel par l'article 30 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

83. Les conditions de fond de l'exequatur sont déterminées par l'article 30.6 du Règlement d'arbitrage de la CCJA. Ces conditions sont au nombre de quatre : il faut que l'arbitre n'ait pas statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée; qu'il n'ait pas statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée; il faut que la procédure contradictoire ait été respectée et il est nécessaire que la sentence ne soit pas contraire à l'ordre public international. Ces conditions sont identiques à celles qui sont exigées pour qu'une sentence soit valide dans le cadre d'un recours en contestation de validité (Voy. infra n° et 88 s.). Elles sont également identiques à celles qui justifient l'accueil d'une opposition à l'exequatur si l'exequatur accordé à une sentence fait l'objet d'une contestation. Ces conditions sont partiellement identiques à celles prévues par l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage dans le cadre du recours en annulation organisé contre la sentence arbitrale (art. 26 AU.A). En effet, par rapport aux six conditions du recours en annulation fixées par l'Acte uniforme sur l'arbitrage (Voy. Arbitrage OHADA), le Règlement d'arbitrage de la CCJA ne reprend ni la composition irrégulière du tribunal arbitral, ni la non-motivation de la sentence arbitrale. La première exclusion s'explique sans doute par le fait que le Règlement a supposé que l'intervention de la CCJA, dans la constitution du tribunal arbitral (Voy. supra, n° 31 et s.) empêcherait toute contestation portant sur ce point. On peut se montrer très réservé sur cette supposition. Celle-ci présume, sans justification, que la CCJA ne peut pas commettre d'erreurs dans la constitution du tribunal arbitral. L'exclusion de l'absence de motivation de la sentence arbitrale, comme motif de refus d'exequatur, s'explique par l'article 22.1 du Règlement d'arbitrage qui permet une sentence non motivée si telle est la volonté des parties et à condition que cette volonté soit admissible au regard de la loi applicable à la procédure arbitrale (Voy. supra n° 72).

84. La procédure d'exequatur confère à la CCJA, en tant que juridiction, une compétence exclusive. Ceci implique que toute juridiction d'un État de l'OHADA qui serait saisie d'une demande d'exequatur d'une sentence rendue sur la base du Règlement d'arbitrage de la CCJA devra se déclarer incompétente. La procédure d'exequatur est introduite par une requête et donne lieu à une procédure non contradictoire. L'introduction d'un recours en contestation de validité, alors qu'une requête d'exequatur a déjà été introduite, a pour effet une jonction des deux procédures. L'exequatur est accordé ou refusé par une ordonnance rendue par le président de la Cour ou le juge délégué à cet effet. L'ordonnance, qui accorde l'exequatur, est notifiée par le requérant à la partie adverse. Celle-ci dispose d'un délai de quinze

jours pour introduire une opposition à l'exequatur. Cette procédure a un caractère contradictoire. La Cour examinera si les conditions de fond de l'exequatur ont été respectées. Si l'exequatur est refusé, le requérant peut saisir la Cour et non plus le président. Cette procédure est notifiée à la partie adverse.

85. L'exequatur de la CCJA a pour effet de conférer force exécutoire à la sentence dans l'ensemble des États de l'OHADA. Il n'est donc plus besoin de requérir l'exequatur dans différents États de l'OHADA. Le Secrétaire général de la Cour délivre à la partie qui en fait la demande une copie certifiée conforme de la sentence sur laquelle figure une attestation d'exequatur. L'autorité étatique nationale chargée de l'exequatur, au vu de ce document, appose la formule exécutoire sur la sentence (art. 31 RA). La formule exécutoire est, bien entendu, celle de l'État requis. De même, les modalités d'exécution forcée seront celles en vigueur dans l'État requis. L'exequatur est donc communautaire mais les formules exécutoires ainsi que les voies d'exécution forcée sont nationales, encore que pour celles-ci, elles ont, pour l'essentiel, été harmonisées par un acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution. Si la sentence doit donner lieu à une exécution forcée dans plusieurs États de l'OHADA, il faut requérir autant de formules exécutoires que d'États où la sentence doit être exécutée par le recours à la contrainte publique.

II - Exécution forcée dans un État tiers à l'OHADA

86. Si l'exécution forcée est recherchée dans un État tiers à l'OHADA, les conditions de fond et la procédure à suivre pour obtenir ladite exécution seront celles de l'État où l'exécution est recherchée. En effet, l'article 30 du Règlement d'arbitrage de la CCJA ne lie que les États de l'OHADA et ne peut évidemment pas s'appliquer à l'exequatur d'une sentence CCJA dans un État tiers à l'OHADA. L'exequatur d'une sentence arbitrale rendue sur la base du Règlement d'arbitrage de la CCJA dans un État tiers à l'OHADA relèvera ainsi de la législation nationale de l'État où l'exécution forcée est requise ou, le cas échéant, des conventions internationales pertinentes, en particulier la Convention de New York du 10 juin 1958. Il est possible que le caractère international des sentences rendues dans le cadre de l'arbitrage CCJA entraîne un régime de l'exequatur distinct de celui prévu pour des sentences qui auraient un caractère national. Il en sera ainsi si l'État d'accueil de la sentence prévoit et organise différemment l'exequatur des sentences nationales rendues dans un État tiers par rapport aux sentences qui auraient un caractère international. Il a également été soutenu que pour les États parties à la Convention de New York du 10 juin 1958, le caractère international des sentences CCJA permettrait une application directe de ladite convention sur la base de

ce que la dite convention s'applique aux « sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées » (art. 1^{er} Convention de New York du 10 juin 1958). (Voy. supra, n° 66).

E - Recours contre les sentences

87. Les voies de recours contre les sentences sont : le recours en contestation de validité (art. 29 RA), la révision (art. 32 RA) et la tierce opposition (art. 33 RA).

I - Recours en contestation de validité

88. Le recours en contestation de validité doit être appréhendé du point de vue de sa nature, des moyens susceptibles d'être utilisés pour fonder ce recours, de la procédure à suivre et des effets qu'il produit.

a - Nature du recours

89. Bien que situé dans le Règlement d'arbitrage dans un chapitre portant sur la reconnaissance et l'exécution forcée des sentences arbitrales, le recours en contestation de validité est, en réalité, un recours en annulation. Ceci résulte clairement de l'article 29.5 qui dispose que la Cour « annule la sentence » si elle refuse la reconnaissance et l'autorité de la chose jugée à la sentence. Par conséquent, le recours en contestation de validité de la sentence ne concerne pas la seule reconnaissance de l'autorité de la chose jugée de la sentence mais la sentence elle-même. L'intitulé du recours dit de « contestation de validité » témoigne d'ailleurs clairement que c'est la validité de la sentence elle-même qui est en cause. Contester la validité d'un acte - dans le cas d'espèce, une sentence - n'est rien d'autre qu'en demander la nullité. Ce recours a donc une portée analogue au recours en annulation institué par les articles 25 et suivants de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

90. Le fait que le recours en contestation de validité a la même portée que le recours en annulation dans l'Acte uniforme sur l'arbitrage mais que sous plusieurs aspects, notamment certains moyens du recours et la procédure à suivre, implique nécessairement qu'il est exclusif du recours en annulation. Cette affirmation doit être reliée à l'observation faite au début de cette présentation de l'arbitrage CCJA et portant sur les sources de cet arbitrage. On a, en effet, relevé que l'Acte uniforme sur l'arbitrage ne constituait pas une source du droit de l'arbitrage CCJA au moins chaque fois que le Règlement d'arbitrage de la CCJA déroge aux dispositions de l'acte uniforme (Voy. supra, n° 9). La position de la CCJA semble d'ailleurs plus catégorique puisqu'elle a expressément affirmé que

«l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne figure pas au nombre des actes juridiques précités qui sont applicables en l'espèce à l'arbitrage institutionnel spécifique de la CCJA» (*arrêt n° 45 du 17 juillet 2008*) sans limiter cette exclusion aux seules dispositions des textes régissant l'arbitrage CCJA qui dérogent à l'Acte uniforme sur l'arbitrage. De toute façon, en l'espèce, quelle que soit la position adoptée, le résultat est identique, à savoir que le recours en contestation de validité se substitue au recours en annulation organisé dans l'Acte uniforme sur l'arbitrage. D'autres raisons justifient par ailleurs que le recours en contestation de validité exclut qu'une sentence CCJA puisse faire l'objet d'un recours en annulation devant une juridiction d'un État de l'OHADA. Il ne serait pas conforme à une bonne administration de la justice que deux recours ayant la même portée puissent être introduits devant des juridictions différentes. La CCJA a été instituée comme organe exclusif de contrôle des sentences arbitrales rendues selon le Règlement d'arbitrage de la CCJA. Bien entendu, cette exclusivité de la compétence de la CCJA pour annuler les sentences CCJA ne concerne que les États de l'OHADA dont les juridictions devraient se déclarer incompétentes si elles étaient saisies d'une requête en annulation contre une sentence CCJA. Les dispositions du Traité OHADA et celles du Règlement d'arbitrage concernant le pouvoir juridictionnel de la Cour commune en matière d'annulation des sentences ne peuvent obliger les États tiers. Les juridictions de ces États pourront donc connaître d'un recours en annulation d'une sentence rendue sur la base du Règlement d'arbitrage de la CCJA dans les conditions prévues par leur législation sur l'arbitrage.

b - Moyens du recours

91. On a déjà observé que les moyens du recours en contestation de validité sont partiellement identiques à ceux du recours en annulation dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Plus précisément, il a été relevé que les moyens sont au nombre de quatre : il faut que l'arbitre n'ait pas statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée; qu'il n'ait pas statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée; il faut que la procédure contradictoire ait été respectée; il est nécessaire que la sentence ne soit pas contraire à l'ordre public international et que, par rapport aux six conditions du recours en annulation fixées par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, ils ne comprennent ni la composition irrégulière du tribunal arbitral, ni la non-motivation de la sentence arbitrale (Voy. supra, n° 83). Bien que l'on ait relevé que l'Acte uniforme sur l'arbitrage ne constitue pas, en tout ou en partie, une source du droit de l'arbitrage CCJA (Voy. supra, n° 8 et 90), il est logique d'admettre que l'interprétation que la CCJA donne des moyens du recours en contestation de validité est identique à celle qu'elle confère aux moyens du recours en annulation. On sait, en effet, que la CCJA

peut connaître de l'interprétation des moyens du recours en annulation puisqu'elle peut être saisie de pourvois contre les décisions ayant annulé ou refusé d'annuler une sentence (Voy. Arbitrage OHADA). La jurisprudence de la CCJA portant sur l'interprétation des moyens du recours en annulation est ainsi transposable au recours en contestation de validité dans la limite des moyens identiques à ces deux recours. La réciproque est également vraie dans la mesure où l'interprétation des moyens du recours en contestation de validité est transposable à l'interprétation des moyens du recours en annulation.

92. L'examen de la jurisprudence rendue dans le cadre des recours en contestation de validité portés devant la CCJA appelle trois observations. La première est que la Cour a, à plusieurs reprises, dû rappeler que les moyens qui peuvent être invoqués sont strictement limités à ceux fixés dans le Règlement d'arbitrage. Certains plaideurs ont, en effet, une fâcheuse tendance à invoquer des moyens qui non seulement ne rentrent manifestement pas dans le cadre des quatre moyens du recours mais constituent parfois une véritable demande de réexamen au fond de la sentence. Ainsi, dans une affaire transmise pour contestation de validité de la sentence à la CCJA, le demandeur invoquait un principe de droit «selon lequel l'armateur ne peut obtenir d'un tiers la réparation d'un dommage subi et causé par son navire» pour conclure que ce principe «s'opposait à ce que le tribunal arbitral fasse droit à la demande de réparation de celui-ci». On ne pouvait pas être plus explicite dans la demande de réexamen au fond du litige. La CCJA résiste fort heureusement à de telles prétentions et, dans le cas d'espèce, a répondu sobrement que ce «reproche n'entre pas dans le domaine d'application de l'article 30.6 du même règlement [Règlement d'arbitrage de la CCJA] lequel énumère limitativement les griefs qui peuvent être opposés à la sentence» (*CCJA, arrêt n° 029 du 19 juillet 2007*). Dans une autre affaire, le demandeur prétendait que le fait que la sentence ne contenait pas la mention de l'accomplissement de la formalité d'examen du projet de sentence par la CCJA, conformément à l'article 23 du Règlement d'arbitrage (Voy. supra, n° 69) constituait un motif d'annulation de la sentence. La CCJA répond : «le non-accomplissement de ladite formalité de soumission à l'examen préalable de la Cour de céans des projets de sentence ne figure pas au nombre des cas d'ouverture de contestation de validité des sentences tels que prévus aux articles 25 et 30 du Traité et du Règlement d'arbitrage» (*CCJA, arrêt n° 45 du 17 juillet 2008*). Dans une autre affaire encore, face à un demandeur qui invoquait la violation par la sentence d'une disposition de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, la Cour a dû répondre que «l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne figure pas au nombre des actes juridiques précités qui sont applicables en l'espèce à l'arbitrage institutionnel spécifique de la CCJA» (*CCJA, arrêt n° 45 du 17 juillet 2008*). La deuxième observation porte sur le fait que la CCJA a dû restreindre

la portée de certains moyens auxquels certains demandeurs confèrent une portée qu'ils n'ont manifestement pas. Les moyens les plus fréquemment concernés sont le non-respect de sa mission par le tribunal arbitral et la violation de l'ordre public international. Ainsi, dans une affaire où le demandeur invoquait la modification du calendrier prévisionnel du processus arbitral comme élément constitutif du non-respect de sa mission par le tribunal arbitral, la CCJA a, à juste titre, affirmé que «le fait de modifier un tel calendrier [calendrier prévisionnel], qui n'avait qu'un caractère prévisionnel ou indicatif, ne saurait être valablement considéré comme une violation par le tribunal arbitral des termes de sa mission» (*CCJA, arrêt n° 045 du 17 juillet 2008*). Dans un autre litige, c'est l'application par l'arbitre des usages du commerce dans une affaire commerciale alors qu'ils devaient statuer exclusivement en droit qui a été invoqué à l'appui de ce moyen d'annulation. La CCJA rejette cette interprétation en affirmant qu'en vertu de l'article 17 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, l'arbitre doit, dans tous les cas, tenir compte des usages de commerce et par conséquent, qu'en «se référant aux usages du commerce [...], le tribunal arbitral a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation [...]» (*CCJA, arrêt n° 029 du 19 juillet 2007*). Le moyen fondé sur la violation de l'ordre public international a, lui aussi, dû être précisé et limité face à certaines demandes où il est invoqué tout à fait hors du champ très limité qui devrait lui être assigné. D'une manière générale, dans un contentieux arbitral portant, pour l'essentiel, sur des contrats commerciaux privés, ce moyen ne devrait être que très rarement invoqué. Tel n'est pourtant pas le cas et ce moyen est fréquemment utilisé par les demandeurs. Ainsi, dans une affaire introduite pour contester la validité d'une sentence CCJA, le demandeur à l'annulation croyait pouvoir reprocher à la sentence «une violation de l'ordre public international pour mauvaise interprétation de la clause de règlement amiable, mauvaise application de l'article 274 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général, notamment la prescription en matière de vente commerciale, mauvaise interprétation de la notion de force majeure et violation du principe du contradictoire». À l'exception du principe du contradictoire, qui fait d'ailleurs l'objet d'un motif spécifique dans le Règlement d'arbitrage, on ne voit pas, à supposer que ces violations soient établies, en quoi elles constitueraient une violation de l'ordre public international. Dans le cas d'espèce, ce moyen a été refusé au motif que le contrat à l'origine du litige avait un caractère interne et que, par conséquent, «c'est à tort qu'est invoquée la violation de l'ordre public international comme moyen d'annulation de la sentence rendue dans un tel arbitrage» (*CCJA, arrêt n° 045 du 17 juillet 2008*). La Haute juridiction estime ainsi que la violation de l'ordre public international ne peut être invoquée que dans le cadre d'un arbitrage tranchant un litige international et non dans le cadre d'un arbitrage tranchant un litige interne. Elle considère qu'il est donc nécessaire de distinguer, parmi les dispositions

du Règlement d'arbitrage et plus généralement du droit OHADA de l'arbitrage, celles qui peuvent s'appliquer indifféremment à tout arbitrage et celles qui ne peuvent concerner que l'arbitrage statuant dans un litige international. Nous avons approuvé cette jurisprudence en estimant qu'il faudrait logiquement l'appliquer à toute disposition du droit CCJA et OHADA de l'arbitrage qui vise manifestement les litiges internationaux tranchés par l'arbitre et ne peuvent s'appliquer aux litiges internes (Voy. supra, n° 57 et s.). Il faut cependant ajouter que la sentence interne ne doit pas, pour autant, être immunisée contre la violation de l'ordre public. En effet, l'arrêt de la CCJA évoqué ci-dessus se limite à affirmer que le moyen tiré de la violation de l'ordre public international des États de l'OHADA ne peut guère prospérer dans un arbitrage interne alors qu'il faut immédiatement ajouter que, par contre, un tel arbitrage doit pouvoir connaître du moyen de la violation par la sentence de l'ordre public interne qui est d'ailleurs plus contraignant parce que plus étendu que l'ordre public international. La troisième observation porte sur le fait que le recours en contestation de validité n'a donné lieu qu'à l'annulation d'une seule sentence. Le moyen retenu à l'appui de cette annulation était celui du non-respect de sa mission par le tribunal arbitral. Alors qu'on a vu ci-dessus que ce moyen pouvait parfois être abusivement utilisé et que la CCJA résistait fort heureusement à de telles interprétations extensives, elle en a fait une juste application lorsqu'elle a décidé, en l'espèce, que la violation de la mission est flagrante dès lors que les arbitres ont statué en équité alors qu'ils avaient l'obligation de statuer en droit (*CCJA, arrêt n° 028 du 19 juillet 2007*).

93. La jurisprudence de la CCJA intervenue dans le cadre des contestations de validité des sentences, parce qu'elle refuse de se laisser entraîner dans un réexamen au fond des sentences et qu'elle refuse les interprétations extensives de certains moyens d'annulation, devrait inspirer les juridictions nationales chargées d'examiner les recours en annulation contre les sentences rendues dans le cadre du droit OHADA de l'arbitrage. Conformément à sa mission, la CCJA doit, en effet, fournir les lignes d'interprétation du droit uniforme en général, et du droit de l'arbitrage en particulier. Par ailleurs, les décisions des juridictions nationales qui constitueraient de véritables examens au fond des litiges ou comporteraient des interprétations extensives des moyens d'annulation seraient susceptibles d'être cassées puisque les décisions des juridictions nationales statuant dans les recours en annulation des sentences sont susceptibles de pourvois en cassation devant la CCJA.

c - Procédure

94. La contestation de validité d'une sentence est introduite devant la CCJA par une «requête» notifiée à la partie adverse (art. 29.1 RA). Le terme de requête

ne doit pas être pris dans son sens procédural usuel d'introduction à une procédure non contradictoire. L'annulation de la sentence ne peut évidemment intervenir qu'au terme d'une instance où chacune des parties a été appelée et pu faire valoir ses moyens. Le recours peut être introduit dès le prononcé de la sentence et il cesse d'être recevable dans les deux mois de la notification de la sentence (art. 29.3 RA). Les parties peuvent renoncer à cette voie de recours dans leur convention d'arbitrage (art. 29.2 RA). L'introduction du recours en nullité de l'article 29 du règlement suspend l'instance en exequatur de la sentence (art. 30.3 RA). Bien que le Règlement soit muet sur cette question, on peut penser que le recours est suspensif d'exécution de la sentence. En droit comparé, il est en effet assez fréquent que les recours en annulation des sentences – et l'on a vu que la contestation de validité n'était rien d'autre qu'un recours en annulation – soient suspensifs d'exécution sauf si l'exécution provisoire a été ordonnée.

d - Effets du recours

95. Si la CCJA accueille le recours, elle « annule la sentence » (art. 29.5 RA). Toutefois, à la différence du recours en annulation introduit devant les juridictions des États de l'OHADA sur la base de l'Acte uniforme (art. 25 et s. AU.A), la Cour commune dispose du pouvoir de statuer au fond, après avoir évoqué, si les parties en ont fait la demande. Si les parties n'ont pas demandé l'évocation, la procédure arbitrale est reprise à la requête de la partie la plus diligente, le cas échéant, à partir du dernier acte de procédure reconnu valable par la Cour (art. 29.5 RA).

96. L'évocation du litige par la Cour suppose qu'il y ait accord des deux parties sur ce point. Si l'une seule des parties demande l'évocation, la Cour, bien entendu, la refuse. (CCJA, arrêt n° 028, 19 juillet 2007). L'évocation du litige par la Cour pose la question de savoir si la procédure devient judiciaire ou continue d'être arbitrale (*Voy. TCHAKOUA (J.M.), Le système d'arbitrage de la CCJA en questions, op. cit., p. 178 et s. ; POUYOUÉ (P.G.), Le système d'arbitrage de la CCJA, op. cit., p. 148 et s.*). L'intérêt de la réponse à cette question est essentiellement pratique. Si l'on se trouve désormais dans une procédure judiciaire, cela implique que les accords des parties, par exemple sur la langue à suivre ou sur les règles spéciales de procédure à suivre, ou sur la durée de l'instance, ne lient plus les juges. Par contre, les accords sur le droit applicable au fond du litige continuent à lier les juges si l'on se trouve dans une matière, celle des contrats internationaux, où le choix du droit applicable est la règle en droit international privé. La jurisprudence de la CCJA est actuellement inexistante sur cette question. En effet, dans la seule affaire où une sentence a été annulée dans le cadre d'un recours en contestation

de validité, l'évocation a été rejetée par la Cour parce qu'elle n'était demandée que par une seule des parties. Les termes utilisés par le Règlement d'arbitrage pour qualifier la décision de la CCJA intervenue suite à l'évocation laissent penser que la procédure est judiciaire et non arbitrale. En effet, dans deux dispositions visant l'évocation, le Règlement qualifie les décisions de la Cour « d'arrêts » (art. 32 et 33 RA). En outre, il est peu vraisemblable de considérer que les juges de la Cour statuant après évocation aient le statut d'arbitre. Ils restent des juges et ne deviennent pas des arbitres. Le fait de passer d'une instance arbitrale à une instance judiciaire n'est pas en contradiction avec les principes régissant l'arbitrage. Certes, l'existence d'une convention d'arbitrage implique que les litiges visés dans la convention soient connus des seuls arbitres mais rien n'interdit aux parties à une convention arbitrale d'y renoncer. On peut donc considérer que la demande conjointe d'évocation est une renonciation à la convention d'arbitrage. Il en est d'ailleurs de même lorsque, en présence d'une convention d'arbitrage, l'une des parties saisit une juridiction étatique et que l'autre partie ne soulève pas l'incompétence de la juridiction saisie. En raison de ce que la procédure suivie par la Cour à la suite de l'évocation est judiciaire et non plus arbitrale, le règlement à suivre par les parties et la Cour est le Règlement de procédure de la CCJA du 18 avril 1996.

II - Révision

97. Le recours en révision est ouvert « en raison de la découverte, postérieurement au prononcé de la sentence, d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la révision » (art. 32 RA renvoyant à l'art. 49 R.proc. CCJA). Le caractère décisif du fait ouvrant droit à la révision suppose qu'il est susceptible de modifier la décision des arbitres. Le caractère inconnu du fait, avant le prononcé de la sentence arbitrale, ne préjuge pas des causes de cette méconnaissance. Celle-ci peut résulter d'une fraude de l'une des parties ou d'une cause qui n'est pas imputable à l'une des parties. Le délai pour exercer ce recours est de trois mois à compter de la connaissance du fait susceptible de fonder la révision. Toutefois, aucune demande en révision ne sera recevable après l'expiration d'un délai de 10 ans, à compter du prononcé de la sentence (art. 49, al. 4 et 5, R.proc.). La révision ouvre une instance contradictoire (art. 50, al. 2 R.proc.). Alors que le recours en contestation de validité peut faire l'objet d'une renonciation dans la convention d'arbitrage, les parties ne peuvent renoncer à l'exercice de la révision. La Cour peut subordonner l'ouverture de l'instance à l'exécution préalable de la sentence (art. 49, al. 3, R.proc.). Si la révision est déclarée recevable, la Cour devra statuer sur le fond du litige en raison de l'aspect nécessairement dévolutif du recours en révision. Cette évocation de l'affaire par la Cour soulève la même inter-

rogation que celle qui a été examinée ci-dessus (n° 96) à propos de l'évocation demandée dans le cadre du recours en contestation de validité.

III - Tierce opposition

98. La tierce opposition est un recours exercé par un tiers, qui n'a pas été appelé, contre une sentence qui préjudicie aux droits du tiers opposant (art. 33 RA renvoyant à l'art. 47 R.proc.). Aucun délai n'enferme

l'exercice de ce recours. Le tiers opposant doit justifier l'existence d'un préjudice que le dispositif de la sentence a pu lui causer. La demande est formée par le tiers opposant contre toutes les parties au litige principal. La procédure de tierce opposition est contradictoire (art. 47, al. 2, R.proc.). Si la tierce opposition est accueillie, elle emporte réformation de la sentence dans la mesure où elle préjudicie aux droits du tiers opposant (art. 47, al. 3, R.proc.).

Pierre MEYER

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Amiable composition 61 et s.
Anational (droit) 59
 Voy. Usages du commerce
Annulation (de la sentence)
 Voy. Recours en contestation de validité
Arbitrabilité 13
Arbitre
 - Démission 39
 - Honoraires 7
 - Immunité 22, 24
 - Information (obligation d') 36
 - Indépendance 34 et s.
 - Nombre 32 et s.
 - Récusation 38
 - Remplacement 41
 - Révocation 40
 Voy. aussi tribunal arbitral
Autorité de la chose jugée 79 et s.
 Voy. aussi Sentence arbitrale

C

CCJA
 - Attributions administratives 16 et s.
 - Attributions juridictionnelles 19 et s.
 - Compétence 12 et s.
 - Immunité 22, 25
 Voy. aussi Tribunal arbitral, Instance arbitrale, Exequatur, Recours en contestation de validité, Révision, Tierce opposition
Compétence-compétence 30, 53
Contradictoire (principe du) 50
Contrat d'arbitrage
 Voy. Contrat d'investissement
Contrat d'investissement 24

Convention de New York du 10 juin 1958, 8, 34, 66, 80, 86

D

Défaut (procédure par) 29
Délai d'arbitrage 68
Délibéré arbitral 68
Demandes nouvelles 28, 54
Demande d'arbitrage 26 et s.

E

Égalité entre les parties
 Voy. Contradictoire (principe du)
Équité
 Voy. Amiable composition
Évocation (du litige) 96

F

Fond du litige (droit applicable au) 57 et s.
 Voy. aussi Amiable composition, usages du commerce
Force décisive
 Voy. Sentence arbitrale
Force exécutoire
 Voy. Sentence arbitrale
Frais de l'arbitrage 7, 26

I

Instance arbitrale
 - Déroulement 42 et s.
 - Incidents 51 et s.
 - Instruction 48 et s.
 - Introduction 26 et s.
 - Organisation préliminaire 43 et s.
 Voy. aussi Contradictoire, Défaut, Délibéré arbitral,

Demande d'arbitrage, Réponse

M

Mesures provisoires et conservatoires 55

O

Opinion particulière 73
Ordre public 58, 92
 Voy. aussi Exequatur, Recours en contestation de validité

P

Procédure arbitrale
 Voy. aussi Contradictoire, Défaut, Délibéré arbitral, Demande d'arbitrage, Instance arbitrale

R

Recours en annulation 4, 89 et s.
 Voy. Recours en contestation de validité, sentence arbitrale
Recours en contestation de validité 4, 88 et s.
 Voy. CCJA, Recours en annulation, Sentence arbitrale
Réponse (à la demande d'arbitrage) 28
Révision
 Voy. Sentence arbitrale

S

Sentence arbitrale
 - Accord parties (d') 63
 - Additionnelle 76 et s.
 - Autorité de la chose jugée 79 et s.
 - Contenu 71 et s.

- Élaboration 67 et s.
- Examen préalable 69 et s.
- Exequatur 82 et s.
- Internationale 11, 66
- Force décisive 75 et s.
- Force exécutoire 81 et s.
- Interprétation 76 et s.
- Motivation 72
- Partielle 63, 75
- Reconnaissance 80
- Recours en contestation de validité 88 et s.
- Recours en nullité 90
- Rectification 76 et s.
- Révision 97
- Tierce-opposition 98
- Siège (de l'arbitrage) 45
- Sources 2 et s.
- Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage
 - Art. 1^{er} 9
 - Art. 2 9, 13
 - Art. 6 35
 - Art. 7 38
 - Art. 12 9
 - Art. 16 9
 - Art. 26 68
- Décision du 3 février 1999 relative aux frais de l'arbitrage 7, 26

- Règlement d'arbitrage CCJA du 11 mars 1999
 - Art. 1^{er} 16
 - Art. 2 13, 16, 30
 - Art. 3 16, 32, 33
 - Art. 4 36, 38, 40, 41
 - Art. 5 16, 26
 - Art. 6 28
 - Art. 9 16
 - Art. 10 16, 29, 30, 53, 55
 - Art. 11 16
 - Art. 12 49
 - Art. 13 16, 45
 - Art. 15 43, 44, 46, 47, 68
 - Art. 17 57, 59, 60, 61, 92
 - Art. 18 54
 - Art. 19 49, 54
 - Art. 20 63
 - Art. 21 53
 - Art. 22 68, 71, 72, 73, 83
 - Art. 23 16, 69, 70, 92
 - Art. 24 71
 - Art. 26 69, 76, 78
 - Art. 27 4, 79
 - Art. 29 4, 9, 19, 45, 53, 68, 69, 80, 81, 87, 89, 94, 95
 - Art. 30 8, 19, 58, 68, 69, 70, 82, 83, 86, 92, 94
 - Art. 31 8, 85
 - Art. 32 19, 87, 96, 97
 - Art. 33 19, 87, 96, 98

- Règlement intérieur en matière d'arbitrage du 2 juin 1999 6, 18
- Règlement de procédure de la CCJA du 18 avril 1996 21, 96, 97, 98
- Traité de Port Louis du 17 octobre 1993
 - Art. 4 4
 - Art. 8 4
 - Art. 21 12, 14, 16
 - Art. 25 4, 8, 19, 70, 81, 89, 92, 95
 - Art. 26 4, 72, 83
 - Art. 47 22
 - Art. 48 22
 - Art. 49 22
- Voy. aussi Convention de New York du 10 juin 1958

T

- Tierce-opposition
 - Voy. Sentence arbitrale
- Tribunal arbitral
 - Composition 34 et s.
 - Constitution 31 et s.
 - Voy. aussi Arbitre

U

- Usages du commerce 60

ASSEMBLÉES DE SOCIÉTÉS ET DÉCISIONS COLLECTIVES

Table des matières

Introduction n° 1 à 8

Chapitre I - Assemblées de sociétés anonymes n° 9 à 103

Section 1 - Assemblées générales d'actionnaires n° 20 à 86

§I - Règles communes n° 21 à 51

A - Convocation de l'assemblée n° 22 à 34

I - Personnes compétentes pour convocation n° 23 à 25

II - Forme de convocation n° 26 à 28

III - Contenu de la convocation n° 29 à 31

a - Date et lieu de la réunion n° 30

b - Ordre du jour de l'assemblée n° 31

IV - Sanctions des formalités de convocation n° 34

B - Information n° 35 à 41

I - Information préalable à la tenue de l'assemblée n° 36 à 39

II - Information permanente à la disposition des actionnaires n° 40 et 41

C - Organisation et participation à l'assemblée générale n° 42 à 51

I - Organisation de l'assemblée générale n° 43 à 45

II - Participation à l'assemblée générale n° 46 à 51

a - Participation directe n° 47 à 49

b - Représentation n° 50 et 51

§II - Attributions spécifiques n° 52 à 86

A - Assemblées générales ordinaires n° 53 à 69

I - Attributions n° 54 à 62

a - Approbation des comptes et affectation des résultats n° 55 et 56

b - Nomination et révocation des organes d'administration n° 57 et 58

c - Conventions conclues entre les dirigeants sociaux et la société n° 59

d - Décisions financières et administratives n° 60 et 61

e - Approbation du rapport du commissaire aux comptes n° 62

II - Réunion, quorum et majorité n° 63 à 67

a - Réunion n° 64

b - Quorum n° 65 et 66

c - Majorité n° 67

III - Publicité n° 68

IV - Sanctions n° 69

B - Assemblées générales extraordinaires n° 70 à 86

I - Obligation de convocation n° 71 et 72

II - Attributions n° 74 et 75

a - Compétence exclusive et souveraine en matière de modification des statuts n° 76 à 79

b - Compétences encadrées n° 76 à 78

III - Réunion, quorum et majorité n° 80 à 86

a - Participation à l'assemblée n° 81 et 82

b - Quorum n° 83

c - Majorité n° 84 et 85

IV - Publicité n° 86

Section 2 - Assemblées spéciales n° 87 à 90

Section 3 - Assemblées des obligataires n° 91

§I - Convocation de l'assemblée n° 93 à 96

A - Personnes compétentes pour convoquer l'assemblée n° 94

B - Forme et contenu de la convocation n° 95

C - Ordre du jour de l'assemblée n° 96

§II - Tenue de l'assemblée n° 97 à 100

A - Bureau n° 98

B - Participation à l'assemblée n° 99

C - Exercice du droit de vote n° 100

§III - Décision de l'assemblée n° 101 à 103

Chapitre II - Assemblées de sociétés à responsabilité limitée n° 104 à 126

Section 1 - Assemblées générales ordinaires n° 105 à 120

§I - Convocation n° 107

§II - Information des associés n° 108 à 110

§III - Nature des décisions prises en assemblée ordinaire n° 111 à 116

A - Approbation des comptes annuels n° 112

B - Conventions entre la société et l'un de ses gérants ou associés n° 113 à 116

I - Conventions réglementées n° 114 et 115

II - Conventions interdites n° 116

§IV - Modalités de prise des décisions n° 117 à 120

Section 2 - Assemblées générales extraordinaires n° 121 à 126

§I - Règles générales relatives au vote des associés n° 122 et 123

§II - Nature des décisions prises en assemblée extraordinaire n° 124 à 126

A - Modifications de capital n° 125

B - Transformation de la société n° 126

Chapitre III - Assemblées de sociétés à risques illimités (SNC et SCS) n° 127 à 135

Section 1 - Formes de décisions collectives n° 128 et 129

Section 2 - Conditions de prise des décisions n° 130 à 133

Section 3 - Sanctions du non-respect des formes n° 134 et 135

Bibliographie

- Anoukaha (F.), Cisse (A.), Diouf (N.), Nguebou Toukam (J.), Pougoué (P.-G.), Samb (M.), *OHADA : Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, 2002, n° 208.

- Ayawa Tsakadi (A.), « Réflexion sur les pouvoirs de l'associé unique », in J. MESTRE (dir.), *Recueil d'études sur le droit OHADA et UEMOA*, vol. I, PUAM 2010, p. 107 et s.
- Kuate Tameghé (S.S.), « Interrogations sur l'abus de minorité dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », in J. MESTRE (dir.), *Recueil d'études sur le droit OHADA et UEMOA*, vol. I, PUAM 2010, p. 209 et s.
- « L'acte social irrégulier en droit des sociétés commerciales OHADA », in J. MESTRE (dir.), *Recueil d'études sur le droit OHADA et UEMOA*, vol. I, PUAM 2010, p. 179 et s.
- « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit OHADA », *Juridis périodique*, n° 77, 2009, p. 83 et s.
- Njeufack Temgwa (R.), « La règle de la majorité dans les sociétés commerciales OHADA », *Revue de droit africain*, Bruxelles, n° 37, janvier 2006, p. 5 et s.
- Pougoué (P.G.) et Kuate Tameghé (S.S.) (dir.), *Les Grandes Décisions de la CCJA*, L'Harmattan, 2010.

Introduction

1. Les assemblées de sociétés sont considérées comme des organes sociaux. C'est le lieu de validation des actes pris pour assurer le fonctionnement régulier de la société. En l'occurrence, les états financiers de synthèse, la distribution des dividendes, etc. C'est également le lieu de prise de décisions importantes, dépassant clairement les compétences des organes de gestion ou d'administration. C'est le cas de modifications des statuts, d'augmentation du capital... L'assemblée générale est par conséquent l'organe souverain de la société ou encore, selon la formule de THALLER, « l'âme même de la personne morale » (DP 1893.1.108).

2. Les actes qui en résultent sont qualifiés de décisions collectives. Il y a deux sortes de décisions collectives : les décisions ordinaires et les décisions extraordinaires (art. 132 AUDSCGIE). Si les assemblées sont les seuls organes de prise de décisions collectives dans les sociétés anonymes, il est utile de relever que les autres types de sociétés offrent la possibilité de prendre les décisions collectives par correspondance. Il s'agit d'une application de l'article 133 AUDSCGIE qui dispose que « dans les conditions propres à chaque forme de société, les décisions collectives peuvent être prises en assemblée générale ou par correspondance ». La doctrine comparée française avait pourtant apprécié la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983, autorisant le vote par correspondance dans les sociétés anonymes, en y décelant des signes qui permettent d'espérer un renouveau des assemblées d'actionnaires. En autorisant le vote par correspondance, cette loi donne aux actionnaires le moyen de manifester leur désaccord, même sans venir à l'assemblée, ce que ne permettait pas l'envoi d'un pouvoir en blanc (Y. Guyon, *Assemblées d'actionnaires*, Rép. Sociétés, n° 7).

3. Sur la forme, la tenue des assemblées de sociétés suppose que les parties sont régulièrement convoquées. En principe, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Cependant, la participation aux décisions collectives dans les sociétés anonymes est assujettie à la possession d'un nombre d'actions déterminé.

Le droit pour tout associé de participer aux décisions collectives est d'ordre public ; les statuts ne peuvent en conséquence déroger à ces dispositions. Plus précisément, les statuts ne peuvent contenir une suppression pour certains associés du droit de vote dans un cas non prévu par la loi. L'évolution induite de la loi NRE du 15 mai 2001 confère en droit français l'accès aux assemblées générales quand on ne possède qu'une seule action. La possibilité de subordonner, par une clause spécifique des statuts, cet accès à la possession d'un minimum d'actions est supprimée (M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, 22^e éd., Litec, 2010, n° 318).

4. Sur le fond, l'existence des assemblées de sociétés permet de détacher le droit des sociétés de celui des contrats en consacrant l'application du principe majoritaire et en posant les conditions de quorum. Le souci de transparence induit un renforcement du droit d'information des parties. Des documents sont mis à leur disposition avant la réunion de l'assemblée. Les associés peuvent en outre obtenir un complément d'information en prenant copie au siège de la société d'information sur les procès-verbaux d'assemblées ayant précédé celle convoquée. Les sociétés dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs mobilières connaissent une démarche structurellement adaptée. Elles doivent publier au journal habilité à recevoir les annonces légales dans les quatre mois de la clôture de l'exercice et quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle des actionnaires, sous un titre faisant clairement apparaître qu'il s'agit de projets non vérifiés par les commissaires aux comptes : 1°) les états financiers de synthèse (bilan, compte de résultats, tableau financier des ressources et emplois et état annexé) ; 2°) le projet d'affectation du résultat ; 3°) pour les sociétés ayant des filiales ou des participations, les états financiers de synthèse consolidés, s'ils sont disponibles (art. 847). Elles sont également tenues de publier au journal habilité à recevoir les annonces légales dans les quarante-cinq jours suivant l'approbation des états financiers de synthèse par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires les documents suivants :

1°) les états financiers de synthèse approuvés, revêtus de l'attestation des commissaires aux comptes ;

2°) la décision d'affectation du résultat ;

3°) les états financiers de synthèse consolidés revêtus de l'attestation des commissaires aux comptes. Toutefois, si ces documents sont exactement identiques à ceux publiés en application de l'article 765 du présent Acte uniforme, seul un avis, faisant référence à la première insertion et contenant l'attestation du commissaire aux comptes, est publié dans un journal habilité à recevoir les annonces légales (art. 848).

5. L'Acte uniforme résout la difficulté afférente aux titres sociaux viagers où détenus en copropriété. Aux termes de l'article 127, « à défaut de stipulation contraire des statuts, les copropriétaires d'une action ou d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires. En cas de désaccord, le mandataire est désigné par la juridiction compétente, dans le ressort de laquelle est situé le siège social, à la demande de l'indivisaire le plus diligent ». L'article 128 clarifie la situation juridique de l'usufruitier et du nu-proprétaire : « À défaut de stipulation contraire des statuts, si une action ou une part sociale est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier ».

6. Pour établir la preuve de la tenue des assemblées de sociétés et des décisions qui en résultent, l'Acte uniforme précise que toute délibération des associés est constatée par un procès-verbal qui indique la date et le lieu de la réunion, les noms et prénoms des associés présents, l'ordre du jour, les documents et rapports soumis à discussion, un résumé des débats, le texte des résolutions mises aux voix et le résultat des votes. En cas de consultation écrite, il est fait mention dans le procès-verbal, auquel est annexée la réponse de chaque associé et qui est signé dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme pour chaque forme de société (art. 134). Sauf disposition contraire de l'Acte uniforme, les procès-verbaux des décisions collectives sont établis sur un registre spécial tenu au siège social et coté et paraphé par l'autorité judiciaire compétente. Toutefois, les procès-verbaux peuvent être établis sur les feuilles mobiles numérotées sans discontinuité, paraphées dans les mêmes conditions que celles établies sur un registre et revêtues du sceau de l'autorité qui les a paraphées. Dès qu'une feuille a été remplie, même partiellement, elle doit être jointe à celles précédemment utilisées. Toute addition, suppression ou interversion de la feuille est interdite (art. 135). Les procès-verbaux sont archivés au siège de la société. Les copies ou extraits des procès-verbaux de délibérations des associés sont valablement certifiés conformes par le représentant légal de la société ou, s'ils sont plusieurs, par l'un d'entre eux seulement (art. 136).

7. En général, la prise de décisions collectives résulte soit des assemblées ordinaires, soit des assemblées extraordinaires. On remarque que cette répartition des

compétences a un caractère impératif. Par conséquent, d'une part une assemblée générale ordinaire ne saurait valablement prendre une décision qui empiéterait sur les attributions de l'assemblée générale extraordinaire. Le fondement de cette prohibition est double. Les conditions de quorum et de majorité sont plus strictes dans les assemblées extraordinaires que dans les assemblées ordinaires. En outre, et surtout, la composition des deux assemblées n'est pas la même, dès lors que certaines actions sont grevées d'un usufruit. *A contrario*, une assemblée extraordinaire ne saurait prendre des décisions autres que les modifications de statuts. Malgré la souveraineté des assemblées extraordinaires, la règle « qui peut le plus, peut le moins » ne leur est pas applicable (Y. Guyon, *Assemblées d'actionnaires*, Rép. Sociétés, n° 10). Toutefois, le cas particulier des sociétés anonymes ajoute à cette distinction, l'assemblée constitutive et les assemblées spéciales. Par ailleurs, la société anonyme présente à côté des décisions collectives d'actionnaires, celles des titulaires d'obligations. Dans ce type de société, les assemblées ne sont pas réservées exclusivement aux associés. Les créanciers sociaux titulaires d'obligations se regroupent au sein d'une masse et délibèrent en assemblée pour la protection de leurs intérêts communs.

8. Finalement, il reste évident que les décisions collectives ne se sont pas assujetties aux mêmes exigences et aux mêmes formes dans toutes les sociétés. Dans les sociétés où la responsabilité des associés est indéfinie et solidaire (société en nom collectif et société en commandite simple. Voy. Ces entrées), les règles de quorum et de majorité perdent l'essentiel de leur importance. Cela se comprend dans la mesure où existe dans ce type de société une confusion entre le patrimoine de l'entreprise et celui des associés en cas de difficulté avérée. Du coup, le départ entre le droit des contrats et les dispositions institutionnelles devient bien mince dans cette catégorie. Seules les sociétés où la responsabilité des associés est limitée laissent poindre avec une certaine réussite cette distinction. Cependant, même au sein de cette catégorie, le départ est encore fait entre les types d'assemblées existant dans la société anonyme et dans la société à responsabilité limitée.

En prenant en considération ces différences, on examinera d'abord les assemblées d'actionnaires, ensuite celles de sociétés à responsabilité limitée et enfin les assemblées de sociétés à risques illimités.

Chapitre I : Assemblées de sociétés anonymes

9. Les décisions collectives sont prises dans le cadre des sociétés anonymes exclusivement en assemblée. L'Acte uniforme n'autorise pas, comme cela est le cas

pour les autres types de sociétés, le procédé des consultations écrites (infra n° 106 et 129). La seule exception tient aux assemblées d'obligataires qui peuvent voter par correspondance (art. 805). L'importance que le législateur attache à la réunion d'une assemblée s'explique par le fait qu'au cours des délibérations, les actionnaires pourront obtenir des informations complémentaires en posant des questions aux dirigeants ou en écoutant les interventions d'autres participants. Par conséquent, une réunion ouverte à tous ceux qui souhaitent y participer permet une meilleure information des actionnaires et une surveillance plus efficace du conseil d'administration, bref un fonctionnement de la société plus conforme aux exigences de la « corporate governance » (Y. Guyon, *Assemblées d'actionnaires*, Rép. Sociétés, 2003, mise à jour 2010, n° 4).

10. Il reste que le constat est fait de la perte de prestige du droit de participer aux réunions d'associés. Quoi qu'il en soit, la société anonyme est régie par la loi de la majorité (R. Njeufack Temgwa, *La règle de la majorité dans les sociétés commerciales OHADA*, *Revue de droit africain*, Bruxelles, n° 37, janvier 2006, p. 5 et s). La société est ainsi gouvernée par ses propres actionnaires, ce qui lui donne un fonctionnement démocratique, surtout que le décompte des voix se fait selon le principe une action une voix, et non un actionnaire une voix, ce qui apparente aussi cette société à une ploutocratie (Y. Guyon, *La société anonyme, une démocratie parfaite !*, Mélanges Ch. Gavalda, 2001, Dalloz, p. 133). Comme toute démocratie, toutes les catégories sociales doivent être protégées. Ainsi, les actionnaires minoritaires ne doivent subir la loi de la majorité que lorsqu'elle ne porte pas atteinte à leurs droits individuels. De même, ils ne doivent pas faire obstacle à une décision essentielle pour la société. Simplement tout abus doit être neutralisé.

Au préalable, les décisions collectives peuvent être indispensables à la constitution de la société. Certes, en règle générale, les statuts contiennent toutes les informations et leur signature suffit à la constitution de la société. Cependant, lorsque la société anonyme est constituée avec apport en nature ou stipulation d'avantages particuliers, ou encore lorsque la société anonyme fait appel public à l'épargne, la tenue d'une assemblée constitutive est exigée.

* Généralité sur les abus d'assemblées

11. Le droit des sociétés nourrit divers cas d'abus (Mosser (L.), « L'abus toléré : à la recherche d'une autorégulation », *Gazette du Palais*, 19 décembre 2009, n° 353, p. 13 ; Ch. Tuauillon, « L'abus en droit des sociétés, vague concept ou vaste concept de protection ? », *LPA*, 10 mars 2004, n° 50, p. 4 ; Kengne (G.), « Le rôle du juge en matière d'abus du droit de vote », *LPA*, 12 juin 2000 n° 116, p. 10 ; M. Germain, « L'abus du droit de majorité (À propos de l'arrêt du 22 avril 1976 de la Cour de cassation) », *Gaz.*

Pal. 1997, doct., 157 ; D. Tricot, « Abus de droits dans les sociétés : abus de majorité et abus de minorité », *RTD Com.* 1994, p. 617 ; Hemann (G.), « La sanction de l'abus de droit après la réforme du droit des sociétés », *Gaz. Pal* 1971, p. 76). C'est la situation où des membres d'une société agissent pour leur seul profit. Usant de leurs pouvoirs, de leur droit de manière contestable, ils nuisent aux intérêts de la société dans un objectif purement personnel. Cette idée se trouve parfaitement illustrée par les différentes hypothèses d'abus dont peuvent être reconnus un ou plusieurs membres d'une société à vocation commerciale. Si l'abus de majorité peut vicier une délibération d'assemblée, en revanche ni l'abus de minorité ni l'abus d'égalité ne peuvent anéantir la décision pour la simple et bonne raison qu'aucune décision n'a pu être prise (Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *op. cit.*, n° 416).

12. L'abus de minorité résulte de l'attitude d'un minoritaire contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés (M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *op. cit.*, n° 383 ; M. Boizard, « L'abus de minorité », *Rev. Soc.* 2001, 3657 ; S.S. Kuate Tameghé, *Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, in J. Mestre (dir.), *Recueil d'études sur les droits OHADA et UEMOA*, vol. I, PUAM, 2010, p. 209 et s ; E. Tenwe kameni III Happy, *L'actionnaire minoritaire dans les sociétés commerciales OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2009, 98 pages). C'est le cas lorsque la prise d'une décision exige une majorité qualifiée. Le risque de tyrannie de l'associé disposant d'une minorité de blocage émerge. Seulement dans cette hypothèse, la sanction n'est pas la nullité puisque par hypothèse aucune décision n'a été prise. Les tribunaux peuvent autoriser les majoritaires à passer outre l'obstruction des minoritaires lorsque l'abus est caractérisé ou le cas échéant à désigner un mandataire ad hoc chargé de voter à la place et au nom des minoritaires défaillants (Cass. Com., 9 mars 1993, arrêt Flandin, JCP E 1993, II, 448, note A. Viandier). Considéré comme une variété de l'abus de minorité, l'**abus d'égalité** est soumis au même régime (M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *op. cit.*, n° 386 ; G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. II, Les sociétés commerciales, par M. Germain et V. Magnier, 19^e éd., LGDJ, 2009, n° 1556-2). Un groupe d'associés interdit la prise de décision essentielle par un autre groupe égal d'associés dans l'unique dessein de favoriser leurs propres intérêts au détriment de ceux des autres (Cass. civ. 3^e, 14 fév. 2007, Bull. Joly, 2007, 882, Note P. Le Cannu).

13. L'hypothèse de l'abus entraînant la nullité d'un acte social est caractérisée par l'abus de majorité. Aux termes de l'art. 130 de l'AUDSC, « les décisions

collectives peuvent être annulées pour abus de majorité et engager la responsabilité des associés qui les ont votés à l'égard des associés minoritaires. Il y a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, sans que cette décision puisse être justifiée par l'intérêt social ». L'abus peut découler de la rupture de l'égalité entre associés et/ou de la violation de l'intérêt social. Il demeure que l'établissement de l'abus de nature à vicier l'acte social relève de l'aléa (L. Mosser, « L'abus toléré : à la recherche d'une autorégulation », *Gaz. Pal.*, 19 décembre 2009, n° 353, p. 13). Le contentieux de la mise en réserves des bénéfices illustre toute la casuistique de l'établissement de l'abus de majorité. Il a notamment été décidé que, la mise en réserves systématique des bénéfices d'exploitation d'une société pendant plusieurs années, et ce sans que cette mise en réserves ait eu une quelconque incidence sur la politique d'investissement de l'entreprise, tandis que les associés majoritaires votaient l'octroi de primes et d'une rémunération très importante au profit du gérant doit être considérée comme n'ayant répondu ni à l'objet ni aux intérêts de la société mais comme ayant favorisé les associés majoritaires au détriment du minoritaire : l'abus de majorité ainsi commis affecte par lui-même la régularité des délibérations de l'assemblée qui doivent donc être annulées (Cass. com., 1^{er} juillet 2003, n° 1077 FD, SARL Mécano soudure et autres c/ Balice (cons. rapp. Betch), *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} novembre 2003, n° 11, p. 1137, note Alexis Constantin. Dans le même sens Cass, 18 avril 1961, D. 1961, J. 661. Dans cette espèce l'abus était constitué car les réserves étaient de 22 fois le capital et que la politique d'investissement restait inchangée). En revanche, la jurisprudence considère que doit être cassé l'arrêt dans lequel la Cour d'appel a retenu un abus de majorité pour mise en réserves de bénéfices au motif que ces décisions étaient contraires à l'intérêt social et destinées uniquement à favoriser les actionnaires majoritaires, alors qu'elle avait relevé que ces mises en réserves avaient été accompagnées de très importants investissements (Cass. com., 3 juin 2003, n° 912 FD, *Consorts Robert c/ Consorts Babeaud* (cons. rapp. Betch), *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} octobre 2003, n° 10, p. 1049, note Laurent Godon). Il en découle qu'il est en effet a priori difficile de voir en quoi l'accroissement des réserves serait contraire à l'intérêt social alors même qu'il est de l'intérêt de la société de favoriser son autofinancement et d'éviter de faire appel à des concours financiers extérieurs plus coûteux. Il ressort clairement de telles décisions qu'une affectation des bénéfices aux réserves, fût-elle systématique, n'est pas abusive dès l'instant qu'elle répond à une politique d'investissements actuels ou futurs et que les sommes accumulées ne sont pas totalement disproportionnées par rapport aux dépenses envisagées. Sans doute la même tolérance doit-elle l'emporter lorsque

la constitution de provisions est destinée, par mesure de prévoyance, à faire face à des besoins imprévus, voire à financer des prises de participations futures, de sorte qu'il y a presque toujours un intérêt social, même éventuel, au renforcement des réserves.

Le contentieux des conventions réglementées a également permis à la jurisprudence d'examiner l'existence de l'abus de majorité. L'abus de majorité n'est caractérisé dans cette occurrence que si l'approbation de ladite convention est contraire à l'intérêt social ou réalisée dans l'intérêt unique des ou du mis en cause (*CA Rouen 2^e ch. civ.*, 11 mai 2000, n° 1998/2980, *SARL Centre médico-chirurgical du Cèdre et autres c/ Bézier*, *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} mars 2001 n° 3, p. 254, note J.-J. Daigre).

Finalement, l'abus naît dès lors que les actionnaires majoritaires usent avec malice de la liberté qu'offre le droit des sociétés. La sanction devient inévitable car, la jurisprudence est très sensible aux mauvaises manières contractuelles (D. Mainguy et J.-L. Respaud, « Portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle » : com. sous Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, FS P+B+I+R, *Fromont c/ Verdier* : *Juris-Data* n° 2007-040143), *La Semaine Juridique Entreprise et affaires* n° 46, 15 nov. 2007, 2394).

* Généralité sur l'assemblée constitutive

14. La tenue de l'assemblée constitutive ne semble exigée que lorsque la société fait appel public à l'épargne (art. 106) ou en cas de constitution de la S.A. avec apport en nature et/ou stipulation d'avantages particuliers (art. 404 et s.). L'assemblée constitutive tenue par les souscripteurs doit approuver les statuts et nommer les organes d'administration. Aussi est-elle soumise aux principales règles relatives aux assemblées ordinaires, sous réserve de quelques solutions originales. Outre les attributions spéciales conférées à l'assemblée constitutive, elle est également compétente pour délibérer sur les actes de démarrage de la société.

15. Lorsque la société anonyme est constituée avec apports en nature et/ou stipulation d'avantages particuliers, une assemblée générale constitutive est convoquée à la diligence des fondateurs. La convocation est adressée à chaque souscripteur, quinze jours au moins avant la date de l'assemblée (art. 404). On remarque que tout souscripteur est tenu d'assister à l'assemblée. Ce qui n'est pas toujours le cas pour toutes les autres assemblées.

16. L'assemblée ne délibère valablement que si tous les souscripteurs présents ou représentés possèdent au moins la moitié des actions. À défaut de quorum, il est adressé une deuxième convocation aux souscripteurs, six jours au moins avant la date de l'assemblée. Sur deuxième convocation, l'assemblée ne délibère valablement que si les souscripteurs présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions. À défaut de ce

dernier quorum, l'assemblée doit se tenir dans un délai de deux mois à compter de la date fixée par la deuxième convocation. Les souscripteurs sont convoqués six jours au moins avant la date de l'assemblée. Sur troisième convocation, l'assemblée ne délibère valablement que si les conditions de quorum visées à l'alinéa ci-dessus sont réunies (art. 405).

17. L'assemblée statue à la majorité des deux tiers des voix dont dispose les souscripteurs présents ou représentés, sous réserve des dispositions des articles 409 et 410 paragraphe 2°) du l'Acte uniforme. Il n'est pas tenu compte des bulletins blancs pour le calcul de la majorité (art. 406). Les règles de tenue sont identiques à celles en vigueur devant l'assemblée générale (art. 407). Chaque apport en nature et chaque avantage particulier doivent faire l'objet d'un vote spécial de l'assemblée. L'assemblée approuve ou désapprouve le rapport du commissaire aux apports sur l'évaluation des apports en nature et l'octroi d'avantages particuliers. Les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire d'avantages particuliers, même lorsqu'il a également la qualité de souscripteur en numéraire, ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité et l'apporteur ou le bénéficiaire d'avantages particuliers n'a pas voix délibérative ni pour lui-même, ni comme mandataire (art. 408). L'assemblée ne peut réduire la valeur des apports en nature ou des avantages particuliers qu'à l'unanimité des souscripteurs et avec le consentement exprès de l'apporteur ou du bénéficiaire. Le consentement de l'apporteur ou du bénéficiaire doit être mentionné au procès-verbal lorsque la valeur attribuée aux biens apportés ou aux avantages particuliers stipulés est différente de celle retenue par le commissaire aux apports. Les actionnaires et les administrateurs ou l'administrateur général, selon le cas, sont solidairement responsables à l'égard des tiers pendant cinq ans, de la valeur attribuée aux apports et/ou aux avantages particuliers (art. 409).

18. En outre, l'assemblée générale constitutive. :

1°) constate que le capital est entièrement souscrit et que les actions sont libérées dans les conditions fixées aux articles 388 et 389 du présent Acte uniforme ;

2°) adopte les statuts de la société qu'elle ne peut modifier qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs. Cette solution, bien que différente de la modification ultérieure des statuts à la majorité des assemblées générales extraordinaires, reste pleinement justifiée. Il s'agit de constituer la société et elle doit naître telle qu'elle a été conçue, sauf accord unanime ;

3°) nomme les premiers administrateurs ou l'administrateur général, selon le cas, ainsi que le premier commissaire aux comptes. En général, les statuts contiennent les noms des administrateurs et du commissaire aux comptes. Toutefois, leur nomination doit faire l'objet d'un vote séparé de l'assemblée ;

4°) statue sur les actes accomplis pour le compte de

la société en formation, conformément aux dispositions de l'article 106 du présent Acte uniforme, au vu d'un rapport établi par les fondateurs ;

5°) donne, le cas échéant, mandat à un ou plusieurs membres du conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, de prendre les engagements pour le compte de la société avant son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, dans les conditions fixées à l'article 111 du présent Acte uniforme (art. 410).

19. Le procès-verbal de l'assemblée indique la date et le lieu de la réunion, la nature de l'assemblée, le mode de convocation, l'ordre du jour, le quorum, les résolutions soumises aux votes et, le cas échéant, les conditions de quorum et de vote pour chaque résolution et le résultat des votes pour chacune d'elles. Il est signé, selon le cas, par le président de séance et par un autre associé, ou par l'associé unique, et il est archivé au siège social, avec la feuille de présence et ses annexes. Il indique, le cas échéant, l'acceptation de leurs fonctions par les premiers membres du conseil d'administration ou par l'administrateur général, selon le cas, ainsi que par le premier commissaire aux comptes (art. 411).

L'assemblée constitutive mise de côté, il reste à examiner les autres types d'assemblées. On distingue alors les assemblées générales ordinaires, les assemblées générales extraordinaires et les assemblées spéciales. Cette classification légale est rigoureuse car, la répartition de compétence a un caractère impératif (Y. Guyon, *Assemblées d'actionnaires*, Rép. Sociétés 2003, mise à jour 2010, n° 13). Il reste que certaines règles sont applicables pour toutes les assemblées générales d'actionnaires. Les spécificités émergent simplement lorsqu'il s'agit des attributions propres à chaque type d'assemblée générale. Cette imbrication partielle justifie que soient examinées d'une part les assemblées générales d'actionnaires et d'autre part les assemblées spéciales.

Section 1 - Assemblées générales d'actionnaires

20. Le rituel est identique qu'il s'agisse d'assemblée générale ordinaire ou d'assemblée générale extraordinaire. Les nuances n'apparaissent au fond qu'en ce qui concerne les attributions et les modalités de délibération. On comprend qu'il est opportun d'envisager d'une part les règles communes et d'autre part les attributions spécifiques.

§I - Règles communes

21. Les règles communes sont relatives à la convocation des assemblées, à l'information des associés et à la tenue des assemblées. C'est cet ensemble qui forme le rituel sans lequel toute assemblée encourrait une irrégularité.

A - Convocation de l'assemblée

22. L'assemblée se réunit au jour, à l'heure et au lieu indiqués dans la convocation. Il faut préciser les personnes habilitées à convoquer l'assemblée, la forme de la convocation et son contenu. On sait que la tenue matérielle de l'assemblée s'impose dans toutes les sociétés anonymes, la consultation écrite n'étant pas autorisée dans ce type de société.

I - Personnes compétentes pour convocation

23. L'assemblée des actionnaires est convoquée par le conseil d'administration ou par l'administrateur général, selon le cas. À défaut, elle peut être convoquée :

1°) par le commissaire aux comptes, après que celui-ci ait vainement requis la convocation du conseil d'administration ou de l'administrateur général selon le cas, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Lorsque le commissaire aux comptes procède à cette convocation, il fixe l'ordre du jour et peut, pour des motifs déterminants, choisir un lieu de réunion autre que celui éventuellement prévu par les statuts. Il expose les motifs de la convocation dans un rapport lu à l'assemblée ;

2°) par un mandataire désigné par le président de la juridiction compétente, statuant à bref délai, à la demande soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou de plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social s'il s'agit d'une assemblée générale ou le dixième des actions de catégorie intéressée s'il s'agit d'une assemblée spéciale ;

3°) par le liquidateur (art. 516).

Il en ressort une règle de principe et des dispositions exceptionnelles.

24. Sur le principe, l'assemblée des actionnaires est convoquée par le conseil d'administration ou par l'administrateur général, selon le cas. La décision de convocation doit être prise dans le respect des formes exigées pour toute délibération du conseil d'administration. Dans cette occurrence, une réunion du conseil avec pour ordre du jour la convocation de l'assemblée générale doit avoir été régulièrement convoquée. La délibération doit être valable c'est-à-dire que la moitié au moins des membres du conseil doivent être présents. La décision doit être prise à la majorité des membres présents ou représentés, à moins que les statuts n'aient prévu une majorité plus forte (Cf. art. 453 et s.). Il a ainsi été décidé que le conseil ne peut pas avoir valablement délibéré dès lors que les membres dudit conseil ont été irrégulièrement convoqués. Il en est ainsi lorsque les convocations ont été servies seulement deux jours avant la réunion alors que les statuts prévoient cinq jours au

moins (*Cour d'appel d'Abidjan, arrêt no 688 du 25 juin 2004 Office ivoirien des chargeurs et autres c/ B.A. et autres, Le Juris Ohada no 1/2005, janvier-mars 2005, p. 41*). Dans le même sens, la convocation servie la veille de la réunion à l'un des administrateurs est considérée comme faite de manière irrégulière (*Tribunal régional hors classe de Dakar – ordonnance de référé no 583 du 28 avril 2003 Youssou Ndour-Cbeikh Tall Dioum c/ Bara Tall, Ohadata J-05-124*). Le directeur général n'a en ce domaine aucun pouvoir particulier.

La jurisprudence se montre bien sévère en cas de non-respect de l'exigence d'information préalable dans les délais indiqués (*Cass. 2 juillet 1985, 2 juillet 1985, dit arrêt Cointreau, note P. Storrer, in J. Mestre, E. Putman et D. Vidal, Grands arrêts du droit des affaires, Dalloz 1995, p. 468*).

25. Exceptionnellement, d'autres personnes peuvent convoquer la réunion des assemblées d'actionnaires. Il s'agit soit des mécanismes subsidiaires de convocation, soit des mécanismes de crise.

La compétente subsidiaire est reconnue au commissaire aux comptes. Il peut convoquer l'assemblée générale. Toutefois, il doit au préalable avoir vainement requis la convocation du conseil d'administration ou de l'administrateur général selon le cas. L'urgence n'est pas nécessaire. Il suffit que la réunion de l'assemblée s'impose dans l'intérêt de la société et que les organes normalement compétents ne puissent pas ou ne veuillent pas la convoquer. Mais, la jurisprudence précise qu'en cas d'urgence, le commissaire aux comptes peut convoquer une assemblée d'actionnaires (*CA. Du Centre-Yaoundé, arrêt n° 364/Civ. du 7 juillet 2000, Aff. N° 391/RG/99-2000, Cabinet Works and Partners c/ Tayou Kamgue et autres, inédit*). En tout cas, il expose les motifs de la convocation dans un rapport lu à l'assemblée. L'idée est d'éviter que la convocation n'aboutisse à une immixtion du commissaire dans la gestion. Lorsque le commissaire aux comptes procède à cette convocation, il fixe l'ordre du jour et peut, pour des motifs déterminants, choisir un lieu de réunion autre que celui éventuellement prévu par les statuts. On remarque dans ce cas qu'il évite ainsi les incidents qui risqueraient de se produire, si l'assemblée étant convoquée au siège social, les dirigeants entendaient faire obstacle à sa tenue. Lorsqu'il y a plusieurs commissaires, tous doivent être d'accord pour pouvoir convoquer directement l'assemblée. Dans le cas contraire, celui ou ceux qui souhaitent convoquer, ne peuvent le faire que sur autorisation du président du tribunal compétent statuant en référé, les dirigeants et les autres commissaires dûment mis en cause. On glisse dès lors dans l'hypothèse de crise.

En période de crise, deux mécanismes sont proposés : d'une part, lorsqu'il s'agit simplement d'un blocage des organes, l'Acte uniforme propose que le président de la juridiction compétente, statuant à bref délai, soit saisi à la demande soit de tout intéressé en cas d'urgence,

soit d'un ou de plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social s'il s'agit d'une assemblée générale ou le dixième des actions de la catégorie intéressée s'il s'agit d'une assemblée spéciale. La jurisprudence précise que le juge des référés est compétent dans cette circonstance (*Cour suprême du Niger, arrêt n° 01-158/C du 16 août 2001, Snar Leyma c/ Groupe Hima Souley, in Juriscope.org*). La libération des actions ayant fait l'objet d'une souscription est une exigence légale. Les actionnaires d'une société anonyme qui ont signé une convention de portage d'actions et n'ont pas libéré les actions dans le délai stipulé dans la convention cessent d'avoir droit à l'admission au vote dans les assemblées d'actionnaires. Ces actionnaires défaillants sont mal fondés à convoquer une assemblée générale, convocation qui crée un trouble manifestement illicite justifiant l'intervention du juge des référés (*Tribunal régional de Niamey, ordonnance de référé n° 70 du 23 avril 2001, Magagi Souna c/ Hassane Garba et autres, in obada.com, Ohadata J-02-35*).

Cette situation se rapproche de l'hypothèse de l'administration provisoire notamment lorsque l'administrateur provisoire est nommé avec pour mission de gérer et d'administrer la société avec tous les pouvoirs du gérant, de prendre les mesures qu'imposent l'urgence et la nécessité. Ce mandat général de gestion a pour corollaire le dessaisissement des organes légaux (*CA du Centre-Yaoundé, Ord. de Réf. 28 septembre 2001, aff. Directeur général SOCINADA, Andengue Godefroy et plusieurs autres c/ Diboti Vincent et autres, inédit ; Paris, 22 mai 1965, arrêt Fruehauf, D. 1968, 147*). Seraient donc nulles et de nul effet, les résolutions de l'assemblée générale annuelle prises par les organes normaux de gestion après l'intervention de la décision de nomination de l'administrateur provisoire (*CA du Littoral-Douala, 21 février 2003, J. Onobiono, Th. Eyoun et Aristide Ekindi c/ M. Dobil, Juridis périodique n° 64, octobre-novembre-décembre 2005, p. 31 et s, Note R. Njeufack Temgwa*). *A contrario*, l'interdiction faite aux organes ordinaires suppose un transfert de compétence à l'organe provisoire qui peut pendant cette période procéder à la convocation de l'assemblée, sauf interdiction contenue dans l'ordonnance de désignation.

D'autre part, lorsque la société est en liquidation, la convocation doit être faite par le liquidateur. Même dans cette hypothèse, l'article 217 précise que la carence du liquidateur peut être surmontée par la saisine de la juridiction compétente statuant à bref délai, par tout associé, qui demande la désignation d'un mandataire chargé de procéder à la convocation. En effet, lorsque la société est en liquidation, les associés sont convoqués en fin de liquidation pour statuer sur les comptes définitifs, sur le quitus de la gestion du liquidateur et la décharge de son mandat et pour constater la clôture de la liquidation (art. 217 al 1). Ce qui traduit clairement la survie de la personnalité morale pendant la période de liquidation (*E. Boronad-Lesoin, La survie de la personne morale dissoute, RTD Com. 2003, p. 1*).

II - Forme de convocation

26. La convocation doit pouvoir atteindre tous les actionnaires. Les formalités de convocation sont d'ordre public. Les statuts ne pourraient pas valablement les alléger, car la protection des actionnaires ne serait plus assurée de manière satisfaisante. En revanche, ils pourraient accroître les exigences réglementaires, même si en pratique le renforcement d'un formalisme déjà lourd ne présente que peu d'intérêt.

Il faut distinguer suivant que la société ne fait pas appel public à l'épargne et le cas de la société faisant appel public à l'épargne.

27. Dans la première hypothèse, l'Acte uniforme énonce que, sous réserve des dispositions légales, les statuts de la société fixent les règles de convocation des assemblées d'actionnaires. La convocation des assemblées est faite par avis de convocation qui est inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. Si toutes les actions sont nominatives, l'insertion prévue à l'alinéa précédent peut être remplacée par une convocation faite aux frais de la société par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, portant mention de l'ordre du jour.

Le délai de convocation est également bien précisé. L'avis de convocation doit parvenir ou être porté à la connaissance des actionnaires quinze jours au moins avant la date de l'assemblée sur première convocation et, le cas échéant, six jours au moins pour les convocations suivantes. En droit comparé français, en cas d'absence de quorum, le délai entre la convocation et la date de la réunion de l'assemblée qui était de six jours sur la convocation suivante est porté à dix jours minimum (*C. com., art. R. 225-69, mod., réd. Décr. no 2010-684 du 23 juin 2010 relatif aux droits des actionnaires des sociétés cotées, art. 3*). Lorsque l'assemblée est convoquée par un mandataire de justice, le juge peut fixer un délai différent (art. 518). Le délai de convocation a pour but non seulement de permettre aux actionnaires de venir à l'assemblée mais aussi d'avoir le temps d'exercer leur droit d'information. L'Acte uniforme n'a pas tenu compte des nouvelles facilités qu'offrent les moyens de communication moderne comme internet avec l'e-mail (*Cf. en droit français, le Décr. 1967, art. 124, al. 2 complété par Décr. no 2002-803 du 3 mai 2002, D. 2002.1629*).

L'avis de convocation indique la dénomination de la société suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme de la société, le montant du capital social, l'adresse du siège social, le numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, les jour, heure et lieu de l'assemblée, ainsi que sa nature ordinaire, extraordinaire ou spéciale et son ordre du jour. Le cas échéant, l'avis indique où doivent être déposés les actions au porteur ou le certificat de dépôt de ces actions, pour ouvrir droit de participer à l'assemblée, ainsi que la date à laquelle

ce dépôt doit être fait. Les copropriétaires d'actions indivises, les nus-proprétaires et les usufruitiers d'actions sont convoqués suivant les mêmes formes que les autres actionnaires (art. 519).

En ce qui concerne les destinataires de la convocation, il faut se référer aux dispositions des articles 127 et suivants pour éclaircir la situation des titulaires des actions indivises ou grevées d'usufruit (Cf. supra n° 5.). Outre les actionnaires, qui ont seuls voix délibérative, d'autres personnes doivent être convoquées ou averties de la tenue de l'assemblée. Il en va ainsi notamment des commissaires aux comptes. Ils sont obligatoirement convoqués à toutes les assemblées d'actionnaires, au plus tard lors de la convocation des actionnaires eux-mêmes, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. 721). Bien plus, le commissaire aux comptes est obligatoirement convoqué à la réunion, selon le cas, du conseil d'administration ou de l'administrateur général qui arrête les comptes de l'exercice, ainsi que, le cas échéant, à toute autre réunion du conseil ou de l'administrateur général. La convocation est faite, au plus tard, lors de la convocation des membres du conseil d'administration ou, lorsque la société est dirigée par un administrateur général, trois jours au moins avant que celui-ci ne délibère, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. 722).

L'Acte uniforme reste muet sur la participation aux assemblées générales d'actionnaires, de représentants d'autres catégories comme les obligataires ou les titulaires de prêts participatifs ou encore de titulaires d'actions assortis de droits particuliers sans droit de vote.

28. Dans la seconde hypothèse, des dispositions particulières sont énoncées pour les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne. En ce sens, l'article 831 précise qu'avant la réunion de l'assemblée des actionnaires, les sociétés faisant appel public à l'épargne pour le placement de leurs titres ou dont les titres sont inscrits dans un ou plusieurs États parties sont tenues de publier dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales de l'État partie du siège social et, le cas échéant, des autres États parties dont le public est sollicité un avis contenant :

- 1°) la dénomination sociale suivie, le cas échéant, du sigle de la société ;
- 2°) la forme de la société ;
- 3°) le montant de son capital ;
- 4°) l'adresse du siège social ;
- 5°) l'ordre du jour de l'assemblée ;
- 6°) le texte des projets de résolutions qui seront présentés à l'assemblée par le conseil d'administration ;
- 7°) le lieu où doivent être déposées les actions ;
- 8°) sauf, dans les cas où la société distribue aux actionnaires un formulaire de vote par correspondance, les lieux et les conditions dans lesquels peuvent être obtenus ces formulaires.

III - Contenu de la convocation

29. La convocation indique clairement la date et le lieu de la réunion ainsi que l'ordre du jour de l'assemblée. De manière générale, les statuts précisent le lieu de tenue des assemblées générales, en principe au siège social de la société. Le cas échéant, l'assemblée est tenue au lieu indiqué par celui qui la convoque sans que ce lieu ne constitue un moyen détourné pour empêcher la participation d'un associé à la réunion d'assemblée, notamment lorsqu'il s'agit d'un lieu que ce dernier ne saurait légitimement fréquenter.

a - Date et lieu de la réunion

30. La date de la réunion est laissée à la discrétion de celui qui la convoque, sauf stipulation contraire des statuts. Reste que l'Acte uniforme prévoit un délai maximum de six mois, qui peut être prolongé par décision de justice pour la tenue de l'assemblée générale ordinaire (art. 548 al. 1). Cette exigence s'étend aux délibérations du conseil d'administration. Ainsi, les délibérations du conseil d'administration doivent être annulées, le conseil n'ayant pu valablement délibérer dès lors que les membres dudit conseil ont été irrégulièrement convoqués. Il en est ainsi lorsque les convocations ont été servies seulement deux jours avant la réunion alors que les statuts prévoient cinq jours au moins. (*Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 688 du 25 juin 2004 Office ivoirien des chargeurs et autres c/ B.A. et Autres, Le Juris Obada n° 1/2005, janvier-mars 2005, p. 41 Obadata J-05-196*).

En ce qui concerne le lieu de réunion, l'Acte uniforme énonce que sauf clause contraire des statuts, les assemblées d'actionnaires sont réunies au siège social ou en tout autre lieu du territoire de l'État partie où se situe le siège social (art. 518). Simplement, le choix d'un lieu éloigné, sans rapport avec l'activité de la société, serait abusif s'il avait pour objet ou pour effet d'empêcher les actionnaires minoritaires de venir à l'assemblée (*Guyon (Y.), Assemblées d'actionnaires, Rép. Sociétés 2003, mise à jour 2010 n° 55*). Dans ce sens, le domicile d'un administrateur a été considéré comme inapproprié notamment pour éviter la cristallisation des problèmes personnels entre les administrateurs. Par ailleurs, le déplacement du lieu de la réunion sans informer tous les associés consiste en un défaut de convocation (*Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 2301 du 27 octobre 2004, Bara Tall c/Cheikh Oumar Dioum et Youssou Ndour, in obada.com, Obadata J-05-103*).

b - Ordre du jour de l'assemblée

31. L'ordre du jour est la liste des questions sur lesquelles une assemblée est appelée à délibérer et à voter. Cette indication ne constitue pas un simple renseigne-

ment ; elle a une valeur juridique (G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. II, Les sociétés commerciales, par M. Germain et V. Magnier, 19^e éd., LGDJ 2009, n° 1579). Aussi, l'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à son ordre du jour. Par ailleurs, l'ordre du jour de l'assemblée ne peut être modifié sur deuxième convocation ou, le cas échéant, pour les assemblées générales extraordinaires, sur troisième convocation (art. 524). On observe que cette disposition constitue une garantie des actionnaires, sanctionnée par la nullité de la délibération le cas échéant.

32. Néanmoins, cette règle comporte des assouplissements. L'assemblée peut, lorsqu'elle est réunie ordinairement, révoquer un ou plusieurs membres du conseil d'administration ou, le cas échéant, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint et procéder à leur remplacement (art. 522). On remarquera qu'il convient d'être prudent sur la nature du point litigieux non inscrit à l'ordre du jour. En application de cette règle, le Tribunal régional hors classe de Dakar décide « Qu'il n'est pas utile de fixer dans l'ordre du jour le point sur la révocation du gérant, celui-ci pouvant être évoqué dans les questions diverses, sous réserve seulement que le quorum nécessaire à l'examen de ce point soit atteint et que l'assemblée ait été régulièrement convoquée » (*Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 327 du 19 février 2003, Pèdre Diop c/Oumar Seck et BAG SARL, Ohadata J-03-180*).

33. En principe, l'ordre du jour initial est arrêté par l'auteur de la convocation ou le mandataire de justice. Mais exceptionnellement, l'ordre du jour est complété à la demande des actionnaires minoritaires, afin de donner aux assemblées un caractère plus démocratique. Toutefois, ce droit est enfermé dans des limites assez étroites, car la détermination de l'ordre du jour est une décision de gestion, relevant normalement de la compétence des dirigeants. En ce sens, l'article 520 énonce que, l'ordre du jour est arrêté par l'auteur de la convocation. Toutefois, lorsque l'assemblée est convoquée par un mandataire de justice, l'ordre du jour est fixé par le président de la juridiction compétente qui l'a désigné. De même, un ou plusieurs actionnaires ont la faculté de requérir l'inscription, à l'ordre du jour de l'assemblée générale, d'un projet de résolutions lorsqu'ils représentent : 1°) 5 % du capital, si le capital de la société est inférieur à un milliard (1 000 000 000) de francs CFA ; 2°) 3 % du capital, si le capital est compris entre un milliard (1 000 000 000) et deux milliards (2 000 000 000) de francs CFA ; 3°) 0,50 % du capital, si celui-ci est supérieur à deux milliards (2 000 000 000) de francs CFA. La demande est accompagnée 1°) du projet de résolution auquel il est joint un bref exposé des motifs ; 2°) de la justification de la possession ou de la représentation de la fraction de capital exigée au présent article ; 3°) lorsque le projet de résolution porte

sur la présentation d'un candidat au poste d'administrateur ou d'administrateur général, des renseignements requis à l'article 523 du présent Acte uniforme (art. 520 al 3 et 4). Les actionnaires minoritaires peuvent donc faire connaître leur candidature à un poste du conseil d'administration. Lorsque l'ordre du jour de l'assemblée générale, initial ou complémentaire, porte sur la présentation de candidats au poste d'administrateur ou d'administrateur général, selon le cas, il doit être fait mention de leur identité, de leurs références personnelles et de leurs activités professionnelles au cours des cinq dernières années. L'objectif est de permettre aux actionnaires de bien identifier les futurs dirigeants de la société. Les modalités d'exercice du droit des actionnaires sont clairement décrites. Les projets de résolution sont adressés au siège social, par lettre au porteur contre récépissé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par télex ou par télécopie, dix jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale pour pouvoir être soumis au vote de l'assemblée.

IV - Sanctions des formalités de convocation

34. L'Acte uniforme envisage des sanctions civiles et des sanctions pénales.

En ce qui concerne les sanctions civiles, le cas spécifique de la nullité opère une distinction entre les situations entraînant la nullité absolue et celles qui subissent la nullité facultative. Encourent la nullité absolue les délibérations de l'assemblée générale lorsque les projets de résolution envoyés conformément aux dispositions du présent article ne sont pas soumis au vote de l'assemblée (art. 521 al. 2). Il s'agit d'une nullité de droit ; le juge n'ayant qu'à la prononcer lorsqu'il est établi que les projets n'ont pas été soumis au vote de l'assemblée. En revanche, encourt la nullité facultative, toute assemblée irrégulièrement convoquée. En effet, l'action en nullité, fixée dans les conditions prévues à l'article 246 du présent Acte uniforme, n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés (art. 519 al 4). L'Acte uniforme dispose ici que la décision irrégulière « (...) peut être annulée ». La doctrine et la jurisprudence en déduisent que « ce qui peut être » ne doit pas nécessairement exister. Faculté n'est pas obligation (*Guyon (Y.), « Caractère facultatif de la nullité d'une assemblée générale d'actionnaires pour irrégularité de la convocation », Rev. Sociétés, 2002, p. 716 ; Champaud (Cl.) et Danet (D.), note sous Com. 9 juill. 2002, Arconstanzo c/Jatteau, RTD Com. 2003, p. 110*). On parle de pouvoir « optionnel ». La jurisprudence précise dès lors qu'« en application de l'article 515 AUSCGIE, l'action en nullité des délibérations d'une assemblée générale irrégulièrement convoquée n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés. En l'espèce, tous les actionnaires ayant été présents ou représentés à l'assemblée générale du 14 septembre 1998, il y a lieu de déclarer irrecevable l'action en nullité exercée

par certains actionnaires contre les délibérations de cette assemblée » (*Trib. 1^{re} instance, Abidjan, n° 1245 du 21 juin 2001, Michel Jacob et autres c/ Sté Scierie Bandama-Établissements Jacob et autres, Écodroit n° 1, juillet-août 2001, p. 49, obada.com, Obadata J-02-19; Cour d'appel d'Abidjan Arrêt n° 1121 du 8 août 2003, La Société Ash International Disposal Et Autres c/ Zokora Simplicite, in obada.com, Obadata J-04-99*).

Si le juge ordonne la mesure, il doit révéler que les conditions légales sont réunies. S'il refuse de l'ordonner, il n'a pas à motiver spécialement son refus puisqu'à supposer même toutes les conditions légales remplies, il peut refuser (*Buffet (J.), « Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain », in Molfessis (N.) (dir.), La Cour de cassation et l'élaboration du droit, Economica 2004, p. 114, n° 7*).

Le rituel de convocation doit donc être scrupuleusement respecté, car toute mauvaise manœuvre fournirait une arme à un associé retors cherchant à faire annuler une décision qu'il n'apprécie pas (*Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), Droit des sociétés, 22^e éd., Litec., 2010, n° 1035*).

En ce qui concerne les sanctions pénales, l'Acte uniforme retient notamment le cas de ceux qui, sciemment, auront empêché un actionnaire ou un associé de participer à une assemblée générale (Art. 892, AUDSCGIE).

B - Information

35. Le droit d'information appliqué aux décisions collectives reste considéré comme le moyen d'éclairer le droit de vote de l'actionnaire. Même les actionnaires porteurs d'actions sans droit de vote possèdent un droit à l'information pour la défense de leurs intérêts pécuniaires. Aussi, l'information moderne est mise au service du public, et tend à renseigner les épargnants dans le choix de leurs placements (*G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, t. I, vol. II, Les sociétés commerciales, par M. Germain et V. Magnier, 19^e éd., LGDJ, 2009, n° 1569*). Rapporté aux décisions collectives, le droit d'information implique l'information préalable à la tenue de l'assemblée, l'information permanente à la disposition des actionnaires. Le tout assorti de sanction en cas de violation.

I - Information préalable à la tenue de l'assemblée

36. L'Acte uniforme précise les documents qui doivent être mis à la disposition des actionnaires à compter de la convocation des assemblées générales.

37. En ce qui concerne l'assemblée générale ordinaire annuelle, tout actionnaire a le droit, pour lui-même ou par le mandataire qu'il a nommé désigné pour le représenter à l'assemblée générale, de prendre connaissance au siège social : 1°) de l'inventaire, des états

financiers de synthèse et de la liste des administrateurs lorsqu'un conseil d'administration a été constitué ; 2°) des rapports du commissaire aux comptes et du conseil d'administration ou de l'administrateur général qui sont soumis à l'assemblée ; 3°) Le cas échéant, du texte de l'exposé des motifs, des résolutions proposées, ainsi que des renseignements concernant les candidats au conseil d'administration ou au poste d'administrateur général ; 4°) de la liste des actionnaires ; 5°) du montant global certifié par les commissaires aux comptes des rémunérations versées aux dix ou cinq dirigeants sociaux et salariés les mieux rémunérés selon que l'effectif de la société excède ou non deux cents salariés (art. 525 al 1).

Sauf en ce qui concerne l'inventaire, le droit pour l'actionnaire de prendre connaissance emporte celui de prendre copie à ses frais. Le droit de prendre connaissance s'exerce durant les quinze jours qui précèdent la tenue de l'assemblée générale (art. 525 al. 2).

38. En ce qui concerne les assemblées autres que l'assemblée générale ordinaire annuelle, le droit de prendre connaissance porte sur le texte des résolutions proposées, le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général selon le cas et, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes ou du liquidateur (art. 525 al. 3).

39. Le cas des sociétés cotées est assez particulier. Dans ce type de société, les associés sont très souvent virtuels. Il existe en général des intermédiaires, chargés de gérer les avoirs en bourse, de prendre des actions et d'en vendre le cas échéant. Du coup, l'actionnaire physique devient une curiosité. On comprend que pour ce type de société, l'Acte uniforme dispose que « Les sociétés dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs doivent publier au journal habilité à recevoir les annonces légales dans les quatre mois de la clôture de l'exercice et quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle des actionnaires, sous un titre faisant clairement apparaître qu'il s'agit de projets non vérifiés par les commissaires aux comptes : 1°) les états financiers de synthèse (bilan, compte de résultats, tableau financier des ressources et emplois et état annexé) ; 2°) le projet d'affectation du résultat ; 3°) pour les sociétés ayant des filiales ou des participations, les états financiers de synthèse consolidés, s'ils sont disponibles » (art. 847).

II - Information permanente à la disposition des actionnaires

40. Tout actionnaire peut, à toute époque prendre connaissance et copie des documents sociaux qui ont dû être tenus à la disposition des actionnaires avant les assemblées générales concernant les trois derniers exercices. Il peut également prendre connaissance et copie des procès-verbaux et des feuilles de présence

des assemblées tenues au cours de ces trois derniers exercices, ainsi que de tous autres documents, si les statuts le prévoient.

De même, tout associé peut, deux fois par exercice, poser des questions écrites au président-directeur général, au directeur général ou à l'administrateur général sur tous faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse est communiquée au commissaire aux comptes (art. 526). Le droit de communication prévu aux articles 525 et 526 du présent Acte uniforme appartient également à chacun des copropriétaires d'actions indivises, au nu-propriétaire et à l'usufruitier d'actions (art. 527). Bien que la loi n'ait prévu aucun mécanisme de filtrage de ces questions, on peut s'attendre à ce que les dirigeants sociaux, dans leurs réponses, satisfassent la légitime curiosité des actionnaires mais sauvegardent aussi, le cas échéant, le caractère confidentiel d'informations dont la divulgation pourrait nuire aux intérêts de la société ou de tiers.

41. L'Acte uniforme n'indique pas la forme de ces questions. Il faut en déduire qu'elles peuvent être posées par voie électronique, si celle-ci est utilisable pour les demandes d'adjonction à l'ordre du jour, car il serait illogique de se montrer plus restrictif pour les questions que pour les adjonctions à l'ordre du jour puisque ces dernières produisent des effets plus importants. Ce droit de poser des questions écrites n'est pas spécialement lié à la convocation de l'assemblée. Il est donc de nature permanente. En droit comparé français, le droit permanent de poser des questions n'est accordé, en cas de fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, qu'aux actionnaires détenant au moins 5 % du capital (art. L. 225-232 C. com). La généralisation de ce droit n'est accordée que dans le cadre de la tenue de l'assemblée. Les dirigeants répondront à ces questions au cours de l'assemblée générale (art. L. 225-108).

Si la société refuse de communiquer tout ou partie des documents visés aux articles 525 et 526 du présent Acte uniforme, il est statué sur ce refus, à la demande de l'actionnaire, par le président de la juridiction compétente statuant à bref délai. Le président de la juridiction compétente peut ordonner à la société, sous astreinte, de communiquer les documents à l'actionnaire dans les conditions fixées aux articles 525 et 526 du présent Acte uniforme (art. 528). Le juge compétent en la matière est le juge de référé, qui pourra ordonner le cas échéant la suspension de la tenue de l'assemblée jusqu'à l'accomplissement de cette formalité (*TPI Yaoundé, Ord. Réf. N° 494/0, 6 février 2001, Ndjeudjui Thaddée c/ Continental Business Machine S.A, inédit*). Si l'assemblée se réunit sans que les dirigeants aient tenu à la disposition des actionnaires les informations requises, l'assemblée peut être annulée. La responsabilité civile des dirigeants peut être engagée, d'après le droit commun, en raison du préjudice subi par l'actionnaire lésé, voire par la société.

C - Organisation et participation à l'assemblée générale

42. Le respect du rituel préalable à la tenue de l'assemblée est destiné à y attirer, un nombre suffisant ou raisonnable d'associés. Concrètement, la tenue de la réunion suppose une mise en place bien structurée.

I - Organisation de l'assemblée générale

43. La tenue de l'assemblée générale suppose une organisation sérieuse. Un bureau est préalablement constitué. L'assemblée est présidée, selon le cas, par le président-directeur général, le président du conseil d'administration ou par l'administrateur général ou en cas d'empêchement de ceux-ci et sauf disposition statutaire contraire, par l'associé ayant ou représentant le plus grand nombre d'actions ou, en cas d'égalité, par le doyen en âge (art. 529). Les deux actionnaires représentant le plus grand nombre d'actions par eux-mêmes ou comme mandataires, sont nommés scrutateurs, sous réserve de leur acceptation (art. 530). Un secrétaire est nommé par l'assemblée pour établir le procès-verbal des débats. Il peut être choisi en dehors des actionnaires (art. 531).

44. A chaque assemblée, il est tenu une feuille de présence contenant les indications suivantes : 1°) les nom, prénom et domicile de chaque actionnaire présent ou représenté, le nombre d'actions dont il est titulaire ainsi que le nombre de voix attachées à ces actions ; 2°) les nom, prénom et domicile de chaque mandataire, le nombre d'actions qu'il représente ainsi que le nombre de voix attachées à ces actions (art. 532). La feuille de présence est émargée par les actionnaires présents et par les mandataires, au moment de l'entrée en séance. Les procurations sont annexées à la feuille de présence, à la fin de l'assemblée (art. 533). La feuille de présence est certifiée sincère et véritable, sous leur responsabilité, par les scrutateurs (art. 534). Cette feuille doit non seulement permettre de calculer si le quorum prévu par la loi ou les statuts a été réuni, mais encore fournir tous renseignements utiles sur les qualités des participants (G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. II, *Les sociétés commerciales*, par M. Germain et V. Magnier, 19^e éd., LGDJ 2009, n° 1580).

45. À la fin, il est dressé un procès-verbal pour rendre compte des résolutions prises en assemblée générale. Le procès-verbal des délibérations de l'assemblée indique la date et le lieu de réunion, la nature de l'assemblée, le mode de convocation, l'ordre du jour, la composition du bureau, le quorum, le texte des résolutions soumises au vote de l'assemblée et le résultat des votes pour chaque résolution, les documents et rapports présentés à l'assemblée et un résumé des débats. Il est signé par

les membres du bureau et archivé au siège social avec la feuille de présence et ses annexes conformément aux dispositions de l'article 135 du présent Acte uniforme (art. 535).

Les copies ou extraits des procès-verbaux des assemblées sont valablement certifiés, selon le cas, par le président-directeur général, par le président du conseil d'administration, par l'administrateur général ou par toute autre personne dûment mandatée à cet effet. En cas de liquidation, ils sont certifiés par un seul liquidateur (art. 536).

II - Participation à l'assemblée générale

46. Les actionnaires disposent du droit propre de participer aux assemblées générales. Cependant, ils peuvent se faire représenter.

a - Participation directe

47. Le droit de participer aux assemblées générales et d'y voter est fondamental. C'est même lui qui constitue le critère permettant de distinguer l'actionnaire des titulaires d'autres titres de capital, qui ont des droits pécuniaires mais qui, ne votant pas, ne sont pas des actionnaires. Cependant, si celui qui n'a pas le droit de voter dans les assemblées générales n'est pas un actionnaire, la réciproque n'est pas toujours vraie. Il arrive, dans des circonstances exceptionnelles, qu'un actionnaire soit privé de son droit de participation. En droit français, Jusqu'à la loi du 15 mai 2001, les statuts pouvaient exiger un nombre minimal d'actions pour participer aux assemblées générales ordinaires. Cette restriction peu démocratique a été abrogée (*L. no 2001-420 du 15 mai 2001, art. 115, abrogeant l'art. L. 225-112 c. com ; Guyon (Y.), Assemblées d'actionnaires, Rép. Sociétés, 2003, mise à jour 2010, op. cit., n° 97*).

Peuvent participer aux assemblées générales les actionnaires ou leur représentant dans les conditions définies au présent Acte uniforme ou par les stipulations des statuts ; toute personne habilitée à cet effet par une disposition légale ou par une stipulation des statuts de la société. Il en est de même des personnes étrangères à la société lorsqu'elles y ont été autorisées soit par le président de la juridiction compétente, soit par décision du bureau de l'assemblée, soit par l'assemblée elle-même (art. 537). Le droit de vote attaché à l'action nantie appartient au propriétaire. Le créancier gagiste dépose, à la demande de son débiteur et aux frais de celui-ci, les actions qu'il détient en gage lorsque celles-ci sont au porteur. Le dépôt se fait dans les conditions fixées à l'article 541 du présent Acte uniforme.

Parmi les personnes non-actionnaires habilitées par une disposition légale, on cite les administrateurs non-actionnaires. L'article 539 énonce qu'ils peuvent

participer à toutes les assemblées d'actionnaires avec voix consultative. On cite également les commissaires aux comptes qui disposent d'une habilitation légale pour participer aux réunions d'assemblées.

48. On remarque que l'accès aux assemblées ne comporte pas toujours le droit de vote. D'autres actionnaires en sont simplement privés. C'est le cas des administrateurs actionnaires ayant conclu avec la société des conventions réglementées. L'article 44 al. 5 précise que « l'intéressé ne peut prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité ». On se demande alors si cette privation a pour conséquence l'exclusion de l'assemblée générale ou si, au contraire, l'intéressé conserve le droit d'y participer, sans y voter. Pour la doctrine, la réponse n'est pas certaine (*Guyon (Y.), Assemblées d'actionnaires, Rép. Sociétés, 2003, mise à jour 2010 op. cit., n° 98*). Même si une participation pleinement efficace suppose le droit de vote, une simple participation aux débats peut exercer une influence sur le vote des autres actionnaires. On peut donc penser que la privation du droit de vote doit, pour être pleinement efficace, s'accompagner de celle d'assister à l'assemblée ou au moins de l'obligation de quitter la salle avant le scrutin dont on est exclu (*Y. Guyon, Assemblées d'actionnaires, Rép. Sociétés, 2003, mise à jour 2010 op. cit., n° 98*). La jurisprudence semble admettre que l'intéressé participe à l'assemblée sans toutefois prendre part au vote. Elle décide que la résolution du conseil d'administration relative à la cession d'action d'un administrateur, est frappée de nullité dès lors qu'il n'est pas indiqué dans ladite résolution, que les administrateurs cédants, présents à la réunion, n'ont pas pris part au vote, en application de l'article 766 de l'AUSC (*Tribunal de commerce de Paris, 7 novembre 2001, C...c/ X..., Le Juris Ohada, n° 2/2003, p. 55, note A. Fénéon, in ohada.com, Ohadata J-03-201*). Toutefois, la privation du droit de vote peut être inhérente à l'action. Ainsi, les actions rachetées par la société conformément aux dispositions des articles 639 et suivants du présent Acte uniforme sont dépourvues de droit de vote. Il ne peut en être tenu compte pour le calcul du quorum (art. 542). Dans le même sens, la jurisprudence décide que les actions mises sous séquestre privent les titulaires de tous droits y afférents, en l'occurrence, le droit de vote (*Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 1121 du 8 août 2003, La Société Ash International Disposal et Autres c/ Zokora Simplicite, Ohada. Com, Ohadata J-03-320*).

49. Dans l'ensemble, le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité du capital qu'elles représentent et chaque action donne droit à une voix. Toutefois, les statuts peuvent limiter le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées, à condition que cette limitation soit imposée à toutes les actions sans

distinction de catégorie (art. 543). Il n'en demeure pas moins que certaines actions sont assorties d'un droit de vote double. Cette situation exceptionnelle est rigoureusement encadrée. Un droit de vote double de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité du capital social qu'elles représentent, peut être attribué, par les statuts ou par une assemblée ultérieure, à toutes les actions entièrement libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative depuis deux ans au moins, au nom d'un actionnaire. En outre, en cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves, bénéfices ou prime d'émission, le droit de vote double peut être conféré dès leur émission, aux actions nominatives attribuées gratuitement à un actionnaire à raison d'actions anciennes pour lesquelles il bénéficie de ce droit (art. 544). Toute action convertie au porteur ou transférée en propriété perd le droit de vote double qui peut lui être attaché. Toutefois, le transfert par suite de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux ou de donation entre vifs au profit d'un conjoint ou d'un parent au degré successif, ne fait pas perdre le droit acquis. La fusion de la société est sans effet sur le droit de vote double qui peut être exercé au sein de la société absorbante si les statuts de celle-ci le prévoient (art. 545).

Le droit de participer aux assemblées peut être subordonné à l'inscription préalable des actionnaires sur le registre des actions nominatives de la société, au dépôt des actions au porteur en un lieu précisé par l'avis de convocation ou à la production d'un certificat de dépôt des actions au porteur, délivré par l'établissement bancaire ou financier dépositaire de ces actions. L'inscription, le dépôt ou la production du certificat de dépôt doivent être effectués au plus tard cinq jours avant la tenue de l'assemblée (art. 541). Ces exigences sont toutes les fois reprises dans l'avis de convocation aux actionnaires.

b - Représentation

50. Tout actionnaire peut se faire représenter par un mandataire de son choix. Tout actionnaire peut recevoir les pouvoirs émis par d'autres actionnaires en vue d'être représenté à une assemblée, sans autre limite que celles résultant des dispositions légales ou statutaires fixant le nombre de voix dont peut disposer une même personne, tant en son nom personnel que comme mandataire. La preuve de ce transfert de pouvoir est matérialisée par une procuration. La procuration doit comporter : 1°) les nom, prénom et le domicile ainsi que le nombre d'actions et de droit de vote du mandant ; 2°) l'indication de la nature de l'assemblée pour laquelle la procuration est donnée ; 3°) la signature du mandant précédée de la mention « *Bon pour pouvoir* » et la date du mandat. Le mandat est donné pour une assemblée. Il peut cependant être donné pour deux assemblées, l'une ordinaire, l'autre

extraordinaire, tenues le même jour ou dans un délai de sept jours. Le mandat donné pour une assemblée vaut pour les assemblées successives convoquées avec le même ordre du jour. Les clauses contraires aux dispositions des alinéas qui précèdent sont réputées non écrites (art. 538). La loi n'a pas limité le nombre de procurations dont peut disposer un même mandataire. On sait qu'une telle limitation existe pour les séances du conseil d'administration. L'article 456 al 2 énonce à cet effet que chaque administrateur ne peut disposer, au cours d'une même séance, que d'une seule procuration.

51. On remarque que les mandats en blanc ne sont plus autorisés. Il s'agit pour l'actionnaire, au lieu de désigner lui-même son mandataire, de se borner à envoyer à la société ou à l'établissement financier habilité par celle-ci un pouvoir n'indiquant ni le nom du mandataire ni le sens du vote. Dans ce cas, ce pouvoir en blanc doit être utilisé pour émettre au nom de l'actionnaire un vote favorable à l'adoption des projets de résolutions proposés ou agréés par le conseil d'administration et un vote défavorable à l'adoption des autres projets de résolution (*C. com.*, art. L. 225-106 ; *sur les pouvoirs en blanc*, Guyon (Y.), *Assemblées d'actionnaires*, Rép. Sociétés, 2003, mise à jour 2010, op. cit., n° 130 et s.).

§II - Attributions spécifiques

52. S'il existe un fond commun aux diverses assemblées générales, il est important de relever que des règles particulières existent pour chacune de ces assemblées, qu'elles soient ordinaires ou extraordinaires.

A - Assemblées générales ordinaires

53. Les assemblées générales ordinaires se distinguent au niveau de leurs attributions et des règles qui président à leur tenue. Certaines délibérations doivent être publiées. En tout, des sanctions sont prévues en cas de non-respect des exigences légales.

I - Attributions

54. L'assemblée générale ordinaire a une compétence large. Elle prend toutes les décisions autres que celles qui sont expressément réservées par l'article 551 du présent Acte uniforme, pour les assemblées générales extraordinaires, et par l'article 555 du présent Acte uniforme pour les assemblées spéciales. L'article 546 énumère de manière non exhaustive ses domaines de compétence : approbation des comptes et affectation des résultats ; nomination et révocation des organes d'administration ; approbation ou non des conventions conclues entre les dirigeants et la société ; décisions financières et administratives.

a - Approbation des comptes et affectation des résultats

55. L'assemblée générale ordinaire est compétente pour statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice. En clair, la gestion des dirigeants est ainsi contrôlée et soumise à approbation. L'article 8 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises donne la composition des états financiers de synthèse : « les états financiers annuels comprennent le bilan, le compte de résultat, le tableau financier des ressources et des emplois, ainsi que l'état annexé. Ils forment un tout indissociable et décrivent de façon régulière et sincère les événements, opérations et situations de l'exercice pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise » (art. 8 al. 1 et 2). Ces comptes ont été dressés par le conseil d'administration ou l'administrateur général, puis soumis au commissaire aux comptes en vue de leur éventuelle certification. L'assemblée peut les approuver tels quels, les approuver après modification ou les rejeter. L'approbation des comptes est traditionnellement suivie du quitus donné aux dirigeants pour leur gestion.

56. L'assemblée générale ordinaire est encore compétente pour décider de l'affectation du résultat. On sait que la société commerciale est créée dans le but de partager les bénéfices (art. 4). Toutefois, lorsque la société fait des bénéfices, une dotation égale à un dixième au moins doit obligatoirement être affectée à la formation d'un fonds de réserves dit « réserves légales ». Cette dotation cesse d'être obligatoire lorsque la réserve atteint le cinquième du montant du capital social. Sous cette réserve et celle de l'épouement des pertes antérieures, l'assemblée peut décider la distribution d'un dividende ou la mise en réserves libres. Sa décision est souveraine sauf hypothèse d'abus de majorité (Cf. supra, n° 13) On comprend que, lorsque les comptes annuels font apparaître une perte, l'assemblée peut soit laisser subsister cette perte dans un compte de report à nouveau, soit l'imputer sur les réserves. En revanche, seule l'assemblée générale extraordinaire est compétente pour décider ou, le cas échéant, autoriser une augmentation de capital, sur le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, et sur le rapport du conseil d'administration (art. 564). L'importance de cette prérogative découle de la place essentielle faite à l'information des actionnaires. Ainsi, le rapport de gestion dressé par le conseil d'administration ou l'administrateur général est contrôlé par le commissaire aux comptes qui établit à son tour un rapport.

b - Nomination et révocation des organes d'administration

57. L'article 546 al. 3 énonce que l'assemblée générale ordinaire est compétente pour « nommer les membres du conseil d'administration ou l'administrateur général

et, le cas échéant, l'administrateur général adjoint, ainsi que le commissaire aux comptes ». L'assemblée générale ordinaire procède à la désignation des organes sociaux simplement en cours de vie sociale (art. 419 pour les administrateurs ; art. 495 pour l'administrateur général ; art. 510 pour l'administrateur général adjoint). En effet, les premiers administrateurs ou le premier administrateur général sont désignés dans les statuts ou par l'assemblée générale constitutive (art. 419 et 495). La durée de fonction des administrateurs ou de l'administrateur général nommés en cours de vie sociale ne doit pas excéder six ans (art. 420 et 496). L'assemblée fixe librement la durée des fonctions de l'administrateur général adjoint (art. 511). En accord avec l'administrateur général, l'assemblée générale détermine les pouvoirs qui sont délégués à l'administrateur général adjoint. Toutefois, les clauses statutaires ou les décisions de l'assemblée générale limitant ses pouvoirs ne sont pas opposables aux tiers (art. 512). Par ailleurs, l'organe compétent pour révoquer un président-directeur Général et son équipe dirigeante est l'assemblée générale ordinaire (art. 546 et 551) (Cour d'appel d'Abidjan, arrêt N° 1161 du 24 octobre 2003, Sté Ash International C/ Kacou Maurice Xavier Ohadata J-03-317).

58. L'assemblée générale ordinaire peut allouer aux administrateurs, en rémunération de leurs activités, à titre d'indemnité de fonction une somme fixe annuelle qu'elle détermine souverainement (art. 431). Cette rémunération est complétée par la rémunération exceptionnelle allouée par le conseil d'administration pour les missions et mandats qui leur sont confiés, ou autoriser le remboursement des frais de voyage, déplacements et dépenses engagées dans l'intérêt de la société (art. 432). Toutes ces rémunérations, normales et exceptionnelles sont décidées par l'assemblée générale ordinaire en ce qui concerne l'administrateur général et son adjoint (art. 501 et 514). Ce type d'administration ne disposant pas de conseil d'administration qui, lorsqu'il en existe, est seul compétent pour déterminer la rémunération du directeur général (art. 490) ou du président-directeur général (art. 482) ; ces rémunérations et ces frais donnent lieu à un rapport spécial du commissaire aux comptes à l'assemblée (art. 432).

c - Conventions conclues entre les dirigeants sociaux et la société

59. Les conventions conclues entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs, directeurs généraux, directeurs généraux adjoints obéissent à un double contrôle. D'abord l'autorisation du conseil d'administration et ensuite l'approbation de l'assemblée générale ordinaire. L'approbation ou la désapprobation de l'assemblée générale ordinaire est subordonnée au rapport spécial présenté par le commissaire aux comptes sur ces conventions (art. 440 al. 3). Il doit le cas échéant

dénoncer toute violation dans son rapport à l'assemblée générale (art. 441). L'article 442 dispose clairement que « Le commissaire aux comptes doit établir et déposer au siège social le rapport spécial prévu par les dispositions des articles 438 et 448 du présent Acte uniforme quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale ordinaire ». L'idée est d'éviter les abus favorisés par les conflits d'intérêt.

Lorsque la société, dans les deux ans suivant son immatriculation, acquiert un bien appartenant à un actionnaire et dont la valeur est au moins égale à cinq millions (5 000 000) de francs CFA, le commissaire aux comptes, à la demande du président-directeur général, du président du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, établit sous sa responsabilité un rapport sur la valeur de ce bien. Ce rapport est soumis à l'approbation de la plus proche assemblée générale ordinaire. Ce rapport décrit le bien à acquérir, indique les critères retenus pour la fixation du prix et apprécie la pertinence de ces critères. Le commissaire aux comptes doit établir et déposer au siège social ledit rapport quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale ordinaire. L'assemblée générale statue sur l'évaluation du bien à peine de nullité de la vente. Le vendeur ne prend pas part au vote, ni pour lui-même, ni comme mandataire, de la résolution relative à la vente, et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité (art. 547). Cette mesure a pour but d'éviter qu'un actionnaire élude la procédure d'évaluation des apports en nature en vendant un bien à la société, puis en lui apportant le prix.

d - Décisions financières et administratives

60. L'assemblée générale ordinaire décide ou autorise les émissions d'obligations. Elle peut déléguer au conseil d'administration ou à l'administrateur général selon le cas, les pouvoirs nécessaires pour procéder à l'émission d'obligations en une ou plusieurs fois dans le délai de deux ans, et pour en arrêter les modalités (art. 783). En droit comparé et notamment français, l'art. 51 de l'Ord. no 2004-604 du 24 juin 2004 a consacré en la matière la perte du pouvoir exclusif de l'assemblée générale ordinaire. La compétence légale est également confiée aux organes de direction (Y. Guyon, *op. cit.*, n° 222).

61. Sur le plan administratif, l'article 451 confère à l'assemblée générale ordinaire la compétence pour ratifier ou non la décision de déplacement du siège social, dans les limites du territoire d'un même État partie, prise par le conseil d'administration, qui modifie les statuts en conséquence. Cette décision emporte pouvoir de modification des statuts. Les formalités de publicité y afférentes visées aux articles 263 et 264 du présent Acte uniforme sont applicables. Lorsque l'assemblée générale ne ratifie pas le déplacement du siège social, la décision du conseil d'administration devient caduque.

De nouvelles formalités de publicité doivent alors être accomplies pour informer les tiers du retour au siège antérieur. Il s'agit d'une compétence exceptionnelle, car la modification des statuts constitue une prérogative de l'assemblée générale extraordinaire.

e - Approbation du rapport du commissaire aux comptes

62. Le rapport établi par le commissaire aux comptes contribue simplement à éclairer le consentement des actionnaires. Il s'agit de fournir aux actionnaires une information essentielle et technique sur l'opération juridique en cause et permettre ainsi aux actionnaires d'approuver ou le désapprouver l'opération juridique. La décision finale est donc prise par les actionnaires. Un rapport, fût-il favorable, peut être rejeté.

II - Réunion, quorum et majorité

63. Le lieu et le moment de la tenue de l'assemblée générale ordinaire doivent être précisés. Les règles relatives au quorum et à la majorité indispensables à la validité de la réunion et des délibérations doivent également être déterminées.

a - Réunion

64. L'assemblée générale ordinaire est réunie au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice, sous réserve de la prorogation de ce délai par décision de justice. Les statuts peuvent exiger un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix, pour ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires. Plusieurs actionnaires peuvent se réunir pour atteindre le minimum prévu par les statuts et se faire représenter par l'un d'entre eux (art. 548).

Lors de l'assemblée ordinaire, l'Acte uniforme maintient la possibilité exceptionnelle qu'un actionnaire soit privé de son droit de participation. Cette limitation est certes bien encadrée. Le nombre minimal exigé ne doit pas en tout cas être supérieur à dix. Les auteurs enseignent que cette restriction est peu démocratique (Guyon (Y.), *Assemblées d'actionnaires, Rép. Sociétés, 2003, mise à jour 2010, op. cit.*, n° 97). Le législateur français a tenu compte de cette critique. La loi du 15 mai 2001 abroge cette restriction et permet à tout actionnaire de participer à l'assemblée générale ordinaire quel que soit le nombre d'actions en sa possession (*L. no 2001-420 du 15 mai 2001, art. 115, abrogeant l'art. L. 225-112 c. com.*).

b - Quorum

65. L'assemblée générale ordinaire ne délibère valablement, sur première convocation, que si les

actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis (art. 549). Le quorum se calcule en déduisant du total des actions celles qui sont privées du droit de vote. L'exigence légale est libérale et pourtant il est souvent difficile d'obtenir des présences en nombre suffisant (Ripert (G.) et Roblot (R.), *Traité de droit commercial*, t. I, vol. II, Les sociétés commerciales, par Germain (M.) et Magnier (V.), 19^e éd., LGDJ, 2009, n° 1581). On comprend que certaines législations aient évolué dans le sens de la minimalisation du quorum afin que l'assemblée ne soit pas inutilement renvoyée. Dans cette perspective, l'article 6 de la loi française no 2005-842 du 26 juillet 2005, modifiant l'article L. 225-98, al. 2, 1^{re} phrase du code de commerce énonce désormais qu'elle ne délibère valablement sur première convocation que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le cinquième, au lieu du quart, des actions ayant le droit de vote. Les abstentionnistes sont décomptés dans le quorum.

66. Il faut rappeler que la physionomie de l'assemblée peut varier en cours d'assemblée pour tenir compte des conflits d'intérêts notamment lorsque le vote d'une résolution exige le retrait d'un associé (conventions entre un dirigeant et la société par exemple : art. 440), ou des actions à droits particuliers notamment sans droit de vote ou à droit de vote double (Njeufack Temgwa (R.), Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit OHADA, *Juridis périodique* n° 77/2009, p. 83 et s.). Le plus souvent, la suppression du droit de vote, lorsqu'elle est fondée sur un conflit d'intérêts, s'applique uniquement à l'adoption d'une seule résolution, l'actionnaire intéressé continuant d'avoir le droit de prendre part aux autres scrutins. Elle oblige donc à un calcul du quorum à l'occasion du vote de chaque résolution puisque celui-ci ne prend pas en compte les actions privées du droit de vote. La privation du droit de vote a aussi pour conséquence éventuelle que les actionnaires habituellement majoritaires peuvent ne pas être en mesure de faire adopter la résolution soumise au vote (Y. Guyon, *Assemblées d'actionnaires, Rép. Sociétés*, 2003, mise à jour 2010, op. cit., n° 179).

L'existence du quorum se vérifie en confrontant la feuille de présence et les mentions du procès-verbal indiquant les actions qui n'ont pas pris part au vote (sur la feuille de présence, Cf. supra, n° 6 et 18).

c - Majorité

67. L'assemblée générale ordinaire statue à la majorité des voix exprimées. Dans les cas où il est procédé à un scrutin, il n'est pas tenu compte des bulletins blancs dont disposent les actionnaires présents ou représentés (art. 550 ; sur les bulletins blancs, Voy. Supra, n° 17 et 51). Le calcul des voix exprimées n'est pas fonction

du nombre d'actions. Il est tenu compte des actions bénéficiant d'un droit de vote double.

III - Publicité

68. Les sociétés anonymes sont tenues de déposer au greffe du tribunal, pour être annexés au registre du commerce et du crédit mobilier, dans le mois qui suit leur approbation par l'assemblée générale des actionnaires, les états financiers de synthèse, à savoir le bilan, le compte de résultat, le tableau financier des ressources et emplois et l'état annexé de l'exercice écoulé. En cas de refus d'approbation de ces documents, une copie de la délibération de l'assemblée est déposée dans le même délai (art. 269).

Cette obligation est également prescrite pour les sociétés inscrites à la bourse des valeurs mobilières ou constituant un groupe où figurent une ou plusieurs sociétés cotées. Les sociétés dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs publient au journal habilité à recevoir les annonces légales dans les quarante-cinq jours suivant l'approbation des états financiers de synthèse par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires les documents suivants : 1°) les états financiers de synthèse approuvés, revêtus de l'attestation des commissaires aux comptes ; 2°) la décision d'affectation du résultat ; 3°) les états financiers de synthèse consolidés revêtus de l'attestation des commissaires aux comptes. Toutefois, si ces documents sont exactement identiques à ceux publiés en application de l'article 765 du présent Acte uniforme, seul un avis, faisant référence à la première insertion et contenant l'attestation du commissaire aux comptes, est publié dans un journal habilité à recevoir les annonces légales (art. 848). Les sociétés qui ne sont pas inscrites à la bourse des valeurs dont la moitié des titres est détenue par une ou plusieurs sociétés cotées qui ont : 1°) un bilan supérieur à deux cent millions (200 000 000) de francs CFA, 2°) ou qui possèdent un portefeuille titres dont la valeur d'inventaire ou la valeur boursière excèdent quatre-vingt millions (80 000 000) de francs CFA, doivent, dans les quarante-cinq jours qui suivent l'approbation des états financiers de synthèse par l'assemblée, publier au journal habilité à recevoir les annonces légales les documents les états financiers de synthèse approuvés et revêtus de l'attestation des commissaires aux comptes, la décision d'affectation des résultats (art. 853).

IV - Sanctions

69. Les règles relatives aux réunions, quorum et majorité dans les assemblées sont considérées comme impératives et par conséquent, sanctionnées par la nullité. Il a ainsi été décidé que le non-respect de quorum pour une réunion du conseil d'administration entraînait la nullité de ladite assemblée (*Tribunal*

régional hors classe de Dakar – ordonnance de référé n° 583 du 28 avril 2003 du Juge Mademba Gueye, Youssou Ndour-Cheikh Tall Dioum c/ Bara Tall, Ohadata J-05-124). L'action appartient aux associés. Un tiers est incompetent (*Cour suprême du Niger (Chambre judiciaire), arrêt N° 01-158/C du 16 août 2001, SNAR-LEYMA c/ Groupe Hima Souley, Ohada jurisprudences nationales, n° 1, décembre 2004, p. 3, Ohadata-J-02-28, Voir Ohadata J-02-36*). L'exercice de l'action en nullité ne tient pas compte du nombre d'actions de l'associé. Est donc recevable, l'action en nullité d'assemblée générale intentée par une personne propriétaire d'une action (*CA Versailles, 13^e ch., 9 oct. 2003, n° 02/02624, Palmer c/ SA Campenon Bernard Construction, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2004 n° 1, P. 58, Note P. Le Cannu*). On en vient ainsi « à discerner ce qui est action en justice et ce qui est action de société » (*P. Le Cannu, note sous CA Versailles, op. cit.*).

Dès que la délibération est adoptée, toute contestation ressortit de la compétence du juge de fond. Le juge des référés devient incompetent pour annuler les délibérations d'une assemblée générale. Dès lors, il y a lieu de le déclarer incompetent (*Cour d'appel d'Abidjan, 5^e Chambre civile et commerciale, arrêt N° 32 du 13 janvier 2004, T.W. et autres c/ K.B. et K.A.L., Le Juris Ohada, n° 4/2004, octobre-décembre 2004, p. 59, Ohadata J-05-180*).

B - Assemblées générales extraordinaires

70. Il s'agit de réunions importantes pour la vie de la société. Sa convocation est obligatoire lorsque l'opportunité se présente. Dans l'ensemble elle dispose de compétences exclusives. Simplement, les décisions doivent être adoptées dans le respect des règles propres de quorum et de majorité. L'importance de décisions qui en résultent justifie qu'elles soient assujetties à la formalité de publicité, afin que les tiers soient informés des aménagements qui en découlent.

I - Obligation de convocation

71. Aucune périodicité n'est légalement imposée en matière de tenue des assemblées extraordinaires, car l'opportunité d'une modification des statuts est une question laissée à la libre appréciation des dirigeants ou des actionnaires. Cependant, dans quelques cas, le législateur impose la convocation d'une telle assemblée.

Dans le premier cas, si, du fait de pertes constatées dans les états financiers de synthèse, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, est tenu, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider si

la dissolution anticipée de la société a lieu (art. 664). Cette règle est impérative. À défaut de réunion, tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société (art. 667). Si la dissolution n'est pas prononcée, la société est tenue, au plus tard à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation des pertes est intervenue, de réduire son capital, d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pu être imputées sur les réserves si, dans ce délai, les capitaux propres n'ont pas été reconstitués à concurrence d'une valeur au moins égale à la moitié du capital social (art. 665).

Dans le second cas, les associés peuvent prononcer la dissolution anticipée de la société. La décision est prise en assemblée générale extraordinaire (art. 737).

72. La mise en harmonie des statuts aurait justifié la réunion de l'assemblée générale extraordinaire. Mais l'Acte uniforme précise toutefois qu'elle peut être décidée par l'assemblée des actionnaires ou des associés statuant aux conditions de validité des décisions ordinaires, à la condition de ne modifier, quant au fond, que les clauses incompatibles avec le droit nouveau (art. 910). L'assemblée extraordinaire retrouve sa compétence lorsqu'une transformation de la société ou une augmentation du capital par un moyen autre que l'incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission devient nécessaire (art. 911).

II - Attributions

73. L'assemblée générale extraordinaire a une compétence exclusive et souveraine en ce qui concerne la modification des statuts. Pour le reste, sa compétence est clairement encadrée et souvent partagée.

a - Compétence exclusive et souveraine en matière de modification des statuts

74. L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions. Toute clause contraire est réputée non écrite (art. 551). Dans la conception contractuelle, il est bien singulier que la simple majorité des associés puisse modifier le pacte social. Dans la conception institutionnelle de la société, la modification du pacte social étonne moins. Il reste cependant qu'il s'agit de changer un appareil juridique qui a été créé ou accepté par les premiers actionnaires (*G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, t. I, vol. II, Les sociétés commerciales, par Germain (M.) et Magnier (V.), 19^e éd., LGDJ, 2009, n° 1589*).

Aucun procédé ne permet de faire échec à ce droit de modifier les statuts, car la société doit pouvoir s'adapter aux changements de son environnement et évoluer si elle veut survivre (*Y. Guyon, Assemblées d'actionnaires, Rép. Sociétés, 2003, mise à jour 2010, op. cit., n° 290*).

et s.). Une limitation statutaire ou un préalable déterminé statutairement, en l'occurrence une proposition du conseil d'administration ou de l'administrateur général sont réputés non écrits.

75. Cette compétence exclusive connaît des limites. Lorsque la modification des statuts est dictée par une augmentation du capital, l'Acte uniforme précise que l'assemblée générale peut déléguer au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, les pouvoirs nécessaires à l'effet de réaliser l'augmentation de capital en une ou plusieurs fois, d'en fixer tout ou partie des modalités, d'en constater la réalisation et de procéder à la modification corrélative des statuts (art. 568). Par ailleurs, la fixation du prix d'émission d'actions nouvelles ou les conditions de fixation de ce prix sont déterminées par l'assemblée générale extraordinaire sur un rapport, selon le cas du conseil d'administration ou de l'administrateur général, et sur celui du commissaire aux comptes (art. 588).

En plus de ces délégations ou conditions, certaines compétences de l'assemblée générale extraordinaire doivent être conformes aux exigences légales qui limitent également la souveraineté de l'assemblée.

b - Compétences encadrées

76. L'assemblée générale extraordinaire est également compétente pour : 1°) autoriser les fusions, scissions, transformations et apports partiels d'actif ; 2°) transférer le siège social en toute autre ville de l'État partie où il est situé, ou sur le territoire d'un autre État ; 3°) dissoudre par anticipation la société ou en proroger la durée (art. 551, al. 2). Dans toutes ces hypothèses, l'assemblée générale extraordinaire doit s'assujettir aux exigences légales prévues en la matière.

77. En premier lieu, une délibération de fusion requiert, dans chacune des sociétés qui participent à l'opération, la ratification des assemblées spéciales de titulaires d'actions catégoriels, un rapport du conseil d'administration de chacune des sociétés participant à l'opération et mis à la disposition des actionnaires (art. 671). Au préalable, toute société participante est assujettie à une obligation d'information de ses actionnaires, quinze jours avant la date de l'assemblée générale extraordinaire appelée à se prononcer sur le projet. Les documents à mettre à la disposition des actionnaires au siège social de la société comprennent : 1°) le projet de fusion ou de scission ; 2°) les rapports mentionnés aux articles 671 et 672 du présent Acte uniforme ; 3°) les états financiers de synthèse approuvés par les assemblées générales ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés participant à l'opération ; 4°) un état comptable établi selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel, arrêté à une

date qui, si les derniers états financiers de synthèse se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à la date du projet de fusion ou de scission, doit être antérieure de moins de trois mois à la date de ce projet. Tout actionnaire peut obtenir, à ses frais, sur simple demande, copie intégrale ou partielle des documents susvisés (art. 674).

78. En deuxième lieu, le cas de la transformation de la société est particulier. La transformation est aussi soumise à une condition de délai puisqu'une société anonyme ne peut se transformer que si elle a au moins deux ans d'existence et si elle a fait approuver le bilan de ses deux premiers exercices (art. 690). Elle requiert l'unanimité toutes les fois qu'elle postule l'augmentation des engagements des actionnaires au-delà de leurs apports. Dans ce cas, l'accord de chaque actionnaire est requis (art. 551 al. 3). L'article 692 précise que la transformation d'une société anonyme en société en nom collectif est décidée à l'unanimité des actionnaires. Il n'est pas fait, dans ce cas, application des articles 690 et 691 du présent Acte uniforme. En l'occurrence, l'exigence de temps ou de publicité n'est pas requise. La transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée est décidée dans les conditions prévues pour la modification des statuts des sociétés de cette forme (art. 693 ; infra n° 125 et 126.). De même, l'assemblée extraordinaire ne saurait, à l'occasion d'une augmentation de capital, imposer à un actionnaire de souscrire à celle-ci sous peine d'exclusion de la société, et cela même si la survie de la société est en cause. Il est clairement disposé que les actionnaires peuvent renoncer, à titre individuel, à leur droit préférentiel de souscription au profit de personnes dénommées. Ils peuvent également renoncer à ce droit sans indication de bénéficiaires (art. 593).

79. En ce qui concerne le transfert du siège social enfin, il faut rappeler que si le transfert a lieu dans la même ville, le conseil d'administration peut l'ordonner sous réserve de ratification ou non par la prochaine assemblée ordinaire (art. 451). On remarque que, la même compétence a été attribuée au conseil d'administration, à l'assemblée générale ordinaire pour ratification et à l'assemblée extraordinaire. L'Acte uniforme ne parle pas de nationalité des sociétés. C'est sans doute parce que l'ensemble des sociétés des États parties est désormais régi par la même législation commune (Anoukaha (F.), Cisse (A.), Diouf (N.), Nguebou Toukam (J.), Pougoué (P.-G.), Samb (M.), OHADA : Sociétés commerciales et GIE, Bruylant, 2002, n° 208).

III - Réunion, quorum et majorité

80. Contrairement à l'assemblée générale ordinaire, les actionnaires ne sont pas tenus d'être titulaires d'un certain nombre d'actions pour participer aux assemblées

extraordinaires. Cependant, l'adoption des décisions est assujettie à une exigence de quorum et de majorité.

a - Participation à l'assemblée

81. Tout actionnaire peut participer aux assemblées générales extraordinaires sans qu'une limitation de voix puisse lui être opposée. Toute clause contraire est réputée non écrite (art. 552). C'est toute la différence entre les assemblées extraordinaires et les assemblées ordinaires (Cf. *supra*, n° 81 et s.).

82. Comme dans les assemblées ordinaires, on trouve dans les assemblées extraordinaires, des dispositions qui excluent du vote, et semble-t-il des débats qui le précèdent, les actionnaires qui ont un intérêt personnel à l'adoption d'une résolution. Ainsi, l'assemblée générale qui décide ou autorise une augmentation de capital peut, en faveur d'un ou de plusieurs bénéficiaires nommément désignés, supprimer le droit préférentiel de souscription pour la totalité de l'augmentation de capital ou pour une ou plusieurs tranches de cette augmentation (art. 586). Les bénéficiaires, lorsqu'ils sont actionnaires, ne prennent pas part au vote ni pour eux-mêmes, ni comme mandataires et leurs actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité (art. 587). De même, lorsque l'assemblée générale extraordinaire statue sur l'approbation d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier, les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. L'apporteur ou le bénéficiaire n'a voix délibérative ni pour lui-même, ni comme mandataire (art. 623).

b - Quorum

83. L'assemblée générale extraordinaire ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié des actions, sur première convocation, et le quart des actions, sur deuxième convocation. Lorsque le quorum n'est pas réuni, l'assemblée peut être une troisième fois convoquée dans un délai qui ne peut excéder deux mois à compter de la date fixée par la deuxième convocation, le quorum restant fixé au quart des actions (art. 553). Le droit comparé français permet de remarquer une évolution tendant à simplifier les règles sur le quorum. L'assemblée ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart, et sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant droit de vote (C. com., art. L. 225-95, al. 2, réd. L. no 2005-842 du 26 juill. 2005, art. 6).

Cependant, lorsque l'augmentation de capital est réalisée par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission, l'assemblée générale statue aux conditions

de quorum et de majorité prévues aux articles 549 et 550 du présent Acte uniforme pour les assemblées générales ordinaires (art. 565). L'article 549 postule justement que l'assemblée générale ordinaire ne délibère valablement, sur première convocation, que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis. Quant à l'article 550, il pose l'exigence de majorité dans les assemblées générales. Au risque de conduire à une paralysie de la société, toute clause augmentant le quorum paraît inopportune.

c - Majorité

84. L'assemblée générale extraordinaire statue à la majorité des deux tiers des voix exprimées. Lorsqu'il est procédé à un scrutin, il n'est pas tenu compte des bulletins blancs. Dans le cas de transfert du siège de la société sur le territoire d'un autre État, la décision est prise à l'unanimité des membres présents ou représentés (art. 554). Cette règle est impérative. Un actionnaire disposant de plus du tiers des actions a une minorité de blocage. Son opposition doit tenir compte de l'intérêt social à peine de constituer un abus.

85. De même que pour le quorum, une règle simplifiée gouverne les décisions d'augmentation de capital par incorporation des réserves (art. 565). L'assemblée statue suivant les règles de majorité prévues à l'article 550. À savoir qu'elle statue à la majorité des voix exprimées. Dans les cas où il est procédé à un scrutin, il n'est pas tenu compte des bulletins blancs dont disposent les actionnaires présents ou représentés.

IV - Publicité

86. La décision de l'assemblée générale extraordinaire est déposée au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du lieu du siège social et inscrite au registre du commerce et du crédit mobilier. Elle est publiée dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social (art. 666). La décision de transformation est soumise à publicité dans les conditions prévues pour les modifications des statuts aux articles 263 et 265 du présent Acte uniforme (art. 691). Il s'agit de publier la modification ou la transformation par avis inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'État partie du siège social. En ce qui concerne la modification des statuts, cet avis, signé par le notaire qui a reçu ou dressé l'acte modifiant les statuts ou par l'associé unique ou les associés, contient les énonciations suivantes : 1°) la raison ou la dénomination sociale de la société suivie, le cas échéant, de son sigle ; 2°) la forme de la société ; 3°) le montant du capital social ; 4°) l'adresse du siège social ; 5°) le numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ; 6°) le titre, la date, le

numéro de parution et le lieu de publication du journal dans lequel ont été publiés les avis prévus aux deux articles qui précèdent ; 7°) l'indication des modifications intervenues (art. 263). Quant à la transformation, elle donne lieu en outre à 1°) un dépôt au Greffe du tribunal chargé des affaires commerciales de l'État partie du siège social de deux exemplaires du procès-verbal de l'assemblée ayant décidé la transformation et du procès-verbal de la décision ayant désigné les membres des nouveaux organes sociaux ; 2°) une inscription modificative au registre du commerce et du crédit mobilier. Les nouveaux statuts, la déclaration de régularité et de conformité et, le cas échéant, deux exemplaires du rapport du commissaire aux comptes chargé d'apprécier la valeur des biens de la société sont également déposés au greffe. La mention de la transformation doit être signalée au bureau chargé des hypothèques si la société est propriétaire d'un ou plusieurs immeubles soumis à la publicité foncière (art. 265).

Section 2 - Assemblées spéciales

87. Les assemblées spéciales ne réunissent que les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée. Ces assemblées ont pour fonction essentielle d'approuver la modification des droits relatifs à une catégorie d'actions décidée par une assemblée générale. La décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions, n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie (art. 555). Il en est ainsi notamment en cas de reconversion des actions (art. 659) ou de fusion de sociétés (art. 671).

88. La notion de catégorie déterminée d'actions renvoie à de titres donnant des droits identiques, mais différents de ceux appartenant à l'ensemble des actionnaires (...). Il peut s'agir de catégorie déterminée par la loi. En l'occurrence, les actions de capital et les actions de jouissance (art. 653), les actions libérées et les actions non libérées ; les actions nominatives ou les actions au porteur. Il peut également s'agir des catégories déterminées par les statuts. On pense ici aux actions de priorité ou aux actions à droit de vote double et aux actions assorties d'avantages particuliers (R. Njeufack Temgwa, Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit OHADA, *Juridis périodique* n° 77/2009, p. 83 et s.). Par ailleurs, l'Acte uniforme autorise les actionnaires à émettre d'autres valeurs mobilières (art. 822). On songe entre autre aux certificats d'investissement. Bien que n'étant pas de véritables actionnaires, les titulaires de certificats d'investissement sont tout de même associés à la vie de la société émettrice. Ils peuvent dès lors se réunir en assemblée spéciale afin de prendre certaines décisions qui les intéressent collectivement.

89. Ces assemblées sont assimilées aux assemblées

extraordinaires. Pour ce qui est du quorum, l'assemblée spéciale ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié des actions, sur première convocation, et le quart des actions, sur deuxième convocation. À défaut de ce dernier quorum, l'assemblée doit se tenir dans un délai de deux mois à compter de la date fixée par la deuxième convocation. Le quorum reste fixé au quart des actionnaires présents ou représentés possédant au moins le quart des actions (art. 556).

Quant à la majorité, l'assemblée spéciale statue à la majorité des deux tiers des voix exprimées. Il n'est pas tenu compte des bulletins blancs (art. 557).

90. Bien que les actionnaires participant à l'assemblée spéciale ont, en principe, pris part pour la plupart à l'assemblée générale ayant décidé la mesure touchant aux droits spéciaux, cette assemblée demeure indispensable car, le cas échéant, on ouvrirait la porte à « un marché de dupes » (Y. Guyon, *op. cit.*, n° 362), notamment en émettant des titres dont les avantages pourraient être supprimés au seul gré de l'assemblée générale extraordinaire.

Section 3 - Assemblées des obligataires

91. Les porteurs d'obligations d'une même émission sont groupés de plein droit pour la défense de leurs intérêts dans une masse qui jouit de la personnalité juridique. En cas d'émissions successives d'obligations, la société peut, lorsqu'une clause de chaque contrat d'émission le prévoit, réunir en un groupement unique les porteurs d'obligations ayant des droits identiques (art. 785).

L'existence de la masse s'affirme par la réunion de l'assemblée générale dont les décisions prises à la majorité s'imposent à tous les obligataires de la même masse (G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. II, Les sociétés commerciales, par M. Germain et V. Magnier, 19^e éd., LGDJ, 2009, n° 1824). Cette affirmation du principe majoritaire est inconciliable avec l'idée que l'obligataire est un créancier contractuel à raison d'un contrat de prêt. Simplement, sa créance n'a pas un caractère individuel et n'est que la fraction d'un même emprunt. Le groupement est représenté selon la volonté de l'assemblée générale des obligataires qui les élit, par un à trois mandataires (art. 786).

92. L'Acte uniforme pose ici la distinction entre les assemblées ordinaires et les assemblées extraordinaires. L'assemblée ordinaire des obligataires délibère sur la nomination des représentants de la masse, la durée de leurs fonctions, la fixation s'il y a lieu de leur rémunération, de leur suppléance, leur convocation ainsi que toute mesure ayant pour objet d'assurer la défense des obligataires et l'exécution du contrat d'emprunt, sur les dépenses de gestion que ces mesures peuvent entraî-

ner, et en général toutes mesures ayant un caractère conservatoire ou d'administration (art. 803). L'assemblée extraordinaire des obligataires délibère sur toute proposition tendant à la modification du contrat d'emprunt telle que notamment : 1°) le changement de l'objet ou de la forme de la société ; 2°) sa fusion ou sa scission ; 3°) toute proposition de compromis ou de transaction sur les droits litigieux ou ayant fait l'objet de décision judiciaire ; 4°) la modification totale ou partielle des garanties ou report d'échéance ; 5°) le changement de siège social ; 6°) la dissolution de la société (art. 804).

Cette distinction est supprimée en droit français depuis la loi du 5 février 1988. Il n'y a plus ici qu'une catégorie d'assemblée, qui statue à des conditions de quorum et de majorité, quel que soit l'ordre du jour. Il reste que la doctrine africaine enseigne encore que cette distinction demeure utile (F. Anoukaha, A. Cisse, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, OHADA : Sociétés commerciales et GIE, Bruylant, 2002, n° 954).

§I - Convocation de l'assemblée

93. L'assemblée générale des obligataires d'une même masse peut être réunie à toute époque (art. 795). Il faut déterminer les personnes compétentes pour convoquer l'assemblée, préciser la forme et le contenu de la convocation et fixer l'ordre du jour.

A - Personnes compétentes pour convoquer l'assemblée

94. L'assemblée générale est convoquée par les représentants du groupement des obligataires ou, le cas échéant, par le conseil d'administration ou l'administrateur général selon le cas, ou par le liquidateur en période de liquidation. Elle peut également être convoquée à la demande des obligataires représentant au moins le trentième des titres soit par les représentants du groupement, soit par un mandataire de justice désigné par le président de la juridiction compétente (art. 796). Une évolution est perceptible au regard de l'art. 12 al. 3 du décret du 13 janvier 1938 qui conférait seulement au juge la compétence pour autoriser par ordonnance aux obligataires de convoquer eux-mêmes l'assemblée générale et d'en fixer l'ordre du jour, après expiration d'un délai de 15 jours après réception de leur demande restée sans réponse.

B - Forme et contenu de la convocation

95. La convocation de l'assemblée des obligataires est faite dans les mêmes conditions de forme et de délai que celle des assemblées d'actionnaires. Il en est

de même pour la communication aux obligataires des projets de résolution qui seront proposés et des rapports qui seront présentés à l'assemblée (art. 797).

L'avis de convocation aux assemblées contient nécessairement les indications suivantes : 1°) l'indication de l'emprunt souscrit par les obligataires dont la masse est convoquée ; 2°) les noms, prénoms et domicile de la personne qui a pris l'initiative de la convocation et la qualité en laquelle elle agit ; 3°) le cas échéant, la date de la décision de justice désignant le mandataire chargé de convoquer l'assemblée (art. 798). Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les obligataires de la masse intéressée sont présents ou représentés (art. 799).

C - Ordre du jour de l'assemblée

96. L'ordre du jour est arrêté par l'auteur de la convocation. Toutefois un ou plusieurs obligataires représentant au moins le trentième des titres ont la faculté de requérir l'inscription à l'ordre du jour de projets de résolutions. Ceux-ci sont inscrits à l'ordre du jour et soumis par le président de séance au vote de l'assemblée. L'assemblée ne peut pas délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour. Mais il paraît qu'il faille admettre ici comme en matière d'assemblée des actionnaires qu'il est possible en application de la théorie des incidents de séance de démettre de ses fonctions un représentant fautif et d'en nommer le remplaçant même lorsque cette question n'était pas inscrite à l'ordre du jour (*Anoukaha (F.), Cisse (A.), Diouf (N.), Nguebou Toukam (J.), Pougoué (P.-G.), Samb (M.)*, OHADA : Sociétés commerciales et GIE, Bruylant, 2002, n° 954). Sur deuxième convocation, l'ordre du jour ne peut être modifié.

§II - Tenue de l'assemblée

97. Le jour de l'assemblée, les obligataires constituent un bureau pour la conduite des opérations. Leur participation et l'expression de leur vote à l'assemblée ne sont assujetties à aucune condition.

A - Bureau

98. L'assemblée est présidée par un représentant du groupement. S'ils sont plusieurs, en cas de désaccord entre eux, l'assemblée est présidée par l'obligataire présent représentant le plus grand nombre de titres. En cas de convocation par un mandataire de justice, l'assemblée est présidée par ce dernier. Les règles de tenue des assemblées d'actionnaires s'appliquent en tant que de besoin aux assemblées d'obligataires. En d'autres termes, le président est entouré de deux scrutateurs, plus gros

porteurs d'obligations qui acceptent, et d'un secrétaire qui peut être choisi en dehors des obligataires. La feuille de présence est établie et les décisions doivent être consignées dans un procès-verbal. En outre, les frais de tenue des assemblées d'obligataires et de publicité des résolutions sont à la charge de la société. Il s'agit d'une évolution, mais qui peut grever considérablement le patrimoine de la société (F. Anoukaha, A. Cisse, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, OHADA : Sociétés commerciales et GIE, Bruylant, 2002, n° 959). Par le passé, l'article 32 du décret du 13 janvier 1938 posait que ces dépenses, qui ne devaient pas excéder le dixième de l'intérêt net annuel, étaient payées par la société débitrice mais pourraient être retenues sur les intérêts servis aux obligataires.

B - Participation à l'assemblée

99. Tout obligataire a le droit de participer à l'assemblée ou de s'y faire représenter par une personne de son choix. Les personnes qui ne peuvent pas représenter le groupement en vertu de l'article 787 du présent Acte uniforme, ne peuvent pas non plus représenter des obligataires à l'assemblée. On songe ici à : 1°) la société débitrice ; 2°) les sociétés ayant une participation dans la société débitrice ; 3°) les sociétés garantes de tout ou partie des engagements de la société débitrice ; 4°) les dirigeants sociaux ou les administrateurs de la société débitrice ou d'une société ayant une participation à son capital, ainsi que leurs ascendants, descendants ou conjoints ; 5°) les employés des sociétés visées ci-dessus ; 6°) le commissaire aux comptes des sociétés visées ci-dessus ; 7°) les personnes auxquelles l'exercice de la profession de banquier est interdit, ou qui sont déchues du droit de diriger, administrer ou gérer une société à un titre quelconque.

C - Exercice du droit de vote

100. Les obligataires peuvent voter en assemblée. L'article 805 al 3 pose également que « Les obligataires peuvent voter par correspondance dans les mêmes conditions et formes que les actionnaires aux assemblées d'actionnaires ». Il s'agit d'une spécificité propre aux assemblées des obligataires car, le vote par correspondance n'est pas expressément admis dans les assemblées d'actionnaires. Dans l'ensemble, les règles de quorum et de majorité sont identiques à celles en vigueur pour les assemblées d'actionnaires.

Le droit de vote attaché aux obligations est proportionnel à la quotité du montant de l'emprunt qu'elles représentent. Chaque obligation donne droit à une voix au moins. Il n'y a aucune incompatibilité entre la qualité d'actionnaire, ou même d'administrateur, et celle d'obligataire. Mais, pour éviter un vote partisan, l'interdiction est faite à la société qui détient au moins

10 % du capital de la société débitrice de voter à l'assemblée avec les obligations qu'elle détient. Il est question de ne pas influencer par trop le vote des actionnaires (*Anoukaha (F.), Cisse (A.), Diouf (N.), Nguebou Toukam (J.), Pougoué (P.-G.), Samb (M.), OHADA : Sociétés commerciales et GIE, Bruylant 2002, n° 961*). En cas de démembrement de la propriété des titres, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf stipulations contraires des parties (art. 807).

§III - Décision de l'assemblée

101. L'assemblée des obligataires délibère sur deux types de résolutions : l'une intéresse exclusivement les obligataires et l'autre concerne la vie de la société.

102. Dans la première hypothèse, l'assemblée délibère sur la nomination (art. 786), la rémunération (art. 794) et la révocation des représentants du groupement (art. 789). Toutefois, les assemblées ne peuvent ni accroître les charges des obligataires, ni établir un traitement inégal entre les obligataires d'une même émission (art. 808).

103. Quant aux décisions qui concernent la vie de la société, il est posé le principe que les obligataires ne peuvent exercer de contrôle individuel sur les opérations de la société ou obtenir communication des documents sociaux. Ils ont le droit, à leurs frais, d'obtenir auprès de la société, copie des procès-verbaux et des feuilles de présence des assemblées d'obligataires du groupement dont ils font partie (art. 813). En revanche, ils sont consultés lorsque la société envisage de prendre certaines décisions jugées particulièrement importantes et de nature à influencer les intérêts des obligataires.

Il s'agit en l'occurrence du changement de la forme et de l'objet de la société, de la fusion ou scission de la société. Dans ces hypothèses, l'assemblée des obligataires donne son avis sans pouvoir véritablement s'opposer à la réalisation du projet qui lui a été soumis. Si elle désapprouve les propositions de la société au changement de sa forme ou de son objet, la société peut passer outre en remboursant les obligations avant la réalisation du changement de forme ou d'objet (art. 809). La solution est plus nuancée lorsque l'assemblée des obligataires désapprouve les propositions relatives à la fusion ou la scission de la société. En principe, la société peut passer outre et les obligataires conservent leur qualité d'obligataires dans la société absorbante ou dans la société nouvelle résultant de la fusion ou dans les sociétés résultant de la scission selon le cas. Lorsque la société décide de passer outre au refus d'approbation par l'assemblée générale des obligataires, le président-directeur général, le directeur général ou l'administrateur général selon le cas, doit en informer le représentant de la masse des obligataires par lettre au porteur contre récépissé ou lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le groupement des obligataires peut faire opposition

à la fusion ou à la scission auprès du président de la juridiction compétente. Celui-ci rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des obligations, soit la constitution de garanties si la société absorbante ou la société qui se scinde en offre et qu'elles sont jugées suffisantes (art. 810). Si la solution tient au remboursement, la société encourt la déchéance du terme comme un débiteur qui diminue par son fait les sûretés dues à son créancier. De ce fait, les obligataires paraissent avoir droit au montant nominal de leurs titres, même si ceux-ci ont été émis pour un prix inférieur (G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. II, *Les sociétés commerciales*, par M. Germain et V. Magnier, 19^e éd., LGDJ, 2009, n° 1824).

En cas de dissolution de la société non provoquée par une fusion ou une scission, le remboursement des obligations devient aussitôt exigible (art. 811). Si la dissolution de la société est la conséquence d'une procédure collective, en l'occurrence la liquidation des biens ou le redressement judiciaire, les représentants du groupement des obligataires sont habilités à agir en son nom. Ils déclarent au passif de la liquidation des biens ou du redressement judiciaire de la société pour tous les obligataires du groupement, le montant des sommes en capital et en intérêts dues par la société aux obligataires du groupement. Ils ne sont pas tenus de fournir les titres des obligataires du groupement à l'appui de leur déclaration. En cas de difficulté tout obligataire peut demander au président de la juridiction compétente de nommer un mandataire de justice chargé de procéder à cette déclaration et de représenter le groupement. (art. 792). C'est dans cette optique que l'article 812 AUDSCGIE postule que « Le redressement judiciaire de la société ne met pas fin au fonctionnement et au rôle de l'assemblée générale des obligataires ». À la fin des opérations de liquidation et notamment en cas de clôture pour insuffisance d'actif, le représentant du groupement ou le mandataire de gestion désigné, recouvre les droits des obligataires. Les frais entraînés par la représentation des obligataires au cours de la procédure de liquidation des biens ou de redressement judiciaire de la société incombent à celle-ci et sont considérés comme frais d'administration judiciaire (art. 793).

Chapitre II - Assemblées de sociétés à responsabilité limitée

104. La SARL est une société commerciale par la forme, de nature hybride. Elle participe à la fois de la nature des sociétés de personnes et de celles de sociétés de capitaux. On comprend que dans cette société, les décisions collectives soient prises aussi bien en assemblée, que par consultations écrites. En effet, les statuts

peuvent prévoir que toutes les décisions ou certaines d'entre elles seront prises par consultation écrite des associés, excepté le cas de l'assemblée générale annuelle (art. 333). Exceptée l'hypothèse de l'assemblée annuelle, les décisions collectives sont prises soit par consultation écrite, soit en assemblée suivant les stipulations statutaires. Lorsqu'il y a lieu à la réunion d'une assemblée, il faut distinguer suivant que la décision impose une assemblée ordinaire ou une assemblée extraordinaire.

Section 1 - Assemblées générales ordinaires

105. L'assemblée générale ordinaire est destinée à approuver ou non le bilan annuel de l'entreprise ou à prendre des décisions pour le fonctionnement courant de la société : en l'occurrence la rémunération du ou des gérants, les contrats entre les dirigeants ou assimilés et la société. On remarque que le procédé de l'assemblée n'est pas imposé par la loi sauf dans certains cas bien déterminés. En l'occurrence lorsqu'il s'agit de l'assemblée générale annuelle chargée d'approuver les comptes de l'exercice ; lorsque la réunion de l'assemblée est demandée par un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales ou détenant, s'ils représentent au moins le quart des associés, le quart des parts sociales (art. 237 al. 2) ; lorsqu'un associé demande en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour (art. 2237 al. 3).

106. En cas de consultation écrite, le texte des résolutions proposées ainsi que les documents nécessaires à l'information des associés sont adressés à chacun d'eux dans les mêmes conditions que celles prévues à l'occasion de l'assemblée. Les associés disposent d'un délai minimal de quinze jours à compter de la date de réception des projets de résolutions pour émettre leur vote (art. 340).

Dans tous les cas, les associés doivent être régulièrement convoqués et suffisamment informés en fonction de la nature des décisions à prendre.

§I - Convocation

107. Les associés sont convoqués quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Il s'agit d'un temps de réflexion accordé aux associés pour émettre un vote éclairé. Ce délai est irréductible. Ainsi a été annulée une assemblée convoquée quatorze et non quinze jours à l'avance (*Cass. Com.*, 6 juill 1983, *Rev. Sociétés*, 1984, 76, *note Guyon (Y.)* ; *D.* 1985, *IR*, 135, *note Bousquet (J.-C.)*).

La convocation est effectuée normalement par le gérant. Il est prévu qu'il puisse effectuer cette convocation à la demande d'un ou plusieurs associés détenant la

moitié des parts sociales ou détenant, s'ils représentent au moins le quart des associés, le quart des parts sociales. Dans le cas où la tenue de l'assemblée est demandée par les associés, le gérant la convoque avec l'ordre du jour indiqué par les demandeurs. Deux moyens permettent de remédier à l'inaction du ou des gérants. Le commissaire aux comptes s'il en existe un, peut et même doit, convoquer les associés. Tout associé peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour (art. 337 al. 3). En vertu des dispositions de l'article 337 al. 3 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au G.I.E., le juge des référés a compétence pour désigner un mandataire pour convoquer une assemblée générale ordinaire pour pallier la carence du gérant statutaire (*Tribunal régional hors classe de Dakar – audience du 28 octobre 2002 –*, jugement n° 1364, *Papa Balle Diouf contre Mamadou SY, obada.com., Ohadata J-05-39*).

L'indication de l'ordre du jour est impérative à peine de nullité de la convocation. Il s'agit d'une hypothèse d'application de la nullité absolue en droit des sociétés. Dans l'ensemble, on sait que l'Acte uniforme introduit plutôt le système de nullité facultative en droit des sociétés. Dans cette perspective, « toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés » (art. 339). Cependant, il n'est pas utile de fixer dans l'ordre du jour le point de la révocation du gérant, ce dernier point pouvant être discuté dans les questions diverses, dès lors que les associés représentant plus de la moitié du capital étaient présents, avaient pouvoir, conformément aux dispositions de l'article 326, de révoquer le gérant, la modification des statuts n'étant pas nécessaire à cette fin (*Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 327 du 19 février 2003, Pèdre Diop contre Oumar Seck et BAG SARL*). Cependant, il ne suffit pas que la décision de révocation soit régulière sur le plan de la forme, elle doit l'être aussi sur le plan du fond, notamment être fondée sur un juste motif (*CCJA, arrêt n° 008/2003, 24 avril 2003, A.K. c/H.M., note A. Kenmogne Simo, in P. G. Pougoué et S.S. Kuaté Tameghé (dir.), Les grandes décisions de la CCJA, L'Harmattan, 2010, p. 187 et s.*)

§II - Information des associés

108. Les associés ont un droit d'information permanent sur les affaires sociales. Préalablement à la tenue des assemblées générales, ils ont en outre un droit de communication.

109. En ce qui concerne l'assemblée générale annuelle, le droit de communication porte sur les états financiers de synthèse de l'exercice et le rapport de gestion établis par le gérant, sur le texte des résolutions proposées et, le cas échéant, sur le rapport général du commissaire aux comptes ainsi que sur le rapport spécial du commissaire

aux comptes relatif aux conventions intervenues entre la société et un gérant ou un associé. Le droit de communication s'exerce durant les quinze jours précédant la tenue de l'assemblée générale. À compter de la date de communication de ces documents, tout associé a le droit de poser par écrit des questions auxquelles le gérant sera tenu de répondre au cours de l'assemblée.

110. En ce qui concerne les assemblées autres que l'assemblée annuelle, le droit de communication porte sur le texte des résolutions proposées, le rapport du gérant et, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes. Ce droit d'information est complété par la disposition qui permet à l'associé, à toute époque, d'obtenir copie de documents sociaux relatifs aux trois derniers exercices (art. 345). La réponse du gérant est communiquée au commissaire aux comptes. Il s'agit dans ce dernier cas, du droit à l'information permanente reconnue aux associés. De même, tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. L'ordonnance française du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières a créé une nouvelle injonction de faire, « permettant de demander au président du tribunal statuant en matière de référé soit d'enjoindre sous astreinte au liquidateur ou au gérant, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication » (art. L. 238-1, C. com). Sans que cette procédure soit expressément indiquée dans l'Acte uniforme, on peut penser que le juge compétent en cas d'inertie ou d'obstruction du ou des gérants sera le juge de référé et pourrait prononcer une injonction au gérant indélicat ou le cas échéant, nommer un mandataire à cette fin.

§III - Nature des décisions prises en assemblée ordinaire

111. Les décisions prises par les associés en assemblée générale ordinaire portent essentiellement sur l'approbation des comptes annuels et les conventions entre la société et l'un de ses gérants ou associés.

A - Approbation des comptes annuels

112. L'assemblée générale annuelle se réunit dans les six mois de la clôture de l'exercice. Les gérants peuvent demander une prolongation de ce délai au président de la juridiction compétente statuant sur requête (art. 348). À compter de la communication de documents (états financiers de synthèse de l'exercice et rapport de gestion établi par le gérant, texte des résolutions proposées et, le cas échéant, rapport général du commissaire aux comptes ainsi que le rapport spécial du commissaire aux comptes relatifs aux conventions intervenues entre la société et un gérant ou un associé), tout associé a

le droit de poser par écrit des questions auxquelles le gérant sera tenu de répondre au cours de l'assemblée (art. 345 al. 3).

En droit comparé, notamment français, l'art. L. 232-22 dispose que « toute société à responsabilité limitée est tenue de déposer, en double exemplaire, au greffe du tribunal, pour être annexés au registre du commerce et des sociétés, dans le mois qui suit l'approbation des comptes annuels par l'assemblée ordinaire des associés ou par l'associé unique : 1° Les comptes annuels, le rapport de gestion et, le cas échéant, les comptes consolidés, le rapport de gestion du groupe, les rapports des commissaires aux comptes sur les comptes annuels et les comptes consolidés, éventuellement complétés de leurs observations sur les modifications apportées par l'assemblée ou l'associé unique aux comptes annuels qui leur ont été soumis ; 2° La proposition d'affectation du résultat soumise à l'assemblée ou à l'associé unique et la résolution d'affectation votée ou la décision d'affectation prise. Lorsque l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance de la société, il est fait exception à l'obligation de déposer le rapport de gestion qui doit toutefois être tenu à la disposition de toute personne qui en fait la demande. En cas de refus d'approbation ou d'acceptation, une copie de la délibération de l'assemblée ou de la décision de l'associé unique est déposée dans le même délai ». Le greffier fait insérer immédiatement au BODACC un avis annonçant ce dépôt.

Cette exigence n'est pas prescrite en droit OHADA en ce qui concerne la SARL. Elle l'est pourtant en ce qui concerne la société anonyme (art. 269 AUDSCGIE).

B - Conventions entre la société et l'un de ses gérants ou associés

113. L'assemblée générale délibère sur le sort des conventions dites réglementées. Les conventions interdites demeurent clairement frappées de nullité de plein droit.

I - Conventions réglementées

114. L'assemblée générale ordinaire se prononce sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés. À cet effet, le ou les gérants ou s'il en existe un, le commissaire aux comptes présentent à l'assemblée générale ordinaire annuelle ou joignent aux documents communiqués aux associés, un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés (art. 350). La même disposition s'applique pour les conventions intervenues avec une entreprise individuelle dont le propriétaire est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée (al. 3,

art. 350) ; il en est de même pour les conventions intervenues avec une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou secrétaire général est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée (al. 4, art. 350).

Toutefois, l'autorisation de l'assemblée générale ordinaire n'est pas nécessaire lorsque les conventions portent sur des opérations courantes conclues à des conditions normales. Les opérations courantes sont celles qui sont effectuées par une société, d'une manière habituelle, dans le cadre de ses activités. Les conditions normales sont celles qui sont appliquées, pour des conventions semblables dans la société en cause ou, éventuellement, dans les sociétés du même secteur (art. 352).

S'il existe un commissaire aux comptes, il est avisé des conventions conclues, dans un délai d'un mois à compter de la conclusion desdites conventions. Lorsque l'exécution de conventions conclues au cours d'exercices antérieurs est poursuivie au cours du dernier exercice, le commissaire aux comptes est informé de cette situation dans le délai d'un mois à compter de la clôture de l'exercice (art. 351).

115. Le contrôle de ces conventions s'exerce alors a posteriori à l'occasion d'un vote de l'assemblée des associés. Il y a là une différence essentielle avec les sociétés anonymes dans lesquelles les conventions réglementées requièrent une autorisation préalable du conseil d'administration (supra n° 59). Le gérant ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes, dresse un rapport aux associés qui contient l'énumération des conventions soumises à l'approbation de l'assemblée ; l'identification des parties à la convention et le nom des gérants ou associés intéressés, la nature et l'objet de la convention, les modalités essentielles de ces conventions, notamment l'indication des prix ou tarifs pratiqués, des ristournes et commissions consenties, des délais de paiement accordés, des intérêts stipulés, des sûretés conférées et, le cas échéant, toutes autres indications permettant aux associés d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées ; l'importance des fournitures livrées ou des prestations de services fournies ainsi que le montant des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice en exécution des conventions conclues au cours d'exercices antérieurs et dont l'exécution s'est poursuivie au cours du dernier exercice (art. 353).

Les conventions non approuvées par l'assemblée produisent néanmoins leurs effets, à charge pour le gérant ou l'associé contractant de supporter individuellement ou solidairement, selon le cas, les conséquences du contrat préjudiciables à la société. On remarque que le non-respect de la procédure de contrôle des conventions réglementées n'entraîne pas l'annulation du contrat litigieux mais cela n'interdit nullement pas d'invoquer sa nullité pour un autre motif. La convention pourra ainsi être annulée pour un motif tiré du non-respect des conditions de validité des contrats

(consentement vicié, incapacité, illicéité de la cause ou de l'objet) ou du droit des sociétés (un abus de majorité par exemple). Il faudra donc placer la discussion sur un autre terrain et soutenir que la convention est infectée par un abus de majorité (grief le plus probable) ou que sa cause est illicite. À l'égard de la société, il reste que la convention non approuvée et qui produit des conséquences préjudiciables à la société justifie que soit engagée la responsabilité individuelle ou solidaire du gérant ou de l'associé contractant. Cela signifie que la sanction n'est que facultative et ne devrait pas s'appliquer lorsque le contrat s'est révélé utile pour la société (Pougoué (P.-G.), NGuebou-Toukam (J.), et Anoukaha (F.), Commentaire sous art. 355, AUDSCGIE, in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, 3^e éd., Juriscope, 2008, p. 434). On enseigne que la nullité ou l'inopposabilité serait effectivement une sanction mal adaptée parce que, la plupart du temps, la convention a déjà reçu au moins un commencement d'exécution lorsque les associés statuent (G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, t. I, vol. II, Les sociétés commerciales, par Germain (M.) et Magnier (V.), 19^e éd., LGDJ 2009, n° 1326). L'action en responsabilité doit être intentée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de la convention ou, si elle a été dissimulée, de sa révélation. Lorsque la société ne comprend qu'un seul associé et que cette convention est conclue avec lui, il en est seulement fait mention sur le registre des délibérations (art. 355).

II - Conventions interdites

116. Certaines conventions paraissent plus dangereuses pour la société. Aussi, l'article 356 dispose que, « à peine de nullité du contrat, il est interdit aux personnes physiques, gérantes ou associées, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte-courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa premier du présent article, ainsi qu'à toute personne interposée ». La nullité ainsi posée est une nullité absolue, qui peut être invoquée par les associés et par les tiers, mais que la société ne peut pas opposer aux tiers de bonne foi (Cass.com., 25 avril 2006, Bull. July 2006, 1024, note Hallouin).

§IV - Modalités de prise des décisions

117. L'assemblée des associés est présidée par le gérant ou par l'un des gérants. Si aucun des gérants n'est associé, elle est présidée par l'associé présent et acceptant qui possède le plus grand nombre de parts sociales et, en cas d'égalité, par le plus âgé (art. 341).

118. L'Acte uniforme aménage les modalités d'exercice par les associés de leur droit de vote. Chaque associé a le droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède. S'il n'y a qu'un associé unique, il prend seul les décisions de la compétence de l'assemblée. Contrairement aux solutions admises dans les sociétés anonymes, il n'est donc pas possible de subordonner l'accès aux assemblées ordinaires à la possession d'un nombre minimum de parts, ni de conférer un droit de vote double à certaines parts (sur le droit de vote double dans la société anonyme, supra n° 49, 66, 88). Le principe d'égalité proportionnelle dans l'exercice du droit de vote est d'ordre public.

119. La représentation d'un associé a été suffisamment encadrée. Les précautions prises sont destinées à éviter les indésirables. Il faut se souvenir que la société à responsabilité limitée est une société hybride où la considération de la personne garde une place suffisante dans le régime de fonctionnement. Un associé peut se faire représenter par son conjoint, à moins que la société ne comprenne que les deux époux. Sauf si les associés sont au nombre de deux, un associé peut se faire représenter par un autre associé. Il ne peut se faire représenter par une autre personne que si les statuts le permettent (art. 334 al. 2 et 3). Le mandat donné à un autre associé ou à un tiers ne vaut que pour une seule assemblée ou pour plusieurs assemblées successives, convoquées avec le même ordre du jour (art. 335). Un associé ne peut constituer un mandataire pour voter du chef d'une partie de ses parts et voter en personne du chef de l'autre partie (art. 336). Il s'agit de dispositions impératives dont la violation qui n'entraîne pas la nullité, rend la disposition contraire non écrite.

120. Certes, l'Acte uniforme n'insiste pas spécialement sur les conditions d'exercice du droit de vote lorsque les parts sociales sont l'objet de droits concurrents, en l'occurrence, l'indivision, l'usufruit, le gage. Mais il faut se référer aux règles générales posées par les articles 127 et 128 de l'Acte uniforme (Cf. supra n° 5).

La spécificité de la société à responsabilité limitée tient à la détermination de la majorité nécessaire à l'adoption des décisions collectives ordinaire. En principe, aucun quorum n'est exigé de la loi. Dans les assemblées ordinaires ou lors des consultations ordinaires écrites, les décisions sont adoptées par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié du capital. Si cette majorité n'est pas obtenue, et sauf stipulation contraire des statuts, les associés sont, selon le cas, convoqués ou consultés une seconde fois et les décisions sont prises à la majorité des votes émis, quelle que soit la proportion de capital représentée (art. 349 al 1 et 2).

Toutefois, certaines décisions considérées comme graves et importantes justifient des règles spéciales et dans certains cas, l'exigence du quorum est rétablie. C'est le cas de la révocation des gérants qui ne peut, dans

tous les cas, intervenir qu'à la majorité absolue (art. 349 al. 3). L'article 326 précise que cette majorité absolue est constituée lorsque les associés représentent plus de la moitié des parts sociales. C'est également le cas lors de la cession des parts sociales. L'article 319 al. 1^{er} dispose que « les statuts organisent librement les modalités de transmission des parts sociales à titre onéreux à des tiers étrangers à la société. À défaut, la transmission ne sera possible qu'avec le consentement de la majorité des associés non cédants représentant les trois quarts des parts sociales, déduction faite des parts de l'associé cédant ». C'est encore le cas de la nomination du gérant non statutaire. Cette nomination faite par un acte postérieur est prise, à moins qu'une clause statutaire n'exige une majorité supérieure, à une majorité des associés représentant plus de la moitié du capital (art. 323 al 2).

Section 2 - Assemblées générales extraordinaires

121. Les assemblées générales extraordinaires sont destinées à prendre des décisions graves. Il s'agit d'une instance souveraine qui se caractérise au niveau des règles de vote des associés et des décisions prises.

§I - Règles générales relatives au vote des associés

122. Ces règles générales portent sur la détermination du quorum et de la majorité. Les décisions collectives extraordinaires ont pour objet de statuer sur la modification des statuts. La prise de ces décisions exige une majorité plus importante. Toutefois, lorsque la société ne comprend qu'un seul associé, il est fait application des dispositions sur la société anonyme unipersonnelle, en l'occurrence, les décisions sont prises par l'associé unique.

La règle de principe énonce que « les modifications des statuts sont décidées par les associés représentant au moins les trois quarts du capital social. Toute clause contraire est réputée non écrite » (art. 358). L'hypothèse d'une majorité plus faible en seconde convocation si la majorité n'est pas acquise est exclue. Ainsi un associé ou un groupe d'associés qui possède 25 % des parts sociales plus une a la possibilité de bloquer le projet soumis au vote de l'assemblée. Cependant, il peut être poursuivi par les autres pour abus de minorité (supra n° 12).

À titre exceptionnel, l'unanimité est requise en cas d'augmentation des engagements des associés, de transformation de la société en société en nom collectif et de transfert du siège social dans un État autre qu'un État partie (art. 359).

Il reste que certaines décisions extraordinaires sont prises suivant la règle de la majorité simple. Il s'agit de la décision d'augmenter le capital par incorporation de bénéfices ou de réserves prises par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales (art. 360).

123. Dans l'ensemble, les décisions extraordinaires présentent un intérêt fiscal. L'article 575 al 5 du Code général des impôts camerounais énonce qu'« en cas de modification dans la constitution sociale, de changement, d'émission de titre nouveau, d'augmentation et de diminution de capital, lesdites sociétés doivent en faire la déclaration dans un délai d'un mois, à compter de la date d'enregistrement de l'acte au centre des impôts qui a reçu la déclaration primitive et déposer en même temps un exemplaire de l'acte modificatif ». Cette déclaration permet à l'administration fiscale de déterminer en tenant compte des évolutions intervenues dans la vie de la société, les valeurs sur lesquelles sont assis les droits proportionnels, progressifs ou dégressifs (art. 294 CGI).

§II - Nature des décisions prises en assemblée extraordinaire

124. Les décisions prises en assemblée extraordinaire postulent essentiellement une modification des statuts. Elles sont généralement caractéristiques de modifications de capital ou de transformation de la société.

A - Modifications de capital

125. La modification peut être constitutive d'une augmentation du capital ou d'une réduction du capital.

En ce qui concerne l'augmentation du capital, on observe que la gamme d'instruments de financement de la SARL est réduite. La SARL ne peut augmenter son capital que par souscription d'apports en numéraire, en nature ou par incorporation des bénéfices et des réserves au capital. Dans le cas particulier de l'augmentation par apports en nature, l'Acte uniforme précise que l'apporteur en nature ne prend pas part au vote de la résolution approuvant son apport. Ses parts sociales ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Il faut relever qu'avant de voter cette approbation, l'apport en nature doit être évalué par un commissaire aux apports si l'ensemble des apports est supérieur à cinq millions (5 000 000) de francs CFA. À défaut d'évaluation faite par un commissaire aux apports ou s'il est passé outre à cette évaluation, les associés sont responsables indéfiniment et solidairement de l'évaluation faite pendant une période de cinq ans. L'assemblée ne peut réduire la valeur des apports ou des avantages particuliers qu'à l'unanimité des souscripteurs et avec le consentement exprès de l'apporteur ou du bénéficiaire mentionné au procès-verbal. À défaut l'augmentation n'est pas réalisée (art. 365).

Lorsque la société fait face à des pertes, elle peut procéder à la réduction du capital. La réduction du capital peut être réalisée par réduction du nominal des parts sociales, ou par diminution du nombre de parts. En cas de consultation écrite, le projet de réduction du capital

est adressé aux associés dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article 340 ci-dessus. Simplement, le texte des résolutions proposées ainsi que les documents nécessaires à l'information des associés sont adressés à chacun d'eux quinze jours au moins avant par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

La modification du capital tient aussi à sa variation notamment lorsque, du fait des pertes constatées dans les états financiers de synthèse, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social. Dans ce cas, le gérant ou, le cas échéant, le commissaire aux comptes, doit dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, consulter les associés sur l'opportunité de prononcer la dissolution anticipée de la société (art. 371). Encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, sciemment, lorsque les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social du fait des pertes constatées dans les états financiers de synthèse, n'auront pas fait convoquer, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des états financiers de synthèse ayant fait apparaître ces pertes, l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider, s'il y a lieu, la dissolution anticipée de la société (art. 901). À défaut par les gérants ou commissaire aux comptes de provoquer une décision, ou si les associés n'ont pu délibérer valablement, tout intéressé peut demander à la juridiction compétente de prononcer la dissolution de la société. Il en est de même si la reconstitution des capitaux propres n'est pas intervenue dans les délais prescrits.

B - Transformation de la société

126. L'article 374 pose que « la société à responsabilité limitée peut être transformée en société d'une autre forme. La transformation ne donne pas lieu à création d'une personne morale nouvelle. La transformation de la société ne peut être réalisée que si la société à responsabilité limitée a, au moment où la transformation est envisagée, des capitaux propres d'un montant au moins égal à son capital social et si elle a établi et fait approuver par les associés les bilans de ses deux premiers exercices ». En se référant aux articles 359 al. 2 et 181 al 3, les décisions de transformation en société en nom collectif sont prises à l'unanimité (*Isabelle Riassetto, Typologie des transformations, Bull. Joly sociétés, 1^{er} avril 2010 n° 4, p. 389 et s; Dondero (B.), La transformation vue de l'intérieur (le sort des associés, des organes sociaux et des titres de la société transformée), Bull. Joly sociétés, 1^{er} avril 2010, n° 4, p. 400; Paul Le Cannu, La transformation et les tiers, Bull. Joly sociétés, 1^{er} avril 2010, n° 4, P. 415; Jean-Philippe Dom, La transformation, acte d'un montage, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} avril 2010, n° 4, p. 409*). Sur la survie de la personne morale, la jurisprudence décide clairement que doit être cassé pour violation de la loi l'arrêt dans lequel la Cour d'appel a

rejeté la demande en saisie conservatoire d'une société au motif que celle-ci n'avait plus de personnalité juridique du fait de sa transformation, alors que la transformation régulière d'une SA en SARL n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle et que la capacité d'ester en justice s'attache à la personne morale en tant que sujet de droit quelle que soit sa forme juridique (*Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 1343 FSPB, SARL Sofidc et autre c/X et Y, Bull. Joly Sociétés, 01 déc. 2004, n° 12, p. 1508, Note J.-J. Daigre*).

Chapitre III : Assemblées de sociétés à risques illimités (SNC et SCS)

127. Il s'agit de la société à nom collectif (SNC) et de la société en commandite simple (SCS). L'Acte uniforme n'organise pas rigoureusement la réunion en assemblée dans ces sociétés. Il reste que des décisions qui dépassent les pouvoirs du ou des gérants doivent être prises par la collectivité des associés. C'est le cas des décisions de cession des parts sociales qui exigent le consentement unanime des associés ou suivant la procédure de rachat aménagée par les statuts pour permettre le retrait de l'associé cédant (art. 274). C'est également le cas des décisions de nomination ou de révocation des gérants ou de rémunération des gérants, des décisions de modification des statuts, etc.

Les associés disposent d'une totale liberté qu'il s'agisse de déterminer la forme de décisions ou des conditions de prise de ces décisions. Simplement, des sanctions interviennent lorsque les formes et les conditions choisies ou exceptionnellement imposées par la loi n'ont pas été respectées.

Section 1 - Formes de décisions collectives

128. Aucune distinction n'est faite entre décisions ordinaires et décisions extraordinaires. L'Acte uniforme précise simplement que « toutes décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants sont prises à l'unanimité des associés » dans les sociétés en nom collectif (art. 283 al. 1) ou « par la collectivité des associés » dans les sociétés en commandite simple (art. 302).

129. Le mutisme de l'Acte uniforme autorise à penser que les associés disposent d'une grande liberté qui leur permet de choisir entre la réunion en assemblée et la consultation par correspondance, ces deux formules pouvant d'ailleurs être utilisées selon les circonstances : la réunion d'une assemblée pour les décisions les plus graves ; la consultation par écrit pour les autres (*Gibirila (D.), Commandite simple (Société en), Rép. Sociétés, 2003, mise à jour 2009, n° 117*).

Les statuts organisent la prise de décision par la collectivité des associés quant aux modalités de consultation, en assemblée ou par consultation écrite. À ce principe sont apportées deux exceptions. D'une part, l'Acte uniforme exige la tenue de l'assemblée générale annuelle, dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice, au cours de laquelle le rapport de gestion, l'inventaire et les états financiers de synthèse établis par les gérants sont soumis à l'approbation de l'assemblée des associés. Pour le reste, les décisions collectives sont prises soit en assemblée, soit par correspondance suivant les modalités définies par les statuts. D'autre part, la réunion d'une assemblée de tous les associés est de droit, si elle est demandée soit par l'un des associés dans les SNC (art. 284) ou par un associé commandité, soit par le quart en nombre et en capital des associés commanditaires dans les SCS (art. 302 al. 3).

Finalement, les décisions collectives interviennent lorsque l'acte social excède les pouvoirs des gérants ; lorsque l'objet porte sur la modification des statuts ou l'approbation des comptes annuels.

Section 2 - Conditions de prise des décisions

130. Les statuts définissent les règles relatives aux modalités de consultation, aux quorums et aux majorités.

La convocation des associés est indispensable. Lorsque les décisions sont prises en assemblée générale, l'assemblée générale est convoquée par le ou l'un des gérants au moins quinze jours avant sa tenue, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La convocation indique la date, le lieu de réunion et l'ordre du jour (art. 286 pour la SNC et art. 303 pour la SCS). Lorsque l'assemblée doit statuer sur les comptes de l'exercice écoulé, la convocation est adressée au plus tard quinze jours avant la réunion. Elle doit en indiquer l'ordre du jour. Cette assemblée doit se réunir dans les six mois de la clôture dudit exercice (art. 288). Au regard de la nature de la société, il est toutefois concevable de convoquer verbalement les associés, dès lors qu'en toute certitude ils seront tous présents ou représentés à l'assemblée (*D. Gibirila, Nom collectif (Société en), Rép. Sociétés, 2003, mise à jour 2010, n° 216*).

Une exigence d'information préalable des associés est prescrite avant la réunion de l'assemblée. Le cas particulier de l'assemblée générale annuelle implique au préalable que les documents essentiels, en l'occurrence, le rapport de gestion, l'inventaire et les états financiers de synthèse établis par les gérants, le texte des résolutions proposés ainsi que, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes, soient communiqués aux associés au moins quinze jours avant la tenue de l'assemblée. Les auteurs enseignent que ces dispositions relatives à la tenue de l'assemblée annuelle ne peuvent recevoir application par voie d'analogie aux autres modalités de prise de décisions collectives qu'en cas de mutisme des

statuts ; le délai fixé à cet effet peut être abrégé en cas d'urgence (*F. Derrida, Nom collectif (Société en), Rép. Sociétés, 1996, n° 196*). Ce droit d'information préalable spécifique aux assemblées, ajoute simplement au droit d'information permanente reconnu aux associés non gérants qui ont le droit de consulter, au siège social, deux fois par an, tous les documents et pièces comptables ainsi que les procès-verbaux des délibérations et des décisions collectives. Ils peuvent prendre copie à leur frais de ces documents (art. 289).

131. En principe, les décisions sont prises à l'unanimité des associés dans les sociétés en nom collectif pour toutes les décisions importantes, en l'occurrence les décisions relatives à la cession de parts sociales de la SNC, la révocation du gérant associé si tous les associés sont gérants et s'il est nommé par les statuts, et les décisions de modification des statuts notamment lorsque l'augmentation des engagements des associés est envisagée. Cette règle de l'unanimité se justifie par le caractère indéfini et solidaire de la responsabilité des membres d'une SNC.

Exceptionnellement, les décisions collectives obéissent à la règle de la majorité. Cette majorité est clairement déterminée en ce qui concerne l'assemblée générale annuelle statuant sur les comptes de l'exercice. Il est notamment disposé qu'elle ne peut valablement se tenir que si elle réunit une majorité d'associés représentant la moitié du capital social. Elle est présidée par l'associé représentant par lui-même ou comme mandataire le plus grand nombre de parts sociales (art. 288 al. 3 pour la SNC et 306 al. 3 pour la SCS).

Dans les autres situations, l'Acte uniforme ne règle pas le problème relatif à la majorité requise. C'est le cas en ce qui concerne les délibérations d'associés fixant la rémunération des gérants. Il est simplement disposé que sauf clause contraire des statuts ou d'une délibération des associés, la rémunération des gérants est fixée par les associés, à la majorité en nombre et en capital des associés (art. 278 al 2). C'est également le cas pour la révocation du gérant où la disposition précédente est reprise (art. 280 al 2 et 3).

Une totale liberté est ainsi laissée aux associés sur ce point pour la détermination précise de la majorité. Mais il s'agit ici cumulativement d'une double majorité. D'abord une majorité d'associés et une majorité en capital. On sait que dans ce type de société, le capital social n'est pas exigé et surtout, les associés sont indéfiniment et solidairement responsables des engagements sociaux. Du coup, l'exigence d'une majorité en capital paraît bien curieuse, mais permet de tenir compte de l'importance de certains associés, tout au moins dans leurs rapports internes. Cette double exigence se comprend lorsqu'il s'agit de vote des commanditaires dans une société en commandite simple. C'est le cas à l'occasion des modifications de statuts qui doivent être décidées avec le consentement de tous les associés commandités et la majorité en nombre et en capital des associés com-

manditaires (art. 305). C'est en réalité la seule différence notable de régime entre la société en nom collectif et la société en commandite simple qui permet à cette dernière de mettre en exergue le caractère dual de ses associés.

Il reste que les associés jouissent dans ce cadre d'une totale liberté pour préciser cette double majorité. Soit la majorité simple en capital et les deux tiers en nombre, soit les trois cinquièmes en capital et les quatre cinquièmes en nombre. Dans l'ensemble, il serait toujours bienvenu que la majorité en nombre soit importante, notamment lorsqu'il s'agit des associés en nom, dans la mesure où les engagements sociaux entraînent à leur égard une responsabilité indéfinie et solidaire.

132. En principe, chaque associé dispose dans les délibérations d'une voix, quelle que soit l'importance de son apport. Mais en référence à l'article 129, les statuts peuvent stipuler que les droits de vote de chaque associé sont proportionnels à sa participation au capital de la société. Dès lors, chaque associé a autant de voix que de parts sociales. Seulement, cette proportionnalité serait vite bridée par la règle de l'unanimité qui frappe les associés en nom et ne s'exprime que dans les circonstances où la loi et les statuts organisent la prise de décision suivant la règle de la majorité.

133. Lorsque la décision est prise, elle donne lieu à signature du procès-verbal par chacun des associés présents. En cas de consultation écrite, il en est fait mention dans le procès-verbal auquel est annexée la réponse de chaque associé et qui est signé par les gérants (*art. 287 pour la SNC et 304 pour la SCS. Voy. supra, n° 6*).

Lorsque la décision collective porte sur une modification des statuts, la délibération doit être publiée par avis inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'État partie du siège social (art. 263). Si la modification porte sur l'augmentation ou la réduction du capital, on procède, en outre, à l'accomplissement de la formalité de dépôt, au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du lieu du siège social, de la copie certifiée conforme de la délibération de l'assemblée qui a décidé ou autorisé l'augmentation ou la réduction du capital, dans le délai d'un mois à compter de la tenue de cette assemblée et de dépôt au greffe d'une copie certifiée conforme de la déclaration notariée de souscription et de versement en annexe au registre du commerce et du crédit mobilier (art. 264).

Section 3 - Sanctions du non-respect des formes

134. Il faut distinguer le cas de l'assemblée annuelle auquel il convient de rapprocher l'hypothèse de l'assemblée réclamée par un associé des autres hypothèses de prise des décisions collectives.

Dans la première hypothèse, les droits des associés sont préservés par le respect du droit à l'information.

L'Acte uniforme précise les documents qui doivent être communiqués aux associés quinze jours avant la tenue de l'assemblée. Toute délibération prise en violation de ces dispositions peut être annulée (288 al 2 in fine et 306 al 2 in fine). L'annulation n'est donc que facultative pour le tribunal qui appréciera la gravité des reproches adressés au gérant ainsi que l'importance des intérêts des associés lésés (*Njeufack Temgwa (R.), L'acte social irrégulier en droit des sociétés commerciales OHADA, in J. Mestre (dir.), Recueil d'études sur le droit OHADA et UEMOA, vol. I, PUAM, 2010, p. 179 et s.*)

Dans la seconde hypothèse, en l'occurrence celle où la décision collective porte sur la modification des statuts ou les actes qui excèdent les pouvoirs des gérants, se pose le problème du dépassement des pouvoirs par les organes de gestion ou par la collectivité des associés (*J. Picard, « L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs, nullité/inopposabilité », Dr. sociétés, édition du Jurisclasseur, 1998, p. 6*).

135. On remarque que des sanctions sont envisagées lorsque la décision est prise sans habilitation des associés à l'unanimité ou à la majorité convenue. Certes, l'Acte uniforme pose que, dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée par les actes des organes de gestion, de direction et d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve (art. 122).

Si cette disposition est strictement applicable pour toutes les sociétés à risque limité (329 pour le gérant de la SARL ; 465 pour le PCA de la SA, 470 pour le directeur général de la SA ; 498 pour l'administrateur général de la SA), remarquons que cela n'est pas vrai pour les sociétés à risque illimité (*V. art. 277 pour le gérant de la SNC. La même solution doit s'appliquer pour la SCS. En effet, l'article 298 confère au gérant de la SCS les mêmes pouvoirs que dans une société en non collectif*). En effet, l'article 277 al. 2 énonce que « dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social ». Une lecture *a contrario* permet de dire que les actes ne rentrant pas dans l'objet social n'engagent pas la société et par suite, encourt la nullité, la société n'étant en aucune manière engagée (*Com. 25 janv. 2005, Dr. sociétés 2005, no 71, note Monet. Ici, la dette garantie par voie de nantissement sur le fonds de commerce d'une SNC ne correspondant pas à une dette sociale, mais à une dette personnelle d'un associé, cette garantie ne constitue pas un acte entrant dans l'objet social. V. note sous art. L.221-5 du Code des sociétés et des marchés financiers commentés, éd. 2009, 25^e éd., Dalloz, 2008*). La rédaction de cet article est différente des articles correspondants pour les sociétés à risque limité. On a pu dire dans cette occurrence que l'ampleur des risques courus par les associés dans ces types de sociétés justifie qu'ils soient protégés contre

les agissements inconsidérés des dirigeants (*Cozian (M.) et Viandier (A.) et Deboissy (Fl.)*, *Droit des sociétés*, Litec 20^e éd., no 358.). Il revient aux tiers de vérifier le contenu de l'objet figurant dans les statuts pour s'assurer que le gérant a bien le pouvoir d'accomplir l'acte en question (*Picard (J.)*, « *L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs, nullité/inopposabilité* », *Dr. sociétés*, édition du Jurisclasseur, 1998, p. 6, no 7).

Il demeure que la situation est porteuse d'incertitudes. En s'appuyant sur la notion d'apparence de pouvoir, l'acte passé par un dirigeant, bien que se situant en dehors de l'objet social, justifie qu'il soit admis pour valable. En tout cas, pour éviter la nullité lorsque l'opération est conforme à l'intérêt commun des associés, une confirmation par un accord unanime de tous les associés la rend valable (*Com. 18 mars 2003*, *Bull. civ. IV*, no 46 ; *D. 2003*, *AJ. 975*, obs. *Lenhard*).

Lorsque la décision collective comporte des abus, notamment dans l'hypothèse de la révocation du gérant décidée sans juste motif, l'Acte uniforme précise qu'elle peut donner lieu à dommages et intérêts. Cette règle, qui est désormais applicable au gérant de la société en nom collectif comme au gérant de la société à responsabilité limitée, s'écarte du droit commun du mandat pour assurer à l'organe chargé de l'administration une certaine indépendance dans l'exercice de ses fonctions (*Ripert (G.) et Roblot (R.)*, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. II, *Les sociétés commerciales*, par *Germain (M.) et Magnier (V.)*, 19^e éd., LGDJ, 2009, n° 1194). Il s'agit d'une situation exceptionnelle, car dans l'ensemble, dans les sociétés de personnes, la liberté contractuelle l'emporte sur l'ordre public.

René NJEUFACK TEMGWA

ASSOCIÉS

Table des matières

Introduction n° 1-2

§1 - Qualité d'associé n° 3

A - Acquisition de la qualité d'associé n° 4

I - Conditions d'acquisition de la qualité d'associé n° 5

a - *A priori* n° 6-10

b - *A posteriori* n° 11-17

II - Matérialisation de la qualité d'associé : les titres sociaux n° 18

a - Nature des titres sociaux n° 19-20

b - Régime du transfert des titres sociaux n° 21

B - Perte de la qualité d'associé n° 22

I - Perte immédiate n° 23

a - Fait de la société n° 24

1 - Disparition de la société n° 25-27

2 - Exclusion de l'associé n° 28

b - Fait de l'associé n° 29

1 - Retrait de l'associé n° 30-31

2 - Défaut de libération des apports n° 32

II - Perte retardée n° 33

§2 - Statut de l'associé n° 34

A - Associés pris collectivement n° 35

I - Prérogatives des assemblées d'associés ou d'actionnaires n° 36

a - Consistance des prérogatives n° 37

1 - Dans les sociétés autres que les SA n° 38-40

2 - Dans les S.A. n° 41-44

b - Conditions d'exercice des prérogatives n° 45

1 - Respect des fréquences du quorum et de la majorité n° 46

1.1 - Fréquences et convocations n° 46-47

1.2 - Quorum et majorité n° 48

2 - Question de l'égalité des associés n° 49

II - Obligations des assemblées d'associés ou d'actionnaires n° 50

a - Obligations à l'égard des tiers n° 51-52

b - Obligations à l'égard de la société, personne morale n° 53-54

A - Associés pris individuellement n° 55

I - Droits individuels des associés n° 56

a - Droits politiques n° 57

1 - Droit de participer aux décisions collectives n° 58-59

2 - Droit à l'information n° 60

b - Droits financiers n° 61-62

c - Droits patrimoniaux n° 63-65

II - Obligations individuelles des associés n° 66

a - Obligations d'ordre économique n° 67

1 - Obligation de réaliser l'apport n° 68

2 - Obligation de contribuer aux pertes n° 69-70

b - Obligations d'ordre moral n° 71

1 - Obligation de non-concurrence n° 72

2 - Affectio societatis n° 73-74

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.-G.) SAMB (M.), *OHADA. Sociétés commerciales et GIE*, Juriscope, 2002, 589 pages.
- ISSA-SAYEGH (J.), POUGOUÉ (P.-G.), SAWADOGO (F.M.), *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 3^e édition, 2008, 1072 pages.
- KUATE TAMEGHE (S.S.), *Interrogation sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. «Horizons juridiques africains», 2010, p. 209-234.
- KUATE TAMEGHE (S.S.), *Quelques ambiguïtés de l'expertise de gestion dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. «Horizons juridiques africains», 2010, p. 147-178.
- MEUKE (B.Y.), «Observation sur le démembrement des droits sociaux dans l'espace OHADA», *Pratique et actualité du droit OHADA*, p. 57-64.
- MOUTHIEU ép. NJANDEU (M. A.), *L'Intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan, 2009, 420 pages.
- POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.), NGUEBOU TOUKAM (J.), *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, PUA, 1998, 630 pages.
- POUGOUÉ (P.-G.), KUATE TAMEGHE (S.S.), *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, L'Harmattan, 2010, 692 pages.

1. Les associés sont à la société ce que sont les cellules à un être biologique, pourrait-on trivialement affirmer. Ceci est vrai même avec la consécration «ohadienne» des sociétés unipersonnelles (*L'analogie dans ce cas de figure avec la biologie correspond aux protozoaires qui sont par définition des êtres vivants unicellulaires, la paramécie en étant une parfaite illustration*), qui, jusqu'à cette date, ne peuvent juridiquement se déployer que dans la catégorie des sociétés commerciales, et plus étroitement sous la forme des sociétés pour lesquelles l'associé n'est pas indéfiniment tenu du passif social (*L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales indique clairement ces formes de sociétés lorsqu'il cite limitativement les SARL (article 309) et les SA (article 385). Pour les autres types de sociétés, leur validité est tributaire sous cet angle d'un minimum de deux associés*). Mais à la différence des cellules, le rôle de la volonté des associés, expression de leur liberté, est fondamental tant dans la constitution que dans l'existence de la société.

L'associé innerve complètement le champ d'application du droit des sociétés et pour lequel, il faut en plus des sociétés commerciales, admettre aussi les sociétés civiles et les sociétés coopératives. Ainsi, l'étude du droit des sociétés rend indiscutablement indispensable celle des associés, qui pour le cas de la présente analyse, se limitera aux seuls associés des sociétés consacrées par le droit OHADA (*Sont à ce titre prioritairement concernés, l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique du 17 avril 1997, et l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives adopté le 15 décembre 2010 à Lomé.*), avec toutefois un accent sur les associés des sociétés commerciales.

2. L'associé peut être une personne physique ou morale (*l'hypothèse des groupes de sociétés confirme bien le cas de figure où l'associé est une personne morale; on pourrait encore l'illustrer avec l'actionariat des personnes morales de droit public dans les sociétés d'État, sans que cette illustration ne soit pour autant pas exhaustive*). Il se définit assez rustiquement comme un membre, ou un participant à la société. Alain VIANDIER a fourni un critère de définition de l'associé qui comporte deux éléments fondamentaux à savoir : la réalisation d'un apport et le droit d'intervention dans les affaires sociales (*VIANDIER, La notion d'associé, LGDJ, 1978*). L'associé est donc la personne qui fait partie de la société, que cette dernière soit une société de personnes, une société de capitaux, une société coopérative, voire un groupe de sociétés. Par cette considération, il se distingue du sociétaire (*membre d'une association*), du fondateur (*personne physique ou morale qui participe activement aux opérations conduisant à la constitution de la société. Cf. article 102 de l'AUSCGIE*), ou du membre d'une tontine. Et lorsqu'il y a cumul de qualité (*associé-dirigeant, associé-salarié, associé-liquidateur, etc.*), cela n'altère aucunement

l'existence de cette qualité ainsi que les attributs qui lui sont attachés.

La désignation des associés varie en fonction du type de société indexée. Ainsi, dans les sociétés à responsabilité limitée (SARL) on parle de porteur de parts ; dans les sociétés anonymes (SA) il s'agit des actionnaires (V. *Philippe REIGNE et Thibault DELORME, Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire, Recueil Dalloz 2002, chroniques, p. 1330*) ; pour les sociétés en commandite simple (SCS), l'appellation est duale et correspond selon le cas aux associés commandités et aux associés commanditaires ; dans les sociétés en nom collectif (SNC), on parle simplement d'associé en nom ; alors que pour les sociétés coopératives il s'agit des coopérateurs. Si la société commerciale est unipersonnelle, l'associé qui la constitue est désigné par le vocable «*associé unique*» (*article 5 AUSCGIE*).

Au-delà de cette diversité de désignation, ce qui est juridiquement essentiel dans l'étude spécifique des associés est le point de départ et d'arrivée de cette qualité pour laquelle, il faut préciser toutes les conséquences qui en découlent, aussi bien d'un point de vue collectif, que dans une acception individuelle. Sans doute le statut de l'associé (Section II) ne se conçoit que parce qu'il a acquis cette qualité (Section I). C'est en tout cas ce qu'on doit puiser de la logique juridique.

§1 - Qualité d'associé

3. L'associé n'acquiert en principe cette qualité qu'à la suite de l'accomplissement d'un certain nombre d'actes juridiques (A). Mais il peut aussi parallèlement la perdre (B).

A - Acquisition de la qualité d'associé

4. Si l'acquisition de la qualité d'associé est nécessairement tributaire du respect d'une conditionnalité plus ou moins fluctuante qu'il faut préciser (I), les titres sociaux qu'elle implique au bénéfice de l'associé en constituent bien la matérialité (II).

I - Conditions d'acquisition de la qualité d'associé

5. La satisfaction des exigences matérielles et formelles est requise pour acquérir la qualité d'associé. Mais l'interprétation de ces conditions prises dans leur ensemble conduit à des évidences (a) qui pourtant requièrent *a posteriori* de nécessaires précisions (b).

a - A priori

6. Les principes civilistes et commercialistes liés dans leur essence à la validité du contrat trouvent ici matière à application en ce sens que, l'associé est avant tout rattaché à la société par un contrat (*ou un acte unilatéral pour le cas des sociétés unipersonnelles*), et que c'est cette appartenance qui lui confère ladite qualité. Ainsi la qualité d'associé n'est acquise que lorsque le candidat a, en principe, librement consenti à adhérer au pacte social (*absence de vice de consentement*), qu'il a été capable (*pour les précisions, voir infra n° 7*), et que la société dans laquelle il participe à l'actionnariat a été valablement constituée [*conditions de fond (consentement, capacité, objet, cause) et de forme*].

7. La question de capacité revêt un intérêt certain en rapport avec l'acquisition de la qualité d'associé.

En effet le mineur non émancipé ne peut exercer une activité commerciale : il ne peut donc être associé en nom ou associé commandité. Dans les sociétés où la capacité commerciale n'est pas exigée (SARL, SA) ou s'il est commanditaire (SCS), le mineur peut être associé. Toutefois, même lorsque le mineur peut être associé, il n'agit pas personnellement. Les parts sociales ou les actions sont souscrites en son nom par son représentant légal : ses parents (*le mineur sous administration légale*) ou son tuteur (*mineur sous tutelle*).

Pour le cas des mineurs émancipés, l'AUSCGIE semble observer un silence qui s'interprète dans le sens d'une pleine capacité d'exercice ; d'ailleurs, la véracité d'une telle interprétation trouve essentiellement sa base juridique dans le dispositif univoque de l'article 7 al. 1 de l'AUDCG selon lequel, «le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce».

En droit français cependant, et à titre de droit comparé, une nuance de taille s'observe : le mineur émancipé (16-17 ans) a la même capacité civile qu'un majeur, mais il ne peut être associé en nom, ni associé commandité (*or on se souvient que le mineur émancipé en droit OHADA a la capacité commerciale*). En revanche, ayant la même capacité qu'un majeur pour les actes de la vie civile (*article 481 C. civ. applicable au Cameroun*), il peut librement être associé d'une société dans laquelle la qualité de commerçant n'est pas requise. L'on justifie cette position en arguant que même si la souscription d'actions ou de parts sociales est considérée comme un acte de commerce, on s'attache à la finalité de l'acte, regardé comme simple placement de fonds échappant aux risques du commerce (*Lamy Sociétés Commerciales op. cit., p. 150*).

Le régime des majeurs incapables sous tutelle est identique à celui des mineurs en tutelle ; ils ne peuvent donc être associés d'une société qui confère la qualité de commerçant à ses membres (*cf. supra n° 7*). Quant aux majeurs incapables sous curatelle, leur incapacité est réduite. Ils peuvent accomplir tout seuls les actes

que le tuteur peut faire sans l'autorisation du conseil de famille. Mais ils ne peuvent accomplir qu'avec l'assistance du curateur les actes pour lesquels le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille (*art. 510 C. civ applicable au Cameroun*).

8. L'identification du critère matériel d'attribution de la qualité d'associé est rendue malaisée lorsqu'on consulte l'article 7 de l'AUSCGIE. D'ailleurs, celui-ci n'en fournit expressément aucun à vrai dire. Il se contente tout simplement de disposer que «toute personne physique ou morale peut être associée dans une société commerciale lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucune interdiction, incapacité ou incompatibilité visée notamment par l'Acte uniforme portant sur le Droit Commercial Général». Cependant, la référence à la définition légale de la société commerciale telle que contenue dans la disposition de l'article 4 de l'AUSCGIE («*La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.*») et sans préjudice aucun de l'exception apportée par l'article 5 sur les sociétés unipersonnelles, invite au constat d'une condition dont le respect est incontournable pour l'acquisition de la qualité d'associé à savoir : la réalisation d'un apport qui représente la mesure de l'engagement de l'associé envers la société.

L'apport est en effet un bien qu'un associé s'engage à mettre à la disposition de la société en vue d'une exploitation commune. Par le biais de l'article 40 de l'AUSCGIE, le législateur OHADA s'est attelé à fournir limitativement au choix des associés, une classification triptyque des apports en termes d'argent (*apport en numéraire*), de main-d'œuvre (*apport en industrie*), et de biens en nature, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels (*apport en nature*) (*N.B. : pour l'étude approfondie des apports sociaux, V. entrée correspondant*).

9. La détection du moment précis de l'acquisition de la qualité d'associé a fait l'objet d'une rixe doctrinale. Il a fallu en effet se prononcer sur le point de savoir si cette acquisition a lieu au moment de la souscription ou alors à celui de la libération. À cet égard, l'opinion dominante soutient que la libération des apports n'est pas indispensable pour l'acquisition de la qualité d'associé. Cependant, il est possible aux parties de convenir dans le contrat de société que l'acquisition de la qualité d'associé et donc le droit d'assister aux AG seront subordonnés à la réalisation de l'apport promis (*Cass. Com., 21 juin 1950, Bull. civ. II, n° 226*). Toutefois sous un angle théorique, le souscripteur est déjà juridiquement associé, et peut de ce fait bénéficier des titres sociaux non libérés qui peuvent à leur tour donner lieu à des dividendes (*ANOUKAHA F., CISSE A., DIOUF N., NGUEBOU TOUKAM J., POUGOUÉ P.-G., SAMB M., OHADA, Sociétés commerciales et GIE, Juriscope, 2002, p. 52, N° 76; adde, DELGAJ., Droit des sociétés, Dalloz, p. 71*).

Cette discussion tend à perdre sa substance au sujet des SARL lorsqu'on sait que leur constitution est tributaire de la libération intégrale des apports aussi bien en numéraire qu'en nature souscrite (*il y a ici simultanéité entre la souscription et la libération des apports*). On pourrait en dire autant des SA car, les apports en numéraires doivent être libérés au moins du quart au moment de la souscription (*article 389 al. 1 de l'AUSCGIE*), tandis que les apports en nature doivent en théorie être entièrement libérés au moment de la souscription et validés lors de l'assemblée générale constitutive des sociétés anonymes avec apport en nature et/ou stipulation d'avantages particuliers (*articles 399 à 409 de l'AUSCGIE*).

L'hypothèse des sociétés de personne achève de paralyser la discussion, mais dans un sens favorable à la souscription. Puisqu'aucun capital minimum n'est en effet requis pour leur constitution, la libération des apports souscrits ne saurait déterminer l'acquisition de la qualité d'associé.

10. La signature des statuts paraît indispensable à l'acquisition de la qualité d'associé dans la mesure où elle scelle l'engagement des futurs associés, fait naître *ipso facto* la société («*Toute société est constituée à compter de la signature des statuts*» : *article 101 al. 1 de l'AUSCGIE*), et par conséquent la qualité d'associé (*T. civ. Cholet, 24 mars 1954, JCP éd. G 1954, II, n° 8279*). Elle suit donc nécessairement la souscription afin de lui donner un sens, une valeur juridique (*De l'examen de l'article 13 de l'AUSCGIE, il ressort que parmi les mentions obligatoires que doivent contenir les statuts, figurent en bonne place celles relatives aux souscriptions que les alinéas 6 et 7 présentent avec autorité; V. aussi les articles 295 pour les SCS, 312 al. 1 pour les SARL, et 396 pour le SA. Pour ce cas spécial des SA, voir infra N° 11 in fine*). Dès lors, la souscription est indispensable, mais insuffisante pour l'attribution de la qualité d'associé. Cette vocation est finalement, et en principe exclusivement reconnue à la signature des statuts. Il a ainsi été décidé dans une espèce que le défaut de signature ôtait toute force probante à l'acte sous seing privé, et anéantissait par ce fait même la prétention des requérants à se prévaloir de leur qualité d'associé de la société mise en cause (*CCJA, arrêt n° 024/2006, 16 novembre 2006, SAMAILA DANMOUSSA, ALI MARE c/ HAMIDOU ABDOU dit «Crise», commenté par Anne-Marie FONE MDONTSA, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, L'Harmattan, 2010, p. 153-156*). Une telle décision est conforme au droit OHADA, surtout pour les SARL lorsqu'en son article 315, l'AUSCGIE fait une prescription impérative aux associés ou leurs mandataires, d'apposer leur signature sur les statuts sous peine de nullité de leur qualité d'associé, et pire, sous peine de nullité de la société. L'écriture de cette disposition prévoit en effet que «l'associé ou les associés doivent tous, à peine de nullité, intervenir à l'acte constitutif de la société, en personne ou par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial».

Le débat peut cependant être dépassé et déplacé tantôt plus en amont tantôt plus en aval ; ce qui postule dès lors d'autres considérations sinon indispensables à l'attribution de la qualité d'associé, du moins en rapport étroit avec celle-ci.

b- A posteriori

11. La plénitude du caractère suffisant de la signature des statuts comme condition d'acquisition de la qualité d'associé ne pourra être affirmée que si elle est, pour certaines hypothèses, suivie ou accompagnée de certaines formalités. Ainsi, la déclaration notariée de souscription et de versement (*lorsque l'établissement des statuts est réalisé par le notaire*) ou la déclaration de régularité et de conformité (*lorsque le contrat de société est établi sous seing privé, mais enregistré auprès d'un notaire*) sont, au regard de la nullité absolue qui sanctionne leur défaut, indispensable selon le cas pour la validité des statuts (*article 10 de l'AUSCGIE*). Si les statuts ne sont pas valables, les signatures sont tout simplement inutiles pour créer la société de laquelle va jaillir la qualité d'associé de ses membres. Ceci dit, on tendrait à admettre que la qualité d'associé s'acquiert grâce au respect obligatoire d'une double condition de fond (*l'apport social ou l'acquisition des actions ou parts sociales*) et de forme (*la signature des statuts*).

Il faut cependant relativiser cette appréhension quant à la conditionnalité formelle, prioritairement lorsqu'il s'agit d'aborder les sociétés dites non immatriculées, et assez délicatement pour les sociétés dites immatriculées. Dans le premier cas de figure, et notamment en ce qui concerne les sociétés en participation, la volonté de rester dans la clandestinité après avoir signé les statuts correspond précisément aux conditions d'existence de ce type de société ; dès lors, ses membres ont nécessairement la qualité d'associé. Plus prononcée est la situation des sociétés créées de fait : ses membres n'ont jamais signé quelque statut, mais se verront tout de même attribuer et par contrainte la qualité d'associé. On aura au moins compris ici que l'immatriculation de la société commerciale est *a fortiori* indifférente quant à l'acquisition de la qualité d'associé, même si cette immatriculation conditionne systématiquement la naissance de la personnalité juridique de la société (*V. articles 29 et 98*).

Dans le second cas de figure, il faut dire que s'il est vrai que les statuts non signés par leurs détenteurs qui revendiquent leur qualité d'associé auprès des juges n'ont aucune valeur devant ces derniers qui ne leur reconnaîtront pas cette qualité (*CCJA, arrêt n° 024/2006, 16 novembre 2006, SAMAILA DANMOUSSA, ALI MARE c/ HAMIDOU ABDOU dit «Crise» ; Com., 30 janvier 1979, D. 1979, I.R., p. 293, obs. Julien ; Civ. 1^{re}, 15 février 1964, JCP, 1964, II, 120, IV. ; D. 1969, p. 195*), il y a lieu aussi d'envisager le palliatif proposé par l'article 75 de l'AUSCGIE. Celui-ci dispose que : « Si

les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées par le présent Acte uniforme ou si une formalité prescrite par celui-ci pour la constitution de la société a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé peut demander à la juridiction compétente, dans le ressort de laquelle est situé le siège social, que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de la constitution. Le ministère public peut également agir aux mêmes fins».

Une curiosité cependant concerne à ce sujet les SA : entre l'établissement des bulletins de souscription (*il faut dire qu'il est soumis à un formalisme rigoureux qui implique la signature des souscripteurs*) et la signature des statuts pour la constitution des S.A. sans apport en nature ou stipulation des apports en nature (*Voir successivement les articles 390 à 392 et 395 à 397 de l'AUSCGIE*), le dépôt des fonds et la déclaration notariée de souscription et de versement sont prescrites (*Voir les articles 393 et 394 de l'AUSCGIE*). On peut se demander, de la signature des statuts ou de la déclaration notariée de souscription, quel moment détermine véritablement la constitution de la société. Bien plus on peut se demander si malgré le silence de la loi, la tenue d'une assemblée générale constitutive ne serait pas alors indispensable à cet effet. L'autorité cependant de l'article 101 qui dispose que **toute société est constituée à compter de la signature des statuts**, invite à un respect révérenciel. Et la tenue obligatoire d'une assemblée générale constitutive pour les SA faisant public à l'épargne (*article 101*) ou pour les SA avec apport en nature et/ou stipulation d'avantages particuliers (*articles 399 et s.*) fournira ni plus ni moins le cadre approprié pour la signature des statuts en vue de la constitution de ces sociétés.

12. La qualité d'associé peut aussi s'obtenir a posteriori par l'acquisition des droits sociaux. Cette possibilité est consacrée par l'article 57 de l'AUSCGIE qui indique bien que les parts sociales sont cessibles et que les actions sont cessibles ou négociables. Dès lors, en cas de transfert régulier des titres sociaux soit par voie onéreuse (*cession ou négociation*), soit gratuitement (*ex : legs*), le nouvel acquéreur se verra automatiquement attribuer la qualité d'associé.

Concernant particulièrement les procédés gratuits de transmission des parts sociales ou actions à la suite d'une succession par exemple, deux situations méritent qu'une ponctuation soit faite quant à la détermination de la qualité d'associé ; il s'agit de l'**indivision** et de l'**usufruit**.

S'agissant de l'indivision des parts sociales ou des actions, la question d'importance pratique avérée est celle de savoir qui de l'indivision elle-même ou des indivisaires a la qualité d'associé. À cette question, le silence législatif a déterminé la doctrine à se prononcer. Trois courants distincts ont ainsi vu le jour : le premier voudrait que ce soit l'indivision qui soit associée (*Cf. CHAMPAUD, RTD com. 1969, p. 505; ESCARRA et RAULT, t. II, n° 588 in Lamy op. cit.*), le deuxième estime pour

sa part qu'il y ait un seul associé en plusieurs personnes distinctes (*HEMARD TERRE et MABILAT, t. II n° 616 in Lamy, op. cit.*), tandis que le troisième propose d'investir chaque indivisaire de la qualité d'associé (*VIANDIER, La notion d'associé, op. cit., n° 115*). Dans une espèce, la Cour de cassation française a tranché ce débat dans le sens proposé par le troisième courant (*Cass. 1^{re} civ., 6 février 1980, n° 78-12.513, Rev. Sociétés 1980*). Dès lors lorsque des parts sociales ou des actions sont en indivision, chaque indivisaire se verra attribuer la qualité d'associé. Toutefois dans la pratique, les statuts imposent souvent aux co-indivisaires de se faire représenter par un seul d'entre eux ou, en cas de désaccord, par un mandataire commun désigné en justice.

Quant à l'usufruit, le problème majeur est de savoir qui du nu-proprétaire ou de l'usufruitier a la qualité d'associé (*L'usufruit d'actions ou de parts sociales, distinct de l'apport en usufruit, concerne un apport rémunéré par des droits sociaux sur lesquels, volontairement ou à l'occasion d'une succession, un usufruit est constitué. Cf. VIANDIER, op. cit., n° 248*).

La question s'est posée en droit français, et la tendance générale va dans le sens de la reconnaissance exclusive de la qualité d'associé au nu-proprétaire (la jurisprudence : *CE, 8 nov. 1965, n° 63.472, D. 1966, p. 765; CA Paris, 22 janvier 1971, Rev. Sociétés, 1971, p. 413*. La doctrine : *VIANDIER, op. cit., n° 249; MERCADAL et JANIN, MSC, n° 117; LE BAYON, L'usufruit des parts sociales, Rev. Sociétés, 1973, p. 435, etc.; contra : JEANTIN (M.), Droit des sociétés, Montchrestien, 105, n° 200 qui affirme « qu'on ne pourrait pas priver l'usufruitier de son droit de vote sur la répartition des bénéfices, car la répartition des fruits de la chose ne peut être laissée à l'arbitraire du nu-proprétaire ».*

Le droit OHADA semble adopter une position que la doctrine interprète comme un démembrement des prérogatives de la qualité d'associé. Ainsi, les prérogatives de la qualité d'associé ne sont plus concentrées sur la même personne, mais réparties entre le nu-proprétaire et l'usufruitier. De l'examen des articles 581 à 585 de l'AUSCGIE qui organisent entre les deux personnes les conditions d'exercice du droit préférentiel et l'attribution des actions nouvelles, et des articles 127 à 128 du même Acte uniforme qui précisent les modalités de vote pour la prise des décisions collectives, l'on peut en effet conclure que le nu-proprétaire et l'usufruitier sont co-titulaires de la qualité d'associé, chacun dans la limite des prérogatives que leur reconnaît le législateur ou les statuts. En ce sens M. MEUKE se réjouit de ce que l'Acte uniforme a l'avantage de n'avoir pas dénaturé l'institution de l'usufruit empruntée au droit des biens, « puisqu'il ne rompt pas l'équilibre des droits et obligations réciproques qui existe entre le nu-proprétaire et l'usufruitier » (*MEUKE (Y. B.), Observations sur le démembrement de droits sociaux dans l'espace OHADA, Pratique et actualités du droit OHADA, p. 57-64*).

Le débat sur la détermination de la qualité d'associé entre le nu-proprétaire et l'usufruitier n'est pas pour

autant clos dans l'Acte uniforme. En fait, il ressort de l'article 129 de l'AUSCGIE que «les droits de vote de chaque associé sont proportionnels à sa participation au capital de la société», ce qui reviendrait à dire qu'à valeur nominale égale, chaque action donne un droit de vote égal. Permettre dans ces conditions au nu-proprétaire et à l'usufruitier d'user du droit de suffrage pour la même résolution, c'est briser le principe posé par l'article 129 précité en permettant qu'une même action, parce qu'elle appartient à deux individus, donne droit à deux voix, dans la mesure où le nu-proprétaire et l'usufruitier s'expriment tous les deux. L'on se demande s'il ne serait pas indiqué dans ce cas de transposer le principe retenu en matière d'indivision dans l'hypothèse d'espèce; ainsi, celui qui du nu-proprétaire ou de l'usufruitier participe au vote selon le cas, agira chaque fois comme le représentant des co-titulaires de la qualité d'associé. Le débat reste donc ouvert.

13. Il peut se poser le problème de la détermination de la qualité d'associé attachée à un titre social nanti.

À vrai dire, on doit considérer qu'aussi longtemps que la vente forcée des parts n'est pas intervenue, c'est le débiteur qui reste associé et exerce donc seul toutes les prérogatives attachées au titre. Le créancier nanti ne dispose pas davantage du droit de vote quand la mise en nantissement a été masquée par une cession apparente et simulée (*Cass. Com.*, 28 avril 1981, n° 78-15.553). Il n'en demeure pas moins vrai que ces titres puissent être mis sous séquestre à la demande du créancier nanti, voire d'un autre créancier (*Cf. CA Versailles*, 23 octobre 1979, *Gaz. Pal.* 1980, II, *som.*, p. 605).

14. La qualité d'associé peut aussi être reconnue à deux époux membres d'une même société. Cette possibilité n'est envisagée que dans l'hypothèse où la forme de société projetée n'implique pas pour ses membres une responsabilité indéfinie et solidaire à l'égard des créanciers sociaux (*article 9 de l'AUSCGIE*). Ainsi, les époux peuvent être actionnaires dans une SA, associés d'une SARL, ou commanditaires d'une SCS. Ils peuvent aussi être l'un commanditaire et l'autre commandité d'une SCS.

Il leur est cependant interdit d'être associés de SNC ou commandités de SCS. Il ne saurait faire de doute que l'interdiction est fondée sur l'atteinte que de telles sociétés portent au fonctionnement normal du régime matrimonial, en particulier aux règles du passif; elle est également justifiée par l'article 7 al. 2 de l'AUDCG interdisant que les deux époux soient commerçants en exerçant la même activité.

Toutefois, le maintien de la prohibition de ces sociétés ne manque pas d'incohérences (*Relevées notamment par F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Mariage et société, in Études ROBLOT, LGDJ, 1984, p. 271.*), tant sont nombreux les cas où deux époux sont déclarés solidairement engagés à l'occasion du fonctionnement d'une société : sociétés créées de fait, sociétés de fait après annulation d'une

société prohibée, cautionnement solidaire par un époux des dettes dont l'autre est tenu comme dirigeant, ou cautionnement solidaire de deux époux des dettes d'une société dont l'un est le dirigeant.

L'incohérence n'est pas moindre au regard de la jurisprudence qui n'hésite pas à prononcer la liquidation des biens de chacun des époux ayant «exploité en commun» un fonds de commerce (*MAUBRU, La poursuite conjointe en règlement judiciaire ou en liquidation des biens de deux époux exploitant un commerce en commun, JCP 1976.I.2804; cf. aussi J. REVEL, L'article 214 du code civil et le régime de la séparation de biens, D. 1983. Chron. 21. 13*), ou encore, de manière plus générale, au regard de l'art. 1420 C. civ. applicable au Cameroun, qui prescrit l'engagement du mari pour les dettes professionnelles de son épouse lorsqu'il s'est ingéré dans l'exercice de la profession de celle-ci.

Sans doute, ces raisons participent de celles qui ont fondé le législateur français à faire une évolution sur la question. Désormais dans ce droit positif, deux époux, seuls ou avec d'autres, peuvent être associés dans la même société, leur responsabilité serait-elle indéfinie et solidaire et leurs apports proviendraient-ils de biens communs?

15. L'attribution de la qualité d'associé au conjoint de l'associé ne pose aucun problème particulier, lorsque l'apport ou l'achat de droits sociaux est effectué par un époux marié sous un régime de séparation de biens ou de participation aux acquêts. La qualité d'associé est attribuée à l'époux qui effectue l'apport ou achète les droits sociaux, chaque époux étant libre de disposer de ses biens personnels. En revanche, les difficultés apparaissent lorsque l'apport en société ou l'acquisition de droits sociaux est réalisé au moyen de biens communs. Dès lors, une distinction doit être faite selon que la société concernée est ou non une société par actions. Dans la première hypothèse, on doit admettre, malgré le silence du législateur, que lorsque l'apport ou l'acquisition des titres est effectué par un seul époux, c'est lui seul qui acquiert la qualité d'actionnaire; et lorsqu'il est effectué conjointement par les deux époux, chacun d'eux a la qualité d'actionnaire ou d'associé (*Cf. Lamy Sociétés Commerciales, édition 2000, p. 210*). Cette solution est valable pour les SARL.

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsqu'on a fait à une société de personnes (la SNC et la SCS), il faut dire que l'interprétation rigoureuse de l'article 9 de l'AUSCGIE qui dispose que «deux époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement», invite à une solution défavorable à la reconnaissance de la qualité d'associé au conjoint de l'associé, malgré l'apport ou l'acquisition des droits sociaux par les biens communs. Ainsi, la qualité d'associé ne sera reconnue qu'à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition, et non aux deux époux sur l'invocation éventuelle du fondement des biens communs. Dans

ce cas de figure (*V. supra, para n° 14*), l'évolution du droit français va dans le sens de la reconnaissance de la qualité d'associé à l'autre conjoint qui la revendique (*en notifiant à la société son intention d'être personnellement associé; C. civ., art. 132-2, al. 2*), pour la moitié des parts souscrites ou acquises (Cf. *Lamy Sociétés Commerciales, op. cit., p. 86, n° 211; C. civ., 132-2, al. 3; adde: JANINE REVEL, Droit des sociétés et régime matrimonial: préséance et discrétion, Recueil Dalloz 1993, Chroniques p. 33; MARIUS TCHENDJOU, Le conjoint de l'associé, Revue trimestrielle de droit commercial 1996, Chroniques, p. 409.*)

16. La qualité d'associé des sociétés commerciales invite à s'interroger sur la relation avec la qualité de commerçant. Malgré la nature commerciale de la société (*exception faite des sociétés coopératives*), l'observation qui s'impose est que les deux qualités tantôt s'imbriquent l'une dans l'autre, tantôt s'éloignent l'une de l'autre. Dans leur rapport d'imbrication, l'on peut être tout à la fois associé et commerçant. Il en est par exemple ainsi des associés en nom dans les sociétés en nom collectif (*article 270 de l'AUSCGIE*), et des associés commandités dans les sociétés en commandite simple (*article 293 de l'AUSCGIE*). Il en est ainsi également, et *a fortiori*, des associés des sociétés en participation et ceux des sociétés créées de fait. D'ailleurs dans ces sociétés, la qualité de commerçant de ces associés n'est pas une faculté.

Dans le sens de l'éloignement, tandis qu'un associé peut ne pas avoir la qualité de commerçant (et on en veut pour preuve les associés des SARL, ceux des SA, et des «associés commanditaires» ou «associés en commandite»), le commerçant c'est-à-dire celui qui accomplit des actes de commerce et en fait sa profession habituelle (*article 2 de l'AUDCG*), n'est pas nécessairement un associé; ce dernier cas de figure est d'ailleurs assez répandu. Et c'est même pour échapper aux risques qui découlent de la qualité de commerçant des personnes physiques, tout en prenant acte des subterfuges jusqu'alors observés dans la pratique, que le droit OHADA a consacré les sociétés unipersonnelles pour laquelle l'actionnaire unique n'a pas la qualité de commerçant.

17. Au demeurant, la qualité d'associé qui ne s'identifie pas toujours à la qualité de commerçant, s'acquiert : tantôt directement par le biais de la signature des statuts (*qui comportent nécessairement un certain nombre de mentions obligatoires, parmi lesquelles l'état des souscriptions, et sont soumis aux formalités notariales*) pour les sociétés dites immatriculées; tantôt indirectement par la constitution des sociétés dites non immatriculées sans que la signature ne soit pas nécessaire (*le cas des sociétés créées de fait*) ou le soit tout au plus sans autres formalités publicitaires (*le cas des sociétés en participation*), l'essentiel se situant sur l'apport social plus ou moins intentionnellement fait, tantôt encore par le biais des actes juridiques ultérieurement établis (*acquisitions des droits sociaux soit par apports soit par*

achat des actions ou parts sociales, soit par succession, etc.). Dès lors, l'immatriculation aura pour vocation non de générer la qualité d'associé du fait de la naissance de la personnalité juridique de la société, mais de la rendre opposable aux tiers. La preuve est que ces derniers peuvent s'en prévaloir puisque la société est constituée, et donc existe dès la signature des statuts (*article 101 al. 2*), à l'exception des sociétés créées de fait, qui sous un certain angle, renforce la véracité de cette thèse. Reste donc à savoir comment se matérialise la qualité d'associé.

II - Matérialisation de la qualité d'associé : les titres sociaux

18. La réalisation d'un apport dans une société confère substantiellement la qualité d'associé. En contrepartie de cet apport, l'associé reçoit des titres sociaux qui matérialisent en effet cette qualité. Cette exigence est d'autant plus impérative qu'il a été admis que l'apporteur puisse demander la résolution de la société si cette dernière ne remplissait pas son obligation de lui remettre les titres sociaux correspondants (*CA Paris, 17 janv. 1935, J. Soc., 1937, p. 236*). D'où l'importance d'en saisir leur nature (a) et leur régime (b).

a - Nature des titres sociaux

19. L'article 52 de l'AUSCGIE énonce formellement que les titres sociaux sont des biens meubles. En droit OHADA, les valeurs mobilières s'analysent comme des biens meubles, indivisibles, négociables et fongibles. Le caractère de bien tient au fait que le titre social est susceptible à la fois d'une évaluation économique et d'une appropriation privative (*POUGOUÉ (P.-G.), NGUEBOU-TOUKAM (J.), ANOUKAHA (F.), Commentaire sous article 52 de l'AUSCGIE OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2008, p. 344*). Les titres sociaux sont dénommés actions dans les sociétés anonymes et parts sociales dans les autres sociétés (*article 51 in fine de l'AUSCGIE*). La loi prescrit également que les titres émis par une société doivent avoir la même valeur nominale (*article 55 de l'AUSCGIE*). Cette valeur nominale est librement déterminée lorsqu'il s'agit des parts sociales des SNC et des SCS. Pour ce qui est des SA et des SARL, un montant minimal est fixé par le législateur (*Respectivement de 10 000 F CFA (article 387 de l'AUSCGIE) et de 5 000 F CFA (article 311 de l'AUSCGIE)*).

20. L'acquisition des titres sociaux se fait par deux procédés qui peuvent se combiner. L'article 63, prévoit d'une part, qu'en contrepartie des apports, la société rémunère l'apporteur par des titres sociaux, pour une valeur égale à celle des apports; et d'autre part, qu'en contrepartie des incorporations de réserves, de béné-

fices ou de primes d'émission, la société émet des titres sociaux ou élève le montant nominal des titres sociaux existants.

b - Régime du transfert des titres sociaux

21. Les parts sociales sont cessibles tandis que les actions sont cessibles ou négociables selon les termes non équivoques de l'article 57 de l'AUSCGIE. La cessibilité est alors la liberté de céder par les procédés formalistes du droit civil, alors que la négociabilité correspond à la faculté de céder selon les modes simplifiés du droit commercial, notamment par simple tradition manuelle, par endossement, etc. L'innovation majeure liée à la cessibilité des parts sociales et le régime classique de la cessibilité et de la négociabilité des actions méritent d'être considérés en fonction du type de société :

L'émission des titres négociables, notamment les actions, est le fait des SA (Cf. article 58). Elle est interdite pour les autres sociétés à peine de nullité des contrats conclus ou des titres émis. Il est également interdit à ces sociétés de garantir une émission de titres négociables, à peine de nullité de la garantie ; le souci dans tous les cas est d'éviter leur dénaturation dans la mesure où elles se caractérisent par une rigueur du contrôle de l'accès des tiers. C'est pour cette raison que l'on peut légitimement penser que la nullité visée ne peut être qu'absolue (*Cet avis est partagé par plusieurs. V. par exemple, POUGOUÉ, ANOUKAHA et NGUEBOU «Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA», Collection droit uniforme, PUA, 1998, p. 66*). La négociabilité des actions ne peut toutefois être effective qu'après immatriculation de la SA, ou inscription de la mention modificative à la suite d'une augmentation du capital social au RCCM (art. 759 de l'AUSCGIE), pourvu que lesdites actions, si elles sont en numéraire, soient entièrement libérées.

Les parts sociales sont émises par les autres sociétés à savoir, les SARL, les SCS et les SNC. Ces parts sociales sont désormais cessibles. Mais pour la SNC, il faut le consentement unanime de tous les associés (article 274 de l'AUSCGIE). Une telle société n'est plus comme par le passé une quasi-prison pour l'associé. L'Acte uniforme prévoit même qu'à défaut d'unanimité, bien que la cession ne puisse avoir lieu, les statuts peuvent aménager une procédure de rachat pour permettre le retrait de l'associé cédant (*pour l'analyse sur le droit de retrait, cf. infra, para n° 27 et 28*). Pour la SCS, la règle de l'unanimité est également prévue, mais les statuts peuvent prévoir des modalités de cession des parts des associés commanditaires ou des associés commandités (*article 296 de l'AUSCGIE*). S'agissant de la SARL, l'Acte uniforme organise aussi les modalités de cession des parts entre associés et à l'égard des tiers, ainsi que la transmission pour cause de décès (articles 317 et s.). Dans tous les types de sociétés, la règle est désormais la possibilité de cession, même

si elle est conditionnée (Cf. POUGOUÉ et autres, *op. cit.*, p. 66). Il est donc évident que celui des associés qui a transmis la totalité de ses titres sociaux perd du coup sa qualité d'associé, encore que cette perte puisse intervenir dans des conditions éminemment variées.

B - Perte de la qualité d'associé

22. Une fois qu'une personne a acquis la qualité d'associé, elle peut la perdre à tout instant. Bien plus, il lui sera impossible de la conserver sempiternellement à la considération du plafond de vie des sociétés commerciales fixé par le législateur (*Le législateur OHADA via l'article 28 in fine de l'AUSCGIE fixe en effet le plafond de vie des sociétés régies par le droit OHADA à 99 ans, comme d'ailleurs son homologue français (C.com., art. L.210-2)*). Toutefois, le titulaire de cette qualité peut subir passivement la perte de celle-ci tout comme il peut l'avoir suscitée. Dans tous les cas, la disparition de sa qualité d'associé sera immédiate pour plusieurs motifs (I) même si quelques fois des retardements seront rendus indispensables pour certaines causes (II).

I - Perte immédiate

23. Dès qu'une cause de disparition de la qualité d'associé est juridiquement définitive, elle produit instantanément effet. À ce titre, la perte de la qualité d'associé d'un membre de la société peut être exclusivement le fait de ladite société (a), tout comme elle peut procéder de ce membre lui-même (b).

a - Fait de la société

24. Deux types principaux de raison émanant de la société peuvent expliquer que tous ses membres ou alors un ou plusieurs de ses membres en viennent à perdre leur qualité d'associé. Il s'agit pour le premier cas de la dissolution de la société (1) et pour le second cas de l'exclusion d'associé (2).

1 - Disparition de la société

25. Pour avoir, par sa constitution et son existence, généré la qualité d'associé, il est tout aussi logique que par sa dissolution la société ait pour répercussion sur ses membres, la perte de la qualité d'associé de ceux-ci. Plusieurs causes de dissolution de la société commerciale et de la société coopérative, dont l'analyse est inintéressante pour la présente étude, sont précisées à l'article 200 de l'AUSCGIE pour le premier type de société, et à l'article 177 de l'AUSCO pour le second type de société. On cite tout de même et pour tous les deux types de société dont les dispositions des articles précités prévoient exactement

les mêmes causes : l'expiration du temps pour lequel la société a été constituée, la réalisation ou l'extinction de l'objet social, l'annulation du contrat de société, la décision des associés ou des coopérateurs aux conditions prévues pour modifier les statuts, la dissolution anticipée prononcée par la juridiction compétente à la demande d'un associé ou d'un coopérateur pour juste motif, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé (ou un coopérateur) ou de mésentente entre associés ou coopérateurs empêchant le fonctionnement normal de la société, l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation des biens de la société, et toute autre cause prévue par les statuts.

26. Une particularité dans les SA est celle selon laquelle elles peuvent également être dissoutes en cas de perte partielle d'actifs, dans les conditions fixées aux articles 664 à 668 de l'AUSCGIE (cf. *article 736*). De même dans la SARL, lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social, la société peut être dissoute (*art. 371*).

La particularité concernant les SNC et les SCS lorsqu'il s'agit des associés commandités, voudrait que le décès d'un associé puisse aussi entraîner la dissolution de la société; cependant le législateur OHADA a aménagé un certain nombre de mécanismes qui visent la survie de la société dans cette hypothèse-là, pourvu que les associés aient été prévenants ou diligents selon le cas (*Bien vouloir consulter à cet effet les art. 290 pour les SNC, et 308 pour les SCS*).

27. La détention des titres sociaux par un seul associé n'est plus en vertu du droit OHADA, une cause de dissolution de plein droit de la société. En effet, les SA et les SARL constituant les formes de sociétés pour lesquelles un associé unique est autorisé, leur dissolution n'est nullement envisagée en cas de réunion de tous les titres en une seule main. Cette possibilité de dissolution n'est envisagée que pour les SCS et les SNC. Mais la loi accorde un délai d'un an pour la régularisation de la société avec possibilité pour le tribunal de majorer ce délai de six mois au maximum (*article 60 de l'AUSCGIE; pour quelques analyses doctrinales, v. ANOUKAHA et autres, OHADA. Sociétés commerciales et GIE, op. cit., p. 213*). Toujours est-il que tout intéressé pourra demander au président de la juridiction compétente cette dissolution en cas de non-régularisation.

Cette position est identique à l'option jadis faite par le législateur français, en faveur de la survie de la société et de sa tolérance le cas échéant. L'art. 1844-5 proclame en effet que : « La réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société; tout intéressé peut demander cette dissolution si la société n'a pas été régularisée dans le délai d'un an » (*pour les commentaires de cette disposition, cf. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), «Droit des sociétés», Juris-Classeur, 1^{re} édition, 2004, p. 198*).

En tout état de cause, lorsque la société aura disparu

pour l'un quelconque de ces motifs, elle aura entraîné dans sa disparition celle de la qualité d'associé de tous ses membres. Ceux-ci peuvent aussi la perdre par la volonté des autres associés agissant au nom de la société alors en vie.

2 - Exclusion de l'associé

28. Le problème de l'exclusion de l'associé peut se poser en ces termes : un associé peut-il être évincé sans son consentement de la société et perdre ainsi sa qualité d'associé? La réponse, positive dans le fond, doit être nuancée dans son expression selon qu'elle est envisagée légalement ou statutairement.

Sur le plan légal, le législateur OHADA prévoit exceptionnellement la possibilité d'éviter la nullité de la société en excluant le demandeur en nullité de la société, quand bien même sa demande serait fondée en droit au regard de l'article 248 al. 1 de l'AUSCGIE. L'article 249 al. 1 de cet Acte uniforme prévoit en effet que «*la société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi (...) toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur, notamment par le rachat de ses droits sociaux*». Dès lors en cas de contestation, la valeur des droits sociaux à rembourser à l'associé est déterminée par un expert désigné par les parties, ou à défaut d'accord parties entre elles, par décision de la juridiction compétente statuant à bref délai. Cette exclusion légale, d'après Mme NJANDEU née MOUTHIEU, traduit certainement une manifestation de la prépondérance de l'intérêt de la société dont il faut préserver l'existence par rapport aux intérêts individuels des associés (*NJANDEU née MOUTHIEU (M.A.), La figure polyvalente du «squeeze out»: réflexion à partir du droit applicable dans l'espace OHADA, en cours de parution.*). Le législateur français s'est montré outre mesure plus audacieux, puisqu'il prévoit cette possibilité dans les sociétés cotées, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés à capital variable (*Cf. Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966*).

Sur le plan statutaire, il s'agit spécifiquement de s'interroger sur le point de savoir si on peut prévoir dans les statuts une clause d'exclusion ou encore de rachat forcé, bref une décision d'exclusion pour toute société OHADA. La doctrine africaine (*à l'exception de quelques rares auteurs telle Mme NJANDEU, op. cit., qui plaident pour de l'affirmative*) ainsi que la jurisprudence de la CCJA sont relativement réservées comme pour faire échos au silence du législateur. En France par contre, la question ne demeure que pour les sociétés autres que les sociétés cotées, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés à capital variable pour lesquelles le principe est acquis. À ce titre, la doctrine dans une majorité consistante (*CAILLAUD, L'exclusion d'un associé dans les sociétés, Sirey, 1966, p. 241, LEPARGNEUR, L'exclusion d'un associé, J. Soc., 1928, p. 257; ROUSSEAU, Note S. 1937, I p. 249; MARTIN, L'exclusion d'un actionnaire, Rj. Com., 1990, p. 94; BOUSQUET, D. 1992, jur., p. 340; ROBLOT,*

n° 795; DURAND-LEPINE, *l'exclusion des actionnaires dans les sociétés cotées, Petites affiches*, 24 juil. 1995, p. 7; DE BERMOND DE VAULX, *l'exclusion d'un associé, Dr. Sociétés* 1996, chr. N° 10, p. 6; cités in LAMY, *op. cit.*, p. 338) ainsi que la jurisprudence (CA Rennes, 12 juil. 1912, *J. Soc.*, 1913, p. 23 note Bosvieux; CA Caen, 11 avril 1927, DP 1928, II, p. 65, note Lepargneur...) convergent pour affirmer que l'exclusion peut, dans certains cas, répondre aux exigences de la vie sociale et que, par ailleurs, son éventualité a été librement acceptée par l'associé lorsqu'il est entré dans la société et a pris connaissance des statuts. À notre avis cette solution devrait être admise par les juges de la CCJA à défaut d'être consacrée par le législateur. Une telle démarche n'aura de valeur prononcée que si elle est encadrée de plusieurs mesures visant à garantir les associés contre des abus. Les juges français ont ainsi pu dégager un certain nombre de limites à l'application des clauses statutaires visant l'exclusion des associés (Cf. par exemple les conditions dégagées au cours des instances suivantes : CA Rouen, 17 janv. 1974, *Rev. Sociétés* 1974, p. 507, note Rodière; CA Paris, 3^e ch. A, 7 juin 1988, *Rev. Sociétés* 1989, p. 246, note Dana-Démaret...). Il faudra cependant s'accorder pour reconnaître que de telles conditions seraient vidées entièrement de leur substance et de leur pertinence s'il s'avérait que l'associé décidait lui-même de s'affranchir du contrat de société, ce qui bien sûr impliquerait pour lui la perte de sa qualité d'associé.

b - Fait de l'associé

29. Le décès de l'associé marque la fin de sa vie juridique. Cette fin s'accompagne nécessairement de la perte de la qualité d'associé du de cuius (*Pour quelques précisions laconiques, voir supra* N° 25). Même étant en vie cependant, le titulaire de la qualité d'associé peut la perdre tantôt parce qu'il en aura expressément manifesté l'intention (1), tantôt parce qu'il n'aura pas eu les moyens de la conserver (2).

1 - Retrait de l'associé

30. La société commerciale, même de personne, n'est plus une prison pour l'associé dans l'espace OHADA certes (POUGOUÉ et autres, *op. cit.*, p. 65, n° 149)! Ce qui veut dire qu'il pourra à tout moment se libérer, tout en renonçant à ses droits, de tous les engagements dont il était tenu envers la société en vertu du pacte social.

À vrai dire, ce n'est pas par l'exercice du droit de retrait direct qu'il parviendra à ce résultat. Le principe de l'intangibilité du capital social interdit en effet que soit ouverte aux associés d'une société commerciale, la faculté d'un retrait direct. Cette faculté n'est reconnue qu'aux associés des sociétés civiles dans la mesure où l'existence d'un capital ne conditionne aucunement leur constitution (Cf. l'article 1869 du C. civ.; il faut sans

doute conclure à une certaine confusion au passif de certains auteurs, qui auraient envisagé le renoncement comme un principe acquis pour les sociétés commerciales, cf. ANOUKAHA et autres, OHADA. Sociétés commerciales et GIE, *op. cit.*, p. 328).

Il faut se rendre à l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives pour rencontrer une consécration «ohadienne» du droit de retrait reconnu aux coopérateurs. L'article 11 de cet Acte dispose en effet que «Le coopérateur ne peut se retirer de la société qu'après avoir avisé par écrit cette dernière. Le retrait prend effet à la date de sa réception, si elle est postérieure. L'organe d'administration de la société coopérative constate par écrit le retrait du coopérateur». Il sera d'ailleurs remboursé au coopérateur qui se retire, toutes les parts sociales par lui détenues, ainsi que tous les prêts et autres sommes attachées à ces prêts soit au cours de l'année suivant la date de prise d'effet du retrait, soit dans un délai de deux ans si le retrait du coopérateur est de nature à nuire à la santé financière de la coopérative.

Le droit positif français prévoit aussi exceptionnellement cette possibilité de retrait direct dans les sociétés à capital variable (L'article 52 al. 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867 offre en effet la possibilité à l'associé d'une société à capital variable de se retirer de la société «lorsqu'il le jugera convenable») qui, rappelons-le, sont méconnues du droit OHADA des sociétés commerciales. Dans cette optique, certains auteurs français sont allés plus loin en admettant pour les sociétés par actions simplifiées qu'en vertu du principe de la liberté contractuelle, une clause de retrait insérée dans le contrat de société puisse permettre à un associé de quitter la société quand il le souhaite, mais à condition que cette dernière ou ses coassociés lui remboursent la valeur de ses droits sociaux sans que le capital social n'en soit ainsi affecté (Cf. Lamy, *op. cit.*, p. 1699; GERMAIN, *La société par actions simplifiées*, JCP, éd. E, 1994, I, n° 341, JCP, éd. G, 1994, I, n° 3749; JEANTIN, *Les associés de la SAS*, *Rev. Sociétés* 1994, p. 20). Cet avis n'est pas toujours partagé (DELEBECQUE, *in la SAS?*, Éd. GLN-Joly, 1994, p. 78).

En tout état de cause, le droit de retrait direct des associés des sociétés commerciales OHADA n'est pas affirmé. Bien plus, la considération des principes généraux du droit des sociétés commerciales en proclame l'interdiction.

31. Une chose demeure toutefois : dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA, l'associé qui désire légitimement quitter la société pourra le faire, mais dans des conditions qui suggèrent de qualifier le retrait d'indirect. Il en est ainsi d'abord de l'obtention de son retrait par le mécanisme de la cession des parts sociales ou d'actions tel qu'étudié ci-dessus (Cf. *supra* N° 21, sous le titre, *le régime de la transmission des titres sociaux*), et dont l'analyse permet de constater que le capital social conserve son intégrité.

L'on peut ensuite percevoir ce retrait indirect dans la faculté pour l'associé de demander la dissolution de la

société. On se souvient en effet que l'article 200-5° de l'AUSCGIE prévoit la dissolution anticipée de la société par la juridiction compétente à la demande d'un associé. Encore faut-il cependant qu'il puisse faire état de « justes motifs » consistant non seulement à l'inexécution par un associé de ses obligations contractuelles, mais aussi à la mésentente entre associés, sans que d'autres circonstances ne soient exclues : il reviendra chaque fois au juge d'apprécier la demande de l'associé en fonction de l'intérêt social pour en déduire le juste motif. Le juge vérifiera aussi que l'associé requérant de la dissolution anticipée de la société ne doit pas avoir provoqué la mésentente sur laquelle il fonde sa demande (*CA Ouagadougou, Chambre Civ. Et Com. Arrêt n° 40 du 20 mai 2003, Affaire Jacques Firmin Truchet c/Jean Pascal Kinda, Sté Jeux J.P. Sarl : Ohada.com/Ohadata J-04-365*). Encore moins le fera-t-il s'il a outrepassé les délais qui lui ont été consentis pour libérer ses apports. Pire, cette défaillance pourra conduire à la perte de sa qualité d'associé.

2 - Défaut de libération des apports

32. Il faut d'emblée signaler en guise de rappel que chaque associé doit apporter à la société soit de l'argent, soit d'autres biens, soit son industrie car le défaut d'apport ou encore sa fictivité est une cause de nullité de la société (*T. com. Honfleur, 20 nov. 1970, Bull. Joly 1971, p. 171; Cass. Com., 18 juin 1974, n° 73-10.662, Bull. Joly 1974, p. 709*). Une fois l'apport fait, l'article 37 al. 2 de l'AUSCGIE précise que chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il s'est obligé à lui apporter en numéraire, en industrie ou en nature. De cette prescription, découle la question actualisée du sort de la qualité d'associé de l'apporteur défaillant. Et parce qu'aucun minimum du capital social n'est exigé pour la constitution des sociétés de personne, et que l'intégralité de la libération des apports souscrits est obligatoire pour la constitution des SARL, cette question ne peut théoriquement concerner que les SA. Il en est ainsi dans la mesure où à leur constitution, il est permis aux associés de ne libérer que le quart des apports en numéraire souscrits, à charge pour eux de libérer le reste dans un délai qui ne saurait excéder 3 ans (*Cf. les articles 389, 604 et 605*).

En réalité, l'apporteur défaillant ne perd pas sa qualité d'actionnaire. Il demeure attaché à la société pour les apports nécessairement libérés au moment de la souscription. Les articles 774 à 777 de l'AUSCGIE organisent le régime du traitement qui doit lui être administré pour la part des apports non libérés dans les délais prescrits (*En substance, l'actionnaire défaillant subit la perte de ses droits politiques et financiers que lui conféraient les actions pour lesquelles les versements exigibles n'ont pas été effectués, ainsi que la vente de celles-ci*).

Cette perte de la qualité d'associé n'est susceptible d'intervenir qu'indirectement par une action en dissolution intentée contre la société. En effet, lorsque les

apports ont été promis, leur non-fourniture, estime la doctrine, justifierait la résolution du contrat de société pour inexécution (*HONORAT, Les nullités de constitution des sociétés, Defrénois 1998, art. 36706, p. 8, cité in Lamy, op. cit., n° 2431*). Cette solution semble trouver l'adhésion du législateur OHADA qui envisage l'inexécution de ses obligations par un associé comme cause de la dissolution anticipée de la société à la demande d'un autre associé (*article 200-5° op. cit.*). Mais on ne doit pas perdre de vue que le juge aura tendance à agir en faveur du maintien de la société, pour être en harmonie avec l'esprit OHADA. Cependant, ce maintien pourra s'avérer dans certains cas comme une nécessité momentanée pour assurer à la société des obsèques décentes ; la qualité d'associé ne subsistera dans cette hypothèse que pour des besoins de liquidation.

II - Perte retardée

33. La dissolution de la société renvoie normalement à la mort juridique et instantanée de la société, dont l'une des conséquences premières doit être la perte instantanée de la qualité d'associé des individus qui la composent. Mais le droit OHADA affirme impérativement par le truchement de l'article 201 al. 3 de l'AUSCGIE que la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation et ce, jusqu'à la clôture de celle-ci. Par l'article 205, elle précise même que cette survivance de la personnalité morale ne prend fin qu'à la publication de la clôture de la liquidation initiée. C'est dire que durant cette période qui ne concerne, faut-il l'indiquer, que les sociétés pluripersonnelles (*les sociétés unipersonnelles étant insusceptibles de liquidation, V. art. 201 al. 4*), la qualité d'associé subsiste même si c'est encore pour un temps destiné à l'accompagnement de l'entité sociale « vers sa dernière demeure ».

C'est pour cette raison qu'ils seront toujours convoqués par le liquidateur à la fin de la liquidation pour statuer sur les comptes définitifs, sur le quitus de la gestion du liquidateur et la décharge de son mandat, et pour constater la clôture de la liquidation. D'ailleurs, si le liquidateur est anormalement inactif à cet effet, ces associés pourront demander au juge des référés la désignation d'un mandataire chargé de procéder à la convocation d'une telle assemblée (*article 217 de l'AUSCGIE*). C'est aussi en vertu de ce prolongement quinquennal de leur qualité d'associé qu'ils devront répondre à toutes les actions intentées contre eux par les créanciers ; c'est du moins ce qui est prévu à l'article 222 de l'AUSCGIE d'après la disposition duquel, « toute action contre les associés non liquidateurs ou leur conjoint survivant, héritiers ou ayants cause, se prescrit par cinq ans à compter de la publication de la dissolution de la société au registre du commerce et du crédit mobilier ».

On constate dès lors que la survivance momentanée de la qualité d'associé implique aussi comme une prou-

gation de son statut dont la fin conséquente, inéluctable et imminente est programmée. Mais ce statut prolongé de l'associé aura subi une métamorphose éminemment substantielle par rapport à ce qu'il aurait été durant le cours de vie normale de la société.

§2 - Statut de l'associé

34. En admettant que nous concevons banalement le «statut» comme l'ensemble des droits et des obligations d'une personne, il peut paraître superfétatoire de rappeler pour l'associé qu'il découle nécessairement et justement de sa qualité d'associé. Mais il le sera moins pour son étude dès lors que les droits et les obligations des associés s'opposent en principe à ceux de la société, que de surcroît, ladite société est de nature commerciale, et que les rapports entre ces deux parties au contrat de société ne sont pas sans incidence le cas échéant sur les tiers, ou sur l'État. En tout état de cause, la détention des titres sociaux par les associés implique pour ces derniers qu'ils soient titulaires de droits et débiteurs d'obligations, aussi bien en tant que collectivité (A) qu'en tant qu'individu (B).

A - Associés pris collectivement

35. L'appréhension collective des associés renvoie en principe à l'assemblée générale des associés. Cette dernière constitue l'organe délibérant de la société commerciale. Et pour cela même, elle en est l'organe souverain. On ne verserait d'ailleurs pas dans l'hyperbole en la considérant comme l'âme même de la société. Avec des variantes assez négligeables selon la forme de la société, sa vocation à prendre les décisions importantes pour la naissance le cas échéant (*assemblée constitutive*), la marche ordinaire (*assemblée ordinaire*) ou pour les situations délicates (*assemblée spéciale pour les SA et assemblée extraordinaire*) renseignent à suffisance sur son importance, et postule qu'on étudie les obligations dont elle est tenue en cours de vie de la société (II), après avoir précisé les droits qui sont parallèlement les siens (I).

I - Prérogatives des assemblées d'associés ou d'actionnaires.

36. Pour bien saisir la signification des droits des associés pris collectivement, c'est-à-dire des assemblées d'associés ou d'actionnaires après constitution de la société, il semble efficace dans cette hypothèse de les analyser en déclinant leur contenu (a) et en en déroulant le mode d'expression (b).

a - Consistance des prérogatives

37. L'organisation législative OHADA des sociétés suggère assez fortement que les prérogatives des assemblées soient étudiées séparément selon qu'il s'agit des sociétés autres que les SA d'une part (1), et les SA d'autre part (2); les sociétés non immatriculées étant exclues de l'étude du fait de leur clandestinité.

Toutefois, deux mécanismes de contrôle de gestion ont été consacrés par le législateur OHADA au profit des associés (ou actionnaires) pris collectivement de toutes les sociétés immatriculées confondues; il s'agit de l'expertise de gestion et de l'alerte.

L'expertise de gestion est prévue à l'article 159 de l'AUSCGIE. Elle est la possibilité offerte à un ou plusieurs associés représentant au moins le cinquième du capital social de faire ouvrir une enquête judiciaire sur une ou plusieurs opérations de gestion. Bien que cette institution du droit OHADA suscite au niveau de la doctrine une panoplie d'interrogations pour la plupart fondées (V. POUGOUÉ (P.G.) et autres, *op. cit.*, p. 375; (S.S.) KUATE TAMEGHE, «*Quelques ambiguïtés de l'expertise de gestion dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*», in *Collection Horizons juridiques africains, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010, p. 147-178*) l'expertise de gestion n'est pas moins en réalité une innovation importante destinée à renforcer le droit des associés de contrôler la gestion d'une société. La qualification collective de cette prérogative procède tout simplement du minimum du capital (*le cinquième*) requis pour son exercice, et dont l'effet direct escompté sur la société en général, tendrait à renforcer.

La procédure d'alerte était au départ exclusivement réservée au commissaire aux comptes (V. *les articles 150 à 156 de l'AUSCGIE*). Aujourd'hui, le législateur OHADA l'a étendue aux associés. Elle n'est pas aussi perçue à notre sens comme une prérogative des associés pris collectivement non en considération de l'auteur de l'initiative (*tout associé, même pris individuellement et compte non tenu de ce que son action représente dans le capital, en étant apte*), mais en considération du résultat auquel elle aboutirait puisque celui-ci est destiné à profiter à la société personne morale. Ainsi, tout associé ou tout actionnaire selon le cas, peut deux fois par exercice, poser des questions au dirigeant social sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation; ce dernier étant tenu de répondre par écrit dans un délai d'un mois avec copie adressée au commissaire aux comtes le cas échéant (*Cf. les articles 157 et 158 de l'AUSCGIE*)

1 - Dans les sociétés autres que les SA

38. Cette catégorie correspond aux SNC aux SCS et aux SARL. Les articles 283, 302 et 333 de l'AUSCGIE qui traitent respectivement la question pour chacune d'elles,

visent en substance «les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants». Et quand on sait que ces pouvoirs des gérants sont définis par l'assemblée des associés, que la désignation du gérant lui-même est le fait d'une décision de cette assemblée, et que ladite assemblée est seule compétente pour le révoquer, on peut valablement conclure que l'A.G. de ces sociétés a une compétence exclusive, à la fois spéciale et générale. On peut en outre citer comme pouvoirs qui sont les siens, l'approbation du rapport de gestion, celle de l'inventaire et des états financiers de synthèse établis par les gérants.

39. Deux types d'assemblées générales sont envisagés par l'Acte uniforme : il s'agit de celle qui vise la prise de décisions ordinaires, l'*assemblée générale ordinaire*, et de celle qui a pour vocation de prendre des décisions exceptionnelles (*assemblée générale extraordinaire*). Ainsi, les décisions ordinaires et les décisions extraordinaires constituent la *summa divisio* des décisions collectives susceptibles d'être prises par les associés en assemblée générale, selon les conditions de forme et de fond prévues pour chaque forme de société (Cf. *article 132*). La SARL a reçu à cet effet du droit OHADA, une réglementation plus explicite. Ainsi, à l'occasion des assemblées générales ordinaires, les associés des SARL, sont investis du pouvoir de statuer sur toutes les questions qui n'entraînent pas modification des statuts. À ce titre elles ont compétence de statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice écoulé, d'autoriser la gérance à effectuer les opérations subordonnées dans les statuts à l'accord préalable des associés, de procéder à la nomination et au remplacement des gérants et, le cas échéant, du commissaire aux comptes, d'approuver les conventions intervenues entre la société et l'un des gérants ou associés, etc. (Cf. *article 347 de l'AUSCGIE*).

L'assemblée générale extraordinaire est *a contrario* compétente pour prendre des décisions susceptibles d'entraîner la modification des statuts (*article 357 de l'AUSCGIE*). On peut citer à titre illustratif les décisions de variations du capital organisées par les articles 360 à 373, les décisions de transformation de la société (*articles 374 et 375*), de fusion-scission (*articles 382 et 383*), ou de dissolution (*article 384*) de la société.

40. Il faut cependant observer que pour chacune de ces sociétés, le législateur OHADA prévoit un autre mode d'adoption des décisions collectives en dehors de l'assemblée générale des associés : il s'agit de la consultation (Cf. *art. 284 pour les SNC, art. 302 al. 2 pour les SCS, et art. 333 al. 2 pour les SARL*). Les décisions prises par les associés par le biais de la consultation ne sont pas moins collectives. L'article 133 de l'AUSCGIE n'en avait pas moins érigé en principe lorsqu'il y est disposé que «*Dans les conditions propres à chaque forme de société, les décisions collectives peuvent être prises en assemblée générale ou par correspondance*».

C'est dire que le formalisme scripturaire est requis pour l'exercice du mécanisme de la consultation. L'article 284 de l'AUSCGIE dispose à cet effet que «les décisions collectives sont prises en assemblée ou par consultation écrite si la réunion d'une assemblée n'est pas demandée par l'un des associés.» Dans tous les cas, le contenu des décisions collectives, qu'elles soient prises en assemblée ou par le biais de la correspondance (consultation) est assez important quoique non explicité par l'Acte uniforme surtout pour les SNC et les SCS, et du moins par rapport à ce que l'on peut observer au sujet des SA.

2 - Dans les SA

41. Une trilogie gouverne la compétence de l'assemblée des actionnaires dans les SA Justifiée par le fait que la SA est une société de capitaux. Cette trilogie postule en effet que le contenu des droits ou pouvoirs des actionnaires pris collectivement varie selon que le regroupement de ceux-ci est en assemblée générale ordinaire, en assemblée générale extraordinaire ou en assemblée spéciale.

42. L'assemblée générale ordinaire est compétente en vertu de l'article 546 de l'AUSCGIE pour statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice ; pour décider de l'affectation du résultat (*à peine de nullité de toute délibération contraire, il est pratiqué sur le bénéfice distribuable de l'exercice diminué, le cas échéant, des pertes antérieures, une dotation égale à un dixième au moins affectée à la formation d'un fonds de réserve dit «réserve légale»*). Cette dotation cesse d'être obligatoire lorsque la réserve atteint le cinquième du montant du capital social) ; pour nommer les membres du conseil d'administration ou l'administrateur général et, le cas échéant, l'administrateur général adjoint, ainsi que le commissaire aux comptes ; pour approuver ou refuser d'approuver les conventions conclues entre les dirigeants sociaux et la société ; pour émettre les obligations ; et pour approuver le rapport du commissaire aux comptes sur la valeur d'un bien acquis par la société dans les deux ans suivant son immatriculation, contre une somme d'au moins cinq millions de francs CFA, et dont l'ancien propriétaire est un actionnaire de la société (Cf. *article 547 de l'AUSCGIE pour le régime de cette évaluation du commissaire aux comptes*).

43. L'assemblée générale extraordinaire se déploie généralement lorsqu'il s'agit de prendre pour le compte de la société, des décisions délicates telles qu'elles figurent sur le listing de l'article 551 de l'AUSCGIE. C'est à ce titre qu'elle est dotée d'une compétence exclusive, sous peine de nullité des clauses statutaires contraires, quant à la modification des statuts dans toutes leurs dispositions. Elle est aussi habilitée à autoriser les fusions, les scissions, les transformations et les apports partiels d'actif. Elle a

également compétence exclusive pour transférer le siège social sur le territoire d'un autre État, mais partage cette compétence avec le conseil d'administration lorsque le déplacement du siège a lieu dans les limites du territoire d'un même État partie (*Le conseil d'administration est en effet également compétent pour décider du déplacement du siège d'un point à un autre de la même ville d'après l'article 27, ou d'une ville à une autre d'un même État partie conformément à l'article 451; toutefois, une telle décision doit être approuvée à la prochaine assemblée générale ordinaire*). Il revient enfin à l'assemblée générale extraordinaire de décider de la dissolution par anticipation de la société, ou de la prorogation de la durée. Mais l'article 551 in fine précise que l'unanimité est exigée chaque fois qu'une décision prise par l'AGE a pour conséquence d'augmenter les engagements des actionnaires, par exemple une décision de transformation de la SA en SNC (*POUGOUÉ (P.-G.) et autres, notes sous article 551 de l'AUSCGIE, OHADA. Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2008, p. 548*)

44. L'assemblée spéciale est celle qui rassemble des actionnaires qui ont des intérêts différents de ceux des actionnaires ordinaires. C'est dans cet ordre de pensée que le législateur OHADA la définit comme celle qui «réunit les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée» (*article 555 al. 1 de l'AUSCGIE*), par exemple les bénéficiaires d'un droit de vote double ou encore d'un dividende prioritaire. La modification du régime de ces titres suppose non seulement une délibération de l'assemblée générale extraordinaire, ce qui est normal puisqu'il s'agit de modifier les statuts, mais encore un consentement particulier, donné par une assemblée réunissant uniquement les titulaires de ces actions (*Cf. Yves GUYON, Droits des affaires, t. I, Droit commercial général et Sociétés, Economica, 7^e édition, p. 316, n° 314*).

C'est bien ce qui correspond à l'attribution de ces assemblées spéciales telles que fixées par l'article 555 al. 2. Il y est prévu en effet qu'«elle approuve ou désapprouve les décisions des assemblées générales lorsque ces décisions modifient les droits de ses membres». Ce qui revient à dire en définitive que la décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à cette catégorie d'actions n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie.

Il reste cependant à préciser que l'exercice de ces prérogatives des assemblées des associés ou actionnaires doit se faire dans le respect d'une conditionnalité strictement définie par le législateur OHADA, et dont la variabilité justifiée par la forme de société n'en altère aucunement la soumission.

b - Conditions d'exercice des prérogatives

45. Selon le type de société et la nature de la décision à prendre, la majorité requise peut être relative, absolue,

simple ou qualifiée, soit sur la base des présents avec ou non exigence d'un quorum, soit sur la base des associés composant la société (*VIDAL (D.), Droit des sociétés, L.G.D.J., 4^e, 2003, p. 270, n° 549*). Le législateur OHADA prévoit un certain nombre de mesures à respecter pour la validité des décisions à prendre par la collectivité des associés réunis en assemblée. Ces mesures tiennent aussi bien à la fréquence des réunions, au quorum qu'à la majorité (*On se souvient que l'écrit est indispensable pour enclencher la saisine du collectif des associés par le biais de la consultation*) (1); et par ce fait, elles ne manquent pas de susciter la réflexion en rapport avec le principe de l'égalité des associés que l'organe délibérant de la société est supposé préconiser (2).

1 - Respect des fréquences du quorum et de la majorité

1.1 - Fréquences et convocations

46. Les statuts définissent librement la fréquence de la tenue des assemblées ordinaires. Plusieurs assemblées peuvent ainsi se tenir chaque année. Toutefois, le législateur OHADA prescrit pour toutes les sociétés commerciales dites immatriculées, la tenue au moins d'une assemblée générale chaque année (*dénommée assemblée générale annuelle*), dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice (*V. les articles 288 pour les SNC, 306 pour les SNC, 348 pour les SARL, et 548 pour les SA*).

47. L'assemblée est convoquée par le ou les gérants au moins quinze jours avant sa tenue, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (*V. les articles 286 al. 1 pour les SNC, 303 al. 1 pour les SCS, 338 al. 1 pour les SARL et 518 al. 1 pour les SA*). Cependant, dans les SARL, la convocation peut aussi être le fait du commissaire aux comptes s'il en existe un, ou d'un ou de plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales ou détenant, s'ils représentent au moins le quart des associés, le quart des parts sociales (*article 337*). Quant aux SA, la convocation de l'assemblée des actionnaires ressortit de la compétence tantôt du conseil d'administration ou l'administrateur général selon le cas; tantôt du commissaire aux comptes après que celui-ci ait vainement requis la convocation des organes ci-avant cités (*CA du Centre-Yaoundé, Arrêt n° 364/Civ. Du 7 juillet 2000, Affaire n° 391/RG/99-2000, Cabinet Works and Partners c/ TAYOU KAMGUE et Autres*); tantôt encore par un mandataire désigné par le juge d'urgence dans le respect des conditions définies à l'article 516-2° de l'AUSCGIE (*V. sur ce point une bonne interprétation prétorienne : Cour suprême du Niger, Arrêt n° 01-158/C du 16 août 2001 dans l'affaire SNAR LEYMA c/ Groupe Hima SOULEY: Juriscope.org.*); tantôt enfin par le liquidateur.

L'importance de la convocation des assemblées est si grande qu'elle doit respecter toutes les règles de

régularité y compris l'indication de la date du lieu et de l'ordre du jour à chaque associé, sous peine d'annulation de l'assemblée, sauf si tous les associés ou tous les actionnaires selon le cas, ont été présents ou représentés.

1.2 - Quorum et majorité

48. La marque de la liberté contractuelle en droit des sociétés commerciales se traduit aussi dans la possibilité qui est offerte aux associés de définir librement dans les statuts les règles relatives aux modalités de consultation, aux quorums et aux majorités. Mais il faut dire que l'hégémonie de l'expression institutionnelle de la société telle que voulue par le droit OHADA, conduit non seulement à limiter cette liberté aux seules sociétés de personnes (V. *articles 285 pour les SNC, et 302 al. 2 pour les SCS*), mais à prescrire le respect d'un certain nombre de règles liées au quorum et à la majorité.

L'unanimité qui concilie nécessairement quorum et majorité dans le sens d'une plénitude est par exemple prescrite pour toutes les décisions qui excèdent les pouvoirs des dirigeants dans les SNC (*l'article 283 qui énonce cette prescription prévoit tout de même au profit de la liberté contractuelle, la possibilité pour les statuts d'envisager que certaines décisions soient prises à une majorité qu'ils fixent*), ou pour les modifications des statuts dans les SCS (*en l'envisageant seulement comme une possibilité, l'article 305 précise ici que l'unanimité n'est requise que pour les associés commandités dans ce cas-là, avec seulement une majorité en nombre et en capital pour les associés commanditaires*). Plus impérativement, cette unanimité est requise dans les SARL en cas d'augmentation des engagements des associés, de transformation de la société en société en nom collectif, ou de transfert du siège social dans un État autre qu'un État partie (*article 359*). Pour cette dernière hypothèse d'ailleurs, il suffit d'après le législateur OHADA que le transfert du siège social se fasse tout simplement sur le territoire d'un autre État, peut importe qu'il soit État partie ou non, pour que l'unanimité des actionnaires présents ou représentés soit requise lorsqu'il s'agit de S.A. (*c'est d'ailleurs la seule hypothèse requérant une certaine unanimité que le législateur OHADA a prévue pour les SA; v. article 554 al. 3*). On pourrait se demander pour quels motifs cette différenciation de régime a été consacrée par le législateur OHADA; s'est-il agi d'une simple omission? La pertinence de cette interrogation est d'autant plus à souligner que, autant pour les SA que pour les SARL, la décision du transfert du siège social sur le territoire d'un autre État à l'intérieur de l'espace OHADA ou en dehors, est d'une telle gravité qu'elle peut influencer sur la vie ou la survie de la société. Ainsi, il conviendrait qu'un ajustement soit opéré au profit des SARL afin que l'unanimité soit également requise lorsque la décision concerne le déplacement du siège social sur le territoire d'un autre État partie, sans qu'il soit nécessaire que cet État soit hors l'espace OHADA.

Lorsque l'unanimité n'est pas requise, l'exigence institutionnelle de la société prévaudra toujours (*surtout pour les sociétés où l'intuitu personae est en altération*), pour imposer par exemple que les décisions dans les assemblées ordinaires et consultations ordinaires écrites des SARL soient prises à la majorité absolue en capital (*à la seconde consultation ou convocation initiée lorsque cette majorité n'est pas acquise, les décisions sont prises à la majorité des votes émis quelle que soit la proportion de capital représenté, exception faite des décisions visant la révocation des gérants pour lesquelles, la majorité absolue est toujours requise; cf. article 349 de l'AUSCGIE*), et que celles qui visent la modification des statuts soient impérativement décidées à une majorité des associés représentant les trois quarts du capital social (*V. article 358 de l'AUSCGIE*).

Cette exigence institutionnelle gouverne enfin les SA lorsqu'il y est prescrit que dans les A.G.O., les décisions sont prises à la majorité des voix exprimées des actionnaires présents ou représentés, possédant au moins le quart des actions ayant le droit de vote à la première convocation, étant entendu qu'aucun quorum n'est exigé à la seconde convocation (*V. articles 549 et s.*). Pour les AGE et les AS, le quorum est fixé à la moitié des actions à la première convocation, au quart à la deuxième, et éventuellement à la troisième convocation; tandis que la majorité est de deux tiers des voix exprimées (*Cf. article 553 à 557 de l'AUSCGIE*).

Toutes ces règles relatives à la réunion, au quorum et à la majorité traduisent certes le souci du législateur OHADA de simplifier et d'assouplir le fonctionnement des S.A. lorsqu'on les considère dans leur contenu, mais elles indiquent en filigrane que les associés sont tenus d'obligations collectives.

2 - Question de l'égalité des associés

49. L'appréhension des associés pris collectivement soulève loin s'en faut la question de l'égalité des associés. Et l'institution des quorums et des majorités dans la prise des décisions en assemblée peut davantage affermir cette interrogation.

L'on doit d'abord rappeler que l'égalité entre les associés est un principe fondamental du droit des sociétés, et que le Conseil constitutionnel français lui a d'ailleurs reconnu une valeur constitutionnelle (*Cons. Const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, Rev. Sociétés, 1982, p. 132, note J.G.; Cons. Const., 7 janvier 1988, n° 87-232, Rev. Sociétés 1988, p. 229, note Guyon; Cf. Lamy Sociétés commerciales, op. cit., p. 340, n° 767*). L'on doit ensuite apporter la précision d'après laquelle, le principe d'égalité ne signifie nullement que les associés disposent du même poids dans le fonctionnement de la personne morale, exception faite dans le cas particulier des sociétés coopératives où les coopérateurs disposent chacun «d'une seule voix quelle que soit l'importance de sa participation au capital de la société coopérative» (*article 102 de l'Acte*

uniforme relatif au droit des sociétés coopératives). C'est dans ce sens que l'article 54 de l'AUSCGIE prévoit que sauf clause contraire des statuts, les droits et obligations de chaque associé ou actionnaire sont proportionnels au montant de ses apports. L'article 755 de l'AUSCGIE accentue cette différence en prévoyant la création des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes les autres actions (*Comme avantages, on peut citer une part supérieure dans les bénéfices ou le boni de liquidation, un droit de priorité dans les bénéfices, des dividendes cumulatifs, etc.*).

C'est donc dire que l'égalité des associés signifie tout simplement qu'il doit exister en principe une égalité du régime des parts ou actions. Ainsi par exemple pour les SA, il doit exister une date unique pour le paiement de l'ensemble des intérêts, dividendes ou autres produits périodiques revenant aux actions pour un exercice social déterminé (*article 756 de l'AUSCGIE*). Le principe de l'égalité entre associés signifie surtout que les inégalités entre ceux-ci doivent être évitées ou sanctionnées si elles ne prennent pas directement leur source dans l'intérêt commun ou dans l'usage légitime du pouvoir résultant des parts détenues (*C'est ainsi que sont réputées non écrites les clauses dites léonines quel que soit le type de société, ainsi que le prescrit l'article 54 al. 2 ; c'est aussi pourquoi sont sanctionnés les abus de minorité ou de majorité étudiés infra n° 54.*). Il s'agit là de toute évidence, d'un fondement des obligations auxquelles sont tenus les associés en tant que collectivité.

II - Obligations des assemblées d'associés ou d'actionnaires

50. Les obligations des associés ou actionnaires collectivement considérés ont une expression différente selon que le créancier de celles-ci est distinct (**a**) ou non (**b**) de la société, personne morale.

a - Obligations à l'égard des tiers

51. En théorie, toutes les obligations de la société commerciale envers les tiers qui doivent être exécutées par les dirigeants sociaux, génèrent une responsabilité qui incombe à la société commerciale, et pour laquelle chaque actionnaire devrait se sentir concerné. L'Acte uniforme insiste sur un certain nombre d'informations obligatoires destinées pour des motifs propres à chaque catégorie aux tiers, au juge et au greffier par le canal du journal officiel et du journal d'annonces légales d'une part, et du registre du commerce et du crédit mobilier d'autre part (*V. les articles 257 à 260 de l'AUSCGIE*). Ces informations soumises donc à publicité sont relatives aussi bien à la constitution de la société, à la modification des statuts, à la transformation de la société, qu'à sa liquidation.

Toutefois, en cas de non-respect d'une formalité

de publicité, la régularisation prévue par l'article 259 al. 2 permet d'éviter la disparition de la société. Seule la responsabilité des représentants légaux fautifs sera donc engagée.

52. Lorsque la société est débitrice à l'égard des tiers, la responsabilité dans les faits incombe au collectif de ses membres (*Cette réalité contribue d'ailleurs à sous-tendre la thèse, bien sûr discutée, selon laquelle l'intérêt social est l'intérêt commun des associés*). Ce sont en effet ces derniers qui devront subir les répercussions surtout pécuniaires d'une action en paiement intentée avec succès contre la société. De tels effets sont aggravés lorsque la procédure dont ils sont tributaires est une liquidation de biens qu'aurait générée la cessation des paiements consécutive elle-même à une mauvaise gestion (*La liquidation des biens est une procédure, nous dit l'article 2 al. 3 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, qui a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour assurer son passif*).

Le degré de responsabilité pécuniaire des associés varie toutefois selon qu'on est en présence des sociétés à risque limité ou en présence des sociétés à risque illimité. Dans les premières, les associés ne sont responsables du passif social qu'à concurrence de leurs apports (*Cf. article 309 pour les SARL et article 385 pour les SA*), tandis que dans les secondes, cette responsabilité prend un relief particulier et s'étend dans le patrimoine propre des associés qui d'ailleurs sont tenus solidairement (*Cf. article 293 pour les SCS, et 270 pour les SNC L'on doit toutefois rappeler que la catégorie des associés commanditaires des SCS échappe au principe de cette responsabilité indéfinie et solidaire auquel sont soumises les sociétés de personnes*). On doit souligner cependant cette hypothèse de responsabilité indéfinie et solidaire des associés des SARL sur l'évaluation faite des apports en nature et des avantages particuliers stipulés pendant une période de cinq ans, lorsque cette évaluation n'a pas été effectivement accomplie par le commissaire aux apports.

Si la responsabilité collective des associés à l'égard des tiers tend à se confondre à celle de la société personne morale telle qu'il est apparu ci-dessus, il faut dire qu'il en est tout autre dès lors qu'il s'agit d'examiner la créance dont est titulaire la société à l'égard du collectif des associés (*on aura ainsi, pour équilibrer les choses, évoqué l'un des arguments qui plaident en faveur de la thèse situant l'intérêt de la société au niveau de la société, personne morale*).

b - Obligations à l'égard de la société, personne morale

53. L'intérêt social est tantôt rattaché à une vision contractualiste ou capitaliste de la société, tantôt à une vision institutionnaliste de cette dernière (*Cf. MOUTHIEU épouse NJANDEU (M. A.), L'intérêt social en droit des sociétés, L'Harmattan, 2009, p. 11*). Analysé dans la seconde

vision, l'intérêt social aura tendance à s'opposer à celui des associés sur certains points, et devrait par conséquent fonder un certain nombre d'obligations de ceux-ci, y compris dans leur collectivité, à l'égard de la société.

Ainsi, au nom de l'intérêt social, l'assemblée ne peut décider de la distribution des réserves stipulées indisponibles par la loi ou par les statuts (*article 143 al. 2 de l'AUSCGIE*). Pareillement, les dividendes ne seront distribués qu'à condition que l'assemblée ait approuvé les états financiers de synthèse et constaté que les capitaux propres ne sont pas inférieurs au montant du capital social augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer, ou que la distribution de ces dividendes ne provoquera pas cette baisse jusqu'à ce seuil (*cf. article 143 al. 3*). D'ailleurs en cas de violation de cette dernière règle, l'infraction est sanctionnée par l'article 889 de l'AUSCGIE au titre de répartition de dividendes fictifs (*Cet article dispose en effet que «Encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront, sciemment, opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition de dividendes fictifs»*).

54. L'intérêt social peut aussi fonder la nullité des décisions collectives pour abus sociaux. C'est à ce titre que le droit OHADA consacre l'abus de majorité (*article 130*) et l'abus de minorité (*article 131*).

L'abus de majorité est une variante puinée de l'abus de droit contenu dans la théorie civiliste. Il est retenu lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, et que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société. Il en serait ainsi si la résolution litigieuse était prise contrairement à l'intérêt général et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité. En théorie, l'abus de majorité suppose que soient réunis deux éléments : la violation de l'intérêt social et la rupture d'égalité entre les associés (*Cf. POUYOUÉ (P.-G.) et autres, op. cit., p. 367; T. com. Paris, 29 juin 1981, Rev. Sociétés, 1982, p. 791, note GUILBERTEAU, à propos d'une transformation de SA en commandite simple; cf. aussi Cass. Com., 7 juillet 1980, n° 79-10.543, Bull. civ. IV, n° 287, p. 234, à propos d'une résolution d'apport-fusion; Lamy, op. cit., p. 1080*).

L'abus de minorité a la même origine théorique que l'abus de majorité. Le législateur OHADA prévoit qu'il est constitué lorsqu'en exerçant leur droit de vote, les associés minoritaires s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime. C'est fort de cette définition que certains ont pu observer pour s'interroger que la détection de l'abus de minorité repose sur deux éléments à savoir : l'opposition entêtée dans l'exercice du droit de vote et l'atteinte injustifiée à l'intérêt social (*KUATE TAMEGHE (S.S.), «Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et*

du groupement d'intérêt économique», in Collection Horizons juridiques africains, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010, p. 209 à 234). D'autres, par contre, ont relevé pour expliquer les conditions de constitution de l'abus de minorité qu'il fallait également, mais différemment constituée, la réunion de deux éléments à savoir : une opération envisagée et jugée essentielle pour la société d'une part, et l'opposition des minoritaires contraire à l'intérêt social d'autre part (*POUYOUÉ (P.-G.) et autres, op. cit., p. 368*).

Dès que les éléments constitutifs de l'abus de minorité sont donc réunis, le juge pourra annuler la décision. Et même, la qualification de l'infraction d'abus de minorité n'est pas conditionnée par la non-adoption des résolutions contestées par l'actionnaire minoritaire (*CA Centre/Yaoundé, Arrêt n° 75/Civ/04-05 du 17 novembre 2004, Affaire n° 317/RG/04, SNAC, SNAC VIE, JEAN (J.), CHEBAUT (J.) c/MOUCHE Moïse*) est identique.

En tout état de cause la consécration de l'abus de minorité tout comme l'abus de majorité est l'une des solutions fournies par le droit OHADA contre les abus sociaux. Ceux-ci sont donc sanctionnés par celui-là ; le fondement premier étant sans doute la violation de l'intérêt de la société. Mais l'on peut aussi se demander si la sanction de ces abus sociaux n'est pas de manière sous-jacente une répression contre l'altération de l'*affectio societatis* dont l'exigence à l'égard des associés peut être vue comme l'une des contreparties des droits dont chaque associé est investi de par la loi.

B -Associés pris individuellement

55. Tout comme lorsqu'ils sont pris collectivement, les associés ont aussi des droits qui leur sont individuels (*l'individualité des droits couvre aussi bien l'associé en tant que personne physique que l'associé en tant que personne morale*), c'est-à-dire qu'ils peuvent les exercer tout seuls sans qu'une exigence quantitative en nombre ou en capital ne soit requise (A). À l'opposé et suivant la même démarche, ils sont aussi tenus d'un certain nombre d'obligations générées par le pacte social (B). C'est dans cette perspective qu'on peut accueillir le contenu de l'article 54 al. 1 de l'AUSCGIE qui prévoit que les droits et obligations de chaque associé sont proportionnels au montant de ses apports, qu'ils soient faits lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale à moins, bien sûr, que les statuts en disposent autrement sans que pour autant les clauses léonines soient admises (*article 54 al. 2 de l'AUSCGIE; v. aussi par exemple article 755 de l'AUSCGIE concernant spécifiquement les SA*).

I - Droits individuels des associés

56. La base juridique OHADA des droits des associés pris individuellement est l'article 53 de l'AUSCGIE des

dispositions duquel il ressort que « Les titres sociaux confèrent à leur titulaire : 1°) un droit sur les bénéfices réalisés par la société lorsque leur distribution a été décidée ; 2°) un droit sur les actifs nets de la société lors de leur répartition, à sa dissolution ou à l'occasion d'une réduction de son capital ; (...) ; 4°) le droit de participer et de voter aux décisions collectives des associés, à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement pour certaines catégories de titres sociaux ». L'exercice voire le contenu de ces droits peut varier d'un type de société à un autre. De plus, certaines circonstances liées ou non au type de société peuvent expliquer que ces droits fassent l'objet de suspension ou de suppression strictement encadrées par le législateur OHADA (Cf. *articles 55 de l'AUSCGIE*). Cela ne contrevient cependant pas au caractère fondamental des droits dont sont titulaires les associés du fait de la détention des titres sociaux, et qui peuvent obéir à une classification triptyque proposée par COZIAN (M.) et VIANDIER (A.) (*in Droit des sociétés, Litec, 10^e édition, 1997, p. 144 à 145*) en termes de :

- Droits politiques (a) ;
- Droits financiers (b) ;
- Droits patrimoniaux (c).

(L'étude de ces droits a été réalisée par plusieurs auteurs. François ANOUKAHA et autres dans OHADA : Sociétés commerciales et GIE (op. cit.) ont classé ces droits en deux catégories, en prenant pour référent le caractère pécuniaire ou non de ces droits. Aussi distinguent-ils entre les droits extra-pécuniaires et les droits pécuniaires. Tel est le schéma adopté par Paul-Gérard POUGOUË et autres dans leur ouvrage collectif Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA. Ne faisant aucun effort de synthèse de ces droits, Yves Guyon lui, les énumère. Il fait surtout référence au droit à l'information, au droit de céder les parts, au droit de donner les parts en nantissement et au droit de retrait (Droit des affaires, tome I, Droit commercial général et Sociétés, 7^e édition, Paris, Economica, 1992.)).

a - Droits politiques

57. Selon COZIAN et VIANDIER, « l'associé est le citoyen de cette cité qu'est la société, d'où ses prérogatives politiques » (*Cozian (M) et Viandier (A), Droit des affaires, tome I, Droit commercial général et Sociétés, 7^e édition, Paris, Economica, 1992, p. 144*). Cette assertion exprime les droits politiques dont jouit l'associé au sein de la société. Ces droits sont pour certains communs à toutes les sociétés, et pour d'autres propres à chacune d'elles. L'alinéa 4 de l'article 53 de l'Acte uniforme représente le socle des droits politiques communs aux sociétés commerciales. Il dispose, rappelons-le, sur « le droit de participer et de voter aux décisions collectives des associés », bien évidemment en tenant compte des

dispositions particulières de l'Acte uniforme concernant certaines catégories de titres sociaux. Dès lors, correspondent aux droits politiques des associés, le droit de participer aux assemblées et le droit à l'information.

1 - Droit de participer aux décisions collectives.

58. De l'examen de l'article 125 de l'AUSCGIE (*il ressort de cet article que : « sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite »*), le droit d'accès des associés aux assemblées est impératif quoique sous-jacent. Il s'agit d'une prérogative d'ordre public qui implique la nullité des clauses statutaires qui le restreindraient de quelque manière que ce soit (Cf. *Cass. Civ., 7 avril 1932, DP 1933, I, p. 153, note CORDONNIER, annulant la clause qui excluait des assemblées délibérantes les porteurs d'actions non agréés par le conseil d'administration*). Dans le même sens, la chambre commerciale a annulé sur la base de la fraude, une assemblée d'où certains actionnaires avaient été, à la suite d'une convocation irrégulière, « éliminés par ruse et artifice » (*Cass. Com., 6 juillet 1983, n° 82-12.910, Rev. Sociétés 1984, p. 76, note GUYON*).

L'article 892 de l'AUSCGIE prévoit d'ailleurs une sanction pénale contre ceux qui, sciemment, auront empêché un actionnaire ou un associé de participer à une assemblée générale. La mauvaise foi du contrevenant est donc exigée.

59. C'est par le vote que l'associé est essentiellement capable de participer directement à la vie de la société. C'est pourquoi, le droit qui y est attaché est une prérogative élémentaire et un droit d'ordre public ; les statuts ne peuvent contrevenir au droit d'expression de l'associé, ni au principe selon lequel, « à valeur nominale égale, droit de vote égal ». En ce sens, l'article 129 de l'Acte uniforme précise bien que les droits de vote de chaque associé sont proportionnels à sa participation au capital de la société, à moins qu'il n'en soit disposé autrement par ledit Acte. Le droit de vote est un des attributs essentiels de l'action : à capital égal, vote égal. En principe, chaque associé a droit à une voix qu'il peut exercer par le biais d'un mandataire selon les conditions définies par l'article 126 de l'AUSCGIE.

Il est intéressant de s'interroger sur le point de savoir si l'existence des actions sans droit de vote est possible. Bien que ce soit admis dans certaines législations telles que celle de la France, l'Acte uniforme ne semble pas avoir envisagé cette possibilité. Tout associé doit donc jouir de son droit de participer aux assemblées et d'y voter. Cependant, lorsqu'une action ou une part sociale est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu propriétaire, à moins que les statuts n'en disposent autrement ; mais pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, le droit de vote est réservé à l'usufruitier (article 128 AUSCGIE).

L'attribution du droit de vote en proportion des apports est un principe en proie à quelques exceptions. C'est le cas du « *vote double* » que l'article 752 de l'AUSCGIE consacre en ces termes : « un droit de vote double de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité du capital qu'elle représente, peut être conféré par les statuts ou l'assemblée générale extraordinaire aux actions nominatives entièrement libérées pour lesquelles il justifie d'une inscription nominative depuis au moins deux ans au nom d'un même actionnaire ». Ce droit de vote double est aussi envisageable dès leur émission, au profit d'actions nominatives attribuées gratuitement à un actionnaire à raison des actions anciennes pour lesquelles il bénéficie déjà de ce droit, complète l'article précité. Le droit à l'information est moins sujet quant à lui aux atteintes.

2 - Droit à l'information

60. L'associé bénéficie dans chaque type de société commerciale d'un droit à l'information sur la situation économique et financière de la personne morale. Ce droit lui permet de contrôler la société qui en théorie, doit être pour lui « une maison de verre » d'après les expressions d'Yves GUYON (*Yves Guyon, Droit des affaires, tome I, Droit commercial général et Sociétés, 7^e édition, Paris, Economica, 1992, p. 235*). Il doit par conséquent permettre l'information de l'associé sur les comptes et la politique sociale (*Cf. COZIAN et VIANDIER, op. cit. p. 144*).

Le droit à l'information de l'associé s'exerce de manière permanente ou périodique, voire préalablement aux assemblées par la communication des documents sociaux (*rapports des dirigeants, comptes annuels, voire prévisionnels*). Il s'exerce aussi par la possibilité de poser des questions écrites aux dirigeants (*Vu sous un certain angle, il s'exerce aussi par la possibilité qui est individuellement offerte de demander la désignation d'un expert de gestion, V supra n° 37*). Le droit OHADA prévoit cependant quelques singularités qui s'apprécient en fonction du type de société.

Dans les sociétés de personnes, l'étendue des responsabilités des associés justifie assez largement celle du droit de contrôle dont ils peuvent se prévaloir à l'égard du gérant dans l'exercice de ses activités. C'est pour cela que ce dernier doit rendre compte aux associés en cas de sollicitation par eux, à moins qu'il ne soit statutairement prévu qu'il ne le fera qu'annuellement à la clôture de l'exercice, lors de l'assemblée générale annuelle.

Les articles 344 et 345 de l'AUSCGIE prévoient que pour les SARL, les associés ont un droit d'information permanent sur les affaires sociales, et que préalablement à la tenue des assemblées générales, ils disposent en outre d'un droit de communication dont la violation sanctionne les délibérations consécutives d'une nullité absolue.

Quant aux SA, le droit de communication des documents sociaux aux actionnaires lors des assemblées

ou à toute époque de l'année, ainsi que le droit dont ils disposent pour poser deux fois par exercice des questions écrites aux dirigeants sociaux sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, est une prérogative dont le respect de l'exercice peut être judiciairement imposé au débiteur, que sont la société ou les dirigeants sociaux (*Cf. les articles 525 à 528 de l'AUSCGIE*). De toutes les façons, il demeure que certaines informations sont limitées dans le temps lorsqu'il s'agit des documents qui se doivent d'être communiqués à l'occasion des assemblées, tandis que d'autres sont permanentes telles que le droit de consulter les documents soumis aux assemblées des trois dernières années, les procès-verbaux de leurs délibérations et leur feuille de présence. La communication donne droit de prendre copie. Mais on comprendrait que les associés soient encore plus enthousiastes à prendre possession de ce que leur procurent les droits financiers dont ils sont également titulaires.

b - Droits financiers

61. Il est évident que « la société n'est pas une institution philanthropique et les associés y viennent pour gagner de l'argent » ainsi que le rappellent en de termes nets COZIER et VIANDIER (*COZIAN et VIANDIER, op. cit., p. 3; n 385*). Le caractère commercial de la société, c'est-à-dire sa vocation à rechercher le profit, est de nature à faire comprendre que les bénéfices qu'elle génère de part son activité sont nécessairement destinés aux membres qui l'ont constituée précisément dans cette intention. C'est pourquoi l'associé bénéficie principalement d'un droit aux dividendes distribués par la société dans le respect des conditions fixées par les statuts ou à défaut proportionnellement aux apports (*cf. article 53 al. 1*), d'un droit sur les bénéfices mis en réserve à l'instar de l'attribution gratuite d'actions en cas d'augmentation de capital par incorporation des réserves (*articles 360 et s. pour les SARL, 389, 544, 562 et s. pour les S.A.*), d'un droit de reprise de son apport initial en cas de liquidation de la société doublé d'un droit au boni de liquidation (*article 53 al. 2°*), d'un droit préférentiel de souscription en cas d'augmentation de capital, notamment par apport en numéraire (*articles 575 et s.*)

62. Avec un régime légalement encadré tel que sommairement développé ci-dessus (*Cf. supra n° 53*), le bénéfice distribuable auquel les associés peuvent prétendre au titre de la jouissance de leurs droits pécuniaires est défini comme le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes portées en réserve en application de la loi ou des statuts (*Cf. article 143 de l'AUSCGIE*). Et en cas d'inexistence de ce bénéfice, l'attribution de quelque dividende que ce soit est qualifiée de distribution de dividendes fictifs et soumise à sanction

en tant qu'infraction par le législateur OHADA. Une telle attitude du législateur est des plus fondée dans la mesure où la répartition des dividendes fictifs a pour effet de réduire de fait la valeur du capital social, qui pourtant constitue la garantie de la survie de la société, et partant, celle des créanciers.

A la question de savoir si un associé de bonne foi peut être contraint à la répétition de l'indu, le législateur OHADA a répondu par l'affirmative au sujet des SARL. C'est du moins l'interprétation qu'on peut faire de l'article 346 al. 3 qui dispose que «la répétition des dividendes ne correspondant pas à des bénéficiaires réellement acquis, peut être exigée des associés qui les ont reçus» (*D'ailleurs, la prescription de l'action en répétition de l'indu est triennale à compter de la date de mise en distribution du dividende, v. al.4 du même article*). S'agissant des autres types de société, le législateur OHADA est silencieux.

En droit positif français par contre, deux solutions sont organisées. La première relative aux SARL telle que prévue par l'article 67 al. 1^{er} de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 est identique à celle préconisée par le droit OHADA (*L'écriture de l'article 346 al. 3 de l'AUSCGIE ci-dessus citée est une reprise parfaite de l'article 67 al. 1 de la loi française de 1966*). La seconde solution concerne les SA. Elle pose comme conditions à la restitution exceptionnelle de l'indu, la mauvaise foi de l'actionnaire (*CA Aix, 2 avril 1992, SARL CCSF c/ TARGETTA, Dr. Société, 1992, n° 229; cf. Lamy Société, op. cit. p. 934*) en plus de la violation des règles relatives à l'existence des sommes distribuables, à l'approbation des comptes, décision de l'assemblée et versement régulier d'un acompte, à l'interdiction du versement d'un intérêt fixe ou intercalaire.

À notre avis, le législateur OHADA aurait pu, en cas de distribution des dividendes fictifs, envisager péremptoirement la répétition de l'indu des associés des sociétés à risque limité (SARL et SA), et n'en faire qu'une simple possibilité dans les sociétés à risque illimité susceptible d'être appréhendée comme une indulgence au profit des associés commerçants concernés. Ç'aurait été l'occasion de constater avec Yves Guyon commentant la solution française de la quiétude des associés ayant reçu de bonne foi des dividendes fictifs que, «cette indulgence est une exception au droit commun du remboursement de l'indu, dans lequel la mauvaise foi de l'«accipiens» n'est pas requise» (*Guyon (Y.), Droit des affaires, tome I Droit commercial général et Sociétés, 7^e édition, Paris, Economica, 1992, p. 118-119*). Mais la justification commerciale procède de ce que dans les sociétés à risque illimité, la garantie des créanciers est constituée par le patrimoine de la société et celui personnel de chaque associé.

c - Droits patrimoniaux

63. Les droits patrimoniaux des associés renvoient pour l'essentiel aux droits que leur confèrent les titres

sociaux à savoir : les actions dans les SA et les parts dans les sociétés autres que les S.A. Il s'agit aussi des opérations juridiques qui peuvent être effectuées sur ces derniers à l'instar des opérations de transfert de propriété telles que la négociation pour les actions et la cession pour tous les titres d'une part (*Pour quelques développements, cf. supra n° 21*), et des opérations de nantissement d'autre part.

64. Le nantissement en droit commercial est un contrat par lequel, un débiteur consent à donner une chose mobilière pour la garantie de sa dette tout en conservant la possession. C'est donc une forme de gage sans dépossession du débiteur (*Cf. GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), Lexique des termes juridiques, Dalloz, 14^e édition, 2003, p. 387*). L'article 64 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés dispose que «les droits d'associés et valeurs mobilières des sociétés commerciales [...] peuvent faire l'objet d'un nantissement conventionnel ou judiciaire».

Un associé peut donc donner, ou être judiciairement contraint à donner, sa part sociale ou son action en garantie d'une dette. Mais parce que le nantissement est un acte d'une gravité certaine susceptible de générer des conséquences fâcheuses sur la société, le législateur OHADA a encadré sa mise en œuvre. Ainsi pour le cas de la SARL, l'opération de nantissement est effectuée dans les conditions prévues pour la cession des parts envers les tiers. Ce qui revient à dire que si les statuts n'ont rien prévu, alors le nantissement conventionnel ne sera possible qu'avec le consentement de la majorité des associés non concernés représentant les trois quarts des parts sociales déduction faite des parts de l'associé débiteur (*Cf. les articles 319 et 322 al. 1 de l'AUSCGIE*).

Dans les SA, le projet de nantissement doit être préalablement adressé à la société dans le respect des formes prévues à l'article 773 de l'AUSCGIE. L'accord de celle-ci résulte soit de l'acceptation du nantissement communiquée dans les mêmes formes que la demande d'agrément, soit du défaut de réponse dans le délai de trois mois à compter de la demande. On peut estimer que pour la première hypothèse, c'est à l'AGO qu'il revient de prendre la décision dans le respect des règles de quorum et de majorité qui y sont prescrites (*Cf. supra n° 48*).

Qu'il s'agisse des SARL ou des SA, au cas où le consentement de la société est obtenu, il emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts sociales régulièrement nanties, à moins que la société ne préfère, après la cession, racheter sans délais lesdites parts en vue de réduire son capital (*Cf. articles 322 et 772 de l'AUSCGIE qui prévoient aussi et respectivement les conditions d'opposabilité du nantissement aux tiers dans les SARL et dans les SA*).

65. L'AUSCGIE est muette quant à l'indication spécifique du nantissement des parts sociales dans les SNC et le SCS. Or l'opération peut être sujette à controverse

en raison de l'*intuitu personae* qui domine de telles sociétés. En se référant cependant aux articles 64 à 68 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, il ressort que les parts et actions cessibles (*y compris nécessairement les parts sociales dans les SNC et les SCS*) peuvent faire l'objet d'un nantissement conventionnel ou judiciaire dans les mêmes conditions que la cession (*pour la cession des parts sociales dans les SNC et les SCS, v. respectivement les articles 274 à 275, et 296 à 297 de l'AUSCGIE*).

Toutefois en cas de réalisation forcée des parts régulièrement nanties, le créancier nanti (*dans le cadre d'une attribution judiciaire*) ou l'adjudicataire ne saurait rentrer dans la société que s'il est agréé par tous les associés. À défaut d'unanimité, soit les statuts peuvent aménager une procédure de rachat pour permettre la libération du créancier nanti, soit, et c'est la doctrine française qui le propose, ce dernier ne jouira que des avantages pécuniaires attachés aux parts, à l'instar d'un croupier (*NOCQUET, J.-Cl., Société. Traité, Fasc. n° 55, cité in Lamy, sociétés commerciales, op. cit., n° 2592*). Dans ce dernier cas de figure, on tendrait à appréhender le titulaire de ces avantages bien plus comme un simple créancier que comme un associé s'il faut considérer les obligations auxquelles tout associé est nécessairement tenu du fait de la détention du titre.

II - Obligations individuelles des associés

66. Les obligations qui incombent individuellement aux associés sont économiques (a) et morales (b).

a - Obligations d'ordre économique

67. Dans la catégorie des obligations économiques opposables aux associés, on peut ranger l'obligation de réaliser l'apport (1), et l'obligation de participer aux pertes (2).

1 - Obligation de réaliser l'apport

68. Aux termes de l'article 37 al. 2 de l'AUSCGIE : « Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il s'est obligé à lui apporter en numéraire ou en nature ». L'exécution de cette obligation s'appelle la libération des apports. Elle doit être effectuée intégralement lors de la constitution de la société, tant pour ce qui est des apports en nature (*article 45 al. 2 de l'AUSCGIE*) que pour ce qui est des apports en numéraire (*article 41 al. 2 de l'AUSCGIE*).

Toutefois, l'Acte uniforme prévoit au profit des SA la possibilité de ne libérer qu'une partie (*au moins le quart*) de l'apport en numéraire lors de la souscription du capital (*article 389 al. 1 de l'AUSCGIE*). Dans ce cas, l'actionnaire est tenu de libérer le surplus dans

un délai qui ne saurait excéder trois ans à compter de l'immatriculation au RCCM.

2 - Obligation de contribuer aux pertes

69. L'article 4 al. 1 in fine de l'AUSCGIE prévoit que « les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme ». Il s'agit d'un engagement impératif face auquel aucun associé ne pourrait se soustraire. D'ailleurs, est réputée non écrite en vertu de l'article 54 al. 2 de l'AUSCGIE, toute clause exonérant un associé de la totalité des pertes. Hormis cet extrême, les associés sont libres de définir dans les statuts les modalités de contribution aux pertes. Et si les statuts sont silencieux à ce sujet, cette contribution aux pertes se fera pour chaque associé proportionnellement au montant de ses apports, sachant que la part de l'apporteur en industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.

70. En réalité, la question de la *contribution aux pertes* se situe dans les rapports entre associés ; dès lors, elle ne devrait se concevoir que lorsque le capital social a été réellement entamé, c'est-à-dire en principe, seulement lors de la liquidation (*GUYON (Y.), Droit des affaires, n° 123*). Pour certains auteurs, elle doit être distinguée de l'*obligation des associés aux dettes sociales* qui se situe dans les rapports entre les associés et les créanciers sociaux (*CARCREFF, Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes avec celle de contribution aux pertes, Gaz. Pal., 1976, I, doct., p. 145*).

L'intérêt de cette distinction réside dans le problème que soulève l'obligation des associés aux dettes sociales : les créanciers de la personne morale peuvent-ils directement et immédiatement poursuivre les associés sur leurs patrimoines personnels, et jusqu'à quel degré ? En vertu de la règle de l'*indépendance du passif sociétaire* qui invite à établir la distinction entre la personnalité juridique de chaque associé et celle de la société, la réponse est négative ; les associés ne sont pas tenus du règlement du passif sociétaire envers les tiers.

Cependant, cette solution n'est à vrai dire valable que dans le cas des SA et des SARL, et pour lesquelles, son application doit être rigoureuse. S'agissant des SNC et des SCS, les associés en nom et les commandités répondent de plein droit du passif social et sur leurs biens personnels. Par ailleurs, des hypothèses existent dans lesquelles l'associé peut être tenu de tout ou partie du passif social : il en est ainsi sur le fondement d'un *engagement volontaire* souscrit dans le cadre d'un cautionnement ou d'une garantie à première demande ; il en est également sur le fondement de *dirigeant de fait*, et donc dans le cadre de l'action en comblement du passif prévue aux articles 183 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ; il en est enfin sur le fondement d'une *responsabilité civile*, qui suppose que soit établie

contre l'associé « une faute ayant un lien de cause à effet avec le préjudice dont réparation est demandée » (*Cass. com.*, 18 juin 1974, n° 73-10.662, *Bull. civ. IV*, n° 199, p. 160) et qui le plus souvent, procède d'une déloyauté condamnable de l'associé envers la société.

b - Obligations d'ordre moral

71. Parmi les obligations d'ordre moral auxquelles sont individuellement assujettis les associés, deux méritent d'être soulignées au regard de leur importance significative. Il s'agit de l'obligation de non-concurrence (1) et celle relative à l'*affectio societatis* (2).

1 - Obligation de non-concurrence

72. L'obligation de non-concurrence a pour objet d'interdire aux associés l'exercice des activités qui seraient ou sont de nature à concurrencer ou faire concurrence à la société. Les associés ne doivent donc pas avoir des actions ou des activités dans un champ similaire à celui de la société dans laquelle ils sont associés.

Cette obligation est impérative, voir naturelle pour les associés qui sont impliqués dans la gestion de la vie sociale, qui ont même acquis la qualité de gérant de la société, bref qui y jouent un rôle prépondérant (*GUYON, op. cit.*, n° 254). Elle l'est davantage lorsque l'associé a effectué un apport en industrie (*L'apport en industrie au regard de la formule de l'article 40 al. 2° implique l'exercice véritable d'un travail; sont donc désormais exclues les autres formes d'apport en industrie constituées simplement par le savoir-faire, le crédit commercial, la notoriété, etc. Cf. POUYOUÉ (P.-G.) et autres OHADA. Traité et Actes uniformes commentés et annotés, op. cit.*, p. 342). On peut aussi concevoir cette obligation de non-concurrence dans des sociétés de personnes eu égard au caractère très prononcé de l'*intuitu personae* qui sous-entend un devoir de loyauté les uns envers les autres, et de tous envers la société.

La jurisprudence française s'est d'ailleurs prononcée dans le sens d'une imposition aux associés de l'obligation de non-concurrence. Dans une affaire, la Cour de cassation a ainsi reproché à la Cour d'appel de n'avoir pas répondu à des conclusions faisant valoir qu'il découlait de la qualité d'associé une obligation de loyauté et de non-concurrence même en l'absence de stipulations statutaires expresses (*Cass. Com.*, 6 mai 1991, n° 89-13. *Rev. Sociétés 1991*, p. 760, note *GUYON, D. 1991, jur.*, p. 609, note *VIANDIER, RTD com. 1992*, p. 621, obs. *CHAMPAUD et DANET, Liaisons juridiques et fiscales,*

30 mai 1991, *Dr. Sociétés 1991*, n° 329, *D. 1992, som.*, p. 347, obs. *SERRA*).

Dans les SA cependant où l'*intuitu pecuniae* est prépondérant, il est objectivement inconvenant d'imposer aux actionnaires l'obligation de non-concurrence. Il l'est davantage lorsque les actions concernées sont au porteur dans la mesure où leur particularité est précisément de conserver l'anonymat de leur propriétaire, du moins à l'égard de la société émettrice.

Dans tous les cas, les associés peuvent stipuler une clause de non-concurrence soit dans les statuts, soit dans une convention extrastatutaire, pourvu que cette clause ait un motif légitime, un objet précis et qu'elle soit limitée dans le temps ou dans l'espace (*Cass. Com.*, 17 février 1982, n° 80-11.961, *Gaz. Pal. 1982, jur.*, p. 429). Une telle clause contribuerait à n'en point douter à une sécurisation de l'*affectio societatis*, exigence de laquelle aucun associé ne devrait en réalité se soustraire.

2 - *Affectio societatis*

73. L'*affectio societatis* est un élément spécifique du contrat de société et dont le défaut peut par conséquent compromettre l'existence de la société. Il en constitue l'élément intentionnel et se définit en substance comme une volonté au moins implicite de collaboration égalitaire dans une perspective commune intéressée (*ANOUKAHA et autres, op. cit.*, p. 71; *GUYON, op. cit.*, n° 14 et s.). Implicite, l'alinéa 2 de l'article 4 en fait une consécration formelle, lorsqu'il dispose que « la société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés. »

74. Pour le Professeur Yves GUYON (*op. cit.*, n° 63), l'*affectio societatis* peut être présenté comme le fondement implicite des obligations (*et aussi des droits*) des associés. Dès lors, c'est de lui que découlent les obligations pour l'associé d'accepter les décisions adoptées par la majorité. C'est encore de lui que résultent à l'égard des associés, les obligations de ne pas faire concurrence à la société; en effet, si l'associé est libre de faire partie d'une société ou d'exploiter personnellement un fonds de commerce, il est contraire à l'*affectio societatis* s'il concurrence directement la société par une activité similaire à celle exercée par cette dernière. La perte caractérisée par l'un des associés de l'*affectio societatis* a conduit le juge dans une espèce, à prononcer à la demande des autres, son exclusion de la société (*CA Poitiers, 25 mars 1992*).

Elvice Médard KAMTA FENDOP

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

- Abus de majorité 54
- Abus de minorité 54
- Affectio societatis 73, 74
- Apport 2, 8
 - Défaut de libération 32
 - Libération 9
 - Numéraire 9
 - Réalisation 9, 68
 - Souscription 10
- Assemblée d'associés
 - Dans les SNC, SCS, SARL 38, 39
 - Dans les SA
 - AGE 43
 - AGO 42
 - AS 44
 - Convocation 47
 - Fréquences 46
 - Majorité 48, 49
 - Prérogatives 37 et s.
 - Quorum 48, 49
- Associés
 - Capacité 7
 - Commerçant 16
 - Conjoint 14, 15
 - Désignation 2
 - Droits financiers 61, 62
 - Droits politiques 57, 58, 59, 60
 - Exclusion 28

- Égalité 49
- Responsabilité 52
- Retrait... N° 30

C

- Contribution aux pertes 69, 70

D

- Déclaration notariée de souscription et de versement 11
- Déclaration de régularité et de conformité 11

E

- Expertise de gestion 37

I

- Intérêt social 53
- Intuitu pecuniae 72
- Intuitu personae 72

N

- Non-concurrence 72

O

- Obligation de loyauté 72

P

- Principe de l'indépendance du passif sociétaire 70
- Procédure d'alerte 37

R

- Répétition de l'indu 62

S

- Sociétés
 - Coopératives 1,30
 - Dissolution 25, 33
 - Immatriculation 11
 - Liquidation 33
 - Unipersonnelle 8
- Souscription 9
- Statuts sociaux (signatures) 10, 11

T

- Titres sociaux
 - Actions 63
 - Détentions par un seul associé 27
 - Indivision 12
 - Nantissement 13, 64, 65
 - Nature 19
 - Part 21,63
 - Réalisation forcée 65
 - Transfert 12, 21, 64
 - Usufruit 12

ATTRACTIVITÉ ÉCONOMIQUE DU DROIT OHADA

Table des matières

Introduction n° 1-5

Chapitre I : Étude macroéconomique du droit OHADA n° 6-47

Section 1 - Perspective économique du droit

OHADA n° 6-25

§1 - Finalités économiques du système OHADA n° 7-11

A - Finalité économique dans un contexte de mondialisation et de régionalisation ainsi que la recherche d'un climat des affaires propice au développement économique n° 8-9

B - Finalité économique reflétant la corrélation entre le droit et l'économie n° 10-11

§2 - Objectifs économiques des règles uniformes de l'OHADA n° 12-25

A - Objectifs économiques au cœur du droit substantiel des affaires n° 13-21

I - Objectifs économiques en droit commercial général et en droit du transport des marchandises par route n° 13-18

II - Objectifs économiques en droit des sociétés et du GIE et en droit des procédures collectives d'apurement du passif n° 19-21

B - Objectifs économiques dans la périphérie du droit substantiel des affaires n° 22-23

C - Objectifs économiques en droit processuel des affaires n° 24-25

I - Procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution n° 24

II - Règlement des litiges n° 25

Section 2 - Performance économique du droit

OHADA n° 26-47

§1 - Critères quantitatifs de la performance économique n° 27-34

A - Références du Doing Business n° 28-30

I - Indications et critères de performance n° 28

II - Méthodologie et classement en termes d'attractivité n° 29-30

B - Particularités de l'espace OHADA n° 31-34

I - Controverse et fiabilité de Doing Business n° 31-32

II - Contribution du droit uniforme à l'amélioration des critères quantitatifs n° 33-34

§2 - Critères de la performance économique n° 35-47

A - Au niveau national n° 36-37

I - Mise en conformité du droit national n° 36

II - Adaptation du droit économique n° 37

B - Au niveau communautaire n° 38-47

I - Attractivité du droit uniforme n° 38-39

II - Optimisation du droit uniforme n° 40-47

Chapitre II : Réponse technique du droit OHADA n° 48-75

Section 1 - Attractivité des règles de fond n° 48-66

§1 - Attractivité du socle juridique général des affaires n° 50-54

§1 - Attractivité par la recherche de l'amélioration de la performance des sociétés commerciales n° 55-67

A - Plus grande protection du capital social n° 56-61

I - Protection du capital social par l'amélioration

de l'information des associés n° 57-59

II - Protection du capital social par le renforcement des moyens de contrôle n° 60-61

B - Quête de compétitivité des sociétés commerciales n° 62

I - Compétitivité assurée lors de la constitution de la société n° 63

II - Compétitivité maintenue pendant le fonctionnement de la société commerciale n° 64-66

III - Compétitivité par la mise en commun des moyens : institutionnalisation du GIE n° 67

§2 - Attractivité du nouveau régime des valeurs mobilières et la réglementation de l'appel public à l'épargne n° 68-69

§3 - Attractivité des nouvelles garanties du crédit n° 70-71

Section 2 - Attractivité des règles de procédure n° 72-79

§1 - Espoir suscité par les nouvelles procédures d'exécution n° 73

§2 - Promotion de l'arbitrage dans l'espace OHADA n° 74-76

§3 - Attrait des nouvelles procédures de traitement des difficultés des entreprises n° 77-79

Bibliographie

- Dossier, «Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA», *Rev. Droit et Patrimoine*, n° 197, novembre 2010.
- Dossier, «Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA», *Rev. Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 40 et s.
- MASAMBA (R.), «L'OHADA et le Climat d'investissement en Afrique», *Penant*, Paris, Juris Africa, 2006, n° 855, p. 137-150.
- MASAMBA (R.), «L'optimisation du processus d'harmonisation du droit des affaires en Afrique», *Revue de droit international et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, n° 2 et 3, 2008, p. 253 et s.
- POUGOUÉ (P.G.) et KALIEU (Y.), *Introduction critique au droit OHADA*, PUA, 2008.

1. En quête de développement, les pays africains font désormais une course à l'amélioration du climat des affaires, mettant sensiblement l'accent sur deux de ses volets majeurs : la sécurité juridique et la sécurité judiciaire. Au-delà du continent africain, qui reste le parent pauvre de la planète, chacun entend rester ou devenir le meilleur, sous la pression de la mondialisation.

Dans ce contexte, le palmarès mondial des bons et mauvais élèves connaît un nom : «*Doing business*». La qualité et la fiabilité de ce rapport, que la Banque mondiale publie chaque année depuis 2004, ont alimenté des controverses parfois acerbes, ce qui n'a pas réduit l'ardeur de ses initiateurs mais a conduit à des ajustements méthodologiques.

L'existence même de ce rapport symbolise le succès de l'analyse économique du droit, un succès certes mitigé et controversé. En effet, les thèses outre-atlantistes de *Law and Economics* misant sur un regard du droit sous le prisme de l'économie, à travers diverses écoles doctrinales (École de Chicago, mouvement institutionnaliste) auxquelles s'ajoute l'École autrichienne, ont rencontré de farouches résistances de la doctrine des pays d'obédience romano-germanique : «Assimiler la démarche juridique à une démarche technologique cherchant à améliorer l'outil juridique, à le rendre plus performant, ce serait transformer le juriste en ingénieur social et oublier que le droit est aussi et peut-être avant tout un système de valeur» (François Rangeon, cité par G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique, Étude de Droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2009, n° 17).

Mais au-delà des guerres idéologiques, le recours à l'analyse économique gagne du terrain, par une diversité ou même une concurrence de styles et d'options, avec une approche méthodologique pour évaluer et réformer le système juridique, non plus tellement technologique, pour revisiter les valeurs intrinsèques. Bruno Oppetit (cité par Guillaume Royer, *op. cit.*, n° 22) observe à ce sujet que : «le législateur contemporain a délibérément choisi d'estomper les concepts juridiques derrière des standards économiques et de privilégier des objectifs purement économiques : le discours juridique traditionnel, reposant sur une logique conceptuelle, s'est totalement effacé derrière un raisonnement factuel et une appréciation de pure opportunité». De même souligne un auteur, «réceptionné de manière très critique, l'analyse économique du droit est en passe d'être réhabilitée dans la pensée juridique française» (Royer G, *op. cit.*, n° 13).

2. Les liens entre le droit et l'économie sont connus depuis des lustres. Un dénominateur commun les alimente amplement et motive tant l'analyse juridique que l'analyse économique : l'homme, qui, à travers la famille ou l'entreprise, reste au centre de tout. Cette réalité suscite d'innombrables réflexions, sur le rôle de l'État, sur les traditions juridiques, sur la *summa divisio*, sur la lecture transversale et pluridisciplinaire des questions juridiques, sur la balance entre sécurité juridique et efficacité éco-

nomique, sur les crises de régulations financières qui ont récemment encore secoué le monde.

Les mutations socio-économiques des trois derniers siècles ont entraîné l'émergence d'un véritable «droit économique» (G. Farjat, *Droit économique*, Paris, Thémis, 2^e édition, 1982), discipline «pluridisciplinaire» qui ne manque pas de cohérence interne, mais dont la difficile quête d'autonomie, l'évolution en dents de scie et en sens parfois différents selon que l'on se trouve au nord ou au sud de la planète, permet de s'interroger sur son avenir dans la sphère juridique (Roger Masamba, *Droit économique congolais*, Bruxelles, Academia-Bruylant, 2^e édition, 2006, n° 2 et s.).

3. Le droit OHADA est une illustration de la relation entre droit et économie. Priorisant l'assainissement de l'environnement des affaires, il rencontre les préoccupations de l'analyse économique en mettant à la portée des opérateurs économiques des mécanismes appropriés pour maximiser les chances de sécurisation de leurs activités, de les rentabiliser, d'optimiser leur compétitivité, de se performer ou même de se surperformer. Des comparaisons sur le niveau et la qualité de l'application du droit uniforme conduiront assurément à des classements inter-OHADA avec les avantages que procure généralement pareil exercice : diagnostic, réforme, discipline, émulation, compétitivité, performance, progrès.

4. L'analyse économique n'est pas absente de la genèse même du droit communautaire OHADA qui, dès le départ, s'est aussi lancé dans un regard du droit à la loupe de la réalité et de la logique économique, sous l'empire d'une soif de développement, cauchemardesque et frustrante.

Évoquant la période préparatoire du projet OHADA, sous le titre «L'histoire et les objectifs de l'OHADA», Kéba Mbaye a écrit dans un numéro «spécial OHADA» de la revue «Petites Affiches» (*Paris, octobre 2004, n° 205, p. 5-6*) : «il fallait aussi être sûr du résultat, donc envisager de tester le futur espace du projet», «poser le diagnostic du mal créé par le ralentissement des investissements», «mesurer ce qui est souhaitable, ce qui est nécessaire, ce qui est possible», «appréhender les attentes, les souhaits et les appréhensions», «préconiser la marche à suivre et les priorités à mettre en œuvre», procéder à l'«identification des avantages du projet», «trouver les solutions juridiques les meilleures», «stimuler le transfert de technologies et de connaissances et notamment les techniques modernes de gestion des entreprises», promouvoir la «sécurité juridique» et «judiciaire», «rétablir la confiance des chefs d'entreprises et des investisseurs», «améliorer les conditions de la libre concurrence», «faciliter l'intégration économique sur le continent», faire l'«inventaire exhaustif et comparatif des textes qui existent dans tous les États», «choisir la formulation juridique commune (...) la plus efficace», non sans «inventorier les multiples raisons matérielles, financières et en ressources humaines qui démontreraient la nécessité et la faisabilité du projet».

La quintessence de cette démarche caractéristique de

la genèse du droit uniforme correspond à celle que signalent, en trois phases, Ejan Mackay et Stéphane Rousseau dans un ouvrage intitulé « Analyse économique du droit » (Paris, Dalloz, 2008, n° 2128 à 2134) : «... établir quelques conséquences importantes et (s'abstenir) d'apporter un jugement moral» (1^{er} niveau : analyse des effets), «... éclairer un fondement des règles que l'on observe dans des systèmes existants» (2^e niveau : analyse du fondement de la règle), «... se prononcer sur les règles en place où qu'on pourrait adopter», «... déterminer quelle serait la règle efficace et la comparer à la règle existante ou envisagée» (3^e niveau : analyse de la règle souhaitable).

5. En se donnant comme objectif, en plus de l'unification du droit des affaires dans les États membres, celui d'assurer la sécurité juridique et judiciaire des affaires, l'OHADA, à travers son Traité et ses Actes uniformes, s'est démarquée très nettement des autres structures d'intégration régionale existant en Afrique. L'extension prochaine de l'OHADA à d'autres pays africains principalement ceux de tradition anglophone et parmi les plus puissants sur le plan économique tels que le Nigeria ou le Ghana témoigne de la volonté de ces pays de bénéficier de cet instrument privilégié de relance et de croissance économique qu'est l'OHADA.

C'est dire que la rencontre du droit et de l'économie à travers la nouvelle organisation est quasiment déjà réalisée et que l'on peut légitimement, plus de dix ans après l'adoption du Traité OHADA, apprécier l'efficacité de ce droit à la lumière de l'évolution de la situation économique des États membres et même des États tiers dans leur facilité à traiter avec ceux-là (*FOCHE (R.) et OUAFO BEPYASSI (V.), Le droit de l'OHADA : un capital vital pour le redressement de l'économie africaine in L'effectivité du droit de l'OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, 2005, p. 49*). Il s'agit en somme de se demander si les nombreux espoirs placés dans cet instrument juridique se traduisent dans des réalités économiques satisfaisantes, car selon un auteur « *Le droit doit faciliter l'activité économique au lieu de la contrarier* » (*PAILLUSESAU (J.), Une révolution juridique en Afrique l'OHADA in Dialogues avec Michel JEANTIN, 1999, Lire aussi; YOUNSI (J.) : «L'OHADA : Un instrument pour le développement des investissements dans un climat de sécurité juridique et judiciaire», Juridis Périodique, N° 30, avril-mai-juin 1997, p. 98 et s.*).

Chapitre 1 : Étude macroéconomique de droit OHADA

La lecture de l'architecture juridique de l'OHADA et l'exploitation des œuvres doctrinales y sont consacrées permettent de prendre la mesure d'une réelle perspective économique de ce système juridique communautaire

(Section 1) et d'une recherche de la performance économique (section 2) par l'usage stratégique des normes juridiques modernes et adaptées.

Section 1 - Perspective économique du droit OHADA

6. L'édifice OHADA comporte une finalité économique mettant au cœur du système juridique et judiciaire la vie de l'entreprise et la quête du progrès économique et social. Bon nombre de règles juridiques véhiculées par le Traité de Port-Louis et les Actes uniformes sont marquées par cette finalité qui s'ajoute ainsi aux fondements et composantes traditionnels du droit (§ 1).

Dans un contexte de mondialisation et de régionalisation, le système OHADA vise en effet à promouvoir l'intégration économique et se sert d'un outil indispensable pour y parvenir et atteindre les objectifs recherchés (§ 2) : l'intégration juridique ainsi que la sécurité juridique et judiciaire.

§1 - Finalités économiques du système OHADA

7. Les normes juridiques de l'OHADA reflètent la complicité entre l'économique et le juridique (B), autant que la familiarité entre le sociologique et le juridique, le philosophique et le juridique.

Outils au service de l'entreprise dans un contexte de mondialisation et de régionalisation (A), ces normes cristallisent les contraintes et dégagent en même temps des atouts dans l'exercice de l'activité économique.

En effet, la lecture du Traité et des Actes uniformes révèle la logique économique qui a inspiré les fondateurs de l'OHADA dont le souci majeur concernait le progrès économique par l'amélioration du cadre juridique, l'assainissement de l'environnement des affaires, l'attractivité économique, la performance des entreprises (*Roger Masamba, L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique, in Penant, Paris, Juris Africa, 2006, n° 855, p. 137-150*).

A - Finalité économique dans un contexte de mondialisation et de régionalisation ainsi que dans la recherche d'un climat des affaires propice au développement économique

8. Le préambule du Traité de l'OHADA se focalise expressément sur l'économie et le développement en en recherchant la promotion par des recettes juridiques, « dans un contexte de mondialisation et d'ouverture des économies nationales à la concurrence » (*Babacar Gueye et Saïdou Nourou Tall, in «OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés», Juriscope, 3^e édition, 2008, page 22*).

Ainsi en est-il notamment lorsque les hautes parties

contractantes entendent «établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique». De même en est-il de multiples références à l'économie ou au développement : «l'institution d'une communauté économique africaine», «facteur de stabilité économique et monétaire», «atout majeur pour la réalisation progressive de leur intégration économique», «faciliter l'activité des entreprises» (*laquelle activité est à prédominance économique*), «garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement».

Cet élan imprimé par des «motifs préambulaires», qui ne sont pas «de simples déclarations d'intention» mais un dispositif «utile pour l'interprétation du Traité» (*Babacar Gueye et Saïdou Nourou Tall, ibid., se référant à la Décision du Conseil Constitutionnel du Sénégal n° 3/C/93 du 16 décembre 1993*), se renforce avec le souci évident d'améliorer le climat des affaires par la sécurité juridique et judiciaire : «promouvoir l'arbitrage», «améliorer la formation des magistrats et des auxiliaires de justice».

9. La quasi-totalité des interventions doctrinales révèle cette finalité économique du droit OHADA dans des termes souvent similaires, mais qui justifient l'analyse économique du droit uniforme, notamment pour orienter l'analyste et l'inciter à en évaluer l'effectivité, l'efficacité et l'efficacé :

- «Le besoin s'était fait sentir, devant le ralentissement des investissements, d'essayer de reconstruire l'édifice juridique de l'ensemble des pays de la zone franc afin de redonner confiance aux opérateurs économiques» (*Keba Mbaye, Avant-Propos, Penant, numéro spécial OHADA, n° 827, mai-août 1998,édiéna, Le Vésinet, 1998, p. 126*); «Tous les investisseurs étaient jusqu'ici relativement méfiants à l'égard de l'insécurité juridique et même judiciaire régnant dans les pays du Sud» (*Josette Nguebou, Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, Collection Droit uniforme, Presse Universitaires d'Afrique, Yaoundé, 1998, p. 3*).
- «L'harmonisation du droit des affaires en Afrique (...) a été perçue comme le remède à l'insécurité juridique et judiciaire qui serait la cause du phénomène de désinvestissement et de la marginalisation de l'Afrique subsaharienne de l'investissement direct et du commerce mondial» (*Mamadou Diakbata, Les procédures simplifiées et les voies d'exécution : la difficile gestation d'une législation communautaire, Revue Sénégalaise de Droit des Affaires, Dakar, n° 2-3-4 2003-2004, p. 11*); «... besoin de reconquérir la confiance des investisseurs et de sécuriser les rapports juridiques en vue d'une croissance durable» (*Ibid.*); «La sécurité juridique apparaît ainsi comme le gage d'un bon fonctionnement du système économique de marché» (*François Anoukaba, Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA, Collection Droit uniforme, Presse Universitaires*

d'Afrique, Yaoundé, 1998, p. 3); «... la sécurité juridique et judiciaire inspire la confiance, l'esprit d'entreprendre et de conquête et la croissance» (*Joseph Issa-Sayegh, Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005, p. 197*).

- «... véritable catalyseur de la croissance (...), capable de donner confiance aux entrepreneurs et donc de favoriser l'essor économique et le développement» (*Martin Kirsh, Dixième anniversaire de la signature du Traité concernant l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, Penant, n° 845, oct.-déc. 2003, Paris, Éditions Juris Africa, p. 845*); «... volonté de garantir la sécurité juridique des activités économiques et d'encourager l'investissement...» (*Michel Mahove, Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin, Penant, n° 846, janv.-mars 2004, Paris, Éditions Juris Africa, p. 87*) par une clarification des règles du jeu et «la recherche d'une adéquation du droit au monde des affaires» (*Ernst & Young, Actes uniformes OHADA, Éditions FFA, octobre 2006, p. 5 et 6*).
- «L'enjeu majeur pour l'OHADA était d'élaborer un mécanisme juridique approprié qui puisse pallier les défaillances des opérateurs économiques et attirer les investisseurs» par un réel climat de confiance (*Aziber Seïd Algadi, Contrats et Droit OHADA des procédures collectives, Étude à la lumière du droit français, L'Harmattan, Paris 2009, n° 9*).

B - Finalité économique reflétant la corrélation entre le droit et l'économie

10. Le Traité de l'OHADA institue un espace juridique et judiciaire pour promouvoir l'intégration économique et l'institution d'une communauté économique. Ce postulat marque largement toute l'architecture juridique qui continue de se construire autour de l'OHADA.

Les dispositions générales du Traité en apportent une illustration éloquent, y compris par la répétition des affirmations du préambule. Au sujet de l'objet même du Traité, l'article 1^{er} revient en effet sur la mise au point de normes juridiques «adaptées à la situation (des) économies» des États parties ainsi que sur «l'encouragement au recours à l'arbitrage». L'élasticité de la définition du droit des affaires (article 2), «conformément à l'objet du présent Traité» dévoile une volonté claire : tout ce qui peut concourir à la promotion de la sécurité juridique et judiciaire dans le but de favoriser l'intégration économique doit être privilégié dans le processus d'édification du droit OHADA.

Finalement, comme le rappellent quelques auteurs (*J. Lohoues-Oble, J. Fometeu, D.B. Bâ, Cl. Champaud, cités par Babacar Gueye et Saïdou Nourou Tall, in «OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés», Juriscope, 3^e édition, 2008, pages 34 et 35*), au-delà du droit des affaires au sens strict, c'est bien «l'environnement juridique de l'entreprise» qui est visé, non sans risque

d'attraction de l'ensemble du droit privé dans la sphère de l'OHADA : « Des perspectives quasi illimitées (...) s'ouvrent à ce droit des affaires flexible dans sa vocation à couvrir toutes les règles relatives à l'entreprise », « on peut imaginer une extension vers le droit public économique, le droit pénal des affaires, le droit fiscal des affaires, le droit social, le droit comptable, le droit civil des obligations et des contrats, le droit du crédit, le droit des professions commerciales spécialisées ».

11. D'autres analyses doctrinales confirment ces observations et mettent en exergue le souci de promouvoir l'intégration économique :

- « Pour faire face aux mouvements de mondialisation et de régionalisation du droit qui sont des réalités économiques et politiques fortes aujourd'hui, les États africains de la zone francs et devant la persistance de la crise de confiance des investisseurs, ont décidé de réaliser une intégration juridique en créant l'OHADA (...), estimant que l'intégration juridique doit précéder ou accompagner l'intégration économique » (*Joseph Issa-Sayegh, op. cit., p. 11*).
- « Les initiateurs du Traité OHADA ont unanimement pensé que l'intégration économique, qui est une condition *sine qua non* du développement de la région a, pour préalable, l'harmonisation du droit des affaires. Selon eux, l'intégration juridique doit précéder ou accompagner l'intégration économique » ; « ... la sécurité juridique et judiciaire inspire la confiance, l'esprit d'entreprendre et de conquête et la croissance » (*Joseph Issa-Sayegh, Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005, p. 197*) ; « L'OHADA est conçue dès le départ comme un outil pour moderniser le droit des affaires dans un espace intégré. Deux missions lui sont assignées : créer un climat propice à l'investissement privé ; favoriser l'intégration en vue, à terme, de créer un vaste marché » (*Paul-Gérard Pougoué, in Les mutations juridiques, économiques et comptables, et les préoccupations de développement dans le système OHADA, Colloque 2 et 3 juin 2008, Université de Ngaoundéré, sous la direction d'André Akam Akam, 2009, p. 11, n° 2*).
- « La démarche épistémologique qui se dessine alors semble indiquer que l'intégration juridique doit désormais être considérée comme un levier indispensable de l'intégration économique. Et l'originalité tient précisément en l'utilisation du droit pour impulser l'économie ; l'intégration juridique est un facteur de réussite de l'intégration économique » (*François Anoukaba et al., OHADA Sociétés commerciales et GIE, Bruylant, Bruxelles, 2000, n° 37, se référant à Paul-Gérard Pougoué*) ; « Outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour l'intégration économique et la croissance » (*André Akam Akam, L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique, Colloque 2 et 3 juin 2008, Université Ngaoundéré, sous la direction d'André Akam Akam, 2009, p. 24, n° 4*) ; « outil technique de l'intégration économique » (*Martin Kirsh,*

Historique de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA), Penant, n° 827, mai-août 1998, Ediéna, Le Vésinet, 1998, p. 130).

- « ... instaurer une sécurité juridique et judiciaire sur leurs territoires respectifs aux fins de favoriser les investissements tant nationaux qu'étrangers et, à terme, de parvenir à une intégration économique... » (*Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route, commenté par Souleymane Séré et Dominique Kabré, Éditions Outils du management, Burkina Faso, 2005, p. 17*).

§2 - Objectifs économiques des règles uniformes de l'OHADA

12. L'opportunité et l'efficacité du droit OHADA ne font l'ombre d'aucun doute, les fondateurs de l'organisation ayant bâti un édifice dont la réceptivité par les milieux d'affaires était évidente, en raison notamment de la rupture avec un passé caractérisé par l'obsolescence du cadre juridique et la méfiance à l'égard des modes de règlement des litiges.

Dans un costume simple, adapté et moderne, le dispositif communautaire met en place des règles dont les objectifs obéissent à une logique économique sous un regard juridique, dans un but essentiel : garantir la sécurité juridique et judiciaire.

Aussi bien dans la sphère des normes substantielles (A) que dans celle des règles processuelles (B) concernant la vie des affaires, cette ambition, à la fois aux allures d'un pari et d'un défi, consiste à se servir d'un droit perfectionné pour soutenir l'effort de développement économique par une amélioration du climat des affaires et un renforcement consécutif de l'attractivité.

A - Objectifs économiques au cœur du droit substantiel des affaires

L'analyse des règles uniformes substantielles de l'OHADA révèle dans bon nombre de cas l'objectif économique recherché.

I - Les objectifs économiques en droit commercial général et en droit du transport de marchandises par route

13. L'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général met en place un dispositif ayant pour but de permettre au commerçant d'entreprendre une activité économique et de réaliser des profits par l'exploitation d'une entreprise individuelle dans un contour juridique précis. De l'informel où s'exercent bon nombre d'opérateurs, le droit uniforme cherche à faciliter la structuration du commerce, même de petite dimension, en s'orientant vers l'amendement de l'Acte

uniforme pour y introduire un nouvel acteur : l'entrepreneur. 15 décembre 2010, la révision de l'Acte uniforme consacre ce dernier et, de façon générale, renforce et améliore l'arsenal juridique.

Cet Acte uniforme modernise l'énumération des actes de commerce pour y intégrer largement des activités économiques ou plus précisément opérations commerciales inconnues à l'époque napoléonienne, mais occupant aujourd'hui une place prépondérante dans la vie économique.

À cet effet, l'approche économique, singulièrement le souci d'efficacité et d'efficacités économiques de la règle juridique, apparaît même comme partie intégrante de certaines dispositions de cet Acte uniforme, sans cependant écarter les valeurs fondamentales du droit que sont notamment la justice, l'équité, l'éthique.

14. Ainsi en est-il de l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, qui donne une énumération des actes de commerce dont la place des opérations économiques est primordiale, notamment «les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit» ou «l'exploitation industrielle des mines», «les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication» ou encore les outils habituels des activités économiques «la lettre de change, le billet à ordre, et le warrant». De même en est-il de l'article 13, au sujet notamment de l'obligation pour toute personne morale commerçante d'établir tous les ans ses états financiers de synthèse».

15. À travers le *Registre du Commerce et du Crédit Mobilier*, c'est la sécurisation économique et la promotion du métier de prêteur que vise le droit OHADA qui, au-delà de la mission classique de registre du commerce, à savoir l'immatriculation des commerçants et des sociétés, y ajoute celle de l'inscription des sûretés mobilières : nantissement de titres sociaux, du fonds de commerce, de stocks, du matériel professionnel, des véhicules automobiles, de la clause de réserve de propriété, des privilèges du Trésor, des douanes et des institutions de sécurité sociale. Ainsi se renforcent la circulation de l'information et le devoir de transparence dans la vie des affaires.

L'objectif économique apparaît aussi dans les *contrats commerciaux* régis par l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général et l'Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route : le bail commercial, les opérations portant sur le *fonds de commerce*, l'intermédiation commerciale, la vente commerciale.

Ainsi, s'agissant du fonds de commerce, plus spécialement des opérations dont il peut faire l'objet, on peut citer le nantissement qu'effectue un opérateur économique pour se procurer le financement nécessaire à l'expansion de l'entreprise.

16. De même, le *bail commercial* (ou «bail professionnel») poursuit un objectif économique visant, non

seulement la sécurisation du preneur face à un risque de préjudice commercial et financier en cas de non-renouvellement (*ce qui justifie la compensation pouvant découler de l'indemnité d'éviction*), mais aussi le consommateur qui, au stade final, risque de voir la surcharge inhérente à une exécution inéquitable ou déséquilibrée du bail se répercuter sur le prix qu'il paie.

La doctrine déplore que, par quelques maladresses, la jurisprudence de la Cour Commune de justice et d'arbitrage n'ait pas pu consacrer la nécessité de prendre en compte les investissements pris en charge par le preneur pour un ajustement plus équitable dans le calcul de l'indemnité d'éviction (*René Njeufack Temgwa, observations sur l'arrêt CCJA n° 036/2008 du 3 juillet 2008, Société Burkina et Shell c/ Ouedraogo Sibiri Philippe, in Les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, Pais, L'Harmattan, 2010, p. 33-34*). C'est un exercice qui s'inscrit aussi dans la logique de l'analyse économique et «la mathématique des baux commerciaux» (*René Njeufack Temgwa, op. cit., p. 34*). Entre renouvellement et indemnité d'éviction, le bailleur empruntera nécessairement une démarche économique face à une contrainte ou option juridique.

17. Qu'il s'agisse de l'activité d'un commissionnaire ou d'un courtier ou encore de celle d'un agent général, l'intermédiation commerciale comporte également un objectif d'efficacité économique par cela seul qu'elle facilite la réalisation des affaires entre des opérateurs économiques dont le rayon d'action peut ainsi connaître une extension profitable à l'entreprise.

Le souci d'efficacité économique apparaît aussi dans la rédaction des règles régissant les intermédiaires du commerce. En effet, l'intérêt du législateur de l'OHADA pour l'intermédiation commerciale se mesure au constat que les législations nationales s'avéraient «incomplètes et insuffisantes face au rôle de plus en plus important que jouent les intermédiaires dans la vie économique» (*OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^e édition, 2008, p. 264*).

Dans le même sens, le commentaire relatif au titre IV de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général met en exergue l'intérêt économique de l'agent commercial : «La profession d'agent commercial présente un intérêt économique certain tant pour le mandant que pour l'agent commercial lui-même. Pour le mandant, l'agent commercial n'est rémunéré qu'en fonction du chiffre d'affaires qu'il va permettre de réaliser; le mandant ne prend donc aucun risque dans la mesure où l'agent commercial sera rémunéré en fonction des ventes réalisées. Pour l'agent commercial lui-même, les risques sont également limités dans la mesure où il n'a pas la charge d'acheter un stock de marchandises au mandant».

18. À l'instar des observations ci-dessus, le contrat de transport de marchandises par route comporte des objectifs économiques tant pour l'expéditeur, le transporteur que pour le destinataire. L'édifice mis en place par

l'Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route assure la sécurisation économique de ces différents partenaires et organise la circulation des marchandises par route, contribuant ainsi à l'expansion et au profit des entreprises.

II - Objectifs économiques en Droit des sociétés et du GIE et en Droit des procédures collectives d'apurement du passif

19. Les sociétés commerciales régies par l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (*Société en Nom Collectif, Société en Commandite Simple, Société à Responsabilité Limitée, Société Anonyme et Groupement d'Intérêt Économique ainsi que les variantes de certaines d'entre elles*) sont par définition des personnes morales exploitant une entreprise avec un but économique.

20. Le droit uniforme comporte des règles de nature à sécuriser les tiers quant aux informations sur la société ainsi que les associés et actionnaires quant au profit qu'ils attendent de la société. L'objectif économique apparaît dès la constitution de la société, notamment à travers le rôle des commissaires aux apports (*certification de la valeur des apports en nature*) et du notaire pour la certification de la sincérité des informations (*bulletin de souscription et de versement, déclaration de conformité*).

Cet objectif se poursuit au moment du fonctionnement de la société : prérogatives et responsabilité civile ou pénale des dirigeants sociaux, importance de l'assemblée générale et des droits des associés, rôle des commissaires aux comptes, procédures d'alerte, expertise de gestion, partage des bénéfices. Il s'agit, à travers des règles de bonne gouvernance, de prévenir divers risques autant que de renforcer les aptitudes de la société à générer des profits. L'objectif économique et financier prend une ampleur particulière en certaines circonstances concernant le financement de la société ou les mouvements des capitaux ou encore l'appel à l'épargne public (*augmentations de capital, émission de valeurs mobilières*).

La logique économique apparaît également dans la rédaction de cet Acte uniforme qui élargit le critère de la société en ne se limitant pas au «partage des bénéfices» mais y intégrant aussi le profit tiré de «l'économie qui pourra en résulter» (*article 4*).

En vertu de l'article 86 de cet Acte uniforme, «toute société qui fait publiquement appel à l'épargne publique pour offrir des titres doit, au préalable, publier dans l'État partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant dans les autres États parties dont le public est sollicité, un document destiné à l'information du public et portant sur l'organisation, la situation financière, l'activité et les perspectives de l'émetteur ainsi que les droits attachés aux titres offerts au public».

21. À la fin de la société, notamment par dissolution,

un dispositif organise rigoureusement le déroulement de la liquidation, notamment par le paiement des dettes, le recouvrement des créances et le partage du boni de liquidation. Au regard de l'entreprise en difficulté, les mécanismes issus de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif apportent des solutions adéquates et veillent, autant que possible, à promouvoir la survie de la société (*règlement préventif*) tout en organisant son redressement (*redressement judiciaire*) et, le cas échéant, sa liquidation. À ce stade également, les intérêts économiques en présence ont préoccupé les rédacteurs de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique : respect des droits des tiers, partage du boni de liquidation.

B - Objectifs économiques dans la périphérie du droit substantiel des affaires

22. L'efficacité et l'efficacité économique sont aussi des objectifs affichés ou présumés de diverses règles uniformes dans la «périphérie» du droit des affaires, singulièrement en droit des sûretés et en droit comptable.

Le droit des sûretés est, par excellence, la matière sur la base de laquelle l'entreprise peut se développer en recourant au financement moyennant des garanties de nature à sécuriser l'organisme dispensateur du crédit. Il en est de même pour des opérations de crédit fournisseur ou de vente à crédit.

L'opération se base forcément sur un calcul tenant compte de la disponibilité, du coût et de la durée du crédit ainsi que des perspectives de rentabilité d'un projet. Comme l'observe un auteur, «adapté au particularisme des économies africaines», l'Acte uniforme sur les sûretés met en place un cadre juridique «qui assure la sécurité des créanciers, des tiers et des investisseurs» (*Jean Paillusseau, L'Acte uniforme sur le droit des sûretés, Petites Affiches, Paris, p. 19*).

23. La contribution des *normes comptables* à la transparence et à la fiabilité des comptes est aussi un élément essentiel de l'édifice mis en place par l'OHADA, édifice de nature à promouvoir la bonne gouvernance et la sécurité économique de l'entreprise. Encore faudrait-il aujourd'hui intégrer dans le Système Comptable OHADA les normes IFRS qui n'existaient pas à l'époque de l'adoption de l'Acte uniforme sur le droit comptable (*influencé par les normes alors en vogue : IAS*), mais qui s'universalise et renforce la transparence.

C - Objectifs économiques en Droit processuel des affaires

L'approche économique est également perceptible dans les règles uniformes de procédure.

I - Procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution

24. Les règles organisant le recouvrement simplifié des créances (*Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et voies d'exécution*), plus précisément l'obtention d'un titre exécutoire pour mettre en œuvre les voies d'exécution, ont aussi un objectif économique. Elles touchent en effet au patrimoine à l'actif de l'un et au passif de l'autre, pour contraindre le débiteur à s'exécuter par le paiement d'une dette ou la délivrance ou encore la restitution d'une chose.

La modernisation des voies d'exécution, qui s'illustre par une diversité des modes de saisie, renforce cet objectif.

II - Règlement des litiges (arbitrage ; voie judiciaire)

25. Le mode de règlement des litiges vise à sécuriser les opérateurs économiques, soit par des mécanismes extrajudiciaires (*arbitrage ad hoc ou institutionnel*), soit par la mise au point d'un procédé de nature à garantir la crédibilité de la justice au stade final. C'est un aspect essentiel et déterminant de l'efficacité économique de l'ordre juridique uniforme.

Section 2 - Performance économique du droit OHADA

26. Le droit OHADA est, pour l'entreprise, un outil de performance.

D'une part, il vise une amélioration du cadre macro-économique, par des règles ayant pour but de favoriser l'intégration économique et de promouvoir un meilleur climat des affaires par la sécurité juridique et judiciaire.

D'autre part, par des normes juridiques modernes, simples et adaptées, le système OHADA fixe les « règles du jeu » pour la création, l'organisation, le fonctionnement et le développement des entreprises. C'est donc aussi un outil de promotion du cadre microéconomique.

En effet, précisent les auteurs de « La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise » (*Christophe Collard et Christophe Roquilly, Paris, LGDJ, 2010, n° 2*) : « l'entreprise, en tant qu'acteur économique, utilise les règles juridiques autant qu'elle est contrainte par elles. Le droit agit sur l'entreprise, mais il se trouve récursivement agi par l'utilisation qui en est faite par l'entreprise... ». La dimension juridique apparaît ainsi comme « un élément de la stratégie de l'entreprise et de sa performance », observe Alexandre Menais dans sa préface à l'ouvrage précitée de Christophe Collard et Christophe Roquilly.

De toute évidence, l'utilisation optimale et stratégique du droit occupe systématiquement et spontanément la démarche de l'entrepreneur avisé. L'analyse économique

reste donc présente à cet égard et permet de s'assurer de l'efficacité et de l'effectivité du système juridique. Il faut cependant, en scrutant les réalités concrètes du terrain, vérifier l'efficacité du système juridique en évaluant la performance sur base de critères quantitatifs (§1) et qualitatifs (§2) objectifs et pertinents.

§1 - Critères quantitatifs de la performance économique

27. Une multitude de critères quantitatifs permettrait d'apprécier le degré de performance. Certains critères tiennent au cadre macroéconomique, plus spécifiquement au climat des affaires : visibilité et lisibilité des textes, adaptation et modernité du système juridique par la propension à réformer, applicabilité du droit, fonctionnement d'une justice équitable, opérationnalité d'une administration publique non tracassière, dispositif anti-corruption, modernisation du système financier.

Il faut donc opérer des choix pour analyser l'ordre juridique dans un lieu et une époque donnée, en mesurer la performance, l'évolution dans le temps et la compétitivité régionale ou internationale.

Doing Business axe son analyse sur dix critères et indicateurs classiques ainsi que sur les principes méthodologiques (A). Une partie de ces critères peut convenir à l'analyse économique du droit OHADA, mais une perception plus large dans le choix des critères et dans la méthodologie se révélerait assurément utile et plus adaptée à la spécificité du droit uniforme (B).

A - Les références du Doing Business

I - Indicateurs et critères de performance

28. Pour mesurer la réglementation des affaires, pays par pays, le Rapport Doing Business privilégie dix indicateurs choisis sur la base des étapes classiques de la vie de l'entreprise, allant de sa création à sa disparition en passant par son fonctionnement, son développement et ses relations avec les tiers et avec l'État. Ces dix indicateurs sont décomposés en une série de repères ou paramètres sur lesquels se focalise l'attention des analystes pour diagnostiquer l'attractivité d'un pays, ses performances, ses contre-performances, sa propension à réformer et à progresser.

Comme le montre l'énumération ci-dessous des dix indicateurs, cette radioscopie économique du droit est donc limitée aux principales données permettant de mesurer le climat des affaires et les progrès réalisés d'une année à l'autre.

1° La création de l'entreprise

Au départ, l'investisseur crée un cadre dans lequel il développera ses activités : l'entreprise. Avant de s'engager dans un pays, il cherchera à connaître la législation relative à la création de l'entreprise, en particulier le nombre de

procédures ou formalités requises, le délai nécessaire ainsi que le coût de ces formalités et le capital minimum.

2° L'octroi du permis de construire

Pour développer ses activités, l'investisseur louera un local et arrivera idéalement à acquérir un bâtiment ou à construire un immeuble pour ses bureaux, usines ou entrepôts. Les procédures (*licences, autorisations, inspections, infrastructures*), délais et coûts pour y parvenir constituent des données essentielles pour orienter et déterminer un choix.

3° L'embauche des travailleurs

La connaissance du système social est aussi une donnée déterminante pour l'investisseur. Ce dernier l'évaluera en fonction de quelques indices liés aux contraintes du recrutement, des horaires, des mécanismes de licenciement, de la rigidité et du coût de l'emploi.

4° Le transfert de propriété

Cet indicateur met en exergue le problème de la mutation des titres et du transfert du droit de propriété. Il se mesure en termes de procédures (nombre de formalités), de délais et de coûts. Sa connaissance est utile pour l'investisseur qui, au fil du temps, achètera et vendra des immeubles, selon le type, le rythme et l'extension de ses activités.

5° L'obtention de prêts

Référence est ici faite à l'accès au crédit, l'information sur les modalités du crédit, la transparence et la disponibilité de registres appropriés en matière de crédit. La mesure de ce critère fondamental s'opère par voie d'indice sur la fiabilité des garanties, sur l'étendue de l'information relative au crédit, sur la couverture par les registres publics et l'importance de la présence de « bureaux privés ».

6° La protection des investisseurs

Les droits reconnus à l'investisseur et les règles de nature à garantir la protection de ses intérêts sont au cœur de cet indicateur basé sur des indices : indice de divulgation de l'information (transparence), indice relatif à la responsabilité des dirigeants, indice concernant les actions que peuvent intenter les actionnaires, indice de protection des investisseurs.

7° Le paiement des impôts

Cet indicateur, qui mesure le poids de la fiscalité et la lourdeur de l'administration fiscale, vise la fréquence des paiements d'ordre fiscal, les délais, le poids de l'impôt, des autres taxes et des charges sociales.

8° Le commerce frontalier

Cet indicateur porte sur les formalités (nombre de documents), délais et coûts relatifs à l'importation et à l'exportation.

9° L'exécution des contrats

Comment exécuter un contrat et obtenir de la justice le respect des engagements contractuels, constituent des préoccupations essentielles pour évaluer la sécurité juridique et judiciaire. Le neuvième indicateur cherche la réponse en évaluant le nombre de procédures ainsi que les délais et les coûts.

10° La fermeture de l'entreprise

Délais et coûts sont encore les critères de base de cet indicateur auxquels il faut ajouter le taux de recouvrement.

II - Méthodologie et classement en termes d'attractivité

29. Pour évaluer l'attractivité économique, Doing Business opère des choix d'ordre méthodologique :

1° Liste des indicateurs et critères;

2° Mode de récolte des données : consultations de nombreux experts locaux par courriel et téléphone;

3° Exploitation des données conformément aux options et méthodes retenues : nombre de procédures; nombre de jours; coût en pourcentage par rapport au revenu par habitant, à une créance, à la valeur de l'immeuble, au prix des formalités, au profit réalisé; indices selon des échelles choisies (0-100, 0-10 ou 0-6).

30. La comparaison des résultats, pays par pays, région par région et la confrontation entre lesdits résultats et les moyennes par catégorie ainsi que le suivi des résultats par période, conduisent à un palmarès de l'attractivité des pays de manière globale, amis aussi en détail selon les indicateurs.

Ce palmarès montre le taux d'attractivité des pays concernés en termes de facilités pour les affaires, de réduction des délais et des coûts, de simplification des formalités, de renforcement de la transparence ainsi que de promotion de la sécurité juridique et judiciaire.

Les progrès qu'un pays réalise d'une période à l'autre sont souvent la conséquence logique des efforts entrepris en termes de réformes, ce que les rédacteurs du rapport ne manquent jamais de souligner dans leurs commentaires.

B - Particularités de l'espace OHADA

I - Controverses et fiabilité de « Doing Business »

31. Le rapport Doing Business a créé des ondes de choc à travers le monde. Les uns y ont trouvé une source d'émulation et de stimulation, s'engageant dans la voie des réformes et récoltant des résultats conséquents (*Le Rwanda mise son marketing attractif sur ses scores et mérites en termes de réformes*). D'autres placent ouvertement au cœur de l'action gouvernementale un véritable pari sur « Doing Business » (*quelques mois d'efforts intensifs ont suffi pour éloigner la RDC de la queue du peloton du Doing Business 2011*). Presque tous, spécialement en Afrique, s'efforcent d'améliorer le climat des affaires.

Mais ce rapport qui alimente une compétition des systèmes juridiques a aussi nourri d'acribes controverses qui ont pris l'allure d'une guerre de leadership entre le système romano-germanique et celui de la *Common Law*. Celui-ci se proclamerait plus pragmatique

et mieux adapté pour les affaires, ce que n'accepte naturellement pas celui-là. La doctrine des pays de tradition civiliste (*notamment à travers l'Association Henri Capitant*) a violemment réagi contre Doing Business, dénonçant une dose de subjectivisme, s'interrogeant sur la fiabilité des analyses et des informations ainsi que sur la qualité de la méthodologie, en particulier le choix des indicateurs et critères, non sans rappeler les succès historiques et le prestige permanent du système romano-germanique autant que son efficacité économique et son souci permanent pour des valeurs comme la justice, l'équité et l'éthique.

32. Loin d'être parfait, ni de le prétendre, Doing Business a eu le mérite de réveiller les consciences et de faire pression sur des pays à faible attractivité, montrant qu'il est possible d'entreprendre quelques réformes simples pour améliorer le climat des affaires et que la mesure dudit climat est visible et lisible à travers le monde. Ce rapport aura suscité des controverses dont le résultat ne manque pas de mérite non plus : un effort d'amélioration de la méthodologie et d'explication, d'une part et, surtout, le développement d'analyses concurrentes et de méthodes différentes d'évaluation du climat des affaires et de l'efficacité économique du droit, d'autre part.

Ainsi se développent, parallèlement à Doing Business, des études remarquables axées sur le droit continental. De même en est-il d'une mobilisation progressive des acteurs juridiques africains, en particulier ceux de l'espace OHADA, dans une quête des voies de l'attractivité du droit uniforme et de l'optimisation de son contenu.

II - Contribution du droit uniforme à l'amélioration des critères quantitatifs

33. L'appréciation de l'attractivité du droit OHADA ne peut se réaliser par la seule référence aux indicateurs et critères du Doing Business, bien qu'il ne faille pas pour autant les ignorer. D'une part, la matière couverte par le droit uniforme ne correspond pas à une partie du champ d'investigation du Doing Business : octroi de permis de construire, obtention de prêts, paiement des impôts, commerce transfrontalier.

Seuls les indicateurs suivants pourraient donc être analysés au regard du droit OHADA : création d'entreprise, embauche des travailleurs (*en cas d'adoption de l'Acte uniforme sur le droit du travail*), transfert de propriété (*en se limitant à la vente commerciale dont le champ est étroit en matière immobilière*), protection des investisseurs (*particulièrement les initiatives reconnues aux actionnaires pour veiller sur leurs intérêts*), exécution des contrats, fermeture d'entreprise.

En outre, les critères classiques du Doing Business sont largement quantitatifs et ne peuvent servir qu'à une analyse limitée, bien que significative du degré d'attractivité, pour une évaluation de la qualité et de l'efficacité économique du droit OHADA.

34. Néanmoins, l'expérience du Doing Business peut conduire à d'autres types d'exercices pour évaluer la compétitivité du droit uniforme et s'évertuer à le perfectionner.

D'un côté, les formalités et délais dont sont assortis les Actes uniformes peuvent être identifiés et faire l'objet d'une relecture pour rechercher les ajustements nécessaires au renforcement de l'attractivité de l'espace OHADA. À cet égard, la relecture des Actes uniforme pourrait conduire à un réajustement à la baisse de la quotité du capital dont la détention est requise pour pouvoir exercer certains droits reconnus aux associés, particulièrement aux minoritaires : droit de faire inscrire une mention à l'ordre du jour d'une assemblée générale, par exemple. De même en est-il de l'analyse à mener sur l'opportunité de réduire certains délais et simplifier certaines formalités.

D'un autre côté, la comparaison du sort réservé aux arrêts des Cours d'appel par la CCJA pourrait constituer un critère quantitatif utile sur le travail des juges dans l'espace OHADA. De même en serait-il de l'évaluation de l'application effective du droit OHADA par les juridictions nationales.

§2 - Critères qualitatifs de la performance économique

35. Des choix s'imposent également au niveau des critères qualitatifs d'évaluation des normes juridiques et leur lien avec la performance économique.

Sur le plan national, la mise en conformité du droit OHADA par rapport aux normes communautaires permettrait de mesurer le degré d'efficacité et d'efficacité économique du droit uniforme, encore qu'un « monitoring » sur l'application effective des Actes uniformes demeurerait indispensable pour déterminer l'efficacité économique du droit OHADA. Des réformes collatérales sur des matières non uniformisées, mais concernant l'entreprise et son environnement, s'imposeraient également pour renforcer l'attractivité des États parties (A).

Cependant, au niveau communautaire, l'attractivité du système requiert une optimisation du cadre juridique, judiciaire et institutionnel de l'OHADA ainsi que des mesures appropriées pour assurer l'efficacité et la compétitivité du système juridique communautaire (B).

A - Au niveau national

I - Mise en conformité du droit national

36. Le droit uniforme OHADA est réputé pour sa modernité et bénéficie de préjugés favorables quant à son attractivité économique. Encore faut-il qu'il parvienne à se situer au niveau des attentes généralement affichées.

Cette perspective requiert une accélération de son

application et une accentuation de l'intégration juridique qu'il instaure. À cet effet, la mise en conformité du droit national par rapport au droit OHADA est un exercice incontournable, notamment afin de :

- Déterminer les sanctions pénales pour les infractions dont sont assortis les Actes uniformes;
- Faciliter l'usage du droit uniforme au plan national, singulièrement par la transposition des termes génériques, la détermination des dispositions nationales auxquels renvoie de temps à autre le droit uniforme, la désignation des structures prévues par le droit OHADA (*exemple l'autorité compétente pour accorder l'exequatur*);

Cette mise en conformité peut aussi être l'occasion de promouvoir des réformes collatérales sur des matières non couvertes par le droit uniforme, mais sur lesquelles une réglementation s'impose pour l'amélioration du climat des affaires : réforme de la justice, organisation du notariat, création d'un organe de régulation en matière comptable, adoption de textes sur l'ordre des experts comptables, le notariat, l'«huissariat», le crédit-bail, la microfinance.

II - Adaptation du droit économique

37. Une grande partie de la législation économique échappe au domaine du droit uniforme, mais revêt une telle importance pour le climat des affaires et le développement que les États parties ont tout intérêt à y veiller, particulièrement dans le contexte de mondialisation.

Ainsi en est-il de quelques matières soit encore en chantier, soit en projet avancé au niveau de l'OHADA : droit du travail, droit de la concurrence et de la consommation, droit des contrats, droit de la preuve, droit bancaire.

Ainsi en est-il aussi de matières non concernées par le droit OHADA : Code des investissements, Code minier, Code des hydrocarbures, Code des télécommunications, Code fiscal, Code des douanes, Code des marchés publics, Code de la propriété intellectuelle, Code des assurances, Code monétaire et financier.

B - Au niveau communautaire

I - Attractivité du droit uniforme

38. L'espace OHADA est-il un modèle en matière de climat des affaires? La réponse doit être nuancée. Il est certain que la qualité de son cadre juridique et judiciaire est source d'admiration. De même, le dynamisme avec lequel sont assurés la relecture des textes et leur perfectionnement est impressionnant.

Cependant, force est de reconnaître que, dans la pratique, bon nombre d'obstacles freinent l'élan découlant du système OHADA et en affectent l'efficacité.

Certes, il est difficile d'établir l'impact réel du droit OHADA sur le développement, plus exactement sur l'attractivité et la croissance économiques. Il est vrai que par rapport à la chaîne que constitue l'amélioration du climat des affaires, l'OHADA ne représente qu'un maillon, bien qu'il s'agisse d'un maillon déterminant. D'autres facteurs entrent en ligne de compte en matière de développement, en particulier la lutte contre la corruption.

39. En tout état de cause, il est frappant qu'à une exception près, les pays de la zone OHADA occupent la deuxième moitié du classement des pays africains en termes d'attractivité, selon Doing Business.

En fait, l'Afrique anglophone est en tête du palmarès. Est-ce une confirmation du pragmatisme et de l'efficacité économique des systèmes juridiques anglo-saxons? Nul ne connaît la réponse. Il faut néanmoins relever que l'espace OHADA peut imprimer un rythme nouveau de nature à améliorer sensiblement la cote des pays qui en font partie en matière de climat des affaires et d'attractivité économique. Cet élan sera source d'émulation et de performance lorsqu'on comparera le niveau et la qualité de l'application du droit OHADA dans les différents États parties. Les statistiques montreront alors les tendances découlant du sort que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage réserve aux arrêts d'une cour d'appel par rapport à ceux des autres cours d'appels de l'espace OHADA ou par rapport à la moyenne dudit espace.

II - Optimisation du droit uniforme

40. L'optimisation du droit uniforme s'impose pour diverses raisons. L'OHADA est une œuvre humaine, donc perfectible. À l'épreuve du temps et du terrain, des enseignements appellent des amendements et des ajustements.

Par ailleurs, si deux des paramètres essentiels (efficacité, effectivité) de la mesure qualitative et quantitative de la compétitivité du système juridique sont perceptibles et palpables dans l'ordre juridique communautaire, le troisième (efficacité) reste à consolider. En effet, l'efficacité, qui se mesure par le fait que les règles édictées sont à même d'être réceptionnées par ses destinataires et appliquées, est atteinte, tout ayant été soigneusement étudié et mis au point à cet effet dès le départ, comme en témoignent les artisans de première heure (voir *supra*, 4). De même, l'effectivité, plus exactement la réception de règles nouvelles par les destinataires et la réalité de son utilisation, est vérifiable dans l'espace OHADA, même si le degré atteint mérite un renforcement et l'espace couvert, une expansion dans une plus large couche du monde des affaires de la communauté OHADA.

41. Il reste l'efficacité du droit OHADA, à savoir la réalisation des objectifs assignés à des coûts infé-

rieurs aux options différentes ou contraires, avec une amélioration significative de la qualité du droit des affaires et la satisfaction des utilisateurs ainsi qu'un impact global positif pour les États parties et la communauté. Une dose d'efficacité est perceptible et des efforts constants d'amélioration s'observent à travers la relecture des Actes uniformes et de leurs amendements. Des concepts nouveaux s'annoncent ainsi dans la foulée : l'entrepreneur, le bail professionnel, par exemple. Le Traité lui-même a fait peau neuve à quelques égards en 2008 : institution de la Conférence des Chefs d'État, diversification des langues de travail (*quatre langues au lieu du seul français*) qui constitue une clef essentielle de la réception d'une réforme et de son efficacité.

42. A l'épreuve de la pratique des écueils ont été décelés et appellent des solutions : la délimitation de compétence entre les juridictions suprêmes nationales et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage face à une matière mixte relevant en partie du droit uniforme et en partie du droit national a fait coulé beaucoup d'encre et suscité des préoccupations légitime ; les tendances jurisprudentielles de la haute juridiction communautaire en certains domaines sont également au centre de critiques doctrinales : défenses à exécution, évaluation de l'indemnité d'éviction lorsque le preneur a pris en charge des investissements pour améliorer l'immeuble, la compétence du juge des référés selon que le contrat de bail comporte ou non une clause résolutoire, par exemple.

De même, il importerait d'actualiser l'Acte uniforme sur le droit comptable pour y intégrer les normes IFRS, différentes des normes IAS de l'époque de son adoption, tout comme la création d'un organisme communautaire régulateur spécialisé pour la comptabilité s'avérerait fort utile (apparemment, dans l'espace OHADA, seule la RDC dispose d'un tel organisme : « Conseil Permanent de la Comptabilité au Congo »).

43. À la lumière du droit comparé et des enseignements issus des récentes crises de régulation financières, un renforcement des règles de la gouvernance des entreprises est aussi recommandable et pourrait améliorer l'efficacité du droit des sociétés, notamment par l'institution de certaines structures au niveau des grandes sociétés (comité de gouvernance, comité d'audit, comité des rémunérations) et la mise au point de mécanismes adéquats (Code d'éthique, Code de conduite, manuels de procédures).

Par ailleurs, les écarts entre les harmonisations des droits nationaux (édiction de sanctions pénales correspondant aux infractions définies par le droit uniforme, gestion des renvois des Actes uniformes aux droits nationaux) fragilisent l'homogénéité et l'unicité du droit uniforme, incitant à rechercher des voies d'harmonisation communautaire des harmonisations nationales.

En outre, si l'extension du domaine du droit uniforme appelle prudence, une certaine urgence s'impose sur des matières intéressant directement et sensiblement, pour ne pas dire « névralgiquement », l'entreprise : droit du travail (l'Acte uniforme y relatif étant « presque prêt » depuis trop longtemps), droit de la concurrence (même si certains États parties bénéficient d'une solution régionale), les contrats (voire le droit des obligations).

44. Enfin, la prospective doit conduire à préparer la route d'un droit harmonisé à l'échelle africaine. Pareille perspective prendra nécessairement en compte les exigences des traditions juridiques en présence sur notre continent, particulièrement les deux blocs issus de l'héritage colonial : l'Afrique des codes napoléons et celle de la Common Law. Il faudra certainement compter avec le temps, mais en posant d'abord un premier pas déterminant et en ajustant la méthodologie. Il en résultera probablement un espace juridique à deux volets : d'un côté, des matières uniformisées par des Actes uniformes, de l'autre, des matières simplement harmonisées par des directives communautaires. L'espace judiciaire à l'échelon continental passera cependant difficilement du rêve à la réalité. Mais en a-t-on vraiment rêvé ?

45. Le droit uniforme issu de l'OHADA est un succès reconnu par tous. Aucun système juridique africain ne s'en approche dans le hit-parade de l'actualité juridique dans le monde. Les éloges succèdent aux éloges et le rêve à la réalité : « les Africains ont réussi là où les Européens ont peine à avancer », entend-on dans les salons juridiques occidentaux. La preuve est ainsi donnée que l'afro-pessimisme n'est pas une fatalité et qu'il est possible de sortir notre continent de son cauchemar séculaire.

Mais le droit uniforme reste un maillon, certes déterminant, d'une chaîne qui forme un tout pour réaliser le progrès et voir de près le développement. Yves Guyon a eu raison de le souligner dans la conclusion aux « Petites Affiches » consacrées à l'OHADA (*Paris, octobre 2004, n° 205*) : « le droit n'est pas une condition suffisante du développement, il en est une condition nécessaire ».

46. Une question doit nous interpeller tous : le droit OHADA est-il suffisamment attractif pour atteindre les objectifs que lui ont assignés ses fondateurs ?

La réponse est naturellement nuancée et se trouve, au moins partiellement, sur un terrain qu'affectionne l'analyse économique du droit, celui des résultats, des coûts, des comparaisons, des réformes, des avantages, des perspectives, presque au cœur d'une sorte d'intersection entre le juridique, l'économique, le sociologique, le philosophique et le politique.

L'analyse économique révèle que l'efficacité et l'effectivité du droit uniforme se situent à un niveau satisfaisant : la réforme a été mûrement préparée, avec un effort de prédiction et de prévisibilité soutenu par des démarches scientifiques qui ont démontré l'opportunité

et les avantages ainsi que les chances d'applicabilité du droit communautaire. Et, bon an mal an, il s'applique, s'améliore et se développe. À ce seul titre, l'attractivité économique progresse sensiblement, visiblement plus vite que dans les pays de profil comparable situés en dehors de l'espace OHADA. Certes, cet espace occupe plus largement la seconde moitié du palmarès africain de Doing Business que la première (*presque monopolisée par l'Afrique anglophone*). Mais les progrès réalisés sont significatifs et peuvent impacter les tendances au profit de l'espace OHADA.

47. Pour renforcer sensiblement l'attractivité du système OHADA, il faudra analyser attentivement son efficacité, la consolider, l'accroître, l'optimiser (Roger Masamba, *L'optimisation du processus d'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, in *Revue de droit international et de droit comparé*, Bruxelles, n° 2 et 3, 2008, p. 253 et s.). Cette perspective invite tant les faiseurs que les acteurs du droit uniforme à se focaliser sur une vision claire de l'édifice communautaire, à privilégier des méthodes audacieuses et des analyses prospectives sur les voies et moyens de perfectionner les normes institutionnelles, substantielles et processuelles communautaires, d'atteindre la sécurité juridique, la sécurité judiciaire, l'intégration juridique, l'intégration économique. Cela suppose un engagement fort et une volonté politique forte de la part des États parties pour un fonctionnement optimal du système.

Chapitre 2 : Réponses techniques du droit OHADA

48. Si le droit OHADA est globalement attractif, il est des aspects qui le sont beaucoup plus que d'autres. On l'explicitera davantage tant pour ce qui de certaines règles de fond (section 1) que pour ce qui concerne quelques règles de procédure (section 2) tout en reconnaissant que cette opposition entre les règles de fond et les règles de procédure peut apparaître sur bien des points comme arbitraire.

Section 1 - Attractivité des règles de fond

49. Il ne saurait être question dans les développements qui suivent d'opposer les Actes uniformes les uns aux autres en ce qu'ils contribuent tous à la sécurité juridique et judiciaire en Afrique chacun dans son domaine. Pourtant, le constat qui se dégage est que certaines des innovations et réformes contenues dans ces textes sont plus à même que d'autres d'exercer une «force d'attraction» sur les investisseurs potentiels

dans la sous-région ou de favoriser plus rapidement le développement économique en général.

§1 - Attractivité du socle juridique général

50. Le droit commercial général constitue le socle de la vie des affaires. L'importance de ce droit sur le plan économique est considérable. De ce dernier, dépendra en grande partie le bon climat des affaires. L'AUDCG initial était déjà de ce point de vue très attractif, si l'on considère les statuts et le régime du commerçant, la réglementation du bail commercial et du fonds de commerce, l'instauration du registre du commerce et du crédit mobilier, la modernisation des intermédiaires de commerce et de vente commerciale, (voir NGUEBOU TOUKAM (Y.), *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, Yaoundé, 1998, 249 pages; SANTOS AKUETE (P.) et TOE YADO (J), *Droit commercial général*, collection *Droit uniforme africain*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2002, 478 pages).

51. À la faveur de la révision de cet Acte uniforme le 15 décembre 2010, le législateur OHADA a substantiellement amélioré cet arsenal juridique afin de faciliter davantage le cadre des interactions économiques et commerciales dans l'espace OHADA.

52. Le cadre organisationnel, fonctionnel et institutionnel du RCMM est profondément aménagé avec, au premier plan, l'introduction de la dimension électronique dans ce registre. L'enjeu est majeur pour l'efficacité du RCCM, partant, pour un meilleur accès à l'information sur les entreprises et sur leurs engagements commerciaux dans toute l'espace OHADA (voir, NGWE (M.A.), *La réforme du registre du commerce et du crédit mobilier dans la zone OHADA*, *Rev. Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 56 et s.; CISSE (A.) et DIALLO (B.), *L'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier et les fichiers annexes*, *Rev. Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 62 et s.; entrée «Registre du Commerce et du Crédit Mobilier», présente *Encyclopédie*).

53. De façon générale, l'AUDCG révisé facilite grandement la création des entreprises et les échanges commerciaux. Il en est ainsi du bail à usage professionnel qui remplace le bail commercial (*ce qui est plus conforme au champ d'application de ce bail*), du fonds de commerce repensé de manière ouverte comme un ensemble de moyens permettant aux commerçants d'attirer et de conserver la clientèle, des intermédiaires de commerce, la vente commerciale qui, dans sa nouvelle mouture, apparaît véritablement comme un modèle à l'avant-garde dans le monde des affaires internationales (voir, *Rev. Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, Dossier «Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA», p. 40 et s.; entrée «Vente commerciale», présente *Encyclopédie*).

54. Enfin, la révision de l'AUDCG institue un nouveau statut professionnel, l'entrepreneur. Ce dernier désigne un professionnel indépendant, acteur dynamique de la vie économique soumis à un régime juridique et comptable allégé et adapté. Ce professionnel peut mener une activité aussi bien civile, commerciale, artisanale qu'agricole. L'enjeu est évident : favoriser le passage de l'économie informelle vers l'économie formelle. Le statut est ainsi appelé à attirer nombre d'individus opérant en milieu rural, semi-urbain ou urbain (cf., Dossier « Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA », précité; voir *Entrée « Entrepreneur », présente encyclopédie*).

§2 - Attractivité par la recherche de l'amélioration de la performance des sociétés commerciales

55. Le droit des sociétés commerciales vise des objectifs divers qui vont de l'équilibre des pouvoirs dans la société à l'efficacité économique en passant par la protection des salariés. Mais les objectifs de transparence et surtout d'efficacité des mécanismes de gestion et de contrôle sont parfois parmi les plus recherchés (POUGOUÉ (P.G.), *L'impact de l'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE sur le contrôle et le développement des entreprises locales in Juridis périodique*, n° 66, avril-mai-juin 2006, p. 107 et s.).

Comme l'ont déjà remarqué certains auteurs, de ce point de vue également l'attractivité du nouveau droit africain des sociétés a été pris comme objectif à réaliser (KODJOH- KPAKPASSOU, *Les quelques innovations apportées par l'OHADA au fonctionnement des sociétés commerciales*, Cour Suprême, n° 009/1999, p. 16 et s.; TAPIN (D)° et EPESSÉ (H.), *Un nouveau droit des affaires en Afrique noire francophone*, Dalloz affaires, n° 107, 1998, p. 361 et s. Spéc., p. 364 : « Le nouveau droit commercial améliore l'information et la sécurité des associés et des tiers lors de la constitution et du fonctionnement des sociétés commerciales... »). Un ensemble de réformes intervenues visant à assurer la protection du capital et la quête permanente de la compétitivité des sociétés commerciales en droit OHADA a pu ainsi être élaboré.

A - Plus grande protection du capital social

56. Il s'agit, au travers d'un ensemble de mesures de s'assurer qu'en tout état de cause dans les sociétés commerciales et surtout dans les sociétés anonymes qui constituent les sociétés de capitaux par excellence, les associés qui sont les apporteurs de capitaux restent les maîtres de la société et surtout de son destin et qu'ils sont persuadés de la sauvegarde de l'institution. Cela ne peut se réaliser que :

- si la gestion des affaires sociales est transparente et que cette transparence remonte au niveau des

apporteurs de capitaux par le biais des différentes mesures d'information des actionnaires ;

- si surtout les moyens de contrôle permettant de prévenir certains risques ou d'anticiper sur quelques difficultés sont organisés au bénéfice de ces associés.

Appelé parfois de manière plus élégante règles de gouvernance des sociétés (IBRAHIMA (H.), *Impact du système comptable OHADA sur la gouvernance des entreprises camerounaises, mémoire DEA, Université de Ngaoundéré, 2003, 154 P, www.obada.com, Obadata D-04-01*), cet ensemble de règles est destiné, assurément, à rendre l'environnement juridique des entreprises commerciales de l'espace OHADA plus favorable aujourd'hui qu'il ne l'était il y a encore quelques années seulement (POUGOUÉ (P.G.), *L'impact de l'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés et du GIE sur le contrôle et le développement des entreprises locales, Juridis périodique*, n° 66, avril-mai-juin 2006, p. 107). Il s'agit de faire autant que possible du choix de la forme sociétaire non un choix par dépit mais un choix raisonné parce que cette forme d'exercice de l'activité commerciale est et sera toujours à même de présenter des avantages comparatifs indéniables particulièrement dans l'espace juridique communautaire.

I - Protection du capital social par l'amélioration de l'information des associés

57. Le droit OHADA a pour souci d'améliorer la qualité de l'information et particulièrement de l'information comptable des entreprises en général et des sociétés en particulier. Il a aussi pour préoccupation d'assurer la communication de cette information principalement aux associés.

a - Qualité de l'information : l'apport des nouvelles règles du droit comptable OHADA

58. Le droit comptable dont il est peu souvent fait état mais qui fait pourtant bel et bien partie désormais du domaine du droit des affaires n'est pas en reste. L'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, adopté le 24 mars 2000 (voir commentaires sous cet texte par SERE (S.) sous la coordination de SAWADOGO (F.M.) in *OHADA Traités et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope*, 2002, p. 553 et s.; NEMEDEU (R), *Présentation critique du texte de l'OHADA en matière comptable par rapport au texte de la CEMAC in Sensibilisation au droit communautaire de la CEMAC, Actes du séminaire sous-régional, Douala-Cameroun 16-20 décembre 2002, éd. GIRAF, 2003, p. 61 et s.*) et entré en vigueur depuis lors s'inscrit résolument dans une optique de modernisation de la compatibilité des entreprises de la sous-région. Cet Acte se veut un facteur de sécurité pour les partenaires

des entreprises de l'espace OHADA notamment ceux situés hors de la région. Il se veut aussi et surtout une exigence de régularité, de sincérité et de transparence (*en effet, l'article 3 du texte donne le ton en posant des principes généraux directeurs. En effet, il dispose que : «La comptabilité doit satisfaire dans le respect de la règle de prudence, aux obligations de régularité, de sincérité et de transparence inhérentes à la tenue, au contrôle, à la présentation et à la communication des informations qu'elle a traitées. L'article 14 ajoute pour sa part de manière plus précise que : «L'organisation comptable mise en place dans une entreprise doit satisfaire aux exigences de régularité et de sincérité pour assurer l'authenticité des écritures de façon à ce que la comptabilité puisse servir à la fois d'instrument de mesure des droits et obligations des partenaires de l'entreprise, d'instrument de preuve, d'information des tiers et de gestion»*). Cette exigence concerne la tenue de la comptabilité des entreprises mais également le souci d'harmonisation (*au-delà du titre de cet Acte uniforme qui marque la volonté d'harmonisation des rédacteurs, l'article 4 du texte précise pour sa part que : «Pour garantir la fiabilité, la compréhension et la comparabilité des informations, la comptabilité de chaque entreprise implique :*

– le respect d'une terminologie et des principes directeurs communs à l'ensemble des entreprises concernées des États parties, la mise en œuvre des conventions, de méthodes et de procédures normalisées, une organisation répondant à tout moment aux exigences de collecte, de tenue, de contrôle, de présentation et de communication des informations comptables se rapportant aux opérations de l'entreprise visées à l'article premier») des différentes pratiques comptables des entreprises communautaires. Tout ceci vise à améliorer la qualité de l'information destinée aux associés, information qui est principalement d'ordre comptable.

b - Communication de l'information : droit à l'information des associés

59. Les associés en général dans toutes les formes de sociétés commerciales bénéficient de droits politiques parmi lesquels figure en bonne place le droit à l'information. Ce droit peut s'exercer périodiquement ou en permanence.

Le contrôle peut d'abord s'exercer à travers les questions posées deux fois par an aux dirigeants sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Les débiteurs du droit à l'information sont alors selon les cas soit le gérant, soit le Président-Directeur Général, soit le Directeur Général ou encore l'administrateur général. Ils sont tenus de répondre aux questions dans le mois qui suit.

Par ailleurs et dans le cas spécifique de la société anonyme, un ou plusieurs actionnaires représentant 0,5 à 5% du capital, selon le montant de ce dernier, peuvent requérir l'inscription à l'ordre du jour d'une

assemblée générale d'un projet de résolution dont le texte ainsi que l'exposé des motifs doivent obligatoirement être communiqués à l'organe de gestion de la société au moins dix jours avant la date de l'assemblée. Les actionnaires peuvent aussi poser des questions aux dirigeants deux fois par exercice, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. L'assemblée des actionnaires qui doit se tenir au moins une fois par an est le cadre idoine pour permettre aux actionnaires d'«assouvir» leur besoin d'information surtout à travers la consultation des documents sociaux soumis à cette assemblée. Dans les SA, le droit de communication des documents sociaux aux actionnaires lors des assemblées est organisé spécifiquement par les articles 525 et s. de l'Acte uniforme.

II - Protection du capital social par le renforcement des moyens de contrôle

60. Les évolutions récentes du droit des sociétés montrent qu'au fil des années se sont de plus en plus organisés et densifiés les mécanismes de contrôle des sociétés commerciales. Qu'il s'agisse des moyens de contrôle interne ou des moyens de contrôle externe qui tendent toutes à renforcer et à améliorer la qualité du contrôle exercé sur les sociétés commerciales. Les sociétés commerciales évoluant dans l'espace OHADA avaient également besoin de bénéficier de ces moyens de contrôle. Le contrôle, même s'il n'assure pas une sécurité absolue, évite certains abus, et dans sa facture moderne, prévient de certains risques ou anticipe sur les difficultés de l'entreprise.

L'Acte uniforme, en renforçant les mécanismes de contrôle, a pour souci véritable de contribuer de façon significative au développement de l'esprit et de l'entreprise sociétaires. Au rang de ces mécanismes, il y a principalement la procédure d'alerte et l'expertise de gestion.

61. À côté de ces mécanismes principaux et pour certaines opérations spécifiques, des contrôles spéciaux peuvent être mis en œuvre. Il en est ainsi du contrôle de certaines conventions qu'on qualifie également de «conventions réglementées» (*qu'il ne faut pas confondre avec les conventions interdites qui sont elles aussi organisées par les textes de droit uniforme. Il s'agit des actes qui ne peuvent en aucun cas être passés par un dirigeant social parce qu'en eux-mêmes ils porteraient directement atteinte à l'intérêt social. Il s'agit des emprunts, avances, découverts en compte, cautions ou avals consentis au profit des gérants et associés des SARL, des administrateurs et dirigeants de SA ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants ou descendants*). Il faut citer principalement au rang de ces conventions celles susceptibles d'être conclues entre la société et ses dirigeants ou entre la société et les associés. Ces conventions doivent d'abord être approuvées par l'assemblée générale. Ensuite, elles

sont soumises à l'exigence particulière de «l'autorisation préalable» par le conseil d'administration.

Enfin, la généralisation des commissaires aux comptes participe également du souci d'améliorer le contrôle des sociétés commerciales. Le commissaire aux comptes est désormais imposé dans différentes formes de sociétés.

La mission principale et essentielle dévolue aux commissaires aux comptes est celle d'assurer le contrôle des comptes. Il en est ainsi parce que les différents documents comptables sont destinés à l'information des associés et doivent par conséquent respecter certaines règles relativement à leur sincérité et à leur régularité. Il revient donc au commissaire aux comptes de certifier les différents états financiers de synthèse de la société contrôlée. Il lui reviendra aussi, et cela est nouveau, de vérifier le respect de l'égalité entre les associés (*vérifier par exemple que les actions d'une même catégorie bénéficient des mêmes droits à l'occasion notamment du partage des dividendes ou de la distribution du droit de vote*).

B - Quête de compétitivité des sociétés commerciales

62. Si la société commerciale naît, vit et meurt à l'image des êtres humains, ce qui du reste est normal, il ne faut pour autant pas qu'elle soit mal née ou morte parce que probablement la forme choisie n'était pas adaptée, qu'elle vive dans des conditions difficiles et surtout qu'elle meurt prématurément n'ayant pas pu s'adapter aux vicissitudes de l'environnement notamment économique que toute société doit apprendre à affronter en disposant des armes adaptées. C'est dire que la quête de compétitivité se veut être une quête permanente qui doit être principalement assurée au moment de la constitution de la société et maintenue pendant son fonctionnement. Cette quête de compétitivité peut être aussi réalisée de manière assez spécifique à travers la mise en commun des moyens au travers principalement de la nouvelle structure que constitue le groupement d'intérêt économique.

I - Compétitivité assurée lors de la constitution de la société

63. Elle s'exprime à travers la diversité de choix des formes de sociétés offertes. À côté des figures classiques des sociétés qui ont été maintenues et minutieusement organisées comme la société anonyme (SA) et la société à responsabilité limitée (SARL), la société en nom collectif (SNC) ou encore la société en commandite simple (SCS), sont apparues des formes nouvelles comme la société anonyme faisant appel public à l'épargne et dans une certaine mesure les sociétés entre époux et les groupements d'intérêt économique. Surtout désormais des variantes diverses sont possibles dans ces différentes formes de sociétés pour s'assurer que les investisseurs

trouvent des moules juridiques correspondant au plus près à leurs ambitions économiques et financières.

La première variante réside dans l'institution des sociétés unipersonnelles. En plus d'être présentées comme une des innovations majeures du droit OHADA, la possibilité de constituer ce type de société correspond sur un plan pratique et stratégique à l'une des variantes possibles de choix des formes de sociétés. Suivant les objectifs recherchés par le promoteur de la société, elle peut s'avérer plus adaptée que toute autre forme d'organisation surtout si on songe à la comparer à l'entreprise individuelle. La société unipersonnelle qui est la société qui ne comprend qu'un seul et unique actionnaire n'est pas donc pas véritablement une forme de société à part entière. Telle qu'organisée, elle doit être combinée avec une autre forme de société. Ce sera soit avec la société anonyme, on parlera alors de société anonyme unipersonnelle (*A laquelle sont consacrées quelques dispositions spécifiques particulièrement les articles 558 à 561 de l'AUSCGIE*), soit avec la société à responsabilité limitée, c'est l'hypothèse de la société unipersonnelle à responsabilité limitée.

Pour le cas spécifique de la société anonyme, elle a désormais deux grandes variantes entre lesquelles les initiateurs du projet social peuvent choisir dès le moment de la constitution de la société. Il s'agira d'opter tantôt pour la société anonyme avec conseil d'administration (*qui elle-même se décline en deux autres variantes selon qu'il y a soit un Président Général et un Conseil d'administration, soit un Président-Directeur Général qui cumule les fonctions toutes ces fonctions*) qui est la formule de droit commun et qui était le seul mode d'administration connu jusque-là, tantôt pour la société anonyme avec administrateur général dans l'hypothèse particulière où le nombre des actionnaires est égal ou inférieur à trois. La société anonyme avec administrateur général (*qui peut être, au choix des administrateurs assisté d'un administrateur, général adjoint*) tout en épousant l'essentiel des règles de fonctionnement des sociétés anonymes avec conseil d'administration obéit à quelques règles particulières prévues aux articles 494 et s. de l'AUDSCGIE. Ce type particulier de société peut être un bon moyen de favoriser la création des «joint-venture».

Si le choix entre ces deux formes ne concerne finalement que le seul mode d'administration et de direction de la société anonyme, il n'en demeure pas moins que cette option peut être déterminante pour l'avenir de la société lorsqu'on connaît les pouvoirs importants qui sont ceux des dirigeants en dépit des contre-pouvoirs auxquels ils doivent de plus en plus faire face.

II - Compétitivité maintenue pendant le fonctionnement de la société commerciale

64. Une forme sociale adaptée et des modes de gestion appropriées ne mettent pas toujours la société

commerciale à l'abri de certaines difficultés pendant son fonctionnement. Il peut ne pas être nécessaire de recourir immédiatement aux règles de traitement des difficultés des entreprises qui certes sont efficaces mais peuvent s'avérer inutiles surtout si elles interviennent précocement ; il pourra être utile à la société de recourir à d'autres moyens spécifiques spécialement aux diverses techniques de restructuration des sociétés. Le droit OHADA à l'exemple d'autres législations contemporaines organise diverses techniques de restructuration pour permettre aux sociétés commerciales évoluant dans son espace juridique de rester en permanence compétitives, de s'adapter, sans toujours les subir, aux diverses contingences économiques, juridiques ou sociales à défaut de pouvoir les anticiper. Il s'inscrit donc dans la nécessaire dynamique qui est celle des sociétés commerciales (POUGOUÉ (P.G.) *et al.*; *Le droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, p. 90 *et s.*). Ce dynamisme est lui-même le meilleur moyen d'assurer leur compétitivité. C'est cette compétitivité qui est également recherchée à travers le nouveau droit des groupes de sociétés.

a - Réglementation des restructurations d'entreprises

65. Les restructurations d'entreprises, en particulier celles des sociétés commerciales, font appel à diverses techniques, même si leurs motivations de départ sont de divers ordres.

Plusieurs mécanismes juridiques permettent d'aboutir au même résultat sur le plan économique. Ce sont la conjonction, le renforcement des moyens matériels et financiers pour la réalisation d'investissements de grande envergure ou tout simplement l'adaptation à un nouvel environnement plus concurrentiel (POUGOUÉ (P.G.), *L'impact de l'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE sur le contrôle et le développement des entreprises locales in Juridis périodique*, n° 66, avril-mai-juin 2006, p. 107 *et s.*). Ces divers mécanismes sont inventoriés dans l'Acte uniforme relatif aux Sociétés Commerciales et Groupements d'Intérêt Économique. Il en est qui sont communes à toutes les formes de sociétés, pendant que d'autres sont propres aux sociétés anonymes. Pour ce qui est des mécanismes communs, ils sont réglementés par les articles 189 *et s.* de la législation uniforme des sociétés commerciales. Il s'agit de la fusion, de la scission et de l'apport partiel d'actif (Lire POUYOUÉ (P.G.) *et al.* *Note sous articles précités in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, juriscope*, 2^e éd., 2002, p. 356 *et s.*). Quant aux mécanismes propres aux sociétés anonymes, ils sont prévus par les articles 670 *et s.* Ils ne sont pas fondamentalement différents des autres puisqu'il s'agit principalement de la fusion et de la scission (Lire POUYOUÉ (P.G.) *et al.* *Note sous articles précités in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, juriscope*, 2^e éd., 2002, p. 356 *et s.*, *préc.*) (voir entrée *Fusions, Scissions, Apports partiels d'actifs*).

Sous réserve que ces restructurations ne portent pas atteinte au jeu de la concurrence (*ce qui pourrait être sanctionné par exemple par la législation communautaire de la concurrence de la CEMAC qui consacre des dispositions spécifiques au contrôle des concentrations d'entreprises (voir en ce sens, le règlement n° 1/99 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles)*), elles peuvent contribuer notablement à améliorer la compétitivité dans la sous-région puisque la recherche d'une taille adaptée des entreprises africaines à l'économie sous régionale et surtout mondiale est un objectif vers lequel les entreprises doivent constamment tendre.

b - Nouveau droit des groupes de sociétés

66. C'est sous le livre IV intitulé «Les liens de droit entre les sociétés» que les rédacteurs de l'AUSCGIE ont organisé ce qui peut être désormais considéré comme «le droit OHADA des groupes de sociétés». Le titre I de ce livre est plus spécifiquement consacré à la question. La réglementation a été voulue succincte ; elle ne tient qu'à trois dispositions : articles 173, 174, 175. Aux termes de l'article 173 : «un groupe de sociétés est l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une de contrôler les autres». Les dispositions suivantes sont consacrées à la notion de contrôle. À côté du groupe de sociétés qui se caractérise principalement par l'existence du contrôle d'une société par une autre, l'Acte uniforme organise également des formes dérivées de groupes de sociétés. Il s'agit de la participation d'une société dans le capital d'une autre régie par les articles 176 (*qui dispose : «Lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction de capital égale à 10 %, la première est considérée, pour l'application du présent acte uniforme comme ayant une participation dans la seconde»*), 177 *et* 178 *et* du régime des filiales des sociétés commerciales que la loi traite dans deux dispositions que sont les articles 179 (*dont il ressort qu'«une société est société mère d'une autre société quand elle possède dans la seconde plus de la moitié du capital. La seconde est la filiale de la première»*) *et* 180 de l'AUSCGIE.

Dix après l'adoption de cet Acte uniforme, il serait possible d'envisager pour les mesurer les effets de ce dispositif. Il est vrai qu'à l'instar de nombreuses autres dispositions du nouveau droit uniforme, les dispositions organisant les groupes de sociétés n'ont pas échappé au crible de la critique qui à travers une analyse juridique approfondie a pu déceler quelques insuffisances du nouveau dispositif. Un auteur dans une contribution récente, estime en effet que le régime des groupes de sociétés tel qu'organisé par les dispositions de l'AUSCGIE suscite des réserves et partant des interrogations tant pour ce qui est de la définition de la notion de groupe de sociétés adoptée par le législateur que de celle de contrôle qui est un élément important pour cette définition. Quoi qu'il en soit, ce régime a le mérite

d'exister et d'offrir un ensemble homogène de règles dont les acteurs économiques doivent pouvoir tirer le meilleur parti en attendant d'éventuelles modifications (Voir *Entrée Filiale, Succursale, Groupe de sociétés*).

III- Compétitivité par la mise en commun des moyens : institutionnalisation du GIE

67. Le groupement d'intérêt économique fait partie des structures juridiques nouvelles créées par l'OHADA (lire par ex. *AGBLONON (P.), Le groupement d'intérêt économique (GIE), instrument flexible de collaboration entre entreprises dans l'espace OHADA, cour Suprême, n° 14 2000, p. 5 et s.*). Son régime est organisé par l'acte uniforme sur les sociétés commerciales. Et parce que ce régime est largement proche de celui des sociétés commerciales, le législateur a en quelque sorte annexé ses dispositions à celles relatives aux sociétés commerciales.

Même si leurs modes de fonctionnement, d'administration et de dissolution peuvent se rapprocher sur bien des points, le GIE diffère de par ses objectifs des sociétés commerciales car il vise avant tout et essentiellement à permettre une mise en commun de moyens. C'est pourquoi certains y ont vu un « instrument de collaboration », ce qui correspond à la définition qu'en donne l'article 869 de l'AUDSCGIE aux termes duquel : « le groupement d'intérêt économique est celui qui a pour but exclusif de mettre en œuvre, pour une durée déterminée, tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité. ». Il en diffère également sur d'autres points car cette forme de groupement ne vise pas contrairement aux sociétés commerciales, la recherche de bénéfices, il peut être constitué avec ou sans capital de même qu'il ne fait pas toujours intervenir que des sociétés commerciales dans la mesure où il peut être créé entre toutes types de personnes morales ou de groupement ou même faire intervenir des personnes physiques (*la loi précise qu'il peut s'agir de personnes exerçant une profession libérale : pharmaciens, médecins en clientèle privée, avocats, notaires, architectes, etc.*), dès lors qu'elles ont une activité économique, que celle-ci soit civile ou commerciale. Un auteur en a déduit que « le groupement d'intérêt économique est un regroupement (...) de nature juridique originale distincte de la société et de l'association qui permet dans le respect de l'autonomie de chacun de ses membres de faciliter ou d'accroître l'exercice de l'activité économique par la mise en commun de certains aspects de cette activité » (lire par ex. *AGBLONON (P.), Le groupement d'intérêt économique (GIE), instrument flexible de collaboration entre entreprises dans l'espace OHADA, préc., p. 5*).

Bien qu'il ne vise ni la réalisation ni le partage des bénéfices, le GIE est tout de même soumis à des mesures de contrôle de sa gestion comme le prévoit l'article 880 de l'AUSCGIE. Ceci peut se comprendre dans la mesure

où les membres sont tenus solidairement sauf convention contraire des dettes du groupement sur leur patrimoine propre. Si leur responsabilité devait être engagée du fait des conséquences d'une absence de contrôle, il en résulterait à terme une perte d'intérêt pour le GIE.

Il s'agit enfin de compte d'un outil mis à la disposition des entreprises de l'espace OHADA. Cet outil, par sa grande flexibilité, soutiendrait l'organisation, le fonctionnement et le contrôle des entreprises. Celles-ci en deviendraient plus efficaces et partant plus compétitives (Voir *Entrée GIE*).

§3 - Attractivité du nouveau régime des valeurs mobilières et la réglementation de l'appel public à l'épargne

68. Le régime des valeurs mobilières (*EKOME (E.), Public issue of shares under the companies ordinance and the uniform act of the OHADA treaty, Juridis Périodique, avril-mai-juin 2002, p. 95 et s.*) émises par les sociétés anonymes est désormais organisé et le législateur l'a souhaité aussi attractif que possible. Le texte reprend les deux principales catégories de valeurs mobilières à savoir les actions et les obligations auxquelles sont consacrées des dispositions spécifiques. Cette attractivité doit surtout être appréciée en tenant compte de l'ensemble des dispositifs mis progressivement en place au niveau des deux sous-régions économiques dont est constituée l'OHADA à savoir la CEMAC d'une part et l'UEMOA d'autre part. Ces nouveaux dispositifs juridiques ont pour but de favoriser l'avènement et la permanence des marchés financiers dans ces sous-régions respectives (*KALIEU (Y.) et KEUFFI (D. E.), L'émergence des marchés financiers dans l'espace OHADA, revue électronique Afrilex, www.afrilex.u-bordeaux4.fr, n° 4, décembre 2005, p. 39 et s.*; *EYEFFA EKOMO (S.), Le marché financier sous-régional : vers une véritable intégration macroéconomique et financière dans la CEMAC in réf., p. 293 et s.*) ce qui doit être considéré comme une évolution très favorable (*LE BARS et MARTOR, Management et financement de la société anonyme de droit OHADA, article précité; KEUFFI (D. E.), La gestion des titres sociaux de la société anonyme dans l'espace OHADA, mémoire DEA, Université de Dschang, 2003*). Le droit OHADA a également organisé à travers quelques dispositions de l'acte uniforme les principales opérations dont peuvent faire l'objet les valeurs mobilières : leur cession mais aussi leur nantissement ou (*le régime de ces nantissements relève aussi bien des règles du droit des sociétés commerciales particulièrement l'article 747 de l'AUSCGIE (voir également articles 772 et 773 pour le cas spécifique du nantissement des actions des SA) que des règles du droit des sûretés en ce que l'Acte uniforme relatif aux sûretés énumère expressément parmi les types de nantissement celui qui peut porter sur les valeurs mobilières nantissement d'actions (L'article 63 de l'AUS dispose : peuvent être nanties sans dépossession du débiteur : les*

droits d'associés et valeurs mobilières (...) et des règles du droit commercial général pour ce qui est de leur inscription qui est désormais centralisée au niveau du registre du commerce et du crédit mobilier (articles 44 et 45 de l'AUDCG)) ou leur saisie (c'est pour la première fois également que le nantissement des valeurs mobilières (en même temps que celui des droits d'associés) est organisé dans les pays de l'OHADA. Ce sont les articles 236 à 244 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales qui sont spécialement destinées à la détermination des règles applicables à la saisie portant sur ces biens. La spécificité des valeurs mobilières justifie l'existence des règles dérogatoires à certaines règles générales de saisie des biens meubles. C'est ainsi par exemple que la réalisation par la vente des valeurs mobilières saisies est régie par des règles qui empruntent tant à la saisie-vente des biens mobiliers qu'à la saisie immobilière).

69. S'agissant de l'appel public à l'épargne, l'Acte uniforme consacre désormais des dispositions aux sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne qui s'ajoutent à des dispositions générales sur le champ d'application de l'appel public à l'épargne. Elles sont soumises à des règles contraignantes tant pour ce qui est de leur constitution (telle que l'exigence d'un capital social minimum) que pour ce qui est surtout de leur fonctionnement. Des obligations particulières de publicité sur la société sous diverses formes et par divers supports leur sont imposées qui sont justifiées par le droit à l'information dont sont bénéficiaires les souscripteurs éventuels épargnants.

Qui est attentif à l'évolution connue ces dernières années par le droit des sociétés comprend que le mouvement impulsé par le droit des sociétés (sur cette évolution, lire par exemple, *Le changement de millénaire et le droit des sociétés*, *Revue des sociétés*, n° spécial, 1/2000; NJOYA NKAMGA (B.), *Les dirigeants sociaux*, thèse, Dschang, 2007; voir Entrées *Titres et valeurs mobilières et Société anonyme faisant appel public à l'épargne*) OHADA se situe assurément dans le sens général de la recherche d'une meilleure gouvernance des sociétés en ce troisième millénaire (lire par ex. MUKA TSHIBENDE, *Voies comparées africaine et européenne d'unification du régime de la société anonyme in Penant n° 856*, juil.-sept. 2006, p. 294 et s. not. p. 306).

§4 - Attractivité des nouvelles garanties du crédit

70. Parce que l'investissement suppose le crédit et que le crédit a besoin d'être assis en plus de la confiance sur des garanties solides (*Le droit des garanties de paiement*, 2006; DELEBECQUE (P.) et SIMLER (P.), *Les sûretés*), le législateur OHADA a rendu plus attractif le régime des garanties et plus particulièrement celui des nantissements.

On citera d'abord le cas de la lettre de garantie. Sensible à l'utilisation croissante des garanties autonomes en droit interne et soucieux d'offrir une alternative au cautionnement qui était la seule sûreté personnelle

connue dans l'ancienne législation applicable dans la plupart des pays de l'OHADA, le législateur communautaire a réglementé les garanties autonomes. Cette sûreté est organisée par les articles 28 à 38 de l'Acte uniforme initial sur les sûretés et les articles 39 à 49 de l'Acte uniforme sur les sûretés tel que modifié le 15 décembre 2010.

Il est vrai que ce qui constituait encore il y a quelque temps une innovation importante du fait que le législateur OHADA était le premier à organiser une réglementation de cette sûreté en droit interne alors qu'il n'existait jusque-là qu'une réglementation au niveau internationale ne l'est plus depuis que d'autres législations et plus précisément le droit français ont introduit la réglementation des garanties autonomes dans leur droit interne (depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés qui a entraîné l'introduction d'un nouvel article 2287-1 au code civil qui dispose que : « Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention ». Quant à l'article 2321 du code civil, il définit la garantie autonome comme : « l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ».), mais cela n'enlève rien à l'importance que constitue pour les pays de l'OHADA au vu de leur situation économique, la possibilité de souscrire des lettres de garanties ou de contre-garanties en droit interne. La matière est reprise et enrichie par l'Acte uniforme adopté le 15 décembre 2010 portant révision de l'acte uniforme initial sur les sûretés (articles 39 à 49 de l'Acte uniforme sur les sûretés tel que modifié le 15 décembre 2010). (Voir Entrée *Lettre de garanties, garanties autonomes, contre-garanties*)

Pour ce qui est des autres garanties et notamment des sûretés réelles, on ne peut pas ignorer l'élargissement des catégories de biens susceptibles d'être nantis. On pense à la possibilité désormais offerte de nantir les créances, les droits d'associés, le compte bancaire, les valeurs mobilières et le compte de titres financiers, le fonds de commerce et les propriétés intellectuelles (articles 125 à 178 de l'Acte uniforme sur les sûretés tel que modifié le 15 décembre 2010 ; Voir Entrée *Nantissement*).

71. Le souci d'une attractivité plus accrue est l'enjeu majeur de l'acte uniforme adopté le 15 décembre 2010 révisant l'acte uniforme originel de l'OHADA sur les sûretés. Les innovations les plus attractives portent sur l'assouplissement des modalités de réalisation des sûretés, l'institution de nouvelles sûretés, la création de la notion d'agent des sûretés.

S'agissant des modalités de réalisation des sûretés, un meilleur équilibre est établi entre l'intérêt du créancier et la protection du débiteur-constituant. Ainsi, la validité du pacte commissaire et la faculté de demander l'attribution judiciaire sont reconnues pour toutes les sûretés portant sur la chose d'autrui, à l'exception du

nantissement de fonds de commerce. Toutefois, des mesures sont proposées pour protéger le constituant : la clause de voie parée demeure interdite ; l'attribution judiciaire est subordonnée à une évaluation objective du bien (*soit en fonction d'un cours, soit par expertise*) ; le pacte comissoire ne peut avoir pour objet un bien autre qu'une somme d'argent ou un bien faisant l'objet d'une cotation officielle qu'à la condition que le débiteur de la dette garantie soit un « débiteur professionnel » ; pour le cas particulier de l'hypothèque, l'attribution judiciaire ne peut pas être demandée si l'immeuble grevé est la résidence principale du constituant et le pacte comissoire n'est valable qu'à la double condition que l'immeuble grevé ne soit pas à usage d'habitation et que le constituant soit une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au RCCM.

S'agissant des nouvelles sûretés, l'on peut citer notamment le nantissement de compte de titres financiers, la cession de créance à titre de garantie et le transfert fiduciaire de somme d'argent, la réserve de propriété.

S'agissant de l'agent des sûretés, les articles 5 à 11 du nouvel acte uniforme lui sont consacrés. Le contrat de l'agent des sûretés emprunte à la fois au contrat de commission et à la fiducie. La consécration de la notion d'agent des sûretés a pour finalité de favoriser les investissements importants réalisés par des pools bancaires.

Section 2 - Attractivité des règles de procédure

72. Le terme « procédure » doit ici être compris dans un sens assez large qui ne se limite pas uniquement aux règles de procédure civile généralement désignées sous le terme de voies d'exécution, mais s'étend à toutes les dispositions contenues dans les Actes uniformes qui ont pour but d'assurer la mise en œuvre effective des règles de fond. C'est pourquoi, après avoir parlé de l'incidence des voies d'exécution en général, il sera question de la promotion de l'arbitrage OHADA et des procédures destinées à assurer le traitement des difficultés des entreprises.

§1 - Espoir suscité par les nouvelles procédures d'exécution

73. Les principales mesures d'exécution sont réglementées par le nouvel Acte uniforme sur les voies d'exécution. Ces différentes mesures permettent désormais dans l'ensemble, d'assurer la mise en œuvre effective des droits des créanciers tout en préservant les intérêts et la protection légitime du débiteur (*KUATE TAMEGHE (S.), La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution, L'harmattan, 2004; ANOUKAHA (F.) et TJOUEN (D.), Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA, PUA, coll. Droit Uniforme, Yaoundé, 1999; NDZUENKEU (A.), La réforme des procédures civiles d'exécution en droit*

africain : l'exemple du Cameroun, Juridis Périodique, avril-mai-juin 2002, p. 113 et s.). L'efficacité des nouveaux mécanismes de recouvrement des créances doit être recherchée et peut être mesurée car une économie fondée sur le crédit doit disposer de bons mécanismes de recouvrement des créances à même de pouvoir assurer de manière efficace, transparente et peu coûteuse le remboursement des créances qu'elles soient ou non garanties.

En s'appuyant notamment sur les principales innovations en matière de voie d'exécution, on peut vérifier que les nouveaux mécanismes introduits en droit OHADA permettent de satisfaire à ces exigences. C'est le cas des différentes procédures de saisie qu'il s'agisse de la saisie vente, de la saisie-revendication ou de la saisie-appréhension. Il est vrai que la saisie attribution des créances a donné lieu à de vifs contentieux mais une jurisprudence se met progressivement en place sur quelques points principaux. Pour ce qui est de l'assiette des saisies, les possibilités offertes aux créanciers sont désormais plus nombreuses car les biens saisis ne sont plus désormais uniquement les biens meubles corporels et immeubles en dépit de la valeur matérielle importante qu'ils représentent toujours ; ce sont également désormais les droits d'associés et valeurs mobilières ou encore les rémunérations. Il est vrai qu'il est tenu compte de la spécificité de ces différents biens mais les possibilités de choix sont largement ouvertes.

L'efficacité des mécanismes d'exécution se traduit également à travers la possibilité qu'a le créancier de mieux tarifier, gérer et maîtriser les risques de défaut de paiement. Cette efficacité s'apprécie enfin en amont. Ici, elle est envisagée par rapport à l'accès au crédit. Il est constant en effet que lorsqu'il est très difficile pour les créanciers de se prévaloir des mécanismes de recouvrement ou lorsque ceux-ci jouent trop en faveur des débiteurs, le crédit se fait plus rare et cher

Certes, des difficultés persistent sur certains points pour certaines nouvelles procédures, mais elles peuvent être surmontées (*voir par exemple, dans le cas spécifique du droit camerounais, le problème qui s'est posé depuis quelques années sur la désignation du juge chargé de l'exécution : Lire : TCHANTCHOU (H.), Le contentieux de l'exécution et des saisies dans le nouveau droit OHADA (article 49 AUPSRVE), Juridis Périodique, n° 46, avril-mai-juin 2001, p. 98 et s.; MINOU (S.), La juridiction prévue à l'article 49 de l'acte OHADA n° 6 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution est-elle le juge des référés au Cameroun? Juridis Périodique, n° 62, avril-mai-juin 2005, p. 97 et s.*)

§2 - Promotion de l'arbitrage dans l'espace OHADA

74. Des différents modes alternatifs de règlement des conflits qui sont de plus en plus développés parallèlement aux modes traditionnels, l'arbitrage tient une

place de choix. C'est l'une des raisons pour lesquelles il a été particulièrement promu par les promoteurs et rédacteurs du droit uniforme et ce, dès le Traité constitutif de l'organisation, tout au moins pour ce qui est de l'arbitrage institutionnel. Son attractivité est désormais suffisamment avérée (LAURIOL (T.), *Modernité et attractivité de l'arbitrage OHADA, marchés tropicaux*, 16 mars 2001).

Certes, il y a des difficultés de mise en œuvre qui peuvent tenir à diverses raisons qui sont techniques ou sont de toute nature telles que l'enracinement de la culture non contentieuse dans la pratique des affaires ou encore le développement de l'environnement économique des pays membres. Comme l'a dit un auteur il y a quelques années déjà, «le développement de l'arbitrage sera fonction de la capacité des pays à regrouper leurs infrastructures au niveau régional pour attirer les investissements privés (...). À ce titre, l'écllosion de grands marchés régionaux constitue un facteur d'adaptation à la mondialisation de l'économie et à l'universalisation de l'arbitrage» (SECK (T. A.), *L'effectivité de la pratique arbitrale de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et les réformes nécessaires à la mise en place d'un cadre juridique et judiciaire favorable aux investissements privés internationaux, réf.*, p. 188 et s. spéc.; p. 193).

Mais, à côté de ces difficultés et contraintes exogènes, plusieurs raisons militent en faveur du développement actuel et surtout futur de l'arbitrage en OHADA. Ainsi, en ce qui concerne sa mise en œuvre, il n'est pas fait de distinction comme dans d'autres systèmes à l'instar du système français entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Il n'est pas non plus établi de distinction entre les commerçants et les non commerçants pour l'application de la clause compromissoire (Voir aussi POUGOUÉ (P.G.) et FOKO (A.), *Le statut du commerçant dans l'espace OHADA, précité*, n°; POUGOUÉ (P.G.) et al., *Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, PUA, collection droit uniforme, Yaoundé, 2000) ce qui rend inutile le débat qui a cours aujourd'hui encore en droit français sur la portée de cette clause.

75. Sur l'arbitrage spécifique de la CCJA, très adapté aux affaires dans les contrats africains, la mission de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est d'«assurer l'unité du droit des affaires dans l'ensemble des pays» (PAILLUSSEAU, *Le droit de l'OHADA, un droit très important et original in JCP éd. E, suppl. n° 5 au n° 44 du 28 octobre 2004, préc.*, p. 1) qui ont adhéré au Traité. Du fait de cette mission spécifique, elle constitue selon un auteur, «une institution très importante et innovante qui se situe au cœur du système juridique de l'OHADA» (MARTOR (B.) et THOUVENOT (S.), *L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA in JCP éd. E, suppl. n° 5 au n° 44 du 28 octobre 2004, op. cit.*, p. 5 et s. spéc. p. 7). Elle l'est plus spécialement dans le cadre de la mise en œuvre de l'arbitrage autonome dont la responsabilité lui a été confiée aussi bien par le Traité

fondateur de l'OHADA dans ses articles 21 et suivants que par le règlement d'arbitrage adopté le 9 mars 1999. L'arbitrage CCJA doit être distingué de l'arbitrage traditionnel (*c'est-à-dire les arbitrages ad hoc et ceux qui se tiennent sous les auspices des centres d'arbitrage privés*) qui est désormais organisé dans l'espace OHADA particulièrement par l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage adopté à cet effet (*sur cet acte uniforme, voir à titre non exhaustif*: POUGOUÉ (P.G.), TCHAKOUA (J.M.), FÉNÉON (A.), *Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, PUA, 2000, 506 pages; MEYER (P.), *commentaires sous acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, juriscope*, 2002, p. 97 et s.; MEYER (P.), *droit de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2002). Enfin, tout est mis en œuvre pour doter d'une grande force la sentence arbitrale : celle-ci comporte en elle-même l'autorité de la chose jugée qui permet son exécution spontanée par les parties; la procédure d'exequatur, nécessaire à l'exécution forcée, est simplifiée et encadrée, les hypothèses de refus de l'exequatur étant strictement définies; les voies de recours sont particulières pour ne pas freiner l'exécution et, partant, contrecarrer l'essor de l'arbitrage.

76. La spécificité (*elle a tout de même emprunté aux règles préexistantes notamment au plan international en particulier celles de la CNUDICI*) du mécanisme d'action que constitue l'arbitrage CCJA (POUGOUÉ (P.G.), *Le système d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le droit et le développement, vol. 1*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 129 et s.) tient tout aussi bien de son champ d'application, que de son organisation et de la procédure qui a été mise sur pied.

S'agissant d'abord de son champ d'application et surtout de son champ d'application spatial, celui-ci est délimité dans le texte même du Traité fondateur dont l'article 21 prévoit qu'«En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituels dans un des États parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou de plusieurs États parties, peut soumettre un différend (...) à la procédure d'arbitrage (...)». Ce qu'il faut déduire de ces dispositions somme toute assez précises c'est que sur le plan territorial, le système d'arbitrage mis en place est constitué par l'ensemble formé des territoires des États parties au Traité OHADA. La compétence leur est attribuée soit à raison de la situation du domicile ou de la résidence des parties au contrat soit à raison de l'exécution actuelle ou future du contrat que celle-ci soit totale ou simplement partielle.

Cette limitation territoriale est complétée par les précisions liées à l'arbitrabilité du litige. Ce qu'il faut retenir ici c'est que d'une part s'agissant des parties pouvant recourir à l'arbitrage de la Cour, l'article 21 du Traité précité en

se limitant à ouvrir cette possibilité à « toute partie à un contrat » permet ainsi à l'État et aux personnes morales de droit public d'y recourir, d'autre part, en indiquant simplement que peuvent être soumis à l'arbitrage les différends qui sont « d'ordre contractuel », le texte invite à ne pas faire la distinction selon que le litige porterait sur une matière civile ou commerciale.

Pour ce qui est ensuite de son organisation, l'arbitrage CCJA se particularise par la double mission reconnue à la Cour qui a en même temps une mission arbitrale et une mission judiciaire. Dans le premier cas, il ressort du texte précité qu'elle a un ensemble d'attributions à caractère administratif qui vont de la nomination des arbitres au contrôle du bon déroulement de la procédure ce qui peut l'amener par exemple à statuer sur les demandes de récusation d'arbitres formées par les parties. Dans le second cas, elle exerce cette mission c'est-à-dire cette fonction judiciaire lorsqu'elle siège en formation contentieuse ordinaire et qu'elle est alors tenue de respecter son règlement de procédure.

Enfin sur le plan procédural, les spécificités du système de règlement des conflits mis en place apparaissent en premier lieu au niveau de l'instance arbitrale pour ce qui est notamment de la date d'ouverture de la procédure et du déroulement de l'instance. Elles apparaissent en second lieu au niveau de la sentence arbitrale qui est rendue à l'issue de la procédure. L'accent doit être particulièrement mis sur l'exequatur dont on n'ignore pas le rôle classique car il s'agit d'une exigence importante et incontournable pour permettre effectivement l'exécution forcée d'une sentence arbitrale rendue. De même que la sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCJA a autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État partie, de même l'exequatur délivré par la CCJA est communautaire. En l'état actuel du droit, aucun autre système d'arbitrage n'offre un exequatur dont les effets dépassent le cadre territorial de l'État qui l'a délivré. La procédure d'exequatur se matérialise dans les faits par la formule exécutoire qui est apposée. L'accent doit enfin être mis sur les voies de recours contre les sentences arbitrales rendues par la Cour. Sur ce dernier point, un triple recours est possible soit en contestation de validité, soit en révision soit par le biais de la tierce opposition. La spécificité la plus remarquable des voies de recours contre la sentence arbitrale du système d'arbitrage de la CCJA tient au développement possible de l'instance; la CCJA peut évoquer l'affaire si elle annule la sentence. L'évocation suppose la commune volonté des parties. Entrées dans la procédure d'arbitrage par convention, les parties peuvent en sortir par le même moyen.

§3 - Attrait des nouvelles procédures de traitement des difficultés des entreprises

77. Les différentes solutions légales de traitement des difficultés auxquelles font face inévitablement les commerçants et plus généralement les acteurs écono-

miques ont été longtemps marquées par la connotation négative et « déshonorante » des procédures instituées et de la notion même de « faillite » (*FRISON ROCHE (M. A.), Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites, D. 1994, chr. 17-20. Bien que le droit originaire de la faillite ait évolué vers le droit des procédures collectives puis vers le droit des entreprises en difficultés et que le mot faillite soit aujourd'hui réservé uniquement à la sanction qui peut être éventuellement prononcée, la pratique a toujours du mal à se défaire la connotation originale de cette notion d'autant plus que la confusion reste encore entretenue parfois sur le plan législatif. Ainsi les procédures collectives internationales sont-elles qualifiées dans certains systèmes juridiques de « faillites internationales »*). À la suite des législateurs étrangers, le législateur OHADA a refondu l'ensemble des textes existants pour en ressortir un droit rénové et surtout attrayant au risque de faire croire que l'entreprise en difficulté pourrait être parfois mieux traitée que l'entreprise qui ne présente aucun signe de faiblesse. De même qu'il y a une gradation des difficultés, il y a une gradation des solutions proposées mais ce qu'il importe de signaler c'est qu'elles s'avèrent sur le plan de l'attractivité être finalement presque sur un pied d'égalité.

78. Pour ce qui est du règlement préventif, l'une des procédures mises en place pour le traitement des difficultés des entreprises, à côté du redressement judiciaire et de la liquidation des biens, son efficacité sur le traitement rapide et si possible l'anticipation des difficultés des entreprises commerciales qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements peut être positivement appréciée surtout dans un contexte où ces difficultés tout en étant nombreuses et importantes, sont parfois de sources et d'ampleur diverses.

L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté en 1998 a en effet modifié en profondeur le régime antérieur de règlement des difficultés des entreprises (*sur ce régime antérieur, voir par exemple : POCANAM (M.), Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo, Penant, n° 812, 1993, p. 189-230; SAWADOGO (F. M.), L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone à partir de l'exemple du Burkina Faso, Revue Burkinabé de droit, n° 26, juillet 1994, p. 191 et s.; SAWADOGO (F. M.), Commentaires sous Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif in OHADA Traité et actes uniformes OHADA commentés et annoté, préc., p. 811 et s.; NYAMA (J. M.), Réalités et perspectives du droit de la faillite au Cameroun, thèse, Paris II, 1980, passim*).

Les procédures antérieurement applicables ne prévoyaient pas véritablement de mesures de prévention et étaient principalement axées sur le traitement curatif des difficultés. À cet effet, deux procédures principales étaient prévues à savoir la faillite et la liquidation judiciaire, la différence tenant uniquement au fait que le

débiteur était ou non de bonne foi en introduisant une procédure jusque-là inexistante et qui a pour but essentiel la prévention des difficultés qui est désignée sous le nom de règlement préventif. Elle est définie à l'article 2 de l'Acte uniforme précité comme : « une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif (...) ». Au-delà des changements qui interviennent dans l'anticipation des difficultés des entreprises (*c'est le même mouvement qui est observé en France car la nouvelle Loi du 25 juillet 2005 sur La sauvegarde des entreprises met encore plus que par le passé l'accent sur la détection et le traitement précoce des difficultés de l'entreprise. Elle institue à cet effet une nouvelle procédure appelée procédure de conciliation (article L. 611 - 4 nouveau et suivants du Code de Commerce) et une procédure de sauvegarde destinées toutes deux à la prévention des difficultés. Sur cette nouvelle loi, voir par ex. La lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficultés, décembre 2005, n° spécial : les apports de la loi de sauvegarde des entreprises, la réforme des procédures collectives, colloque n° spécial, petites affiches*), cette innovation (ROUSSEL-GALLE (P.), *OHADA et difficultés des entreprises (Étude critique des conditions et des effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif)*, Ire et Iie parties, *Revue de jurisprudence commerciale* 2001, n° 2, p. 9 et s.; n° 3, p. 62 et s.; ASSOGBAVI (K.), *Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA*, Penant n° 832, 2000, p. 55 et s. spéc. p. 58) pourrait également emporter des modifications dans la perception même qu'ont les opérateurs économiques du traitement judiciaire des difficultés des entreprises. On avait craint qu'il s'agisse d'un moyen de chantage et l'on est rassuré de constater que de plus en plus elle se présente comme une bouée de sauvetage pour les entreprises quelle que soit par ailleurs leur taille. La soumission à des règles rigoureuses comme la proposition d'un concordat amène les entreprises à mettre plus de rigueur et de fermeté dans le traitement de leurs difficultés car dans bien des cas, ce sont finalement les solutions proposées par le débiteur en difficulté passagère qui sont homologuées par le tribunal.

79. Reste que pour bien apprécier l'efficacité de ce mécanisme, il faut nécessairement prendre en compte certaines données telles que la formation et la compétence des juges qui posent in fine le problème de la spécialisation ou non des magistrats dans les questions économiques, la qualification (*on pense par exemple au syndic et surtout aux experts dont la loi prévoit qu'ils jouent un rôle important voire déterminant dans le règlement préventif (Articles 8, 12, 13 AUPCAP)*). Or, la qualification de ces experts reste sujette à caution puisque la loi se contente elle-même de renvoyer s'agissant de ses conditions de désignation aux règles prévues pour les syndics par les articles 41 et 42 du texte précité. Au

Cameroun par exemple, le texte organisant l'agrément des experts n'a pas été revu de sorte qu'il n'existe pas d'experts qualifiés en procédures collectives et que leur profil est finalement très divers et varié. Quant aux syndics, ils sont régis par un texte de 1960 qui date bien évidemment de plusieurs années déjà, ce qui signifie au moins que les qualifications requises de ces derniers n'ont pas été modifiées pour tenir compte des nouveaux objectifs des procédures de sauvetage de l'entreprise), et l'impartialité (*selon un auteur : « C'est à croire que la procédure a pour fin réelle de servir les intérêts des auxiliaires de justice. », SAWADOGO (F.M.), article précité, p. 247. Voir aussi, p. 229 : « Les procédures collectives du fait de la rémunération excessive, de la mauvaise gestion et des malversations des syndics et liquidateurs (et de l'absence de suivi des organes judiciaires) ne permettent que très rarement des organes non judiciaires spécialisés intervenant dans ces procédures, la transparence et la responsabilité du tribunal dans la prise des décisions qui peuvent être déterminantes pour l'avenir de l'entreprise (comme l'a souligné pertinemment un auteur : « les procédures collectives sont avant tout des procédures judiciaires qui doivent leur succès à la confiance que l'on fait à la justice et à l'exercice effectif d'un rôle central par les organes judiciaires » (SAWADOGO (F.M.), *L'application judiciaire des procédures collectives*, préc., p. 246))*). Il faudrait aussi voir dans quelle mesure une compatibilité et une continuité peuvent être établies en cette mesure spécifique d'anticipation des difficultés des entreprises et d'autres mesures qui visent le même objectif particulièrement celles organisées par le droit des sociétés commerciales (*on songe par exemple ici aux procédures d'alerte qui peuvent être déclenchées par le commissaire aux comptes ou les associés. Voir plus généralement, NGUIHE KANTE (P.), *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit camerounais, thèse de doctorat en droit, Yaoundé I, 1999*) ou encore celles prévues par le droit du travail*.

Pour les difficultés plus délicates à surmonter, le redressement judiciaire et la liquidation des biens (*Lire sur la question POUGOUÉ (P.G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, 1998, passim*) peuvent être mis en œuvre. Les réformes intervenues ici vont au-delà des simples modifications terminologiques même si leur effet n'est pas neutre (*du fait du caractère infamant de la faillite beaucoup d'entreprises à l'époque de la législation antérieure refusaient de déposer le bilan selon l'expression consacrée*). Il s'agit de trouver même dans des situations désespérées des solutions « réconfortantes » tout en recherchant autant que possible à protéger l'économie et à sauvegarder des emplois. C'est ainsi que par exemple la technique dite de cession globale d'actifs permet, même en cas de liquidation des biens d'une entreprise conduisant normalement à sa disparition de sauver des entités économiques formant des unités de production lorsqu'elles sont encore viables. De même, la recherche des solutions aux difficultés en cas de ces-

sation des paiements n'est pas l'affaire du seul tribunal, mais y sont associés tous les partenaires sociaux mais aussi les partenaires financiers qui doivent contribuer par exemple à la mise en place du concordat de redressement par diverses propositions telles que l'augmentation du capital social, les engagements de caution, etc.

80. On pourrait aussi voir dans d'autres règles telles que celles relatives à la faillite internationale (*TATIAGOUM (J.), La faillite internationale, mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, BADET (G.S.), La faillite internationale et sa réglementation dans l'espace OHADA, Cour Suprême, n° 8, 1999, p. 4 et s.*) en matière de difficultés des entreprises, des règles procédurales suffisamment attractives pour les investisseurs. Parmi ces règles, les principales sont l'unicité et la centralisation de la procédure qui permettent aux créanciers concernés par une procédure de faire un gain de temps et d'argent considérable. Elles contribuent à renforcer les droits des créanciers.

En fin de compte, si l'attractivité de l'OHADA se révélait effectivement réalisée et si la croissance économique recherchée était réellement atteinte (*cet objectif serait, pour certains, en train d'être déjà atteint. COUSIN (B.), The future of OHADA, Obadata D-05-64. Cet auteur donne l'exemple de l'important et récent projet du pipeline TCHAD-CAMEROUN qui s'est appuyé sur le droit OHADA*), il en résulterait également des conséquences sociales positives, car selon un auteur «l'objectif de croissance et de développement est intimement lié à une finalité sociale. La croissance et le développement ne sont recherchés que dans la mesure où ils peuvent avoir des répercussions et des effets positifs sur le niveau de vie et sur le développement des habitants de la région» (*CEREXHE (E.), L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale, in Revue Burkinabé de droit, n° spécial 39-40, p. 21 et s., Obadata D-05-36*).

Roger MASAMBA (Chapitre I)

Paul-Gérard POUGOUÉ (Chapitre II)

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de progression des développements)

A

Acte de commerce 12, 13
Arbitrage 24
Attractivité économique 27 et 28, 29, 31, 32, 32, 33, 34, 35, 37, 45, 46

B

Bail commercial 15
Bail professionnel 16, 41

C

Climat des affaires 7, 25, 27, 30, 31, 35, 37
Common Law 30
Communauté économique africaine 7
Compétition des systèmes juridiques 30, 34
Contrats commerciaux 14
Controverses sur Doing Business 30
Critères qualitatifs 34 et s.
Critères quantitatifs 26 et s.

D

Dissolution : 20
Doing Business 1, 26, 27, 30, 31, 38
Droit commercial général 12, 14
Droit comptable 22, 41
Droit des contrats de transport de marchandises par route 12, 14, 15, 17
Droit économique 36
Droit des sûretés 14, 21

E

Effectivité économique 45
Efficacité économique 2, 8, 12, 15, 21, 24, 31, 32, 34, 37, 38, 40, 45
Efficience économique 8, 11, 12, 21
Entreprenant 13, 41, 54

F

Finalité économique 5, 6, 7, 9
Fonds de commerce 14

G

Gouvernance d'entreprise 19, 22

H

Harmonisation du droit des affaires 10, 42, 43

I

Indemnité d'éviction 15
Indicateurs de performance 26 et s.
Intégration économique 5, 9, 10, 25
Intermédiaires commerciaux 16

L

Law and Economics 1

M

Méthodologie 28, 29, 46
Mise en conformité du droit national 35

Mondialisation 7

O

Objectifs économiques 11 et s.
Optimisation du droit uniforme 39

P

Particularités de l'espace OHADA 30 et s.
Performance économique du droit OHADA 26 et s.
Perspectives économiques du droit OHADA 5 et s.
Procédures collectives d'apurement du passif 20
Procédures simplifiées de recouvrement des créances 23
Prospective 43, 44, 46

R

Registre du Commerce et du Crédit Mobilier 14
Sécurité judiciaire 1, 5, 9, 25
Sécurité judiciaire 1, 5, 7, 9, 11, 25
Sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique 18, 19, 20
Système romano-germanique 30
Traité de l'OHADA 7, 9, 10
Vente commerciale 15, 33, 50, 53
Voies d'exécution 23

BAIL COMMERCIAL (BAIL À USAGE PROFESSIONNEL)

Table des matières

Introduction générale n° 1 à 10

Chapitre 1 : Champ d'application des normes régissant le bail commercial (bail à usage professionnel) n° 11 à 70

Section 1 - Champ territorial et matériel n° 12 à 19

§1 - Champ territorial : une ville de plus de 5 000 habitants n° 13 à 14

§2 - Champ matériel n° 15 à 19

Section 2 - Bénéficiaires des baux commerciaux (baux à usage professionnel) n° 20 à 70

§1- Bénéficiaires en droit comparé n° 21 à 37

A - Établissements d'enseignement n° 22

B - Artisans et façonniers n° 23 à 26

C - Services municipaux exploités en régie n° 27 à 28

D - Établissements publics industriels et commerciaux n° 29 à 34

E - Sociétés coopératives n° 35 à 36

F - Auteurs d'œuvres graphiques et plastiques n° 37

§2 - Bénéficiaires dans l'espace OHADA n° 38 à 70

A - Entreprises publiques n° 40 à 49

B - Artisans et professionnels n° 50

C - Associations n° 51 à 52

D - GIE n° 53 à 70

Chapitre 2 : Conclusions et exécution du bail commercial (bail à usage professionnel) n° 71 à 118

Section 1 - Conclusions du bail n° 73 à 78

§1 - Durée du bail n° 73 à 74

§2 - Montant des loyers n° 75 à 78

Section 2 - Obligations des parties n° 79

§1- Obligations du bailleur n° 80 à 89

A - Obligation de délivrance n° 81 à 83

B - Obligation d'entretien n° 84 à 86

C - Garanties des troubles de jouissance n° 87 à 89

§2- Obligations du preneur n° 90 à 101

A - Contenu des obligations du preneur n° 90 à 95

I - Obligation de paiement du loyer n° 91 à 92

II - Obligation d'exploiter les locaux donnés à bail n° 93 à 94

III - Obligation de conserver les lieux loués n° 95

B - Sanctions à la violation de ses obligations par le preneur n° 96 à 101

Section 3 - Prérogatives du preneur n° 102 à 118

§1- Prérogatives tenant au bail n° 103 à 113

A - Cession du bail n° 104 à 107

B - Sous-location du bail n° 108 à 113

§2 - Prérogatives liées à l'activité exercée : déspecialisation du bail n° 11' à 118

A - Déspecialisation simple n° 116

B - Déspecialisation renforcée n° 117 à 118

Chapitre 3 : Droit au renouvellement du bail commercial (bail à usage professionnel) n° 119 à 141

Section 1 - Conditions du droit au renouvellement du bail n° 121 à 129

§1- Conditions de fond du droit au renouvellement du bail n° 122 à 129

A - Bénéficiaire du renouvellement n° 123 à 125

B - Exploitation objet du renouvellement n° 126

C - Durée d'exploitation requise n° 127

§2 - Procédure de renouvellement du bail n° 128 à 129

Section 2 - Effets du droit au renouvellement du bail n° 130 à 141

§1 - Effets du bail renouvelé n° 130

§2 - Effets du bail non renouvelé n° 131 à 141

A - Refus de renouvellement du bail avec paiement d'une indemnité d'éviction n° 131 à 134

B - Refus de renouvellement sans paiement d'une indemnité d'éviction n° 135 à 141

I - Existence d'un motif légitime à l'encontre du preneur sortant n° 136

II - Reprise de l'immeuble aux fins de démolition et de reconstruction n° 138 à 140

III - Reprise de l'immeuble aux fins d'habitation n° 141

Bibliographiques

- BATOUAN BOUYOM (J.A.), «Observations sous 1^{re} espèce, CCJA, avis, n° 001/2003/EP, 4 juin 2003 et 2^e espèce, CCJA, arrêt, n° 011/2004 du 26 févr. 2004, affaire Rafiu Oyeweri c/ Tony Anthony», *Les Grandes Décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, L'Harmattan, 2010, p. 104 et s.
- FÉNÉON (A.) et GOMEZ (J.R.), *Droit commercial général. Commentaires*, Édicef, 1999, 170 pages.
- FOKO (A.), «Le régime juridique de la privatisation au Cameroun», Thèse de Doctorat de 3^e Cycle, Université de Yaoundé 2, 1994, p. 115 et s.; « Observations sous Cour commune de justice et d'arbitrage, 2^e ch., arrêt, n° 4 du 9 mars 2006, Affaire A.B. c/ Société ivoirienne de promotion de supermarchés dite PROSUMA », Ohadata J-07-11, *Le Juris-OHADA*, n° 3/2006, p. 16», in P.G. POUGOUÉ et S.S. KUATÉ TAMEGHÉ (sous la dir. de), *Les Grandes Décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, L'Harmattan, 2010, p. 53 et s.
- GATSI (J.), *Pratique des baux commerciaux dans l'espace OHADA*, Presses universitaires libres, coll. «Droit des affaires», Douala, 2^e éd., 2008, 208 pages.
- GOMEZ (J.R.), *Entreprises en difficulté, Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, Bajag-Meri, 2003, 431 pages.

- KENMOGNE SIMO (A.), «Observations sous CCJA, arrêt n° 006/2003 du 24 avril 2003, affaire Fatoumata c/ Kinda Augustin Joseph», in P.G. POUGOUÉ et S.S. KUATÉ TAMEGHÉ (sous la dir. de), *Les Grandes Décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, L'Harmattan, 2010, p. 92 et s. ; « Observations sous CCJA, arrêt, n° 017/2006 du 16 octobre 2006, affaire Société nationale des télécommunications dite SONATEL c/ Société d'exploitation de la clinique Sokhna Fatma », *ibid.*, p. 64.
- NDJEL NKOUAGUE, «La protection de l'intérêt général et l'activité commerciale au Cameroun depuis l'entrée en vigueur du droit OHADA», Mémoire de Maîtrise, Ngaoundéré, 2001, 96 pages.
- NGUEBOU TOUKAM (J.), *Le Droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, 1998, 249 pages.
- NJEUFACK TEMGOUA (R.), «Observations sous CCJA, arrêt, n° 036/2008 du 3 juillet 2008, Société Burkina Schell c/ Ouedraogo Sibiri Philippe», in P.G. POUGOUÉ et S.S. KUATÉ TAMEGHÉ (sous la dir. de), *Les Grandes Décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, L'Harmattan, 2010, p. 30 et s.
- NYAMA (J.M.), «Commentaire de l'arrêté n° 045/CAB/MINDIC du 15 novembre 1991 réglementant le commerce ambulante», *Juridis Info*, 1992, n° 10, p. 30 et s. ; « Commentaire de la loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun », *Juridis Info*, 1991, n° 5, p. 10 et s. ; « Décret n° 93/720 du 22 novembre 1993 fixant les modalités d'application de la loi n° 90/031 du 10 août 1990 : de la raison à la démesure », *Juridis Info*, 1994, n° 18, p. 61 et s. ;
- POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), «Commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, OHADA», *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2008.
- POUGOUÉ (P.-G.) et FOKO (A.), *Le Statut du commerçant dans l'espace OHADA*, PUA, coll. «Vademecum», 2006, 263 pages.
- SANTOS (A. P.), «Commentaire de l'AUDCG», *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2008, 3^e éd.
- SANTOS (A. P.) et YADO TOE (J.), *OHADA, Droit commercial général, collection droit uniforme africain*, Bruylant, Bruxelles, UNIDA, Juriscope, 2002, 478 pages.

Introduction générale

1. Il est quelques commerçants qui sont propriétaires des immeubles dans lesquels ils exercent leurs activités professionnelles. Tel est le cas de la plupart des entreprises industrielles et des grands magasins. Mais le plus souvent, le professionnel du commerce n'est pas propriétaire du local dans lequel il exploite son activité et se doit alors de conclure une convention dite «bail commercial» avec une autre personne dénommée «bailleur». Ce bail vise essentiellement à assurer la protection du commerçant contre le propriétaire de l'immeuble et d'ailleurs, il n'en constitue pas l'unique garantie. En effet, le «bail commercial» comporte deux autres mesures de protection.

La première dont l'objectif est de s'assurer que le fonds de commerce ne perde pas de valeur, consiste en la sanction de toute exploitation concurrente à travers des actions en concurrence déloyale.

La seconde trouve ses manifestations les plus éclatantes dans les droits de propriété industrielle ou commerciale qui confèrent, soit un monopole d'exploitation (brevet d'invention), soit un monopole d'utilisation (marque de fabrique ou de commerce).

2. Pour revenir à la thématique générale, étant donné qu'il s'agit avant tout d'un bail, il faut entendre par «bail commercial», « un contrat par lequel une personne, (le bailleur) met à la disposition d'une autre personne – Dénommée «preneur» ou «locataire»- et lui en confère la jouissance contre le paiement d'un certain prix (loyer...), et pendant un certain temps», un bien donné (Voir Lamy

Droit commercial, fonds de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle (marques, brevets, dessins et modèles), redressement judiciaire, 2002, p. 781). La matière a connu une précision récente par le législateur OHADA. En effet, l'AUDCG a été profondément modifié le 15 décembre 2010 à Lomé au Togo. À l'occasion, l'expression «bail commercial» a été remplacée par celle de «bail à usage professionnel» mieux adaptée au régime de l'institution.

3. Sa genèse est simple : née après quatre années et presque sept mois de gestation (*La première proposition (loi portant protection de la propriété commerciale) fut déposée à la Chambre des Députés du parlement français le 5 décembre 1911 par M. Thalamas, l'adoption du texte définitif étant intervenue le 30 juin 1926*), la loi du 30 juin 1926 réglementant les rapports entre locataires et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel a des origines assez reculées. A la base, se trouvent des lacunes du Code civil de 1804 et de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce qui n'offrent pas des solutions adéquates au problème dit de «la propriété commerciale» (*Cette expression a fait l'objet de virulentes critiques : on l'a qualifié d'impropre car mal adaptée à la situation qu'elle caractérise, celle où pour protéger les commerçants contre toute éviction injustifiée qui risquait de déprécier leur fonds de commerce, on leur accordait un droit au renouvellement. (Voir Exposé des motifs du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial,*

industriel ou artisanal, JCP, 1953, III, 18201); on l'a également qualifié de «juridiquement inexacte». En effet, a-t-on argumenté, le commerçant, simple locataire, n'a qu'un droit personnel contre le propriétaire. Il ne peut se maintenir dans les lieux loués contre la volonté de ce dernier. Il ne peut obtenir qu'une indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement. En réalité, le droit de propriété commerciale ne serait qu'un «droit à être indemnisé, dans certaines conditions, du préjudice causé par le défaut de renouvellement du bail». G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial, actes de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle, concurrence, sociétés commerciales, t. I, par M. Germain et L. Vogel, 17^e éd., 1998, p. 315. Voir également Cass. com., 9 mars 1965, DS, 1965, p. 391; Y. Guyon, Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, t. I, 11^e éd., 2001, p. 698; F. Givord, Bail à loyer, bail commercial, champ d'application du décret du 30 septembre 1953, éd. JCP, 1985, Fasc. 1250, p. 5*), ou en d'autres termes, le problème des rapports entre locataires commerçants et propriétaires au moment crucial du renouvellement du bail.

4. En effet, dans sa formulation de 1804, le Code civil ne consacrait la notion de «droit de propriété» en tant que «droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue» (*Article 544 du Code civil*) que par rapport aux objets matériels meubles ou immeubles. Or, pendant le xix^e siècle, une forme nouvelle de propriété avait vu le jour, et s'était développée de manière assez rapide : la propriété incorporelle et particulièrement la propriété professionnelle.

Très accentuée en matière commerciale, une telle propriété avait pour conséquence que chacun devait avoir sur les créations dues à son travail et sur lesquelles s'exerce son activité professionnelle, un droit privatif appelé «droit de propriété». Dans le domaine commercial, ce droit de propriété fut consacré par le législateur, sous le nom de «fonds de commerce» qui comprenait alors deux éléments importants : la clientèle et l'achalandage.

5. La loi du 17 mars 1909 eut le mérite de reconnaître un statut légal à cette «propriété commerciale». L'ensemble des éléments constituant le fonds de commerce formant une partie de l'actif du commerçant ou de son crédit, pouvait alors être vendu ou mis en gage.

Mais, l'œuvre du législateur était restée incomplète, car subsistait un important inconvénient : «la propriété commerciale» ne pouvait jouer véritablement que si le commerçant était propriétaire. Lorsqu'il exploitait son fonds en tant que locataire comme c'était le cas pour la plupart de commerçants, la «propriété commerciale» était essentiellement temporaire et, pour tout dire précaire. En conséquence, la valeur du fonds de commerce s'évanouissait et s'effritait progressivement pour cesser complètement à la fin du bail.

6. On peut le constater, la loi de 1909 n'avait pas réussi à combler le vide laissé par le Code civil de 1804 et le

Code de commerce de 1807. Les choses se sont plutôt aggravées dès le lendemain de cette loi de 1909, d'une part, à cause des abus des propriétaires et des concurrents des commerçants, et d'autre part, en raison de la crise des logements. Par rapport à la première cause, les locataires commerçants étaient à la merci de leurs bailleurs. Le renouvellement du bail était permis - comme remède à la loi de 1909 - et se réalisait même parfois. Mais, tout dépendait du bon vouloir du bailleur qui pouvait décider à sa guise. Quant aux concurrents, surtout les grosses firmes à succursales multiples, elles n'hésitaient pas à proposer un loyer plus élevé que normalement ne le comportait l'immeuble et en cas d'acceptation, s'installaient purement et simplement aux lieux et places du rival (*Le champ commercial était devenu une véritable jungle où les plus forts dévoraient les plus faibles*).

L'insécurité des «petits commerçants» s'était aggravée à cause de la crise du logement, ce qui avait constitué justement la seconde cause. En effet, à la fin de la Première Guerre mondiale, une crise aiguë de logement sévit. Elle sonna véritablement le glas de nombreux commerçants dans la mesure où il était devenu pratiquement impossible de trouver un local à usage de commerce ou même d'habitation. Plusieurs commerçants, obligés de quitter leurs locaux pour refus de renouvellement, ne pouvant trouver des abris suffisamment à proximité pour conserver ne serait-ce qu'une partie de leur clientèle et achalandage se trouvèrent contraints d'abandonner l'activité commerciale pour cause de ruine.

Cet état d'incertitude avait fini par alourdir le climat social et donné lieu à deux camps farouchement opposés : l'un constitué des commerçants partisans d'un droit au renouvellement de leurs contrats, et l'autre formé par les propriétaires hostiles à ce droit et qui voulaient continuer à agir selon leur bon vouloir.

Les commerçants partisans d'un droit au renouvellement fondaient leurs réclamations sur deux idées : l'abus de droit et l'enrichissement sans cause. D'après eux, un propriétaire qui refusait le renouvellement du bail sans motif légitime abusait de son droit de propriété et s'enrichissait injustement en accaparant tout ou partie de la clientèle que son locataire aurait su attirer vers les lieux loués.

La réplique des propriétaires était, elle aussi énergique : la perte subie par le commerçant évincé n'était pas injustifiée : si la clientèle refusait de le suivre ailleurs où il était installé, c'est qu'elle était attirée davantage par l'emplacement du fonds, donc par une qualité propre à l'immeuble et non par les mérites de l'exploitant (*Les commerçants rétorquaient à cet égard qu'en installant un commerce similaire, le propriétaire devait bénéficier indûment des efforts consentis pour créer la clientèle. Sur le plan pratique, l'expérience était en leur sens. Lorsque les propriétaires refusaient le renouvellement du bail, beaucoup de gens se bousculaient, soit pour verser «un pas-de-porte», soit pour payer un loyer plus élevé afin de bénéficier de la clientèle créée. Voir J. Derruppé, Les baux commerciaux, 2^e éd., Dalloz, 1996, p. 2*).

Ce débat s'était déporté au parlement où l'on avait, d'un côté les avocats (Chambre des Députés), et de l'autre les détracteurs (Sénat) de la « propriété immobilière ». Les détracteurs étaient particulièrement fertiles en arguments : il fallait éviter toute atteinte à la liberté des conventions ; éviter toute atteinte au droit de la propriété. Si l'on accordait un droit au renouvellement, la valeur du fonds de commerce allait considérablement augmenter et le nouveau commerçant ayant payé très cher son fonds de commerce songerait à « récupérer ses débours sur le consommateur », et on devait aboutir à « une prime à l'augmentation du coût de la vie ».

En outre, l'on empêcherait la construction de nouveaux locaux à usage de commerce, les jeunes générations ne pouvant s'établir. Enfin, précisaient-ils, un droit au renouvellement se retournerait contre les commerçants eux-mêmes. Leurs employés, leurs commis voyageurs, au moment d'être remerciés invoqueraient contre le patron la propriété professionnelle de la clientèle amenée par leurs soins (*A. Trasbot, Commentaire de la loi du 30 juin 1926 réglant les rapports entre locataires et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel, D., 1926, p. 259*).

7. Finalement, il a fallu rapprocher les thèses de la Chambre des Députés et du Sénat afin de parvenir à une position médiane. C'est ce qui fut réalisé à travers la loi du 30 juin 1926 (*Aucune confusion ne doit être faite entre cette loi et une autre prise à la même époque et précisément le 1^{er} avril 1926. Celle-ci avait plutôt pour but de régler le problème des baux de locaux d'habitation. Voir à ce propos, P. Galland, Le bail des locaux d'habitation ou à usage professionnel, Litec, 1978*) qui avait un double objectif : d'une part, satisfaire par une idée de moralité à une nécessité d'ordre permanent en assurant à travers le renouvellement du bail, la protection du fonds de commerce.

Cette protection porterait spécialement sur la clientèle et l'achalandage contre les éventuels abus des propriétaires ou de concurrents peu scrupuleux qui pourraient profiter de la fin du bail pour dépouiller le locataire du fruit de son travail.

D'autre part, satisfaire dans une idée d'opportunité à une nécessité momentanée en trouvant en matière commerciale un remède définitif à la crise des loyers (*Ce but pourtant resté pratiquement dans l'ombre pendant les travaux préparatoires avait même été nié le 8 avril 1925 à la deuxième séance de la Chambre par M. Cautru : « Il ne s'agit pas d'une loi de loyers. La question est tout à fait différente. Il s'agit de protéger le commerçant qui arrive à la fin de son bail contre les dangers qui menacent la partie essentielle de son fonds de commerce : la clientèle »*).

Cette loi du 30 juin 1926 a traduit la solution transactionnelle de façon relativement simple : le bailleur conserve le droit de refuser le renouvellement du bail en toute hypothèse. Mais, en l'absence de motifs légitimes

de refus, il est tenu de verser au locataire une somme d'argent, dite « indemnité d'éviction », pour compenser le préjudice subi.

8. De la genèse ainsi présentée de la loi du 30 juin 1926, il est permis de faire un important constat : le régime mis en place n'était pas ouvert à tout type de location. Il était restreint au bail commercial et précisément au moment du renouvellement du contrat. Mais cette législation était restée longtemps ineffective (*Sur cette question, voir notamment N. Nitsch, L'inflation juridique et ses conséquences, ADP, 1982, p. 169; R. Savatier, L'inflation législative et l'indigestion du corps social, DS, 1977, chron., p. 43 et s.*).

9. Dans la plupart des États d'Afrique francophone, avant l'entrée en vigueur du Droit OHADA, la réglementation des baux commerciaux tirait sa source de cette loi du 30 juin 1926 telle que diversement rendue applicable, successivement en 1928 et en 1952. En vertu du DRAP du 12 décembre 1928, ce texte, s'appliquait au Togo, au Tchad, au Gabon, au Congo, en Centrafrique. Et conformément au DRAP n° 52-765 du 30 juin 1952, il s'appliquait en Mauritanie, en Guinée, au Bénin, au Burkina Faso, au Niger. À propos du cas spécifique du Cameroun, c'était le DRAP du 7 juin 1937. Seuls le Sénégal (*Voir 2^e partie du Code des obligations civiles et commerciales institué par la loi n° 66-70 du 13 juillet 1966*), le Mali (*Voir Code de commerce mis sur pied à travers la loi 86-13 du 21 mars 1986*), la Côte d'Ivoire (*Loi 80-1069 du 13 septembre 1980*), et Madagascar (*Ordonnance 60-050 du 22 juin 1960*) s'étaient dotés de nouvelles législations depuis leurs indépendances.

La loi du 30 juin 1926 a eu le mérite d'organiser le bail commercial, mais exclusivement au moment du renouvellement du contrat. Ce texte comportait donc un certain nombre de limites et comme l'ont souligné certains auteurs (*Voir A. P. Santos et J. Yado Toé, OHADA, Droit commercial général, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, UNIDA, Juriscope, p. 156*), il était peu accessible à ses destinataires dans la mesure où il était très précaire, voire pointilleux et ne laissait que très peu de place à l'autonomie de la volonté. Ces inconvénients expliquent dans une certaine mesure pourquoi il n'a été effectif ni en France, ni dans les États qui l'ont adopté.

10. Lorsqu'il entre en chantier pour élaborer un Acte uniforme portant Droit commercial général (AUDCG), le législateur OHADA consacre plusieurs dispositions et précisément les articles 69 à 102 au « bail commercial » (*Voir articles 101 à 134 de l'AUDCG dans sa version modifiée du 14 décembre 2010*).

De façon générale, ces dispositions marquent la rupture avec le système antérieur. C'est ainsi qu'on peut noter une formation plus claire des concepts et surtout une importante place réservée à l'autonomie de la volonté en tant que moule des relations entre les parties. Cette

nouvelle approche est réelle, que l'on considère le champ d'application (Chapitre 1), les conditions d'extinction (Chapitre 2) ou le renouvellement du bail commercial (Chapitre 3).

Chapitre 1 : Champ d'application des normes régissant le bail commercial (bail à usage professionnel)

11. Ce champ est soigneusement déterminé par les articles 69 et 70 (*Voir articles 101 et 102 de la mouture récente*) de l'AUDCG. Aux termes du premier texte, le régime prévu est applicable «dans les villes de plus de cinq mille habitants, à tous les baux portant sur des immeubles rentrant dans les catégories suivantes :

1°) locaux ou immeubles à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel ;

2°) locaux accessoires dépendant d'un local ou d'un immeuble à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel, à la condition, si ces locaux accessoires appartiennent à des propriétaires différents, que cette location ait été faite en vue de l'utilisation jointe que leur destinait le preneur, et que cette destination ait été connue du bailleur au moment de la conclusion du bail ;

3°) terrains nus sur lesquels ont été édifiées, avant ou après la conclusion du bail, des constructions à usage commercial, artisanal ou professionnel, si ces constructions ont été élevées ou exploitées avec le consentement du propriétaire ou à sa connaissance» (*Cette disposition a subi d'importantes modifications dont la plus remarquable est la suppression du critère territorial. L'alinéa 1 de l'article 101 de l'AUDCG, énonce désormais que «Les dispositions du présent titre sont applicables à tous les baux portant sur les immeubles rentrant dans les catégories suivantes... »*).

Le second article précise quant à lui que les dispositions qui gouvernent le bail commercial «sont également applicables aux personnes morales de droit public à caractère industriel ou commercial, et aux sociétés à capitaux publics, qu'elles agissent en qualité de bailleur ou de preneur».

Scrutant ces textes à fond, on note que l'accent est placé sur une triple dimension : spatiale, matérielle et personnelle. Celle-ci est susceptible d'être regroupée autour de deux pôles : le champ territorial et matériel d'une part (Section 1), et les bénéficiaires des baux commerciaux d'autre part (Section 2).

Section 1 - Champ territorial et matériel

12. La détermination des baux régis par l'Acte uniforme relatif au Droit commercial général (*Adopté le*

17 avril 1997, ce texte est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998. Pour un commentaire avisé, voir A. P. Santos, in Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^e éd. 2008. ; A. Fénéon et J.-R. Gomez, OHADA, harmonisation du droit des affaires, Droit commercial général, commentaires, Édicef, Paris 1999; voir Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), arrêt, n° 04 du 9 mars 2006, affaire Aka Bélinda c/ Société ivoirienne de Promotion de Supermarchés dite PROSUMA, Le Juris Obada, n° 3, 2006, p. 16; www.obadata J-07-11; Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Obada sous la direction de P. G. Pougoué et S. S. Kuaté Taméghé, L'Harmattan, 2010, observations, A. Foko, p. 53 et s.), passe par les deux critères territorial (§1) et matériel (§2) qui demandent à être présentés séparément.

§1 - Champ territorial : une ville de plus de 5 000 habitants

13. L'article 69 al. 1 AUDCG fixe à plus de 5 000 habitants le nombre de population d'une ville dans laquelle il y a une obligation à faire appliquer le régime des baux commerciaux (*On a déjà souligné la suppression de cette exigence à l'article 101 de la mouture nouvelle de l'AUDCG*). Le recours à un tel critère existait également par le passé, mais était en réalité variable d'un pays à l'autre. Ainsi, au Bénin, au Burkina Faso, en Guinée, en Mauritanie et au Nigeria, le statut des baux commerciaux était applicable dans les agglomérations de plus de 5 000 habitants. En revanche, au Sénégal, on appliquait ce régime dès lors qu'une localité pouvait avoir au moins 10 000 habitants. Dans le même pays, un autre critère était une localité accueillant le siège d'un tribunal de première instance.

14. La manière de trancher et surtout d'harmoniser du législateur OHADA est louable. Sauf à dire que le critère fixé est quelque peu discutable dans la mesure où il est possible qu'une petite ville soit remplie d'infrastructures adéquates et manifeste un dynamisme économique débordant de loin le niveau des activités développées dans une agglomération avec une population beaucoup plus élevée (*Voir A. P. Santos, commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au Droit commercial général, in OHADA, Actes uniformes commentés et annotés, op. cit., p. 243*). On comprend alors pourquoi l'équipe en charge de la relecture de l'AUDCG a fait preuve de réalisme en supprimant purement et simplement ce critère à travers la réforme du 14 décembre 2010.

§2 - Champ matériel

15. Il est également délimité par les dispositions de l'article 69 (*nouvel art. 101*) de l'AUDCG et précisé-

ment ses alinéas 2 et 3. Sur ce point justement, certaines conditions sont exigées pour que le contrat de bail soit régi par l'AUDCG.

Tout d'abord, il faut que le bail porte sur des locaux ou immeubles à usage commercial, industriel, artisanal et professionnel (*Article 69 (nouvel art. 101) de l'AUDCG*). Cette destination doit obligatoirement résulter du contrat de bail (*par exemple l'exploitation d'un maquis, c'est-à-dire d'un restaurant-bar. Voir CA d'Abidjan, arrêt, n° 373, du 2 février 2004, affaire Asseu Yoa Marie-Louise c/ Adama N. Odette, www.obadata, J-04-497*) et toute modification ultérieure de cette destination ne sera valable que si elle est le fait des parties à l'accord initial (*cette modification ultérieure de la destination de l'immeuble encore appelée « déspecialisation » peut être partielle ou plénière. Sur la dualité de la déspecialisation; voir Y. Guyon, Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, t. I, 11^e éd., op. cit., n° 669, p. 716 et s.*). Mais il faut relever que conformément aux dispositions de l'AUDCG, le bail commercial peut également concerner les terrains nus sur lesquels sont édifiées des constructions.

Les contrats relevant du statut des baux commerciaux portent en principe sur des locaux principaux. Mais ils peuvent porter également sur des locaux accessoires à ces derniers.

16. S'agissant des locaux principaux, l'article 69, alinéa 1^{er} (*nouvel art. 10, al. 1*) vise les lieux clos et couverts qui permettent d'accueillir la clientèle de l'exploitant (*Voir A. Fénéon et J.-R. Gomez, OHADA, harmonisation du droit des affaires, Droit commercial général, commentaires, Édicef, op. cit., p. 56; Y. Guyon, Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, t. I, 11^e éd., op. cit., n° 650, p. 702*). Sont par conséquent exclues les installations mobiles ou démontables (*Civ. 3, 24 oct. 1999, D., 1970, 64; Cpr. civ. 3, 25 janv. 1977, Bull. civ. III, n° 38, p. 29*) telles que les kiosques, et les baraques sans attache fixe au sol, les vitrines d'exposition (*Tribunal de grande instance de Paris, 13 janvier 1967, JCP 1967, II, 15096*), les emplacements sur les murs d'une galerie d'une peinture donnant lieu à une utilisation intermittente et non exclusive (*Civ. 3, 20 nov. 1991, Bull. civ. III, n° 280, p. 165*).

Dans le même sens, dans un arrêt du 5 juillet 1995, la Cour de cassation française décidait qu'un emplacement délimité sur le sol d'un hypermarché par des cloisons légères à hauteur d'homme ne peut constituer un local (*J.-P. Blatter, obs. AJPI 1996, p. 146*). L'hésitation est parfois possible, notamment en ce qui concerne les stations-service distributrices de carburant.

17. Pour ce qui est des locaux accessoires, l'article 69, alinéa 2 (*nouvel art. 101, al. 2*) de l'Acte uniforme relatif au Droit commercial général n'envisage que le cas où ils appartiennent à des propriétaires différents. Il pose à cet égard une double exigence : en premier lieu, la location desdits locaux doit avoir été faite en vue

de l'utilisation jointe que leur destinait le preneur. En second lieu, cette destination doit avoir été connue du bailleur au moment de la conclusion du contrat de bail. Comme locaux accessoires, on peut avoir les ateliers et entrepôts, les magasins, les réserves et le logement (*J. Gatsi, Pratique des baux commerciaux dans l'espace OHADA, 2^e éd., collection droit des affaires, Presses universitaires libres, Douala, 2008, p. 21*).

Les locaux accessoires sont donc protégés au même titre que les locaux principaux, spécialement lorsque leur privation est de nature à compromettre l'exploitation du fonds. En droit français par exemple, les baux des locaux accessoires sont soumis à l'application de la loi, à la double condition que leur privation soit de nature à compromettre l'exploitation du fonds et qu'ils appartiennent au propriétaire des locaux servant à l'exploitation de l'établissement principal, ou à défaut, que leur propriétaire les ait donnés en location en sachant qu'ils serviraient à l'exploitation de l'établissement principal.

18. Hormis les locaux et les immeubles bâtis, l'AUDCG règle également le sort des terrains nus sur lesquels sont bâties des constructions à caractère commercial, industriel, artisanal ou professionnel (*Article 69 alinéa 3 (nouvel art. 101, al. 3), AUDCG*).

Il en est ainsi si ces constructions ont été élevées ou exploitées avec le consentement du propriétaire ou à sa connaissance (*A.P. Santos et J. Yado Toé, Droit commercial général, éd. Bruylant, Bruxelles, 2002, op. cit., n° 272, p. 170; Civ. 3, 16 mars 1988, D., info. rap., 90*).

À défaut de constructions et en présence d'un simple aménagement du terrain l'Acte uniforme relatif au Droit commercial général ne peut en principe être appliqué. Sont donc exclus, les terrains loués nus et le restant, même s'ils sont affectés à un usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel (*J. Gatsi, ouvrage, op. cit., p. 24*). L'admission des terrains nus sur lesquels le locataire a édifié des constructions dans le domaine d'application du statut des baux commerciaux est une innovation de l'AUDCG.

19. Dans les législations antérieures de certains États membres de l'OHADA, le statut des baux commerciaux était applicable seulement aux immeubles bâtis (*Voir Universités francophones, Droit commercial et des sociétés en Afrique, Édicef, 1988, p. 32 et s.*). La prise en compte des terrains nus sur lesquels sont bâties des constructions à caractère commercial, industriel, artisanal ou professionnel par le locataire participe de l'élargissement du champ du statut des baux commerciaux (*Voir P.-G. Pougoué et A. Foko, Le statut du commerçant dans l'espace OHADA, PUA, 2005, p. 115 et s.; J. Nguebou, Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, collection droit uniforme, PUA, 1998, p. 86. En droit comparé, B. Saintourens, Le bail commercial des non-commerçants, Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derrupé, Litec, 1991, p. 93 et s.*).

Section 2 - Bénéficiaires des baux commerciaux (baux à usage professionnel)

20. Le cercle des bénéficiaires des « baux commerciaux » mérite d'être présenté dans un sens évolutif en raison de ce qu'il a connu une extension considérable avec le temps. Surtout, il importe de mettre d'abord en relief la situation en droit comparé (§1), celle-ci étant nécessaire pour mieux appréhender le régime retenu dans l'espace OHADA (§2).

§1 - Bénéficiaires en droit comparé

21. À l'origine, le statut des baux commerciaux est créé pour accroître la protection des commerçants dans l'exercice de leur profession et, au moment d'obtenir le renouvellement du bail tel qu'il a déjà été précisé plus haut. Telle est l'économie de l'article 1^{er} de la loi du 30 juin 1926. Par la suite, la latitude a été offerte à plusieurs personnes autres que les commerçants de bénéficier d'un tel bail.

A - Établissements d'enseignement

22. En premier lieu, on peut citer les établissements d'enseignement. L'extension du bénéfice de la loi du 30 juin 1926 à leur profit a été rendue possible, grâce à un amendement introduit par M. Liouville et adopté par la Chambre des Députés de l'Assemblée nationale française à sa première séance du 8 juin 1923. La notion d'établissement d'enseignement renvoyait à tous ceux qui assuraient un enseignement libre quelle qu'en soit la nature, intellectuelle ou physique, laïque ou religieuse, à titre gratuit ou à titre onéreux. Bref, il fallait considérer l'expression dans le sens le plus large possible (*Le statut avait pu être admis pour l'enseignement du Yoga, du Judo, pour une école de danse ainsi que pour une auto-école*). Il importait peu qu'elle soit privée (*Cass. com., 18 mars 1964, Gaz. Pal., 1964, I, p. 392*) ou publique (*Cass. com., 31 mai 1967, Gaz. Pal., 1967, 2, 84; Civ., 25 octobre 1983, Gaz. Pal., 1984, Pan. 83, obs. Dupichot; Paris, 25 mai 1990, DS, 1991, somm., 370, obs. Rozes; Civ., 11 juin 1992, RJDA, 1992, 667*).

Ainsi, fallait-il admettre le bénéfice de la loi du 30 juin 1926 à l'État, au Département ou la Commune qui prendrait en location un immeuble pour y établir un établissement d'enseignement. Bien entendu, il fallait qu'il y ait une pédagogie organisée au moins pour partie dans les lieux loués, ce qui n'était pas le cas par exemple d'une association exploitant un établissement d'enseignement à distance et n'utilisant les lieux que comme bureaux (*Derruppé, Les baux commerciaux, 2^e éd., Dalloz, op. cit., p. 18. Voir Cass. civ., 26 fév. 1992, RJDA, 1992, 348*).

Dans une interprétation extensive de la notion « d'établissement d'enseignement », la jurisprudence

avait permis à de nombreux types d'établissements de se prévaloir du statut, ce qui selon un auteur, avait permis d'éclairer le laconisme du texte, et les incertitudes engendrées par le développement de formes d'activités modernes : enseignement à distance, enseignement par le biais d'associations, formations à des artisanats d'art au titre des loisirs notamment (*Voir S. Duplan-Miellet, Baux commerciaux, Defrénois, 2000, 37171*).

Cette soumission présentait un avantage considérable. Elle permettait d'assurer une protection plus efficiente des établissements alors même qu'ils n'exerçaient pas des activités de nature commerciale (*Voir Y. Guyon, Droit des affaires, droit commercial général et des sociétés, 11^e éd., op. cit., p. 704*).

L'article L.145-2 du Code de commerce français (*On sait déjà que jusqu'à l'entrée en vigueur du droit OHADA, le texte applicable dans la plupart des pays d'Afrique noire en matière de bail demeurerait la loi du 30 juin 1926. Dans ces pays, il fallait alors continuer à se référer à l'article 18 de cette loi. Il s'agissait des pays suivants : Congo, Gabon, Cameroun, Tchad, Centrafrique et Togo*) a conforté davantage cette extension du périmètre *in personam* du régime des baux commerciaux. En disposant que l'arsenal traitant du statut qu'il organise s'applique « aux baux de locaux ou immeubles abritant des établissements d'enseignement », sans autre précision à caractère limitatif, il est permis de conclure que tous les établissements d'enseignements, sans distinction aucune sont bénéficiaires du régime institué : Établissement d'enseignement général technique ou scolaire, bref tout ce qui peut donner lieu à un enseignement protégé quel que soit le domaine (art, artisanat, sport, danse, formation professionnelle) (*Pour un enseignement de judo, par exemple, voir Lyon, 16 avril 1992, Bull. inf., C. Cass., 1^{er} déc. 1992, p. 26. Pour les auto-écoles, Cass. 3^e civ., 10 déc. 1997, Époux Goncalves Gomez Moreina c/ Époux Riondet, Loyers et copr., 1998, p. 10, note P.H. Brault et C. Mutelet. Pour un cours de tennis avec une activité d'enseignement, CA Versailles, 12^e ch., 2^e sect., 18 août 1999, Sté Thierry Cottard c/ GAN FONCIER, Loyers et Copr., 2000, p. 13, note P.H. Brault et Paola Pereira*).

B - Artisans et façonniers

23. En deuxième lieu, on peut citer les artisans et les façonniers, et cela à la suite d'un amendement adopté le 4 juin 1925. Il fallait entendre par artisan un travailleur indépendant exerçant un métier dans une entreprise de dimension modeste. Alors que dans la loi du 30 juin 1926, l'élargissement du bénéfice de la propriété commerciale s'était effectué un peu comme par pis-aller à moins un article de la fin du texte (article 18 sur un total de 20 articles), le législateur du 30 septembre 1953 avait cru devoir lui donner un peu plus de consistance en le ramenant à l'article premier sur un total de 47 articles. Mais, en réalité, rien n'avait changé au fond, car de la même manière qu'en 1926, les dispositions du texte de

1953 ne s'appliquaient qu'aux « baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds de commerce » était exploité, « que le fonds appartienne à un commerçant, à un industriel ou à un artisan ».

En supprimant la distinction entre les artisans-commerçants et les artisans non-commerçants en matière de louage, la loi du 5 janvier 1957 réalisait ainsi une importante extension de la propriété commerciale au profit des artisans (F. Givord, *Bail commercial, champ d'application du décret du 30 septembre 1953, op. cit.*, p. 25). Du coup, s'écroula alors la « solide » position jurisprudentielle antérieure qui, s'appuyant sur la condition d'existence d'un fonds de commerce, avait l'habitude d'éjecter hors du statut des baux commerciaux, tous les artisans ne satisfaisant pas à cette exigence (B. Sain-tourens, *Le bail commercial des non-commerçants, Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé, op. cit.*, p. 96; J. Derruppé, *Les baux commerciaux, 2^e éd.*, Dalloz, *op. cit.*, p. 19). Le boulevard des baux commerciaux leur fut désormais grandement ouvert.

Mais, pour y prétendre véritablement, il fallait remplir un certain nombre de conditions dont la plus pertinente est l'inscription au répertoire des métiers (*Il faut par exemple disposer d'un titre locatif et exercer effectivement son activité professionnelle dans les lieux loués. A défaut, la personne ne peut bénéficier du statut. Cass. com.*, 19 juin 1963, JCP, 1964, II, 13500, D., 1964, p. 120; *Gaz. Pal.*, 191963, p. 2450, *Rev. Loyers*, 1964, p. 1, *RTD com.*, 1964, p. 58, *note Jauffret*; Paris, 25 fév. 1960, *Perrault c/ SCI de Noisement, Cass. com.*, 18 janv. 1965, *Rev. Loyers*, 1965, p. 109; *Comp. Cass. soc.*, 18 nov. 1966, *Rev. Loyers*, 1967, p. 246.).

Cette exigence a eu pour mérite de placer les artisans sur un même pied d'égalité que les commerçants, car ils ne peuvent non plus bénéficier du statut des baux commerciaux que s'ils sont inscrits au Registre du commerce et des sociétés (*Dekeuwer Défossez, Droit commercial, activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, op. cit.*, p. 316). L'égalité ainsi consacrée implique que faute de pouvoir être immatriculé au Registre, ni l'artisan (RM) (*Cass. com.*, 31 janv. 1961, *Bull. civ. III*, n° 156, JCP, éd. G., 1961, IV, 37; 2 déc. 1963, JCP, 1964, II, 13545, *note B.B.*, *Rev. Loyers*, 1964, 43; *Cass. civ.*, III, 29 fév. 1968, JCP, 1969, II, 15734, *Rev. Loyers*, 1968, 324, *DS*, 1968, 393; 23 avril 1975, JCP, éd. G., 1975, IV, 182, *Rev. Loyers*, 1975, 29; 1^{er} juill. 1975, *Bull. civ. III*, n° 628, JCP, 1975, éd. G., IV, 273) ni le commerçant (RCS) ne peuvent aspirer au statut.

24. C'est à défaut de cette condition que même si elle exerce une activité commerciale, une association ne saurait bénéficier d'un bail commercial (*Voir M. Malaurie, Plaidoyer en faveur des associations, DS*, 1992, *chron.* p. 275 et s.; O. Simon, *La commercialité de l'association du 1^{er} juillet 1901, DS*, 1977, *chron.* XIX, p. 153, et surtout T. Lamarche, *immatriculation*

des associations au Registre du commerce et des sociétés et bail commercial, JCP, éd. E., 1992, *étu. et chron.*, p. 142. Mais, parce qu'il s'apparente à une sanction, il n'est pas très sûr que l'article L. 145-1 du Code de commerce s'applique à tous les locataires non susceptibles d'immatriculation, leur régime étant celui de déclaration (à l'administration ou parfois d'autorisation). La jurisprudence n'a pas encore pris de position ferme. Néanmoins, certains juges ont admis que l'association pouvait bénéficier du statut des baux commerciaux. Lyon, 1^{er} mars 1972, *Gaz. Pal.*, 1972, I, p. 417. Toutefois, la majorité est hostile à cette possibilité. D'après eux, parce qu'elle ne peut être immatriculée au Registre du commerce, elle ne peut se prévaloir du statut. Toulouse, 20 fév. 1986, *Gaz. Pal.*, 1987, p. 222, *note Guyemot*; Paris, 7 mars 1989, *Rev. Soc.*, 1989, *somm.*, p. 287).

25. De même, dans l'hypothèse de la cotitularité du bail, le bénéfice du statut n'est possible que si tous les copreneurs sont immatriculés au registre du commerce au jour de la délivrance du congé (*Voir Hinfray, « Inscription au Registre du commerce et des sociétés et pluralité de preneurs », JCP*, 1993, éd. E., I, 278).

La solution est identique pour l'un et l'autre, dont l'immatriculation n'est pas effective au jour de l'introduction de la demande de renouvellement (*Cour de cassation (3^e ch. civ.)*, 12 juillet 2000, *aff. Continent Hypermarchés c/ Sté Lenault, AJDI*, 2000, *jur.*, p. 1. *Voir pour le registre de commerce, Cass.*, 3^e civ., 20 mars 1991, *Loyers et Copr.*, 1991, *comm.*, 213; *Cass. 3^e civ.*, 6 janv. 1993, JCP, 1993, éd. N., II, p. 263; *Cass. com.*, 12 janv. 1999, JCP, 1999, II, 10125, *note M. Keita*) ou qui serait radié du Registre le concernant. En effet, selon la Cour de cassation, dès qu'un artisan est radié du répertoire des métiers, il ne peut plus bénéficier du statut des baux commerciaux si la structure est devenue un simple local d'habitation : « La location devenue artisanale par la convention des parties et soumise au décret du 30 septembre 1953 par l'effet de la loi du 5 janvier 1967 ne pouvait être modifiée par un acte unilatéral émanant du preneur » (*Voir Cass. soc.*, 21 déc. 1964, *Bull. civ. IV*, n° 883, *Rev. Loyers*, 1965, p. 155).

26. La conséquence majeure de cette extension est la reconnaissance de l'existence d'un fonds artisanal à l'image du fonds de commerce, donnant droit aux mêmes avantages, le bénéfice du statut des baux commerciaux n'en constituant qu'une illustration car de même que le fonds de commerce, le fonds artisanal peut aussi faire l'objet d'une location-gérance (*Voir la loi n° 56-277 du 20 mars 1956 relative à la location-gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux*). En effet, l'article L.145-1 du Code de commerce parle sans aucune autre précision des baux ou locaux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne, soit à un commerçant ou à un industriel immatriculé au Registre du commerce et des sociétés, soit à un chef d'une entreprise immatriculée au répertoire des métiers (*Précisons ici que*

« chef d'entreprise » est égal à « artisan ». La substitution d'expression a été l'œuvre d'une loi du 12 mai 1965. C'est ce texte qui avait également remplacé « registre des métiers » des textes précédents par « répertoire des métiers » de la législation actuelle).

Mais, en réalité, l'égalité n'est qu'apparente car à regarder de près, c'est l'artisan qui dame un pion au commerçant pour avoir réussi à s'introduire et à s'établir sur un terrain qui initialement lui était réservé.

On se souvient qu'hier, seuls les artisans-commerçants avaient droit à la propriété commerciale, encore qu'avec l'exigence de l'immatriculation selon les cas, soit au registre de commerce, soit au répertoire des métiers, le problème peut à nouveau se poser pour ces professionnels qui font du cumul. D'une part, il peut se poser la question de savoir par rapport à un artisan ayant en même temps la qualité de commerçant, donc tenu d'assurer son inscription aussi bien au Registre du commerce qu'au répertoire des métiers, s'il peut bénéficier du statut des baux commerciaux alors que pour une raison quelconque, il a assuré son inscription là-bas et ne l'a pas faite ici.

Pour la doctrine dont la position ne souffre à notre sens, d'aucune réserve, un tel artisan peut volontairement jouir du bail dont il s'agit en se prévalant de sa qualité de commerçant immatriculé (F. Givord, *Bail commercial, champ d'application du décret du 30 septembre 1953*, op. cit., p. 25). Bien entendu, si dans l'hypothèse inverse, il s'est acquitté de la formalité d'inscription au répertoire des métiers en omettant par ignorance ou négligence notamment, de le faire au Registre de commerce, l'on retombe dans la situation de départ où il est permis à tout artisan régulièrement inscrit de bénéficier dudit bail (Article L. 145-1 du Code de commerce).

C - Services municipaux exploités en régie

27. En troisième lieu, la progression du mouvement d'agrandissement du domaine d'application *in personam* de l'arsenal régissant les baux commerciaux a atteint les services municipaux exploités en régie. Il en a été ainsi par l'effet de la loi du 18 avril 1946. La particularité de ce texte est que le régime institué par la loi du 30 juin 1926 doit profiter à toutes les régies municipales, y compris celle n'ayant pas un caractère industriel ou commercial. Bien entendu, il faut que le propriétaire ait donné son consentement exprès ou tacite à ce mode d'exploitation.

Il y a eu à cet égard une innovation majeure, car antérieurement à cette loi, la jurisprudence (*Com.*, 29 janv. 1952, *JCP*, 1952, II, 6804), refusait systématiquement aux services municipaux en régie, comme d'ailleurs aux entreprises publiques, le bénéfice de la législation sur les baux commerciaux, motif pris simplement de ce qu'elles n'exploitaient pas un fonds de commerce.

Reste toutefois à dire que l'extension prévue par la loi du 18 avril 1946 est expressément limitée aux Com-

munes. Elle ne saurait donc s'appliquer par exemple hors des régies des Communes. C'est bien dommage et comme l'a clairement relevé un auteur pour s'en indigner, on n'est pas « tout à fait sûr qu'une excellente raison justifie cette délimitation » (B. Saintourens, *Le bail commercial des non-commerçants, Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Derruppé*, op. cit., p. 97).

En dépit de cette critique, c'est la même formule que l'on a cru devoir reconduire à l'article 2 du décret du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal (*Actuel art. L. 142-2 2° du Code de commerce issu de la codification à droit constant. Sur l'aspect relatif au bail commercial, voir notamment J. P. Monéger, Codification du décret du 30 septembre 1953 dans le Code de commerce, AJDI, 2001, p. 303 et s.; B. Boccara, Baux commerciaux : de l'interprétation obligée d'une codification à droit constant, Le Dalloz, 2001, n° 5, Point de vue, p. 2018 et s.; F. Auque, La codification des baux commerciaux à droit « presque constant », *JCP*, 2000, act., p. 2003 et s.*).

Ce décret s'applique « aux baux consentis aux communes pour des immeubles ou des locaux affectés, soit au moment de la location, soit ultérieurement et avec le consentement exprès ou tacite du propriétaire, à des services exploités en régie ».

28. En mettant entre parenthèses l'exigence de l'exploitation d'un fonds de commerce, un pas supplémentaire a été franchi dans l'effritement de la rigidité des baux commerciaux. Pour emprunter à un auteur, la finalité de la législation avait amorcé son déplacement « de la protection de la clientèle, élément essentiel du fonds de commerce vers celle du droit au bail » (Y. Chartier, *Rigidité et flexibilité dans le droit des baux commerciaux, Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé, Litec, 1991, p. 72*). Objectif noble dans la mesure où il visait à la fois une certaine égalité et une certaine justice entre divers locataires, il n'a malheureusement pas été étendu à tous les types de régies. On l'a déjà souligné, la formule de la loi du 18 avril 1946 limite expressément le droit dont il s'agit aux Communes : elle parle des baux consentis aux Communes pour les immeubles affectés à des services exploités en régie (régies municipales).

En revanche, elle ne saurait concerner, par exemple, les régies des Départements. Quelles que soient les raisons ayant motivé cette délimitation, la doctrine estime qu'il aurait été souhaitable, à partir du moment où la voie était choisie, de faire prédominer la règle de l'égalité en étendant la mesure à toutes les régies (Voir B. Saintourens, *Le bail commercial des non-commerçants, op. cit., p. 96*). On devrait donc commencer, d'abord par lever la limite du système actuel, celle consistant à n'accorder le privilège que lorsque la Commune elle-même est titulaire du bail (ce qui exclut le bénéfice aux

régies dotées de personnalité morale). Ensuite, viser tous les types de régies qu'elles soient d'essence communale ou départementale. Bien entendu, il faudrait toujours que l'affectation concomitante ou ultérieure à la location ait reçu le consentement exprès ou tacite du propriétaire (*J. Derruppé, Les baux commerciaux*, 2^e éd., D., op. cit., p. 18; *J.G. Le Mardelé, Le nouveau statut des baux commerciaux et de la propriété commerciale, Commentaire du décret du 30 septembre 1953*, JCP, 1953, I, doct., 1131), ce qui ne poserait d'ailleurs problème dans aucune autre hypothèse.

D - Établissements publics industriels et commerciaux

29. Les entreprises publiques et les établissements publics à caractère industriel et commercial ont dû attendre encore sept années pour qu'arrive enfin leur tour en 1953 (*Décret n° 53-960 du 30 septembre 1953. Voir précisément l'exposé des motifs de ce texte : « l'évolution a conduit à étendre le bénéfice aux entreprises publiques, et aux établissements publics industriels et commerciaux gérés par l'État, l'Algérie et les Départements, compte tenu du caractère industriel et commercial de leur gestion voulue par le législateur. Il était en effet paradoxal que les droits soient moins étendus qu'avant leur transfert à la nation. L'anomalie de cette situation était soulignée par le fait que les régies municipales bénéficiaient depuis 1946 du droit au renouvellement »*. JCP, 1953, III, textes, 18201) à travers une formule remarquable : les dispositions de ce décret réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal s'appliquent également « aux baux d'immeubles ou de locaux principaux ou accessoires, nécessaires (*A propos de la notion de « nécessité », voir B. Boccara, observations sous Paris, 16^e ch., 5 mai 1967, Sté Foncière Champs-Élysées c/ Régie Nationale des Usines Renault, JCP, 1968, II, 15416; B.B., obs. sous Cass. civ., 3^e, 20 mars 1969, Régie Nationale des Usines Renault c/ Sté Foncière Champs-Élysées, D., 1969, II, 16106. Cette notion a été insérée dans le texte de 1953 en substitution de celle d'« indispensable » par la loi du 30 juillet 1960. Voir Boccara, Le statut des baux commerciaux : la loi du 30 juillet 1960, JCP, 1960, I, 1573. Sur l'évolution, voir notamment : R. Maus et P. Lafarge, Commentaire de la loi n° 65-356 du 12 mai 1965 modifiant et complétant le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, réglant les rapports entre les bailleurs et les locataires en ce qui concerne les baux à loyers d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, DS, 1966, lég., p. 48 et s.; R. Garron, L'évolution de la législation relative aux baux commerciaux, DS, 1966, p. 73 et s.; Alfred et C. Salal, La prise de conscience de l'évolution des baux commerciaux : une épreuve décisive de la valeur de nos procédés de connaissance juridique, RTD com.,*

1967, p. 103 et s.) à la poursuite de l'activité des entreprises publiques et établissements publics à caractère industriel ou commercial, dans les limites définies par les lois et règlements qui les régissent et à condition que ces baux ne comportent aucune emprise sur le domaine public», dispose l'article 2, 3^e de ce texte. Aussi s'avère-il nécessaire de préciser au préalable, le sens des différentes notions.

30. En commençant par celle d'entreprise publique, le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant entend par là, « une entreprise appartenant au secteur économique public national ou local ». Mais, il renvoie à la « société nationale » pour voir plus clair. En se reportant ici, on peut retenir que la « société nationale » est une entreprise constituée et dont la totalité du capital est détenue par l'État, ce qui implique certaines modalités particulières d'organisation et de contrôle. Cette structure est à son tour différente de « la société d'État » qui est définie comme une société de droit commercial issue des nationalisations ou créée de toutes pièces, et dont la particularité réside dans le fait que son capital est intégralement propriété de l'État, avec ce que cela implique comme conséquence sur son organisation et son fonctionnement. Pour comprendre davantage, un dernier renvoi est fait à la notion de « société d'économie mixte ». Toujours selon le vocabulaire de Capitant, c'est une société commerciale constituée entre des personnes de droit privé et une ou plusieurs personnes de droit public, ayant le caractère d'un organisme de droit privé, mais dont les statuts contiennent généralement des dérogations au droit commun des sociétés. La « société d'économie mixte » tire sa dénomination de ce que son capital appartient pour partie à une ou plusieurs personnes publiques, pour partie à des personnes privées.

La notion d'établissement public à caractère industriel et commercial renvoie à la catégorie d'établissements publics qui, gérant un service ou une activité à caractère économique, sont principalement soumis à un régime de droit privé. Les établissements publics sont créés par le législateur avec pour objectif, notamment, de gérer des services publics industriels et commerciaux. Ils ont des spécificités sur plusieurs plans : matériel, organique, finaliste et formel, ce qui conduit à un certain nombre de conséquences.

31. Sur le plan matériel, l'activité de ces types d'établissements publics est différente de celle des établissements publics ordinaires, encore connus sous la dénomination d'Établissements publics administratifs. En effet, leur spécificité est qu'ils sont en rapport direct avec le public et sont tenus de fournir à tout requérant souscrivant à certaines conditions réglementaires, des prestations matérielles en faisant usage de moyens techniques (*Ch. Blaevoet, Les services et les établissements publics à caractère industriel et commercial, D., 1947, chron., p. 73 et s.*). Exemple : impression et vente de manuels scolaires, ce qui n'est pas le cas des établissements

publics ordinaires qui se contentent généralement de gérer un service ou une activité à caractère administratif tels que la signature d'un document, le traitement d'un dossier, etc.

32. Au point de vue organique, ils ont comme les établissements publics ordinaires, la personnalité juridique leur permettant d'agir dans la vie civile. Ils disposent d'une autonomie financière et jouissent du principe de la spécialisation et doivent se « confiner dans leur spécialité » (*Ch. Blaevoet, Personnes publiques et personnes publiques, objectivité du droit public français, JCP, 1950, I, 889*). Mais, contrairement à ces derniers, ils ne sont pas composés de fonctionnaires d'où un point très important (*Voir pour d'amples précisions sur les différentes catégories de personnel que l'on peut avoir dans les entreprises du secteur public et parapublic, cas du Cameroun, A. Foko, Le régime juridique de la privatisation au Cameroun, Thèse de Doctorat de 3^e Cycle, Université de Yaoundé 2, 1994, p. 115 et s.*).

En réalité, ils comportent généralement des personnels recrutés directement. Les fonctionnaires désireux d'y travailler ne peuvent y accéder qu'au moyen d'une formalité dite du détachement qui les place par rapport à l'exercice de leurs fonctions dans une situation quelque peu hybride (*En droit camerounais, voir décret n° 2000/287 du 12 octobre 2000 modifiant et complétant certaines dispositions du décret n° 94/199 du 7 octobre 1994 portant statut général de la fonction publique. Pour les commentaires, voir notamment, Lekené Donfack, Réflexions sur le nouveau statut général de la fonction publique (à propos du décret n° 94/199 du 7 octobre 1994), Juridis Info, n° 20, p. 22 et s.; M. Kamto, Regard sur le nouveau statut général de la fonction publique, Lex Lata, n° 002, 1994, p. 8 et s.; M. Kamto, Regard sur le nouveau statut général de la fonction publique, Lex Lata, n° 003, 1994, p. 9 et s.; J.D.D. Mbouendeu, Propos sur le nouveau statut général de la fonction publique, Juridis Info, n° 21, 1995, p. 50*).

Ces personnels dépendent à la fois de la fonction publique et du Code du travail. Pendant la durée de son détachement, le fonctionnaire demeure dans une situation légale et réglementaire, dispose l'article 78 du décret n° 94/199 du 7 octobre 1994 portant statut général de la fonction publique de l'État (*Ce qui est conforme à la législation antérieure. Voir P. G. Pougoué et V. Tchokomakoua, Le fonctionnaire en détachement (A propos de l'Arrêt n° 17/5 du 26 déc. 1985 de la Cour suprême), Jurisprudence Sociale Annotée, t. I, 1985, p. 10*). Il continue de bénéficier, par exemple, des droits à l'avancement et à pension. Mais, il reste soumis à l'ensemble des règles qui régissent l'organisme de détachement. C'est ainsi que sa rémunération est assurée par ce dernier (*Article 79 du décret n° 94/199 du 7 octobre 1994*).

Contrairement aux fonctionnaires, les fonds permettant la rémunération du personnel des établissements publics à caractère industriel et commercial sont alimentés à partir des moyens rassemblés en contrepartie

des prestations faites aux clients et non au moyen des deniers publics.

33. Du point de vue finaliste, c'est à ce niveau que les établissements publics à caractère industriel ou commercial se recoupent avec leurs homologues dits à caractère ordinaire. Dans un camp comme dans l'autre, la gestion doit en principe être désintéressée et dénuée de tout esprit de lucre. Mais, comme nous le verrons dans la suite de nos développements, les établissements publics ont le droit de rechercher des bénéficiaires. L'article 32 de la loi française n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, par exemple, dispose clairement que les bénéficiaires nets des entreprises visées doivent servir pour partie au financement des investissements en vue du développement de la production et de la distribution du gaz et de l'électricité, et pour partie à des fonds nationaux employés par l'Électricité de France, et le Gaz de France au financement de leurs propres investissements et à des prêts à long terme aux services de distribution et régies locales (*Ch. Blaevoet, Commentaire de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, D., 1947, lég., p. 99*), toutes choses ignorées dans un établissement public ordinaire.

34. Sur le plan formel, celui-ci se démarque également de celui-là. En effet, ce dernier a une autre singularité. Il n'a pas le pouvoir d'action d'office, agit en principe et de manière générale suivant les procédés de droit commun. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'il use de quelques droits de puissance publique notamment si les nécessités de son installation l'exigent.

En somme, du moment où les établissements publics à caractère industriel et commercial ne sont pas composés de personnels fonctionnaires, sont alimentés par des deniers autres que les deniers publics, n'usent des prérogatives de l'administration qu'à titre très exceptionnel, sont soumis au même contrôle que les entreprises privées – même si ce n'est que sur certains points – relèvent des juridictions judiciaires, il est normal que dans le prolongement de l'application des règles du droit privé, ils puissent bénéficier du statut des baux commerciaux.

Comme déjà souligné, l'extension de cette mesure aux sociétés à capitaux publics se comprend parfaitement. En effet, en dépit de ce que leurs capitaux proviennent des structures publiques (État et/ou collectivité décentralisée ou une autre société à capitaux publics), ces sociétés occupent une place de choix parmi les principaux acteurs de la vie commerciale au même titre que les autres commerçants. Leur garantir un minimum de stabilité en leur permettant de bénéficier du statut des baux commerciaux afin de pouvoir mener à bien leurs activités, n'est-il pas réaliste et utile dans la satisfaction de l'intérêt général qui se profile derrière leurs actions?

En procédant ainsi, le législateur français a entendu mettre fin à un problème né au lendemain des nationalisa-

tions de l'électricité et du gaz en France à travers la loi du 8 avril 1946 (Voir notamment Ch. Blaevoet, *Commentaire de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, D., 1947, lég., p. 99; G. Liet-Veaux, *Organisation administrative et professionnelle du commerce*, RDC, 1949, p. 310 et s.; D. Cozes, *observations sous Cass. com.*; 30 décembre 1952, *Reboux c/ Électricité de France*, JCP, 1953, II, jur., 7381; Chavanon, *Caractère des établissements publics*, Thèse, Bordeaux, 1939; Drago, *Crise de la notion d'établissement public au milieu du xx^e siècle, études Ripert*, p. 304; Laroque, Thèse, Paris, 1933; Merle, *Caractère démocratique des nationalisations*, D., 1950, chron., p. 27; Rosenfeld, *La SNCF et les baux commerciaux*, Gaz. Pal., 27 juin 1950; Vedel, *Compétence prud'homale*, note JCP, 1950, II, 5676, note, sous Cass. soc., 12 juill. 1950, JCP, 1950, II, 5727; F. Derrida, note sous Cour de cassation (Ch. civ., sect. com.), 29 janv. 1952 (2 arrêts), 1^{re} espèce, *Électricité de France c/ Crenn et Mignon*, D., 1952, jur., p. 739 et s.; X..., *Les nationalisations et la propriété commerciale*, JCP, 1952, I, doct., 985; Durand, *Le règlement par voie de transaction et d'arbitrage des différends de droit privé intéressant les établissements publics à caractère industriel et commercial*, Droit social, 1949, p. 325; L. Mazeaud, et Vedel, *Électricité de France et Gaz de France ont-ils la capacité de compromettre? Cahiers doc. jurid. Électricité de France et Gaz de France*, 1950, p. 238). Cette solution semble donc parfaitement réaliste.

E - Sociétés coopératives

35. C'est grâce à la loi n° 83-657 du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale (Voir JO 21 et rectific. 23 juill. et 4 août 1983), qu'elles entrèrent en trombe dans le cercle des privilégiés du statut des baux commerciaux. Avant cette date, il fallait discriminer entre plusieurs hypothèses. La règle était qu'une société coopérative ne pouvait pas être considérée comme commerciale, ses activités étant très souvent réservées à ses membres (Cass. soc., 2 avril 1957, JCP, 1957, II, 10356, Gaz. Pal., 1957, II, p. 353; Cass. civ., I, 26 janv. 1982, Rev. Loyers, 1982, p. 196, note J.V., Rev. droit immobilier, 1982, Rev. Loyers, 1982, p. 429; Paris, 16 févr. 1953, I, p. 313; Versailles, 3 juin 1980, Rev. Loyers, 1982, p. 514).

Celles qui avaient une forme commerciale n'étaient pas considérées comme exploitant un fonds de commerce pour défaut de clientèle dans la mesure où elles ne traitaient qu'avec leurs associés, le fond l'emportant sur la forme (Cass. civ., I, 26 janv. 1982, Rev. Loyers, 1982, p. 196, note J.V., op. cit.). Celles ayant une forme civile – et notamment les coopératives agricoles – quand bien même elles avaient un objet commercial, c'est-à-dire, faisaient des opérations avec des tiers, étaient exclues presque de manière automatique du statut des baux commerciaux (Amiens, 20 mars 1950, D., 1950, p. 563;

Amiens, 3 mai 1950, Gaz. Pal., 1950, II, somm., p. 21; Rev. Loyers, 1950, p. 727; Trib. civ. Saumu, 27 juillet 1950, Gaz. Pal., 1950, II, p. 523; Trib. civ., Lyon, 10 déc. 1954, JCP, 1955, somm., p. 51, Rev. Loyers, 1963, p. 519).

Seules les sociétés coopératives de forme commerciale ayant une clientèle extérieure à leurs membres, accomplissant donc des actes de commerce, pouvaient être considérées comme commerçants, et par conséquent, avaient le droit de se prévaloir du statut des baux commerciaux par rapport aux locaux dans lesquels elles réalisaient leurs exploitations (Cass. civ., 11 juillet 1960, *daumas c/ Coopérative à vente directe de pêcheurs*; Cass. com., 3 janv. 1952, D., 1952, p. 163; Trib. civ., Coutances, 3 mars 1953, p. 523; Trib. civ., Lyon, 10 déc. 1954, JCP, 1955, éd. G., IV, p. 51, D., 1955, somm., p. 51, Rev. Loyers, 1955, p. 266).

36. La loi du 20 juillet 1983 a mis fin à cette jurisprudence du « cas par cas ». De manière plus générale, elle a coupé le cordon avec le système qui l'a précédé, contribuant dans une certaine mesure à la vulgarisation du statut du commerçant. En effet, elle a doté d'un statut spécifique les coopératives artisanales ainsi que les coopératives d'entreprises de transport fluvial qui en étaient jusque-là dépourvues (Voir M. Pédamon, *Loi du 20 juillet 1983, Extension du bénéfice du statut des baux commerciaux aux coopératives de crédit*, RTD com., 1984, p. 69). Elle a également modernisé et élargi les règles applicables aux coopératives maritimes, aux coopératives d'habitations à loyer modéré ainsi qu'aux unions de coopératives.

Par la même occasion, le législateur a inséré à l'article 2 du décret du 30 septembre 1953 un nouvel alinéa qui étend le bénéfice du statut « Aux baux d'immeubles abritant, soit les sociétés coopératives ayant la forme commerciale ou un objet commercial, soit des sociétés coopératives de crédit ».

La portée de cette extension a émerveillé toute la doctrine (Voir notamment Y. Guyon, *Droit des affaires, droit commercial général*, op. cit., p. 704; F. Dekeuwer Défossez, *Droit commercial, activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, op. cit., p. 316; J. Derruppé, *Les baux commerciaux*, 2^e éd., Dalloz, op. cit., p. 18; F. Givord, *Bail à loyer, bail commercial, champ d'application du décret du 30 septembre 1953*, Éditions du Jurisclasseur, 1985, fasc. 1250, p. 24).

Désormais, contrairement au régime antérieur (Voir Derruppé, *Briere de l'Isle, Maus et Lafarge, Baux commerciaux*, D., 1979, n° 73; « Petit guide des baux commerciaux », Ann. Loyers, 1980, 3/4, n° 32 et n° 46), peuvent se prévaloir de la propriété commerciale : toutes les sociétés coopératives ayant adopté l'une des formes de société commerciale (Dans l'espace OHADA, il s'agirait de l'une des formes suivantes : SNC, SCS, SA, SARL), sans qu'il y ait à rechercher comme autrefois si elles exploitent ou non un fonds de commerce (Voir en sens contraire avant la loi du 20 juillet 1983, Trib. civ.,

Toulouse, 19 nov. 1957, *Rev. Loyers*, 1959, p. 197; *Com.*, 11 juill. 1960, *Rev. Loyers*, 1961, p. 169); les sociétés coopératives ayant choisi la forme de société civile à l'instar des coopératives agricoles, mais ayant un objet commercial, c'est-à-dire traitant non seulement avec leurs membres, mais aussi avec des tiers; et les sociétés coopératives de crédit, même si elles ne consentent des prêts qu'à leurs membres (*La loi n° 83-657 du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale s'étant abstenue de faire poser certaines conditions, il est permis de conclure ainsi*). Il y a dorénavant une vision large qui s'est d'ailleurs poursuivie ultérieurement.

Dans un premier temps, cette largesse a été récupérée par la jurisprudence qui n'a pas hésité à décider contrairement à sa position antérieure de l'application de la réglementation des baux commerciaux à une société de prévoyance sociale ayant le caractère d'une institution de crédit et de mutualité (*Cass. com.*, 21 avril 1950, *JCP*, 1950, éd. G., IV, p. 171, *Bull. civ. II*, n° 128).

Dans un second temps, cette tendance jurisprudentielle a été relayée par le législateur qui a consacré l'extension du statut dont il s'agit aux Caisses d'épargne et de prévoyance par l'effet de l'article 7 de la loi n° 91-635 du 10 juillet 1991. Le Code de commerce actuellement applicable en France a intégré cet élargissement ainsi que les précédents relatifs aux coopératives. À l'article L. 145-2-5^e, souligne-t-il clairement, les dispositions qui régissent le bail commercial s'appliquent (également) : « Aux baux abritant soit les sociétés coopératives de crédit, soit des caisses d'épargne et de prévoyance ».

F - Auteurs d'œuvres graphiques et plastiques

37. L'extension du champ des baux commerciaux s'est réalisée en direction des artistes, auteurs d'œuvres graphiques et plastiques au moyen d'une loi du 5 janvier 1988. Résultat de l'efficacité de leur « lobby » (*Voir J. Derruppé, Une nouvelle étape dans le statut des baux commerciaux, loi n° 88-18 du 5 janvier 1988, Rev. droit immobilier*, 1988, n° 10, p. 67. Il révèle notamment que ce lobby avait judicieusement choisi deux Députés : l'un dans la majorité, et l'autre dans l'opposition qui par deux amendements concordants, ont amené à voter pour l'insertion d'un 6^e paragraphe à l'article 2 du décret de 1953, étendant le domaine des baux commerciaux aux artistes ici intéressés) ou chance obtenue dans la foulée de « la précipitation d'une fin de session parlementaire » (*M. Pédamon, Loi du 5 janvier 1988. Extension du statut des baux commerciaux aux auteurs d'œuvres graphiques et plastiques, RTD com.*, 1988, p. 612), la constance est qu'une catégorie spécifique d'artistes, ceux admis à cotiser à la Caisse de sécurité sociale de la maison des artistes et reconnus auteurs d'œuvres graphiques et plastiques, tels que définis par l'article 71 (*La thèse de la précipitation peut trouver un appui dans la coquille qui s'était glissée dans le texte publié au « Journal officiel »*

du 6 janvier 1988. Dans ce texte, l'on a parlé de « l'article 7 » de l'annexe du Code général des impôts. Or, cette disposition est relative aux provisions pour fluctuations du cours des matières premières, ce qui n'a rien à voir avec les auteurs d'œuvres d'art. En vérité, l'erreur est née des documents parlementaires (*Doc. Sénat n° 205 : Projet de loi modifié par l'Assemblée nationale*), ce qui crédite davantage la thèse de la précipitation) de l'annexe III du Code général des impôts (CGI) ont pu décrocher avec la bénédiction de la loi n° 88-18 du 5 janvier 1988 (*Loi sur le double plafonnement des loyers renouvelés*), leur droit de profiter désormais du statut des baux commerciaux.

Que faut-il entendre exactement par auteurs d'œuvres graphiques et plastiques? Le législateur de 1988 s'est attelé à les définir en combinant deux types de normes : ceux de la sécurité sociale et ceux de la TVA. D'une part, il doit s'agir d'artistes admis à cotiser à la Caisse de sécurité sociale de la maison des artistes. D'autre part, il faut que ces artistes soient reconnus comme auteurs d'œuvres d'art graphiques et plastiques. Bien entendu, il est impératif que leur activité figure sur la liste présentée à l'article 71 de l'annexe III du Code général des impôts qui contient les réalisations considérées comme des œuvres d'art originales dont les ventes publiques sont exonérées de la TVA, mais qui sont soumises à un droit d'enregistrement conformément à l'article 261 § 1, 3^o CGI.

§2 - Bénéficiaires dans l'espace OHADA

38. Dans le périmètre OHADA, l'extension du statut des baux commerciaux à d'autres professionnels avait certes lieu dans certains pays avant l'entrée en vigueur du droit nouveau, mais de façon timide. Tel fut le cas pour les artisans dans les États soumis, soit au décret n° 52-765 du 30 juin 1952 applicable en Afrique occidentale française, et en l'occurrence, le Sénégal, la Guinée, le Bénin, le Togo, le Burkina Faso et le Niger, soit à une législation postérieure (la Côte d'Ivoire et le Niger) (*Voir Universités francophones, UREF, Droit commercial et des sociétés en Afrique, op. cit.*, p. 31).

L'Acte uniforme portant sur le droit commercial général a d'abord maintenu l'application du statut des baux commerciaux aux commerçants et artisans (*À propos d'un garagiste considéré comme exerçant une activité commerciale, voir CA d'Abidjan, Chambre civile et commerciale, arrêt, n° 472 du 2 avril 2004, affaire Assane Gueu Gueu c/ Koffi Jacques, Ohadata J-05-286. Mais une personne exerçant un métier d'infirmier a été considérée comme non propriétaire d'un fonds de commerce. Par conséquent, elle ne pouvait avoir la qualité de commerçant, encore moins celle d'artisan et ne pouvait bénéficier du statut des baux commerciaux. Voir CS de Côte d'Ivoire, Chambre judiciaire, formation civile, arrêt, n° 323 du 15 avril 2004, affaire Alidou Hamadou c/ Niampké Boua, Actualités juridiques, n° 49, 2005, p. 220, Ohadata J-05-352*).

39. Mais il a fallu attendre longtemps et même très longtemps, 1926-1998 (*L'Acte uniforme portant sur le droit commercial général étant entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998*), soit soixante-douze années pour voir l'extension de ce statut atteindre par exemple les Établissements publics. L'article 70 (*nouvel art. 102*) de l'AUDCG dispose à cet égard : « les dispositions du présent Titre (*Bail commercial (bail à usage professionnel)*) sont également applicables aux personnes morales de droit public à caractère industriel ou commercial, et aux sociétés à capitaux publics, qu'elles agissent en qualité de bailleur ou de preneur ».

A - Entreprises publics

40. L'extension du bénéfice du statut du bail commercial aux entreprises publiques est due à l'identité de la nature des activités, explique un auteur (*A. P. Santos, Commentaire de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, in Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 2^e éd., Juriscope, 2008 op. cit., p. 243. Sur le plan pratique, voir CA d'Abidjan, arrêt, n° 904 du 08/07/2003, affaire Port autonome d'Abidjan c/ Société Trans-Ivoire, Le Juris-Obada, n° 4/2004, p. 51, Ohadata J-05-178*).

Les établissements publics ont déjà été amplement définis. Il en est de même des entreprises publiques. Mais pour mieux assimiler la dernière notion dans l'espace OHADA, il faut la distinguer soigneusement des trois notions suivantes : société nationale, société d'État et société d'économie mixte. Un auteur qui s'est particulièrement investi dans le domaine, feu Job Mbendang Ebongué peut être d'un grand apport à ce sujet (*Voir sa Thèse de Doctorat intitulée, Les entreprises d'État au Cameroun, Paris I, 1989*).

En droit camerounais, avait-il exposé, les Sociétés d'État sont celles dans lesquelles l'État, collectivité publique territoriale supérieure, est seul actionnaire, mais pour lesquels il a entendu maintenir un statut juridique de droit privé afin de les placer dans les conditions identiques à celles de leurs homologues du secteur privé. Ce sont elles que l'on retrouve quelquefois sous la dénomination de société nationale. Mais, en réalité, sous ce dernier vocable, l'on retrouve parfois des sociétés dans lesquelles collaborent à la fois les personnes publiques et les personnes privées, physiques ou morales (*Exemple : La société nationale d'électricité du Cameroun (actuelle AES SONEL), la société de raffinage, la société nationale des eaux du Cameroun (actuelle camerounaise des eaux)*), nationales ou étrangères.

La société d'économie mixte, implicitement abordé ici a été définie par le même auteur comme une société anonyme dans laquelle le capital social et la gestion sont partagés entre des personnes privées et une ou plusieurs personnes publiques. Autrement dit, c'est une société (agricole, industrielle ou commerciale)

dont l'organisation, le fonctionnement et le mode de gestion obéissent en principe au droit commun des sociétés, mais qui comporte des dérogations importantes destinées à permettre la maîtrise de la personne publique quant à la structure sociale, financière et de gestion (*Exemple : Société forestière et industrielle de Bélabo (SOFIBEL), Les Contreplaqués du Cameroun (COCAM), l'ex-Société des crevettes du Cameroun (CREVCAM), Cameroon sugar company (CAMSUCO), la société camerounaise de métallurgie (SCDM), la société d'exploitation des parcs à bois du Cameroun (SEPBC), la société camerounaise de manutention et d'acconage (SOCAMAC)*).

41. Le régime juridique de ces différents types d'entreprises a été réformé par la loi camerounaise n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic. La notion de société d'État a été remplacée par celle de « société à capital public ». L'on entend par là, une « personne morale de droit privé, dotée de l'autonomie financière et d'un capital-actions intégralement détenu par l'État, une ou plusieurs collectivités territoriales, décentralisées ou une ou plusieurs autres sociétés à capital public, en vue de l'exécution dans l'intérêt général, d'activités présentant un caractère industriel, commercial et financier » (*Article 2 de la loi n° 99/016 du 22 décembre 1999*).

La société d'économie mixte a également reçu une définition plus fraîche : personne morale de droit privé, dotée de l'autonomie financière et d'un capital-actions détenu partiellement d'une part, par l'État, les collectivités territoriales décentralisées ou les sociétés à capital public, et d'autre part, par les personnes morales ou physiques de droit privé.

42. Il faut dire avec certains commentateurs de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général qu'il s'agit d'une « innovation de taille ». En effet, le Code des obligations civiles et commerciales (COCC) du Sénégal, par exemple, excluait les baux consentis par l'État et les collectivités publiques, laissant à « l'interprète le soin de déduire la situation des établissements publics » (*A. Fénéon et J. R. Gomez, OHADA, Droit commercial général, Édicef, op. cit., p. 58*). En ce sens, écrivait un auteur camerounais : « [...] il n'y a pas à notre avis de raison suffisante de refuser à l'entreprise d'État, future concessionnaire d'un service public, des droits et privilèges reconnus à tout autre commerçant et qui sont indispensables à son fonctionnement. Au surplus, il serait dommage que l'entreprise d'État qui doit vivre dans un milieu commercial en adoptant ses lois, soit sur ce point, dans une situation d'infériorité, et que lui soit refusé un privilège dont jouissent ses concurrents privés. Toutes les entreprises d'État, quelle que soit, par ailleurs, leur forme, monopoliste ou non (doivent) en bénéficier » (*Job Mbendang Ebongué, Les entreprises d'État au Cameroun, Thèse, op. cit., p. 120*).

43. Prises dans l'absolue, les dispositions de l'article 70 (*nouvel art. 102*) de l'AUDCG ne peuvent bénéficier aux personnes ainsi visées que lorsqu'elles fonctionnent normalement. En effet, le statut des baux commerciaux leur est étendu non en raison de leur propre nature, mais plutôt du fait de l'identité de la nature de leurs activités (à caractère industriel ou commercial) avec celle des commerçants ordinaires.

Pourrait alors se poser un problème pertinent à propos de deux situations celles dans lesquelles la personne morale serait en instance, soit de liquidation, soit de privatisation. Plus concrètement, les personnes morales de droit public, bénéficiaires du bail commercial pendant l'exercice normal de leurs activités, conservent-elles cette prérogative lorsqu'elles sont sous le coup d'une procédure devant aboutir à leur suppression ou à un changement de leur étiquette? Apparemment banale, cette question d'une importance certaine peut parfaitement se poser un peu partout en Afrique (*Comme l'a justement précisé un auteur, «vers la fin des années 1980, début 1990, l'Afrique s'est trouvée avec un secteur public et para public qui était le plus grand du monde et qui a trop pesé sur les économies, positivement ou négativement [...]»*. Dawayne Woods, *La privatisation est un processus qui doit servir à relever l'économie du pays, in Afrique, États-Unis, n° 832, juin 1995 qu'a cité P. Hamat, in La liquidation des entreprises publiques dans le droit positif camerounais, Mémoire de Maîtrise, Ngaoundéré, 1999, p. 2*).

44. En effet, au cours des années 1990, la crise économique a atteint de plein fouet plusieurs entreprises du secteur public et parapublic, contraignant les pouvoirs publics à mettre en œuvre divers types de remèdes : cession totale ou partielle d'actifs, cession d'actions, bref privatisation ou liquidation notamment (*Si plusieurs entreprises du secteur public et parapublic ont mis la clé sous le paillason, les raisons sont multiples, et il serait fastidieux de les énumérer de manière exhaustive ici. Mais, parmi les plus saillantes l'on peut lire à partir d'un rapport de la Banque Mondiale que «les résultats décevants de ces entreprises trouvent leurs causes dans une ampleur démesurée de l'investissement immédiat par rapport au marché, un personnel pléthorique, une structure administrative trop lourde, l'absence d'objectifs clairement définis et la planification stratégique, les insuffisances des services de comptabilité, la poursuite d'objectifs sociaux sans contrepartie financière, la politisation de la direction et l'ingérence des Ministères de tutelle, le manque de souplesse à l'évolution du marché»* Voir Banque mondiale, Cameroun, *Mémoire de Maîtrise, Washington, 1987*).

S'il est vrai que dans quelques cas, le processus enclenché a déjà été conduit à son terme, reste à dire qu'il se poursuit encore dans plusieurs autres hypothèses. Or, il se peut que les structures ainsi sujettes aux procédures engagées ne soient pas propriétaires des locaux dans lesquels, soit elles continuent à exercer

leurs activités (cas des privatisations où de magasins conservés par le liquidateur pour écouler le reliquat de marchandises), ou ont stocké leur matériel, soit ont installé leurs bureaux (services du liquidateur), soit elles assurent le logement du personnel.

À notre sens, les solutions doivent être discriminées selon que l'on se trouve dans une situation de liquidation ou de privatisation.

45. Dans la première situation, il est important de dire au préalable que l'on entend en général (*Lexique des termes juridiques sous la direction de R. Guillien et J. Vincent, voir le mot «liquidation»*) par là, l'opération consistant à payer le passif sur les éléments d'actifs, à convertir en argent liquide tout ou partie de ces éléments afin que le partage puisse être effectué. Elle permet de dégager l'actif net et de le conserver jusqu'au partage (*Dans l'un de ces sens, liquidation veut dire clarification. Le terme fait alors référence à l'un des symboles de l'eau, la limpidité, attribut de l'eau transparente et pure. Voir Vocabulaire juridique de l'association H. Capitant, p. 481*).

La liquidation d'une entreprise du secteur public et parapublic peut être amiable ou judiciaire, chaque variante ayant ses spécificités. En droit camerounais par exemple, la liquidation amiable est régie par la loi n° 99/016 du 22 décembre 1999 (*Juridis Périodique, 2000, n° 42, p. 27 et s. Avant le texte de 1999, il fallait se référer à l'ordonnance n° 95/003 du 17 août 1995 portant statut général des entreprises du secteur public et parapublic*).

Ce texte, devenu caduc sur certains points en raison de ses contradictions avec l'AUPC organise en son titre IV les modalités de l'opération. Tout commence par la dissolution de la structure qui, faut-il le rappeler, doit être une société à capital public ou une société d'économie mixte dans laquelle l'actionnariat public détient plus de la moitié du capital et des droits de vote (*Article 78 du décret du 22 décembre 1999*). La décision de dissolution pour les cas qui nous intéressent ici devait être prise de la façon suivante : par décret du Président de la République sur proposition conjointe du Ministre chargé des finances et du Ministre chargé de la tutelle technique, et sur recommandation d'un collège de cinq membres qui joue le rôle de l'assemblée générale lorsque l'entreprise est une société à capital public ayant l'État comme unique actionnaire. La décision incombe à l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires conformément aux dispositions statutaires en la matière lorsqu'on a affaire à des sociétés à capital public avec plusieurs actionnaires, ou à des sociétés d'économie mixte.

L'acte prononçant la dissolution de l'entreprise devait spécifier s'il y a ou non continuation de l'activité pendant la période de liquidation. Concomitamment à cet acte, la loi faisait obligation de désigner un liquidateur qui pouvait être, soit une commission, soit une personne physique ou morale (*La pratique camerounaise révèle*

que la formule des commissions de liquidation est la plus utilisée, sans doute parce que plus objective. Les exemples d'entreprises liquidées en application de cette formule sont nombreux : Société de développement de la culture et de la transformation du Blé (SODEBLE), Société de développement du périmètre de mise en valeur Yabassi-Bafang (SODENKAM), Société régionale des zones d'action prioritaires intégrées de l'est (ZAPI-EST), Société camerounaise des droits d'auteurs (SOCADRA). Pour les entreprises du portefeuille de la SNI : Les argiles du Cameroun, L'équatoriale électronique, la Société d'étude des bauxites du Cameroun, la Société industrielle et pharmaceutique, la Société camerounaise de raffinage des huiles végétales, la Nouvelle cimenterie du Cameroun notamment).

Qu'il s'agisse de l'hypothèse dans laquelle l'activité de l'entreprise continue, ou de celle inverse où il y a cessation de l'activité pendant la liquidation, le liquidateur pourrait avoir à faire face aux problèmes de bail commercial conclu avant le démarrage du processus. C'est dans ce contexte que par rapport à la question initiale, celle de savoir si le régime du bail dont il s'agit peut continuer à s'appliquer, question d'autant plus pertinente que la période de liquidation peut aller jusqu'à trois ans (*c'est vrai que le liquidateur lui-même est nommé pour une durée maximale d'un an renouvelable*), la réponse affirmative mérite d'être retenue.

En effet, dès son entrée en fonction, le liquidateur a la possibilité de prendre toutes mesures conservatoires nécessaires : le blocage des comptes bancaires, la limitation des compétences des responsables en place, l'apposition des scellés sur les magasins ou la désignation de nouveaux responsables de garde, l'identification du personnel nécessaire au maintien en l'état du patrimoine de l'entreprise, la limitation d'accès aux endroits sensibles, l'inscription au nom de l'entreprise de toutes sûretés ou tous privilèges qui n'auraient pas été pris ou renouvelés, la restauration de certains actifs en vue d'une cession plus intéressante, la demande du concours des autorités pour mettre en place toutes mesures de sécurité pouvant contribuer à la sauvegarde du patrimoine de l'entreprise et surtout «[...] la poursuite des contrats en cours». Si donc l'entreprise avait conclu un bail commercial non encore échu, rien n'empêche qu'il se poursuive, le liquidateur devant simplement assumer les obligations qui incombent au chef d'entreprise.

46. Reste à se demander si le liquidateur, pourrait être autorisé à conclure de nouveaux baux de nature commerciale. Il faut dire que pendant la période de liquidation, l'entreprise conserve sa personnalité juridique. C'est en son nom que le liquidateur accomplit ses missions, qu'il s'agisse des opérations relatives à l'actif (recouvrement des créances et/ou réalisation des actifs), ou des opérations se rapportant au passif (inventaire, classement par ordre de privilège et apurement). La personne morale continuant, il ne serait que logique de lui reconnaître le droit de continuer à bénéficier du

statut de baux commerciaux. À notre avis, ce ne serait nullement trahir, ni l'esprit, ni la lettre de l'article 70 (*nouvel article 102*) de l'AUDCG qui prévoit l'application dudit statut «aux personnes morales de droit public à caractère industriel et commercial, et aux sociétés à capitaux publics, qu'elles agissent en qualité de bailleur ou de preneur».

La même solution mérite d'être adoptée aujourd'hui où ces entreprises sont soumises à la liquidation organisée par l'Acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) (*Voir notamment P.-G. Pougoué. et Y. Kalieu, L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, collection droit uniforme, P.U.A., 1999; Sawadogo, Droit des entreprises en difficulté, éd. Bruylant, Bruxelles, 2002; J. R. Gomez, OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français, BAJAG-MERI, 2003; F. M. Sawadogo, Commentaire sous article 18 de l'AUPCAP, in OHADA, traité et actes uniformes commentés et annotés, Juiscope, 2008*).

Mais, cette hypothèse demande à être mieux précisée. En effet, parmi les solutions prévues par l'AUPC, figure en bonne place la liquidation des biens du débiteur, même si ce dernier est une «entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui cesse ses paiements». La liquidation des biens a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif. Elle a pour particularité que contrairement au premier type de liquidation (ordinaire), qui se définit comme «un ensemble d'opérations préliminaires au partage d'une indivision quelconque en dépit de son origine (succession, dissolution d'une société...) la liquidation des biens est une mesure judiciaire applicable à un débiteur qui se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible» (*P. Hamat, La liquidation des entreprises publiques dans le droit positif camerounais, Mémoire, op. cit., p. 36*) Dans cette hypothèse, la question de l'applicabilité des règles du bail commercial (*dorénavant bail à usage professionnel dans l'espace OHADA comme déjà souligné*) se pose avec tant d'intérêt que l'entreprise éprouve de sérieuses difficultés.

47. La réponse passe par un regard attentif sur les prérogatives du liquidateur. Appelé ici syndic (*L'Acte uniforme a préféré consacrer à la suite du décret du 20 mai 1955, l'appellation unique de syndic, qu'il s'agisse de l'opération de redressement judiciaire ou de celle de liquidation des biens (art. 41 et s. AUPC)*), ce dernier qui est choisi sur une liste de spécialistes arrêtée par la Cour d'appel a pour principale tâche, de réaliser l'actif pour régler au mieux les créanciers. Le syndic remplit en réalité trois fonctions : il représente la masse des créanciers dans la mesure où la liquidation se réalise dans leur intérêt, leur sort étant privilégié à celui de l'entreprise qui a perdu toute chance de survie et qui

peut-être n'existe plus. Il assure également la représentation du débiteur, c'est-à-dire, de l'entreprise en liquidation. De ce fait, il représente logiquement le chef d'entreprise dont il hérite des responsabilités et des pouvoirs. Il est enfin chargé d'organiser la procédure de liquidation et d'assurer son bon déroulement jusqu'à son terme. À cette fin, il a le pouvoir de prendre un certain nombre de mesures : apposition des scellés, inventaire des biens du débiteur, inscription ou renouvellement des sûretés, réalisation de la vente des objets dispendieux à conserver ou soumis à dépréciation prochain ou à dépréciation imminente, exercice des actions en justice, vente des meubles ou immeubles par vente aux enchères, par adjudication ou de gré à gré conformément au mode de cession arrêté par le juge-commissaire (*Juge nommé par le jugement d'ouverture de liquidation des biens et de redressement judiciaire, ainsi que par le jugement d'homologation du concordat dans le règlement préventif. Il a également pour mission de veiller au déroulement rapide de la procédure et aux intérêts en présence*), « poursuite des contrats non résiliés en fonction des impératifs de l'heure ». À partir de là, ce n'est qu'une évidence que d'en déduire que le statut des baux commerciaux continue à s'appliquer. Bien entendu, il faudrait que l'entreprise existe encore.

48. Il est toutefois possible de se demander si un tel statut peut s'appliquer après la disparition de l'entreprise par rapport au local dans lequel le liquidateur (syndic) poursuit les opérations. À notre sens, il faudrait bien admettre cette possibilité. En effet, un minimum de stabilité est nécessaire pour permettre au liquidateur de mener à bien ses missions dans l'intérêt de toutes les parties. Dans la mesure où il a le pouvoir de réaliser l'actif, le paiement des loyers ne devrait pas poser de problème, naturellement lorsqu'ils sont réduits à l'essentiel (*Afin d'éviter justement les malversations financières, l'article 45 de l'AUPC prévoit que les deniers éventuellement recueillis par le syndic quelle qu'en soit la provenance doivent être versés dans un compte spécialement ouvert à cet effet auprès d'un établissement bancaire, postal ou au trésor. Le versement doit s'effectuer dans les huit jours de la perception des recettes et les justifications présentées au juge-commissaire. Ce dernier est apte à abriter les sommes nécessaires aux dépenses, dont loyers raisonnables compris et frais de procédure*).

49. Dans la seconde situation, en l'occurrence, celle de la privatisation des entreprises du secteur public et parapublic, la solution de l'application du régime du bail commercial ne devrait souffrir d'aucun doute, car dans cette hypothèse aussi, l'entreprise ne perd généralement pas sa personnalité juridique. C'est ce que dit clairement l'article 1^{er} alinéa 1 de l'ordonnance n° 90/004 du 22 juin 1990 relative à la privatisation des entreprises publiques et parapubliques (*Voir aussi le décret n° 90/1257 du 30 août 1990 portant application de cette ordonnance*) qui définit l'instrument qu'elle régit en ces termes : « [...]

opération par laquelle l'État ou un organisme public ou parapublic se désengage totalement ou partiellement au profit du secteur privé des entreprises quelle que soit leur forme juridique (*Établissement public, société d'État, société d'économie mixte ou autre*), dans lesquelles il détient tout ou partie du capital ».

Les formules de privatisation sont nombreuses, et comme l'a si bien déclaré un auteur (*C. Vuylsteke, «Technics of privatization of state-owned enterprises», Methods and implementation. Technical paper n° 88, vol. I, Washington, DC, word Bank, 1988, p. 3*), il demeure difficile de les répertorier dans leur ensemble, le choix étant dépendant des objectifs fixés par chaque gouvernement. Pour prendre l'exemple des textes camerounais de 1990 sus-cités, il y a lieu de relever que les opérations visées peuvent s'effectuer de l'une des manières suivantes : cession totale ou partielle au secteur privé d'actions détenues par l'État et les organismes publics dans les entreprises à privatiser ; Cession totale ou partielle au secteur privé des actifs des entreprises concernées ; entrée au capital d'une entreprise des personnes physiques ou morales de droit privé ou augmentation de leur participation au capital de cette entreprise ; location ou location-gérance des actifs et/ou du fonds de commerce de l'entreprise par les personnes physiques ou morales de droit privé ; contrat de gestion de l'entreprise à participation publique par des personnes physiques ou morales de droit privé ou toute autre technique de cession reconnue.

Quelle que soit la technique retenue, l'entreprise existante change simplement de nature. Dans la mesure où même en cas de cession totale, l'objectif est non de mettre un terme définitif à la structure concernée, mais plutôt de faire en sorte que l'activité soit poursuivie sous l'étiquette d'une entreprise privée ou à forte dose de droit privé, il ne semble pas recommandé d'écarter l'application du statut des baux commerciaux ici. Le bénéfice de ce régime demande à être accordé aux entreprises visées aussi bien avant, pendant, qu'après le processus de privatisation. Avant l'opération parce qu'aux termes de l'article 70 (*nouvel article 102*) de l'AUDCG, il profite «aux personnes morales de droit public à caractère industriel ou commercial [...]», et elle possède bien cette qualité à cette période, quand bien même elle figure sur la liste des privatisables. Pendant l'opération en ce sens que tant que le processus n'est pas achevé, l'entreprise ne perd pas sa nature. Après l'opération, car la privatisation débouche, soit sur une entreprise entièrement privée, soit sur une entreprise privée avec une participation publique considérablement réduite.

B - Artisans et professionnels

50. On l'a déjà relevé, le statut des baux commerciaux n'est plus l'apanage des seuls commerçants. Les artisans, les professionnels libéraux ont également le droit d'en faire usage.

Mais, que faut-il véritablement entendre par professionnel (À propos d'une étude détaillée de la notion, voir D. Louchouart, *La profession (approche juridique de la notion)*, Thèse, Université Jean Moulin-Lyon III, 1998)? Le législateur OHADA n'en donne aucune définition. On pourrait en s'inspirant de la position d'un auteur (J.-P. Blatter, *Baux professionnels : quoi de neuf?* AJDI, 1998, p. 261) particulièrement passionné par le domaine, recommander de comprendre par là, toutes personnes se consacrant à des activités économiques lucratives réglementées qui peuvent être commerciales, industrielles, rurales, artisanales ou libérales (avocats, médecins, huissiers de justice, notaires, architectes, experts-comptables, etc.). Il faudrait donc se garder d'étendre l'application du statut aux activités professionnelles non réglementées, car si, cela a été admis en France, c'est parce que les professionnels ont un statut à part. En outre, dans le contexte africain où le secteur informel est très développé, l'application suffisamment élargie du régime des baux commerciaux pourrait être à l'origine des problèmes inextricables en pratique.

Le professionnel peut être une personne physique ou une personne morale. Ainsi pourraient, par exemple, se prévaloir du statut au titre de cette dernière catégorie, les sociétés civiles professionnelles, le droit OHADA ignorant d'autres variétés telles les sociétés d'exercice libéral (Voir sur cette structure, J.-J. Daigre, *Société d'exercice libéral ; « objet passe forme », de la nature civile des SEL*, JCP, 1998, éd. A., n° 6, commentaires, p. 213). Naturellement, les sociétés commerciales à raison de leur forme, même à objet purement civil doivent pouvoir bénéficier du statut et on serait alors plus cohérent (Voir les critiques pertinentes de Y. Rouquet, *observations sous cour de cassation, 3^e civ. 7 nov. 2001, n° 43, jur., p. 3536*). Une SARL constituée, par exemple, par des architectes ou des experts-comptables pour l'exercice de leurs activités, constitue une illustration éloquente dans ce dernier cas.

C - Associations

51. Par ailleurs, la question peut se poser de savoir si les associations et les groupements d'intérêt économique (GIE) ont la latitude de se prévaloir également du statut des baux commerciaux. La réponse mérite d'être donnée au cas par cas.

En considérant d'abord la situation des associations, il est important de préciser que la CCJA a tranché de façon nette que le bail dans lequel le preneur est une association à caractère politique n'est pas un bail professionnel et par conséquent, qu'elle n'est pas compétente en la matière (Voir *Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), Arrêt, n° 056/2005 du 15 déc. 2005, affaire Rassemblement des républicains dit RDR c/ Fonds de développement et de promotion des activités de producteurs de café et de cacao dit FDPCC, Recueil de jurisprudence*

de la CCJA, n° 6, juin-décembre 2005, p. 17, Le Juris-Obada, n° 2, 2006, p. 16, Obadata J-06-30). Mais il est nécessaire de relever avec un auteur que pour la plupart, «leur rôle économique [...] est un fait incontestable, d'ampleur non négligeable». (M. Malaurie, *Plaidoyer en faveur des associations, DS, 1992, chron., p. 275*). L'association, poursuit-il, est libre de se déployer dans une activité commerciale quelconque, mais aussi dans toute autre activité économique. Cette dernière renvoie non seulement à une activité commerciale quelconque, mais aussi à d'autres variétés telles les activités artisanales, agricoles ou libérales.

Lorsqu'elle s'est spécialisée dans l'accomplissement des actes de commerce, l'association acquiert la commercialité et si elle a assuré son inscription au Registre du commerce, rien ne l'empêche en principe de bénéficier du statut des baux commerciaux (*TGI Mulhouse, 9 mai 1978 et en appel Colmar, 14 mai 1980, Rev. Soc., 1984, p. 340, note G. Soussi; Brichet, Une association peut-elle être une personne morale commerçante? (A Propos de l'Arrêt de la cour de cassation, chambre commerciale du 19 janvier 1988, JCP, éd. G., n° 13-14, 3385. Cependant, voir CA Paris, 16^e ch. A, 4 janvier 1994, Gaz. Pal., 1994, 2, p. 709, note Ph.-H. Brault*). En revanche, celle qui a choisi de s'orienter vers l'exercice des activités agricoles ne peut prétendre, ni à la qualité de commerçant, ni au bénéfice du bail commercial, car éloignée de la commercialité aussi bien par sa forme que par son objet. En outre, les rédacteurs de l'arsenal juridique OHADA n'ont évoqué l'activité agricole nulle part dans leur énumération.

52. Le problème reste alors celui des associations ayant opté pour des activités artisanales ou libérales. Il est normal de leur reconnaître le droit au bail commercial et cela pour deux raisons fondamentales : à l'article 69 (*nouvel article 101*) de l'AUDCG, le législateur a parlé d'une application du statut aux «locaux ou immeubles à usage [...] artisanal ou professionnel». Il n'a pas subordonné cette latitude à une autre condition notamment celle de la commercialité de la personne ou du fonds qu'elle exploite (*Bien entendu, il faut que le local se trouve dans une ville de plus de cinq mille habitants*). Dès lors que la personne se consacre en toute légalité à son activité, il est permis d'admettre qu'elle puisse se prévaloir des dispositions qui régissent les baux commerciaux. C'est dire qu'en fonction de sa nature, dès lors qu'une association a satisfait à la formalité, soit de déclaration, soit d'autorisation requise, elle devient fondée à bénéficier des avantages du statut dont il s'agit.

La seconde raison d'ailleurs étroitement liée à la première est que toujours à l'article sus-cité, il n'est nullement indiqué que l'usage des locaux à des fins commerciales, industrielles, artisanales ou professionnelles ne vise que telle ou telle catégorie de personnes. Il serait injuste et non fondé, en présence de deux personnes l'une, physique l'autre, morale ou encore parmi les personnes morales, l'une de forme sociétaire (société d'avocat),

et l'autre non (association pour la défense des droits des consommateurs par exemple), de procéder à des discriminations par rapport aux privilèges des baux commerciaux. Ce serait faire un poids, deux mesures, toutes choses qu'on ne saurait se permettre de soutenir.

D - GIE

53. Pour ce qui est de la situation des groupements d'intérêt économique, le même résultat que dans le cas des associations est conseillé.

En effet, aux termes de l'article 869 de l'AUDSC, le groupement d'intérêt économique se définit comme «celui qui a pour but exclusif de mettre en œuvre pour une durée déterminée, tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité. Son activité doit se rattacher essentiellement à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci».

54. L'article 871 du même Acte uniforme apporte une précision significative : le GIE peut être constitué par deux ou plusieurs personnes physiques ou morales, «y compris les personnes exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé». Au regard de ces dispositions, il faut simplement rejoindre la doctrine qui enseigne que le GIE peut ainsi regrouper des entreprises ayant des statuts différents : des commerçants, des agriculteurs, des membres de professions libérales, des entreprises publiques. Il est, par conséquent civil ou commercial en fonction de la nature de l'activité qu'il exerce (*P. G. Pougoué, F. Anoukaba et J. Nguébou, Commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, OHADA, in Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2008, p. 562*).

Ces précisions étant données, le GIE a-t-il le droit de se prévaloir du statut des «baux commerciaux»? La réponse affirmative n'est pas allée de soi à propos de ceux qui exercent une activité commerciale.

55. En droit comparé, le décret Français du 30 septembre 1983 relatif aux baux commerciaux, a éclaté un vibrant débat sur son applicabilité ou non aux GIE. Face à la controverse, le législateur a pris position au moyen d'une intervention ministérielle en date du 28 février 1970 (*JO déb. Ass. nat., 1970, p. 49; JCP, IV, p. 205*). Selon les concepteurs du décret, ce texte ne devait pas s'appliquer au groupement concerné. Malheureusement, cette intervention n'a pas pu mettre un terme à la discussion et on a eu l'impression qu'elle a contribué plutôt à l'attiser. Ainsi, a-t-on, par exemple fait le reproche qu'elle était «rédigée en termes abrupts» (*Voir Y. Guyon et Coquereau, Le groupement d'intérêt économique, 2^e éd., Paris, 1973, n° 284. Dans le même*

sens, Solal, Un groupement d'intérêt économique peut-il créer dans le local où il exerce son activité, un fonds de commerce qui lui soit propre? act. jur., p. I, 1970, p. 430. Mais, voir Viatte, Des locations consenties aux groupements d'intérêt économique, Rev. Loyers, 1970, p. 337).

Par un important arrêt rendu en date du 18 février 1975, la Cour de cassation a pris nettement position dans le sens de l'intervention ministérielle. D'après elle, un groupement d'intérêt économique fut-il immatriculé au registre du commerce n'a aucun droit au bénéfice du statut des baux commerciaux (*Cour de cassation (3^e ch. civ.), 18 févr. 1975, DS, 1975, p. 367, note Y. Guyon; RTD com., 1975, p. 275, n° 1, note Pédamon, Gaz. Pal., 1975, p. 435; note Brault, Rev. Soc., 1975, p. 315*). Deux arguments sous-tendaient cette décision : d'une part, le GIE n'a pas une activité distincte de celle de ses membres; il ne peut faire à titre principal et de manière habituelle des actes de commerce pour son propre compte. Cet argument, approuvé par certains auteurs (*Guyénot, Les contrats de groupement d'intérêt économique, n° 52; J. De Ledoux, Contribution à l'étude des groupements d'intérêt économique, RTD com., 1969, p. 5. Cependant, voir Dubois et Guez, Réflexions sur la nature du GIE, JCP, éd. CI, 1971, 88093*) plongeait ses racines dans l'article 1^{er} de l'ordonnance du 23 septembre 1967 qui disposait en substance que le GIE est constitué en vue de mettre en œuvre tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres. C'est sur cette base que les hauts magistrats ont approuvé la position de leurs collègues de la Cour d'appel qui en ont déduit «à juste titre que le groupement «Flora Dispatching», pour permettre même la réalisation d'opérations de ventes pour le compte de ses membres, ne peut être considéré comme un fonds de commerce appartenant au groupement occupant les lieux [...]».

D'autre part, la Chambre civile de la Cour de cassation avait estimé que le groupement d'intérêt économique ne peut pas réaliser des bénéfices. Cet argument se fondait à son tour sur les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 23 septembre 1967 selon lesquelles le groupement d'intérêt économique ne donne pas lieu par lui-même à réalisation et partage des bénéfices.

Déjà combattus en 1975 (*Voir note critique de Y. Guyon sous Cour de cassation (3^e ch. civ.), 18 févr. 1975, DS, op. cit., p. 367 et s.*), ces arguments de la juridiction suprême ont reçu de nouvelles flèches en 1980, lorsqu'à propos d'une affaire similaire, la Cour de cassation avait confirmé sa jurisprudence (*Cass. civ., 3^e, 22 janvier 1980, époux Gabiot et autres c/ époux Mianet, JCP, 1981, II, jur., 19492, note Guyon*). Les critiques visaient à détruire les arguments l'un après l'autre. Mais, en inversant pour commencer par la non-réalisation des bénéfices, par le GIE, la doctrine avait répondu que cette affirmation était à la fois «trop absolue» et «trop superfétatoire» (*E. de Pontavice, et J. Dupichot, Droit commercial, 1^{er} vol., Paris, 1979, n° 75-1*) : l'article 2 de l'ordonnance du 23 septembre 1967 ne formule pas une interdiction générale et absolue, analogue à celle que l'article 1^{er} de la loi du

1^{er} juillet 1901 a prévu à l'encontre des associations en matière de partage de bénéfices. Il n'impose pas que les GIE se constituent dans un but autre que la réalisation et le partage des bénéfices. D'une manière plus nuancée ou plus ambiguë, il dispose seulement que le GIE «ne donne pas lieu par lui-même à réalisation et partage de bénéfices». Un GIE peut donc mener à titre accessoire une activité bénéficiaire dès lors que son objet principal est le développement de l'activité économique de ses membres. Simplement n'acquiert-il pas personnellement ces bénéfices, ceux-ci appartenant à ceux qui l'ont constitué dès que leur existence a été constatée lors de l'approbation des comptes annuels (*Y. Guyon et Coquereau, Le groupement d'intérêt économique, 2^e éd., op. cit., n° 10 et 392*).

Pour ce qui est de l'absence d'une activité distincte de celle de ses membres, on a estimé que cette affirmation «se concilie mal avec l'article 3 de l'ordonnance du 23 septembre 1967 qui reconnaît au GIE le bénéfice de la personnalité morale et de la pleine capacité» (*Observations de Y. Guyon sous TGI, Orléans, 8 janvier 1980, D., 1980, p. 176*); en effet, ni la lettre, ni l'esprit de cette ordonnance n'interdisent aux GIE d'accomplir des actes de commerce, même pour leur propre compte (*Cass. com., 6 juin 1977, Rev. Soc., 1977, p. 742, note J. G.; 23 janv. 1979, JCP, 1979, éd. C.I., II, 13154*). Bien au contraire, a soutenu à juste titre un auteur, «ces actes constituent un moyen comme un autre de développer les activités économiques de leurs membres. Dès lors, le GIE peut être titulaire d'une clientèle commerciale personnelle, qui est le complément ou le prolongement de celle de ses membres. Rien ne justifie donc qu'il soit privé de la propriété commerciale pour le local où il exploite ce fonds de commerce» (*Y. Guyon, observations sous Cass. civ., 3^e, 22 janv. 1980, époux Gabiot et autres c/ époux Mianet, JCP, 1981, op. cit., 19492*).

56. Au terme de cette réplique, la doctrine a conclu que vraisemblablement, rien de solide ne pourrait justifier le refus de reconnaître au GIE, le bénéfice de la propriété commerciale (*A. Jauffret, note sous Paris, 7 juillet 1973, RTD com., 1974, p. 69; M. Pédamon, note in RTD com., 1974, p. 498*). Il suffit dans chaque cas d'espèce de se demander si le groupement a rempli les conditions posées par le décret du 30 septembre ou non. Est-il immatriculé au Registre du commerce? La réponse est évidente, car c'est à partir de cette formalité qu'elle jouit de la personnalité morale. Le fonds est-il exploité par un commerçant? Le GIE acquiert cette qualité lorsqu'il a un objet commercial. Le local sert-il à l'exploitation d'un fonds de commerce, ce qui suppose l'existence d'une clientèle? Il faudrait alors discriminer deux hypothèses : si le GIE n'a pas de clientèle propre parce qu'il traite uniquement avec ses membres (situation dans laquelle son objet se limite à la réalisation des opérations de gestion ou de recherche pour le compte des participants), il serait normal de lui refuser le droit à la propriété commerciale.

En revanche, s'il est en relation personnelle et directe avec le public, par exemple, pour vendre les biens produits de ses membres (quand bien même il ne serait que leur mandataire), du moment où l'on ne connaît que lui et fait confiance à sa dénomination ou à sa marque, ce ne serait qu'une conséquence logique que de lui reconnaître le pouvoir de conclure un bail commercial, car il exploite indiscutablement une clientèle (*Y. Guyon, note sous Cour de cassation (3^e ch. civ.), 18 févr. 1975, op. cit., p. 368; Y. Guyon, Droit des affaires, Droit commercial et des sociétés, t. I, op. cit., n° 284*).

57. Cette position favorable au bénéfice du droit au bail a finalement reçu plusieurs adhésions. Tel fut le cas du Conseil économique et social dans un avis adopté le 26 octobre 1976 (*JO, avis et rapports Conseil économique et social, 1976, p. 1162 et 1176*). Ce fut également le cas du Ministre de la Justice qui revenant par deux fois sur son interprétation antérieure (28 février 1970), avait affirmé qu'aucune disposition de l'ordonnance du 23 septembre 1967 ou du décret du 30 septembre 1953 n'interdit aux GIE de pouvoir bénéficier du droit au renouvellement du bail. En outre, a-t-il précisé, au cas où la jurisprudence leur déniait une telle faculté se généraliserait, une modification du décret de 1953 deviendrait nécessaire (*Rép. min., 23 août 1977, Rev. Soc., 1977, p. 773 et 13 sept. 1977, Rev. Soc., 1977, p. 773*).

58. La promesse légale s'est effectivement réalisée avec la loi du 13 juin 1989. Cette loi avait pour principal objet, d'introduire en droit français les dispositions subsidiaires, indispensables à l'entrée en application effective prévue pour le 1^{er} juillet de la même année, du règlement du Conseil des Communautés européennes du 25 juillet 1985 qui avait institué une structure dénommée «Groupement européen d'intérêt économique» (GEIE) (*Voir Petelaud, La construction de la Communauté européenne, et le Groupement européen d'intérêt économique (GEIE), Rev. Soc., 1986, p. 191*). Calqué sur le modèle du GIE français, ce dernier, instrument de coopération transnationale a pour but de permettre aux entreprises des pays membres d'exercer en commun certaines de leurs activités. À sa base, il y a un contrat passé entre ses membres qui doivent relever d'au moins deux États de la communauté. Tout GEIE doit être immatriculé et lorsque son siège se trouve en France, l'accomplissement de cette formalité lui permet de jouir de la personnalité morale. Il a alors un caractère civil ou commercial selon que son objet, absolument rattaché à l'activité de ses membres qu'il doit développer, améliorer, sans jamais se substituer à elle ni l'absorber (*Articles 1 et 2, Loi du 13 juin 1989*), relève de l'une ou de l'autre branche du droit.

En outre, selon le règlement du Conseil des Communautés européennes du 25 juillet 1985, le GEIE peut être constitué sans capital. De même, il a la capacité d'accomplir pour son propre compte des actes juridiques de toute nature. Dans la même logique, son but

n'est certes pas de réaliser des bénéfices par lui-même (*Article 3 § 1, Règlement du 25 juillet du Conseil des Communautés européennes*). Toujours est-il que s'il en réalise, ceux-ci «sont considérés comme bénéfices des membres et répartis entre eux dans la proportion prévue au contrat du groupement, ou à défaut, en parts égales» (*Article 3 § 1, Règlement du 25 juillet, ibid.*).

C'est ce modèle que le législateur français s'est trouvé quelque peu contraint de suivre en apportant une profonde modification à l'ordonnance du 23 septembre 1967 par l'effet de la loi du 13 juin 1989. À partir de là, le GIE comme le GEIE ont eu la même définition : une structure ayant pour but «de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité». Son objectif «n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même» (*M. Pédamon, Loi du 13 juin 1989, octroi aux groupements d'intérêt économique ayant un objet commercial et accomplissant des actes de commerce pour leur propre compte, du bénéfice du statut des baux commerciaux, RTD com., 1989, p. 650*). Cette nouvelle formulation de l'article 1^{er} alinéa 2 de l'ordonnance de 1967 est parfaitement claire. La doctrine qui estime qu'elle a autorisé de manière implicite le GIE à l'instar de son homologue européen, à réaliser des bénéfices ne se trompe pas. Cette interprétation nous paraît d'autant plus pertinente que le nouvel article 3 alinéa 2 de l'ordonnance de 1967 sus-cité renchérit : «Le groupement d'intérêt économique dont l'objet est commercial peut faire de manière habituelle et à titre principal tout acte de commerce pour son propre compte. Il peut être titulaire d'un bail commercial».

Est-il possible d'être plus péremptoire que cette disposition? En tout état de cause, dans le système français, les GIE ont la latitude d'exercer une activité commerciale par eux-mêmes, d'en tirer profit, ce qui implique l'existence d'un fonds de commerce autonome, et par conséquent, de pouvoir bénéficier du bail commercial. On peut ainsi citer à titre d'illustration le cas de celui dont l'objet est d'acheter le produit de ses membres pour les revendre à l'intérieur et/ou à l'extérieur, avec sa marge bénéficiaire. Peu importe qu'il les revende sous leur propre marque ou non (*Ceci est également valable pour les GEIE immatriculés en France*).

59. Dès lors, il est permis de se demander si cette solution est transposable en droit OHADA. La prudence s'impose. L'article 870 de l'AUDSG dispose en effet : «le groupement d'intérêt économique ne donne pas lieu par lui-même à réalisation et à partage des bénéfices. Il peut être constitué sans capital».

S'il faut interpréter cette disposition par rapport à l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation (*Cour de cassation (3^e Ch. civ.), 18 février 1975 et Cass. civ. 3^e, 22 janvier 1980, op. cit.*) qui se fondait sur l'absence de réalisation des bénéfices pour refuser le droit à la propriété commerciale au GIE, la

réponse serait évidente : les GIE de l'espace OHADA n'auraient nullement droit au bail commercial. Mais, cette interprétation est inadmissible, et on se souvient qu'elle a été âprement combattue par la doctrine (*Voir notamment, Y. Guyon, note sous Cour de cassation (3^e ch. civ.) 18 févr. 1975 et sous Cass. civ. 3^e, 22 janv. 1980, op. cit.; M. Pédamon, Loi du 13 juin 1989, octroi aux groupements d'intérêt économique ayant un objet commercial et accomplissant des actes de commerce pour leur propre compte, du bénéfice du statut des baux commerciaux, op. cit.*), jusqu'à son renversement par la loi du 13 juin 1989.

60. Nous sommes d'avis que les GIE fassent entièrement partie des privilégiés du statut des «baux à usage professionnel» (*expression née de la réforme du 14 décembre 2010 comme déjà indiqué*) pour des raisons simples : ces institutions ne sont pas interdites d'assurer leur immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier (*A. Delabrière, Le Registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM), instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace OHADA, Penant, 2002, numéro spécial, sûretés et garanties bancaires, p. 369 et s.*). Elles jouissent d'ailleurs de la personnalité morale et de la pleine capacité à compter de l'accomplissement de cette formalité (*Article 872 AUDSG*). Cette «personnalité morale n'est ni évanescence, ni douteuse. Elle est complète» (*Voir Y. Guyon, note sous cour de cassation (3^e Ch. civ.), 18 févr. 1975, DS, 1975, p. 368*) Ils peuvent légitimement avoir la qualité de commerçant lorsque leur objet est commercial. Ils ont le droit de louer des locaux pour usage commercial («Le GIE est civil ou commercial en fonction de l'activité qu'il exerce». *Voir P. G. Pougoué, F. Anoukaba et J. Nguebou, Commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique, in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, op. cit., p. 563; Y. Guyon, Les groupements d'intérêt économique dans le commerce de détail après les lois du 11 juillet 1972, DS, 1975, p. 368*).

C'est sur ce point justement que peut surgir un débat. Il est en effet possible de se dire que du moment où le groupement ne donne pas lieu par lui-même à réalisation et à partage de bénéfice, il n'a aucun fonds de commerce propre, donc pas de clientèle propre et en définitive pas droit au bail commercial. Ce serait une grosse erreur que de le dire dans l'absolu. Certes, si le groupe est seulement en relation avec ses membres, l'argumentaire du refus pourrait prospérer. Mais, s'il est en relation directe avec le public et se charge, par exemple, de vendre les produits de ses membres, il ne serait que normal de lui reconnaître le pouvoir de tirer avantage du bail commercial. En effet, lorsqu'il est mandataire de ses membres, le public le connaît, lui fait confiance et toute instabilité par rapport au local dans lequel il exerce son activité pourrait immédiatement se répercuter sur la situation de ceux qui l'ont mis sur pied.

Afin d'éviter des situations déplorables, nous pensons qu'il faut faire simple en admettant l'application des dispositions du bail aux locaux ou immeubles loués par les GIE à usage commercial.

61. Le problème ainsi traité sous l'aspect commercial ou industriel pourrait rebondir par rapport aux locaux loués par les groupements de même nature pour un usage artisanal ou professionnel. Une fois de plus, il est loisible de dire que si le groupement est régulièrement constitué et développe son activité en toute légalité, lui reconnaître le privilège du statut des baux commerciaux ne serait nullement trahir la pensée du législateur. Bien au contraire, il s'est voulu libéral et les textes méritent d'être interprétés dans cet esprit.

62. Seulement, peut-on se demander si un GIE spécialisé dans les activités agricoles est habilité à jouir du même privilège. La réponse négative s'impose, car d'une part, le GIE n'est pas commercial à raison de sa forme. Il ne peut donc prétendre à la propriété commerciale en prenant appui sur ce critère. D'autre part, l'activité agricole étant distincte des activités commerciales, industrielles, artisanales ou professionnelles dont fait allusion l'article 69 (*nouvel art. 101*) de l'AUDCG, ce serait aller à l'encontre des normes que d'admettre que les GIE opérant dans le secteur concerné puissent également jouir des bienfaits du statut des baux commerciaux. Mais, pour revenir à l'extension aux professionnels, il est irrésistible de se demander si le législateur OHADA n'est pas implicitement favorable à l'exercice d'un fonds libéral au même titre qu'un fonds de commerce.

Tous ceux qui ne peuvent se prévaloir du statut des baux commerciaux sont obligés de se contenter des règles du droit commun qui régissent le louage. Ces dernières règles sont formulées et organisées par le Code civil. C'est donc ici que les agriculteurs, par exemple, ou toutes personnes désireuses de prendre à bail un local pour habiter doivent trouver la source des normes qui s'appliquent à leurs contrats. On peut toutefois se demander s'il n'est pas possible qu'au lieu de conclure un tel bail, les parties optent plutôt pour l'application des règles du bail commercial. Autrement dit, les non-commerçants, non-artisans, non-professionnels, ont-ils le droit pour une raison quelconque de faire appliquer les règles du bail commercial dans le contrat de location conclu entre eux?

63. En droit français où la question concerne surtout les professionnels, il y a eu diverses réponses aussi bien en doctrine (*J. Derruppé, Brière de l'Isle, Maus et Lafarge, Baux commerciaux, n° 114; Petit Guide des baux commerciaux : Ann. Loyers, 1983, n° 72 et s.; Legrand, Le droit au renouvellement et l'immatriculation au registre du commerce : Rev. Administrer, mai 1981, p. 2 et s.; Lafond, Enseignements pratiques de la jurisprudence récente en matière de baux commerciaux, JCP, 1985, Prat., 9523, p. 485*) qu'en jurisprudence (*Pour les*

juridictions de fond, Paris 21 mai 1957, JCP, 1957, II, 10071, Rev. Loyers, 1957, p. 350; Rouen 9 juillet 1971, D., 1971, somm., p. 194, Rev. Loyers, 1972, p. 411, note Viatte, AJDI, 1972, n° 530, Rouen, 31 octobre 1979, Bull. dr. affaires, 1979, n° 23, p. 13, Paris, 16 déc. 1982, Loyers, 1983, n° 250. Pour la Cour de cassation, civ. III, 8 déc. 1982, Loyers, 1983, n° 87; 6 juillet 1982, D., 1982, IR, p. 505, Loyers, 1982, n° 381; 3 nov. 1988, Bull. civ. III, n° 153, p. 83 avec dans cette dernière décision une formule limpide : «[...] ayant justement rappelé que les parties peuvent fixer librement les conditions d'un bail non soumis à un régime particulier»). Sans rentrer dans toutes les subtilités parce qu'à notre sens, superflues, il faut simplement dire qu'il y avait deux tendances. L'une favorable à la possibilité d'extension du statut dont il s'agit à des situations qui n'en relèvent pas, et l'autre hostile à cette latitude.

64. En fin de compte, c'est la possibilité d'extension qui a triomphé. On l'a fondé sur le principe de la liberté contractuelle (*Voir les auteurs suivants : Viatte, L'extension volontaire du statut des baux commerciaux, Rev. Loyers, 1970, p. 254; Guérin, Deux cas discutés d'application éventuelle du statut des baux commerciaux, JCP, 1983, Prat., 8807; Givord, in J.-Cl. Notarial, v° bail à loyer, fasc. 1270, n° 8 et s., p. 4 et s.; M. Pédamon, Extension conventionnelle du champ d'application du statut des baux commerciaux, conditions auxquelles est subordonnée cette extension, RTD com., 1991, p. 183 et s.; J. Berthault, note sous cass. (3^e Ch. civ.), 4 janvier 1995, Aff. SCI des Lacs c/ Bergeaud, Rev. Loyers, 1995, n° 756, p. 230*). L'article 1134 du Code civil qui énonce ce principe pose que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Mais, cette possibilité est subordonnée à la réunion de deux conditions : l'absence d'un statut d'ordre public applicable, et la manifestation de la volonté des parties au contrat.

65. Par rapport à la première condition, l'extension conventionnelle du champ d'application du statut des baux commerciaux ne doit pas constituer une manœuvre visant à tourner l'application d'un statut d'ordre public. En effet, s'il en existe, il est impératif, que ce dernier gouverne toutes les situations pour lesquelles il a été édicté. Ainsi, l'on sait que le législateur français a organisé un statut des baux ruraux assorti d'un caractère d'ordre public. Si le bien concerné est une exploitation rurale (agriculture ou élevage notamment), la location ressortit du domaine des baux ruraux et les parties ne peuvent alors au moyen d'une convention, soumettre la location au régime des baux commerciaux. De la même manière, en raison de son caractère d'ordre public, il n'est pas possible de substituer au statut des baux d'habitation, celui des baux commerciaux. La possibilité d'appliquer ce dernier aux locaux professionnels est sous le coup de la même interdiction (*Voir note anonyme sous Cour de cassation (Ch. soc.), 9 mai 1967, DS, 1967, p. 550; S. Laporte-Leconte, obs. sous Cour de cassation, 3^e Ch.*

civ., 7 novembre 2001, *Duran (M.) c/ Folli (Epx)*, *AJDI*, 2002, p. 133). Celle-ci a été introduite expressément par l'article 39 de la loi du 6 juillet 1989 qui a inséré dans la loi du 23 décembre 1986, l'article 46 selon lequel les dispositions du titre 1^{er} de la loi sont d'ordre public.

66. En ce qui concerne la seconde condition, c'est-à-dire l'expression par les parties de leur volonté d'étendre le statut aux baux commerciaux, il n'y a pas d'exigence particulière. Il faut seulement que cette volonté soit clairement exprimée, qu'elle ne fasse aucun doute. Selon la jurisprudence (*Cass. civ.*, III, 6 juillet 1982, *D.*, 1982, *op. cit.*, Paris (16^e ch. B), 16 déc. 1982, *Loyers*, 1983, n° 250; *Cass. 3^e civ.*, 4 mars 1987, 1, *pan. jur.*, p. 117; 30 juin 1990, *Loyers et Copr.*, 1981, n° 164); *CA Paris*, 31 mars 1992, *D.*, 1992, *somm.*, p. 66; *CA Paris*, 4 févr. 1993, *D.*, 1993, *IR*, p. 122; *CA Versailles*, 4 févr. 1993, *Gaz. Pal.*, 1994, I, *somm.*, p. 66; *CA Paris*, 16^e ch. B., 6 mars 1998, *Loyers et Copr.*, 1998, p. 13, *note Brault et Martelet*; *Cass. ass. plén.*, 17 mai 2002, *Loyers et Copr.*, 2002, p. 11, *note P. H. Brault et Paola Pereira-Ousouf*) approuvée d'ailleurs par la doctrine (*Derruppé*, *Bière de l'Isle*, *Maus et Lafarge*, *Baux commerciaux*, *op. cit.*, n° 116), il faut «la preuve d'un engagement conscient et sans équivoque» (*Voir J. Lafond*, *Enseignements pratiques de la jurisprudence récente en matière de baux commerciaux*, *Prat.*, *op. cit.*, p. 486; *B. Vial Pédroletti*, *note sous Cass. 3^e civ.*, 25 avril 2001, *Loyers et Copr.*, 2001, p. 7, *note anonyme*, *Rev. Loyers*, 2001, n° 819, p. 329).

67. Au total, dès lors que les parties ont satisfait à la double exigence ainsi présentée, elles ont la possibilité de bénéficier du statut des baux commerciaux, alors qu'elles ne sont ni commerçantes ni faisant partie des privilégiés du législateur. Il se trouve qu'une fois de plus, la notion de commerçant perd davantage de considération. Les rédacteurs des textes OHADA ont-ils intégré cette évolution?

Indiquons à titre préliminaire que, dans l'arsenal consacré au bail commercial, un certain nombre de dispositions ont été déclarées comme ayant un caractère d'ordre public. Il s'agit des articles 69, 70, 71, 75, 78, 79, 85, 91, 92, 93, 94, 95, 98 et 101 (*art. 107, 110, 111, 117, 123, 124, 125, 126, 127, 130 et 133 du nouveau texte*) de l'Acte uniforme portant droit commercial général. Le caractère ainsi attribué à quatorze articles sur un total de trente et trois (*soit 11 sur un total de 33 articles dans la version modifiée*) qui constituent le titre I portant sur le bail commercial n'est pas innocent, encore faudrait-il être naïf pour penser ainsi. En effet, le législateur a voulu «préserver une sécurité juridique minimale en la matière». Cet ensemble de règles obligatoires vise à limiter «la liberté contractuelle» et à créer «un régime différent de celui du droit commun» (*P. Santos*, *Commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général*, in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, *Juriscopus*, *op. cit.*, p. 255). Est-ce alors à dire que ce bloc est hermétique et infranchissable?

68. Il est particulièrement important avant de donner toute réponse, de bien analyser vers quel sens joue la notion d'ordre public ici. Dire qu'une disposition est d'ordre public, signifie qu'elle doit s'appliquer dans toutes les situations qu'elle régit. Les parties n'ont aucune possibilité ni d'atténuer son effet, encore moins de l'évincer. Aucune stipulation contractuelle ne peut viser à la neutraliser (*Voir Tribunal régional de Niamey*, *ord. de référé n° 183 rendue le 19/08/2003*, *Jamil Aouad Michael c/ Amadou Hamidou*, *Obadata J-04-71*).

Dans le cadre précis du droit commercial, la notion d'ordre public signifie que le statut doit recevoir application, et de manière automatique, dès lors que le contrat rentre dans son domaine. Ainsi, une fois que l'on se trouve dans une ville de plus de cinq mille habitants, tous les baux des locaux ou immeubles à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel, par exemple doivent de manière naturelle être régis par les dispositions textuelles prévues à cet effet. Il est formellement interdit d'y déroger, ni de manière partielle, ni en totalité.

Cette précision apportée, rappelons que ce n'est pas cette hypothèse qui nous préoccupe au premier chef. L'interrogation initiale était de savoir, non pas si dans un cas d'application normale du statut du bail commercial l'on peut y déroger, mais plutôt de dire s'il est possible d'étendre les frontières de ce statut aux situations qui sont normalement hors de leur sphère.

69. En droit comparé, cette extension est possible à condition de ne pas tourner une règle d'ordre public et que les parties manifestent clairement leurs volontés (*La possibilité de se placer volontairement sous un statut impératif vaut d'ailleurs aussi bien pour les baux commerciaux que pour les baux d'habitation. L'essentiel est de réunir les deux conditions. Peu importe que le locataire soit une personne morale. Cass. civ.*, 23 mai 1995, *Bull. civ. III*, n° 126; *CA Paris*, 6^e ch. B, 26 nov. 1998, *Loyers et Copr.*, 1999, p. 10, *note G. Vigneron*).

En commençant par la seconde condition, elle ne pose pas de problèmes particuliers dans la mesure où le débat actuel se situe à une phase théorique. Ce n'est qu'après admission de la possibilité, que dans sa mise en œuvre, on chercherait à savoir si les parties ont clairement exprimé leur volonté univoque.

Le nœud de la réflexion reste donc au niveau de la première condition : l'absence d'un statut d'ordre public applicable. En inversant l'approche, on peut se demander si dans l'espace OHADA, existent des baux de nature spéciale tels les baux d'habitation ou les baux ruraux avec un caractère d'ordre public, de telle sorte qu'il est interdit aux parties de les mettre entre parenthèses pour soumettre leur contrat au statut des baux commerciaux (*Le problème des baux professionnels ne se pose pas car l'extension du régime des baux commerciaux couvre également l'activité des professionnels*).

Dans la quasi-totalité des pays membres de l'OHADA, l'on peut se rendre compte qu'en marge du statut des «baux commerciaux», il n'y a qu'un autre statut régi

par le Code civil, celui du droit commun de louage. Ce dernier a-t-il un caractère impératif? Assurément non.

70. En guise de conclusion, il est à notre sens parfaitement possible aux parties à un contrat de bail de retenir l'application du régime des baux dont il est question dans la présente étude, par l'exploitation de la technique de l'extension conventionnelle. Il suffit seulement que la convention soit librement et légalement conclue. Il y aurait là un effritement sensible du monopole initial des commerçants dans la conclusion du «bail commercial», avec une autre conséquence : le risque d'assister à une élévation regrettable du montant des loyers.

Évidemment, rien n'empêche aux parties de procéder purement et simplement à un changement de la destination des lieux loués, et donc de passer par exemple d'un bail à usage d'habitation à un bail commercial. Tel est le cas de l'exploitation d'un restaurant dans un local originellement à usage d'habitation (*Voir CA d'Abidjan, Arrêt, n° 689 du 16/06/2001, affaire M. El Barie Mohamed c/ M. Kouame Aduo Luc (La SCPA Indénie), Obadata J-04-100*)

Si l'extension du champ d'application des «baux commerciaux» est heureuse dans la mesure où elle garantit la protection efficace des différents bénéficiaires, il faut bien que les conditions fixées à cet effet soient réunies.

Chapitre 2 : Conditions d'exécution du bail commercial (bail à usage professionnel)

71. Le législateur OHADA a mis sur pied une nouvelle réglementation des baux commerciaux (*plus récemment, baux à usage professionnel*). Celle-ci ne fait nullement allusion au droit commun du bail. Or, la question peut se poser de savoir si ce dernier est encore applicable. La doctrine qu'il y a lieu d'approuver estime que le droit commun peut toujours recevoir application si la situation l'exige car ne pas l'évoquer ne signifie pas l'exclure (*Voir A. P. Santos et J. Yado Toé, OHADA, Droit commercial général, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, op. cit., p. 169*). Par ailleurs, il va de soi que le contrat ne peut être interprété que conformément aux principes généraux du droit des obligations, notamment ceux des articles 1156 et suivants du Code civil.

En conséquence, les lacunes de la réglementation spéciale OHADA sur les baux commerciaux doivent naturellement être comblées par les dispositions pertinentes du Code civil.

72. Relativement aux conditions spéciales et précisées sur le plan de la forme, la jurisprudence a posé un important principe : l'Acte uniforme portant droit commercial général ne s'applique pas aux contrats conclus avant son entrée en vigueur (*Voir CS d'Abidjan, arrêt,*

n° 258 du 07/03/2003, affaire Akpoue Ouakou c/ Dame Adjou Venery, Obadata J-03-247). Mais, à partir du 1^{er} janvier 1998, il gouverne les modalités d'exécution de tout contrat (*Voir CA Dakar, arrêt, n° 144 du 03/10/2002, affaire Assad Gouffari c/ Jacques Resk, Obadata J-05-59*) et est bien distinct du bail à usage d'habitation qui est régi par l'AUDCG (*Voir CA d'Abidjan, arrêt, n° 374, du 17/03/2000, affaire D. c/ S., Obadata J-03-74*).

Pour aller plus loin, il est nécessaire d'examiner la conclusion du bail (Section 1), les obligations des parties (Section 2) et les prérogatives du preneur (Section 3).

Section 1 - Conclusion du bail

La conclusion d'un tel bail suppose que les précisions idoines soient données aussi bien sur la durée du contrat (§1) que sur le montant du loyer (§2).

§1 - Durée du bail

73. Avant l'entrée en vigueur du Droit OHADA, une certaine confusion terminologique régnait en matière de durée des baux commerciaux. Le texte alors applicable (loi du 30 juin 1926 dans ses diverses modalités déjà présentées) dans la quasi-totalité des États d'Afrique francophone distinguait 2 types de bail : un bail dit «écrit», pour désigner celui dont la durée était fixée, et un bail dit «verbal», pour traduire celui dont la durée n'avait pas été déterminée, et ceci même s'il avait été passé par écrit.

La nouvelle législation a mis fin à cette confusion et il y a eu une évolution remarquable. Les articles 71 et 72 (*art. 103 et 104 du nouvel Acte uniforme portant droit commercial général*) AUDCG indiquent que le contrat peut être à durée déterminée ou à durée indéterminée. Tout dépend de la volonté des parties. Le premier texte dispose : « Est réputé bail commercial toute convention, même non écrite, existant entre le propriétaire d'un immeuble ou d'une partie d'un immeuble [...] et toute personne physique ou morale, permettant à cette dernière, d'exploiter dans les lieux avec l'accord du propriétaire, toute activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle ».

L'article 72 (*nouvel article 104*) particulièrement se veut clair : « Les parties fixent la durée des baux [...]. À défaut d'écrit ou de terme fixé, le bail est réputé conclu pour une durée indéterminée ». L'application de cette disposition est constamment exigée par les juges (*Voir Tribunal régional hors classe de Gagnoa, jugement, n° 01 du 18/06/2001, affaire F.Y. c/ La COOPEC de Guiberoua, Juris Ohada, n° 1/2005, janv.-mars 2005, p. 48, Obadata J-05-19*).

74. À travers cette réglementation, le législateur OHADA s'est écarté considérablement de la législation française où depuis la loi du 12 mai 1965 (*Voir actuellement, article L.145-4 du Code de commerce*)

et dans l'otique de garantir une relative stabilité dans l'exploitation du fonds de commerce, la durée des baux commerciaux a été fixée à 9 ans. Cette règle est en principe d'ordre public et n'admet que quelques atténuations : à l'expiration de chaque période de 3 ans, il peut être mis fin au bail en donnant congé 6 mois au moins à l'avance et sans avoir à fournir aucune justification ; le locataire dispose également d'une faculté de résiliation à tout moment s'il demande à bénéficier de ses droits de retraite ou de ses droits à pension d'invalidité. Mais il doit encore donner congé au moins 6 mois à l'avance. Le bailleur quant à lui n'est investi de la faculté de résiliation triennale qu'en vue de reconstruire, surélever ou restaurer l'immeuble. Dans la même logique, selon l'article L.145-5 du Code de commerce français, les parties peuvent lors de l'entrée dans les lieux par le preneur (premier bail), déroger à la règle totalement ou partiellement au statut des baux commerciaux en prévoyant une durée au plus égale à 2 ans. Mais dans tous les cas, l'échéance doit être connue comme d'ailleurs le montant des loyers.

§2 - Montant des loyers

75. La matière des baux commerciaux est globalement d'ordre public (Voir article 102 ou 134 nouveau de l'AU révisé le 15 décembre 2010 (et nouvel article 134 avec l'énumération faite plus haut), AUDCG : sont d'ordre public les dispositions des articles 69, 70, 71, 75, 78, 79, 85, 91, 92, 93, 94, 98 et 101 de l'Acte; CA Dakar, arrêt, n° 144 du 3 oct. 2002, *Obadata com. Obadata J-05-59*), ce qui semble exclure le recours à l'arbitrage. Mais, la fixation du loyer conserve un caractère contractuel (Y. Guyon, *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, t. I, 11^e éd., op. cit., n° 677, p. 724).

Au moment de la conclusion du bail, les parties ne subissent aucune contrainte en ce qui concerne le loyer initial dont la fixation résulte du jeu de l'offre et de la demande. Aucun maximum n'est imposé, la seule exigence qui ressort du droit commun étant que le prix soit réel et sérieux (Voir J. Gatsi, *Pratique des baux commerciaux dans l'espace OHADA*, 2^e éd., collection droit des affaires, Presses universitaires libres, Douala, 2008, op. cit., n° 545, p. 283; M. Pédamon, *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats de commerce*, précis Dalloz, 2^e éd., Paris, 2000, n° 338, p. 261). Pendant longtemps, le bailleur exigeait un pas-de-porte qui tend aujourd'hui à disparaître (Voir Y. Guyon, *ouvrage*, op. cit., n° 674, p. 721; A.P. Santos et J. Yado Toé, *Droit commercial général*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2002, op. cit., n° 310, p. 192), bien que cette pratique soit licite (Civ. 3, 15 févr. 1995, *Bull. civ. III*, n° 50, p. 35; Civ. 3, 12 oct. 1976, *RDC*, 1977, 280; Civ. 3, 11 oct. 1978, *Rev. Loyers*, 1979, 39; Civ. 3, 23 janv. 1980, *Bull. civ. III*, n° 21, p. 14).

Le principe de la liberté contractuelle applicable permet aux parties de fixer un loyer adapté à l'état

de l'immeuble loué ou en mettant sur pied des conditions de révision qui leur sont convenables. Mais cette liberté ne comporte pas la faculté de conclure un bail perpétuel. Un tel bail serait nul parce que contraire à la prescription de l'article 1709 du Code civil qui impose que la jouissance d'une chose soit accordée pour un certain temps.

76. Selon l'article 84 (*nouvel article 116*) de l'AUDCG, le loyer est révisable dans les conditions fixées par les parties ou à défaut, à l'expiration de chaque période triennale. Les parties bénéficient aujourd'hui d'une plus grande liberté dans la révision du loyer. Il suffit qu'elles usent de cette liberté dans une clause de leur contrat de bail. L'AUDCG leur accorde par ailleurs la possibilité de révision tous les trois ans, uniquement en cas de silence des parties au contrat. Lorsque le contrat prévoit par exemple une date à laquelle une révision est envisageable, le bailleur ne peut procéder à une révision du loyer avant cette échéance (Voir *Tribunal de première instance de Gagnoa, jugement, n° 61 du 18 juin 2001, affaire F.Y. c/ La COOPEC de Guiberoua, op. cit.*).

Le principe en ce dernier domaine est donc celui de la liberté contractuelle (CA Abidjan, arrêt n° 350 du 25 mars 2003, *Juriscopie, org. Obadata. Com/Obadata J-03-275; Tribunal de première instance de Gagnoa, jugement, n° 61 du 18 juin 2001, affaire F.Y. c/ La COOPEC de Guiberoua, Juris Obada, n° 1/2005, janv.-mars 2005, p. 48, Obadata J-05-19; Tribunal de première instance de Cotonou, jugement, n° 018/2^e C-COM, RG n° 021/2000, Mme Adjanoboun Odette c/ Héritiers Assouramanou Mathias, Obadata J-04-401).*

77. Cependant, lorsque les parties n'ont pas conclu un accord ou alors lorsqu'elles n'ont pas prévu dans leur contrat une clause de révision, elles doivent faire recours au juge à l'expiration de chaque période triennale pour la fixation du loyer révisé (*Tribunal de première instance de Banganté, jugement, n° 10/civ. du 17 avril 2003, affaire Tchoumba Dieudonné c/ Société General Distribution (GDB), Obadata J-05-166; Tribunal de première instance de Cotonou, jugement, n° 018/2^e C.-Com., RG n° 021/2000, Mme Adjanoboun Odette c/ Héritiers Assouramanou Mathias, Obadata J-04-288; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement du 02/07/2002, affaire Moussa Ndiaye et Seynabou c/ GIE Promo cine, Obadata J-03-49).*

La révision triennale du loyer en cas de carence de la volonté des parties a un caractère légal, mais elle n'est pas automatique ; elle doit être demandée par le bailleur (Y. Guyon, *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, t. I, 11^e éd., Economica, Paris 2001, op. cit., n° 674, p. 721).

78. C'est en considération de la valeur locative que les juges fixent le montant du loyer révisé (Voir *Tribunal de grande instance de la Menoua à Dschang, jugement civil, n° 02 du 10 oct. 2005, affaire Kendem Maurice*

c/ Amicale la Renaissance représentée par Dongmo Étienne, Ohadata J-07-43; Cour d'appel de Ouagadougou, arrêt, n° 84 du 16 juill. 2004, affaire Burkina & Shell c/ Ouédraogo Sibiri Philippe, Ohadata J-05-228; Cour d'appel d'Abidjan, arrêt, n° 236 du 10 févr. 2004, affaire Société de coordination et d'ordonnement Afrique de l'Ouest dite SCO c/ Caisse autonome d'amortissement dite CAA, Ohadata J-04-495). La juridiction compétente se doit désormais de le faire « à bref délai » (Voir nouvel article 117 AUDCG).

Ils tiennent compte en cette matière de certains éléments comme le lieu de situation des locaux objet du bail, de leur superficie, leur état de vétusté et le prix des loyers commerciaux couramment pratiqués dans le voisinage pour des locaux similaires (Voir article 85 (nouvel article 117), alinéa 2 de l'AUDCG; CA d'Abidjan, arrêt, n° 1009 du 14/11/2000, affaire Société Transports Saint Christophe c/ SERIFA, *Le Juris-Ohada*, n° 3/2003, juill.-sept. 2003, p. 60, Ohadata J 04-116). Mais par l'emploi de l'adverbe « notamment », le législateur prévoit que lorsque les circonstances l'exigent, le juge peut faire valoir son sens de créativité et de dynamisation du droit en constituant de nouveaux critères. Tel est le cas du chiffre d'affaires réalisé par le preneur au cours d'une période donnée. Bien plus, les juges peuvent au besoin faire recours aux services d'un expert pour fixer le nouveau loyer (Voir Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement, n° 153 du 22 janvier 2002, affaire Kamil Akdar c/ Mohamed Fettouny, Ohadata J-05-58). Et lorsque celui-ci est d'ailleurs défaillant et ne dépose pas son rapport d'expertise dans le délai imparti, il est procédé à la désignation d'un nouvel expert, les dépens étant à la charge du défaillant (Voir Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement, n° 1592 du 28 août 2001, affaire Abdarakhmane Niakaté, représentant Agence Marega c/ Abdel Magib Laklalech, Ohadata J-05-57).

Lorsque le bail est normalement conclu, il crée des obligations.

Section 2 - Obligations des parties

79. Elles sont instituées par les articles 73 à 83 (art. 105 à 115 du nouveau texte) de l'AUDCG. Ces textes mettent respectivement l'accent sur les obligations du bailleur (§1) et du preneur (§2).

§1 - Obligations du bailleur

80. Elles sont de trois ordres et sont sous-tendues par l'idée d'assurer une protection suffisamment accrue du preneur. Elles commencent par une obligation de délivrance (A), se poursuivent par celle d'entretien (B) et sont renforcées par des garanties instaurées pour éviter les troubles de jouissance (C).

A - Obligation de délivrance

81. Elle est posée par l'article 73 (nouvel art. 105) de l'AUDCG en ces termes : « le bailleur est tenu de délivrer les locaux en bon état ».

Celle-ci constitue la toute première obligation pesant sur le bailleur. Elle consiste en la mise des lieux ou des locaux à la disposition du preneur en vue de sa jouissance. L'obligation de délivrance s'exécute donc par rapport à l'ensemble de la matière convenue entre les parties : la chose elle-même et les accessoires indispensables à son utilisation (Voir A. P. Santos et J. Yado Toé, *OHADA, Droit commercial général, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, op. cit., p. 175*).

L'article 1720 du Code civil français qui a inspiré l'article 73 (nouvel art. 105) de l'AUDCG, prescrit au bailleur de « délivrer la chose en bon état de réparation de toute espèce ». Précisément, dans la perspective de la délivrance, le bailleur se doit de procéder à toutes les réparations nécessaires pour une meilleure jouissance des biens ou du local.

82. La question peut se poser de savoir s'il existe des paramètres objectifs permettant de juger si les locaux sont en bon état ou non. Selon la doctrine, qu'il y a lieu d'approuver, ce jugement est laissé à la libre appréciation des parties (Voir A. Bénabent, *Droit civil, les contrats spéciaux, Paris, Montchrestien, 1998, 2^e éd.*).

83. Pour la jurisprudence qui est allée dans le même sens, par application du principe de la liberté des conventions, toute stipulation visant à permettre au preneur de prendre possession du local dans son état actuel, sans besoin d'aménagement quelconque est valable (Voir *Civ. 3^e, 6 juin 1978, D., 1979, p. 461, note H. Capitant; soc., 11 fév. 1955, Bull. IV, no 122, p. 87; soc., 12 nov. 1959, Bull. IV, no 1115, p. 885*).

En tout état de cause, l'alinéa 2 de l'article 73 (nouvel art. 105) de l'AUDCG établit une présomption de délivrance des locaux en bon état à l'avantage du bailleur. Celui-ci est censé s'être acquitté de son obligation lorsque le bail est écrit ou lorsque le preneur a signé le contrat de bail sans formuler des réserves quant à l'état des locaux.

En cas de contestation sur l'exécution de l'obligation de délivrance qui incombe au bailleur; en l'occurrence si le preneur soutient n'avoir reçu qu'une partie de la chose louée, la jurisprudence décide qu'il appartient au bailleur de prouver qu'il a satisfait intégralement à son obligation (*Civ. 3^e, 30 oct. 1972, Bull. civ. III, no 563, p. 414*).

B - Obligation d'entretien

84. Aux termes de l'article 74 (nouvel art. 106) de l'AUDCG, le bailleur est tenu de faire procéder à ses frais dans les lieux loués à toutes grosses réparations devenues nécessaires et urgentes.

Cette obligation a une justification simple : permettre l'exploitation du fonds de commerce dans les conditions satisfaisantes pour lesquelles les lieux ont été loués.

Le législateur OHADA s'est voulu particulièrement clair et précis en définissant la notion de « grosses réparations ». Il faut entendre par là celles des gros murs, des voûtes, des poutres, des toitures, des murs de soutènement, des murs de clôture, des fosses sceptiques et des puisards.

Il importe de le souligner, cette énumération de l'article 74 (*nouvel art. 106*) al. 3 n'a pas un caractère exhaustif. Par l'utilisation de l'adverbe notamment, les rédacteurs de cette disposition voudraient que la liste ne soit qu'indicative.

Pendant toute la durée des travaux, le preneur en supporte les inconvénients (*Article 74 al. 2 (nouvel art. 106, al. 2) AUDCG*). Mais le montant du loyer est alors diminué en proportion du temps et de l'usage pendant lequel ce dernier a été privé de l'usage des locaux (*Article 74 alinéa 4 (nouvel art. 106, al. 4) AUDCG*).

Et si les réparations urgentes sont de telle nature qu'elles rendent impossibles la jouissance du bail, le preneur a la latitude de demander sa suspension pendant la durée des travaux. La juridiction compétente étant tenue de statuer à bref délai, rien n'empêche qu'il sollicite plutôt la résiliation judiciaire (*Voir nouvel article 106 AUDCG*).

Toutefois, en cas de résistance du preneur, il est permis au bailleur de s'adresser à une juridiction pour obtenir l'autorisation de faire évacuer les lieux aux fins de procéder à de grosses réparations. Mais, l'examen de la demande de suspension des baux concernés n'est pas de la compétence du juge des référés (*Voir Tribunal régional hors classe de Dakar, ordonnance de référé, Yoro Kam c/ Éléonore de Oliviera et autres, Obadata J-03-35*).

85. En droit comparé et particulièrement en droit français, la question s'est posée de savoir si au moyen d'une convention, les parties peuvent apporter des dérogations à l'article 1720 du Code civil, imposant l'obligation d'entretien au bailleur pour mettre celle-ci plutôt à la charge du preneur. Selon la Cour de cassation qui a répondu par la négative, « la réparation des toitures » qui fait partie des grosses réparations incombe exclusivement au bailleur (*Civ. 3^e, 11 déc. 1984, Bull. civ. III, no 209, p. 164*).

Plus largement, pour la jurisprudence, serait illicite toute clause aboutissant à mettre toutes les opérations nécessaires (grosses et menues) à la charge du locataire (*Voir Paris, 22 janv. 1992, Loyers et copropriété, 1992, 205*).

86. Mais selon l'article 75 (*nouvel article 107*) AUDCG, lorsque le bailleur refuse d'assumer les grosses réparations qui lui incombent, le preneur peut se faire autoriser par la juridiction compétente à exécuter, conformément aux règles de l'art, pour le compte du

bailleur. Dans ce cas, la juridiction compétente fixe le montant de ces réparations et les montants de leur remboursement (*CS de Côte d'Ivoire, Chambre judiciaire, formation civile, arrêt, n° 447 du 8 juillet 2004, Kouamé Aduo Luc c/ El Barie Mohamed, Actualités Juridiques, n° 49, 2005, p. 223, Obadata J-05-354*). La demande d'autorisation peut alors être assortie d'un rapport d'expert. Toutefois, selon la jurisprudence, si ce rapport ne précise pas le montant des réparations, s'il n'est pas signé et surtout s'il est établi par un expert qui n'a pas prêté serment, il est dénué de valeur (*Voir Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement, n° 03/12/2002, affaire Abdoulaye Sow c/ Sileye Gussé, Obadata J-03-203*).

C - Garanties des troubles de jouissance

87. « Le bailleur est responsable envers le preneur du trouble de jouissance survenu de son fait, ou du fait de ses ayants droit ou de ses préposés », dispose l'article 77 (*nouvel article 109*) de l'AUDCG. (*Voir CA de Dakar, arrêt, n° 365 du 18/07/2002, affaire dame Nague Diokhane, épouse Thiam c/ Ali Khalil, Obadata J-02-197*).

Cette mesure vise à l'origine à assurer la protection du preneur contre les troubles occasionnés par les personnes énumérées. Elle se comprend aisément. Lorsque le locataire prend à bail un local donné, c'est dans l'optique d'exercer son activité commerciale dans les meilleures conditions possibles, y tirer le maximum de profit et pouvoir faire face à ses multiples charges parmi lesquelles ses loyers. Or, si le bailleur, ses ayants droit ou ses préposés perturbent le preneur dans la jouissance des lieux à travers une exploitation paisible de son fonds de commerce, il est même possible que l'on parvienne à un effet *boomerang* où l'acte de trouble se retourne en définitive contre les intérêts de son auteur.

Il est toutefois possible de se demander si la liste des personnes visées à l'article 77 (*nouvel article 109*) de l'AUDCG est limitative ou indicative. Autrement dit, est-elle de nature à intégrer les cas de troubles susceptibles de résulter d'autres personnes à l'instar d'un colocataire du preneur?

88. En droit commun, l'article 1725 du Code civil pose le principe que le bailleur ne garantit pas le locataire contre les troubles résultant des voies de fait exercées par les tiers. Or, d'après la jurisprudence, les colocataires ne font pas partie des tiers (*Soc., 25 oct. 1946, JCP, 1947, II, 34000, note Esmein*). En conséquence, la doctrine estime qu'il faudrait interpréter l'article 77 (*nouvel article 109*) de façon extensive comme permettant aussi d'admettre que le bailleur puisse également répondre des troubles de jouissance provoqués par les colocataires (*A. P. Santos et J. Yado Toé, OHADA, Droit commercial général, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, op. cit., p. 177*). Cette interprétation qu'il y a lieu

d'approuver peut se justifier par le fait qu'en raison du lien existant entre lui et tous ses locataires, il est mieux placé pour prescrire le comportement à observer par chacun dans la jouissance des lieux ou du local, les colocataires, généralement les concurrents commerciaux ayant plutôt d'autres types de rapports.

89. Le non-respect de ces obligations peut, aux termes du nouvel article 133 de l'AUDCG, être sanctionné par la résiliation du bail. À cet effet, la demande en justice aux fins de résiliation du contrat doit être précédée d'une mise en demeure d'avoir à respecter la ou les conditions violées. La mise en demeure est faite par acte d'huissier ou notifiée par tout moyen permettant d'établir sa réception effective par le destinataire. Il s'agit en réalité d'une sanction bilatéralisée par l'effet du texte nouveau. En effet, par le passé, la résiliation judiciaire du bail n'était prévue de manière expresse à l'article 101 de l'AUDCG qu'au profit du seul bailleur. Il est heureux de savoir que désormais, même le preneur peut susciter sa mise en œuvre dans les conditions précisées.

§2 - Obligations du preneur

Elles sont minutieusement définies par l'AUDCG (A) et leur inobservation est de nature à entraîner plusieurs sanctions (B).

A - Contenu des obligations du preneur

90. Les obligations du preneur sont de trois ordres et sont organisées par trois articles de l'AUDCG : l'article 80 (*nouvel article 112*) pour le paiement du loyer (1), l'article 81 (*nouvel article 113*) pour l'exploitation des locaux donnés à bail (2) et l'article 82 (*nouvel article 114*) pour la conservation des lieux (3).

I - Obligation de paiement du loyer

91. Une fois le contrat de bail régulièrement conclu entre les parties, le preneur est tenu de payer le loyer aux termes convenus entre les mains du bailleur ou de son représentant désigné au bail. Le nouvel article 112 al. 2 de l'AUDCG ajoute que le paiement peut être effectué par «correspondance ou par voie électronique».

La question peut se poser de savoir si le paiement effectué entre les mains d'une administration fiscale est libératoire. Sur le plan pratique, cette question s'est effectivement posée dans une intéressante espèce dont la procédure a été conduite jusqu'à la Cour commune de justice et d'arbitrage (*Voir CCJA, arrêt, n° 006/2003 du 4 avril 2003, Koné Fatouma c/ Kinda Augustin Joseph, Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, op. cit., Observations A. Kenmogne Simo, p. 92 et s.*).

En réalité et le Professeur Alain Kenmogne Simo l'a bien explicité (*Voir ses observations, ibid.*), ceci pose le problème plus général de savoir qui peut être accipiens. Autrement dit, à qui le paiement doit-il être effectué pour être libératoire? En principe, c'est au créancier (*Voir article 1239 C. civ.*). Il peut toutefois être également valable s'il l'effectue entre les mains d'un tiers habilité conventionnellement, judiciairement ou légalement. Mais, il faut que ce tiers ait effectivement pouvoir de le faire. En droit français, la Cour de cassation a eu à décider qu'une demande en résiliation de bail pour non-paiement des loyers ne peut être rejetée au simple motif que le locataire a versé le loyer entre les mains d'un notaire sans rechercher si celui-ci avait pouvoir de recevoir pour le bailleur (*Civ., 3^e, 2 mars 1977, Bull. civ. III, n° 105 et 5 mars 1997, Bull. civ. III, n° 46*).

Il en est autrement de l'administration fiscale qui tire son pouvoir de recevoir le paiement de la loi. Lorsque le débiteur reçoit de cette administration un avis à tiers détenteur, le paiement qu'il effectue à celle-ci le libère à l'égard du créancier. L'essentiel est que la preuve du paiement soit péremptoirement établie.

92. En tout état de cause, l'obligation de payer le loyer constitue une exigence capitale du contrat de bail. Elle est garantie par un privilège spécial accordé au bailleur d'immeuble portant sur les meubles garnissant les lieux loués tel que le souligne l'article 111 (*nouvel art. 184 AUS révisé le 15 décembre 2010*) de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS). Outre les dommages-intérêts qui pourraient lui être alloués, Ce privilège garantit les créanciers du bailleur contre le preneur pour les 12 mois précédant la saisie et pour les 12 mois à échoir après celle-ci.

Si les meubles, objets de la garantie sont déplacés sans le consentement du bailleur, celui-ci a le droit de faire procéder à leur saisie et conserve son privilège sur eux s'il en a fait la déclaration de revendication dans l'acte de saisie.

II - Obligation d'exploiter les locaux donnés à bail

93. L'article 81 (*nouvel art. 113*) de l'AUDCG prescrit au preneur d'exploiter les locaux donnés à bail en «bon père de famille» et conformément à la destination prévue au bail ou, à défaut de convention écrite, suivant celle présumée d'après les circonstances. Si le preneur donne aux locaux un autre usage que ceux auxquels ils sont destinés, et qu'il en résulte un préjudice pour le bailleur, celui-ci sera fondé à demander à la juridiction compétente la résiliation du bail. Il en est de même d'ailleurs lorsque le preneur veut adjoindre à l'activité prévue au bail, une activité connexe ou complémentaire.

94. Qu'en est-il de l'hypothèse où les locaux sont susceptibles d'un usage mixte : l'habitation et l'exercice

de l'activité commerciale? Tel est le cas d'un appartement dans un immeuble à étages. Le preneur peut-il choisir de l'utiliser tantôt au titre d'habitation, tantôt pour l'exploitation de son activité professionnelle? Tout dépend à notre sens de la destination convenue entre les parties. Celle-ci doit prévaloir en cas de contestation. Il n'est toutefois pas interdit que par application de la liberté contractuelle, un changement de destination et par conséquent, le régime juridique soit convenu entre le bailleur et son locataire. Telle est du reste la position appréciable de la jurisprudence française (*Voir soc. 19 juin 1963, JCP, 1963, II, p. 105*).

III - Obligation de conserver les lieux loués

95. Le preneur est tenu des réparations d'entretien. Il répond des dégradations ou des pertes dues à un défaut d'entretien au cours du bail (*Article 82 (nouvel art. 114) AUDCG*). Mais il ne répond pas des cas où les dégradations ou les pertes résulteraient des situations de force majeure ou de vétusté (*Voir A. P. Santos, commentaire sous cet article, in Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^e éd. 2008, op. cit., p. 246*).

B - Sanctions à la violation de ses obligations par le preneur

96. A défaut de paiement du loyer ou en cas d'inexécution d'une clause du bail, le bailleur a la latitude de solliciter de la juridiction compétente, la résiliation du bail et l'expulsion du preneur et de tous les occupants de son chef, après avoir fait délivrer par acte extrajudiciaire (*Le législateur est plus explicite dans la mouture nouvelle de l'AUDCG. Il parle en effet de la mise en demeure faite par «acte d'huissier ou de notification par tout moyen permettant d'établir sa réception effective par le destinataire»*) une mise en demeure d'avoir à respecter les clauses et les conditions du bail (*Article 101 (nouvel art. 133) de l'AUDCG; TPI de Bafoussam, jugement civil, n° 67 du 16/09/2005, affaire Paroisse de la Cathédrale de Bafoussam c/ Ngoupou Samuel, Ohadata J-07-43; TPI de Bafoussam, jugement civil, n° 63 du 02/09/2005, affaire Geugang c/ Djobdie Amadama, Ohadata J-07-66; TPI de Douala Ndokoti, ord, n° 147/074-05 du 27/01/2005, affaire Société ANFI c/ WEA Marguerite, Ohadata J-05-145; TPI de Bafoussam, jugement civil, n° 05/civ. du 12/11/2004, affaire Fonko Jean c/ Moyou Eric, Ohadata J-07-65; TPI de Bafoussam, jugement civil, n° 45/civ., affaire Nouwenzem Justin Leroi c/ Mapoure Ngamie Edmond Jacques, Ohadata J-07-13; TPI de Douala Bonandjo, ordonnance de contentieux d'exécution, n° 756 du 08/07/2003, affaire Tchoube Joseph c/ Agbai Okoji, Ohadata J-04-451*).

Il y a là une clause de résiliation de plein droit. Celle-ci est mise en exécution de manière automatique et entraîne la fin du contrat.

97. La preuve du non-paiement des loyers peut être rapportée à travers la production par le bailleur des quittances de loyers impayés (*Voir Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement, n° 98 du 17/01/2001, affaire Agence universelle immobilière et commerciale c/ Mamadou Aliou Diallo, Ohadata J-05-66; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement, n° 78 du 16/01/2001, affaire DAMAG c/ La boutique «Tout pour le jardin», Ohadata J-05-64; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement, n° 55 du 03/01/2001, affaire Malal Ndongo c/ Commune d'Arrondissement de Dieuppel Der Klé, Ohadata J-05-63*).

Dans le souci d'éviter une application brutale de cette clause de résiliation de plein droit, la mise en demeure adressée au preneur pour l'inviter à s'acquitter de ses obligations est valable pour une période d'un mois. Et ce n'est qu'en cas d'échec de cet avertissement que la résiliation du contrat prend véritablement corps. Évidemment, si la mise en demeure ne respecte pas les conditions fixées par l'article 101 (*nouvel art. 113*) AUDCG, et informe le preneur de ce qu'à défaut de paiement ou de respect des clauses et conditions du bail dans un délai d'un mois, «la résiliation sera poursuivie», elle est nulle (*Voir TGI de la Ménoua à Dschang, jugement, n° 28/civ. du 10/03/2003, affaire Amicale des Anciens combattants, Anciens militaires et victimes de guerre de la Menoua c/ Zébazé Pierre, Ohadata J-05-111; TPI de Nkongsamba, jugement, n° 04/civ. du 21/11/2001, affaire Mbatchou Ambroise c/ Benyomo Paulin Désiré, Ohadata J-03-159*).

La régularité de la mise en demeure est de nature à susciter deux interrogations principales : la personne habilitée à la servir et la personne à qui elle est servie.

98. Sur la première interrogation, il est de principe que la notification d'un acte de procédure peut s'effectuer de 2 manières : par voie d'huissier de justice, on parle alors de notification, par voie postale et consiste en la remise directe à son destinataire contre récépissé. Parmi les deux modalités, la signification offre plus de garanties qui en font le procédé normal de notification des actes de procédures, d'où la possibilité offerte aux parties d'y faire recours même lorsque les textes ont prévu un autre mode de notification (*Voir J. Héron par Th. Le Bars, Droit judiciaire privé, Montcbrestien, coll. Domat, Droit privé, 3^e éd., 2006, n° 158, p. 130*).

Aux termes de l'article 101 AUDCG, le bailleur doit délivrer la mise en demeure par acte extrajudiciaire, c'est-à-dire au moyen d'un acte signifié par huissier de justice et produisant des effets juridiques en dehors de toute procédure. Un auteur averti l'a fait remarquer à juste titre : en optant pour la formalité de signification, l'Acte uniforme portant Droit commercial général a pris clairement «le parti d'insuffler un certain formalisme la notification de la mise en demeure en matière d'expulsion et de résiliation du bail pour non-paiement de loyer ou inexécution d'une clause» (*Voir A. Kenmogne Simo, observations sous CCJA, arrêt, n° 006/2003 du*

24 avril 2003, affaire *Fatoumata c/ Kinda Augustin Joseph*, in *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, sous la direction de P.G. Pougoué et S.S. Kuate Tameghé, op. cit.*, p. 95).

99. Pour ce qui est de la seconde interrogation, celle de savoir si la signification doit être faite à personne ou à domicile, l'AUDCG est muet. En faisant recours au droit commun, le souci d'accroître le caractère contradictoire de procédure fait en sorte que le principe soit la signification à personne (*Voir article 7 de l'arrêté du 16 décembre 1954 portant codification et réglementant la procédure en matière civile et commerciale devant les tribunaux français du Cameroun, in Codes et lois du Cameroun, t. II, 1956, p. 513, par G.-J. Bouvenet et R. Bourdin : « Toutes assignations seront faites personne ou domicile »*).

Ce mode de signification est celui qui est le plus à même de donner l'assurance que le destinataire de l'acte en a effectivement pris connaissance. Par conséquent, elle peut être effectuée en tous lieux : à résidence, en cours de route, au lieu de service. Mais dans l'optique de prendre également en compte les intérêts du demandeur contre les attitudes parfois négatives du défendeur susceptible de refuser de collaborer au procès, il a été prévu la latitude de procéder à une assignation à domicile. Celle-ci offre le maximum de chance d'atteindre le destinataire car elle peut même être remise à l'un de ses proches.

Lorsque ces deux modes de signification ne peuvent pas prospérer, la latitude est offerte d'en utiliser d'autres : à parquet (lorsque le destinataire est domicilié à l'étranger) ou à mairie (*Voir article 251 du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 portant Code de procédure civile, commerciale et administrative de Côte d'Ivoire*).

Le délai d'un mois est également prévu en droit français avec un tempérament supplémentaire : nonobstant l'expiration avec échec du délai d'un mois, tant que la résiliation du bail n'a pas été constatée et prononcée par une décision judiciaire devenue définitive, il est permis au locataire de saisir le juge des référés aux fins d'obtenir un délai de grâce dans la limite d'une période de deux ans par application des dispositions de l'article 1244 al. 1^{er} du Code civil. Le juge dispose à cet égard d'un pouvoir d'appréciation souveraine (*Civ.*, 3^e, 27 oct. 1993, *Bull. civ.*, no 128, p. 84), les effets de la clause résolutoire étant suspendus s'il octroie un délai.

100. Conçu après les dispositions pertinentes du Code civil, l'Acte uniforme de l'OHADA portant Droit commercial général n'a malheureusement pas cru devoir indiquer de façon expresse cette latitude de faire recours au juge des référés pour obtenir un délai de grâce et plusieurs juges le déclarent purement et simplement incompetent en matière de résiliation du bail (*Voir TPI de Bafoussam, ord. de référé, n° 65 du 30/04/2004, affaire Fonko Jean c/ Notou Eric, Obadata J-05-06; CA*

d'Abidjan, arrêt, n° 474 et 472 du 06/04/2004, affaire M. Fataï Adelawi Adelani Giva c/ M. Tabiam Amadou, Obadata J-05-06. À propos d'une étude détaillée de la question, voir J.A. Batouan Bouyom, observations sous 1^{re} espèce, CCJA, avis, n° 001/2003/EP, 4 juin 2003 et 2^e espèce, CCJA, arrêt, n° 011/2004 du 26 févr. 2004, affaire Rafiu Oyeweri c/ Tony Anthony, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, op. cit., p. 104 et s.)

Ce vide juridique est bien regrettable, sauf à le relativiser dans la mesure où la résiliation du contrat ne peut émaner dans les hypothèses visées que d'une décision de justice (*Article 101 alinéas 2 et 5 AUDCG; CA Centre, arrêt, n° 333/civ. du 02/08/2002, affaire Kingué Paul Eric c/ Hajal Massad, Obadata J-04-470; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement du 03/12/2002, affaire Abdoulaye Sow c/ Sileyé Guissé, Obadata J-03-203*). Et d'ailleurs, il est possible d'obtenir à cet effet une exécution provisoire (*Voir Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement civil, n° 2322 du 17/12/2003, affaire Modiane Diome c/ Nogaye Niang, Obadata J-04-497; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement civil, n° 2003 du 03/12/2003, affaire Mamadou Fall c/ Mamadou Ly, Obadata J-04-266; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement civil, n° 2004 du 03/12/2003, affaire Mar Mbaye c/ Lame Faye et Pape Keïta, Obadata J-04-267; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement civil, n° 1969 du 02/12/2003, affaire Cabinet Foncier et immobilier dit CFI c/ Moustapha Amar, Obadata J-04-272; Tribunal régional hors classe de Dakar, ord. de référé, n° 1575 du 06/10/2003, affaire Jacques Louis Siène Faye c/ Mme Lucette Bruce, Obadata J-04-260*).

101. En cas de non-respect des conditions prévues pour l'expulsion du locataire, le bailleur est susceptible de condamnation (*Voir CA du Littoral, arrêt, n° 037/CC du 05/05/2003, affaire M. Tamwo Justion c/ Mme Keufack née Nguidmo Rose, Obadata J-07-49*).

Section 3 - Prérogatives du preneur

102. Le contrat de bail a une nature synallagmatique. Il confère des droits et obligations à chacune des parties. Le preneur est certes astreint à plusieurs obligations comme il vient d'être démontré. Mais, en même temps, il est bénéficiaire d'un nombre non négligeable de prérogatives. Celles-ci ont trait aussi bien au bail (§1) qu'à l'activité exercée (§2).

§1 - Prérogatives tenant au bail

103. Sans avoir nécessairement un contenu identique, les prérogatives du preneur trouvent leur terrain

indiqué de manifestation en matière de cession (A) et de sous-location (B) du bail.

A - Cession du bail

104. La cession du bail est l'acte par lequel le titulaire du bail appelé « cédant » en transmet le bénéfice à un tiers appelé « cessionnaire », soit gratuitement, soit moyennant un prix.

Une telle opération n'entraîne pas la création d'un bail nouveau. Le contrat primitif subsiste. Seule la personne du preneur change. Le cessionnaire remplace le cédant et devient le nouveau locataire, sans d'ailleurs que le précédent titulaire du bail soit déchargé de ses obligations.

En droit commun, le bail est conclu *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération de la personne. Sa cession à un tiers n'est possible qu'avec le consentement du bailleur.

Par contre, en droit commercial, on sait que le bail commercial constitue souvent un élément du fonds de commerce (*Voir article 105 (nouvel art. 137) AUDCG qui en fait un élément facultatif*). Les règles de droit commun sont alors inadaptées à leur cession (*Voir A. P. Santos et J. Yado Toé, OHADA, Droit commercial général, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, op. cit., p. 181*).

105. En droit français, la cession du bail commercial est autorisée par le Code de commerce. Mais il faut distinguer en réalité plusieurs hypothèses : la première est relative à la cession qui s'effectue en même temps que tous les éléments du fonds de commerce. Ici, l'opération est libre. Il est interdit au propriétaire de s'y opposer, nonobstant clause contraire (*Voir article L.145-16 du Code de commerce*). En revanche, lorsque le bail doit être cédé isolément, distinctement du fonds de commerce, il faut nécessairement l'accord du propriétaire (*Civ., 3^e, 8 fév. 1994, JCP, 1985, II, 20377*). Au cas où il y aurait une cession partielle du fonds de commerce, l'opération est libre, à la seule réserve que les éléments visés constituent en eux-mêmes un élément autonome, susceptible de créer la clientèle (*Civ., 3^e, 14 avril 1992, D., 1994, som., 53, note L. Rozes*).

Enfin, il est possible à un commerçant qui prend sa retraite de céder librement son bail commercial, nonobstant le fait qu'il cesse son activité professionnelle.

106. Dans le contexte OHADA, la cession du bail commercial est organisée par les articles 86 à 88 (*articles 118 à 120 du texte récent*) de l'AUDCG. À les examiner de près, ils n'apportent pas toutes les nuances établies en droit français. Et de manière générale, l'impression qui se dégage en Afrique est que le régime mis sur pied est moins libéral que celui de la France. Ainsi, aux termes de l'article 86 (*nouvel art. 118*) AUDCG, toute cession du bail doit être signifiée au bailleur par acte extrajudiciaire. L'article 118 du nouvel Acte uniforme portant droit

commercial général souligne qu'elle doit être portée à la connaissance du bailleur par signification d'huissier de justice ou notification par tout autre moyen écrit, mentionnant l'identité complète du cessionnaire, son adresse, et éventuellement son numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier.

À défaut de signification (ou de notification) dans les conditions ainsi fixées, la cession du bail est inopposable au bailleur, ajoute l'article 87 AUDCG.

Le bailleur dispose d'un délai d'un mois à compter de la signification pour s'y opposer. À cet effet, il a le droit de saisir la juridiction compétente, statuant à bref délai en exposant les motifs sérieux et légitimes qui pourraient justifier le refus de la cession. Les exemples de motifs sérieux et légitimes sont fournis par le législateur OHADA à l'article 88 (*nouvel art. 120*) AUDCG. C'est le cas de la violation par le preneur des obligations du bail et en l'occurrence, le non-paiement du loyer.

Dans tous les cas, en attendant l'issue de la procédure instituée davantage pour assurer la protection du cédant, celui-ci demeure tenu aux obligations du bail.

107. Reste à préciser en cas de mutation du droit de propriété sur l'immeuble dans lequel se trouvent les locaux donnés à bail, l'acquéreur est de plein droit substitué dans les obligations du bailleur, et doit poursuivre l'exécution du bail. Il se doit de le faire jusqu'à son terme (*Voir TPI de Cotonou, 1^{re} Chambre commerciale, jugement, n° 025/1^{re} C. Com du 02 sept. 2002, affaire société africaine de distribution de vêtement (SADIV) c/ Société Faboboun et fils SARL, Ohadata J-05-294*). On peut le noter valablement, dans cette hypothèse, la continuation du bail de plein droit constitue une exception remarquable au principe de l'effet relatif des conventions.

B - Sous-location du bail

108. Elle consiste pour un locataire (locataire principal) à devenir à son tour bailleur et à recevoir d'une autre personne (le sous-locataire) un loyer alors qu'il continue à payer le loyer principal au propriétaire du local.

La sous-location peut être totale ou partielle. En matière civile, elle est autorisée (*Voir article 1717 du Code civil*). Mais dans le domaine commercial, sauf stipulation contraire du bail, elle est interdite (*Article 89 (nouvel art. 121) AUDCG; article L.145-31 du Code de commerce français*). Il y a là une opposition avec le régime de la cession où la faculté est en principe offerte au preneur.

109. L'interdiction de la sous-location du bail commercial a une explication simple : il est possible qu'elle aboutisse à la fixation d'un sous-loyer supérieur au loyer principal, procurant par conséquent au preneur un profit injustifié. On comprend aisément pourquoi les rédacteurs des textes OHADA ont prévu qu'une telle opération ne puisse se réaliser qu'avec l'autorisation du

bailleur exprimée par tout moyen écrit (*Article 89 (nouvel art. 120) al. 2 AUDCG*). À défaut, la sous-location lui est inopposable. Et du moment où il y a violation des clauses du bail, il peut solliciter la résiliation du bail et l'expulsion du locataire (*Voir Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement du 18/06/2002, affaire Sense c/ RTI, Obadata J-03-49; TPI de Daloa, jugement, n° 31 du 20 février 2004, affaire Ayants droit de feu S.B. c/ B.T. et B.H., Le Juris Obada, n° 2/2005, p. 44, Obadata J-05-369; CA de Dakar, Chambre civile et commerciale, arrêt, n° 237 du 13/04/2001, affaire Amara Diarra c/ Yoro Sy, Obadata J-06-85*).

Lorsque le loyer de la sous-location totale ou partielle est supérieur au prix du bail principal, le bailleur a la faculté d'exiger une augmentation correspondante du prix du bail principal (*Voir à titre de droit comparé, civ. 3°, 28 mai 1997, Bull. civ. III, no 131, D., 1997, IR, p. 141*), augmentation qui, à défaut d'accord entre les parties, est fixée par la juridiction compétente en tenant compte des éléments objectifs suivants : la situation des locaux, leur superficie, l'état de vétusté, le prix des loyers commerciaux couramment pratiqués dans le voisinage pour les locaux similaires.

Dans le système OHADA, la sous-location du bail commercial (*bail à usage professionnel*) est déterminée par le principe de l'interdiction. Mais exceptionnellement, elle peut avoir lieu avec l'accord du bailleur.

110. On peut néanmoins se poser deux importantes questions à cet égard : un sous-locataire peut-il solliciter le renouvellement de son contrat directement du locataire principal? Le locataire peut-il obtenir le renouvellement sur la partie des locaux sous-loués où son fonds de commerce n'est pas exploité?

Les textes OHADA sont muets à ce sujet. Et selon certains auteurs (*A. Fénéon et J. R. Gomez, OHADA, Droit commercial général, commentaires, 1999, éd. FFA, op. cit., p. 65*) qu'il y a lieu d'approuver, en cas de besoin, l'on pourrait s'inspirer des solutions jurisprudentielles retenues en France en cette matière, pour trancher.

111. Par rapport à la première interrogation, la Cour de cassation a répondu par l'affirmative en posant clairement que le sous-locataire a le droit de demander le renouvellement du contrat de sous-location au locataire principal à l'expiration du bail principal, si celui-ci a agréé la sous-location (*Civ. 3°, 22 janv. 1992, RJDA, 1992, no 326, D., 1992, IR, 58*). Et pour aller plus loin, lorsque la sous-location est irrégulière, le locataire principal peut être amené à indemniser le sous-locataire du préjudice que celui-ci a subi du fait du refus du renouvellement.

Toutefois, du moment où ce dernier ne s'est pas assuré du respect des formalités qui conditionnent son droit, il commet également une faute, ce qui entraîne en définitive un partage de responsabilités.

112. À propos de la seconde question, une réponse négative a été donnée par la haute juridiction française

en ces termes : le locataire ne peut prétendre à un droit au renouvellement sur la partie des locaux sous-loués dans laquelle son fonds de commerce n'est pas exploité (*Voir Civ., 3°, 7 juillet 1993, RJDA, 1993, no 879*).

Autrement dit, l'extension d'activité n'est pas interdite, le preneur devant simplement éviter que cette opération cause un préjudice au bailleur.

Plus précisément, le législateur OHADA est moins formaliste que son homologue français dans la mesure où il n'a pas prévu une quelconque autorisation préalable du bailleur.

Seulement, sur le plan pratique, un auteur (*J. Gatsi, Pratique des baux commerciaux dans l'espace OHADA, 2° éd., op. cit., p. 161*) soutient à juste titre qu'il est recommandé au preneur de faire connaître ses intentions par acte extrajudiciaire au propriétaire dans l'optique d'éviter les conséquences négatives à l'instar de la résiliation du bail.

En cas de sous-location non autorisée par bailleur, si celui-ci omet de mettre en demeure pour cessation de la sous-location, le motif légitime est considéré comme inexistant et l'indemnité d'éviction due (*Voir CA Dakar, Ch. civ. et commerciale 2, arrêt, n° 384/2005 du 7 avril 2005, affaire Lecointe c/ Diallo, note Bakary Diallo, Penant, n° 855, p. 255, Obadata J-06-187*).

En cas de contestation entre les deux parties, il appartient à la juridiction compétente de trancher en fonction notamment de l'évolution des usages commerciaux. Au besoin, elle pourra décider d'une augmentation du loyer ou même d'une résiliation pure et simple du bail.

L'activité connexe doit s'entendre comme celle ayant un rapport étroit avec l'activité principale, alors que l'activité complémentaire peut se définir comme celle qui est nécessaire à un meilleur exercice de l'activité principale. On peut citer à titre d'exemple : les ventes de denrées alimentaires dans une station-service ou de disques dans une librairie (*Voir J. Gatsi, ouvrage, op. cit., p. 165*).

113. À l'inverse, la jurisprudence française offre de nombreux cas où la contestation a été tranchée en faveur du bailleur. Ainsi, d'une part, il a été décidé que la vente de chaussures en détail est une activité distincte de la vente du prêt-à-porter et qu'un commerçant en vêtements de fourrure ou de cuir ne peut être autorisé à assurer la commercialisation des chaussures, à moins que celles-ci soient spécialement assorties aux marchandises faisant l'objet de son activité principale (*Paris, 5 déc. 1989, D., 1990, IR, 1*).

D'autre part, il a été jugé que la vente de produits charcutiers régionaux de volailles ou de plats cuisinés représentait pour un boucher hippophagique, une activité distincte de la sienne propre qui n'était complétée, ni améliorée par le voisinage des activités nouvelles (*Paris, 27 mars 1990, D., 1990, IR, 97*). Enfin, en cas de déspecialisation successive, la connexité ou la complémentarité doivent être appréciées au regard de l'activité prévue au bail initial et non à d'autres

désécialisations. Ceci se comprend dans la mesure où le risque serait grand d'aboutir à la désécialisation renforcée en tournant les conditions fixées à cet effet.

§2 - Prérogatives liées à l'activité exercée : désécialisation du bail

114. Lorsque les parties concluent un bail de nature commerciale, c'est généralement avec une indication précise du type d'activité à exercer dans les locaux loués. Le locataire se doit alors de respecter la désignation prévue au bail. Il ne peut en principe procéder à une modification ou à un changement de ladite désignation. Mais eu égard à divers facteurs susceptibles d'influencer la conjoncture économique, le législateur français a apporté des nuances à cette règle à travers la loi du 12 mai 1965 complétée par celle du 16 juin 1971 dont le but était de reconnaître au preneur, le droit d'adjoindre à l'activité qu'il exerce dans les lieux loués, des activités connexes ou complémentaires ou même d'exercer des activités complètement différentes de celles prévues au bail avec l'autorisation du bailleur. Cette latitude a été offerte sous le qualificatif de « désécialisation ». Celle-ci avait deux modalités essentielles : simple ou « partielle » lorsque le preneur entend seulement étendre son activité ; « plénière » ou « renforcée » lorsqu'il désire la modifier.

115. Le législateur OHADA n'a pas consacré de dispositions expresses à cette question. Son mutisme peut être diversement interprété et surtout donner lieu à penser qu'il a voulu traduire son hostilité à ce propos, la conjoncture économique particulièrement instable justifiant le plus souvent que l'activité commerciale ne soit pas figée. Il n'en est rien en réalité, la tendance doctrinale majoritaire étant plutôt fixée dans le sens de l'admission de la désécialisation au terme d'une interprétation minutieuse des obligations du preneur découlant de l'article 81 (*nouvel art. 113*) de l'AUDCG.

À cet effet, il est possible d'envisager deux formes de désécialisation : la désécialisation simple (A) et la désécialisation renforcée (B).

A - Désécialisation simple

116. C'est celle qui permet au locataire d'adjoindre à l'activité prévue dans le bail, des activités connexes ou complémentaires. En droit français, le locataire a la latitude de procéder à cette adjonction. Il en est ainsi même si l'activité nouvelle devient plus importante que l'ancienne (*Civ.*, 3^e, 24 oct. 1984, *Bull. civ. III*, no 79). L'essentiel est que le preneur en informe son bailleur par voie d'huissier, lequel dispose d'un délai de deux mois non pour s'opposer à l'extension, mais pour contester éventuellement le caractère connexe ou complémentaire de l'activité. La mésentente entre les parties est tran-

chée de manière souveraine par le tribunal de grande instance compétent.

La possibilité de faire usage de la désécialisation partielle est prévue en de termes implicites par l'article 81 al. 3 de l'AUDCG. (*Le nouvel article 113 al. 2 est toutefois mieux conçu : Il est possible pour le preneur d'adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires relevant d'un même domaine que celui envisagé lors de la conclusion du bail. Le preneur doit en aviser de manière expresse le bailleur. Le bailleur peut s'y opposer pour des motifs sérieux. En cas de conflit entre le bailleur et le preneur, il appartient à la partie la plus diligente de saisir la juridiction compétente*). Ce texte indique en effet que le bailleur est apte à demander à la juridiction compétente la résiliation du bail s'il subit un préjudice lorsque le preneur veut adjoindre à l'activité prévue au bail une activité connexe ou complémentaire.

B - Désécialisation renforcée

117. Encore connue sous la dénomination de désécialisation plénière ou générale, c'est celle qui permet au locataire de demander au bailleur l'autorisation d'effectuer des activités différentes de celles prévues au bail eu égard à la conjoncture économique.

L'autorisation du bailleur étant requise, cette forme de désécialisation n'est pas un droit pour le locataire. Dans la législation française, il se doit de notifier son intention au propriétaire par acte d'huissier de justice. Une obligation supplémentaire lui est imposée : celle d'informer les différents créanciers inscrits sur le fonds de commerce. La loi impose au bailleur un délai de trois mois pour réagir. Le silence gardé dans ce délai vaut acceptation. En revanche, en cas de réponse défavorable, le preneur a la latitude de saisir le juge compétent aux fins de solliciter la nécessaire autorisation, la décision rendue par la justice étant opposable *erga omnes*, y compris au bailleur.

Dans la législation OHADA, la règle trouve sa source dans les deux alinéas de l'article 81 de l'AUDCG ainsi rédigés :

1 : « Le preneur est tenu d'exploiter les locaux donnés à bail en bon père de famille, et conformément à la destination prévue au bail [...] ».

2 : « Si le preneur donne aux locaux un autre usage que celui auquel ils sont destinés, et qu'il en résulte un préjudice pour le bailleur, celui-ci pourra demander à la juridiction compétente la résiliation du bail ».

Une fois de plus, les rédacteurs de ces textes n'ont pas choisi une démarche directe pour se prononcer au sujet de la désécialisation renforcée. Mais dans une interprétation *a contrario* de ces dispositions, on peut remarquer que si le preneur désire se démarquer de la destination prévue au bail, il se doit de requérir au préalable l'accord du bailleur. À défaut, il peut être condamné à payer des dommages - intérêts pour réparer le préjudice subi à cette occasion par ce dernier. Fort

heureusement, le nouvel art. 113 de l'AUDCG apporte une amélioration notoire en son alinéa 3 ainsi libellé : en cas de changement de l'activité prévue au contrat, le preneur doit obtenir l'accord préalable et exprès du bailleur qui peut s'y opposer pour des motifs sérieux.

Étant donné que la déspécialisation générale entraîne une véritable modification du contrat de bail, on comprend que celle-ci ne puisse se réaliser efficacement que par application des dispositions de l'article 1134 du Code civil qui subordonne cette situation au consentement mutuel des parties (Voir *J. Gatsi, Pratique des baux commerciaux dans l'espace OHADA, 2^e éd., op. cit., p. 165, p. 169*).

Le plus souvent, l'autorisation du bailleur n'est donnée que si les nouvelles activités sont compatibles avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier.

Cette forme de déspécialisation entraînant une véritable transformation de l'exploitation, elle est de nature à porter une grave atteinte aux droits des créanciers du preneur. Pour cette raison, la logique voudrait qu'il les informe du changement d'activité survenu. Dans le cas contraire, il pourrait être condamné, d'une part, à honorer ses engagements à leur endroit, et d'autre part, à leur verser des dommages - intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil s'ils ont subi un préjudice de ce fait.

118. Le désaccord entre le bailleur et le preneur demandeur de la déspécialisation renforcée peut être porté à la connaissance de la juridiction compétente pour décision. C'est ce qui ressort implicitement (*on a déjà relevé la formulation directe de l'alinéa 4, art. 113 : « En cas de conflit entre le bailleur et le preneur, il appartient à la partie la plus diligente de saisir la juridiction compétente »*) des dispositions de l'article 81 al. 2 sus-cité qui autorisent le bailleur à demander la résiliation du bail lorsque l'usage autre donné aux locaux par le preneur lui cause un préjudice. Autrement dit, face à l'hostilité du propriétaire, le locataire a le droit de se pourvoir devant la juridiction compétente aux fins de demander l'autorisation de la déspécialisation renforcée, en apportant la preuve qu'elle est nécessaire et surtout pas de nature à causer un quelconque préjudice au bailleur.

Le juge est apte à autoriser cette opération si la nécessité est véritablement établie. C'est le cas lorsqu'elle est motivée par l'impérieux souci d'assurer la survie du commerce considéré et par conséquent, de sauver de nombreux emplois. Rien n'empêche d'ailleurs qu'il subordonne sa décision favorable à quelques conditions fixées par le bailleur - les horaires d'ouverture et de fermeture du nouveau commerce par exemple - ou à d'autres exigences spécialement conçues pour prendre en compte l'intérêt des créanciers inscrits sur le fonds ou des autres locataires bénéficiaires par exemple des clauses de non-concurrence (Voir en OHADA, *Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement du 05/05/2003,*

héritiers de feu El Hadji Alpha Cissé c/ Suldikur Agendey, Obadata J-03-312).

En considération de ces paramètres, des autorisations de réaliser des déspécialisations renforcées ont été données dans les cas ci-après en droit comparé : la transformation d'un pressing en restaurant, mais sans modification des locaux (*Civ., 3^e, 24 juin 1992, Bull. civ. III, no 221*); le changement d'activité des cartes géographiques peu rentable et déficitaire à cause des nécessités de la conjoncture économique et de l'organisation rationnelle de la distribution (*Civ., 3^e, 8 juin 1995, D., 1995, IR, 173*).

Évidemment, lorsque, tranchant le litige, le tribunal accorde l'autorisation sollicitée par le preneur, il se doit, le cas échéant, de donner une suite favorable à la demande d'augmentation conséquente du loyer formulée par le bailleur, celle-ci étant réalisée par dérogation à toutes les conditions et limites fixées dans le contrat initial (*Civ., 3^e, 24 juin 1992, D., 1992, IR, 214*).

Chapitre 3 : Droit au renouvellement du bail commercial (bail à usage professionnel)

119. Avant l'entrée en vigueur du droit OHADA, le renouvellement des baux commerciaux était réglé principalement par la loi du 30 juin 1926 spécialement conçue à cet effet. Ce texte avait été rendu diversement applicable en Afrique noire tel que déjà exposé. Soucieux d'une protection accrue des commerçants qui, généralement ne sont pas propriétaires des lieux dans lesquels ils exercent leurs activités, le texte du 30 juin 1926 a institué à leur profit un droit au maintien dans les lieux appelé « propriété commerciale ». Ce « droit au renouvellement du bail » était acquis à tout locataire exploitant effectivement son fonds de commerce dans les locaux loués depuis un temps minimum d'un à six ans variable selon le type de bail - écrit ou verbal - et en fonction des pays (Voir *Universités francophones, Droit commercial et des sociétés en Afrique, 1988, Édicef, op. cit., p. 32*). Par ailleurs, cette loi offrait au bailleur la faculté de s'opposer au renouvellement du bail, même si parfois il devait compenser sa décision de refus à travers le versement au preneur d'une somme d'argent dénommée « indemnité d'éviction », dont le montant était fixé judiciairement et, le cas échéant, selon les critères et un procédé fixés par la loi.

120. Abordant l'épineuse question du renouvellement du bail aux articles 91 à 100 (*art. 123 à 132 du nouveau texte*) de l'AUDCG, le législateur OHADA ne s'éloigne pas beaucoup de la philosophie mise sur pied par la loi du 30 juin 1926 qui est de garantir une relative permanence, nécessaire au développement de l'activité

du commerçant (Section 2). Mais lorsque le bail arrive à expiration, il ne peut être véritablement renouvelé et produire les effets escomptés que si certaines conditions sont réunies (Section 1).

Section 1 - Conditions du droit au renouvellement du bail

121. À l'échéance du contrat de bail, le droit au renouvellement ne s'applique pas de manière automatique. Il appartient à l'une des parties d'initier le renouvellement. À défaut, le contrat continue son cours par tacite reconduction. Pour que le renouvellement soit effectif, il faut réunir quelques conditions de fond (§1), et surtout se conformer à une procédure spéciale instaurée par les textes en vigueur (§2).

§1 - Conditions de fond du droit au renouvellement du bail

122. D'après l'article 91 (*nouvel article 123 al. 1*) de l'AUDCG, le droit au renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée n'est acquis qu'au preneur qui justifie avoir exploité conformément aux stipulations du bail, l'activité prévue, pendant une durée minimale de deux ans. Cet article requiert essentiellement trois conditions relatives à la qualité du bénéficiaire du renouvellement (A), l'exploitation, objet du renouvellement (B) et une durée minimale de l'exploitation (C).

A - Bénéficiaire du renouvellement

123. Pour pouvoir demander le renouvellement du bail, il faut naturellement que ce bail existe. Il peut s'agir comme déjà souligné d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée. Le premier type ne suscite pas d'interrogation particulière. Il en est autrement du second dont le bénéficiaire a aussi droit au renouvellement (Article 91 (*nouvel article 123*), AUDCG). Mais, doit-il à l'instar du preneur dont le contrat est à durée déterminée le demander? Dans l'affirmative, à quel moment? Étant donné que par définition son contrat n'a pas de terme, il est impossible de lui exiger de le faire tant de temps avant la date d'expiration. S'il doit demander le renouvellement de son bail dans un délai quelconque, celui-ci ne peut courir qu'à partir du moment où le bailleur lui a signifié congé (Voir *A. Kenmogne Simo, Observations sous CCJA, arrêt, n° 017/2006 du 16 octobre 2006, affaire Société nationale des télécommunications dite Sonatel c/ Société d'exploitation de la clinique Sokbna Fatma, Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, op. cit., p. 64*).

Dans tous les cas, les occupants sans titre, qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi, ne peuvent se prévaloir de ce droit.

Précisément, le bénéfice du droit à renouvellement appartient au locataire d'origine. Il s'agit de la personne ayant conclu le contrat à la base avec le bailleur du local ou des lieux loués. Cette personne est, faut-il le rappeler, un commerçant, un industriel, un artisan ou un professionnel (*Article 69 al. 1 (nouvel article 101 al. 1) AUDCG*). Ce droit appartient également aux cessionnaires si l'opération de cession a été régulièrement signifiée au bailleur par acte extrajudiciaire ou tout autre moyen écrit conformément aux prescriptions de l'article 86 (*nouvel article 118 al. 2*) AUDCG. Pareil droit bénéficie aux héritiers ou aux successeurs en cas de transmission du fonds du commerce.

Dans le cas particulier de la location-gérance, le droit de solliciter le renouvellement du bail commercial appartient non au sous-locataire, mais au locataire du fonds de commerce (*A. P. Santos et J. Yado Toé, OHADA, Droit commercial général, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, op. cit., p. 186*). Mais l'article 98 (*nouvel article 130*) de l'AUDCG permet au sous-locataire de demander le renouvellement de son bail commercial au locataire principal dans la mesure des droits que celui-ci tient du propriétaire. Dans tous les cas, l'acte de renouvellement de la sous-location doit être porté à la connaissance du bailleur dans les mêmes conditions que la sous-location initialement autorisée.

124. La question peut se poser de savoir si un créancier peut demander le renouvellement du bail de son débiteur locataire. Selon un auteur dont la thèse est appréciable, un créancier agissant par la voie de l'action oblique en vertu de l'article 1166 du Code civil, peut valablement être admis à formuler une demande de renouvellement du bail commercial et obtenir satisfaction (*J. Gatsi, Pratique des baux commerciaux dans l'espace OHADA, 2^e éd., op. cit., p. 39*).

125. Qu'en est-il du cas des commerçants étrangers? Peuvent-ils bénéficier du droit au renouvellement du bail dans l'exercice de leurs activités professionnelles? Les textes OHADA sont muets à ce sujet, et il faut par conséquent se référer aux dispositions des droits nationaux relatives à la condition des étrangers. Dans l'optique de garantir une certaine permanence et tirer le meilleur profit des activités développées par ces derniers, la quasi-totalité des textes internes prenant appui sur le célèbre principe de la réciprocité, semblent être fixés dans le sens de la reconnaissance du droit au renouvellement à cette catégorie *sui generis* de commerçants (Voir *loi no 62-95 du 14 déc. 1995 portant Code des investissements du Burkina Faso. Et pour le Cameroun, G. Kagong'bé Ganbi, La liberté du commerce et de l'industrie au Cameroun, Mémoire de Maîtrise, Ngaoundéré, 1999, p. 7 et s.*; *Ndjel Nkouagué, La protection de l'intérêt général et l'activité commerciale au Cameroun depuis l'entrée en vigueur du droit OHADA, Mémoire de Maîtrise, Ngaoundéré, 1999, p. 20 et s.*).

B - Exploitation objet du renouvellement

126. L'article 91 (*nouvel article 123 al. 1*) de l'AUDCG reconnaît le droit au renouvellement à tout «[...] preneur qui justifie avoir exploité conformément aux stipulations du bail [...]». Destiné à garantir le maintien de l'activité du locataire, ce droit suppose donc que ce dernier développe son exploitation en conformité avec les clauses contractuelles.

Le développement doit être effectif, mais pas nécessairement sans interruption, l'exploitation pouvant simplement être saisonnière.

Dire de l'exploitation qu'elle est effective signifie qu'elle est réelle (*A. P. Santos et J. Yado Toé, OHADA, Droit commercial général, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, op. cit., p. 187*). Elle est en général personnelle. Mais rien n'empêche que le propriétaire fasse recours à un préposé ou à un locataire-gérant pour les besoins de mise en œuvre du fonds.

Enfin, l'exploitation doit être licite et conforme aux stipulations du bail. À défaut, il est permis au bailleur de demander à la juridiction compétente la résiliation judiciaire de celle-ci et l'expulsion du preneur.

C - Durée d'exploitation requise

127. D'après l'article 91 (*nouvel article 123 al. 1*) AUDCG, le droit au renouvellement est acquis à la condition que le preneur ait assuré son exploitation pendant une période minimale de deux ans. Pendant cette période qui précède l'expiration du bail, l'exploitation doit être effective comme il vient d'être précisé. Dans le cas contraire, on en déduit que le locataire ne remplit pas la condition de durée requise pour bénéficiaire du droit à renouvellement du bail, même s'il a antérieurement exploité son fonds pendant plus de deux années ailleurs.

La durée minimale de deux années court en principe à compter de la date d'occupation effective des lieux qui peut être identique à celle de la conclusion du bail.

Le droit au renouvellement est donc acquis dans ces conditions et aucune stipulation du contrat ne peut lui faire échec (*nouvel art. 123 al. 2*). Se pose néanmoins le problème de la procédure à suivre à cette fin.

§2 - Procédure de renouvellement du bail

128. Les textes régissant la procédure de renouvellement du bail commercial sont les articles 92 et 93 (*art. 124 et 125 de la nouvelle version*) de l'AUDCG. Un examen approfondi de ceux-ci permet de retenir que par rapport à la législation antérieure, le cheminement à suivre a été simplifié considérablement (*Voir A. P. Santos et J. Yado Toé, OHADA, Droit commercial général, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, op. cit., p. 188*).

Aux termes de l'article 92 de l'AUDCG, dans le cas d'un bail à durée déterminée, le preneur désireux d'obtenir le renouvellement de son contrat est tenu d'en faire la demande au plus tard trois mois avant l'expiration de la date du bail. Le nouvel article 124 de l'AUDCG apporte la précision que la demande de renouvellement doit être effectuée par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire.

Si la demande n'est pas formulée dans ce délai, il est déchu de son droit au renouvellement, l'obligation de solliciter le renouvellement étant d'ordre public (*Voir Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), arrêt, n° 5 du 30/03/2006, affaire Ponty SARL c/ Société Ponty immobilière SA, Le juris-Obada, n° 3/2006, p. 16, Obadata J-07-12; TPI de Bafoussam, jugement civil, n° 101 du 22/09/2006, affaire Mission catholique du sacré-cœur de Bafoussam c/ Texaco Cameroun, Obadata J-07-68; TPI de Bafoussam, jugement civil, n° 23/ civ. du 27/12/2002, affaire Bonwo Daniel c/ Fotsing Bertin, Obadata J-04-233; CA Niamey, arrêt, n° 51 du 03/04/2002, affaire Amadou Hamidou Tchiana c/ Michel Elias Haddad, Obadata J-03-250*).

Mais lorsque la location a continué après l'expiration du bail, on conclut qu'il y a eu renouvellement implicite ou tacite (CA d'Abidjan, Arrêt, n° 902 du 25 juillet 2000, affaire SIRD c/ F., *Obadata J-03-111*).

Selon l'article 92 de l'AUDCG, la demande doit être signifiée au bailleur par «acte extrajudiciaire», c'est-à-dire d'après la jurisprudence, par exploit d'huissier (*Voir Cass. civ., 4 mars 1992, JCP 1993, 2, 22129, note Boccara*). Et lorsque le bailleur est domicilié à l'étranger, il est permis de faire une signification à parquet (*Voir Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), arrêt, n° 14 du 30/03/2006, affaire Société équipagro Côte d'Ivoire dite Équipagro-CI SARL c/ B. K., Le juris-Obada, n° 4/2006, p. 19, Obadata J-07-28*).

Dans l'hypothèse d'une reconduction tacite du contrat, la jurisprudence étrangère, approuvée par la doctrine eu égard au mutisme du législateur OHADA enseigne que la demande de renouvellement peut être adressée au bailleur à tout moment au cours de ladite période (*Cass. civ., 27 nov. 1990, RJDA, 1991, 28, Gaz. Pal., 1991, 471, note J. D. Bardier*).

En tout état de cause, la réponse du bailleur doit intervenir au plus tard un mois avant l'expiration du bail. À défaut, il est réputé avoir accepté le principe du renouvellement.

Lorsqu'il choisit de réagir expressément aux propositions du locataire, le propriétaire peut assortir son offre de conditions particulières ou suggérer la modification de certaines clauses du bail. Dans tous les cas, seul l'accord de volonté des deux parties peut cristalliser les termes de la version nouvelle du contrat (*Voir Cass. com., 10 oct. 1960, Gaz. Pal., 1960, 2, 312*).

En revanche, dans l'hypothèse d'un contrat à durée indéterminée, toute partie qui entend le résilier est tenue de donner à l'autre un congé par acte extrajudiciaire au

moins six mois à l'avance. Le preneur bénéficiaire du droit au renouvellement peut s'opposer à ce congé au plus tard à la date d'effet de celui-ci, en notifiant à son tour au bailleur par acte extrajudiciaire sa contestation du congé. S'il n'a pas formulé sa demande de renouvellement dans le délai imparti ou s'il n'a pas contesté en temps utile le congé reçu, il est *ipso facto* déchu de son droit au renouvellement du bail commercial et ce dernier prend fin à la date fixée par le congé.

129. Il importe de le souligner, les parties au contrat de bail ont la latitude de ne pas observer les formes et les délais du congé prescrits par l'Acte uniforme portant Droit commercial général. Il y a alors respect de leur volonté avec application des clauses contractuelles (Voir *CA de Niamey, arrêt, n° 54 du 04/06/2003, affaire Seybou Boukari c/ El Hadj Harouna Mallam, Ohadata J-03-264; CA de Niamey, arrêt, n° 57, référé du 04/06/2003, S.B.C. c/ E. H. M., Le Juris Ohada, n° 4/2004, oct.-déc. 2004, p. 64, note Brou Kouakou Mathurin, Ohadata J-05-181; TPI de Cotonou, jugement contradictoire, n° 011/1^{re} C. Com., Dossier, n° 189/2001, Établissement Cedis c/ héritiers Abo Philippe, Ohadata J-04-287*).

Section 2 - Effets du droit au renouvellement du bail

La mise en œuvre du droit au renouvellement du bail est susceptible de produire des effets distincts selon que le bail est renouvelé (§1) ou non (§2).

§1 - Effets du bail renouvelé

130. En cas de renouvellement accepté expressément ou implicitement par les parties, et sauf accord différent de celles-ci, la durée du nouveau bail est fixée à 3 ans (*Article 97 AUDCG; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement du 10/07/2002, affaire Marie Dieng c/ Mamoudou Sall, Ohadata J-03-46*).

En cas de renouvellement pour une durée indéterminée, les parties doivent prévoir la durée du préavis de congé qui ne peut être inférieure à six mois (*nouvel article 123 al. 3, AUDCG*).

Le nouveau bail prend effet à compter de l'expiration du bail précédent si celui-ci est à durée déterminée. En revanche, s'il est à durée indéterminée, l'effet est produit à partir de la date pour laquelle le congé a été donné.

Dans l'un et dans l'autre cas, le bail renouvelé répond en principe au même régime que le bail initial. Rien n'interdit toutefois que les parties modifient certaines clauses du premier contrat. Ainsi, celle relative au loyer peut être révisée dans le sens d'une augmentation du montant, pour tenir par exemple compte de la nouvelle valeur locative. Il n'est d'ailleurs pas exclu que dès le départ, les parties insèrent dans leur contrat une clause recette, dite clause d'indexation (Voir *Monéger, note sous Cass.*

3^e civ., 27 janv. 1999, SA Intexal et A. c/ Société centre commercial de la défense, RTD Com., 1999, p. 368). Elles peuvent aussi insérer dans leur contrat, toute référence permettant de réviser le loyer automatiquement sans qu'on ait à recourir au jeu des mécanismes de révision légale. Dans ces différentes hypothèses, la stipulation contractuelle s'impose et tient lieu de loi dans les termes de l'article 1134 du Code civil (Voir *A. Foko, Observations sous Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, 2^e ch., arrêt, n° 4 du 9 mars 2006, Affaire A.B. c/ Société ivoirienne de Promotion de Supermarchés dite PROSUMA, Ohadata J-07-11, Le Juris-OHADA, n° 3/2006, p. 16, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, op. cit., p. 57; R. Njeufack Temgoua, Observations sous CCJA, arrêt, n° 036/2008 du 3 juillet 2008, Société Burkina Schell c/ Ouedraogo Sibiri Philippe, Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, ibid., p. 31*).

§2 - Effets du bail non renouvelé

Il est possible que le renouvellement du bail soit refusé catégoriquement. Le refus peut être suivi du paiement d'une indemnité d'éviction (A) ou non (B).

A - Refus de renouvellement du bail avec paiement d'une indemnité d'éviction

131. En principe, le bailleur peut toujours refuser le renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée. Mais il est tenu de payer une indemnité (indemnité d'éviction) s'il ne s'appuie sur aucun motif légitime (*Article 94 (nouvel art. 126 al. 1) AUDCG; CA d'Abidjan, arrêt, n° 1205 du 29/11/2002, affaire Kouame Krah et cinq autres c/ Traoré Yacouba, Ohadata J-03-307*).

Lorsque le bailleur refuse de renouveler le bail et invoque un motif illégal, il est également tenu de payer l'indemnité d'éviction (Voir *Tribunal de Toumadi, jugement, n° 09 du 18/01/2001, affaire Dame K. CICR, Ohadata J-05-55*).

Cette indemnité vise à compenser les risques auxquels s'expose le preneur qui est contraint par le bailleur de quitter les lieux loués. D'après un auteur averti, elle constitue pour le locataire «la contrepartie financière exacte des avantages que lui aurait procuré le renouvellement» (Voir *Y. Reinhard, Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, Litec, 4^e éd., 1996 cité par A. Kenmogne Simo dans ses observations sous CCJA, arrêt, n° 017/2006, Société nationale des télécommunications dite Sonatel c/ Société d'exploitation de la clinique Sokhna Fatma, op. cit., p. 63*).

En principe, l'indemnité d'éviction est payée en argent. À titre exceptionnel, elle peut être payée en nature et consister par exemple en l'affectation d'un autre local dans un immeuble reconstruit lorsque l'ancien abritait le local objet du bail. Contrairement à la

législation antérieure (*Voir loi du 30 juin 1926 dans ses diverses applications en Afrique noire francophone*), le législateur OHADA n'a malheureusement pas fixé de montant minimum pour l'indemnité d'éviction. Les critères d'évaluation de celle-ci ainsi que son montant sont laissés à la libre appréciation des parties, le risque étant élevé que le bailleur dicte sa loi au locataire, présumé partie faible dans un tel contrat.

Mais, à défaut d'accord sur son montant, celui-ci est fixé par la juridiction compétente en tenant compte notamment du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le preneur et de la situation géographique du local (*Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement, n° 153 du 22/01/2002, affaire Kamil Akdar c/ Mohamed Fettouny, Obadata J-05-58; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement, n° 234 du 31/01/2001, affaire Héritiers de feu Alia Sall c/ El Hadj Ndiame Talla, Obadata J-05-62; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement du 24/07/2001, affaire Jacqueline, Laïla, Georgette et Georges Webbé c/ Melhem Haïdar Wizani, Obadata J-02-196*), sans oublier les frais de déménagement imposés par le défaut de renouvellement (*Voir nouvel art. 126, al. 2 de l'AUDCG*).

L'adverbe «notamment» utilisé à l'article 94 alinéa 2 (*nouvel art. 126, al. 2*) de l'AUDCG est la preuve que la liste des éléments à prendre en compte par la juridiction compétente n'est pas exhaustive. Le législateur voudrait certainement éviter au preneur de subir un préjudice non réparé du fait du non-renouvellement de son bail. Les deux branches de l'alternative; renouvellement ou indemnité se trouvent alors parfaitement équilibrés.

En droit français, l'article L.145-41 du Code de commerce précise que l'indemnité d'éviction doit être égale au préjudice subi par le locataire du fait du non-renouvellement du bail. Le refus du renouvellement est alors appréhendé comme une faute du bailleur, donnant lieu à réparation. La base retenue pour l'évaluation est la valeur du fonds de commerce. Étant donné qu'il s'agit d'une sorte d'expropriation, l'indemnité doit être au moins égale à la valeur du fonds, évaluée à la date de l'éviction. Cette solution pourrait opportunément inspirer les juges compétents dans l'espace OHADA.

132. Mais l'indemnité d'éviction ne doit être confondue ni avec l'indemnité de la plus-value, ni avec l'indemnité pour commerce similaire, ni avec l'indemnité d'occupation.

En raison de ce qu'elles ne sont pas expressément traitées par l'AUDCG, leur examen demande que l'on interroge la loi du 30 juin 1926 sur les baux commerciaux. Les articles 6 et 7 de cette loi traitent de deux sortes d'indemnités de plus-value qui ont pour but d'éviter que le propriétaire ne s'enrichisse sans cause.

L'article 6 vise le cas où le propriétaire d'un immeuble et du fonds de commerce exploité dans cet immeuble a loué le tout à un locataire. Celui-ci n'étant que locataire du fonds, ne peut bénéficier du droit au renouvellement du bail, droit réservé au propriétaire du fonds de commerce.

À l'expiration du contrat de location des murs et de gérance du fonds, le propriétaire (des murs et du fonds) peut reprendre la jouissance et continuer l'exploitation. Mais il doit alors verser une indemnité au locataire à concurrence du profit qu'il aura tiré de la plus-value apportée soit au fonds, soit à la valeur locative de l'immeuble du fait des améliorations matérielles effectuées par le locataire (ceci exclut la plus-value résultant de l'accroissement de la clientèle).

L'article 7 vise un cas spécial, celui du propriétaire qui exerce le droit de reprise sans être tenu légalement de verser une indemnité d'éviction. Dans ce cas, «le propriétaire devra, à moins qu'il préfère demander la remise des lieux en l'état où ils étaient lors de l'entrée en jouissance, payer au locataire sortant, une indemnité à concurrence du profit qu'il aura tiré de la plus-value apportée par lui à la valeur locative de l'immeuble, par suite des aménagements effectués, si d'après le bail, ceux-ci ne deviennent pas la propriété du bailleur, sans que cette indemnité ne puisse dépasser le prix de la main-d'œuvre et la valeur des matériaux employés».

133. Dans tous les cas justifiés ou non° de «non-renouvellement» du bail, qu'il ait droit ou non à l'indemnité d'éviction, le locataire bénéficie de l'article 8 qui interdit au propriétaire ou au nouveau locataire d'exercer un commerce similaire à celui du commerce sortant et ce, sous peine de dommages-intérêts.

Mais cette règle ne s'applique pas si après avoir exercé le droit de reprise de l'immeuble, le propriétaire a racheté le fonds de commerce du locataire sortant (ici, le propriétaire peut continuer à exercer le commerce sans payer l'indemnité).

134. Lorsque le locataire conserve la possession des lieux après l'expiration de son titre de location, que ce soit contre le gré du propriétaire ou avec le consentement tacite de ce dernier, il doit une indemnité d'occupation dont le montant est fixé par le juge.

Lorsqu'il y a acceptation du principe du bail renouvelé, la loi prévoit que le locataire doit payer son loyer au taux de l'ancien bail pendant toute la durée de la procédure de renouvellement du bail.

Lorsque le locataire se maintient contre le gré du propriétaire, l'indemnité est égale au préjudice.

B - Refus de renouvellement sans paiement d'une indemnité d'éviction

135. Le bailleur peut s'opposer au droit au renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée sans avoir à régler l'indemnité d'éviction dans trois hypothèses : l'existence d'un motif légitime à l'encontre du preneur sortant (I), la reprise de l'immeuble aux fins de démolition et de reconstruction (II) ainsi que la reprise de l'immeuble aux fins d'habitation (III).

I - Existence d'un motif légitime à l'encontre du preneur sortant

136. Ce motif peut consister soit en l'inexécution par le locataire d'une obligation substantielle du bail, soit en la cessation de l'exploitation du fonds de commerce.

Mais un tel motif ne peut être invoqué que si les faits se sont poursuivis ou renouvelés plus de deux mois après une mise en demeure du bailleur par acte extrajudiciaire, d'avoir à les faire cesser.

Sur le plan pratique, le motif grave et légitime est généralement relevé dans la violation d'une obligation contractuelle par le locataire, et les exemples sont nombreux : réalisation des travaux ou changement de destination des lieux loués sans autorisation du bailleur ; dégradations diverses ; violation de l'interdiction des sous-locations ou exercice d'un commerce immoral (*Paris 29 janv. 1987, JCP, 1987, II, 20814, concl. Connen*) ; non-paiement ou paiement partiel des loyers (*Voir article 95 al. 1 (nouvel art. 127) AUDCG*).

137. Mais on peut aussi retenir un motif grave et légitime du preneur dans une faute relativement étrangère à l'exécution du bail à l'instar des injures et violences exercées à l'égard du bailleur (*Com., 3 fév. 1958, Grands arrêts, 118, Cl. Champaud; JCP, 1958, 2, 10586*) ou de l'émission de chèques sans provision (*Civ. 3^e, 19 nov. 1975, D., 1976, IR, 38*).

II - Reprise de l'immeuble aux fins de démolition et de reconstruction

138. Le bailleur n'est pas tenu de verser une indemnité d'éviction lorsqu'il envisage de démolir l'immeuble comprenant les lieux loués et de le reconstruire. Tel est le cas lorsque les travaux sont justifiés par l'insalubrité de l'immeuble ou lorsqu'il est établi que ce dernier ne peut être occupé sans danger à raison de son état (*Cass. civ., 9 janv. 1969, Gaz. Pal., 1969, 1, 224*).

Mais il est tenu de justifier la nature et la description des travaux projetés.

Le preneur a toutefois le droit de rester dans les lieux jusqu'au commencement des travaux de démolition (*Voir Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), arrêt, n° 33 du 26 mai 2005, Kaita Bassidiki c/ Fabris Oscar Adone, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 5, janv.-juin 2005, vol. II, p. 9; Le Juris-Obada, n° 4/2005, juillet-sept. 2005, p. 2, Obadata J-06-13*). Et il bénéficie d'un droit de priorité pour se voir attribuer un nouveau bail dans l'immeuble reconstruit.

139. Lorsque les travaux de réhabilitation de l'immeuble ont été autorisés par la Cour suprême, l'ouverture des portes ne peut être autorisée par le juge des référés (*Voir CA d'Abidjan, Arrêt, n° 1098 du 29/07/2003, affaire, La SCI Résidence du stade c/ Maître Béatrice Couppli Boni, Obadata J-04-346*).

140. Si les locaux reconstruits ont une destination différente de celle des locaux, objet du bail, ou s'il n'est pas offert au preneur un bail dans les nouveaux locaux, le bailleur devra verser au preneur l'indemnité d'éviction (*Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement, n° 1712 du 25/10/2000, affaire Ibra Guèye c/ SCI Amine, Obadata J-05-60*).

III - Reprise de l'immeuble aux fins d'habitation

141. Le bailleur peut aussi, sans versement d'indemnité d'éviction, refuser le renouvellement du bail portant sur les locaux d'habitation accessoires des locaux principaux, pour les habiter lui-même ou les faire habiter par son conjoint ou ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint (*Article 96 (nouvel art. 128 al. 1) AUDCG*).

On peut regretter avec certains auteurs (*A. P. Santos et J. Yado Toé, OHADA, Droit commercial général, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, op. cit., p. 193*) que le législateur OHADA n'ait pas autorisé la reprise par le bailleur à des fins d'exploitation commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle, ne serait-ce qu'à l'avantage du propriétaire, son conjoint, leurs descendants ou conjoints de ceux-ci. C'est du reste ce que prévoyait la législation antérieure dont l'un des objectifs était d'encourager la création de modestes affaires familiales.

Et dans tous les cas, le droit de reprise en vue d'une affectation commerciale donnait lieu au versement au locataire ou à ses ayants cause d'une indemnité dont le montant correspondait au minimum à l'équivalent de cinq fois le loyer annuel.

Cette reprise peut être exercée lorsque le preneur établit que la privation de jouissance des locaux d'habitation accessoires apporte un trouble grave à la jouissance du bail dans les locaux principaux (*Cass. civ., 1^{er} fév. 1968, D.S., 1968, 349*) ou lorsque les locaux principaux d'habitation forment un tout indivisible.

Athanase FOKO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Achalandage 4, 6, 7.
Acte uniforme sur le droit commercial général (AUDCG) 10, 11, 13, 15, 18, 39, 43, 46, 49, 52, 63, 73, 74, 76, 77, 79, 80, 82, 84, 85, 87, 88, 89, 90, 93, 95, 96, 97, 98, 100, 104, 105, 107, 108, 114, 115, 117, 120, 122, 123, 126, 127, 128, 130, 132, 133, 139, 143.
Acte uniforme sur les procédures collectives (AUPC) 45, 46, 47, 48.
Acte uniforme sur les sûretés (AUS) 92.
Assemblée générale 45.

B

Bailleur 1, 2, 3, 6, 11, 17, 27, 29, 39, 46, 75, 76, 77, 78, 80, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 101, 104, 105, 106, 107, 108, 111, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 123, 126, 127, 128, 132, 135, 138, 139, 140, 141, 142, 143.
Baux commerciaux 2, 3, 6, 9, 11, 13, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 34, 35, 36, 37, 38, 43, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 111, 117, 119, 124, 133.

C

Capacité 34, 56, 59, 61.
Capital social 40.
Conjoints (co-exploitants ou collaborateurs) 143.
Cour Commune de Justice et d'Arbitrage 12, 51, 91, 98, 100, 123, 128, 131, 132, 141.

D

Droit au bail 28, 52, 58, 61.

E

Entreprise publique 30, 46.
Établissement
- d'enseignements 22.
- public à caractère industriel et commercial 31, 32, 33, 34, 39.

F

Fonds artisanal 26.
Fonds libéral 63.

G

Groupement d'Intérêt Économique (GIE) 50, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 78.
Groupement Européen d'Intérêt Économique (GEIE) 59.

H

Habitude 23.

I

Immatriculation 24, 25, 26, 61, 64, 105.
Indemnité d'éviction 3, 7.
Immeuble 1, 3, 4, 6, 11, 15, 18, 19, 22, 23, 27, 28, 29, 36, 47, 52, 61, 69, 74, 75, 76, 92, 94, 106, 117, 132, 134, 135, 136, 138, 140, 141, 142,
Interdiction (professionnelle) 56, 66, 108, 139.

J

Journal 37.

L

Location-gérance (de fonds de commerce) 26, 49, 123.
Location 8, 11, 25, 49, 55, 63, 66, 128.
Location d'immeubles 17, 22, 27, 28, 134, 137.

M

Marchandises 44, 112.

O

OHADA 9, 10, 12, 14, 16, 17, 19, 20, 22, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 46, 50, 51, 54, 60, 61, 63, 68, 70, 72, 74, 75, 76, 77, 82, 85, 89, 91, 98, 100, 104, 105, 108, 109, 111, 114, 117, 118, 119, 120, 123, 124, 125, 126, 128, 129, 131, 132, 141, 143.

N

Nantissement (s) 3.

P

Prescription (délai) 76, 123.
Privatisations 32, 43, 44, 49.
Profession libérale 54.

R

Registre du commerce
- inscription (présomption de commercialité) 23, 24, 25, 26, 51, 56, 57, 61, 64, 105.

S

SARL 36, 50, 106, 128.
SCS 36.
Société civile 36.
Société (s) commerciale (s) 30, 36.
Succursale 6.

T

Terrains 11, 15, 18, 19, 26, 103.
Traité (OHADA) 46, 54, 61, 68.
TVA 37.

U

Usages 111.

V

Voyageur, Représentant, Placier (VRP) 6, 91.

BIENS ET DROITS INSAISSISSABLES

Table des matières

Introduction 1 à 11

§1 - Recours aux droits nationaux n° 12 à 65

A - Source de l'insaisissabilité n° 13 à 28

I - Loi nationale des États parties n° 14 à 20

II - Volonté du donateur ou du testateur n° 21 à 28

B - Inventaire ou assiette de l'insaisissable n° 29 à 65

I - Biens et droits insaisissables du fait

de la considération de l'intérêt général n° 31 à 44

II - Biens et droits insaisissables du fait de la rencontre des droits concurrentiels n° 45 à 65

§2 - Vers un dépassement des droits nationaux n° 66 à 127

A - Raisons du dépassement n° 67 à 100

I - Limites de la technique du renvoi aux droits nationaux n° 68 à 79

II - Inadaptation de certains objets insaisissables n° 80 à 100

B - Définition progressive des biens et droits insaisissables par le législateur OHADA n° 101 à 127

I - Constitution d'un noyau dur dans l'AUVE 104 à 117

II - Constitution d'un noyau dur dans d'autres Actes uniformes n° 118 à 127

Introduction

1. Dans la plupart des États africains, anciennement colonies ou sous-tutelle de la France, le recouvrement des créances et les voies d'exécution étaient régis par le code de procédure civile français, dans ses dispositions en vigueur avant les indépendances (*Code rendu applicable au Cameroun par l'arrêté colonial du 16 décembre 1954 portant codification et réglant la procédure en matière civile et commerciale devant les tribunaux français au Cameroun*). Nul ne contestait la vétusté et la caducité de certaines dispositions d'un texte importé sans considération des réalités, coutumes et des mœurs africaines. Aussi, l'ouverture de l'OHADA à l'adhésion de tout État membre ou non de l'OUA (*article 53 du Traité OHADA*) renforçait-elle le risque d'une insécurité juridique née de l'archaïsme et de la disparité des textes applicables, véritable frein à la création d'un espace économique intégré. C'est pourquoi, à un souci d'harmonisation du droit applicable dans les États parties,

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.) et TJOUEU (A.-D.), *Les Procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA*, Yaoundé, PUA, coll. « Droit uniforme », 1999.
- ESSO H. (A.-M.) et DIOUF (N.), *Recouvrement des créances*, Bruylant, coll. « Droit uniforme africain », 2002.
- KEBA MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », LPA, 13 octobre 2004, n° 2005.
- KUATE TAMEGHE (S.S.), « Les mystères des articles 50 alinéa 1 et 51 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », *Afrilex*, n° 5, www.afrilex.u-bordeaux4.fr.
- KUATE TAMEGHE (S.S.), *La Protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, Paris, L'Harmattan, 2004.
- PODIO TCHATCHOUA (M.D.) et FANDJIP (O.), « Les voies d'exécution en droit Ohada à l'épreuve des droits de l'homme : le cas du débiteur », *Juridis périodique*, n° 83.
- POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU ELONGO (Y.-R.), *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2008.
- SOH (M.), « Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes », *Juridis périodique*, n° 51, 2002.
- WANDJI KAMGA (A.-D.), « Le droit à l'exécution forcée, réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français », Thèse en cotutelle, Université de Yaoundé II et Université de Limoges, 2009.

s'ajoutait le besoin d'adapter les législations existantes aux nouvelles exigences socio-économiques (P.-G. POUGOUÉ et Y.-R. KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2008, p. 81).

2. Dans cette perspective, la réforme, objet de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUVE) entré en vigueur le 10 juillet 1998 semble être « le pas le plus important dans la voie de l'harmonisation, voire de l'uniformisation du droit dans les États signataires du Traité » (N. DIOUF, *introduction au commentaire de l'AUVE in J. ISSA SAYEGH, P.-G. POUGOUÉ, F.M. SAWADOGO, OHADA Traités et Actes uniformes commentés et annotés*, p. 753). En effet, dans leurs dispositions finales, certains Actes uniformes se bornent à abroger les dispositions contraires applicables dans les États parties (*voir par exemple les articles 257 AUPCAP et 150 AUS*), alors que l'AUVE « abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les États parties » (*article 336 AUVE*).

En le faisant, cet Acte uniforme cherche à « mettre en place un ensemble clos et fermé renfermant toutes les règles ayant vocation à s'appliquer aux matières qu'il concerne » (N. DIOUF, *ibid.*). Cela participe de la sécurité juridique et judiciaire des investisseurs, potentiels débiteurs ou créanciers (F. ANOUKAHA et A.-D. TJOJEN, *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA*, Coll. DU, PUA, Yaoundé, 1999, p. 4 ; KEBA MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », LPA, 13 octobre 2004, n° 205, p. 4-7). Ces derniers peuvent prêter ou investir en zone OHADA, y prendre des risques parce que disposant des voies et moyens appropriés pour recouvrer toutes créances.

3. Déjà, aux termes des articles 2092 et 2093 du code civil applicable au Cameroun, le législateur français de 1804 retenait que « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ». Ces biens sont saisissables (*selon Le LITTRE*, « saisissable » est un terme de procédure qui signifie « qui peut être saisi ») en cas d'inexécution, par le débiteur, de ses obligations.

4. À leur suite, l'article 50 alinéa 1 de l'AUVE dispose que « les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers, sauf s'ils ont été déclarés insaisissables par la loi nationale de chaque État partie ». La protection des créanciers par la voie des saisies n'est donc pas absolue. L'expression « sauf s'ils ont été déclarés insaisissables par la loi nationale de chaque État partie » signifie que le créancier ne peut tout saisir. Pour une raison ou pour une autre, certains biens et droits du débiteur seront exclus du champ de la saisie. On parle d'objets ou de biens et droits déclarés insaisissables.

5. L'insaisissabilité est la situation juridique d'un bien qui est exceptionnellement soustrait du droit du créancier d'agir en exécution forcée par le moyen de la saisie. C'est une restriction au droit de saisir un bien appartenant à son débiteur. Concrètement, c'est « le caractère de ce qui ne peut être saisi, c'est-à-dire mis sous mains de justice, dans l'intérêt d'un particulier, de sa famille ou de l'ordre public » (M. SOH, « Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes », *Juridis périodique*, n° 51, 2002, p. 89). Elle réduit partiellement, voire totalement l'assiette de la saisie, ce qui n'est pas favorable au créancier saisissant (*Après avoir accompli les différentes phases du recouvrement, le saisissant peut trouver une assiette inconsistante ou sans valeur du fait de l'insaisissabilité des biens pourtant en présence*).

6. Pourtant ce n'est pas tant l'exception de l'insaisissabilité qui fait problème. La question qui intéresse le juriste comme le justiciable c'est celle de l'identification

de l'insaisissable : quels sont les biens et droits insaisissables en droit OHADA ?

7. La réponse du législateur OHADA dans l'AUVE n'est pas entièrement satisfaisante. Il s'est refusé d'en donner une liste, fût-elle indicative. Optant pour la technique du renvoi ou de la délégation, le législateur communautaire a préféré confier cette compétence aux États parties. Aux termes de l'article 51 de l'AUVE, « les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des États parties ».

8. Très usitée par le législateur OHADA (*Dans le Traité OHADA, on peut citer l'article 5 alinéa 2 selon lequel : « Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues »*. *Dans l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, l'article 106, alinéa 2 permet aux États parties d'instituer des privilèges généraux autres que ceux qu'il consacre et de les classer dans la hiérarchie définie par l'article 107 dudit acte. L'article 10 du même acte qui répute solidaire le cautionnement, précise qu'« il est simple lorsqu'il en est ainsi décidé, expressément, par la loi de chaque État partie ou la convention des parties »*. *Dans l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique l'article 916 indique expressément que « le présent acte uniforme n'abroge pas les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier »*. *A l'article 49 alinéa 1 de l'AUVE, l'utilisation de l'expression « juridiction compétente » sans autre précision oblige l'interprète qui cherche à résoudre les problèmes de compétence d'attribution à se tourner vers les textes internes sur l'organisation judiciaire. Cette attitude du législateur communautaire n'est pas toujours bien comprise par ses homologues nationaux et engendre de nombreux débats : voir J. FOMETEU, « Le juge de l'exécution au pluriel ou la parturition au Cameroun de l'article 49 de l'Acte uniforme OHADA portant voies d'exécution », *Juridis périodique*, n° 70, 2007, p. 97-109 ; R. NEMEDEU, « Le juge camerounais du contentieux de l'exécution ou le clair obscur entre l'esprit et la lettre de l'article 49 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », *Juridis périodique*, n° 83, 2010, p. 91-101. *Dans tous ces cas de renvoi, la doctrine est unanime pour dire que la loi nationale n'opère pas contra pactum, mais secundum pactum, c'est-à-dire en cas de renvoi ou de délégation de l'Acte uniforme. Voir P.-G. POUGOUÉ et Y.-R. KALIEU ELONGO, Introduction critique à l'OHADA, Yaoundé, PUA, 2008, p. 52*), cette technique permet de contourner certaines difficultés de nature politique, économique, sociale, culturelle ou historique. Elle restitue certains pouvoirs aux droits nationaux soit pour respecter les particularismes locaux et les traditions judiciaires, soit par souci de réalisme et d'efficacité.*

9. Toutefois au regard des objectifs de l'OHADA en général et de l'AUVE en particulier, au moment où, dans certaines législations, « les insaisissabilités prolifèrent au gré des circonstances » (R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, 2^e éd. n° 213, cité par R. PERROT, obs. sous cass. civ. 2^e, 3 mai 2007, RTD civ. juillet-septembre 2007, chron. 2007, p. 644), on peut logiquement se demander s'il était opportun de renvoyer une question aussi sensible à la libre sagesse des États membres.

La protection des droits du débiteur pourrait varier au gré de chaque État partie (M. D. PODIO TCHATCHOUA et O. FANDJIP, « Les voies d'exécution en droit OHADA à l'épreuve des droits de l'homme : le cas du débiteur », *Juridis périodique*, n° 83, 2010, p. 108). Ce pouvoir donné aux législateurs nationaux est susceptible de trahir l'uniformité de l'AUVE du fait de la disparité entre différentes catégories de biens et droits insaisissables qui peuvent en découler (M. SOH, « Insaisissabilité et immunité d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes », *op. cit.*, p. 91.).

En outre, les textes nationaux auxquels référence est faite n'ont subi que très peu de modifications depuis leur entrée en vigueur. Très épars lorsqu'ils existent, ces textes demeurent fidèles à l'esprit de l'époque de leur conception, déclarant insaisissables même des effets surannés. Ils sont parfois en totale disharmonie avec les données socio-économiques de l'Afrique contemporaine (S.S. KUATE TAMEGHE, « Les mystères des articles 50 alinéa 1 et 51 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », *Afrilex* n° 5, p. 195 et s. <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr>).

Enfin, hier comme aujourd'hui, rien n'empêche le législateur communautaire de définir lui-même les biens et droits insaisissables ou, tout au moins, d'indiquer les critères devant concourir à cette détermination.

10. Cela permettrait d'une part, de limiter la multiplication et l'intensification anarchique des cas d'insaisissabilité, « véritables ailes de l'albatros de Baudelaire en matière de crédit, tant la réticence du créancier ira grandissante » (M. SOH, « Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes », *op. cit.*, p. 91.) ; d'autre part d'éviter qu'un justiciable muni d'un titre exécutoire puisse, d'un État membre à un autre, s'entendre dire que ce dernier ne peut être exécuté pour cause d'insaisissabilité alors que, dans les mêmes conditions les biens et droits concernés seraient saisissables dans d'autres États parties (Cela peut être difficile à admettre si dans son pays d'origine ou dans un autre État membre, les mêmes biens et droits sont saisissables).

11. L'option du législateur communautaire qui, dans un espace économique et juridique dit intégré, impose de recourir aux droits des États parties pour découvrir les biens et droits insaisissables est donc discutable (I).

En l'absence d'un noyau dur ou de critères de définition de ces biens et droits, la disparité entre différentes législations ferait mentir l'uniformité de l'AUVE. Heureusement qu'à voir de près, l'insaisissable se situe de plus en plus au-delà des droits nationaux (II).

§1 - Recours aux droits nationaux

12. Si l'article 51 de l'AUVE dispose que « les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des États parties », l'article 50 qui le précède indique qu'ils le sont par le moyen de la loi (A). Il faut parcourir les législations des États parties pour les identifier (B).

A - Source de l'insaisissabilité

13. Exception à une règle légale (*Depuis le code civil de Napoléon, articles 2092 et 2293, le principe est celui de la saisissabilité générale des biens qui appartiennent en propre à son débiteur, pourvu qu'il en ait la libre disposition. Cette règle est maintenue dans l'AUVE. Sur son application, voir C/A Cotonou, arrêt n° 130/2000 du 4 mai 2000, affaire Société SOCOSER c. Société DAMELSARL, Obadata J-06-76.*), l'insaisissabilité doit aussi être prévue par la loi, particulièrement celle de chaque État partie à l'OHADA (I). On peut dire qu'elle est d'inspiration stricte (Cass. civ. 3^e ch. 15 février 1983, RTDC, 1983, p. 601, cité par M. SOH, « Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes », *ibid.*). Toutefois certaines insaisissabilités ont une origine humaine (II).

I - Loi nationale des États parties

14. Le législateur OHADA affirme que « les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur [...], sauf s'ils ont été déclarés insaisissables par la loi nationale de chaque État partie (...) » (article 50 alinéa 1 AUVE). Si le législateur OHADA renvoie aux législations nationales pour la définition des biens et droits insaisissables, la plupart des États membres se contentent, à leur tour, d'invoquer une formule générale suivant laquelle ne peuvent être saisis les biens que la loi déclare insaisissables (*Cette attitude législative connue depuis le code civil de Napoléon n'a pas évolué. Pour preuve l'article 14 al. 1 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991 qui reprend la même formule.*)

15. La loi constitue ainsi la principale source de l'insaisissabilité dans plusieurs législations internes. En effet, les articles 315 alinéa 1 du code de procédure civile et commerciale camerounais et 382 alinéa 1 du code

de procédure civile sénégalais, par exemple, comme l'article 14 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991 énoncent que « ne peuvent être saisis : les biens que la loi déclare insaisissables ». L'alinéa 1 des articles 327 du code de procédure civile et commerciale camerounais et 271 du code de procédure civile ivoirien déclare aussi insaisissables « Les objets que la loi déclare immeubles par destination ». Ils ne peuvent être saisis indépendamment de l'immeuble par nature, si ce n'est pour le paiement de leurs prix (*article 328 du CPCC camerounais*).

16. Le principe de la légalité des biens et droits insaisissables est clairement rappelé par la jurisprudence. À titre de droit comparé, elle relève une exception au principe de l'insaisissabilité des éléments nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle de son titulaire (débité saisi), principe posé par l'article 14 alinéa 4 de la loi française du 9 juillet 1991 (*Cass. civ. 3^e, 15 fév. 1983, RTD Civ, 1983, p. 601. Voir aussi CA Versailles, 16^e Ch. 4 mai 2006, Droit et procédures n° 1, 2007, p. 34-36, obs. S. ABOU, avec la collaboration de B. NICOD*). En effet, l'article 39 du décret du 31 juillet 1992, pris pour son application n'a expressément visé que les biens corporels. En application de cette exception, la Cour d'appel a décidé qu'une autorisation administrative de stationnement délivrée à un chauffeur de taxi, assortie du droit de présentation à titre onéreux d'un successeur est, à défaut de disposition spéciale restrictive, saisissable, en application des articles 59 de la loi du 9 juillet 1991 et 38 du décret du 31 juillet 1992. Ladite saisie « doit être organisée, à défaut de dispositions spécifiques, avec adaptations, aux dispositions relatives à la saisie d'autres droits incorporels que sont les droits d'associés et valeurs mobilières, à savoir notamment les articles 182 à 184 et 189 à 192 du décret du 31 juillet 1992 ».

17. Prises à la lettre, les dispositions citées ci-dessus présentent le mérite de rappeler que les causes d'insaisissabilité procèdent nécessairement d'un texte de valeur législative. À cet égard, on peut souligner le sort qui a été réservé à l'ancien article 173 du décret français n° 85-1388 du 27 décembre 1985. Ce texte prévoyait l'insaisissabilité, en matière de procédures collectives, des sommes déposées par le liquidateur à la caisse des dépôts et consignations. Saisi par la voie d'une question préjudicielle, le Conseil d'État français ne s'est pas contenté de statuer, au visa de l'article 14 de la loi du 9 juillet 1991, pour déclarer illégale la disposition. Se fondant sur l'article 34 de la Constitution française, selon laquelle la loi détermine les « principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales », le Conseil a décidé « qu'en instituant par l'article 173 du décret du 27 décembre 1985, un régime d'insaisissabilité, (...) l'autorité réglementaire est intervenue dans une matière réservée au législateur » (*CE, 9 février 2000, n° 192271, Ministre de l'économie et des finances, D. 2000, AJ, p. 136,*

obs. A. LIENHARD, JCP éd. G 2000, II, n° 10314, note H. GROZE et T. MOUSSA).

18. Cette décision a d'ailleurs justifié le « reclassement » de cette cause d'insaisissabilité en partie législative au moment de la codification opérée par l'ordonnance française n° 2000-912 du 18 septembre 2000 (*Voir Code de commerce, article 627-1, transféré par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 à l'article L. 662-1. Cet article dispose qu'« aucune opposition ou procédure d'exécution de quelque nature qu'elle soit sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignation n'est recevable »*). Une doctrine autorisée a alors parlé de « La légalité retrouvée de l'article 173 du décret du 27 décembre 2000... » (*A. LIENHARD, « La légalité retrouvée de l'article 173 du décret du 27 décembre 2000 (ou les surprises de la codification à droit constant) », D. 2000, n° 34, Cahier du droit des affaires, p. III*).

19. Pas donc de cause d'insaisissabilité sans texte, peut-on en déduire : si la loi nationale ne prévoit rien, le bien ou le droit est saisissable car compris, par principe, dans l'assiette du gage général des créanciers poursuivants. Toutefois il serait imprudent de conclure qu'il ne s'agira que des biens et droits déclarés directement insaisissables par un texte législatif national.

20. Il convient en réalité de relativiser le caractère limitatif des causes d'insaisissabilité (*Lamy Droit de l'exécution forcée, novembre 2005, n° 345-10*). L'AUVE qui renvoie à la sagesse des États parties ne précise pas toujours la nature du texte à prendre (*article 51*). Parfois, il nomme indifféremment les lois et règlements (*article 177 alinéa 2*). Parfois aussi, les lois nationales renvoient aux règlements (*Ainsi, en application de la règle fixée à l'article 14 alinéa 4 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991, l'article 39 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 fournit une liste des biens réputés insaisissables. On peut aussi citer le décret camerounais n° 94/197/PM du 9 mai 1994 relatif aux retenues sur salaires pris en application des articles 70 et suivants du code du travail*). La loi nationale qui définit les biens et droits insaisissables doit donc être comprise au sens large. Cependant cette acception autorise-t-elle que l'insaisissabilité soit dictée par la volonté humaine ?

II - Volonté du donateur ou du testateur

21. En vue d'assurer au gratifié, durant toute sa vie, le bénéfice d'une libéralité, le donateur ou le testateur peuvent, en faisant une donation ou un legs mobilier ou immobilier, déclarer la chose donnée ou léguée insaisissable.

22. L'insaisissabilité du fait de la volonté de l'homme est donc le résultat d'une inaliénabilité insérée dans certains actes juridiques tels que les contrats de mariage,

les donations ou legs. Les biens donnés, à l'occasion d'un mariage, à l'un ou aux deux conjoints, ceux transmis par voie testamentaire par une personne décédée ou ceux donnés dans le contrat de mariage par l'un des époux à son conjoint, sont assortis d'une interdiction d'aliéner (*Pour ce qui est de l'existence d'une clause d'inaliénabilité, l'insaisissabilité ne frappe que les biens dont le disposant avait la libre disposition. L'inaliénabilité doit encore être en vigueur au jour où la saisie est initiée. En ce sens, voir Cass. civ. fév. 2000, Dalloz 2000, I.R. p. 74. Elle doit aussi être justifiée par un intérêt sérieux et légitime (Garantir par exemple la conservation et la jouissance d'un droit d'usufruit au sein de la famille plutôt que par des tiers). Elle doit être temporaire, c'est-à-dire cantonnée dans le temps, telle que l'interdiction de saisir ne lie que les créanciers du gratifié dont les créances sont antérieures à la libéralité, à l'exclusion de ceux dont la créance est postérieure. Pour la possibilité de demander la levée de cette clause, voir Cass. civ. 1^{re}, 16 novembre 2004, Bull. civ. I, n° 265 ; 8 mars 2005, Bull. civ. I, n° 117. Pour la clause d'accroissement ou l'acquisition avec tontine qui, en droit français, consiste, pour deux personnes, à acheter ensemble un bien, chacun sous la double condition suspensive de sa survie à l'autre et sous la condition résolutoire de son prédécès, voir Cass. civ. 1^{re}, 18 novembre 1997, Bull. civ. I, n° 315*). Le but poursuivi est la protection du gratifié ou de la famille.

23. Cette possibilité découle des textes en vigueur dans différents États parties à l'OHADA. On peut citer les articles 315 du code de procédure civile et commerciale camerounais et 382 alinéa 4 du code de procédure civile sénégalais dont les alinéas 3 et 4 déclarent insaisissables : « les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou donateur ; les sommes et pensions pour aliments encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclarent pas insaisissables ». Il en est de même de l'article 360 du code de procédure civile mauritanien.

24. Toutefois l'article 51 de l'AUVE semble s'opposer à cette cause d'insaisissabilité lorsqu'il dispose que « Les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des États parties ». A priori, cette disposition laisse penser que la volonté humaine ne peut plus définir l'objet insaisissable (*N. DIOUF, Commentaire sous l'article 51 de l'AUVE in J. ISSA-SAYEGH, P.-G. POUYOUÉ et F.M. SAWADOGO (sous dir.), OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Paris, 3^e éd., Juriscope, 2008, p. 783. L'auteur ne cite que les cas d'insaisissabilité édictés soit dans l'intérêt du débiteur, soit pour des raisons sociales, soit dans l'intérêt du commerce*). Pas de cause d'insaisissabilité sans texte, pourrait-on dire. D'ailleurs, dans certains codes de procédure postérieurs à l'AUVE, les sommes, pensions et objets qui seraient déclarés insaisissables par

le donateur ou le testateur ne sont plus cités. C'est le cas des articles 1213 et 1214 de la loi n° 2008-07 réformant le code de procédure civile commerciale sociale et administrative (CPCCSA) du Bénin. Bien avant, au Burkina, l'article 634 de la loi n° 99-022/an du 18 mai 1999 portant code de procédure civile qui traite des voies d'exécution renvoie simplement aux articles 28 à 336 de l'AUVE, sans aucune précision sur les biens et droits insaisissables (*que ce soit du fait de la loi, que ce soit du fait de la volonté de l'homme*).

25. Une telle interprétation ne peut prospérer. D'une part, dans l'esprit et la lettre, l'article 51 renvoie aux droits nationaux. Le faisant, il réfère entre autres aux codes de procédure civile cités ci-dessus. En amont, cette insaisissabilité a donc un fondement légal. Le donateur ou le testateur peut déclarer la chose donnée ou léguée insaisissable puisque cela est permis par la loi (*Y. NDIAYE, Encyclopédie juridique de l'Afrique, Les Nouvelles éditions africaines, 1982, p. 237*). D'autre part, les dispositions ci-dessus apparaissent comme « la conséquence de la liberté de disposer à titre gratuit » (*GARSONNET et CESAR-BRU, Traité théorique et pratique de procédure, Sirey, t. IV, 2^e éd., § 1282, p. 142*). Pour cette doctrine, celui qui pouvait ne rien donner ou ne rien léguer a pu donner et léguer à condition que les créanciers du donataire ou du légataire le droit de saisir ; d'ailleurs, ceux-ci ne peuvent s'en plaindre, n'étant ainsi privés que d'un gage sur lequel ils ne devaient pas compter (*GARSONNET et CESAR-BRU, Traité théorique et pratique de procédure, ibid.*).

26. Si l'insaisissabilité est pleinement opposable aux créanciers antérieurs à la donation ou au legs, elle ne l'est pas, de manière absolue, aux créanciers postérieurs. Comme à l'article 14 alinéa 3 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991, c'est ce que décident par exemple les articles 316 du code de procédure civile et commerciale camerounais ; 383 du code de procédure civile sénégalais ; 365-3 et 635 du code de procédure civile gabonais ; 361 du code de procédure civile mauritanien et 271 du code de procédure civile ivoirien : les provisions alimentaires peuvent être saisies pour cause d'aliments ; les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs peuvent saisir les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou donateur, ainsi que les sommes et pensions pour aliments en vertu de la permission du juge et pour la portion qu'il déterminera.

27. En effet, l'indisponibilité du bien donné ou légué ne leur a été révélée par aucun signe extérieur. Ils ont pu contracter de bonne foi, considérant le bien dont ils voyaient leur débiteur en possession, comme faisant partie de leur gage. L'équité commande que la saisie soit possible, à condition que le créancier soit muni d'une autorisation du juge qui aura au préalable apprécié sa bonne foi et le caractère non alimentaire

de la libéralité (Y. NDIAYE, *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, op. cit., p. 237).

28. Toutefois même si la donation a un caractère alimentaire, les biens qui la composent peuvent être saisis par les créanciers de fournitures d'aliments. L'identification des biens et droits insaisissables n'est donc pas facile.

B - Inventaire ou assiette de l'insaisissabilité

29. En renvoyant aux législations nationales pour la définition des biens et droits insaisissables, le législateur OHADA renonce à en dresser lui-même une liste plus ou moins exhaustive. Il en résulte un éclatement des causes d'insaisissabilité à travers différents codes et lois non codifiées.

30. L'une des difficultés de l'inventaire concerne donc l'identification des textes spécifiques éparés qui déclarent tels biens ou droits insaisissables. Aussi le législateur OHADA ne fixe-t-il pas de critères permettant aux législateurs nationaux de les définir. Une doctrine récente évoque l'intérêt du débiteur et des personnes dont il a la charge, les raisons sociales et l'intérêt du commerce (N. DIOUF, *Commentaire sous l'article 51 de l'AUVE in J. ISSA-SAYEGH, P.-G. POUGOUÉ et F.M. SAWADOGO (sous dir.), OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, op. cit., p. 783). Un peu plus tôt, une autre évoquait les raisons d'intérêt général, d'exécution des services publics, d'ordre social, d'humanité et de décence (Y. NDIAYE, *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, op. cit., p. 237-238 ; Voir aussi M. SOH, « *Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes* », op. cit., p. 90.). Au fond, pour permettre un contrôle par la CCJA, le législateur communautaire aurait pu résumer tout cela autour de deux grandes idées, deux principaux critères : la considération de l'intérêt général ou collectif (I) et de la rencontre d'autres droits concurrentiels (II).

I - Biens et droits insaisissables du fait de la considération de l'intérêt général

31. L'intérêt général est très souvent invoqué pour soustraire certains biens de toute saisie. De façon classique, on peut citer l'intérêt du service public et l'intérêt du commerce.

32. Pour assurer davantage de prestige aux fonctions rétribuées par l'État et aboutir à une meilleure sélection des fonctionnaires, plusieurs États déclarent insaisissables pour le tout ou pour partie, les traitements civils et militaires (*Sont aussi insaisissables les pensions militaires, retraite de combattant et les pensions d'invalidité*). Cer-

tains ne fixent pas la quotité insaisissable (*article 705 alinéas 4 et 5 du décret n° 99-254/P-RM du 15 septembre 1999 portant CPC malien*) alors que d'autres s'y attellent (*article 314 du CPCC camerounais ou l'article 381 du CPC sénégalais*). Plusieurs autres déclarent insaisissables les pensions accordées aux anciens Présidents de la République, vice-Présidents de la République et Premiers ministres (*voir la loi camerounaise n° 74/11 du 5 décembre portant modification de la loi n° 69/LF du 10 novembre 1969 accordant une pension aux anciens Présidents de la République, vice-Présidents et Premiers ministres*).

33. Pour assurer la bonne gestion des offices ministériels et donner au public la confiance que doivent avoir leurs titulaires, les offices ministériels sont insaisissables parce que hors du commerce. Les cautionnements déposés dans les caisses de l'État par les officiers ministériels sont exclusivement affectés au paiement des créances pour faits de charge et sont insaisissables par les créanciers ordinaires de l'officier ministériel. C'est ce qui ressort, par exemple, de l'article 111 du décret n° 79-1029 du 5 novembre 1979 fixant le nouveau statut des notaires de la République du Sénégal.

34. L'intérêt du service public motive aussi l'insaisissabilité des biens des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques (*même si en réalité, l'insaisissabilité semble s'expliquer plus par la qualité du débiteur bénéficiaire de l'immunité d'exécution, que par la considération de l'intérêt général*). Ainsi, « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution » (article 30 alinéa 1 AUVE). Affirmé pour la première fois par la Cour de cassation française en 1885 (*C. cass. 5 mai 1885, arrêt Veuve Cartier-Terrason, S. 86. 1.353, cité par B. ANCEL et Y. LEQUETTE, GAJDIP, Paris, Dalloz, 5^e éd. p. 599. En l'espèce, la Cour estime qu'« il est de principe absolu en droit qu'il n'appartient pas à un créancier de l'État, même pour assurer l'exécution d'une condamnation judiciaire obtenue contre celui-ci de faire saisir-arrêter, entre les mains d'un tiers, les deniers ou autres objets qui sont la propriété de l'État »), ce principe découle aujourd'hui de l'alinéa 3 de l'article 1^{er} de la loi française du 9 juillet 1991, reprise par l'alinéa 1^{er} de l'article 30 de l'AUVE. Certes, l'immunité d'exécution engendre diverses questions (*Sur certaines, notamment ses fondements ainsi que sa portée en droit international, voir A.-D. WANDJI KAMGA, Le droit à l'exécution forcée, réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français, Thèse en cotutelle, Universités de Yaoundé II et de Limoges, p. 418 et s.*). Mais celle des bénéficiaires retient plus l'attention puisque l'insaisissabilité est justifiée par la qualité du débiteur.*

35. On a pensé que le législateur communautaire autorisait chaque État partie à désigner unilatéralement les bénéficiaires de cette immunité (*Certaines juridictions*

camerounaises faisaient application de la loi n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics : TPI Bafoussam, ord. de référé n° 37 du 28 janvier 2004, SNEC SA c/ DJEUKOU Joseph, SGBC SA Bafoussam, BICEC SA Bafoussam, Ohada J-05-01 ; celles ivoiriennes se sont référées à la loi n° 08-338 du 2 juillet 1998 : TPI Bouaké, jugement n° 105 du 23 juin 2005, Institut Polytechnique Houphouët-Boigny c/ Mian Assa Séraphin, Juriscope.org ; la loi sénégalaise n° 2002-12 du 15 avril 2002 cite explicitement les personnes qui en bénéficient, notamment : l'État, les collectivités locales et les établissements publics).

36. Une telle solution multiplierait leur nombre et porterait en même temps atteinte à l'uniformité de l'AUVE. Au plan international, ils sont généralement désignés dans diverses Résolutions ou Conventions bilatérales et multilatérales (On peut d'ailleurs noter que certaines ne sont pas signées ou ratifiées par tous les États membres de l'OHADA. Ainsi la Résolution A/59/38 du 2 décembre 2004 sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens (non encore entrée en vigueur) actuellement signée par quatre pays africains dont un seul est membre de l'OHADA : il s'agit du Sénégal qui a signé sans ratifier le 21 septembre 2005, http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/cooperation_juridique/droit_international, (site consulté le 26 avril 2011).

Il convient d'admettre, avec la CCJA, que l'article 30 alinéa 2 de l'AUVE dévoile en même temps les bénéficiaires (CCJA, arrêt n° 043/2005 du 7 juillet 2005, Aziabevi Yovo et autres c/ Société Togo Télécom, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 6, juin-décembre 2005, p. 25 ; Le Juris-Ohada n° 1/6, p. 8. En l'espèce, la société Togo Télécom contestait la saisie-attribution pratiquée sur ses comptes entre les mains des tiers alors que, entreprise publique, elle devait jouir des dispositions de l'article 30. Dans cet arrêt la CCJA décide aussi que les dispositions de l'article 4 de la loi togolaise n° 90-26 du 4 décembre 1990, portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques, qui soustraient celles-ci du régime du droit public pour les soumettre au droit privé, les privent de l'immunité d'exécution. De ce fait, ces dispositions sont contraires à l'article 30, seul applicable au regard de l'article 10 du Traité OHADA et de l'article 336 de l'AUVE. Dans le même sens, cet arrêt est cité par N. DIOUF, OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, op. cit., p. 773 et s.).

37. Comme en droit français, cette immunité profite à toutes les personnes morales de droit public. On peut citer l'État et tous ses démembrements que sont les collectivités publiques territoriales, les établissements publics, les entreprises publiques à caractère industriel et commercial (Cl. BRENNER, « L'ineffectivité de l'exécution forcée », Le droit à l'exécution forcée : entre mythe et réalité, Actes du Ve colloque, organisé par la revue Droit et procédures, Paris, Cour de cassation, première Chambre civile, les 27 et 28 avril 2007, Collection Droit

et procédures, EJT, 2007, p. 58.) et les sociétés commerciales à capitaux publics (voir l'al. 2 de l'article 30 de l'AUVE qui vise les personnes morales de droit public ou les entreprises publiques quelles que soient leur forme et leur mission. Avant l'affirmation législative de l'al. 3 de l'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991, voir le commentaire d'Y. CLAISSE, Les grands avis du Conseil d'État, 1^{re} éd. n° 36, p. 339 et s. repris par S. GUINCHARD et T. MOUSSA, Droit et pratique des voies d'exécution, op. cit., n° 1612.11. L'auteur indique qu'« il résulte d'un principe général de droit, rappelé notamment par la Cour de cassation dans son arrêt BRGM (Bureau de recherches géologiques et minières) du 21 décembre 1987, que les biens appartenant à des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale, sont insaisissables (...) ». Cette solution est toutefois critiquée. Voir A.-M. H. ESSO et N. DIOUF, OHADA, Recouvrement des créances, op. cit., n° 65).

38. En revanche, l'interprétation restrictive de l'alinéa 2 de l'article 30 de l'AUVE, a permis d'affirmer que « les entreprises semi-publiques de nature mixte constituées sous la forme de droit privé avec certaines prérogatives de puissance publique sont soumises aux voies d'exécution » (A.-M. H. ESSO et N. DIOUF, Recouvrement des créances, op. cit., n° 65).

39. L'insaisissabilité des rentes sur l'État a été voulue depuis la loi du 8 nivôse, an VI, article 4-1^{er}. L'idée était de donner à la rente une plus grande valeur et à l'État la certitude de trouver toujours des preneurs de ses titres.

40. Les biens du domaine public « sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables ». Cela découle, par exemple, de l'article 2 alinéa 2 de l'ordonnance camerounaise n° 74/2 du 6 juillet 1974, modifiée par l'ordonnance n° 77/2 du 10 janvier 1977 fixant le Régime domaniale. Aux termes de l'alinéa 1^{er} de cet article, le domaine public est composé de « tous les biens meubles et immeubles qui, par nature ou par destination, sont affectés soit à l'usage direct du public, soit aux services publics ». L'article 3 de la même loi indique que le sous-sol appartient au domaine public de l'État. Il est donc insaisissable car insusceptible d'appropriation privée.

L'article 5 du décret malien n° 97/221 P-RM du 1^{er} août 1997 portant réglementation de la saisie conservatoire et la vente forcée des aéronefs civils, déclare insaisissables : « a) les aéronefs affectés exclusivement au service de l'État, poste comprise, commerce excepté ; b) les aéronefs mis effectivement en service sur une ligne régulière de transport public et les aéronefs de réserve indispensables ; c) les aéronefs affectés à des transports de personnes ou de biens contre rémunération, lorsqu'ils sont prêts à partir pour de tels transports, excepté dans le cas où il s'agit d'une dette contractée pour le voyage qu'ils vont effectuer ou d'une créance née au cours du voyage ou si la créance porte sur des sommes dues par le propriétaire à raison de l'acquisition des aéronefs

ou des contrats de formation ou de maintenance liés à l'exploitation ; d) les aéronefs, objet de contestation sur les brevets d'invention ». L'article 7 ajoute que « les pièces de rechange, équipements de bord et autres accessoires liés à l'aéronef sont insaisissables si l'aéronef auquel ils se rapportent est insaisissable ».

41. Dans l'intérêt du commerce, le législateur prescrit l'insaisissabilité des effets de commerce. Il impose la libre circulation des titres et ce, en toute sécurité. Les oppositions au paiement seraient incompatibles avec le crédit et préjudiciables à la chaîne des endosseurs (M. SOH, « *Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes* », *op. cit.*, p. 92. *L'auteur relève que si tout créancier pouvait saisir les effets de commerce, ceux-ci ne présenteraient plus aucune sécurité et ne pourraient plus circuler, puisque personne ne les accepterait en paiement*). La législation commerciale prévoit alors que sauf cas de perte ou de faillite du porteur, aucune opposition n'est recevable contre le porteur d'un effet de commerce qui souhaite obtenir paiement. Cette disposition vaut pour le billet à ordre (*article 185 du Code de commerce camerounais*). S'agissant du chèque (*décret du 30 octobre 1935, article 32*), il n'est admis d'opposition qu'en cas de perte ou de vol ou d'utilisation frauduleuse, de redressement ou de liquidation judiciaire du porteur (*article L.131-35 al. 2 du Code monétaire et financier français*). Toute saisie est donc irrecevable, les effets de commerce étant censés circuler librement afin de faciliter le crédit (*Cette règle s'applique principalement lorsque la saisie est poursuivie entre des mains tierces, mais elle concerne également les saisies entre les mains du débiteur lui-même, notamment lors de l'établissement du procès-verbal de saisie. D'ailleurs la saisie est inutile si le débiteur refuse d'endosser l'effet au profit du saisissant. L'y contraindre serait procéder à l'exécution sur la personne, ce qui n'est plus autorisé*).

42. L'article 101 du code de la marine marchande sénégalaise dispose que le navire est insaisissable lorsqu'il est « prêt à appareiller » ou « faire voile », exception faite pour les navires non munis d'expéditions pour le voyage (*dans le même sens, C/S de Côte d'Ivoire, 10 mai 1974, arrêt n° 272, rev. iv. de droit, n° 3-4, 1976, p. 38, cité par Y. NDIAYE, op. cit., p. 237*) ou pour les créanciers qui ont avancé des fonds « pour le voyage que va faire le navire ».

43. On peut mettre dans ce moule les causes particulières d'indisponibilité ou d'inaliénabilité qui, en cas d'ouverture d'une procédure collective, se muent en cause d'insaisissabilité pour les créanciers qui conservent un droit de poursuite (Y. GUYON, « *L'inaliénabilité en droit commercial* », *Mélanges SAYAG, 1997, p. 297*). Ainsi, par exemple, en cas de redressement de l'entreprise, le tribunal a la faculté de déclarer inaliénables

certain biens (*notamment s'il adopte un plan de continuation ou modifie un plan antérieurement arrêté : il peut décider que les biens qu'il estime indispensables à la continuation de l'entreprise ne pourront être aliénés, pour une durée qu'il fixe, sans autorisation. En cas de cession de l'entreprise, le tribunal peut assortir le plan de cession d'une clause rendant inaliénable pour une durée qu'il fixe, tout ou partie des biens cédés. De même, tant que le prix de cession n'est pas intégralement payé, le cessionnaire ne peut, à l'exception des stocks, aliéner ou donner en location-gérance les biens corporels ou incorporels qu'il a acquis*).

44. Au total, parcourir l'ensemble des droits nationaux pour identifier les biens et droits insaisissables en raison de l'intérêt général est une tâche fastidieuse, ennuyeuse à la limite. C'est aussi le cas s'agissant de ceux qui le deviennent lorsque le droit de saisir rentre en conflit avec d'autres droits.

II - Biens et droits insaisissables du fait de la rencontre des droits concurrentiels

45. On dit d'un droit qu'il est concurrentiel lorsqu'il fait ou vient en concurrence à un ou plusieurs autres. Dans la matière des voies d'exécution, tout créancier justifiant d'un titre exécutoire peut faire procéder à la saisie des biens et droits qui appartiennent à son débiteur (*article 28 AUYE*). Il dispose ainsi d'un droit de saisir, manifestation du droit à l'exécution forcée (A.-D. WANDJI KAMGA, *Thèse précitée, p. 161 et s.*). Cependant, en tant qu'être humain, son débiteur dispose aussi de droits et intérêts qu'il importe de protéger, au point qu'il serait inhumain de saisir tous ses biens (S.S. KUATE TAMEGHE, *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution, Paris, L'Harmattan, 2004*). Ces droits et intérêts viennent donc en concurrence. S'ils sont semblables, ceux du créancier priment. S'ils sont différents, ceux du débiteur priment si les biens et droits visés par la saisie sont nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille.

46. L'une des catégories de biens et droits insaisissables découle donc de la concurrence entre le droit de saisir dont dispose le créancier et certains droits fondamentaux tels que le droit à la vie et à la dignité dont dispose le débiteur et qui s'étendent aux personnes vivant avec lui. À la faveur de ces droits, il y a l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (« *Tout individu a droit à la vie...* »), les articles 4 et 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (*ils disposent respectivement que « La personne humaine est inviolable. Tout être humain a droit au respect de sa vie et à l'intégrité physique et morale de sa personne : nul ne peut être privé arbitrairement de ce droit » et que « Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la recon-*

naissance de sa personnalité juridique... »). Il y a aussi les Constitutions des États parties à l'OHADA. À titre d'exemple, le préambule de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 affirme que toute personne a droit à la vie et à l'intégrité physique et morale et doit être traitée en toutes circonstances avec humanité. Il interdit la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants. Il encourage la famille.

47. Ces droits sont inconcevables sans un minimum de biens et droits vitaux. Le créancier saisissant et l'huissier en charge de l'exécution doivent laisser un minimum de biens et droits indispensables à la vie quotidienne du saisi et de sa famille. Il s'agit de lui laisser la possibilité soit de revenir à meilleure fortune, soit de continuer à vivre après la mise de ses biens sous mains de justice.

48. Les biens incorporels indispensables à la survie du débiteur sont déclarés insaisissables. Les alinéas 2 et 4 des articles 315 du CPCC camerounais et 382 du code de procédure civile sénégalais déclarent insaisissables les « provisions alimentaires adjudgées par justice (...) les sommes et pensions pour aliments ».

49. Les biens corporels sont aussi déclarés insaisissables. Pour leur éviter de dormir à même le sol, de subir la honte de la nudité, les articles 327-2 du CPCC camerounais et 271-2 du code de procédure civile ivoirien retiennent « le coucher nécessaire des saisis, ceux de leurs enfants vivant avec eux ; les habits (*de manière générale les huissiers de justice ne saisissent les habits que s'ils ont un caractère luxueux*) dont les saisis sont vêtus et couverts ; les effets appartenant à la femme lorsqu'elle n'est pas commune en biens ». Ces objets ne pourront être saisis pour aucune créance (*article 328 du CPCC*). Pour leur éviter la famine, les articles 327-7 et 271-7 citent les « farines et menues denrées nécessaires à la consommation du saisi et de sa famille pendant un mois, ainsi que les ustensiles indispensables à la préparation des aliments et aux repas ». Les articles 327-8 et 271-8 citent, au choix du saisi « une vache ou trois brebis, ou deux chèvres, avec pailles, fourrages et grains nécessaires pour la litière et la nourriture desdits animaux pendant un mois ».

50. En dehors des effets appartenant à la femme lorsqu'elle n'est pas commune en biens (*ils demeurent néanmoins insaisissables car n'appartenant pas au débiteur saisi au sens de l'AUVE*) et des ustensiles indispensables à la préparation des aliments et aux repas, l'article 1213 du CPC béninois retient les mêmes biens que ceux ci-dessus. Au Bénin, le saisi pourrait donc être privé du matériel indispensable de cuisine. À l'article 1214 il ajoute que « le mobilier meublant, le linge, les vêtements et objets de ménage appartenant aux personnes qui bénéficient de l'assistance familiale conformément aux textes en vigueur », ne peuvent être saisis pour aucune créance.

51. Avec quelques nuances, l'article 705 alinéas 1, 3 et 4 du décret n° 99-254/P-RM du 15 septembre 1999 portant code de procédure civile commerciale et sociale du Mali dispose que ne peuvent être saisis « les effets ou objets mobiliers de première nécessité, c'est-à-dire coucher, effets d'habillement, ustensiles de ménage strictement indispensables à la vie du débiteur..., ainsi que ses papiers » ; « les provisions nécessaires à son alimentation... » ; ainsi que « la partie de son salaire indispensable à sa subsistance (...) ».

52. En réalité, on saisit rarement les denrées alimentaires, à moins qu'elles n'existent en quantité anormale. Quoi qu'il en soit, l'huissier ne doit pas s'emparer de la totalité des réserves alimentaires du débiteur. Pour ce qui est du coucher nécessaire, sont protégés, les lits, sommiers, matelas et couvertures nécessaires au saisi et à sa famille. S'agissant des ustensiles nécessaires à la préparation des aliments, on peut citer le réchaud à pétrole, la cuisinière électrique ou à gaz, la table de cuisine, le matériel de cuisine ordinaire et même électrique (moulin à café, mixer, tous broyeurs, casseroles, autocuiseur). Comme objets nécessaires à la consommation des repas on peut citer la table à manger avec ses chaises, ainsi que la vaisselle (plats et couverts). La valeur de certains pourrait entraîner des contestations. Ainsi convient-il, par exemple, de se limiter à la vaisselle et à la verrerie courante et indispensable, ce qui exclut les services de réception.

53. Aussi, lorsque dans un litige la preuve est apportée que les sommes servies ou à servir ont un caractère alimentaire, les tribunaux invalident les saisies pratiquées sur elles. On peut citer le cas des rentes dues à un conjoint à la suite d'un divorce (*Civ. 11 mai 2000, RTD Civ., 2000, p. 641, obs. R. PERROT*), des allocations d'ancien déporté versées à un soldat (*Implicitement, Civ., 24 mars 2005, Droit et procédures, juillet-août 2005, p. 245 et s. obs. E. PUTMAN*), des indemnités accordées en réparation du préjudice corporel résultant d'un accident de la circulation (*La Cour suprême a par exemple jugé que la SCB ne pouvait valablement saisir-arrêter, entre les mains du civilement responsable d'un accident de la circulation, la provision sanitaire pour soin accordée à la victime, sa débitrice ; CS, arrêt n° 112/CC, 17 sept. 1987, affaire Wambé Samendjeu c/ SCB, note C. YOUEGO*) ou du travail, des loyers perçus par un propriétaire qui ne dispose d'aucune autre ressource, du revenu minimum des prestations relevant du domaine de la prévoyance sociale telles que les pensions retraite, invalidité décès (*I. PETEL-TYSSIE, « Saisie et cession des rémunérations (chronique de jurisprudence) », La Revue des Huissiers, 1996, p. 904*). De manière générale, il s'agit de prémunir le débiteur d'une appréhension anarchique par ses créanciers, ce qui le priverait d'une « ressource vitale » (*S.S. KUATE TAMEGHE, « Les mystères des articles 50 al. 1 et 51 de l'AUPSRVE », op. cit., p. 188*).

54. En revanche, l'insaisissabilité n'est pas absolue. Les objets déclarés insaisissables « ne pourront être saisis pour aucune créance, même celle de l'État ou du territoire, si ce n'est pour (...) sommes dues aux fabricants ou vendeurs desdits objets, ou à celui qui aura prêté pour les acheter, fabriquer ou réparer, pour fermages et moissons des terres à la culture desquelles ils sont employés, loyers des manufactures, moulins, pressoirs et usines dont ils dépendent et loyers servant à l'habitation personnelle du débiteur » (Voir, les articles 328 CPCC camerounais et 1214 al. 1 du CPCCSA béninois. De la même façon, les biens visés à l'alinéa 4 de l'article 14 de la loi du 9 juillet 1991 (Comme exceptionnellement saisissables « pour le paiement de leur prix » ou saisissables par « celui qui a prêté pour acheter, fabriquer ou réparer le bien »), « ne peuvent être saisis, même pour le paiement de leur prix lorsqu'ils sont la propriété des bénéficiaires de l'aide sociale à l'enfance prévue aux articles 150 à 155 du code de la famille et de l'aide sociale »).

55. A priori, cette dérogation ne s'applique qu'à la saisie-vente. Est-ce à dire, par exemple, que l'insaisissabilité déclarée d'un meuble ferait obstacle à la saisie-appéhension, lorsque le droit litigieux portant sur ce meuble est un droit réel ? Au lieu d'exiger de son acheteur le paiement du prix, le vendeur, le fabricant ou le prêteur peut par exemple demander la résolution de la vente. Si sa demande aboutit et que la vente est résolue, les choses reviennent à l'état antérieur, ce qui signifie que le meuble litigieux devrait être restitué. Si ceux-là s'étaient réservé la propriété d'un meuble ou avaient constitué un gage sur ledit meuble pour garantir le paiement du prix, ils devraient pouvoir en réclamer la restitution ou la délivrance. Il convient donc de reconnaître que le juge peut ordonner la délivrance ou la restitution d'un meuble corporel se trouvant en l'état tel qu'il figure sur la liste des effets déclarés insaisissables. Le faisant, il rend possible la procédure de saisie-appéhension.

56. L'autre catégorie de biens et droits insaisissables résulte de l'opposition entre le droit au travail et à l'épanouissement professionnel et syndical du saisi et le droit de saisir dont dispose le créancier. À la faveur du débiteur et de sa famille, l'article 23 alinéa 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme affirme que « toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage ». L'alinéa 3 dispose que « quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale ». L'alinéa 4 ajoute que « toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats pour la défense de ses intérêts ». Le préambule de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 n'est pas du reste lorsqu'il affirme que « Tout homme a le droit et le devoir de travailler ».

57. Ainsi, à moins qu'un débiteur n'en fasse lui-même la proposition, il est toujours plus indiqué, pour le créancier qui en a la possibilité, de pratiquer une saisie sur les revenus de son débiteur, plutôt que de le priver de son outil de travail en lui ôtant, par exemple, son matériel de travail. Il s'agit d'éviter que l'exercice de sa profession soit compromis.

58. Sur ordre de la loi, sont donc insaisissables « les instruments de travail indispensables à la pratique de sa profession » (article 705, alinéa 2 du décret n° 99-254/PRM du 15 septembre 1999 portant code de procédure civile commerciale et sociale du Mali). D'autres législateurs (articles 327 du CPCC camerounais et 271 du CPC ivoirien) disposent que « les livres relatifs à la profession du saisi, jusqu'à la somme de 20 000 francs ; les machines et instruments servant à l'enseignement pratique ou l'exercice des sciences et arts, jusqu'à concurrence de la même somme et au choix du saisi (en vertu de cet alinéa, ont été déclarés insaisissables des précieux livres d'élèves et d'étudiants, du petit matériel des médecins, radiologues et chirurgiens dentistes, les projecteurs utilisés par des reporters-photographes, la machine à coudre des tailleurs et cordonniers, les filets de personnes ayant la pêche comme profession habituelle, les instruments dont se servent les peintres et les artistes, voir S.S. KUATE TAMEGHE, « Les mystères des articles 50 alinéa 1 et 51 de l'AUVE », op. cit., p. 192 et s.) ; les équipements des militaires, suivant l'ordonnance et le grade ; les outils des artisans nécessaires à leurs occupations personnelles » sont insaisissables.

59. Le cas des « instruments de travail nécessaire à l'exercice personnel de l'activité personnelle » du saisi soulève des difficultés d'appréciation (D. LOCHOUARN, « L'évolution des insaisissabilités professionnelles », *La Revue des Huissiers*, 1997, p. 9 ; « Les biens professionnels », *La Revue des Huissiers*, 2000, p. 257). Mais il convient de retenir qu'au sens de l'article 39 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, l'instrument de travail doit être absolument indispensable à l'activité professionnelle. « C'est-à-dire celui dont il se sert lui-même pour l'accomplissement effectif de son travail » (R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, n° 207, p. 216).

On a ainsi pu saisir les meubles garnissant la salle d'attente d'un chirurgien-dentiste parce qu'ils restent accessoires à son activité (TGI Paris, 17 fév. 1997, *La Revue des Huissiers*, 1997, p. 1321.) ou encore le véhicule d'un débiteur ne servant qu'aux déplacements de son domicile jusqu'à son lieu de travail (CA Nancy, 16 janv. 2003, JCP éd. G. 2004, IV, p. 3037). En revanche, est insaisissable la machine à coudre d'un modeste cordonnier (T. civ., 30 déc. 1884, Sidi-Bel-Abbès, *Gaz. Pal.* 1885, 1, p. 428). Est aussi insaisissable le véhicule terrestre à moteur à usage professionnel. Une partie de la doctrine admet qu'« outre les métiers de transport de personnes ou de marchandises, il y a

lieu d'ajouter les professions pour lesquelles la voiture constitue un indispensable moyen de déplacement auprès de la clientèle, surtout lorsque la possession d'un véhicule est stipulée comme condition dans le contrat » (F. RUELLAN, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz Action, 2004-2005, n° 151-45, p. 80).

60. Pour ce qui est de la garantie de la liberté syndicale et la formation professionnelle, on peut partir d'une loi française du 12 mars 1920 désormais article L.411-12 du code du travail français, qui prévoit que les syndicats professionnels « ont le droit d'acquérir sans autorisation, à titre gratuit ou à titre onéreux, des biens meubles ou immeubles. Les immeubles et les objets nécessaires à leurs réunions, à leurs bibliothèques et à leurs cours d'instruction professionnelle sont insaisissables » (*article 411-12 du code du travail français*).

Cette loi est aussi reconduite par plusieurs législateurs des pays membres de l'OHADA. Les articles 18 alinéa 1-c du code du travail camerounais ; 15 alinéa 2 du code du travail du Niger et L.17 alinéa 2 du code de travail sénégalais prévoient aussi que les immeubles et les objets mobiliers nécessaires aux réunions des syndicats, à leurs bibliothèques et à leurs cours d'instruction professionnelle sont insaisissables.

61. Aussi, pour permettre au saisi de continuer à subvenir à ses besoins vitaux, une fraction de son salaire, ainsi que certains accessoires sont-ils intouchables.

62. Sont ainsi incessibles et insaisissables, en tant qu'accessoires du salaire, les allocations familiales proprement dites, comme l'indemnité journalière versée aux femmes salariées bénéficiaires d'un congé de maternité (*article 35 de la loi camerounaise n° 67/LF/7 du 12 juin 1967 instituant un code des prestations familiales*), les indemnités journalières et les rentes versées dans le cadre des accidents du travail et des maladies professionnelles (*article 32 de la loi camerounaise n° 77/11 du 13 juillet 1977 portant réparation et prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles*).

63. L'article 339 du code de procédure civile, commerciale, administrative et financière de la République populaire du Congo dispose que « Les traitements et salaires sont saisissables dans la mesure et suivant la procédure fixées par décret du Premier Ministre » (« Toutefois, en cas de saisie-arrêt faite pour le paiement d'une pension alimentaire accordée par décision de justice, le montant de la créance alimentaire sera prélevé intégralement chaque mois sur la portion insaisissable de la rémunération. La portion saisissable pourra, le cas échéant, être retenue en sus pour sûreté des termes arriérés de la pension alimentaire »).

64. L'article L. 131 du code du travail sénégalais dispose que « Les portions de salaire et de pensions de retraite

soumises à prélèvements progressifs et les taux y afférents sont fixés par l'article 381 du code de procédure civile. La retenue visée à l'article précédent ne peut, pour chaque paie, excéder ces taux. L'assiette servant au calcul des portions de salaire et de pension de retraite susvisées est constituée par le salaire brut global tel que défini par l'article L.118, compte tenu des déductions prévues à l'article 381 du code de procédure civile ».

65. Il en est de même en droit camerounais où la portion insaisissable du salaire est fixée par le décret n° 94/197/PM du 9 mai 1994, en application des articles 70 et 76 de la loi n° 92/007 du 14 août 1992 portant code du travail. À la vérité, en ce qui concerne la protection de cette portion du salaire, comme pour certaines nouvelles insaisissabilités, le principe ne dépend plus des législateurs nationaux. L'impulsion est donnée par le législateur OHADA.

§2 - Vers un dépassement des droits nationaux

66. Les richesses prennent de nouvelles formes, avec pour conséquence l'accroissement et la modernisation de l'assiette de l'insaisissable. Seuls, les droits internes des États parties à l'OHADA n'appréhendent plus tous les biens et droits insaisissables au point que, pour les identifier avec efficacité, on doit chercher au-delà. D'ailleurs, progressivement, on constate que le législateur communautaire peut bien les définir (B). Cela lui permettrait de rassurer davantage le justiciable (A).

A - Raisons du dépassement

67. Depuis son Traité fondateur le législateur OHADA est à la recherche d'une uniformisation maximum. Il veut créer un droit communautaire des affaires unique, moderne et adapté. Concernant la définition des biens et droits insaisissables, force est de constater que cet objectif n'a pas été atteint. L'une des principales causes de cet échec peut être trouvée dans la technique choisie (I). Plus d'une décennie après la réforme, plusieurs cas d'insaisissabilités devenus obsolètes n'ont qu'une « valeur historique » (*Lamy Droit de l'exécution forcée*, « Les insaisissabilités légales », novembre 2005, 345-35) (II).

I - Limites de la technique du renvoi aux droits nationaux

68. Analysant l'objectif de l'OHADA, une partie de la doctrine soutient qu'en réalité, « Il s'agit plus d'uniformisation que d'harmonisation » (P.-G. POUGOUÉ et

Y.-R. KALIEUELONGO, *Introduction critique à l'OHADA, Yaoundé, PUA, 2008, p. 51* ; N. DIOUF, *introduction au commentaire de l'AUVE in J. ISSA SAYEGH, P.-G. POUGOUE, F.M. SAWADOGO, OHADA Traité et Actes uniformes commentés et annotés, op. cit., p. 753*). Un tel droit est susceptible de contribuer à l'instauration de la sécurité juridique et judiciaire recherchée et de stimuler les investissements indispensables au développement économique et social des États parties à l'OHADA (F.-M. SAWADOGO, *Les Actes uniformes de l'OHADA, aspects techniques généraux, Ohadata D-05-40*).

69. Dès lors, dans un Acte visant « l'uniformisation du droit dans les États signataires du Traité » (N. DIOUF, *ibid.*), il ne devrait pas avoir place pour les différences. L'idéal serait que tout justiciable, à la lecture de l'AUVE, soit suffisamment et même définitivement informé sur l'ensemble des biens et droits qu'on ne peut saisir dans l'espace OHADA. Or, en l'état actuel du droit positif, il est possible que tel bien ou droit, portion de bien ou de droit déclarés insaisissables dans un État membre soit saisissable dans un autre et vice-versa. La technique du renvoi préférée par le législateur OHADA peut entraîner une disparité dans la définition de l'insaisissable.

70. Déjà, contrairement aux autres législateurs nationaux, l'article 1213 de la loi n° 2008-07 réformant le code de procédure civile, commerciale, sociale et administrative (CPCCSA) du Bénin, ne cite pas « les effets appartenant à la femme lorsqu'elle n'est pas commune en biens » (alinéa 2) ; l'alinéa 3 parle des « livres relatifs à la profession du saisi, jusqu'à la somme de 500 000 francs à son choix » ; l'alinéa 4 fixe la valeur des machines et instruments servant à l'enseignement pratique ou à l'exercice des sciences et arts insaisissables au choix du saisi à 500 000 francs (*cette valeur est encore estimée à 20 000 FCFA par les articles 327 du CPCC camerounais et 271 du CPC ivoirien, alinéas 3 et 4*) ; l'alinéa 7 ne rend pas insaisissables, « les ustensiles indispensables à la préparation des aliments et aux repas ». L'article 1214 alinéa 3 du CPCCSA du Bénin ajoute que « ne peuvent être saisis pour aucune créance, le mobilier meublant le linge, les vêtements et objets de ménage appartenant aux personnes qui bénéficient de l'assistance à la famille conformément aux textes en vigueur ».

71. De même, contrairement aux dispositions de l'article 177 alinéa 4 de l'AUVE qui interdisent toute exécution sur un seuil fixé par chaque État partie, l'article 2 alinéa 3 du décret n° 94/197/PM du 9 mai 1994 relatif aux retenues de salaires pris en application des articles 75 et 76 du code du travail camerounais admet que le recouvrement des dettes d'aliments puisse se réaliser au détriment du minimum vital qui devrait être laissé au débiteur, chaque fois que du paiement de cette dette dépend la survie du créancier lui-même ou la stabilité de sa famille. En cas de prêt ou de location-vente d'un ou de plusieurs immeubles destinés à

l'habitation et consentie par un établissement public ou un organisme du secteur parapublic intervenant dans le cadre de la promotion immobilière, l'article 2 alinéa 2 prévoit aussi que la quotité saisissable peut, en vue du remboursement par le travailleur, être portée au quart pour la fraction au plus égale à 75 000 francs par mois. L'article 4 admet par ailleurs que le remboursement des acomptes (*aux termes de l'article 68 al. 1 du code du travail, les acomptes diffèrent des avances, prêts consentis par l'employeur au salarié et qui seront remboursés par prélèvements successifs sur le salaire en respectant les modalités prévues à l'article 2 du décret*), concours partiels obtenus auprès de l'employeur avant l'échéance et à apurer au moment de la paie consécutive, le remboursement des prestations éventuellement fournies par l'employeur en vue du logement ou de la nutrition du travailleur peuvent entamer la fraction en principe intouchable du salaire. Peut-être faudrait-il envisager un nouveau texte fixant le seuil de l'article 177 alinéa 4.

72. Toujours à propos de la partie insaisissable des rémunérations, l'article 2 du décret congolais n° 84/209 du 8 mars 1984 cité vise, à l'occasion du paiement du salaire, le dixième sur la portion inférieure ou égale à 50 000 francs, le cinquième sur la portion supérieure à 50 000 francs et inférieure à 100 000 francs, le quart sur la portion supérieure à 100 000 francs et inférieure ou égale à 150 000 francs, le tiers sur la portion supérieure ou égale à 150 000 francs, la moitié sur la portion supérieure à 250 000 francs.

73. En revanche, le décret sénégalais n° 64-572 du 30 juillet 1964 portant code de procédure civile modifié par le décret n° 76-1031 du 19 octobre 1976 et le décret n° 86-060 du 6 novembre 1986 vise, sur renvoi de l'article L.131 du code du travail, les portions de la rémunération mensuelle ainsi qu'elles suivent : 10 % jusqu'à 20 000 francs, 20 % de 20 001 francs jusqu'à 30 000 francs, 30 % de 30 001 francs jusqu'à 100 000 francs, 40 % de 100 001 francs à 200 000 francs 100 % au-delà de 200 000 francs (*article 381 du CPC sénégalais*).

74. En fixant la quotité saisissable du salaire, l'article 2 alinéa 1 du décret camerounais n° 94/197/PM du 9 mai 1994 relatif aux retenues de salaires pris en application des articles 70 et 76 du code du travail fixe implicitement celle insaisissable. La quotité saisissable varie selon le montant mensuel du salaire, de la manière suivante : 1/10^e sur la portion inférieure ou égale à 18 758 francs par mois, 1/5^e sur la fraction supérieure à 18 750 francs et inférieure ou égale à 37 500 francs par mois, 1/4 sur la portion supérieure à 37 500 francs et inférieure ou égale à 75 000 francs par mois, 1/3 sur la portion supérieure à 75 000 francs et inférieure ou égale à 112 500 francs par mois, 1/2 sur la portion supérieure à 112 500 et inférieure ou égale à 142 500 francs par mois, la totalité de la portion supérieure à 142 500 francs.

75. Il en est de même de l'article D.123-2 du décret malien n° 96-178/P-RM du 13 juin 1996 selon lequel « Les salaires sont cessibles ou saisissables, sur la base du salaire mensuel jusqu'à concurrence : du 1/4 pour les salaires de 20 960 F à 62 880 F, du 1/3 pour les salaires de 62 881 F à 125 760 F, de la 1/2 pour les salaires de 125 761 F à 251 520 F, des 3/4 pour les salaires supérieurs à 251 521 F » (« *Lorsque les sommes consenties par les banques ou autres établissements financiers l'ont été, pour aider à la construction ou à l'amélioration d'immeubles destinés à l'habitation, les quotités cessibles ou saisissables prévues au paragraphe précédent pourront, en vue du remboursement des dettes contractées à cet effet, être portées au 1/3 pour les salaires inférieurs à 62 880 F et à la moitié pour les salaires inférieurs à 125 760 F* »).

76. Le renvoi rapide aux droits nationaux sur une question aussi sensible s'apparente à un abandon de responsabilité par le législateur OHADA qui consacre ainsi une sorte de politique dite de « deux poids deux mesures » ou même de « l'autruche », ce qui est assurément regrettable. En effet, facteur de développement économique, l'OHADA apparaît en même temps comme un moteur de l'intégration régionale (P.-G. POUGOUÉ, *Présentation générale et procédure en OHADA*, PUA, collection droit uniforme, 1998). C'est un modèle unique, original et séduisant d'intégration régionale (J. PAILLUS-SEAU, « *Le droit de l'OHADA. Un droit très important et original* », *La semaine juridique*, n° 44 du 28 octobre 2004, Supplément n° 5), « un outil juridique imaginé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance » (KEBA MBAYE, « *L'histoire et les objectifs de l'OHADA* », *LPA*, n° 205, 13 octobre 2004, p. 4. Ce texte est repris sur certains prospectus de l'OHADA).

77. Ici, le phénomène de l'intégration juridique est l'objectif majeur. L'OHADA n'est pas une organisation régionale comme toute autre. Outil technique d'harmonisation du droit des affaires, elle veut secréter un droit nouveau et adapté dans ce domaine. Un auteur indique justement que « c'est une démarche unificatrice de la règle de droit qui a conduit à la création de l'OHADA » (K.L. JOHNSON, « *L'intégration juridique par l'OHADA* », in *Sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone CEMAC, Actes du séminaire sous régional, Libreville (Gabon), 02-06 novembre 2004, éd. GIRAF, 2005, p. 61 et s.*). Pour un autre, l'OHADA est une création du droit et une communauté par le droit qui poursuit ses objectifs en utilisant exclusivement le droit (A.M. MDOMTSA, « *OHADA : de quelques innovations juridiques* », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. II, n° 2, 2001, p. 65 et s. note 72). La stratégie même est autre : « On ne part plus de l'espace économique intégré pour induire quelques principes juridiques communs. On cherche l'intégration juridique pour faciliter les échanges et les investissements et garantir la sécurité juridique des activités des entreprises » (P.-G. POUGOUÉ,

OHADA, Instrument d'intégration juridique, Revue africaine des sciences juridiques, vol. II, n° 2, 2001, p. 11).

78. Pour atteindre de tels objectifs, le législateur OHADA pouvait, à défaut de présenter une liste adaptée, orienter ses homologues nationaux en fixant des critères comme ceux évoqués plus haut. Il pouvait aussi retenir que tous les biens et droits déclarés insaisissables dans l'un quelconque des États parties et publiés dans un journal officiel ou sur le site de l'OHADA, le seraient dans tous les autres, sauf décision contraire dans l'État concerné. Chaque État partie au Traité OHADA réfléchirait suffisamment avant de déclarer tel ou tel droit ou bien intouchable. En effet, toute déclaration faite avec légèreté provoquerait non seulement le désaveu des autres législateurs, mais la réticence des investisseurs potentiels.

79. L'uniformisation et la modernisation du droit seraient proches sur ce point précis. La sécurité juridique des justiciables serait aussi assurée, ce qui n'est plus le cas lorsque l'objet intouchable est suranné.

II - Inadaptation de certains objets insaisissables

80. Le code de procédure napoléonien rendu applicable dans plusieurs États membres de l'OHADA à la faveur de la colonisation a subi très peu de modification. Les Codes de procédure civile africains sont restés fidèles à l'esprit de l'époque de la rédaction de leur ancêtre, alors même qu'une partie de la doctrine française y a vu des règles déjà vieilles au moment de leurs naissances (Ph. THERY, « *La place des procédures civiles d'exécution* », *RTD Civ.*, 1993, n° spéc., hors série, p. 2).

81. Le mouvement d'adaptation et de rajeunissement des biens et droits insaisissables souhaité en zone OHADA a commencé en France par une loi du 5 juillet 1972. L'article 2092-2 du code civil qui en a résulté précisait que ne peuvent être saisis : « les biens que la loi déclare insaisissables ; les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, encore que le titre en vertu duquel elles sont dues ne les déclare pas insaisissables si ce n'est pour aliments fournis à la partie saisie ; les biens disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur (si ce n'est avec la permission du juge et pour la portion qu'il détermine), par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs ; les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, si ce n'est pour le paiement de leur prix, dans les limites fixées par le code de procédure civile ; les immeubles par destination qui ne peuvent être saisis séparément que pour le paiement de leur prix ».

82. L'article 2092-2 (4) était cependant inapplicable en l'absence d'une disposition spéciale du CPC. La réforme des voies d'exécution, qui devait déterminer

les conditions d'insaisissabilité de certains meubles en humanisant les saisies, ayant été retardée, un décret n° 77-273 du 24 mars 1977 a fixé les conditions d'application de la loi du 5 juillet 1972 (*Sur cette réforme, voir R. BERAUD, « La fin des saisies-exécutions », Ann. Loy. 1977, p. 1231 ; Ph. BERTIN, « Touchez pas aux brebis ou les nouvelles règles de l'insaisissabilité, décret n° 77-273 du 24 mars 1977 », Gaz. Pal. 1977, 1, doct., p. 311 ; J. SOULARD, « Objets insaisissables, commentaire du décret du 24 mars 1977 », Rev. Huissiers, 1977, p. 109 et s.*). L'article 592 du CPC qui en résulte a donné des précisions sur les biens mobiliers nécessaires « à la vie et au travail du saisi et de sa famille ».

83. Sous réserve des dispositions des articles 592-1 et 592-2, sont exclus de la saisie : « les vêtements ; la literie ; le linge de maison ; les objets et produits nécessaires aux soins corporels et à l'entretien des lieux (*l'insaisissabilité des objets et produits nécessaires à l'entretien des lieux vise le respect du droit de toute personne à un environnement sain tel qu'affirmé par exemple par le préambule de la Constitution camerounaise en ces termes : « Toute personne a droit à un environnement sain. La protection de l'environnement est un devoir pour tous. L'État veille à la défense et à la promotion de l'environnement »*) ; les denrées alimentaires ; les objets de ménage nécessaires à la conservation, à la préparation et à la consommation des aliments ; les appareils nécessaires au chauffage ; les tables et chaises permettant de prendre les repas en commun ; un meuble pour abriter les vêtements et linges et un meuble pour ranger les objets ménagers ; les objets nécessaires aux handicapés ; les livres et autres objets nécessaires à la poursuite des études et ou à la formation professionnelle ; les objets d'enfants ; les souvenirs à caractère personnel ou familial ; les animaux d'appartement ou de garde ; deux vaches ou douze chèvres ou brebis, au choix du saisi, ainsi qu'un porc et vingt-quatre animaux de basse-cour, avec les pailles, fourrage, grains et autres denrées nécessaires à l'alimentation de ces animaux jusqu'à la récolte suivante ; les instruments de travail nécessaires à l'exercice personnel de l'activité personnelle ».

84. Cette mouture a été reprise par l'article 14 de la loi française du 9 juillet 1991 et améliorée par l'article 39 de son décret d'application du 31 juillet 1992 qui y ajoute « une machine à laver le linge ». Le décret n° 97-375 du 17 avril 1997 ajoute « un poste téléphonique permettant l'accès au service téléphonique fixe ». Répondant au souci d'humanisation, l'article 42 du même décret rappelle l'insaisissabilité des « objets nécessaires aux handicapés ou destinés aux soins des malades ». Ces objets ne peuvent jamais être saisis, « pas même pour le paiement de leur prix, fabrication ou réparation ». La Cour de cassation a ainsi interdit tout droit de rétention sur une prothèse dentaire (*Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 1985, n° 84-10.245, Bull. civ. I, n° 241, D. 1986, jur., p. 417, note J. PENNEAU*). Cette insaisissabilité absolue a même

été étendue au chien guide d'aveugle considéré comme « une prothèse vivante au service de la personne non voyante » (*TGI Lille, 23 mars 1999, D. 1999, jur., p. 350, note X. LABBEE*).

85. D'autres dispositions particulières concernent l'insaisissabilité des œuvres et biens d'ordre culturel qui pourraient trouver leur place dans les législations des États membres de l'OHADA (*La loi française n° 87-571 du 23 juillet 1987 relative au développement du mécénat permet aux entreprises assujetties à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés de déduire du montant de leur bénéfice imposable la valeur d'acquisition des œuvres d'art, des livres, des objets de collection ou de documents de haute valeur artistique ou historique dont l'offre de donation a été acceptée par l'État. À partir du moment où le don est accepté par l'État qui recevra le bien dans un délai de dix ans maximum, le bien devient insaisissable et incessible. De même, aux termes de l'article 61 de la loi n° 94-679 du 8 août 1994, « les biens culturels prêtés par une puissance étrangère, une collectivité publique ou une institution culturelle étrangères, destinés à être exposés au public en France, sont insaisissables pour la période de leur prêt à l'État français ou à toute personne morale désignée par lui. Un arrêté conjoint du ministre de la culture et du ministre des affaires étrangères fixe, pour chaque exposition, la liste des biens culturels, détermine la durée du prêt et désigne les organisateurs de l'exposition »*).

86. On ne saurait aussi négliger la montée en puissance de certaines valeurs sociales auxquelles on attache de plus en plus de l'importance. Ainsi l'inviolabilité du domicile et plus spécialement l'intégrité du logement familial considéré aujourd'hui comme « une sorte de sanctuaire auquel il est sacrilège de porter atteinte » (*R. PERROT, LPA, 6 janvier 1993, n° 3, p. 8*). L'idée n'est pas de renoncer à la pénétration dans un local, mais de prendre des précautions pour que certaines atteintes inévitables ne deviennent pas une source d'abus. Les objets énumérés comme insaisissables devraient donc rester saisissables s'ils se trouvent dans un lieu autre que celui où le saisi demeure (*Ce critère d'habitabilité découle de l'article 592-1 du CPC issu du décret de 1977, qui indique quatre dérogations à l'insaisissabilité : les biens concernés se trouvent dans un lieu autre que celui où le saisi demeure ou travaille habituellement ; ils sont des biens de valeur, en raison notamment de leur importance, de leur ancienneté ou de leur caractère luxueux ; ils perdent leur caractère de nécessité en raison de leur nombre ou de leur quantité ; ils constituent des éléments corporels d'un fonds de commerce.*) ou travaille habituellement. Ainsi lorsque lesdits objets sont entreposés chez un tiers voire dans une résidence secondaire, le saisi n'y demeurant pas habituellement.

87. Le respect du droit à l'inviolabilité du domicile (*ce droit est aussi consacré par le préambule de la Consti-*

tution camerounaise, « Le domicile est inviolable. Nulle perquisition ne peut y avoir lieu qu'en vertu de la loi ») et à l'intégrité du logement familial participe aussi du respect de la dignité humaine. Il s'agit ici d'éviter de faire honte au saisi en attirant l'attention de son voisinage sur son insolvabilité. Il en est de même lorsqu'on voudrait saisir les objets situés dans un lieu de travail. On comprend que le législateur français du 9 juillet 1991 incite « les créanciers à privilégier des mesures comme la saisie-attribution, réputée moins traumatisante que la saisie-vente » (R. PERROT, *LPA*, 6 janvier 1993, n° 3, p. 8).

88. Une confrontation de la liste des objets insaisissables consolidés du droit français et ceux prévus par les codes de procédure civile auxquels l'AUVE renvoie, permettent d'apprécier les différences entre ces réglementations et les répercussions qui en découlent, relativement aux intérêts du créancier et du débiteur (*Sur cette confrontation, voir S.S. KUATE TAMEGHE, « Les mystères des articles 50 al. 1 et 51 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », op. cit., p. 205 et s.*).

89. Un effort de modernisation doit être entrepris pour prendre par exemple en compte l'état des malades et des handicapés (*La Convention des Nations unies relative aux personnes handicapées adoptée le 13 décembre 2006 par la Résolution 61/106, protège les droits de ceux-ci. Aussi, d'après certaines études récentes, 80 % des personnes handicapées au monde vivraient-elles en Afrique. Voir A. DEMBELE, « Les droits des personnes handicapées au Burkina Faso », Rev. burkinabé de droit, n° 43-44, 2003, p. 9 et s.*), les objets d'enfants (*Ces derniers sont protégés par de nombreux instruments internationaux relatifs aux droits de l'enfant, notamment la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant de 1989 et la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990. Les États signataires s'engagent, entre autres, à accorder une protection spéciale à l'enfant, à assurer l'épanouissement harmonieux de sa personnalité afin qu'il grandisse dans un climat de bonheur et de compréhension ; à assurer la protection et les soins nécessaires à son bien-être ; à prendre toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées susceptibles de protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteintes ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation.*). Alors que l'enfant dispose du droit aux loisirs, du droit de se livrer à des jeux et activités récréatives inhérents à son âge ; il est inhumain de saisir les béquilles d'un débiteur amputé d'une jambe, la canne d'un vieillard usé par l'âge (S.S. KUATE TAMEGHE, « *Les mystères des articles 50 al. 1 et 51 de l'AUVE* », *op. cit.*, p. 210), les prothèses dentaires (*Civ.*, 11 déc. 1985, *Gaz. Pal.* 19-20 mars 1986, note Ph. BERTIN ; 9 oct. 1985, *Dalloz* 1986, p. 147 et s., note J. PENNEAU. *Contra* : TGI Lille,

21 avril 1981 *Gaz. Pal.* 1986, 2, 416, note Ph. BERTIN. *En l'espèce le juge reconnaît à un chirurgien-dentiste un droit de rétention d'une prothèse dentaire impayée mais non posée ; Douai, 16 nov. 1983, RTD Civ.* 1985, 454, obs. R. PERROT, *autorisant une saisie conservatoire sur une prothèse dentaire posée dans la bouche du patient.*) ou encore les lentilles de contact, les lunettes et appareils auditifs (C. PICQ, « *La prothèse et le droit* », *LPA* n° 121, 7 oct. 1996, p. 18 et s.).

90. La valeur des livres relatifs à la profession du saisi, ainsi que des machines et instruments servant à l'enseignement pratique ou à l'exercice des sciences et arts, insaisissables au choix du saisi, estimée à 20 000 FCFA par les articles 327 du CPCC camerounais et 271 du CPC ivoirien (alinéas 3 et 4) doit, comme à l'article 1213 alinéa 3 de la loi n° 2008-07 réformant le code de procédure civile commerciale sociale et administrative (CPCCSA) du Bénin, être revalorisée. En effet, laisser des biens d'une telle valeur à un débiteur saisi aujourd'hui serait à la limite vexatoire.

91. De même, le CPCC camerounais et le CPC ivoirien ne disent rien à propos des objets nécessaires à la conservation des aliments. L'article 1213 du CPCCSA du Bénin, ne dit rien à propos du matériel indispensable de cuisine. Une clarification sur ces points est nécessaire pour éviter l'embarras des justiciables et de l'huissier de justice. En effet, pour qu'une activité économique durable puisse être entreprise, les règles du jeu que constituent les normes juridiques doivent être connues, précises, appliquées et stables (P. MEYER, *La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA*, *Obadata*, D-06-50).

92. La refonte de la liste permettrait aussi de revoir le cas de certains biens protégés mais qui, manifestement, ne suscitent plus un grand intérêt en Afrique. Par exemple, peu sont ceux qui disposent de moyens leur permettant de conserver par-devers eux des aliments à consommer pendant plus d'un mois, encore moins ceux qui peuvent abriter sous leur toit des animaux et des réserves pouvant leur permettre de vivre pendant au moins un mois (S.S. KUATE TAMEGHE, « *Les mystères des articles 50 al. 1 et 51 de l'AUVE* », *op. cit.*, p. 210).

93. La modernisation et l'uniformisation souhaitées doivent aussi porter sur les choses incorporelles insaisissables. Concernant par exemple les rémunérations du travail, l'article 314 du CPCC camerounais n'est plus adapté à la situation socio-économique actuelle où tous les coûts de la vie ont augmenté. Qu'ils s'agissent des loyers, des vêtements ou de la nourriture, les coûts ne sont plus du tout les mêmes qu'à l'époque de l'adoption du CPCC.

Or, selon ce texte, « les traitements et pensions dus par l'État ne pourront être saisis que pour la portion suivante : 10 % sur la portion comprise entre 10 000 francs

de monnaie locale, par mois ; 20 % sur la portion comprise entre 10 000 et 50 000 francs de monnaie locale, par mois ; 50 % sur la portion comprise entre 50 000 et 80 000 francs de monnaie locale, par mois et 100 % sur la portion supérieure à 80 000 francs de monnaie locale, par mois ».

94. Pour une personne dont le revenu mensuel est estimé à 200 000 FCFA, la portion saisissable est de 144.000 FCFA. La fraction insaisissable qui s'élève à 66 000 FCFA semble insignifiante par rapport aux 135 000 FCFA que l'on obtiendrait sur la base de l'article 381, alinéa 1 du CPC sénégalais. Il y a aussi une inégale protection des débiteurs dans ces États.

95. Ce texte de l'article 381 du CPC sénégalais plus adapté à la situation socio-économique actuelle, dispose que, « Sous réserve de l'application des articles 75 du code des pensions civiles et militaires de retraites et 86 des pensions militaires et d'invalidité, les traitements et pensions dus par l'État ou toute autre personne publique, ainsi que les salaires, ne peuvent être saisis que pour la portion ci-après : - 10 % jusqu'à 20 000 francs par mois ; - 20 % de 20 001 à 30 000 francs par mois ; - 30 % de 30 001 à 100 000 francs par mois ; - 40 % de 100 001 à 200 000 francs par mois ; - 100 % au-delà de 200 000 francs par mois. Lorsque la saisie a pour objet soit d'obtenir le paiement des frais d'hôpital ou de clinique, soit de garantir ou d'obtenir le remboursement des emprunts contractés pour aider à la construction, à l'achat ou à l'amélioration d'un local à usage d'habitation principale, ils peuvent, si la portion ci-dessus est insuffisante, être, en outre, simultanément saisis pour la portion supplémentaire ci-après : - 10 % jusqu'à 20 000 francs par mois ; - 20 % de 20 001 à 30 000 francs par mois ; - 30 % de 30 001 à 100 000 francs par mois ; - 40 % de 100 001 à 200 000 francs par mois. L'assiette servant au calcul des portions indiquées aux deux alinéas ci-dessus est constituée par le traitement ou salaire brut global avec tous les accessoires, déductions faites : - des taxes et prélèvements légaux obligatoires retenus à la source ; - des indemnités représentatives de frais ; - des prestations, majorations et suppléments pour charges de famille ; - des indemnités déclarées insaisissables par les lois et règlements. Le total des prélèvements ou retenues, quelle que soit leur nature, y compris les cessions volontaires, ne peut, en aucun cas, fût-ce pour dettes alimentaires, excéder les deux tiers du montant ainsi obtenu. Les fonctionnaires, agents ou salariés dont la rémunération est versée à un compte courant, de dépôt, ou d'avance pourront, nonobstant toute opposition, effectuer mensuellement des retraits dans la limite de la portion insaisissable de leur traitement ou salaire ».

96. L'article 705 alinéas 4 et 5 du CPC malien qui déclare insaisissables « la partie de son salaire indispensable à sa subsistance et à celle des membres de sa famille vivant habituellement avec lui et incapables de

travailler ; les pensions civiles et militaires, les indemnités ou rentes perçues en vertu de la réglementation sur les accidents du travail dont le débiteur est bénéficiaire », sont plutôt imprécises dès lors qu'il n'en fixe pas la quotité.

97. S'agissant de l'insaisissabilité des sommes liées aux salaires (*les articles 173 et s. de l'AUVE prescrivent un préalable de conciliation devant le juge. Il convient de rappeler que le régime général d'insaisissabilité des gains du travail s'applique en principe aux sommes dues à titre de rémunération à toute personne salariée ou travaillant à quelque titre que ce soit pour un ou plusieurs employeurs, quels que soient le montant et la nature de leur contrat. Il ne protège pas seulement les personnes qui ont formellement conclu un contrat de travail avec l'employeur, mais toute personne ayant fourni ses services sous la dépendance économique d'un tiers, pourvu que la rémunération de ces services soit affectée à son alimentation et à sa subsistance ; il ne protège pas le travailleur indépendant contre qui on peut entreprendre une saisie-attribution de créances : voir Paris, 11 juil. 1979, La Revue des Huissiers de justice, 1980, note A. LESCAILLON ; 12 oct. 1999, Juris-Data n° 102966. Aussi, selon la Cass. soc. 30 janvier 2008, Lettre Droit et procédures, mars 2008 <http://www.editions-ejt.com>, l'indemnité de départ à la retraite, versée à un salarié ayant quitté volontairement son entreprise, et qui bénéficie du droit à une pension de vieillesse, est soumise aux règles de saisies prévues par le code du travail. En effet cette indemnité n'a pas pour objet la compensation d'un quelconque préjudice mais, constitue une rémunération.*), et à titre de droit comparé, il convient de constater que contrairement aux législateurs camerounais, congolais et sénégalais qui, dans la détermination de la quotité saisissable ne visent que la protection du débiteur, le législateur français se soucie, en plus, de l'intérêt de la famille du saisi.

98. La détermination de la quotité insaisissable du salaire en droit français varie chaque année, selon l'évolution du niveau de vie. Elle tient compte des personnes à charge habitant ou non sous le toit du débiteur. Un décret français n° 2007-1729 du 7 décembre 2007 actualisait le barème mentionné à l'article R.145-2 du code de travail français, à compter du 1^{er} janvier 2008. Il remplaçait le décret n° 2006-1738 du 23 décembre 2006 qui fixait le barème établissant la partie saisissable de la rémunération pour 2007 et les tranches saisissables ou cessibles à partir du 1^{er} janvier 2007. Le décret n° 2010-1565 du 15 décembre 2010 révisant le barème des saisies et cessions des rémunérations retient, pour l'année 2011, les proportions suivantes : le vingtième sur la tranche inférieure ou égale à 3510 euros ; le dixième sur la tranche supérieure à 3510 euros, inférieure ou égale à 6880 euros ; le cinquième sur la tranche supérieure à 6880 euros, inférieure ou égale à 10 290 euros ; le quart sur la tranche supérieure à 17 040 euros ; les deux tiers sur la tranche supérieure à 17 040 euros, inférieure ou

égale 24 470 euros ; la totalité sur la tranche supérieure à 24 470 euros.

99. Une réforme tendant à prendre en considération le nombre de personnes à charge, l'évolution du niveau de vie est souhaitable (*Dans le même sens, D.R. LANDZE, « La saisie des rémunérations dans l'Acte uniforme OHADA : une réforme au succès mitigé », www.obada.com*). Le législateur OHADA devrait lui-même opérer une telle réforme pour éviter les disparités. Ce n'est pourtant pas son intention si l'on s'en tient à l'article 131 de l'Avant-projet de l'Acte uniforme relatif au droit du travail au terme duquel, « les quotités cessibles et saisissables ainsi que l'assiette de calcul des retenues sont fixées par l'État partie ».

100. Pour tenir compte des réalités de la société africaine et éviter que le nombre de personnes à charge n'épuise toute la créance, le législateur OHADA peut au moins fixer un plafond et définir de façon stricte les personnes à charge (*en limitant par exemple aux parents géniteurs, à un certain nombre d'épouses ou d'enfants légitimes ou reconnus*). D'ailleurs, rien ne l'empêche de définir avec plus de précision les biens et droits insaisissables.

B - Définition progressive des biens et droits insaisissables par le législateur OHADA

101. L'appartenance à une même Organisation, la soumission à un même droit, à une même juridiction suprême et donc à une même culture juridique constitue un atout pour la constitution d'un noyau dur des biens et droits insaisissables en zone OHADA. D'une part, l'OHADA repose sur un réalisme fait de traditions juridiques communes et de monnaie commune. D'autre part, elle repose sur une volonté politique affichée qui prend elle-même appui sur une part d'histoire commune et de vision de l'avenir (*L'OHADA a, par exemple, pour socle les États d'Afrique noire francophone de la zone franc*). Elle n'est pas qu'un outil technique d'intégration économique. Elle joue aussi un rôle d'impulsion (*P.-G. POUYOUÉ, op. cit. p. 12. Voir aussi l'article 1^{er} du Traité OHADA qui en précise l'objet*).

102. Ainsi, de la même manière que le législateur OHADA a défini le titre exécutoire (*article 33 AUGE*), il pouvait définir la notion de biens et droits insaisissables par la méthode énumérative. Une telle approche ne semble pas étrange car le droit français dont il s'est inspiré est allé dans ce sens. Les articles 14 alinéa 4 de la loi française du 9 juillet 1991, 39 et 42 du décret français du 31 juillet 1992 listent un noyau dur des biens réputés insaisissables au bénéfice du saisi personne physique (*à l'exclusion des personnes morales, voir CA, Aix-en-Provence, 19 février 1982, JCP éd. G 1984, II, n° 20174, note J. PREVAULT*). Ces listes ne sauraient évidemment être aveuglément reprises par le législateur OHADA (le

risque d'une reprise automatique de ces textes est que finalement le créancier n'ait plus rien à saisir; alors que son débiteur dispose d'objets de « luxe » déclarés insaisissables). Elle doit être réactualisée en fonction des réalités africaines.

103. Cela est bien possible dès lors que, dans l'AUGE (I) comme dans certains Actes uniformes (II), ce dernier ne s'interdit nullement la possibilité de déclarer lui-même tels biens ou droits insaisissables.

I - Constitution d'un noyau dur dans l'AUGE

104. L'article 177 de l'AUGE, en conformité avec la Convention n° 95 du Bureau international du Travail dispose que « les rémunérations ne peuvent être cédées que dans les proportions déterminées par chaque État partie (*Ce principe est repris par l'article 131 de l'Avant-projet de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit du travail*)... Le total des sommes saisies ou volontairement cédées ne peut, en aucun cas, fût-ce pour dettes alimentaires, excéder un seuil fixé par chaque partie » (*il faut noter que non seulement le salaire est généralement critiqué en raison de sa modicité, il est parfois l'unique revenu duquel dépendent nutrition, logement et habillement de tout être humain. Son caractère alimentaire est dès lors avéré. En ce sens, P.-E. KENFACK, « Commentaire du décret n° 94/197/PM du 9 mai 1994 relatif aux retenues sur salaire », Juridis Infos n° 19 p. 17; R. PERROT, « Biens insaisissables : aliments contre aliments ne vaut ou le minimum de survie », RTD Civ. 1985, p. 218 et s.*). L'AUGE intègre ainsi l'insaisissabilité et l'incessibilité absolue d'une portion du salaire (*même s'il faudra recourir au droit de chaque État partie pour la détermination de ladite portion. Il renvoie aux articles 70 et 76 du code du travail camerounais ainsi qu'au décret n° 94/197/PM du 9 mai 1994 relatif aux retenues de salaires, pour trouver le barème de calcul de la portion insaisissable du salaire. Au Congo, les proportions dont il s'agit sont déterminées par le décret n° 84/209 du 8 mars 1984 portant application de l'article 339 du code de procédure civile, commerciale, administrative et financière. Au Sénégal, le décret n° 64-572 du 30 juillet portant code de procédure civile modifié par le décret n° 76-1031 du 19 octobre 1976 et le décret n° 86-060 du 6 novembre 1986, sur renvoi de l'article L131 du code du travail*).

105. Aux biens incorporels insaisissables s'ajoutent les gains et salaires d'un époux commun en biens qui bénéficient aussi d'une protection spéciale, en raison du caractère alimentaire de la créance de salaire (*le caractère alimentaire de la créance de salaire l'emporte sur le principe de la fongibilité des sommes versées sur un compte bancaire. Cf. M.-A. HASSI-ESSO et N. DIOUF, Recouvrement des créances, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 48*). Elle découle de l'article 53 de l'AUGE. Reprenant l'article 48 du décret du 31 juillet 1991, l'article 53 de

l'AUVE dispose que « lorsqu'un compte même joint, alimenté par les gains et salaires d'un époux commun en biens, fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une saisie conservatoire pour le paiement ou la garantie d'une créance née du chef du conjoint, il est laissé immédiatement à la disposition de l'époux commun en biens une somme équivalente, à son choix, au montant des gains et salaires versés au cours du mois précédant la saisie ou le montant moyen mensuel des gains et salaires versés dans les douze mois précédant la saisie ».

106. On a relevé que le législateur OHADA « n'a pas réalisé au mieux l'équilibre qu'il recherchait » (S.S. KUATE TAMEGHE, « *Les mystères des articles 50 al. 1 et 51 de l'AUVE* », *op. cit.*) et que les dispositions de cet article amputent l'autre partie du bénéfice des prérogatives que lui reconnaît le code civil notamment aux articles 223 à 225, voire même l'ordonnance camerounaise n° 81/02 du 29 juin 1981, pour ce qui est de la femme mariée.

107. L'article 75 alinéa 1 de cette ordonnance dispose en effet que « lorsqu'elle exerce une profession séparée de celle de son mari, l'épouse peut se faire ouvrir un compte en son nom propre pour y déposer ou retirer les fonds dont elle a la libre disposition ». L'alinéa 2 ajoute que « les créanciers du mari ne peuvent exercer leurs poursuites sur ces fonds et les biens en provenant que s'ils établissent que l'obligation a été contractée dans l'intérêt du ménage » et que « la femme n'oblige le mari que par des engagements qu'elle contracte dans l'intérêt du ménage ». Avec l'article 53 de l'AUVE, l'épouse ne jouirait plus de la libre disposition de son salaire affirmée sous tous les régimes, de la protection des biens nécessaires à l'exercice d'une profession séparée. Son indépendance professionnelle serait remise en cause.

108. Oui à la protection partielle des salaires de l'époux débiteur, non à la protection d'une part supplémentaire au bénéfice d'une personne étrangère à la dette pourrait-on aussi soutenir, même s'il s'agit de l'époux commun en biens. On a prétendu qu'admettre un tel raisonnement serait, au-delà du droit des régimes matrimoniaux, aller à contre-courant d'un principe fondamental de la théorie des obligations : ubi emolumentum, ibi onus (C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « *Un texte insaisissable. Commentaire du décret n° 87-637 du 5 août 1987 pris pour l'application de l'article 1414 du code civil* », *Dalloz* 1989, *chron. p.* 156).

109. On peut ne pas approuver une telle extension de l'assiette des sommes insaisissables car à la quotité insaisissable qui bénéficie de la règle du report d'insaisissabilité, s'ajoute le montant correspondant à l'option choisie. Que dire dans le cas où les gains et salaires des époux communs en biens sont versés dans un même compte ? Le législateur est resté muet sur cette question encore plus délicate. L'application des dispositions de l'article 53 de l'AUVE paraît encore plus injuste pour

le conjoint étranger à la dette. À moins de consentir à contribuer totalement ou en partie au remboursement des dettes du conjoint, la seule solution serait d'encourager les époux communs en biens à ouvrir des comptes séparés pour leurs gains et salaires.

110. Durant le mariage, tous les biens conjugaux propres ou communs peuvent aussi servir à la satisfaction des droits des créanciers. Tout dépend du degré d'entente et de compréhension entre les époux, fussent-ils communs en biens, l'enjeu ici étant le crédit du ménage. Cependant, en cas de crise ou de dissolution du mariage par le divorce judiciairement prononcé, des difficultés peuvent surgir. En pareil cas, cause qui comme le précédents, l'absence ou l'annulation du mariage, met fin à l'union pour l'avenir, la question s'est d'ailleurs posée de savoir si, quel que soit le régime (communauté ou séparation), les biens communs des époux peuvent faire l'objet d'une saisie des tiers créanciers de l'un d'entre eux. Une situation de conflit naît alors entre les intérêts en présence : « d'une part, le souci de protection de l'intérêt de la famille, et d'autre part, le souci de satisfaire les intérêts des tiers créanciers » (V. AKOMNDJA AVOM, *obs. sous CCJA, arrêt n° 025/2008 du 30 avril, affaire Société générale de banque en Côte d'Ivoire dite SGBCI c/ Dame Konan Marie Aimée et Sieur Konan Kouadio Camille, et CCJA, arrêt n° 003/2008, 28 février 2008 Mohamed Taïb Kettani c/ Grunitzky Victoria Geneviève, in P.-G. POUGOUÉ et S.S. KUATE TAMEGHE (sous dir.), Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage, Paris, Coll. Études africaines, L'Harmattan, 2010, p. 418 et s.*)

111. Pour sauvegarder l'intérêt général des créanciers, la CCJA sanctionne certains comportements des époux divorcés, notamment leurs négligences (CCJA, *arrêt n° 003/2008, 28 février 2008 Mohamed Taïb Kettani c/ Grunitzky Victoria Geneviève, ibid., p. 407-408*). Mais elle rappelle aussitôt le principe de l'insaisissabilité des biens des époux communs en biens pour défaut de partage de la communauté après le divorce, ces derniers se trouvant encore dans l'indivision (CCJA, *arrêt n° 25/2008 du 30 avril, affaire Société générale de banque en Côte d'Ivoire dite SGBCI c/ Dame Konan Marie Aimée et Sieur Konan Kouadio Camille, ibid. p. 405-407*). Il s'agit d'ailleurs ici d'un principe général de base : on ne devrait pouvoir saisir que des biens ou des droits appartenant à son débiteur (Voir S.S. KUATE TAMEGHE, « *Les mystères des articles 50 alinéa 1 et 51 de l'AUVE* », *op. cit.*, p. 179-185 ; *Lamy Droit de l'exécution forcée, novembre 2005, n° 340-5 à 340-115 à propos des conditions de saisissabilité tenant à la propriété des biens*). Ainsi, l'article 249 de l'AUVE rappelle que « la part indivise d'un immeuble ne peut être mise en vente avant le partage ou la liquidation que peuvent provoquer les créanciers d'un indivisaire ». L'article 250 précise que « la vente forcée des immeubles communs est poursuivie contre les deux époux ».

112. La délimitation de la consistance de la matière à saisir participe aussi de la reconnaissance de la nécessité de l'immeuble à la vie et à la survie de l'individu et de sa famille. Ainsi, « le créancier ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués que dans le cas d'insuffisance des immeubles qui lui sont hypothéqués, sauf si l'ensemble de ces biens constitue une seule et même exploitation et si le débiteur le requiert » (*article 251 de l'AUVE*).

113. Consacré aussi par l'AUVE, la règle du report d'insaisissabilité repose sur un fondement tiré de l'origine de la créance et résout également un problème d'intérêt général. En général les créances insaisissables ont, pour la plupart, vocation à être versées sur un compte courant. Or l'application des règles du paiement et le principe de l'indivisibilité du compte devraient faire perdre à ces créances leur caractère insaisissable. C'est pour éviter une telle conséquence que le législateur français disposait dès 1972 que « nonobstant toute opposition, les salariés dont la rémunération est versée par règlement à un compte courant, de dépôt ou d'avance pourront effectuer mensuellement des retraits de ce compte dans la limite de la portion insaisissable ou incessible du salaire telle que celle-ci est fixée par le code du travail » (*loi n° 72-1121 du 20 décembre 1972, article 14-IV, al. 2*). La Cour de cassation, soucieuse d'apporter une contribution énergique au principe de l'égalité précisait que les pensions pouvaient être, en partie, insaisissables, une fois portées en compte (*Cass. civ. 2^e, 25 mai 1987, G.P., 1988, 1, sommaire 43, note VERON*).

114. Le législateur français agrandit le domaine de cette règle à l'article 15 de la loi du 9 juillet 1991 (*ce texte dispose que « les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeurent insaisissables dans les conditions prévues par décret en conseil d'État »*) dont l'article 44 al. 1 du décret d'application daté du 31 juillet 1992 dispose que : « lorsqu'un compte est crédité du montant d'une somme insaisissable en tout ou partie, l'insaisissabilité se reporte à due concurrence sur le solde du compte » (*l'article 14 du décret n° 2002-1150 du 11 septembre 2002 entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2002, ajoute que « les créances insaisissables sont mises à la dispositions du titulaire du compte par le tiers saisi (...) »*). Le législateur mettait ainsi un terme à une certaine opinion pour laquelle, la règle de l'insaisissabilité n'aurait été prévue à l'origine que pour s'appliquer aux salaires à la source (*C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Un texte insaisissable. Commentaire du décret n° 87-637 du 5 août 1987 pris pour l'application de l'article 1414 du code civil », Dalloz 1989, chron., p. 155. L'argument était tiré de ce qu'au regard des principes classiques du droit bancaire, notamment la règle de fongibilité instantanée des articles portés sur le compte dès leur inscription en compte, les gains et salaires perdent leurs caractères propres et ne sont plus que des éléments indifférenciés saisissables sans égard aux règles à observer en cas de*

saisie des rémunérations de travail. On estimait aussi qu'à partir du versement en compte, il ne s'agit plus d'une rémunération du travail, créance du travailleur sur l'employeur, mais d'une créance du titulaire du compte sur le banquier. En ce sens, S. CIMAMONTI, Effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain, Thèse, Aix-Marseille III, 1990, p. 540 et s.)

115. Cette règle est adoptée par le législateur OHADA à l'article 52 de l'AUVE en ces termes : « les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeurent insaisissables ». Son application est diversement appréciée. Pour ce qui est par exemple des rémunérations de travail, des pensions de retraite ou des allocations familiales où la créance insaisissable est une créance à échéances périodiques, la question s'est posée de savoir si le report d'insaisissabilité se limite à la fraction insaisissable de la dernière échéance ou s'il s'étend à la totalité des fractions insaisissables figurant au solde du compte créancier au jour de la saisie.

116. Se fondant sur l'article 15 de la loi du 9 juillet 1991, les articles 44 et 47 du décret du 31 juillet 1992 et l'article L.262-44 du code de l'action sociale et des familles la Cour de cassation française (*Cass. civ. 2^e, 12 juillet 2007, n° 05-20.911, Aubret c/ Caisse du crédit agricole d'Anjou ; Juris-Data n° 2007-040124*), relève que « lorsque les sommes insaisissables versées sur un compte proviennent de créances à échéances périodiques, l'insaisissabilité porte sur toutes les sommes insaisissables comprises dans le solde créancier du compte ». Cette position de la Cour n'est pas nouvelle (*dans le même sens, Cass. civ. 2^e, 11 mai 2000, Bull. civ. 2000, II, n° 78 ; Cass. civ. 2^e, 27 juin 2002, Bull. civ. 2002, II, n° 150 ; Procédures 2002, comm. 158 ; Cass. civ. 2004, Bull. civ. 2004, II, n° 323*). Mais elle n'est pas approuvée par la doctrine (*R. PERROT, obs. sous RTD civ. 2000, p. 641, 2002, p. 566 et RTD civ. 2004, p. 781*). En effet, lorsqu'une fraction des rémunérations est déclarée insaisissable, l'objectif visé est de permettre au débiteur de subvenir à ses besoins quotidiens. S'agissant d'une créance de somme d'argent à échéances périodiques, une telle protection est justifiée si elle permet au débiteur de subvenir à ses besoins journaliers, au fur et à mesure des échéances (*R. PERROT et Ph. THERY, Procédures civiles d'exécution, Paris, Dalloz 2^e éd. 2005, n° 444*). Autrement dit, « les fractions insaisissables sont faites pour être dépensées en attendant l'échéance suivante et non pas pour être épargnées, autrement l'insaisissabilité perd sa raison d'être » (*R. PERROT, « Report d'insaisissabilité, son étendue dans le temps », Procédures n° 1, janvier 2008, comm. 11*). En retenant que l'insaisissabilité s'étend aux sommes épargnées, la Cour de cassation détourne l'insaisissabilité de sa finalité propre (*R. PERROT, ibid.*). Par conséquent il est souhaitable qu'elle modifie cette solution.

117. Au total, si la règle du report est légitime, elle peut et doit davantage être encadrée. Une réforme de

l'article 52 de l'AUVE (*cette proposition est valable pour les articles 15 de la loi française du 9 juillet 1991 et 44 du décret d'application du 31 juillet 1992*) permettrait définitivement d'organiser un report limité des sommes insaisissables. Elle réduirait certaines ruses de débiteurs qui pourraient organiser leur insolvabilité (*à propos de la controverse liée à la règle du report de l'insaisissabilité, voir A.-D. WANDJI KAMGA, Thèse précitée, p. 414-416*), au moment où l'intouchable se trouve déjà dans d'autres Actes uniformes.

II - Constitution d'un noyau dur dans d'autres Actes uniformes

118. L'Acte uniforme révisé, portant organisation des sûretés, adopté le 15 décembre 2010 à Lomé et publié au journal officiel de l'OHADA du 15 février 2011 consacre une nouvelle insaisissabilité. Elle résulte des articles 87 à 91. D'abord introduite en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, modifiée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (article 18), la fiducie est définie à l'article 2011 du code civil français comme l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs bénéficiaires parmi lesquels, éventuellement, le constituant ou le fiduciaire. Elle permet notamment à la France d'éviter les délocalisations d'entreprises vers des États disposant de l'équivalent du « trust » anglo-saxon.

119. L'article 87 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés qui traite du « transfert fiduciaire d'une somme d'argent » indique qu'il s'agit « d'une convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation. Ces fonds doivent être inscrits sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier de cette obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir ». Cette convention n'est valable que si elle détermine la ou les créances garanties, ainsi que le montant des fonds cédés à titre de garantie, et identifie le compte bloqué. Dès lors, le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement teneur du compte, pourvu que les fonds soient inscrits sur un compte bloqué. Sauf convention contraire, les intérêts produits par les fonds cédés sont portés au crédit du compte. Les fonds inscrits sur le compte sont restitués au constituant en cas de complet paiement de la créance garantie à l'échéance. En cas de défaillance du débiteur, le constituant doit être dûment averti. Huit jours après cet avertissement, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayés, toute clause contraire étant réputée non écrite (article 91 de l'AUS révisé).

120. De manière globale donc, il en résulte l'insaisissabilité de principe du patrimoine ainsi affecté, tant par

les créanciers du constituant, que par ceux du fiduciaire. Car si les biens (ou les sommes d'argent pour ce qui est de l'OHADA) sortent du patrimoine du premier, ils n'entrent pas dans celui du second qui est chargé de gérer avec loyauté et diligence pour leur bénéficiaire. Par conséquent, aux termes de l'alinéa 1 de l'article 2025 du code civil français, par exemple, on constate que sauf exercice d'un droit de suite ou cas de fraude, ces biens ne peuvent être saisis entre les mains de ce dernier que par les créanciers titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire (*En ce sens, Cl. BRENNER, « L'ineffectivité de l'exécution forcée », Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité, op. cit. p. 56*).

121. L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel pourrait aussi être rattachée au droit à l'inviolabilité du domicile. L'Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial révisé (adopté le 15 décembre 2010 à Lomé et publié au journal officiel de l'OHADA du 15 février 2011) qui introduit la notion d'« entreprenant », et le définit comme « un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile commerciale, artisanale ou agricole » et dont « le chiffre d'affaires annuel généré par son activité pendant deux exercices successifs n'excède pas les seuils fixés dans l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises au titre du système minimal de trésorerie » (*article 30 nouveau de l'AUDCG*), n'a pas retenu cette insaisissabilité. Elle pouvait pourtant être justifiée au regard de l'objectif d'encouragement de l'investissement poursuivi par le législateur OHADA. D'ailleurs, dans un contexte de crise économique, l'objectif de la réforme initiée en France est aussi la création et le développement des entreprises.

122. Par la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique le législateur français permet à un entrepreneur individuel de rendre sa résidence familiale indisponible (*cette loi serait le prolongement de la loi du 11 février 1994 (dite Madelin) qui permettait au débiteur d'imposer à ses créanciers de poursuivre prioritairement leur dû sur les biens affectés à l'entreprise*). Selon l'exposé des motifs de la loi, il s'agit de « réduire la prise du risque de l'entrepreneur individuel pour lequel aucune distinction n'est établie entre le patrimoine professionnel et le patrimoine privé » (S. PIEDELIEVRE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel... », *JCPG*, n° 40, 1^{er} octobre 2003, étude n° 165, p. 1718). L'article 526-1 du code de commerce, issu de cette loi, dispose que « par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où

est fixé sa résidence principale » (*il convient de noter que la loi française n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 ne fixe pas une durée minimum ou maximum de cette insaisissabilité. Certes elle énumère certains événements qui maintiennent ou éteignent l'insaisissabilité. L'insaisissabilité s'éteint soit par la manifestation de la volonté de l'entrepreneur qui, par acte notarié rendu public renonce à cette mesure de protection, soit en cas de décès de ce dernier. Mais la finalité première est la protection des intérêts du débiteur. Ainsi, par exemple, « en cas de cession des droits immobiliers désignés dans la déclaration initiale, le prix obtenu demeure insaisissable à l'égard des créanciers dont les droits sont nés postérieurement à la publication de cette déclaration à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant, sous la condition du emploi dans un délai d'un an des sommes à l'acquisition par l'entrepreneur d'une nouvelle résidence principale » (Voir l'article L.626-3 du code de commerce français). Cette insaisissabilité réduit évidemment les garanties des créanciers et ne favorise pas le développement du crédit. Afin de ne pas perdre un élément essentiel de leur gage général, les prêteurs de fonds vont d'ailleurs exiger que l'entrepreneur individuel renonce à des déclarations d'insaisissabilité. Cette faculté ne peut que favoriser l'exercice de pressions sur l'entrepreneur par les créanciers les plus puissants, notamment les dispensateurs de crédits ou l'administration fiscale.*)

123. La loi française n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui modifie celle du 1^{er} août 2003 renforce les possibilités d'insaisissabilités des biens du débiteur entrepreneur individuel (L. LAUVERGNAT, « De l'abolition du droit des créanciers professionnels : la loi du 4 août 2008, Réflexion sur l'extension du domaine de la déclaration d'insaisissabilité et la généralisation du recours à la fiducie », *Droit et procédures*, n° 2, mars-avril 2009, p. 68-74), même si elle n'apporte dans la pratique qu'une protection limitée au débiteur (D. DUPUIS, « L'insaisissabilité des biens que l'entrepreneur individuel n'a pas affectés à son usage professionnel : un miroir aux alouettes ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, novembre-décembre 2008, p. 35-38). Par cette protection, le législateur veut inciter les entrepreneurs à développer une activité. Concrètement, dans un pays où les problèmes de logement sont récurrents, il réduit « la prise du risque de l'entrepreneur individuel pour lequel aucune distinction n'est établie entre le patrimoine professionnel et le patrimoine privé » (S. PIEDELIEVRE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel... », *JCPG*, n° 40, 1^{er} octobre 2003, étude n° 165, p. 1718).

124. Toutefois, l'élargissement du champ d'application de la déclaration d'insaisissabilité à l'ensemble du patrimoine immobilier de l'entrepreneur individuel amenuise les garanties offertes aux créanciers et pourrait davantage restreindre l'accès au crédit. Difficile de

trancher dès lors que, le même jour à Lomé, en déclarant insaisissables les parts sociales, le législateur OHADA encourage la création et le développement des sociétés coopératives.

125. Aux termes de l'article 49 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives adopté le 15 décembre 2010, « Les parts sociales sont nominatives (Dans les sociétés coopératives avec conseil d'administration, elles revêtent la forme de titres nominatifs qu'elles soient émises en contrepartie d'apports en nature ou d'apports en numéraire (article 376 de l'Acte), individuelles, non négociables, insaisissables et cessibles selon les conditions fixées par les statuts. Elles ne peuvent faire l'objet d'un nantissement ». L'article 379 du même Acte revient sur les droits attachés aux parts sociales et précise à nouveau que « Les parts sociales ne sont pas négociables. Elles sont insaisissables et ne peuvent faire l'objet d'un nantissement ». Une telle insistance peut se justifier par le souci de réalisation d'un des objectifs affirmés dans le Préambule du Traité OHADA : « garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'effort de celles-ci et d'encourager l'investissement ». Assurément, le législateur OHADA voudrait encourager la création des sociétés coopératives (*Aux termes de l'article 4 de l'Acte uniforme relatif aux droits des sociétés coopératives, « La société coopérative est un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs. La société coopérative peut, en plus de ses coopérateurs qui en sont les principaux usagers, traiter avec des usagers non-coopérateurs dans les limites que fixent les statuts »*), susceptibles de contribuer au développement économique du continent. Cela passe par la sécurisation des apports des coopérateurs, lesquels auront reçu, en contrepartie les titres sociaux dénommés parts sociales.

126. Enfin, il convient de citer l'article 192 de l'Avant-projet de l'Acte uniforme relatif au droit du travail qui dispose que « les syndicats ont le droit d'acquérir sans autorisation, à titre gratuit ou à titre onéreux, des biens meubles ou immeubles. Les immeubles et les objets nécessaires à leurs réunions, à leurs bibliothèques et services de documentation et à leurs cours de formation sont insaisissables ».

Si cet Avant-projet d'Acte est adopté, l'assiette des biens syndicaux intouchables s'élargit et se précise. Aux immeubles et objets mobiliers nécessaires à leurs réunions, à leurs bibliothèques et à leurs cours d'instruction professionnelle (*voir supra*, n° 60) s'ajoutent ceux nécessaires à leurs centres de documentation et à leurs cours de formation. Toute discussion pouvant naître sur la distinction entre une bibliothèque et un

centre de documentation serait alors sans objet. Il en sera de même s'agissant de celle pouvant surgir à l'effet de distinguer un cours d'instruction professionnelle (plus restreint, il exclut certaines formations) d'une formation (plus large, elle intègre l'instruction professionnelle).

127. Au total, la recherche des biens et droits insaisissables dans les droits nationaux n'est pas une tâche facile pour le justiciable en zone OHADA. Leur disparité

et leur vétusté contrastent avec l'objectif de modernisation et d'uniformisation que prône l'OHADA. Pourtant l'option prise par le législateur communautaire aux articles 50 et 51 de l'AUVE n'est pas une panacée. Il est urgent que la considération de l'intérêt général et des droits concurrentiels pousse ce législateur à envisager la révision de l'AUVE.

Alain-Douglas WANDJI KAMGA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Autorisation du juge 27

C

Concurrentiels 30, 127

Créancier 2, 3, 4, 5, 10, 19, 22, 25,
26, 27, 33, 34, 41, 42, 45, 46, 47,
53, 54, 56, 57, 71, 81, 87, 88, 102,
107, 110, 111, 114, 119, 120, 122,
123, 124

D

Débiteur 2, 3, 4, 5, 9, 13, 14, 16, 24,
27, 30, 34, 41, 45, 48, 50, 51, 52,
53, 54, 56, 57, 59, 71, 88, 89, 90,
94, 96, 97, 98, 102, 108, 111, 112,
116, 117, 119, 122, 123

Délégation 7, 8

Droits 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 16,
17, 19, 20, 24, 25, 28, 29, 30, 44,
45, 46, 47, 56, 66, 67, 69, 76, 78,
81, 89, 100, 101, 102, 103, 110,
111, 114, 118, 122, 124, 127

E

Entreprenant 121, 124

G

Gage général 19, 122

I

Immeuble (s) par destination 15, 81

Immunité d'exécution 9, 34, 36

Inaliénabilité 22, 43

Insaisissabilité (s) 5, 9, 10, 13, 15, 16,
17, 18, 19, 20, 22, 24, 25, 26, 29,
30, 41, 43, 54, 55, 59, 65, 67, 82,
83, 84, 86, 97, 104, 109, 111, 113,
114, 115, 116, 117, 118, 120, 121,
122, 123, 124

Insaisissable (s) 4, 6, 9, 11, 12, 14,
15, 19, 20, 21, 23, 28, 32, 37, 40,
42, 44, 46, 48, 50, 54, 56, 58, 60,
63, 65, 67, 69, 70, 72, 74, 78, 81,
85, 86, 88, 90, 93, 95, 98, 100,
101, 102, 104, 108, 109, 113, 114,
116, 122, 124, 125, 127

Intérêt général 30, 31, 34, 44, 111,
113, 127

Intérêt du service public 31, 34

Intérêt du commerce 24, 30, 31, 41

L

Loi nationale 4, 8, 14, 19, 20

P

Parts sociales 124, 125

R

Renvoi 7, 8, 15, 20, 69, 73, 76, 104

T

Titre exécutoire 10, 45, 102

Transfert fiduciaire 119

V

Volonté de l'homme 22, 24, 124

CAPITAL SOCIAL

Table des matières

Introduction n° 1-14

- I- Notion de capital social n° 2- 6
- II- Fonctions du capital social n° 7-12

Chapitre I : Détermination du capital social n° 13-14

Section I - Composition du capital social n° 15-21

Section II - Montant du capital social n° 22-30

Chapitre II : Augmentation de capital n° 31

Section I : Augmentation du capital dans les S.A. n° 32

- §1 - Préalables à l'augmentation du capital n° 33
 - A. Libéralisation intégrale du capital antérieurement souscrit n° 34-35
 - B. Décision d'augmentation de capital par l'organe compétent n° 36-39

§2 - Procédés d'augmentation de capital n° 40

- A. Augmentation de capital par apport en numéraire n° 41
 - I. Augmentation par majoration du montant des actions existantes n° 42-43
 - II. Augmentation par émission d'actions nouvelles n° 44-45
 - a - Prix d'émission des actions nouvelles n° 46-47
 - b - Formalités de publicités préalables à la souscription n° 48-53
 - c - Droit préférentiel de souscription n° 54-55
 - 1 - Exercice du droit préférentiel de souscription n° 56-66
 - 2 - Renonciation individuelle au droit préférentiel de souscription n° 67-70
 - 3 - Suppression du droit préférentiel de souscription n° 71-78
 - 4 - Suspension du droit préférentiel de souscription n° 79
 - d - Souscription et libéralisation des actions souscrites n° 80-88
 - e - Négociabilité des actions nouvelles et promesse d'apport n° 89-90
 - f - Réalisation de l'augmentation du capital n° 91-97
 - g - Publicité de l'augmentation du capital n° 98-100

- B - Augmentation de capital par apports en nature ou stipulations d'avantages particuliers n° 101-102
 - I - Modalités de réalisation n° 103-104
 - II - Intervention du commissaire aux apports n° 105-109

III - Intervention de l'Assemblée générale extraordinaire n° 110-113

C - Augmentation de capital par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission n° 114

I - Modalités de réalisation n° 115-118

II - Décision de l'Assemblée générale extraordinaire n° 119

D - Augmentation de capital par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles n° 120

E - Nullités et responsabilités en matière d'augmentation de capital n° 121

I - Nullité de l'augmentation de capital n° 122-125

II - Responsabilité en matière d'augmentation du capital n° 126

A - Responsabilité civile n° 127-128

B - Responsabilité pénale n° 129-130

Section II - Augmentation de capital dans la SARL n° 131

§I - Augmentation de capital par souscription de parts sociales en numéraire n° 132-135

§II - Augmentation de capital par apports en nature n° 136

A - Intervention du commissaire aux apports n° 137-142

B - Décision d'augmentation de capital n° 143-145

C - Publicité de l'augmentation de capital n° 146-147

D - Nullités et responsabilités n° 148

Chapitre III : Réduction de capital n° 149

Section 1 : Généralité n° 149

§1 - Hypothèses de réduction n° 150

A. Réduction du capital motivée par les textes n° 151-154

B. Réduction motivée par les pertes sociales n° 155

§2 - Exigences liées à la réduction du capital n° 156-158

Section II - Réduction de capital dans la SA n° 159

§1 - Modalités de réduction de capital n° 160-162

A - Réduction du capital par diminution de la valeur nominale d'actions n° 163

B - Réduction du capital par diminution du nombre des actions n° 164- 171

§2 - Décision de réduction de capital n° 172-175

§3 - Protections des actionnaires n° 176-181

§4 - Nullités et responsabilités en matière de réduction de capital n° 182

A - Nullité de la réduction de capital n° 183-186

B - Responsabilité en matière de réduction du capital n° 187-189

Section III - Réduction de capital dans la SARL n° 190

§1 - Modalités de réduction de capital n° 191-195

§2 - Décision de réduction de capital n° 196-202

§3 - Protection des créanciers n° 203-205

§4 - Publicité de la réduction du capital n° 206

§5 - Nullités et responsabilités n° 207

Bibliographie

- A. DIEYE, *Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*, éd. Cabinet Aziz DIEYE, 3^e édition, 2008.
- B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Le Droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, 2^e édition, 2009.
- F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF *et al.*, *Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant/Jurisclope, 2002.
- O. SAMBE et M. I. DIALLO, *Guide pratique OHADA des sociétés commerciales et du GIE*, Éditions Comptables et juridiques, 2^e édition, 2008.
- M. GATSONO GNAPY, « L'augmentation du capital des sociétés anonymes à la lumière du droit communautaire OHADA », *Bulletin OHADA*, numéro spécial 2001, p. 12, publié et édité par l'Association Club OHADA, Brazzaville.
- M. LECERF, « La nouvelle réglementation de la diminution des capitaux propres : de la perte de trois quarts du capital social à la perte de la moitié du capital », *Cabiers juridiques et fiscaux*, n° 2, CFCE, 1998, p. 333.
- G. PANDJA POLLA, « La perte des capitaux propres », *Penant*, n° 848, juillet-septembre 2004, p. 346
- F. K. A. JOHNSON, « L'opération de "coup d'accordéon" : aspect juridique », *Revue des experts associés*, Flash n° 1, N° 6, décembre 2005.

1. Toute société est le résultat d'un croisement de deux types de richesses selon des dosages différents.

La première est personnelle et tient aux personnes qui se réunissent pour se lancer ensemble dans l'aventure commune que constitue la société. L'expression de l'affectio societatis vise l'intention qui anime les associés et leur désir de tenter ensemble d'obtenir des bénéfices tout en acceptant par avance le risque de pertes à assumer parallèlement.

La seconde est matérielle et renvoie davantage au système capitaliste. Il s'agit de l'apport financier que l'associé fait à la société en échange de quoi il recevra des titres sociaux (actions ou parts sociales). L'importance de cette seconde richesse dans la constitution et dans la vie de la société justifie qu'il soit reconnu unanimement que « sans apport, il n'est point de société ». Mais, étant entendu que la somme des apports constitue le capital social, l'adage à retenir aurait pu être : « sans capital social, il n'est point de société ». C'est d'ailleurs ce que semble retenir le législateur qui considère que le capital social est obligatoire, peu importe la forme de la société.

I - Notion de capital social

2. D'une manière générale, le capital est défini comme le principal d'une dette d'argent par opposition aux intérêts (légaux, conventionnels ou judiciaires) que peut produire la dette. Il est également défini comme un ensemble de biens frugifères d'une personne, des biens productifs qui lui rapportent des fruits ou lui fournissent des produits.

Quant à l'adjectif « social », il désigne ce qui se rapporte à une société (civile ou commerciale).

Le capital social peut donc être défini en droit des sociétés comme le montant de la somme des apports à effectuer par les associés ou actionnaires à la société pour le tout ou une part essentielle au jour de sa constitution (article 62 AUSC-GIE). C'est le montant total de la valeur nominale des parts sociales ou des actions émises par la société et réparties entre les associés ou actionnaires en contrepartie de leurs apports. Cette définition est

celle de l'AUSC-GIE (articles 51 et s., article 64). En effet, la mise en commun des apports a pour effet la constitution du capital social. Le capital social est composé des apports en capital ; c'est la somme des apports (article 62 AUSC-GIE). En droit français, sont expressément écartés du calcul du capital les apports en industrie mais en droit OHADA, l'AUSC-GIE reste silencieux sur la question.

Le capital social est une notion juridique car il a vocation à servir de garantie, de gage aux créanciers sociaux. Toutefois, il donne imparfaitement la mesure de la surface financière et de la valeur de la société ; c'est une notion qui peut être trompeuse.

3. D'un point de vue comptable, le capital social est la valeur inscrite au passif, exprimant la dette de la société envers ses associés ou actionnaires. Il est une notion comptable puisqu'il figure à la droite du bilan à la première ligne.

4. Le capital social doit être distingué des capitaux propres qui sont l'ensemble des fonds et réserves mis à la disposition de la société par les associés ou actionnaires et correspondant au passif interne. Les capitaux propres reflètent effectivement davantage la réalité financière de la société en ce sens qu'ils sont déterminés en tenant compte du capital social et des autres éléments comme les réserves et les pertes. À la différence du capital qui est en principe intangible, les capitaux propres vont varier en permanence en fonction des résultats de la société.

Le capital social n'est pas la totalité des fonds mis à la disposition de la société par ses associés ou actionnaires, mais une partie de ceux-ci. C'est une composante du passif interne.

5. Le capital social doit être distingué des fonds propres qui sont des sommes mises de façon stable à la disposition de la société et qui constituent le passif interne et, dans le jargon financier le haut de bilan.

6. Le capital social est à distinguer du patrimoine social qui est l'ensemble des biens et des obligations,

de l'actif et du passif de la société, envisagé comme formant une universalité de droits, un tout comprenant non seulement ses biens présents mais également ses biens à venir.

II - Fonctions du capital social

7. Plusieurs fonctions sont remplies par le capital social allant de l'aspect financier à l'aspect social, en passant par l'aspect institutionnel.

8. Historiquement, il permettait d'appuyer la distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux. En effet, selon que l'essentiel était dans la personnalité des associés ou dans l'apport financier de ceux-ci, la société était qualifiée, dans le premier cas de société de personnes et, dans le second, de société de capitaux.

Mais, cette fonction classique du capital social, si elle n'a pas totalement disparu, a perdu une bonne partie de son sens surtout après notamment la loi française dénommée « loi pour l'initiative économique » du 1^{er} août 2003 qui a réduit le montant du capital social à 1 euro pour les SARL sans que celles-ci ne soient qualifiées de sociétés de personnes.

9. La première fonction pratique du capital social est le financement de l'aventure sociale. En effet, les apports rendent possible l'accomplissement de l'entreprise commune qui constitue l'objet de la société.

Cette fonction résulte clairement de la définition de la société commerciale, les associés convenant d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter (article 4 AUSC-GIE).

10. Le capital social est affecté au droit de gage général des créanciers sociaux. Ce droit porte sur l'ensemble des biens de la société et non sur le capital social lui-même. Cette fonction justifie d'ailleurs le principe de l'intangibilité du capital social qui interdit aux associés de retirer leurs apports.

11. Les domaines dans lesquels le capital social représente un instrument de mesure dans la société sont multiples.

Sur le plan politique, le capital social est un instrument de mesure des pouvoirs des associés, de détermination du contrôle de la société.

Sur le plan financier, il est un instrument de mesure de la part des associés dans le partage des bénéfices ou dans la contribution aux pertes. Par ailleurs, il est un instrument de détermination des modalités financières des opérations de restructuration de sociétés en ce sens qu'il participe au calcul de la parité d'échange en matière de fusion, scission et apport partiel d'actif. (Sur ce point, voir Entrée « Fusions, scissions et apports partiels d'actif »). En outre, il est un élément de détermination de la santé

financière de la société appréciée notamment sur la base d'une comparaison avec le montant des capitaux propres.

Sur le plan stratégique, il est un critère de choix de la forme sociale. En effet, le seuil du capital social impose, sauf augmentation de capital, une transformation de la forme sociale. Il en est ainsi notamment lorsque le capital social d'une SA est inférieur au minimum légal, c'est-à-dire dix (10 000 000) de francs CFA. En outre, il peut, dans une certaine mesure, être apprécié comme un élément de détermination de l'activité de la société. C'est le cas notamment des opérations d'appel public à l'épargne qui ne peuvent être réalisées que par les sociétés faisant appel public à l'épargne, celles-ci devant avoir un capital minimum de cent millions (100 000 000) de francs CFA.

12. Au-delà de ses fonctions classiques, le capital social a une nouvelle fonction, la fonction sociale, « sociale » au sens du droit social. En effet, le capitalisme populaire est de plus en plus favorisé. Cela se manifeste par la reconnaissance de dividendes du travail, le développement de la participation des salariés au capital et la promotion de l'actionnariat salarié. Les salariés bénéficient d'options de souscription ou d'achat d'actions, d'augmentations de capital réservées aux salariés ou encore d'attributions d'actions gratuites.

La détermination du capital social est nécessaire (chap. I), car il constitue le gage des créanciers sociaux. Cependant, en dépit du principe qui consacre son intangibilité, le montant du capital social n'est pas une valeur statique. En effet, il peut changer après la constitution de la société et connaître ce faisant, des variations en cours de vie sociale qui se traduisent soit par une augmentation (chap. II) soit par une réduction (Chap. III) de capital.

Chapitre I : Détermination du capital social

13. Les difficultés auparavant rencontrées en ce qui concerne la détermination du capital social sont toujours d'actualité notamment en ce qui concerne l'apport en usufruit. Dès lors, en raison des problèmes résultant de sa détermination et de la multiplication de ses fonctions, le capital social touche toute la vie sociale, de la constitution à la dissolution, en passant par le fonctionnement et la transformation.

14. Les apports rendent possible l'accomplissement de l'entreprise commune qui constitue l'objet de la société. D'où leur caractère fondamental. Ils constituent le capital social qui est un instrument essentiel du fonctionnement sociétaire (section I).

Selon le type de société, l'obligation d'apporter à la société change d'intensité. Aussi, le problème de la détermination de son montant sera-t-il envisagé (section II).

Section I - Composition du capital social

15. Le capital social est composé des apports des associés à la société. Donc, sans apport, il n'y a pas de société. L'apport est l'acte par lequel l'associé affecte quelque chose à la société en contrepartie de la remise de titres sociaux. Selon l'article 40 AUSC-GIE, toute personne qui veut avoir la qualité d'associé doit apporter à la société de l'argent, par apport en numéraire, de l'industrie, par apport en main-d'œuvre ; des droits portant sur des biens en nature, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, par apport en nature. Tout autre apport est interdit. Par son apport, l'associé matérialise son affectio societatis.

16. Les différents types d'apports admis sont les apports en numéraire, les apports en nature et les apports en industrie. Mais, à la différence des deux premiers, l'apport en industrie n'entre pas dans le calcul du capital social. En effet, le capital social est au moment de la constitution de la société, la somme des apports en numéraire et en nature, c'est-à-dire les apports saisissables (auquel on ajoute le capital technique, c'est-à-dire le fonds de commerce). Certes, l'Acte uniforme parle d'apports en capital en son article 62 (or si grâce à ces apports les associés participent au financement de la société, il ne faut pas perdre de vue qu'ils peuvent également contribuer par des apports en compte courant, c'est-à-dire par des prêts consentis à la société. Sur la question, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 17^e éd., Litec, 2004, n° 234, p. 108) mais il reste silencieux sur la question. Cette exclusion de l'apport en industrie dans le calcul du capital social a d'abord une explication historique en ce sens que la société a toujours été considérée comme l'affaire de ceux qui ont du bien, de l'argent, du capital. Au de-là, il convient de préciser que l'apporteur en industrie serait dans l'impossibilité de libérer immédiatement son apport puisque sa prestation est successive (Amiens, 22 juil. 1952, JCP 1953, II, 7733). Néanmoins, cette exclusion n'interdit pas aux apporteurs en industrie d'avoir un droit sur les bénéfices sociaux.

(Pour une étude approfondie sur les apports, voir entrée « Associés »).

17. L'apport se réalise généralement en deux temps : la souscription et la libération.

La souscription est l'engagement pris par l'associé d'effectuer un apport déterminé. La libération est l'exécution par l'associé de son engagement. La souscription donne à l'auteur de l'apport la qualité d'associé, même si son apport n'est pas entièrement libéré. L'auteur bénéficie de l'ensemble des droits qui s'attachent à son apport (droit de vote, droit aux bénéfices, droit de céder ses titres). L'obligation de libérer les apports est personnelle à l'associé et non attachée à la détention des titres ; l'associé ne saurait donc s'en prétendre déchargé du fait de la cession de ceux-ci.

18. Pour les apports en numéraire, les exigences légales concernant la libération varient selon les types de sociétés. Le délai de libération des apports en numéraire dépend du type de société :

- SA : ¼ de l'apport à la souscription et les ¾ dans les 3 ans qui suivent (article 389 AUSC-GIE) ;
- SARL : totalité de l'apport à la constitution (article 41 AUSC-GIE) ;
- pour les sociétés de personnes, les apports en numéraire sont libérés intégralement lors de la constitution de la société (article 41 alinéa 2 AUSC-GIE).

Dans tous les cas, la libération s'effectue par le transfert à la société des sommes d'argent que l'associé s'est engagé à lui apporter. En cas de retard dans la libération des apports, les sommes restant dues à la société portent de plein droit intérêt au taux légal à compter du jour où le versement devait être effectué, sans préjudice de dommages et intérêts, s'il y a lieu (article 43 AUSC-GIE).

19. Pour les apports en nature, la souscription et la libération ne sont pas dissociées. En effet, la libération des apports en nature, quel qu'en soit le type, est à effectuer intégralement lors de la constitution de la société. La libération s'effectue par le transfert des droits réels ou personnels correspondant aux biens apportés et par la mise à disposition effective de la société des biens sur lesquels portent ces droits (article 45 AUSC-GIE).

Pour une étude approfondie sur la souscription et la libération des apports qui constituent le capital social, voir entrée « Associés ».

20. L'apport représente la mesure de l'engagement de l'associé envers la société. Cette dernière est annulable pour cause d'apport fictif ou d'absence d'apport (Voir NJANDEU MOUTHIEU, *Observations sous CCJA, arrêt n° 018/2005, 31 mars 2005. Sociétés Afrique Construction et financement dite Africob et M. Z C/ Société générale de banque en Côte d'Ivoire dite SGBCCI in les Grandes décisions de la CCJA de l'OHADA, coll. Études africaines, l'Harmattan, Paris, 2010, p. 179*). En effet, il peut arriver que des débiteurs organisent leur insolvabilité par le biais d'apports à une société amie ou composée d'amis (Voir F. ANOUKAHA, A. Cisse, N. DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P.-G. POUGOUÉ, M. SAMB, *OHADA Sociétés commerciales et G.I.E.*, Bruylant Bruxelles, Juriscope, 2002, n° 77, p. 52). Diverses actions sont alors envisageables si les conditions sont remplies pour protéger les créanciers : réintégration dans le patrimoine du débiteur si l'apport est effectué lors de la cessation des paiements du débiteur (art. 67 et s. de l'AU relatif aux procédures collectives d'apurement du passif qui prévoient l'inopposabilité à la masse des créanciers de certains actes du débiteur) ; mise en jeu de l'action paulienne (art. 1167 C. civ.) ; ou de l'action en déclaration de simulation (art. 1321 C. civ.) ou même de l'action oblique (art. 1166 C. civ.)

21. Par ailleurs, le capital social peut être constitué par des valeurs qui ne correspondent pas à des apports ; par exemple, une société en cours de fonctionnement peut décider d'incorporer ses réserves à son capital et augmenter ainsi celui-ci à due concurrence. Le capital social se trouverait augmenté sans que les apports aient été modifiés. L'article 62 AUSC-GIE précise qu'il faut comprendre dans le capital social outre les apports en capital, les incorporations de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission (il s'agit dans ce dernier cas des primes versées par une société par actions possédant des réserves et qui procède à une augmentation de son capital à la suite de versements en espèces).

Toute société doit avoir un capital social indiqué dans ses statuts. Il faut donc déterminer avec précision son montant.

Section II - Montant du capital social

22. En principe, le montant du capital social est librement déterminé par les associés. Mais, l'AUSC-GIE fixe un capital social minimum en raison de la forme ou de l'objet de la société (article 65 AUSC-GIE).

23. Dans les sociétés à risque limité (SA et SARL), il est fixé un capital minimum que la somme des apports doit atteindre. Ce capital minimum est de un million (1 000 000) de francs CFA pour les SARL (article 311 AUSC-GIE) et doit être entièrement libéré au moment de la constitution de la société ; de dix millions (10 000 000) de francs CFA pour les SA (article 387 AUSC-GIE) et de cent millions (100 000 000) de francs CFA pour les sociétés dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d'un ou plusieurs États parties ou faisant publiquement appel à l'épargne pour le placement de leurs titres dans un ou plusieurs États parties (article 824 AUSC-GIE), qui doivent être entièrement souscrits avant la date de signature des statuts ou de la tenue de l'assemblée générale constitutive.

24. Lorsque le capital de la société en cours de formation n'atteint pas le montant minimum fixé par le présent Acte uniforme, la société ne peut être valablement constituée.

Lorsque, après sa constitution, le capital de la société est réduit à un montant inférieur au minimum fixé par l'AUSC-GIE pour cette forme sociale, la société doit être dissoute, à moins que le capital soit porté à un montant au moins égal au montant minimum (article 66 AUSC-GIE).

25. Dans les sociétés à risque illimité, la loi n'impose aucun minimum. En effet, dans les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés civiles, le capital social ne joue pas un rôle primordial comme dans les SA et les SARL et son montant est par l'Acte uniforme laissé à la discrétion des statuts (principe de la libre fixation du montant du capital social). Aussi, les dispositions nationales de certains États parties qui

fixaient un minimum légal pour le capital de la SNC sont-elles contraires à l'Acte uniforme et abrogées de plein droit par cet Acte uniforme. Il en est ainsi du code de commerce malien qui fixait un minimum de 2 500 000 F CFA et du code de commerce burkinabé qui le fixait à 10 000 000 F CFA. Le capital social peut donc être purement symbolique et est divisé en parts sociales qui peuvent aussi être symboliques puisqu'aucune valeur minimale n'est imposée. Il n'y a qu'une seule exigence en ce qui concerne les parts : elles doivent être de même valeur.

Dans les GIE, le capital n'est pas obligatoire (article 870 alinéa 2 AUSC-GIE).

26. Le montant du capital social doit être précisé dans les statuts (articles 13 et 61 AUSC-GIE) et être rappelé sur les papiers administratifs et commerciaux. Il est une représentation abstraite dont le montant est inscrit au passif du bilan. Il est en principe intangible.

27. Le principe d'intangibilité du capital social signifie que les associés n'ont pas le droit de demander le remboursement de leur apport tant que la société n'est pas dissoute. Il leur est également interdit de consommer le capital social en le mettant en distribution sous forme de dividendes. Le cas échéant, dans les SA et dans les SARL, il s'agirait d'un délit de distribution de dividendes fictifs. Pour les sociétés de personnes, la responsabilité illimitée des associés justifie l'absence d'interdiction en ce sens. De même, la clause d'intérêt fixe au profit de chaque associé est en principe interdite. Il s'agit d'une clause prévoyant le paiement d'un intérêt aux associés, même en l'absence de bénéfices et qui peut alors porter atteinte à l'intégrité du capital. Mais elle était admise par la jurisprudence ancienne et par l'article 34 de la loi de 1925 qui prévoyait une action en répétition des dividendes pour les associés lésés contre ceux qui les ont reçus. Aujourd'hui, l'article 143 alinéa 3 AUSC-GIE affirme implicitement cette prohibition : il déclare que sauf en cas de réduction de capital, aucune distribution ne peut être faite aux associés lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient, à la suite de cette distribution, inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer (Voir, F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P.-G. POUGOUE, M. SAMB, op. cit., n° 96, p ; 64).

28. Les sociétés à capital variable constituent une exception au principe d'intangibilité du capital social. Ce type de société n'est pas prévu par l'AUSC-GIE. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives et mutualistes prévu dans le cadre de l'unification, pourrait remédier à ce vide.

Cette variabilité du capital social permet l'entrée de nouveaux associés et la sortie, volontaire ou forcée, d'anciens associés sans qu'il y ait modification des statuts. Les statuts doivent cependant, dans ce cas, prévoir un capital statutaire correspondant au maximum des parts

sociales pouvant être émises. Le capital réel, évolutif par nature, ne peut être ni inférieur à 10% du capital statutaire, ni inférieur aux seuils légaux exigés en fonction de la forme sociale.

29. Le principe d'intangibilité du capital n'interdit pas cependant l'amortissement du capital social qui est l'opération par laquelle la société rembourse aux associés tout ou partie du montant nominal de leurs titres, à titre d'avance sur le produit de la liquidation future de la société.

30. En effet, le capital social étant un élément fixé par le contrat, il ne peut être modifié sans l'accord des contractants ; son montant est fixe et invariable tant que les associés n'ont pas décidé de le modifier (article 67 AUSC-GIE). C'est dire que le principe juridique de fixité du capital n'empêche pas qu'il puisse connaître des variations justifiées par l'intérêt social (Sur la question, Voir, MOUTHIEU NJANDEU M.A., *L'intérêt social en droit des sociétés*, Collection Études africaines, L'Harmattan, Paris, 2009).

Chapitre II : Augmentation de capital

31. L'augmentation de capital ne fait l'objet d'aucune définition dans l'AUSC-GIE. Elle est une opération qui consiste à augmenter la valeur du capital de telle sorte qu'elle soit supérieure à la valeur figurant antérieurement dans les statuts. Elle peut cependant intervenir pour ramener la valeur du capital est à hauteur de la valeur figurant antérieurement dans les statuts. Il en est ainsi notamment lorsque le capital social était inférieur au minimum légal. L'augmentation de capital devient obligatoire dans ce cas sous peine de transformation ou de dissolution de la société.

L'opération d'augmentation de capital peut correspondre à des buts divers. Mais, dans tous les cas, il s'agit d'une croissance de la société, qu'elle soit interne (incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission, conversion de créances, etc.) ou externe (fusion, scission ou apport partiel d'actif, apports nouveaux, etc.).

L'augmentation de capital constitue une modification des statuts et doit être effectuée, sous peine de nullité, dans les conditions prévues par l'AUSC-GIE pour la modification des statuts (article 67 AUSC-GIE). Par ailleurs, l'augmentation de capital n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle (article 99 AUSC-GIE). Elle se matérialise par une inscription modificative des statuts pour ce qui concerne le montant du capital social. L'existence des règles spéciales consacrées par le législateur OHADA à la variation de capital dans les sociétés à risque limité justifie l'attention particulière que nous leur vouons dans le cadre de cette étude.

Section 1 - Augmentation de capital dans la SA

32. L'augmentation du capital de la SA est régie par des règles générales et des règles spéciales. Les dispositions générales s'appliquent à toutes les sociétés quelle que soit leur forme. Quant aux dispositions spéciales, elles ne s'appliquent qu'aux sociétés anonymes. Leur combinaison permet d'étudier de manière succincte toute la procédure de l'augmentation de capital.

§1 - Préalables à l'augmentation de capital

33. L'augmentation de capital exige des préalables qui sont la libération intégrale du capital antérieurement souscrit à la société et la prise de décision par l'organe compétent.

A - Libération intégrale du capital antérieurement souscrit

34. L'augmentation de capital est subordonnée à la libération intégrale du capital antérieurement souscrit à la société. En effet, le capital social doit être intégralement libéré avant toute émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire à peine de nullité de l'opération (article 572 AUSC-GIE). Toute violation de cette règle peut engager la responsabilité civile et/ou pénale des dirigeants de la société émettrice (articles 738, 740 et 893 AUSC-GIE) et la nullité de l'augmentation de capital.

La libération du capital se fait par le versement des fonds et est constatée par la déclaration notariée de souscription et de versement. Les simples appels de fonds par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, ne sauraient constituer une libération des fonds.

35. Lorsque la société est constituée sans appel public à l'épargne, l'augmentation de capital réalisée par appel public à l'épargne moins de deux (2) ans après sa constitution doit être précédée d'une vérification de l'actif et du passif, ainsi que, le cas échéant, des avantages particuliers consentis (article 836 AUSC-GIE).

Cette vérification se fait dans les mêmes conditions que l'évaluation des apports en nature et des avantages particuliers.

B - Décision d'augmentation de capital par l'organe compétent

36. L'augmentation de capital est proposée à l'assemblée générale des actionnaires par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas. Une délibération préalable du conseil d'administration ou de l'administrateur général doit décider de convoquer

une assemblée générale extraordinaire en vue de statuer sur une augmentation de capital. Cette même délibération doit également arrêter le texte du rapport spécial que le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, doit présenter à l'assemblée générale.

Ce rapport doit contenir toutes les informations utiles sur les motifs de l'augmentation du capital proposée ainsi que sur la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours et, si l'assemblée générale ordinaire appelée à statuer sur les comptes n'a pas encore été tenue, pendant l'exercice précédent (article 570 AUSC-GIE). Par ailleurs, le rapport peut contenir les principales options proposées à l'assemblée générale relatives aux modalités de réalisation de l'augmentation de capital (il en est ainsi de l'existence, de la renonciation ou de la suppression du droit préférentiel de souscription à titre irréductible, de l'institution éventuelle du droit préférentiel de souscription à titre réductible, la détermination du mode de libération des actions, de l'émission d'actions nouvelles ou de l'augmentation du montant nominal des actions anciennes, de l'existence ou non d'avantages particuliers, ou encore du recours ou non à l'appel public à l'épargne ; en outre, ce rapport spécial doit indiquer les mentions contenues dans les articles 589 et 758 AUSC-GIE).

37. L'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider une augmentation de capital sur le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, et sur le rapport du commissaire aux comptes et, le cas échéant, du commissaire aux apports (article 564 AUSC-GIE). Cette assemblée ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié des actions sur première convocation et le quart des actions sur deuxième ou troisième convocation (article 553 AUSC-GIE). (Pour une étude approfondie, voir entrée « *Assemblées des sociétés et décisions collectives* »).

L'assemblée générale extraordinaire peut cependant déléguer les pouvoirs nécessaires pour réaliser l'augmentation de capital en autorisant le conseil d'administration ou l'administrateur général à décider l'augmentation de capital.

38. Cette délégation peut être globale ou partielle, ponctuelle ou générale. Elle peut porter sur l'émission de plusieurs catégories de valeurs mobilières ou sur l'émission d'une catégorie déterminée de valeurs mobilières.

Dans tous les cas, l'assemblée générale peut, soit fixer elle-même les modalités et le montant de l'augmentation de capital et autoriser au conseil d'administration ou à l'administrateur général de procéder à sa réalisation, soit fixer seulement un montant maximum dans la limite duquel le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, doit réaliser l'augmentation de capital selon les modalités qu'il détermine.

Rien ne s'oppose à ce que le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, sous-délègue les

mêmes pouvoirs ou quelques-uns d'entre eux au président du Conseil d'administration, au président-directeur général ou à l'administrateur général adjoint selon le cas.

Lorsque l'assemblée générale a délégué ses pouvoirs, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, établit, au moment où il fait usage de son autorisation, un rapport complémentaire décrivant les conditions définitives de l'opération établie conformément à l'autorisation donnée par l'assemblée générale. Ce rapport doit, en outre, comporter les mentions exigées pour le rapport principal (article 592 alinéa 1 AUSC-GIE).

Par ailleurs, dans cette même hypothèse, le commissaire aux comptes doit vérifier notamment la conformité des modalités de l'opération au regard de l'autorisation donnée par l'assemblée générale et des indications fournies à celle-ci.

Les rapports complémentaires établis par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, et le commissaire aux comptes doivent être immédiatement mis à la disposition des actionnaires au siège social, au plus tard dans les quinze jours qui suivent la réunion du conseil d'administration ou la délibération de l'administrateur général et portés à leur connaissance à la plus prochaine assemblée (article 592 alinéa 3 AUSC-GIE).

Le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, ne peut agir que dans le cadre des pouvoirs qui lui sont délégués par l'assemblée générale. Lorsque les souscriptions n'atteignent pas le montant total de l'augmentation de capital, seule l'assemblée générale peut autoriser la limitation de l'augmentation de capital $\frac{3}{4}$ au moins de l'augmentation de capital ou l'offre au public des actions non souscrites.

39. En outre, lorsque l'augmentation de capital est réalisée par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission, l'organe compétent pour la décider est l'assemblée générale extraordinaire statuant dans les conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées générales ordinaires. En effet, dans cette hypothèse, l'assemblée générale des actionnaires délibère valablement lorsque les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote sur première convocation. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis. L'assemblée statue à la majorité des voix exprimées (article 565 AUSC-GIE).

§2 - Procédés d'augmentation de capital

40. L'augmentation de capital peut revêtir plusieurs formes. En effet, elle peut être effectuée par voie d'apports en numéraire, par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles sur la société, par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission ou par voie d'apports en nature (article 562 alinéa 2 AUSC-GIE). Elle peut également être réalisée par la conversion d'obligations en actions ou encore par le paiement du dividende en actions.

A - Augmentation de capital par apports en numéraire

41. L'augmentation de capital en numéraire est une opération complexe et très formaliste. Sa procédure est longue et est composée de règles de forme et de fond à respecter impérativement sous peine parfois de nullité de l'opération. En outre, toute irrégularité peut engager la responsabilité des dirigeants de la société. Cette procédure comporte des obligations supplémentaires lorsque l'augmentation de capital est réalisée par appel public à l'épargne.

Les actions en numéraire sont, en dehors de celles dont le montant est libéré en espèces, celles dont le montant est libéré par compensation de créances certaines, liquides et exigibles sur la société, celles qui sont émises par suite d'une incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission et celles dont le montant résulte pour partie d'une incorporation de réserves, de bénéfiques ou de primes d'émission ou pour partie d'une libération en espèces (article 748 alinéa 1 AUSC-GIE).

L'augmentation de capital en numéraire peut se faire par l'émission d'actions nouvelles ou par la majoration de la valeur nominale des actions existantes (article 562 alinéa 1 AUSC-GIE).

I - Augmentation par majoration du montant nominal des actions existantes

42. L'augmentation de capital peut être réalisée par majoration du montant nominal des actions existantes (article 562 alinéa 1 AUSC-GIE). L'augmentation de capital par majoration de la valeur nominale des actions peut être réalisée par apports en numéraire, par incorporation de réserves, de bénéfiques ou de primes d'émission, par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles sur la société ou encore par apports en nature.

43. L'augmentation de capital par majoration de la valeur nominale des actions existantes est une opération qui augmente les engagements des actionnaires de la société. Aussi, pour assurer la protection de ceux-ci, l'AUSC-GIE prévoit-il que l'augmentation de capital par majoration du montant nominal des actions ne peut être décidée qu'avec le consentement unanime des actionnaires (article 562 alinéa 3 AUSC-GIE).

Il ne peut être dérogé à ce principe que si l'augmentation de capital par majoration de la valeur nominale des actions existantes est réalisée par incorporation de réserves, de bénéfiques ou de primes d'émission (article 562 alinéa 3 AUSC-GIE). Dans ce cas, l'augmentation de capital n'est pas décidée par l'assemblée générale extraordinaire, mais par l'assemblée générale ordinaire aux conditions de quorum et de majorité prévues aux articles 549 et 550 de l'AUSC-GIE. Ainsi, l'assemblée générale ordinaire ne pourra délibérer valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote sur première convocation.

Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis (article 549 AUSC-GIE). Par ailleurs, l'assemblée doit statuer à la majorité des voix exprimées. Dans le cas où il est procédé à un scrutin, il n'est pas tenu compte des bulletins blancs dont disposent les actionnaires présents ou représentés (article 550 AUSC-GIE).

(Pour une étude plus détaillée, voir entrée « *Assemblées des sociétés et décisions collectives* »).

Ce procédé d'augmentation de capital est beaucoup plus difficile à réaliser en ce sens qu'il exige le respect d'une lourde procédure (unanimité des actionnaires). Il est moins utilisé dans la pratique que celui de l'émission d'actions nouvelles auquel nous consacrerons d'importants développements.

II - Augmentation par émission d'actions nouvelles

44. L'émission d'actions nouvelles est un mode de réalisation de l'augmentation de capital qui peut être usité dans l'augmentation de capital par apports en numéraire ou par apports en nature.

C'est l'hypothèse la plus intéressante pour la société anonyme car il s'agit en effet de trouver de l'argent frais pour redynamiser son activité. La société peut, en contrepartie des apports en numéraire effectués, émettre de nouvelles actions pour un montant correspondant à l'augmentation de capital. Celles-ci doivent être effectivement libérées. C'est également l'hypothèse qui pose le plus de problèmes. Ainsi, pour sauvegarder le droit des anciens actionnaires, le législateur impose aux nouveaux une prime d'émission en même temps qu'il reconnaît aux anciens un droit préférentiel de souscription d'actions émises (*F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P.-G. POUGOUÉ, M. SAMB, op. cit., n° 1073, p. 486*).

45. Les actions nouvelles sont émises, soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission (article 563 AUSC-GIE). La valeur nominale des actions est donc librement fixée par l'assemblée générale statuant sur l'augmentation de capital. Dans tous les cas, les actions nouvelles sont assimilées aux actions anciennes ou à une catégorie d'actions anciennes.

(Pour une étude approfondie, voir entrées « *Associés* » et « *Titres et valeurs mobilières* »).

Les actions nouvelles peuvent être libérées en espèce, avec ou sans prime d'émission, avec ou sans droit préférentiel de souscription ou par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles sur la société.

a - Prix d'émission des actions nouvelles

46. Le prix d'émission des actions nouvelles ou les conditions de sa détermination doivent être fixés par l'assemblée générale extraordinaire décidant ou autorisant l'opération sur le rapport, selon le cas, du conseil

d'administration ou de l'administrateur général et sur celui du commissaire aux comptes (article 588 AUSC-GIE). C'est l'application en matière de valeurs mobilières du principe de droit commun selon lequel « le prix doit, au moment de la conclusion du contrat, être déterminé ou déterminable ».

Le prix d'émission est composé de la valeur nominale des actions majorée, le cas échéant, de la prime d'émission. La prime d'émission est la somme que doivent verser les souscripteurs d'actions en numéraire émises pour la réalisation de l'augmentation de capital d'une société anonyme en sus du montant nominal des actions. Elle est la contrepartie des avantages que les nouveaux actionnaires recueillent dans l'actif de la société émettrice sous forme de réserves et de plus-values de divers éléments, non incluses dans le capital social et donc, non comptées dans la valeur nominale des actions. Elle rétablit l'égalité entre les anciens et les nouveaux actionnaires.

Dans certains cas, le montant de la prime est calculé de telle sorte qu'elle couvre simplement les frais de l'augmentation de capital. En tout état de cause, ce montant est en principe fixé librement par la société. Toutefois, le montant de la prime d'émission ne doit pas paraître exorbitant par rapport au montant nominal des actions anciennes sauf si c'est justifié par les réserves ou par la prospérité de la société émettrice. À défaut, une sanction pénale pour fraude est encourue par les dirigeants de la société de même que l'annulation de l'augmentation de capital.

La prime d'émission est un supplément d'apport porté au passif du bilan de la société émettrice.

47. Le commissaire aux comptes doit donner son avis sur le choix des éléments de calcul du prix d'émission et sur son montant définitif, ainsi que sur l'incidence de l'émission sur la situation financière de l'actionnaire, notamment en ce qui concerne sa quote-part des capitaux propres à la clôture du dernier exercice (article 592 alinéa 2 AUSC-GIE).

b - Formalités de publicité préalables à la souscription

48. Les actionnaires doivent être informés de l'émission d'actions nouvelles et de ses modalités par un avis qui leur est adressé par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception six jours au moins avant la date d'ouverture de la souscription, à la diligence, selon le cas, des mandataires du conseil d'administration, de l'administrateur ou de toute personne mandatée à cet effet (article 599 AUSC-GIE). Cet avis assure l'égalité entre les actionnaires en les avertissant, avant toute souscription, sur toutes les modalités de la souscription.

Lorsque l'assemblée générale a décidé de supprimer le droit préférentiel de souscription, les formalités de publicité ci-dessus n'ont pas besoin d'être respectées (article 600 AUSC-GIE).

49. L'avis sur l'émission d'actions nouvelles et ses modalités doit contenir les indications prévues à l'article 598 AUSC-GIE (à savoir : la dénomination sociale de la société suivie, le cas échéant, de son sigle ; la forme de la société ; le montant du capital ; l'adresse du siège social ; le numéro d'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier ; le nombre et la valeur nominale des actions et le montant de l'augmentation de capital ; le prix d'émission des actions à souscrire et le montant global de la prime d'émission, le cas échéant ; les lieux et dates d'ouverture et de clôture de la souscription ; l'existence, au profit des actionnaires, d'un droit préférentiel de souscription ; la somme immédiatement exigible par action souscrite ; l'indication de la banque ou du notaire chargé de recevoir les fonds ; le cas échéant, la description sommaire, l'évaluation et le mode de rémunération des apports en nature compris dans l'augmentation de capital, avec l'indication du caractère provisoire de cette évaluation et de ce mode de rémunération).

50. En cas d'augmentation de capital par appel public à l'épargne, les souscripteurs, actionnaires ou investisseurs, doivent être informés de l'émission d'actions nouvelles et de ses modalités soit par avis inséré dans une notice publiée dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales de l'État partie du siège social de la société et, le cas échéant, des autres États parties dont le public est sollicité, soit par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception si les titres de la société sont nominatifs (article 832 AUSC-GIE).

51. La notice doit, comme la lettre au porteur ou la lettre recommandée informant les souscripteurs, contenir les indications prévues par l'article 833 AUSC-GIE (à savoir : la dénomination sociale de la société suivie, le cas échéant, de son sigle ; la forme de la société ; l'objet social sommairement indiqué ; le montant du capital social ; l'adresse du siège social ; le numéro d'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier ; la date d'expiration normale de la société ; le montant de l'augmentation de capital ; les dates d'ouverture et de clôture de la souscription ; les nom et prénoms ou la dénomination sociale, l'adresse du domicile ou du siège social du dépositaire ; les catégories d'actions émises et leurs caractéristiques ; la valeur nominale des actions à souscrire en numéraire et, le cas échéant, le montant de la prime d'émission ; la somme immédiatement exigible par action souscrite ; l'existence au profit des actionnaires du droit préférentiel de souscription aux actions nouvelles ainsi que les conditions d'exercice de ce droit ; les avantages particuliers stipulés par les statuts au profit de toute personne ; le cas échéant, les clauses statutaires restreignant la libre cession des actions ; les dispositions relatives à la distribution des bénéfices, à la constitution des réserves et à la répartition du boni de liquidation ; le montant non

amorti des autres obligations antérieurement émises et les garanties dont elles sont assorties ; le montant, lors de l'émission, des emprunts obligataires garantis par la société, ainsi que, le cas échéant, la fraction garantie de ces emprunts ; le cas échéant, la description sommaire, l'évaluation et le mode de rémunération des apports en nature compris dans l'augmentation de capital avec indication du caractère provisoire de cette évaluation et de ce mode de rémunération).

52. Une copie du dernier bilan certifié conforme par le représentant légal de la société est publiée en annexe à la notice d'information. Si le dernier bilan a déjà été publié dans des journaux habilités à recevoir les annonces légales de l'État partie sur le territoire duquel se situe le siège social de la société et, le cas échéant, de tout État partie dont le public est sollicité, la copie du bilan peut être remplacée par l'indication de la référence de la publication antérieure. Si par contre aucun bilan n'a encore été établi, la notice en fait mention (article 834 AUSC-GIE).

53. Pour qu'il bénéficie d'une bonne information, le public est informé de l'émission d'actions nouvelles par des circulaires. Celles-ci doivent reprendre toutes les mentions contenues dans la notice d'information. Elles contiennent en outre la mention de l'insertion de ladite notice dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales avec référence au numéro où elle est publiée (article 835 alinéa 1 AUSC-GIE).

Par ailleurs, le public est informé par les annonces et affiches dans les journaux qui reproduisent les mêmes énonciations ou au moins un extrait des énonciations de la notice d'information avec référence à cette dernière et indication des journaux habilités à recevoir les annonces légales dans lesquels elle a été publiée (article 835 alinéa 2 AUSC-GIE).

c - Droit préférentiel de souscription

54. Le droit préférentiel de souscription est la faculté accordée aux actionnaires des SA, par priorité à toute autre personne et proportionnellement au montant nominal des actions qu'ils possèdent, de souscrire aux nouvelles actions émises en numéraire pour réaliser une augmentation de capital. Il a une fonction égalitaire en ce sens qu'il permet d'éviter que quelques actionnaires seulement en bénéficient et prennent le contrôle de la société au détriment des autres.

Toutes les actions comportent un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital (article 573 alinéa 1 et 757 alinéa 1 AUSC-GIE). En effet, le droit préférentiel de souscription fait partie des droits attachés aux actions comme le droit de vote ou le droit au dividende. C'est une valeur de capital accessoire de l'action. Il n'est pas un produit ou un fruit de l'action. Ce droit est irréductible lorsque la

souscription porte sur des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital (articles 573 alinéa 2 AUSC-GIE).

Par dérogation à ce principe, l'AUSC-GIE (art. 575) permet à l'assemblée générale des actionnaires de restreindre ou de supprimer le droit préférentiel de souscription. Par ailleurs, tout actionnaire peut renoncer à son droit préférentiel de souscription.

L'inobservation du droit préférentiel de souscription est sanctionnée par la nullité de l'opération d'augmentation de capital et la responsabilité pénale et civile des dirigeants sociaux et des commissaires aux comptes (articles 894 et 895 AUSC-GIE).

55. De même, encourent des sanctions pénales, les dirigeants sociaux qui, lors d'une augmentation de capital (article 894 AUSC-GIE) :

1°) n'auront pas fait bénéficier les actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions, d'un droit préférentiel de souscription des actions de numéraire lorsque ce droit n'a pas été supprimé par l'assemblée générale extraordinaire et que les actionnaires n'y ont pas renoncé ;

2°) n'auront pas fait réserver aux actionnaires un délai de vingt jours au moins à compter de l'ouverture de la souscription, sauf lorsque ce délai a été clos par anticipation ;

3°) n'auront pas attribué les actions rendues disponibles, faute d'un nombre suffisant de souscription à titre irréductible, aux actionnaires qui ont souscrit à titre réductible un nombre d'actions supérieur à celui qu'ils pouvaient souscrire à titre irréductible, proportionnellement aux droits dont ils disposent ;

4°) n'auront pas réservé les droits des titulaires de bons de souscription d'actions.

Par ailleurs, les dirigeants sociaux encourent une sanction pénale dès lors qu'ils ont, sciemment, donné ou confirmé des indications inexacts dans les rapports présentés à l'assemblée générale appelée à décider de la suppression du droit préférentiel de souscription (article 895 AUSC-GIE).

1 - Exercice du droit préférentiel de souscription

56. Pendant la durée de la souscription, le droit préférentiel de souscription est négociable lorsqu'il est détaché d'actions elles-mêmes négociables. Il est donc négociable dans les mêmes conditions que l'action à laquelle il s'attache et ce, pendant la durée de la souscription (articles 574 alinéa 1 et 757 alinéa 2 AUSC-GIE).

Dans le cas contraire, le droit préférentiel de souscription est cessible dans les mêmes conditions que l'action elle-même (article 574 alinéa 2 AUSC-GIE).

La promesse de cession ou d'acquisition du droit préférentiel de souscription est licite.

La non-réalisation de l'augmentation de capital entraîne la résolution de la cession du droit de sous-

cription et la remise des parties à la cession dans l'état où elles étaient avant la conclusion de la cession (statu quo ante) à moins que l'opération présente un caractère aléatoire (Cass. Com. 10 juin 1960, Sirey 1961, p. 42 ; Revue des sociétés 1961, p. 34).

Tout actionnaire qui cède son droit préférentiel de souscription reste actionnaire de la société pour les actions anciennes qu'il détient. Il peut donc valablement demander la nullité de l'augmentation de capital sans que l'on puisse lui opposer la cession de son droit préférentiel de souscription dans le cadre de l'augmentation de capital contestée.

57. Le droit préférentiel de souscription est à titre irréductible lorsque chaque actionnaire a le droit de l'exercer proportionnellement au montant nominal des actions qu'il possède (article 573 alinéa 2 AUSC-GIE). Le montant des actions en question est le montant nominal, la valeur nominale. Il n'est tenu compte ni du cours des actions en bourse, ni du montant de la prime d'émission.

Tout actionnaire est libre d'exercer ou de ne pas exercer son droit préférentiel de souscription. Aussi, l'actionnaire qui ne dispose pas d'un nombre suffisant d'actions pour participer à la souscription peut soit acheter des droits ou vendre ses propres droits. Il peut, par ailleurs, renoncer au droit préférentiel de souscription sans pour autant le céder à un autre actionnaire.

58. Par dérogation au principe selon lequel le droit préférentiel de souscription est irréductible, l'assemblée générale statuant sur l'augmentation de capital peut décider, de façon expresse, que les actionnaires ont également un droit préférentiel de souscription à titre réductible des actions nouvelles qui n'auraient pas été souscrites à titre irréductible (article 575 AUSC-GIE).

Les actions non souscrites à titre irréductible sont attribuées à titre réductible aux seuls actionnaires qui ont souscrit un nombre d'actions supérieur à celui qu'ils pouvaient souscrire à titre irréductible et, en tout état de cause, dans la limite de leur demande (article 576 AUSC-GIE).

59. Le délai accordé aux actionnaires pour exercer leur droit préférentiel de souscription ne peut être inférieur à vingt (20) jours. Il court à compter de la date de l'ouverture de la souscription (article 577 AUSC-GIE).

Afin de permettre aux actionnaires qui le souhaitent d'exercer leur droit préférentiel de souscription, la société doit informer les actionnaires de l'ouverture de la souscription.

En tout état de cause, le délai est clos par anticipation dès lors que tous les droits de souscription à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible ont été exercés, ou que l'augmentation de capital a été intégralement souscrite après renonciation individuelle à leur droit de souscription, par les actionnaires qui n'ont pas souscrit (article 578 AUSC-GIE).

60. Il peut arriver que la totalité de l'augmentation de capital ne soit pas absorbée par les souscriptions à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible.

Dans ce cas, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, dispose de trois facultés qu'il peut utiliser en tout ou partie dans l'ordre qu'il détermine (article 580 alinéa 1 AUSC-GIE) :

- soit le montant de l'augmentation de capital est limité au montant des souscriptions réalisées sous la double condition que ce montant atteigne les $\frac{3}{4}$ au moins de l'augmentation prévue par l'assemblée générale qui a décidé ou autorisé l'augmentation de capital et que cette faculté ait été prévue expressément par l'assemblée lors de l'émission (article 579 1° AUSC-GIE).
- soit les actions non souscrites sont librement réparties, totalement ou partiellement, à moins que l'assemblée générale en ait décidé autrement (article 579 2° AUSC-GIE). Cette répartition est de la compétence du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas. Elle se fait librement au profit de toutes personnes désirant souscrire, actionnaires ou non, sous réserve du respect des clauses statutaires régissant l'entrée au capital.
- soit les actions non souscrites sont offertes au public totalement ou partiellement lorsque l'assemblée a expressément admis cette possibilité (article 579 3° AUSC-GIE). Cette ouverture du capital au public est faite par les dirigeants de la société. Elle n'est possible que pour les sociétés faisant appel public à l'épargne.

Lorsque, après exercice des facultés ci-dessus, le montant des souscriptions reçues n'atteint pas la totalité de l'augmentation de capital, ou, les $\frac{3}{4}$ au moins de l'augmentation de capital prévue, l'augmentation de capital n'est pas réalisée (article 580 alinéa 2 AUSC-GIE). La même sanction est encourue par l'augmentation de capital lorsque les dirigeants sociaux n'ont pas voulu utiliser les facultés offertes par l'Acte uniforme pour sauver l'augmentation de capital projetée.

61. Lorsque les souscriptions à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible n'ont pas absorbé la totalité de l'augmentation et ce, nonobstant l'usage des facultés offertes au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, la sanction de non-réalisation de l'augmentation de capital n'est pas automatique.

En effet, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, peut d'office et dans tous les cas, limiter l'augmentation de capital au montant atteint, lorsque les actions souscrites représentent 97% de l'augmentation de capital (article 580 alinéa 3 AUSC-GIE). Les actions non souscrites doivent représenter au plus 3% de l'augmentation de capital prévue pour que la limitation puisse faire obstacle à la sanction de non-réalisation de l'augmentation de capital.

62. Le droit préférentiel de souscription peut être exercé par son titulaire ou par toute personne mandatée à cet effet. Seul un mandat spécial peut être admis.

Lorsque les actions sont remises en nantissement, le droit préférentiel de souscription ne peut être exercé par le créancier qui détient les actions sauf convention contraire. Le droit préférentiel de souscription appartient donc au constituant qui reste encore propriétaire des actions nanties. Cependant, les actions acquises par souscription en numéraire sont, sauf convention contraire, comprises dans l'assiette du gage à la date de déclaration de constitution de gage.

Si la société émettrice des actions nouvelles détient ses propres titres, elle ne saurait exercer le droit préférentiel de souscription attaché aux titres dont elle est propriétaire.

L'assemblée générale peut alors décider de ne pas tenir compte de ces actions pour la détermination des droits préférentiels de souscription attachés aux autres actions. Les dirigeants de la société peuvent aussi décider de vendre ou de répartir entre les actionnaires les droits préférentiels de souscription attachés aux actions détenues par la société. Cette vente ou répartition doit avoir lieu avant la clôture du délai de souscription.

63. Lorsque les actions anciennes sont grevées d'un usufruit, l'usufruitier et le nu-propiétaire peuvent régler comme ils l'entendent les conditions d'exercice du droit préférentiel de souscription et l'attribution des actions nouvelles (article 581 alinéa 1 AUSC-GIE). À défaut d'accord entre eux, l'Acte uniforme prévoit des dispositions qui règlent succinctement le problème de l'exercice du droit préférentiel de souscription et de l'attribution d'actions nouvelles. Ces dispositions s'appliquent également en cas d'attribution d'actions gratuites dans le silence des parties (article 581 alinéas 2 et 3 AUSC-GIE).

64. Dès lors que l'usufruitier et le nu propriétaire ne sont pas tombés d'accord sur l'exercice du droit préférentiel de souscription, celui-ci appartient au nu-propiétaire (article 582 alinéa 1 AUSC-GIE).

Si le nu-propiétaire vend ses droits de souscription, les sommes provenant de la cession ou les biens acquis en remploi au moyen de ces sommes sont soumis à l'usufruit (article 582 alinéa 2 AUSC-GIE).

65. Lorsque le nu-propiétaire néglige d'exercer son droit préférentiel de souscription, l'usufruitier peut se substituer à lui pour souscrire aux actions nouvelles ou pour vendre les droits de souscription (article 583 alinéa 1 AUSC-GIE). Dans ce dernier cas, le nu-propiétaire peut exiger le remploi des sommes provenant de la cession. Les biens ainsi acquis sont soumis à l'usufruit (article 583 alinéa 2 AUSC-GIE).

Le nu-propiétaire est considéré, à l'égard de l'usufruitier, comme avoir négligé d'exercer le droit préférentiel de souscription aux actions nouvelles émises par la société lorsqu'il n'a ni souscrit d'actions nouvelles, ni vendu les

droits de souscription, huit jours au moins avant l'expiration du délai de souscription accordé aux actionnaires (article 584 AUSC-GIE).

Ces dispositions, comme le précise clairement l'Acte uniforme, ne s'appliquent qu'en cas de silence des parties (article 581 alinéa 2 AUSC-GIE). Il est donc recommandé au nu-propiétaire d'informer l'usufruitier de ses ambitions relativement à la souscription aux actions nouvelles dès qu'il est informé de l'ouverture de la souscription.

66. Les actions nouvelles souscrites appartiennent au nu-propiétaire pour la nue-propiété et à l'usufruitier pour l'usufruit (article 585 AUSC-GIE). Il en est ainsi que le droit préférentiel de souscription soit exercé par le nu-propiétaire ou, en cas de négligence de ce dernier, par l'usufruitier.

Toutefois, en cas de versement de fonds effectué par le nu-propiétaire ou par l'usufruitier pour réaliser ou parfaire la souscription, les actions nouvelles n'appartiennent au nu-propiétaire et à l'usufruitier qu'à concurrence des droits de souscription. Le surplus des actions nouvelles n'entre pas dans l'usufruit et appartient en pleine propriété à celui qui a versé les fonds (article 585 AUSC-GIE).

2 - Renonciation individuelle au droit préférentiel de souscription

67. Les actionnaires peuvent renoncer, à titre individuel, à leur droit préférentiel de souscription au profit de personnes dénommées ou sans indication de bénéficiaires (article 593 AUSC-GIE). Seul l'actionnaire titulaire du droit préférentiel de souscription peut renoncer personnellement à son droit. La renonciation au droit préférentiel de souscription peut, par ailleurs, être l'œuvre de toute personne justifiant d'un mandat spécial à cet effet.

La renonciation au droit préférentiel de souscription ne peut être demandée par voie de circulaire adressée à tous les actionnaires. Cette demande aboutit à une renonciation collective qui ne peut être obtenue que par la suppression pure et simple du droit préférentiel de souscription par l'assemblée générale extraordinaire.

Dans l'hypothèse de participations réciproques entre sociétés, la renonciation peut être un moyen pour maintenir la participation d'une des sociétés au maximum légal. En effet, l'Acte uniforme limite les participations réciproques entre sociétés à 10% de leur capital (articles 176 et s. AUSC-GIE). En conséquence, si une augmentation de capital est projetée par l'une des sociétés alors que l'autre détient 10% de son capital, la société détenant cette participation et titulaire du droit de souscription à exercer doit y renoncer afin de respecter les prescriptions de l'Acte uniforme. Cette renonciation peut se faire avec ou sans indication de bénéficiaires.

68. L'actionnaire qui renonce à son droit préférentiel de souscription doit en aviser la société, par lettre au

porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (article 594 AUSC-GIE). La notification à la société de la renonciation au droit préférentiel de souscription doit intervenir avant l'expiration du délai d'ouverture de la souscription.

69. La renonciation au droit préférentiel de souscription peut se faire sans indication de bénéficiaires. Dans ce cas, elle doit être accompagnée, pour les actions au porteur, des coupons correspondant ou de l'attestation du dépositaire des titres constatant la renonciation de l'actionnaire (article 595 alinéa 1 AUSC-GIE).

Les actions nouvelles auxquelles l'actionnaire a renoncé sans indication de bénéficiaires peuvent être attribuées à titre réductible aux actionnaires qui ont souscrit un nombre d'actions supérieur à celui qu'ils pouvaient souscrire à titre irréductible et, en tout état de cause, dans la limite de leur demande. Il ne saurait leur être imposé une quelconque souscription.

Ces actions nouvelles peuvent également être librement réparties par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, totalement ou partiellement, entre les actionnaires, à moins que l'assemblée générale en ait décidé autrement. Sur autorisation de l'assemblée générale extraordinaire, les dirigeants sociaux peuvent les offrir totalement ou partiellement au public (article 596 alinéa 1 AUSC-GIE).

Ces facultés ne sont pas utilisées lorsque la renonciation a été notifiée à la société au plus tard à la date de la décision de réalisation de l'augmentation de capital. Dans ce cas, les actions correspondantes sont mises à la disposition des autres actionnaires pour l'exercice de leur droit préférentiel de souscription à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible (article 596 alinéa 2 AUSC-GIE).

70. La renonciation au droit préférentiel de souscription peut se faire au profit de bénéficiaires dénommés. Dans ce cas, elle doit être accompagnée de l'acceptation des personnes bénéficiaires (article 595 alinéa 2 AUSC-GIE). La renonciation avec indication de bénéficiaires n'est pas possible pour toute souscription d'actions de numéraire. En effet, elle est interdite lorsque les actions de la société sont inscrites à la bourse des valeurs.

Les droits de l'actionnaire qui renonce à son droit préférentiel de souscription au profit de bénéficiaires dénommés sont transmis à ceux-ci à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible (article 597 AUSC-GIE).

3 - Suppression du droit préférentiel de souscription

71. L'assemblée générale extraordinaire qui décide ou autorise l'augmentation de capital peut, en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires nommément désignés, supprimer le droit préférentiel de souscription pour la totalité de l'augmentation de capital ou pour une ou plusieurs tranches de cette augmentation (article 586 AUSC-GIE).

La suppression du droit préférentiel de souscription est exceptionnelle en ce sens qu'elle contribue à rompre la règle de l'égalité des actionnaires lorsque les bénéficiaires de la suppression sont des actionnaires.

72. La suppression du droit préférentiel de souscription est de la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire. La décision de suppression du droit préférentiel de souscription n'est valable que si le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, indique dans leur rapport à l'assemblée générale extraordinaire les motifs de l'augmentation de capital et ceux de la suppression du droit préférentiel de souscription, les personnes auxquelles sont attribués les actions nouvelles et le nombre d'actions attribuées à chacune d'elles, le taux d'émission et les bases sur lesquelles il a été déterminé (article 758 AUSC-GIE).

L'assemblée générale extraordinaire ne peut ni omettre les motifs de la suppression, ni supprimer le droit préférentiel de souscription sans motifs sérieux. Sa décision ne saurait être justifiée par la volonté de défavoriser certains actionnaires de la société.

Lorsque la suppression du droit préférentiel de souscription est décidée par l'assemblée générale extraordinaire au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires nommément désignés, ceux-ci ne peuvent pas participer au vote et leurs actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité requis (article 587 AUSC-GIE).

En revanche, lorsque l'augmentation de capital est réalisée par appel public à l'épargne, l'assemblée générale extraordinaire peut également supprimer le droit préférentiel de souscription, que la société émettrice soit cotée ou non. Cette suppression se fait dans les mêmes conditions que la suppression en faveur de bénéficiaires nommément désignés.

L'ordre du jour doit mentionner expressément la renonciation au droit préférentiel de souscription.

73. Le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, doit comporter les indications suivantes (articles 589 et 758 AUSC-GIE) :

- le montant maximal du capital et les motifs de l'augmentation de capital proposée ;
- les motifs de la proposition de suppression du droit préférentiel de souscription
- le nom des attributaires des actions nouvelles, le nombre de titres attribués à chacun d'eux et, avec sa justification, le prix d'émission et les bases sur lesquelles il a été déterminé.

74. Lorsque l'assemblée fixe elle-même toutes les modalités de l'augmentation de capital, le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, doit indiquer, en sus des mentions ci-dessus, l'incidence de l'émission proposée sur la situation des actionnaires, en particulier en ce qui concerne sa quote-

part de capitaux propres à la clôture du dernier exercice. Si cette clôture est antérieure de plus de six (6) mois à l'opération envisagée, cette incidence est appréciée au vu d'une situation financière intermédiaire établie sur les six derniers mois selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel (article 590 AUSC-GIE).

Le commissaire aux comptes donne son avis sur la suppression du droit préférentiel de souscription, sur le choix des éléments de calcul du prix d'émission et sur son montant, ainsi que sur l'incidence de l'émission sur la situation des actionnaires appréciée par rapport aux capitaux. Il doit vérifier et certifier la sincérité des informations tirées des comptes de la société (article 591 AUSC-GIE). Il ne saurait se contenter des informations qu'il reçoit sans effectuer une quelconque investigation ou vérification. À défaut, sa responsabilité peut être engagée.

75. Lorsque l'assemblée générale a délégué ses pouvoirs au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, l'organe délégué établit, au moment où il fait usage de son autorisation, un rapport complémentaire décrivant les conditions définitives de l'opération établie conformément à l'autorisation donnée par l'assemblée. Ce rapport doit comporter les indications sus-énumérées (article 592 alinéa 1 AUSC-GIE). Le commissaire aux comptes donne son avis après vérification sur (article 592 alinéa 2 AUSC-GIE) :

- la conformité des modalités de l'opération au regard de l'autorisation donnée par l'assemblée et des indications fournies à celle-ci (rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général) ;
- le choix des éléments de calcul du prix d'émission et son montant définitif ;
- l'incidence de l'émission sur la situation financière de l'actionnaire, notamment en ce qui concerne sa quote-part des capitaux propres à la clôture du dernier exercice.

76. Les rapports du conseil d'administration ou de l'administrateur général et des commissaires aux comptes sont immédiatement mis à la disposition des actionnaires au siège social, au plus tard dans les quinze (15) jours qui suivent la réunion du conseil d'administration ou la délibération de l'administrateur général et portés à leur connaissance à la plus prochaine assemblée (article 592 alinéa 3 AUSC-GIE).

77. Lorsque l'assemblée générale extraordinaire a décidé de supprimer le droit préférentiel de souscription des actionnaires, ceux-ci n'ont pas à être informés de l'émission d'actions nouvelles et de ses modalités (article 600 AUSC-GIE).

78. L'émission par appel public à l'épargne sans droit préférentiel de souscription d'actions nouvelles qui confèrent à leurs titulaires les mêmes droits que des actions anciennes est soumise à certaines conditions :

- D'abord, l'émission doit être réalisée dans un délai de trois ans à compter de l'assemblée qui l'a autorisée ;
- Ensuite, pour les sociétés dont les actions sont inscrites à la bourse des valeurs, le prix d'émission doit être au moins égal à la moyenne des cours constatés pour ces actions pendant vingt jours consécutifs choisis parmi les quarante qui précèdent le jour du début de l'émission, après correction de cette moyenne pour tenir compte de la différence de date de jouissance ;
- Enfin, pour les sociétés autres que celles dont les actions sont cotées en bourse, le prix d'émission doit être au moins égal, au choix de la société et sauf à tenir compte de la différence de date de jouissance, soit à la part de capitaux propres par actions, tels qu'ils résultent du dernier bilan approuvé à la date de l'émission, soit à un prix fixé à dire d'expert désigné par le président de la juridiction compétente statuant à bref délai (article 837 AUSC-GIE).

En revanche, l'émission par appel public à l'épargne sans droit préférentiel de souscription d'actions nouvelles qui ne confèrent pas à leurs titulaires les mêmes droits que les actions anciennes est soumise aux conditions suivantes :

- l'émission doit être réalisée dans un délai de deux ans à compter de l'assemblée générale qui l'a autorisée ;
- le prix d'émission ou les conditions de fixation de ce prix doivent être déterminés par l'assemblée générale extraordinaire sur rapport du conseil d'administration et sur le rapport du commissaire aux comptes ;

Lorsque l'émission n'est pas réalisée à la date de l'assemblée générale annuelle suivant la décision, une assemblée générale extraordinaire se prononce, sur le rapport du conseil d'administration et sur le rapport spécial du commissaire aux comptes, sur le maintien ou l'ajustement du prix d'émission ou des conditions de sa détermination. À défaut, la décision de la première assemblée devient caduque (article 838 AUSC-GIE).

4 - Suspension du droit préférentiel de souscription

79. Les actions en numéraire sont libérées au moins au quart de leur valeur à la souscription, le solde étant versé au fur et à mesure des appels du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, dans un délai maximum de trois ans à compter de la date de souscription (article 774 AUSC-GIE). Ces actions ne peuvent donner droit à un droit préférentiel de souscription que si elles sont intégralement libérées.

Aussi, lorsque le surplus n'est pas versé aux époques fixées par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, la société adresse-t-il à l'actionnaire défaillant une mise en demeure par lettre au

porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Un mois après cette mise en demeure restée sans effet, le droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital attachées à ces actions est suspendu jusqu'au paiement des sommes dues (article 775 alinéa 3 AUSC-GIE). Il en est de même du droit de vote et du droit au dividende attaché aux actions dont la libération n'est pas intégrale.

La société émettrice peut, dans ce cas, vendre les actions correspondantes aux sommes non versées en bourse pour les actions cotées et aux enchères publiques pour les actions non cotées (articles 775 et 776 AUSC-GIE).

d - Souscription et libération des actions souscrites

80. Le contrat de souscription d'actions en numéraire est constaté par un bulletin de souscription. Ce bulletin est établi en deux exemplaires, l'un pour la société et l'autre pour le notaire chargé de dresser la déclaration notariée de souscription et de versement (article 601 AUSC-GIE).

Quant au souscripteur, il lui est délivré une copie du bulletin sur papier libre.

L'établissement d'un bulletin de souscription et de versement est requis, que la société émettrice des actions à souscrire fasse ou non appel public à l'épargne.

81. Les actions souscrites en numéraire sont obligatoirement libérées, lors de la souscription, d'un quart au moins de leur valeur nominale et, le cas échéant, de la totalité de la prime d'émission (article 604 AUSC-GIE). Quant à la libération du surplus, elle doit intervenir, en une ou plusieurs fois, sur appel du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, dans les trois (3) ans qui suivent le jour où l'augmentation de capital est réalisée (article 605 AUSC-GIE).

En revanche, les actions souscrites en numéraire résultant pour partie de versement d'espèces et pour partie d'une incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission doivent être intégralement libérées lors de la souscription (article 606 AUSC-GIE).

Lorsque l'augmentation de capital est réalisée par appel public à l'épargne, le versement de la fraction libérée de la valeur nominale et de la totalité de la prime d'émission doit intervenir au plus tard le trente-cinquième jour qui suit la clôture du délai de souscription (article 840 AUSC-GIE).

Le versement doit être réel ; peu importe qu'il soit effectué grâce à des fonds prêtés par des tiers ou par un tiers pour le compte du souscripteur. Chaque souscripteur doit s'acquitter individuellement du versement du montant souscrit. Toute souscription fictive est sanctionnée pénalement (article 887 AUSC-GIE).

82. La souscription par la société de ses propres actions, soit directement, soit par une personne agis-

sant en son nom propre mais pour le compte de la société, est interdite (article 639 alinéa 1 AUSC-GIE). Aussi, dans le cadre d'une augmentation de capital, les actions souscrites par la société en violation d'une telle règle doivent-elles être libérées par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas. À défaut, les membres du conseil d'administration ou l'administrateur général sont responsables individuellement ou solidairement envers la société ou envers les tiers de cette infraction aux dispositions de l'Acte uniforme et de ses conséquences dommageables (articles 639 alinéa 3, 738 et 740 AUSC-GIE).

De même, lorsque les actions sont souscrites par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société, cette personne doit libérer les actions solidairement avec les administrateurs ou l'administrateur général. Le souscripteur en question est réputé avoir souscrit les actions pour son propre compte (article 639 alinéa 4 AUSC-GIE).

Les exigences ci-dessus ne sont pas requises lorsque les actions entièrement libérées sont acquises par la société à la suite d'une transmission universelle de patrimoine ou d'une décision de justice. C'est le cas notamment lorsque les actions acquises par la société résultent d'une augmentation de capital à la suite d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif. Toutefois, les actions acquises dans ce cas doivent être cédées dans les deux (2) ans qui suivent leur souscription. À l'expiration de ce délai, elles doivent être annulées (article 641 AUSC-GIE).

83. Par dérogation au principe selon lequel une société ne peut souscrire ses propres actions, l'assemblée générale extraordinaire peut autoriser le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à acquérir un nombre déterminé d'actions pour les attribuer aux salariés de la société. Dans ce cas, cette attribution doit intervenir dans l'année qui suit la souscription (article 640 alinéa 1 AUSC-GIE).

La souscription ainsi autorisée ne saurait excéder 10% du total de ses propres actions et les actions souscrites par la société sont mises sous la forme nominative et doivent être entièrement libérées lors de la souscription. À défaut, les administrateurs ou l'administrateur général peuvent engager leur responsabilité civile et pénale (article 640 alinéa 3 AUSC-GIE). De même, lorsque les actions sont souscrites par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société, elle doit procéder à la libération des actions solidairement avec les membres du conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas. Dans tous les cas, le souscripteur est réputé avoir souscrit les actions pour son propre compte (article 640 alinéa 4 AUSC-GIE).

Afin de protéger la société contre elle-même, l'acquisition d'actions de la société ne peut avoir pour effet d'abaisser les capitaux propres à un montant inférieur à celui du capital augmenté des réserves non distribuables (article 640 alinéa 5 AUSC-GIE).

84. La libération des actions souscrites en numéraire dans le cadre d'une augmentation de capital suppose le versement effectif des fonds dans les conditions prévues par l'Acte uniforme. Les fonds provenant de la souscription d'actions en numéraire sont déposés par les dirigeants sociaux pour le compte de la société dans une banque domiciliée dans l'État partie du siège social de la société ou en l'étude d'un notaire. Ce dépôt doit être effectué dans le délai de huit (8) jours à compter de la réception des fonds (article 607 AUSC-GIE).

Le dépôt est valable même si la banque est actionnaire ou souscriptrice des actions de la société émettrice.

Le dépôt des fonds provenant des souscriptions en numéraire dans une banque ou en l'étude d'un notaire est obligatoire. Les fonds déposés ne sauraient être utilisés avant la réalisation définitive de l'augmentation de capital. Aussi, la banque ou le notaire dépositaire ne peut, sans engager sa responsabilité, virer les sommes correspondantes au compte courant de la société émettrice des actions souscrites avant la réalisation de l'augmentation de capital. En sus, les dirigeants sociaux ne peuvent disposer des fonds déposés avant cette réalisation. À défaut, ils sont responsables individuellement ou solidairement envers la société ou envers les tiers (article 740 AUSC-GIE).

Lors du dépôt, le déposant remet à la banque ou au notaire dépositaire des fonds une liste mentionnant l'identité des souscripteurs et indiquant, pour chacun d'eux, le montant des sommes versées (article 608 AUSC-GIE).

La liste des souscripteurs ou des actionnaires ne doit pas comporter, sous peine de sanction pénale, des souscriptions fictives ou des versements de fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société (article 887 2° AUSC-GIE).

85. Le dépositaire est tenu, jusqu'au retrait des fonds provenant de la souscription des actions en numéraire, de communiquer la liste des souscripteurs mentionnant le montant des sommes versés pour chacun d'eux à tout souscripteur qui, justifiant de sa souscription, en fait la demande. Tout souscripteur peut prendre connaissance de cette liste et en obtenir copie à ses frais (article 609 AUSC-GIE).

Les souscriptions et les versements sont constatés par un certificat du dépositaire établi au moment du dépôt des fonds sur présentation des bulletins de souscription. Ce certificat atteste du dépôt des fonds (article 610 AUSC-GIE) et sert de preuve du versement. Le dépositaire a donc la responsabilité de constater la matérialité des fonds déposés.

Les actions souscrites en numéraire lors de l'augmentation de capital peuvent être libérées par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles que le souscripteur détient contre la société (article 562 alinéa 2 AUSC-GIE).

Comme le précise clairement l'AUSC-GIE, la créance doit être certaine, liquide et exigible. La créance est

certaine lorsqu'elle est déterminée et ne donne lieu à aucune contestation. Elle est liquide lorsqu'elle est fixée à une somme d'argent. Enfin, elle est exigible lorsque son paiement peut être demandé. Cette dernière situation se présente à l'arrivée du terme ou à la réalisation de la condition, ou à tout moment si un terme ou une condition n'ont été stipulés.

86. La libération des actions nouvelles par compensation avec des créances est une application particulière du principe, bien connu en théorie générale du contrat, de la compensation. L'assemblée générale statuant sur l'augmentation de capital peut, cependant, faire obstacle à cette forme de libération des actions nouvelles. Cette décision doit être prise de façon expresse pour éviter tout malentendu.

Les créances concernées par la compensation font l'objet d'un arrêté des comptes établi, selon le cas, par le conseil d'administration ou l'administrateur général et certifié par le commissaire aux comptes (article 611 AUSC-GIE).

La libération des actions en numéraire par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles est constatée par le notaire au vu de l'arrêté des comptes certifié par le commissaire aux comptes. Cet arrêté est annexé à la déclaration notariée de souscription et de versement (article 614 AUSC-GIE). Ce certificat établi par le commissaire aux comptes fait office de certificat du dépositaire.

La libération des actions nouvelles par compensation des créances certaines, liquides et exigibles est possible même si la société émettrice des actions nouvelles a réalisé des pertes dépassant le montant du capital social.

87. Le déposant doit établir une liste des souscripteurs et du montant des créances compensées pour chacun d'eux. Cette liste doit être communiquée au commissaire aux comptes en même temps que la demande de certification de l'arrêté des comptes. Tout souscripteur peut prendre connaissance de la liste des souscripteurs et en obtenir copie à ses frais.

La libération des actions nouvelles par compensation des créances certaines, liquides et exigibles est possible même si la société émettrice des actions nouvelles a réalisé des pertes dépassant le montant du capital social.

88. Encourent une sanction pénale (art 887 AUSC) :

- ceux qui, sciemment, par l'établissement du certificat du dépositaire, auront affirmé sincères et véritables des souscriptions qu'ils savaient fictives ou auront déclaré que les fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société ont été effectivement versés ;
- ceux qui auront remis au dépositaire une liste des souscripteurs mentionnant des souscriptions fictives ou des versements de fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société.

e - Négociabilité des actions nouvelles et promesses d'apports

89. Les actions nouvelles souscrites à l'occasion de l'augmentation de capital ne sont négociables qu'après l'inscription de la mention modificative à la suite de l'augmentation de capital (article 759 AUSC-GIE). Les actions de numéraire ne sont négociables qu'après avoir été entièrement libérées (article 761 AUSC-GIE). En effet, aucune action ne peut être délivrée tant que l'augmentation de capital n'est pas définitivement réalisée. Or, l'augmentation de capital n'est réputée réalisée que s'il est établi et publié la déclaration notariée de souscription et de versement. C'est la raison pour laquelle le délai de réalisation de l'augmentation de capital est relativement long (3 ans) pour permettre aux souscripteurs d'effectuer la libération des actions souscrites en une ou plusieurs fois, en fonction des appels du conseil d'administration ou de l'administrateur général.

Toute violation des règles relatives à la négociabilité est sanctionnée pénalement (article 888 AUSC-GIE).

90. Les promesses d'actions ne sont pas en principe négociables. Cependant, lorsque les actions sont à créer à l'occasion d'une augmentation de capital d'une société dont les anciennes actions sont déjà inscrites à la cote officielle d'une bourse de valeurs d'un ou plusieurs États parties, la négociation des promesses d'actions est admise. Dans ce cas, elle n'est valable que si elle est effectuée sous la condition suspensive de la réalisation de l'augmentation de capital. À défaut d'indication expresse, cette condition est présumée (article 760 AUSC-GIE).

Que l'augmentation de capital soit réalisée par apports en nature, par apports en numéraire, par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission ou encore par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles, cette règle est applicable. En effet, l'AUSC-GIE ne fait aucune distinction sur ce point.

Si l'augmentation de capital n'est pas réalisée, les négociations intervenues antérieurement ne sont pas nulles si les titres sont réguliers en la forme. L'acquéreur peut toutefois exercer un recours en garantie contre son vendeur (article 763 AUSC-GIE).

En dehors de cette exception légale, la promesse d'actions reste cessible conformément au droit commun des contrats.

f - Réalisation de l'augmentation de capital

91. L'augmentation de capital doit être réalisée dans le délai de trois ans à compter de l'assemblée générale qui l'a décidée ou autorisée (article 571 AUSC-GIE). Certains auteurs ont pu considérer que ce délai de trois ans est excessif en ce sens que l'augmentation de capital suppose un besoin impérieux en financement.

92. L'augmentation de capital par émission d'actions

à libérer en numéraire est réputée réalisée à compter du jour de l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement (articles 571 et 616 AUSC-GIE). Cependant, l'augmentation de capital par appel public à l'épargne est réputée réalisée lorsqu'un ou plusieurs établissements de crédit au sens de la loi réglementant les activités bancaires ont garanti de manière irrévocable sa bonne fin (article 840 AUSC-GIE). L'établissement qui délivre la garantie de bonne fin s'oblige à souscrire et à libérer la totalité des actions qui n'auraient pas été souscrites par d'autres au terme de la période de souscription. La réalisation de l'augmentation de capital se traduit alors par la signature d'un contrat entre la société émettrice des actions à souscrire et le ou les établissements de crédit agréés. Ce contrat est irrévocable et sa signature vaut juridiquement réalisation de l'augmentation de capital.

La garantie de bonne fin ne doit pas porter atteinte à la procédure normale de souscription. Celle-ci doit être suivie et une déclaration notariée de souscription et de versement reste obligatoire.

Lorsque la garantie de bonne fin est mise en œuvre, le versement de la fraction libérée de la valeur nominale et de la totalité de la prime d'émission doit intervenir au plus tard le trente-cinquième jour qui suit la clôture du délai de souscription (article 840 AUSC-GIE).

93. Aux termes de l'article 76 de l'AUSC-GIE, les dispositions relatives à la déclaration de souscription et de versement applicables à la constitution de la société sont applicables en cas de modification des statuts.

La déclaration notariée de souscription et versement constate les souscriptions et les versements effectués dans le cadre de l'augmentation de capital (article 612 AUSC-GIE). Elle est exigée à peine de rejet de la demande d'inscription modificative au registre du commerce et du crédit mobilier (article 73 alinéa 2 AUSC-GIE).

Les dirigeants sociaux doivent en effet établir une déclaration dans laquelle ils relatent toutes les opérations effectuées en vue de la réalisation régulière de l'opération d'augmentation de capital et par laquelle ils affirment que cette augmentation de capital a été réalisée en conformité avec les dispositions de l'Acte uniforme. Cette déclaration est signée par ses auteurs ou toute personne justifiant d'un mandat spécial.

La déclaration notariée de souscription et de versement n'est pas exigée lorsqu'une déclaration notariée de souscription et versement des fonds a déjà été établie et déposée dans les mêmes conditions (article 74 AUSC-GIE).

Acte notarié, la déclaration notariée de souscription et de versement doit comporter la signature du notaire. Ce dernier, sur présentation des bulletins de souscription et, le cas échéant, du certificat du dépositaire attestant le dépôt des fonds, affirme dans l'acte qu'il dresse, que le montant des souscriptions déclarées est conforme au montant figurant sur les bulletins de souscription et que le montant des versements déclarés par les dirigeants sociaux est conforme à celui des sommes déposées en son étude ou, le cas échéant, figurant au certificat du

dépositaire précité. Le certificat du dépositaire est annexé à la déclaration notariée de souscription et de versement (article 613 alinéa 1 AUSC-GIE). Cette déclaration notariée doit être tenue par le notaire à la disposition des souscripteurs qui peuvent en prendre connaissance et en obtenir copie en son étude (article 613 alinéa 2 AUSC-GIE).

Lorsque l'augmentation de capital est réalisée par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles, le notaire constate la libération des actions de numéraire au vu de l'arrêté des comptes établi par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, et certifié exact par le commissaire aux comptes. Cet arrêté est dans ce cas annexé à la déclaration notariée de souscription et de versement (article 614 AUSC-GIE).

94. Si une formalité prescrite par l'Acte uniforme pour la réalisation de l'augmentation de capital est omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé peut demander à la juridiction chargée des affaires commerciales dans le ressort de laquelle se situe le siège social de la société que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de l'opération. Le ministère public peut également agir aux mêmes fins. L'action aux fins de régularisation se prescrit par trois ans à compter de l'acte modifiant les statuts (article 77 AUSC-GIE). À défaut de régularisation, l'augmentation de capital encourt la nullité.

95. L'omission ou l'irrégularité de l'accomplissement de certaines formalités prescrites par l'Acte uniforme pour la réalisation de l'augmentation de capital peut engager la responsabilité des dirigeants sociaux (article 79 AUSC-GIE).

96. Le retrait des fonds provenant des souscriptions en numéraire ne peut avoir lieu qu'une fois l'augmentation de capital réalisée (article 615 alinéa 1 AUSC-GIE). Toute disposition des fonds avant la réalisation de l'augmentation de capital engage la responsabilité de ses auteurs. Il en est ainsi notamment de la banque qui met les fonds déposés à la disposition de la société avant d'avoir obtenu la justification de la réalisation de l'opération d'augmentation de capital par la présentation de la déclaration notariée de souscription et de versement.

Le retrait des fonds est effectué par un mandataire de la société sur présentation au dépositaire de la déclaration notariée de souscription et de versement (article 615 alinéa 2 AUSC-GIE).

97. Lorsque l'augmentation de capital n'est pas réalisée dans les six mois qui suivent le versement des fonds, tout souscripteur peut demander en référé au président de la juridiction chargée des affaires commerciales dans le ressort de laquelle se situe le siège social de la société, la nomination d'un mandataire chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs. Cette restitution sera effectuée sous la déduction des frais de répartition (article 617 AUSC-GIE).

g - Publicité de l'augmentation de capital

98. Comme toute modification des statuts, l'augmentation de capital doit faire l'objet d'une publicité dans les conditions prévues pour la publicité des modifications des statuts (article 618 AUSC-GIE). Les formalités de publicité sont sous la responsabilité des dirigeants de la société émettrice des actions et, en cas de violation des prescriptions légales, leur responsabilité peut être engagée.

L'augmentation de capital donne lieu à une inscription modificative des statuts qui est également de la responsabilité des dirigeants sociaux. Quant à la modification des statuts, elle-même, elle est en principe de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire. Mais, l'on sait que cette dernière peut, dans certains cas, déléguer ses pouvoirs au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas. Cette modification des statuts ne peut avoir lieu que si l'augmentation de capital est définitivement réalisée.

99. L'augmentation de capital doit, comme toute modification des statuts, être publiée par avis inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'État partie du siège social de la société. Lorsque l'augmentation de capital est réalisée par appel public à l'épargne ou lorsque la société émettrice des actions fait appel public à l'épargne, l'augmentation de capital est publiée dans tous les États parties dont le public est sollicité.

Cet avis doit être signé par le notaire ayant dressé la déclaration notariée de souscription et de versement. Il doit contenir les indications suivantes (article 263 AUSC-GIE) :

- la raison ou la dénomination sociale de la société suivie, le cas échéant, de son sigle ;
- la forme de la société ;
- le montant du capital ;
- l'adresse du siège social ;
- le numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- le titre, la date, le numéro de parution et le lieu de publication du journal dans lequel a été publié l'avis signé par le notaire et informant le public de la constitution de la société émettrice des actions ;
- l'indication de l'augmentation de capital (montant de l'augmentation de capital, motifs de l'augmentation de capital, mode de réalisation de l'augmentation de capital, etc.

100. En dehors de l'insertion de l'avis signé par le notaire dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, l'augmentation de capital doit faire l'objet des formalités supplémentaires suivantes (article 264 AUSC-GIE) :

- D'abord une copie certifiée conforme de la délibération de l'assemblée qui a décidé ou autorisé l'augmentation de capital doit être déposée au

greffe du tribunal chargé des affaires commerciales dans le ressort duquel se situe le siège social de la société. Ce dépôt doit être effectué dans le mois qui suit la tenue de l'assemblée générale ayant décidé ou autorisé l'augmentation de capital.

- Ensuite, lorsque l'assemblée générale extraordinaire a délégué les pouvoirs nécessaires à la réalisation de l'augmentation de capital au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, la décision du conseil d'administration ou de l'administrateur général ayant réalisé l'augmentation de capital doit être déposée au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales dans le ressort duquel se situe le siège social de la société.
- Enfin, une copie certifiée conforme de la déclaration notariée de souscription et de versement doit être déposée au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du siège social de la société et mis en annexe au registre du commerce et du crédit mobilier.

Par ailleurs, l'augmentation de capital peut ou non être accompagnée de stipulation d'avantages particuliers qui restent soumis au même régime juridique que les apports en nature

B - Augmentation de capital par apports en nature et/ou stipulations d'avantages particuliers

101. L'augmentation de capital peut se faire par voie d'apports en nature ou stipulations d'avantages particuliers. Cette opération présente un certain nombre de spécificités :

- l'augmentation de capital par voie d'apports en nature peut être réalisée sans que le capital ancien n'ait été intégralement libéré (article 389 alinéa 4 AUSC-GIE).
- les actions d'apports attribuées en contrepartie des apports effectués à la société sont intégralement libérées dès leur émission (article 626 AUSC-GIE);
- l'augmentation de capital par apports en nature ne donne pas lieu à une souscription et les anciens actionnaires ne disposent pas d'un droit préférentiel de souscription. En effet, ce droit est réservé à la souscription d'actions de numéraire (article 573 alinéa 2 AUSC-GIE).
- l'augmentation de capital par apports en nature ne peut être décidée que par l'assemblée générale extraordinaire qui ne peut déléguer son pouvoir à un quelconque organe de la société.

102. L'augmentation de capital par apports en nature peut être réalisée par le biais d'un apport partiel d'actifs. L'apport partiel d'actifs est l'opération par laquelle une société apporte à une autre société existante ou nouvelle une branche autonome d'activité. À la différence du système français dans lequel les sociétés participantes peuvent opter pour le régime des scissions ou le régime

des apports en nature, l'Acte uniforme assimile l'apport partiel d'actifs à la scission et le soumet au même régime juridique (article 195 AUSC-GIE). Cependant, il faut relever que si la procédure est complexe, il reste que la société bénéficiaire de l'apport doit respecter les règles relatives à l'augmentation de capital par apports en nature.

(Sur ce point, voir entrée « Fusions, scissions, apports partiels d'actifs »).

I - Modalités de réalisation

103. L'augmentation de capital par apports en nature ou stipulations d'avantages particuliers a pour préalable la conclusion d'un contrat d'apport entre la société et l'apporteur ou le bénéficiaire de l'avantage particulier. Ce contrat désigne, décrit et évalue les biens apportés ou les avantages particuliers. Il fixe également le nombre des actions reçues par les apporteurs en rémunération de leurs apports ainsi que les modalités de l'émission. Il doit contenir l'identité de l'apporteur ou du bénéficiaire des avantages particuliers. Le contrat est signé sur autorisation du conseil d'administration ou par l'administrateur général, selon le cas.

Ce contrat ne constitue en aucun cas une preuve de la réalisation de l'augmentation de capital. Il n'est qu'un projet dont la réalisation définitive est subordonnée à l'approbation de l'évaluation des apports ou l'octroi d'avantages particuliers par l'assemblée générale extraordinaire et la constatation par celle-ci de la réalisation de l'augmentation de capital.

104. Lorsque l'augmentation de capital est réalisée par voie d'apports en nature et/ou par voie de stipulations d'avantages particuliers, les apports en nature et/ou les avantages particuliers doivent être évalués par un commissaire aux apports (article 619 AUSC-GIE) et approuvés par l'assemblée générale extraordinaire.

II - Intervention du commissaire aux apports

105. Le commissaire aux apports est désigné, à la requête du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, par le président de la juridiction compétente du lieu du siège social. En cas de négligence des dirigeants, cette faculté est ouverte à tout intéressé notamment aux actionnaires.

La juridiction compétente est la juridiction chargée des affaires commerciales dans le ressort de laquelle se situe le siège social de la société bénéficiaire des apports.

Il peut être désigné un ou plusieurs commissaires aux apports. Tout dépend de l'appréciation souveraine du juge saisi et des apports en nature envisagés.

(Pour une étude approfondie, voir entrée « Associés »).

106. Le commissaire aux apports est soumis aux mêmes

incompatibilités que les commissaires aux comptes. Par ailleurs, sa responsabilité est calquée sur celle des commissaires aux comptes. Il peut même être le commissaire aux comptes de la société bénéficiaire des apports à évaluer (article 620 AUSC-GIE).

(Pour une étude détaillée du statut des commissaires aux apports, voir entrée « Commissaires aux apports et commissaires aux comptes »).

107. Le commissaire aux apports apprécie, sous sa responsabilité, la valeur des apports en nature et des avantages particuliers. Il peut être assisté dans l'exercice de sa mission par un ou plusieurs experts de son choix dont les honoraires sont à la charge de la société (article 621 AUSC-GIE).

Il est interdit aux commissaires aux apports de donner ou de confirmer sciemment des informations mensongères sur la valeur des biens apportés dans le cadre de l'augmentation de capital (article 899 AUSC-GIE).

108. Le commissaire aux apports doit établir un rapport sur l'évaluation des apports en nature et des avantages particuliers. Ce rapport décrit chacun des apports ou avantages particuliers, indique quel mode d'évaluation a été adopté et pourquoi il a été retenu, affirme que la valeur des apports ou avantages particuliers correspond au moins à la valeur nominale des actions à émettre majorée éventuellement de la prime d'émission. Le commissaire aux apports doit également donner son avis sur la rémunération des apports ou avantages particuliers et doit donc estimer comparativement la valeur des actions de la société bénéficiaire des apports et la valeur des biens apportés.

Ce rapport doit être déposé huit jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale extraordinaire au siège social. Il doit être tenu à la disposition des actionnaires qui peuvent en prendre connaissance et en obtenir, à leurs frais, copie intégrale ou partielle (article 622 alinéa 1 AUSC-GIE).

Le rapport est également déposé huit jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale extraordinaire au siège social au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales dans le ressort duquel se situe le siège social de la société bénéficiaire des apports en nature (article 622 alinéa 2 AUSC-GIE).

III - Intervention de l'assemblée générale extraordinaire

109. Le seul organe compétent pour statuer sur l'augmentation de capital par voie d'apports en nature ou stipulations d'avantages particuliers est l'assemblée générale extraordinaire (article 622 alinéa 1 AUSC-GIE). Elle ne peut déléguer son pouvoir à un autre organe de la société.

L'assemblée générale extraordinaire décidant l'augmentation de capital doit également se prononcer sur l'évaluation des apports en nature ou l'octroi d'avantages

particuliers (article 624 AUSC-GIE). L'apporteur ou le bénéficiaire ne participe pas au vote ni pour lui-même, ni comme mandataire (article 623 alinéa 2 AUSC-GIE). Par ailleurs, ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité (article 623 alinéa 1 AUSC-GIE).

En cas de pluralité d'apports en nature ou d'avantages particuliers, et lorsque plusieurs apporteurs ou bénéficiaires font approuver leurs apports en nature ou leurs avantages particuliers par une même assemblée, les délibérations sur l'approbation des apports ou l'octroi d'avantages particuliers doivent être organisées de telle sorte que chacun des apporteurs ou bénéficiaires puisse participer au vote sur l'évaluation des apports effectués par les autres ou des avantages octroyés aux autres.

Si les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire sont détenues en indivision, aucune de ces actions ne peut participer au vote sur l'évaluation de ses apports en nature ou l'octroi d'avantages particuliers, ce, quel que soit le représentant de l'indivision.

110. L'assemblée générale extraordinaire est souveraine pour approuver ou désapprouver l'évaluation des apports ou l'octroi des avantages particuliers. Si elle approuve l'évaluation des apports ou l'octroi d'avantages particuliers, elle constate corrélativement la réalisation de l'augmentation de capital (article 624 AUSC-GIE).

Si les apports en nature ou les avantages particuliers sont surévalués et approuvés par l'assemblée générale extraordinaire, la délibération approuvant l'évaluation ne peut être annulée qu'en vertu d'une disposition relative à la nullité des contrats ou des délibérations sociales. Seule sera engagée la responsabilité des dirigeants sociaux et du commissaire aux apports sur la base de la publication d'informations mensongères.

111. L'évaluation des apports en nature et l'octroi d'avantages particuliers sont provisoires tant que l'assemblée générale extraordinaire ne les a pas approuvés. Celle-ci ne saurait être liée par l'évaluation des apports contenue dans le rapport du commissaire aux apports. Elle peut ne pas être satisfaite de l'évaluation ou de la rémunération des avantages particuliers et décider de la réduire (article 625 alinéa 1 AUSC-GIE). Dans ce cas, l'approbation expresse des modifications par les apporteurs, les bénéficiaires ou leurs mandataires dûment autorisés à cet effet (mandat spécial) est requise. À défaut, l'augmentation de capital n'est pas réalisée (article 625 alinéa 2 AUSC-GIE).

112. Les actions d'apports sont intégralement libérées dès leur émission (article 626 AUSC-GIE). Elles sont négociables dès la réalisation définitive de l'augmentation de capital, c'est-à-dire, dès que l'assemblée générale extraordinaire approuvant l'évaluation des apports en nature ou l'octroi d'avantages particuliers a constaté la réalisation de l'opération d'augmentation de capital.

La négociabilité des actions n'est effective qu'après

l'inscription modificative à la suite de l'augmentation de capital (article 759 AUSC-GIE).

L'augmentation de capital par apports en nature implique une modification des statuts.

C - Augmentation de capital par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission

113. L'incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission est une opération essentiellement comptable. Elle consiste à faire passer des valeurs inscrites au passif du bilan à l'actif du bilan. Elle aboutit à une augmentation de capital.

Les réserves, bénéfices et primes d'émission sont disponibles juridiquement mais, lorsqu'ils sont incorporés au capital social, ils deviennent, comme le capital, indisponibles. L'incorporation aboutit au même résultat que l'augmentation de capital par apports en numéraire. Elle équivaut à une situation de bonne santé de la société en ce sens que cette dernière reste capable de s'autofinancer.

L'Acte uniforme reste silencieux sur les réserves ou bénéfices qui peuvent être incorporés. Mais, nous pouvons convenir que, hormis celles occultes ou dépourvues de réalité économique, toutes les réserves, qu'elles soient légales ou conventionnelles, peuvent être incorporées. Il faudra cependant songer à leur reconstitution. Cependant, l'incorporation des réserves est subordonnée à l'existence d'une contre partie réelle à l'actif. Aussi, l'augmentation de capital ne saurait être valablement réalisée si les réserves incorporées sont absorbées par une provision quelconque non comptabilisée.

Quant aux bénéfices, ils sont tous incorporables au capital social, sans pour autant passer par un compte de réserves, sous réserve de la reconstitution des réserves déjà incorporées. Il peut s'agir des bénéfices d'un seul exercice ou de tous les bénéfices qui ne sont pas encore répartis. L'existence de bénéfices ne peut être justifiée que par l'arrêté des états financiers de synthèse de l'exercice clos. Toute situation financière intermédiaire de la société ne saurait être prise comme support de calcul des bénéfices.

Les primes d'émission, elles, sont également incorporables au capital social. Il en est ainsi de la prime de fusion qui peut être incorporée au capital de la société absorbante ou bénéficiaire des apports. Les actions émises à l'occasion de cette incorporation sont des actions de numéraire.

I - Modalités de réalisation

114. L'augmentation de capital par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission peut être réalisée par émission d'actions nouvelles ou par majoration de la valeur nominale des actions existantes.

115. Lorsque l'augmentation de capital par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission

est réalisée par émission d'actions nouvelles, l'assemblée générale qui a décidé l'augmentation de capital doit préciser le nombre d'actions à créer pour être distribuées gratuitement aux actionnaires de la société au prorata de leurs droits dans le capital ancien. Elle indique également le nombre d'actions anciennes qui donneront droit à une ou plusieurs actions nouvelles.

Le droit à l'attribution d'actions gratuites est négociable et cessible (article 566 alinéa 1 AUSC-GIE).

L'attribution d'actions nouvelles pose le problème des actions formant rompus. Les actions ou droits formant rompus sont les actions anciennes qui n'atteignent pas le nombre des actions requises pour obtenir une action nouvelle. Ces droits formant rompus qui peuvent résulter pour les actionnaires de l'augmentation de capital par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission sont négociables et cessibles (article 566 alinéa 1 AUSC-GIE).

Toutefois, l'assemblée générale extraordinaire ayant décidé l'augmentation de capital peut, dans les conditions de quorum et de majorité requises pour les assemblées générales ordinaires, décider de manière expresse que les droits formant rompus ne seront pas négociables et que les actions correspondantes seront vendues (article 566 alinéa 2 AUSC-GIE). Dans ce cas, les modalités de la vente sont, soit fixées par l'assemblée générale, soit par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, sur autorisation de l'assemblée générale (article 567 AUSC-GIE). Les sommes provenant de cette vente seront allouées aux titulaires des rompus au plus tard trente jours après la date d'inscription à leur compte du nombre entier d'actions attribuées.

116. En cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission, le droit de vote double peut être conféré, dès leur émission, aux actions nominatives attribuées gratuitement à un actionnaire à raison des actions anciennes pour lesquelles il bénéficie déjà de ce droit (article 752 alinéa 2 AUSC-GIE).

(Pour une étude approfondie, voir entrées « Associés » et « Titres et valeurs mobilières »).

117. Lorsque l'augmentation de capital est réalisée par majoration de la valeur nominale des actions existantes, elle ne peut être décidée qu'avec le consentement unanime des actionnaires. Cependant, lorsqu'elle est réalisée par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission, elle est décidée dans les mêmes conditions que l'augmentation de capital par attribution d'actions gratuites (article 562 alinéa 3 AUSC-GIE).

II - Décision de l'assemblée générale extraordinaire

118. Lorsque l'augmentation de capital est réalisée par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission, l'organe compétent pour la décider est l'assemblée générale extraordinaire. Mais, cette assemblée

est convoquée et délibère dans des conditions moins rigoureuses que pour la réalisation d'augmentation de capital par apports en nature ou en numéraire ou par compensation de créances. En effet, l'assemblée générale extraordinaire statue aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées générales ordinaires. Aussi, l'assemblée générale ne délibère-t-elle valablement, sur première convocation que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis. L'assemblée statue à la majorité des voix exprimées.

Cette dérogation n'ôte pas à l'assemblée générale compétente son caractère d'assemblée générale extraordinaire.

Les actions nouvelles doivent être intégralement libérées (article 606 AUSC-GIE).

D - Augmentation de capital par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles

119. Elle est réalisée par la conversion des créances en actions. Il s'agit d'une opération essentiellement comptable et consiste à faire passer les valeurs du compte « dettes » au compte « capital ».

Les créances à convertir doivent être certaines, liquides et exigibles (Voir supra, n° 86). Il peut s'agir de créances ordinaires ou d'obligations.

Dès la réalisation de la compensation, la société est libérée des intérêts futurs et tout remboursement. Elle transforme le créancier en actionnaire, ce qui exige le consentement de celui-ci.

L'augmentation de capital est réalisée par apports en nature des créances ou par apports en numéraire des créances. En d'autres termes, il s'agit d'un apport en nature ou en numéraire libéré par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles. Selon le cas, les dispositions applicables aux augmentations de capital par apports en nature ou par apports en numéraire seront applicables.

E - Nullités et responsabilités en matière d'augmentation de capital

120. Outre la nullité qui sanctionne les actes passés en violation de la loi, la responsabilité de leurs auteurs est également mise en cause.

I - Nullité de l'augmentation de capital

121. La nullité d'une décision ou d'une délibération réalisant ou autorisant l'augmentation du capital d'une SA ne peut résulter que d'une disposition expresse de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et les GIE ou encore des textes régissant la nullité des contrats en

général et du contrat de société en particulier (article 242 alinéa 1 AUSC-GIE).

L'augmentation de capital peut donc être nulle pour une cause de droit commun viciant l'un de ses actes essentiels notamment la nullité de l'assemblée générale extraordinaire pour abus de droit, incapacité, vices du consentement, illicéité, fraude, dol ou erreur.

L'augmentation de capital peut également, et ce sont les cas les plus fréquents, être nulle pour des causes de nullités particulières expressément prévues par l'Acte uniforme.

122. Les dispositions de l'Acte uniforme relatives à l'augmentation de capital sont des règles d'ordre public, sauf dans les cas expressément prévus.

Aussi, l'augmentation de capital est nulle lorsque :

- le capital social n'est pas intégralement libéré avant l'émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire (article 572 AUSC-GIE) ;
- le droit préférentiel de souscription des actionnaires n'est pas respecté (articles 573 et s. AUSC-GIE) ;
- l'augmentation de capital est décidée par le conseil d'administration ou l'administrateur général sans autorisation ou délégation de l'assemblée générale extraordinaire ;
- l'augmentation n'est pas réalisée dans le délai de trois ans à compter de l'assemblée générale qui l'a décidée ou autorisée ;
- les actions souscrites en numéraire ne sont pas libérées lors de la souscription d'un quart au moins de leur valeur nominale et, le cas échéant, de la totalité de la prime d'émission (article 604 AUSC-GIE) ;
- la déclaration notariée de souscription et de versement n'est pas établie ;
- les apports en nature et/ou les avantages particuliers n'ont pas été évalués par un commissaire aux apports dans les conditions prévues par l'Acte uniforme ;
- les apports sont fictifs.

Cette liste de causes de nullité de l'augmentation n'est pas exhaustive.

123. L'action en nullité de l'augmentation de capital se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue (article 251 alinéa 2 AUSC-GIE). Elle est ouverte à toute personne intéressée. Elle ne porte pas atteinte à la société elle-même mais n'affecte que la délibération de l'assemblée générale extraordinaire ou, par délégation, du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, qui a décidé ou autorisé l'opération dont la validité est contestée.

124. Le tribunal saisi d'une action en nullité peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité. Il ne peut pas prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance (article 247 alinéa 1 AUSC-GIE). Si pour couvrir une

nullité, une assemblée doit être convoquée et s'il est justifié d'une convocation régulière de cette assemblée, le tribunal accorde, par un jugement, le délai nécessaire pour que les actionnaires puissent prendre une décision (article 247 alinéa 2 AUSC-GIE).

L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance (article 246 AUSC-GIE).

L'action aux fins de régularisation se prescrit par trois ans à compter de la publication de l'augmentation de capital (article 77 AUSC-GIE).

Voir également les dispositions des articles 75 et suivants de l'AUSC-GIE.

II - Responsabilité en matière d'augmentation de capital

125. Au de-là de la nullité des actes irréguliers, la responsabilité de leurs auteurs peut être envisagée à la fois sur les plans civil et pénal.

a - Responsabilité civile

126. En cas d'augmentation de capital irrégulière, les membres des organes de gestion, d'administration ou de direction de la société alors en fonction sont solidairement responsables du préjudice causé par l'irrégularité qui affecte l'opération (article 79 AUSC-GIE). Les administrateurs ou l'administrateur général, selon le cas, sont responsables individuellement ou solidairement envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des dispositions des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion (article 740 AUSC-GIE).

(Pour une étude approfondie, voir entrée « Dirigeants sociaux »).

127. L'action en responsabilité contre les dirigeants sociaux, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par cinq ans à compter du jour de la publication de l'augmentation de capital irrégulière (articles 80 et 743 AUSC-GIE).

b - Responsabilité pénale

128. Le droit pénal ne fait pas partie des domaines uniformisés. En conséquence, l'acte uniforme se limite à déterminer les infractions, les sanctions pénales encourues (peines d'emprisonnement ou amendes) étant de la compétence des législations nationales des États parties.

129. L'article 893 de l'AUSC-GIE prévoit une sanction pénale contre les administrateurs, le président du Conseil d'administration, le président-directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'admi-

nistrateur général adjoint d'une société anonyme qui, lors d'une augmentation de capital, auront émis des actions ou des coupures d'actions :

- avant que le certificat du dépositaire ait été établi ;
- sans que les formalités préalables à l'augmentation de capital aient été régulièrement accomplies ;
- sans que le capital antérieurement souscrit de la société ait été intégralement libéré ;
- sans que les nouvelles actions d'apport aient été intégralement libérées avant l'inscription modificative au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- sans que les actions nouvelles aient été libérées d'un quart au moins de leur valeur nominale au moment de la souscription ;
- le cas échéant, sans que l'intégralité de la prime d'émission ait été libérée au moment de la souscription.

Des sanctions pénales sont également applicables aux personnes précitées lorsqu'elles n'ont pas maintenu les actions de numéraire sous forme nominative jusqu'à leur entière libération.

Dans le cas d'une augmentation de capital par appel public à l'épargne, les dirigeants sociaux encourent une sanction pénale lorsqu'ils commettent une infraction aux dispositions relatives à la publicité préalable à la réalisation de l'opération (article 905 AUSC-GIE).

En outre, les dirigeants sociaux peuvent engager leur responsabilité pénale dès lors qu'ils empêchent, sciemment, un actionnaire de participer à l'assemblée générale décidant ou autorisant l'augmentation de capital (article 892 AUSC-GIE). Il faut relever que cette sanction peut également s'appliquer à toute personne coupable des mêmes faits, peu importe sa responsabilité dans la société. La mauvaise foi de l'auteur de l'infraction doit cependant être prouvée.

Comme en matière de constitution de société, encourt une sanction pénale toute personne qui, dans le cadre d'une augmentation de capital, commet une infraction à l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement ou du certificat du dépositaire. Il en est ainsi notamment de celui qui effectue des souscriptions fictives, ou des dépôts de fonds fictifs (article 887 AUSC-GIE).

Section II - Augmentation de capital dans la SARL

130. Le capital social de la SARL est augmenté par de nouveaux apports, en nature ou en numéraire, par l'incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission (article 68 AUSC-GIE). Il peut également être augmenté par la compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles sur la société. Il sera seulement question ici de l'augmentation de capital par apports en numéraire et en nature, les autres formes d'augmentation de capital ne faisant pas l'objet de dispositions particulières pour les SARL.

§I - Augmentation de capital par souscription de parts sociales en numéraire

131. L'AUSC-GIE ne prévoit aucune disposition spécifique aux SARL relative au droit préférentiel de souscription. Il semble cependant que les dispositions spéciales applicables aux SA soient également applicables aux SARL en ce qui concerne le droit préférentiel de souscription.

132. En cas d'augmentation de capital par souscription de parts sociales en numéraire, les fonds provenant de la souscription sont déposés en banque ou en l'étude d'un notaire conformément aux dispositions applicables lors de la création de la société (article 361 alinéa 1 AUSC-GIE).

La libération et le dépôt des fonds sont constatés par un notaire du ressort du siège social de la société au moyen d'une déclaration notariée de souscription et de versement qui indique la liste des souscripteurs avec les nom, prénoms, domicile pour les personnes physiques, dénomination sociale, forme juridique et siège social pour les personnes morales, ainsi que la domiciliation bancaire des intéressés, s'il y a lieu et le montant des sommes versées par chacun.

133. Les fonds déposés sont indisponibles jusqu'au jour de l'inscription modificative au registre du commerce et du crédit mobilier consécutif à l'augmentation de capital. Aussi, le gérant ne peut-il disposer des fonds provenant de la souscription qu'en remettant au banquier ou au notaire dépositaire des fonds, un certificat du registre du commerce et du crédit mobilier attestant du dépôt d'une inscription modificative consécutive à l'augmentation de capital (article 361 alinéa 2 AUSC-GIE).

134. Lorsque l'augmentation de capital n'a pas été réalisée dans le délai de six mois à compter du premier dépôt des fonds provenant de la souscription, tout souscripteur peut demander au président de la juridiction chargée des affaires commerciales dans le ressort de laquelle se situe le siège social de la société émettrice l'autorisation de retirer soit individuellement, soit par mandataire les représentant collectivement, les fonds pour les restituer aux souscripteurs (article 362 AUSC-GIE).

§II - Augmentation de capital par apports en nature

135. Les statuts doivent nécessairement contenir l'évaluation de chaque apport en nature et des avantages particuliers stipulés, que ces apports en nature ou avantages particuliers aient effectués ou stipulés au moment de la constitution de la société ou en cours de vie sociale par le biais d'une augmentation de capital (article 312 alinéa 1 AUSC-GIE).

L'évaluation est dans tous les cas obligatoire. Elle est cependant obligatoirement faite par un commissaire aux apports si la valeur de l'apport ou de l'avantage particulier considéré ou la valeur de l'ensemble des apports ou des avantages considérés atteint un certain seuil (article 312 alinéa 2 AUSC-GIE).

A - Intervention du commissaire aux apports

136. Lorsque l'augmentation de capital est réalisée partiellement ou totalement par des apports en nature, un commissaire aux apports doit être désigné par les associés dès lors que la valeur de chaque apport ou avantage particulier considéré ou la valeur de l'ensemble des apports ou avantages particuliers considérés est supérieure à cinq millions (5 000 000) de francs CFA.

À la différence de ce qui se passe dans les SA, la désignation d'un commissaire aux apports n'est exigée que si le seuil fixé par l'Acte uniforme est atteint. Dans les autres cas, l'augmentation de capital par apports en nature peut être réalisée sans l'intervention d'un commissaire aux apports.

Dans le cadre des SA, aucune augmentation de capital par apports en nature ne saurait être réalisée valablement sans l'intervention d'un commissaire aux apports ; d'où la lourdeur procédurale qui n'existe pas dans les SARL lorsque les apports en nature ou les avantages particuliers sont de faible valeur. En effet, dans les SARL, les associés peuvent procéder à l'évaluation des apports en nature ou des avantages particuliers eux-mêmes dès lors que la désignation d'un commissaire aux apports n'est pas exigée (lorsque le seuil légal n'est pas atteint). Ceci n'interdit cependant pas la désignation d'un commissaire aux apports lorsque le seuil n'est pas atteint. Dans ce cas, la désignation devient une simple faculté dont les associés peuvent ne pas user.

Le commissaire aux apports est désigné sur la liste des commissaires aux comptes à l'unanimité par les associés de la société ou, à défaut, par le président de la juridiction compétente, à la demande des associés ou l'un d'entre eux.

Pour plus d'informations sur la désignation du commissaire aux apports, voir entrée « *Commissaires aux apports et commissaires aux comptes* ».

137. Le commissaire aux apports a pour mission la vérification de l'évaluation des apports en nature. Il doit procéder à toutes les investigations ou vérifications nécessaires pour mener à bien la mission qui lui est confiée.

Il doit établir un rapport spécial sur l'évaluation des apports en nature et des avantages particuliers telle qu'elle a été faite par l'apporteur et la société. Ce rapport est soumis à l'assemblée générale des associés chargée de statuer sur l'augmentation de capital (article 363 alinéa 4 AUSC-GIE).

Le rapport du commissaire aux apports est annexé

aux statuts après l'inscription modificative consécutive à l'augmentation de capital.

138. Lorsque l'assemblée générale des associés statue sur l'évaluation des apports en nature, l'apporteur en nature ne prend pas part au vote de la résolution prouvant son apport. Ses parts sociales ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité (article 364 AUSC-GIE).

139. Lorsque les apports en nature entrent dans le seuil légal fixé par l'Acte uniforme (article 363 alinéa 1 AUSC-GIE), leur évaluation par un commissaire aux apports est obligatoire. À défaut d'évaluation des apports par un commissaire aux apports ou s'il est passé outre à cette évaluation, les associés sont indéfiniment et solidairement responsables de l'évaluation faite des apports en nature et, le cas échéant, des avantages particuliers stipulés (articles 365 alinéa 1 et 312 alinéa 5 AUSC-GIE).

L'action en responsabilité se prescrit par cinq ans et peut être exercée par toute personne justifiant d'un intérêt légitime à agir.

140. L'apport en nature peut être effectué en propriété ou en jouissance. Lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur. En revanche, lorsque l'apport est en jouissance, l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur.

L'obligation de garantie ne vise cependant que la valeur des apports au moment de l'augmentation de capital et non le maintien de cette valeur (article 312 alinéa 6 AUSC-GIE). L'Acte uniforme prend donc en compte l'usure et donc l'amortissement et assure ainsi une protection aux apporteurs. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que la société et l'apporteur aménagent d'autres garanties.

141. L'évaluation faite par le commissaire aux apports des apports en nature ou des avantages particuliers ne s'impose pas à l'assemblée générale des associés. En effet, celle-ci peut réduire la valeur des apports ou des avantages particuliers. Cette réduction ne peut cependant se faire qu'à l'unanimité des souscripteurs et avec le consentement exprès de l'apporteur ou du bénéficiaire mentionné au procès-verbal.

En cas de violation de cette règle ou lorsque l'apporteur ou le bénéficiaire n'a pas consenti à la réduction de la valeur de son apport ou de son avantage particulier, l'augmentation de capital n'est pas réalisée (article 365 alinéa 2 AUSC-GIE).

B - Décision d'augmentation de capital

142. La décision d'augmentation de capital est prise par les associés réunis en assemblée générale. Elle constitue une décision collective extraordinaire.

L'augmentation de capital est une modification des statuts décidée par les associés représentant au moins les $\frac{3}{4}$ du capital social (article 358 AUSC-GIE). La décision ne peut être prise si le seuil légal n'est pas atteint. Les statuts ne peuvent valablement fixer une majorité inférieure ou supérieure à la majorité légalement requise pour la prise de la décision d'augmentation de capital.

L'augmentation de capital peut être décidée par consultation écrite des associés dès lors que ce mode de prise de décision a été prévu par les statuts (article 333 AUSC-GIE).

Lorsque la société ne comprend qu'un seul associé, c'est cet associé unique qui prend seul la décision d'augmentation de capital au lieu et place de l'assemblée générale (articles 334, 357 alinéa 2, 558 et s. AUSC-GIE).

Contrairement à l'augmentation de capital des SA, l'augmentation de capital des SARL ne peut être décidée que par l'assemblée générale des associés. En d'autres termes, l'assemblée générale des associés ne peut déléguer les pouvoirs nécessaires pour la réalisation de l'opération au gérant. Il en est ainsi également de l'associé unique d'une SARLU qui ne peut déléguer ses pouvoirs à une autre personne.

143. L'augmentation de capital est cependant décidée par l'assemblée générale des associés à l'unanimité dès lors qu'elle a pour conséquence l'augmentation des engagements des associés (article 359 1^o AUSC-GIE).

144. Lorsque l'augmentation de capital est réalisée par incorporation de réserves ou de bénéfices, la décision de réalisation de l'opération est prise par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales (article 360 AUSC-GIE). C'est la seule dérogation au principe contenu dans l'article 358 qui apparaît dans l'AUSC-GIE.

C - Publicité de l'augmentation de capital

145. L'augmentation de capital doit, comme toute modification des statuts, être publiée par avis inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'État partie du siège social de la société.

Cet avis doit être signé par le notaire ayant dressé la déclaration notariée de souscription et de versement. Il doit contenir les indications suivantes (article 263 AUSC-GIE) :

- la raison ou la dénomination sociale de la société suivie, le cas échéant, de son sigle ;
- la forme de la société ;
- le montant du capital ;
- l'adresse du siège social ;
- le numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- le titre, la date, le numéro de parution et le lieu de publication du journal dans lequel a été publié

l'avis signé par le notaire et informant le public de la constitution de la société émettrice des actions ;

- l'indication de l'augmentation de capital (montant de l'augmentation de capital, motifs de l'augmentation de capital, mode de réalisation de l'augmentation de capital, etc.).

146. En dehors de l'insertion de l'avis signé par le notaire dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, l'augmentation de capital doit faire l'objet des formalités supplémentaires suivantes (article 264 AUSC-GIE) :

- D'abord une copie certifiée conforme de la délibération de l'assemblée qui a décidé ou autorisé l'augmentation de capital doit être déposée au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales dans le ressort duquel se situe le siège social de la société. Ce dépôt doit être effectué dans le mois qui suit la tenue de l'assemblée générale ayant décidé ou autorisé l'augmentation de capital.
- Ensuite, une copie certifiée conforme de la déclaration notariée de souscription et de versement doit être déposée au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du siège social de la société et mis en annexe au registre du commerce et du crédit mobilier.

D - Nullités et responsabilités

147. Renvoi supra n° 120 à 129 sur *Nullités et responsabilités en cas d'augmentation de capital dans la SA.*

Chapitre III : La réduction de capital

148. La réduction de capital est une opération consistant à ramener le capital d'une société à une valeur inférieure à celle antérieurement fixée dans les statuts. Elle peut jouer plusieurs rôles selon la situation économique et financière de la société. Elle peut être rendue nécessaire par des pertes ou être décidée volontairement par la société.

Comme l'augmentation de capital, la réduction de capital est une modification des statuts soumise aux dispositions gouvernant la modification des statuts de la SA (article 67 AUSC-GIE). Elle n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle (article 99 AUSC-GIE).

L'AUSC-GIE ne comporte aucune disposition spécifique relative à la réduction de capital des sociétés faisant appel public à l'épargne. En conséquence, elle est régie par les dispositions générales gouvernant la réduction de capital dans les sociétés anonymes (article 823 AUSC-GIE).

Section I - Généralité

§1 - Hypothèses de réduction

149. Plusieurs événements peuvent émailler la vie d'une société et entraîner la réduction de son capital. C'est dire que celle-ci peut être motivée ou non par des pertes sociales.

A - Réduction de capital motivée par des pertes sociales

150. La réduction de capital est généralement motivée par les pertes sociales aussi importantes que leur amortissement par les bénéfices des exercices ultérieurs apparaît lointain voire impossible.

Elle peut se justifier par l'existence d'un bilan déficitaire ou déséquilibré persistant au cours de plusieurs exercices successifs. La réduction de capital peut être un moyen de continuer le contrat de société. En effet, lorsque du fait des pertes constatées dans les états financiers de la société, les capitaux propres de celle-ci deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, est tenu, dans les quatre (4) mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître ces pertes, de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider si la dissolution anticipée de la société a lieu (articles 664 et 371 AUSC-GIE). La continuation du contrat de société ne peut alors passer que par une reconstitution des capitaux propres ou une réduction du capital du montant des pertes non apurées. À défaut, la société doit être dissoute par anticipation.

En effet, si la dissolution n'est pas prononcée, la société est tenue, au plus tard à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation des pertes est intervenue, de réduire son capital d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pu être imputées sur les réserves si, dans ce délai, les capitaux propres n'ont pas été reconstitués à concurrence d'une valeur au moins égale à la moitié du capital social (articles 665 et 372 AUSC-GIE).

151. La décision de l'assemblée générale extraordinaire est déposée au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du lieu du siège social et inscrite au registre du commerce et du crédit mobilier. Par ailleurs, elle est publiée dans un journal habilité à recevoir les annonces légales du lieu du siège social de la société (article 666 AUSC-GIE). Cette publicité assure l'information des tiers sur la situation financière réelle de la société.

152. Lorsque l'assemblée ne s'est pas réunie ou n'a pas délibéré valablement, ou encore lorsque la réduction de capital ou la reconstitution des capitaux propres n'a pas pu être réalisée, tout intéressé peut demander au juge compétent de prononcer la dissolution de la société

(articles 667 et 373 alinéas 1 et 2 AUSC-GIE). La juridiction compétente peut accorder un délai de régularisation de six mois maximum à la société. Cette régularisation doit intervenir au plus tard le jour où la juridiction doit statuer sur le fond (articles 668 et 373 alinéa 3 AUSC-GIE).

Les exigences ci-dessus ne sont pas applicables à la société lorsqu'elle est en redressement judiciaire ou en liquidation des biens (article 669 AUSC-GIE).

153. La réduction de capital constitue alors une mesure d'assainissement financier. Elle permet, par sa réalisation, la reconstitution des capitaux propres de la société si ceux-ci sont inférieurs à la moitié du capital social. Elle peut également permettre de reprendre les dividendes.

B - Réduction de capital non motivée par des pertes sociales

154. La réduction de capital non motivée par des pertes est rare et ne constitue aucunement une opération naturelle.

Elle peut être décidée en vue d'assainir les éléments financiers de la société notamment en cas de surestimation des apports en nature, la société devant ramener, dans ce cas, les apports à leur juste valeur.

Elle peut également être un moyen pour assurer le succès d'une augmentation de capital : c'est le « coup d'accordéon ».

De même, dans son rôle de réorganisation financière de la société, elle peut être réalisée dans le but de favoriser une cession de contrôle.

Par ailleurs, la réduction de capital peut intervenir en cas de surliquidité de la société pour permettre aux actionnaires de récupérer une partie de leurs avoirs et un allègement du service des dividendes de la société.

Elle constitue alors un mécanisme d'adaptation de la société à une situation économique et financière donnée. Dans la plupart des cas, c'est la société qui achète ses propres actions en vue de les annuler pour réaliser une réduction de capital.

§2 - Exigences liées à la réduction de capital

155. La réduction de capital d'une société ne saurait porter atteinte à l'égalité des associés. Les associés doivent être traités de façon égale.

Ainsi, n'est-il pas possible de faire porter la réduction de capital sur certaines actions et non sur les autres. Est considérée comme atteinte à l'égalité des actionnaires la réduction de capital effectuée par voie d'attribution d'éléments d'actifs à certains actionnaires dont les actions seraient corrélativement annulées. Si la réduction de capital est réalisée par diminution du nombre des actions, cette diminution doit être proportionnelle au nombre des droits détenus par chaque actionnaire.

Par ailleurs, la réalisation de l'opération de réduction

de capital ne saurait augmenter de quelque façon que ce soit les engagements de certains actionnaires, à moins que la décision ait été prise avec le consentement des actionnaires concernés.

156. La réduction de capital social ne peut pas être décidée sans tenir compte du montant du capital minimum fixé par l'AUSC-GIE. Le capital social ne saurait être réduit à un montant inférieur à celui du minimum légal. Si tel est le cas, elle ne peut être valable que si elle est décidée sous la condition suspensive d'une augmentation corrélative de capital destinée à amener celui-ci à un montant au moins égal au montant de ce minimum, à moins que la société ne se transforme en société d'une autre forme. En cas d'inobservation de cette règle, tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société. Cette dissolution ne peut être prononcée si, au jour où le juge statue sur le fond, la régularisation est intervenue

157. L'AUSC-GIE reste silencieux sur la question de la réduction de capital à zéro mais rien ne semble s'opposer à ce que le capital social soit réduit à zéro. Il en est ainsi lorsque les pertes sociales sont très importantes. Cette réduction de capital ne peut se faire que sous la condition suspensive d'une augmentation de capital concomitante tendant à la reconstitution du capital social. Dans ce cas, les actionnaires doivent effectuer un nouvel apport sous peine d'être écartés de l'augmentation de capital. Il ne leur est pas exigé de souscrire à l'augmentation de capital et cette opération ne saurait constituer une augmentation de leurs engagements.

Ce coup d'accordéon n'est pas illicite dès lors qu'il est justifié par la situation financière difficile de la société et que les actionnaires de la société antérieurs à la réduction du capital se voient reconnaître un droit préférentiel de souscription à l'augmentation de capital concomitante.

Section II - Réduction de capital dans la SA

158. La réduction de capital dans la SA commande d'envisager les modalités de réduction, la décision de réduction, la protection des droits des actionnaires et créanciers ainsi que la nullité des actes irrégulièrement accomplis et la responsabilité de leurs auteurs.

§I - Modalités de réduction de capital

159. La réduction de capital peut être réalisée par la diminution de la valeur nominale des actions ou par la diminution du nombre des actions (article 627 AUSC-GIE). Ces deux formes de réduction de capital ne sont pas exclusives. En effet, la société peut les utiliser de façon concomitante. Elle opère alors à la fois à une diminution du nombre des actions et à une diminution

de la valeur nominale des actions. En pratique, cette combinaison n'est pas rare.

Dans tous les cas, le capital social est réduit soit par remboursement aux actionnaires d'une partie de leurs apports, soit par imputation des pertes de la société (article 69 AUSC-GIE).

160. Lorsque l'Acte uniforme autorise que le capital social soit réduit par remboursement aux actionnaires d'une partie de leurs apports, celle-ci peut être effectuée, soit par remboursement en numéraire, soit par attribution d'actifs (article 70 AUSC-GIE).

161. Lorsque les pertes sociales sont si importantes que la situation nécessite une réduction de capital, la réalisation de celle-ci peut passer par l'imputation du montant des pertes sur le capital social (article 69 AUSC-GIE). Ce mode de réalisation de la réduction de capital ne peut être utilisé que si la réduction de capital est motivée par des pertes.

A - Réduction de capital par diminution de la valeur nominale des actions

162. La réduction de capital peut intervenir, que le capital social soit ou non entièrement libéré.

Lorsque le capital social est intégralement libéré, aucun problème ne se pose quant à la réalisation de l'opération. Celle-ci s'effectue par le biais d'un échange des actions existantes contre des actions nouvelles dont le montant nominal est réduit.

En revanche, lorsque le capital social n'est pas intégralement libéré, il est possible de dispenser les actionnaires du solde dès lors que le minimum légal est atteint. Par ailleurs, les actionnaires qui ont libéré une somme supérieure à celle représentant la nouvelle valeur doivent être remboursés du surplus. Par contre, les actionnaires qui ont versé un montant inférieur au montant nominal réduit, doivent s'acquitter du solde.

B - Réduction de capital par diminution du nombre d'actions

163. Lorsque la société veut réaliser une réduction de capital par diminution du nombre d'actions émises, elle procède, soit à l'échange d'un certain nombre d'actions anciennes contre une action nouvelle, soit au rachat d'un certain nombre d'actions.

164. Tout échange peut faire apparaître des rompus. C'est là où se trouve la difficulté de la réduction de capital par réduction du nombre des actions réalisée par échange d'actions. En effet, il peut arriver - et c'est en pratique très fréquent - que certains actionnaires ne possèdent pas le nombre d'actions leur permettant

d'obtenir une action nouvelle parce que leur nombre est insuffisant pour atteindre le rapport arithmétique prévu entre actions anciennes et actions nouvelles. Les actionnaires sont alors obligés de vendre les actions dont le nombre est insuffisant pour l'échange ou d'acheter des actions pour atteindre le nombre nécessaire d'actions.

Dans tous les cas, une parité d'échange doit être établie. Ce mode de réduction de capital ne doit pas cependant porter atteinte à l'égalité des actionnaires, mais doit assurer le droit pour tout titulaire d'actions de rester actionnaire de la société. Aussi, la réduction de capital n'est-elle admise que dans la limite des pertes sociales et lorsqu'elle porte sur toutes les actions indépendamment de leur catégorie.

Toutes les actions qui n'ont pas été remplacées par les actions nouvelles doivent être remboursées en tout ou partie aux actionnaires dès lors que la réduction de capital n'est pas motivée par des pertes ou excède le montant de ces pertes.

165. L'achat par la société de ses propres actions, soit directement, soit par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société, est interdit (article 639 alinéa 1 AUSC-GIE).

Toutefois, l'assemblée générale extraordinaire qui a décidé une réduction de capital non motivée par des pertes peut autoriser le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à acquérir un nombre déterminé d'actions pour les annuler (article 639 alinéa 2 AUSC-GIE). Aussi, lorsque la réduction de capital est motivée par des pertes, la société ne peut-elle pas la réaliser en procédant à un rachat de ses propres actions qu'elle annulerait par la suite. Toute opération réalisée en violation de cette règle est réputée nulle.

En outre, l'assemblée générale extraordinaire peut autoriser le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à acquérir un nombre déterminé d'actions en vue de les attribuer aux salariés de la société. Dans ce cas, les actions doivent être attribuées aux salariés dans le délai d'un an à compter de leur acquisition (article 640 alinéa 1 AUSC-GIE).

166. Lorsque la société décide de procéder à l'achat de ses propres actions en vue de les annuler et de réduire son capital social à due concurrence, elle doit présenter, afin de respecter le principe de l'égalité des actionnaires, cette offre d'achat à tous les actionnaires (article 643 alinéa 1 AUSC-GIE).

Elle doit les informer par un avis inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales du lieu du siège social de la société et, si la société fait appel public à l'épargne, de tout État partie dont le public a été sollicité. Cet avis doit comporter les indications suivantes :

- la dénomination sociale ;
- la forme de la société ;
- l'adresse du siège social ;
- le montant du capital social ;
- le nombre d'actions dont l'achat est envisagé ;

- le prix offert par action ;
- le mode de paiement ;
- le délai pendant lequel l'offre sera maintenue. Ce délai ne peut être inférieur à trente jours à compter de l'insertion de l'avis ;
- le lieu où l'offre peut être acceptée.

Lorsque par contre toutes les actions émises par la société sont nominatives, l'avis ci-dessus exigé peut être remplacé par une notification contenant les mêmes mentions faites à chaque actionnaire par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette notification incombe à la société (article 644 AUSC-GIE).

167. Si le nombre d'actions présentées à l'achat est égal au nombre d'actions à acheter, aucun problème ne se pose.

En revanche, si les actions présentées à l'achat excèdent le nombre d'actions à acheter, il est procédé pour chaque actionnaire vendeur, à une réduction proportionnelle au nombre d'actions dont il justifie être propriétaire ou titulaire (article 645 AUSC-GIE). La réduction proportionnelle ainsi exigée se justifie par le respect du principe de l'égalité des actionnaires qui ne saurait être enfreint par la réalisation d'une réduction de capital.

Si, par contre, les actions présentées à l'achat n'atteignent pas le nombre d'actions à acheter, le capital social est réduit à due concurrence des actions achetées étant entendu qu'il ne peut être imposé à un actionnaire le rachat de ses actions par la société. Le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, peut toutefois décider de renouveler l'opération dans les mêmes conditions jusqu'à complet achat du nombre d'actions initialement fixé. Le renouvellement de l'offre doit, le cas échéant, intervenir dans le délai indiqué par la délibération de l'assemblée générale extraordinaire autorisant la réduction de capital (article 646 AUSC-GIE).

168. Lorsque les actions sont grevées d'usufruit, l'offre d'achat est faite au nu-propriétaire. Toutefois, le rachat des actions n'est définitif que si l'usufruitier a expressément consenti à l'opération (article 648 alinéa 1 AUSC-GIE).

Le prix de rachat des actions est réparti entre le nu-propriétaire et l'usufruitier à concurrence de la valeur de leurs droits respectifs sur les actions, à moins que les modalités de cette répartition aient été déjà fixées par une convention conclue entre eux (article 648 alinéa 2 AUSC-GIE).

169. Lorsque l'assemblée générale extraordinaire, pour faciliter une augmentation de capital, une fusion ou une scission, a autorisé le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à acheter un grand nombre d'actions représentant au plus 1% du montant du capital social en vue de les annuler, la procédure de l'offre d'achat n'a pas besoin d'être respectée (article 647 alinéa 1 AUSC-GIE). Il en est ainsi également en cas de

rachat par la société des actions dont le cessionnaire n'a pas été agréé (article 647 alinéa 2 AUSC-GIE).

Dans tous les cas, le commissaire aux comptes doit donner, dans son rapport sur l'opération projetée, son avis sur l'opportunité et les modalités de l'achat d'actions envisagé (article 647 alinéa 3 AUSC-GIE).

170. Les actions achetées par la société qui les a émises en vue d'une réduction de capital doivent être annulées dans les quinze (15) jours qui suivent l'expiration du délai de maintien de l'offre d'achat (article 649 alinéa 1 AUSC-GIE). Le délai de maintien de l'offre, comme le précise l'Acte uniforme, ne peut être inférieur à vingt jours et commence à courir à compter de la date d'insertion de l'avis au journal habilité à recevoir les annonces légales ou de la réception de la lettre au porteur ou de la lettre recommandée informant de l'offre d'achat.

Les actions détenues ou acquises par la société en violation de l'interdiction faite à une société de racheter ses propres actions doivent être annulées dans le délai de quinze jours à compter de leur acquisition ou, le cas échéant, de l'expiration du délai d'un an si les actions étaient destinées à être attribuées aux salariés de la société (article 649 alinéa 3 AUSC-GIE).

L'annulation des titres au porteur est constatée par apposition de la mention « annulé » sur le titre. Quant à l'annulation des actions nominatives, elle est constatée par la même mention apposée sur le registre des actions nominatives de la société ainsi que, le cas échéant, sur le certificat nominatif et sur la souche du registre dont il a été extrait (article 650 AUSC-GIE).

§II - Décision de réduction du capital

171. La réduction de capital est proposée à l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires par les dirigeants de la société. Un projet de réduction de capital doit en effet être établi par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas. Ce projet doit contenir toutes les indications sur l'opération envisagée. Il doit contenir notamment toutes les informations utiles sur les motifs de la réduction de capital (exemples : pertes, réorganisation financière de la société, surestimation des apports en nature, activité sociale insuffisante, préparation d'une augmentation de capital ou d'une cession de contrôle, etc.), sur la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours et, si l'assemblée générale ordinaire appelée à statuer sur les comptes n'a pas encore été tenue, pendant l'exercice précédent. Le projet doit également contenir les principales options à proposer relativement aux modalités de réalisation de la réduction de capital. Il en est ainsi de la diminution de la valeur nominale des actions ou de la diminution du nombre des actions. Le projet doit, en outre mentionner le montant de la réduction de capital ainsi que l'incidence de la réalisation de l'opération sur la situation des actionnaires et des créanciers.

172. Ce projet de réduction de capital doit être communiqué au commissaire aux comptes quarante-cinq (45) jours avant la réunion de l'assemblée générale extraordinaire qui décide ou autorise la réduction de capital (article 629 AUSC-GIE). Le commissaire aux comptes doit procéder aux investigations et vérifications nécessaires et établir un rapport spécial dans lequel il fait connaître son appréciation sur les causes et les conditions de la réduction de capital. Ce rapport spécial est ensuite présenté par le commissaire aux comptes à l'assemblée générale extraordinaire qui décide ou autorise la réduction de capital (article 629 AUSC-GIE).

173. L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires est seule compétente pour décider ou autoriser une réduction de capital. Cependant, elle peut déléguer tous les pouvoirs nécessaires pour la réalisation de la réduction de capital au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas (article 628 alinéa 1 AUSC-GIE). Dans ce cas, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, qui réalise la réduction de capital sur délégation de l'assemblée générale extraordinaire doit en dresser un procès-verbal soumis à publicité et procéder à la modification corrélative des statuts (article 631 AUSC-GIE).

174. La réduction de capital est une modification des statuts et, comme toute modification des statuts, elle doit faire l'objet des formalités de publicité prévues pour la modification des statuts (article 638 AUSC-GIE).

Aussi, la réduction de capital doit-elle faire l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'État du siège social. Cet avis doit être signé par le notaire qui a reçu ou dressé l'acte modifiant les statuts ou par l'actionnaire unique ou les actionnaires et contenir les énonciations suivantes (article 263 AUSC-GIE) :

- la raison ou la dénomination sociale de la société suivie, le cas échéant, de son sigle ;
- la forme de la société ;
- le montant du capital social ;
- l'adresse du siège social
- le numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- le titre, la date, le numéro de parution et lieu de publication du journal dans lequel a été publié l'avis informant de la constitution de la société ;
- l'indication de la réduction du capital, de son montant, de ses modalités et de ses motifs.

En outre, la copie certifiée conforme de la délibération de l'assemblée générale qui a décidé ou autorisé la réduction de capital doit être déposée au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales dans le ressort duquel se situe le siège social de la société. Ce dépôt doit être effectué dans le délai d'un mois à compter de la tenue de cette assemblée générale extraordinaire (article 264 1° AUSC-GIE).

En sus, lorsque le pouvoir de réalisation de la réduction de capital est délégué au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, la décision de réalisation de la réduction de capital doit également être déposée dans les mêmes conditions que la délibération de l'assemblée générale extraordinaire (article 264 2° AUSC-GIE).

§III - Protection des actionnaires et créanciers

175. La réduction de capital ne peut en aucun cas porter atteinte à l'égalité entre les actionnaires de la société sauf consentement exprès des actionnaires défavorisés (article 628 alinéa 2 AUSC-GIE). La réduction de capital ne peut pas constituer un abus de droit ; à défaut, elle peut être annulée sur demande des actionnaires minoritaires, sur la base de l'abus de majorité (article 131 AUSC-GIE).

Ainsi, n'est-il pas possible de faire porter la réduction de capital sur certaines actions et non sur les autres. Est considérée comme atteinte à l'égalité des actionnaires la réduction de capital effectuée par voie d'attribution d'éléments d'actifs à certains actionnaires dont les actions seraient corrélativement annulées. Si la réduction de capital est réalisée par diminution du nombre des actions, cette diminution doit être proportionnelle au nombre des droits détenus par chaque actionnaire.

Par ailleurs, la réalisation de l'opération de réduction de capital ne saurait augmenter de quelque façon que ce soit les engagements de certains actionnaires, à moins que la décision ait été prise avec le consentement des actionnaires concernés.

176. Les créanciers de la société dont le capital est réduit sont les premiers à voir leurs intérêts menacés. En effet, le capital est vu comme une garantie de paiement de leurs créances et toute réduction de ce capital entraîne réduction de la protection de leurs intérêts. En effet, la réduction de capital s'accompagne d'une sortie de liquidités qui entraîne la diminution de la garantie des créanciers.

Aussi, les créanciers de la société disposent-ils d'un droit d'opposition en cas de réduction de capital. Ce droit n'existe pas dans tous les cas de réduction de capital. En effet, les créanciers ne peuvent s'opposer à une réduction de capital motivée par des pertes (article 632 AUSC-GIE). Dans tous les autres cas, le droit d'opposition peut être exercé contre la réduction de capital.

Il faut préciser que la réduction de capital peut constituer une fraude aux droits des créanciers. Il en est ainsi de la réduction de capital effectuée par attribution de l'essentiel des actifs sociaux aux actionnaires qui connaissent la situation difficile de la société. Les créanciers peuvent dans ce cas exercer l'action paulienne (régie par les dispositions nationales des États parties relatives aux contrats ; exemple : COCC du Sénégal) qui peut permettre que l'attribution des actifs sociaux leur soit déclarée inopposable.

177. Tous les créanciers ne peuvent pas s'opposer à la réduction de capital. Seuls les créanciers de la société dont les créances sont antérieures au dépôt au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale qui a décidé ou autorisé la réduction de capital peuvent s'opposer à la réduction de capital lorsque celle-ci n'est pas motivée par des pertes (article 633 AUSC-GIE).

En dehors, de ces créanciers, tous les obligataires disposent du droit d'opposition à la réduction de capital (article 633 AUSC-GIE).

178. L'assemblée générale extraordinaire des obligataires délibère sur toute proposition de nature à modifier le contrat d'emprunt (article 804 AUSC-GIE). L'Acte uniforme reste silencieux sur la possible délibération de l'assemblée générale extraordinaire des obligataires sur le projet de réduction de capital mais fait usage de l'adverbe « notamment » qui permet d'interpréter *largo sensu* la notion « proposition tendant à la modification du contrat d'emprunt ». C'est ainsi qu'à notre sens, la réduction de capital réduisant la garantie constituée par le capital social, elle doit faire l'objet d'une délibération de l'assemblée générale extraordinaire des obligataires. Cette situation pourrait même être rattachée à la « modification totale ou partielle des garanties » (article 804, 4° AUSC-GIE).

Cette solution se justifie encore lorsque l'on sait que la scission, et l'apport partiel d'actifs (*l'apport partiel d'actifs étant soumis au régime de la scission* (article 195 AUSC-GIE)), sont soumis à l'assemblée générale extraordinaire des obligataires (article 804 2° AUSC-GIE).

(Pour une étude approfondie, voir entrée « Titres et valeurs mobilières »).

179. Les créanciers doivent s'opposer à la réduction de capital dans le délai de trente (30) jours à compter de la date de dépôt du procès-verbal de la délibération de l'assemblée qui a décidé ou autorisé la réduction de capital au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales dans le ressort duquel se situe le siège social de la société (article 634 AUSC-GIE). En dehors de ce délai, ils sont déclarés forclos.

L'opposition est formée par acte extrajudiciaire et portée devant la juridiction chargée des affaires commerciales dans le ressort de laquelle se situe le siège social de la société statuant à bref délai (article 635 AUSC-GIE).

L'Acte uniforme ne dit rien sur la signification de l'opposition à la société dont le capital est réduit. Mais, il est recommandé aux créanciers de signifier à la société leur opposition à la réduction du capital par acte extrajudiciaire afin qu'elle prévoie, le cas échéant, le remboursement sinon les garanties à constituer.

180. L'opposition produit un effet suspensif sur la réduction de capital. En effet, les opérations de réduction de capital ne peuvent pas commencer dans le délai d'opposition ni, le cas échéant, avant qu'il n'ait

été statué en première instance sur cette opposition (article 636 AUSC-GIE).

Lorsque l'opposition est rejetée, la réduction de capital peut être réalisée. Cependant, lorsque l'opposition est accueillie, la juridiction compétente ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes (article 637 AUSC-GIE).

§IV - Nullités et responsabilités en cas de réduction de capital

181. Les irrégularités dans la réduction de capital sont sanctionnées par la nullité lorsqu'on n'a pas pu y remédier et par ailleurs, elles engagent la responsabilité de leurs auteurs.

A - Nullité de la réduction de capital

182. La nullité d'une décision ou d'une délibération réalisant ou autorisant la réduction du capital d'une SA ne peut résulter que d'une disposition expresse de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et les GIE ou encore des textes régissant la nullité des contrats en général et du contrat de société en particulier (article 242 alinéa 1 AUSC-GIE).

La réduction de capital peut donc être nulle pour une cause de droit commun viciant l'un de ses actes essentiels notamment la nullité de l'assemblée générale extraordinaire pour abus de droit, incapacité, vices du consentement, illicéité, fraude, dol ou erreur.

La réduction de capital peut également, et ce sont les cas les plus fréquents, être nulle pour des causes de nullités particulières expressément prévues par l'acte uniforme.

183. Il en est ainsi notamment lorsque :

- elle est décidée par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, sans autorisation ou délégation de la part de l'assemblée générale extraordinaire ;
- le projet de réduction de capital n'a pas été établi et communiqué au commissaire aux comptes de la société quarante-cinq jours avant la tenue de l'assemblée générale extraordinaire appelée à statuer sur la réduction de capital ;
- elle porte atteinte à l'égalité des actionnaires.

184. L'action en nullité de la réduction de capital se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue (article 251 alinéa 2 AUSC-GIE). Elle est ouverte à toute personne intéressée. Elle ne porte pas atteinte à la société elle-même mais n'affecte que la délibération de l'assemblée générale extraordinaire ou, par délégation, du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, qui a décidé ou autorisé l'opération dont la validité est contestée.

185. Le tribunal saisi d'une action en nullité peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité. Il ne peut pas prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance (article 247 alinéa 1 AUSC-GIE). Si pour couvrir une nullité, une assemblée doit être convoquée et s'il est justifié d'une convocation régulière de cette assemblée, le tribunal accorde, par un jugement, le délai nécessaire pour que les actionnaires puissent prendre une décision (article 247 alinéa 2 AUSC-GIE).

L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance (article 246 AUSC-GIE).

L'action aux fins de régularisation se prescrit par trois ans à compter de la publication de l'augmentation ou de la réduction de capital (article 77 AUSC-GIE).

B - Responsabilité en matière de réduction de capital

186. En cas de réduction du capital irrégulière, les membres des organes de gestion, d'administration ou de direction de la société alors en fonction sont solidairement responsables du préjudice causé par l'irrégularité qui affecte l'opération (article 79 AUSC-GIE). Les administrateurs ou l'administrateur général, selon le cas, sont responsables individuellement ou solidairement envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des dispositions des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion (article 740 AUSC-GIE).

(Pour une étude approfondie, voir entrée « Dirigeants sociaux »).

187. L'action en responsabilité contre les dirigeants sociaux, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par cinq ans à compter du jour de la publication de la réduction de capital irrégulière (articles 80 et 743 AUSC-GIE).

188. Les administrateurs, le président-directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint encourent une sanction pénale lorsqu'ils procèdent à une réduction du capital sans respecter l'égalité des actionnaires ou sans avoir communiqué le projet de réduction de capital aux commissaires aux comptes quarante-cinq jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale extraordinaire appelée à statuer sur la réduction de capital (article 896 AUSC-GIE).

Section II - Réduction de capital dans la SARL

189. La réduction de capital dans la SARL conduit à examiner les modalités de réduction d'une part et la décision de réduction d'autre part.

§I - Modalités de réduction du capital

190. Le capital social est réduit soit par remboursement aux associés d'une partie de leurs apports, soit par imputation des pertes de la société (article 69 AUSC-GIE). Ce remboursement ou cette imputation se traduit, du côté de la société, par la diminution de la valeur nominale des parts sociales ou par la diminution du nombre de parts sociales (article 367 alinéa 1 AUSC-GIE). La réduction de capital peut également être réalisée par la combinaison des deux modalités.

191. Lorsque l'Acte uniforme autorise que le capital social soit réduit par remboursement aux associés d'une partie de leurs apports, celle-ci peut être effectuée, soit par remboursement en numéraire, soit par attribution d'actifs (article 70 AUSC-GIE).

192. Lorsque les pertes sociales sont si importantes que la situation nécessite une réduction de capital, la réalisation de celle-ci peut passer par l'imputation du montant des pertes sur le capital social (article 69 AUSC-GIE). Ce mode de réalisation de la réduction de capital ne peut être utilisé que si la réduction de capital est motivée par des pertes.

193. La réduction de capital peut intervenir que le capital social soit ou non entièrement libéré.

Lorsque le capital social est intégralement libéré, aucun problème ne se pose quant à la réalisation de l'opération. Celle-ci s'effectue par le biais d'un échange des parts sociales existantes contre des parts sociales nouvelles dont le montant nominal est réduit.

En revanche, lorsque le capital social n'est pas intégralement libéré, il est possible de dispenser les associés du solde dès lors que le minimum légal est atteint. Par ailleurs, les associés qui ont libéré une somme supérieure à celle représentant la nouvelle valeur doivent être remboursés du surplus. Par contre, les associés qui ont versé un montant inférieur au montant nominal réduit, doivent s'acquitter du solde.

194. Lorsque la société veut réaliser une réduction de capital par diminution du nombre de parts sociales émises, elle procède, soit à l'échange d'un certain nombre de parts anciennes contre une part sociale nouvelle, soit au rachat d'un certain nombre de parts sociales.

Tout échange peut donner lieu à des rompus. C'est là où se trouve la difficulté de la réduction de capital par réduction du nombre des parts réalisées par échange de parts sociales. Ainsi, une parité d'échange doit-elle être établie.

Ce mode de réduction de capital ne doit pas cependant porter atteinte à l'égalité des associés, mais également au droit pour tout titulaire de parts sociales de rester associé de la société. Aussi, la réduction de capital n'est-elle admise que dans la limite des pertes sociales et porter sur toutes les parts sociales indépendamment de leur

catégorie. Toutes les parts sociales qui n'ont pas été remplacées par les parts sociales nouvelles doivent être remboursées en tout ou partie aux associés dès lors que la réduction de capital n'est pas motivée par des pertes ou excède le montant de ces pertes.

Il est interdit à la SARL la création de parts privilégiées et de parts de jouissance. Les parts privilégiées sont de même valeur que les parts ordinaires.

Dans tous les cas, ce procédé semble facile à mettre en œuvre mais, comme dit plus haut, il ne doit pas avoir pour effet de priver certains associés de toutes leurs parts si l'on sait qu'il peut aboutir à une éviction pure et simple de certains associés.

§II - Décision de réduction de capital

195. L'Acte uniforme reste silencieux sur la possibilité pour l'assemblée générale extraordinaire des associés de déléguer les pouvoirs nécessaires pour la réalisation de la réduction de capital au gérant de la SARL. Cette délégation ne saurait donc être possible. Aussi, toute réduction de capital décidée par les seuls gérants de la société encourt-elle la nullité.

196. Le ou les gérants de la société doivent établir un projet de réduction de capital. Ce projet doit comporter un certain nombre d'indications relatives notamment aux motifs de la réduction de capital, au montant de la réduction, aux modalités de la réalisation de l'opération. Il doit contenir toutes les informations utiles sur les motifs de la réduction de capital (exemples : pertes, réorganisation financière de la société, surestimation des apports en nature, activité sociale insuffisante, préparation d'une augmentation de capital ou d'une cession de contrôle, etc.), sur la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours et, si l'assemblée générale ordinaire appelée à statuer sur les comptes n'a pas encore été tenue, pendant l'exercice précédent. Le projet doit également contenir les principales options à proposer relativement aux modalités de réalisation de la réduction de capital : la diminution de la valeur nominale des parts sociales ou du nombre des parts sociales. Le projet doit, en outre mentionner le montant de la réduction de capital ainsi que l'incidence de la réalisation de l'opération sur la situation des associés et des créanciers.

197. Le projet de réduction de capital doit être communiqué au commissaire aux comptes de la société, s'il en existe un, dans un délai de trente jours avant la tenue de l'assemblée générale extraordinaire appelée à statuer sur la réduction de capital (article 367 alinéa 2 AUSC-GIE). Le commissaire aux comptes doit donner son avis à l'assemblée générale extraordinaire des associés sur les causes et les conditions de la réduction de capital. Pour ce faire, il doit procéder, sous sa responsabilité, à toutes les vérifications et investigations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Par contre, lorsqu'il n'existe pas de commissaire aux comptes dans la société, le projet de réduction de capital établi par les dirigeants sociaux est directement porté à la connaissance des associés dans les quinze jours qui précèdent la tenue de l'assemblée générale extraordinaire devant statuer sur la réduction de capital.

198. En cas de consultation écrite, qu'il existe ou non un commissaire aux comptes dans la société, le projet de réduction du capital doit être adressé aux associés quinze jours au moins avant la date de la délibération par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (article 367 alinéa 4 AUSC-GIE).

199. L'achat de ses propres parts par la société à responsabilité limitée est interdit (article 367 alinéa 5 AUSC-GIE). Si la société était titulaire de ses propres parts, l'on serait devant une situation de confusion qui verrait la société être à la fois créancière et débitrice d'elle-même.

Toutefois, l'assemblée générale extraordinaire qui a décidé d'une réduction de capital non motivée par de pertes peut autoriser le ou les gérants à acheter un nombre déterminé de parts sociales pour les annuler (article 367 alinéa 6 AUSC-GIE).

200. L'AUSC-GIE ne prévoit pas des règles spécifiques gouvernant le rachat par la SARL de ses propres titres. Il semble donc qu'il faille raisonner par analogie et appliquer, sauf disposition contraire, les règles relatives au rachat par la SA de ses propres actions.

201. Les parts sociales achetées par la société qui les a émises en vue d'une réduction du capital doivent être annulées dans les quinze (15) jours qui suivent l'expiration du délai de maintien de l'offre d'achat.

§III - Protection des créanciers

202. Tous les créanciers ne disposent pas d'un droit d'opposition à la réduction de capital. Par ailleurs, le droit d'opposition n'est pas accordé aux créanciers quels que soient les motifs de la réduction de capital.

En effet, seuls les créanciers dont la créance est antérieure à la date du dépôt au registre du commerce et du crédit mobilier du procès-verbal de la délibération ayant décidé la réduction de capital peuvent former une opposition à la réduction de capital (article 370 alinéa 1 AUSC-GIE).

En outre, les créanciers ne peuvent former opposition à la réduction de capital que si la réduction de capital n'est pas motivée par des pertes. En d'autres termes, lorsque la réduction de capital est motivée par des pertes, les créanciers, que leur créance soit antérieure ou postérieure à la date du dépôt au RCCM du procès-verbal de la délibération, ne peuvent s'opposer à la réalisation de la réduction de capital.

203. Les créanciers disposant du droit d'opposition à la réduction de capital doivent former opposition dans un délai d'un mois à compter de la date du dépôt au RCCM de la délibération de l'assemblée générale des associés ayant décidé la réduction du capital (article 370 alinéa 1 AUSC-GIE).

L'opposition doit être signifiée à la société par acte extrajudiciaire (article 370 alinéa 2 AUSC-GIE).

204. Lorsque le président de la juridiction chargée des affaires commerciales dans le ressort duquel est situé le siège social de la société dont le capital est réduit est saisi, il statue à bref délai. Il peut rejeter l'opposition ou l'accueillir.

Lorsque l'opposition est rejetée, les opérations de réduction de capital peuvent être accomplies sans aucune difficulté. En revanche, lorsque l'opposition est accueillie, le président de la juridiction compétente ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes (article 370 alinéa 2 AUSC-GIE).

L'opposition produit un effet suspensif sur la réduction de capital décidée par l'assemblée générale des associés. En effet, les opérations de réduction de capital ne peuvent commencer que si le délai d'opposition est arrivé à expiration, à savoir un mois après le dépôt au RCCM de la délibération ayant décidé de la réalisation de la réduction de capital (article 370 alinéa 3 AUSC-GIE). En sus, si l'opposition est accueillie, les opérations de réduction du capital ne peuvent commencer que si, selon le cas, les créances ont été remboursées ou des garanties suffisantes constituées par la société.

§IV - Publicité de la réduction de capital

205. La réduction de capital de la SARL doit faire l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'État du siège social. Cet avis doit être signé par le notaire qui a reçu ou

dressé l'acte modifiant les statuts ou par l'associé unique ou les associés et contenir les énonciations suivantes (article 263 AUSC-GIE) :

- la raison ou la dénomination sociale de la société suivie, le cas échéant, de son sigle ;
- la forme de la société ;
- le montant du capital social ;
- l'adresse du siège social
- le numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- le titre, la date, le numéro de parution et lieu de publication du journal dans lequel a été publié l'avis informant de la constitution de la société ;
- l'indication de la réduction du capital, de son montant, de ses modalités et de ses motifs.

En outre, la copie certifiée conforme de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire qui a décidé ou autorisé la réduction de capital doit être déposée au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales dans le ressort duquel se situe le siège social de la société. Ce dépôt doit être effectué dans le délai d'un mois à compter de la tenue de cette assemblée générale extraordinaire (article 264 1° AUSC-GIE).

En sus, lorsque le pouvoir de réalisation de la réduction de capital est délégué au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, la décision de réalisation de la réduction de capital doit également être déposée dans les mêmes conditions que la délibération de l'assemblée générale extraordinaire des associés (article 264 2° AUSC-GIE).

§V - Nullités et responsabilités

206. Renvoi, supra n° 183 à 190 sur *Nullités et responsabilités en cas de réduction de capital dans la SA.*

Mayatta Ndiaye MBAYE

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

- Apports en nature 17, 20, 97 et s., 128
- Apports en numéraire 17, 19
- Augmentation de capital 26 et s.
Apports en nature 97 et s.
- Avantages particuliers 97 et s.
- Compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles 114
- Décision d'augmentation de capital 83 et s., 135 et s.
- Définition 26
- Incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission 108 et s., 137
- Modalités 28 et s.
- SA 27 et s.
- SARL 123 et s.

B

- Bilan comptable 3

C

- Capital social 1 et s.
Augmentation 26 et s.
- Amortissement 23, 146
- Capital variable 25
- Contenu 17
- Détermination 13 et s.
- Fonction 7 et s.
- Intangibilité 22 et s.
- Libération 18 et s., 67, 68, 71, 75
- Minimum 15, 16, 148
- Modification 24 et s.
- Notion 2 et s.
- Réduction 141 et s.
- Souscription 18 et s., 68
- Capitaux propres 4
- Commissaire aux apports 86
- Commissaire aux comptes 85, 164, 187
- Compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles 36

- Créanciers obligataires 170
- Créanciers sociaux 10, 168, 193 et s.

D

- Date de réalisation 89
- Déclaration de régularité et de conformité 90
- Délégation de pouvoirs 87, 165
- Droit préférentiel de souscription 39 et s., 124 et s.
- À titre irréductible 42
- À titre réductible 43
- Droit de retrait des souscripteurs 74, 127
- Négociabilité et cessibilité 41
- Prescription 44
- Prix d'émission 64
- Renonciation 52 et s.
- Souscription d'actions nouvelles 65 et s.
- Suppression 56 et s.
- Suspension 63
- Titulaire 47
- Usufruit 48, 49, 50, 51

E

- Émission d'actions nouvelles 29
- Épargne salariale 12

F

- Fonds propres 5

G

- GIE 15

I

- Information des actionnaires 77 et s., 91

M

- Majoration du nominal des actions existantes 30, 112

N

- Négociabilité 37 et s., 41
- Nullités 115 et s., 140, 173 et s., 197

P

- Patrimoine social 6
- Publicité 94 et s., 138 et s., 166 et s., 196 et s.

R

- Réduction de capital 141 et s.
- Consultation écrite 188
- Décision de réduction de capital 162 et s., 185 et s.
- Définition 141
- Diminution du nombre de titres 154, 184
- Diminution du nominal des titres 153, 183
- Interdiction de rachat 189
- Modalités 150 et s., 180 et s.
- Opposition 168 et s., 193 et s.
- Pertes sociales 142, 143, 144, 152, 183, 192
- SA 150 et s.
- SARL 180 et s.
- Usufruit 159
- Régularisation 92, 118, 176
- Responsabilités 93, 119 et s., 132, 177, 197

S

- Sociétés faisant appel public à l'épargne 76
- Sociétés de capitaux 8, 15, 16
- Sociétés de personnes 8, 15

V

- Versement d'espèces 35

CAUTIONNEMENT

Table des matières

- Chapitre 1 : **Généralités sur le cautionnement** n° 1-36
- Section 1 - **Définition du cautionnement** n° 5-6
- Section 2 - **Évolution du cautionnement** n° 7-9
- §1 - Évolution dans les pays de l'OHADA n° 8
- §2 - Évolution en France n° 9
- Section 3 - **Caractères du cautionnement** n° 10-17
- §1 - Caractère accessoire du cautionnement n° 11
- §2 - Caractère unilatéral du cautionnement n° 12-13
- §3 - Caractère gratuit du cautionnement n° 14-17
- Section 4 - **Sources du cautionnement** n° 18-21
- §1 - Cautionnement conventionnel n° 19
- §2 - Cautionnement légal et le cautionnement judiciaire n° 20-21
- Section 5 - **Modalités du cautionnement** n° 22-36
- §1 - Les modalités principales du cautionnement n° 23-32
- A - Cautionnement simple et le cautionnement solidaire n° 24-27
- I - Solidarité entre la caution et le débiteur n° 25
- II - Solidarité entre les cautions n° 26-27
- B - Cautionnement civil et le cautionnement commercial n° 28-32
- I - Critères de la distinction n° 29-31
- II - But de la distinction n° 32
- §2 - Modalités secondaires du cautionnement n° 33-36
- A - Cautionnement réel n° 34
- B - Certificat de caution n° 35
- C - Sous cautionnement n° 36
- Chapitre 2 : **Formation du cautionnement** n° 37-60
- Section 1 - **Conditions de validité du cautionnement** n° 38-55
- §1 - Conditions relatives aux parties n° 39-49
- A - Consentement n° 40-45
- I - Erreur dans le cautionnement n° 42-43
- II - Dol dans le cautionnement n° 44-45
- B - Capacité et pouvoirs n° 46-47
- C - Cause du cautionnement n° 48
- D - Solvabilité de la caution n° 49
- §2 - Conditions relatives à l'acte de cautionnement n° 50-55
- A - Écrit n° 52
- B - Contenu de l'écrit n° 53-55
- I - Signature des parties n° 54
- II - Mention manuscrite de la caution n° 55
- Section 2 - **Étendue du cautionnement** n° 56-60
- §1 - Cautionnement déterminé n° 58
- §2 - Cautionnement indéterminé n° 59-60
- Chapitre 3 : **Effets du cautionnement** n° 61
- Section 1 - **Poursuites du créancier contre la caution** n° 62-80
- §1 - Conditions d'exercice des poursuites n° 63-71
- A - Exigibilité de la dette n° 64-68
- I - Hypothèse de la déchéance du terme n° 65-66
- II - Hypothèse de la prorogation du terme n° 67-68
- B - Défaillance du débiteur principal n° 69-71
- §2 - Mise en œuvre des poursuites n° 72-80
- A - Paiement de la dette n° 73-74
- B - Moyens de défense n° 75-80
- I - Bénéfice de discussion n° 76
- II - Bénéfice de division n° 80
- Section 2 - **Recours de la caution** n° 81-91
- §1 - Recours contre le débiteur n° 82-85
- A - Recours normal après paiement n° 83
- I - Action personnelle n° 84
- II - Action subrogatoire n° 85
- B - Recours exceptionnel avant paiement n° 86-88
- I - Fondement n° 87
- II - Hypothèses n° 88
- §2 - Recours contre les autres cautions n° 89-91
- A - Conditions d'exercice n° 90
- B - Effets n° 91
- Chapitre 4 : **Extinction du cautionnement** n° 92-123
- Section 1 - **Extinction par voie principale** n° 93-105
- §1 - Extinction de l'obligation de règlement n° 94-99
- A - Extinction par le paiement n° 95
- B - Autres modes d'extinction n° 96-99
- I - Remise de dette n° 97
- II - Compensation n° 98
- III - Confusion n° 99
- §2 - Extinction de l'obligation de couverture n° 100-105
- A - Résiliation du cautionnement à durée indéterminée n° 101
- B - Arrivée du terme n° 102-104
- I - Terme exprès n° 103
- II - Terme implicite n° 104
- C - Décès de la caution n° 105
- Section 2 - **Extinction par voie accessoire** n° 106 à 116
- §1 - Extinction consécutive au paiement de la dette principale n° 107
- §2 - Autres hypothèses d'extinction n° 108-115
- A - Remise de dette n° 110
- B - Dation de paiement n° 111
- C - Novation n° 112
- D - Prescription n° 113
- E - Compensation n° 114
- F - Confusion n° 115-116
- Section 3 - **Extinction consécutive à la perte du bénéfice de subrogation** n° 117-123
- §1 - Obstacles à la subrogation n° 118-122
- A - Faute du créancier n° 119-121
- B - Impossibilité de subroger n° 122
- §2 - Effets : la décharge de la caution n° 123

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.), *Le Droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, coll. « Droit uniforme », Yaoundé, 1998, 75 pages.
- ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA SAYEGH (J.), NDIAYE (I.Y.), SAMB (M.), *OHADA Sûretés*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 279 pages.
- BRIZOUA-BI (M.), « Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA » *Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA*, Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 60 et s.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Organisation des sûretés », *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, n° 2, p. 351 ; « Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 3^e éd., 2008 ; « Présentation générale de l'Acte uniforme sur le droit des sûretés (AUS) », *Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005*, 2010, p. 93.
- KALIEU ELONGO (Y. R.), *Les Sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé, 2006.
- ISSA-SAYEGH (J.), *Acte uniforme portant organisation des sûretés, commentaires*, ÉDICEF/ÉDITIONS FFA, 1999.
- MOUMI de BAKONDJI (J.), « Banques, crédits et dispositifs sécuritaires du droit de l'OHADA », *L'effectivité du droit de l'OHADA*, ouvrage collectif sous la direction de Jean GATSI, PUA, Yaoundé, 2006, p. 171.
- TIGER (P.), « Douze questions sur le cautionnement et leur solution en droit OHADA », *Penant*, n° 840, spécial Sûretés et garanties bancaires, p. 416.
- YONDO BLACK (L.), « L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA*, Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 45 et s.

Chapitre 1 : Généralités sur le cautionnement

1. Le cautionnement constitue l'une des deux sûretés personnelles organisées par l'AUS qui définit les sûretés personnelles en son article 4 comme « l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie ».

2. Le cautionnement est défini à l'article 13 nouveau de l'AUS comme un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même. Cet engagement peut être contracté sans ordre du débiteur et même à son insu. Il est désormais régi par les articles 13 à 38 de l'AUS tel que modifié le 14 décembre 2010.

3. En application de l'article 150 AUS aux termes duquel : « sont abrogées toutes les dispositions antérieures contraires à celles du présent Acte uniforme », l'Acte uniforme OHADA relatif aux sûretés constitue désormais le droit applicable au cautionnement dans l'ensemble des États membres et ce, depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998.

C'est donc à bon droit que la CCJA a cassé un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Abidjan au motif que le cautionnement en cause ayant été constitué postérieurement à l'entrée en vigueur de l'AUS c'est-à-dire après le 1^{er} janvier 1998, les parties étaient tenues de se conformer aux dispositions de cet Acte uniforme en matière de constitution du cautionnement. En l'espèce, les parties n'avaient pas respecté les exigences en matière de signature de l'acte de cautionnement et

d'apposition de la mention manuscrite. Pour la haute juridiction, en acceptant que les parties dérogent ainsi aux dispositions légales, les juges d'appel ont violé les dispositions des articles 10 du Traité et 150 AUS (CCJA, arrêt n° 018/2003 du 19 octobre 2003, Sté Afrocom c/ Caisse de stabilisation et de soutien des prix des produits agricoles, CESSPA, obs. Batouan-Bouyom J.A. in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage sous la direction de POUGOUÉ P.G. et KUATE TAMEGHE S.S., L'Harmattan, 2010, p. 259. Également sous cet arrêt : BROU KOUAKOU M. in Le Juris Ohadata, n° 4/2003, p. 10 ; ohadata J-04-119 ; Recueil de jurisprudence CCJA, n° 2, juil.-déc. 2003, p. 30).

A contrario, les dispositions de l'Acte uniforme ne s'appliquent pas aux cautionnements conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de l'AUS qu'il s'agisse de leur constitution, de leur exécution et même de leur extinction. La CCJA a ainsi décidé, dans un arrêt du 15 juillet 2004 (affaire FADIGA Nadiani c/ Bank of Africa Côte d'Ivoire, BOA-CI, Le juris Ohada, n° 3/2004, juillet-octobre 2004, p. 35, note Brou Kouakou M. ; Jurisprudence commentée de la CCJA, n° 1, octobre 2005, obs. Onana Etoundi F. ; ohadata J-04-387, Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005 réalisé par ISSA SAYEGH J., 2010, p. 267) que l'obligation d'information annuelle de la caution ne s'applique pas aux cautionnements conclus antérieurement à son entrée en vigueur. Les juridictions de fond se sont prononcées dans le même sens dans plusieurs arrêts (Voir par exemple : Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 106 du 23 janvier 2004, la Société havraise de commerce c/ la BACI, ohadata J-04-487 ; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement du 4 février 2003, E. SENGHOR et C. DIOKH c/ BICIS, ohadata J-03-102, Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005, p. 267).

4. Il convient de revenir sur la définition du cautionnement, son évolution, ses caractères, ses sources et ses modalités.

Section 1 - Définition du cautionnement

5. Les mots cautionnement ou caution sont souvent utilisés dans le langage courant pour désigner un dépôt de garantie, c'est-à-dire une certaine somme qu'une personne dépose entre les mains de son contractant en garantie d'une éventuelle responsabilité. La caution dont il est question dans ce cas constitue en réalité un gage d'espèces qui est plutôt une sûreté réelle. Le sens juridique du cautionnement est plus précis et est donné par l'AUS en son article 13 en ces termes : « Le cautionnement est un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même » (comparer avec l'article 2288 du code civil français qui dispose pour sa part que : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même »).

6. Le cautionnement met en présence trois personnes que sont le débiteur, le créancier et la caution et donne donc lieu à une relation triangulaire. À la relation initiale qui lie le débiteur à son créancier, va s'ajouter une nouvelle relation entre la caution et le créancier, le premier s'engageant en faveur du second à exécuter la prestation due par le débiteur en cas de défaillance de ce dernier. Mais en même temps, le contrat de cautionnement a une certaine autonomie par rapport au contrat principal. La caution ne s'engage que sur l'initiative du débiteur avec lequel elle entretient des relations. La loi prévoit toutefois que l'engagement de la caution peut être fait sans ordre du débiteur.

Section 2 - Évolution du cautionnement

7. Le cautionnement prend sa source dans le code civil adopté en France en 1804 et rendu applicable dans la plupart des pays de l'OHADA. Comme d'autres sûretés et comme d'autres matières régies par le code civil, le cautionnement a connu une évolution remarquable aussi bien en France que dans les pays de l'OHADA. Cette évolution tend, sur certains points, à doter le cautionnement d'un régime quasi différent sur certains points selon que l'on se situe dans l'un ou l'autre système juridique.

§1 - Évolution dans les pays de l'OHADA

8. Le droit applicable au cautionnement a peu évolué dans les pays de l'OHADA avant l'adoption des

actes uniformes. La jurisprudence a été d'un apport peu considérable pour l'évolution de cette matière contrairement au rôle qu'elle a joué par exemple en droit français. Le frémissement de la matière a été par contre assez remarquable depuis l'adoption de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés en 1997. La Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) dans son rôle d'unification de l'interprétation des règles de droit, a elle-même eu l'occasion de se prononcer sur quelques difficultés d'interprétation des dispositions applicables en la matière. (Sur l'évolution du cautionnement dans les pays de l'OHADA, lire : ISSA SAYEGH (J.), Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^e éd., 2008).

La modification de l'AUS intervenue le 14 décembre 2010 va entraîner une réforme du cautionnement ; mais celle-ci ne sera pas une réforme en profondeur. Les réformes notables, en plus de la nouvelle définition du cautionnement qui a été adoptée, concernent : l'obligation d'information de la caution qui devient semestrielle alors qu'elle était trimestrielle, l'obligation du créancier d'informer la caution de la défaillance du débiteur dans un bref délai, l'atténuation du rôle de la mention manuscrite pour en faire non plus une condition de validité mais seulement de preuve du cautionnement, ainsi que l'étendue du cautionnement (sur ces modifications, lire aussi : BRIZOUA-BI (M.), Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA in « Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA », Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 60 et s).

§2 - Évolution en France

9. L'évolution du droit du cautionnement en droit français à partir des règles contenues dans le code civil a été impressionnante. Le rôle de la jurisprudence et dans une certaine mesure de la doctrine est à cet effet remarquable. Il peut dès lors paraître surprenant qu'en dépit de cela, l'ordonnance du 23 mars 2006 qui a réformé le droit français des sûretés n'a pas entraîné de modifications législatives en matière de cautionnement alors que dans le même temps, elle organisait les deux autres sûretés personnelles « concurrentes », à savoir la garantie autonome et la lettre d'intention. C'est un choix du législateur quoique contesté par certains auteurs (Voir en ce sens, SIMLER P., Commentaire de l'ordonnance du 23 mars relative aux sûretés, Avant-propos in JCP éd. Générale, supplément au n° 20 du 17 mai 2006, p. 3, HOUTCIEFF Dimitri, Les sûretés personnelles in JCP éd. Générale, supplément au n° 20 du 17 mai 2006, p. 7). Tout au plus, la réforme apporte, sur la forme, une nouvelle numérotation des dispositions applicables au cautionnement dans le code civil français. Désormais, le cautionnement y est régi par les articles 2288 à 2320. De même, les commentateurs

de la réforme voient en celle-ci une atteinte éventuelle au cautionnement réel (HOUTCIEFF Dimitri, Les sûretés personnelles, in JCP éd. Générale, supplément au n° 20 du 17 mai 2006, préc., p. 8). Il reviendra donc en fin de compte toujours à la jurisprudence, et cela, comme avant les ordonnances de 2006, de marquer les grandes étapes de l'évolution du droit français du cautionnement.

Section 3 - Caractères du cautionnement

10. Le cautionnement présente quelques caractères principaux qu'il convient d'explicitier. C'est un contrat accessoire (§1), un contrat unilatéral (§2) et en principe un contrat gratuit (§3).

§1 - Caractère accessoire du cautionnement

11. Le cautionnement n'a de sens, de raison d'être que par référence à une obligation principale dont il a pour objet d'assurer l'exécution. Il ne peut donc pas exister sans une obligation principale dont il dépend. Très souvent, cette obligation principale est une obligation de somme d'argent née d'un crédit octroyé par le créancier au débiteur. L'obligation garantie peut être préalable ou concomitante à la constitution de la sûreté. Ainsi par exemple la banque exigera préalablement à la mise en place d'une ouverture de crédit la fourniture d'une caution par le client. Mais exceptionnellement alors qu'un crédit a déjà été octroyé, le créancier, pour diverses raisons peut, exiger que le débiteur fournisse une caution pour garantir le remboursement de sommes déjà mises à sa disposition. Cela peut arriver lorsque par exemple depuis l'octroi du crédit la situation du débiteur s'est détériorée et que le créancier sent la menace d'un non-paiement de la dette à l'échéance.

Ce caractère accessoire influe sur le cautionnement de manière fondamentale. Comme on le verra par la suite, par exemple, la validité du cautionnement est conditionnée par la validité de l'opération principale ; de même l'étendue du cautionnement est fonction de celle de l'obligation principale et ne peut en aucun cas excéder celle-ci.

§2 - Caractère unilatéral du cautionnement

12. Alors que le contrat qui lie le créancier au débiteur peut créer des obligations réciproques et interdépendantes entre les deux parties, chacune d'elles jouant le double rôle de créancier et de débiteur, dans le cautionnement, une seule partie est obligée envers l'autre. On dit que c'est un contrat unilatéral. Dans le cautionnement en effet, seule la caution s'engage envers le créancier, qui accepte, de payer la dette du débiteur si ce dernier ne le fait pas. Le créancier quant à lui ne prend aucun engagement.

13. Toutefois, ce principe admet quelques aménagements. Conventionnellement, le cautionnement peut devenir synallagmatique si les parties mettent des obligations à la charge du créancier. Légalement, le créancier peut être tenu de certaines obligations. C'est en ce sens que l'on peut dire que l'article 25 nouveau de l'AUS met des obligations à la charge du créancier en faveur du débiteur lorsqu'il prévoit que, dans l'hypothèse d'un cautionnement général, le créancier est tenu semestriellement et non plus trimestriellement comme le prévoyait l'article 14 d'informer la caution de l'état des dettes du débiteur. La sanction du non-respect de cette obligation d'information est la déchéance des intérêts échus entre la date de communication de la précédente information et celle de la nouvelle information. Les parties ne peuvent pas inclure dans le contrat une clause contraire (voir sur la question : NKOU MVONDO, P., L'information de la caution dans le nouveau droit des sûretés des États africains, ohadata D-06-33).

§3 - Caractère gratuit du cautionnement

14. La gratuité du cautionnement doit être entendue dans un double sens, c'est-à-dire aussi bien dans les relations entre le créancier et la caution que dans les relations entre la caution et le débiteur.

15. S'agissant de la première relation qui constitue le contrat de cautionnement au sens strict, la caution ne perçoit aucune rémunération de la part du créancier parce que le contrat est unilatéral comme il vient d'être dit.

16. S'agissant de la seconde relation, c'est-à-dire celle qui lie le débiteur à la caution, l'analyse traditionnelle et originaire du contrat en avait fait un contrat gratuit, un service d'amis ou de famille en ce sens qu'il était normalement fourni gratuitement par une personne en faveur d'une autre pour faciliter l'obtention du crédit ou garantir l'exécution d'un engagement. C'est dire que la caution ne percevait aucune contrepartie et plus précisément aucune rémunération de la part du débiteur pour son engagement.

Cette analyse traditionnelle est aujourd'hui dépassée au regard de l'évolution et de la pratique du cautionnement, de sorte que l'on peut dire que le principe n'est plus la gratuité, ou encore qu'il convient de distinguer les hypothèses de gratuité et de non-gratuité du cautionnement. Il arrive de plus en plus que la caution soit rémunérée pour son engagement lorsque, en contrepartie de cet engagement, la caution perçoit une somme d'argent de la part du débiteur qui le sollicite. On dit également ici que le cautionnement est à titre onéreux. Il est des hypothèses où le caractère onéreux du cautionnement ne fait pas de doute. C'est le cas lorsqu'il est fourni par une banque ou un établissement de crédit de manière générale. La fourniture

d'un cautionnement fait, dans ce cas, partie des activités rémunérées de la banque ou de la société au même titre qu'une opération de crédit classique telle qu'une ouverture de crédit. Dans les autres hypothèses, on peut douter de la qualification du caractère onéreux ou non du cautionnement. Il faut également distinguer le cautionnement onéreux de celui dit « intéressé » dans lequel la caution ne reçoit aucune contrepartie matérielle mais trouve un avantage certain à la fourniture de cette garantie. C'est le cas du cautionnement fourni par l'associé unique d'une société unipersonnelle pour permettre à celle-ci d'obtenir un crédit ou du cautionnement consenti en faveur d'un conjoint pour lui permettre d'obtenir facilement un crédit.

17. Le caractère gratuit ou non du cautionnement n'influence pas véritablement le régime de cette sûreté tel que mis en place par le législateur communautaire OHADA.

Section 4 - Sources du cautionnement

18. Le cautionnement peut résulter d'une convention établie entre les parties (§1), comme il peut être issu de la loi ou d'une décision judiciaire (§2).

§1 - Cautionnement conventionnel

19. Dire que le cautionnement est conventionnel, c'est dire que la fourniture de cette sûreté résulte d'un accord entre le créancier et le débiteur. En d'autres termes, le débiteur s'engage de lui-même à fournir une caution au créancier spontanément ou à la demande de ce dernier. Le contrat de cautionnement proprement dit qui sera conclu ensuite entre le créancier et la caution se situe alors dans le prolongement de l'accord entre le créancier et le débiteur.

C'est la source la plus usuelle du cautionnement et toute obligation présente ou future peut donner lieu à la constitution d'un cautionnement à l'initiative des parties à cette obligation.

§2 - Cautionnement légal et cautionnement judiciaire

20. On qualifie le cautionnement de légal lorsque le débiteur est tenu par la loi dans des circonstances particulières de fournir une caution pour la garantie de ses obligations.

Ainsi, plusieurs textes en matière fiscale ou douanière, en matière de marchés publics imposent parfois la fourniture d'une telle caution. De même, l'exercice de certaines professions, surtout libérales, qui entraîne la détention fréquente de sommes d'argent importantes pour le compte des clients peut être subordonné à

la constitution préalable des garanties financières qui prennent parfois la forme de constitution d'un cautionnement par le postulant.

Il est vrai que le terme cautionnement est dans la plupart des cas maladroitement employé en ce sens que, très souvent, l'obligation qui est imposée est, non pas celle de fournir un tiers garantissant l'exécution de l'engagement d'une personne mais de constituer un dépôt de garantie pour couvrir l'exécution de son obligation.

Le cautionnement judiciaire pour sa part correspond au cas où la fourniture d'une caution résulte d'une décision de justice.

21. Lorsque le cautionnement est qualifié de légal ou de judiciaire, ce qui est imposé c'est la fourniture d'une caution et non la personne de la caution c'est-à-dire que la loi ou la décision judiciaire ne peut pas imposer la personnalité de la caution et le créancier ne peut pas refuser la caution fournie. Cependant la caution doit être domiciliée ou faire élection de domicile dans le ressort de la juridiction où elle doit être fournie sauf dispense et elle doit par ailleurs présenter les garanties de solvabilité exigées par l'article 15 nouveau de l'Acte uniforme.

Section 5 - Modalités du cautionnement

22. Le cautionnement peut être fourni suivant diverses modalités. Certaines constituent des modalités principales (§1) alors que d'autres ne sont que des modalités secondaires ou dérivées. (§2).

§1 - Modalités principales du cautionnement

23. Il convient de les examiner en dissociant le cautionnement simple et le cautionnement solidaire d'une part (A) du cautionnement civil ou commercial d'autre part (B).

A - Cautionnement simple et cautionnement solidaire

24. Tout cautionnement peut être donné soit sous la forme de cautionnement simple soit sous la forme de cautionnement solidaire. Il est simple lorsque la caution ne paie la dette du débiteur principal que si et seulement si la défaillance de ce dernier est établie par le créancier et que cette caution s'engage seule à payer. Le cautionnement solidaire quant à lui recouvre diverses hypothèses. L'Acte uniforme institue désormais une présomption de solidarité et lorsque celle-ci existe, elle emporte des conséquences (ANVILLE N'GORAN J.J., Du cautionnement solidaire dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, Penant, n° 857, p. 401).

Le cautionnement est dit solidaire dans deux cas : la solidarité entre la caution et le débiteur et la solidarité entre les cautions.

I - Solidarité entre la caution et le débiteur

25. Cette catégorie existe lorsqu'une caution ou plusieurs cautions s'engagent en faveur d'un débiteur mais acceptent de renoncer à certains droits reconnus à la caution simple en particulier le bénéfice de discussion. C'est la forme consacrée par l'Acte uniforme lorsqu'il dispose à l'article 20 que « le cautionnement est réputé solidaire » ce qui permet que plusieurs personnes soient tenues de la même chose et de la même manière. L'Acte uniforme a institué une présomption de solidarité en matière de cautionnement. L'article 20 prévoit que : « Le cautionnement est réputé solidaire. Il est simple lorsqu'il en est ainsi décidé, expressément par la loi de chaque État partie ou la convention des parties ». La présomption de solidarité n'est pas véritablement une innovation si l'on considère que la pratique surtout bancaire était déjà, bien avant l'adoption de l'Acte uniforme, d'exiger que la caution qui s'engage accepte de le faire solidairement.

Tenant compte des effets rigoureux du cautionnement solidaire surtout dans le contexte des États de l'OHADA où les cautions ne sont pas toujours informées surtout lorsqu'il s'agit de personnes physiques, le législateur communautaire n'a pas fait de la présomption de solidarité une règle absolue. Le cautionnement deviendra simple dans deux cas limitativement énumérés. En premier lieu, si un État décide qu'il en soit ainsi sur son territoire. On peut par exemple envisager l'hypothèse où une loi nationale régleme le crédit aux consommateurs et prévoit que les cautionnements consentis pour la garantie de tels crédits sont des cautionnements simples. En second lieu si les parties, au moment de la signature de la convention de cautionnement choisissent de faire de la caution, une caution simple.

S'agissant des conséquences de la solidarité, elle permet au créancier d'accroître l'efficacité de la garantie. On dit qu'elle constitue une garantie pour le créancier de l'obligation qui en cas de non-paiement n'aura ni à multiplier les poursuites ni à supporter l'insolvabilité de l'un de ses débiteurs. La solidarité ne change pas la nature du cautionnement, mais modifie certains de ses effets. La caution simple conserve les bénéfices de discussion et de division tandis que la caution solidaire perd tous ces bénéfices ou ne pourra éventuellement invoquer que le bénéfice de division.

II - Solidarité entre les cautions

26. On parle de solidarité entre les cautions lorsque plusieurs cautions s'engagent en faveur d'un seul débiteur et acceptent d'être traitées comme si elles constituaient une seule et même personne. Cette convention qui n'est pas très courante aura pour seul effet d'empêcher les cautions de se prévaloir du bénéfice de division alors qu'elles peuvent opposer le bénéfice de discussion.

27. On pourrait, en plus de ces deux cas, envisager aussi l'hypothèse de solidarité entre le débiteur et les cautions lorsqu'il y a plusieurs cautions mais sans qu'il y ait solidarité entre les cautions.

B - Cautionnement civil et le cautionnement commercial

28. Le cautionnement est normalement un acte civil quand bien même la dette garantie est une dette commerciale. C'est parce que l'on voit toujours dans le cautionnement un service d'amis, un secours. Mais l'usage du cautionnement est de plus en plus répandu dans le cadre des relations d'affaires. C'est la raison pour laquelle, il emprunte aussi parfois la nature commerciale.

I - Critères de la distinction

29. Le cautionnement civil est celui donné par un civil pour la garantie d'une opération qui peut être civile ou commerciale. C'est la formule de principe et la plus courante. Il restera civil même si le créancier est un commerçant.

30. Le cautionnement peut aussi être commercial et ce, dans plusieurs hypothèses. D'abord, en application de la commercialité par la forme, pour l'aval des effets de commerce s'analysant en un cautionnement soumis aux règles cambiales. Ensuite, en application de la commercialité par accessoire, quand il est donné par un commerçant pour les besoins de son commerce. Enfin, lorsqu'il constitue un acte de commerce pour la caution. Ainsi, le cautionnement donné par une banque ou un établissement de crédit en général est toujours commercial parce qu'il constitue pour lui un acte de commerce, plus précisément une opération de crédit dénommée crédit par signature.

31. En marge de la distinction cautionnement civil et commercial, se pose le problème du cautionnement intéressé. On dit qu'un cautionnement est intéressé lorsqu'il est donné par quelqu'un qui entretient des relations « privilégiées » avec le débiteur. Les cas les plus répandus sont ceux du chef d'entreprise ou de l'associé majoritaire qui cautionne le crédit fait à cette entreprise ou du conjoint qui s'engage en faveur de l'autre pour l'obtention d'un crédit. Cette catégorie particulière a surtout été développée par la jurisprudence et la doctrine françaises mais elle n'a pas été reprise par le législateur OHADA. Elle semble ne pas avoir d'incidence particulière sur l'application des règles du cautionnement prévues par l'Acte uniforme ; tout au plus peut-elle être prise en compte en ce qui concerne la cause ou l'extinction du cautionnement, particulièrement en ce qui concerne le terme implicite.

II - But de la distinction

32. La distinction cautionnement civil ou commercial, qui n'est pas finalement très précise et qui n'apparaît pas formellement dans l'Acte uniforme sur les sûretés, présente toutefois des intérêts pratiques. L'un de ces intérêts qui était que la solidarité se présume en matière commerciale a aujourd'hui disparu puisque la solidarité est présumée pour toute forme de cautionnement. Un autre intérêt est relatif à la détermination de la juridiction compétente. Selon que le cautionnement est civil ou commercial, en cas de litige, la juridiction compétente sera soit une juridiction civile soit une juridiction commerciale. Le dernier intérêt a trait aux règles de prescription. La prescription est plus courte en matière commerciale qu'en matière civile. Dans le premier cas elle est décennale, dans le second cas, elle est trentenaire.

§2 - Modalités secondaires du cautionnement

33. D'autres modalités du cautionnement existent et sont, pour la plupart, des modalités dérivées ou secondaires en ce sens qu'elles ne peuvent que s'ajouter aux modalités principales précédemment étudiées. Si le cautionnement réel est assez pratiqué (1), il n'en est pas de même du certificat de caution (2) et du sous-cautionnement (3) qui sont moins connus dans la pratique.

A - Cautionnement réel

34. L'article 22 nouveau de l'AUS dispose : « La caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens. Elle peut également limiter son engagement à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté ». À travers ce texte, le législateur OHADA a consacré la validité du cautionnement réel qui consiste pour la caution à limiter son obligation à la valeur de certains biens précis donnés en garantie contrairement à la caution de droit commun que l'on appelle parfois par opposition « caution personnelle » dont tout le patrimoine doit indistinctement répondre de la dette au cas où elle serait amenée à payer. Lorsque le bien donné en garantie est un immeuble, on parle souvent de cautionnement hypothécaire. Mais cette expression n'apparaît pas dans l'AUS (Sur le cautionnement réel, lire : BROU KOUAKOU M., *Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire*, Penant, n° 856, juillet-septembre 2006, p. 273 ; PONKA SEUKAM F., *Les figures mineures ou oubliées du cautionnement dans l'AUS*, Mémoire de DEA, Université de Yaoundé 2, 2008 ; TCHOUAMBIA TOMTOM J. L., *Le cautionnement réel en OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2004).

Le cautionnement réel combine les techniques des sûretés personnelles car la personne s'engage d'abord comme caution et les techniques de sûretés réelles car

le bien peut être affecté en garantie suivant diverses modalités telles que l'hypothèque ou le gage. Cette dualité de régimes fait la difficulté pratique du cautionnement réel ; en cas de réalisation de la sûreté, il faudra parfois appliquer de manière concomitante des règles différentes (Sur la jurisprudence relative au cautionnement réel, voir par ex. : TPI de Cotonou, 1^{re} chambre civile moderne, jugement de défaut n° 21/03 du 16 avril 2003, OCKEY Gérard c/ SOUMANOU S. et SOUMANOU K.C., ohadata J-06-151 ; TGI de Ouagadougou, jugement n° 446 du 9 mai 2001, Bank of Africa c/ NASSA P.K., OUEDRAOGO N. et KIENDRENEGO, ohadata J-04-05).

B - Certificat de caution

35. Le créancier peut, en plus du doute sur la solvabilité du débiteur porter aussi un doute sur la solvabilité de la caution fournie par le débiteur. C'est ainsi qu'une personne appelée certificateur de caution sera appelée pour garantir la solvabilité de la caution. Cette modalité est prévue par l'article 21 de l'AUS qui dispose : « La caution peut elle-même se faire cautionner par un certificateur désigné comme tel dans le contrat ».

Le certificateur de caution s'engage à l'égard du créancier à payer ce que doit la caution lorsque celle-ci ne paie pas. Le certificat de caution s'analyse ainsi comme le cautionnement de la caution au profit du créancier qui se prémunit par un cautionnement de second degré.

Sauf stipulation contraire, le certificateur de caution est nécessairement une caution simple de la caution certifiée ce qui lui permet de bénéficier d'une protection meilleure que cette dernière au cas où elle est caution solidaire.

C - Sous cautionnement

36. C'est un moyen de garantir le remboursement de ce que le débiteur principal doit ou devra à la caution qui a payé ou qui paiera éventuellement. La sous-caution garantit donc, à la demande du débiteur, le recours que la caution aura contre celui-ci après paiement.

La sous-caution est une caution comme les autres à la seule différence qu'elle n'a aucune obligation envers le créancier.

Contrairement aux autres modalités, le sous-cautionnement n'a pas été prévu dans l'Acte uniforme sur les sûretés.

Chapitre 2 : Formation du cautionnement

37. En tant qu'il est un contrat, le cautionnement, pour sa validité doit satisfaire à un certain nombre d'exigences. Mais les contours du cautionnement sont également

déterminés au moment de sa formation, car c'est dès ce moment que son étendue doit être précisée.

Section 1 - Conditions de validité du cautionnement

38. La validité du contrat de cautionnement est soumise à des exigences qui concernent les parties au contrat de cautionnement (§1) et l'acte de cautionnement (§2).

§1 - Conditions relatives aux parties

39. Si toutes les conditions de validité des contrats doivent normalement être réunies s'agissant du cautionnement, celui-ci donne parfois lieu à des difficultés particulières qui ont trait au consentement des parties (A), à leur capacité et leur pouvoir (B) ou à la cause du cautionnement (C). Par ailleurs, une condition particulière de solvabilité a été exigée de la caution (D).

B - Consentement

40. Le cautionnement est formé par un accord de volontés entre la caution et le créancier. Il suppose donc le consentement des deux parties qui doit exister et être exempt de tout vice.

41. Si le consentement des parties existe presque toujours, par contre il n'est pas souvent exempt de vices surtout de la part de la caution. La violence est rarement invoquée dans le cautionnement, ce qui n'est pas le cas de l'erreur (1) et du dol (2).

I - Erreur dans le cautionnement

42. Les dispositions de l'article 1110 du code civil relatif à l'erreur s'appliquent au cautionnement. L'erreur suppose que le contrat ait été conclu sous l'effet d'une opinion contraire à la réalité. L'erreur sera généralement invoquée par la caution qui fait valoir qu'elle s'est trompée sur un élément de l'opération, sur sa signification ou sur son étendue. Mais, tous les cas d'erreur ne peuvent pas être admis comme cause de nullité du cautionnement. Certaines erreurs seront prises en compte, d'autres ne le seront pas.

43. Le motif d'erreur le plus fréquemment invoqué est l'erreur sur la solvabilité du débiteur. Bien que le rôle de la caution soit de garantir le créancier contre l'insolvabilité éventuelle du débiteur, c'est la caution qui elle-même invoque parfois le fait qu'elle s'est trompée sur la solvabilité de ce débiteur. Concrètement, la caution soutient que si elle avait su que la situation du débiteur était à ce point dégradée ou difficile, elle ne

se serait pas engagée en sa faveur. Autrement dit, elle estime avoir mal évalué ou n'avoir pas été en mesure d'évaluer cette situation. L'insolvabilité dont il s'agit ne peut être appréciée qu'au moment de la signature de l'engagement. Si le débiteur était solvable à ce moment mais que sa situation s'est dégradée par la suite, il ne peut y avoir erreur. S'agissant du traitement réservé à ce type d'erreur, la solution en droit français qui pourrait bien être reprise dans le contexte de l'OHADA est que l'erreur sur la solvabilité est indifférente en ce sens qu'elle ne peut affecter la validité du cautionnement. Il en est autrement si elle constitue un motif déterminant c'est-à-dire si les parties savaient au moment où elles se sont engagées que la caution en avait fait la condition de son engagement.

L'erreur invoquée peut être aussi l'erreur sur la nature de l'engagement. Ici, la caution prétend s'être trompée sur la nature de l'acte de cautionnement qu'elle croyait être une garantie de pure forme, un engagement simplement moral et sans valeur juridique. Ce sera surtout le fait de cautions civiles, non expérimentées et parfois analphabètes. Très souvent, ce vice n'est pas admis. L'exigence de la mention manuscrite désormais imposée avec la formalité de substitution prévue, à savoir la présence des témoins pour les cautions analphabètes, devrait réduire les hypothèses où ce vice peut être soulevé.

En dehors de la solvabilité du débiteur et de la nature de l'engagement, l'erreur pourrait être soulevée pour des motifs aussi divers que l'erreur sur l'affectation du crédit ou sur l'existence d'autres sûretés. Pour être admises les conditions de droit commun devraient être réunies.

II - Dol dans le cautionnement

44. Sur le fondement de l'article 1116 du code civil, le cautionnement pourra être annulé pour dol. Le dol est cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé. Le dol peut provenir soit d'un acte positif du contractant soit d'un simple silence, d'une simple réticence de ce dernier.

45. Le dol est fréquemment invoqué par les cautions qui, poursuivies en paiement, arguent du manque de loyauté dont elles ont été victimes lors de la conclusion du cautionnement (Pour un cas où le dol n'a pas été admis faute de preuve, voir CS de Côte d'Ivoire, chambre judiciaire, arrêt n° 243/02 du 14 mars 2002, Actualités Juridiques n° 37/2003, p. 12 ; ohadata J-04-62). L'auteur du dol est habituellement le débiteur qui ayant intérêt à ce que la caution accepte de le garantir, peut être tenté d'user de manœuvres déloyales. (Exemple : la caution se rend compte après coup que le débiteur a procédé à la falsification de chiffres pour dissimuler sa véritable situation financière et l'amener à le cautionner).

Pourtant ces manœuvres qui proviennent du débiteur ne peuvent pas être prises en considération car le dol qui peut être sanctionné doit être le fait du créancier. Le contrat de cautionnement sera annulé si celui-ci a par exemple donné des renseignements inexacts ou dissimuler des informations qui, si elles avaient été communiquées, auraient empêché la caution de s'engager. Par ailleurs, le créancier pourrait être poursuivi comme complice du dol émanant du débiteur. Il en est ainsi par exemple si le banquier, sachant la situation compromise d'un client, n'en informe par la caution. Malheureusement, il ne pèse pas une obligation générale d'information sur le créancier qui aurait eu pour effet de contrecarrer la réticence observée mais dans certains cas précis, une obligation d'information est imposée. Il y a certainement ici une insuffisance de l'Acte uniforme car l'obligation d'information prévue par l'article 25 de l'AUS ne pèse sur le créancier qu'après la conclusion du contrat.

B - Capacité et pouvoirs

46. La caution doit avoir la capacité nécessaire pour se porter caution. Le mineur non émancipé ne peut naturellement pas se porter caution de même qu'une personne majeure déclarée incapable. Le problème de capacité pour souscrire un cautionnement peut se poser de manière toute particulière en matière de régimes matrimoniaux et il faudra se référer aux règles applicables en la matière.

47. S'agissant des pouvoirs, le cautionnement peut être souscrit par un mandataire dès lors que les conditions du mandat sont réunies. Mais le problème de la représentation et des pouvoirs se pose surtout pour les personnes morales. La seule réponse apportée par le texte à cette question, dans le cas de défaut de pouvoir du débiteur est donnée à l'article 17 nouveau de l'AUS qui dispose que « Le défaut de pouvoir du représentant pour engager la personne morale débitrice ne peut être invoqué par la caution de celle-ci que si l'obligation principale n'est pas valablement constituée, sauf lorsque la personne débitrice a confirmé cette obligation et que la caution a expressément renoncé à se prévaloir de la nullité de ladite obligation ».

Il faut par ailleurs faire recours aux règles de droit des sociétés et plus particulièrement à celles prévues par l'Acte uniforme OHADA sur les sociétés commerciales. En effet, le législateur a spécialement réglementé, pour certains types de sociétés, les pouvoirs du représentant de la société relativement à la constitution des sûretés. La solution retenue est parfois soit l'interdiction, soit l'autorisation.

Pour les sociétés commerciales et particulièrement les sociétés anonymes, il faut l'autorisation, soit du conseil d'administration (article 449 AUSCGIE) pour les SA avec conseil d'administration, soit de l'administrateur

général dans l'hypothèse de SA avec administrateur général (article 506). L'interprétation des textes avait laissé penser que ces régimes de protection ne concernaient pas les banques dont l'activité principale est l'octroi des crédits dont font partie les opérations de cautionnement. Celles-ci étaient dès lors considérées comme des opérations courantes non soumises à autorisation. La solution contraire a été retenue il y a quelques années déjà par la CCJA dans l'avis rendu le 26 avril 2000 (CCJA, avis n° 02/2000/EP du 26 avril 2000, note SOUOP S. in *Juridis périodique*, n° 46, avril-juin 2001, p. 95 ; BA BASSIROU, La garantie des engagements des tiers par les banques. Remarques sur l'avis consultatif n° 2/2000/EP de la CCJA du 26 avril 2010, *ohadata J-02-03* ; *ohadata D-03-10*). Il ressort de cet avis que l'article 449 de l'AUSCGIE qui impose que les cautions, avals et garanties donnés par la société anonyme pour le compte des tiers doivent faire l'objet d'autorisation préalable du conseil d'administration, s'applique même aux banques et aux établissements de crédit en général. Le non-respect de cette règle est susceptible d'entraîner la nullité de l'opération.

Pour les autres formes de sociétés, il faut appliquer les règles de représentation. Ainsi, « Est régulier, l'acte de cautionnement consenti par un gérant en vertu d'un mandat spécial conféré par l'unanimité des associés et qui équivaut à une modalité extensive l'objet social (...) » (En ce sens : Tribunal régional hors classe de Dakar, audience éventuelle, jugement n° 499 du 8 mars 2000, GIE PAN Industrie et SCI République c/ société Crédit sénégalais, *ohadata J-04-23* ; Répertoire quinquennal OHADA, p. 324).

C - Cause du cautionnement

48. De manière générale, la cause dans un contrat évoque la raison qu'on a eue de contracter, le but que l'on a poursuivi en le faisant. La conclusion du contrat de cautionnement a toujours une cause car elle peut être justifiée par toutes sortes de raisons : familiales, amicales, commerciales. Cette cause doit être licite et morale. Les problèmes d'absence et d'illicéité ou d'immoralité de la cause se posent peu en pratique. On pourrait toutefois envisager par exemple le cas d'un cautionnement donné par un concubin pour garantir le crédit octroyé à sa concubine qui tombe sous le coup d'un cautionnement immoral ou celui donné par un ami à un autre en garantie d'un prêt destiné à acquérir des armes qui serait lui, sanctionné comme cautionnement illicite. Par contre, la disparition de la cause est un vice assez souvent invoqué par les contractants surtout ceux qui se trouvent dans une situation particulière parce qu'ils ont eu une relation particulière avec le débiteur à un moment donné.

Le problème qui se pose, à partir de ces exemples, est celui de savoir si les cautions doivent être libérées de leur engagement ou si elles restent tenues malgré tout.

La cause devant être appréciée au moment même de l'engagement de la caution, sa disparition ultérieure ne devrait pas affecter l'efficacité du contrat. C'est la solution retenue par la Cour de cassation française il y a quelques années déjà. Mais on admet parfois que si les parties ont considéré cette cause comme un motif déterminant de leur engagement, sa disparition ultérieure entraîne l'effacement des engagements de la caution tout au moins pour les engagements qui n'étaient pas nés avant la survenance de l'élément pris comme déterminant.

D - Solvabilité de la caution

49. En plus des conditions générales requises pour contracter, la caution doit remplir des conditions particulières qui ont été introduites dans le nouveau droit des sûretés OHADA. Outre la domiciliation ou l'élection de domicile dans le ressort territorial de la juridiction où elle est fournie, l'article 15 de l'AUS impose surtout que la caution fournie soit solvable ou mieux présente des garanties de solvabilité. Si elle ne l'est pas, le créancier est en droit de la refuser et dans ce cas, la loi permet à la caution de la remplacer par une sûreté réelle. L'article 16 ajoute que la caution ne doit pas être solvable uniquement au moment où elle est constituée mais qu'elle doit l'être « en permanence » de sorte que l'insolvabilité survenue oblige le débiteur à remplacer cette caution par une autre ou par une sûreté réelle. La seule exception concerne le cas où le créancier a subordonné son consentement au contrat principal à l'engagement d'une caution nommément désignée. Dans ce cas, la caution doit être maintenue en dépit de son insolvabilité.

§2 - Conditions relatives à l'acte de cautionnement

50. L'article 14 nouveau de l'AUS dispose : « Le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation garantie. Il se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention, écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme exprimée en lettres ». Cette disposition se substitue à l'article 4 de l'AUS antérieur à la réforme qui disposait que « le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation. À peine de nullité, il doit être convenu de manière expresse entre la caution et les créanciers. Le cautionnement doit être constaté dans un acte comportant la signature des parties et la mention écrite de la main de la caution de la somme maximale garantie, en toutes lettres et en chiffres (...) ». Sous l'empire de cette législation, il était admis que le cautionnement devait être expressément consenti. En l'absence de preuve que le cautionnement était convenu de façon expresse entre les parties, il y avait lieu à la

nullité de l'engagement consenti (En ce sens : Tribunal de première instance de Gagnoa, jugement n° 79 du 4 juin 2003, affaire O. c/ V., ohadata J-04-388 ; Le Juris Ohada, n° 3/2004, p. 41, répertoire quinquennal OHADA, p. 325 ; TGI de Ouagadougou, jugement n° 424/2005 du 28 septembre 2005, L'entreprise DIBGOLONGO c/ Nare Mouini et Nabile Rosalie, ohadata J-07-106).

51. Il ressort désormais de l'article 14 que le cautionnement ne se présume pas. Mais, selon cet article, l'écrit ne peut constituer qu'un moyen de preuve à condition qu'il comporte la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention écrite de la main de celui-ci.

A - Écrit

52. L'écrit peut être constitué par un acte sous seing privé ou par un acte notarié. En pratique, pour les cautionnements bancaires (ceux donnés par les banques ou consentis au profit des banques), l'acte de cautionnement se présente sous la forme de formulaires imprimés et préétablis (contrats-types) dont seules certaines mentions particulières varient suivant les cas. Cet écrit comporte généralement toutes les informations relatives aux parties (identification du créancier et de la caution et de leurs représentants le cas échéant), à l'opération principale garantie (nature, montant, durée, modalités d'exécution, etc.), aux modalités du cautionnement (montant, durée, conditions de réalisation, d'extinction, etc.). Mais, lorsque le cautionnement est consenti occasionnellement, l'écrit est rédigé par les parties elles-mêmes.

B - Contenu de l'écrit

53. Pour servir de moyen de preuve, l'écrit doit comporter les mentions exigées par l'article 14 précité à savoir la signature des parties et la mention manuscrite de la caution.

I - Signature des parties

54. L'acte de cautionnement doit être signé « des deux parties » que sont le créancier et la caution. Elles peuvent le faire personnellement mais la signature pourrait être faite également par leurs représentants régulièrement désignés. À défaut de précision, la signature pourrait être apposée par tout procédé même non manuscrit. Sous l'empire de la législation antérieure, le refus ou l'absence de signature du contrat de cautionnement quel qu'en soit le motif était sanctionné par la nullité de l'acte (Pour un cas d'application, voir CCJA, arrêt n° 018/2003 du 19 octobre 2003, Sté Afrocom c/ Caisse de stabilisation et de soutien des prix des produits agricoles, CESSA in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage sous la direction de POUYOUÉ P.G. et KUATE

TAMEGHE S.S., L'Harmattan, 2010, p. 257, observations Batouan-Bouyom J.A. Dans cette affaire, les juges de la CCJA après avoir décidé que le cautionnement en cause conclu après l'entrée en vigueur de l'AUS devait se conformer aux dispositions de cet Acte uniforme, devait conclure à la nullité du cautionnement conclu au motif que les actes de cautionnement conclus ne comportaient pas la signature du bénéficiaire comme le prescrivait l'article 4 de l'AUS dans sa version antérieure à la réforme. Voir également, TPI Abidjan, n° 31 du 22 mars 2001, CSSPA C/ Sté Afrocom, Ecobank et BACI cité par J. ISSA SAYEGH in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, 3^e éd., Juriscope, 2008, p. 660). Avec la réforme intervenue, l'écrit n'étant qu'un moyen de preuve, l'absence de signature de l'écrit ne l'annule pas mais en fait simplement un commencement de preuve.

II - Mention manuscrite de la caution

55. Pour être admis comme preuve de cautionnement, l'écrit doit comporter la mention manuscrite de la caution. « Mention manuscrite » signifie littéralement mention faite à la main. L'article 4 exige qu'en plus de la signature apposée sur l'acte de cautionnement, la caution écrive de sa main, le montant de la somme qu'elle a accepté de garantir. C'est dire que le reste de l'acte peut être rédigé même en caractère d'imprimerie mais s'agissant du montant, celui-ci devra être porté de la main de la caution.

L'exigence de la mention manuscrite n'est pas tout à fait nouvelle en matière de cautionnement (lire à ce propos KALIEU Y., La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA, ohadata D-03-02). Le droit OHADA s'est inspiré de la doctrine et de la jurisprudence française qui, par une interprétation combinée des articles 1326 et 2015 (dans la version antérieure à la réforme de 2006) du Code civil, avaient fait de la mention manuscrite une interprétation particulière en matière de cautionnement. La mention manuscrite a été ainsi considérée non comme une simple exigence de preuve mais comme une règle ayant pour finalité la protection de la caution et donc une condition de validité du cautionnement. Mais la jurisprudence est revenue sur cette interprétation pour faire de cette mention une simple règle de preuve (Sur cette évolution jurisprudentielle sur le rôle de la mention manuscrite, lire par exemple : ALBIGES C., DUMOND-LEFRAND M. P., Droit des sûretés, Dalloz, Paris, collection HyperCours, 2007, n° 95 et s. ; SIMLER, P., Cautionnement et garanties autonomes, Litec, 3^e éd., 2000, p. 33, n° 365 ; SIMLER P., et DELEBECQUE P., Les sûretés La publicité foncière, Dalloz, 3^e éd., 2000, n° 100 et s.). Toutefois, le législateur français a fait dans certains cas bien précis (cas du cautionnement d'un crédit à la consommation et du cautionnement conclu par une personne physique avec un créancier professionnel) de la mention manuscrite une condition de validité de l'engagement de la caution (ALBIGES et DUMOND-LEFRAND, préc., n° 100 et s.).

L'Acte uniforme pour sa part fait de la mention manuscrite portée dans l'acte de cautionnement, une preuve pour tout type de contrat (conventionnel, légal ou judiciaire), quelle que soit la qualité de la caution (civile, professionnelle, commerçante) et quelle que soit l'étendue de la dette garantie. Dans aucun cas, la mention manuscrite ne peut donc constituer une condition de validité du cautionnement.

Quant à son contenu, la mention doit porter sur la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires. Le principal c'est ce qui résulte de l'engagement initial de la caution. Les accessoires ce sont par exemple les intérêts produits par la somme ou ceux dus en cas de retard de paiement. Les autres accessoires sont par exemple les frais de recouvrement engagés par le débiteur pour recouvrer sa dette : frais de mise en demeure, frais d'huissier, etc. Cette somme maximale doit être écrite en chiffres et en lettres. Et en cas de différence entre les deux montants, c'est la somme en lettres qui sera retenue. Aucune formule n'est exigée mais il faut et il suffit que le montant garanti apparaisse dans la mention.

Sous l'empire de la législation antérieure, l'engagement aux accessoires et frais supposait que la caution ait expressément mentionné de sa main qu'elle acceptait de les payer. C'est ce que l'on déduisait de l'ancien article 8 de l'AUS selon lequel « Le cautionnement d'une obligation peut s'étendre outre le principal, et, dans la limite de la somme maximale garantie, aux accessoires de la dette et aux frais de recouvrement de la créance y compris ceux postérieurs à la dénonciation qui est faite à la caution, à condition que cet engagement résulte d'une mention manuscrite de la caution conformément aux dispositions de l'article 4 ci-dessus ». En cas de silence, on en déduisait que le montant porté sur l'acte correspondait uniquement au principal de la dette. Cette exigence supplémentaire était faite essentiellement dans le but de renforcer la protection des cautions, car de nombreux contentieux en matière de cautionnement naissent de ce que les cautions estiment qu'il y a une disproportion énorme entre l'engagement pris et ce qui est exigé quelques années après par les créanciers. Cela résulte de ce que faute de précision et faute d'être suffisamment informée et avertie, la caution pense n'avoir cautionné que le principal alors que certaines clauses du contrat étendent parfois son engagement aux intérêts et accessoires de la dette. En étant obligée de porter dans le contrat les différents éléments de la dette cautionnée dont elle ne saurait être tenue en l'absence de toute mention, la caution se voyait mieux protégée et toute clause du contrat l'engageant au-delà de la mention n'était pas valable. À défaut d'un engagement exprès, les intérêts et accessoires devaient être payés par le débiteur lui-même si la caution s'était acquittée du principal.

Désormais, la somme maximale inscrite par la caution s'étend automatiquement outre le principal, aux intérêts et autres accessoires sauf clause contraire, conformément à l'article 18 nouveau.

Le législateur a voulu faire de l'écrit comportant la signature des parties et de la mention manuscrite, la preuve du cautionnement. Il faut donc se demander comment prouver le cautionnement en l'absence de ces éléments ou alors quel est le sort de la mention manuscrite lorsqu'elle est insuffisante ou incomplète. En application des règles du droit commun et en s'inspirant du droit français, on peut dire que la mention insuffisante peut valoir commencement de preuve par écrit, devant être complétée par d'autres éléments tels que la qualité de la caution (ex. un dirigeant qui s'est porté caution), l'intervention de la caution dans l'acte constatant l'engagement principal, etc.

Avant la réforme, l'absence de mention manuscrite était sanctionnée par la nullité du cautionnement. C'est en ce sens qu'avait statué la Cour commune de justice et d'arbitrage dans un arrêt rendu en 2003 (Arrêt n° 018/2003 du 19 octobre 2003, Sté Afrocom c/ Caisse de stabilisation et de soutien des prix des produits agricoles (CSSPA) in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage sous la direction de POUGOUÉ P.G. et KUATE TAMEGHE S.S., L'Harmattan, 2010, p. 257, observations Batouan-Bouyom J.A. ; Le Juris Ohada, n° 4/2003, p. 10, note Brou Kouakou M. ; Recueil de jurisprudence CCJA, n° 2, juil.-déc. 2003, p. 30). Dans cette affaire, les juges de la CCJA après avoir décidé que le cautionnement en cause, conclu après l'entrée en vigueur de l'AUS devait se conformer aux dispositions de cet Acte uniforme, avaient conclu à la nullité du cautionnement au motif entre autres que les actes de cautionnement ne comportaient pas « la mention écrite de la main de la caution de la somme maximale garantie ». Voir également : Tribunal de première instance de Yaoundé centre administratif, ordonnance n° 794/C du 8 juillet 2004, Tioma Hélène, Kamche SARL c/ Chembou Annie et autres, ohadata J-04-418 ; Répertoire quinquennal préc., p. 324.

S'interrogeant sur la nature de cette nullité, certains auteurs, se fondant sur la position quoiqu'implicite de la CCJA dans l'arrêt précité affirmaient qu'il s'agissait d'une nullité absolue (Batouan-Bouyom J.A., observation sous arrêt n° 018/2003 du 19 octobre 2003, Sté Afrocom c/ Caisse de stabilisation et de soutien des prix des produits agricoles (CSSPA), in Les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, précité, p. 268).

L'exigence de la mention manuscrite comporte quelques exceptions, car la pleine efficacité de la mention manuscrite suppose que la caution puisse comprendre le sens de cet acte c'est-à-dire qu'elle puisse au moins lire et écrire. Or, tel n'est pas toujours le cas car le cautionnement reste encore bien souvent dans l'environnement des pays de l'OHADA un service amical ou familial rendu même par des personnes ne sachant ni lire ni écrire. C'est ce qui justifie l'atténuation importante qui a été apportée à l'exigence de la mention manuscrite.

Lorsque la caution ne sait pas ou ne peut pas écrire, une formalité de substitution a été instaurée par l'article 14 alinéa 3. Elle sera assistée de deux témoins dont le rôle est non pas de porter la mention en ses lieu et

place mais de certifier son identité et sa présence et d'attester que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés. Ces deux témoins qui sont en réalité plus que cela jouent presque un rôle d'interprète et d'assistants puisqu'ils sont chargés de faire comprendre à la caution ce qui est contenu dans l'acte de cautionnement. La mise en place de cette formalité si elle peut permettre à un plus grand nombre de personnes de se porter caution en connaissance de cause, donnera cependant lieu à quelques difficultés. Par exemple, on peut se demander à qui revient l'initiative de faire appel à des témoins si par hypothèse la caution principale, que cette mesure est destinée à protéger ignore son existence car étant analphabète. Le débiteur bien que non partie à la convention de cautionnement mais qui y a le plus intérêt pourrait prendre l'initiative en sollicitant une telle caution de trouver en même temps des témoins pour l'assister.

Section 2 - Étendue du cautionnement

56. Le caractère accessoire du cautionnement a comme conséquence première que l'engagement de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal ni être contracté à des conditions plus onéreuses que l'obligation principale sous peine de réduction (article 17 nouveau al. 3). Cette conséquence est renforcée par l'article 17 alinéa 4 qui dispose : « Le débiteur principal ne peut aggraver l'engagement de la caution par une convention postérieure au cautionnement ». Par ailleurs, aux termes de l'article 18 nouveau, le cautionnement peut être contracté pour une partie seulement de la dette et sous des conditions moins onéreuses.

57. Pour déterminer l'étendue de l'engagement de la caution, on distingue classiquement selon que le cautionnement est déterminé (§1) ou qu'il est indéterminé (§2).

§1 - Cautionnement déterminé

58. Il est encore appelé cautionnement limité. Il s'agit du cas où la somme cautionnée est exactement et limitativement déterminée dans l'acte de cautionnement et plus précisément dans la mention manuscrite. En effet, la caution peut limiter son engagement c'est-à-dire décider de ne payer qu'une partie de la dette principale qui sera éventuellement due. Ici, l'engagement est limité à une certaine somme par rapport à un montant qui est indéterminé au jour de l'engagement ou qui est lui-même déterminé.

Mais les dispositions de l'article 14 de l'AUS doivent être respectées à la lettre. À cet effet, l'article 14 précité impose que ladite somme soit écrite en toutes lettres et

chiffres. Exemple : si la somme due est de X F CFA, La garantie de cette dette par la caution lui fait obligation de porter dans l'acte de cautionnement la mention suivante : « ce cautionnement garantit la somme de X F CFA ».

§2 - Cautionnement indéterminé

59. C'est l'hypothèse où la caution ne limite pas son engagement par rapport à la dette principale qui peut être elle-même déterminée ou indéterminée et même indéterminable. Cette hypothèse correspond à ce que l'Acte uniforme qualifie de « cautionnement général des dettes du débiteur principal ». On parle aussi de cautionnement « omnibus ». Sont ainsi qualifiés le cautionnement donné pour le solde débiteur du compte courant d'une entreprise ou le cautionnement de toutes les dettes du débiteur à l'égard d'un créancier donné (ex. Le cautionnement des dettes dues par un locataire à son bailleur).

60. Ce type de cautionnement pouvant amener les cautions à opposer de vives contestations lors du paiement, l'article 19 nouveau AUS a prévu des restrictions à la conclusion de tels engagements. Autrement dit, le cautionnement général comporte des limites légales. D'abord, il est prévu que le cautionnement général des dettes d'un débiteur ne s'entend sauf clause contraire que de la garantie des dettes contractuelles directes. Ainsi, la caution ne serait pas tenue par exemple des dommages-intérêts de nature délictuelle ou de l'indemnité d'occupation due par le locataire après la résiliation du bail. Ensuite, ce type de cautionnement ne couvre pas, sauf clause contraire, les dettes du débiteur principal antérieures à la signature de l'acte. C'est dire que le cautionnement général ne garantit que les dettes postérieures à la conclusion du contrat, ce qui, dans le cas par exemple de la garantie d'un compte courant dont le principe est l'indivisibilité, impose de déterminer le solde provisoire antérieur à l'engagement de la caution. Par ailleurs, l'engagement doit être conclu sous peine de nullité pour une somme maximale librement déterminée ce qui permet de respecter les exigences de la mention manuscrite prescrites par l'article 14 dont la rédaction générale impose qu'elle soit respectée même si le cautionnement est général. Ceci revient à dire qu'il faudra toujours qu'un montant maximum soit fixé même si la loi prévoit que ce montant peut être renouvelé dès qu'il est atteint. Ce renouvellement peut être fait autant de fois que cela est nécessaire mais il doit être exprès. Il ne saurait donc y avoir de reconduction tacite et toute clause contraire est réputée non écrite. Enfin, cette forme de cautionnement est essentiellement révocable même si le montant garanti n'est pas atteint. La caution reste donc maître de son engagement et peut décider à tout moment de le continuer ou d'y mettre fin (Sur le cautionnement indéterminé, voir également Martor B., Comparaison de deux sûretés personnelles : le cautionnement et la lettre de garantie, in JCP éd. Entreprise et affaires, n° 44

du 28 octobre 2004, suppl., n° 5 L'OHADA Dix années d'unification du droit des affaires en Afrique, p. 21 et s.).

Chapitre 3 : Effets du cautionnement

61. Le caractère accessoire du cautionnement influence largement sa réalisation. Le cautionnement produit ses effets par l'exercice des poursuites de la caution contre le débiteur (Section 1). Mais ce dernier dispose de recours lorsqu'il a payé et exceptionnellement avant d'avoir payé (Section 2).

Section 1 - Poursuites du créancier contre la caution

62. Le principal effet du cautionnement est le paiement par la caution de la dette contractée par le débiteur principal, en cas de défaillance de celui-ci. L'article 23 de l'AUS dispose à cet effet que « la caution n'est tenue de payer la dette qu'en cas de non-paiement du débiteur principal ». La mise en œuvre des poursuites (§1) est subordonnée à certaines conditions (§2).

§1 - Conditions d'exercice des poursuites

63. En cas de non-paiement par le débiteur principal, le créancier a le droit de poursuivre la caution pour se faire payer. Cependant, cette poursuite est soumise à des préalables. Il faut prouver la défaillance du débiteur principal (A) suite à l'exigibilité de la dette (B).

A - Exigibilité de la dette

64. En raison du caractère accessoire de son engagement, la caution ne peut être poursuivie qu'en cas d'exigibilité de la dette c'est-à-dire si la dette contractée par le débiteur principal est arrivée à terme. Malgré ce principe, l'exercice des poursuites peut entraîner des difficultés particulières en cas de déchéance du terme ou de prorogation de celui-ci. Des solutions ont été proposées dans l'Acte uniforme pour l'une et l'autre hypothèses.

I - Hypothèse de la déchéance du terme

65. Il y a déchéance du terme si la dette du débiteur principal doit être payée avant l'échéance convenue. (Exemple : un prêt consenti au débiteur en mars 2009 et dont le remboursement était prévu pour janvier 2011 est exigible dès juin 2010).

Les causes de déchéance sont variées. Elle est due parfois à la diminution des sûretés que le débiteur principal avait consenties au créancier, au défaut de paiement d'une échéance, à l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur ou pour certaines causes prévues dans la convention de prêt.

66. Le problème majeur qui se pose est celui de savoir si cette déchéance à l'égard du débiteur principal affecte la caution qui a garanti le paiement de la dette. À cet effet, le législateur OHADA est clair. Au terme de l'article 23 al. 4 de l'AUS, la déchéance du terme accordée au débiteur principal ne s'étend pas automatiquement à la caution qui ne peut être requise de payer qu'à l'échéance fixée à l'époque où la caution a été fournie. Cette règle est d'ordre public car une clause contraire ne pourrait être admise. Toutefois, la caution encourt elle-même la déchéance du terme si après mise en demeure elle ne satisfait pas à ses propres obligations à l'échéance fixée. Cette exception suppose que l'on se retrouve dans l'hypothèse où une partie seulement de la dette a été exigée de manière anticipée et qu'une autre partie n'est due qu'à l'échéance initiale. Dans ce cas, la caution qui est poursuivie suivant les termes du contrat et qui ne s'exécute pas subira à son tour la déchéance du terme.

II - Hypothèse de la prorogation du terme

67. Elle se traduit par le prolongement de la date d'exigibilité de la dette. (Exemple : Un emprunt devait être initialement remboursé à compter du 1^{er} trimestre de l'année 2012 mais le débiteur obtient du créancier un échelonnement de sorte que le remboursement ne commencera à courir qu'au quatrième trimestre de 2012).

L'article 23 al. 3 AUS dispose que la prorogation du terme accordée au débiteur principal par le créancier doit être notifiée par ce dernier à la caution c'est-à-dire que celle-ci doit en être expressément informée. La caution, informée peut avoir deux attitudes différentes :

- Elle refuse la prorogation car elle n'est pas tenue d'accepter le bénéfice de la prorogation du terme. Dans ce cas, elle peut poursuivre le débiteur en paiement ou obtenir contre ce dernier des mesures conservatoires ou des garanties. Cela peut s'expliquer par le fait que le report de la date de remboursement pourrait entraîner l'insolvabilité du débiteur principal qui avait pourtant pris des dispositions pour payer la dette à l'échéance ou pour rembourser la caution qui aurait payé. Autrement dit, la caution craint que le débiteur qui est actuellement solvable ne le soit plus lorsque la nouvelle date d'exigibilité sera arrivée.
- Elle accepte la prorogation car contrairement à la déchéance, la caution peut bénéficier des prorogations du terme accordées au débiteur principal. Dans cette hypothèse, qui est la plus courante, elle

ne sera poursuivie en paiement qu'après l'écoulement du délai supplémentaire accordé au débiteur principal. La solution est toutefois contraire lorsque la prorogation du terme est d'origine légale : moratoire légal, grâce accordée par le juge ou en cas d'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur. Ainsi, les remises accordées dans le cadre d'une procédure de règlement préventif ou de redressement judiciaire ne profitent pas à la caution selon l'article 134 de l'AUPCAP qui précise à cet effet que : « le concordat de redressement accordé au débiteur principal ne profite pas à la caution (...) ». Cette solution s'explique par le fait que la constitution d'une caution a justement pour but pour le créancier, de se prémunir contre la survenance de tels événements qui affectent le paiement de la dette par le débiteur principal.

68. Si la caution ne peut être poursuivie que dans la mesure où la dette est devenue exigible, encore faut-il que le créancier prouve la défaillance du débiteur principal.

B - Défaillance du débiteur principal

69. L'article 23 al. 1 rappelle que la caution n'est tenue de payer la dette qu'en cas de non-paiement du débiteur. Une fois de plus, c'est la conséquence du caractère accessoire et subsidiaire du contrat de cautionnement. La défaillance prouvée du débiteur principal est un préalable à la poursuite de la caution. Cette défaillance doit être constatée et la caution doit en être informée.

70. S'agissant de la constatation de cette défaillance, l'article 23 précité prévoit qu'elle résulte d'une mise en demeure de payer adressée au débiteur et restée sans effet. La mise en demeure permet de constater « officiellement », « formellement », le défaut d'exécution de son obligation par le débiteur. En même temps, le créancier exprime par là sa volonté d'obtenir l'exécution. C'est pourquoi elle est considérée en quelque sorte comme une sommation, le dernier avertissement avant que ne soit mise en œuvre une quelconque sanction. Par exemple, après la mise en demeure, les intérêts moratoires c'est-à-dire pour retard pourront commencer à être comptabilisés.

L'exigence de la mise en demeure préalable est obligatoire lorsqu'un prêt est assorti d'un cautionnement. Si la mise en œuvre des autres mesures d'exécution forcée ou d'autres sûretés constituées n'est pas subordonnée à la mise en demeure, la poursuite de la caution est quant à elle conditionnée par une mise en demeure adressée au débiteur et qui est restée sans effet c'est-à-dire qu'après le délai assorti, ce dernier ne s'est pas toujours exécuté. À défaut de précision du texte, la mise en demeure peut être faite sous quelque forme que ce soit : de la sommation par voie d'huissier à la simple lettre en passant par un commandement de payer ou une citation en justice.

L'exigence d'une mise en demeure constitue une protection supplémentaire pour les cautions car elle permettra de freiner la tendance des créanciers à poursuivre parfois trop facilement les cautions surtout si elles pressentent l'insolvabilité du débiteur.

71. Une fois la défaillance constatée par la mise en demeure, la caution doit en être avisée par le créancier dans le mois de la mise en demeure de payer adressée au débiteur principal et restée sans effet. Il s'agit d'une obligation légale imposée au créancier. Mais aucune forme n'est exigée. Il pourra s'agir d'une simple lettre adressée à la caution. Le créancier ne doit pas se contenter d'informer la caution de la défaillance car l'article 24 prévoit qu'il doit en même temps indiquer le montant restant dû en principal, intérêts et accessoires à la date de l'incident de paiement. À défaut, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de cet incident et la date à laquelle elle en a été informée. Toute clause contraire est réputée non écrite.

§2 - Mise en œuvre des poursuites

72. Le créancier ne peut poursuivre la caution, qu'elle soit simple ou solidaire qu'en appelant en cause le débiteur principal (En ce sens : CA d'Abidjan, arrêt n° 1070 du 27 juillet 2001, Toure G. et Toure A., c/ BICICI, Écodroit n° 13614, juil.-août 2002, p. 57 ; ohadata J-02-194). Lorsque la caution est poursuivie, c'est pour qu'elle paie. Elle peut donc réagir positivement en payant la dette du débiteur principal (A). Mais la caution peut aussi réagir négativement en opposant au créancier certains moyens de défense (B).

A - Paiement de la dette

73. La caution est tenue de la même façon que le débiteur principal. La caution poursuivie est tenue de payer une somme inférieure ou égale au montant de la dette due par le débiteur en principal, intérêts et accessoires mais dans les termes de son engagement initial. Ainsi, lorsque la caution est engagée dans les mêmes termes que le débiteur principal, elle doit être poursuivie par le créancier en cas de défaillance du débiteur (En ce sens : Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 131 du 2 février 1999, Banque Islamique du Sénégal c/ EGBEP, Cheikh Tidiane Niang et Abdoulaye Niang, ohadata J-05-81, répertoire quinquennal, préc., p. 325). Par contre, en présence de deux cautions garantissant deux dettes différentes, la caution ne sera poursuivie que pour la dette cautionnée par elle (En ce sens : CA de Dakar, Sénégal Construction International, Sérigne Gaye et Amady dady Ba c/ Maguette Wade et autres, ohadata J-05-96, répertoire quinquennal, préc. p. 326).

74. L'article 30 de l'AUS impose à la caution d'aviser le débiteur ou de le mettre en cause avant de payer. Cette précaution supplémentaire permet que le débiteur sache que les poursuites ont été effectivement engagées contre la caution suite à sa défaillance et qu'elle sera éventuellement tenue au remboursement de ce que la caution aura payé. Les conséquences de l'absence d'information du débiteur sont assez rigoureuses car la caution qui a payé sans avertir le débiteur ou le mettre en cause peut perdre son recours contre lui. Il en sera ainsi s'il a payé alors que la dette était déjà éteinte parce que réglée par le débiteur ou pour tout autre motif que ce dernier aurait pu invoquer. Une sorte de collaboration est ainsi imposée entre la caution et le débiteur. Mais le paiement ayant été reçu indûment par le créancier, la caution pourra toujours se retourner contre lui pour en obtenir le remboursement en mettant en œuvre l'action en répétition de l'indu.

À défaut de payer, la caution peut retarder le paiement en opposant certaines exceptions au créancier.

B - Moyens de défense

75. Poursuivie en paiement par le créancier, la caution peut opposer deux moyens de défense. Il s'agit d'une part du bénéfice de discussion (1) et d'autre part du bénéfice de division (2).

I - Bénéfice de discussion

76. Le bénéfice de discussion est le droit reconnu à la caution d'amener le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal. C'est l'une des conséquences du caractère accessoire de l'engagement de la caution. À cet effet, l'article 27 al. 2 dispose : « la caution simple, à moins qu'elle ait expressément renoncé à ce bénéfice, peut, sur premières poursuites dirigées contre elle, exiger la discussion du débiteur principal, en indiquant les biens de ce dernier susceptibles d'être saisis immédiatement sur le territoire national et de produire des deniers suffisants pour le paiement intégral de la dette ».

77. Son domaine est limité, car seule la caution simple et le certificateur de caution qui est toujours considéré comme une caution simple peuvent s'en prévaloir. Ce bénéfice est expressément refusé à la caution solidaire et à la caution judiciaire (voir par exemple : CA de Daola, 2^e chambre civile et commerciale, arrêt n° 32 du 5 février 2003, M... et F..., c/ Afric-Auto, Le juris-ohada, n° 4/2004, oct.-déc. 2004, p. 36, note Brou Kouakou M., ohadata J-05-174, répertoire quinquennal, préc., p. 327 ; TPI de Douala-Bonanjo, ord. n° 251 du 29 juin 2006, aff. OMAIS K. c/ la sté SDV Cameroun SA, ohadata J-07-81, note GATSI J. et Ngoue W.J.). Il faut noter que la caution simple peut refuser de se prévaloir de ce bénéfice par une renonciation expresse.

78. S'agissant de sa mise en œuvre, l'exercice du bénéfice de discussion pose le problème du moment et des conditions. En ce qui concerne le moment, il est à noter que le bénéfice ne joue pas de plein droit. Il doit être invoqué *in limine litis* par la caution c'est-à-dire dès les premières poursuites. Même le juge ne peut pas le mettre en œuvre d'office. Pour ce qui est des conditions, la caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur susceptibles d'être discutés c'est-à-dire d'être immédiatement saisis. Faute pour lui de faire cette indication au créancier, le bénéfice de discussion doit être refusé. Il faut que ces biens soient saisissables, qu'ils se trouvent sur le territoire national et qu'ils soient susceptibles de produire des sommes suffisantes pour le paiement intégral de la dette. Ces exigences assez rigoureuses montrent que le bénéfice de discussion ne doit pas être une mesure utilisée uniquement à des fins dilatoires par la caution qui sait que le débiteur principal est dans un état d'insolvabilité avérée.

Pour faciliter la saisie, la caution doit avancer les frais de la discussion. Ceci s'explique par le fait que le bénéfice de discussion est une faveur qui lui est faite et constitue une charge supplémentaire pour le créancier contraint d'entamer une nouvelle procédure contre le débiteur principal. Par ailleurs, elle permet d'éviter les abus.

79. Les conditions étant remplies, le bénéfice de discussion produit des effets tant à l'égard du créancier qu'à l'égard de la caution. S'agissant du créancier, il doit supporter les conséquences de sa faute s'il s'abstient de poursuivre le débiteur alors même que les conditions de discussion sont réunies. S'il le fait avec retard ou négligence, il est jusqu'à concurrence des biens indiqués responsable à l'égard de la caution de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par sa faute. À l'égard de la caution, l'exercice des discussions suspend les poursuites contre elles jusqu'à la fin de la procédure. Elles ne seront reprises que si la dette n'est pas intégralement payée. Mais la suspension totale des poursuites suppose que les biens indiqués soient susceptibles de couvrir la dette entière. Ce qui signifie en pratique que si les biens ne sont indiqués que pour une partie seulement de la dette, les poursuites seront menées parallèlement contre la caution et le débiteur.

Le bénéfice de discussion est une protection importante pour la caution si elle entretient des relations avec le débiteur lui permettant de connaître l'étendue de son patrimoine. Mais le cautionnement étant désormais présumé solidaire, cette protection risque de ne profiter qu'à peu de cautions.

II - Bénéfice de division

80. Il ressort de l'article 28 que s'il existe plusieurs cautions pour un même débiteur et une même dette, chacune d'elle peut, sur premières poursuites dirigées contre elle demander la division de la dette. Comme le

bénéfice de discussion, cette exception comporte un domaine et sa réussite est soumise à plusieurs conditions.

S'agissant du domaine, le bénéfice de division suppose qu'il y ait plusieurs cautions pour un même débiteur. Il faut par ailleurs qu'il n'y ait pas de solidarité entre ces cautions. Mais en cas de solidarité entre la caution et le débiteur, le bénéfice est admis. De même, la caution ne doit pas avoir renoncé à ce bénéfice.

Ses conditions d'exercice sont moins rigoureuses que celles exigées pour l'exercice du bénéfice de discussion. Le bénéfice de discussion est une exception dilatoire, tandis que le bénéfice de division est une exception péremptoire tendant à la limitation définitive des poursuites à la part contributive de la caution qui l'invoque et ce, contrairement au principe suivant lequel chaque caution doit être obligée à la totalité de la dette cautionnée.

La division ne peut être demandée qu'entre cautions solvables. La division peut être demandée en tout état de cause c'est-à-dire que la caution poursuivie peut soulever l'exception de division tant que le jugement de condamnation n'a pas été rendu et devenu définitif. Mais elle doit être expressément demandée, le juge ne pouvant pas la prononcer d'office.

Contrairement au bénéfice de discussion, les frais supplémentaires pouvant résulter d'une multiplication de procédures contre diverses cautions n'ont pas à être avancés par celle qui invoque le bénéfice de division. Ces frais doivent être exposés par le créancier lui-même. Par ailleurs, celui-ci peut, sans attendre que l'exception de division lui soit opposée, choisir dès le départ de diviser ses poursuites contre les différentes cautions.

Section 2 - Recours de la caution

81. La caution est poursuivie pour le paiement de la somme due par le débiteur principal. Cependant, elle doit être munie des recours juridiques lui permettant de ne supporter aucune contribution définitive compte tenu du caractère accessoire de son engagement. C'est ainsi qu'elle dispose de recours soit contre le débiteur (§1), soit contre les autres cautions lorsqu'il en existe (§2).

§1 - Recours contre le débiteur

82. Le débiteur exerce normalement son recours après paiement (A) mais il peut le mettre en œuvre exceptionnellement avant paiement (B).

A - Recours normal après paiement

83. Ce recours est qualifié de normal dans la mesure où il se justifie par le paiement réalisé par la caution au créancier. La caution solvens c'est-à-dire celle qui a payé est en droit de réclamer au débiteur le remboursement

de ce qu'elle a payé pourvu que certaines conditions soient remplies.

Celles-ci concernent essentiellement le paiement et le délai de recours. Le paiement doit avoir été effectué par la caution, en sa qualité de caution. Ce paiement doit être intégral, valable et libératoire (pour une application, voir CA de Daloa, arrêt n° 115 du 28 juillet 2005, DBY c/ GVC Wadama, le juris ohada n° 1, 2006, p. 39 ; ohadata J-07-04). Quant aux délais, la caution ne peut agir utilement que si l'action n'est pas prescrite.

Ces deux conditions remplies, la caution peut enfin poursuivre le débiteur principal pour rentrer dans son dû. Elle bénéficie pour cela de deux formes d'action : l'une dite personnelle, l'autre dite subrogatoire.

I - Action personnelle

84. Elle est prévue par l'article 32. Elle signifie que la caution qui a payé dispose d'un recours contre le débiteur principal. C'est la conséquence directe du caractère accessoire de l'engagement de la caution. C'est une exigence d'équité qui justifie que la caution n'ait pas à supporter définitivement la dette. La caution est en droit de réclamer au débiteur principal l'intégralité des sommes versées au créancier. Ce recours porte ainsi sur le principal, les intérêts et les frais engagés pour la procédure et éventuellement les dommages-intérêts. La finalité de ce recours est d'assurer à la caution solvens une indemnisation totale de tout ce qu'elle a eu à subir en exécutant son obligation, contrairement à l'action subrogatoire qui lui offre droit uniquement au remboursement de ce qu'elle a déboursé.

Le recours de la caution peut dans certains cas se heurter à celui du créancier lorsqu'elle n'a fait qu'un paiement partiel. Le problème va dès lors se poser de savoir, en cas d'insuffisance de l'actif du débiteur, qui devra être payé en priorité. La question est résolue à l'article 32 al. 2 qui prévoit que dans ce cas, la préférence est accordée à la caution. Cela peut s'expliquer par le fait que le créancier a toujours des moyens pour obtenir le paiement de sa dette et par l'idée que la caution ne doit pas être découragée d'intervenir pour satisfaire le créancier.

II - Action subrogatoire

85. Elle est prévue par l'article 31 al. 1 de l'AUS dont il ressort que la caution est subrogée dans tous les droits et garanties du créancier poursuivant pour tout ce qu'elle a payé au créancier. La subrogation est une conséquence légale du paiement fait par celui qui était tenu pour un autre. Par exemple, si le créancier dont la dette a été payée s'était fait consentir en plus du cautionnement, un nantissement de créances, ayant effectué le paiement en lieu et place du débiteur, la caution bénéficie automatiquement de ce nantissement

et peut le réaliser si le débiteur ne lui rembourse pas spontanément ce qu'elle a payé au créancier.

S'il y a plusieurs débiteurs solidaires, la subrogation est faite contre chacun d'eux pour tout ce que la caution a payé même si elle n'en a cautionné qu'un seul. Mais si les débiteurs sont conjoints, elle doit diviser ses recours. Bien que son étendue soit restreinte, car la caution ne pourra réclamer que ce qu'elle a payé au créancier à l'exclusion des intérêts, frais ou dommages-intérêts, le recours subrogatoire demeure plus efficace que le recours personnel.

B - Recours exceptionnel avant paiement

86. A priori, il peut paraître surprenant que l'on permet à la caution de réclamer ce qu'elle n'a pas encore payé et qu'on n'est pas sûr qu'elle paiera le moment venu. Pourtant le recours avant paiement est prévu par la loi elle-même. C'est l'article 35 de l'AUS qui prévoit ce recours. Son fondement est discuté (1) mais ses hypothèses sont certaines (2).

I - Fondement

87. Comment la caution peut-elle poursuivre le débiteur en paiement ou prendre des mesures conservatoires alors qu'elle n'a pas encore payé ? Aucun fondement précis n'a pu être trouvé à ce recours et la doctrine demeure partagée.

Pour certains auteurs, le recours préventif ne peut pas être une action en paiement ou en remboursement de la dette principale puisque la caution n'a jusqu'ici rien déboursé. Le débiteur aurait un grand intérêt à rembourser directement au créancier que de le faire entre les mains d'une caution qui n'a pas encore souffert d'un quelconque paiement. Ce recours avant paiement devrait alors être simplement qualifié d'action en paiement de la dette principale.

Pour d'autres, ce recours permet à la caution d'obtenir un véritable paiement anticipé de ce que le débiteur peut lui devoir à terme. La justification en est que ce recours permet d'éviter que la situation de la caution ne s'aggrave et que son remboursement ne soit compromis par l'attente du terme promis dans le contrat.

II - Hypothèses

88. Le législateur OHADA a pris le soin d'énumérer de manière limitative les hypothèses dans lesquelles le débiteur peut être poursuivi par la caution avant paiement. Toute caution, qu'elle soit simple ou solidaire, personnelle ou réelle, doit pouvoir exercer le recours si elle se trouve dans l'un des cas prévus. Il y en a quatre :

- Lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements ou est en déconfiture. Une interprétation

stricte de la notion de cessation de paiement entendue comme l'impossibilité pour un créancier de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, conduit à limiter le recours aux cas d'ouverture de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre le débiteur personne physique commerçante ou contre une personne morale. La mesure ne devrait donc pas être étendue au cas où seul un règlement préventif a été prononcé. Quant à la déconfiture, elle correspond à la situation des personnes physiques non commerçantes qui sont dans l'impossibilité de payer leurs dettes.

- Lorsque la caution est poursuivie en paiement. Dans ce cas, la caution poursuivie par le créancier va appeler en garantie le débiteur principal, sauf si celui-ci est soumis à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens (puisque dans ces cas, le débiteur bénéficie de la suspension des poursuites individuelles).
- Lorsque le débiteur est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps. C'est une hypothèse suffisamment rare dans la pratique qui signifie que le débiteur s'est engagé à libérer la caution de son engagement au bout d'un certain délai indépendamment du paiement ou non de la dette. Si à l'expiration de ce délai la caution reste tenue, elle peut demander un paiement anticipé au débiteur.
- Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme. On suppose ici que malgré l'arrivée du terme de la dette, le créancier n'a pas engagé de poursuites contre le débiteur principal et la caution ne souhaite pas continuer à assumer le risque d'insolvabilité du débiteur.

§2 - Recours contre les autres cautions

89. Si plusieurs cautions appelées cofidéjusseurs ont cautionné la même dette et si l'une d'elle a acquitté la totalité de celle-ci, il est normal qu'elle bénéficie de recours contre les autres garants. Ce recours trouve son fondement dans l'article 34 selon lequel « lorsqu'il existe plusieurs cautions simples ou solidaires pour une même dette, si l'une des cautions a utilement acquitté la dette, elle a un recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion ». Ce recours est soumis à des conditions (A) et produit des effets (B).

A - Conditions d'exercice

90. Pour que ce recours soit mis en œuvre, il faut que la caution poursuivante ait utilement acquitté la dette du débiteur. Il n'y aurait pas paiement utile si par exemple la caution a payé une dette qui n'était pas encore exigible ou si elle a payé sans en informer le débiteur qui avait déjà payé la dette. Par ailleurs, le paiement doit être effectif et libératoire pour les

autres cautions poursuivies, mais il peut être partiel. La caution solvens doit informer les autres cautions du paiement fait par elle au créancier. Ce n'est que sous ces conditions que son action pourra porter des fruits.

B - Effets

91. La caution poursuivante, c'est-à-dire la caution solvens, bénéficie de deux recours. Un recours personnel qui lui permet d'obtenir en plus du principal, des frais et des accessoires, le paiement des dommages-intérêts, et un recours subrogatoire qui lui permet d'être subrogé dans les droits du créancier et de profiter éventuellement des garanties qui lui ont été accordées par l'une des cautions. Ces recours s'exercent dans les mêmes conditions que les recours offerts au débiteur principal.

Le but de l'action est de faire supporter à chacune des cautions sa part et portion. Après déduction de sa part contributive, c'est-à-dire ce qu'elle est tenue de supporter définitivement, la caution doit diviser les poursuites. L'insolvabilité de l'une des cautions doit être supportée par toutes les cautions solvables conformément au droit commun des obligations.

Les calculs se compliquent parfois lorsque les différentes cautions se sont engagées dans des termes différents à l'égard du débiteur. Plusieurs hypothèses sont à distinguer : soit les deux cautions ont limité leur engagement mais chacune dans des proportions différentes, soit l'une des cautions a limité son engagement alors que l'autre a souscrit un cautionnement illimité. Plusieurs méthodes de calculs sont utilisées, parmi lesquelles la méthode proportionnelle.

Chapitre 4 : Extinction du cautionnement

92. Le caractère accessoire du cautionnement a pour principale conséquence que celui-ci s'éteint lorsque la dette cautionnée est elle-même éteinte. C'est l'extinction par voie accessoire (Section 2). Cependant l'obligation de la caution peut s'éteindre indépendamment du sort réservé à l'obligation principale. L'extinction du cautionnement peut alors intervenir par voie principale (section 1). Chaque fois que la caution aura perdu tout bénéfice de subrogation dans les droits du créancier, le cautionnement sera appelé aussi à s'éteindre (section 3).

Section 1 - Extinction par voie principale

93. L'extinction du cautionnement à titre principal est commandée par la distinction entre l'obligation de règlement (§1) et l'obligation de couverture (§2).

§1 - Extinction de l'obligation de règlement

94. L'obligation de règlement c'est l'obligation qui pèse sur la caution de payer les dettes effectivement nées entre le débiteur et le créancier autrement dit de « régler la dette garantie » (ALBIGES C. et DUMOND-LEFRAND M. P., préc., n° 198). La plupart des causes classiques d'extinction de l'obligation se retrouvent dans l'extinction de l'obligation de règlement, qu'il s'agisse de l'extinction par le paiement (A) ou de l'extinction par divers autres modes (B).

A - Extinction par le paiement

93. Comme toutes les autres obligations, le sort normal du cautionnement est son exécution par le paiement. Le cautionnement est éteint lorsque la dette principale a été payée par la caution. Le paiement doit donc être fait en cette qualité et il doit être intégral et valable.

L'extinction du cautionnement par l'effet du paiement suppose que le paiement ait été fait par la caution et qu'il ait été payé en qualité de caution. En cas de contestation, il lui appartient de prouver qu'il l'a fait en cette qualité.

Quant à la validité du paiement, conformément au droit commun des obligations, le paiement doit être valable, c'est-à-dire exempt de toute cause de nullité. Si pour une raison quelconque, le paiement effectué par la caution est nul, ses effets se verront aussi frappés de nullité avec la même rigueur. Par exemple, un règlement par chèque qui ne respecte pas la réglementation relative au chèque.

Pour ce qui est de l'intégralité du paiement, le créancier doit tirer du paiement qu'il reçoit de la caution, la satisfaction intégrale. Ce n'est donc qu'en cas de paiement intégral que la caution est totalement déchargée. Ce paiement peut être fait par remise d'espèces, remise de chèque ou virement bancaire.

B - Autres modes d'extinction

96. Il s'agit de situations dans lesquelles l'obligation est éteinte alors que le créancier n'a pas reçu la prestation attendue de la caution. Cela peut résulter de plusieurs circonstances qui dépendront ou non de sa volonté. Le législateur en a énuméré quelques-unes. L'article 37 de l'AUS prévoit expressément qu'en cas de remise de dette, compensation ou confusion, l'engagement de la caution est éteint sans que pour autant l'obligation principale soit éteinte.

I - Remise de dette

97. La remise de dette est une convention par laquelle le créancier consent à libérer gratuitement le débiteur de son obligation. Elle a un effet extinctif. La remise de dette accordée par le créancier à la caution met fin à l'engage-

ment de la caution. Dans l'hypothèse d'une pluralité de cautions c'est uniquement la caution qui en a bénéficié qui sera libérée. Le débiteur non plus n'est pas libéré.

II - Compensation

98. Il y a compensation lorsque deux parties étant réciproquement créancières l'une de l'autre, les deux dettes s'éteignent l'une par l'autre jusqu'à concurrence de la plus faible part. Elle permet de simplifier le paiement et également d'économiser le numéraire. C'est pour cela qu'elle est très développée dans la pratique et même dans le cautionnement. Ainsi, la caution peut se prévaloir de la compensation entre sa dette de règlement et une créance qu'elle détient contre le créancier de l'obligation cautionnée. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'article 37 de l'AUS qui parle de « compensation pour une créance personnelle ». Toutefois, seule la caution peut se prévaloir de la compensation et le débiteur principal quant à lui ne peut opposer au créancier la compensation de ce que le créancier doit à la caution avec la dette de règlement de celui-ci. Par contre, la caution peut bénéficier de la compensation entre la dette du débiteur et celle du créancier.

III - Confusion

99. C'est la réunion sur la tête d'une même personne des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation. D'après l'article 37 de l'AUS, la confusion qui s'opère entre la qualité de caution et celle de créancier fait disparaître l'engagement de la caution. L'obligation de la caution s'éteint d'office parce qu'elle n'a plus aucun intérêt. Il en est ainsi en cas de succession ou en cas de fusions de personnes morales.

Toutefois, en cas de pluralité de créanciers ou de débiteurs, la confusion n'éteint l'obligation que pour la part de celui des créanciers qui devient caution. De même, l'article 38 précise que la confusion entre la qualité de débiteur principal et celle de la caution lorsque l'une devient héritière de l'autre n'éteint pas l'action du créancier contre le certificateur de caution.

Il faut ajouter que la nullité du contrat de cautionnement a pour effet la libération rétroactive et totale de la caution. La nullité du cautionnement obéit à toutes les autres causes de nullité de droit commun en plus de celles qui lui sont propres comme par exemple l'absence d'autorisation préalable pour le cautionnement donné par une société lorsque cette autorisation est exigée. Le cautionnement disparaîtra dans l'un ou l'autre cas alors que la dette garantie subsiste.

§2 - Extinction de l'obligation de couverture

100. L'obligation de couverture existe dès la signature du contrat de cautionnement et signifie tout simplement

la garantie qui pèse sur la caution à l'égard des dettes qui pourront naître de la part du débiteur cautionné. L'extinction de l'obligation de couverture marque la date à partir de laquelle les dettes du débiteur ne seront plus couvertes par la caution. Elle peut résulter du décès de la caution (C), de l'arrivée du terme (B) ou alors de la résiliation du cautionnement à durée indéterminée (A).

A - Résiliation du cautionnement à durée indéterminée

101. La résiliation est l'anéantissement d'un contrat uniquement pour l'avenir. Le droit est reconnu à une personne qui s'est engagée sans limitation de durée de résilier à tout moment le contrat qui le lie à son contractant.

S'agissant du cautionnement, l'article 19 précise que « Il (le cautionnement général) peut être révoqué à tout moment par la caution avant que la somme maximale garantie ait été atteinte ». La caution qui use de la faculté de mettre fin au contrat n'est pourtant pas déchargée car la résiliation du cautionnement laisse subsister les dettes antérieures à cette résiliation. L'extinction de l'obligation de couverture laisse place à l'obligation de règlement pour toutes les dettes nées avant cette résiliation.

B - Arrivée du terme

100. Le cautionnement peut s'éteindre par l'arrivée du terme. Il s'agit ici du terme extinctif qui peut être exprès (1) ou implicite (2).

I - Terme exprès

103. En plus de la détermination du montant, la caution peut déterminer la durée de son engagement, c'est-à-dire le terme du cautionnement. La stipulation du terme dans le contrat de cautionnement est rare, car dans l'hypothèse où le cautionnement garantit une dette déterminée, il bénéficie du terme de l'obligation principale.

Il peut arriver toutefois qu'un terme soit fixé et qu'il corresponde à une date déterminée ou à la durée de l'exercice par la caution d'une opération bien déterminée. La fin du contrat de travail d'un dirigeant peut ainsi constituer le terme du cautionnement donné par ce dernier. L'arrivée de ce terme met fin à l'obligation de couverture mais la caution devra régler les dettes nées pendant la durée du contrat.

II - Terme implicite

104. Le terme est dit implicite lorsqu'il n'est pas expressément prévu dans le contrat. On dit parfois qu'il est tacite. Il résulte alors de différentes circons-

tances dont la disparition fait présumer l'extinction de l'obligation de la caution. La jurisprudence française a, dans certains cas, fait produire effet au terme implicite si cet élément était rentré dans le champ contractuel. Ainsi, si un dirigeant ou un associé d'une société se rend caution pour le compte de la société en cette qualité de dirigeant ou d'associé, la perte de cette qualité peut être considérée comme un terme extinctif.

Le problème du terme implicite donne lieu à des difficultés qui ont déjà été évoquées à propos de la formation du cautionnement (voir supra, n° 59).

C - Décès de la caution

105. C'est le mode d'extinction du cautionnement par excellence et particulièrement d'extinction de l'obligation de couverture. Ceci s'explique par le caractère *intuitu personae* de ce contrat.

Pendant longtemps, la jurisprudence française a décidé et peut-être avec une certaine logique que les obligations incombant à un *de cujus* en qualité de caution restent comme toutes les autres dettes à la charge de ses successeurs. Mais, elle a ensuite assorti la règle d'une importante limite. Le décès de la caution met obligatoirement fin au cautionnement et précisément à l'obligation de couverture (ALBIGES et DUMOND – LEFRAND, préc., n° 202).

Le législateur communautaire s'inspirant de cette évolution jurisprudentielle a réglé de manière plus précise la question en décidant à l'article 25 al. 4 de l'AUS dans sa version antérieure que « les engagements de la caution qu'elle soit simple ou solidaire passent aux héritiers si ces engagements sont nés antérieurement au décès de la caution ». À travers cette disposition, le législateur communautaire pose que le décès de la caution met fin à l'obligation de couverture et laisse place à l'obligation de règlement qui sera assumée par ses héritiers. Cette disposition a été reprise par l'article 36 al. 4 de l'AUS tel que modifié.

Section 2 - Extinction par voie accessoire

106. L'article 36 de l'AUS prévoit que l'extinction totale ou partielle de l'obligation principale éteint l'engagement de la caution dans la même mesure. À côté de ce mode d'extinction du cautionnement par le paiement de l'obligation principale (§1), il existe divers autres modes d'extinction du cautionnement par accessoire (§2).

§1 - Extinction consécutive au paiement de la dette principale

107. Le mode d'extinction par excellence du cautionnement reste et demeure le paiement de la dette

principale par le débiteur. Il doit s'agir du paiement de la dette objet du cautionnement. Le paiement d'une dette autre que celle cautionnée n'entraîne pas l'extinction du cautionnement. Cette hypothèse peut se présenter lorsqu'il existe plusieurs dettes entre le créancier et le débiteur et que l'une seulement de ces dettes est cautionnée. La caution ne sera donc libérée que si c'est la dette garantie qui a été réglée.

Le paiement fait doit pouvoir libérer effectivement et intégralement le débiteur. La caution ne peut valablement opposer cette exception au créancier que si et seulement si elle prouve que le paiement a été réellement effectué. Le paiement partiel ne libère pas la caution. Selon la jurisprudence française, ce paiement partiel s'impute d'abord sur la partie non cautionnée de la dette lorsque le cautionnement ne porte pas sur toute l'étendue de la dette. Et lorsqu'il existe plusieurs dettes à l'égard du même créancier dont certaines seulement sont cautionnées, les tribunaux français décident que le paiement fait par le débiteur s'impute d'abord sur la dette cautionnée ce qui permet de libérer la caution.

Le paiement doit être effectué par le débiteur principal pour éviter une éventuelle subrogation légale ou conventionnelle qui bénéficierait au tiers solvens en lui permettant de poursuivre la caution dans les mêmes conditions que le créancier.

§2 - Autres hypothèses d'extinction

108. Il s'agit des situations dans lesquelles l'obligation est éteinte alors que le créancier n'a pas reçu la prestation attendue du débiteur. Cela peut résulter de plusieurs circonstances qui dépendront ou non de sa volonté. Le caractère accessoire du cautionnement a pour conséquence l'opposabilité, par la caution, des exceptions tenant aux rapports entre le débiteur principal et le créancier. L'article 29 pose en quelque sorte une règle générale en disposant que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette appartenant au débiteur principal et qui tendent à réduire, à éteindre ou à différer la dette.

109. La dette du débiteur peut être éteinte en cas de remise de dette, de dation en paiement, de novation, de compensation, de confusion, de prescription ou encore de nullité ou résolution du contrat principal. Dans toutes ces hypothèses, la caution est libérée partiellement ou totalement.

A - Remise de dette

110. En cas de remise de dette, le créancier ne reçoit aucun paiement mais renonce à sa créance. Cette remise, lorsqu'elle est faite au profit du débiteur, libère la caution sauf si elle intervient dans le cadre des procédures

collectives ouvertes contre le débiteur. L'article 134 de l'AUPCAP dispose à cet effet que « le concordat de redressement accordé au débiteur principal (...) ne profite pas à la caution (...) ».

B - Dation en paiement

111. Elle consiste pour le débiteur à remettre un bien autre que celui convenu au créancier en paiement de sa dette. L'article 36 de l'AUS prévoit qu'elle libère définitivement la caution même si le créancier est ensuite évincé de la chose qu'il a acceptée. Toute clause contraire est réputée non écrite. Pour un cas où l'extinction du cautionnement suite à une dation en paiement n'a pas été retenue parce que la dation en paiement alléguée n'a pas été acceptée par le créancier, voir Section du tribunal de Sassandra, jugement n° 14 du 29 janvier 2003, dame A c/ S et N., le juris ohada, n° 2/2004, juin-août 2004, p. 69, note Brou Kouakou M., ohadata J-04-306 ; répertoire quinquennal, p. 327.

C - Novation

112. C'est un mode d'extinction tout à fait particulier. La novation emporte extinction d'une obligation avec naissance d'une autre obligation. C'est un mécanisme permettant de substituer une obligation à une autre en modifiant l'un des éléments de l'obligation primitive : le créancier, le débiteur ou la dette elle-même. La réalisation de la novation est conditionnée par la succession de deux obligations valables et par un élément nouveau qui rend la nouvelle obligation différente de l'ancienne, à condition que les parties aient l'intention de nover.

Par rapport au cautionnement, il s'agit bien évidemment de la novation de l'obligation principale qui selon l'article 36 précité peut être justifiée par le changement d'objet ou de cause, la modification des modalités ou des sûretés de la dette. Lorsqu'elle intervient, la caution est libérée dans tous ces cas de figure sauf si elle accepte de reporter sa sûreté sur la nouvelle dette. Mais, elle ne peut exercer son option qu'une fois la novation intervenue car toute clause antérieure est réputée non écrite.

D - Prescription

113. C'est l'écoulement d'un certain laps de temps qui produit des effets juridiques. Il s'agit ici de la prescription extinctive qu'il faut distinguer de la prescription acquisitive. La prescription n'éteint pas à proprement parler l'obligation mais uniquement le droit d'en exiger l'exécution.

L'obligation du débiteur envers le créancier peut s'éteindre par l'effet de la prescription. Cette extinction entraîne aussi l'extinction de l'engagement de la

caution. Cette extinction de l'engagement de la caution par la prescription de la dette du débiteur est l'une des nombreuses conséquences du caractère accessoire du cautionnement.

E - Compensation

114. Il y a compensation lorsque deux parties étant réciproquement créancières l'une de l'autre, les deux dettes s'éteignent l'une par l'autre jusqu'à concurrence de la plus faible part. Elle permet de simplifier le paiement et également d'économiser le numéraire. En matière de cautionnement, bien que la règle ne soit pas expressément posée par l'AUS, la caution peut se prévaloir de la compensation intervenue entre le débiteur et le créancier de l'obligation cautionnée (comp. avec l'article 1294 C. Civ.).

F - Confusion

115. C'est la réunion sur la tête d'une même personne des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation. Lorsqu'elle intervient, elle emporte extinction de l'obligation. La confusion intervenue entre la personne du créancier et celle du débiteur emporte l'extinction du cautionnement en ce qu'il constitue un accessoire de la dette éteinte (Comparer avec l'article 1301 C. Civ.).

116. À côté de ces hypothèses, on peut également ajouter la nullité, la résolution et la résiliation du contrat principal qui ont pour conséquence, en application de la règle de l'accessoire, de libérer la caution. Le droit OHADA ne comporte pas de disposition particulière relativement à ces questions.

Section 3 - Extinction consécutive à la perte du bénéfice de subrogation

117. La subrogation consiste dans un rapport à substituer une chose ou une personne obéissant au même régime juridique à une autre qu'elle remplace. Lorsqu'il s'agit d'une chose, la subrogation est dite réelle. Lorsqu'il s'agit d'une personne, elle est dite personnelle. Elle se produit à l'occasion du paiement. C'est pourquoi la caution qui réalise le paiement doit en bénéficier. Au terme de l'article 29 alinéa 2 de l'AUS, « La caution simple ou solidaire est déchargée quand la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut plus s'opérer en sa faveur, par le fait du créancier ».

S'il arrive donc que la subrogation aux droits du créancier rencontre des obstacles (§1), ceci aura pour conséquence de décharger la caution de son obligation (§2).

§1 - Obstacles à la subrogation

118. Certains faits sont susceptibles de rendre la subrogation impossible. L'article 29 al. 2 précité parle simplement de fait du créancier. Mais en réalité on retient qu'il faut une faute (A) emportant l'impossibilité de subroger (B).

A - Faute du créancier

119. Il s'agit des différentes fautes que peut commettre le créancier pour empêcher la réalisation de la subrogation.

120. La perte peut porter sur les garanties ou sur les droits. Les rédacteurs de l'AUS ont préféré l'expression plus générale de « garantie » à celle « d'hypothèques et privilèges » que l'on trouve dans le code civil (article 2314). Il y a ainsi perte de garantie susceptible de constituer une faute du créancier si l'on constate par exemple la mainlevée prématurée d'une hypothèque, d'un nantissement de fonds de commerce ou de valeurs mobilières ; le dessaisissement d'un gage ou d'un droit de rétention ou d'une clause de réserve de propriété, le non-renouvellement d'une inscription hypothécaire, etc. Pour ce qui est des droits, il doit s'agir de droits préférentiels autrement dit ceux qui confèrent au créancier une situation meilleure, supérieure à celle qui découle du simple droit de gage général. On peut citer ici la perte par le créancier d'une action en revendication, en résolution ou en nullité, la perte des recours contre un coobligé ou la perte des droits conférés par une saisie. Mais qu'il s'agisse de droit ou de garantie, la caution ne peut se prévaloir en principe que de la perte de ceux qui existaient antérieurement à son engagement et pas de ceux constitués postérieurement.

121. La faute du créancier proprement dite peut être intentionnelle ou résulter d'une simple négligence surtout dans les cas de non-renouvellement d'inscription des sûretés ou de non-respect des délais de revendication. Elle peut résulter d'un acte positif ou d'une simple abstention. La faute peut émaner du créancier lui-même ou de ses mandataires et préposés. Elle peut entraîner la perte totale ou partielle de la garantie.

Le fait fautif doit être prouvé mais la doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir qui de la caution ou du créancier doit supporter la charge de la preuve. Toujours est-il qu'il faut prouver non seulement la faute du créancier mais aussi le lien de causalité entre cette faute et la perte du droit invoqué.

B - Impossibilité de subroger

122. La faute du créancier doit avoir eu pour conséquence l'impossibilité pour la caution d'être subrogée

normalement dans les droits de ce dernier. Il faut donc que la caution ait subi un préjudice. Il résulte de cette exigence que l'exception de subrogation ne peut être admise lorsque le droit du créancier était voué à l'inefficacité en raison de son rang, de l'absence de valeur réelle de son assiette ou si la sûreté a été réalisée aux meilleures conditions possibles. La jurisprudence française récente décide qu'il appartient au créancier de prouver l'absence de préjudice subi par la caution (en ce sens : Civ. 1, 18 mai 2004, JCP éd. G., 2004, I, 188, n° 10, obs. SIMLER P.).

§2 - Effets : la décharge de la caution

121. Le principe est que la perte du bénéfice de subrogation décharge la caution. La décharge de la caution est l'une des principales conséquences de la perte du

bénéfice de subrogation. Logiquement, la caution ne devrait plus être tenue à l'égard du créancier. La caution doit être entièrement déchargée, aucune obligation ne devant plus peser sur elle. La perte du bénéfice de subrogation joue comme une exception opposée par la caution poursuivie en paiement par le créancier. Elle profite aussi bien à la caution simple qu'à la caution solidaire et elles ne peuvent pas y renoncer dans le contrat car l'article 18 précité prévoit que toute clause contraire est réputée non écrite.

Quant à la consistance de la décharge, la caution ne doit être déchargée qu'en proportion de la valeur des droits perdus. L'article 29 al. 3 précise que « Si le fait reproché au créancier limite seulement cette subrogation, la caution est déchargée à concurrence de l'insuffisance de la garantie conservée ».

Yvette Rachel KALIEU ELONGO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

B

Bénéfice de discussion 25, 26, 75, 76, 78, 79, 80
Bénéfice de division 25, 26, 75, 80
Bénéfice de subrogation 92, 117, 121

C

Cautionnement légal, judiciaire 20
Cautionnement déterminé, indéterminé 58, 60
Cautionnement simple/solidaire 23, 24, 25
Cautionnement civil/commercial 23, 28, 29, 31, 32
Caution 2, 3, 5, 6, 8, 11, 12, 13, 14, 16, 19, 21, 24, 25, 30, 31, 34, 35, 36, 39, 40, 43, 45, 46, 48, 49, 50, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 117, 120, 121, 122
Cautionnement réel 9, 33, 34

D

Dation en paiement 111
Débiteur 1, 2, 5, 6, 8, 11, 12, 13, 15, 16, 19, 20, 24, 25, 26, 27, 35, 43, 45, 47, 48, 49, 55, 59, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 73, 76, 78, 79, 80, 81, 84, 87, 91, 94, 97, 98, 99, 100, 107, 108, 110, 11, 113, 115
Défaillance du débiteur 8, 63, 68, 73

E

Extinction du cautionnement 31, 92, 93, 95, 105, 106, 107, 111, 115

F

Formation du cautionnement (validité du) 37, 104

M

Mention manuscrite 3, 8, 43, 53, 55, 58, 60

N

Novation 109, 112

O

Obligation de couverture 93, 100, 101, 103, 105
Obligation de règlement 93, 94, 99, 105

P

Poursuites du créancier 62
Prescription 32, 33, 109, 113

R

Recours de la caution 81, 84

S

Solidarité 24, 25, 26, 27, 32, 80
Solvabilité 21, 35, 39, 43, 49
Sous-cautionnement 36

T

Terme (déchéance du, prorogation) 64, 65, 66

CESSATION DES PAIEMENTS

Table des matières

Bibliographie

Introduction n° 1

Section I - **Thèse dualiste** n° 2

§I - Cessation des paiements ouverte n° 3

§II - Cessation des paiements déguisée n° 4-5

Section II - **Conception unitaire** n° 6

§ I - Éléments de l'évolution n° 7

§ II - Portée de la conception unitaire n° 8

Section III - **Efficacité de la cessation des paiements** n° 9

§I - Distinction de la cessation des paiements d'avec l'insolvabilité n° 10

§II - Réalités et les perspectives n° 11

Section IV - **Applications jurisprudentielles** n° 12-13

1. L'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens requiert la réunion de deux conditions de fond ayan trait à la qualité du justiciable (doit-il avoir la qualité de commerçant ?) et à sa situation économique ou financière, en l'occurrence la cessation des paiements. Il faut également une condition de forme ou de procédure, du fait qu'une décision judiciaire d'ouverture est nécessaire.

La cessation des paiements est la condition économique ou financière. Elle est une condition indispensable au prononcé de l'une des procédures collectives stricto sensu que sont le redressement judiciaire et la liquidation des biens (art. 2 et 25 AUPCAP). C'est donc une notion de droit et il revient à ce titre à la juridiction de cassation, à savoir selon les pays la Cour suprême (chambre judiciaire) ou la Cour de cassation, d'exercer un contrôle sur le point de savoir si les faits souverainement constatés par les juges du fond sont révélateurs de la cessation des paiements. (Voy. par ex. pour le cas de la France : Cas. civ., 14 mai 1930 et 2 mars 1932, D.H. 1933 I. 121, note Besson ; Com. 18 novembre 1958, Bull. Cass., 3, n° 396). L'on peut raisonnablement penser que la situation du débiteur, c'est-à-dire l'existence ou non de la cessation des paiements, doit être appréciée non pas en fonction de la situation prévalant le jour de la saisine de la juridiction mais plutôt en fonction de celle qui existe le jour où elle statue. Cette solution, qui est celle retenue en France (Cass. com., 7 octobre 1981, Bull. Cass, 1981, 4, n° 346 ; 8 novembre 1988, Rev. Proc.

- GAMALEU KAMENI (C.), « La cessation des paiements », mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, 2008.
- KEZET KADJI (B.P.), « Le sort des travailleurs dans les procédures collectives d'apurement du passif », mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, 2005.
- POUYOUÉ (P.G.), KALIEU (Y.R.), L'Organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, PUA, Yaoundé, 1999.
- SAWADOGO (F.M.), Droit des entreprises en difficultés, Bruylant, coll. « Droit uniforme africain », Bruxelles, 2002.

Coll., 1989, 133), répond mieux au « réalisme » du droit des entreprises en difficulté.

La cessation des paiements demeure une notion centrale en droit OHADA des procédures collectives : son absence permet de caractériser la prévention et d'ouvrir le règlement préventif qui se définit comme une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif (art. 2, 1 AUPCAP) ; son intensité exerce probablement une influence dans le choix entre le redressement judiciaire et la liquidation.

I - Règlement préventif

À la différence de la situation prévalant dans les États qui n'avaient pas réformé leurs législations et où la cessation des paiements n'était pas légalement définie, l'Acte uniforme apporte une définition légale de la cessation des paiements. Celle-ci est définie comme la situation où le débiteur est dans « l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible » (art. 25 AUPCAP). Dans ce cas, le débiteur est tenu de faire dans les trente jours de la cessation de ses paiements une déclaration aux fins d'ouverture d'une procédure

de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. La requête est déposée au greffe de la juridiction compétente contre récépissé.

Le jugement d'ouverture doit fixer provisoirement la date de cessation des paiements, faute de quoi celle-ci est réputée avoir lieu à la date de la décision qui la constate. La date de cessation des paiements ne peut être antérieure de plus de dix-huit mois au prononcé de la décision d'ouverture. La date fixée par le jugement d'ouverture est toujours susceptible d'être modifiée jusqu'à l'expiration du délai de quinze jours suivant le dépôt de l'arrêté définitif de l'état des créances. La période qui s'étend de la cessation des paiements au jugement d'ouverture est qualifiée de période suspecte. Les actes passés pendant cette période sont susceptibles d'être remis en cause en étant frappés d'inopposabilité.

II - Période suspecte

Dans l'étude de la notion, l'on relève qu'il y a eu une thèse dualiste qui a été ou qui tend à être supplantée par une conception unitaire de la cessation des paiements. Ces deux conceptions méritent de faire l'objet d'une présentation dans la mesure où celle-ci contribue à l'appréhension de la notion de cessation des paiements. Puis, il faudra se poser la question de l'efficacité de la cessation des paiements quant à l'atteinte des objectifs poursuivis par les procédures collectives.

Section I - Thèse dualiste

2. Classiquement, et telle était la position de la doctrine et de la jurisprudence pendant longtemps en France et en Afrique, l'on a distingué deux notions de cessation des paiements : la cessation des paiements ouverte et la cessation des paiements déguisée qui se différencient tant au plan des critères qu'à celui de la fonction. La thèse dualiste n'a pas perdu tout intérêt : d'une part certains aspects de cette thèse sont conservés, d'autre part son analyse contribue à la compréhension de la problématique de la cessation des paiements et de l'évolution intervenue en la matière.

§I - La cessation des paiements ouverte

3. La cessation des paiements ouverte seule peut entraîner l'ouverture de la procédure collective. Elle exige un arrêt effectif du service de caisse, autrement

dit l'arrêt matériel des paiements. Elle se traduit par le non-paiement d'une ou de plusieurs dettes certaines, liquides et exigibles. Cette exigence relative aux dettes du débiteur (ou créances) est expressément reprise par l'Acte uniforme (art. 28 AUPCAP).

La créance doit être certaine, c'est-à-dire qu'elle doit exister et ne pas être litigieuse ou sérieusement contestable. Elle doit être liquide, c'est-à-dire que son montant doit être déterminé. Enfin, elle doit être exigible, c'est-à-dire ne pas être à terme ou être à terme échu. Lorsque la créance n'est pas certaine ou n'est pas liquide ou encore n'est pas exigible, on ne peut pas reprocher au débiteur de ne pas l'acquitter. Le nombre de dettes importe peu : le non-paiement d'une dette suffit. La jurisprudence française exigeait en plus, jusqu'en 1967, que les dettes (ou créances) soient commerciales si l'on se place du côté du débiteur, la justification étant qu'il n'y a pas de faillite civile. Cette jurisprudence considérait que les dettes fiscales étaient de nature civile et celles vis-à-vis de la sécurité sociale de nature commerciale, position qui a connu des critiques. L'exigence de commercialité de la dette ou de la créance a été abandonnée en 1967 à la faveur de l'extension du champ d'application des procédures collectives à des personnes non commerçantes : on ne peut pas exiger que les dettes soient commerciales si le débiteur lui-même peut ne pas être commerçant. Il n'est donc pas étonnant que l'Acte uniforme n'ait pas non plus retenu une telle exigence. Il a même tenu à préciser que peu importait la nature de la dette ou de la créance (art. 25 et 28 AUPCAP).

§II - Cessation des paiements déguisée

4. La cessation des paiements déguisée sert à reporter la date de la cessation des paiements dans le temps. Ainsi, l'on peut décider par jugement de ce jour que la cessation des paiements existe depuis trois, six, huit, douze ou vingt-quatre mois. L'Acte uniforme limite cette possibilité de report dans le temps de la cessation des paiements à dix-huit (18) mois. Il ne fait que reprendre une solution introduite en droit français en 1967. En Belgique, ce délai est encore plus bref, à savoir six mois. Cet intervalle constitue la période suspecte et certains actes accomplis pendant cette période peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers s'ils rompent l'égalité entre les créanciers ou causent un préjudice à la masse. La loi française du 25 janvier 1985 fait état de nullité.

La cessation des paiements déguisée se traduit concrètement par l'utilisation de moyens frauduleux comme l'émission de mauvais effets de complaisance ; par exemple les effets ou papiers croisés qui sont de mauvais effets de complaisance ; les mauvais effets de complaisance sont définis comme ceux qui sont destinés à tromper les tiers sur les relations existant entre les signataires et qui, dans l'esprit des parties, ne doivent pas contraindre le complaisant à décaisser effective-

ment la somme indiquée. (Voy. G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. II, par Delebecque P. et Germain M., L.G.D.J., 16^e éd., 2000, n° 1980).

Elle peut se traduire également par le recours à des moyens ruineux tels que le fait de contracter un emprunt à un taux d'intérêt trop élevé, voire usuraire, afin de retarder l'arrêt du service de caisse ou encore le recours à des moyens factices tels que l'engagement de dépenses somptuaires pour donner l'impression de prospérité et obtenir ainsi du crédit. Il est à signaler que le financement précaire tend à être assimilé au financement illicite.

5. Au sujet de cette conception dualiste, un auteur a écrit :

« Pratiquement, lorsqu'il s'agit de déclarer une faillite, les tribunaux s'en tiennent toujours à la définition classique, c'est-à-dire qu'ils ne mettent en mouvement la procédure commerciale de concours que s'ils sont en présence d'un débiteur ayant ostensiblement et matériellement arrêté son service de caisse ; il n'existe pas, à notre connaissance du moins, de décision de la Cour de cassation ayant déclaré en faillite un commerçant uniquement en raison des agissements frauduleux ou ruineux employés par lui pour soutenir son crédit, alors qu'en fait son service de caisse n'était pas interrompu. Les deux arrêts [commentés] sont, à cet égard, très significatifs : dans le premier, la Chambre civile casse la décision des juges du fond qui, pour déclarer la faillite, n'avaient pas constaté des poursuites exercées par les créanciers contre leur débiteur et l'impossibilité pour celui-ci d'exécuter ses engagements commerciaux, c'est-à-dire n'avaient pas relevé l'arrêt du service de caisse ; et dans le second, la même chambre annule encore une décision de cour d'appel qui, pour reporter la date de cessation des paiements d'une liquidation judiciaire déjà déclarée, n'avait pas été en présence d'engagements dolosifs ou illicites du débiteur... ». Voy. dans ce sens André Besson, *Note sous Cour de cass., civ., 14 mai 1930 et 2 mars 1932*, *Dalloz* 1933. 1. 121.

Ainsi, la France a incontestablement relevé de cette conception dualiste, au moins jusque dans les années 1967-1968 et, par voie de conséquence, les pays africains qui ont hérité de sa législation.

En conclusion, il y a deux cessations des paiements selon la thèse dualiste. Celles-ci se distinguent tant au niveau des notions qu'au niveau des fonctions : d'une part, la cessation des paiements ouverte qui se traduit par l'arrêt matériel du service de caisse, autrement dit le non-paiement d'une ou de plusieurs dettes, qui sert à ouvrir la procédure ; d'autre part, la cessation des paiements déguisée qui se traduit par l'utilisation de moyens frauduleux, ruineux ou factices, en d'autres termes la grave gêne financière, et qui sert à reporter dans le temps la date de la cessation des paiements. Mais cette conception dualiste a été supplantée par une conception unitaire.

Section II - Conception unitaire

6. Une évolution lente a conduit à l'émergence et à l'admission d'une conception unitaire de la cessation des paiements tant en France qu'en Afrique. Il convient de répertorier les éléments de cette évolution avant de tenter d'apprécier la portée de cette conception unitaire.

§I - Éléments de l'évolution

7. Ces éléments sont de divers ordres.

D'abord, la doctrine, notamment des auteurs comme Besson, Boucart, Chéron, a fait valoir depuis longtemps que dans les deux cas ou formes de cessation des paiements, il s'agit en réalité du même phénomène. Mais il y a un simple problème de preuve qui fait que la cessation des paiements déguisée ne peut être découverte qu'une fois la procédure ouverte. Pour André Besson « en somme, il n'y a pas de différence de fond entre les deux situations : il n'y a qu'une différence de fait, tenant aux difficultés de preuve, les procédés illicites ne pouvant pas, dans la réalité, être découverts au moment de la déclaration de faillite [...] » (André Besson, *note Sous Cour de cass., civ. 14 mai 1930 et 2 mars 1932*, *Dalloz* 1933. 121).

Ensuite, la jurisprudence française depuis les années 1940-1950 voit dans les deux formes de cessation des paiements la traduction de la situation financière difficile ou désespérée où le débiteur ne peut faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Le non-paiement d'une ou de plusieurs dettes doit refléter cette situation pour entraîner l'ouverture de la procédure.

De plus, des arrêts de la Cour de cassation française (Chambre commerciale) ou de cours d'appel rendus à partir de 1967 n'exigent plus un arrêt matériel des paiements pour ouvrir la procédure. Voy. *Cass. com., 23 janvier 1968*, *Bull. Cass., 1968, 4, n° 37* ; *Aix, 20 février 1979*, *D.S., 1980, 4, Obs. Derrida*.

Enfin, l'Acte uniforme, à la suite de la loi française du 25 janvier 1985, a consacré une définition légale de la cessation des paiements qui est la situation où le débiteur ne peut faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Or, la définition légale française a été adoptée après l'évolution susmentionnée, notamment l'ouverture de procédures sans constatation d'un arrêt matériel du service de caisse.

§II - Portée de la conception unitaire

8. Les éléments tirés de l'évolution doctrinale, jurisprudentielle et législative montrent que la conception unitaire, fondée sur une définition légale de la cessation des paiements, doit prévaloir dans les États de l'OHADA comme c'est le cas en France depuis de nombreuses années.

La principale implication de cette conception est de permettre d'ouvrir la procédure collective non pas seulement en présence d'un arrêt matériel du service de caisse mais également dès que le service de caisse n'est maintenu que par des artifices, et spécialement par le recours à des moyens frauduleux, ruineux ou factices. En d'autres termes, la procédure peut être ouverte sur la base de faits constitutifs non seulement de la cessation des paiements ouverte mais également de la cessation des paiements déguisée. Il restera bien entendu à en rapporter la preuve, ce qui n'est pas aisé.

La conception unitaire peut être utilement rapprochée de celle de la Belgique où l'on exige cumulativement la réunion de deux éléments distincts : il s'agit, d'une part, de la cessation des paiements qui se traduit par le non-paiement d'une ou de plusieurs dettes échues, certaines, liquides et exigibles et, d'autre part, de l'ébranlement du crédit, c'est-à-dire le trouble ou la perturbation grave dans les affaires du débiteur et l'absence de crédit sérieux ou réel, à l'exclusion de tout crédit fictif obtenu par des moyens artificiels, illicites ou frauduleux. Voy. dans ce sens Cour de cassation belge, 2 décembre 1963, *Pasicrisie* 1964, I, 346. Voy. également P. Gérard, J. Windey et M. Grégoire, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Lois des 17 juillet et 8 août 1997, *Larcier*, 1998, n°s 101 et 102.

Finalement, la conception unitaire intègre les composantes de la conception dualiste afin d'accroître l'efficacité de la cessation des paiements dans l'atteinte des objectifs poursuivis par les procédures collectives.

Section III - Efficacité de la cessation des paiements

9. L'efficacité de la cessation des paiements ne semble pas a priori contestable quant à la réalisation des principaux objectifs poursuivis par les procédures collectives que sont le redressement de l'entreprise et le paiement des créanciers, du moins si l'on prend en compte sa distinction de l'insolvabilité. Cependant, la réalité demeure discutable ou nuancée et l'on peut se demander s'il n'y a pas lieu de changer de critère.

§1 - Distinction de la cessation des paiements d'avec l'insolvabilité

10. La cessation des paiements ne se confond pas avec l'insolvabilité. Celle-ci est caractérisée par le fait que le passif total est supérieur à l'actif total. C'est la condition exigée pour la déconfiture civile.

D'une part, en effet, la définition de la cessation des paiements contient un élément de liquidité. Sur le plan analytique, elle comprend en premier lieu le passif exigible qui est reflété par les éléments de la

cessation des paiements ouverte (non-paiement d'une dette certaine, liquide et exigible) ou de la cessation des paiements déguisée (maintien du service de caisse par des expédients).

Un arrêt récent de la Cour de cassation française a introduit une difficulté en ce qui concerne cet élément constitutif de la cessation des paiements. En l'occurrence, elle rejette un pourvoi aux motifs que « le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation des paiements est le passif exigible et exigé, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur... » (C. cass., Com. 28 avril 1998, *RJDA* 1998, 733 et s). Dans ce sens, l'exigibilité ne suffit pas ; il faut aussi que le paiement ait été demandé puisque, sauf cas exceptionnels, une mise en demeure est nécessaire pour faire constater la défaillance du débiteur. Avec Mme Anne Laude, on peut s'interroger sur l'opportunité de cette conception qui certes fait profiter le débiteur de l'inertie de son créancier mais aussi conduit à retarder sensiblement le déclenchement de la procédure et donc corrélativement diminue son efficacité (Cass. Com., 28 avril 1998, *Defrenois* 1998, 948, P. Le Cannu ; R.T.D. Com. 52 (1), janvier-mars 1999, p. 187, A. Laude). Heureusement, une décision ultérieure retient que la procédure peut être ouverte d'office sur la base de l'insuffisance de l'actif (R.T.D. Com. 52 (1), janvier-mars 1999, p. 187-188). Des auteurs en concluent que « seul en conséquence doit être pris en compte le passif exigible, sans qu'il soit besoin qu'il ait été exigé » (Pierre-Michel Le Corre et Emmanuelle Le Corre-Broly, *Droit des entreprises en difficulté*, Sirey, 2^e éd., 2006, n° 49). La question est toutefois loin d'être réglée si l'on se réfère à un auteur qui s'appuie sur des arrêts un article du président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. (Dominique Vidal, *Droit des procédures collectives, prévention, conciliation, sauvegarde, redressement, liquidation*, G Guliano éditeur, 2006, n° 470 et s. Selon l'auteur, « avec des arrêts de ce type [Cour de cass., 10 mars 2004, 24 mars 2004, 26 janvier 2005] on en viendrait même à s'inquiéter de l'actualité de la solution de 1990, du moins s'ils émanaient de la chambre commerciale » (n° 475 et Daniel Tricot, *La cessation des paiements, une notion stable*, *Gaz. Palais*, 30 avril 2005, n° 120, p. 13).

La définition de la cessation des paiements comprend également l'insuffisance de l'actif disponible : « L'actif disponible est la trésorerie de l'entreprise. Il comprend les sommes dont l'entreprise peut disposer immédiatement soit parce qu'elles sont liquides soit parce que leur conversion en liquide est possible à tout moment et sans délai : caisse, solde créditeur des comptes bancaires, effets de commerce ou valeurs mobilières encaissables à vue, etc. » (Y. Guyon, *op. cit.*, n° 1119). C'est une conception matérielle de la cessation des paiements qui semble retenue en ce sens qu'on n'a pas a priori à rechercher les motifs du non-paiement (impossibilité ou refus de paiement). Néanmoins, l'on peut penser que la cessation des paiements ne sera pas

retenue en cas de difficulté accidentelle et temporaire de trésorerie, laquelle d'ailleurs pourrait cesser avant que le tribunal statue.

Quant à « l'impossibilité de faire face », également contenue dans la définition légale, elle ne se confond pas avec la situation désespérée, sans issue ou irrémédiablement compromise. Il se peut donc que l'actif total soit supérieur au passif total mais que l'actif disponible soit inférieur au passif exigible.

Exemple de bilan hyper simplifié

Actif | Passif

Dans cet exemple, il y a cessation des paiements puisque l'actif disponible est inférieur au passif exigible. Cependant, il n'y a pas d'insolvabilité, ce qui postulerait que l'actif total soit inférieur au passif total. L'on peut même dégager un actif net qui est égal à l'actif total – le passif exigible = 70 000 000 – 30 000 000 = 40 000 000. À ce sujet, E. Thaller explique comment un débiteur, tout en étant solvable, peut être amené à cesser ses paiements parce qu'il n'a pas le temps de réaliser son actif. Selon l'auteur, « il ne faut pas confondre la cessation des paiements avec l'insolvabilité. L'insolvabilité est le fait d'avoir un passif supérieur à son actif... La cessation des paiements est le fait de ne pas payer ses dettes exigibles. Or un commerçant, tout en étant solvable, peut cesser ses paiements et tomber en faillite. Comment n'est-il pas en mesure de faire face à ses dettes, s'il possède un actif assez élevé pour les couvrir ? Cela paraît d'abord énigmatique. L'arrêt de ses paiements a cependant sa raison d'être. Son actif est engagé : si on lui laissait le temps de le réaliser, il aurait de quoi se libérer ; mais on ne lui donne point ce délai nécessaire. Par exemple, un banquier, lors d'une panique, voit affluer à ses guichets ses déposants (ou une banque d'émission, ses porteurs de billets) qui réclament instantanément leurs argents (dépôts à vue). La contrepartie consiste dans des effets en portefeuille que le banquier a pris à l'escompte et qui n'arriveront que graduellement à échéance... L'établissement peut être solvable et se trouver empêché de rembourser hic et nunc » (E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime*, 6^e édition revue et mise à jour par J. Percerou, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1922, 1306 p., n° 1708)

D'autre part, le concordat et les autres solutions de sauvetage de l'entreprise, en supposant que les créanciers ne souffrent pas de trop grands sacrifices, nécessitent que l'actif total soit supérieur au passif total. En particulier, la clôture pour extinction du passif, créée par la jurisprudence française sous l'appellation de clôture pour défaut d'intérêt de la masse avant d'être légalisée par le décret du 20 mai 1955 et reprise par l'Acte uniforme (art. 178 et 179), suppose que l'actif soit supérieur au passif, à moins que le débiteur ne bénéficie d'une entrée subite de fonds, notamment par succession.

Mais malheureusement, dans de nombreux cas, surtout lorsque le débiteur a utilisé des moyens frauduleux, ruineux ou factices, en somme des expédients, pour faire

croire à une solvabilité apparente et retarder l'ouverture de la procédure, la cessation des paiements recouvre une véritable insolvabilité.

§II - Réalités et perspectives

11. Dans les faits, il arrive fréquemment que la cessation des paiements recouvre une véritable insolvabilité, ce qui rend difficile, voire même impossible, le sauvetage de l'entreprise et le paiement des créanciers. D'une manière générale, l'on peut estimer que la cessation des paiements, même lorsqu'elle ne recouvre pas une véritable insolvabilité, correspond à une situation qui est presque irrémédiablement compromise. De ce fait, le redressement de l'entreprise est rendu très difficile, voire impossible, et les créanciers ont très peu de chance de recevoir un paiement substantiel.

L'ordonnance française du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises visait « les entreprises en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise », c'est-à-dire qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements (art. 1^{er} de l'ordonnance). C'est la même formule que retient l'AUPCAP à propos du règlement préventif qui est déclaré « applicable à toute personne... qui... connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise » (art. 2, 1 AUPCAP).

Le critère le plus satisfaisant qui pourrait être substitué à la cessation des paiements paraît être celui de l'existence de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. L'on signale que c'est le critère retenu pour la procédure d'alerte dans l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique et en France pour la même procédure. Cependant, un tel critère peut difficilement être appréhendé par un créancier ou par des personnes ou autorités extérieures à l'entreprise et entraînerait une immixtion injustifiée dans la gestion des entreprises in bonis. C'est pourquoi il est suggéré qu'il serve à la saisine de la juridiction compétente par le débiteur ou par les dirigeants de l'entreprise, les autres protagonistes s'en tenant toujours à la cessation des paiements (Y. Guyon, *op. cit.*, n° 1116). C'est ce qui a été mis en œuvre en France par la loi du 26 janvier 2005 de sauvegarde des entreprises. Cette loi institue la procédure de sauvegarde avant la cessation des paiements avec les principaux effets du redressement judiciaire, si le débiteur « justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à conduire à la cessation des paiements » (art. 620-1 du Code de commerce), d'où l'idée que c'est un redressement judiciaire anticipé et qu'il s'agit d'une véritable procédure collective. Voy. dans ce sens Pierre-Michel Le Corre et Emmanuelle Le Corre-Broly, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, Sirey, 2^e éd., 2006, n° 4.

Au demeurant, le critère de la cessation des paiements se défend avec de bons arguments, s'il est interprété avec un certain élargissement de la notion et si les juridictions nationales compétentes, à l'instar des tribunaux de commerce belges, se dotent d'un service des enquêtes commerciales permettant une information rapide et l'accélération de l'ouverture de la procédure collective (Voy. sur ce point J. L. Duplat, Les services des enquêtes commerciales des tribunaux de commerce, in « L'entreprise en difficulté », Éditions du Jeune Barreau, 1981, p. 45 à 76). En effet, « il serait dangereux, pour la sécurité des transactions commerciales, de permettre à un débiteur d'obtenir une sorte de moratoire qui suspendrait le paiement de ses dettes alors qu'il n'est pas encore en état de cessation des paiements » (Ripert et Roblot, op. cit., n° 2873), ce qui peut provoquer des difficultés au niveau d'autres entreprises. Des enquêtes dans le milieu des affaires montrent que le règlement préventif tend à être utilisé comme un moyen de suspendre le paiement de ses dettes pendant une période plus ou moins longue, ce qui constitue un détournement de procédure. De plus, la solution de telles difficultés avant la cessation des paiements relève de l'initiative du débiteur ou des dirigeants, ou de solutions plus légères et plus souples comme les demandes de délais, le concordat amiable, toujours possible avant toute saisine du tribunal, le règlement préventif ou en France le règlement amiable. De telles solutions permettent d'éviter la survenance de la cessation des paiements tout en préservant au mieux les intérêts des créanciers dont le consentement est requis.

Section IV - Applications jurisprudentielles

12. Pour un aperçu de l'application jurisprudentielle de la cessation des paiements, on peut consulter les décisions ci-dessous. (Voy. dans ce sens les jugements suivants du TGI de Ouagadougou : n° 432 du 2 juin 1999 société SOVIFAR ; n° 894 du 6 octobre 1999, société SOREMIB ; n° 423 du 25 avril 2001, société Faso Fani ; n° 779 du 13 septembre 2000, société SONAPHARM ; n° 710 du 10 août 2001 société CIMAT ; n° 583 du 13 juin 2001, Société INTELCOM-Burkina SARL, où le Tribunal constate que lorsqu'aucune solution de redressement n'est possible, il y a lieu de prononcer la liquidation des biens telle que sollicitée par la société ; n° 790 du 26 septembre 2001, Société de Pétrole TAGUI).

La faillite de la Société multinationale Air Afrique a fait principalement l'objet des décisions ci-après :

- jugement d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens, prononcée par le Tribunal de première instance d'Abidjan le 25 avril 2002 à la demande de la société ;

- confirmation du jugement d'ouverture en appel par la Cour d'appel d'Abidjan le 7 juin 2002 ;
- pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel devant la CCJA qui l'a rejeté le 8 janvier 2004 (Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 3, janvier-juin 2004, p. 44-51). (Voire entrée : PROCÉDURES COLLECTIVES INTERNATIONALES).

On notera que les décisions ci-dessus citées et bien d'autres ont été prononcées sur déclaration du débiteur, ce que l'on appelle dépôt de bilan. Ce mode de saisine, qui était quasi exclusivement utilisé lorsque le débiteur sollicitait l'ouverture de la procédure de sauvetage, est curieusement de plus en plus utilisé par des débiteurs qui demandent leur mise sous liquidation des biens, signe que la procédure peut présenter un intérêt pour les débiteurs ou que ceux-ci sont réellement dans une situation sans issue, comme c'était le cas d'Air Afrique.

TPI Libreville : 1) répertoire n° 37/2000/2001, jugement du 4 sept. 2001 sur demande du cessionnaire de la société qui se dit avoir été trompée sur la rentabilité de la société qui ne fait qu'accumuler des pertes depuis l'acquisition et qui est sans perspective de sauvetage et sans proposition de concordat ; 2) répertoire n° 25/2004/2005, jugement du 6 mai 2005 qui ouvre la liquidation des biens d'une société qui n'a plus la moindre activité ni le moindre personnel et aucune chance de redressement avec cependant quelques actifs pouvant être liquidés. Mais l'on ne sait pas quel dirigeant a saisi le tribunal.

- TGI Ouagadougou, Burkina Faso : 1) jugement n° 455 du 24 avril 2002, qui prononce la liquidation des biens de la Société Briqueteries du Faso (SBF) au regard de la cessation des paiements (actif disponible ne pouvant faire face au passif exigible) et de l'absence de perspective de concordat ; 2) jugement n° 192 du 24 février 1999, rendu à la requête de la B.C.T.I. aux fins de redressement judiciaire, qui rappelle qu'aux termes des art. 25 et suiv. de l'AUPC, le bénéfice du redressement judiciaire est accordé à tout débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, et qui fait la déclaration de cessation des paiements. Le Tribunal oublie cependant l'une des conditions importantes tenant au fait de proposer un concordat sérieux et même autorise la B.C.T.I. à proposer un projet de concordat ; 3) jugement n° 234 du 29 mars 2000, SO.BU.CI. aux fins de redressement judiciaire, qui vise l'offre de concordat mais néanmoins autorise le débiteur à en proposer ;
- Trib. rég. hors classe de Dakar : 1) jugement du 14 août 2001, Société GPL Dakar Frais, pour qui doit être déclarée en redressement judiciaire, conformément à l'art. 33 de l'AUPCAP, la société dont l'état de cessation des paiements est caractérisé et qui présente un concordat sérieux susceptible de préserver l'entreprise et d'assurer le paiement des créanciers, dans des conditions acceptables ; 2) jugement commercial n° 381 du 05/03/2002 sur requête aux fins de

déclaration de redressement judiciaire de la société Dasha International, formulée par Me Malick Sall. La requête de la débitrice en règlement judiciaire (législation antérieure à l'AUPCAP) accompagnée de la déclaration de cessation des paiements, de l'offre concordataire et de l'inventaire des biens de la société, a été favorablement accueillie parce qu'elle a pu négocier une location-gérance et s'est attelée à trouver de nouvelles orientations. Le redressement judiciaire a été prononcé conformément aux dispositions des articles 2 et 25 de l'AUPCAP.

- Abidjan, Côte d'Ivoire, arrêt n° 2000 du 28 juillet 2000, Société générale de banques en Côte d'Ivoire c/ SOFAMO (Le Juris-Ohada, n° 3/2003, juillet-septembre 2003, p. 49), rendu sous l'empire des textes antérieurs à l'AUPCAP : le créancier doit être débouté de sa demande en déclaration de faillite de son débiteur, dès lors qu'il ne rapporte pas la preuve de l'état de cessation des paiements du débiteur à son égard. En l'espèce, le montant de la créance est contesté et le créancier n'est pas muni d'un titre exécutoire inexécuté.

13. En conclusion, la cessation des paiements a été et demeure une notion centrale et incontournable du droit des procédures collectives. Ses insuffisances apparaissent sur le plan pratique face au faible nombre d'entreprises qui parviennent à se redresser ou à payer substantiellement leurs créanciers lorsque la procédure

est ouverte sur la base de la cessation des paiements. En sens inverse, un critère plus précoce autoriserait des entreprises in bonis, c'est-à-dire qui ne sont pas en état de cessation des paiements, à suspendre leurs paiements au détriment de leurs créanciers qui sont généralement des entreprises ayant leurs créanciers dont des salariés. Le fait pour ces entreprises de ne pas être ponctuellement payées peut les mettre en difficulté et provoquer des faillites en chaîne. Par ailleurs, si la saisine d'office et celle par les créanciers étaient admises sur ce fondement, ce serait une grave immixtion des tiers dans la gestion des entreprises in bonis.

Au total, le maintien de la cessation des paiements peut être recommandé en préconisant son application intelligente, en particulier la déclaration diligente de la cessation des paiements par le débiteur ou les dirigeants sociaux avant tout recours à des moyens dilatoires et avant toute accumulation de dettes. On peut noter avec intérêt cette décision du tribunal de commerce de Lille qui admet l'ouverture de la procédure collective alors que la cessation des paiements n'existait pas encore mais apparaissait inévitable (5 mai 1987, Revue de jurisprudence commerciale 1987, note Derrida).

L'ouverture d'une procédure collective valide nécessite non seulement la réunion des conditions de fond mais également une condition de forme ou de procédure.

Filiga Michel SAWADOGO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- | | | |
|--|---|---|
| <p>A
Actif disponible, 1, 10.
Applications jurisprudentielles, 12.</p> | <p>Définition de la cessation des paiements, 1, 10.</p> | <p>P
Passif exigé, 10
Passif exigible, 1, 10.</p> |
| <p>C
Cessation des paiements déguisée, 4.
Cessation des paiements ouverte, 3.
Conception unitaire de la cessation des paiements, 6 et s.
- éléments de l'évolution, 7.
- portée, 8.
Critères précoces des difficultés, 11</p> | <p>E
Efficacité de la cessation des paiements, 11</p> <p>F
Fixation de la date de la cessation des paiements, 1.</p> | <p>T
Thaller, 10.
Thèse dualiste de la cessation des paiements, 2.</p> |
| <p>D
Déclaration de la cessation des paiements, 1.</p> | <p>I
Insolvabilité et cessation des paiements, 10.</p> <p>M
Moment d'appréciation de la cessation des paiements, 1.</p> | |

COMMERÇANT

Table des matières

Introduction n° 1 et 2

I - Accès à la profession commerciale n° 3 à 23

- A - Conditions d'acquisition de la qualité de commerçant n° 4 à 19
 - 1 - Accomplissement d'actes de commerce n° 6 à 11
 - 2 - Accomplissement d'actes de commerce à titre de profession habituelle n° 12 à 16
 - 3 - Accomplissement d'actes de commerce de manière personnelle et indépendante n° 17 à 19
- B - Preuve de la qualité de commerçant n° 20 à 23

II - Personnes exclues de la profession commerciale n° 24 à 50

- A - Exigence de la capacité pour la protection de la personne n° 25 à 37
 - 1 - Exclusion des mineurs non émancipés n° 27 à 31
 - 2 - Exclusion des majeurs incapables n° 32 et 33
 - 3 - Cas du conjoint du commerçant n° 34 à 37
- B - Mise à l'écart de certaines personnes pour la protection de l'intérêt général n° 38 à 50

1. Parce que le droit commercial reste dominé par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie proclamé au lendemain de la Révolution Française de 1789 et jamais remis en cause à ce jour, la qualité de commerçant ne devrait en principe faire l'objet d'aucune restriction. C'est d'ailleurs ce que semble indiquer l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général qui dispose en son article 2 que « sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ».

2. En prenant ce texte à la lettre, l'on serait tenté de penser qu'il suffit d'accomplir des actes de commerce pour devenir commerçant. En fait, si cette condition est nécessaire, elle n'est pas suffisante. Depuis toujours, la profession commerciale, ou plus exactement, la vie commerciale en général comportant un certain nombre de risques, le législateur est intervenu pour poser des règles qui visent davantage à organiser l'accès à cette profession.

Dès lors, si la définition légale du commerçant peut laisser déduire que tout le monde peut accéder à la profession commerciale (I), la réalité est toute autre et bien des candidats potentiels à cette profession se trouvent, pour divers motifs, tenus à l'écart du monde des affaires (II).

- 1 - Mise à l'écart pour défaut d'honorabilité : les interdictions et les déchéances n° 39 à 45
- 2 - Mise à l'écart pour incompatibilité n° 46 à 50

Bibliographie

- DE JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.), *Traité de droit commercial*, tome I, éd. Montchrestien, Paris, 1988.
- GUYON (Y.), *Droit des affaires (Droit commercial général et sociétés)*, Economica, Paris, 12^e éd. 2003.
- NGUEBOU TOUKAM (J.), *Le Droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, éd. PUA, Yaoundé, 1998.
- SANTOS (A.P.) et YADO TOÉ (J.), *OHADA, Droit commercial général*, éd. Bruylant, coll. « Droit uniforme africain », Bruxelles 2002.
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), GERMAIN (M.) et VOGEL (L.) (sous la dir. de), *Droit commercial*, tome I, Paris, 13^e éd. LGDJ, 1998.
- VIANDIER (A.), *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, PUF, Paris, 1986.

I - Accès à la profession commerciale

3. Il importe de s'attarder sur les conditions de l'acquisition de la qualité de commerçant (A) avant de s'interroger sur les modes de preuve de cette qualité (B).

A - Conditions d'acquisition de la qualité de commerçant

4. Les commerçants sont définis par la nature des actes qu'ils font. Selon l'article 2 de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général en effet, « Sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ».

5. Mais ce texte, qui reprend globalement la définition de l'article 1^{er} du Code de commerce français, donne une définition incomplète du commerçant. À cette définition, il manque le caractère indépendant et personnel de la profession, le commerçant accomplissant les actes de commerce en son nom et pour son compte.

Il s'ensuit en définitive que l'acquisition de la qualité de commerçant est subordonnée à trois conditions :

- l'accomplissement d'actes de commerce (1).
- l'accomplissement d'actes de commerce à titre de profession habituelle (2).
- l'accomplissement d'actes de commerce de manière personnelle et indépendante (3).

1 - Accomplissement d'actes de commerce

6. En principe, pour être commerçant, il faut accomplir des actes de commerce. Il s'ensuit que la notion même de commerçant n'est qu'une notion seconde, puisqu'elle suppose connue la notion d'acte de commerce qui constitue l'élément fondamental. Malheureusement, l'Acte uniforme relatif au droit commercial général ne définit pas d'une manière générale cette notion d'acte de commerce ; il en fournit plutôt une énumération aux articles 3 et 4.

Une approche analytique de ces articles permet de regrouper ces actes en deux catégories : les actes de commerce par la forme et les actes de commerce par nature.

7. S'agissant tout d'abord des actes de commerce par la forme, il s'agit des actes qui ont toujours un caractère commercial, quels que soient l'objet et le but de l'acte et quelle que soit la qualité de la personne qui les accomplit, même si c'est un non commerçant. L'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général range dans cette catégorie, notamment, la lettre de change, le billet à ordre et le warrant. L'article 6(2) de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique déclare également commerciales par la forme, quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes.

8. Ensuite, quant aux actes de commerce par nature, que le nouvel article 3 définit comme ceux par lesquels une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lesquels elle fournit de prestation de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire, ils peuvent faire l'objet d'une sous-distinction suivant que l'acte de commerce est accompli isolément ou dans le cadre d'une entreprise.

9. Pour ce qui concerne les actes de commerce à titre isolé, il s'agit de l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente avec idée de spéculation, c'est-à-dire de réaliser un profit ; il s'agit ensuite des opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit.

10. Pour ce qui est des actes de commerce effectués dans le cadre d'une entreprise, il s'agit des opérations qui ne sont commerciales que si elles sont accomplies dans le cadre d'une entreprise, ayant par conséquent un

caractère répétitif. On peut citer, pêle-mêle, les opérations de manufacture, de transport, de télécommunication, l'exploitation industrielle de mines, de carrières et de tous gisements de ressources naturelles, les opérations sur les immeubles...

11. À la vérité, seul l'accomplissement de cette seconde catégorie d'actes, c'est-à-dire les actes de commerce par nature peut conférer la qualité de commerçant à leur auteur, à l'exclusion des actes de commerce par la forme. Encore que l'accomplissement de ces actes de commerce par nature le soit à titre de profession habituelle.

2 - Accomplissement d'actes de commerce à titre de profession habituelle

12. Cette condition est également affirmée par l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général. Un simple particulier peut en effet accomplir occasionnellement des actes de commerce, sans pour autant devenir commerçant. Cette qualité ne lui sera acquise selon cet article que s'il le fait de manière habituelle et à titre professionnel.

Cette condition évoque l'idée d'habitude et de profession.

13. L'habitude, pour les juristes, se caractérise d'abord par un élément matériel. Elle suppose en effet une répétition. Mais on ne peut pas fixer de manière abstraite et absolue le nombre d'actes nécessaires et la cadence à laquelle ils doivent être accomplis.

14. Mais l'habitude suppose également un élément intentionnel. Ainsi par exemple, ne devient pas commerçant l'agriculteur qui, ayant vendu à l'avance une certaine quantité de sa récolte, ne produit pas assez pour exécuter le contrat et doit acheter un complément chez d'autres agriculteurs. Il y a effectivement ici plusieurs achats pour revendre (donc répétition). Mais ceux-ci sont accidentels et involontaires. Ils ne suffisent pas à caractériser l'habitude (Lyon, 5.7.1900 D. 1901, II, 164).

15. Quant à la profession, c'est l'activité habituellement exercée par une personne pour se procurer des ressources nécessaires à son existence. Le professionnel s'oppose à l'amateur. Il bénéficie d'une organisation et d'une certaine compétence. Il agit dans un but intéressé. L'immatriculation au Registre de Commerce peut constituer un indice permettant de présumer avec plus ou moins de force qu'une personne a bien la qualité de commerçant.

16. Mais il est beaucoup plus difficile de déterminer la qualité de la personne qui exerce en même temps une profession civile et une profession commerciale. Trois situations peuvent être envisagées :

- la profession commerciale constitue la profession principale parce qu'elle procure la plus grande partie des ressources nécessaires aux besoins de l'existence : l'intéressé est alors commerçant.
- la profession commerciale est secondaire, mais sans lien nécessaire avec la profession civile principale. L'intéressé est encore considéré comme un commerçant, c'est-à-dire que la règle de l'accessoire ne joue pas. Cette situation est à l'origine de la paracommercialité qui est le fait d'exercer le commerce de manière clandestine échappant ainsi aux obligations du commerçant et en faisant de ce fait une concurrence déloyale aux commerçants régulièrement installés.
- l'activité commerciale est le complément nécessaire d'une profession non commerciale. L'intéressé ne devient pas pour autant commerçant. Ainsi, un chirurgien-dentiste (profession libérale civile) achète des appareils dentaires qu'il revend à ses clients après les avoir adaptés. Mais cet achat pour revendre est tellement accessoire par rapport aux prestations fournies par le dentiste que l'ensemble de la profession demeure civil.

L'acquisition de la qualité de commerçant requiert une troisième condition.

3 - Accomplissement d'actes de commerce de manière personnelle et indépendante

17. Malgré le silence de l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général sur ce point, on admet que le commerce suppose l'indépendance. Seul celui qui accomplit habituellement des actes de commerce en son nom et pour son compte doit être considéré comme commerçant. Le commerçant spéculé dans son propre intérêt et à visage découvert.

18. Ainsi, sont exclus du cercle des commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce pour le compte d'autrui. C'est le cas des salariés liés au commerçant par un contrat de travail. C'est le cas également des mandataires du commerçant, à l'instar des dirigeants de société qui sont des représentants légaux. Bien qu'accomplissant matériellement des actes de commerce, ils ne sont pas personnellement commerçants.

19. À côté de ces solutions parfaitement claires, il existe des zones d'ombre. C'est le cas du conjoint du commerçant qui collabore avec celui-ci. Cet époux devient-il lui-même commerçant ? La réponse à cette question est intéressante, compte tenu de ses conséquences pratiques. Si la réponse est affirmative, les créanciers du commerçant peuvent saisir ses biens personnels et en cas de cessation des paiements, demander qu'il soit mis en faillite.

La réponse de principe à cette question est que si le conjoint du commerçant n'est qu'un simple salarié de l'entreprise ou un simple collaborateur, il n'acquiert pas la qualité de commerçant. En revanche, lorsqu'il est co-exploitant du fonds, il a la qualité de commerçant et doit s'inscrire en tant que tel au registre de commerce.

Une fois cerné la notion de commerçant, l'on peut se demander comment se prouve cette qualité.

B - Preuve de la qualité de commerçant

20. La question de la preuve de la qualité de commerçant est concrète. Elle se pose souvent en plusieurs occasions : occasion fiscale, parce que le commerçant a un traitement fiscal différent de celui des simples particuliers ; occasion juridique aussi parce que le sort du commerçant qui se trouve dans l'incapacité de faire face à ses engagements est différent de celui des simples particuliers...

21. En principe, pour établir la preuve de la qualité de commerçant, seul le critère posé par l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général devrait être retenu dans l'hypothèse d'un contentieux. Et ceci, quelle que soit la qualité que s'attribue usuellement l'intéressé (ex. il se déclare commerçant, mais il n'est qu'un agriculteur qui vend sa production) ou bien quelle que soit l'illicéité de son activité (ex. un notaire qui fait clandestinement des opérations de banque : com. 2.2.70 D. 70, 430 ; JCP 70. II. 16313). Dans cette dernière hypothèse le commerçant clandestin subira le statut du commerçant (ex. la faillite), mais ne pourra s'en prévaloir à l'encontre des tiers.

22. Mais dans certains pays de l'espace OHADA, à l'instar du Cameroun (article 14 du Décret n° 93/720 du 22 novembre 1993 fixant les modalités d'application de la loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun), le législateur institue une carte professionnelle de commerçant délivrée par l'administration à toute personne physique ayant la qualité de commerçant ou de principal mandataire d'une personne morale ayant la qualité de commerçant. L'on ne manque pas de se poser la question de la valeur juridique de cette carte professionnelle : établit-elle de manière absolue la qualité de commerçant ? La réponse négative s'impose, car pour nous, la carte professionnelle ne confère pas la qualité de commerçant, mais constitue juste un indice. Cette qualité résulte juste du critère posé par l'article 2.

23. De même, l'immatriculation au registre de commerce ne confère pas la qualité de commerçant. Elle ne constitue, aux termes de l'article 38 (1) de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, qu'une présomption simple de cette qualité, présomption qui peut tomber devant la preuve contraire.

II - Personnes exclues de la profession commerciale

24. Alors que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui irradie le droit commercial contemporain suppose une liberté d'accès à la profession commerciale, le législateur est souvent intervenu pour entraver la liberté d'entreprendre. La question de la licéité de ces entraves à la liberté du commerce et de l'industrie n'est du reste pas discutable. En effet, dès lors que ces entraves ne sont ni abusives, ni arbitraires, elles ne sauraient être juridiquement critiquées. Et parce qu'elles sont des exceptions au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ces entraves sont peu nombreuses, sauf dans les professions spécialement réglementées, à l'instar des banques et des assurances. Leur finalité est tantôt de protéger la personne qui veut entreprendre une activité commerciale en exigeant d'elle des conditions de capacité (A), tantôt de sauvegarder l'intérêt général en écartant du monde des affaires des personnes qui, pour diverses raisons, ne paraissent pas y avoir leur place (B).

A - Exigence de la capacité pour la protection de la personne

25. Thaller, le grand commercialiste, en disant que le droit commercial est le droit des forts, voulait souligner par là le fait que toute personne ne peut pas faire le commerce. Les professions commerciales sont en effet plus risquées que les activités civiles ; autant le commerçant s'enrichit habituellement plus vite que le salarié, autant il peut aussi être conduit rapidement à la ruine. D'où la nécessité de ne laisser s'aventurer dans le monde des affaires que des personnes capables.

26. Mais le législateur OHADA s'est gardé de fixer pour tous les États membres un âge minimum unique pour l'acquisition de la capacité. Il s'est contenté de dire à l'article 6 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général que « nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession habituelle, s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce ». Il revient dès lors à chaque État membre de déterminer cet âge. Mais, en dépit des dangers inhérents à ce monde, il est souhaitable que les législateurs ne se montrent pas trop sévères dans la fixation de cet âge, car ils risqueraient priver les jeunes du droit de devenir commerçants. Une position libérale pourrait consister à adopter dans ce domaine la même capacité qu'en droit civil, laquelle tourne généralement autour de la vingtaine d'années.

Le législateur OHADA exclut toutefois des professions commerciales les mineurs non émancipés, auxquels il faut assimiler les majeurs incapables. Le cas du conjoint du commerçant mérite également une attention particulière

1 - Exclusion des mineurs non émancipés

27. Quel que soit son âge, le mineur non émancipé, ou mineur ordinaire, ne peut devenir commerçant, ni même faire occasionnellement des actes de commerce. Les termes de l'article 7(1) de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général sont formels là-dessus : « Le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce ». La raison est que le mineur est trop jeune pour mesurer les risques courus.

28. Aucune autorisation ou aucun procédé détourné ne peut lever cette incapacité, car il s'agit d'une incapacité de jouissance et non pas simplement d'une incapacité d'exercice. Ce qui veut dire que le mineur n'a pas le droit de faire le commerce et que son représentant légal ne pourra pas le faire en son nom et pour son compte, contrairement à la solution pratiquée pour des actes de la vie civile.

29. La sanction de l'incapacité qui atteint le mineur non émancipé est double. D'une part, même si en fait il a exercé une activité commerciale, le mineur ne peut acquérir la qualité de commerçant. Il ne peut donc pas faire l'objet d'une procédure collective. D'autre part, les actes de commerce, même isolés, conclus par le mineur sont nuls. Puisqu'il s'agit de le protéger, cette nullité a un caractère relatif et ne peut être invoquée que par le mineur devenu majeur ou son représentant légal, mais non par le cocontractant.

30. Mais cette incapacité radicale et absolue qui frappe le mineur non émancipé, bien que justifiée dans son ensemble, présente parfois des inconvénients. Ainsi, dans le cas où le mineur reçoit un fonds de commerce par succession ou par legs, notamment dans le cas où le père commerçant décède laissant un fils mineur, celui-ci ne pourra pas personnellement exploiter le fonds. Il devra soit le vendre, soit le donner en location-gérance. Cet inconvénient ne se rencontre pas lorsque l'entreprise est une société, car le mineur peut être associé, sauf s'il s'agit d'une société en nom collectif.

31. Quant au mineur émancipé, c'est-à-dire celui qui, par un acte juridique, a acquis la pleine capacité d'exercice et se trouve de ce fait assimilé à un majeur, il peut avoir la qualité de commerçant. Notons que les conditions de l'émancipation sont déterminées par le législateur de chaque État membre.

2 - Exclusion des majeurs incapables

32. Sous ce vocable de majeurs incapables, on désigne les malades mentaux ou les faibles d'esprit qui font l'objet d'une mesure de tutelle (régime de la représentation) ou de curatelle (régime de l'assistance). Ils sont assimi-

lés aux mineurs non émancipés. Leur mise à l'écart du monde des affaires est normale, car ils ne pourraient pas lutter à armes égales avec leurs concurrents.

33. Lorsque l'incapacité atteint un commerçant, celui-ci doit cesser ses activités. Son fonds de commerce doit être, soit vendu ou donné en location-gérance, soit accordé à une société commerciale que autre la société en nom collectif. Son représentant légal doit demander sa radiation du registre de commerce.

3 - Cas du conjoint du commerçant

34. Sous cette rubrique, on traitait généralement du cas de la femme mariée que l'on rapprochait traditionnellement des incapables, parce qu'autrefois le commerce lui était interdit. Mais aujourd'hui, fort heureusement, la situation a considérablement évolué. On est en effet parti d'une interdiction générale pour la femme mariée d'exercer une profession commerciale à une égalité parfaite de traitement entre époux, en passant par des étapes intermédiaires où il fallait tantôt l'autorisation préalable du mari, tantôt son absence d'opposition.

35. Sous la pression des mouvements féministes, la question connaît de nos jours une approche bilatérale qui ne fait pas de discrimination entre la femme mariée et son époux, le texte ne parlant que du « conjoint du commerçant ». En effet, aux termes de l'article 7(2) de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, « le conjoint d'un commerçant n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit des actes (de commerce), à titre de profession habituelle, et séparément de ceux de son époux ».

36. La situation est donc désormais la même pour tous, qu'il s'agisse de l'épouse ou de l'époux. Pour que le conjoint d'une personne qui a déjà la qualité de commerçant puisse prétendre également à cette qualité, il faut qu'il exerce un commerce séparé de celui de son conjoint, c'est-à-dire en fait qu'il fasse le commerce à titre personnel et indépendant.

37. L'exigence de la capacité constitue un contrôle a priori pour l'accès à la profession commerciale. Mais, d'une manière générale, notre droit préfère le contrôle a posteriori, en écartant du commerce ceux qui se sont déjà montrés incompetents ou malhonnêtes, ou alors exercent déjà une autre activité ; et c'est désormais la protection de l'intérêt général qui est en cause.

B - Mise à l'écart de certaines personnes pour la protection de l'intérêt général

38. À la différence de la capacité qui est une mesure de protection pour la personne qui voudrait faire le

commerce, d'autres mesures restrictives sont édictées par la loi dans l'intérêt de la clientèle et d'une façon large, dans l'intérêt du public. Certaines personnes se voient ainsi interdire l'exercice d'une profession commerciale. Mais si elles le font, malgré l'interdiction légale, elles auront la qualité de commerçant, car les tiers ne peuvent pas savoir qu'elles font irrégulièrement le commerce ; et ces personnes mêmes ne sauraient se prévaloir de leur faute pour échapper à leurs obligations professionnelles. Une procédure collective peut donc être ouverte contre elles (Cass. Com. 2 fév. 1970 JCP 1970, II. 16313).

Tel est le cas des individus malhonnêtes qui, pour des raisons fondées sur un défaut d'honorabilité se trouvent écartés du monde des affaires (1). Tel est également le cas, mais pour des raisons objectives cette fois, des personnes qui exercent déjà une autre profession (2).

1 - Mise à l'écart se fondant sur un défaut d'honorabilité : les interdictions et les déchéances

39. Le public doit être protégé contre les commerçants malhonnêtes. Aussi les interdictions et les déchéances visent-elles à protéger le monde commercial et ses clients de la présence des personnes au passé douteux, parce qu'elles sont présumées malhonnêtes.

40. L'interdiction est une mesure de protection prise par le juge en faveur d'un majeur incapable en raison de l'état mental.

41. La déchéance, quant à elle, est la perte d'un droit infligée soit à titre de sanction, soit en raison du non-respect des conditions d'exercice de ce droit. L'article 10 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général énumère trois séries de cas dans lesquels le commerçant est déchu du droit de faire le commerce. En considérant l'origine de la déchéance, il y a celle prononcée par une juridiction judiciaire et celle prononcée par une juridiction professionnelle. Dans l'une ou l'autre hypothèse, la déchéance frappe la personne exerçant le commerce par elle-même ou par personne interposée.

42. La déchéance d'origine judiciaire consiste soit en une interdiction générale définitive ou temporaire prononcée par une juridiction de l'un des États parties, que cette interdiction ait été prononcée comme peine principale ou comme peine complémentaire, soit en une condamnation définitive à une peine privative de liberté pour un crime de droit commun, ou à une peine d'au moins trois mois d'emprisonnement non assortie de sursis pour un délit contre les biens, ou une infraction en matière économique et financière.

43. Certaines de ces interdictions sont de droit. Il en est ainsi au cas où une décision prononce la

faillite personnelle d'un commerçant : cette décision, aux termes de l'article 203 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, emporte de plein droit l'interdiction générale de faire le commerce. D'autres interdictions de faire le commerce sont facultatives et sont laissées à l'appréciation du juge. Elles sont prononcées de façon définitive ou temporaire dans le cas de condamnation pour crime ou délit. Les crimes et délits concernés sont ceux qui portent sur les biens (vol, recel, escroquerie, abus de confiance), ou qui sont commis en matière économique et financière (infractions en matière de chèque, usure). Comme on peut le constater, il s'agit d'infractions qui sont courantes dans les milieux d'affaires. Il est par conséquent logique, pour l'intérêt du monde commercial, que les personnes reconnues coupables de ces crimes et délits soient écartées des professions commerciales.

44. Quant à la déchéance d'origine professionnelle, elle est édictée, dans chaque cas, par le statut professionnel concerné. Elle est limitée à la profession.

45. L'exercice du commerce au mépris d'une déchéance n'empêche pas d'acquérir la qualité de commerçant – mais un commerçant de fait exposé aux rigueurs des sanctions attachées à ce statut mais à qui on refuse les avantages – et les actes conclus demeurent valables (Com. 11.5.76 JCP 76. II. 18452 Rodière). Toutefois et aux termes de l'article 12 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, les actes accomplis par un interdit sont inopposables non seulement aux tiers de bonne foi, mais également à l'interdit lui-même.

2 - Mise à l'écart pour des raisons d'incompatibilité

46. Bien qu'étant parfaitement honorables, certaines personnes sont néanmoins écartées des activités commerciales pour des raisons d'incompatibilité.

47. On entend par incompatibilité l'interdiction légale ou réglementaire faite à certaines personnes d'exercer le commerce en raison de leurs fonctions ou de leur profession. Aux termes de l'article 8(1) de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, « nul ne peut exercer une activité commerciale lorsqu'il est soumis à un statut particulier établissant une incompatibilité ». Et l'article 9 du même Acte uniforme énumère trois séries de fonctions ou professions avec l'exercice desquelles l'exercice du commerce est incompatible. Il s'agit :

- des fonctionnaires et des personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique ;
- des officiers ministériels et auxiliaires de justice que sont les avocats, les huissiers, les commissaires priseurs, les agents de change, les notaires, les greffiers, les administrateurs et liquidateurs judiciaires ;
- des experts comptables agréés et comptables agréés, des commissaires aux comptes et aux apports, des conseils juridiques et des courtiers maritimes.

48. Cette liste n'est pas limitative. À ces fonctions ou professions jugées incompatibles avec une activité commerciale par l'Acte uniforme, chaque État membre peut en rajouter. L'article 9 parle en effet in fine de toute profession dont l'exercice fait l'objet d'une réglementation interdisant le cumul de cette activité avec l'exercice d'une profession commerciale.

49. Le fondement de ces incompatibilités est discuté. Pour la majorité des auteurs, ces incompatibilités se justifient par le fait que le législateur veut mieux assurer l'indépendance de la fonction publique ou la dignité de certaines professions. Mais pour le professeur Guyon, ces incompatibilités paraissent s'expliquer davantage par un motif de conscience professionnelle ; le commerce est une profession trop absorbante pour être menée seule. En le cumulant avec une autre activité, on risque de pratiquer médiocrement l'une et l'autre, comme cela arrive souvent lorsque l'on fait deux choses à la fois. De plus, le commerçant est animé principalement par la volonté de réaliser des bénéfices, alors que le fonctionnaire doit être inspiré par l'intérêt général et le membre d'une profession libérale par le désir de rendre un service qui n'est pas uniquement pécuniaire. Il serait donc difficile qu'une même personne obéisse en même temps, selon la nature de ses activités, à des motivations aussi différentes.

50. La violation des incompatibilités entraîne surtout des sanctions disciplinaires. Mais les actes de commerce accomplis demeurent valables à l'égard des tiers de bonne foi. Ceux-ci peuvent par conséquent, si bon leur semble, se prévaloir de ces actes, à l'exclusion de la personne en situation d'incompatibilité. Par ailleurs, le contrevenant est considéré comme un commerçant de fait. (Cass. Com. 2 fév. 1970, D. 1970, 430). Ainsi, si la qualité de commerçant lui est reconnue, c'est seulement au titre des inconvénients et non des avantages ; l'intéressé ne peut donc pas se prétendre commerçant ; il a tous les inconvénients du titre, sans en avoir les avantages.

Victor-Emmanuel BOKALLI

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Acte de commerce 1,2, 3, 4, 5, 7,
9,13
Accomplissement 1, 3, 4,6

C

Capacité 1, 8,9, 10,12
Commerçant 10, 11, 12, 13, 14,15
Conditions d'acquisition
de la qualité 1,3
Conjoint 1,7

D

Distinction 4
- Par la forme 4,5
- Par nature 4,5
De fait 14,15
Déchéance 13,14

E

Émancipe 10,11

F

Fonds de commerce 10,11
Femme mariée 11,12

I

Immatriculation du registre de
commerce 8
Incompatibilité 1, 14,15
Interdictions 1, 11, 12, 13,14

L

Liberté de commerce et de
l'industrie 9,2

M

Majeur incapable 13
Mineurs 1, 10,11
Mineur non émancipé 1, 10,11

P

Preuve de qualité de 1, 7,8
Preuve de la qualité de commerçant
1,8
Profession habituelle 1, 2, 3, 4, 5,
9,12

R

Registre de commerce 6, 7, 8,11

S

Sanction 10, 13, 14,15

COMMISSAIRES AUX APPORTS ET COMMISSAIRES AUX COMPTES

Table des matières

Introduction n° 1

§1 - Confusion personnelle du commissaire aux apports et du commissaire aux comptes n° 2

- A - Existence du commissaire aux comptes n° 3
 - I - Personne physique ou morale n° 4
 - II - Professionnel de la finance et de la comptabilité n° 5
- B - Dévolution des fonctions de commissaire aux apports au seul commissaire aux comptes n° 6
 - I - Exclusion de toute autre expertise n° 7
 - II - Admission conditionnée de l'évaluation des apports par les associés n° 8

§2 - Différence fonctionnelle du commissaire aux apports et du commissaire aux comptes n° 9

- A - Fonctions d'évaluation du commissaire aux apports n° 10
 - I - Contexte de l'évaluation des apports n° 11
 - II - Déroulement de l'évaluation n° 12

B - Fonctions de contrôle du commissaire aux comptes n° 13

- I - Obligation de nomination d'un commissaire aux comptes n° 14-15
- II - Activité du commissaire aux comptes n° 16
 - a - Piliers de l'activité du commissaire aux comptes n° 17-21
 - b - Responsabilité du commissaire aux comptes n° 22

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.G.) et SAMB (M.), *Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, 2002.
- ISSA-SAYEGH (J.), POUGOUÉ (P.G.), SAWADOGO (F.M.), OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2002.
- MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D.) et THOUNEVOT (S.), *Le Droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, 2004.

Introduction

1. Commissaire aux comptes et commissaire aux apports sont apparemment deux organes chargés d'assurer le contrôle des sociétés commerciales. Mais tandis que l'intervention du commissaire aux apports peut se situer soit au moment de la constitution d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme, soit postérieurement à la fondation lors de l'augmentation du capital ou d'une opération de restructuration, l'intervention du commissaire aux comptes a lieu pendant la vie de la société. En réalité, il s'agit d'une même personne aux attributions différentes. C'est dire que la confusion personnelle de ces deux entités (I) ne doit pas faire oublier la différence fonctionnelle qui existe entre elle (II).

§1- Confusion personnelle du commissaire aux apports et du commissaire aux comptes

2. Commissaire aux comptes (POTDEVIN (J.), *Le commissaire aux comptes*, Paris, éd. Delmas, 1996 ; RICHARD (F.-M.), *Le Commissaire aux comptes dans les sociétés françaises : Aspects juridiques et techniques de l'exercice du mandat*, Paris, éd. Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables et des comptables agréés, 1963) et commissaire aux apports sont intimement liés à l'idée de transparence dans les sociétés (voir DE CORDT, Y. et WILLMAERS, G. S., *La transparence en droit des sociétés et en droit financier*, coll. droit des sociétés, Larcier, 2008). D'apparence, l'on est en présence de deux organes sociaux distincts ; mais en réalité, les deux entités procèdent d'un même organe, d'une même personne, le commissaire aux comptes auquel sont dévolues les fonctions de commissaire aux apports (V. SCHOTT, Ch., « Commissaires aux comptes : le commissariat aux apports », In *Économie-Le-tout Lyon en Rhône-Alpes* du samedi 13 au vendredi 19 juin 2009, p. 8) (B). Ainsi, pour parler de commissaire aux apports, il faut au préalable qu'existe un commissaire aux comptes (A).

A - Existence du commissaire aux comptes

3. L'existence du commissaire aux comptes rend suffisamment compte de celle du commissaire aux apports également. Les deux casquettes vont être arborées par la même personne physique ou morale (I), qui doit être un professionnel de la finance et des comptes (II).

I - Personne physique ou morale

4. Le commissaire aux comptes est une personne physique ou morale. L'accent est particulièrement mis sur la personne physique qui doit être commissaire aux comptes individuellement ou dans un groupe. En ce sens, l'article 694 al. 2 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, précise que « Les fonctions de commissaire aux comptes sont exercées par des personnes physiques ou par des sociétés constituées par des personnes physiques, sous l'une des formes prévues par le présent Acte uniforme ».

Les fonctions de commissaire aux comptes sont donc dominées par la personne physique, que cet organe soit représenté par une société en nom collectif, une société en commandite simple, une société à responsabilité limitée ou une société anonyme. Sont donc exclues, les sociétés constituées par des personnes morales.

L'insistance du législateur, pour que la personne physique soit au centre des fonctions de commissaire aux comptes, peut être justifiée par le fait que ses prestations au sein de la société sont intellectuelles et requièrent la justification d'une certaine compétence en matière financière ou comptable. Là-dessus, il faut reconnaître que les personnes physiques sont seules susceptibles d'offrir de telles garanties, aisément appréciables au travers de leur formation académique ou professionnelle. Le législateur OHADA exige alors que seuls les experts comptables relevant d'un ordre (L'expert-comptable relevant d'un ordre des experts-comptables doit être agréé par ledit ordre pour pouvoir être désigné commissaire aux comptes (art. 695 AUDSC-GIE ; V. surtout, en zone CEMAC, l'Acte du Conseil des chefs d'États UDEAC N° 5/82/UDEAC/324 du 18 décembre 1982, relatif au commissariat aux comptes et à l'expertise judiciaire en comptabilité dans les États membres de la communauté)) ou inscrits sur une liste (Cette liste est établie, selon l'article 696 de l'AUDSC-GIE, par une commission siégeant auprès d'une Cour d'Appel dans le ressort de l'État partie du siège de la société objet du contrôle. Ladite commission est composée de quatre membres dont 1°) Un magistrat du siège de la Cour d'appel comme président avec voix prépondérante ; 2°) Un professeur de droit, de sciences économique ou de gestion ; 3°) Un magistrat de juridiction compétente en matière commerciale ; 4°) Un représentant du trésor public), puissent assumer les fonctions de commissaire aux comptes. C'est cette personne qui pourra exercer sous une autre sollicitation, les fonctions de commissaire

aux apports lors de la constitution d'une SARL ou d'une SA, lors de l'augmentation du capital de l'un ou l'autre de ces types de sociétés ou lors des opérations de fusion, scission et apport partiel d'actif les concernant.

II - Professionnel de la finance et de la comptabilité

5. Que le commissaire aux comptes intervienne ès qualité ou qu'il doive assumer les fonctions de commissaires aux apports, il s'agit d'un professionnel du chiffre. Ce n'est d'ailleurs que trop de choses de le dire. En effet, la désignation comme commissaire aux comptes n'est réservée qu'aux experts comptables agréés ou inscrits sur une liste établie par une commission siégeant auprès de la Cour d'appel (art. 695 à 696 AUDSC-GIE).

Une telle exigence se conçoit aisément d'autant plus qu'il s'agit de manipuler les chiffres. Que ce soit pour l'évaluation des apports ou que ce soit pour le contrôle des sociétés, le commissaire aux comptes doit apprécier des valeurs chiffrées. En effet, dans la société commerciale, il existe un flux financier important. Une information claire et précise doit en être donnée tant aux destinataires contractuels qu'institutionnels.

Les premiers destinataires de l'information financière circulant dans la société sont les associés. Ils ont affecté des biens à une affaire commune (en vue d'en retirer un profit), dont la gestion est confiée à des personnes qui, parfois, n'ont aucun lien direct avec les intérêts de la société. Il est en tout nécessaire que les associés soient informés régulièrement et le plus fidèlement possible sur la manière dont ces biens sont gérés. L'information en question consiste en des données financières et comptables nécessitant l'expertise d'un professionnel en la matière (V. ROQUILLY (CH), « Les contrariétés au processus d'information dans les sociétés anonymes : aspects juridiques » (1re partie), Petites affiches, 25 juin 1993, N° 76, p. 18-24 ; (2e partie) N° 80, p. 12-16).

Les seconds destinataires de l'information dans les sociétés sont les pouvoirs publics, qui ont intérêt à ce que la société se maintienne en bonne santé financière, afin de préserver divers intérêts qui y sont greffés (ceux des salariés, des autres créanciers, ceux du fisc, etc.). Les investigations du commissaire aux comptes peuvent permettre d'éviter un état de cessation des paiements (sur la question, v. AIME (M.), « Le commissaire aux comptes et l'état de cessation des paiements », thèse, Paris II, 1989. – Friedrich HAYEK (F), « L'utilisation de l'information dans les sociétés », www.liberpedia.org).

C'est à cette faveur qu'il lui est reconnu le droit de déclencher la procédure d'alerte, lorsqu'il relèverait des faits de nature à compromettre la continuité de l'activité de la société (Art. 150 et suiv. Lire GODFROY (A), « Le commissaire aux comptes et la procédure d'alerte », thèse, Paris II, 1999. – LECERF (M), « La procédure d'alerte. Un nouveau moyen de prévention des difficultés de l'entreprise », Cahiers juridiques et fiscaux, CFCE, 1998,

N° 2, p. 325). En tant que professionnel du chiffre, il est alors civilement responsable de cette appréciation tant à l'égard de la société que des tiers (Art. 725 et suiv.). Il peut également encourir une responsabilité pénale pour des manquements dans l'une ou l'autre de ses attributions (V. Loi N° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes, art. 5 (f) en application de l'article 887 AUDSC-GIE, s'agissant de la surévaluation des apports et art. 17 en application de l'article 897 AUDSC-GIE, s'agissant du contrôle défectueux). Un tel encadrement juridique justifie certainement pourquoi le législateur lui attribue, et à lui seul, les fonctions de commissaire aux apports.

B - Dévolution des fonctions de commissaire aux apports au seul commissaire aux comptes

6. Il ressort de divers textes évoquant l'intervention du commissaire aux apports que les attributions de cet organe ne peuvent être exercées que par un commissaire aux comptes. Toute autre expertise est exclue (I). Même l'évaluation par les associés, maîtres de l'affaire, n'est admise que de manière exceptionnelle et conditionnée (II).

I - Exclusion de toute autre expertise

7. Le commissaire aux comptes procédant à l'évaluation des apports joue bien le rôle d'un expert auprès de la société. En raison des qualités exigées de lui par le législateur et exposées en amont, c'est à lui seul en principe que revient la tâche d'attribuer une valeur pécuniaire à un apport en nature.

À cette fin, il est obligatoirement désigné dans les statuts, à l'unanimité par les futurs associés. À défaut de cette unanimité, il est recouru à l'arbitrage de la juridiction compétente, sur requête des fondateurs, qui procèdent à cette désignation du commissaire aux apports (Art. 312, al. 3 et 400, al. 2 AUDSC-GIE).

Il est vrai que l'exigence même d'évaluation par un commissaire aux apports ne s'impose pas systématiquement, en tout cas, dans les SARL (Dans les SA, l'évaluation des apports en nature, quelle qu'en puisse être la valeur, est obligatoirement faite par un commissaire aux apports). En effet, dans ces sociétés, l'intervention d'un commissaire aux apports n'est imposée par la loi que lorsque la valeur de l'apport ou de l'avantage considéré, ou que la valeur de l'ensemble des apports ou avantages considérés, est supérieure à cinq millions (5 000 000) de francs CFA (Art. 312, al. 2 AUDSC-GIE).

Dans les SA en revanche un commissaire aux apports doit nécessairement être nommé quelle que soit la valeur de l'apport ou de l'avantage considéré (V. art. 400 et

suiv. AUDSC-GIE). L'hypothèse d'une évaluation des apports par les associés eux-mêmes reste néanmoins envisageable.

II - Admission conditionnée de l'évaluation des apports par les associés

8. L'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique laisse supposer l'éventualité d'une évaluation des apports par les associés d'une SARL eux-mêmes. Cette possibilité n'est pas envisageable pour les SA, encore que même s'agissant des SARL en question, ce n'est que sur fond d'entêtement, que les associés sont supposés procéder à l'évaluation des apports en nature, lors de l'assemblée générale constitutive.

Sur cette base d'ailleurs, la loi est tout à fait défiante à leur égard, pour prévoir à l'article 312, al. 5 qu'« à défaut d'évaluation faite par un commissaire aux apports ou s'il est passé outre à cette évaluation, les associés sont indéfiniment et solidairement responsables de l'évaluation faite des apports en nature et des avantages particuliers stipulés pendant une période de cinq ans ». Les associés d'une SARL peuvent donc évaluer eux-mêmes les apports en nature, mais à leurs risques et périls. Ils devront répondre, à l'égard des tiers, de la valeur qu'ils ont décidé attribuer aux apports en nature, durant ces cinq années.

Cependant, dans le sens du respect de la liberté sociale, la responsabilité qui pèse sur les associés du fait de l'évaluation des apports en nature, ne vise que la valeur desdits apports au moment de la constitution ou de l'augmentation du capital et non pas le maintien de cette valeur.

Même s'il est vrai que la société est une institution, il demeure que les associés sont libres de décider ce qui garantit le mieux leurs intérêts. Cela part déjà même de l'acte créateur de la société commerciale qui est le contrat (art. 4 AUDSC-GIE), quoique la société d'une seule personne soit rendue possible (art. 5). Même dans cette dernière hypothèse, par la rédaction des statuts, l'on étend les règles de la liberté contractuelle à la société, en supposant que l'associé unique s'engage envers la personne morale qu'il crée.

Il n'est rien dit s'agissant de la responsabilité de la valeur des apports en nature, lorsque l'évaluation en serait faite par le commissaire aux apports. La question est simple toutefois ; le commissaire aux apports intervenant comme expert, c'est sur lui que pèse en ce moment, l'obligation de garantie relativement à la valeur retenue. On peut supposer que sa responsabilité s'exprime dans les mêmes termes et délais que ci-dessus s'agissant des associés.

Malgré la confusion qui existe entre la personne du commissaire aux comptes et celle du commissaire aux apports, les deux professions restent distinctes au sein de la société commerciale.

§2 - Différence fonctionnelle du commissaire aux apports et du commissaire aux comptes

9. Quoiqu'incombant à la même personne, les fonctions de commissaire aux comptes et celles de commissaire aux apports sont totalement différentes. En effet, selon le cas, le commissaire aux comptes exerce des fonctions d'évaluation en tant que commissaire aux apports (A) et celles de contrôle en tant que commissaire aux comptes (B).

A - Fonctions d'évaluation du commissaire aux apports

10. La mission du commissaire aux apports consiste en l'évaluation des apports en nature. Il s'agit d'une fonction totalement différente de celle de commissaire aux comptes dans une société. Avant d'examiner le contenu des fonctions d'évaluation (II) il n'est pas sans intérêt de replacer le commissaire aux apports dans son contexte (I).

I - Contexte de l'évaluation des apports

11. L'opération d'apport consiste pour les associés à doter la société de biens, en vue de la constitution ou de l'augmentation du capital. Il peut s'agir de numéraire pour constituer les apports en numéraire ou de bien en nature pour constituer les apports en nature. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique prévoit également l'apport en industrie qui consiste pour l'apporteur à mettre à la disposition de la société, de la main-d'œuvre (Art. 40 (2) de l'AUDSC-GIE).

Le problème ne se pose pas pour les apports en numéraire. Ils représentent de l'argent (Art. 40 (1) AUDSC-GIE). Le capital social étant exprimé en argent, le montant de la participation de l'apporteur en numéraire et les titres sociaux qu'il en obtient sont facilement déterminés.

Le capital social doit être d'un certain montant représentant les apports faits par les associés. Si la liberté est consacrée s'agissant du capital des sociétés de personnes, la loi impose un minimum aux sociétés de capitaux (SARL : Un million (1 000 000) et SA : Dix millions (10 000 000) de francs CFA). Ce capital est obligatoirement divisé en parts sociales ou en actions de valeur nominale minimale respectivement de 5 000 et 10 000 francs CFA (combinaison des articles. 62, 311 et 387).

En revanche, les apports en nature doivent nécessairement être évalués. Il s'agit de leur attribuer une valeur pécuniaire pour déterminer quelle est la part de l'associé

apporteur en nature dans le capital et également quel sera le nombre de ses titres sociaux.

Les apports en nature peuvent notamment consister en biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels. Ainsi peuvent être apportés à la société, des terrains bâtis ou non, des bâtiments dans la catégorie des immeubles ; des voitures, du mobilier de bureau, des brevets, des licences d'exploitation, etc., dans la catégorie des meubles.

Ils sont donnés en propriété, en jouissance ou en usufruit.

La nécessité d'évaluer les apports en nature par un commissaire aux apports ne s'impose pas automatiquement. En effet, l'Acte uniforme n'exige cette formalité que pour certaines formes de sociétés et pour une certaine valeur estimée de l'apport ou de l'avantage devant en découler. Dans tous les cas, lorsqu'il doit être procédé à l'évaluation, elle suit un processus.

II - Déroulement de l'évaluation

12. Comme dit plus haut, l'évaluation des apports en nature, par un commissaire aux apports, n'est imposée que dans les SA (Art. 400 AUDSC-GIE), sans condition, et dans les SARL à condition que la valeur de l'apport ou de l'avantage considéré, ou que la valeur de l'ensemble des apports ou avantages considérés, soit supérieure à cinq millions (5 000 000) de francs CFA (Art. 312, al. 2 AUDSC-GIE).

Dans ces éventualités, trois périodes de la vie d'une société connaissent l'intervention du commissaire aux apports : lors de la constitution, lors d'une augmentation de capital et lors des opérations de fusion, scission ou apport partiel d'actif.

B - Fonctions de contrôle du commissaire aux comptes

13. Le commissaire aux comptes a essentiellement un rôle de contrôle dans les sociétés. Il veille à la transparence de l'information financière des dirigeants sociaux aux associés. Pour rendre effective l'activité du commissaire aux comptes (II), la loi institue une obligation aux sociétés assujetties de pourvoir à sa nomination (I).

I - Obligation de nomination d'un commissaire aux comptes

14. La nomination d'au moins un commissaire aux comptes procède en principe d'une obligation pour les sociétés de capitaux (V. HOMMAN-LUDIYE (L) et DJEDJE (P), « Le contrôle de la gestion des SA et des SARL », Cah. jur. et fisc., CFCE, 1998, N° 2, p. 317). En réalité, si cette obligation est catégorique pour les sociétés anonymes,

elle est établie avec beaucoup d'assouplissements s'agissant des sociétés à responsabilité.

Pour ce qui est donc des sociétés anonymes, qu'elles fassent appel public à l'épargne ou non, elles sont tenues de désigner un commissaire aux comptes. L'article 702 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales qui le prévoit en exige un comme titulaire, accompagné d'un suppléant (Art. 702, al. 1er), pour celles des sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne et au moins deux et deux suppléants pour celles qui font appel public à l'épargne (Art. 702, al. 2). Si la société est nouvellement constituée, le premier commissaire aux comptes et son suppléant sont désignés dans les statuts ou par l'assemblée générale constitutive. Le commissaire aux comptes nommé en cours de vie sociale l'est par l'assemblée générale ordinaire.

La précision en vaut la peine car d'une part, plusieurs types d'assemblées générales existent dans le fonctionnement des sociétés commerciales, suivant la périodicité de leurs réunions :

- Les assemblées générales ordinaires, qui sont appelées à se prononcer sur les actes de gestion excédant les pouvoirs des organes de gestion, comme la nomination ou le renouvellement du conseil d'administration, le quitus à donner aux organes de gestion, l'approbation des comptes annuels et l'affectation des résultats ;
- Les assemblées générales extraordinaires, qui connaissent des actes les plus graves comme la modification des statuts et notamment les augmentations de capital ;
- Les assemblées spéciales, qui sont des sous-assemblées et qui réunissent les titulaires d'actions d'une catégorie particulière.

Toutes ces assemblées n'ont pas les mêmes compétences. L'Assemblée générale ordinaire se réunit par exemple à la fin de chaque exercice et a compétence pour évaluer la gestion des dirigeants au cours de l'exercice précédent et fait alors des projections pour l'exercice à venir. Il est normal que la nomination d'un commissaire aux comptes lui incombe. (Pour plus d'informations, lire JAUFFRET-SPINOZI (C), Les assemblées d'actionnaires dans les sociétés anonymes, réalité ou fiction, Études Rodière, Paris, 1982. – CHEZAUD (H.), « Les assemblées d'actionnaires », thèse, Paris I, 1989).

15. En l'absence de désignation d'un commissaire aux comptes par l'assemblée, tout actionnaire peut demander en référé au président de la juridiction compétente, cette désignation. Mais le commissaire aux comptes ainsi désigné ne reste en fonction que le temps nécessaire pour l'assemblée d'en désigner un (Art. 708 AUDSC-GIE).

Les fonctions du commissaire aux comptes désigné dans les statuts ou par l'assemblée constitutive durent deux exercices sociaux. Lorsqu'il est désigné par l'assemblée générale ordinaire, il exerce ses fonctions durant six exercices sociaux (Art. 704 AUDSC-GIE).

En ce qui concerne les sociétés à responsabilité

limitée, la nomination d'un commissaire aux comptes dépend de l'importance des éléments comptables. En effet, elle n'est obligatoire que pour les SARL dont, soit le capital social est supérieur à dix millions (10 000 000) de francs CFA, soit le chiffre d'affaires annuel est supérieur à deux cent cinquante millions (250 000 000) de francs CFA, soit enfin l'effectif permanent est supérieur à cinquante personnes. Ces SARL sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes (Art. 376, al. 1er AUDSC-GIE). Pour celles qui ne remplissent pas ces conditions, cette désignation est facultative, sauf le droit pour un ou plusieurs associés détenant au moins le dixième du capital social, de la demander en justice (Art. 376, al. 2 AUDSC-GIE).

Hors le cas de demande en justice, le commissaire aux comptes doit être nommé par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié du capital. À défaut de cette majorité, la majorité des votes émis suffit quelle que soit la portion du capital représentée.

La durée des fonctions du commissaire aux comptes d'une SARL est de trois exercices sociaux. Les autres modalités de sa désignation sont identiques à celles en vigueur dans la SA.

II - Activité du commissaire aux comptes

16. Le commissaire aux comptes est chargé d'assurer la pérennité de la société commerciale à travers des piliers (a) et l'encadrement de sa responsabilité (b).

a - Piliers de l'activité du commissaire aux comptes

17. L'activité du commissaire aux comptes consiste en trois piliers : la certification des comptes, la vérification des documents comptables et la dénonciation des infractions à la gestion.

S'agissant de la certification des comptes, le commissaire aux comptes doit établir que les états financiers de synthèse sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice (Art. 710 AUDSC-GIE). Il certifie donc purement et simplement dans son rapport ou alors il présente une certification de réserves ou même la refuse lorsqu'il justifie de motifs qu'il devra du reste préciser.

Pour ce qui est de la mission de vérification, le commissaire aux comptes examine la valeur et les documents comptables de la société et contrôle la conformité de sa comptabilité aux règles établies dans l'Acte uniforme relatif au droit comptable (Art. 712 AUDSC-GIE). Il vérifie ainsi la sincérité états financiers de synthèse, et leur concordance avec les informations données dans le rapport de gestion du dirigeant social et dans les documents sur la situation financière et les états financiers de synthèse adressés aux associés. Il s'assure que

l'égalité entre les associés est respectée, c'est-à-dire que toutes les actions d'une même catégorie bénéficient des mêmes droits.

Enfin, en ce qui concerne la mission de dénonciation, il revient au commissaire aux comptes de révéler tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Il signale donc aux associés à la plus prochaine assemblée générale, les irrégularités et les inexactitudes relevées par lui au cours de l'accomplissement de sa mission. Cette mission est encadrée par une procédure spécifique : l'alerte dont les modalités de mise en œuvre diffèrent selon qu'il s'agit des sociétés autres que les sociétés anonymes et selon qu'il s'agit des sociétés anonymes (Art. 150 et suiv.).

18. Dans les sociétés autres que les sociétés anonymes, le commissaire aux comptes demande des explications au gérant qui est tenu de répondre, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission. La demande du commissaire aux comptes doit être adressée au gérant par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le gérant est tenu de répondre dans les mêmes formes, au plus tard, dans le mois qui suit la demande d'explication, en fournissant une analyse de la situation et précisant, le cas échéant les mesures envisagées. Si le gérant refuse de déférer à la demande qui lui est ainsi faite ou si malgré les mesures entreprises la situation ne s'améliore guère, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial dont il peut demander au gérant qu'il soit adressé aux associés ou du moins, qu'il soit présenté à la plus prochaine assemblée générale. Dans ce dernier cas, le gérant est tenu de procéder à cette communication dans les huit jours suivant la réception de la demande.

19. Dans les sociétés anonymes (Art. 153 et suiv.), la demande est naturellement adressée, dans les mêmes formes, au président du Conseil d'administration, au président-directeur général ou à l'administrateur général selon les cas. Cet organe est tenu de répondre dans les mêmes formes et délais que ci-dessus. Seulement, à défaut de réponse ou lorsque le commissaire aux comptes estime que celle qui lui est fournie est insuffisante, il invite l'organe dirigeant à se prononcer sur le fait objet de la demande d'explication. Celui-ci, s'il s'agit du président du Conseil d'administration ou du président-directeur général, est tenu de convoquer le conseil d'administration dans les quinze jours de la réception de l'invitation, en vue d'une délibération sur les questions posées. Le commissaire aux comptes est invité à la réunion. S'il s'agit d'un administrateur général, il convoque le commissaire aux comptes à une séance au cours de laquelle, il se prononcera sur les faits relevés. Extrait des délibérations est adressé aux commissaires aux comptes.

À défaut d'observation de la procédure ci-dessus par les organes de direction ou si malgré les décisions prises la situation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial, présenté à la prochaine assemblée ou à une assemblée ad hoc, convoquée par lui-même si les organes dirigeants refusent de faire. Dans ce cas c'est lui qui en fixe l'ordre du jour et même le lieu de la réunion.

20. Les associés ne sont pas les seuls destinataires des actes de dénonciation. Le ministère public doit également être informé des faits délictueux dont le commissaire aux comptes a eu connaissance dans l'exercice de sa mission. De tels faits ne sont naturellement pas protégés par le secret des affaires. Le commissaire aux comptes ne saurait alors engager sa responsabilité pour les dénonciations faites au procureur de la République. En revanche, il engage sa responsabilité pénale pour avoir omis de révéler les malversations constatées (Art. 17, loi de 2003, précitée, en application de l'art. 899 AUDSC-GIE. V. STOLOWY (N.), « La responsabilité pénale du commissaire aux comptes », *Revue des sociétés*, 1998, N° 3, p. 521).

Pour bien accomplir sa mission, le commissaire aux comptes a le droit d'opérer à toute époque de l'année et de se faire assister ou représenter, sous sa responsabilité, par des experts ou collaborateurs de son choix, qu'il fait connaître nommément à la société. Ces personnes ont les mêmes droits d'investigation que lui. La mission de contrôle est effectuée tant auprès de la société que des sociétés mères ou filiales.

21. Le commissaire aux comptes peut également recueillir les informations nécessaires à son contrôle auprès des tiers qui auraient accompli des opérations pour le compte de la société. Les tiers ne sont toutefois pas astreints à la communication des documents ou pièces quelconques détenues, sauf sur décision du président de la juridiction compétente statuant à bref délai. Ces tiers ne peuvent en outre se prévaloir du secret professionnel que s'ils ont la qualité d'auxiliaires de justice.

En cas de pluralité de commissaires aux comptes en fonction, le contrôle peut néanmoins être effectué séparément, mais le rapport leur est commun. Ce rapport indique les points de désaccord s'il y en a.

b - Responsabilité du commissaire aux comptes

22. Les fonctions de commissaire aux comptes sont encadrées par sa responsabilité. En effet, pour les manquements dont il pourrait être l'auteur, sa responsabilité peut être retenue tant sur le plan civil que pénal. Au plan civil, elle sera retenue à l'égard de la société et même des tiers pour les conséquences dommageables des fautes et négligences commises dans l'exercice de ses fonctions (Art. 725 AUDSC-GIE). Au plan pénal, le commissaire

aux comptes sera responsable pour entente frauduleuse avec les dirigeants sociaux. Cette situation peut résulter par exemple de la certification de comptes inexacts. De même, sa responsabilité pénale résultera du défaut de

dénonciation au procureur de la République, des fautes de gestion constatées lors de ses investigations.

Jean GATSI

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- A**
Alerte 5, 17
Apports 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12
- C**
Capital 1, 4, 8, 11, 12, 14, 15
Commissaire aux apports 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11
Commissaire aux comptes 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 13, 14
- Qualité 5, 21
 - Personne physique 3, 4
 - Personne morale 3, 8
 - (professionnel du chiffre) expert comptable 4, 5
 - Nomination 13, 14, 15
 - Rôle 7, 13
 - Vérification des documents comptables 17
- E**
Évaluation des apports 8
 - Par le commissaire aux apports 10
 - Par les associés 6, 7, 8, 11.
- I**
Information 5, 13, 14, 17, 21

CONTRAT DE SOCIÉTÉ

Table des matières

Introduction n° 1

§I - Conditions de fonds n° 2

- A - Consentement des associés n° 3
 - I - Consentement des associés doit être exempt de vices n° 4
 - II - Consentement des associés doit être sincère et non simulé n° 5
- B - Capacité n° 6
 - I - Mineurs n° 7 - 8
 - II - Époux n° 9 - 13
 - III - Étrangers n° 14 - 15
 - IV - Personnes morales de droit privé n° 16
 - V - Personnes morales de droit public n° 17
 - VI - Incapacités liées aux procédures collectives n° 18
 - a - Période suspecte n° 19
 - b - Sauvegarde ou redressement judiciaire n° 20
 - c - Liquidation des biens n° 21
 - d - Faillite personnelle n° 22
- C - Cause n° 23
- D - Objet n° 24
 - I - Objet social et intérêt social n° 25
 - II - Caractéristiques de l'objet social n° 26
 - III - Intérêts liés à la détermination de l'objet social n° 27

§II - Conditions de forme n° 28

- A - Avant la signature des statuts n° 29 - 30
- B - Après la signature des statuts n° 31 - 33

- I - Insertion dans un journal d'annonces légales n° 34
- II - Dépôt d'actes ou de pièces au greffe n° 35
- III - Immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier n° 36 - 37

§III - Sanctions des irrégularités de constitution n° 38

- A - Cas de nullité n° 39
- B - Action en nullité
 - I - Personnes ayant intérêt à agir n° 40 - 42
 - II - Effets de la nullité n° 42 - 45
- C - Régularisation de la société n° 46
 - I - Vice du consentement ou d'incapacité d'un associé n° 47 - 48
 - II - Violation des règles de publicité dans les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple n° 49
 - III - Délai accordé d'office par le tribunal à la société de couvrir la nullité n° 50

Bibliographie

- POUYOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.), NGUEBOU TOUKAM (J.), *Le Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, PUA, coll. « Droit uniforme », 1998.
- SAWADOGO (F. M.), *Droit des entreprises en difficulté*, Éditions Bruylant, AUF, CNRS, Juriscope, coll. « Droit uniforme africain », Bruxelles, 2002.

1. Selon l'article 1832 du Code civil, la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourrait en résulter.

L'article 4 alinéa 1 de l'AUSCGIE reprend l'idée, même si la définition est assez différente : « La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme ». La société est donc avant tout un contrat,

d'où la réunion d'une pluralité d'individus. L'on est tout à fait dans la théorie classique de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle.

Cependant, l'évolution moderne tend à consacrer la société avec une seule personne. En ce sens, l'article 5 de l'AUSCGIE dispose que « La société commerciale peut être également créée, dans les cas prévus par le présent Acte uniforme, par une seule personne, dénommée associé unique, par un acte écrit ». Concrètement, cela est possible pour la société anonyme et la société à responsabilité limitée. La société d'une seule personne ne peut pas par définition comporter ni mise en commun, ni partage, ni volonté de collaboration (voir entrée Société unipersonnelle).

Cette évolution appelle deux observations générales. Tout d'abord, parce que la société est constituée par une seule personne, l'on s'interroge sur les caractéristiques de son acte créateur. Traditionnellement, l'on ne contracte pas avec soi-même ; dès lors, l'acte constitutif de société unipersonnelle ne peut être qu'un engagement unilatéral de volonté et non un contrat. Il y a donc une dualité dans la notion de société : tantôt un contrat, tantôt un acte unilatéral. Ensuite, la société d'une personne renforce la thèse institutionnelle de la société. (voir entrée : Notion de société commerciale).

Malgré tout, la société est traditionnellement un groupe de personnes et la société avec une pluralité d'associés reste l'hypothèse la plus courante. Pour que le contrat de société soit valable, des conditions de fond et de forme doivent être remplies.

§I - Conditions de fond

2. On distingue les conditions communes à tous les contrats et les conditions spécifiques au contrat de société (présence des associés, apports, participation aux résultats de l'exploitation, affectio societatis. Voir entrée : Notion de société commerciale).

Le contrat de société est soumis, comme tout contrat, aux quatre conditions de validité prévues par l'article 1108 du Code civil : le consentement des parties à l'acte c'est-à-dire des futurs associés, la capacité juridique des associés, un objet et une cause licites.

A - Consentement des associés

3. Le contrat de société n'est valable que si les parties ont la volonté de s'engager. La volonté de s'engager se matérialise le jour de la signature des statuts par les associés ou par un mandataire justifiant d'un pouvoir spécial.

I - Consentement des associés doit être exempt de vices

4. Tous les vices du consentement admis par le Code civil (dol, erreur, violence) s'appliquent en principe au contrat de société. Par exemple, dans les sociétés de personne où l'intuitu personae est déterminant, l'erreur peut porter sur la personne d'un associé.

Plus spécifiquement, le contrat de société ne doit contenir aucune clause léonine dont l'exécution aurait pour résultat de procurer à l'un des contractants un avantage exorbitant au détriment de l'autre ou des autres. L'article 54 alinéa 2 de l'AUSCGIE les considère

non écrites. Bien plus, lorsque ladite clause est déterminante, elle peut entraîner la nullité du contrat, cette nullité est absolue.

II - Consentement des associés doit être sincère et non simulé

5. Le consentement doit être sincère, c'est-à-dire non simulé. La volonté est simulée lorsque le contrat de société (acte apparent) dissimule une autre convention (secrète) conclue entre les mêmes personnes et correspondant à la volonté réelle des parties.

Prenons comme par exemple le cas de la société fictive qui est définie comme une société dans laquelle les personnes qui se présentent comme associés ne présentent pas les caractéristiques de la qualité d'associé, notamment parce que leur volonté de se comporter en associés (affectio societatis) n'est pas établie (société ne comportant que des prête-noms ; prétendus associés qui étaient en fait des salariés ; société créée par un père de famille ayant pour seuls associés ses deux enfants mineurs qui ne disposaient d'aucune ressource personnelle, voir NJANDEU MOUTHIEU (M.A.), obs. sous CCJ, arrêt n° 18 du 31 mars 2005, Société Afrique construction et financement dite Africof et monsieur Z. c/ Société générale de banque en Côte d'Ivoire dite SGBCI in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, sous la direction de Pougoué (P.G.) et Kuate Tameghe, L'Harmattan, Paris, 2010, p. 179). Lorsque la fictivité de la société est établie, elle entraîne la nullité de la société. Les règles de droit de droit commun sanctionnant la simulation sont applicables aussi bien à propos de l'acte secret que de l'acte apparent et, en plus, la faculté est offerte aux tiers et spécifiquement au fisc d'opter pour l'acte apparent ou pour l'acte secret selon leur intérêt.

Cela étant, bien que l'Acte uniforme ne le dise pas, il semble logique de penser que, conformément au droit commun, la convention de croupier prévue par l'article 1861 du Code civil est admise. D'après cet article, « chaque associé peut, sans le consentement de ses coassociés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société ; il ne peut pas sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il aurait l'administration ».

B - Capacité

6. La capacité est l'aptitude d'une personne à participer à la vie juridique. Pour déterminer la capacité requise pour entrer dans une société, on se réfère aux règles du droit commun faute de dispositions particulières dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. La capacité requise varie selon le type de société et la qualité de l'associé. Les droits des personnes morales sont exercés par leurs représentants personnes physiques.

L'article 7 de l'AUSCGIE dispose de manière générale que toute personne physique ou morale peut être associée dans une société commerciale lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucune interdiction, incapacité ou incompatibilité visée notamment par l'Acte uniforme portant droit commercial général. L'exigence d'une capacité spéciale pour les parties à un contrat de société dépend non seulement du type de société, mais de la qualité de l'associé. La capacité commerciale est requise à l'égard de tous les associés tenus personnellement et solidairement des dettes de la société parce qu'ils ont la qualité de commerçant (par exemple, les associés en nom). Pour les autres associés a priori non commerçants (commanditaires, actionnaires ou associés en SARL), seules sont applicables les règles du droit civil. Dans le même sens, lorsque la société est commerciale, la conclusion du contrat de société étant un acte de commerce, est interdite à certaines personnes : il s'agit du mineur non émancipé. Par ailleurs, les personnes morales de droit privé comme de droit public sont en principe dotées de la capacité juridique pour être des associés alors les procédures collectives d'apurement du passif sont susceptibles de limiter la possibilité d'être associé dans les sociétés à risque illimité, en vue de protéger les biens du ménage (article 9 AUSCGIE).

I - Mineurs

7. L'AUSCGIE en son article 8 statue sur le cas du mineur et tout incapable : ceux-ci ne peuvent pas être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales au-delà de leurs apports ; il en résulte qu'ils ne peuvent pas être associés en nom ou commandités des sociétés de personnes.

En revanche, lorsque la capacité de faire le commerce n'est pas exigée des associés, le mineur peut en principe être associé (SARL, SA, commanditaire dans une société en commandite simple).

8. Toutefois, le mineur n'agit pas personnellement. Les parts sociales ou les actions sont souscrites en son nom par son représentant légal. Ainsi, par exemple en droit camerounais, selon l'article 389 du Code civil, le représentant légal de l'enfant mineur est le père ; la mère si le père est décédé ou déchu de ses droits ; celui qui obtient la garde de l'enfant en cas de divorce ou de décès de l'un des époux et enfin le tuteur désigné par le conseil de famille en cas de décès des deux parents.

II - Époux

a - Cas de l'apport en société par l'un des époux

9. En principe, chaque époux peut librement devenir associé d'une société en faisant apport des biens dont le régime matrimonial lui permet de disposer.

10. Dans le régime de séparation des biens, chacun des époux restant propriétaire de ses biens personnels, il est libre d'en disposer et donc de faire un apport en société (article 1536, Code civil).

11. Dans le régime de communauté des biens, le mari est libre de disposer non seulement de ses biens propres c'est-à-dire ceux dont il était propriétaire avant le mariage ou qu'il a acquis pendant le mariage par succession ou donation, mais également des biens de la communauté. En effet, le Code civil prévoit que l'administration des biens personnels de la femme (article 1428) et des biens de la communauté (article 1421, al. 1) incombe au mari.

b - Cas des sociétés entre époux

12. Après avoir été longtemps discutée, la validité des sociétés entre époux a finalement été reconnue mais avec certaines restrictions. L'article 9, AUSG dispose que deux époux ne peuvent pas être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment et solidairement. Les époux ne peuvent donc pas être associés dans une société en nom collectif ou associés commandités dans une société en commandite simple (Pour l'évolution historique de la question : P.-G. POUGOUÉ, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU, Le droit des sociétés commerciales et du GIE, PUA, Coll. Droit Uniforme, 1998, n° 28 et suiv. ; cf., l'entrée Société entre époux).

13. Il est à noter, à titre de droit comparé qu'en France, cette restriction a été levée par la Loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux (J.C.P.E. 1986, I, 15290, n° 6 – Voir : art. 1832 al. 1 nouveau, C. Civ.) qui dispose que deux époux peuvent être, seuls ou avec des tiers, associés dans une société quelle qu'en soit la forme, et participer ensemble ou non à la gestion sociale.

III - Étrangers

14. En principe, pour qu'un étranger puisse exercer une activité commerciale au Cameroun, il doit préalablement obtenir un titre de séjour (Loi n° 97-12 du 10 janvier 1997 fixant les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers au Cameroun) et remplir les conditions requises pour l'exercice du commerce au Cameroun (Acte uniforme OHADA portant droit commercial général).

15. En ce qui concerne les entreprises étrangères qui désirent s'établir au Cameroun pour y exercer une activité commerciale, les conditions à remplir sont fixées par la loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun. Cependant, si

le capital est détenu à plus de 50 % par les étrangers, ceux-ci doivent sauf convention d'assimilation, obtenir au préalable un agrément de l'autorité administrative.

IV - Personnes morales de droit privé

16. Les personnes morales de droit privé, c'est-à-dire les sociétés civiles et commerciales ainsi que les groupements d'intérêt économique dotés de la capacité juridique, peuvent souscrire des parts ou actions d'autres sociétés.

Mais pour qu'on parle de prise de participation, il faut que le capital détenu dans l'autre société soit supérieur ou égal à 10 % (Article 177 AUSG) et en ce qui concerne les participations réciproques, elles sont interdites aux sociétés anonymes et aux SARL envers les sociétés détenant plus de 10 % de leur capital social (Article 178, AUSG).

V - Personnes morales de droit public

17. Il s'agit de l'État, des collectivités locales (régions, départements, communes) et des établissements publics. L'État peut souscrire des parts ou actions mais sa participation au capital d'une société à capital public doit être autorisée par un décret du président de la République (Article 24, loi n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic).

VI - Incapacités liées aux procédures collectives

18. Les procédures collectives d'apurement du passif (règlement préventif, redressement judiciaire et liquidation des biens) peuvent limiter la possibilité pour les personnes qui y sont soumises de participer à la constitution d'une société et de faire un apport à celle-ci.

a - Période suspecte

19. C'est la période qui se situe entre la date de cessation des paiements et le jugement ouvrant une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Le débiteur est en principe libre de participer à la constitution d'une société. Mais certains de ses actes peuvent être annulés en cas de fraude s'il est ensuite mis en redressement judiciaire ou liquidation des biens. Citons par exemple : cas où la valeur de l'apport est supérieure à celle des parts ou actions remises en contrepartie, ou le cas d'un apport effectué dans les 6 mois précédant la date de la cessation des paiements. La sanction est la réintégration du bien apporté dans le patrimoine du débiteur (voir entrée : Cessation des paiements).

b - Sauvegarde ou redressement judiciaire

20. À partir de la décision d'ouverture d'une procédure collective contre une personne morale, les dirigeants de droit ou de fait, apparents ou occultes rémunérés ou non, ne peuvent à peine de nullité faire d'apport en société qu'avec l'autorisation du juge-commissaire (article 57 (1) AUPC).

c - Liquidation des biens

21. Une personne physique ou morale mise en liquidation des biens ne peut faire aucun apport en société puisqu'à partir de la date du jugement prononçant la liquidation des biens et jusqu'à la clôture de celle-ci, elle est dessaisie de la gestion de son patrimoine car ses droits et actions sont exercés par syndic (voir entrée : Liquidation des biens).

d - Faillite personnelle

22. Elle a pour effet d'interdire à celui qui en est frappé l'exercice de toute activité commerciale. Il ne peut plus diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale ou une personne morale ayant une activité commerciale.

Par ailleurs, il ne peut pas être associé dans une société en nom collectif ou commandité dans une société en commandite simple car la qualité de commerçant est obligatoire. Mais il peut être associé dans une société anonyme ou une société à responsabilité limitée s'il a conservé la libre disposition de ses biens (voir entrée : Effet de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur).

C - Cause

23. La cause du contrat de société obéit au droit commun ; elle est la raison pour laquelle deux ou plusieurs personnes s'associent. Elle se distingue de l'objet qui est l'activité promise à la société.

La cause doit être licite et morale. La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

D - Objet

24. Toute société a un objet qui est constitué par l'activité qu'elle entreprend et qui doit être déterminée et décrite dans ses statuts (article 19, AUSG). Ils doivent indiquer le type de commerce ou d'industrie qu'entend exploiter la société.

L'objet d'une société est susceptible de deux acceptions : d'une part, l'article 4 alinéa 1 de l'AUSCGIE

précise que l'objet de la société est la mise en commun de quelque chose, des biens, en vue de se partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Il s'agit alors, selon le droit des sociétés, des apports des parties ; d'autre part, et plus concrètement, l'objet de la société, c'est le genre d'activité que cette dernière se propose d'exercer. La société est créée pour une exploitation déterminée. Celle-ci constitue l'objet qui doit être mentionné avec une relative précision dans les statuts. En ce sens, l'objet apparaît comme un des critères fondamentaux de détermination de la nature commerciale ou civile d'une société (critère objectif) ; l'article 6 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE dispose à cet égard que le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou son objet.

I - Objet social et intérêt social

25. L'objet social ne doit pas être confondu avec l'intérêt social qui peut être défini comme le bénéfice que la société retire des actes passés en son nom. En principe, les décisions prises par les dirigeants doivent être conformes à l'intérêt social, c'est-à-dire bénéfiques pour la société. (Voir sur l'ensemble de la question NJANDEU MOUTHIEU (M.A.), L'intérêt social en droit des sociétés, collection Études africaines, L'Harmattan, Paris, 2009). Par conséquent, si un dirigeant accomplit un acte contraire à l'intérêt social, sa responsabilité pour faute de gestion peut être engagée à l'égard de la société qui peut demander la nullité de l'acte s'il repose sur une cause illicite.

La notion d'intérêt social implique également le respect de l'égalité entre les associés. La société étant créée dans l'intérêt commun des associés, chacun doit participer aux bénéfices en fonction de ses apports. Par conséquent, les dirigeants doivent veiller à ne pas rompre cette égalité.

II - Caractéristiques de l'objet social

26. L'objet social doit remplir deux caractéristiques :
- l'objet social doit être possible. En principe, lorsque l'une des activités pour lesquelles la société a été créée vient à ne plus être possible, la société doit être dissoute sauf si les statuts prévoient qu'elle peut accomplir d'autres opérations financières, industrielles ou commerciales.
 - l'objet social doit être licite c'est-à-dire conforme à l'ordre public, aux mœurs et aux dispositions impératives des lois et règlements. Ainsi sont prohibées la contrebande ou les opérations commerciales portant sur des choses « hors du commerce » telles que le corps humain. La licéité de l'objet social s'apprécie par rapport à l'activité réellement exer-

cée par la société et non à partir de celle indiquée dans les statuts. Selon l'art 22, AUSG l'objet social peut être modifié dans les conditions prévues par chaque société pour la modification des statuts.

III - Intérêts liés à la détermination de l'objet social

27. La détermination de l'objet social joue un rôle fondamental dans le fonctionnement interne de la société. Par exemple en cas de changement d'activité, une modification des statuts est nécessaire ; l'étendue des pouvoirs des dirigeants sociaux est délimitée par l'objet social car la société est automatiquement engagée par tous les actes des dirigeants entrant dans son objet social ; la dissolution de la société est prononcée en cas d'extinction ou de réalisation de l'objet social.

SII - Conditions de forme

28. On distingue deux phases lors de la constitution de la société :

- la phase antérieure à la signature des statuts.
- la phase postérieure à la signature des statuts.

A - Avant la signature des statuts

29. Avant la signature des statuts, des pourparlers sont engagés entre les fondateurs pour discuter de l'éventualité de la création de la société. Les parties sont en principe libres de s'engager mais leur responsabilité civile peut être engagée en cas de rupture abusive des pourparlers. Il en est ainsi lorsque cette rupture révèle une volonté de nuire ou une légèreté blâmable de l'une des parties.

30. Pendant la phase de constitution de la société, le rôle des fondateurs consiste à :

- déterminer l'objet de la société, c'est-à-dire l'activité de la société. Si l'activité envisagée est réglementée, ils doivent veiller à obtenir les autorisations nécessaires ;
- choisir la forme juridique de la société. Dans certains cas, cette liberté de choix sera limitée en fonction du nombre d'associés, de l'activité envisagée car tel ou tel type de société peut être interdit ou imposé par la loi en raison de l'activité envisagée, des considérations fiscales ou de la volonté de limiter la responsabilité des associés au montant de leurs apports ;
- déterminer le montant du capital à investir en fonction de la forme juridique arrêtée et rechercher si nécessaire, les personnes susceptibles d'être intéressées par une prise de participation ;

- accomplir les formalités nécessaires en cas d'apport en nature ou en numéraire dans les SARL et SA (désignation d'un commissaire aux apports ; dépôt des fonds chez un notaire) ;
- choisir le lieu de l'activité ;
- choisir le lieu du siège social car l'immatriculation de la société au RCCM ne peut être obtenue que si cette société prouve qu'elle a la jouissance de locaux dans lesquels son siège social est installé. Mais il est possible de domicilier le siège social dans les locaux d'une autre entreprise, dans les bureaux d'une société de domiciliation ;
- rédiger les statuts qui doivent être établis par écrit, soit par acte notarié, soit par acte sous seing privé (art 1834, Code civil). À défaut d'écrit, l'article 115 AUS dispose que la société ne peut pas être immatriculée. Il s'agit alors d'une « société créée de fait » qui n'a pas de personnalité juridique.

B - Après la signature des statuts

31. Les statuts désignent l'acte qui matérialise le contrat de société et qui en précise les caractéristiques ainsi que les règles de fonctionnement. Le contrat de société est conclu le jour de la signature des statuts qui marque l'échange des consentements entre les associés.

32. Les statuts doivent contenir les mentions suivantes (article 13 AUSG) :

- la forme de la société, indispensable pour connaître son fonctionnement ainsi que les droits et obligations des associés ;
- la durée qui ne peut excéder 99 ans ;
- la dénomination sociale ;
- la nature et le domaine de son activité qui forment l'objet social ;
- le siège social ;
- le montant du capital social ;
- les modalités de fonctionnement de la société ;
- l'identité des apporteurs en nature et en numéraire ;
- l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci ;
- le nombre et la valeur des titres sociaux émis, en distinguant, le cas échéant, les différentes catégories de titres créés ;
- les stipulations relatives à la répartition du résultat, à la constitution des réserves et à la répartition du boni de liquidation.

33. La signature des statuts emporte reprise automatique par la société des actes passés antérieurement par les fondateurs à condition qu'un état indiquant l'engagement résultant de chacun de ces actes par la société soit présenté aux associés avant la signature et soit annexé aux statuts (article 107 AUSG). Pour que les statuts aient autorité à l'égard des tiers (banquiers,

clients, fournisseurs) susceptibles d'entrer en relation avec la société, les associés doivent procéder aux formalités de publicité.

I - Insertion dans un journal d'annonces légales

34. L'avis de création de la société doit être signé par le notaire qui a reçu le contrat de société ou par les fondateurs. Selon l'art 257, AUSG, sont habilités à recevoir les annonces légales, le journal officiel, les journaux habilités à cet effet par les autorités compétentes, les quotidiens nationaux d'information générale paraissant depuis plus de 6 mois et justifiant d'une diffusion à l'échelle nationale.

II - Dépôt d'actes ou de pièces au greffe

35. Les associés doivent déposer les actes au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du lieu du siège social (article 258 AUSG). Le greffier doit vérifier la conformité de la constitution et des modifications statutaires aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

III - Immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier

36. Après l'enregistrement des statuts et l'insertion de l'avis de constitution dans le journal d'annonces légales, la société doit être immatriculée au R.C.C.M. Cette formalité est capitale car elle a pour effet de conférer à la société la jouissance de la personnalité morale, ce qui lui permet de disposer des fonds provenant de la libération des parts sociales et des actions, de contracter ou d'agir en justice.

37. L'immatriculation emporte reprise automatique des actes passés pour le compte de la société, par un mandataire régulièrement désigné dans les statuts ou par acte séparé, pendant la période située entre la signature des statuts et l'immatriculation au R.C.C.M. (article 111, AUSG).

SIII - Sanctions des irrégularités de constitution

38. Le principe est qu'en cas d'irrégularité de constitution, la sanction applicable est la nullité du contrat. Mais en matière de contrat de société, cette sanction serait particulièrement dommageable pour les tiers de bonne foi ayant contracté avec la société. C'est pourquoi

la loi limite les cas de nullité, offre des possibilités de régularisation et limite les effets de la nullité lorsqu'elle est finalement prononcée.

Par ailleurs, le tribunal ne peut pas prononcer la nullité moins de 2 mois après la date de l'exploit introductif d'instance et l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance (article 246 AUSG).

A - Cas de nullité

39. Selon l'article 242 AUSG, « la nullité d'une société ou de tous actes, décisions ou délibérations modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse de l'Acte uniforme ou de textes régissant la nullité des contrats ». Les cas de nullité prévus par l'Acte uniforme sont :

- le défaut d'accomplissement des formalités de publicité dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple (article 245 AUSG). Mais le tribunal peut décider de ne pas prononcer la nullité encourue si aucune fraude n'est constatée.
- le non-respect des dispositions de l'article 1108 du Code civil sur le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Mais l'article 243 AUSG introduit une restriction en ce qui concerne la société anonyme et la société à responsabilité limitée qui ne peuvent pas être annulées pour vice du consentement ou pour incapacité d'un associé sauf si celle-ci atteint tous les associés fondateurs. Par conséquent, les seuls cas de nullité admis sont le défaut ou l'illicéité de l'objet ou de la cause.

B - Action en nullité

I - Personnes ayant intérêt à agir

40. En ce qui concerne les nullités visant la protection d'un intérêt particulier, la nullité est relative et seules les personnes dont la loi a voulu protéger les intérêts peuvent engager l'action en nullité (incapacité, vice du consentement).

41. En ce qui concerne les nullités sanctionnant un vice de portée générale, la nullité est absolue et peut être invoquée par toute personne justifiant d'un intérêt légitime (associés, créanciers personnels ou sociaux, dirigeants sociaux).

42. L'action en nullité se prescrit par 3 ans à compter de l'immatriculation de la société ou de la publication de l'acte modifiant les statuts. Mais ce délai peut être allongé sans limite de temps en cas d'illicéité de l'objet social ou ramené à 6 mois à compter de la date de la mise en demeure en cas de vice du consentement

ou d'incapacité d'un associé lorsque l'intéressé a été mis en demeure de régulariser la situation (article 248 AUSG).

II - Effets de la nullité

43. Par opposition au droit commun, la nullité de la société met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat (article 253 al. 2 AUSG). Elle entraîne la dissolution de la société et sa mise en liquidation, sauf lorsque cette dissolution emporte transmission du patrimoine à titre universel (article 253 al. 3 AUSG).

44. L'annulation de la société peut engager la responsabilité civile de ceux à qui elle est imputable pour les dommages causés aux tiers. L'action en responsabilité se prescrit par 3 ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée (article 256 AUSG).

45. La nullité est inopposable aux tiers de bonne foi c'est-à-dire que ni la société, ni les associés ne peuvent s'en prévaloir pour échapper à leurs obligations, sauf en cas d'incapacité ou de vice du consentement.

En revanche, l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié peut invoquer la nullité à l'égard des tiers, même s'ils sont de bonne foi (article 255 AUSG).

C - Régularisation de la société

46. Afin de limiter les cas de nullité, le législateur a prévu des possibilités de régularisation de la société. En principe, toutes les nullités peuvent être couvertes à l'exception de celles fondées sur l'illicéité de l'objet social. La régularisation est admise en cas de vice du consentement ou incapacité d'un associé ou de violation des règles de publicité dans les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple

I - Vice du consentement ou incapacité d'un associé

47. Toute personne y ayant intérêt peut mettre en demeure l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de 6 mois à peine de forclusion (article 248 AUSG).

48. Si l'associé agit en nullité, la société ou tout associé peut soumettre au tribunal saisi toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur, par exemple le rachat de ses droits sociaux. Le tribunal peut alors, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoire les mesures proposées si elles ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour

les modifications des statuts, le vote du demandeur en nullité n'étant pas pris en considération (article 249 AUSG).

II - Violation des règles de publicité dans les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple

49. Toute personne ayant intérêt à la régularisation de l'acte peut mettre la société en demeure de procéder aux formalités de publicité dans un délai de 30 jours. À défaut, toute personne peut demander au président du tribunal compétent la désignation d'un mandataire chargé d'accomplir la formalité (article 250 AUSG).

III - Délai accordé par le tribunal à la société pour couvrir la nullité

50. Lorsque le tribunal est saisi d'une action en nullité, il peut d'office, décider d'accorder un délai à la société pour couvrir la nullité. Si la convocation d'une assemblée générale est nécessaire, il doit accorder le délai nécessaire dès lors que la société apporte la preuve de la convocation régulière de cette assemblée pour que les associés puissent prendre une décision. Mais si aucune décision n'a été prise à l'expiration de ce délai, le tribunal doit statuer à la demande de la partie la plus diligente (article 247 AUSG).

Paulette MIMBE

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- | | | |
|---|---|--|
| <p>A
Action en nullité
- effets : 43 et s.
- forclusion : 42
- personnes ayant intérêt à agir : 40, 41</p> <p>C
Capacité : 6 et s.
Cause : 23
Commerçant :
Contrat de société
- conditions de fond : 2 et s.
- conditions de forme : 28 et s.
Consentement des associés :
- définition : 3
- caractéristiques : 4 et s.</p> <p>D
Dessaisissement du débiteur : 21, 22
Dirigeants sociaux
- faillite personnelle : 22
- responsabilité civile : 44</p> <p>E
Époux 9 et s.
Étrangers 14 et s.</p> | <p>G
Greffe 35</p> <p>I
Immatriculation 36 et s.
Inopposabilités 45</p> <p>J
Journal d'annonces légales 34</p> <p>L
Liquidation des biens 21</p> <p>M
Mineurs 7</p> <p>N
Nullité
- action 40 et s.
- effets 43 et s.
- prescription 42</p> <p>O
Objet 24 et s.</p> | <p>P
Période suspecte 19
Personnes morales
- droit privé 16
- droit public 17
Pourparlers 29
Procédures collectives 18 et s.</p> <p>R
Registre du commerce et du crédit mobilier
Régularisation 36 et s.</p> <p>S
Société fictive 5
Société unipersonnelle 1
Statuts 25, 26, 27, 30, 32, 33, 37</p> <p>V
Vices du consentement 4 et s.</p> |
|---|---|--|

CONTRAT DE TRANSPORT

Table des matières

Introduction n° 1-3

§1 - Formation du contrat de transport n° 4-13

A - Parties au contrat de transport n° 5-8

I - Expéditeur n° 6

II - Transporteur n° 7

III - Destinataire n° 8

B - Marchandise objet du contrat de transport n° 9-10

C - Conclusion proprement dite du contrat de transport n° 11-13

I - Caractère consensuel du contrat de transport n° 12

II - Fonction de la lettre de voiture n° 13

§2 - Exécution du contrat de transport n° 14-48

A - Obligations de l'expéditeur n° 15-28

I - Obligations relatives à la marchandise n° 16-21

a - Obligations matérielles n° 17-20

1 - Emballage et conditionnement n° 18-20

2 - Étiquetage et marquage n° 20

b - Déclarations relatives à la marchandise n° 21

II - Obligations relatives aux frais de transport n° 22-28

a - Régime du paiement des frais afférents au transport n° 23-25

b - Garanties de paiement du fret n° 26

1 - Droit de rétention de la marchandise n° 27

2 - Privilège du transporteur n° 28

B - Obligations du transporteur n° 29-39

I - Prise en charge de la marchandise n° 30

a - Vérification de la marchandise n° 31

b - Pesage et comptage de la marchandise n° 32

II - Transport de la marchandise n° 33-38

a - Chargement de la marchandise n° 34

b - Déplacement de la marchandise n° 35-37

1 - Itinéraire n° 36

2 - Délai de transport n° 37

c - Empêchement en cours de transport n° 38

III - Livraison de la marchandise n° 39

C - Obligation du destinataire n° 40-48

I - Réception de la marchandise n° 41-45

a - Notion de livraison n° 42

b - Modalités de la livraison n° 43-45

1 - Déchargement n° 44

2 - Ayant droit à la livraison n° 45

II - Conservation des droits contre le transporteur n° 46-48

a - Droit de vérification du destinataire n° 47

b - Fonction des réserves n° 48

§3 - Contentieux du contrat de transport n° 49-78

A - Responsabilité de l'expéditeur n° 50-58

I - Condition de la responsabilité de l'expéditeur n° 51-55

a - Faute de l'expéditeur n° 52-54

1 - Faute dans l'emballage de la marchandise n° 53

2 - Faute dans les déclarations ou instructions n° 54

b - Vice propre de la marchandise n° 55

II - Champ d'application et nature de la responsabilité de l'expéditeur n° 56-58

a - Dommages n° 57

b - Caractère contractuel de la responsabilité de l'expéditeur

B - Responsabilité du transporteur n° 59-78

I - Régime de la responsabilité du transporteur n° 60-70

a - Principe de responsabilité de plein droit n° 61

b - Causes d'exonération de responsabilité n° 62-65

1 - Causes générales d'exonération n° 63

2 - Cas particuliers d'exonération n° 64

3 - Perte du droit d'invoquer une cause d'exonération n° 65

c - Limitation de la responsabilité du transporteur n° 66

1 - Calcul de l'indemnité n° 67

2 - Exceptions aux limites prévues par la loi n° 69

2-1- Déclaration de valeur ou d'intérêt à la livraison n° 69

2-2- faute intentionnelle ou téméraire du transporteur n° 70

II - Mise en œuvre de la responsabilité du transporteur n° 71-78

a - Titulaires de l'action n° 72

b - Condition d'exercice de l'action n° 73-75

1 - Réclamation préalable n° 74

2 - Prescription de l'action n° 75

c - Juge de l'action n° 76-78

1 - Tribunal arbitral n° 77

2 - Tribunal étatique n° 78

Conclusion

Bibliographie

- AGBOYIBOR (P.K.), « L'OHADA a adopté un nouvel Acte uniforme relatif au transport des marchandises par route », *RDAL*, n° 7-2003, p. 440-444.
- AKAM AKAM (A.), « L'information dans le contrat de transport de marchandises par route. Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA », *RRJ*, n° 2006-3, p. 1647-1684.
- BATOUAN BOUYOM (J.A.), « Le droit OHADA sur le transport des marchandises par route : approche critique, prospective et comparative », Thèse de doctorat, université de Nantes-université de Yaoundé II, 2007, 629 pages.
- BOKALLI (V.E.) et SOSSA (D.C.), *OHADA : droit des*

- contrats de marchandises par route*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit uniforme africain », n° 9, 2006, 169 pages.
- BROU (K.M.), « Le nouveau droit des contrats de transport de marchandises par route dans l'espace OHADA », *Penant*, octobre-décembre 2003, n° 845, p. 394 et s.
 - DIALLO (I.K.), « Étude de l'acte uniforme relatif au droit de transport de marchandises par route », *Obadata D-05-08*, 2005, p. 1-31.
 - FERRARI (F.R.), « The OHBLA draft uniform act on contracts

for the carriage of goods by road. First remarks on its sphere of application », *RDAL*, n° 7, 2001, p. 898-905.

- ISSA-SAYEGH (J), « Présentation générale de l'acte uniforme sur le contrat de transport de marchandises par route », *Obadata D-07-03*, 22 pages.
- LACASSE (N) et PUTZEYS (J), « L'Acte uniforme relatif aux droits de transport de marchandises par route », *ETL*, 2003, n° 6, p. 673-729.

Introduction

1. L'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route (ci-après AUCTMR) a été adopté le 22 mars 2003 à Yaoundé (Cameroun) et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004 (*Journal officiel de l'OHADA*, n° 13 du 31 juillet 2003. Pour une vue d'ensemble, v. N. LACASSE, J. PUTZEYS, *L'Acte uniforme de l'OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route*, *Droit européen des transports 2003*, p. 673 ; M. BROU-KOUAKOU, « Le nouveau droit des contrats de transport de marchandises par route dans l'espace OHADA », *Penant 2003*, p. 394 ; V.E. BOKALLI, D.C. SOSSA, *OHADA, Droit des contrats de transport de marchandises par route*, Bruylant, 2006, 169 p). Comme son titre l'indique, cet Acte uniforme fixe les règles applicables à tout contrat de transport routier de marchandises dans l'espace OHADA, dès lors que le lieu de prise en charge et celui prévu pour la livraison sont situés soit sur le territoire d'un État membre, soit sur le territoire de deux États différents dont l'un au moins est membre de l'OHADA (Art. 1 al 1 de l'AUCTMR).

Largement inspiré de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (ci-après CMR) signée à Genève le 19 mai 1956, l'AUCTMR s'applique tant aux transports internes qu'aux transports internationaux. Il est désormais le droit commun du transport de marchandises par route effectué à titre onéreux dans la zone couverte par l'OHADA.

Le transport par route est un des vecteurs principaux de l'intégration sous-régionale et l'instrument privilégié des échanges entre les États parties à l'OHADA. Aussi, l'adoption de règles communes en la matière participe au renforcement de l'intégration juridique qui est l'objectif prioritaire de l'OHADA (A. AKAM AKAM, « L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA, ouvrage collectif*, L'Harmattan, 2009, p. 21 et s). Avant l'avènement de l'AUCTMR, le transport routier de marchandises était régi, au plan interne, par des textes nationaux, et notamment par les dispositions devenues obsolètes du Code civil et du Code de commerce applicables dans chaque État (*Certains pays comme le Sénégal – v° art. 651 à 668 du Code des obligations civiles et*

commerciales – ou le Mali - Ordonnance n° 53/CMLN du 19 septembre 1973- ont adopté de nouvelles règles en matière de transport par route), et au plan sous régional, par la Convention portant réglementation des transports routiers inter-États de la Communauté Économique et Douanière des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO, signée à Cotonou-Bénin, 29 mai 1982), d'une part, et d'autre part, la Convention inter-États de transport routier de marchandises diverses de la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) signée le 5 juillet 1996 (*sur l'état du droit des transports dans la zone couverte aujourd'hui par l'OHADA avant l'adoption de l'AUCTMR*, v. V.-E. BOKALLI, D.-C. SOSSA, *op. cit.*, p. 7 et s).

2. C'est à ce pluralisme juridique que l'AUCTMR est venu mettre un terme en instituant des règles uniformes applicables à tout contrat de transport de marchandises par route (*elle ne règle pas les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier. Pour la zone CEMAC*, v. *Acte n° 5/96 – UDEAC-612-CE- du 31 juillet 1996 portant réglementation des conditions d'exercice de la profession de transport routier inter-États de marchandises diverses*). Toutefois, il existe une possibilité de concurrence voire de conflit entre l'AUCTMR et d'autres textes régissant les transports complexes, et notamment la Convention inter-États de transport multimodal de marchandises dans la CEMAC signée le 5 juillet 1996 à Libreville (VÉ. BOKALLI, D.-C. SOSSA, *op. cit.*, n° 25 et s ; J.-C. NGNINTEDEM, « La réglementation des transports en zone CEMAC : un modèle d'intégration sous-régionale », *Cahiers Juridiques et Politiques, Revue de la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Ngaoundéré*, 2008, p. 158 et s).

3. L'AUCTMR définit le contrat de transport comme « tout contrat par lequel une personne physique ou morale, le transporteur, s'engage principalement et moyennant rémunération, à déplacer par route, d'un lieu à un autre et par le moyen d'un véhicule, la marchandise qui lui est remise par une autre personne appelée l'expéditeur » (art. 2). Au-delà de cette définition, qui a l'avantage de mettre en exergue les éléments spécifiques du contrat de transport (le déplacement de la marchandise d'autrui, par un professionnel, à titre

onéreux), l'AUCTMR énonce des règles impératives (*l'article 28 al. 1 déclare nulle et de nul effet, toute stipulation qui directement ou indirectement, dérogerait aux dispositions de l'AUCTMR*) qui régissent la formation (§1), l'exécution (§2) et le contentieux (§3) du contrat de transport.

§1 - Formation du contrat de transport

4. La formation du contrat de transport est soumise aux conditions de validité communes à toutes les conventions et qui sont relatives à la capacité, au consentement, à l'objet et à la cause. Aussi, convient-il simplement de mettre en exergue certains éléments du contrat de transport à savoir les parties qui le concluent (A) la marchandise qui en est l'objet (B) et avant d'insister sur le caractère consensuel du contrat de transport (C).

A - Parties au contrat de transport

5. Le contrat de transport est le type même d'opération juridique à trois personnes (*M REMOND-GOULLAUD, Le contrat de transport, coll. Connaissance du droit, 1983, p. 34 ; Ph. DELEBECQUE, Pour une théorie du contrat de transport, Mélanges J.-L. Aubert, p. 103 et s.*). S'il est en réalité conclu entre l'expéditeur (I) et le transporteur (II), le contrat de transport devient un contrat à trois parties par l'association du destinataire de la marchandise (III).

I - Expéditeur

6. L'expéditeur est celui qui conclut en son nom le contrat de transport à l'effet de faire déplacer la marchandise. À cet effet, il traite directement avec le transporteur et discute des conditions du transport envisagé. Il peut conclure personnellement le contrat ou le faire par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un mandataire ayant reçu pouvoir d'agir en ses lieu et place.

L'expéditeur est donc celui qui confie la marchandise au transporteur en vue de son déplacement, qu'il en soit ou non le propriétaire. Comme l'a bien relevé la Cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu le 11 juillet 1979 (*Bulletin des transports, ci-après BT, 1979. 520*), « la qualité d'expéditeur n'est pas liée à la propriété de la marchandise. L'expéditeur, c'est celui qui est porté comme tel sur le document de transport et qui l'a signé ». C'est lui seul qui est le cocontractant du transporteur. Ainsi, une personne n'ayant aucun droit sur la marchandise peut avoir la qualité d'expéditeur : elle est un *expéditeur apparent* qui laisse dans l'ombre l'*expéditeur réel* qui est le propriétaire véritable de la marchandise. Ainsi,

lorsque le contrat est conclu par un commissionnaire de transport (*Le commissionnaire de transport est un intermédiaire qui fait exécuter, sous sa responsabilité et en son nom propre, un transport de marchandises pour le compte du commettant. À ce titre, il conclut donc les contrats nécessaires à la réalisation de l'opération de transport*), c'est lui qui est porté comme expéditeur sur le document de transport alors qu'il n'en est pas le propriétaire (*R. RODIERE « La définition de la commission de transport », RTD com. 1957, 1 ; L. PEYREFFITE « Le commissionnaire de transport et les autres auxiliaires de transport en droit français », D. 1978 chron. 213 ; A. CHAO, « Le commissionnaire de transport, variation sur une définition », B. T. 1988, 477*).

En définitive, la dissociation des qualités d'expéditeur et de propriétaire ne va pas sans conséquence pour la détermination du titulaire de l'action en responsabilité contre le transporteur.

II - Transporteur

7. Le transporteur est toute personne qui s'engage à déplacer la marchandise de l'expéditeur. Il s'agit d'un « commerçant » qui fait profession de transporter les marchandises d'autrui. Ainsi, le transporteur visé par l'AUCTMR est un transporteur public, c'est-à-dire un professionnel ayant rempli les conditions prévues par les lois et règlements en vigueur dans chaque État et qui fixent les conditions pour exercer une activité de transport de marchandises.

Le transporteur peut être une personne physique. Dans ce cas, il s'agit de celui qui a rempli les conditions exigées par la loi pour exercer l'activité de transport. Par conséquent, c'est lui le cocontractant de l'expéditeur et non le conducteur du véhicule qui n'est qu'un simple préposé. Le contrat peut bien évidemment être conclu par le chauffeur car il est admis que le chauffeur représente et engage son entreprise pour tous les actes courants de conclusion et d'exécution du contrat de transport.

Lorsque le transporteur est une personne morale, c'est-à-dire une société commerciale, le contrat est conclu par ses préposés ou représentants. La détermination de la qualité de transporteur peut néanmoins poser problème lorsqu'on est en présence d'une société mère et d'une filiale portant le même nom. Pour la jurisprudence, dès lors qu'elles ont des personnes juridiques distinctes, le transporteur est la personne ayant directement traité avec l'expéditeur. Ainsi a été mise hors de cause une société mère dès lors que c'est sa filiale qui est intervenue dans l'opération litigieuse (*Paris, 3 décembre 1984, cité au Lamy transport 1987, p. 36, n° 43*).

III - Destinataire

8. La situation du destinataire est plus délicate car il n'est pas à l'origine partie au contrat de transport (*Ph.*

DELEBECQUE, « *Le destinataire de la marchandise : tiers ou partie au contrat de transport* », *D. aff.* 1995, p. 189. Au fait, le statut du destinataire a donné lieu à controverse. Si pour la jurisprudence et la doctrine dominantes, le destinataire est associé au contrat de transport par le biais d'une stipulation pour autrui (Cass. 12 avril 1948, *BT* 1948, p. 584), le Doyen Rodière par contre rejette cette explication et considère que le contrat de transport est, dès le départ et par essence un contrat à trois personnages (*Droit des transports*, 2^e éd. n° 365). Sur ce débat, v. V.É. BOKALLI, D. C. SOSSA, *op. cit.*, n° 154 et s). On considère que c'est par son adhésion qu'il devient partie au contrat (J.-P. TOSI, « *L'adhésion du destinataire au contrat de transport* », *Mélanges Mouly, Litec* 1998, p. 175 ; J. VALLANSAN, « *Livraison et adhésion du destinataire au contrat de transport* », *LPA*, 29 avril 1994 ; R. RODIERE, « *L'association du destinataire au contrat de transport* », *BT*. 1976.360).

Le destinataire est censé adhérer au contrat de transport lorsqu'il entre en possession de la marchandise. Ainsi, en acceptant le contrat, le destinataire peut en invoquer toutes les clauses à son profit autant que celles-ci lui sont opposables. En revanche, en cas de perte totale de la marchandise en cours de transport, la jurisprudence considère que le destinataire est privé de la possibilité d'adhérer au contrat de transport. Par ailleurs, si le destinataire refuse, sans motifs, de prendre livraison de la marchandise, il se place lui-même en dehors du contrat de transport et ne peut pas s'en prévaloir.

La qualité de destinataire, comme celle d'expéditeur, n'est pas davantage liée à la propriété de la marchandise. A seul qualité de destinataire, celui qui figure comme tel sur la lettre de voiture ; il importe alors peu qu'il soit destinataire réel ou destinataire apparent de la marchandise. En tout cas, celui que le transporteur doit connaître et auquel il doit remettre la marchandise est la personne qui est mentionnée comme destinataire au document de transport.

B - Marchandise objet du contrat de transport

9. L'article 2 e de l'AUCTMR adopte une définition sommaire de la marchandise. Celle-ci désigne « tout bien mobilier », sans autre précision. On en déduit que la marchandise est tout bien mobilier, quelles qu'en soient la nature ou la quantité, qui est confié au transporteur en vue de son déplacement d'un point à un autre. La question qui se pose est alors de savoir si toute marchandise peut faire l'objet d'un contrat de transport. L'AUCTMR ne semble pas apporter une réponse sans équivoque à cette interrogation.

En effet, il ressort de certaines de ses dispositions que seules les *marchandises* dites « *conventionnelles* », c'est-à-dire les marchandises qui sont dans le commerce et qui ne présentent pas de danger particulier, peuvent faire l'objet d'un transport soumis aux règles qu'il édicte. Il en est par exemple ainsi des objets de toutes sortes, des

documents, des espèces ou des marchandises de grande valeur, animaux vivants, etc. Le contrat de transport ne peut être valablement conclu que si ces marchandises sont déterminées (ou déterminables) et sont licites. En tout état de cause, l'expéditeur doit faire un certain nombre de déclarations relatives à la marchandise destinée au transport. Celles-ci concernent notamment leur dénomination, leur nature, le nombre de colis, leurs marques et leurs numéros, le poids brut ou la quantité (*art. 4*). Lorsqu'il s'agit des espèces ou des marchandises de grande valeur, il lui est recommandé d'en faire connaître la nature ou la valeur lors de leur remise au transporteur (*art. 8 al. 4*). Toutes ces déclarations doivent permettre au transporteur de prendre les dispositions nécessaires pour une bonne prise en charge des marchandises et leur déplacement dans de bonnes conditions.

10. Quant aux *marchandises dangereuses*, elles semblent, en principe, exclues de tout transport soumis aux règles de l'AUCTMR. Par *marchandise dangereuse*, on désigne « une marchandise qui, par sa composition ou son état, présente un risque pour l'environnement, la sécurité l'intégrité des personnes ou des biens ». L'article 1 al. 2 dispose que l'AUCTMR ne s'applique pas aux transports de marchandises dangereuses.

Toutefois, cet acte laisse entrevoir la possibilité qu'un contrat de transport puisse avoir pour objet de telles marchandises. En premier lieu, l'article 4 al. 1-e vise parmi les mentions que doit contenir la lettre de voiture, la « dénomination généralement reconnue » des marchandises dangereuses. Ensuite et surtout, l'article 8 alinéa 3 impose à l'expéditeur qui remet des marchandises dangereuses au transporteur d'en faire connaître, au préalable, leur nature exacte. Il résulte de la combinaison de ces deux textes que les marchandises dangereuses peuvent bien faire l'objet d'un contrat de transport soumis à l'AUCTMR.

Sont en revanche exclus de tout transport régi par l'AUCTMR les biens mobiliers usagés faisant l'objet d'un transport de déménagement, les restes mortels et les colis postaux. Ces différentes « marchandises » relèvent des transports spéciaux régis par des textes particuliers (*art. 1 al. 2*).

C - Conclusion proprement dite du contrat de transport

11. Le contrat de transport est un contrat consensuel. Sa formation se caractérise par l'absence de formalisme (I) et le rôle simplement probatoire de la lettre de voiture (II).

I - Caractère consensuel du contrat de transport

12. L'AUCTMR affirme le caractère consensuel du contrat de transport à l'article 3 en ces termes : « *le contrat de transport de marchandise existe dès que le donneur*

d'ordre et le transporteur sont d'accord pour le déplacement d'une marchandise moyennant un prix convenu ».

Le contrat de transport de marchandise est juridiquement formé dès l'instant où les parties tombent d'accord sur les conditions du transport en général et sur leurs obligations essentielles en particulier. Il importe donc que les parties, et notamment l'expéditeur et le transporteur, donnent leur consentement pour que le contrat de transport soit formé. Ce consentement doit véritablement marquer la volonté des parties de conclure le contrat. Aussi a-t-il été jugé que le simple dépôt dans les locaux du transporteur, à l'insu de ses préposés, des marchandises et de la déclaration d'expédition ne suffisent pas à former le contrat de transport. Il n'y a pas non plus contrat lorsque les parties en sont restées au stade des pourparlers, sans qu'intervienne un véritable accord.

II - Fonction probatoire de la lettre de voiture

13. Il résulte du caractère consensuel du contrat de transport de marchandise par route que celui-ci existe par lui-même, indépendamment de l'écrit qui le matérialise. C'est d'ailleurs ce que confirme l'article 4 alinéa 4 de l'AUCTMR quand il pose en règle que *« l'absence ou l'irrégularité de la lettre de voiture (...) de même que la perte de la lettre de voiture n'affecte ni l'existence, ni la validité du contrat de transport »*. Autrement dit, l'établissement de la lettre de voiture ne constitue pas une condition d'existence ou de validité du contrat de transport. Elle constitue un simple instrument de preuve dudit contrat qui peut d'ailleurs être prouvé par tous moyens (*Civ, 1^{re}, 18 juil. 1966, B.T. 1966, p. 286*). Ainsi, la lettre de voiture n'est pas établie par les parties *ad validitatem* mais *ad probationem*. C'est ce que confirme l'article 5 al. 2 de l'AUCTMR en ces termes : *« La lettre de voiture fait foi, jusqu'à preuve du contraire, des conditions du contrat de transport et de la prise en charge de la marchandise par le transporteur »*. À défaut de réserves lors de la prise en charge, le transporteur est réputé avoir pris les marchandises telles que décrites dans la lettre de voiture.

§2 - Exécution du contrat de transport

14. Le contrat de transport emporte des obligations à la charge des trois parties intéressées. Il convient d'étudier ces obligations dans un ordre chronologique, en commençant d'abord par celles de l'expéditeur qui s'exécutent essentiellement dans la phase de préparation de la marchandise au déplacement (A), puis celles du transporteur qui s'ordonnent autour dudit déplacement (B), enfin celles du destinataire qui concernent la prise de livraison de la marchandise (C).

A - Obligations de l'expéditeur

15. Les obligations de l'expéditeur sont de deux ordres (*L. BRUNAT, « Obligations et responsabilité de l'expéditeur », B.T. 1974, 472*) : certaines sont relatives aux marchandises proprement dites (I), d'autres ont trait au paiement du prix du transport (II).

I - Obligations relatives à la marchandise

16. Les obligations relatives aux marchandises consistent pour certaines, en des déclarations que l'expéditeur doit faire au transporteur (b), pour d'autres, en des opérations matérielles (a).

a - Obligations matérielles

17. Il s'agit d'un ensemble d'obligations dont l'exécution vise à permettre une prise en charge aisée et sûre de la marchandise par le transporteur, et partant, un voyage sans risques ni danger pour les personnes et les biens. Entrent dans cette catégorie : l'emballage et le conditionnement de la marchandise d'une part, le marquage et l'étiquetage d'autre part.

1 - Emballage et le conditionnement

18. Certaines marchandises ne nécessitent pas d'emballage, notamment celles qui sont destinées à voyager à nu. En revanche, pour la plupart, il faut absolument un emballage qui a pour fonction première de protéger la marchandise (*NOSSOVITCH, « L'emballage de la marchandise dans les transports routiers », B. T 1982, 463*). Il en est particulièrement ainsi en ce qui concerne les marchandises dangereuses. Des textes spéciaux édictent d'ailleurs des prescriptions techniques impératives pour leur emballage et leur conditionnement. Quant aux marchandises conventionnelles, leur emballage doit être conforme à la pratique ou aux usages du commerce.

L'emballage et le conditionnement incombent normalement à l'expéditeur. Quand bien même ce dernier ne l'exécuterait pas directement, il n'en assume pas moins la responsabilité. C'est à l'expéditeur qu'il revient de prendre toutes les dispositions pour que la marchandise soit correctement emballée. À cet effet, l'article 7 al. 1^{er} de l'AUCTMR dispose : *« À moins que le contrat ou les usages ne prévoient le contraire, l'expéditeur doit emballer la marchandise de manière adéquate »*. Que faut-il entendre par cette formule ? Elle signifie simplement que lorsque les marchandises nécessitent une protection, l'obligation de l'expéditeur est de réaliser un emballage suffisant et apte à supporter un transport exécuté dans des conditions normales. Quel que soit le type d'emballage choisi (cartons, palettes, conteneur, etc.), il doit être adapté à la nature de la

marchandise et surtout présenter une solidité suffisante. Dans tous les cas, l'emballage doit être capable de supporter un transport exécuté dans des conditions normales et de résister aux incidents pouvant survenir au cours du transport.

19. Quelle attitude doit avoir le transporteur lors de la prise en charge relativement à ces opérations ? L'article 7 al. 2 de l'AUCTMR prévoit que « *lorsqu'au moment de la prise en charge, un défaut d'emballage apparent ou connu du transporteur présente un risque évident pour la sécurité ou l'intégrité des personnes ou des marchandises, le transporteur doit en aviser la personne responsable de l'emballage et l'inviter à y remédier* ».

Par ailleurs, si en cours de transport survient un bris d'emballage, il est fait obligation au transporteur de prendre les mesures qui lui paraissent les meilleures dans l'intérêt de l'ayant droit à la marchandise et d'aviser ce dernier (*art. 7 al. 3*). Le transporteur ne saurait donc rester indifférent aux opérations d'emballage et doit agir en professionnel qu'il est, soit en prévenant et conseillant l'expéditeur, soit en prenant les mesures nécessaires le cas échéant.

2 - Étiquetage et marquage

20. L'expéditeur doit, en tant que de besoin, doter la marchandise d'un étiquetage et d'un marquage appropriés. Les étiquettes sont des symboles, figurations et autres écrits que l'on appose sur les colis et qui alertent le transporteur ou toute autre personne, notamment les manutentionnaires et les incitent à prendre des précautions. Elles sont particulièrement nécessaires en cas de marchandises dangereuses. Les colis renfermant des matières dangereuses doivent impérativement porter d'une manière apparente des étiquettes de danger indélébiles, bien lisibles et conformes aux modèles prévus par la réglementation pour chaque type de marchandise.

Les marques sont des inscriptions portées sur les colis et qui précisent généralement les noms du destinataire et de l'expéditeur, le numéro de série et le numéro du colis dans la série, le lieu de livraison. Elles visent donc à faciliter la reconnaissance des colis et d'éviter les erreurs.

b - Déclarations relatives à la marchandise

21. Afin de permettre au transporteur d'établir la lettre de voiture, l'expéditeur doit faire un certain nombre de déclarations concernant la marchandise. L'article 4 alinéas 1 et 2 vise notamment la dénomination courante de la nature de la marchandise, le poids brut ou la quantité, le mode d'emballage, le nombre de colis, leurs marques et numéros, le lieu et la date de prise en charge de la marchandise, le lieu de livrai-

son. En outre, lorsque cela est nécessaire, l'expéditeur doit fournir au transporteur les instructions requises pour les formalités de douane ou pour l'assurance de la marchandise.

L'AUCTMR met ainsi à la charge de l'expéditeur une *obligation légale d'information* (A. AKAMAKAM, « *L'information dans le contrat de transport de marchandises par route. Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA* », RRJ 2006-3, p. 1647 et s) Celui-ci est tenu de faire des déclarations exactes, complètes et sincères. L'expéditeur pourrait voir sa responsabilité engagée vis-à-vis du transporteur pour tout dommage ayant pour origine l'omission, l'insuffisance ou l'inexactitude de ses déclarations relatives à la marchandise (*art. 8 al. 2*). Par ailleurs, lorsque l'expéditeur remet au transporteur des marchandises dangereuses sans en avoir fait connaître la nature exacte, il est responsable de tout préjudice qui pourrait résulter du transport de cette marchandise. Outre la mise en œuvre de sa responsabilité, l'expéditeur court le risque de voir les marchandises dangereuses déchargées, détruites ou rendues inoffensives par le transporteur sans indemnité, dès lors que celui-ci peut démontrer qu'il n'aurait pas consenti à les prendre en charge s'il avait eu connaissance de leur nature ou de leur caractère. Enfin, lorsqu'il remet au transporteur des espèces, des documents ou des marchandises de grande valeur sans en avoir fait connaître la nature ou la valeur, l'expéditeur est responsable de tout préjudice subi en raison de leur transport (*art. 8 al. 3*).

Au-delà de ces obligations légales d'information ou d'instruction, l'expéditeur est tenu, en vertu de l'exigence générale de bonne *foi contractuelle*, de donner au transporteur toutes les informations ou de lui signaler les particularités non apparentes de la marchandise susceptibles d'avoir une incidence sur la bonne exécution ou la sécurité du transport.

II - Obligations relatives aux frais de transport

22. En contrepartie de l'obligation du transporteur d'assurer le déplacement de la marchandise, l'expéditeur doit payer le prix du transport ainsi que les autres frais y afférents (*art. 8 al. 3*). Le contrat peut tout de même prévoir que cette charge incombera au destinataire. Il convient alors de préciser d'abord le régime du paiement des frais de transport (a) avant d'envisager les garanties de paiement reconnues au transporteur (b).

a - Régime du paiement des frais afférents au transport

23. Les parties au contrat de transport conviennent du prix du transport appelé fret et, le cas échéant, des autres frais accessoires. L'article 4 al. 1 de l'AUCTMR relève simplement que la lettre de voiture doit contenir

« *les frais afférents au transport* » qui comprennent le prix du transport proprement dit, et éventuellement « *les frais accessoires, les droits de douane et autres frais survenant à partir de la conclusion du contrat jusqu'à la livraison* ». Ce sont ces éléments qui constituent les frais afférents au transport au sens large. S'agissant de la détermination du montant des frais de transport, force est de constater que l'AUCTMR n'en indique pas les modalités. Il appartient donc aux parties de convenir du prix du transport. Mais, dans la pratique, c'est au transporteur qu'il revient de fixer le prix du transport en fonction de divers éléments tels que la distance, la nature ou la valeur de la marchandise, le poids brut ou la quantité, le nombre de colis, etc. À cet effet, l'expéditeur doit faire au transporteur des déclarations sincères en vue de lui permettre de fixer le prix de transport adéquat. En cas de fausse déclaration de la nature ou de la valeur de la marchandise, l'article 15 al. 2 de l'AUCTMR prévoit que « *le transporteur peut réclamer le prix qu'il aurait pu exiger pour ce transport* ». Autrement dit, le transporteur va procéder au redressement du prix sur la base des constatations opérées après vérification. Quant au transporteur, il doit facturer un prix normal et raisonnable en rapport avec la prestation à fournir.

24. L'autre problème qui se pose est celui de la détermination du débiteur du prix du transport et des autres frais accessoires. L'AUCTMR apporte quelques éléments de réponse. En premier lieu, l'article 4 al. 2 prévoit que la lettre de voiture peut contenir, le cas échéant, « *les frais que l'expéditeur prend à sa charge, le montant du remboursement à percevoir lors de la livraison de la marchandise* ». En second lieu, l'article 15 al. 1 précise que « *les créances résultant de la lettre de voiture sont payables par le donneur d'ordre avant la livraison, sauf stipulation contraire sur la lettre de voiture* ». Il résulte de la combinaison de ces deux textes que c'est à l'expéditeur qu'il revient de s'acquitter de l'obligation de payer le prix de transport, sauf clause contraire. Ainsi, le débiteur du fret varie selon que le transport est effectué en « *port payé* » ou en « *port dû* ».

Le transport est en « *port payé* » lorsque le fret doit être acquitté au départ par l'expéditeur. Il est le débiteur du prix du transport. Si le port n'a pas été payé au départ ou que l'expéditeur soit devenu insolvable, le transporteur ne saurait réclamer le paiement du prix de transport ou de ses autres frais au destinataire. Le fait pour le destinataire d'accepter le contrat de transport n'a pas pour effet de le substituer dans l'exécution des obligations qui incombent normalement à l'expéditeur, et notamment celle de payer le prix de transport.

25. Le transport peut être effectué en « *port dû* ». Cela doit résulter des stipulations contractuelles, et en particulier, de la lettre de voiture qui doit mentionner clairement que la charge du paiement des frais afférents au transport est à la charge du destinataire. Dans cette hypothèse, le prix de transport doit être acquitté

par le destinataire avant la livraison de la marchandise. Comme l'énonce l'article 13 al. 3 de l'AUCTMR, « *avant de prendre livraison, le destinataire est tenu de payer le montant des créances résultant de la lettre de voiture* ». Que peut faire le transporteur en cas de refus du destinataire de payer le fret ? La Cour de cassation (*Civ, 3 fév. 1913, D. 1914.I.63*) a, en pareil cas, décidé que le transporteur pouvait s'adresser à l'expéditeur pour son paiement : « *L'expédition en port dû n'a pas pour effet de substituer, comme débiteur du prix du transport, le destinataire à l'expéditeur, qui en demeure redevable en cas de défaillance du destinataire* ». L'AUCTMR semble prendre le contre-pied de cette solution en prévoyant à l'article 15 al. 3 que le transporteur qui n'exige pas le paiement des sommes dues au destinataire avant la livraison « *perd son droit de les réclamer au donneur d'ordre* ». En revanche, si le destinataire refuse d'effectuer le paiement, le transporteur doit en aviser le donneur d'ordre et lui demander des instructions (*art. 15 al. 3 in fine*).

b - Garanties de paiement du fret

26. L'AUCTMR prévoit deux techniques susceptibles de garantir le paiement du fret dû au transporteur : il s'agit du droit de rétention, d'une part, et du privilège, d'autre part.

1 - Droit de rétention de la marchandise

27. Aux termes de l'art. 15 al. 3, « *le transporteur a le droit de retenir la marchandise transportée jusqu'au paiement des créances résultant de la lettre de voiture* ». L'AUCTMR reconnaît ainsi au transporteur le droit de retenir la marchandise tant que le destinataire ne paye pas le montant des créances résultant de la lettre de voiture. Il s'agit là sans conteste d'un véritable droit de rétention qui obéit aux dispositions des articles 41 à 43 de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés modifié le 15 décembre 2010 à Lomé (J.-C. JAMES, « *Le droit de rétention en droit uniforme africain* », *Revue Afrique Juridique et Politique*, vol. I, n° 2, p. 3 à 34). Pour exercer ce droit de rétention, le transporteur doit justifier d'une créance certaine, liquide et exigible, conformément aux dispositions de l'article 68 de l'Acte uniforme susvisé. S'il n'obtient pas finalement le paiement souhaité, il bénéficie d'un droit de préférence en cas de vente de la marchandise (*art. 226 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés*).

Cela dit, rien n'oblige le transporteur de se dessaisir de la marchandise avant le paiement de ses créances par le débiteur ou le destinataire. Toutefois, aux termes des dispositions de l'article 13 al. 3 de l'AUCTMR, « *le transporteur n'est obligé de livrer la marchandise que si une caution lui est fournie par le destinataire* ».

2 - Privilège du transporteur

28. Il est prévu par l'article 15 al. 4 de l'AUCTMR qui énonce : « *Le transporteur a un privilège sur la marchandise transportée pour tout ce qui lui est dû à condition qu'il y ait un lien de connexité entre la marchandise transportée et la créance* ». Ce texte reprend pratiquement les dispositions de l'article 185 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Le transporteur qui n'a pas reçu le paiement de sa créance résultant de la lettre de voiture est ainsi doté d'un privilège spécial portant sur une chose précise qui est la marchandise ayant fait l'objet du transport. En effet, ce privilège ne lui est acquis qu'à condition qu'il y ait un lien de connexité entre la marchandise transportée et la créance impayée.

Le privilège ainsi reconnu au transporteur couvre le prix du transport proprement dit, et, le cas échéant, tous les frais accessoires ainsi que les frais éventuels exposés par le transporteur après la conclusion du contrat de transport (*soins à la marchandise, entreposage, etc.*). Il confère un droit de préférence au transporteur (v°. *art 226 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés modifié*).

B - Obligations du transporteur

29. Dans l'exécution du contrat de transport, le transporteur est certainement la partie qui supporte le plus grand nombre d'obligations. Celles-ci vont de la prise en charge (I) à la livraison de la marchandise (III) en passant par son transport (II).

I - Prise en charge de la marchandise

30. C'est l'acte matériel et juridique par lequel le transporteur prend possession effective de la marchandise et l'accepte au transport. La détermination du moment de la prise en charge dépend de la convention des parties. Il revient à l'expéditeur de présenter la marchandise qui est l'objet du contrat au transporteur. Cette présentation doit se faire aux moment et lieu convenus. La marchandise doit bien entendu être emballée et conditionnée correctement. Dès lors, il incombe au transporteur de procéder à la vérification, au pesage ou au comptage de marchandise, et, le cas échéant, de faire des réserves.

a - Vérification de la marchandise

31. Il est de l'intérêt du transporteur qu'il procède à la vérification des marchandises (*P. BRUNAT, « Vérification par le transporteur du chargement effectué par l'expéditeur », BT 19880.282*). C'est effectivement au cours de cette opération qu'il peut contrôler les déclarations de l'expéditeur et faire les réserves nécessaires. Le transporteur doit notamment vérifier la nature et

l'état de la marchandise. Pour ce faire, il a le droit de procéder à une vérification de l'état extérieur et intérieur des colis.

L'AUCTMR traite directement de la vérification. En effet, il résulte de l'article 10 al. 1^{er} que « *lors de la prise en charge de la marchandise, le transporteur est tenu de vérifier : l'exactitude des mentions de la lettre de voiture relatives au nombre de colis, à leurs marques ainsi qu'à leurs numéros ; l'état apparent de la marchandise et de son emballage* ». Cette disposition qui ne dispense pas le transporteur de procéder à une vérification complète des marchandises, indique simplement les éléments que celui-ci doit contrôler en priorité. Si le transporteur n'a pas les moyens raisonnables de le faire, il doit inscrire des réserves motivées sur la lettre de voiture (*art. 10 al. 2*). L'AUCTMR va même plus loin en reconnaissant à l'expéditeur le droit d'exiger du transporteur qu'il vérifie le poids brut ou la quantité de la marchandise ou le contenu du colis (*art. 10 al. 3*). Dans ce cas, le transporteur peut lui réclamer le paiement des frais de vérification.

Enfin, il y a lieu de noter que le transporteur qui s'abstient de vérifier la marchandise, est réputé l'avoir reçu dans l'état et la quantité décrits dans la lettre de voiture (*art. 10 al. 4*).

b - Pesage et le comptage de la marchandise

32. Il s'agit d'opérations complémentaires à la vérification. On peut même dire qu'elles participent de la vérification. Ainsi, il revient généralement au transporteur de procéder au pesage de la marchandise pour s'assurer de la réalité du poids brut de la marchandise déclaré par l'expéditeur. L'expéditeur peut lui aussi exiger un tel pesage. Quant au comptage, il est nécessaire lorsque la quantité de la marchandise est exprimée autrement qu'en poids (nombre de colis notamment). Ces opérations permettent au transporteur, en cas de fausse déclaration de l'expéditeur, de procéder au redressement du prix de transport.

II - Transport de la marchandise

33. L'acheminement de la marchandise à destination est l'obligation principale du transporteur. Pour l'exécuter, il lui faut charger ou embarquer la marchandise (a) et la déplacer dans les délais et itinéraires normaux (b). En cas d'empêchement en cours de route, il doit en avertir l'ayant droit à la marchandise (c).

a - Chargement de la marchandise

34. L'AUCTMR ne règle pas expressément la question de la responsabilité du chargement et des opérations annexes, telle que l'arrimage ou le bâchage de la mar-

chandise (NOSSOVITCH, *Chargement, déchargement et arrimage dans les transports routiers*, BT. 1982.102). D'une manière générale, le chargement incombe au transporteur. En effet, dès lors qu'il a accepté la marchandise au transport, le transporteur doit en prendre possession et la charger dans le véhicule approprié à sa nature ou à ses caractéristiques. Il doit naturellement procéder à l'arrimage de la marchandise une fois chargée. Cependant, lorsque la responsabilité du chargement incombe à l'expéditeur, le transporteur doit alors lui donner toutes les indications nécessaires au respect du Code de la route en ce qui concerne la sécurité de la circulation. Autrement dit, en tant que professionnel, le transporteur est tenu d'un véritable devoir de conseil à l'égard de l'expéditeur qui effectue le chargement. En tout état de cause, il devra contrôler l'exécution de cette opération. Si le chargement est défectueux, il doit faire des réserves et inviter l'expéditeur à y remédier (BRUNAT, « *La prise en charge sans réserves d'un chargement défectueux* », BT 1978. 477).

b - Déplacement de la marchandise

35. C'est la principale obligation du transporteur. Elle consiste à déplacer la marchandise du point de prise en charge jusqu'au lieu de livraison convenu. À cet effet, le transporteur assume des obligations secondaires qui concernent notamment le choix de l'itinéraire (1) et le respect du délai de route (2).

1 - Itinéraire

36. La détermination de l'itinéraire n'est pas sans importance. Il suffit de rappeler que le prix du transport dépend entre autres de la distance à parcourir. Cela dit, la convention des parties doit normalement fixer l'itinéraire à suivre par le transporteur. À défaut de stipulation, le transporteur doit prendre la voie la plus directe pour atteindre le lieu de livraison prévu par les parties. Un détournement injustifié qui cause un préjudice à l'ayant droit de la marchandise pourrait entraîner la responsabilité du transporteur.

2 - Délai de transport

37. L'AUCTMR envisage la délicate question du délai de transport. En effet, l'article 13 al. 1 dispose que « *La livraison doit être faite dans le délai convenu ou, à défaut, dans le délai qu'il est raisonnable d'accorder à un transporteur diligent, compte tenu des circonstances de fait* ». L'appréciation de ce délai se fait notamment en fonction de la nature de la marchandise et des usages. En tout état de cause, il appartient au juge de dire si le temps mis par le transporteur pour acheminer la marchandise est ou non normal.

c - Empêchement en cours de transport

38. Il peut arriver qu'en cours de route, des difficultés se présentent ou des événements se produisent et compliquent ou rendent impossible la continuation du transport dans les conditions prévues. Dans ce cas, l'art. 12 al. 1-a de l'AUCTMR fait obligation au transporteur d'aviser l'ayant droit à la marchandise sans délai et de demander des instructions. À défaut d'instructions, si le transport peut être exécuté dans des conditions différentes, le transporteur doit prendre « *les mesures qui lui paraissent les meilleures* » dans l'intérêt de l'ayant droit. Il doit apporter tous les soins nécessaires à la marchandise et veiller notamment à sa conservation en tenant compte de sa nature et de ses caractéristiques. En tout cas, la marchandise demeure sous sa responsabilité pendant toute la durée de l'empêchement au transport. S'il a confié la marchandise à un tiers, il est responsable du choix judiciaire de ce dernier (art. 12 al. 5 AUCTMR). Dans tous les cas, confronté à un empêchement, le transporteur doit agir en professionnel avisé (Paris, 3 nov. 1977, B. T 1978, p. 14). Cela vaut également en cas d'empêchement à la livraison.

Le transporteur doit normalement attendre et suivre les instructions de l'ayant droit à la marchandise. À défaut d'instructions dans un délai de quinze jours suivant l'avis, il peut faire procéder à la vente de la marchandise dans l'intérêt de l'ayant droit, déduction faite des frais éventuels grevant la marchandise. Toutefois, l'AUCTMR lui reconnaît le droit de faire vendre la marchandise sans attendre les instructions « *si l'état ou la nature périssable de la marchandise le justifie ou si les frais de garde sont hors de proportion avec la valeur de la marchandise* » (art. 12 al. 6).

Sauf dans le cas où l'empêchement au transport provient de sa faute, le transporteur a droit au remboursement des frais qu'impliquent sa demande d'instructions et l'exécution des instructions reçues (art. 12 al. 4). Notamment, le destinataire a droit à une rémunération raisonnable pour la conservation ou l'entreposage de la marchandise.

I - Livraison de la marchandise

39. C'est l'étape finale du transporteur. Elle marque la fin normale des obligations du transporteur. L'AUCTMR ne définit point la livraison. Celle-ci peut être entendue comme la prise de possession effective de la marchandise par l'ayant droit désigné par la lettre de voiture. Avant la livraison, il est tenu d'avertir le destinataire de l'arrivée de la marchandise. L'article 13 al. 2 prévoit effectivement que : « *après l'arrivée de la marchandise au lieu prévu pour la livraison, le transporteur est tenu d'aviser le destinataire de l'arrivée de la marchandise et du délai imparti pour son enlèvement, à moins que la livraison ne s'effectue à la résidence ou à l'établissement du destinataire* ».

Cela dit, le transporteur doit livrer la marchandise au destinataire au lieu prévu pour la livraison et de lui remettre la copie de la lettre de voiture accompagnant la marchandise. Il peut arriver qu'en cours de route, le lieu de livraison change par décision de l'expéditeur. En effet, en vertu de l'article 11 al. 1 de l'AUCTMR, l'expéditeur a le droit de disposer de la marchandise en cours de route et notamment de modifier le lieu prévu pour la livraison ou même de demander au transporteur de livrer la marchandise à un destinataire différent de celui indiqué sur la lettre de voiture. Par ailleurs, en cas d'empêchement au lieu de destination, le transporteur doit sans délai aviser l'expéditeur et demander des instructions (A. CHAO, « *Empêchement à la livraison* », *BT. 1986.204*). Le transporteur a aussi droit au remboursement de ses frais sauf si l'empêchement à la livraison est la conséquence d'une faute de sa part.

C - Obligations du destinataire

40. Les obligations du destinataire commencent avec l'arrivée de la marchandise à destination (L. BRUNAT, « *Droits et devoirs du destinataire dans le contrat de transport* », *BT. 1983.18*). Pour l'essentiel, le destinataire doit prendre livraison de la marchandise (I) et, le cas échéant, conserver les droits et recours contre le transporteur (II).

I - Réception de la marchandise

41. Il faut d'emblée relever que le destinataire ne saurait être contraint à prendre livraison de la marchandise. Son refus de le faire pose problème. Il s'agit alors de savoir s'il faut y voir un refus du contrat de transport ou un simple refus de la marchandise qui en est l'objet. Si dans le premier cas, le destinataire reste en dehors du contrat de transport (*il est un tiers au contrat*), dans le second, on considère qu'il y a adhéré et, par conséquent, est devenu partie au contrat.

Cela étant, il convient de rappeler que le contrat de transport prend fin avec la livraison des marchandises. Il importe alors de préciser la notion de livraison (a) avant d'en envisager les modalités (b).

a - Notion de livraison

42. Il ne faut pas confondre *achèvement du transport* et *livraison*. L'achèvement du transport est simplement la fin du déplacement de la marchandise qui coïncide avec l'arrivée à destination. Toute autre chose est la livraison. En quoi consiste-t-elle réellement ?

Deux conceptions se sont opposées. Pour la première, la livraison consiste dans la prise de possession physique de la marchandise par le destinataire. Elle ne se réalise donc qu'au moment du retrait effectif et total

de la marchandise des mains du transporteur. C'est la thèse dite de la *livraison matérielle*. En revanche, pour la seconde, la livraison serait simplement un acte purement consensuel se réalisant par l'accord des parties, indépendamment de tout acte matériel de retrait de la marchandise. C'est la thèse dite de la *livraison juridique* soutenue par le Doyen Rodière. Entre ces deux opinions contraires, la jurisprudence a choisi en retenant la thèse de la livraison matérielle. Elle pose en principe que le contrat de transport ne prend fin qu'avec le retrait effectif et total des marchandises des mains du transporteur (Paris, 20 déc. 1984). D'ailleurs, dans un arrêt rendu en matière maritime, la Cour de cassation (*Com. 17 nov. 1992, Bull. civ., IV, n° 365, p. 259*) entend par livraison, l'opération par laquelle le transporteur remet la marchandise à l'ayant droit qui l'accepte. La livraison consiste donc avant tout dans la prise de possession physique, de sorte qu'une marchandise ne peut être regardée comme livrée tant qu'elle se trouve entre les mains du transporteur, même si le destinataire en a donné décharge au transporteur. C'est dire que la mise à disposition de la marchandise n'équivaut pas à la livraison ; celle-ci n'est effective qu'avec la prise de contrôle physique de la marchandise par le destinataire (*Com. 24 nov. 1987, BT. 1988. 42*).

b - Modalités de la livraison

43. Avant de préciser la personne qui a droit à la livraison, il faut fixer la notion de déchargement.

1 - Déchargement

44. L'AUCTMR ne précise pas à qui du transporteur ou du destinataire incombe le déchargement. En pratique, c'est au destinataire qu'il appartient normalement d'exécuter le déchargement. Il doit pour ce faire, désarrimer la marchandise, retirer son calage et procéder à sa mise à terre par tous moyens de son choix, manuels ou mécaniques. Si le destinataire refuse d'effectuer le déchargement, le transporteur est fondé à considérer qu'il y a empêchement à la livraison. Mais il peut aussi arriver que le transporteur accepte de procéder au déchargement à la place du destinataire ou de participer à l'opération. Dans un cas comme dans l'autre, le transporteur est présumé responsable des dommages subis par la marchandise au cours du déchargement ou des dommages causés aux tiers (R. RODIERE, « *Des avaries aux marchandises en cours de chargement ou de déchargement* », *JCP 1953.I.1085* ; « *Chargement, déchargement, dommages causés aux tiers au cours de ces opérations* », *BT. 1979.274*). Il en est ainsi parce que le contrat ne prend fin qu'au moment de la livraison effective au destinataire.

2 - Ayant droit à la livraison

45. À qui la livraison doit-elle être faite ? La réponse est simple : la marchandise doit être remise à la personne désignée comme destinataire sur le document de transport ou à son représentant (*Com. 18 oct. 1988, BT. 1989. 14 ; T. com. Paris, 5 juil. 1972, BT. 1972, BT 1973. 516*). Le transporteur doit donc vérifier l'identité de la personne qui réclame la livraison afin de s'assurer qu'il s'agit bien de l'ayant droit ou d'une personne agissant pour son compte. Ainsi, en droit français, il a été jugé que commet une faute :

- le transporteur qui connaissant le destinataire réel, lui livre directement la marchandise en lieu et place du destinataire mentionné sur le document de transport (*T. com. Paris, 26 janv. 1970*) ;
- le transporteur qui remet la marchandise à un tiers au domicile duquel la livraison devait être faite sans s'assurer qu'il était bien le destinataire nominal (*Com, 9 déc. 1965*).

En tout état de cause, la livraison à un tiers constitue une faute et équivaut à une perte totale pour le véritable destinataire (*Rennes, 25 sept. 1991, BTL 1992. 310*). Toutefois, la responsabilité du transporteur n'a pas été retenue en cas de livraison faite à un tiers sur présentation du récépissé revêtu d'une décharge du destinataire et que celui-ci s'était fait voler par un tiers (*Civ. 17 juil. 1924*) ou de la lettre d'avis régulièrement adressée au destinataire, puis volée par un tiers qui l'avait ensuite faussement signée au nom du destinataire (*Civ. 5 juil. 1949*).

II - Conservation des droits contre le transporteur

46. Le destinataire doit faire des réserves en cas d'avaries, de pertes ou de retard à la livraison à l'effet de préserver les (b). L'obligation de faire des réserves suppose la vérification préalable des colis (a).

a - Droit de vérification du destinataire

47. L'obligation incombant au destinataire d'adresser au transporteur un avis écrit en cas de pertes ou d'avaries justifie le droit qui lui est reconnu de procéder à la vérification préalable des marchandises avant d'en donner décharge au transporteur (*L. BRUNAT, « Le droit de vérification du destinataire », BT. 1983.158*). Le doyen Josserand a justement observé depuis fort longtemps que la vérification amiable « constitue pour le destinataire un droit absolu, à l'exercice duquel le voiturier ne saurait faire aucune objection tirée des difficultés qu'il lui crée ni du mode particulier de conditionnement du colis, ni du bon état de conditionnement extérieur ou du poids régulier du colis ; elle peut être exigée intérieurement aussi bien qu'extérieurement et préalablement

au paiement du prix du transport ». C'est dire que le destinataire a le droit d'exiger le contrôle préalable des colis sans que le transporteur puisse s'y opposer ou y apporter des restrictions.

Force est de relever que l'AUCTMR ne prévoit pas expressément ce droit mais envisage la possibilité d'une constatation commune écrite de l'état de la marchandise à la livraison. L'article 14 al. 1 admet ainsi que le transporteur et le destinataire peuvent, de concert, procéder à un constat contradictoire de l'état de la marchandise lors de la livraison ; dans ce cas, il est dispensé d'adresser un avis écrit au transporteur (*Paris, 28 mars 1978, Gaz. Pal. 1978, somm. 400 ; BT 1974. 320*). Lorsqu'il y a eu constatation contradictoire, la preuve contraire ne peut être rapportée que s'il s'agit de pertes ou d'avaries non apparentes et si le destinataire a adressé des réserves écrites au transporteur dans les sept jours suivant la constatation commune. Les règles sont différentes lorsqu'il n'y a pas eu de constatation contradictoire.

b - Fonction des réserves

48. En l'absence d'un constat commun de l'état de la marchandise, le destinataire est tenu d'adresser au transporteur un avis écrit indiquant la nature des pertes ou avaries soit :

- au plus tard le premier jour ouvrable qui suit la date de la livraison, en cas de pertes ou avaries apparentes ;
- dans un certain délai, en cas de pertes ou avaries apparentes ;
- dans les sept jours suivant la date de livraison, dimanche et jours fériés non compris, en cas de pertes ou avaries non apparentes.

En cas de retard à la livraison, il est fait obligation au destinataire d'adresser au transporteur un avis écrit dans les vingt et un jours suivant la date de l'avis d'arrivée de la marchandise.

Les réserves exigées du destinataire doivent être écrites, précises et complètes (*A. AKAM AKAM, Les réserves à la livraison. Étude des diligences des réceptionnaires dans les transports maritimes, terrestres et aériens, Thèse, Aix-Marseille III, 1991, 360 p ; « La conservation de l'action en responsabilité contre les transporteurs terrestres de marchandises », Revue Lex lata, 1995, n° 18, p. 10 et s et n° 19, p. 8 et s*). Il en est notamment ainsi lorsque l'avis adressé au transporteur indique de manière précise et complète la nature et l'importance du dommage constaté. Aussi, des réserves vagues ou imprécises du genre « sous réserve de déballage » ou encore « sous toutes réserves » n'ont aucun effet (*Reims, 10 oct. 1984, BT 1985. 271*).

Les réserves ont des fonctions différentes (*M. de JUGLART, « Protestations, réserves et actions en justice contre le transporteur à l'arrivée des marchandises », DMF 1955.131*). Pour celles qui dénoncent des avaries

ou des pertes, elles constituent un moyen de preuve de l'existence au moment de la livraison. En effet, des réserves précises et complètes font la preuve que les avaries ou pertes constatées sont antérieures à la livraison. Il appartient alors au transporteur d'apporter la preuve contraire. À défaut de réserves, il y a présomption que la marchandise a été reçue par le destinataire dans l'état décrit dans la lettre de voiture (*art. 14 al. 3 in limine*).

Quant aux réserves concernant le retard à la livraison, elles ont pour fonction de sauvegarder le droit à l'indemnité de l'ayant droit à la marchandise. En effet, il ressort des dispositions de l'article 14 al. 4 de l'AUCTMR qu'un retard à la livraison ne peut donner lieu à une indemnité que si un avis écrit a été adressé au transporteur dans le délai prescrit.

En définitive, le destinataire doit veiller à adresser ses réserves au transporteur dans les conditions de forme et de délais prévues par l'AUCTMR. Il n'en est dispensé que si « *une mention écrite de la perte ou de l'avarie faite sur la lettre de voiture ou sur tout autre document de transport au moment de la livraison satisfait aux exigences* » de l'avis (*art. 14 al. 3*).

§3 - Contentieux du contrat de transport

49. Le manquement par les parties à leurs obligations peut donner naissance à des litiges qui entraînent suivant les cas, soit la responsabilité de l'expéditeur (A), soit celle du transporteur (B). L'une ou l'autre responsabilité peut être mise en œuvre par voie judiciaire ou par voie d'arbitrage (C).

A - Responsabilité de l'expéditeur

50. L'AUCTMR a le mérite d'aborder clairement l'un des aspects les moins connus ou étudiés du droit des transports, à savoir la responsabilité de l'expéditeur (*En matière maritime, v. A. AKAM AKAM, La responsabilité du chargeur pour les dommages causés par ses marchandises, Mémoire de DESS, Université d'Aix-Marseille 3, 1987*). Il pose en règle que l'expéditeur répond des dommages causés au transporteur ou à toute personne aux services de laquelle ce dernier a recours pour l'exécution du contrat de transport. Il faut préciser les causes de cette responsabilité (I) avant d'évoquer son champ d'application (II).

I - Conditions de la responsabilité de l'expéditeur

51. Il ressort de la combinaison des dispositions des articles 7 et 8 de l'AUCTMR que l'expéditeur est responsable envers le transporteur des dommages résultant

d'une faute (a) de sa part ou du vice propre à la marchandise (b).

a - Faute de l'expéditeur

52. La faute qui engage la responsabilité de l'expéditeur est soit une faute dans l'emballage de la marchandise (1), soit une faute dans ses déclarations relatives à la marchandise (2).

1 - Faute dans l'emballage de la marchandise

53. L'article 7 al. 1 fait obligation à l'expéditeur d'emballer la marchandise de manière adéquate (*NOSSOVITCH, « L'emballage de la marchandise dans les transports routiers », BT. 1982.463*). En cas de défectuosité de l'emballage, l'expéditeur est responsable envers le transporteur des dommages causés aux personnes, au matériel ou à d'autres marchandises. Il appartient au transporteur de rapporter la preuve que le dommage dont il est demandé réparation résulte bien de la défectuosité de l'emballage. En effet, c'est au transporteur d'apporter la preuve positive et formelle du défaut ou de l'inadéquation de l'emballage ainsi que celle du lien de causalité entre cette déficience de l'expéditeur et le dommage. En fait, lorsque le défaut d'emballage était apparent ou connu du transporteur au moment de la prise en charge et que celui-ci n'a pas fait de réserves, la responsabilité de l'expéditeur ne saurait être engagée (*art. 7 al. 1 in fine*). Cette disposition de l'AUCTMR est contestable dans la mesure où si l'absence de réserves concernant l'emballage au moment de la prise en charge, entraîne simplement présomption que le transporteur a reçu la marchandise en bon état, elle ne lui interdit pas, à notre avis, d'invoquer le défaut d'emballage pour demander réparation.

2 - Faute dans les déclarations ou instructions concernant la marchandise

54. C'est l'autre variante de la faute de l'expéditeur. À cet effet, l'article 8 al. 2 de l'AUCTMR prévoit la responsabilité de l'expéditeur envers le transporteur lorsque le préjudice résulte de « *l'omission, l'insuffisance ou l'inexactitude de ses déclarations ou instructions relativement à la marchandise transportée* ». Ce texte envisage trois situations fautives bien distinctes :

- la faute pour défaut de déclarations. Il est d'ailleurs prévu aux alinéas 3 et 4 de l'article 8 que l'expéditeur qui remet au transporteur une marchandise dangereuse ou des documents, espèces ou des marchandises de grande valeur, sans en avoir fait connaître au préalable la nature exacte, est responsable de tout préjudice subi en raison du transport de cette marchandise ;
- la faute pour déclarations insuffisantes qui corres-

pond à l'hypothèse dans laquelle l'expéditeur a fait des déclarations incomplètes ;

- la faute pour déclarations mensongères ou erronées (L. BRUNAT, « *Sanctions applicables en cas de fausse déclaration de la nature ou du poids des marchandises* », BT. 1978.166).

En posant le principe de la responsabilité de l'expéditeur, la loi entend sanctionner la négligence ou la déloyauté dans les déclarations faites au transporteur.

b - Vice propre de la marchandise

55. C'est par cette cause spécifique de responsabilité que l'AUCTMR se démarque nettement de la CMR dont il est pourtant largement inspiré et qui ne traite pas de cette question (J. PUTZEYS, *Le contrat de transport routier de marchandises*, n° 349 et s, et n° 1004). Aux termes de l'article 8 al. 2, « *l'expéditeur est tenu de réparer le préjudice subi par le transporteur ou toute autre personne aux services de laquelle ce dernier recourt pour l'exécution du contrat de transport, lorsque ce préjudice a pour origine (...) le vice propre de la marchandise* ». Ainsi, le vice propre de la marchandise n'est pas seulement une cause d'exonération de responsabilité pour le transporteur (v. *infra*), il est aussi une cause de responsabilité.

L'AUCTMR ne définit pas le vice propre (*celui-ci ne se confond pas avec le déchet de route*, v. BRUNAT, « *Le déchet de route dans les différents modes de transport* », BT 1979.246). Il est admis que le vice propre est une particularité, un défaut de fabrication ou de constitution de la marchandise qui la rend inapte à supporter sans dommages les risques inhérents à un transport effectué dans des conditions normales et qui la prédispose à se détériorer par le seul fait de son déplacement (Paris, 28 mai 1980, BT 1980. 346). Il peut donc arriver que la marchandise de l'expéditeur occasionne par sa nature, des dommages au transporteur. La preuve du vice propre doit être rapportée par le transporteur ainsi que celle du lien de causalité entre le vice propre et le dommage. Autrement dit, il doit démontrer que le dommage subi par exemple par son matériel ou par des marchandises d'autres expéditeurs, a bien pour cause le vice propre de la marchandise appartenant à l'expéditeur poursuivi.

II - Champ d'application et nature de la responsabilité de l'expéditeur

56. La responsabilité de l'expéditeur est d'ordre contractuel (b) et couvre certains dommages (a).

a - Dommages

57. Aux termes de l'article 7 al. 1 de l'AUCTMR, l'expéditeur est responsable envers le transporteur « des

dommages aux personnes, au matériel ou à d'autres marchandises » et ayant pour origine une défectuosité de l'emballage. Cette disposition vise trois catégories de dommages qui peuvent entraîner la responsabilité de l'expéditeur.

Il y a d'abord les dommages causés aux personnes. Il s'agit soit des dommages subis par le transporteur lui-même, soit de ceux subis par toute autre personne aux services de laquelle le transporteur recourt pour l'exécution du contrat de transport (*par exemple le chauffeur du véhicule effectuant le transport de la marchandise*), soit enfin des personnes étrangères au transport (*les tiers au contrat de transport*). L'expéditeur répond normalement de ces dommages envers le transporteur. Cette responsabilité couvre aussi les frais divers encourus par le transporteur tels que les frais de déchargement ou d'entreposage de la marchandise.

Il y a ensuite les dommages causés aux matériels de transport (tels que le matériel roulant) ou tout autre matériel nécessaire à l'exécution du contrat de transport (tel que les engins de levage ou de pesage). En effet, le matériel du transporteur peut être endommagé par suite d'une défectuosité de l'emballage ou par le vice propre de la marchandise de l'expéditeur.

Enfin, le dommage peut affecter les marchandises appartenant à d'autres expéditeurs (par salissure ou contamination, par exemple). Dans ce cas, c'est normalement le transporteur qui est responsable envers ces expéditeurs qui n'ont aucun rapport contractuel avec l'expéditeur de la marchandise litigieuse (A. AKAM AKAM, « *L'information dans le contrat de transport de marchandises par route* », *op. cit.*, n° 73). Ce n'est que par action récursoire qu'il va pouvoir demander réparation à l'expéditeur.

b - Caractère contractuel de la responsabilité de l'expéditeur

58. La responsabilité de l'expéditeur a pour fondement le contrat de transport (R. RODIERE, « *Nature de la responsabilité encourue par l'expéditeur en cas de dommage causé par la marchandise à l'engin du transporteur et à sa personne* », BT. 1971.106). Cette responsabilité contractuelle n'est engagée qu'à l'égard du transporteur. Les personnes auxquelles le transport recourt pour l'exécution du contrat de transport (*telles que ses préposés*) ou les autres expéditeurs ne peuvent agir contre l'expéditeur sur le fondement contractuel. C'est normalement le transporteur qui répond directement des dommages par eux soufferts et peut se retourner contre l'expéditeur fautif ou dont la marchandise est à l'origine du préjudice.

Si le préposé ou un autre expéditeur ayant subi un dommage veulent mettre directement en cause la responsabilité de l'expéditeur, ils ne peuvent le faire que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle en l'absence de tout lien contractuel avec ce dernier.

En revanche, le transporteur qui les aura indemnisés pourra mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'expéditeur dont le fait ou le vice de la marchandise est à l'origine des dommages. C'est d'ailleurs sur la base contractuelle que sa responsabilité peut être recherchée par l'ayant droit à la marchandise.

B - Responsabilité du transporteur

59. La responsabilité du transporteur peut être engagée en cas d'avaries, de pertes ou de retard à la livraison. Il convient, d'une part, de préciser le régime de cette responsabilité (I), et, d'autre part, sa mise en œuvre (II).

I - Régime de la responsabilité du transporteur

60. La responsabilité du transporteur étant une responsabilité de plein droit (a) mais limitée (c), ce dernier ne peut en être exonéré que pour des causes que l'AUCTMR détermine (b).

a - Le principe de responsabilité de plein droit

61. Il est énoncé par l'article 16 al. 1 de l'AUCTMR en ces termes : « *Le transporteur est tenu de livrer la marchandise à destination. Il est responsable de l'avarie, de la perte totale ou partielle qui se produit pendant la période de transport, ainsi que du retard à la livraison* ». Le transporteur répond ainsi des avaries, pertes ou manquants ainsi que du retard à la livraison sans que le demandeur n'ait à faire la preuve de sa faute. Cette solution se justifie dans la mesure où le transporteur est tenu d'une obligation de résultat qui consiste à prendre en charge la marchandise et à la livrer à destination dans l'état, la quantité et le délai convenu (*Com. 13 avr. 1976, JCP 1977.I.18572, note Rodière*). Ainsi, le transporteur est présumé responsable du dommage subi par l'ayant droit à la marchandise dès lors que celle-ci n'a pas été livrée dans l'état et la quantité décrits à la lettre de voiture ou n'a pas été livrée dans le délai convenu (*Paris, 25 mai 1978, BT 1978. 370; Aix, 15 déc. 1980, BT 1981.551*). Il faut observer qu'il est responsable non seulement de ses propres actes ou omissions, mais encore des actes ou omissions de ses préposés ou mandataires agissant dans l'exercice de leurs fonctions et de ceux de toute autre personne aux services de laquelle il recourt pour l'exécution du contrat de transport, lorsque cette personne agit aux fins de l'exécution du contrat (*art. 16 al. 4*).

Dans un tel système de responsabilité, le demandeur doit rapporter une double preuve :

- d'abord celle de l'existence et de l'importance du préjudice. Il s'agit d'établir l'existence d'avaries, de manquants ou que la livraison a été effectuée au-delà du délai convenu ou raisonnable (*art. 16 al. 2*) et l'étendue du dommage subi ;

- ensuite et surtout, celle de la survenance du dommage pendant la période de transport. Autrement dit, il doit prouver que l'avarie ou la perte se sont produites pendant le transport, c'est-à-dire la période qui s'étend de la prise en charge à la livraison de la marchandise. Cette période est celle pendant laquelle la marchandise est sous la garde ou le contrôle du transporteur.

Le transporteur est donc présumé responsable et doit répondre des dommages subis par l'ayant droit à la marchandise. Cette présomption de responsabilité est d'ordre public. Les parties ne peuvent ainsi prévoir de règles dérogatoires (*l'art. 28 al. 1 déclare nulle et de nul effet toute stipulation qui dérogerait aux dispositions de l'AUCTMR*). Aussi, le transporteur ne peut échapper à sa responsabilité que s'il peut invoquer une cause d'exonération.

b - Causes d'exonération de responsabilité

62. Elles sont énumérées à l'article 17 de l'AUCTMR. Ces causes sont nombreuses et variées. On peut distinguer les causes générales (1) des causes particulières (2) d'exonération. Toutefois, le transporteur peut être déchu du droit de s'en prévaloir (3).

1 - Causes générales d'exonération

63. Aux termes de l'art. 17 al. 1 de l'AUCTMR, « *Le transporteur est exonéré de responsabilité s'il prouve que la perte, l'avarie ou le retard a eu pour cause une faute ou un ordre de l'ayant droit, un vice propre de la marchandise ou des circonstances que le transporteur ne pouvait pas éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait remédier* ». En clair, ce texte vise la faute ou fait du cocontractant, le vice propre de la marchandise et la force majeure.

Le premier cas d'exonération du transporteur est la faute ou le fait de l'ayant droit de la marchandise. Celui-ci peut être soit l'expéditeur, soit le destinataire. Cette cause d'exonération correspond à une hypothèse classique du droit des contrats selon laquelle la faute du cocontractant exonère le débiteur lorsqu'elle est à l'origine du dommage (*v. A. AKAM AKAM, « Le comportement de la victime et la responsabilité civile », CJP 2008, p. 1 et s.*).

En second lieu, le transporteur est exonéré si le dommage est dû au vice propre de la marchandise, qui est une particularité, un défaut de fabrication ou de constitution qui la rend inapte à supporter sans dommage les risques inhérents au transport effectué dans des conditions normales, ou qui la prédispose à se détériorer sans action extérieure (maladie d'un animal, état de maturation avancé de fruits, etc.).

Enfin, la force majeure exonère aussi le transporteur. Elle est par définition un événement que le transpor-

teur n'a pu ni prévoir ni éviter dans sa cause comme dans ses effets. L'article 17 al. 1 n'utilise pas la notion mais traite « des circonstances que le transporteur ne pouvait pas éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait remédier » (par ex. les circonstances atmosphériques d'une intensité exceptionnelle). Les juges du fond apprécient souverainement.

2 - Cas particuliers d'exonération

64. Les différents cas particuliers d'exonération du transporteur routier sont prévus à l'article 17 al. 2 de l'AUCTMR. On peut, à leur sujet, parler de causes privilégiées d'exonération (B. MERCADAL, *Droit des transports terrestres et aériens*, 1996, n° 232, p. 129). Ainsi, le transporteur est exonéré lorsque le dommage résulte des risques inhérents à l'un des faits suivants :

- emploi de véhicules ouverts et non bâchés, lorsque cet emploi a été convenu de manière expresse ;
- absence ou défectuosité de l'emballage pour les marchandises exposées par leur nature à des déchets ou avaries quand elles sont mal emballées ou pas emballées ;
- manutention, chargement, arrimage ou déchargement de la marchandise par l'expéditeur ou le destinataire ou leurs préposés ;
- nature de certaines marchandises exposées soit à la perte totale ou partielle, soit à l'avarie, notamment par bris, détérioration spontanée, dessiccation, coulage ou déchet normal (*sur la distinction entre cette cause d'exonération et le vice propre*, v. P. BRUNAT, *Lamy transport* 1996, t. I, n° 516 ; B. MERCADAL, *op. cit.*, n° 232) ;
- insuffisance ou imperfection des marques ou des numéros de colis ;
- transport d'animaux vivants (*le transporteur ne peut invoquer ce cas que s'il prouve qu'il a fait diligence et qu'il s'est conformé aux instructions spéciales qui ont pu lui être données*. V.° art. 17 al. 6).

En définitive, il convient de relever que le transporteur n'est totalement exonéré que s'il établit que le dommage résulte exclusivement de la cause d'exonération invoquée. En revanche, il y a lieu à exonération partielle si la cause d'exonération alléguée n'a été qu'en partie la cause du dommage.

3 - Perte du droit d'invoquer une cause d'exonération

65. Le transporteur routier peut dégager sa responsabilité en établissant que le dommage est dû à l'une des nombreuses causes d'exonération prévues par l'AUCTMR. Toutefois, il perd le droit à l'exonération « s'il est prouvé que la perte, l'avarie ou le retard à la livraison résultent d'un acte ou d'une omission qu'il a commis, soit avec l'intention de provoquer cette perte, cette avarie ou ce

retard, soit témérement et en sachant que cette perte, cette avarie ou ce retard en résulteraient probablement » (art. 21 al. 1). Ce texte distingue donc bien deux cas où le transporteur est déchu du droit d'invoquer une cause d'exonération : soit en cas de faute intentionnelle ou dolosive, soit en cas de faute inexcusable (*sur ces notions*, A. SERIAUX, *La faute de l'expéditeur*, *Economica*, 1984, 289 p).

c - Limitation de la responsabilité du transporteur

66. En contrepartie de la présomption de responsabilité, le transporteur bénéficie de la limitation de sa responsabilité (1) sauf dans quelques cas prévus par l'AUCTMR (2).

1 - Calcul de l'indemnité

67. L'une des originalités du contrat de transport de marchandises par route est l'existence de limitations légales de responsabilité qui ne cessent de s'appliquer que dans certains cas.

L'article 18 al. 1 prévoit que « l'indemnité pour avarie ou pour perte totale ou partielle de la marchandise et ne peut excéder 5 000 francs CFA par kilogramme de poids brut de la marchandise ». Ce texte fixe le plafond de l'indemnité qui peut être réclamée au transporteur non seulement en cas d'avarie ou de perte, mais aussi en cas de retard (art. 18 al. 3). Il ne faut pas croire que dans tous les cas, le demandeur aura 5 000 F CFA par kg. En effet, la base de calcul de l'indemnité pour une perte ou une avarie est la valeur de la marchandise (v. art. 19 al. 2). Autrement dit, ce sont les ayants droit à des marchandises dont la valeur dépasse 5 000 F CFA par kg de poids brut qui sont pénalisés. Il faut d'ailleurs préciser qu'en ce qui concerne le retard, outre le plafond fixé à l'article 18 al. 1, l'ayant droit peut aussi demander que le transporteur lui paye une indemnité correspondant au dommage supplémentaire qu'il aurait subi, mais cette indemnité ne saurait dépasser le prix du transport (art. 18 al. 3).

Les limites d'indemnisation ci-dessus envisagées sont d'ordre public. Elles s'imposent aux parties. Aussi, toute clause prévoyant une limite de réparation inférieure à celle prévue par l'AUCTMR, est nulle et de nul effet (art. 28 al. 1 ; la solution est d'ailleurs la même en ce qui concerne la CMR, v. Com. 17 mai 1983, BT 1983.445 ; 28 nov. 1988, BT 1989.209)

2 - Exceptions aux limites prévues par la loi

68. Il y a deux cas où les limites de responsabilité cessent de s'appliquer : soit il y a eu déclaration de valeur ou d'intérêt à la livraison (1), soit il y a faute du transporteur (2).

2.1 - Déclaration de valeur ou d'intérêt à la livraison

69. De la combinaison des dispositions des articles 18 al. 1 et 2 de l'AUCTMR, il résulte que les limites de responsabilité prévues ne s'appliquent pas en cas de déclaration de valeur ou de déclaration spéciale d'intérêt à la livraison. Si l'expéditeur a fait une telle déclaration, c'est le montant déclaré qui constitue le plafond de l'indemnisation.

2.2 - Faute du transporteur

70. Il ressort des dispositions de l'article 21 al. 1 de l'AUCTMR que le transporteur ne peut pas se prévaloir de la limitation de responsabilité lorsque la perte, l'avarie ou le retard à la livraison résultent d'un acte ou d'une omission qu'il a commis (ou de ses préposés ou mandataires) soit avec l'intention de provoquer cette perte, cette avarie ou ce retard (faute intentionnelle, dolosive ou lourde), soit témérement et en sachant que cette perte, cette avarie ou ce retard en résulteraient probablement (faute inexcusable). Dans l'un et l'autre cas, il y a donc déchéance du droit à la limitation de responsabilité. Autrement dit, le transporteur perd le droit d'invoquer le bénéfice de la cause d'exonération.

Au final, il convient de préciser que les exonérations et limites de responsabilité qui viennent d'être évoquées, sont applicables quel que soit le fondement de la responsabilité du transporteur. Qu'il s'agisse de sa responsabilité contractuelle ou de sa responsabilité extracontractuelle, le transporteur est en droit d'invoquer, le cas échéant, soit les exonérations, soit la limitation légale de sa responsabilité. En disposant ainsi, l'AUCTMR soumet la situation du transporteur aux mêmes conditions, que l'action en responsabilité soit contractuelle ou délictuelle (*art. 20 al. 1*).

II - Mise en œuvre de la responsabilité du transporteur

71. Qui peut exercer l'action en responsabilité contractuelle contre le transporteur, à quelles conditions et devant quel juge ? Telles sont les questions il convient d'apporter des réponses à la lumière des dispositions de l'AUCTMR.

a - Titulaires de l'action

72. L'action en responsabilité appartient aux deux cocontractants du transporteur que sont l'expéditeur et le destinataire. En réalité, elle doit être exercée par celui qui a subi le préjudice consécutif au manquement du transporteur à ses obligations contractuelles. Ainsi, le droit d'action de l'expéditeur existe à partir

du moment où il peut justifier d'un préjudice ayant pour origine le contrat de transport (*Com. 27 oct. 1975, BT 1975.526 – action de l'expéditeur contre le transporteur désigné par le commissionnaire de transport ; 23 nov. 1971, BT 1972. 113 – droit d'action de l'expéditeur réel non mentionné sur la lettre de voiture*). En revanche, le droit d'agir revient au destinataire dès lors qu'il a accepté la marchandise et qu'il peut justifier d'un intérêt légitime à agir (*Paris, 2 déc. 1981, BT 1982.73*). Il convient de relever que la qualité de destinataire n'étant pas liée à la propriété de la marchandise, celui qui peut mettre en œuvre la responsabilité du transporteur est le destinataire mentionné comme tel sur le document de transport. Par ailleurs, si le destinataire refuse de prendre livraison sans motif ou pour un motif auquel le transporteur est complètement étranger, il ne peut agir en responsabilité contractuelle comme n'ayant pas la qualité de partie au contrat.

L'expéditeur et le destinataire peuvent donc agir en responsabilité contre le transporteur. Si, en principe, il ne peut y avoir qu'une action émanant de l'un ou l'autre, rien ne s'oppose cependant qu'il puisse y avoir des actions concurrentes de l'expéditeur et du destinataire (*Aix-en-Provence, 15 fév. 1983, cité au Lamy transport 1987, n° 981*).

b - Conditions d'exercice de l'action

73. L'action en responsabilité contractuelle contre le transporteur n'est recevable que si elle est précédée d'une réclamation écrite (1) et est exercée dans un délai (2) prescrit par l'AUCTMR.

1 - Réclamation écrite préalable

74. L'AUCTMR subordonne la recevabilité de l'action contre le transporteur à l'accomplissement d'une formalité impérative : la formulation d'une réclamation écrite préalable. En effet, l'article 25 al. 2 dispose que « l'action n'est recevable que si une réclamation écrite a été préalablement faite au (...) transporteur au plus tard soixante (60) jours après la date de la livraison de la marchandise ou, à défaut de livraison, au plus tard six (6) mois après la prise en charge de la marchandise ». Cette obligation d'adresser une réclamation écrite au transporteur incombe normalement et, en premier lieu, au destinataire de la marchandise. En cas de refus par le destinataire de prendre livraison, il revient alors à l'expéditeur de faire cette réclamation au plus tard six mois après la prise en charge de la marchandise.

Cela étant, la réclamation écrite faite dans le délai fixé par l'AUCTMR n'a pas d'effet suspensif sur le délai de prescription (*N. LACASSE, J. PUTZEYS, Commentaire de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif aux contrats*

de transport de marchandises par route, D.E.T. 2003, p. 718). Le délai de réclamation est donc compris dans le délai de prescription.

2 - Prescription de l'action

75. L'expéditeur ou le destinataire qui veut agir contre le transporteur pour avoir réparation de son préjudice, doit veiller à exercer son recours dans un délai d'un an à compter de la date de livraison ou, à défaut de livraison, de la date à laquelle la marchandise aurait dû être livrée (*art. 25 al. 1*). Cependant, l'AUCTMR porte ce délai à trois ans lorsque le transporteur a commis un dol ou une faute équivalente au dol.

L'AUCTMR ne prévoit pas de causes de suspension ou d'interruption de la prescription annale ou triennale. Aussi, la prescription peut être suspendue ou interrompue selon la loi du tribunal saisi. Ce sont donc les causes de suspension ou d'interruption de droit commun qui s'appliquent (*v. V.E. BOKALLI, D.C. SOSSA, op. cit., n° 453 et s.*).

c - Juge de l'action

76. L'AUCTMR offre deux voies pour le règlement du contentieux issu du contrat de transport : la voie d'arbitrage (1) et la voie judiciaire (2). Il revient au demandeur de choisir la voie qui lui convient.

1 - Tribunal arbitral

77. Elle est prévue par l'article 26 : « *Tout litige résultant d'un contrat de transport soumis au présent Acte uniforme peut être réglé par voie d'arbitrage* ». Les parties peuvent donc recourir à l'arbitrage, soit en insérant une clause dans le contrat de transport attribuant la compétence à un tribunal arbitral en cas de litige (*clause compromissoire*), soit en décidant de se soumettre à l'arbitrage une fois le différend survenu (*compromis*). L'AUCTMR n'impose pas un type d'arbitrage. Les parties ont la liberté de choisir n'importe quelle forme d'arbitrage (*sur l'arbitrage OHADA, v. P.-G. POUGOUÉ, J.-M. TCHAKOUA, A. FÉNÉON, Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, coll. Droit uniforme, PUA, Yaoundé, 2000, 506 p.*). En cas de recours à l'arbitrage, le tribunal arbitral doit impérativement appliquer les dispositions de l'AUCTMR qui sont impératives (*la*

solution est identique en ce qui concerne la CMR, v° Paris, 27 juin 1979, BT 1979.440).

2 - Tribunal étatique

78. La détermination de la juridiction compétente ne suscite de réelle difficulté que dans les transports inter-États (en cas de transport interne, la juridiction compétente est déterminée selon la loi du pays sur le territoire duquel le transport a eu lieu). Ainsi, à défaut de choix par les parties d'une juridiction compétente (*les parties peuvent prévoir valablement une clause attributive de juridiction*), l'article 27 al. 1 de l'AUCTMR prévoit que le demandeur peut saisir les juridictions du pays sur le territoire duquel :

- « le défendeur a sa résidence habituelle, son siège principal ou la succursale ou l'agence par l'intermédiaire de laquelle le contrat de transport a été conclu » ;
- « la prise en charge de la marchandise a eu lieu ou les juridictions du pays sur le territoire duquel la livraison est prévue ».

L'AUCTMR pose des règles supplétives à la volonté des parties. Pour déterminer le tribunal effectivement compétent, il faudra toujours se référer aux règles de procédure du pays où l'action doit être engagée.

Conclusion

79. Le régime juridique du contrat de transport institué par l'AUCTMR se veut complet et original. Complet en ce qu'il prétend régir toutes les phases de l'opération de transport, depuis la prise en charge de la marchandise jusqu'à la livraison. Original par l'énonciation de nombreuses règles qui n'émanent point de la CMR dont il est pourtant largement inspiré. Il reste à voir si ces règles sont véritablement adaptées à la pratique des transports dans l'espace OHADA. C'est à l'aune de leur application par les parties et les juges que l'on pourrait juger de leur pertinence et de leur efficacité. Force est malheureusement de constater que la jurisprudence demeure bien rare, de sorte que l'on peut s'interroger sur l'effectivité de l'AUCTMR.

André AKAM AKAM

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Action en responsabilité 6, 48, 70,
71, 72, 73,
Avaries 44, 46, 47, 48, 59, 61, 64

C

Cause d'exonération 55, 61, 63, 64,
65, 70
Chargement 31, 34, 44, 64

D

Déchargement 34, 43, 44, 57, 64
Dommages 44, 50, 51, 55, 56, 57,
58, 61
- Droit de rétention-emballage
27

E

Empêchement 33, 38, 39, 44

F

Faute 38, 39, 45, 51, 52, 54, 61, 63,
66, 68, 70, 75
Frais de transport 22, 23

G

Garanties de paiement 22

I

Indemnité 21, 48, 67
Instructions 21, 25, 38, 39, 54, 64

L

Lettre de voiture 8, 11, 13, 21, 23,
24, 25, 26, 27, 28, 31, 39, 48, 61,
72
Limitation de responsabilité 70
Livraison 1, 8, 14, 20, 21, 23, 24, 25,
26, 29, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41,
42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 61,
65, 68, 69, 70, 72, 74, 75, 78, 79,

M

Manquants 61
Marchandises 1, 2, 6, 7, 9, 10, 12,
13, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 31, 41,
42, 44, 47, 48, 50, 53, 54, 55, 57,
64, 67, 74
Marchandises dangereuses 10, 18,
20, 21

O

Obligations légales d'informations
21

P

Prescription 18, 74, 75
Prise en charge de la marchandise
13, 21, 31, 74, 78, 79
Privilège du transporteur 28
Prix du transport 15, 22, 23, 24, 25,
28, 36, 47, 67

R

Responsabilité de l'expéditeur 15,
46, 50, 52, 53, 54
Responsabilité du transporteur 36,
45, 59, 60, 70, 72
Retard 46, 48, 59, 61, 63, 65, 67, 70

T

Transporteur 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10,
12, 13, 14, 16, 17, 19, 20, 21, 22,
23, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33,
34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 44,
45, 47, 48, 50, 51, 53, 54, 55, 57,
58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 67,
68, 70, 71, 72, 73, 74, 75

V

Vice propre de la marchandise 55,
57, 63

CONVENTION D'ARBITRAGE

Table des matières

Introduction n° 1 à 3

Section I - Formation de la convention d'arbitrage

n° 4 à 28

§1 - Capacité et pouvoir pour conclure la convention d'arbitrage n° 5 à 11

A - Capacité pour conclure une convention d'arbitrage n° 6 à 9

I - Capacité pour compromettre des personnes privées n° 7

II - Capacité pour compromettre des personnes morales de droit public n° 8 à 9

B - Pouvoir pour conclure une convention d'arbitrage n° 10 à 11

§2 - Consentement à l'arbitrage n° 12

§3 - Arbitrabilité du litige n° 13 à 22

A - Position du problème n° 14 à 15

B - Solution du problème n° 16 à 22

§4 - Forme de la convention d'arbitrage n° 23 à 28

A - Consensualisme en matière de convention d'arbitrage n° 24 à 27

B - Relativisation du consensualisme n° 28

Section II : Efficacité de la convention d'arbitrage

n° 29 à 56

§1 - Effets de la convention d'arbitrage n° 30 à 47

A - Force obligatoire de la convention d'arbitrage n° 31 à 39

I - Force de la convention d'arbitrage à l'égard des parties contractantes n° 32 à 35

a - Sens et fondement de la solution retenue n° 33 à 34

b - Clarification apportée par le droit OHADA n° 35

II - Situation des tiers à la convention d'arbitrage n° 33 à 39

B - Effets de la convention d'arbitrage sur le terrain de la compétence n° 40 à 47

I - Compétence de l'arbitre pour statuer sur le litige visé par la convention n° 41 à 43

II - Incompétence des juridictions étatiques pour statuer sur le litige soumis à l'arbitrage n° 44 à 47

a - Principe de l'incompétence

des juridictions étatiques pour statuer sur le litige soumis à l'arbitrage n° 45

b - Portée du principe de l'incompétence des juridictions étatiques n° 46 à 47

§2 - Autonomie de la convention d'arbitrage n° 48 à 56

A - Autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique n° 50 à 53

I - Économie du principe n° 51 à 52

II - Limites éventuelles de la formule du texte n° 53

B - Indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal n° 54 à 56

I - Indépendance de la convention d'arbitrage et appréciation de sa validité n° 55

II - Indépendance de la convention d'arbitrage et normes la régissant n° 56

Bibliographie

- AMOUSSOU-GUENOU (R.), « L'arbitrage dans le Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 1996.
- AMOUSSOU-GUENOU (R.), « Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique Subsaharienne », Thèse, Paris II, 1995.
- KENFACK DOUAJINI (G.), « Le cadre juridique de l'arbitrage au Cameroun », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 4, janvier-février-mars 1999.
- KENFACK DOUAJINI (G.), « L'arbitrage dans le système OHADA », Thèse, Paris I, 2005.
- TCHAKOUA (J.M.), « Le contrôle de la régularité internationale des jugements et sentences arbitrales en droit camerounais », Thèse, Yaoundé, 1991.

1. La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties soumettent à l'arbitrage le différend qui les oppose ou pourrait les opposer. On comprend que la convention d'arbitrage peut être conclue après ou avant la naissance du différend. Dans le premier cas, elle est appelée compromis ; dans le second cas, elle est appelée clause compromissoire.

C'est très progressivement que la clause compromissoire a vu son régime s'aligner sur celui du compromis. Tout d'abord, on s'est demandé, un moment, si à elle

seule la clause compromissoire suffisait pour recourir à l'arbitrage lorsque le différend naît, ou s'il fallait réitérer la volonté de recourir à ce mode de règlement en concluant un compromis (Voir R. DAVID, *L'arbitrage du XIX^e au XX^e siècle*, in *Mélanges Savatier*, 222). Assez vite, on a répondu qu'à partir du moment où la clause compromissoire est conclue, le différend éventuel qu'elle couvre est soumis à l'arbitrage de sorte qu'il est inutile de conclure une nouvelle convention lorsque le différend naît. Certes, intervenant avant la

naissance du différend, la clause compromissoire ne peut décrire celui-ci. Par ailleurs, elle est sans doute conclue au moment où les parties tiennent pour peu probable la survenance du différend, ce qui peut les avoir rendues peu soucieuses de précision. Mais, les difficultés qui résultent du manque de précision sont résolues dans le sens d'aider l'arbitrage à se tenir.

Ensuite, distinguant entre le civil et le commercial, on a posé que la clause compromissoire ne pouvait être conclue qu'en matière commerciale ; en matière civile, le recours à l'arbitrage ne pouvait être décidé que lorsque le litige est né.

Le législateur OHADA a unifié le régime des deux modalités de recours à l'arbitrage et, en droit de l'arbitrage, ne distingue même plus entre la matière civile et la matière commerciale.

2. L'importance de la convention d'arbitrage doit être soulignée : l'arbitrage est une justice à base conventionnelle, c'est-à-dire une justice construite sur la volonté des parties. Cette volonté peut, en principe, se manifester même dans les moments avancés de l'instance arbitrale ; mais en général, elle s'exprime dans la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage pourrait ainsi contenir, outre le principe du recours à l'arbitrage, des précisions sur, notamment, les règles applicables au règlement du litige, le siège et la langue de l'arbitrage, les modalités de constitution du tribunal arbitral, le délai d'arbitrage.

3. La convention d'arbitrage est, cependant, un contrat peu ordinaire ; elle intervient le plus souvent dans un contexte juridique complexe, ce qui pourrait la fragiliser. La complexité résultera parfois du fait qu'on se trouve dans un contexte international où entrent souvent en jeu les règles de conflit des lois. Elle résultera aussi, parfois, du regard que l'on jette sur la justice arbitrale comparée à la justice étatique : faut-il permettre que les arbitres règlent toutes les questions qu'on peut soumettre au juge étatique ? Le recours à l'arbitrage n'est-il pas quelque chose de très grave ? Peut-on englober dans un arbitrage des personnes qui n'ont pas formellement accepté ce mode de règlement ?

Toutes ces questions et bien d'autres sous-jacentes vont être traitées en suivant une démarche classique pour l'étude des conventions : la formation et l'efficacité.

Section I - Formation de la convention d'arbitrage

4. Qu'elle prenne la forme d'un compromis ou d'une clause compromissoire, la convention d'arbitrage pose les problèmes communs à tous les contrats : problèmes de capacité et de pouvoir des parties, d'existence et de validité du consentement, d'objet licite.

Les conditions de formation de la convention pourraient, cependant, s'apprécier de façon assez particulière en droit de l'arbitrage. Le fait qu'on se situe parfois sur le plan international impose de considérer certains éléments avec beaucoup d'attention (Cela est encore plus vrai pour le droit africain de l'arbitrage qui ne fait pas de distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international). De même, il faudrait souligner que sous réserve de ce qui sera dit ci-dessous en ce qui concerne l'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage, les solutions à certains problèmes de conditions de fond de la convention d'arbitrage peuvent différer d'un pays de l'OHADA à un autre, puisque les questions en cause ne relèvent pas toutes du domaine du droit harmonisé.

Examinons successivement les questions de capacité et de pouvoir pour conclure la convention d'arbitrage (§1), de consentement à l'arbitrage (§2) et d'objet licite, qu'on présentera ici sous la figure de l'arbitrabilité du litige (§3). Un dernier paragraphe sera consacré à la forme de la convention d'arbitrage (§4).

§1 - Capacité et pouvoir pour conclure la convention d'arbitrage

5. Les questions de capacité et de pouvoir pour conclure une convention d'arbitrage peuvent être facilement confondues ; il faudrait pourtant les distinguer soigneusement.

A - Capacité pour conclure une convention d'arbitrage

6. La capacité pour compromettre se vérifie en la personne de celui qui veut être partie à l'arbitrage ; il y a alors à se demander si celle-ci a l'aptitude juridique pour ce faire.

Le droit moderne de l'arbitrage montre une forte tendance à ouvrir la possibilité de compromettre ; consacrant cette évolution, le droit OHADA reconnaît à toute personne le droit de recourir à l'arbitrage. Il faudrait cependant présenter cette solution en distinguant selon qu'il s'agisse des personnes privées ou de personnes publiques.

I - Capacité pour compromettre des personnes privées

7. La capacité des personnes privées, pour conclure une convention d'arbitrage, n'a jamais posé de problème particulier.

Le recours à l'arbitrage s'analysant comme la souscription d'un contrat, la capacité à rechercher est celle de contracter. Dans les pays où il est resté applicable, le Code civil français dispose clairement, en son article 1123, que toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi (Les pays qui ont remplacé

le Code civil hérité de la France n'ont pas remis en cause cette solution). Les incapables de contracter sont les mineurs et les interdits dans les cas prévus par la loi.

En ce qui concerne les personnes morales de droit privé, le problème est plus simple encore ; la loi n'a en effet institué aucune incapacité d'exercice les concernant. Elles passeront la convention d'arbitrage par leurs représentants légaux, dans les conditions fixées par la loi (Voir infra sur le pouvoir pour compromettre des représentants légaux).

II - Capacité pour compromettre des personnes morales de droit public

8. On a longtemps douté et même écarté la possibilité pour les personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage (Voir P. ANCEL, *Juris-classeur de procédure civile*, fasc. 1024). En effet, dans les pays où le Code de procédure civile français de 1806 est resté applicable, on rappelait souvent les dispositions de son article 577 posant qu'on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public. Or, l'énumération des matières communicables au ministère public faite par l'article 36 du même code contenait celles qui concernent l'État, les communes, les établissements publics.

Cette interdiction était analysée comme instituant une incapacité de ces personnes morales de droit public de compromettre (G. KENFACK DOUJANI, « Le cadre juridique de l'arbitrage au Cameroun », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 4 de janvier-février-mars 1999, 8).

La présentation était contestable, puisque l'interdiction de compromettre visait l'objet du litige non les parties à la convention. Reste que la solution qu'elle explique était constante, même si on ne trouvait aucune disposition textuelle pour la justifier. On pensait que l'État en particulier n'était justiciable que de ses propres tribunaux.

9. Une telle analyse était acceptable lorsque l'État n'exerçait que des activités de souveraineté. Quand il s'est mêlé au commerce, notamment sur le plan international, l'État ne pouvait plus être tenu loin de la justice arbitrale. Au contraire, il préfère celle-ci à la solution où il serait attiré devant les tribunaux d'un autre État (D'un point de vue psychologique, le Souverain éprouve de la peine à se voir contraindre par un autre Souverain, qu'à devoir accepter une sentence rendue par un arbitre qu'il a choisi). En ratifiant la convention de Washington qui prévoit un système d'arbitrage où un État est forcément partie, nombre de pays africains ont formellement accepté l'idée de se soumettre à l'arbitrage. Par ailleurs, beaucoup de conventions d'établissement d'entreprises étrangères conclues avec les pays africains de l'espace de l'OHADA contiennent des clauses compromissaires. La situation est la même dans beaucoup d'autres pays du monde. L'arrêt Galakis de la Cour de cassation française a pu admettre,

sans peine, la validité d'une clause compromissaire acceptée par une personne morale de droit public, en se fondant, entre autres, sur l'idée que la convention contenant cette clause compromissaire a été conclue pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international (Cass. civ., 1^{re}, 2 mai 1966, D. 1966, 575, note J. ROBERT).

Compte tenu de ces précédents, on n'est pas étonné que dans son souci de promouvoir l'arbitrage comme facteur de compétitivité de l'économie africaine, l'article 21 du Traité OHADA pose le principe de la possibilité du recours à l'arbitrage pour toute personne. L'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage renchérit en ajoutant notamment que « les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

La solution concerne tout d'abord les États membres de l'OHADA dont les dispositions nationales éventuellement contraires sont désormais abrogées par les dispositions uniformes. Elle a ensuite un intérêt en ce qui concerne les États ou les personnes morales de droit public non ressortissantes de l'espace juridique OHADA. Aucun État étranger à l'espace, aucune personne morale de droit public originaire de cet État ne peut, dans l'espace OHADA, paralyser une procédure ou une sentence arbitrale sur le fondement de l'interdiction de l'arbitrage aux personnes morales de droit public (Sur la question, voir M. KAMTO, « La participation des personnes morales de droit public africaines à l'arbitrage OHADA », in l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 89 ; R. NEMEDEU, « La recherche du critère d'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public en droit OHADA », *Revue africaine des sciences juridiques*, 2009, vol. VI, n° 1, p. 45).

B - Pouvoir pour conclure une convention d'arbitrage

10. Le pouvoir pour compromettre se vérifie dans l'hypothèse où celui qui passe matériellement la convention d'arbitrage n'agit pas pour son compte mais pour celui d'une autre personne, physique ou morale.

Il est possible de passer une convention d'arbitrage en utilisant la technique du mandat. Mais le mandat ad litem donné à un avocat pour la conduite d'un procès n'implique pas le pouvoir de compromettre, car compromettre, c'est passer un contrat et non conduire un procès.

Les représentants des personnes morales interviendront dans les conditions fixées par les dispositions applicables aux pouvoirs de ces représentants. En ce qui concerne plus particulièrement les mandataires sociaux, la solution applicable dans l'espace OHADA est celle

prévue par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

11. Les représentants légaux des personnes physiques ne peuvent compromettre pour le compte de celles-ci que dans des conditions définies par le droit des incapacités. Le régime applicable aux actes des représentants des incapables varie en fonction de la gravité des actes et du degré d'incapacité. La difficulté est de situer le recours à l'arbitrage par rapport aux pouvoirs du représentant. En général, en matière de pouvoir de représentation, on recourt à la distinction entre les actes conservatoires, les actes d'administration et les actes de disposition. Mais, il n'est pas aisé d'appliquer cette distinction à la passation d'une convention d'arbitrage, afin d'en tirer des conséquences. À cet égard, on pourrait partir de l'article 2 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage, qui dispose que toute personne peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Ce texte reprend l'article 576 du Code de procédure civile français de 1806 jusque-là applicable dans certains pays de l'espace OHADA, texte qui a posé des difficultés d'interprétation. Une partie de la doctrine a compris ces dispositions, singulièrement dans le régime de l'arbitrage international, comme indiquant que la capacité de contracter suffit pour la conclusion de la convention d'arbitrage (V. P. Ancel, J.-Cl. Proc. civ., 1022, 1986, n° 6). Et à partir du moment où, en matière commerciale tout au moins, le recours à l'arbitrage est un acte de gestion courante, il est permis de penser que la capacité requise est celle de conclure les contrats nécessaires à la gestion du patrimoine (Cass. com., 25 mai 1959, D. 1960, 7 ; Paris, 4 janvier 1980, Rev. arb., 1981, 160, note P. LEVEL) et non celle de disposer (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, n° 467). Un courant contraire est favorable à des distinctions en fonction de l'objet des droits pour lesquels on recourt au compromis. Dans le cas où les actes impliqués par le compromis mettent en cause la disposition des droits, il faudrait la capacité nécessaire aux actes de disposition (V. J. ROBERT, *L'arbitrage, droit interne droit international privé*, Dalloz, 1993, n° 6 et s. et n° 268). On souligne au passage que le compromis comporte renonciation à un droit, les parties dispensant les arbitres de suivre les règles applicables pour les tribunaux (Ibid. n° 8). Une telle renonciation ne pourrait être admise que dans des conditions d'aptitude nécessaires.

Si on lit assidûment le Code civil français encore applicable dans plusieurs pays de l'espace OHADA, on devrait douter que la capacité de conclure un contrat suffise pour compromettre. En effet, en disposant que le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre, l'article 1989 de ce code a montré clairement que le compromis est un acte plus grave que la transaction ; or, pour la transaction, l'article 2045 du même code exige la faculté de disposer. Dès lors, il ne semble pas raisonnable de soutenir que pour le compromis qu'il

considère plus grave, le législateur a voulu une aptitude moins importante.

Mais, il faudrait reconnaître que ces dispositions du Code civil français ne sont pas applicables dans tous les pays de l'espace OHADA et qu'en définitive la solution à retenir pourrait dépendre de la place qu'on veut donner à l'arbitrage. Par ailleurs, tirant des conséquences du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, on pourrait résoudre dans un sens favorable à la validité de la convention d'arbitrage, toutes les difficultés en matière de capacité et de pouvoir pour compromettre.

§2 - Consentement à l'arbitrage

12. La convention d'arbitrage est le produit d'une commune volonté des parties. Il est cependant, parfois, très difficile de dire s'il existe effectivement la volonté de recourir à l'arbitrage chez tous les protagonistes (Voir O. DIALLA, *Le consentement à l'arbitrage*, thèse, Université de Genève, 2006). À cet égard, il y a une règle constante tirée du droit commun des contrats : on ne doit pas se limiter à une lecture littérale des documents, mais rechercher la commune intention des parties (Voir l'article 1134 al. 2 du Code civil français applicable ou repris dans beaucoup de pays de l'espace OHADA). En d'autres termes, la volonté des parties peut s'être exprimée de façon défectueuse, ce n'est pas une raison pour qu'on l'ignore. Il faudrait alors tâcher de déceler ce que les parties ont pu raisonnablement envisager. La convention d'arbitrage ou, plus précisément, les documents d'où celle-ci résulte doivent être interprétés de bonne foi.

Le Tribunal de grande instance de Yaoundé a rendu une importante décision dans une affaire Shell-Cameroun c/ SODECAO, où l'existence du consentement à l'arbitrage ne semblait pas aller de soi pour toutes les parties. En l'espèce, Shell-Cameroun avait conclu un contrat d'affaires avec la SODECAO, contrat qui prévoyait en son article 15 le recours à l'arbitrage en cas de litige. Cet article était intitulé « Juridiction/Arbitrage », et prévoyait qu'« En cas de différend ou de désaccord entre les deux parties (...), le différend ou le désaccord sera porté devant un arbitre unique, si les deux parties sont d'accord sur celui-ci ou, si non, devant deux arbitres, chaque partie désignant le sien ».

Plus tard, la SODECAO avait saisi le Tribunal de grande instance de Yaoundé de qui elle avait obtenu une ordonnance d'injonction de payer. L'ordonnance avait été signifiée à Shell-Cameroun, qui avait aussitôt formé un contredit. Celle-ci soutenait que l'existence de la clause d'arbitrage interdisait désormais de saisir les juridictions étatiques. Si la SODECAO ne disait pas formellement qu'il n'y avait pas eu clause compromissoire, elle tenait un raisonnement qui ne pouvait aboutir qu'à ce résultat. Plus précisément, elle soutenait que le recours à l'arbitrage était prévu en même temps que la possibilité de saisir les juridictions étatiques, de

sorte qu'à la survenance du litige, une partie pouvait choisir entre les juridictions étatiques et la juridiction arbitrale sans que l'autre puisse s'opposer à l'option.

Il s'agissait, là, d'une interprétation de mauvaise foi de la convention arbitrale, puisque le fait que le mot juridiction apparaisse à côté du mot arbitrage ne signifiait nullement qu'était prévue une option. Non seulement parce que l'arbitrage est lui-même un mode juridictionnel de règlement de différend, mais aussi parce qu'il n'y aurait aucun intérêt à prévoir une telle clause (La situation aurait été pareille à celle où rien n'est prévu, puisqu'à la survenance d'un litige, les parties peuvent toujours conclure un compromis).

Le tribunal a très justement repoussé cette interprétation proposée par la SODECAO (TGI de Yaoundé, jugement civil n° 407 du 24 mai 1995, *Juridis périodique* n° 37 (1999), p. 21, note F.P. IPANDA).

L'interprétation de bonne foi vise, plus largement, les situations où la convention d'arbitrage serait défectueuse en raison d'une insuffisante expression de la volonté des parties. Si des éléments pertinents existent qui permettent de savoir que le consentement à l'arbitrage existe, il faut faire prévaloir la volonté réelle sur l'expression.

13. Dans la logique du principe de bonne foi, les documents doivent être aussi interprétés dans le sens de l'utilité. Plus précisément, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit l'entendre dans celui dans lequel elle peut avoir un effet et non dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire (Le droit de l'arbitrage reprend ainsi une solution inscrite à l'article 1157 du Code civil français applicable dans bien des pays de l'espace OHADA). La pratique arbitrale est dans le sens que lorsque les parties insèrent une clause d'arbitrage dans leur contrat, on doit présumer que leur intention a été d'établir un mécanisme efficace pour le règlement des litiges visés par la clause d'arbitrage (Sentence CCI, n° 2321 (1974), *JDI*, 1975, 938).

§3 - Arbitrabilité du litige

13. La question de l'arbitrabilité du litige a connu une évolution tant dans la façon de se poser que dans les solutions retenues. Il est important de comprendre d'abord comment le problème se pose (A) avant d'envisager la solution qui lui est apportée (B).

A - Position du problème

14. La question de l'arbitrabilité du litige peut être vue sous deux angles différents. D'une part, on peut se demander si telle question précise peut être soumise à l'arbitrage : c'est ce qu'on a appelé arbitrabilité objective du litige (V. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international* op. cit., n° 559 et s.). D'autre part, et sans manquer de point

de contact avec la première approche, l'arbitrabilité du litige peut être vérifiée en se demandant si telle personne impliquée dans un différend est admise à recourir à l'arbitrage : c'est ce qu'on a appelé arbitrabilité subjective (Ces deux approches se rencontrent parfois parce que telle matière pouvait être dite non arbitrable simplement parce qu'elle met en cause telle personne à qui est refusé le droit de recourir à l'arbitrage pour le règlement de ses différends).

15. En vérité, cette manière de présenter le problème, en le dédoublant, a commencé à perdre de l'intérêt depuis l'arrêt Dalico (Cass. Civ. 1^{re}, 20 décembre 1993, *Rev. arb.* 1994, 116). En effet, lorsque la méthode du conflit des lois était la seule utilisée pour résoudre les problèmes de capacité pour compromettre, il était d'un grand intérêt de présenter sous le couvert de l'arbitrabilité du litige la question de la capacité des personnes à compromettre. On pouvait en particulier admettre la validité d'une convention d'arbitrage conclue par une personne morale de droit public alors que la loi interne dudit État, applicable à sa capacité, lui interdisait de recourir à l'arbitrage. En renvoyant à la question d'arbitrabilité du litige ce qui aurait pu être abordé comme problème de capacité pour compromettre, on se trouvait une astuce pour échapper aux incertitudes de la méthode conflictuelle puisque l'arbitrabilité du litige était appréciée suivant des règles matérielles de l'État d'accueil de la sentence arbitrale.

L'arrêt Dalico et, à sa suite, l'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, ont permis de résoudre toute la question de la validité de la convention d'arbitrage en recourant à la méthode des règles matérielles. Dans le même temps, le droit africain de l'arbitrage a levé complètement l'incapacité de compromettre des personnes morales de droit public. Ces évolutions rendent inutile le recours à la vieille astuce qui consistait à parler d'« arbitrabilité subjective ».

Il ne fait donc plus de doute que la notion d'arbitrabilité du litige ne doit se comprendre utilement que sous l'angle objectif. Plus concrètement, il s'agit de voir si la convention d'arbitrage porte sur une matière qui peut être soumise à l'arbitrage.

B - Solution du problème

16. Partons de l'idée, assez évidente, que tous les litiges ne peuvent être soumis à l'arbitrage. Cette idée n'est pas contestable en soi ; mais on peut ne pas s'entendre sur ses fondements (Tout d'abord, on peut partir du postulat de la supériorité de la justice étatique sur la justice arbitrale. Ainsi, on mettra hors de portée des arbitres tous les différends qui peuvent être complexes. Ensuite, on peut nourrir la défiance à l'égard des arbitres non parce qu'on les soupçonne d'une quelconque infériorité technique, mais parce qu'on pense qu'ils ne sont pas les mieux placés pour résoudre tel ou tel type de

problème. Enfin, on peut réfléchir à partir de la souveraineté qu'exerce le juge étatique, mais pas l'arbitre). Cette incertitude sur les fondements théoriques de la solution pourrait influencer l'interprétation des textes. D'un point de vue des textes justement, il faut situer le point de départ de l'évolution aux dispositions des articles 576 et 577 du Code de procédure civile français de 1806 applicable dans la plupart des pays de l'espace OHADA. Le premier dispose que « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition » ; le second dispose qu'« On ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logements et vêtements, sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public ».

La combinaison entre l'article 577, in fine, et l'article 36 du même code permettait de juger comme non arbitrables les litiges concernant l'ordre public, l'État et les collectivités publiques.

17. L'évolution intervenue en jurisprudence française a permis de cantonner au droit interne la non arbitrabilité des litiges concernant l'État et les autres personnes morales de droit public (Cass, 1^{re}, civ. 2 mai 1966, Galakis, JCP 1966, II, 14798, note Ligneau ; Paris, 17 décembre 1991, Gatoil, Rev. arb. 1993, 281, note Synvet). Ensuite, les articles 21 du Traité et 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ont levé de façon générale la prohibition de compromettre qui s'appliquait à l'État et à ses démembrements. L'article 21 du Traité dispose, plus précisément, que toute partie à un contrat peut soumettre à l'arbitrage un différend « d'ordre contractuel » (L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne contient pas cette formule. Sans doute faudrait-il remonter au préambule et à l'article 1 du Traité OHADA qui visent l'encouragement de l'arbitrage pour le règlement des différends d'ordre contractuel.

L'exégèse des textes semble donc indiquer que le différend passible de la justice arbitrale doit être d'ordre contractuel).

Désormais, c'est, entre autres, par interprétation de la notion de « différend d'ordre contractuel » que la question de l'arbitrabilité du litige doit se résoudre. Quelques solutions certaines peuvent être dégagées : l'arbitre ne pourra être sollicité pour le règlement d'un contentieux pénal ; mais lorsqu'on se trouve dans le champ contractuel, il importe peu que le différend porte sur une matière civile ou commerciale (Dans ce sens, voir aussi G. KENFACK DOUAJINI et Chr. IMHOOS, L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du traité OHADA, Revue camerounaise de l'arbitrage, n° 5 avril-mai-juin 1999, 3.).

18. Faut-il alors penser qu'il suffit qu'on se trouve en matière contractuelle pour que l'arbitrage soit possible ? Les incertitudes commencent.

La première difficulté apparaît lorsqu'on fait un rap-

prochement entre, d'un côté, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et, de l'autre, le Traité OHADA et le règlement d'arbitrage de la CCJA. L'Acte uniforme prévoit que l'arbitrage n'est possible que « sur des droits dont on a la libre disposition » (article 2) ; le Traité et le règlement d'arbitrage de la CCJA ne contiennent aucune réserve de libre disposition du droit. Le système d'arbitrage de la CCJA a-t-il rejeté cette réserve ?

La question est difficile. Mais il faudrait se rendre compte qu'en ce qui concerne la réserve de la disponibilité des droits, l'Acte uniforme reprend simplement une solution prévue dans un certain nombre d'États par le Code de procédure civile applicable (Pour le Togo, article 275, pour le Cameroun, article 576, pour le Sénégal, article 755). Sur la base de ces dispositions nationales, un auteur a justement estimé que la réserve de la libre disposition devait se comprendre dans les dispositions du Traité de l'OHADA sur l'arbitrabilité (R. AMOUSSOU-GUENOU, L'arbitrage dans le Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, Revue de droit des affaires internationales 1996, n° 3, 324). La solution semble s'imposer comme principe général du droit, et donc applicable en l'absence de dérogation législative certaine. Le silence des textes ne peut justement être pris pour une dérogation.

Encore faut-il comprendre la notion de « droit dont on a la libre disposition ».

19. On peut tenter une première compréhension relativement certaine de la notion : le droit dont on a la libre disposition serait un droit disponible. Un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire (P. LEVEL, « L'arbitrabilité », Rev. arb. 1992, 219). Par opposition, le droit indisponible échappe à la maîtrise de son titulaire. L'état des personnes, par exemple, est indisponible (Voir A. Weill, F. Terré, Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités, Dalloz, n° 92) ; c'est pourquoi on ne peut conclure une convention d'arbitrage sur les questions d'état. L'analyse est vraie s'agissant aussi des aliments (La solution est constante (voir article 577 du Code de procédure civile français de 1806 applicable dans beaucoup de pays de l'espace OHADA)).

La difficulté demeure pourtant lorsqu'on envisage les questions « relevant de l'ordre public ». L'approche classique consiste à exclure l'arbitrage des matières qui intéressent l'ordre public. Or, il ne semble pas qu'une telle approche soit encore justifiée. Elle était fondée sur le postulat, plus ou moins exprimé, de l'infériorité de la justice arbitrale : l'application des dispositions d'ordre public était réservée au juge étatique présumé mieux armé que l'arbitre. Si un tel postulat était défendable à une époque où la justice arbitrale était embryonnaire et inspirait méfiance, il semble aujourd'hui anachronique, en particulier dans une entreprise comme celle de l'harmonisation du droit des affaires en Afrique où on veut faire jouer à l'arbitrage un rôle de modèle pour la modernisation de la justice étatique.

Au demeurant, le droit comparé montre bien que comme le juge étatique, l'arbitre peut appliquer les dispositions d'ordre public. La jurisprudence française y est arrivée par étapes. Dans un premier temps, elle a estimé que seul l'illicéité du contrat faisant l'objet de l'arbitrage pouvait justifier la non arbitrabilité du litige. Ainsi, lorsque le contrat n'était pas illicite, la compétence de l'arbitre était envisageable. La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé que « s'il est de principe que le compromis est interdit sur toute cause intéressant l'ordre public, cette règle ne signifie pas et n'a jamais signifié que tout litige relatif à une opération soumise à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouverait de ce fait soustrait à tout arbitrage ; qu'elle n'a qu'une portée beaucoup plus restreinte et n'emporte nullité du compromis que si l'opération ou la convention litigieuse à laquelle il a trait, se trouve être illicite et frappée d'invalidité comme ayant effectivement contrevenu à l'ordre public ; [...] qu' en un mot [...] la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé » (Paris, 15 juin 1956 (deux arrêts) D. 1957, 587, note J. Robert). Cet arrêt suit un autre de la Cour de cassation moins explicite mais posant la solution (29 novembre 1950, S. 1951, 1, 120, note J. ROBERT).

20. L'avancée était importante, mais la démarche restait empreinte de trop de prudence. En effet, si on permet que l'arbitre connaisse des questions touchant à l'ordre public, on craint qu'il ne soit complice de la violation de l'ordre public ; sa compétence est donc exclue si l'ordre public est violé.

La Cour d'appel de Paris a fait un autre pas en affirmant, sans équivoque, qu'« en matière internationale, l'arbitre [...] dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de [l'] ordre public [international] ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle [...] ; dès lors, hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière – en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage –, l'arbitre international, dont la mission consiste aussi à assurer le respect de l'ordre public international, a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi... » (Paris, 29 mars 1991, Rev. arb., 1991, 478, note Idot. Voir également Paris, 21 février 1964, JDI, 1965, 113, note B. Goldman., 15 juin 1956, D. 1957, 587 ; Cass. com., 26 septembre 1984, Rev. arb., 1986, 442, note P. Ancel). La compétence de l'arbitre est ainsi admise, même dans l'hypothèse où l'ordre public serait violé. L'arbitre a alors la mission de rétablir le respect de la norme d'ordre public.

La seule réserve qui persiste concerne les matières qui « intéressent au plus près l'ordre public international ».

À la lecture de ces solutions, la doctrine a senti

la jurisprudence évoluer vers la solution qui consiste à réduire ces matières non arbitrables aux seules causes de nature extrapatrimoniale (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 568).

21. En se situant sur le terrain de la seule exigence de la disponibilité du droit en cause, le législateur africain semble donc avoir tiré le meilleur bénéfice du droit comparé pour abandonner la piste de l'exclusion, du domaine de l'arbitrage, des matières qui intéressent l'ordre public (Dans le même sens, mais implicitement, P. MEYER, « L'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage », RDAI, n° 6, 1999, 635).

En vérité, les questions sur lesquelles l'exclusion de la compétence de l'arbitre est raisonnable devraient être celles où la souveraineté de l'État s'exerce fortement, empêchant qu'on fasse intervenir un juge privé. L'état des personnes est justement une matière dans laquelle on peut séparer difficilement le souci d'organisation des rapports interindividuels de l'exercice de la souveraineté par l'État.

Ainsi, dans le cadre de l'arbitrage dans l'espace de l'OHADA, et malgré le caractère d'ordre public des dispositions du droit du travail, on doit admettre que la réserve de libre disposition du droit ne peut s'opposer au recours à l'arbitrage pour le règlement d'un différend de travail (J. M. TCHAKOUA, « L'arbitrabilité des différends dans l'espace OHADA », *Penant* 2001, p. 5 ; Ph. LÉBOULANGER, « Présentation générale des Actes sur l'arbitrage », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, op. cit., p. 70 ; H. TCHANTCHOU, « L'arbitrage en droit du travail africain : rétrospective et perspective à la veille de l'Acte uniforme OHADA sur le droit du travail », *Ohadata-D-05-23* (www.ohada.com).

Bien entendu, on peut fermer la possibilité du recours à l'arbitrage si on démontre, en droit du travail par exemple, qu'on est en présence d'un droit indisponible au sens de droit sur lequel le titulaire n'a pas de maîtrise totale. L'option ne serait pas injustifiée. Elle montrerait simplement qu'en ce qui concerne la question de « droit dont on a la libre disposition », le raisonnement devrait autant que possible se faire en fonction de questions précises, non de domaines. On ne saurait donc dire que les matières relevant du domaine de l'ordre public, comme le droit du travail ou le droit de la consommation, sont soustraites à l'arbitrage.

22. Pour le reste, il faudrait indiquer que la question des droits dont on a la libre disposition déborde fatalement le champ du droit harmonisé et pourrait, si on n'y prend garde, permettre de remettre en cause les acquis de l'harmonisation. Il n'est pas improbable, par exemple, qu'on s'y appuie pour remettre en cause le principe de l'arbitrabilité des différends concernant les personnes morales de droit public. Il faudrait en effet craindre qu'on ne soutienne que l'inaliénabilité des biens du domaine public est un obstacle à l'arbitrage.

§4 - Forme de la convention d'arbitrage

23. L'article 3 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dispose que la convention d'arbitrage doit être faite par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment la référence faite à un document la stipulant (Comp. avec la convention de Washington qui exige un écrit (article 25 al. 1)). Les règlements d'arbitrage sont dans la même logique. Le principe est donc celui du consensualisme (A), bien qu'il s'agisse d'un consensualisme atténué (B).

A - Consensualisme en matière de convention d'arbitrage

24. Les rédacteurs de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ont certainement été bien instruits des difficultés rencontrées en droit comparé, et en particulier en droit français, au sujet de la forme de la convention d'arbitrage. L'article 1443 du NCPC français exige, à peine de nullité, un écrit pour la convention d'arbitrage. La solution est peu pratique, même si elle est considérablement assouplie par la possibilité de présenter une convention d'arbitrage par référence.

Dans la logique du principe de l'autonomie de la volonté qu'il magnifie, le législateur africain a préféré le consensualisme au sujet de la forme de la convention d'arbitrage (Il faut regretter que le système d'arbitrage autonome de la CCJA ne prévoise pas expressément cette solution. La raison est que, de façon générale, elle ne régleme pas la convention d'arbitrage). Aucune forme particulière n'est donc exigée pour la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'un compromis ou d'une clause compromissoire.

25. Encore faut-il faire une précision : le législateur africain ne répugne pas l'écrit ; il prévoit seulement qu'un autre moyen permettant d'administrer la preuve de la convention d'arbitrage peut être utilisé.

Dans cette voie, le législateur cite la référence à un document contenant la convention d'arbitrage. Il s'agit de ce qu'on appelle « clause d'arbitrage par référence » (V. B. OPPETIT, « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.*, 1990, 551 et s. BOUCOBZA, « La clause d'arbitrage par référence en matière d'arbitrage commercial international » *Rev. arb.*, 1998, p. 495 et s.)

La notion de clause d'arbitrage par référence mérite d'être bien explicitée à travers quelques applications. L'idée de base est qu'on ne verra pas apparaître la convention d'arbitrage en lisant un document unique la contenant ; il faudrait compléter le premier document en recourant à la référence qu'il indique.

Le plus souvent, dans des contrats d'adhésion, les parties se réfèrent à un corps de règles dégagées par les usages et parfois codifiées. Concrètement, les parties à ces contrats ne stipulent que les conditions particulières de leur opération, le reste étant entendu comme régi

par les conditions générales. Ces conditions générales peuvent contenir une clause d'arbitrage.

La formule peut même revêtir deux sous-variantes : la clause d'arbitrage figurant dans les conditions générales du marché peut être bien détaillée ; elle peut aussi ne pas être détaillée, les conditions générales renvoyant à un règlement d'arbitrage d'un organisme. Dans cette dernière hypothèse, les dispositions sur l'arbitrage ne seront connues qu'après recours non seulement aux conditions générales du marché, mais aussi au règlement d'arbitrage désigné par ces conditions générales.

Dans l'esprit du consensualisme, il ne sera pas nécessaire que dans le document qui contient la référence aux conditions générales du marché, figure la mention de l'existence de la clause d'arbitrage. En effet, à partir du moment où les conditions générales du marché sont largement connues des professionnels de la branche considérée, on ne peut pas penser que l'existence de la clause d'arbitrage était ignorée. Mieux, la jurisprudence française semble admettre même la référence non écrite, au sens où la clause peut figurer sur n'importe quel document intervenu au moment de la formation du contrat, sans qu'un renvoi général ou spécial à ce document soit nécessaire. Ce document doit cependant être accepté par la partie qui ne l'a pas émis, étant entendu que la connaissance du document suffit à laisser présumer de son acceptation s'il n'y a pas eu objection (Voir Civ. 1^{re}, 9 nov. 1993, JDI 1994, 690 ; 3 juin 1997, *Rev. arb.* 1999, 92). Dans l'affaire Atlantique Télécom c/ Planor Afrique SA et Télécél Faso Sa, la Cour commune de justice et d'arbitrage a approuvé la Cour d'appel de Ouagadougou qui, après avoir relevé qu'il ne ressort pas du dossier de la cause que la partie à laquelle on voulait opposer une convention d'arbitrage en avait connaissance et l'avait acceptée, avait jugé qu'il n'y avait pas convention d'arbitrage par référence (CCJA, arrêt n° 041/2010 du 10 juin 2010, inédit). Au passage, la CCJA semble n'admettre que la référence écrite, contrairement à la jurisprudence française précitée.

26. Lorsque l'écrit est utilisé pour la constatation de la convention d'arbitrage, il s'agit d'un écrit sans conditions particulières. Il est certain qu'il peut s'agir d'une stipulation contenue dans le contrat principal ; il peut aussi s'agir d'un document distinct.

La seconde certitude est qu'on ne s'intéresse pas aux mentions de l'écrit en termes de contenu minimum : il suffit que la lecture de l'écrit révèle l'existence d'une commune volonté des parties de recourir à l'arbitrage. La seule réserve est relative à l'effort à fournir pour éviter des clauses pathologiques, lesquelles rendent parfois impossible la mise en œuvre de l'arbitrage.

Enfin, peu importe la forme de l'écrit. L'article 2 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar, dans sa version antérieure au 1^{er} octobre 1999, disposait à cet effet qu'« Une convention est sous forme écrite si elle est

consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégramme ou tout autre moyen de télécommunication qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans laquelle l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre ». Ce texte, qui est aujourd'hui abrogé, avait l'avantage de permettre de voir que la convention écrite d'arbitrage peut résulter du rapprochement entre une demande d'arbitrage et la réponse à cette demande. L'ingéniosité de la formule consiste à tirer des conséquences positives du silence du défendeur dans ses conclusions. Le nouveau texte prévoit que « sauf stipulation expresse en sens contraire, est considéré comme étant un écrit tout support permettant de sauvegarder l'intégrité et l'imputabilité de son contenu ». La formule permet de prendre en compte, entre autres, la forme numérique.

27. Il faut à présent voir si on peut passer verbalement une convention d'arbitrage. Une telle convention résultera, par exemple, d'un échange verbal direct ou par téléphone entre les parties.

En vérité, à partir du moment où l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage vise l'écrit ou tout autre moyen permettant de faire la preuve de la convention, il faudrait penser que la convention arbitrale peut être verbale. Si par la suite le texte mentionne « la référence faite à un document la contenant », il prend la précaution de faire précéder l'indication de l'adverbe « notamment », qui ouvre ici une énumération non limitative. On pourrait donc penser, par exemple, à une bande magnétique servant de preuve de la convention d'arbitrage.

Pourtant dans la pratique, il faudrait relativiser cette indifférence au formalisme.

B - Relativisation du consensualisme

28. Si l'écrit n'est pas exigé pour la conclusion d'une convention d'arbitrage, il faudrait cependant recourir à un moyen permettant d'en administrer la preuve. En attirant l'attention sur les difficultés qu'il y aurait à administrer la preuve d'une convention arbitrale non écrite, l'article 3 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage semble dissuader les parties de se limiter à une convention verbale.

En fait, le défaut d'écrit pourrait être préjudiciable aussi bien au moment où on fait la demande d'arbitrage qu'à la phase d'exequatur. En effet, au stade de l'initiation de la procédure, les règlements d'arbitrage tant de la Cour commune de justice et d'arbitrage que des institutions d'arbitrage d'émanation privée exigent la production de la convention d'arbitrage à l'appui de la demande d'arbitrage (Voir articles 5 du règlement d'arbitrage de la CCJA et 11.1 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM). Au stade de l'exequatur, l'article 31 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage

exige la production de la convention d'arbitrage. Cette obligation de production relativise l'indifférence à l'écrit.

Il faudrait cependant souligner les nuances et précisions qu'apportent les règlements d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar et de la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire. L'article 4 du premier texte indique que la demande d'arbitrage doit contenir « la mention de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage invoquée ou de tout document de nature à établir que le litige est soumis à l'arbitrage ». L'article 7.1 du second texte prévoit que la demande d'arbitrage doit contenir « la copie des dispositions contractuelles sur lesquels se fonde l'action engagée et, si la convention d'arbitrage n'y figure pas, la copie de tout document de nature à établir que le litige est soumis au présent règlement ».

Ces formules sont judicieuses dans la mesure où la convention d'arbitrage peut résulter de la combinaison de plusieurs éléments, de sorte qu'il soit complètement impossible de la produire en document unique. De même, il semble qu'il faut comprendre largement la notion de « document » et y inclure, notamment, la production d'une bande magnétique. Est en revanche peu probable la preuve par témoignage, à moins de comprendre très largement encore les notions de document et de production.

Il faudrait, sans doute, évoquer ici la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, dont l'article II engage chaque État partie à reconnaître la convention écrite par laquelle les parties recourent à l'arbitrage. L'écrit étant ainsi exigé pour la convention d'arbitrage, on peut se demander si une sentence arbitrale rendue dans un pays partie à cette convention peut être invoquée dans un autre pays partie, mais situé dans l'espace OHADA, alors que ladite sentence est rendue sur la base d'une convention arbitrale non écrite. En d'autres termes, dans les rapports de deux pays parties à la convention de New York, le bénéficiaire d'une sentence arbitrale rendue sur la base d'une convention arbitrale non écrite peut-il se prévaloir des dispositions du droit commun plus favorables ?

La question s'est posée en France où elle a fait hésiter la jurisprudence (Voir Paris, 20 janvier 1987, Rev. arb., 1987, 482, Cass. 11 octobre 1989, Rev. arb., 1990, 134). Mais la réponse à la question se trouve bien dans la convention de New York, dont l'article VII dispose que la convention ne prive aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par le législateur ou les traités des pays où la sentence est invoquée (Sur la question, voir J.M. TCHAKOUA, Le contrôle de la régularité internationale des jugements et sentences arbitrales en droit camerounais, thèse de 3^e cycle Université de Yaoundé, 1991). Or, l'article 31 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage exige la production d'une copie de la convention d'arbitrage pour la demande d'exequatur. La convention à produire ne

sera pas forcément écrite ; mais, sauf à comprendre très largement la notion de « production », il faut penser que la convention d'arbitrage doit avoir un support matériel.

Ainsi, en dépit de l'esprit de tolérance de la convention de New York, il faut persister à penser que dans la pratique, l'écrit ou un autre support matériel sera nécessaire pour tirer tous les avantages de la convention d'arbitrage. La même lecture doit être faite de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage. Ici aussi, l'écrit permettra de résoudre plus facilement un certain nombre de questions relatives à l'efficacité de la convention d'arbitrage.

Section II : Efficacité de la convention d'arbitrage

29. Le but poursuivi par les parties à la convention d'arbitrage est que le différend qui les oppose ou pourrait les opposer soit réglé par le ou les arbitres. Ce but ne peut cependant être atteint que si des solutions idoines sont données à différentes difficultés qui peuvent se présenter. Consacrant toutes les avancées apparues en droit comparé, le droit OHADA de l'arbitrage cherche à donner l'efficacité maximale à la convention d'arbitrage. Cette tendance s'observe non seulement dans les effets de la convention d'arbitrage (§ 1), mais aussi dans l'affirmation du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage (§2).

§1 - Effets de la convention d'arbitrage

30. La convention d'arbitrage produit plusieurs effets (Voir sur l'ensemble de la question, R. SOCKENG, Les effets de la convention d'arbitrage en droit camerounais, Revue camerounaise de l'arbitrage, n° 4, 1999, 10). En tant que contrat, elle a une force obligatoire (A). Il s'agit surtout d'une convention qui attribue compétence pour trancher un différend ; ses effets se déploient donc également sur le terrain de la compétence (B).

A - Force obligatoire de la convention d'arbitrage

31. Les premiers intéressés à la convention d'arbitrage sont les cocontractants (1) ; mais on envisagera aussi la situation des tiers à la convention (2).

I - Force de la convention d'arbitrage à l'égard des parties contractantes

32. À l'égard des parties, la convention d'arbitrage produit deux effets complémentaires dont l'un est positif

et l'autre négatif. Positivement, la convention d'arbitrage fait aux parties obligation de recourir à l'arbitrage. Négativement, elle leur interdit de saisir les juridictions étatiques (Cet effet sera étudié infra sous le prisme de l'incompétence des juridictions étatiques).

Nous indiquerons le sens et le fondement de la solution (a) et soulignerons une clarification apportée par le droit OHADA (b).

a - Sens et fondement de la solution retenue

33. L'obligation faite aux parties à une convention d'arbitrage de recourir à l'arbitrage doit être bien comprise dans sa signification. Elle ne signifie nullement qu'on est obligé de déclencher un procès ; seul juge de ses intérêts, la partie qui s'estime lésée peut toujours préférer s'abstenir de s'engager dans la voie contentieuse. En revanche, si elle décide de s'adresser à la justice, cette justice doit nécessairement être arbitrale.

Le problème se pose différemment pour l'autre partie. Citée devant les arbitres, elle a l'obligation de s'y présenter, faute de quoi la procédure va se poursuivre malgré son abstention.

L'obligation faite tant à celui qui prend l'initiative du procès qu'à celui qui le subit est une application pure et simple du principe de la force obligatoire des conventions. On sait bien quelle place est faite à ce principe dans tous les systèmes juridiques. L'article 1134 al. 1^{er} du Code civil français, encore applicable dans bien des pays africains de la zone franc, dispose que « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. ». L'alinéa 2 de cet article ajoute que les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel de ceux qui les ont faites.

La solution est justifiée : les parties peuvent bien dénouer les liens contractuels qu'elles ont noués. Seule est donc interdite la révocation unilatérale de la convention d'arbitrage.

Le principe de la force obligatoire des conventions est tellement fort dans notre droit et dans les droits étrangers qu'il est passé au rang de principe transnational. Au fond, l'obligation faite aux parties de déférer aux arbitres les litiges visés par la convention d'arbitrage est la pierre angulaire du droit de l'arbitrage. D'où l'intérêt qu'il y a à voir comment elle est sanctionnée.

Il est incontestable qu'il s'agit d'une obligation de faire. On ne peut alors s'empêcher de penser à l'article 1142 du Code civil français applicable dans beaucoup de pays de l'espace OHADA, en ce qu'il dispose que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution ». Mais, il faudrait rapidement dire que cet article ne peut être retenu, la jurisprudence ayant justement limité son domaine à l'inexécution d'une obligation personnelle (Civ. 1^{re}, 20 janvier 1953, JCP 1953, II, 7677). L'obligation de déférer un litige à l'arbitre ou, plus souvent, de répondre à une citation n'est pas une obligation personnelle.

En vérité, l'obligation de s'adresser ou de se présenter devant les arbitres ne peut utilement s'exécuter qu'en nature. On ne voit pas comment on pourrait l'exécuter en argent sans se laisser prendre au piège de la partie de mauvaise foi, car, alors, on ne pourrait le faire sans saisir le juge étatique (Il serait même très difficile d'évaluer les dommages-intérêts pour un refus de recourir à l'arbitrage).

En organisant les modalités d'un recours à l'arbitrage en dépit de l'obstruction d'une partie, le législateur, les règlements d'arbitrage, voire les parties, facilitent l'exécution en nature de l'obligation de recourir à l'arbitrage.

34. Il ne sera pas rare qu'après avoir conclu une convention d'arbitrage, une partie invoque un privilège ou une immunité de juridiction. Une telle prétention n'a pas de chance de prospérer aujourd'hui, en raison de l'ouverture, sans réserve, de la voie arbitrale aux personnes morales de droit public. Mieux, bien avant cette ouverture, certaines analyses permettaient de repousser de telles prétentions. En ce qui concerne tout d'abord le privilège de juridiction, il est certain que son bénéficiaire peut y renoncer. La conclusion de la convention d'arbitrage doit être vue comme une telle renonciation (Cass. civ., 21 novembre 1860, S. 1861, 1, 331). L'immunité de juridiction, également, peut faire l'objet de renonciation (Voir sur la question P. BOUREL, Arbitrage international et immunité des États étrangers. À propos d'une jurisprudence, *Rev. arb.*, 1982, 119). La conclusion d'une convention d'arbitrage par l'État ou l'organisme bénéficiaire de l'immunité doit s'analyser comme une telle renonciation (TGI de Paris, 8 juillet 1970, *JDI*, 1971, 131). Bien plus, on a souligné que la question de l'immunité de soumettre un État aux juridictions d'un autre État (Voir P. MAYER, note sous Cass. 1^{re}, 18 novembre 1986, *Rev. crit.*, *DIP*, 1987, 788). De sorte que sur ce point l'arbitre est mieux traité que le juge étranger.

b - Clarification apportée par le droit OHADA

35. Dans sa défaveur pour la clause compromissoire, le droit applicable dans beaucoup d'États de l'espace OHADA jusqu'au droit unifié entretenait une ambiguïté sur la nature juridique de cette clause.

Un fait est indiscutable : le Code de procédure civile français de 1806, applicable dans certains pays de l'espace OHADA, régleme avec une relative minutie le compromis, tout en ignorant la clause compromissoire. On se méfie alors de cette technique par laquelle on pourrait soumettre à de simples particuliers un différend non encore connu dans ses éléments constitutifs. Il n'était certes pas discuté que la clause compromissoire était un contrat (Y. GUYON, *L'arbitrage*, *Economica*, 23). Mais en l'absence d'un compromis, la clause compromissoire n'était pas suffisante pour organiser un arbitrage (Voir

en France, Cass. civ., 2^e, 5 octobre 1977, *Bull.*, II, 135), en particulier en droit interne (Voir R. DAVID, *L'arbitrage du XIX^e au XX^e siècle*, op. cit.). Il fallait attendre un compromis pour passer à l'arbitrage.

La clause compromissoire était alors tenue pour un avant-contrat qui prépare le compromis, ou pour une promesse synallagmatique de compromis. Une telle analyse est encore faite par un jugement du Tribunal de grande instance de Yaoundé qui affirme que la clause compromissoire crée à la charge des parties l'obligation de compromettre (Jugement n° 407 du 24 mai 1999, *Affaire Shell-Cameroun c/ SODECAO*, *Juridis périodique*, n° 37, p. 21, note F. P. IPANDA).

Si, en l'espèce, l'analyse n'avait causé préjudice à aucune des parties, l'affirmation était très contestable dans la mesure où la clause compromissoire visée contenait des précisions tant sur le nombre et les modalités de désignation des arbitres que sur le droit applicable.

En vérité, la différence de nature juridique qu'on faisait entre la clause compromissoire et le compromis avait l'inconvénient d'entretenir les pertes de temps inutiles, alors que la justice arbitrale parie sur la célérité. Il y avait en effet à passer par une phase de conclusion d'un compromis, où il y avait tout le risque que la partie récalcitrante trouve un moyen pour enliser la procédure arbitrale.

Cet inconvénient relève à présent du passé dès lors qu'en droit OHADA aucun texte en matière d'arbitrage ne fait de différence de nature juridique entre la clause compromissoire et le compromis ni ne règle les modalités d'organisation de la justice arbitrale selon qu'on passe par le compromis ou par la clause compromissoire.

II - Situation des tiers à la convention d'arbitrage

36. L'intérêt qu'il y a à examiner la situation des tiers à la convention d'arbitrage a été très vite perçu par la doctrine (Voir Colloque « L'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.*, 1988, 431 et s). Le principe de solution du problème qui se pose est simple : en tant que contrat, la convention d'arbitrage n'a d'effet qu'entre les parties ; elle ne peut nuire, ni profiter aux tiers. C'est l'effet relatif des conventions que traduit bien l'adage *res inter alios*.

Les applications de ce principe sont, cependant, loin d'être évidentes. La grande difficulté consiste, comme en droit commun, à dire qui est tiers par rapport à la convention d'arbitrage. De façon négative, on peut dire qu'est tiers celui qui n'a pas personnellement conclu la convention et n'a pas été représenté à la conclusion. Mais la difficulté n'est pas pour autant évacuée. Quelques situations concrètes permettront de serrer de près la solution.

37. En matière de groupes de sociétés, tout d'abord, on a parfois étendu à une société une convention signée par une autre société du groupe (Paris, 21 octobre 1983, *Rev. arb.*, 1984, 98. Sur l'ensemble de la question, voir I.

FADLALLAH, *Clauses d'arbitrage et groupe de sociétés*, *Trav. com. fr. DIP*, 1984-1985, 105 et s). Le raisonnement par lequel la clause est appliquée à la société non-signataire est intéressant. La Cour d'appel de Paris affirme que la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une efficacité propre qui commande d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges pouvant en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle et leurs activités font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage, dont elles connaissent l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait (Paris, 30 novembre 1988 et 14 février 1989, *Rev. arb.*, 1989, 691). Ainsi, si la convention arbitrale est rendue applicable à la société non-signataire du groupe, c'est en raison d'une présomption d'acceptation (La solution peut se comprendre également dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage conclue par une société est étendue à un individu contrôlant ladite société). On s'efforce, par ce raisonnement, de montrer qu'aucune atteinte n'est portée à l'effet relatif des conventions. C'est aussi dire que si des éléments existent qui permettent de penser que telle société du groupe n'a pas eu connaissance de la convention, celle-ci ne peut lui être appliquée.

38. Ensuite, en matière de stipulation pour autrui, on n'oublie pas l'idée selon laquelle le bénéficiaire de la stipulation ne peut souffrir des inconvénients de la stipulation. Il ne peut donc être engagé dans un arbitrage qu'il n'a pas accepté. En revanche s'il accepte le bénéfice de la stipulation, il ne peut plus être considéré comme tiers à la convention.

39. Enfin, le mécanisme de la subrogation offre un autre terrain où la convention d'arbitrage sort de sa configuration initiale. Il est clair que le subrogé se trouve substitué au subrogeant. Il se trouve alors lié par la convention d'arbitrage régissant l'action exercée, et peut s'en prévaloir. Il est intéressant de noter qu'ici, la jurisprudence ne décide pas suivant le raisonnement qu'on retiendrait en droit des obligations. Suivant le même raisonnement ci-dessus évoqué en ce qui concerne les groupes de sociétés, elle a affirmé que la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une efficacité propre qui commande d'en étendre l'application à la partie venant – même partiellement – aux droits de l'un des contractants (Paris, 28 janvier 1988, *Rev. arb.*, 1988, 565, *JDI* 1999, 1021. Voir aussi, *Civ. 1^{re}*, 5 janvier 1999, *Rev. arb.* 2000, 85). Plus fermement encore, la Cour de cassation a affirmé que « la clause d'arbitrage international s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants » (*Civ. 1^{re}*, 18 février 2000, *Rev. arb.* 2000, 280). La CCJA a manqué l'occasion de reprendre une telle solution dans l'affaire Atlantique Télécom SA c/ Planor Afrique SA et Télécel Faso. Sa, dans laquelle la Société Planor Afrique, cessionnaire d'actions de la Société Télécel Faso, se voyait opposer une convention

d'arbitrage contenue dans un pacte d'actionnaires conclu par Atlantique Télécom, le cédant. Se déportant plutôt sur le terrain de la connaissance et de l'acceptation de la clause d'arbitrage, la CCJA a approuvé la Cour d'appel qui avait, par une appréciation souveraine, relevé qu'il ne ressort nulle part du dossier que Planor Afrique ait eu connaissance de ladite clause et qu'elle ait manifesté la volonté d'être liée par elle (CCJA, arrêt n° 03/2011 du 31 janvier 2011). Il en résultait, d'après la Cour, que la clause compromissoire contenue dans le pacte d'actionnaires n'était pas opposable à Planor Afrique.

Les différentes situations ci-dessus relevées montrent simplement qu'il n'est pas toujours aisé de s'entendre sur la qualification de « tiers ». Les solutions retenues prennent appui sur l'autonomie de la convention d'arbitrage, mais montrent aussi qu'est pris en compte le lien étroit qui unit la convention d'arbitrage et les droits substantiels issus du rapport contractuel que la convention d'arbitrage a pris pour objet. La clause d'arbitrage marque de son empreinte les droits subjectifs auxquels elle s'applique, et se transmet automatiquement, sans qu'il soit besoin d'un consentement spécial du tiers (J.M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. Corneloup, *Droit du commerce international*, Précis Dalloz, Paris, 2007, n° 1088).

B - Effets de la convention d'arbitrage sur le terrain de la compétence

40. Sur le terrain de la compétence pour juger, deux effets complémentaires s'attachent à la convention d'arbitrage. D'un point de vue positif, la convention d'arbitrage fonde la compétence de l'arbitre pour statuer sur le différend soumis à l'arbitrage (1). D'un point de vue négatif, la convention d'arbitrage fonde l'incompétence du juge étatique pour statuer sur le différend soumis à la juridiction arbitrale (2).

I - Compétence de l'arbitre pour statuer sur le litige visé par la convention

41. Sans convention d'arbitrage, il n'y a point de pouvoir de juger pour les arbitres. En effet, contrairement au juge étatique dont la compétence est fixée abstraitement et de façon permanente par la loi, les arbitres n'ont qu'une compétence circonstancielle fondée sur la volonté des parties.

Un jugement du tribunal civil de la Seine a distingué la question de l'investiture de celle de la compétence (7 juin 1956, *JCP*, 1956, II, 9460, *Obs.* H. MOTULSKY). L'investiture renverrait à l'acte par lequel les parties confèrent à l'arbitre le pouvoir de juger ; la compétence déterminerait l'étendue de ce pouvoir de juger.

En vérité, une telle distinction est d'un intérêt pratique limité, à partir du moment où l'investiture et la compétence procèdent d'une même source : la convention

d'arbitrage (Ph. Fouchard, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international* op. cit., n° 648). N'étant juge que dans la mesure voulue par les parties, l'arbitre voit sa compétence coïncider avec les limites de la convention d'arbitrage (Voir H. Motulsky, *Écrits*, t. II, 239).

Une importante question s'est posée au sujet de la compétence des arbitres : ceux-ci sont-ils compétents pour dire si oui ou non ils sont bien investis et sur quel point ils sont compétents ? (V. E. GAILLARD, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 1990, 759).

L'article 11 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dispose que le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence, y compris sur les questions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. Il reprend ainsi une solution retenue par la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (article 41 de la Convention), la loi type de la CNUDCI (article 16.1) et l'article 1466 du Nouveau Code de procédure civile français.

Le règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA prévoit la même solution, mais avec quelques nuances qui tiennent au rôle d'administration de l'arbitrage que joue la Cour. En effet, la contestation de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage et donc de la compétence des arbitres pourra être adressée d'abord à la Cour. L'article 10.3 prévoit, dans ce cas, que la Cour ayant constaté *prima facie* l'existence de ladite convention, peut décider, sans préjuger de la recevabilité ou du bien fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra à l'arbitre de prendre toutes décisions sur sa propre compétence.

On ne doit pas se méprendre sur le sens de ce texte : c'est dans l'exercice de sa mission d'administration de l'arbitrage que la Cour commune de justice et d'arbitrage prend une telle décision. Elle la prend *prima facie*, c'est-à-dire sans examen au fond. Cette décision n'a donc aucune autorité de chose jugée : elle ne préjuge ni de la position de l'arbitre, ni même de celle de la même Cour exerçant plus tard ses attributions de cour judiciaire de contrôle des sentences arbitrales (Au demeurant, les deux décisions de la Cour ne sont pas prises par la même formation).

Une décision prise par l'arbitre sur la validité de la convention d'arbitrage peut être querellée par recours. En d'autres termes, le juge étatique peut être saisi de la question de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage malgré la sentence affirmative du tribunal arbitral. Dans l'arbitrage institutionnel de la CCJA, la décision de l'arbitre devrait être attaquée par la voie de la contestation de validité prévue par l'article 29 du règlement d'arbitrage de la CCJA. Le recours est alors porté devant la Cour commune de justice et d'arbitrage.

42. En ce qui concerne l'arbitrage traditionnel, la

possibilité de contester la décision des arbitres sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage est prévue par l'article 11 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, et doit profiter tant aux arbitrages ad hoc qu'aux arbitrages tenus sous les auspices des institutions privées. Le texte dispose : « Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence dans une sentence au fond ou dans une sentence partielle sujette au recours en annulation ». La voie disponible pour attaquer la sentence sur la compétence de l'arbitre est celle du recours en annulation, la voie principale que l'Acte uniforme envisage contre les sentences arbitrales.

Sont envisagées deux modalités alternatives de prise de la sentence sur sa compétence par l'arbitre : celui-ci peut renvoyer la décision au fond ou statuer par une sentence préalable improprement qualifiée de sentence partielle par l'article 11 de l'Acte uniforme suscitée (La notion de sentence partielle est peu appropriée ici, puisque la sentence intervient avant examen au fond de l'affaire. Il faut préférer la notion de sentence préalable ainsi que l'emploi bien l'article 21.3 du règlement d'arbitrage de la CCJA).

43. Le législateur fournit très peu de précisions sur le régime du recours contre la sentence préalable. Aux indications déjà connues, il faudrait ajouter que l'arbitre peut continuer l'examen de l'affaire malgré l'exercice d'un tel recours. C'est une solution de bon sens prévue expressément par l'article 21.3 du règlement d'arbitrage de la CCJA. Elle devrait être suivie dans le régime de l'arbitrage traditionnel étant donné qu'elle s'inscrit dans la finalité de la célérité qui fonde dans une certaine mesure le droit reconnu aux arbitres de se prononcer sur leur propre compétence.

S'agissant de statuer sur la question préalable de la compétence et non sur le fond du litige, le juge compétent n'agit pas dans le cadre de tous les moyens énumérés par la loi comme cas d'ouverture du recours en annulation ou de la contestation de validité. Le seul moyen disponible est l'absence ou la nullité de la convention d'arbitrage.

On peut hésiter sur l'étendue des pouvoirs que le juge a dans le cadre d'un recours contre une sentence de l'arbitre affirmant sa compétence. La Cour de cassation française a eu l'occasion de préciser que dans le cadre d'un tel recours, le pouvoir du juge étatique ne souffre d'aucune limitation (Cass. civ. 1^{er}, 6 janvier 1987, *Clunet* 1987, 638, note Goldman) Il n'est donc pas lié par les constatations de fait de l'arbitre, ni, a fortiori, par son interprétation du droit.

II - Incompétence des juridictions étatiques pour statuer sur le litige soumis à l'arbitrage

44. L'obligation faite aux parties de déférer le différend au tribunal arbitral ne peut être efficace si on ne leur interdit pas en même temps de saisir le juge étatique, désormais incompetent. Quelques diligences sont

pendant attendues du défendeur à une éventuelle instance judiciaire. Bien plus, il est des hypothèses où malgré l'existence de la convention d'arbitrage, les juridictions étatiques peuvent être saisies. C'est la question plus générale de la portée de l'incompétence des juridictions étatiques (b) à examiner après la présentation du principe de l'incompétence (a).

a - Principe de l'incompétence des juridictions étatiques pour statuer sur le litige soumis à l'arbitrage

45. Les textes sont très clairs sur le principe de l'incompétence des juridictions étatiques pour statuer sur un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage. L'article II, paragraphe 3, de la Convention de New York dispose que le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renverra les parties à l'arbitrage. La même formule est retenue, à quelques nuances près, par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et par le Traité OHADA (voir respectivement les articles 13 et 23).

L'application la plus nette de cette solution a été faite par le Tribunal de grande instance de Yaoundé dans l'affaire Shell-Cameroun contre Sodecao (Jugement n° 407 du 24 mai 1995, *Juridis* périodique n° 37, 21, note F. P. Ipanda). Le différend naît d'un contrat de fourniture de biens et services contenant une clause compromissoire. Non satisfait par la qualité des citernes installées par Shell-Cameroun, la Sodecao qui estimait avoir subi un important préjudice déclenche une procédure de recouvrement simplifiée des créances sur la base d'un rapport d'expertise qu'elle avait sollicité. L'ordonnance d'injonction de payer qui a sanctionné la procédure est signifiée à Shell-Cameroun, qui forme aussitôt contredit (À l'époque, l'Acte uniforme de l'OHADA sur les voies d'exécution qui a remplacé le contredit par l'opposition n'était pas encore adopté). L'argument de recours est simple : la Sodecao n'a pas pu juridiquement saisir le président du Tribunal de grande instance d'une requête aux fins d'ordonnance d'injonction de payer alors que les parties sont liées par une clause compromissoire.

Pour résister à cette prétention, la Sodecao a cherché à faire valoir que l'article 15 de la convention contenant la clause compromissoire ne prévoyait qu'une faculté de recourir à l'arbitrage, de sorte que chacune des parties avait la faculté de porter le différend devant le juge étatique qui pouvait dès lors en connaître sans problème.

Cette interprétation du contrat était erronée. Le Tribunal de grande instance devant qui le contredit était formé a très justement restauré la bonne interprétation du contrat et ajouté conséquemment que « la clause compromissoire implique renonciation des parties à la juridiction des tribunaux ordinaires... [et que]... le contractant qui est assigné devant une juridiction ordinaire par son adversaire au mépris de ladite clause peut soulever l'exception d'incompétence ».

b - Portée du principe de l'incompétence des juridictions étatiques

46. Deux questions sont concernées : le traitement des demandes de mesures provisoires ou conservatoires et les diligences attendues du défendeur à une éventuelle instance judiciaire. Mais la première question ne sera pas traitée ici ; il suffira de mentionner que l'existence d'une convention d'arbitrage ne s'oppose pas à la saisine d'une juridiction étatique pour des mesures provisoires ou conservatoires.

Parce que le recours à l'arbitrage repose sur la volonté des parties, la question de l'incompétence des juridictions étatiques en présence d'une convention d'arbitrage est d'intérêt privé. En effet, les parties peuvent toujours s'entendre pour ne plus recourir à l'arbitrage. La renonciation à l'arbitrage peut alors être tacite ou expresse. Le fait pour un plaideur de suivre son adversaire devant le juge étatique, sans protester, doit être perçu comme une renonciation tacite à la clause d'arbitrage.

De surcroît, rien ne permet, en principe, de penser que le juge étatique est au courant d'une convention d'arbitrage passée entre des particuliers et à laquelle ils auraient pu au demeurant renoncer sans qu'il puisse s'y opposer.

Concrètement, et sur le plan procédural, si le défendeur devant la juridiction étatique saisie malgré la convention d'arbitrage laisse faire, le juge doit valablement statuer.

Ainsi, il n'appartient pas au juge de soulever son incompétence. Le Traité et l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage donnent bien cette indication en exigeant, pour que le juge étatique se déclare incompétent, que la partie intéressée en fasse la demande.

47. L'Acte uniforme apporte une importante précision dans la compréhension du principe de l'incompétence des juridictions étatiques en présence d'une convention d'arbitrage. Deux hypothèses sont à envisager. La première hypothèse, expressément visée par le texte, est celle où la juridiction étatique est saisie alors que la juridiction arbitrale ne l'est pas encore. Dans ce cas, la juridiction étatique doit se déclarer incompétente, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle (Article 13, alinéa 2). L'importance de la réserve de nullité manifeste doit être soulignée. En effet, il ne faut pas qu'une partie multiplie des manœuvres dilatoires sur le fondement d'une convention d'arbitrage nulle. Mais la nullité de la convention d'arbitrage que le juge doit constater pour passer outre le déclinatoire de compétence doit être manifeste, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une nullité qui apparaît sans examen approfondi. Dans les faits, il sera bien difficile de trouver une telle nullité manifeste, d'autant plus que la loi ne donne aucune indication sur le contenu minimum de la convention d'arbitrage. On pourrait imaginer l'exemple d'un document élaboré par le demandeur et non signé par le défendeur. Mais là encore, l'examen d'autres documents pourrait plus tard démentir une telle lecture. De surcroît, la loi semble

autoriser les parties à passer même verbalement des conventions d'arbitrage.

La seconde hypothèse, qui résulte de la lecture a contrario du texte, est celle où le juge étatique est saisi alors que le litige est déjà pendu devant la juridiction arbitrale. Dans ce cas, la juridiction étatique perd tout pouvoir d'appréciation, même *prima facie*. Elle doit obligatoirement se déclarer incompétente. La solution est inspirée par la jurisprudence française (Cass. 10 mai 1995, *Rev. arb.*, 1995, 617, note E. Gaillard).

§2 - Autonomie de la convention d'arbitrage

48. Apparue depuis le XIX^e siècle, la doctrine de l'autonomie de la volonté a trouvé, en matière d'arbitrage, un terrain particulièrement fertile. Elle implique ici, comme dans tous les domaines du droit, le recul des règles impératives et la montée corrélative des règles voulues par les parties (Le droit de l'arbitrage est en soi un outil conçu dans la philosophie de l'autonomie de la volonté, puisqu'il est une sorte de « privatisation » de l'administration de la justice. Le droit africain de l'arbitrage est en plus élaboré dans un contexte de triomphe du libéralisme économique se prolongeant sur le terrain du droit par l'exaltation des solutions s'appuyant sur la liberté individuelle). Appliqué au régime juridique de la convention d'arbitrage, le principe de l'autonomie de la volonté se traduit par une solution originale : l'autonomie de la convention d'arbitrage. La formule couvre deux réalités : l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique (A) et l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal qui la contient (B).

A - Autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique

50. L'idée de base est que l'arbitrage se tient suivant des règles choisies par les parties (Les parties choisissent les arbitres, entre autres, le siège et la langue de l'arbitrage, les normes applicables tant à la procédure qu'au fond de l'arbitrage). Cette idée va connaître un développement singulier en matière internationale. En effet, elle entre ici en conflit et triomphe de l'idée que le contrat est nécessairement régi par une loi étatique (Civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, D. 1951, 759, note Hamel). Dans le droit OHADA, le principe d'autonomie est exprimé sans la moindre réserve. Il faudrait pourtant se demander s'il ne doit pas être limité. La présentation de l'économie du principe (I) précédera l'interrogation sur ses limites éventuelles (II).

I - Économie du principe

51. L'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage pose de façon sentencieuse que la validité

de la convention d'arbitrage est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique (Que la règle soit posée seulement par l'Acte uniforme et pas par le Traité de l'OHADA ou le règlement d'arbitrage de la CCJA ne va pas sans poser quelques problèmes d'applicabilité au système d'arbitrage de la CCJA. Mais il faut remarquer que les textes applicables à l'arbitrage CCJA oublient de traiter, en général, de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Le problème devra être résolu en considérant que l'Acte uniforme, en tant que droit commun, est l'une des sources du système d'arbitrage de la CCJA).

Cette solution a été minutieusement préparée par la jurisprudence française. Le point de départ de l'évolution est l'idée classique selon laquelle les conditions de forme et de fond de la convention d'arbitrage relèvent de la loi applicable à ladite convention. Cette loi est trouvée en appliquant une règle de conflit des lois.

Mais il s'est parfois trouvé que la loi désignée par la règle de conflit invalide la convention d'arbitrage. La Cour d'appel de Paris a commencé par assurer la prévalence de la convention d'arbitrage sur cette loi (Paris, 19 juin 1970, *JDI*, 1971, 836, note Oppetit). Puis, elle s'est engagée dans la voie de l'efficacité propre de la convention d'arbitrage, excluant tout recours ou toute incidence de la loi éventuellement désignée par une règle de conflit (Paris, 30 novembre 1988, *Rev. arb.*, 1989, 691 ; 11 janvier 1990, *JDI*, 1991, 141 ; 17 décembre 1991, *Rev. arb.*, 1993, 181). L'arrêt *Dalico* de la Cour de cassation française consacrera définitivement cette solution en affirmant qu'« En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante du contrat principal qui la contient directement ou par référence (...) son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique » (Cass. Civ. 1^{re}, 20 décembre 1993, *Dalico*, *Rev. arb.*, 1994, 116. Voir aussi, Civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, *Rev. arb.*, 1999, 260 ; Paris, 17 janvier 2002, *Rev. arb.*, 2002, 391).

Concrètement, le juge saisi de la question de la validité de la convention d'arbitrage doit se référer à la commune intention des parties s'il est convaincu de l'existence de celle-ci.

Sans doute, pour ne pas évacuer la difficulté de la question sous la formulation de la règle, faut-il préciser que la commune intention des parties ne suffira pas, pour rendre valable une convention d'arbitrage que l'arbitre estime non valable. Le problème épineux est donc de savoir par référence à quelle règle le juge doit apprécier la validité de la convention. Le point de certitude est que le législateur récuse la nécessité de la référence à un droit étatique. C'est la thèse subjective du contrat sans loi (Voir P. MEYER, L'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage, *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 1999, 637). Si l'arbitre n'est pas obligé de se référer à une loi étatique, il ne peut

juger de la validité de la convention qu'en se référant à un droit anational qu'il aurait forgé.

Si un tel droit forgé par l'arbitre doit en fait être le résultat de l'observation et de la synthèse des solutions communément appliquées par la communauté internationale des juristes, il ne faudrait pas trop négliger les germes d'imprévisibilité qui s'y trouvent. D'où les craintes d'insécurité qu'elle inspire alors qu'elle prétend se fonder entre autres sur le souci d'éviter les incertitudes de la méthode des conflits de loi.

52. En tout état de cause, la solution a une portée singulière dans l'espace OHADA. Il faut se rappeler que dans cet espace, aucune distinction n'est faite entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. La solution s'applique donc tant dans un arbitrage international que dans un arbitrage interne, alors qu'en droit comparé elle est une « règle matérielle du droit international de l'arbitrage ». C'est vrai qu'on peut encore se poser la question des éventuelles limites de la formule du texte.

II - Limites éventuelles de la formule du texte

53. Un rapprochement entre la formule de l'arrêt Dalico et celle de l'article 4 de l'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage montre des décalages non négligeables. En effet, l'arrêt Dalico trace deux limites à l'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage d'après la commune volonté des parties : les règles impératives du droit français et l'ordre public international. L'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne mentionne aucune limite à la solution énoncée.

En droit français, on s'interroge encore sur l'économie des limites ainsi dressées par la Cour de cassation (Voir J. M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP op. cit., 1084). La question essentielle est de savoir à quoi renvoie la référence aux règles impératives. On pense qu'elle pourrait englober la question de l'arbitrabilité (Cf. H. GAUDEMET-TALLON, note dans Rev. arb., 1994, 124 ; E. LOQUIN, note dans JDI, 1994, 698). Mais la référence aux règles impératives pourrait aussi être une formule redondante, faisant pratiquement double emploi avec la référence à l'ordre public international (Voir E. GAILLARD, note dans JDI, 1994, 439).

En tout état de cause, on pense que la formule de la Cour de cassation vise « les exigences minimales sans lesquelles on ne saurait considérer que les parties se sont valablement engagées dans les liens d'une convention d'arbitrage international » (Ibid.).

En vérité, on comprend difficilement que la réserve des règles impératives ou de l'ordre public international n'entre pas en scène pour l'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage. La doctrine semble convaincue que c'est par inadvertance que fut oubliée, dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, la réserve de l'ordre public international (Voir J. P. ANCEL, Le contrôle

de la sentence, in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruylant, Bruxelles, 2000, 187). Dans ces conditions, il faudrait suivre le raisonnement selon lequel la réserve de l'ordre public est un principe de validité des conventions qui n'avait pas à être forcément rappelé ici. Au demeurant, au stade du contrôle de régularité de la sentence arbitrale, est prévue la condition d'absence de contrariété à l'ordre public dont on sait qu'elle peut être en fait étendue au point d'invalider une sentence parce que la convention d'arbitrage à sa base contrarie les conceptions les plus fondamentales de l'ordre juridique.

B - Indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal

54. Les liens entre la convention d'arbitrage et la convention principale ne peuvent être occultés (P. MEYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Rev. arb., 1998, 359). C'est, au moins, parce qu'existe la convention principale qu'il y a recours à l'arbitrage. La notion de « contrat principal » ici utilisée ne s'explique que par la reconnaissance de ce lien.

Pourtant, il ne faut pas se méprendre sur les conséquences d'une telle reconnaissance. Il aurait été possible de traiter la convention d'arbitrage comme l'accessoire du contrat principal, devant alors voir son sort lié à celui du contrat principal. Or, la jurisprudence française, consacrée par l'Acte uniforme OHADA, a depuis longtemps pris une option différente. La voie choisie déploie ses intérêts lorsqu'on apprécie la validité de la convention d'arbitrage (I), mais aussi lorsqu'on s'interroge sur les normes de référence qui la régissent (II)

I - Indépendance de la convention d'arbitrage et appréciation de sa validité

55. Dans un arrêt Gosset où était demandée l'annulation d'une sentence arbitrale rendue sur la base d'une clause compromissoire contenue dans un contrat argué de nullité, la Cour de cassation française a affirmé qu'« en matière internationale, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...) une complète autonomie juridique excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte » (Cass. Civ., 1^{re}, 7 mai 1963, JCP, 1963, II, 13405, note GOLDMAN ; D. 1963, 545, note J. ROBERT).

La solution a un intérêt pratique indéniable : elle empêche toutes les manœuvres dilatoires qu'une des parties à la convention d'arbitrage pouvait être tentée d'entreprendre pour retarder la tenue de la procédure arbitrale. Son but premier est, cependant, de conférer pleine efficacité à la convention d'arbitrage. Elle sera appliquée même dans l'hypothèse où le contrat principal n'a pas pu entrer en vigueur, le différend qui oppose les

parties étant lié à sa conclusion (Cass. Civ., 6 décembre 1988, *Navimpex*, *Rev. arb.*, 1989, 641, note Goldman).

Le résultat de cette analyse est soigneusement repris par l'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Il dispose que « La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat ».

Dans le système d'arbitrage de la CCJA, des conséquences en sont tirées par l'article 10.4 du règlement d'arbitrage de la CCJA. Ce dernier envisage l'hypothèse où l'arbitre considère que la convention d'arbitrage est valable et que le contrat liant les parties est nul ou inexistant. Dans cette hypothèse, et sauf stipulation contraire, l'arbitre est compétent pour déterminer les droits respectifs des parties. La compétence de l'arbitre n'a pu être retenue pour déterminer les droits des parties en cas de nullité du contrat principal que parce que la convention d'arbitrage qui fonde la compétence de l'arbitre est indépendante du contrat nul.

Au passage, la disposition montre jusqu'à quel point le droit africain pousse la solution de l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal.

II - Indépendance de la convention d'arbitrage et normes la régissant

56. Il ne fait pas de doute que la convention d'arbitrage est différente de la convention principale. Cette solution est évidente lorsque la convention d'arbitrage est un compromis et donc conclue après la survenance du différend. Elle se présente alors comme une convention bien séparée, déjà dans le temps, du contrat principal. Matériellement aussi, il s'agira de deux documents distincts. La solution n'est pas moins certaine lorsque la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire. En effet, même contenue dans un même document que le contrat principal, la clause compromissoire a un objet spécifique qui est le droit d'ester en justice.

De là, on conçoit aisément que les règles régissant la convention d'arbitrage puissent être distinctes de celles régissant le contrat principal. On a affirmé que le principe de l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport à la convention principale commande de considérer que la première n'est pas nécessairement

régie par des normes de même nature et de même origine que celles régissant la seconde (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international op. cit.*, n° 412). Il s'agit là d'une solution dégagée depuis longtemps par les juridictions françaises. Depuis 1972, en effet, la Cour d'appel de Paris a jugé que l'exécution de l'accord compromissoire n'obéit pas nécessairement à la loi qui régit le contrat principal dans lequel il figure (Paris, 25 janvier 1972, *Quijano Aguero*, *Rev. arb.*, 1993, 158, note Ph. FOUCHARD). La Cour de cassation va adopter cette solution en approuvant notamment une cour d'appel de ne pas avoir fait application de la loi régissant le contrat principal pour interpréter la clause compromissoire qui y était insérée (Cass., 14 décembre 1983, *Rev. arb.*, 1984, 483).

La jurisprudence arbitrale va aussi adopter la même solution. Plusieurs sentences arbitrales tirent du principe de l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal la conséquence que les normes les régissant peuvent être différentes (Voir notamment sentences CCI n° 4504 (1985), JDI, 1986, 1118 ; n° 5730 (1988), JDI, 1990, 1029).

On peut un peu s'étonner que le droit africain de l'arbitrage ne reprenne pas expressément cette solution. Il faudrait, cependant, la déduire de l'affirmation sentencieuse selon laquelle la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal.

Concrètement, si les arbitres ou même les parties, conviennent de placer la convention d'arbitrage sous l'empire d'une loi étatique, il n'est pas nécessaire que cette loi étatique coïncide avec celle applicable au contrat principal. De même, les arbitres pourront se référer, pour la convention d'arbitrage, aux règles matérielles internationales et adopter la méthode de conflit pour désigner la loi applicable au contrat de fond. Il en sera ainsi, notamment, quand la conclusion de la convention d'arbitrage n'est pas contemporaine du contrat principal.

Mais d'un point de vue de l'opportunité des choix, il faudrait déconseiller la méthode qui consiste à soumettre, sans intérêt évident, le contrat principal et la convention d'arbitrage à des normes différentes. La méthode néglige le souci de cohérence d'ensemble de l'opération.

Jean-Marie TCHAKOUA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Arbitrage institutionnel 41
Arbitre 3, 9, 11, 12, 16, 17, 19, 20,
21, 29, 33, 34, 35, 40, 41, 42, 43,
50, 52, 55, 56

C

Clause compromissoire 1, 4, 9, 12,
24, 28, 35, 37, 39, 45, 51, 54, 55
Compétence 19, 20, 21, 30, 32, 40,
41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 55
Compromis 1, 4, 11, 12, 19, 24, 35,
56
Consensualisme 23, 24, 25, 28
Convention d'arbitrage 1, 2, 3, 4, 5,
7, 9, 10, 11, 12, 15, 19, 20, 23,

24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32,
33, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43,
44, 45, 46, 47, 49, 51, 52, 53, 54,
55, 56

D

Différend 1, 12, 14, 16, 17, 21, 22,
29, 30, 35, 40, 41, 44, 45, 55, 56

N

Nullité 19, 20, 24, 43, 47, 55

R

Règlement d'arbitrage 18, 25, 26, 28,
41, 42, 43, 51, 55
Renonciation 11, 34, 45, 46

S

Sentence arbitrale 9, 15, 28, 53, 55

T

Transaction 11

V

Validité 4, 9, 11, 15, 41, 42, 43, 51,
53, 54, 55
Volonté 1, 2, 12, 24, 26, 39, 41, 46,
48, 50, 51, 52, 53

COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE

Table des matières

Introduction n° 1-6

Chapitre 1 : Organisation de la CCJA n° 7-73

Section 1 - Composition de la CCJA n° 8-20

§1- Juges n° 9-14

§2- Greffe n° 15-18

§3- Absence de Ministère Public au sein de la CCJA n° 19-20

Section 2 - Attributions de la CCJA n° 21-66

§1- Attributions contentieuses de la CCJA n° 22

A- CCJA, juge de cassation n° 23

I- Compétence *ratione materiae* de la CCJA, juge de cassation n° 24

a- Certitudes n° 25

1- Décisions susceptibles de recours en cassation devant la CCJA n° 26

2- Contentieux susceptible de fonder un recours en cassation devant la CCJA n° 27-30

b- Zones d'ombre n° 31

1- Controverse sur la juridiction compétente en matière de pourvois hybrides n° 32

1.1. Solutions doctrinales n° 33

1.1.1- Dessaisissement n° 34-35

1.1.2- Renvoi préjudiciel n° 36-37

1.2- Solutions jurisprudentielles n° 38

1.2.1- Pourvois hybrides devant les cours suprêmes nationales n° 39-41

1.2.2- Pourvois hybrides devant la CCJA n° 42-43

2- Controverse sur la juridiction compétente en matière de litiges connexes n° 44-46

II- Compétence *ratione temporis* de la CCJA, juge de cassation n° 47

a- Principe n° 48

b- Exceptions n° 49-54

B- CCJA, juge des conflits n° 55

I- Cas de conflits négatifs n° 56-58

II- Cas de conflits positifs n° 59-62

§2- Attributions consultatives de la CCJA n° 63-64

§3- Attributions de la CCJA en matière d'arbitrage n° 65-66

Section 3 - Fonctionnement de la CCJA n° 67-73

§1- Siège de la Cour n° 68-71

§2- Formations de la Cour n° 72-73

Chapitre 2 : Procédure devant la CCJA n° 74-144

Section 1 - Procédure contentieuse devant la CCJA n° 75-130

§1- Règles communes n° 76

A- Parties à l'instance n° 77

I- Détermination des parties à l'instance n° 78-79

II- Représentation des parties à l'instance n° 80-83

B- Actes de procédure n° 84

I- Présentation et signification des actes de procédure n° 85-86

II- Délais des actes de procédure n° 87-88

C- Principes directeurs de l'instance n° 89

I- Caractères de l'instance n° 90-93

II- Rôle respectif du juge et des parties au regard du litige n° 94-96

III- Dénouement de l'instance n° 97

a- Arrêt de la CCJA n° 98

1- Prononcé et contenu des arrêts de la CCJA n° 99-100

2- Force juridique des arrêts de la CCJA n° 101

2.1) Autorité de la chose jugée n° 102-104

2.2) Force exécutoire n° 105-106

b- Voies de recours n° 107

1- Tierce opposition n° 108-109

2- Recours en interprétation n° 110

3- Recours en révision n° 111-113

§2- Règles spécifiques n° 114

A- Procédure du recours en cassation n° 115

I- Saisine de la CCJA n° 116

a- Conditions de recevabilité du recours en cassation devant la CCJA n° 117

1- Délai d'exercice du recours en cassation devant la CCJA n° 118-120

2- Mentions exigées et les pièces à produire dans le recours en cassation devant la CCJA n° 121-125

b- Effets du recours en cassation devant la CCJA n° 126-127

II- Instruction du recours en cassation devant la CCJA n° 128-130

III- Dénouement de l'instance n° 131-132

B- Procédure du recours en annulation n° 133

I- Conditions de recevabilité du recours en annulation n° 134-135

II- Instruction du recours en annulation n° 136

III- Aboutissement de l'instance en annulation n° 137

Section 2 - Procédure consultative devant la CCJA n° 138-144

§1- Déroulement de la procédure consultative n° 139

A- Demandes d'avis formulées par le Conseil des Ministres ou les États membres n° 140-141

B- Demandes d'avis formulées par les juridictions nationales du fond n° 142

§2- Aboutissement de la procédure consultative n° 143-144

Bibliographie

- ASSI (E.A.), « La cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction ? », *RIDC*, 4, 2005, p. 1-11 (ohada.com, Ohadata D-06-23).
- DIALLO (B.), « La cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et le contentieux des actes uniformes », *Penant*, n° 850, janvier-mars 2005, p. 22-45.
- DIALLO (B.), « Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la CCJA dans le cadre du Traité de l'OHADA », *Penant*, n° 858, p. 40 et s., (ohada.com, Ohadata D-07-23).
- FOMETEU (J.), « Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation », in AKAM AKAM (A.) (sous la dir. de), *Les Mutations juridiques dans le système OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 37-69.
- ISSA-SAYEGH (J.), « La fonction juridictionnelle de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », *Mélanges Roger Decottignies*, Presses universitaires de Grenoble, 2002, p. 1-19 (ohada.com, Ohadata D-02-16).
- NSIE (E.), « La cour commune de justice et d'arbitrage », *Penant*, n° 828, septembre-décembre 1998, p. 308-323.
- ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), *OHADA Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit uniforme africain », 2002, p. 163 et s.
- LEVOA AWONA (S.-P.), *Les Compétences juridictionnelles dans l'espace OHADA et l'espace CEMAC*, Université de Yaoundé II, 2009.
- MEYER (P.), OHADA, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit uniforme africain », 2002.
- NDAM (I.), *Le Pourvoi devant la cour commune de justice et d'arbitrage*, Université de Yaoundé II, 2009.
- POUGOUÉ (P.-G.) avec la collaboration de J.-M. TCHAKOUA et A. FÉNÉON, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Yaoundé, PUA, coll. « Droit uniforme », 2000.
- POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU-ELONGO (Y.-R.), *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2008, p. 38 et s.
- POUGOUÉ (P.-G.) et KUATE TAMEGHE (S.S.) (sous la dir. de), *Les Grandes Décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, L'Harmattan, coll. « Études africaines », 2010.
- POUGOUÉ (P.-G.), *Présentation générale et procédure en OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998.
- POUGOUÉ (P.-G.), « Le système d'arbitrage de la CCJA », *L'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 129-146.
- TJOUEN (A.-F.), *Les Rapports entre les juridictions suprêmes nationales et la cour commune de justice et d'arbitrage de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, Université de Paris II, 2006.

Introduction

1. L'OHADA constitue une expérience d'intégration assez originale (V. POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU-ELONGO (Y.-R.), *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2008, p. 31 et s.). Dans plusieurs organisations d'intégration, les objectifs sont prioritairement économiques, consistant le plus souvent en la création d'un Marché commun, d'une monnaie unique, à l'élaboration de politiques communes dans des secteurs d'activités économiques précis, etc. (*C'est le cas de la CEMAC, de l'UEMOA ou encore de l'Union Européenne*). Au contraire, dans l'OHADA, l'objectif à réaliser est d'abord d'ordre juridique (*Comme l'a souligné un auteur : « On ne part plus de l'espace économique intégré pour induire quelques principes juridiques communs, on cherche l'intégration juridique pour faciliter les échanges et les investissements et garantir la sécurité juridique des activités des entreprises. »* V. POUGOUÉ (P.-G.), « OHADA, instrument d'intégration juridique », *RASJ*, vol. II, n° 2, 2001, p. 11-12.) et consiste dans l'unification et la modernisation du droit des affaires de ses États membres. Cet objectif fait suite au constat de la balkanisation du droit des affaires des pays de l'OHADA trente années après leur accession à l'indépendance. Pour des raisons aisément compréhensibles, ces États avaient légiféré en droit des affaires, chacun selon son contexte économique, chacun selon ses moyens et ses ambitions. Il en est résulté que le droit

positif commun que ces pays partageaient en droit des affaires au moment de leur accession à la souveraineté internationale a rapidement fait place à des législations disparates. Cette situation présentait le grave inconvénient de décourager les investisseurs à cause de l'insécurité juridique qui régnait dans ces pays (V. MBAYE (K.), « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *Petites affiches*, n° 20, 13 octobre 2004, p. 4 et s. ; MOULOUL (A.), *Comprendre l'OHADA*, Yaoundé, PUA, coll. *Droit uniforme*, 2^e éd., 2009, p. 17 et s.). À l'insécurité juridique s'était d'ailleurs ajoutée une insécurité judiciaire, conséquence inéluctable de la crise de la justice de l'État dans ces différents pays (V. NKOU MVONDO (P.), « La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone », *Penant*, n° 824, 1997, p. 208 et s.).

2. Pour réaliser son objectif, l'OHADA s'est forgé un droit doté d'une force juridique particulière. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 10 du Traité de l'OHADA, « Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure. » (*Lire aussi sur cet article DIEDHIOU (P.), « L'article 10 du Traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale ? », Revue de droit uniforme (Unidroit)*, n° 2007-2, ohada.com, Ohadata D-08-05, p. 1-20).

Selon la CCJA dans un avis du 30 avril 2001 (*avis n° 001/2001/EP*, ohada.com, Ohadata D-04-12, p. 19

et s., obs. J. ISSA-SAYEGH), l'article 10 du Traité pose la primauté des Actes uniformes sur l'ensemble du droit interne. Par droit interne, il faut entendre, non seulement les normes législatives et réglementaires, mais aussi les normes constitutionnelles (*Rapp. : CJU, avis n° 001/2003 du 18 mars 2003; CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64 Costa c/ ENEL; CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft*). La primauté ne bénéficie pas seulement aux actes uniformes. C'est en réalité tout le droit communautaire OHADA qui prime sur l'ensemble du droit interne. Les Actes uniformes bien sûr, mais également le Traité de l'OHADA et ses éventuelles modifications (*le Traité de l'OHADA a connu sa première modification le 17 octobre 2008 à Québec*), les accords internationaux signés par l'OHADA avec des États tiers, les pays membres, ou d'autres organisations internationales (*le cas de l'accord de coopération signé en 2001 entre l'OHADA et la CEMAC*) ainsi que les règlements et décisions pris par le Conseil des Ministres (*C'est l'article 4 du Traité de l'OHADA tel que modifié le 17 octobre 2008 à Québec qui donne la possibilité au Conseil des Ministres de légiférer par voie de règlements et de décisions*).

La lecture de l'article 10 permet également d'affirmer que les actes uniformes sont d'applicabilité immédiate ou directe. Cela veut dire que les Actes uniformes intègrent de plein droit l'ordre juridique des États, sans qu'il soit besoin de respecter au préalable une procédure spéciale d'introduction et de réception au plan interne. Bien évidemment, l'applicabilité immédiate des Actes uniformes ne peut effectivement jouer que si les actes uniformes ont respecté, au plan communautaire, les formalités qui conditionnent leur insertion dans le droit positif (*L'article 9 du Traité de l'OHADA tel que modifié le 17 octobre 2008 à Québec prévoit que, après adoption, les actes uniformes entrent en vigueur 90 jours après leur publication au J.O. de l'OHADA, sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par les actes uniformes*). En dehors des actes uniformes, l'applicabilité immédiate bénéficie également aux règlements et aux décisions et aux accords conclus par l'OHADA avec des États tiers ou d'autres organisations internationales. Par conséquent, ces textes sont applicables dans les différents États parties à partir du moment où ils ont rempli les conditions de leur entrée en vigueur au regard du droit communautaire.

Enfin, malgré le silence de l'article 10, le droit de l'OHADA est doté d'un effet direct. Cela signifie que droit crée des droits et des obligations à l'égard des particuliers, soit dans leurs relations réciproques auquel cas on parle d'effet direct horizontal, soit dans leurs relations avec les États de l'OHADA (*Exemple : l'article 29, alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE qui dispose que : « L'État est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions et autres titres exécutoires. »*) auquel cas on parle d'effet direct vertical (*V. GUEYE (B.) et TALL (N.), in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, 3^e éd., Juriscope, 2008, p. 33*). Pour la CJCE, des normes communautaires sont dotées de l'effet direct lorsqu'elles « apparaissent comme

étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises. » (*CJCE, 5 avril 1979, aff. 148/78, Ministère public c/ Ratti; CJCE, 19 janvier 1982, aff. 8/81, Becker c/ Finanzamt Münster-Innenstadt*). En d'autres termes, « l'application de la disposition en cause ne doit être subordonnée à aucune mesure ultérieure comportant un pouvoir discrétionnaire, soit des organes de la Communauté, soit des États membres, soit des uns et des autres. » (*PECHEUL (A.), Droit communautaire général, Paris, Ellipses, coll. Référence-Droit, 2002, p. 125*). Au regard de ces critères de l'effet direct, il faut convenir que toutes les normes communautaires OHADA sont virtuellement dotées de l'effet direct. Il suffit, pour que l'effet direct ainsi en germe se manifeste, que les conditions en soient remplies. L'effet direct du droit OHADA a pour corollaire son invocabilité, c'est-à-dire la possibilité pour les justiciables de se prévaloir des droits issus de ce droit devant les juridictions nationales et devant la CCJA et de l'obligation corrélative pour ces dernières de protéger ces droits.

3. Le nécessaire contrôle juridictionnel de l'application du droit de l'OHADA a motivé les Pères de cette organisation à procéder à la création de la CCJA. Cette dernière constitue une juridiction commune à l'ensemble des pays de l'OHADA et dont le siège se trouve à Abidjan en Côte d'Ivoire. Son rôle consiste essentiellement à réguler, orienter et unifier les applications et les interprétations du droit de l'OHADA par les juridictions nationales, les États membres et les organes de l'OHADA. Ce rôle important de la CCJA ne saurait faire oublier celui tout aussi important que jouent les juridictions nationales dans l'application du droit OHADA. Ce sont ces dernières en effet qui connaissent en première instance et en appel du contentieux relatif à l'application des actes uniformes (*article 13 du Traité de l'OHADA*). Au moment où elles font application des actes uniformes, les juridictions nationales du fond sont essentiellement soumises aux règles de compétence et de procédure en vigueur dans leurs États respectifs.

4. Deux idées majeures ont justifié la création de la CCJA. La première, c'est l'autonomie du droit communautaire (*Sur l'autonomie du droit communautaire, v. SIMON (D.), « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », SFDI, Colloque de Bordeaux sur le thème Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles, Paris, Pédone, 2000, p. 207-249*). Le droit communautaire forme en effet un ordre juridique distinct de l'ordre interne et de l'ordre international. Il constitue de ce fait un système juridique relativement complet, disposant de tous les éléments nécessaires pour se développer et pour se réaliser (*V. PESTACORE (P.), « Droit communautaire et droit national selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », Rec. Dalloz-Sirey, Chr., 1969, p. 180.*). La création de la CCJA témoigne par conséquent de l'autonomie juridictionnelle de l'OHADA (*même si cette*

autonomie est relative dans la mesure où les juridictions nationales participent à l'application du droit communautaire). La seconde idée qui a justifié la création de la CCJA est le souci d'assurer l'effectivité du droit communautaire OHADA. Pour des raisons techniques évidentes, la compétence exclusive des juridictions nationales dans l'application du droit OHADA aurait créé un inconvénient majeur, celui du morcellement de la jurisprudence communautaire. Or, avec une jurisprudence morcelée, l'objectif d'uniformisation du droit des affaires des pays de l'OHADA aurait été irréalisable. De plus, si on avait abandonné l'application du droit OHADA aux juridictions nationales, on se serait à nouveau heurté aux insuffisances qui caractérisent la plupart des systèmes judiciaires d'Afrique noire à savoir, la subordination de la justice au pouvoir politique, la corruption des juges, la misère financière et documentaire des tribunaux, les lenteurs judiciaires, etc. (*Sur ces différents maux, v. DUBOIS DE GAUDUSSON (J.) et CONAC (G.) (Sous la direction de), La justice en Afrique, Afrique Contemporaine, n° spécial, Paris, La documentation française, 1990.*)

5. La CCJA est une juridiction internationale par son origine (car créée par un traité international), mais dont le fonctionnement la rapproche beaucoup plus des juridictions internes. Ainsi, contrairement aux juridictions internationales (*dont l'accès est réservé aux États et en principe fermé aux particuliers. V. NGUYEN QUOC (D.), DAILLIER (P.) et PELLET (A.), Droit international public, Paris, LGDJ, 7^e éd., 2002, n° 542*), l'accès à la CCJA est largement ouvert aux particuliers. Ensuite, comme les juridictions internes, la compétence de la CCJA n'a pas besoin d'être acceptée par les parties en litige pour être obligatoire. C'est là une différence majeure avec les juridictions internationales dont la compétence doit avoir été acceptée par les États en litige. Enfin, les arrêts de la CCJA ont non seulement force de chose jugée, mais également force exécutoire dans l'ensemble des pays de l'OHADA. Point besoin pour ces arrêts, avant d'acquiescer cette force juridique, de passer par une procédure d'*exequatur*.

Le fonctionnement de la CCJA comme une juridiction interne ne l'empêche pas de jouer le rôle d'une juridiction internationale. C'est ainsi que l'article 56 du Traité de l'OHADA attribue à la CCJA compétence pour régler les différends entre États parties relatifs à l'interprétation et à l'application du Traité lorsque toute tentative de règlement à l'amiable est demeurée infructueuse. Ce champ de compétence rapproche la CCJA des cours de justice de la CEMAC, de l'UEMOA et de l'Union Européenne. Mais, contrairement à ces dernières, la CCJA ne connaît, ni recours en manquement, ni recours en appréciation de légalité, ni recours en carence. De plus, contrairement aux cours de justice de la CEMAC, de l'UEMOA ou encore de l'Union Européenne qui assurent l'application uniforme du droit communautaire par les juridictions nationales grâce à la technique du renvoi préjudiciel, la CCJA pour sa part le fait essentiellement

grâce à la technique du recours en cassation. Sur ce dernier aspect, la CCJA se rapproche beaucoup plus des juridictions nationales de cassation en matière judiciaire de la plupart des pays de l'OHADA.

6. Au bout du compte, la CCJA apparaît comme une juridiction communautaire profondément originale. Il est nécessaire pour en avoir une connaissance précise de mener une étude de l'organisation (Chapitre 1) et de la procédure (Chapitre 2) applicable devant cette juridiction.

Chapitre 1 : Organisation de la CCJA

7. L'étude de l'organisation de la CCJA passe par celle de sa composition (section 1), de ses attributions (section 2) et celle de son fonctionnement (section 3).

Section 1 : Composition de la CCJA

8. La CCJA se compose de juges (§1) et d'un greffe (§2). Toutefois, même si par moments on a opéré un rapprochement entre la CCJA et les cours suprêmes nationales au moment où elle examine le recours en cassation, la CCJA se distingue de ces juridictions car ne disposant pas d'un Ministère Public (§3) (*De plus, contrairement aux autres cours de justice communautaires (Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) par exemple), il n'existe pas au sein de la CCJA des avocats généraux. Devant la CJCE, le rôle des avocats généraux est de présenter en toute indépendance leur point de vue sur l'affaire soumise à la Cour. Les conclusions des avocats généraux sont en général publiées en même temps que l'arrêt de la Cour, afin d'en éclairer le sens. Pour plus de détails, lire DARMON (M.), « La fonction d'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes », Mélanges Roger Perrot, Paris, Dalloz, 1995, p. 75-81 ; BOUDANT (J.), La Cour de justice des Communautés européennes, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 16 et s. Un auteur a proposé l'institution dans la CCJA de 16 postes d'avocats généraux, soit un par État membre. V. NSIE (E.), « La cour commune de justice et d'arbitrage », Penant, n° 828, septembre-décembre 1998, p. 314.*)

§1 - Juges

9. La CCJA est composée de neuf juges (*Avant la modification du Traité de l'OHADA survenue le 17 octobre 2008 à Québec, la CCJA était composée de sept juges élus pour un mandat de sept ans renouvelable une fois*). Toutefois, le Conseil des Ministres peut, compte tenu des nécessités de service et des possibilités financières, fixer un nombre

de juges supérieur à neuf. Les juges de la CCJA sont élus à la majorité des voix et au scrutin secret par le Conseil des Ministres pour un mandat de sept ans non renouvelable, parmi les ressortissants des pays de l'OHADA. Les candidats aux fonctions de juge à la CCJA sont présentés par les États, au moins quatre mois avant la tenue des élections, sur invitation du Secrétaire Permanent. Chaque État ne peut présenter que deux candidats au plus. Après réception des différentes candidatures, le Secrétaire Permanent en dresse une liste par ordre alphabétique et la communique aux États parties un mois au moins avant les élections (*Article 33 du Traité*). Peuvent être présentés comme candidats aux fonctions de juge à la CCJA : les magistrats, les avocats inscrits au barreau de l'un des États parties et les professeurs de droit, à condition que ces personnalités soient ressortissants d'un État membre et justifient d'au moins quinze années d'expérience professionnelle. Les candidats magistrats doivent, en plus, réunir les conditions requises pour l'exercice dans leurs pays respectifs de hautes fonctions judiciaires. Un tiers des juges de la Cour doit appartenir à la catégorie des avocats et des professeurs de droit (*Article 31, al. 4 du Traité de l'OHADA. Il s'agit là d'une innovation. Car, avant la modification du Traité de l'OHADA, la présence de juges issus de ces deux corps de métiers n'était qu'une faculté.*). Mais, la Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant du même État.

10. Après leur élection, les juges prêtent serment de bien et fidèlement remplir leurs fonctions en toute impartialité. La période de fonctions des membres de la Cour commence à courir le 1^{er} janvier de l'année suivant leur élection. Toutefois, la période de fonctions des juges élus lors de la première élection commence à courir soixante jours après cette élection. La période de fonctions d'un juge élu en remplacement d'un autre commence à compter de sa prestation de serment. Pour les juges élus lors de la première élection, leur mandat incluait en outre la période allant de la date de cette élection au 31 décembre de l'année de l'élection (*article 1^{er} du R.P. CCJA*).

11. Lorsque, saisie d'un différend entre États parties relatif à l'interprétation ou à l'application du Traité OHADA, la CCJA compte sur le siège un juge de la nationalité de l'un des États en conflit, l'autre État peut désigner un juge *ad hoc*. Contrairement aux juges élus, le juge *ad hoc* est un juge occasionnel dont la mission s'achève dès que le procès qui a justifié sa désignation prend fin. Le juge *ad hoc* doit remplir les conditions de nationalité, de fonctions et d'expérience professionnelle exigées aux juges élus. Plus particulièrement, en ce qui concerne la condition de nationalité, la seule exigence est que le juge *ad hoc* doit avoir la nationalité de l'un des États membres de l'OHADA. L'État autorisé à désigner un juge *ad hoc* peut par conséquent jeter son dévolu sur une personnalité qui n'a pas sa nationalité. Le système du juge *ad hoc*, pratique habituelle

des juridictions internationales (*V. NGUYEN QUOC (D.), DAILLIER (P.) et PELLET (A.), Droit international public, op. cit., n° 541*), est destiné à rétablir l'égalité entre les parties en litige et partant, d'éviter que l'une d'elles ne récuse la compétence de la Cour parce que s'estimant en position de faiblesse par rapport à l'autre.

12. Les juges de la CCJA sont inamovibles et jouissent dans l'exercice de leurs fonctions des privilèges et immunités diplomatiques. Toutefois, selon les circonstances, ces immunités et privilèges peuvent être levés par le Conseil des Ministres. Pour les actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions, les juges de la CCJA ne peuvent être poursuivis qu'avec l'autorisation de la Cour. Les juges de la CCJA ne peuvent exercer des fonctions politiques ou administratives et l'exercice de toute autre activité rémunérée doit être autorisé par la Cour. Malgré leur égalité de principe, la loi organise un ordre de préséance entre les juges de la CCJA. Ainsi, le Président, le Premier Vice-président et le Deuxième Vice-président prennent rang avant les autres membres de la Cour. Ensuite, les membres de la Cour prennent rang selon la date à laquelle ils sont entrés en fonction. En d'autres termes, les plus anciens dans la fonction ont une préséance sur les autres. Enfin, les membres de la Cour entrés en fonction à la même date prennent rang entre eux selon leur âge. Par conséquent les plus âgés ont une préséance sur les moins âgés (*V. article 2 du R.P. CCJA*).

13. La vacance d'un siège de la Cour peut intervenir en cas de décès ou de démission d'un membre de la Cour ou si, de l'avis unanime des autres membres de la Cour, un membre a cessé de remplir ses fonctions pour toute autre cause qu'une absence de caractère temporaire, ou n'est plus en mesure de les remplir. Si la vacance d'un siège de la Cour fait suite au décès de l'un de ses membres, le Président de la Cour en informe immédiatement le Secrétaire Permanent qui déclare le siège vacant à partir de la date du décès. Dans les autres cas de vacances, le Président de la Cour, après avoir invité l'intéressé à présenter à la Cour ses observations orales en informe le Secrétaire Permanent, qui déclare alors le siège vacant. Dans tous les cas de vacance, il revient au Conseil des Ministres de procéder au remplacement du membre dont le siège est devenu vacant, pour la fraction du mandat restant à courir, sauf si cette fraction est inférieure à six mois (*V. article 35 du Traité de l'OHADA*).

14. Les membres de la Cour élisent en leur sein un Président et deux Vice-présidents pour un mandat de trois ans et six mois non renouvelable. La durée du mandat du Président ou des Vice-présidents ne saurait aller au-delà de la durée de leur mandat en tant que membre de la Cour. Le Président et les Vice-présidents peuvent toutefois être réélus une fois au terme de leur premier mandat si ce dernier leur a été conféré pour

une durée inférieure à trois ans et six mois (*Ce serait le cas d'un Président élu en remplacement d'un autre démissionnaire*). La première élection du Président se déroule sous la direction du Doyen d'âge. Les élections suivantes se déroulent sous la direction du Président sortant. Si ce dernier a cessé d'être membre de la Cour ou est empêché, l'élection se déroule sous la direction du membre de la Cour exerçant la présidence de la Cour (*Conformément à l'ordre de préséance établi par l'article 2 du R.P. CCJA. Sur cet ordre v. supra n° 12*). Le vote du Président a lieu au scrutin secret, après que le membre de la Cour exerçant la présidence ait indiqué le nombre de voix requis pour être élu. Seuls les membres de la Cour présents participent au vote. Le membre de la Cour qui obtient les voix de la majorité des membres composant la Cour au moment de l'élection est déclaré élu. À partir du troisième tour de scrutin, la majorité relative suffit. L'élection du Premier et du Deuxième Vice-présidents se déroule sous la direction du Président nouvellement élu et obéit aux mêmes règles que celle du Président (*V. article 6 du R.P. CCJA*).

Si le Président ou les Vice-présidents cessent de faire partie de la Cour ou démissionnent de leurs fonctions avant le terme normal de celles-ci, il est procédé à leur remplacement pour la période restant à courir. Le Président dirige les travaux et contrôle les services de la Cour. Il en préside les séances, représente la Cour et exerce toute autre mission qui lui est confiée par celle-ci. En cas de vacance de la Présidence de la Cour, le Premier Vice-président assure la présidence de la Cour. Si ce dernier est à son tour empêché, la présidence de la Cour est dévolue au Deuxième Vice-président. En cas d'empêchement de ce dernier, la présidence de la Cour est confiée à l'un des juges, suivant l'ordre de préséance déterminé par le Règlement de procédure de la CCJA (*V. supra n° 12*).

§2 - Greffe

15. Il existe au sein de la CCJA un greffe. Ce dernier est dirigé par un Greffier en chef, éventuellement assisté d'un ou plusieurs greffiers adjoints, sur décision de la Cour. Le Greffier en chef est nommé par le Président de la CCJA, après avis de cette dernière, pour une période de sept ans renouvelable une fois (*Article 10 du R.P. CCJA*). Le choix du Président est effectué parmi les greffiers en chef ayant exercé leurs fonctions pendant au moins quinze ans et présentés par les États parties. Avant d'entrer en fonction, le Greffier en chef prête serment (*La formule du serment contenue dans l'article 11 du R.P. CCJA est ainsi libellée : « Je déclare solennellement que j'exercerai en toute loyauté, discrétion et conscience les fonctions qui m'ont été confiées en ma qualité de Greffier en chef de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et que j'observerai scrupuleusement le secret attaché à mes fonctions. »*). Si le Greffier en chef cesse ses fonctions avant l'expiration de son

mandat, son successeur est nommé, non pour la durée du mandat restant, mais pour sept ans (*Article 17 du R.P. CCJA*). Le mandat de ce nouveau greffier devrait également pouvoir être renouvelé une fois.

16. Le Greffier en chef peut être relevé de ses fonctions par le Président après avis de la Cour. Une telle décision peut notamment intervenir lorsque le Greffier en chef n'est pas en mesure d'exercer ses fonctions ou s'il a manqué aux obligations qui lui incombent. Avant d'être relevé de ses fonctions, le Greffier en chef de la CCJA est informé par le Président de la mesure envisagée dans une communication écrite qui en expose les raisons et indique tous les éléments de preuve s'y rapportant. La possibilité lui est ensuite donnée de présenter ses observations à une séance privée de la Cour (*Article 16 du R.P. CCJA*).

17. En cas de vacance effective ou imminente du Greffier en chef, le Président avise les gouvernements des États parties dès l'ouverture de la vacance ou, si la vacance doit résulter de l'expiration du mandat du Greffier en chef, six mois au moins avant cette expiration. Une fois informés, les États parties font des propositions de candidatures à la Cour. Ces propositions doivent être faites dans le délai fixé par le Président pour la clôture de la liste des candidats. Les propositions des États parties doivent être accompagnées de tous les renseignements utiles sur les candidats et indiquer notamment leur âge, leur nationalité, les fonctions qu'ils ont exercées dans le passé et leurs occupations actuelles. Le Président, après communication aux membres de la Cour de la liste des candidats, sollicite l'avis de la Cour sur ces candidatures (*Article 10 du R.P. CCJA*).

18. Le Greffier en chef de la CCJA dispose d'attributions nombreuses et variées qu'il exerce sous l'autorité du Président. Au regard de la loi, le Greffier en chef est responsable de l'organisation et des activités du greffe. Ensuite, le Greffier en chef assure le secrétariat de la Cour et à ce titre, il assiste en personne aux séances de la Cour et fait établir les procès-verbaux de ces séances. C'est également le Greffier en chef qui sert d'intermédiaire pour les communications, notifications ou significations émanant de la Cour ou adressées à celle-ci au sujet des affaires portées ou à porter devant elle. Le Greffier en chef a aussi la garde des sceaux et la responsabilité des archives et des publications de la Cour. C'est encore le Greffier en chef qui assure la responsabilité de tous les travaux administratifs et en particulier de la comptabilité et de la gestion financière. Enfin, le Greffier en chef assume toute autre fonction que le Président pourrait lui confier à tout moment (*Article 12 du R.P. CCJA*).

Par ailleurs, il est tenu au greffe, sous la responsabilité du Greffier en chef, un registre coté et paraphé par le Président, sur lequel sont inscrits à la suite et dans l'ordre de leur présentation tous les actes de procédure et les pièces déposées à l'appui. Tout intéressé peut

consulter le registre au greffe et en obtenir des copies ou des extraits suivant le tarif du greffe établi par la Cour sur proposition du Greffier en chef (*Article 13 du R.P. CCJA*).

§3 - Absence de Ministère Public au sein de la CCJA

19. Le droit de l'OHADA n'a pas prévu de Ministère public au sein de la CCJA. L'absence de Ministère public devant la CCJA s'explique notamment par le fait que la CCJA doit rester incompétente pour connaître des litiges relatifs aux infractions prévues par le droit de l'OHADA (*V. infra n° 28*). Mais, il ne faut pas oublier que le rôle du Ministère public ne se limite pas au déclenchement éventuel et à l'exercice de l'action publique. Devant les cours suprêmes nationales en effet, le rôle du Ministère public consiste aussi à veiller, à travers le pourvoi dans l'intérêt de la loi et le pourvoi pour excès de pouvoir, à l'application correcte de la loi par les juges du fond (*Au Cameroun par exemple, le pourvoi dans l'intérêt de la loi est formé sur initiative du Procureur Général près la Cour Suprême contre tout acte juridictionnel des juridictions inférieures devenu définitif et entaché de violation de la loi. Les parties au litige ne sauraient se prévaloir de l'éventuelle cassation qui interviendrait à la suite d'un tel pourvoi. Ce pourvoi n'est pas à confondre avec le pourvoi d'ordre. Ce dernier est également exercé par le Procureur Général près la Cour Suprême et à l'encontre de tout acte juridictionnel des juridictions inférieures devenu définitif et entaché de violation de la loi. Mais, à la différence du pourvoi dans l'intérêt de la loi, le pourvoi d'ordre est exercé par le Procureur Général sur ordre du Ministre de la Justice et la cassation qui interviendrait à la suite d'un tel pourvoi produit effet à l'égard de toutes les parties. V. article 36 de la loi n° 2006/016 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour Suprême*). Se fondant sur cette deuxième fonction du pourvoi en cassation, plusieurs auteurs ont proposé l'institution dans l'OHADA d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi dont l'exercice serait confié à un Ministère public qu'il faudrait également instituer au sein de la CCJA (*V. POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU ELONGO (Y.-R.), Introduction critique à l'OHADA, op. cit., n° 28 ; ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), OHADA Harmonisation du droit des affaires, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 453 ; ANOUKAHA (F.), « L'OHADA en marche », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang, PUA, t. VI, 2002, p. 18 ; TJOUEEN (A.-F.), Les rapports entre les juridictions suprêmes nationales et la cour commune de justice et d'arbitrage de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), Thèse, Paris II, 2006, p. 261 et s. ; NSIE (E.), « La cour commune de justice et d'arbitrage », *op. cit., p. 312 ; BENKEMOUN (L.), « Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la CCJA de l'OHADA : aspects conceptuels et évaluation », Colloque international tenu à Lomé***

(Togo) du 6 au 9 juin 2006 sur le thème *Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : bilan et perspectives d'avenir, Deuxième communication introductive, Penant, n° 860, juillet-septembre 2007, p. 303 ; etc.*). Au Ministère public qu'ils proposent de créer, ces auteurs assignent deux missions. D'une part, faire respecter la délimitation des compétences entre la CCJA et les cours suprêmes nationales. Le Ministère public près la CCJA se chargerait alors de porter devant la CCJA les décisions des cours suprêmes nationales qui auraient été rendues en violation des règles de délimitation des compétences entre la CCJA et les cours suprêmes nationales. D'autre part, le Ministère public près la CCJA serait chargé de faire respecter l'ordre juridique de l'OHADA par les juridictions nationales du fond. Le Ministère public près la CCJA se chargerait ainsi de porter devant la CCJA les décisions des juridictions nationales inférieures contraires au droit de l'OHADA mais qui ne peuvent plus faire l'objet d'un pourvoi en cassation exercé par les parties.

20. L'idée d'instituer un Ministère public chargé de veiller au respect du droit de l'OHADA par les juridictions nationales est intéressante.

Au niveau des juges nationaux du fond, il est évident que le pourvoi en cassation émanant des parties au litige ne peut pas permettre à lui tout seul un contrôle efficace de la bonne application du droit de l'OHADA par les juges du fond. Car, non seulement les parties au litige peuvent renoncer à former un pourvoi en cassation devant la CCJA, mais en plus, quand bien même elles en auraient formé un, celui-ci peut être déclaré irrecevable par la CCJA s'il ne respecte pas les conditions posées par l'article 28 du Règlement de procédure de la CCJA (*Sur ces conditions, v. infra n° 117 et s.*). Il peut donc arriver qu'un recours en cassation fondé sur une violation grave et manifeste du droit de l'OHADA soit déclaré irrecevable par la CCJA dès lors que ce recours ne remplit pas les conditions de recevabilité du recours en cassation devant la CCJA.

Au niveau des cours suprêmes nationales, il est tout aussi évident que le respect du droit de l'OHADA et notamment la répartition des compétences entre ces juridictions et la CCJA est une nécessité. À ce sujet, il faut rappeler que, pour imposer aux Cours suprêmes nationales le respect de la délimitation des compétences entre elles et la CCJA, le Traité de l'OHADA a mis en place trois moyens : le recours en annulation (*V. article 18 du Traité de l'OHADA*), le mécanisme du renvoi par une juridiction nationale de cassation saisie à tort d'un litige ressortissant de la compétence de la CCJA (*V. article 15 du Traité de l'OHADA*) et la saisine de la CCJA par une partie à l'instance en cassation devant la juridiction nationale de cassation (*V. article 16 du Traité de l'OHADA*). Or, ces moyens sont loin d'avoir une efficacité absolue. Le recours en annulation, malgré ses effets énergiques, repose sur des conditions de recevabilité assez rigoureuses

qui en rendent l'exercice malaisé (*Sur les conditions de recevabilité du recours en annulation, v. infra n° 134 et s.*). La technique du renvoi quant à elle recèle une faiblesse due au fait que sa mise en œuvre dépend exclusivement de la volonté des juridictions nationales de cassation. Enfin, les parties à l'instance devant la juridiction nationale de cassation peuvent ignorer que le litige porté à cette juridiction relevait de la compétence de la CCJA. D'où l'intérêt d'ajouter à ces différents moyens, le pourvoi dans l'intérêt de la loi dont l'exercice serait confié au Ministère Public près la CCJA. La cassation ou l'annulation qui interviendrait à la suite du pourvoi dans l'intérêt de la loi devant la CCJA ne devrait pas profiter aux parties à l'instance. Son intérêt serait surtout d'ordre théorique dans la mesure où il permettrait de fixer le sens de la loi sur la question.

Section 2 : Attributions de la CCJA

21. La CCJA a des attributions à la fois contentieuses (§1), consultatives (§2) et des attributions dans l'arbitrage OHADA (§3).

§1 - Attributions contentieuses de la CCJA

22. Dans ses attributions contentieuses, la CCJA tranche les litiges relatifs à l'application et à l'interprétation du droit de l'OHADA. Ces litiges peuvent opposer les personnes privées, les personnes publiques ou les personnes publiques aux personnes privées (*Tel est le cas des litiges opposant une personne privée à un État. V. par exemple, CCJA, 2^e Ch., arrêt n° 027 du 30 avril 2008, Société African Petroleum Consultants dite APC c/ État du Cameroun. Dans cette affaire, le recours en cassation était dirigé contre l'État du Cameroun et était fondé sur la violation par ce dernier de l'article 29 de l'AUPSRVE. En rappel, ce texte dispose que : « L'État est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions et autres titres exécutoires [...] La carence ou le refus de l'État de prêter son concours engage sa responsabilité. » La CCJA s'était certes déclarée incompétente, mais c'était au motif que le recours en cassation avait été directement introduit devant la Cour (ce qui signifie que les juridictions nationales inférieures n'avaient pas été préalablement saisies dudit litige), et non parce que le recours était dirigé contre une personne morale de droit public, en l'occurrence l'État du Cameroun. V. aussi CCJA, 2^e Ch., arrêt n° 017 du 26 avril 2007, Ayants droit de Bamba Fétiugué et Akouany Paul c/ État de Côte d'Ivoire, Rec., n° 9, janvier-juin 2007, p. 8-9.*). Dans l'exercice de ses attributions contentieuses, la CCJA apparaît à la fois comme une juridiction de cassation, une juridiction des conflits, et une juridiction internationale. Comme juridiction internationale, le rôle de la CCJA ne suscite pas de difficulté majeure. Il consiste pour cette juridiction à régler les litiges entre États parties relatifs à l'interprétation

du Traité de l'OHADA. En revanche, à cause des délicats problèmes qu'ils soulèvent, une attention particulière doit être portée sur le rôle de la CCJA, juge de cassation (A) et celui de la CCJA, juge des conflits (B).

A - CCJA, juge de cassation

23. La compétence territoriale ou *ratione loci* de la CCJA, juge de cassation ne suscite pas de difficultés particulières. Elle couvre l'ensemble des pays de l'OHADA. Par conséquent, tout litige né dans l'un quelconque des pays de l'OHADA et relatif à l'application d'un texte OHADA est susceptible d'être porté à la connaissance de la CCJA en cassation. En revanche, à cause des difficultés qu'elles suscitent, une attention particulière doit être portée sur la compétence *ratione materiae* (I) et la compétence *ratione temporis* de la CCJA (II), juge de cassation.

I - Compétence *ratione materiae* de la CCJA, juge de cassation

24. Sur cette dimension de la compétence de la CCJA, il se dégage d'un côté des certitudes (a) et de l'autre, des zones d'ombre (b).

a - Certitudes

25. Aux termes de l'article 14, alinéa 3 du Traité de l'OHADA : « Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des États parties dans toutes les affaires soulevant les questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. » L'alinéa 4 du même article ajoute : « Elle [la CCJA] se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des États parties dans les mêmes contentieux. »

Dans le traitement qu'ils font de la compétence matérielle de la CCJA, les alinéas 3 et 4 de l'article 14 du Traité de l'OHADA se proposent de répondre à deux principales questions. Premièrement, quelles sont les décisions de justice qui peuvent faire l'objet d'un recours en cassation devant la CCJA ? (1) Deuxièmement, dans quel contentieux la CCJA est-elle appelée à jouer le rôle de juge de cassation ? (2)

1 - Décisions susceptibles de recours en cassation devant la CCJA

26. La lecture des dispositions du Traité à ce sujet permet d'affirmer que les décisions susceptibles de recours en cassation devant la CCJA sont les décisions des juridictions nationales rendues en dernier ressort.

Les décisions rendues en dernier ressort sont celles qui ne sont pas susceptibles d'appel et ne peuvent faire l'objet que d'un recours en cassation ou d'un recours en révision (V. CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7^e éd., 2005, p. 516). Sont ainsi visées les décisions rendues par les juridictions nationales à la suite d'un recours en annulation contre une sentence arbitrale lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'espace OHADA. Selon l'article 25, alinéas 2 et 3 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage en effet : « Elle [la sentence arbitrale] peut faire l'objet d'un recours en annulation, qui doit être porté devant le juge compétent dans l'État partie (*Ce juge doit être désigné par chaque État partie. Au Cameroun par exemple, selon l'article 4 (1) de la loi n° 2003/009 du 10 juillet 2003 portant désignation des juridictions compétentes visées à l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant leur mode de saisine, c'est la Cour d'appel du ressort du lieu de l'arbitrage qui connaît des recours en annulation contre les sentences arbitrales. À défaut de cette désignation, c'est la juridiction de droit commun qui est compétente.*). La décision du juge compétent dans l'État partie n'est susceptible que du pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. » (V. CCJA, 1^{re} ch., arrêt n° 044 du 17 juillet 2008, *Société africaine de relations commerciales et industrielles dite SARCI Sarl c/ Atlantique Télécom S.A. et Télécel Bénin S.A.*) Constituent également des décisions rendues en dernier ressort, les décisions de la juridiction nationale compétente qui refuse l'*exequatur* à une sentence arbitrale rendue dans le cadre de l'arbitrage traditionnel (V. article 32, alinéa 1^{er} de l'AUA).

De manière générale, les décisions susceptibles de recours en cassation devant la CCJA sont les décisions des cours d'appel et celles des tribunaux rendues en premier et dernier ressort. Tel est notamment le cas des jugements rendus par les tribunaux de commerce du Mali lorsque le montant disputé est inférieur ou égal à cinq millions (Cf. art. 6, loi du 22 août 2000 instituant les tribunaux de commerce). En revanche, sont exclues du recours en cassation devant la CCJA, les décisions des cours suprêmes nationales. Ces dernières, lorsqu'elles interviennent notamment dans le domaine de compétence de la CCJA, ne peuvent faire l'objet que d'un recours en annulation devant la CCJA (V. art. 18 du Traité de l'OHADA. Au plan jurisprudentiel, v. par exemple : CCJA, ord. n° 2 du 13 juin 2001, *Caisse Nationale de Prévoyance Sociale (CNPS) du Cameroun et Maître Ebongo Alexandre Nemès c/ SARL Pamol Plantations Ltd*, obada.com, Obadata J-03-125 ; CCJA, 2^e ch., arrêt n° 013 du 27 mars 2008, *M. John Wofa-Kyei Amour c/ Ecobank Burkina S.A.*). Par conséquent, la CCJA saisie d'un recours en cassation relatif à une décision d'une cour suprême nationale doit se déclarer incompétente (*Cela est d'autant plus évident que la décision de la juridiction nationale de cassation est relative à l'application du droit national.* V. CCJA, arrêt n° 033 du 3 juillet 2008, *Pougoué Léocadie c/ Centre Pasteur*

du Cameroun ; CCJA, arrêt n° 1 du 27 janvier 2005, Chérif Souleymane c/ Société chronopost international Côte d'Ivoire, obada.com, Obadata J-05-183.). Malgré une fausse note relevée en 2003 (CCJA, arrêt n° 002 du 30 janvier 2003, *SDV-CI c/ CIVEXIM*, obada.com, Obadata J-03-110), on constate que dans l'ensemble la CCJA se déclare incompétente chaque fois qu'elle est saisie d'un recours en cassation portant sur une décision d'une juridiction nationale de cassation (V. dans ce sens : CCJA, arrêt n° 005 du 24 avril 2003, *BICICI c/ D.M. et BDM et fils*, obada.com, Obadata J-03-191).

De manière globale, chaque fois que la CCJA est saisie d'un recours en cassation contre une décision qui n'a pas été rendue en dernier ressort, elle doit se déclarer incompétente. C'est ainsi que dans une espèce, la CCJA s'est déclarée incompétente au motif que le jugement attaqué était une décision rendue sur opposition à une ordonnance d'injonction de payer et qui, au regard de l'article 15 de l'AUPSRVE, était susceptible d'appel (V. CCJA, arrêt n° 002 du 10 janvier 2002, *Société du Pari Mutuel Urbain du Mali (PMU-Mali) c/ Marcel Koné*). Dans une autre espèce, la CCJA s'est déclarée également incompétente pour connaître d'une ordonnance rendue par le Président du Tribunal de grande instance du Wouri en qualité de juge-commissaire. Selon la Cour, ladite ordonnance qui, conformément aux dispositions de l'article 40, alinéa 3 de l'AUPCAP, pouvait être frappée d'opposition dans un délai de huit jours ou faire l'objet d'une réformation ou annulation dans le même délai sur saisine d'office de la part du Tribunal de grande instance du Wouri, n'était pas susceptible de pourvoi en cassation devant la CCJA (V. CCJA, 1^{re} ch., arrêt n° 007 du 28 février 2008, *Société de Fournitures Industrielles du Cameroun dite SFIC S.A. c/ Liquidation Banque Méridien BIAO Cameroun*).

2 - Contentieux susceptible de fonder un recours en cassation devant la CCJA

27. L'article 14, alinéa 3 du Traité de l'OHADA et l'article 28.1 (c) du Règlement de procédure de la CCJA énoncent que, dans son rôle de juge de cassation, la CCJA est compétente pour deux types de contentieux : le contentieux relatif à l'application des actes uniformes et celui relatif à l'application des règlements.

28. Le contentieux des actes uniformes est sans aucun doute celui dans lequel la CCJA exprime dans toute son étendue sa mission de juge de cassation. Appelée à se prononcer sur les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions nationales du fond, elle jouit des mêmes pouvoirs que la plupart des juridictions nationales de cassation des pays de l'OHADA. Ainsi, elle peut, comme ces juridictions, rejeter le pourvoi lorsqu'il n'est pas fondé. Elle peut également, à l'image des juridictions nationales de cassation, casser la décision des juridictions nationales du fond lorsque ces dernières ont violé la loi. Mais, à la différence de la plupart des

juridictions nationales de cassation, la CCJA dispose après cassation, d'un pouvoir systématique d'évocation qui lui permet de statuer elle-même sur le fond du litige (*V. article 14, alinéa 5 du Traité de l'OHADA*).

Ce n'est toutefois pas l'ensemble du contentieux des actes uniformes qui devrait conduire à un recours en cassation devant la CCJA. L'article 5, alinéa 2 du Traité de l'OHADA consacre en droit pénal OHADA, un partage de compétence législative entre les actes uniformes et les législateurs nationaux. Tandis que les premiers réglementent les incriminations, les seconds déterminent les sanctions pénales encourues (*Pour un regard critique de cette situation, lire YAWAGA (S.), « Regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : le cas du droit pénal de l'OHADA », in AKAM AKAM (A.) (Sous la direction de), Les mutations juridiques dans le système OHADA, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 81 et s.*). Prolongeant au plan processuel ce partage de compétence législative, l'article 14, alinéa 3 *in fine* du Traité exclut de la compétence de la CCJA, les décisions appliquant les sanctions pénales. De la sorte, dans le contentieux pénal OHADA, la CCJA serait juge de cassation en ce qui concerne les incriminations, tandis que les juridictions nationales de cassation joueraient le même rôle en ce qui concerne les sanctions (*V. dans ce sens : CISSE (A.), in OHADA Sociétés commerciales et GIE, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 355; ANOUKAHA (F.), « L'OHADA en marche », Annales de la FSJP de l'Université de Dschang, PUA, t. VI, 2002, p. 17*). Mais, ce partage de compétences juridictionnelles, sans doute théoriquement concevable, poserait d'énormes difficultés dans sa mise en œuvre. En confiant le contentieux des incriminations et celui des sanctions à deux juridictions suprêmes différentes, le législateur entend séparer deux éléments objectivement indivisibles. Le contentieux de l'incrimination est indivisible de celui de la sanction. C'est parce qu'au regard des éléments constitutifs d'une infraction, une personne est reconnue coupable que le juge décide de lui appliquer une sanction. Comment le juge national de cassation pourrait-il statuer sur la sanction, alors qu'il n'est pas sûr que l'infraction est véritablement constituée pour être punissable ? On risque ainsi, avec le morcellement des compétences juridictionnelles en droit pénal OHADA, d'exposer les justiciables à des décisions juridictionnelles inconciliables. Ce serait le cas si au niveau de l'incrimination l'infraction n'est pas constituée alors que le présumé délinquant doit subir une sanction prononcée par une juridiction nationale de cassation (*V. aussi YAWAGA (S.), op. cit., p. 82-83*).

Si on s'accorde à dire que le contentieux pénal des actes uniformes ne doit pas être divisé entre la CCJA et les cours suprêmes nationales, il reste alors à déterminer la juridiction compétente pour connaître dudit contentieux. Le droit pénal étant une matière fortement marquée du sceau de la souveraineté des États (*En effet, « le pouvoir de police et le droit de punir sont... l'expression la plus achevée de la souveraineté de chaque État »*. *V. BORE (J.), « La difficile rencontre du droit*

pénal français et du droit communautaire », in Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André VITU, Paris, éd. Cujas, 1989, p. 25), le contentieux pénal des actes uniformes devrait être confié aux juridictions nationales de cassation. Ainsi, la CCJA serait incompétente pour toute décision à caractère pénal, même si celle-ci met en cause un acte uniforme (*V. POUGOUÉ (P.-G.), Présentation générale et procédure en OHADA, Yaoundé, PUA, 1998, p. 15; SOCKENG (R.), Droit pénal des affaires OHADA, Presses Minsi Le Competing, coll. Lebord, 1^{re} éd., mars 2007, p. 30-31. Bien que minoritaire, l'opinion en faveur de la compétence exclusive de la CCJA dans le contentieux pénal des actes uniformes a été soutenue dans la doctrine. V. LOHOUES-OBLE (J.), in Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 2^e éd., Juriscope, 2002, p. 44*).

29. En dépit des prévisions des articles 14, alinéa 3 et 28.1 (c) précités, l'admission des recours en cassation dans le contentieux des règlements pourrait susciter le doute. Ce doute trouverait essentiellement sa cause dans les textes de l'OHADA qui entretiennent à ce sujet une ambiguïté. On remarque en effet que, l'article 13 du Traité limite la compétence des juridictions nationales du fond en droit OHADA aux litiges relatifs à l'application des actes uniformes. Mais, à la grande surprise, l'article 14, alinéa 3 *in fine* crée la rupture avec l'article 13 en incluant dans la compétence de la CCJA, le contentieux des règlements. Quel texte faut-il faire prévaloir ?

En tout cas, dans la doctrine, des auteurs excluent du recours en cassation devant la CCJA le contentieux des règlements. Ainsi, pour les Professeurs J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, « Les règlements font partie intégrante du Traité qui ne règle que les rapports entre les organes de l'OHADA et entre cette organisation et les États parties ; les justiciables d'un recours en cassation ne peuvent donc pas, vraisemblablement, être concernés par le Traité et ses textes d'application mais uniquement par le droit substantiel porté par les actes uniformes. » (*V. ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), OHADA Harmonisation du droit des affaires, op. cit., n° 438*).

Dans un arrêt rendu en 2005 (*V. CCJA, 1^{re} ch., arrêt n° 29 du 31 mars 2005, Yombouno Hervé Fagbon c/ CCJA, ohada.com, Ohadata J-05-381*), la CCJA avait été saisie d'un litige relatif à l'application d'un règlement (*Il s'agissait en l'occurrence du Règlement portant statut des fonctionnaires de l'OHADA*). Dans cette affaire, le constat qui s'impose est que la CCJA n'avait pas à examiner une quelconque décision rendue en dernier ressort par une juridiction nationale du fond. En l'absence de décision à casser éventuellement, on ne peut pas affirmer que la CCJA faisait office de juge de cassation. La CCJA intervenait plutôt en qualité de juge de premier et dernier ressort. Ainsi, dans cette affaire, même si la CCJA avait été saisie par la voie d'un recours (*Dans l'arrêt cité de 2005, il est en effet indiqué que la Cour avait été saisie d'un recours. De quel recours s'agissait-il ? La question mérite d'être posée*), on ne peut pas, dans la confusion

qui existe au plan législatif sur la nature de ce recours, conclure qu'il s'agit d'un recours en cassation, dans la mesure où, examinant ce recours, la CCJA ne faisait pas office de juge de cassation.

Même si ce sont des hypothèses peu fréquentes, on pourra cependant imaginer des cas dans lesquels, bien qu'intervenant dans le contentieux des règlements, la CCJA ferait office de juge de cassation. La justification en est que, l'argument selon lequel « les règlements font partie intégrante du Traité qui ne règle que les rapports entre les organes de l'OHADA et entre cette organisation et les États parties » est discutable. Dans certaines hypothèses (bien qu'elles ne soient pas nombreuses), les règlements sont dotés d'un effet direct, ce qui signifie qu'ils créent des droits et des obligations à l'égard des particuliers, soit dans leurs relations réciproques, soit dans leurs relations avec les États membres. On peut, en guise d'exemple, citer l'article 46-1 du Règlement de procédure de la CCJA qui impose aux États deux obligations dont les bénéficiaires sont les particuliers. D'une part, ils doivent désigner l'autorité nationale compétente pour apposer la formule exécutoire sur les arrêts de la CCJA, préalablement à leur exécution forcée. D'autre part, l'apposition de cette formule exécutoire doit se faire sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre. Si, à la suite d'un arrêt de la CCJA, le justiciable ne peut procéder à l'exécution forcée à cause de la non-désignation de l'autorité compétente pour l'apposition de la formule exécutoire, ou parce que la formule exécutoire a été refusée alors que le titre exécutoire était authentique, il est clair que la personne victime ne peut pas directement saisir la CCJA de la question (*v. dans ce sens, CCJA, 2^e Ch., arrêt n° 027 du 30 avril 2008, Société African Petroleum Consultants dite APC c/ État du Cameroun, op. cit.*). Il resterait cependant à la personne victime la possibilité de saisir les juridictions nationales inférieures d'une action en réparation contre l'État défaillant au cas où elle aurait subi un préjudice (*l'action étant dirigée contre l'État, les juridictions nationales compétentes seront le plus souvent les juridictions administratives*). Si cette personne n'obtient pas gain de cause, elle serait fondée à saisir la CCJA d'un recours en cassation conformément à l'article 14 du Traité de l'OHADA et à l'article 28 du Règlement de procédure de la CCJA.

En définitive, pour que le contentieux d'une norme OHADA puisse déboucher sur un recours en cassation devant la CCJA, il suffit que la norme en question soit dotée de l'effet direct et que les juridictions nationales inférieures aient été préalablement saisies du litige. Dans la mesure où l'ensemble du droit OHADA est virtuellement doté d'un effet direct (*v. supra n° 2*), il faut conclure que le contentieux de toutes les normes OHADA peut déboucher sur un recours en cassation devant la CCJA. L'assertion se vérifie aisément par rapport au Traité de l'OHADA, dont certaines dispositions comme l'article 23, l'article 10 ou même l'article 13 sont dotés de l'effet direct (*pour un exemple de recours en*

cassation fondé sur l'article 23 du Traité, v. CCJA, 1^{re} Ch., arrêt n° 020 du 24 avril 2008, Sow Yérim Abib c/ Ibrahim Souleymane Aka et Koffi Sabouot Cédric. Pour un exemple de recours fondé sur les articles 10 et 13 du Traité de l'OHADA, v. CCJA, 1^{re} Ch., arrêt n° 011 du 29 mars 2007, Olivia Yaovi et autres c/ Banque Internationale pour l'Afrique au Togo dite BIA-Togo S.A., Rec., n° 9, janvier-juin 2007, p. 79 et s.)

30. Juge de cassation, la compétence de la CCJA s'étend en définitive à l'ensemble du contentieux du droit OHADA, à l'exception du contentieux pénal. Sont par conséquent exclus de la compétence de la CCJA, le contentieux relatif à l'application du droit national et celui relatif à l'application des autres législations communautaires en vigueur dans l'espace OHADA. Saisie d'un recours en cassation dans ces différents contentieux, la CCJA doit naturellement se déclarer incompétente (*V. CCJA, ord. n° 01 du 12 janvier 2005, Michel Stuyck c/ Société ivoirienne de banque dite SIB, obada.com, Obadata J-06-05. Dans cette affaire, la CCJA se déclara incompétente au motif que le recours en cassation était fondé sur la violation des articles 66, 95 et 125 du Règlement de l'UEMOA relatif aux systèmes de paiement. De surcroît, ce recours était dirigé contre un arrêt de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire ! V. également CCJA, ord. n° 001 du 13 juin 2001, Ebongo Alexandre Nêmes c/ Compagnie camerounaise d'Assurance et de Réassurance SA CCAR (AXA Assurances), obada.com, Obadata J-03-124. Dans cette affaire, la CCJA se déclara incompétente au motif que le requérant invoquait les dispositions du Code CIMA et celles du Code Civil camerounais. V. aussi : CCJA, arrêt n° 19 du 17 juin 2004, Société guinéenne d'assurances mutuelles dite SOGAM c/ Société nationale d'assurances mutuelles dite SONAM et autres, obada.com, Obadata J-04-380 ; CCJA, arrêt n° 051 du 21 juillet 2005, Société Texaco Côte d'Ivoire dite Texaco-CI c/ La Société Groupe Frégate, obada.com, Obadata J-06-29 ; CCJA, arrêt n° 004 du 27 mars 2003, (F.M.C./P.B.), obada.com, Obadata J-03-190 ; CCJA, ord. n° 002 du 26 avril 2000, Samba Sow c/ Petroca, obada.com, Obadata J-03-123 ; CCJA, 1^{re} ch., arrêt n° 24 du 31 mars 2005, Société générale prestation service dite GPS c/ Société Catering service dite CIS, obada.com, Obadata J-05-376 ; CCJA, arrêt n° 016 du 26 avril 2007, Compagnie internationale de transit, transport, manutention et aconage S.A. dite CITTMA c/ Fezeu Paul, Rec. de jurisprudence de la CCJA, n° 9, janvier-juin 2007, p. 14 et s. ; etc. Dans toutes ces affaires, la CCJA se déclare incompétente au motif que les requérants invoquaient la violation des dispositions du droit national.*)

Toutefois, à propos des droits communautaires de la CIMA et de l'OAPI qui n'ont pas institué de Cour de justice communautaire chargée de garantir l'unité de la jurisprudence communautaire, des auteurs ont clairement exprimé leur volonté de voir la CCJA y jouer le rôle de cour régulatrice (*Dans ce sens, v. : POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU ELONGO (Y.-R.), Introduction critique à l'OHADA, op. cit., n° 62 ; LOHOUES-OBLE (J.), « Le Traité*

OHADA, 5 ans après », *Les grands débats du CAFIDA*, 14 mars 2003, *obada.com*, *Obadata D-03-06*, p. 23 ; ISSA-SAYEGH (J.), « L'extension du champ de l'OHADA », *Communication au colloque ARPEJE/IDEF, Porto-Novo, 3-5 mai 2004*, *obada.com*, *Obadata D-04-03*, p. 5.). Une telle suggestion est compréhensible et mérite d'être approuvée dans la mesure où elle permettra d'éviter le morcellement de la jurisprudence relative à l'application de ces droits communautaires (*On pourrait d'ailleurs imaginer, pour assurer la cohérence de la démarche, que les actes dérivés de ces diverses organisations soient repris dans des actes uniformes, après une concertation entre l'OHADA et ces autres organisations d'intégration.*).

b - Zones d'ombre

31. Il y a deux types de litiges à propos desquels, doctrine et jurisprudence n'arrivent pas à s'entendre s'ils doivent oui ou non relever de la compétence de la CCJA. Il s'agit des pourvois hybrides ou complexes (1) et des litiges connexes (2).

1 - Controverse sur la juridiction compétente en matière de pourvois hybrides

32. Les pourvois hybrides ou complexes sont ceux qui soulèvent à la fois des questions de droit national et des questions de droit OHADA. Ces pourvois doivent-ils être portés devant la CCJA ou devant les cours suprêmes nationales ? Par rapport à cette interrogation, on observe une opposition entre les solutions proposées par la doctrine (1.1) et les solutions retenues par la jurisprudence (1.2).

1.1- Solutions doctrinales

33. Parmi les solutions proposées par la doctrine, deux retiennent particulièrement l'attention. Il s'agit du dessaisissement (1.1.1) et du renvoi préjudiciel (1.1.2).

1.1.1- Dessaisissement

34. Pour les tenants du dessaisissement, la solution au problème des pourvois hybrides repose, non dans une remise en cause du système actuel, mais dans une exploitation judicieuse des textes de l'OHADA. Il résulte en effet des articles 14, alinéa 3 et 15 du Traité de l'OHADA ainsi que de l'article 51 du Règlement de procédure de la CCJA que, dans tous les litiges dans lesquels l'application des actes uniformes serait en cause, la compétence exclusive pour en connaître est attribuée à la CCJA. Peu importe à ce niveau que les Actes uniformes soient en cause avec le droit national ou non, « dès lors qu'une affaire met en cause le droit uniforme, elle devrait être déférée devant la CCJA et seulement devant elle. » (FOMETEU (J.), « *Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation* », in AKAM

AKAM (A.) (Sous la direction de), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 65.). Par conséquent, et conformément à l'article 15 du Traité de l'OHADA et à l'article 51 du Règlement de procédure de la CCJA, la cour suprême nationale, saisie d'un pourvoi hybride doit le renvoyer à la CCJA ; ce qui entraîne dessaisissement de la première au profit de la seconde (V. MEYER (P), « *Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA*, UEMOA, CEDEAO », *Séminaire régional de sensibilisation sur le droit communautaire de l'UEMOA organisé à Ouagadougou du 6 au 10 octobre 2003*, Paris, éd., Giraf, 2004, p. 9 ; du même auteur, « *La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA* », *Penant*, n° 855, *obada.com*, *Obadata D-06-50*, n° 20. *Rapp. POUYOUÉ (P.-G.)*, « *Présentation générale du système OHADA* », *op. cit.*, n° 21.). Le dessaisissement au profit de la CCJA a lieu pour l'ensemble du litige, c'est-à-dire à la fois les questions de droit national et les questions de droit OHADA (V. FOMETEU (J.), *op. cit.*, p. 66).

Toutefois, bien que saisie de l'ensemble du litige, il reviendra à la CCJA de discriminer « les points du droit national qui, parce qu'ils sont susceptibles d'influer sur l'issue du litige, doivent être de nouveau renvoyés à la sagacité des juridictions nationales de cassation. » (*Ibid.*). Les juridictions nationales de cassation saisies sur renvoi de la CCJA se limiteraient à interpréter les questions de droit national et les renverraient à leur tour pour application à la CCJA. En d'autres termes, en cas de pourvois hybrides, la compétence reviendrait pour le tout (les questions de droit national et les questions de droit OHADA) à la CCJA, avec cette précision que la CCJA trancherait les questions de droit national à la lumière de l'interprétation qu'en a fournie la cour suprême nationale dont le droit est en cause.

La compétence exclusive reconnue à la CCJA en matière de pourvois hybrides ne fait cependant pas obstacle à la mise en œuvre de l'article 17 du Traité de l'OHADA (*Aux termes de cet article : « L'incompétence manifeste de la cour commune de justice et d'arbitrage peut être soulevée d'office ou par toute partie au litige in limine litis. La Cour se prononce dans les trente jours qui suivent la date de réception des observations de la partie adverse ou celle d'expiration du délai imparti pour la présentation desdites observations. »*). Bien que saisie d'un pourvoi hybride, rien n'empêche à la CCJA, d'office, de relever son incompétence, ou au défendeur au pourvoi de décliner la compétence de cette juridiction (*Cette incompétence peut être relevée, soit in limine litis lorsqu'elle est manifeste, soit en tout état de cause lorsqu'elle n'est pas manifeste. V. FOMETEU (J.), op. cit., p. 65-66.*), dès lors qu'il apparaît finalement que la question qui focalise le débat est la question de droit national et que celle du droit uniforme ne soulève aucune difficulté (V. FOMETEU (J.), *op. cit.*, p. 66.). Mais, si ce sont à la fois les questions de droit OHADA et les questions de droit national qui focalisent effectivement le débat, l'utilisation de l'article 17, notamment par l'une des parties au litige, serait vouée à l'échec,

à partir du moment où la compétence exclusive dans ce type de litige est reconnue à la CCJA.

35. On ne peut nier que, dans une large mesure, la solution du dessaisissement correspond à l'esprit du système de résolution des conflits de compétence entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation. Dans ce système, la CCJA a été érigée en juge des conflits (*V. infra n° 55 et s.*). Autrement dit, dans ce système, la CCJA est à la fois juge et partie. De la même manière, en cas de pourvois hybrides, la solution du dessaisissement préconise que ce soit la CCJA qui décide du degré d'implication effective du droit national et du droit de l'OHADA. Après quoi, il lui revient, soit de retenir sa compétence exclusive lorsque notamment le pourvoi soulève à la fois des questions de droit national et des questions de droit OHADA, soit de renvoyer le litige à la cour suprême nationale lorsqu'il apparaît que la question au centre des débats est une question de droit national. En d'autres termes, dans un litige qui suscite la compétence concurrente de la CCJA et des juridictions nationales de cassation, c'est finalement à la CCJA qu'il revient d'indiquer la juridiction compétente. La cour suprême nationale n'ayant pour seule attitude que de se plier à la décision de la CCJA, sans possibilité de contestation.

Toutefois, en confiant à la CCJA le règlement des pourvois hybrides ou complexes, la solution du dessaisissement est allée au-delà de ce que permet d'envisager le système de résolution des conflits de compétence entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation. En octroyant à la CCJA le pouvoir d'appliquer le droit national (même si c'est conformément à l'interprétation fournie par la juridiction nationale de cassation) en cas de pourvois hybrides, le dessaisissement fait mieux que reconnaître à la CCJA le rôle de juge et partie. En effet, non seulement le dessaisissement permet à la CCJA de trancher un conflit de compétence dans lequel elle est impliquée, mais en plus il permet à la CCJA d'appliquer le droit national alors que ce dernier relève de la compétence exclusive des juridictions nationales de cassation. Au bout du compte, on peut logiquement craindre que le dessaisissement aboutisse à une interprétation du droit national différente selon qu'on se trouve devant la CCJA ou devant les cours suprêmes nationales. C'est principalement cet inconvénient que permet d'éviter la solution du renvoi préjudiciel.

1.1.2- Renvoi préjudiciel

36. Au regard de la délimitation des compétences, les litiges relatifs à l'application des actes uniformes relèvent de la compétence exclusive de la CCJA tandis que ceux relatifs au droit national relèvent exclusivement des cours suprêmes nationales. En toute logique, lorsque l'une de ces juridictions a à trancher un pourvoi hybride ou complexe, elle doit se limiter uniquement aux questions qui relèvent de sa compétence et ren-

voyer les autres questions à l'autre juridiction. Mais, cette solution conforme à la délimitation des compétences entre la CCJA et les cours suprêmes nationales aurait l'inconvénient de dissocier le litige au point de compromettre gravement la cohérence des solutions à intervenir. C'est pourquoi une partie de la doctrine propose qu'en présence des pourvois hybrides ou complexes, la meilleure solution consisterait à faire recours à la technique des questions préjudicielles (*V. LEVOA AWONA (S.P.), Les compétences juridictionnelles dans l'espace OHADA et l'espace CEMAC, Thèse, Université de Yaoundé II-Soa, 2009, n° 446 et s.*). Lorsqu'un pourvoi en cassation est formé devant une cour suprême nationale par exemple, il va de soi qu'au cas où l'une des parties au pourvoi soulèverait un argument tiré de la violation d'un Acte uniforme, il s'agirait là d'une question préjudicielle parce qu'elle relèverait de la compétence exclusive de la CCJA (*La question préjudicielle en droit processuel interne se définit comme celle qui relève de la compétence exclusive d'une juridiction autre que celle saisie du litige principal.*). La juridiction nationale de cassation en face d'une telle situation devrait par conséquent surseoir à statuer et renvoyer la question relative à l'interprétation du droit de l'OHADA à la CCJA. La CCJA, une fois saisie, se prononcerait sur le sens à donner à la disposition litigieuse. L'interprétation de la CCJA serait par la suite transmise à la cour suprême nationale qui serait tenue de trancher le litige relativement aux questions du droit de l'OHADA conformément à l'interprétation fournie par la CCJA. Il va sans dire que, pour être véritablement efficace, la démarche qui vient d'être proposée doit être symétrique. Autrement dit, lorsqu'un pourvoi formé devant la CCJA soulève, outre des questions de droit OHADA, des questions de droit national, il faudrait aussi imposer à la CCJA de surseoir à statuer et de renvoyer ces questions de droit national à la juridiction suprême nationale. De la même manière, les interprétations que donnerait la cour suprême nationale du droit national à cette occasion devraient s'imposer à la CCJA dont le rôle se limiterait à les appliquer fidèlement au cas d'espèce.

37. Le recours à la technique du renvoi préjudiciel comme solution aux pourvois hybrides ou complexes est justifié par le souci de maintenir l'unité d'interprétation des droits nationaux et du droit de l'OHADA. Il est clair que si on permet à la CCJA d'interpréter et d'appliquer les droits nationaux, rien ne garantirait que les interprétations qui seraient retenues par cette juridiction seraient conformes à celles des cours suprêmes nationales. Cette inquiétude est également justifiée au sujet des cours suprêmes nationales au cas où on leur permettrait d'interpréter et d'appliquer les Actes uniformes. Ainsi, au-delà du seul respect du droit, la solution du renvoi préjudiciel se justifie par un souci de cohérence. Un droit dont l'unité d'application est confiée à deux juridictions suprêmes s'expose forcément à des

interprétations divergentes. Au-delà de la cohérence jurisprudentielle, c'est finalement la protection des justiciables qui est au cœur des préoccupations des auteurs qui soutiennent le renvoi préjudiciel. Le justiciable en face des interprétations divergentes émanant de deux juridictions suprêmes à propos d'une même question de droit ne saurait plus finalement dans quel sens se situe le droit positif.

1.2- Solutions jurisprudentielles

38. Elles diffèrent sensiblement selon qu'on se trouve devant les cours suprêmes nationales (1.2.1) ou devant la CCJA (1.2.2).

1.2.1 - Pourvois hybrides devant les cours suprêmes nationales

39. Parmi les solutions retenues par les cours suprêmes nationales au problème des pourvois hybrides ou complexes, il y a une qui capte particulièrement l'attention par son caractère à la fois élaboré et audacieux : c'est la solution retenue par la Cour Suprême du Niger dans un arrêt rendu le 16 août 2001 (*C.S. du Niger, arrêt n° 01-158/c, Snar Leyma c/ Groupe Hima Souley, obada.com, Obadata J-02-28, RBD, 2002, p. 21 et s., obs. D. ABARCHI ; KANTE (A), « La détermination de la juridiction compétente pour statuer sur un pourvoi formé contre une décision rendue en dernier ressort en application des actes uniformes (observations sur l'arrêt de la Cour Suprême du Niger du 16 août 2001) », obada.com, Obadata D-02-29, p. 1-4 ; MEYER (P), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », Penant, n° 855, obada.com, Obadata D-06-50, n° 19 et s. ; MEYER (P), « Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA et CEDEAO », Séminaire sous régional de sensibilisation sur le droit communautaire de l'UEMOA organisé à Ouagadougou du 6 au 10 octobre 2003, Paris, éd. Giraf, 2004, p. 7 et s. En dehors de la solution de la Cour Suprême du Niger, on observe comme autre solution le renvoi. Confrontées à des pourvois mixtes, les juridictions nationales de cassation qui appliquent cette solution renvoient l'ensemble du litige à la CCJA. V. par exemple : CCJA, arrêt n° 013 du 29 juin 2006, Agence d'exécution de travaux d'intérêt public pour l'emploi dite AGETIPE-Mali c/ Société Smeets & Zonen, Rec., n° 7, janvier-juin 2006, p. 70 et s. Pour une analyse approfondie de cette décision de justice, v. infra n° 42 et s. D'autres juridictions ont recours en guise de solution au sursis à statuer. C'est le cas de la Cour de cassation du Sénégal. V. cass. 18 février 2004, n° 53, La Société nationale de recouvrement dite SNR c/ La société générale de banque au Sénégal dite SGBS ; cass., 19 janvier 2005, n° 36, Jamal Saleh c/ La Société Ulman ; cass., 19 janvier 2005, n° 37, Alioune Babou c/ Mbacké Drame.). L'affaire à l'origine de ce célèbre arrêt opposait la Société Nigérienne d'Assurance et de Réas-*

surance Leyma (SNAR Leyma) au Groupe Hima Souley. Une assemblée générale tenue courant décembre 1999 décidait de la recapitalisation de la SNAR Leyma par l'émission de 70 000 actions nouvelles. L'assemblée générale décidait également d'ouvrir le capital social à de nouveaux partenaires. C'est dans cet ordre d'idées que le Groupe Hima Souley fit part de son intention de participer à cette recapitalisation par la souscription de quelques actions. Pour la supervision de cette opération de recapitalisation, un notaire, en la personne de Maître Mayaki Oumarou, avait été choisi par la direction générale de la SNAR Leyma, avec pour mission de recevoir les souscriptions et les libérations qui seraient effectuées et de verser ces dernières dans un compte ouvert à la SONIBANK.

Face au refus obstiné du conseil d'administration de la SNAR Leyma de convoquer une assemblée générale, le Groupe Hima Souley, qui soutenait avoir libéré ses actions, va saisir le président du tribunal de Niamey d'une requête en date du 20 avril 2001, aux fins d'obtenir de ce juge la désignation d'un administrateur judiciaire qui aurait pour mission de convoquer une assemblée générale des actionnaires. Le 23 avril 2001, le président du tribunal de Niamey, par ordonnance n° 0352/PTR/NY, donna satisfaction au Groupe Hima Souley en désignant Maître Mayaki Oumarou administrateur judiciaire. Le 27 avril 2001, la SNAR Leyma saisissait le juge des référés aux fins d'obtenir la rétractation de l'ordonnance du 23 avril 2001. Par ordonnance n° 89/TR/NY/ 2001 en date du 10 mai 2001, le juge des référés du tribunal régional de Niamey déboutait la SNAR Leyma de sa demande. Sur appel formé par la SNAR Leyma, l'ordonnance du 10 mai 2001 sera confirmée par la cour d'appel de Niamey dans un arrêt du 23 mai 2001. La SNAR Leyma forma alors contre cet arrêt un pourvoi en cassation devant la Cour Suprême du Niger.

Au soutien de son pourvoi, la SNAR Leyma invoque le fait que les juges d'appel ont violé l'article 809 du code de procédure civile du Niger en ce qu'ils ont reconnu la qualité d'actionnaire au Groupe Hima Souley, alors que l'article précité dispose que, « les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal. » La Cour Suprême du Niger relève par la suite, un moyen d'office, tiré de l'irrégularité de la procédure de désignation du mandataire judiciaire telle que réglée par l'article 516 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE. Pour sa part, le défendeur au pourvoi, le Groupe Hima Souley, soulevait une exception d'incompétence et une fin de non-recevoir. L'exception d'incompétence soutenait que la Cour Suprême du Niger était incompétente, dès lors que dans le litige étaient en cause des questions liées à l'application des Actes uniformes. Quant à la fin de non-recevoir, elle invoquait la non-inscription en faux contre la déclaration notariée de souscription et de versement.

40. Il va sans dire que dans le cadre de ce travail, les analyses porteront essentiellement sur le moyen de

défense fondé sur l'incompétence de la Cour Suprême du Niger. À propos des moyens de cassation et de la fin de non-recevoir, il convient d'indiquer rapidement le sort qui leur a été réservé par la Cour Suprême du Niger.

Le moyen de cassation tiré de la violation de l'article 809 du code de procédure civile a été accueilli favorablement par la Cour Suprême du Niger. Celle-ci estime effectivement que les juges d'appel ont dépassé leurs pouvoirs de juges des référés en reconnaissant la qualité d'actionnaire au Groupe Hima Souley. Dans le moyen qu'elle avait relevé d'office, la Cour Suprême du Niger avait estimé que la désignation du mandataire judiciaire avait été effectuée selon une procédure inappropriée. Pour la Cour Suprême du Niger en effet, l'article 516 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE invoqué par le Groupe Hima Souley pour obtenir la désignation d'un mandataire judiciaire spécifie que cette désignation ne peut intervenir que selon la procédure du bref délai et en cas d'urgence. Et, toujours selon la Cour Suprême du Niger, l'utilisation des notions de « bref délai » et « d'urgence » démontre que seule la voie du référé, procédure contradictoire est ouverte pour la désignation du mandataire judiciaire. Or, en l'espèce, le président du tribunal de Niamey qui avait nommé le mandataire judiciaire par une ordonnance sur requête, sans procédure contradictoire, avait violé les prévisions de l'article 516 précité. Enfin, la fin de non recevoir pour non-inscription en faux contre la déclaration notariée de souscription et de versement sera rejetée par la Cour Suprême du Niger au motif qu'elle n'était pas étayée par des moyens juridiques.

Il convient à présent d'examiner le moyen de défense tiré de l'incompétence de la Cour Suprême du Niger. Pour le Groupe Hima Souley qui s'appuie sur l'article 14, alinéa 3 du Traité de l'OHADA, le litige qui l'oppose à la SNAR Leyma est de la compétence de la CCJA puisqu'il met en cause l'application de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE.

Face à une telle argumentation, la Cour Suprême du Niger admet effectivement que dans les litiges relatifs à l'application des actes uniformes, c'est la CCJA qui doit être saisie d'éventuels recours en cassation. La Cour Suprême du Niger rappelle d'ailleurs à ce propos que cette saisine peut être, soit l'œuvre des parties demandesses, soit l'œuvre de la juridiction nationale de cassation. La Cour Suprême du Niger rappelle aussi qu'aux termes de l'article 18 du Traité de l'OHADA, la juridiction nationale de cassation qui statuerait dans un litige relatif à l'application du droit de l'OHADA pourrait voir sa décision annulée par la CCJA si certaines conditions sont réunies. Néanmoins, pour la Cour Suprême du Niger, tout ceci n'est valable que si le recours en cassation est fondé exclusivement sur les dispositions des Actes uniformes. Lorsque, comme dans l'espèce, le recours en cassation soulève, outre les dispositions des Actes uniformes, celles du code de procédure civile, du code civil et du code CIMA, il appartient à la cour suprême nationale de saisir la CCJA des questions spé-

cifiques aux actes uniformes. Pour la Cour Suprême du Niger, la saisine de la CCJA des questions spécifiques aux actes uniformes est soumise à deux conditions : il faut d'abord que l'application des Actes uniformes ait été prépondérante pour la prise de la décision attaquée ; il faut ensuite que le pourvoi soit surtout basé sur les dispositions d'Actes uniformes. En d'autres termes, il faut que dans le litige, les dispositions du droit uniforme aient été prépondérantes, cette prépondérance devant s'apprécier à la fois au niveau de la décision attaquée et au niveau du pourvoi en cassation. Si cette condition n'est pas remplie à l'un ou à l'autre niveau, la juridiction suprême nationale est compétente pour statuer sur l'ensemble du litige, y compris les moyens fondés sur les dispositions du droit uniforme.

41. L'arrêt de la Cour Suprême du Niger rendue dans l'affaire SNAR Leyma, qui a le mérite de proposer une solution à un problème qui a été ignoré par le législateur de l'OHADA, a cependant été critiqué par la doctrine.

La solution élaborée par la Cour Suprême du Niger a d'abord été contestée dans son fondement. Pour la Cour Suprême du Niger, lorsqu'un pourvoi en cassation soulève à la fois les questions de droit OHADA et les questions de droit national, « il appartient à la cour suprême nationale de saisir la cour commune des questions spécifiques aux actes uniformes. » Or, pour le Professeur Pierre MEYER, la possibilité de saisir la CCJA de recours consultatifs n'a été reconnue qu'aux juridictions nationales du fond (*article 13 et 14 alinéa 2 du Traité de l'OHADA. V. MEYER (P.), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », op. cit., n° 20. Dans le même sens, v. GLAUBERT (C.), La question préjudicielle en droit OHADA et en droit communautaire, Mémoire DEA, Université de Paris 2, 2002-2003, obada.com, Obadata D-05-20, p. 3. Contra ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., p. 171, note de bas de page n° 1*). En d'autres termes, la procédure de saisine de la CCJA qu'évoque la Cour Suprême du Niger n'a aucun fondement juridique.

La solution de la Cour Suprême du Niger a ensuite été critiquée au niveau de la méthode. Pour la Cour Suprême du Niger, c'est la notion de prépondérance qui sert de base dans la détermination de la juridiction suprême compétente. Si c'est le droit national qui est prépondérant dans le litige, c'est la cour suprême nationale qui est compétente. Si c'est le droit de l'OHADA qui est prépondérant, c'est la CCJA qui est compétente. Or, comme le souligne un auteur, la notion de prépondérance est incertaine (*TJOUEN (A.-F.), Les rapports entre les juridictions suprêmes nationales et la cour commune de justice et d'arbitrage de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), Thèse, Paris 2, 2006, p. 290*). La Cour Suprême du Niger n'énonce aucun critère qui puisse permettre de déduire la prépondérance d'un droit sur l'autre (*Dans le même sens, v. ISSA-SAYEGH (J.), « L'ordre juridique OHADA », Communication au Colloque ARPEJE/IDEF, Porto-Novo, 3-5 mai 2004, obada.*

com, *Obadata D-04-02*, p. 5; du même auteur, « *Conflits entre droit communautaire et droit régional dans l'espace OHADA* », *obada.com*, *Obadata D-06-05*, op. cit., p. 6). La prépondérance dont parle la Cour Suprême du Niger doit-elle se mesurer qualitativement ou quantitativement ? La notion de prépondérance est en outre dangereuse. D'une part, comme le relève le Professeur Pierre MEYER, dans le système proposé par la Cour Suprême du Niger, c'est à la juridiction nationale de cassation saisie qu'il revient de se prononcer sur le caractère prépondérant ou non du droit uniforme OHADA. Ceci revient à dire que c'est finalement la juridiction suprême nationale « qui statuera sur la compétence ou l'incompétence de la CCJA » (MEYER (P.), « *La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA* », op. cit., n° 20. V. aussi BONZI (B.J.C.), *Commentaire du règlement de procédure de la cour commune de justice et d'arbitrage*, in *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., op. cit., p. 69-70). On n'est pas loin d'un système qui érige les cours suprêmes nationales en juges des conflits qui les opposent à la CCJA ; système aux antipodes de celui mis en place par le législateur de l'OHADA (Cf. *infra* n° 55 et s.) D'autre part, en permettant qu'à travers la notion de prépondérance, les juridictions nationales de cassation statuent sur les dispositions des actes uniformes la solution proposée par la Cour Suprême du Niger est « contraire à la lettre et à l'esprit de l'article 14 alinéa 1^{er} du Traité de l'OHADA qui donne une compétence exclusive à la CCJA en matière d'interprétation des actes uniformes » (KANTE (A.), « *La détermination de la juridiction compétente pour statuer sur un pourvoi formé contre une décision rendue en dernier ressort en application des actes uniformes (observations sur l'arrêt de la Cour Suprême du Niger du 16 août 2001)* », op. cit., p. 25).

1.2.2- Pourvois hybrides devant la CCJA

42. Confrontée au problème des pourvois complexes, la CCJA se prononce à la fois sur les questions de droit national et sur celles de droit uniforme. Plusieurs arrêts ont déjà été rendus dans ce sens par la CCJA. Il en est ainsi de l'arrêt rendu dans l'affaire Agence d'exécution des travaux d'intérêt public pour l'emploi dite AGETIPE-Mali c/ Société Smeets & Zonen (Arrêt n° 013 du 29 juin 2006, Rec., n° 7, janvier-juin 2007, p. 70 et s. Adde CCJA, arrêt n° 014 du 29 juin 2006, Société Equipagro Côte d'Ivoire dite EQUIPAGRO-CI SARL c/ Boubacar Keita, Rec., n° 7, janvier-juin 2006, p. 45 et s. ; CCJA, arrêt n° 023 du 16 novembre 2006, Société africaine de crédit automobile dite SAFCA et Société africaine de crédit-bail dite SAFBAIL c/ Société Air Continental, Rec., n° 8, juillet-décembre 2006, p. 27 et s. ; CCJA, arrêt n° 032 du 22 novembre 2007, Thomas Christophe Emmanuel Wielezynski c/ Cofipa Investment Bank Côte d'Ivoire S.A., Rec., n° 10, juillet-décembre 2007, p. 19 et s.). Dans cette affaire, par jugement du 14 mars 2001, le tribunal de commerce de Mopti (Mali) avait condamné l'AGETIPE, tiers saisi, à payer à la société Smeets & Zonen, la somme

de 51 959 715 F CFA représentant les causes de la saisie, pour une saisie-attribution pratiquée le 21 août 2000. La même décision condamnait par ailleurs la même société au paiement d'une somme de 5 000 000 F CFA au titre des dommages-intérêts et ordonnait l'exécution provisoire de ces montants jusqu'à concurrence des trois quarts (3/4). L'AGETIPE interjeta appel de cette décision le 29 février 2002. Dans son appel, l'appelante invoquait d'abord l'article 36 du code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali qui dispose que « les étrangers demandeurs principaux ou intervenants seront tenus, si le défendeur le requiert avant toute exception, de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamnés. » L'AGETIPE, au regard de ce texte, réclamait le paiement par la société Smeets & Zonen d'une somme de 20. 000. 000 FCFA pour une éventuelle condamnation à des dommages-intérêts, dans la mesure où, au premier degré de juridiction, la société Smeets & Zonen occupait la place de demanderesse à l'instance. Dans son appel, l'AGETIPE contestait également sa condamnation au paiement des causes de la saisie au motif que le jugement attaqué avait perdu son fondement juridique du fait de la mainlevée amiable de la saisie attribution consentie par l'huissier poursuivant. L'appelante critiquait enfin sa condamnation au paiement des dommages-intérêts au motif qu'une telle condamnation en plus du principal reviendrait en quelque sorte à payer des dommages-intérêts en plus d'autres. La Cour d'appel de Mopti, par arrêt du 10 juillet 2002, rejeta l'exception de *cautio judicatum solvi* et confirma dans toutes ses dispositions le jugement attaqué. Contre l'arrêt de la Cour d'appel de Mopti, l'AGEDIPE forma deux recours en cassation, l'un devant la Cour Suprême du Mali le 10 juillet 2002 et l'autre devant la CCJA le 12 novembre 2002. Après avoir été saisie du recours formé par AGEDIPE, la Cour Suprême du Mali le renvoya, par application de l'article 15 du Traité, à la CCJA. Parmi les moyens invoqués par le requérant à l'appui de son pourvoi, il y avait celui fondé sur la violation de l'article 453 du code de procédure commerciale et sociale du Mali. Ce texte dispose que, « après la clôture des débats, les parties ne peuvent déposer aucune note à l'appui de leurs observations, si ce n'est en vue de répondre aux arguments développés par le Ministère public, ou à la demande du Président dans les cas prévus aux articles 450 et 452 ci-dessus. » Or, dans l'instance devant la juridiction d'appel, Maître Nouhoum Camara, Conseil de la Société Smeets & Zonen avait, par lettre du 27 juin 2002 adressée au Président de la Cour d'appel, fait des observations en réplique aux Conclusions en date du 17 avril 2002 de l'AGEDIPE, alors que l'affaire avait déjà été plaidée et mise en délibéré.

43. La CCJA commença l'examen du pourvoi par le moyen tiré de la violation de l'article 453 du code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali. Sur ce premier moyen, la Cour donna gain de cause à l'AGEDIPE. Selon la Cour en effet, la lettre de Maître Nouhoum

Camara du 27 juin 2002 devait s'analyser comme une note en délibéré ne respectant pas les prescriptions de l'article 453 précité dans la mesure où, ladite lettre n'était pas faite en vue de répondre aux arguments du Ministère Public ou à la demande du Président, mais plutôt en réplique aux conclusions de l'appelante. De surcroît, la Cour d'appel en prenant en compte cette lettre dans sa décision sans recueillir les observations de la partie adverse après avoir rabattu le délibéré, avait rompu le principe du contradictoire. L'admission de ce premier moyen conduisit la CCJA à casser l'arrêt de la Cour d'appel. Après évocation la CCJA se prononça ensuite sur l'exception de *cautio judicatum solvi*, la condamnation au paiement des causes de la saisie et aux dommages-intérêts.

- Le moyen fondé sur la violation de l'article 36 du code de procédure civile, commerciale et sociale sera rejeté par la CCJA. Selon la Cour, il incombait à l'AGEDIPE, au moment où elle était défenderesse en première instance, de soulever l'exception de *cautio judicatum solvi*. Ne l'ayant pas fait devant les premiers juges, elle ne pouvait plus valablement le faire devant la Cour d'appel où elle occupait la place de demanderesse. Or, au regard de l'article 36, seuls les étrangers demandeurs principaux ou intervenants peuvent se voir opposer l'exception de *cautio judicatum solvi*.
- Sur la condamnation au paiement des causes de la saisie, l'AGEDIPE aura gain de cause. Car, selon la Cour, la Société Smeets & Zonen ayant elle-même fait ordonner la mainlevée de la saisie attribution sur la base de laquelle elle a engagé l'action en paiement des causes de la saisie contre l'AGEDIPE, cette action était désormais dépourvue de fondement.
- Enfin, sur la contestation de la condamnation au paiement des dommages-intérêts, le requérant au pourvoi sera débouté. Selon la CCJA, les dommages-intérêts auxquels le tiers saisi peut être condamné du fait des déclarations inexactes, incomplètes ou tardives conformément à l'AUPSRVE, doivent être considérés comme distincts des intérêts moratoires, ces derniers étant les intérêts légaux produits par la créance cause de la saisie.

2 - Controverse sur la juridiction compétente en matière de litiges connexes

44. Selon GARSONNET, il y a connexité « lorsque deux demandes soumises à deux tribunaux différents, également compétents, ont entre elles un rapport si étroit qu'on risque, en les jugeant séparément, de leur donner des solutions inconciliables » (*Cité par FOURCADE (J.-P.), La connexité en procédure civile, Thèse, Paris, Domat, Montchrestien, 1938, p. 17-18*). Le droit de l'OHADA n'a envisagé le problème de la connexité que dans un article : l'article 33 du Règlement de procédure de la CCJA. Ce texte dispose en effet que : « La Cour peut à tout moment pour cause de connexité,

ordonner la jonction de plusieurs affaires aux fins de la procédure écrite ou orale ou de l'arrêt qui met fin à l'instance. Elle peut les disjointre à nouveau ». Malgré le caractère « vague » (*TJOUEN (A.-F.), Thèse, op. cit., p. 305.*) de cet article, la doctrine s'accorde à dire que ce texte a été conçu pour les cas de connexité entre des affaires pendantes devant les Chambres de la CCJA (*V dans ce sens, ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n° 439; TJOUEN (A.-F.), op. cit., p. 305 et s.*). En ce qui concerne la connexité entre la CCJA et les cours suprêmes nationales, le droit de l'OHADA a gardé le mutisme. Or, il ne fait pas de doute que, compte tenu de l'étroitesse des rapports qui unissent leurs domaines de compétence, les risques de connexité entre la CCJA et les cours suprêmes nationales sont réels.

45. Sur le plan jurisprudentiel, on n'a pas encore recensé des cas de connexité entre le droit uniforme et le droit national non pénal. Ce n'est pas pour autant qu'il faut en déduire que ce cas de connexité constitue une pure hypothèse d'école. La connexité entre le droit uniforme et le droit national non pénal constitue une éventualité plus que probable. Ce cas de connexité peut par exemple prendre corps dans le domaine du droit commercial général.

Imaginons un contrat de vente commerciale qui est conclu entre deux personnes (*Sur la réglementation de la vente commerciale telle qu'elle résulte notamment de l'AUDCG, v. SANTOS (A.P.) et YADO TOE (J.), OHADA Droit commercial général, Bruxelles, Bruylant, 2002, no 539 et s. ; SANTOS (A.P.), Commentaire de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, juriscope, 3^e éd., 2008, p. 260-282*). Dans ce contrat de vente commerciale, X est le vendeur et Y est l'acheteur. Quelques temps après la conclusion du contrat, M. Y intente une action en garantie des défauts cachés (*Pour reprendre la terminologie choisie par l'article 231 de l'AUDCG*) contre M. X. Dans le même temps, M. Z qui prétend être le propriétaire de la marchandise vendue intente une action en nullité de la vente entre M. X et M. Y sur la base de l'article 1599 du code civil du Cameroun qui interdit justement la vente de la chose d'autrui. Les deux actions sont finalement pendantes à la fois devant la cour suprême du Cameroun et devant la CCJA.

46. Face aux litiges connexes, la doctrine propose des solutions qui ne vont pas toujours dans le même sens. Pour une partie de la doctrine, les litiges connexes devraient être réglés par la CCJA. Car, cette juridiction est composée de juges expérimentés, possédant une bonne culture du droit interne et formés à l'application du droit OHADA. Mais dans le cas où la CCJA ne porterait pas en son sein de juge ayant la nationalité du droit interne qui est mis en cause, il faudrait adjoindre à cette juridiction un juge ayant la nationalité du pays dont le droit est en cause, et de préférence, exerçant dans la cour suprême de son pays. Si le juge national

dont le droit national est en cause faisait déjà partie de la CCJA, mais faisait partie d'une autre Chambre de cette juridiction, il faudrait l'introduire dans la Chambre appelée à connaître du litige connexe (*V. NDAM (I.), Le pourvoi devant la cour commune de justice et d'arbitrage, Thèse, Université de Yaoundé II-Soa, 2009, n° 320*).

En revanche, pour une autre partie de la doctrine, la connexité entre le droit uniforme et le droit national non pénal ne peut pas être résolue par le dessaisissement d'une juridiction au profit de l'autre, mais par une juridiction des conflits autonome (*ce qui devrait conduire à la création dans l'OHADA d'un tribunal communautaire des conflits*). La justification étant que les compétences de la CCJA et des cours suprêmes nationales sont des compétences exclusives. Or, en permettant à une juridiction de connaître des deux litiges connexes, on aboutirait forcément à la violation de la délimitation des compétences entre ces deux juridictions. De plus, le dessaisissement constituerait une menace pour l'unité de la jurisprudence nationale et communautaire. À partir du moment où les litiges relatifs au droit national sont tranchés par la CCJA plutôt que par une cour suprême nationale, rien ne garantit que les solutions qui seraient retenues par cette juridiction seraient conformes à celles d'habitude retenues par la cour suprême nationale. La même remarque est valable si le dessaisissement s'opérait au profit d'une cour suprême nationale (*V. LEVOA AWONA (S.P.), Les compétences juridictionnelles dans l'espace OHADA et l'espace CEMAC, op. cit., n° 442 et s.*).

II - Compétence *ratione temporis* de la CCJA, juge de cassation

47. Il existe entre la CCJA et les cours suprêmes nationales des conflits de compétences juridictionnelles dans le temps. L'existence de tels conflits s'explique par le fait que pour l'ensemble du droit des affaires actuellement régi par les actes uniformes, il y a eu substitution de la compétence de la CCJA à celle des cours suprêmes nationales. Dans les litiges mettant en cause le droit des affaires issu des Actes uniformes, la question se pose par conséquent de savoir à partir de quel moment s'arrête la compétence des cours suprêmes nationales ou (ce qui revient au même) à partir de quel moment commence la compétence de la CCJA (*Le conflit de compétences juridictionnelles dans le temps rappelle le conflit de lois dans le temps. Dans le dernier conflit cité, il y a une situation juridique susceptible d'être régie par deux lois qui se succèdent dans le temps. Dans le premier type de conflit, les termes de la question sont quasiment identiques; sauf que, à ce niveau, le conflit oppose deux juridictions dont les compétences se succèdent dans le temps à propos d'un même litige.*).

Dans le temps, la détermination de la compétence de la CCJA juge de cassation n'obéit pas à une règle uniforme. Dans ce domaine, il y a un principe (a) et des exceptions (b).

a - Principe

48. En principe, les litiges nés après l'entrée en vigueur des actes uniformes et relatifs à l'application de ces textes sont réglés par les juridictions nationales du fond sous le contrôle de la CCJA. En revanche, les litiges nés avant l'entrée en vigueur des actes uniformes et mettant en cause l'application de ces textes sont tranchés par les juridictions nationales du fond sous le contrôle des cours suprêmes nationales. En d'autres termes, c'est l'entrée en vigueur des actes uniformes qui marque le début de la compétence de la CCJA dans le contentieux des actes uniformes.

Pour se déclarer compétente ou non, la CCJA se sert de la date de l'exploit introductif d'instance devant le premier juge. Si cette date se situe avant l'entrée en vigueur de l'acte uniforme, la CCJA se déclare incompétente. En revanche, si cette date se situe après cette entrée en vigueur, elle se déclare compétente (*V. CCJA, arrêt n° 55 du 15 décembre 2005, Société d'exploitation des mines d'or de Sadiola dite Semos S.A. c/ Barou Entreprise des travaux publics dite BETRA, obada.com, Obadata J-06-48.*). Par exemple, dans l'affaire Wakim Émile c/ Société Iamgold/Agem, la CCJA avait été saisie d'un recours en cassation dans lequel le demandeur invoquait la violation des articles 137 à 153 et 176, 178 et 179 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général. La CCJA se déclara incompétente au motif que, l'Acte uniforme portant droit commercial général, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998, n'avait pas encore intégré l'ordre juridique interne de la République du Mali à la date de la requête introductive d'instance devant le premier juge, soit le 2 juillet 1997 (*Arrêt n° 003 du 11 octobre 2001, obada.com, Obadata J-02-07. Adde CCJA, arrêt n° 001 du 11 octobre 2001, Établissement Thiam Baboye (ETB) c/ Compagnie française et financière (CFCF), obada.com, Obadata J-02-05; CCJA, arrêt n° 009 du 26 février 2004, Assita Neya Coulibaly c/ Société Rank Xeros-ci, obada.com, Obadata J-04-294; CCJA, arrêt n° 018 du 29 avril 2004, Société Unimat c/ Sodirep, obada.com, Obadata J-04-303; etc.*).

b - Exceptions

49. Il peut arriver que, malgré le fait que la date de l'exploit introductif d'instance se situe après l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme, la CCJA soit néanmoins incompétente comme juge de cassation. L'hypothèse peut se produire en matière contractuelle. On sait qu'il est de règle générale que les effets futurs des contrats en cours restent régis par la loi en vigueur au moment de la formation du contrat (*V. ROUBIER (P.), Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps), Paris, Dalloz-Sirey, 2^e éd., 1960, n° 438 et s.; BONNEAU (T.), La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps (Thèse), Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1990, n° 94 et s.*). Ainsi, un contrat de

vente commerciale conclu avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général devrait, en cas de litige, être de la compétence des cours suprêmes nationales, même si la date de l'exploit introductif d'instance devant le premier juge se situe après l'entrée en vigueur dudit Acte Uniforme. C'est d'ailleurs la solution qui a été expressément retenue par l'article 30 de l'Acte Uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route. Ce texte dispose en effet que : « Les contrats de transport de marchandises par route conclus avant l'entrée en vigueur du présent Acte uniforme demeurent régis par les législations applicables au moment de leur formation. » Il découle logiquement de ce texte que, les litiges relatifs aux contrats de transports de marchandises par route conclus avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme ne relèvent pas en cassation de la CCJA, même si la date de l'exploit introductif d'instance devant le premier juge se situe après l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme, dans la mesure où le droit applicable n'est pas le droit OHADA.

50. L'autre hypothèse dans laquelle la CCJA peut être incompétente malgré le fait que la date de l'exploit introductif d'instance devant le premier juge se situe après l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme concerne le droit des sociétés. On sait que les sociétés commerciales et les GIE constitués avant le 1^{er} janvier 1998, date d'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, disposent d'une période transitoire de deux ans pour mettre leurs statuts en harmonie avec le droit uniforme (*Pour une étude d'ensemble des dispositions transitoires de cet Acte uniforme, v. : POUGOUÉ (P.-G.), in OHADA Sociétés commerciales et GIE, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 48 ; ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), OHADA Harmonisation du droit des affaires, op. cit., n° 296.*). Or, durant cette période transitoire et en attendant cette mise en harmonie, ces sociétés et GIE sont soumis aux législations nationales contraires. Aussi, en cas de litige survenu au cours de cette période transitoire, et en l'absence de mise en harmonie des statuts et en cas d'existence de législations nationales contraires, la compétence en cassation revient aux cours suprêmes nationales, même si la date de l'exploit introductif d'instance devant le premier juge se situe après l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme.

51. L'interprétation d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Cotonou (*Cotonou, 30 septembre 1999, Société Jos Hansen et Soebne et Société Match Trading Limited c/ François Dossou, www.ohada.com, Ohadata J-06-94.*) conforte amplement l'analyse qui vient d'être faite. En l'espèce, le 11 juin 1998, l'associé d'une SARL détenant 94,8 % de parts sociales décida de les céder par acte sous seing privé à un tiers étranger à la société. Cette cession qui sera signifiée à la société le 9 juillet 1998 sera contestée par un autre tiers avec qui l'associé cédant était en pourparlers à propos de la cession des mêmes

parts sociales. Pour contester la cession intervenue le 11 juin 1998, cet autre tiers invoquait le fait que cette cession avait été réalisée en violation des dispositions de l'Acte uniforme relatives aux modalités de cession de parts sociales dans les SARL. Dans un jugement rendu le 7 juin 1999, le Tribunal de première instance de Cotonou prononça la nullité de la cession des parts sociales intervenue le 11 juin 1998. Le Tribunal fondait sa décision sur le fait que c'étaient les dispositions de l'Acte uniforme qui devaient s'appliquer. Le cessionnaire interjeta appel de ce jugement devant la Cour d'appel de Cotonou car, d'après lui, c'étaient les dispositions de la loi nationale antérieure, en l'occurrence, la loi du 7 mars 1925, qui devaient s'appliquer à la validité de cette cession.

52. Avant d'examiner la solution qui fut apportée à ce litige par la cour d'appel de Cotonou, il convient au préalable, d'examiner les prévisions de la loi du 7 mars 1925 et de l'Acte uniforme par rapport à la validité et à l'opposabilité des cessions de parts sociales dans les SARL.

Au moment où la loi du 7 mars 1925 était encore en vigueur (*Sur cette loi, v. NGOMO (A.-F.), Guide pratique du droit des sociétés commerciales au Cameroun, Yaoundé, PUA, 1^{re} éd., 1996, n° 445*), on se rappelle que la cession des parts sociales à un tiers dans une SARL nécessitait le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts (3/4) des parts sociales (*V. article 21 de la loi du 7 mars 1925*). Il s'agissait alors d'une double majorité, à la fois en nombre des associés et en capital détenu par eux. Cette double exigence était d'ordre public, de sorte que les statuts ne pouvaient, ni l'amoindrir, ni la renforcer (*V. NGOMO (A.-F.), loc. cit.*). Quant à la forme de cette cession, elle devait être constatée par acte notarié ou par acte sous seing privé (*V. article 22 de la loi du 7 mars 1925*). Enfin, l'opposabilité de cette cession à la société et même aux tiers était subordonnée à la signification de la cession à la société, ou par « l'acceptation » (*Il faut rappeler que cette acceptation n'est pas le consentement de la société. Elle constitue plutôt un moyen d'informer la société. V. TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil Les obligations, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2002, n° 1282*) de la société dans un acte notarié conformément aux prescriptions de l'article 1690 du code civil (*V. NGOMO (A.F.), op. et loc. cit. ; article 22 de la loi du 7 mars 1925*).

Avec l'avènement de l'Acte uniforme, les modalités de cession des parts sociales à des tiers dans les SARL ont été assouplies. Priorité est désormais donnée aux statuts qui peuvent en organiser les modalités. Et ce n'est qu'en cas de silence des statuts à ce sujet que l'article 319 de l'Acte uniforme prévoit le retour aux dispositions rigides de la loi du 7 mars 1925, c'est-à-dire le consentement de la majorité des associés non cédants représentant les trois quarts (3/4) des parts sociales, déduction faite des parts de l'associé cédant (*V. NGUEBOU-TOUKAM (J.) in OHADA Sociétés commerciales et GIE, op. cit., n° 771 ; NYAMA (J.M.), Éléments de droit des affaires*

Cameroun-OHADA, Yaoundé, Presses de l'UCAC, 2000, p. 145). Quant à la forme, l'article 317 de l'Acte uniforme dispose tout simplement que la cession doit être constatée par écrit. En ce qui concerne l'opposabilité de la cession, son régime varie selon qu'il s'agit de la société ou des tiers. Dans le premier cas, l'article 317 de l'Acte uniforme dispose que l'opposabilité de la cession à la société est subordonnée à l'accomplissement de l'une des formalités suivantes : signification de la cession à la société par acte extrajudiciaire, acceptation de la cession par la société dans un acte authentique, dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt. Dans le second cas, le même article 317 dispose que la cession n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de l'une des formalités qui viennent d'être énumérées, suivies de la modification des statuts et de la publicité de cette modification au RCCM.

Comme on peut s'en rendre compte, les dispositions de l'Acte uniforme et celles de la loi de 1925 ne sont pas identiques sur la question, surtout au niveau des conditions de l'opposabilité de la cession aux tiers. Le choix de l'une ou de l'autre des lois ne produit pas les mêmes conséquences. En toute logique, et plutôt que de parler de nullité comme l'a fait le tribunal de première instance de Cotonou, le choix de l'Acte uniforme aurait dû aboutir à l'inopposabilité de la cession des parts sociales du 11 juin 1998 aux tiers. Alors que, le choix de la loi du 7 mars 1925 devait conduire à l'opposabilité de cette cession aux tiers.

53. Sur quelle loi a alors porté le choix de la Cour d'appel de Cotonou ? Après avoir rappelé les dispositions des articles 907, 908, 909, 919 et 929 de l'Acte uniforme, la Cour développe le raisonnement suivant : Certes, aux termes de l'article 908, les sociétés commerciales et les GIE constitués avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme sont régis par ce texte. Toutefois, il s'agit là de la règle de principe qui est écartée comme le prévoit l'article 919, pour les sociétés et GIE qui n'ont pas encore mis en harmonie leurs statuts avec l'Acte Uniforme. Dans cette dernière hypothèse, les sociétés et GIE en question sont régis par les dispositions nationales contraires jusqu'à l'expiration du délai de deux ans prévu pour la période transitoire. Au passage, le juge, reprenant l'analyse de Price Water Coopers (*PRICE WATER COOPERS, Mémento du droit des sociétés commerciales et du GIE, OHADA, Fidafrica-Juridique et fiscale, 1998, p. 16*), rappelle que, ce ne sont pas les dispositions statutaires contraires qui sont maintenues en vigueur, mais les législations nationales contraires. Compte tenu du fait que les dispositions nationales relatives à la cession des parts sociales dans les SARL, en l'occurrence, les articles 21 et 22 de la loi du 7 mars 1925, étaient contraires à l'Acte Uniforme et qu'il n'y avait pas eu mise en harmonie des statuts de la société avec l'Acte Uniforme, la Cour d'appel de Cotonou tira la conclusion que c'était par rapport à la loi de 1925 qu'il fallait apprécier la validité et l'opposabilité

aux tiers et à la société de la cession des parts sociales intervenue le 11 juin 1998.

54. Dans cette affaire, on constate que la date de l'exploit introductif d'instance se situait forcément après l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme, dans la mesure où la cession des parts sociales était intervenue le 11 juin 1998. Néanmoins, le juge d'appel décida que c'était le droit national qui était applicable. Or, en reconnaissant l'applicabilité du droit national à ce litige, la décision du juge d'appel permet de conclure que c'est la juridiction nationale de cassation du Bénin qui était compétente, en cas de recours en cassation.

B - CCJA, juge des conflits

55. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de l'OHADA, les pays membres de cette organisation ont été enrichis d'un nouvel ordre de juridictions : l'ordre des juridictions OHADA, au sommet duquel se trouve la CCJA. Cela veut dire qu'en matière judiciaire, on est passé dans ces États, de l'unité des juridictions au dualisme juridictionnel (*V. IJOUEEN (A.-F.), Thèse, op. cit., p. 356*). Mais, en créant deux ordres de juridictions en matière judiciaire, les États membres de l'OHADA ont, par la même occasion, permis la naissance des conflits d'attribution entre ces deux ordres de juridictions. Il faut toutefois noter que, les conflits d'attribution entre ces deux ordres de juridictions ne peuvent avoir lieu qu'au niveau des juridictions suprêmes, puisqu'au niveau des juridictions inférieures, ce sont les mêmes juridictions qui tranchent les litiges relatifs à l'application du droit national et du droit OHADA.

La résolution des conflits d'attribution entre la CCJA et les cours suprêmes nationales a été confiée à la CCJA, aussi bien pour les conflits négatifs (I) que pour les conflits positifs (II).

I - Cas de conflits négatifs

56. Il y a conflit négatif d'attribution entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation lorsque, à propos d'un même litige, une déclaration d'incompétence d'une cour suprême nationale est suivie par celle de la CCJA. Avec l'actuel système de résolution des conflits négatifs, ce n'est que dans cette hypothèse qu'on peut assister à un conflit négatif. En effet, la CCJA étant la juridiction des conflits, si elle est saisie en premier d'un litige et qu'elle se déclare incompétente au profit d'une cour suprême nationale, cette déclaration d'incompétence s'impose à la juridiction nationale de cassation qui ne peut pas à son tour se déclarer incompétente.

57. C'est dans la mise en œuvre de l'article 15 du Traité de l'OHADA qu'on peut déboucher sur un conflit négatif d'attribution. Au regard de ce texte, toute juri-

diction nationale de cassation saisie d'un recours en cassation relatif à l'application des actes uniformes doit le renvoyer à la CCJA. Or, il peut arriver qu'après examen du recours, la CCJA se rende compte qu'il relève plutôt de la compétence de la cour suprême nationale. Dans ce cas, la CCJA renverra à son tour ce pourvoi à la cour suprême nationale.

Dans les rapports entre la CCJA et les cours suprêmes nationales, on a déjà assisté à plusieurs conflits négatifs (*Pour un exemple récent de conflit négatif, v. CCJA, arrêt n° 038/2007 du 22 novembre 2007, Eboua Kouakou et autres c/ Société Union Africaine dite UA, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 10, juillet-décembre 2007, p. 8-10*). On se contentera ici d'étudier le conflit négatif tel qu'il s'est matérialisé dans l'affaire Assita Neya Coulibaly c/ Société Rank Xéros-ci (*Pour le texte complet de cet arrêt, v. ONANA ETOUNDI (F.) ET MBOCK BIUMLA (J.M.), OHADA cinq ans de jurisprudence commentée de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (1999-2004), Yaoundé, Ama-cenc, 2005, p. 116-120*). Dans cette affaire, Mlle Assita avait été engagée en 1989 par la société Rank Xéros-ci en qualité de revendeuse moyennant un salaire mensuel constitué essentiellement des commissions. Suite au manquement par la société Rank Xéros-ci de lui payer ses commissions, demoiselle Assita, par exploits en dates des 6 et 26 février 1996 saisit le tribunal de première instance d'Abidjan en vue de voir condamner cette société à lui payer la somme de 7 460 496 F CFA au titre des commissions dues et assortir la décision à intervenir d'une astreinte comminatoire de 75 000 francs par jour de retard. Par jugement n° 120 du 18 février 1998, le tribunal de première instance d'Abidjan fit droit à la demande de la demoiselle Assita. La société Rank Xéros-ci interjeta appel de ce jugement devant la cour d'appel d'Abidjan. Celle-ci, dans un arrêt n° 305 du 12 mars 1999 infirma le jugement attaqué, se déclara incompétente et renvoya demoiselle Assita à se pourvoir devant le tribunal d'Abidjan. Au soutien de son arrêt, la cour d'appel d'Abidjan évoquait le fait que le contrat liant Assita à la société Rank était un contrat de travail car Assita qui était l'employée était liée à son employeur par un lien de subordination. Demoiselle Assita se pourvut en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel d'Abidjan devant la Chambre Judiciaire de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire au motif que, au regard des articles 184 et suivants de l'Acte uniforme sur le droit commercial général, le contrat qui la liait à la société Rank était un contrat d'agent commercial. En effet, non seulement pour la conclusion de ce contrat, il lui a été exigé une inscription au registre du commerce et un compte contribuable, mais en plus, « l'agent commercial devant distribuer les produits (matériels) du mandant, agit nécessairement conformément aux directives liées aux caractéristiques du matériel sans que ces directives ne le placent dans un état de subordination... ». Dans un arrêt n° 76/02 du 17 janvier 2002, la Chambre Judiciaire de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire se dessaisit du dossier de la procédure et le renvoya à la CCJA au

motif que l'affaire dont elle avait été saisie soulevait des questions relatives à l'application de l'Acte uniforme sur le droit commercial général. Dans un arrêt rendu le 26 février 2004, la CCJA se déclara à son tour incompétente et renvoya le même litige à la Cour Suprême de Côte d'Ivoire. Pour la haute juridiction communautaire en effet, « il ressort de l'examen des pièces du dossier de la procédure que l'Acte l'uniforme portant droit commercial général, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998, n'avait pas intégré l'ordre juridique interne de la République de Côte d'Ivoire aux dates des exploits introductifs d'instance, soit les 6 et 26 février 1996 et qu'il ne pouvait de ce fait être applicable... ».

Dans l'affaire Assita Neya, on remarque par conséquent qu'il y a eu deux déclarations successives d'incompétence, émanant respectivement de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire et de la CCJA. Toutes les conditions étaient de ce fait réunies pour la matérialisation du conflit négatif.

58. La CCJA apparaît comme la juridiction des conflits négatifs d'attribution qui peuvent l'opposer aux cours suprêmes nationales dans la mesure où, lorsque la CCJA est saisie d'un recours en cassation par la voie du renvoi, elle l'est en qualité de juridiction suprême de l'ordre de juridictions OHADA. Mais, lorsque la CCJA se prononce sur sa compétence par rapport au recours dont elle a été saisie par la cour suprême nationale, elle le fait en qualité de juridiction des conflits. C'est au vu de ces explications qu'on peut comprendre pourquoi l'arrêt de renvoi de la CCJA à une cour suprême nationale s'impose à cette dernière ; tandis que l'arrêt de renvoi de la Cour de cassation nationale ne s'impose à la CCJA que s'il a été approuvé par la CCJA agissant comme juridiction de conflit. Il faut en déduire que, lorsque la CCJA se déclare incompétente après avoir été saisie d'un renvoi, cette déclaration d'incompétence et la décision de renvoi qui s'en suit annulent l'arrêt de renvoi de la cour suprême nationale. C'est au regard de ces explications qu'on peut comprendre pourquoi entre deux déclarations d'incompétence émanant de deux juridictions suprêmes appartenant à des ordres de juridictions différents, l'une devrait l'emporter sur l'autre.

II - Cas de conflits positifs

59. Il y a conflit positif d'attribution entre la CCJA et les cours suprêmes nationales lorsque, à propos d'une même affaire, une première déclaration de compétence d'une cour suprême nationale est suivie par une déclaration de compétence de la CCJA. Comme en matière de conflits négatifs, on ne peut assister à la naissance d'un conflit positif que si le litige est d'abord porté devant une cour suprême nationale et ensuite devant la CCJA. Car, si le litige est d'abord porté devant la CCJA et que celle-ci se déclare compétente, cette décision s'impose à toutes les juridictions suprêmes nationales, lesquelles

ne peuvent plus par la suite se déclarer valablement compétentes pour connaître de la même affaire (*C'est là une conséquence de l'article 20 du Traité de l'OHADA*).

60. Dans le Traité de l'OHADA, il y a deux articles dont la mise en œuvre peut éventuellement déboucher sur des conflits positifs d'attribution entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation : l'article 16 et l'article 18.

En ce qui concerne l'article 16, ce texte dispose que : « La saisine de la CCJA suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée [...] Une telle procédure ne peut reprendre qu'après arrêt de la CCJA se déclarant incompétente pour connaître de l'affaire. » (*Cf. CCJA, ord. n° 1 du 4 juin 2003, Cabinet ECTEET c/ Groupe Fotso, obada.com, Obadata J-04-70*). Pour bien comprendre le sens de l'article 16, il faut imaginer qu'à propos d'une décision rendue en dernier ressort, un recours en cassation a été formé (à tort ou à raison) devant la juridiction nationale de cassation. Le défendeur au pourvoi, s'il estime que c'est la CCJA qui est compétente, peut saisir cette dernière du même litige. Une fois la CCJA saisie, la procédure engagée devant la cour suprême nationale est suspendue et ne pourra reprendre que si la CCJA se déclare incompétente (*V. CCJA, arrêt n° 017 du 26 octobre 2006, Société nationale des télécommunications du Sénégal dite SONATEL c/ Société d'exploitation de la clinique Sokbna Fatma, Rec., n° 8, juillet-décembre 2006, p. 52-58.*). Ce qui veut dire *a contrario* que si la CCJA se déclare compétente, la procédure de cassation qui avait été engagée devant la cour suprême nationale est éteinte.

En toile de fond des dispositions de l'article 16, il y a le problème des conflits d'attribution entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation : une cour suprême nationale a été saisie d'un recours en cassation ; elle n'a pas renvoyé le recours en question à la CCJA (*Comme le prescrit l'article 15 du Traité de l'OHADA*) ; elle s'est donc déclarée compétente et elle a commencé à examiner le recours. Mais, saisie de la même affaire par le défendeur au pourvoi devant la cour suprême nationale, la CCJA se déclare également compétente pour connaître de la même affaire. Nous sommes là bel et bien en présence d'un conflit d'attribution ; chaque juridiction revendiquant sa compétence à connaître de la même affaire.

61. De son côté, l'article 18 du Traité de l'OHADA dispose que : « Toute partie qui, après avoir soulevé l'incompétence d'une juridiction nationale statuant en cassation estime que cette juridiction a, dans un litige la concernant, méconnu la compétence de la CCJA peut saisir cette dernière dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision contestée. La Cour se prononce sur sa compétence par arrêt qu'elle notifie tant aux parties qu'à la juridiction en cause. Si la Cour décide que cette juridiction s'est déclarée com-

pétente à tort, la décision rendue par cette juridiction est réputée nulle et non avenue. »

Une lecture attentive de cet article permet de constater que, lorsqu'elle est confrontée à un déclinatoire de compétence, la cour suprême nationale doit statuer sur sa propre compétence. Mais seulement, elle le fait sous le contrôle de la CCJA. La preuve en est que, si par la suite, la CCJA, saisie d'un recours en annulation estime que la cour suprême nationale s'était déclarée compétente à tort, l'arrêt de cette dernière est réputé nul et non avenu. En permettant à la CCJA d'exercer un contrôle sur la déclaration de compétence des cours suprêmes nationales, l'article 18 a du même coup fait de la CCJA la juridiction des conflits d'attribution qui peuvent l'opposer aux cours suprêmes nationales. Cela s'explique par le fait que, lorsque la CCJA estime que la juridiction suprême nationale n'était pas compétente, elle déclare par la même occasion que c'est à elle que la compétence devait revenir. On est donc bel et bien en présence d'un conflit positif d'attribution (car à propos d'un même litige la cour suprême nationale et la CCJA se sont successivement déclarées compétentes) dont le règlement a été confié à l'une des juridictions en concurrence. Ce constat est d'ailleurs conforté par le fait que, en sens inverse, lorsqu'un plaideur décline la compétence de la CCJA, il n'y a pas l'équivalent de l'article 18 qui permettrait à une cour suprême nationale ou à toute autre juridiction d'exercer son contrôle sur la déclaration de compétence de la CCJA. L'article 17 du Traité de l'OHADA prévoit tout simplement qu'en pareille hypothèse, la CCJA se prononce sur sa compétence (*Elle doit le faire dans les trente jours qui suivent la date de réception des observations de la partie adverse ou celle d'expiration du délai imparti pour la modification desdites observations. V. article 17 du Traité de l'OHADA tel que modifié le 17 octobre 2008 à Québec.*). En d'autres termes, le déclinatoire de compétence des cours suprêmes nationales est tranché par ces dernières, sous le contrôle de la CCJA, alors que, le déclinatoire de compétence de la CCJA est tranché souverainement par cette dernière.

62. La mise en œuvre de l'article 18 du Traité de l'OHADA a déjà permis de mettre en exergue des conflits positifs d'attribution entre la CCJA et les cours suprêmes nationales. Tel est le cas dans l'arrêt de la CCJA n° 015/2008 du 24 avril 2008 (*Affaire Kinda Augustin Joseph et autres ayants droit de feu Kinda Valentin c/ Société Générale de Banque en Côte d'Ivoire dite SGBCI, Coulibaly Drissa et 102 autres, Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie de Côte d'Ivoire dite BICICI*). Les faits à l'origine de cet arrêt sont les suivants : Par jugement n° 246 rendu le 8 décembre 1993, le tribunal du travail d'Abidjan condamnait la Nouvelle Société de Gestion des Établissements Valentin, à payer la somme de 105 040 176 F CFA, à ses ex-employés, Coulibaly Drissa et 102 autres. Le 29 décembre 1998, et en exécution du jugement n° 246, Coulibaly Drissa et 102

autres servirent aux ayants droit de Kinda Valentin, un commandement aux fins de saisie immobilière. Le 10 mai 1999, le tribunal de première instance d'Abidjan procédait à la vente aux enchères publiques de l'immeuble formant le titre foncier n° 15.777, de la circonscription foncière de Bingerville, propriété des ayants droit de Kinda Valentin. À la requête des ayants droit de Kinda Valentin, le tribunal de première instance d'Abidjan, par jugement n° 335 du 26 juin 2000, prononça l'annulation de la vente d'immeuble intervenue le 10 mai 1999. Coulibaly Drissa et 102 autres interjetèrent appel de ce jugement. Dans un arrêt n° 286 du 1^{er} mars 2002, la Chambre civile et commerciale de la cour d'appel d'Abidjan infirmait le jugement n° 335 du tribunal de première instance d'Abidjan. Et, statuant à nouveau, la cour d'appel débouta les ayants droit de Kinda Valentin, la SGBCI et la SONARE-CI de leur action en nullité de la vente d'immeuble intervenue le 10 mai 1999. La SGBCI forma alors un pourvoi en cassation devant la Cour Suprême de Côte d'Ivoire contre l'arrêt n° 286 de la cour d'appel d'Abidjan. De leur côté, les ayants droit de Kinda Valentin soulevèrent, *in limine litis*, l'incompétence de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire. Selon les ayants droit de Kinda Valentin en effet, le litige dont avait été saisie la Cour Suprême de Côte d'Ivoire, était relatif à la procédure de saisie immobilière. Or, cette procédure qui est régie par un Acte uniforme, en l'occurrence, celui relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, doit relever, au niveau suprême, de la CCJA. Malgré l'exception d'incompétence soulevée par les ayants droit de Kinda, la Cour Suprême de Côte d'Ivoire se déclara néanmoins compétente en rejetant, par arrêt n° 495/03 du 16 octobre 2003, le pourvoi formé par la SGBCI. Les ayants droit de Kinda formèrent alors, en application de l'article 18 du Traité de l'OHADA, un recours en annulation de l'arrêt n° 495 de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire. Quant à Coulibaly Drissa et 102 autres, défendeurs au pourvoi devant la CCJA, ils soulevèrent l'irrecevabilité du recours en annulation formé par les ayants droit de Kinda. Pour Coulibaly Drissa et 102 autres, le recours formé par les ayants droit de Kinda était irrecevable car, il portait sur l'annulation d'une décision rendue par une cour suprême nationale. Or, au regard de la loi (*V. article 14, alinéas 3 et 4 du Traité de l'OHADA*), seuls les décisions rendues par une juridiction d'appel ou les jugements non susceptibles d'appel rendus par les tribunaux, peuvent faire l'objet d'un recours devant la CCJA (*Au regard des arguments soulevés par Coulibaly Drissa et 102 autres, ce n'est pas logiquement l'irrecevabilité du recours, mais l'incompétence de la CCJA qu'ils auraient dû soulever. Si, comme l'affirment Coulibaly Drissa et 102 autres, le recours formé par les ayants droit de Kinda n'entraîne pas dans la compétence de la CCJA, alors, il ne saurait être question pour la CCJA de déclarer ce recours irrecevable. Avant de conclure à l'irrecevabilité d'un recours, la juridiction saisie doit, au préalable, se déclarer compétente.*)

L'irrecevabilité du recours en annulation sera rejetée par la CCJA. Selon cette juridiction, le recours en annulation des ayants droit de Kinda était parfaitement recevable, dans la mesure où ceux-ci avaient, durant l'instance devant la Cour Suprême de Côte d'Ivoire, soulevé l'incompétence de cette juridiction (*Pour l'étude de l'ensemble des conditions de recevabilité du recours en annulation devant la CCJA, v. infra n° 134 et s.*). Sur le fond, la CCJA déclarera fonder le recours en annulation des ayants droit de Kinda. Selon la CCJA en effet, la procédure de saisie immobilière étant régie, depuis le 10 juillet 1998 par l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, les litiges relatifs à cette procédure relèvent, en cassation, de la CCJA, au regard de l'article 14, alinéa 3 du Traité de l'OHADA.

Dans l'affaire Kinda Augustin Joseph, on a ainsi assisté à deux déclarations successives de compétence, à propos d'un même litige. Il y a d'abord eu la déclaration de compétence de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire, et il y a eu ensuite celle de la CCJA. Toutes les conditions de réalisation du conflit positif étaient par conséquent réunies.

§2 - Attributions consultatives de la CCJA

63. Dans ses attributions consultatives, la CCJA ne tranche pas de litiges, mais se contente de donner son avis sur des questions relatives à l'interprétation ou à l'application du droit de l'OHADA. Tout comme la fonction contentieuse, la fonction consultative de la CCJA permet également à cette juridiction de réguler et d'orienter l'interprétation et l'application du droit uniforme dans l'ensemble de l'espace OHADA.

64. Dans l'exercice de sa fonction consultative, la CCJA peut être saisie par le Secrétariat Permanent, le Conseil des Ministres ou les États membres, et par les juridictions nationales du fond.

– La saisine de la CCJA par le Secrétariat Permanent a lieu au cours de la procédure d'adoption des actes uniformes et revêt un caractère obligatoire. Il faut rappeler que l'adoption des actes uniformes par le Conseil des Ministres se fait en deux phases (*V. articles 7 et 8 du Traité de l'OHADA*). Dans la première phase qu'on pourrait qualifier de phase préparatoire, c'est le Secrétariat Permanent qui joue le rôle de courroie de transmission entre les divers intervenants. C'est ainsi qu'après avoir préparé le projet d'Acte uniforme, le Secrétariat Permanent le transmet aux gouvernements des États parties qui disposent d'un délai de 90 jours à compter de la réception du projet pour faire parvenir au Secrétariat Permanent leurs observations écrites. Ce délai peut cependant être prorogé d'une durée équivalente en fonction des circonstances et de la nature du texte à adopter, à la diligence du Secrétariat Permanent.

Ensuite, le projet d'Acte uniforme, accompagné des observations des États parties et d'un rapport du Secrétariat Permanent est transmis par ce dernier à la CCJA afin que celle-ci émette son avis dans un délai de 60 jours à compter de la date de réception de la demande d'avis. À l'expiration de ce délai, le Secrétariat Permanent met au point le projet définitif d'Acte uniforme dont il propose l'inscription à l'ordre du jour du prochain Conseil des Ministres. Dans la seconde phase qui est la phase d'adoption proprement dite, le rôle central revient au Conseil des Ministres. C'est ce dernier en effet qui doit adopter à l'unanimité des représentants des États présents et votants le projet d'Acte uniforme. Cette adoption n'est valable que si les deux tiers au moins des États parties sont représentés. Mais l'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des actes uniformes (V. *POUGOUÉ (P.-G.), Présentation générale et procédure en OHADA, Yaoundé, PUA, 1998, p. 13.*)

- La saisine de la CCJA par le Conseil des Ministres ou les États membres se distingue de la précédente par son caractère facultatif (*Si les États membres ont déjà à plusieurs reprises saisi la CCJA de demandes d'avis, le Conseil des Ministres ne l'a pas encore fait.*). Les circonstances qui peuvent conduire le Conseil des Ministres ou les États parties à saisir la CCJA de demandes d'avis consultatifs n'ont pas été précisées par la loi. Les États parties et le Conseil des Ministres disposent par conséquent dans ce domaine d'une très grande liberté. Ainsi, ils peuvent d'abord, comme le Secrétariat Permanent, saisir la CCJA au cours de la procédure d'adoption d'une loi quelconque, afin notamment de s'assurer de sa conformité à l'ordre juridique OHADA (*Exemple : avis n° 2/99/EP du 13 octobre 1999 dans lequel le Président du Mali voulait savoir si l'article 16 du projet de loi malienne sur l'habitat était compatible ou non avec l'article 39 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution.*). Ils peuvent également, en dehors de toute procédure législative ou contentieuse, solliciter un avis de la CCJA afin d'être éclairée sur le sens ou la portée d'une disposition de droit uniforme (*Exemples : avis n° 002/2000/EP du 26 avril 2000 à la demande du Sénégal ; avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001 à la demande de la Côte d'Ivoire ; avis n° 1/2003/EP du 4 juin 2003 à la demande de la République du Sénégal, obada.com, Obadata J-04-69.*)
- La saisine de la CCJA par les juridictions nationales revêt pour ces dernières, un caractère facultatif. Elle ne peut être effectuée que par les juridictions nationales du fond et par rapport à un litige dont elles ont à connaître (*La CCJA a déjà rendu deux avis à la demande des juridictions nationales. Il s'agit de l'avis n° 001/99/JN du 7 juillet 1999, rendu à la demande du Président du tribunal judiciaire de première instance de Libreville (Gabon), obada.com,*

Obadata J-02-01 et de l'avis n° 1/2004/JN du 28 janvier 2004 rendu à la demande de la Cour d'appel de N'Djamena, obada.com, Obadata J-05-277.). Par conséquent, ni les parties en litige (*Les parties en litige peuvent cependant demander au juge de saisir la CCJA d'une demande d'avis consultatif.*), encore moins les juridictions nationales de cassation (*La doctrine pense qu'il ne serait pas inconcevable qu'une juridiction nationale de cassation saisisse la CCJA pour l'interroger sur sa compétence au moyen d'une demande d'avis.* V. *ISSA-SAYEGH (J.) et LO-HOUES-OBLE (J.), op. cit., p. 171, note de bas de page n° 1*) ne peuvent saisir la CCJA d'une demande d'avis consultatif.

La procédure consultative à l'initiative des juridictions nationales du fond vise à « assurer la coordination rapide des façons de juger des tribunaux et cours d'appel et, en même temps, d'exercer une action de prévention de la contestation des jugements qui sont rendus » (*BOUMAKANI (B.), « Le juge interne et le « droit OHADA » », Penant, n° 839, avril-juin 2002, p. 145*). Sous cet angle, la procédure consultative à l'initiative des juridictions nationales du fond apparaît comme un remède à l'éloignement de la CCJA dans la mesure où elle pourrait permettre aux parties de faire l'économie d'un recours en cassation. À quoi servirait-il en effet de former un recours en cassation devant la CCJA si la juridiction nationale a tranché le litige conformément à l'avis de la CCJA ? (*Par contre, interrogée par la Cour d'appel de N'Djamena afin de se prononcer sur la compétence de la Cour Suprême nationale du Tchad, la CCJA avait refusé de se prononcer au motif que, seule la procédure du recours en annulation était utilisable.* V. *avis n° 1/2004/JN du 28 janvier 2004, précité.*)

§3 - Attributions de la CCJA en matière d'arbitrage

65. La CCJA constitue en premier lieu une institution permanente d'arbitrage. Selon l'article 21 du Traité, la CCJA ne tranche pas elle-même les litiges soumis à l'arbitrage CCJA. Les attributions de la CCJA en qualité de centre permanent d'arbitrage sont principalement prévues par le Règlement d'arbitrage de la CCJA, et concernent essentiellement : la nomination des arbitres (*Selon l'article 49 du Traité de l'OHADA, les arbitres désignés par la CCJA bénéficient, dans l'exercice de leurs fonctions, des privilèges et immunités diplomatiques. Cette disposition est critiquable dans la mesure où elle crée une inégalité injustifiée entre les arbitres désignés par la CCJA et ceux choisis par les parties. De plus, cette disposition pourrait avoir comme inconvénient de mettre les arbitres désignés par la CCJA à l'abri de poursuites en responsabilité pour manquements graves aux obligations qui leur incombent.* V. *MARTOR (B.) et autres, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Paris, Litec, 2004, n° 1221.*), leur récusation, leur remplacement (articles 3 et suivants) ; la demande d'arbitrage et la

réponse à la demande d'arbitrage (articles 5 et suivants) ; l'examen *prima facie* de l'existence de la convention d'arbitrage (articles 9 et 10.) ; la fixation des provisions (article 11) ; la détermination du siège de l'arbitrage et l'examen des projets de sentence (*V. aussi AKAMAKAM (A.), « L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique », in Les mutations juridiques dans le système OHADA, op. cit., p. 30 ; MOULOUL (A.), Comprendre l'OHADA, Yaoundé, PUA, 2009, p. 72 et s.*). Dans l'exercice de ses attributions d'administration de l'arbitrage, la Cour est assistée par un Secrétaire Général nommé par le Président après avis de la Cour (*V. article 39, alinéa 2 du Traité de l'OHADA*). Les décisions que la CCJA rend en tant que centre permanent d'arbitrage sont, de nature administrative, dépourvues de toute autorité de chose jugée, sans recours, et dont les motifs ne sont pas communiqués (*Article 1.1. du Règlement d'arbitrage de la CCJA*). Il a cependant été soutenu que, si cette formule exclut tout recours juridictionnel, elle n'exclut pas la possibilité d'un recours gracieux (*LEBOULANGER (P.), « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Revue de l'arbitrage, n° 3, 1999, p. 575*).

Toutefois, la CCJA se distingue des autres centres permanents d'arbitrage par le fait qu'elle dispose aussi d'attributions juridictionnelles. Celles-ci sont d'abord mises en exergue par le fait que c'est la CCJA qui confère l'*exequatur* aux sentences arbitrales. En effet, aux termes de l'article 25 du Traité de l'OHADA et 30.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, les sentences arbitrales rendues dans le cadre de l'arbitrage CCJA, et qui ont l'autorité définitive de la chose jugée dans le territoire de chaque État partie, ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée, qu'en vertu d'une ordonnance d'*exequatur* rendue par le Président de la CCJA ou le juge délégué à cet effet (*V. par exemple : CCJA, ord. n° 02/2007 du 8 mars 2007, Banque internationale du Burkina (BIB) c/ Kiendrebeogo Rayi Jean, Rec., n° 9 janvier-juin 2007, p. 100*). Ensuite, en tant qu'organe juridictionnel, c'est la CCJA qui connaît des voies de recours contre la sentence arbitrale. Le règlement d'arbitrage de la CCJA a prévu trois voies de recours : le recours en contestation de validité (*V. CCJA, Ass. Plén., arrêt n° 045 du 17 juillet 2008, Société nationale pour la promotion agricole dite SONAPRA c/ Société des huileries du Bénin dite SHB ; CCJA, arrêt n° 029 du 19 juillet 2007, Société ivoirienne de raffinage dite SIR S.A. c/ Bona Shipholding Ltd et autres, Rec., n° 10, juillet-décembre 2007, p. 12 et s.*), la tierce opposition et le recours en révision (*Au sujet des attributions administratives et juridictionnelles de la CCJA dans le système d'arbitrage CCJA, le moins qu'on puisse dire est que la bibliographie est abondante. Sans être exhaustif, on peut se contenter de renvoyer aux auteurs suivants : POUYOUÉ (P.-G.), « Le système d'arbitrage de la CCJA », in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 135 et s. ; IMHOOS (C.) et KENFACKDOUJANI (G.), « Le règlement d'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », RDAI, n° 7, 1999, p. 827-828 ; LEBOULANGER (P.),*

op. cit., p. 573 et s. ; FÉNÉON (A.), OHADA Droit de l'arbitrage commentaires de l'acte uniforme sur l'arbitrage et du règlement de la CCJA, Paris, Edicef, 2000, p. 115-116 ; MEYER (P.), OHADA Droit de l'arbitrage, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 106-110 ; MARTOR (B) et autres, op. cit., n° 1211 et n° 1250 et s. ; ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n° 491 et s. Pour une approche à la fois descriptive et critique des attributions administratives et juridictionnelles de la CCJA dans l'arbitrage CCJA, v. POUYOUÉ (P.-G.), avec la collaboration de J.-M. TCHAKOUA et A. FÉNÉON, Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Yaoundé, PUA, 2000, n° 272-281.) De plus, si à l'issue de l'instance en contestation de validité, la CCJA annule la sentence, elle peut l'évoquer et statuer au fond si les parties en ont fait la demande (*Si l'une des parties s'oppose à l'évocation, la demande d'évocation formulée par l'autre est rejetée par la Cour. V. CCJA, arrêt n° 028 du 19 juillet 2007, Société Nestlé Sabel c/ Société Commerciale d'importation AZAR et Salame dite SCIMAS, Rec., n° 10, juillet-décembre 2007, p. 62 et s.*). Mais, si les parties n'ont pas demandé l'évocation, la procédure arbitrale est reprise à la requête de la partie la plus diligente, le cas échéant à partir du dernier acte de procédure reconnu valable par la Cour (*Article 29.5 du Règlement d'Arbitrage de la CCJA*).

Malgré les efforts déployés par le Traité et par le Règlement d'Arbitrage de la CCJA pour distinguer soigneusement les fonctions administratives et les fonctions juridictionnelles de la CCJA dans l'arbitrage CCJA, dans la pratique, les risques de confusion et d'interférence demeurent réels. Plus précisément, on pourrait craindre qu'au moment de remplir ses fonctions juridictionnelles, la CCJA fasse preuve d'une « certaine indulgence à l'égard d'arbitres qu'elle a nommés ou confirmés, d'une procédure arbitrale qu'elle a surveillée, et d'une sentence arbitrale qu'elle a déjà examinée. » (*FOUCHARD (P.), « Le système d'arbitrage de l'OHADA : le démarrage », Petites affiches, n° 205, 13 octobre 2004, p. 54*). Pour se prémunir de la réalisation d'un tel risque, il faudrait compléter la dissociation fonctionnelle de la CCJA en matière d'arbitrage CCJA par une dissociation personnelle. Cette dernière aurait notamment pour conséquence que les juges ayant participé aux tâches d'administration de l'arbitrage ne devraient pas participer aux tâches juridictionnelles (*POUYOUÉ (P.-G.), avec la collaboration de J.-M. TCHAKOUA et A. FÉNÉON, op. cit., n° 277. MEYER (P.), Commentaire du Règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999, in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^e éd., 2008, p. 162*). Malheureusement, le Règlement intérieur de la Cour en matière d'arbitrage ne semble pas avoir intégré dans ses préoccupations la dissociation personnelle dans l'arbitrage CCJA (*POUYOUÉ (P.-G.), avec la collaboration de J.-M. TCHAKOUA et A. FÉNÉON, op. cit., n° 277*). Face à cette situation, il a été proposé qu'une séparation nette soit opérée entre la CCJA, centre permanent d'arbitrage et la CCJA, cour commune de justice. On aurait alors d'un côté, la Cour Commune

de Justice de l'OHADA (CCJO) et de l'autre, le Centre d'Arbitrage de l'OHADA (CAO). Le dernier aurait toutes les spécificités de l'arbitrage CCJA : encerclement dans l'espace OHADA, sentence arbitrale avec autorité sur tout l'espace OHADA, *exequatur* communautaire. La Cour Commune de Justice de l'OHADA quant à elle servirait de juge d'appui à cet arbitrage (V. *POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU-ELONGO (Y.-R.), Introduction critique à l'OHADA, op. cit., n° 30*). Mais, en attendant qu'une telle idée reçoive, un jour peut-être, une consécration législative, il faudrait à tout le moins, « que le Président de la Cour fasse plus souvent usage de la faculté qui lui est reconnue par l'article 2.4 du Règlement intérieur de la Cour, de prendre seul des décisions, sous réserve d'en informer la Cour à sa prochaine réunion. » (*POUGOUÉ (P.-G.), avec la collaboration de J.-M. TCHAKOUA et A. FÉNÉON, op. cit., n° 277*). Par ce mécanisme, le Président pourrait de ce fait orienter la composition de la Cour dans l'arbitrage CCJA dans le sens d'une dissociation entre les juges qui interviennent dans les fonctions administratives et ceux qui interviennent dans les fonctions juridictionnelles.

66. La CCJA dispose en second lieu d'attributions juridictionnelles dans l'arbitrage de droit commun, c'est-à-dire l'arbitrage régi par l'Acte uniforme sur l'arbitrage du 11 mars 1999. À partir du moment où une sentence arbitrale est rendue, deux attitudes sont envisageables : celui ou ceux qui ont succombé peuvent contester la sentence arbitrale ; alors que, celui ou ceux qui ont eu gain de cause vont chercher à obtenir l'exécution forcée de la sentence, en cas de refus d'exécution volontaire.

- La contestation de la sentence arbitrale se fait devant les juridictions des États parties. Elle se fait alors au moyen d'un recours en annulation. Au Cameroun par exemple, d'après la loi n° 2003/009 du 10 juillet 2003 portant désignation et mode de saisine des juridictions visées à l'Acte uniforme sur l'arbitrage, c'est la cour d'appel du ressort du lieu de l'arbitrage qui est compétente pour connaître du recours en annulation de la sentence arbitrale (V. *article 4 (1) de cette loi*). Et, au cas où la cour d'appel ne donnerait pas satisfaction au demandeur en annulation de la sentence, ce dernier peut introduire auprès de la CCJA un pourvoi en cassation (V. *article 25 de l'AUA*).
- Pour obtenir l'exécution forcée de la sentence arbitrale, la partie qui a eu gain de cause doit saisir les juridictions nationales pour obtenir une décision d'*exequatur*. Au Cameroun, le juge compétent dans ce domaine est le président du tribunal de première instance qui rend à cet effet une ordonnance. Dans le cas où ce juge refuserait d'accorder l'*exequatur*, sa décision pourrait faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant la CCJA (V. *article 32, al. 1 de l'AUA. Sur la question des attributions juridictionnelles de la CCJA dans l'arbitrage de droit commun, v. LEBOULANGER (P.), op. cit., p. 569 et s., MARTOR (B.) et autres, op. cit., n° 1198 et s. ; FÉNÉON (A.), op.*

cit., p. 77 et s. ; MEYER (P.), op. cit., n° 422 et s. ; POUGOUÉ (P.-G.), avec la collaboration de J.-M. TCHAKOUA et A. FÉNÉON, op. cit., n° 241 et s.)

Section 3 : Fonctionnement de la CCJA

67. L'étude du fonctionnement de la CCJA passe par celle du siège de la Cour (§1) et celle de ses formations (§2).

§1 - Siège de la Cour

68. Le siège de la Cour se trouve à Abidjan en Côte d'Ivoire. Dans un contexte où les justiciables se plaignent déjà de l'éloignement de leurs juridictions nationales (*Sur le problème de l'éloignement de la justice en Afrique noire en général, v. NKOU MVONDO (P.), Le dualisme juridique en Afrique noire francophone, Thèse, Université Robert Schuman de Strasbourg, 1995, p. 278-279 ; DU BOIS DE GAUDUSSON (J.), « Le statut de la justice dans les États d'Afrique francophone », Afrique Contemporaine, n° 156, 1990, p. 6 ; CONAC (G.), « Le juge et la construction de l'État de droit en Afrique francophone », Mélanges Guy Braibant, Paris, Dalloz, 1996, p. 115 et s.*), la localisation du siège de la CCJA à Abidjan pouvait difficilement échapper à la critique. On a notamment fait valoir que la situation de la CCJA à Abidjan est inadaptée à la réalité locale africaine marquée par la misère matérielle (*TJOUEN (A.-F.), Thèse, op. cit., p. 218*) ou encore que l'administration d'une bonne justice suppose un rapprochement du justiciable de la justice à saisir (V. *ANOUKAHA (F.), « L'OHADA en marche », Annales de la FSJP de l'Université de Dschang, PUA, t. VI, 2002, p. 19*). Dans la pratique, les conséquences de l'éloignement de la CCJA sont facilement perceptibles. Sur les seize États qui composent l'OHADA, on observe qu'il y en a dont les justiciables n'ont pas encore formé de recours en cassation devant la CCJA (*Tel est le cas, à la date du 30 juin 2008, de la Guinée Équatoriale. On peut aussi évoquer le cas des Comores dont les justiciables à la même date comptaient un seul pourvoi devant la CCJA ou encore la Guinée-Bissau dont les justiciables comptaient deux pourvois. V. ISSA-SAYEGH (J.), « Le bilan jurisprudentiel du droit uniforme OHADA (Incertitudes législatives et turbulences jurisprudentielles) », obada.com, Obadata D-08-65, p. 12*). Ensuite, parmi les États dont les justiciables se sont déjà pourvus en cassation devant la CCJA, on remarque que, la Côte d'Ivoire, pour des raisons évidentes occupe la première place (*À la date du 30 juin 2008, la CCJA avait déjà enregistré 375 recours en provenance de la Côte d'Ivoire. Ce pays est suivi de très loin par le Cameroun avec 90 recours ! V. ISSA-SAYEGH (J.), Ibid.*).

69. Au problème de l'éloignement de la CCJA, le législateur communautaire propose deux solutions. La

première consiste dans l'organisation par la CCJA des audiences foraines sur le territoire des États parties (*V. article 19 du R.P. CCJA. Pour la doctrine, ces sessions foraines pourraient se tenir dans les cours suprêmes nationales. V. ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n° 405.*). La seconde repose sur la technique des recours consultatifs exercés par les juridictions nationales du fond (*V. supra n° 64.*).

Si elles sont mises en œuvre, ces deux solutions seraient d'une efficacité certaine. Les audiences foraines auraient précisément pour effet de minimiser les coûts de la justice pour les justiciables du pays d'accueil des audiences foraines qui se sentiraient de ce fait beaucoup plus concernés par la justice rendue par la juridiction supranationale (*V. ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), op. cit., n° 405.*). Pour accroître l'efficacité des audiences foraines de la CCJA, il serait d'ailleurs souhaitable que celles-ci se tiennent prioritairement dans les États dont les justiciables se pourvoient peu en cassation devant la CCJA. Quant au recours consultatif, il aurait certainement pour effet de rendre inutile l'exercice du recours en cassation devant la CCJA. En effet, à quoi servirait-il à un justiciable de former un recours en cassation devant la CCJA si la juridiction nationale du fond a tranché le litige soumis à son examen conformément à l'avis de la CCJA ?

Malgré leurs effets bénéfiques, ces deux solutions présentent une grande faiblesse dans la mesure où elles ne peuvent être déclenchées que par la CCJA ou par les juridictions nationales du fond. La conséquence en est que, jusqu'à présent, il n'a pas encore été organisé par la CCJA des audiences foraines, alors que, pour les recours consultatifs, on en dénombre deux, dont l'un exercé à l'initiative du Président du tribunal judiciaire de première instance de Libreville et l'autre par la Cour d'appel de N'Djamena (*V. supra n° 64.*).

70. Dans la doctrine, des solutions ont également été proposées au problème de l'éloignement de la CCJA. Pour certains auteurs, la résolution du problème passe par la création dans chaque pays des Sections (*ANOUKAHA (F.), ibid.*) ou des Formations locales (*TJOUEN (A.-F.), op. cit., p. 128*) de la CCJA. La principale critique adressée à cette solution repose sur le fait qu'elle risque d'entraîner un morcellement de la jurisprudence communautaire, ceci malgré les précautions prises par ses promoteurs pour éviter des « dissidences locales » (*ANOUKAHA (F.), « L'OHADA en marche », op. cit., p. 19. Selon cet auteur, pour éviter les divergences jurisprudentielles, il faudrait que les juges qui siègent dans les Sections locales de la CCJA aient le statut de juges de la CCJA et soient suffisamment et constamment imprégnés de sa jurisprudence.*).

D'autres auteurs ont émis l'idée de transformer les juridictions nationales de cassation en relais des pourvois adressés à la CCJA tout en maintenant pour les justiciables qui le désirent le droit de saisine directe. La mise en œuvre de l'idée passerait par la création auprès

de chaque cour suprême nationale d'un greffe spécial CCJA (*V. POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU-ELONGO (Y.-R.), Introduction critique à l'OHADA, op. cit., n° 29*). De cette façon, les parties seraient autorisées à déposer leurs déclarations de pourvois et leurs conclusions devant les cours suprêmes nationales qui se chargeraient ensuite de les acheminer à la CCJA. La même possibilité serait reconnue aux défendeurs aux pourvois qui pourraient à leur tour déposer auprès des cours suprêmes nationales leurs mémoires en défense pour acheminement à la CCJA (*V. NDAM (I.), Thèse, op. cit., n° 492.*). L'idée a également été émise de supprimer l'obligation d'élection de domicile au lieu du siège de la Cour, c'est-à-dire à Abidjan (*V. POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU-ELONGO (Y.-R.), op. cit., n° 29*). L'idée, si elle était retenue, permettrait aux justiciables d'avoir la signification des actes de procédure les concernant auprès de leurs avocats normalement installés dans leur pays de résidence (*V. LEVOA AWONA (S.P.), Thèse, op. cit., p. 352.*).

71. Au-delà des solutions qui sont proposées par la doctrine, il faut garder à l'esprit que la CCJA est une juridiction suprême. Par conséquent, et comme la plupart des juridictions de ce type, la CCJA pouvait difficilement échapper au reproche d'être éloignée par rapport à ses justiciables. Le rôle d'une juridiction suprême est d'unifier l'interprétation et l'application du droit dans un espace judiciaire déterminé. Or, si dans un même espace judiciaire, il y a plusieurs juridictions suprêmes sur une même matière, c'est l'unification de la jurisprudence qui serait compromise. Aussi, à vouloir à tout prix rapprocher la CCJA de ses justiciables, on risque également de dénaturer cette juridiction et de compromettre la réalisation satisfaisante de sa principale mission.

§2 - Formations de la Cour

72. La CCJA peut siéger dans deux formations bien distinctes. Soit elle siège en Formation plénière, soit elle siège en Chambres. Aucune précision n'a été donnée par la loi en ce qui concerne la composition et la présidence de la Formation plénière. Dans la pratique, on observe que, la Cour siège en formation plénière présidée par le Président de la Cour, mais composée tantôt de six (*Exemples : CCJA, arrêt n° 19 du 17 juin 2004, Société guinéenne d'assurances mutuelles dite SOGAM c/ Société nationale d'assurances mutuelles dite SONAM et autres ; CCJA, arrêt n° 009 du 24 avril 2003, Hyjazi Samih c/ Dagher Habib Rolland et Mme Dagher May née Faghali, in ONANA ETOUNDI (F) et MBOCK BIUMLA (J.M.), op. cit., p. 36 et s.*), tantôt de sept juges (*Exemples : CCJA, ord. n° 002 du 13 juin 2001, Caisse nationale de prévoyance sociale du Cameroun (CNPS) et Maître Ebongo Alexandre Nemès c/ SARL Pamol Plantations Ltd ; CCJA, arrêt n° 004 du 11 octobre 2001, BICIG c/ ENGATRANS ; etc.*). Avec l'augmentation du nombre de juges de la CCJA passé à neuf, il n'est pas exclu qu'on assiste dans les prochains

jours à des Formations plénières composées de huit ou neuf juges. Quant aux Chambres, la loi précise qu'elles sont constituées par la Cour et qu'elles sont composées de trois ou cinq juges élus par la Cour au scrutin secret et à la majorité absolue des membres présents et votants. À partir du troisième tour du scrutin, la majorité relative suffit. Ces Chambres sont présidées par le Président de la Cour ou l'un des Vice-présidents (*On a observé que jusqu'à présent, la Cour a constitué deux chambres composées très souvent de trois juges et quelques fois aussi de cinq juges. Avec l'augmentation du nombre de juges de la CCJA, on assistera peut-être bientôt à la constitution d'une troisième chambre à la CCJA. On a aussi observé qu'il est arrivé des cas où la chambre constituée n'était pas présidée par le Président ou l'un des Vice-présidents, mais par un simple juge. V. par exemple : CCJA, arrêt n° 008 du 27 janvier 2005, ohada.com, Ohadata J-05-190.*)

73. Le Règlement de procédure de la CCJA ne précise pas les attributions de la Formation plénière, encore moins celles des Chambres. La répartition des affaires entre les Chambres de la Cour et entre ces dernières et la Formation plénière obéit par conséquent à des critères qui sont connus pour l'instant de la seule CCJA. On pourrait cependant envisager une spécialisation des différentes formations de la Cour dans un souci de célérité et d'efficacité (*V. BONZI (B.J.-C.), Commentaire du Règlement de procédure de la CCJA, in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^e éd., 2008, p. 76*). Les différentes Chambres pourraient à cet effet se répartir l'ensemble du contentieux des actes uniformes. La Formation plénière quant à elle pourrait connaître de manière exclusive des demandes d'avis et de questions contentieuses mettant en cause l'application de plusieurs actes uniformes relevant de la compétence de plusieurs Chambres. La Formation plénière pourrait également connaître des recours en annulation qui comportent la délicate question des conflits d'attribution entre la CCJA et les cours suprêmes nationales.

Chapitre 2 : Procédure devant la CCJA

74. Le Règlement de procédure de la CCJA distingue d'une part, la procédure contentieuse (section 1) et, d'autre part, la procédure consultative (section 2).

Section 1 : Procédure contentieuse devant la CCJA

75. Le Règlement de procédure de la CCJA a porté une attention particulière sur deux procédures contentieuses : celle du recours en cassation et celle du recours

en annulation. À propos de ces deux procédures, on observe qu'elles sont gouvernées par des règles communes (§1) et par des règles spécifiques (§ 2).

§1- Règles communes

76. La compréhension de l'instance devant la CCJA passe par la maîtrise d'un certain nombre de concepts et de principes qui sont habituellement utilisés pour décrire et expliquer la procédure devant cette juridiction. Même si ces principes et concepts ne sont pas propres à l'instance en cassation ou à l'instance en annulation et encore moins à la CCJA (*car, on pourrait également les retrouver devant les juridictions nationales suprêmes ou du fond*), il importe de les étudier dans le cadre du procès devant la CCJA, afin d'en préciser le contenu, la déclinaison et la morphologie. La compréhension de la procédure contentieuse devant la CCJA suppose au préalable la connaissance des principes directeurs de l'instance (C) et la maîtrise des concepts de parties à l'instance (A) et d'actes de procédure (B).

A - Parties à l'instance

77. Après avoir déterminé les parties à l'instance (I), il conviendra ensuite d'examiner la représentation des parties à l'instance (II).

I - Détermination des parties à l'instance

78. L'instance devant la CCJA comporte habituellement deux parties : le demandeur et le défendeur. Le demandeur est la personne qui prend l'initiative de l'instance en saisissant la CCJA d'une prétention. Quant au défendeur, c'est la personne contre laquelle l'action du demandeur est dirigée. Peuvent être parties à l'instance en cassation ou à l'instance en annulation devant la CCJA toutes les personnes qui ont été parties à l'instance qui a donné naissance à la décision attaquée (*Pour l'instance en cassation, v. art. 15 du Traité de l'OHADA*). Il s'agit notamment de toutes les personnes physiques ou morales qui étaient engagées dans le procès devant les juridictions nationales, soit comme demandeur, soit comme défendeur, soit comme intervenant. Dans le recours en cassation, la CCJA exige en plus que la personne qui se pourvoit en cassation démontre que la décision attaquée lui fait grief. L'exigence a pour conséquence que le recours en cassation formé contre une décision ayant fait droit à toutes les demandes et conclusions du requérant est irrecevable (*V. CCJA, arrêt n° 17 du 26 avril 2007, Ayants droit de Bamba Fetigué, Akouany Paul c/ État de Côte d'Ivoire, Rec., n° 9, janvier-juin 2007, p. 8-9.*) faute d'intérêt pour agir.

79. La personne qui est restée tierce à l'instance

devant les juridictions nationales ne peut pas saisir la CCJA d'un recours en annulation ou d'un recours en cassation. Devant la CCJA, ce tiers peut user de l'intervention qui se définit comme la procédure par laquelle, une personne, au départ tiers à une instance, en devient partie. L'article 45-1 du Règlement de procédure de la CCJA énumère les personnes qui peuvent intervenir à l'instance devant la CCJA. Il s'agit des États parties au Traité et de toute personne ayant intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir les prétentions de l'une des parties (*V. aussi ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), OHADA Harmonisation du droit des affaires, op. cit., n° 446*). L'intervention admise devant la CCJA est donc l'intervention volontaire et accessoire, c'est-à-dire celle qui, émanant de la volonté du tiers, est destinée à soutenir les prétentions de l'une des parties à l'instance (*V. CADRET (L.) et JEULAND (E.), Droit judiciaire privé, Paris, Litec, 5^e éd., 2006, n° 459*).

La procédure d'intervention devant la CCJA débute par une demande d'intervention signifiée aux parties et présentée dans les 3 mois de la publication de l'acte introductif d'instance dans le Journal Officiel de l'OHADA. La demande d'intervention contient : l'indication de l'affaire ; l'indication des parties principales au litige ; les noms et domicile de l'intervenant ; l'élection de domicile de l'intervenant au lieu où la Cour a son siège ; les conclusions au soutien desquelles l'intervenant demande d'intervenir ; et enfin, dans le cas de demandes d'intervention autres que celles d'États membres, l'exposé des raisons justifiant l'intérêt à intervenir. Avant de statuer sur la demande en intervention, le Président doit mettre les parties en mesure de présenter leurs observations écrites ou orales. Si la demande en intervention est acceptée, l'intervenant reçoit communication de tous les actes de procédure signifiés aux parties. Le Président peut cependant, à la demande d'une partie, exclure la communication à l'intervenant de pièces confidentielles. C'est également au Président qu'il revient de fixer le délai dans lequel l'intervenant peut présenter un mémoire en intervention ainsi que celui dans lequel les parties peuvent répondre à ce mémoire. Devenu partie à l'instance, l'intervenant est soumis aux règles qui gouvernent la représentation des parties à l'instance.

II - Représentation des parties à l'instance

80. La représentation à l'instance devant la CCJA est nécessairement assurée par les soins d'un avocat (*V. article 23 du R.P. CCJA*). Il en découle que les parties à l'instance ne peuvent assurer elles-mêmes la défense de leur cause. Pas plus qu'elles ne peuvent avoir recours à un tiers n'ayant pas la qualité d'avocat. Toutefois, si la partie à l'instance est un avocat inscrit au barreau de l'un des États membres de l'OHADA, elle peut assurer elle-même sa défense (*V. CCJA, arrêt n° 10 du 26 février 2004, Maître Tonye Arlette c/ BICEC, in ONANA ETOUNDI (F.) et MBOCK BIUMLA (J.M.),*

OHADA Cinq ans de jurisprudence commentée de la CCJA de l'OHADA (1999-2004), Yaoundé, Ama-cenc, 2005, p. 48 et s.). Selon la doctrine, le caractère obligatoire du ministère d'avocat devant la CCJA se justifie par le fait que, l'attribution essentielle de la CCJA étant d'agir comme juge de cassation, l'assistance de l'avocat permettrait de dépouiller les actes de procédure des questions de fait inutiles dans ce cadre. De plus, la procédure devant la CCJA étant essentiellement écrite, l'intervention d'un professionnel du droit assure mieux les intérêts des parties (*V. BONZI (B.J.-C.), in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^e éd., 2008, p. 82*).

81. Le mandat *ad litem*, conformément au droit commun, confère essentiellement à celui qui en bénéficie le pouvoir de postuler et de plaider au nom et pour le compte de son mandant. La postulation consiste pour le mandataire à accomplir tous les actes de procédure que nécessite le procès. Quant à la plaidoirie, elle consiste pour le mandataire à présenter verbalement à l'audience les arguments qu'il avance au soutien des prétentions de son mandant.

82. Pour être admis comme mandataire *ad litem* devant la CCJA, l'avocat doit non seulement rapporter la preuve qu'il est inscrit à l'un des barreaux des États membres de l'OHADA, mais en outre, produire un mandat spécial de la partie qu'il représente (*V. article 23-1 R.P. CCJA. Cf. CCJA, arrêt n° 037 du 22 novembre 2007, Société Générale de Banque en Côte d'Ivoire dite SGBICI / Société Civile Immobilière Centre Commercial de Treichville dite SCI-CCT, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 10, juillet-décembre 2007, p. 56 et s.*). Toutefois, si l'avocat agit pour la défense de ses propres intérêts, il n'a pas besoin de produire un mandat spécial (*V. CCJA, arrêt n° 10 du 26 février 2004, Maître Tonye Arlette c/ BICEC, op. cit., ohada.com, Ohadata J-04-295.*). Les mémoires en réponse et les mémoires en duplicata présentés par un avocat non muni d'un pouvoir spécial sont irrecevables (*CCJA, 1^{re} ch., arrêt n° 30 du 26 mai 2005, La Société Satoya Guinée S.A. c/ Maîtres Aboubacar Camara et Boubacar Télimélé Sylla, ohada.com, Ohadata J-05-382.*).

83. L'avocat admis comme mandataire *ad litem* devant la CCJA peut être exclu de cette juridiction. Il en est ainsi lorsque son comportement devant la Cour est incompatible avec la dignité de celle-ci ou qu'il userait des droits qu'il tient de ses fonctions à des fins autres que celles pour lesquelles ces droits lui ont été reconnus. L'exclusion de l'avocat indigne a lieu après qu'il ait été entendu et peut intervenir à tout moment de la procédure, par ordonnance immédiatement exécutoire de la Cour. L'exclusion d'un avocat de la procédure a pour conséquence de suspendre celle-ci jusqu'à l'expiration d'un délai fixé par le Président pour permettre à la partie dont l'avocat a été exclu de désigner un autre avocat

(Article 23-2 R.P.CCJA). Ce nouvel avocat, comme son prédécesseur, aura pour rôle essentiel, l'accomplissement, pour le compte de la partie qu'il représente, des actes de procédure.

B - Actes de procédure

84. Les actes de procédure manifestent au cours du procès l'activité des parties, le plus souvent par l'entremise de leurs avocats. La présentation et la signification de ces actes (I) de même que les délais dans lesquels ils doivent être accomplis (II) ont particulièrement retenu l'attention du législateur OHADA.

I - Présentation et signification des actes de procédure

85. Les règles de présentation des actes de procédure devant la CCJA ont été déterminées par l'article 27 du Règlement de procédure de la CCJA. Il ressort de ce texte que tout acte de procédure doit être daté et, de surcroît, lorsque l'acte en cause est un original, il doit être signé par l'avocat de la partie qui entend l'utiliser. De plus, à tout acte de procédure est annexé un dossier contenant les pièces et documents invoqués à l'appui et accompagné d'un bordereau de ces pièces et documents. Il est également prévu que tout acte de procédure, accompagné de toutes les annexes qui y sont mentionnées, est présenté avec sept copies pour la Cour (*Cette disposition ayant été rédigée au moment où la CCJA était composée de sept juges, avec la modification du Traité qui a porté le nombre de juges à neuf, c'est désormais en neuf exemplaires qu'il faudrait produire pour la Cour, les copies des actes de procédure.*) et autant de copies qu'il y a de parties en cause.

86. Les significations des actes de procédure quant à elles sont faites soit par envoi postal recommandé, avec accusé de réception, d'une copie de l'acte à signifier, soit par remise de cette copie contre reçu (Article 24 R.P. CCJA). Ces significations doivent le plus souvent être accomplies dans des délais précis.

II - Délais des actes de procédure

87. Devant la CCJA, la computation des délais de procédure a retenu l'attention du législateur, spécialement à l'article 25 du Règlement de procédure de la CCJA (V. aussi ANGUISSA (J.C.), *Les délais de procédure devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), Mémoire DEA, Université de Yaoundé-Soa, 2003-2004.*). Ainsi, les délais en mois et les délais en années sont comptés de quantième à quantième. Par exemple, pour un délai de deux mois, du 1^{er} janvier au 1^{er} mars.

Le point de départ des délais de procédure (encore appelé *dies a quo*) devant la CCJA se situe à la date

de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la signification qui fait courir le délai. Il faut cependant relever que, devant la CCJA, le *dies a quo* n'est jamais compté, de sorte que le délai commence réellement à courir le lendemain de l'acte, de la formalité ou de l'événement qui fait courir le délai (*Sur ce point, le droit de l'OHADA se distingue du droit français qui inclut dans les délais de procédure exprimés en mois ou en années le dies a quo. Il n'est dérogé à cette règle que lorsque les délais sont calculés en jours. V. VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), Procédure civile, Paris, Dalloz, 27^e éd., 2003, n° 716.*). Sont en revanche compris dans les délais de procédure, les jours fériés légaux (dont la liste est dressée par la Cour et publiée au J.O. de l'OHADA) ainsi que les samedis et dimanches intercalés.

Au sujet de l'expiration des délais de procédure devant la CCJA, la loi communautaire a également prévu une réglementation précise. Premièrement, les délais de procédure devant la CCJA étant des délais non francs (*Le délai non franc encore appelé délai ordinaire est celui qui expire le dernier jour à 24 heures. V. CORNU (G.), Vocabulaire juridique, op. cit., p. 275.*), le *dies ad quem* est toujours compté. Tout délai expire par conséquent le dernier jour à 24 heures. Toutefois, si le délai expire normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié légal dans le pays où l'acte ou la formalité doivent être accomplis, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Deuxièmement, lorsqu'un délai est exprimé en mois ou en années, ce délai expire le jour du dernier mois ou de la dernière année qui porte le même quantième que le jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la signification qui fait courir le délai. À défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois. Par exemple, pour un acte qui doit être accompli dans un délai d'un mois, si le *dies a quo* se situe au 31 janvier, à défaut de quantième identique dans le mois de février, ce délai arrive à expiration le 28 ou le 29 février.

En rapprochant les dispositions sur l'expiration des délais de procédure devant la CCJA avec celles régissant le point de départ de ces délais, on ne peut manquer d'être surpris. Au regard de la loi, les délais de procédure commencent effectivement à courir le lendemain de l'acte ou de l'événement qui constitue le point de départ du délai. De ce fait, il devient difficile d'envisager que l'échéance des délais de procédure devant la CCJA se situe à un jour ayant le même quantième que le *dies a quo*. Peut-être aurait-il été plus juste pour le législateur de prévoir que, les délais de procédure en mois ou en années expirent le jour qui porte le même quantième que le lendemain du jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la signification qui fait courir le délai.

88. Les délais de procédure devant la CCJA peuvent être augmentés en raison de la distance. Cette augmentation est de 21 jours pour les personnes qui demeurent en Afrique Centrale, de 14 jours pour les personnes qui demeurent en Afrique de l'Ouest et de 30 jours pour

celles demeurant en République Fédérale Islamique des Comores et autres pays. Ces augmentations ne sont pas applicables lorsque les parties ont leur résidence habituelle en Côte d'Ivoire (*V. Décision n° 002/99/CCJA augmentant les délais de procédure en raison de la distance du 4 février 1999.*).

C - Principes directeurs de l'instance

89. Les principes directeurs du procès devant la CCJA touchent aux caractères (I) et au dénouement (III) de l'instance ainsi qu'au rôle respectif du juge et des parties au regard du litige (II).

I - Caractères de l'instance

90. La procédure contentieuse devant la CCJA est essentiellement écrite car les parties font valoir leurs prétentions et arguments dans des documents écrits appelés mémoires. Toutefois, la Cour peut, à la demande de l'une des parties, organiser dans certaines affaires une procédure orale (*Article 34-1 R.P. CCJA. Lire aussi NDAM (I.), Le pourvoi devant la cour commune de justice et d'arbitrage, op. cit., n° 725 et s.*).

91. L'instance devant la CCJA revêt en outre un caractère public. Il en découle que les audiences des procès devant la CCJA sont publiques (article 19, alinéa 2 du Traité). En conséquence, toute personne qui le désire peut pénétrer dans la salle d'audience. La Cour peut toutefois ordonner le huis clos. Cette dérogation ne s'étend pas à l'arrêt qui est toujours rendu en audience publique, les parties dûment convoquées (*article 40-1 R.P. CCJA. V. aussi NDAM (I.), op. cit., n° 654 et s.*).

92. La procédure devant la CCJA se singularise également par son caractère essentiellement accusatoire (*Ibid., n° 593 et s.*). Cela signifie que, pour une grande part, l'instance devant cette juridiction est l'affaire des parties. C'est à elles qu'il revient tout d'abord d'introduire l'instance. Par conséquent, la CCJA ne peut pas s'auto-saisir d'un recours en cassation ou d'un recours en annulation. Au cours du déroulement de la procédure, les parties sont principalement tenues d'accomplir dans les délais et formes requises les différents actes de procédure. Libres d'engager le procès, les parties sont également libres d'y mettre un terme, avant qu'il ne s'éteigne par un jugement, au moyen d'un désistement (*Sur le désistement, v. article 44 du R.P. CCJA*), à condition toutefois que ledit désistement intervienne avant que la Cour ait statué. Le désistement à l'instance peut être l'œuvre de l'une ou des deux parties au procès (*Le désistement des deux parties peut par exemple être la conséquence d'une transaction intervenue entre elles. V. CCJA, ord. n° 3 du 22 mai 2002, Société Star Auto c/ Fanny Mory, obada.com, Obadata J-03-128.*). Dans un cas comme dans

l'autre, le Président de la Cour ordonne la radiation de l'affaire du registre et statue sur les dépens. En cas de désistement des deux parties, accompagné d'un accord sur les dépens, le Président statue selon l'accord des parties. En cas de désistement de l'une des parties, la partie qui se désiste est condamnée aux dépens s'il est conclu dans ce sens par l'autre partie (*CCJA, ord. n° 02 du 1^{er} octobre 2003, South African Airways c/ Société Ferme Adam, obada.com, Obadata J-04-132*). Toutefois, à la demande de la partie qui se désiste, les dépens peuvent être mis à la charge de l'autre partie, si cela apparaît justifié par l'attitude de cette dernière. À défaut de conclusion sur les dépens, chaque partie supporte ses propres dépens (*V. CCJA, ord. n° 6 du novembre 2004, Société Palmindustrie Liquidation c/ Cabinet ivoirien de surveillance, obada.com, Obadata J-05-279; CCJA, ord. n° 3 du 3 mars 2004, Société Roméo International c/ Maître Niangadou Aliou, Ossey Gnanssou et dame Ossey Gnanssou, obada.com, Obadata J-05-275; CCJA, ord. n° 2 du 25 février 2004, Société commerciale du centre ouest (SOCOCE) c/ Société sucrière africaine de Côte d'Ivoire (SUCAF-CI), obada.com, Obadata J-05-274; CCJA, ord. n° 2 du 27 mars 2002, Société des transports Saint-Christophe (TT Saint-Christophe) c/ Société d'études et réalisations industrielles foncières et agricoles (SERIFA), obada.com, Obadata J-03-127; CCJA, ord. n° 3 du 1^{er} octobre 2003, Société USICAO c/ Société Borro et Compagnie, obada.com, Obadata J-04-133; CCJA, ord. n° 1 du 27 juin 2002, Fazah Souleymane c/ La société commerciale ivoirienne de matériel industriel (SCIMI), obada.com, Obadata J-03-126; CCJA, ord. n° 3 du 13 avril 2007, SCPA Abel Kassi et associés c/ Société Commerciale de Banque S.A., Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 9, janvier-juin 2007, p. 101; CCJA, ord. n° 03 du 4 octobre 2006, Société ivoirienne de déroulage et sciage dite IDES c/ Société Merby et Frères, Rec., n° 8, juillet-décembre 2006, p. 69-70; CCJA, ord. n° 01 du 12 janvier 2006, Compagnie ivoirienne d'électricité dite CIE c/ Banque internationale de l'Afrique de l'Ouest Côte d'Ivoire dite BIAO-CI, Rec., n° 7, janvier-juin 2006, p. 78-79).*

Le Règlement de Procédure de la CCJA n'a pas résolu la question des conséquences du décès de l'une des parties. Dans deux affaires, la CCJA, confrontée à ce problème a, en application de l'article 107 du code ivoirien de procédure civile, commerciale et administrative, décidé de l'interruption de l'instance et a classé provisoirement le dossier de la procédure au greffe (*V. CCJA, arrêt n° 050 du 21 juillet 2005, Groupement pharmaceutique de Côte d'Ivoire dit GOMPI c/ Jean Mazuet, obada.com, Obadata J-06-49; CCJA, arrêt n° 037 du 3 juillet 2008, Saleh Kouassi c/ Guetat Ehouman Noël et autres. Sur le plan de la terminologie, on distingue l'interruption d'instance de la suspension d'instance. L'instance est suspendue « lorsque certains événements étrangers à la situation personnelle des parties ou à celle de leurs représentants viennent arrêter le cours de l'instance. » La fin de l'événement suspensif, entraîne la continuation*

de l'instance et non sa reprise. En revanche, il y a interruption de l'instance lorsqu'« il y a modification dans la situation des parties ou de leurs représentants », ce qui a pour conséquence la reprise de l'instance. V. VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 27^e éd., 2003, n° 1167.).

93. La procédure en cassation et la procédure en annulation revêtent enfin un caractère contradictoire (V. aussi NDAM (I.), *op. cit.*, n° 662 et s.). Il en résulte qu'aucune partie à l'instance ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée. Chaque partie à l'instance doit avoir la possibilité de contredire les prétentions, les moyens, les arguments et les preuves de son adversaire. Le caractère contradictoire de l'instance devant la CCJA se manifeste par l'obligation faite à la Cour de signifier le recours à toutes les parties à la procédure devant la juridiction nationale (articles 29 et 52-1 R.P. CCJA) et ensuite par la possibilité reconnue à ces dernières de présenter un mémoire en réponse dans un délai de 3 mois à compter de la signification du recours (articles 30 et 52-2 R.P. CCJA). Le principe du contradictoire se manifeste également dans l'obligation de communication imposée aux parties en litige. Ainsi, les copies certifiées conformes des actes de procédure, accompagnées de toutes les annexes qui y sont mentionnées doivent être déposées au greffe de la CCJA en autant d'exemplaires qu'il y a de juges à la CCJA et de parties à l'instance. De plus, si en raison du volume d'une pièce ou d'un document, il n'en est annexé à l'acte que des extraits, la pièce ou le document entier ou une copie complète est déposée au greffe (article 27 R.P. CCJA). Le dépôt des actes et pièces au greffe a pour but de permettre à la partie adverse d'en prendre connaissance pour éventuellement en contredire le contenu.

II - Rôle respectif du juge et des parties au regard du litige

94. Le principe dispositif confère aux parties à l'instance le pouvoir de fixer les éléments du litige. Ce pouvoir qui est considérablement étendu au niveau des faits se trouve néanmoins réduit en ce qui concerne le droit, au profit du juge (V. LE MASSON (J.-M.), « *La recherche de la vérité dans le procès civil* », *Rev. Droit et Société*, 38, 1998, p. 24 et s.).

95. Au niveau des faits, il revient aux parties d'alléguer les faits propres à justifier leurs prétentions. Les faits attendus des parties sont des faits concluants et pertinents, c'est-à-dire de nature à fonder leurs prétentions. Autrement dit, les faits invoqués doivent être en relation avec la prétention de la partie qui les invoque. Quant au juge, il doit s'en tenir aux faits allégués par les parties, sans rien apporter lui-même. On affirme à ce sujet que le juge est le servent des plaideurs (V. VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, *op. cit.*, n°s 550 et s.).

En ce qui concerne la preuve des faits, il revient en principe à chaque partie de prouver les faits qu'il invoque au soutien de sa prétention. Bien que constituant un degré de juridiction (*Dans le même sens*, v. AKAMAKAM (A.), « *L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique* », *op. cit.*, p. 29 ; NSIE (E.), « *La cour commune de justice et d'arbitrage* », *op. cit.*, p. 322 ; FEVILIYE-DAWEY (I.), « *La problématique de l'interprétation et de l'application d'un droit commun : l'exemple du droit des affaires en Afrique francophone* », *Penant*, n° 847, 2004, p. 136 ; etc. *Contra* NDAM (I.), *Le pourvoi devant la cour commune de justice et d'arbitrage*, *op. cit.*, n° 228-233.), on peut s'interroger sur l'étendue des pouvoirs de la CCJA au regard des faits. Plus précisément, la CCJA dispose-t-elle de l'entière liberté sur les faits allégués, pouvant ainsi aller jusqu'à les remettre en cause au moyen d'une mesure d'instruction ? La question est délicate car comportant des enjeux certains. Si on répond par l'affirmative, il faudrait en conclure que la CCJA constituerait un degré de juridiction comme les autres avec notamment les mêmes pouvoirs sur les faits du litige. Par contre, si on répond par la négative, il faudrait en déduire que la CCJA serait un degré de juridiction spécifique, avec moins de pouvoirs que ceux habituellement reconnus aux autres degrés de juridiction quant aux faits. *De lege lata*, on observe que le Règlement de procédure de la CCJA ne reconnaît pas à cette juridiction le pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction. En conséquence, les juridictions nationales du fond ne devraient pas encourir de censure de la part de la CCJA sur la manière dont elles ont constaté les faits (*Il en va différemment lorsque les juridictions nationales du fond ont procédé à la qualification juridique des faits. Elles s'exposent alors au contrôle de la CCJA puisqu'elles prennent position sur une question de droit.*). *De lege ferenda*, la nature de la CCJA qui est une juridiction suprême incline également à penser que son intervention dans les faits doit se faire de manière modérée. L'entière liberté de la CCJA quant aux faits risquerait en effet de conduire à un encombrement de cette juridiction et à un allongement de la durée des procès surtout si, reconnaissant l'entière liberté à la CCJA sur les faits, celle-ci devait se traduire pour les parties en la possibilité d'évoquer devant cette juridiction des faits nouveaux.

96. Au niveau du droit, la CCJA se présente comme le servent de la loi. Son rôle consiste à trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. La CCJA ne doit s'en tenir qu'à la loi et ne saurait statuer en équité. Cette dernière s'entend comme un dépassement du droit conférant au juge le pouvoir de corriger ce que la loi pourrait avoir d'injuste. Les pouvoirs de la CCJA quant au droit n'interdisent pas aux parties de lui proposer une qualification juridique des faits qu'elles allèguent au soutien de leurs prétentions. Seulement, cette qualification se fait sous le contrôle de la CCJA qui a le dernier mot dans ce domaine tout comme sur le dénouement de l'instance.

III - Dénouement de l'instance

97. L'instance devant la CCJA se termine normalement par un arrêt qui en constitue l'aboutissement (a). Mais le dénouement de l'instance ne signifie pas toujours la fin du procès. Les parties à l'instance et même les tiers peuvent, à la suite de l'arrêt de la CCJA, exercer des voies de recours qui ont pour conséquence de créer une nouvelle instance (b).

a - Arrêt de la CCJA

98. Le prononcé ainsi que le contenu des arrêts de la CCJA doivent être précisés (1) avant d'aborder leur force juridique (2).

1 - Prononcé et contenu des arrêts de la CCJA

99. Le prononcé de l'arrêt de la Cour est précédé par une phase des délibérations. Les délibérations de la Cour sont secrètes et ont lieu en Chambre du Conseil. Seuls les juges prennent part aux délibérations ; la participation de toute autre personne ne pouvant être admise que sur autorisation de cette Cour. Il n'est tenu aucun procès-verbal des délibérations de la Cour en matière judiciaire. Les décisions de la Cour sont prises à la majorité des juges présents et, en cas de partage des voix, celle du Président est prépondérante (*article 22 R.P. CCJA*). L'arrêt est rendu en audience publique, les parties dûment convoquées. La minute de l'arrêt, après avoir été signée par le Président et le greffier en chef, est scellée et déposée au greffe. Ensuite, une copie certifiée conforme de l'arrêt est signifiée à chacune des parties. Ces dernières peuvent également obtenir une grosse de l'arrêt au tarif fixé par la Cour (*article 40 du R.P. CCJA*).

100. Le contenu de l'arrêt de la Cour est indiqué par l'article 39 du Règlement de procédure de la CCJA. Aux termes de ce texte, l'arrêt de la Cour contient : l'indication qu'il est rendu par la Cour ; la date du prononcé ; les noms des juges qui y ont pris part, ainsi que celui du greffier ; l'indication des parties ; les noms des avocats des parties ; les conclusions des parties ; l'exposé sommaire des faits ; les motifs ; le dispositif, y compris la décision relative aux dépens.

2 - Force juridique des arrêts de la CCJA

101. Les arrêts de la CCJA ont, aux termes de l'article 20 du Traité de l'OHADA, autorité de la chose jugée (2.1) et force exécutoire (2.2).

2.1- Autorité de la chose jugée

102. L'arrêt de la CCJA a, dès son prononcé, autorité de chose jugée, ce qui signifie que ce qu'il constate est indiscutable et tient lieu de vérité légale. L'article 20 du Traité aurait dû en réalité parler de force de chose

jugée dans la mesure où l'arrêt de la CCJA ne peut faire l'objet que de voies de recours extraordinaires, donc en principe non suspensives d'exécution (*V. GUEYE (B.) et TALL (S.N.), Commentaire du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^e éd., 2008, p. 45*).

103. L'autorité de chose jugée des arrêts de la CCJA couvre l'ensemble des pays de l'OHADA (*V. POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU-ELONGO (Y.-R.), op. cit., n° 27*). Elle s'oppose par conséquent à ce que la même affaire soit à nouveau portée devant l'une quelconque des juridictions de l'OHADA. Ainsi, une affaire tranchée par les juridictions nationales du Gabon, puis connue en cassation par la CCJA, ne peut pas être portée par la suite devant les juridictions camerounaises. Une affaire déjà tranchée par la CCJA et portée à nouveau devant cette juridiction ou une autre juridiction nationale devrait en toute logique être sanctionnée par une fin de non-recevoir (*V. CCJA, arrêt n° 16 du 29 juin 2006, Société Ansari Trading Company Ltd c/ La société commerciale de banque crédit Lyonnais Cameroun, Rec., n° 7, janvier-juin 2006, p. 9-14.*).

104. L'autorité de chose jugée des arrêts de la CCJA est bien entendue relative. Aussi ne s'applique-t-elle, au regard de l'article 1351 du Code Civil, que s'il y a triple identité d'objet, de cause et de parties (*V. FRI-CERO (N.), « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », Mélanges J.-F. BURGELIN, Paris, Dalloz, 2008, p. 199-206.*). La vérité judiciaire telle que constatée par la CCJA n'est donc pas une vérité absolue, abstraite et objective. C'est une vérité relative dans la mesure où elle se limite à la question litigieuse et aux parties à l'instance (*Rapp. LE MASSON (J.-M.), « La recherche de la vérité dans le procès civil », op. cit., p. 22-23.*). Rien n'interdit par conséquent que les mêmes parties saisissent la CCJA d'une question litigieuse différente ou, ce qui est tout aussi évident, que des parties différentes saisissent la CCJA d'une question identique ou même différente.

2.2- Force exécutoire

105. La force exécutoire de l'arrêt de la CCJA signifie qu'au cas où il n'est pas volontairement exécuté, il peut donner lieu à une exécution forcée. La force exécutoire de l'arrêt de la CCJA prend effet dès son prononcé. Il n'est pas exigé une quelconque procédure d'exequatur (*V. GUEYE (B.) et TALL (S.N.), op. cit., p. 45*). Dans le pays où l'arrêt doit être exécuté, le passage effectif à l'exécution forcée nécessite cependant que l'arrêt de la CCJA ait été revêtu de la formule exécutoire. Selon l'article 46-1 du Règlement de procédure de la CCJA, la formule exécutoire est apposée, sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'autorité nationale que le gouvernement de chacun des États parties désignera à cet effet et dont il donnera connaissance à la Cour (*Au Cameroun par exemple, c'est le Greffier en chef de la Cour Suprême qui est chargé, sous le contrôle du Président de*

la Cour; d'apposer la formule exécutoire sur les arrêts de la CCJA. V. articles 1 et 2 du décret n° 2002/299 du 3 décembre 2002 désignant l'autorité chargée d'apposer la formule exécutoire sur les arrêts de la CCJA de l'OHADA et sur les sentences arbitrales rendues en application du Règlement d'arbitrage de ladite Cour et de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, *Juridis périodique*, n° 53, 2003, p. 107).

Il a été soutenu à juste titre que la « domestication de la formule exécutoire est injustifiée dans un espace où le pouvoir de juger est communautarisé et les voies d'exécution uniformisées. » (TCHAKOUA (J.-M.), « L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA : regard sur une construction inachevée à partir du cadre camerounais », *RASJ*, vol. VI, n° 1, 2009, p. 12.). Parmi les inconvénients auxquels expose la situation actuelle, il y a l'obligation pour celui qui veut obtenir l'exécution forcée d'un arrêt de la CCJA de solliciter autant de formules exécutoires que de pays concernés par l'exécution forcée. À cela, il faut ajouter que les autorités nationales chargées de vérifier l'authenticité de l'arrêt de la CCJA pourraient, par ignorance ou de mauvaise foi, faire traîner la procédure. Enfin, que se passerait-il si la formule exécutoire est apposée dans un pays, mais refusée dans un autre ? Le justiciable se contenterait alors d'une satisfaction partielle, ce qui au demeurant serait incompréhensible compte tenu de la force juridique reconnue aux arrêts de la CCJA (*Ibid.*, c'est là une raison de plus pour le droit de l'OHADA d'instituer un recours en manquement qui permettrait à la CCJA de sanctionner les manquements par les États membres de leurs obligations communautaires.).

Sous réserve de l'apposition de la formule exécutoire, il faut dire que la force exécutoire des arrêts de la CCJA s'étend à l'ensemble des pays de l'OHADA. Par conséquent, un arrêt de la CCJA rendu dans un litige qui a été connu par les juridictions nationales du fond d'un pays de l'OHADA est susceptible de déboucher sur une exécution forcée, non seulement dans ce pays, mais également dans n'importe quel autre pays de l'OHADA. On en conclut que les arrêts de la CCJA circulent librement dans tout l'espace OHADA, ce qui n'est pas toujours le cas des décisions des juridictions nationales. La force exécutoire des arrêts de la CCJA a également pour conséquence que, dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la CCJA ne peut faire l'objet d'une exécution forcée dans un État partie (*article 20 in fine du Traité de l'OHADA*). Par exemple, dans une procédure en annulation, en cas d'annulation de la décision de la cour suprême nationale se déclarant compétente, une telle décision ne peut recevoir aucune exécution forcée dans l'ensemble de l'espace OHADA. Cette conséquence concerne d'ailleurs l'ensemble de la décision de la cour suprême nationale, c'est-à-dire non seulement la déclaration de compétence, mais également toute question de fond qui aurait été tranchée.

106. Les voies d'exécution à mettre en œuvre aux fins d'exécution d'un arrêt de la CCJA sont celles en

vigueur dans le pays où se déroule l'exécution forcée. La CCJA dispose néanmoins dans ce domaine du pouvoir de surseoir à l'exécution forcée. La demande de sursis à exécution obéit aux mêmes règles que le recours en cassation (*Toutefois, la CCJA est incompétente si la demande de sursis à exécution est formée par rapport à une décision rendue par une juridiction nationale. V. CCJA, ord. n° 4 du 9 mars 2004, Société Induschimie c/ Dame Mermoz Roch Pauline et autres, obada.com, Obadata J-05-276*). Elle est signifiée aux autres parties, auxquelles le Président fixe un bref délai pour la présentation de leurs observations écrites ou orales. Le Président statue sur la demande par voie d'ordonnance motivée et immédiatement signifiée aux parties. Cette ordonnance est insusceptible de recours (*Si l'exécution forcée n'avait pas commencé, la demande de sursis à exécution est rejetée par la Cour. V. CCJA, ord. n° 04 du 3 décembre 2003, Société Sotaci c/ M. Delpech Gérard et Mme Delpech Joëlle, obada.com, Obadata J-04-134*). Elle peut cependant à tout moment être modifiée ou rapportée à la demande d'une partie. Le rejet de la demande n'empêche pas la partie qui l'avait introduite de présenter une autre demande fondée sur des faits nouveaux (*article 46 du R.P. CCJA*).

b - Voies de recours

107. L'arrêt de la CCJA ne peut faire l'objet que de voies de recours extraordinaires. Il s'agit de la tierce opposition (1), du recours en interprétation (2) et du recours en révision (3).

1 - Tierce opposition

108. La tierce opposition est ouverte à toute personne physique ou morale qui est restée tiers à l'instance lorsque l'arrêt de la Cour préjudicie à ses droits (*V. CCJA, arrêt n° 26 du 16 novembre 2006, Mme Aboa Achoumou Étienne née Aguié Chaboe c/ SGBCI et autres, Rec., n° 8, juillet-décembre 2006, p. 35-39. En l'absence de préjudice causé par l'arrêt de la Cour, le recours en tierce opposition est irrecevable. V. CCJA, arrêt n° 37 du 2 juin 2005, Société de transformation industrielle de Lomé dite STIL c/ Société des tubes d'acier et d'aluminium dite SOTACI, obada.com, Obadata J-06-06*). Aucune condition n'a été posée quant au délai d'exercice de la tierce opposition. La procédure de la tierce opposition quant à elle commence par une demande en tierce opposition formée contre toutes les parties au litige principal. La représentation des parties à l'instance en tierce opposition obéit aux mêmes règles que la représentation des parties à l'instance en cassation. Il en est de même des règles relatives à la présentation des actes de procédure. La demande en tierce opposition doit par ailleurs spécifier l'arrêt attaqué et indiquer en quoi cet arrêt préjudicie aux droits du tiers opposant ainsi que les raisons pour lesquelles le tiers opposant n'a pas pu participer au litige principal (*Article 47-1 et 2 du R.P. CCJA*).

109. Au niveau des effets, la tierce opposition entraîne la modification de l'arrêt attaqué dans la mesure où il est fait droit à la *demande* en tierce opposition. Ensuite, la minute de l'arrêt rendu sur tierce opposition est annexée à la minute de l'arrêt attaqué et mention de l'arrêt rendu sur tierce opposition est faite en marge de la minute de l'arrêt attaqué (*article 47-3 R.P. CCJA*).

2 - Recours en interprétation

110. Toute partie peut, en cas de contestation sur le sens ou la portée d'un arrêt de la CCJA, saisir cette dernière d'une demande en interprétation (*L'expression « toute partie » utilisée par la loi pour désigner les personnes susceptibles d'exercer le recours en interprétation renvoie certainement aux parties à l'instance en cassation ou à l'instance en annulation.*). La demande d'interprétation doit être effectuée dans les 3 mois qui suivent le prononcé de l'arrêt. La demande d'interprétation spécifie l'arrêt visé et le texte dont l'interprétation est demandée. Les dispositions des articles 23 et 27 du Règlement de procédure de la CCJA relatives à la représentation des parties et à la présentation des actes de procédure sont également applicables à la demande en interprétation. La Cour statue par voie d'arrêt sur la demande en interprétation après avoir mis les parties en mesure de présenter leurs observations. La minute de l'arrêt interprétatif est annexée à la minute de l'arrêt interprété et mention de l'arrêt interprétatif est faite en marge de la minute de l'arrêt interprété (*article 48 du R.P. CCJA*).

3 - Recours en révision

111. La révision de l'arrêt de la Cour peut être demandée par toute partie à condition de faire la preuve de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive, mais inconnu de la Cour et de la personne qui demande la révision au moment de l'instance en cassation ou de l'instance en annulation (*article 49.1 R.P. CCJA. Si ces conditions ne sont pas remplies, le recours en révision est déclaré irrecevable par la CCJA. V. CCJA, arrêt n° 040 du 17 juillet 2008, Hassan Sably c/ Société nouvelle scierie d'Agnibilekro dite SNDA SARL et M. Wabad Nouhad Rachid ; CCJA, arrêt n° 38 du 2 juin 2005, Société des tubes d'acier et d'aluminium dite SOTACI c/ Delpech Gérard et Delpech Joëlle, obada.com, Obadata J-06-07.*). Comme cela a été relevé à juste titre par les professeurs ISSA-SAYEGH et LOHOUES-OBLE, il est surprenant d'exiger que le fait nouveau fût ignoré de la Cour car, même connu de la Cour, un fait ne peut être pris en compte par cette dernière que si les parties en ont fait état dans leurs conclusions (*V. OHADA Harmonisation du droit des affaires, op. cit., n° 484*). Ne disposant pas, au regard de la loi, du pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction, il ne serait pas logique de reconnaître néanmoins à la CCJA le pouvoir d'introduire dans le débat des faits qui

n'ont pas été mentionnés par les parties en litige (*Pour d'autres développements sur le recours en révision devant la CCJA, lire Alex TJOUEEN, obs. sous CCJA, arrêt n° 040 du 17 juillet 2008, Hassan Sably c/ Société nouvelle scierie d'Agnibilekro dite SNDA SARL et M. Wabad Nouhad Rachid, in Paul-Gérard POUGOUÉ et Sylvain Sorel KUATE TAMEGHE (Sous la direction de), Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 437-450*).

112. La demande en révision est formée dans un délai de 3 mois à compter du jour où le demandeur a eu connaissance du fait sur lequel la demande en révision est basée. À l'expiration d'un délai de 10 ans à dater de l'arrêt, aucune demande en révision ne peut plus être formée, même si la partie qui la forme fait la preuve de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive, mais inconnu d'elle et de la Cour à l'époque de l'instance en cassation ou de l'instance en annulation. Ainsi, une demande en révision formée plus de 10 années après l'arrêt de la CCJA devrait être rejetée au moyen d'une fin de non-recevoir. Pour les demandes en révision formées dans les dix années qui suivent la date de l'arrêt, elles sont irrecevables si elles ne satisfont pas aux conditions de délai et d'objet.

113. La procédure en révision commence par une demande en révision formée contre toutes les parties à l'arrêt dont la révision est demandée. Cette demande qui doit être conforme aux prescriptions des articles 23 et 27 du Règlement de procédure de la CCJA doit par ailleurs contenir les indications nécessaires à sa recevabilité. Les parties à l'arrêt dont la révision est demandée ont le droit de présenter des observations écrites sur la recevabilité de la demande en révision. Ces observations sont communiquées à la partie dont émane la demande. Avant de rendre sa décision sur la recevabilité de la demande, la Cour peut donner à nouveau aux parties la possibilité de présenter leurs vues à ce sujet. Si la Cour estime que la demande est conforme aux conditions posées par la loi, elle la déclare recevable par arrêt constatant expressément l'existence d'un fait nouveau de nature à justifier l'ouverture d'une instance en révision. Ensuite, la Cour fixe les délais pour toute procédure ultérieure qu'elle estime nécessaire pour se prononcer sur le fond de la demande. La minute de l'arrêt portant révision est annexée à la minute de l'arrêt révisé et mention de l'arrêt portant révision est faite en marge de la minute de l'arrêt révisé (*Article 49 du R.P. CCJA*).

§ 2- Règles spécifiques

114. Il convient d'envisager tour à tour les règles propres au recours en cassation (A) et les règles propres au recours en annulation (B).

A - Procédure du recours en cassation

115. La procédure du recours en cassation regroupe l'ensemble des règles qui couvrent la période allant de la saisine de la CCJA (I) jusqu'au dénouement de l'instance (III) en passant par l'instruction de l'affaire (II)

I - Saisine de la CCJA

116. La CCJA peut être saisie d'un recours en cassation de deux manières : soit directement par l'une des parties à l'instance qui a donné naissance à la décision attaquée ; soit sur renvoi d'une juridiction nationale de cassation saisie à tort d'un litige relatif à l'application des actes uniformes. Dans le dernier cas, la juridiction nationale de cassation est immédiatement dessaisie et il lui appartient de transmettre à la Cour l'ensemble du dossier de l'affaire, avec une copie de la décision de renvoi. Dès réception du dossier, il revient à la Cour d'aviser les parties (*article 51 R.P. CCJA*). Cela dit, quel que soit le mode de saisine de la Cour, il se pose la question des conditions de recevabilité du recours en cassation devant la CCJA (a) et celle des effets de ce recours (b).

a - Conditions de recevabilité du recours en cassation devant la CCJA

117. Ces conditions sont énumérées par l'article 28 du Règlement de procédure de la CCJA (*Pour d'autres développements sur la question, lire R. NEMEDEU, obs. sous CCJA, arrêt n° 031/2007 du 22 novembre 2007, Société Trans-Ivoire c/ Port autonome d'Abidjan et CCJA, arrêt n° 030 du 26 mai 2005, Satoya Guinée S.A. c/ Mes Aboubakar Camara et Boubacar Téliélé Sylla, in Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, op. cit., p. 459-467.*) et concernent d'une part, le délai d'exercice du recours (1) et d'autre part, les mentions exigées et les pièces à produire dans le recours (2).

1 - Délai d'exercice du recours en cassation devant la CCJA

118. Aux termes de l'article 28.1 du Règlement de procédure de la CCJA, le recours en cassation est présenté par l'avocat du requérant dans les deux mois de la décision attaquée (*Le délai d'exercice du recours en cassation devant la juridiction nationale de cassation n'est pas applicable devant la CCJA. V. CCJA, arrêt n° 005 du 8 janvier 2004, Ogunbekun Ibuku Oluwa c/ SCI Colibris, in ONANA ETOUNDI (F.) et MBOCK BIUMLA (J.M.), op. cit., p. 75-77.*). Le délai de deux mois est applicable, quel que soit le mode de saisine de la CCJA, directement par une partie en litige et même sur renvoi d'une juridiction nationale de cassation (*V. CCJA, arrêt n° 004 du 1^{er} février 2007, Mambo Serges Henri*

Séraphin c/ Société SAGA-CI, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 9, janvier-juin 2007, p. 5-7). Mais, en ce qui concerne le point de départ de ce délai, il est différent lorsque le recours en cassation fait suite à un arrêt d'annulation de la CCJA. L'article 52-4 du Règlement de procédure de la CCJA dispose en pareille hypothèse que le recours est formé dans les deux mois qui suivent la signification de l'arrêt d'annulation.

119. Au regard des règles de computation des délais telles qu'elles figurent à l'article 25 du Règlement de procédure de la CCJA, on constate que, même si le point de départ de ce délai se situe au jour de la signification de la décision attaquée, ce délai commence en réalité à courir le lendemain de cette signification. Ensuite, ce délai étant exprimé en mois, il expire le lendemain du jour du dernier mois qui porte le même quantième que le jour de la signification. Exceptionnellement, si ce délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié légal dans le pays où le recours doit être exercé (c'est-à-dire en Côte d'Ivoire), il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

La CCJA, dans un arrêt rendu le 24 février 2005 (*arrêt n° 017, affaire GIE Senepresso c/ Cebeao, Obadata J-05-362. Adde CCJA, arrêt n° 034 du 22 novembre 2007, Mireille Parlalidis c/ Fouquier Françoise Marie épouse Blanc et autres. En l'espèce, le défendeur au pourvoi estimait que, la décision attaquée ayant été signifiée le 27 juin 2005, le délai d'exercice du recours expirait le 27 septembre 2005. Mais, pour la Cour qui rejette l'irrecevabilité de ce recours, « l'arrêt attaqué ayant été signifié le 27 juillet 2005, le délai de deux mois dans l'intervalle duquel le pourvoi pouvait être régulièrement formé courait du 28 juillet au 28 septembre 2005 ; qu'il suit que le pourvoi formé le 28 septembre 2005... l'a été dans le délai légal et doit être déclaré recevable. »*), fournit un exemple intéressant de computation des délais du recours en cassation. En l'espèce, la décision attaquée ayant été signifiée le 24 avril 2003, c'est le 27 juin de la même année que le pourvoi avait été enregistré au greffe de la CCJA. Ce pourvoi sera déclaré irrecevable par la CCJA pour non-respect des délais. Pour la Cour en effet, la décision attaquée ayant été signifiée le 24 avril 2003, c'est le 25 avril que commençait à courir le délai, lequel devait par conséquent expirer le 25 juin 2003. Mais, puisque le 25 juin était un dimanche, le délai devait être prorogé au premier jour ouvrable, c'est-à-dire jusqu'au lundi 26 juin 2003 à minuit.

120. La sanction de la violation du délai d'exercice du recours en cassation devant la CCJA est la forclusion. Le recours exercé hors délai est déclaré irrecevable (*V. par exemple CCJA, arrêt n° 005 du 11 octobre 2001, La Scierie d'Agnibilekrou Wahab Noubab et Wahab Noubab c/ Hassan Sahly ; CCJA, arrêt n° 002 du 8 janvier 2004, Société Ansari Trading Company Ltd c/ Société commerciale de banque Crédit Lyonnais Cameroun S.A.,*

in *ONANA ETOUNDI (F.) et MBOCK BIUMLA (J.M.)*, op. cit., p. 60-62 et 78-82.). En la matière, il n'existe pour le requérant forclos aucune possibilité de rattrapage (*Peu importe que le requérant ait d'abord à tort saisi la cour suprême nationale de son recours en cassation. V. CCJA, arrêt n° 002 du 8 janvier 2004, Société Ansari Trading Company Ltd c/ Société commerciale de banque crédit Lyonnais Cameroun S.A., op. cit.*); même si son recours était fondé sur une violation grave et manifeste du droit OHADA, il est déchu de son droit d'exercer le recours. La Cour peut d'ailleurs, à tout moment, rejeter par voie d'ordonnance motivée, tout recours manifestement irrecevable parce qu'exercé hors délai (*art. 32.2 R.P. CCJA*). Elle peut également le faire à la demande de l'une des parties en litige (en général le défendeur), à condition que cette dernière ait soulevé l'irrecevabilité du recours formé hors délai dans le délai à lui fixé pour le dépôt de la première pièce de procédure (*art. 32.1 R.P. CCJA*).

2 - Mentions exigées et pièces à produire dans le recours en cassation devant la CCJA

121. Pour être recevable, le recours en cassation devant la CCJA doit contenir un certain nombre de mentions. Il s'agit des noms et domiciles du requérant, des autres parties à la procédure devant la juridiction nationale et de leur avocat. Le recours doit aussi contenir la date à laquelle la décision attaquée a été signifiée au requérant, les conclusions du requérant et les moyens invoqués à leur appui, avec l'indication des actes uniformes ou des règlements dont l'application dans l'affaire justifie la saisine de la Cour. Le recours doit enfin contenir l'élection de domicile au lieu où la Cour a son siège et l'indication du nom de la personne qui a consenti à recevoir toutes les significations.

122. On observe que, nulle part, le Règlement de procédure de la CCJA ne mentionne l'existence des cas d'ouverture du recours en cassation devant la CCJA. Cette situation ne dispense pas toutefois le requérant de viser dans son pourvoi un ou plusieurs cas d'ouverture à cassation. En droit français, et même dans certains pays de l'OHADA (*Le cas du Cameroun où, avant la loi n° 2006/016 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour Suprême, il n'existait pas de texte énumérant les cas d'ouverture du recours en cassation devant la Cour Suprême.*), l'absence d'un texte législatif énumérant les cas d'ouverture à cassation n'a pas conduit doctrine et jurisprudence à conclure à l'inexistence des cas d'ouverture à cassation devant la Cour de cassation (*V. VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.)*, Procédure civile, op. cit., n° 1516; *JOBARD-BACHELLIER (M.N.) et BACHELLIER (X.)*, La technique de cassation Pourvois et arrêts en matière civile, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2003, p. 117.). De plus, la CCJA, lorsqu'elle est saisie d'un recours en cassation l'est en qualité de juge du droit. En d'autres termes, saisie d'un recours en cassation, le rôle de

la CCJA consiste à contrôler l'exacte application des actes uniformes par les juridictions nationales du fond. C'est pourquoi, elle déclare irrecevables, les pourvois fondés sur un moyen de pur fait (*CCJA, ord. n° 002 du 26 avril 2000, Samba Sow c/ Petroca*), les pourvois fondés sur un moyen « vague et imprécis et [qui] ne visent aucun texte qui aurait été violé ou fausement appliqué » (*CCJA, arrêt n° 005 du 8 janvier 2004, Ogunbekun Ibuku Oluwa c/ SCI Colibris. Adde CCJA, arrêt n° 007 du 15 mars 2007, Niavas Albéric et Asperti Lorensiva épouse Niavas c/ SGBCI, Rec., n° 9, janvier-juin 2007, p. 24 et s.*) ou encore les pourvois fondés sur un moyen nouveau, mêlé de faits et de droit (*CCJA, arrêt n° 32 du 4 novembre 2004, Société EBURNEA c/ Compagnie d'assurance les Tisserins SATCA, Penant, n° 854, 2006, p. 98-113, notes Bakary DIALLO et Alex-François TJOUEIN; Sur le précédent arrêt, on peut aussi lire les observations d'Alex TJOUEIN in Paul-Gérard POUGOUÉ et Sylvain Sorel KUATE TAMEGHE (Sous la direction de), Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, op. cit., p. 647-655; CCJA, arrêt n° 042 du 7 juillet 2005, Étienne Konan Bally Kouakou c/ Hussein Nassar, Ali Gaddar, obada.com, Obadata J-06-31; CCJA, arrêt n° 021 du 31 mai 2007, Mme Amani Yao née Kassi Marie Louise c/ Société de promotion commerciale et immobilière dite SOPROCIM SARL, Rec., n° 9, janvier-juin 2007, p. 44 et s.*). Ce n'est qu'au cas où la CCJA casse la décision des juridictions nationales déférée à sa censure qu'elle se transforme en troisième degré de juridiction. Si la CCJA est donc saisie des recours en cassation en qualité de juge du droit, il est logique qu'à l'image de toutes les juridictions de ce type, les parties puissent y faire usage des cas d'ouverture à cassation. Enfin, on risque d'assister rapidement à un encombrement du Rôle de la CCJA si toute forme de contestation portant sur une décision relative à l'application des actes uniformes peut être portée à l'examen de la CCJA.

123. La CCJA étant une juridiction de cassation commune à plusieurs pays, on peut cependant se poser la question de savoir si, l'utilisation des cas d'ouverture à cassation en vigueur dans les différents droits internes, seule solution pour l'instant envisageable dans le silence du droit communautaire sur la question, ne risque pas de créer une inégalité entre les justiciables (*à cause des différences éventuelles dans les cas d'ouverture à cassation applicables dans chaque pays*) et de conduire la CCJA à se mêler des questions de droit interne. Pour éviter de tels inconvénients, il serait sans doute plus judicieux pour le droit OHADA de déterminer, au plan communautaire, les cas d'ouverture à cassation devant la CCJA (*Selon toute vraisemblance, le droit communautaire s'en est remis à la sagesse de la CCJA à qui il reviendra de déterminer progressivement les cas d'ouverture à cassation applicables devant sa juridiction. La CCJA estime par exemple qu'une erreur purement matérielle ne constitue pas un cas d'ouverture à cassation devant sa juridiction. V. CCJA, arrêt*

n° 024 du 16 novembre 2006, *Samailadan Moussa et Ali Mare c/ Hamidou Abdou dit Crise, Rec.*, n° 8, juillet-décembre 2006, p. 32-34.).

124. Pour être recevable, le requérant doit également joindre à son recours certaines pièces. Il s'agit d'abord de la décision de la juridiction nationale qui fait l'objet du recours et qui doit être annexée à ce dernier. Ensuite, si le requérant est une personne morale de droit privé, il doit joindre à son recours, d'une part, ses statuts ou un extrait récent du registre du commerce ou toute autre preuve de son existence juridique et, d'autre part, la preuve que le mandat donné à l'avocat a été régulièrement établi par un représentant qualifié à cet effet.

125. Lorsque le recours en cassation devant la CCJA ne comporte pas les mentions et pièces exigées par la loi, le greffier en chef de la Cour fixe au requérant un délai raisonnable aux fins de régularisation du recours. A l'expiration de ce délai, et à défaut de régularisation du recours, il revient à la Cour de décider de la recevabilité du recours irrégulier (*art. 32-2 R.P. CCJA. En général, à défaut de régularisation du recours, la Cour déclare le recours irrégulier irrecevable. V. par exemple : CCJA, arrêt n° 4 du 11 octobre 2001, BICIG c/ ENGATRANS ; CCJA, arrêt n° 6 du 11 octobre 2001, S.A. Aminou et Cie et MAB c/ CCEI Bank, obada.com, Obadata J-02-09 ; CCJA, arrêt n° 3 du 8 janvier 2004, Société INNOVEST Industrie Congo SA c/ Société Man faitai, obada.com, Obadata J-04-87 ; CCJA, 1^{re} ch., arrêt n° 22 du 31 mars 2005, Total Tchad c/ Tchari Soumaine, obada.com, Obadata J-05-374 ; CCJA, arrêt n° 5 du 10 janvier 2002, Société commerciale et industrielle du Cameroun (SOCINCAM) c/ Société Pierson Meunier Cameroun, obada.com, Obadata J-03-119 ; CCJA, arrêt n° 31 du 22 novembre 2007, Société Trans-Ivoire c/ Port autonome d'Abidjan, Rec., n° 10, juillet-décembre 2007, p. 5-6 ; CCJA, arrêt n° 021 du 26 octobre 2006, Clinique pédiatrique de Batterie IV c/ La compagnie AXA-Assurances S.A., Rec., n° 8, juin-décembre 2006, p. 5 et s. ; CCJA, arrêt n° 022 du 30 avril 2008, La société Valmar S.A. c/ N'Gakoutou Kaltouma Justine ; CCJA, arrêt n° 21 du 30 avril 2008, Société Otto import SPA, société TTCI c/ Mabamat Saleh ; CCJA, 1^{re} ch., arrêt n° 14 du 24 avril 2008, First security bank national association, Electra airlines c/ Musgrove & Watson voyages. En cas de régularisation dans le délai imparti, le recours est déclaré recevable. V. CCJA, arrêt n° 005 du 28 février 2008, Étienne Konan Bally Kouakou c/ Fédération nationale des coopératives des planteurs de palmiers à huile de Côte d'Ivoire dite Fenacopah-ci.). Il peut aussi arriver qu'après constat de l'irrégularité du recours, la Cour le déclare irrecevable sans attendre que le greffier en chef accorde au requérant un délai aux fins de régularisation du recours (V. CCJA, arrêt n° 022 du 26 décembre 2002, Société Mobil Oil-CI c/ S.M., obada.com, Obadata J-03-108.*

Dans cette décision, l'irrecevabilité était due au fait que le requérant n'avait indiqué dans son recours, ni les actes uniformes, ni les règlements prévus par le traité dont l'application dans l'affaire justifiait la saisine de la Cour. Adde CCJA, arrêt n° 22 du 26 décembre 2002, Société Mobil Oil Côte d'Ivoire c/ Soumaboro Mamadou, obada.com, Obadata J-03-121).

b - Effets du recours en cassation devant la CCJA

126. En tant que voie de recours extraordinaire, le pourvoi en cassation devant la CCJA n'est pas d'abord suspensif d'exécution (*article 16 du Traité de l'OHADA*). En conséquence, ni le délai pour l'exercer, ni l'exercice effectif du recours en cassation devant la CCJA ne suspendent l'exécution de la décision attaquée. L'effet suspensif du recours en cassation concerne en revanche toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée. Une telle procédure ne peut reprendre qu'après arrêt de la CCJA se déclarant incompétente pour connaître de l'affaire (*article 16 du Traité de l'OHADA*).

127. Ensuite, devant la CCJA, le recours en cassation n'a pas un effet dévolutif. L'affirmation pourrait *a priori* surprendre. L'article 14, alinéa 5 du Traité de l'OHADA ne dispose-t-il pas que, « en cas de cassation, elle [la CCJA] évoque et statue sur le fond » ? Or, après évocation, la CCJA, lorsqu'elle statue à nouveau statue en fait et en droit et substitue ainsi sa décision à celle des juridictions nationales du fond. Il n'est donc pas surprenant que, se fondant sur le pouvoir d'évocation de la CCJA, une partie de la doctrine ait conclu que le pourvoi en cassation devant la CCJA a un effet dévolutif (V. TJOUEU (A.-F.), *Thèse précitée*, p. 60 ; YUEGO TCHUENTEU (L.S.), *Le pouvoir d'évocation de la cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), Mémoire DEA, Université de Yaoundé II-Soa, 2004-2005, p. 72 ; NSIE (E.), « La cour commune de justice et d'arbitrage », op. cit., p. 319*).

Il faut cependant éviter de conclure hâtivement que le pourvoi en cassation devant la CCJA a un effet dévolutif. D'une part, il est indiscutable que lorsque la CCJA rend un arrêt de rejet, elle ne substitue pas sa décision à celle des juges nationaux du fond. Elle se contente de confirmer la conformité au droit de la décision déferée à sa censure. D'autre part, même lorsqu'elle rend un arrêt de cassation, la CCJA, au moment où elle est saisie d'un recours en cassation l'est toujours en qualité de juge du droit (V. *supra* n° 122). Ainsi, lorsqu'après cassation la CCJA évoque et statue sur le fond, il ne faut pas conclure que le pourvoi en cassation devant la CCJA a un effet dévolutif. Il y a en effet à ce niveau une précision qui mérite d'être faite. Ce n'est pas le pourvoi en cassation devant la CCJA qui a un effet dévolutif, c'est plutôt l'arrêt de cassation qui a un effet dévolutif (V. aussi NDAM (I.), *Thèse précitée*, n° 349 et s.).

II - Instruction du recours en cassation devant la CCJA

128. C'est la phase de l'instance au cours de laquelle sont accomplies diverses formalités destinées à mettre l'affaire en état d'être jugée. C'est notamment au cours de cette période que le juge réunit les éléments qui devront lui permettre de statuer sur les prétentions des parties. Pour les parties à l'instance, la phase de l'instruction doit leur permettre, à travers l'échange des mémoires, de préciser leurs prétentions en indiquant par ailleurs les éléments de fait et de droit sur lesquels elles se fondent.

129. L'instruction du recours en cassation devant la CCJA est suivie par un juge rapporteur. Ce dernier est désigné par le Président, dès saisine de la Cour et il est tenu, à la fin de l'instruction, de faire un rapport à la Cour (*Article 26 R.P. CCJA*). La présentation des mémoires par les parties obéit à une réglementation précise. C'est d'abord au demandeur au pourvoi qu'il revient de présenter dans son recours les moyens qu'il invoque à l'encontre de la décision attaquée (*Il n'existe pas devant la CCJA la pratique des mémoires ampliatifs tels qu'on les retrouve devant la Cour de cassation française ou la Cour Suprême du Cameroun. Le mémoire ampliatif est celui qui, faisant suite au recours en cassation, doit développer les moyens sommairement invoqués dans le pourvoi. V. par exemple les articles 53 et suivants de la loi camerounaise n° 2006/016 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour Suprême.*). Ce recours doit être signifié à toutes les parties à la procédure devant la juridiction nationale (*Article 29 du R.P. CCJA*). Ensuite, n'importe quelle personne, partie à la procédure devant la juridiction nationale peut, dans un délai de 3 mois à compter de la signification du recours, présenter un mémoire en réponse comportant les nom et domicile de la partie qui le produit, la date à laquelle le pourvoi lui a été signifié ainsi que les conclusions présentées et les moyens invoqués. Le mémoire en réponse doit également contenir l'élection de domicile au lieu où la Cour a son siège et l'indication du nom de la personne qui est autorisée et qui a consenti recevoir toutes les significations. Si l'auteur du mémoire en réponse est une personne morale de droit privé, il doit joindre à son mémoire ses statuts ou un extrait récent du registre du commerce ou toute autre preuve de son existence juridique et la preuve que le mandat donné à l'avocat a été régulièrement établi par un représentant qualifié à cet effet. Si le mémoire en réponse ne comporte pas toutes les mentions et pièces exigées, le greffier en chef fixe à la partie qui l'a initié un délai raisonnable aux fins de régularisation. À défaut de régularisation, le mémoire en réponse, à l'image du recours irrégulier, sera rejeté par la Cour. Le mémoire en réponse doit également être signifié à toutes les parties à la procédure devant la juridiction nationale (*V. article 30 du R.P. CCJA*).

Le recours en cassation et le mémoire en réponse peuvent éventuellement être suivis de la production,

dans un délai déterminé par le Président, d'un mémoire en réplique et d'un mémoire en duplique ou de tout autre mémoire. Pour cela, il faut que le Président de la Cour, soit d'office, soit suite à une demande présentée dans ce sens dans un délai de 15 jours à compter de la signification du mémoire en réponse ou en réplique, le juge nécessaire et l'autorise expressément (*V. article 31 du R.P. CCJA*).

Pour apporter la preuve de leurs allégations, les parties à l'instance peuvent annexer à leurs mémoires diverses pièces. Ces pièces doivent en tout cas être certifiées conformes et déposées au greffe de la Cour en autant d'exemplaires qu'il y a de juges à la CCJA et de parties à l'instance.

130. En cas de procédure orale, il revient au Président de fixer une date pour l'audience et au greffier en chef d'informer les parties. L'audience est publique, à moins qu'il n'en soit décidé autrement par la Cour. Au cours de l'audience, le Président dirige les débats et exerce la police de l'audience en déterminant notamment l'ordre dans lequel les parties sont appelées à prendre la parole. Le Président, de même que tout juge de la CCJA avec l'autorisation du Président, peut également au cours des audiences, poser des questions aux parties. À la fin de chaque audience, le greffier en chef établit un procès-verbal signé par lui-même et par le Président. Ce procès-verbal constitue un acte authentique et les parties peuvent en prendre connaissance au greffe et en obtenir copie à leurs frais (*articles 34 et s. R.P. CCJA*).

III - Dénouement de l'instance

131. La CCJA rend soit des arrêts de rejet, soit des arrêts de cassation. L'arrêt de rejet a essentiellement pour conséquence de confirmer la décision attaquée qui de ce fait acquiert force de chose jugée. Les arrêts de cassation quant à eux ont pour effet d'obliger la Cour, en vertu de l'article 14, alinéa 5 du Traité de l'OHADA, à évoquer et à statuer sur le fond. Si après cassation, les faits tels que relevés par les juges nationaux du fond permettent l'application de la règle appropriée au cas d'espèce, aucun problème ne devrait se poser. Par contre, si les faits tels qu'énoncés dans la décision attaquée ne permettent pas l'application de la règle appropriée, la question se pose si, en pareille hypothèse, la CCJA doit toujours, conformément à la loi, se refuser à ordonner des mesures d'instruction.

132. Cette difficulté permet de mettre en évidence la contradiction qu'on observe dans la démarche du législateur de l'OHADA. D'un côté, il ne reconnaît pas expressément à la CCJA le pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction à propos des faits à l'origine du litige. De l'autre, il reconnaît à la CCJA un pouvoir systématique d'évocation. Ne pouvant ordonner au regard de la loi des mesures d'instruction, que ferait

la CCJA si, après évocation, les faits tels que retenus par les juges nationaux du fond ne permettent pas l'application de la règle appropriée au litige ? Il revenait pourtant au législateur de l'OHADA de prendre clairement position. Soit, il décidait de faire de la CCJA, après évocation, un véritable troisième degré de juridiction, auquel cas, le pouvoir systématique d'évocation de la CCJA devait être complété par celui d'ordonner des mesures d'instruction si cela est nécessaire. Soit, il décidait de faire de la CCJA, après évocation, un degré de juridiction spécifique, avec des pouvoirs limités quant aux faits, auquel cas, le pouvoir d'évocation de la CCJA devait être limité aux hypothèses dans lesquelles les faits tels qu'ils ressortent de la décision des juges nationaux permettent l'application de la règle appropriée (*C'est l'option qui a par exemple été retenue par le Cameroun. V. art. 67 de la loi du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour Suprême.*).

Face à l'ambiguïté et à l'indécision du droit OHADA, le risque auquel on s'expose est celui de voir la CCJA chercher toujours, comme le prescrit la loi, à faire application, après évocation, de la règle appropriée, même si les faits relevés par les juridictions nationales du fond ne permettent pas de le faire. C'est la qualité des décisions de la CCJA qui risque ainsi d'être étiolée. On pourrait aussi imaginer que, la CCJA, pour résoudre la difficulté, choisisse d'ordonner des mesures d'instruction lorsque les faits appréciés par les juridictions nationales du fond ne permettent pas l'application de la règle appropriée au cas d'espèce. La solution permettrait peut-être à la CCJA de rendre de meilleures décisions de justice, mais cela ne ferait pas oublier qu'une telle solution reposerait sur un fondement juridique incertain et exposerait rapidement aux lenteurs judiciaires et à l'encombrement du Rôle de la CCJA.

B - Procédure du recours en annulation

133. La procédure du recours en annulation n'a retenu l'attention du législateur communautaire qu'au moyen de l'article 52 du Règlement de Procédure de la CCJA. À la lecture de ce texte, il est évident qu'il n'apporte pas toutes les réponses aux questions que suscite la procédure du recours en annulation. La difficulté doit certainement être résolue par un retour aux règles communes au recours en annulation et au recours en cassation, mais également à celles du recours en cassation qui fait véritablement office de procédure de droit commun par rapport à celle particulière du recours en annulation.

Cela étant, une étude de la procédure du recours en annulation nécessite des précisions sur les conditions de recevabilité du recours en annulation (I), l'instruction du recours en annulation (II) et l'aboutissement de l'instance en annulation (III).

I - Conditions de recevabilité du recours en annulation

134. Ces conditions sont posées par l'article 18 du Traité de l'OHADA. Au regard dudit texte, toute personne qui souhaite exercer un recours en annulation devant la CCJA doit satisfaire à deux conditions. En premier lieu, il faut que le requérant ait soulevé dans l'instance en cassation l'incompétence de la juridiction suprême nationale. En second lieu, il faut que le requérant ait formé son recours en annulation dans les deux mois de la notification de la décision attaquée (*V. CCJA, 2^e ch., arrêt n° 013 du 27 mars 2008, John Wofa-Kyei Amour c/ Ecobank Burkina S.A.*). L'article 18 du Traité, tout comme l'article 52 du Règlement de procédure n'apportent aucune précision sur le contenu et les pièces à produire dans le recours en annulation. Face à cette carence, ce sont certainement les règles relatives au contenu du recours en cassation qui vont s'appliquer, moyennant quelques adaptations.

135. Le recours en annulation exercé hors délai ou sans que le requérant ait décliné la compétence de la juridiction nationale de cassation est déclaré irrecevable par la CCJA (*CCJA, arrêt n° 009 du 24 avril 2003, Hyjazi Samib c/ Dagher Habib Rolland et Mme Dagher May née Faghali ; CCJA, arrêt n° 024 du 17 juin 2004, Aboa Achoumou Étienne c/ La société générale de banques en Côte d'Ivoire dite SGBCI et M. Souleymane Sangaré in ONANA ETOUNDI (F.) et MBOCK BIUMLA (J.M.), op. cit., p. 41 et s. ; CCJA, arrêt n° 06 du 27 janvier 2005, Murielle Corine Christèle Koffi et Sabouot Cédric Koffi c/ La société Ecobank, obada.com, Obadata J-05-188.*). Quant au recours qui ne comporterait pas les informations et pièces nécessaires, le greffier en chef peut également accorder au requérant un délai raisonnable aux fins de régularisation de son recours, délai au bout duquel, en l'absence de régularisation, la Cour devrait déclarer le recours irrecevable. Enfin, si le recours en annulation est exercé contre une décision d'une juridiction nationale de cassation qui n'est pas relative à l'application d'un acte uniforme, la CCJA doit se déclarer incompétente (*Rapp. CCJA, arrêt n° 10 du 26 février 2004, Maître Tonye Arlette c/ BICEC, in ONANA ETOUNDI (F.) et MBOCK BIUMLA (J.M.), op. cit., p. 48 et s.*).

II - Instruction du recours en annulation

136. Dès saisine de la Cour d'un recours en annulation, il appartient au greffier en chef de la Cour de le signifier à toutes les parties à la procédure devant la juridiction nationale de cassation. Après avoir reçu signification du recours en annulation, toute partie à l'instance devant la juridiction nationale de cassation peut, dans un délai de 3 mois à compter de cette signification, présenter un mémoire. Les mémoires ainsi déposés sont communiqués au requérant et aux

autres parties. Ceux-ci peuvent présenter un nouveau mémoire dans le délai fixé par le Président. Ce dernier décide en outre s'il y a lieu à audience (*V. article 52 du R.P. CCJA*).

III - Aboutissement de l'instance en annulation

137. L'instance en annulation a pour objet de trancher un conflit de compétence qui oppose la CCJA à une juridiction nationale de cassation. Elle peut déboucher sur un arrêt de rejet ou sur un arrêt d'annulation. L'arrêt de rejet a pour conséquence de conforter la cour suprême nationale dans sa déclaration de compétence. Quant à l'arrêt d'annulation, il a pour conséquence que la décision par laquelle la juridiction nationale de cassation s'était déclarée compétente à tort est réputée nulle et non avenue. Et dans les deux mois qui suivent la signification de l'arrêt d'annulation, toute partie à l'instance devant la juridiction nationale de cassation peut saisir la CCJA d'un recours en cassation contre la décision du juge du fond (*V. article 52-4 du R.P. CCJA. Dans une affaire, la CCJA a rejeté à juste titre la demande de sursis à exécution exercée à l'encontre d'un arrêt de la CCJA annulant l'arrêt d'une cour suprême nationale qui s'était déclarée compétente à tort. V. CCJA, ord. n° 2 du 16 février 2005, Dame Adia Yego Thérèse c/ Bamba Amadou et autres, ohada.com, Ohadata J-06-12.*). Pour la doctrine, il aurait été plus judicieux, afin d'éviter des pertes de temps, que le pouvoir d'annuler de la CCJA fût suivi de celui de statuer immédiatement après sur la décision des juges nationaux du fond ou alors, qu'il fût permis que le recours en cassation soit exercé en même temps que le recours en annulation (*V. ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), OHADA Harmonisation du droit des affaires, op. cit., n° 454*).

Section 2 : Procédure consultative devant la CCJA

138. Réglementant la procédure consultative, le Règlement de procédure de la CCJA a laissé de côté les demandes d'avis émanant du Secrétariat Permanent pour ne s'intéresser qu'à celles formulées par le Conseil des Ministres, les États parties et les juridictions nationales du fond. Dans la mesure où la Cour le juge convenable, elle peut également appliquer à la procédure consultative les règles de la procédure contentieuse (*art. 53 R.P. CCJA. On observe par exemple qu'au cours de la procédure consultative, la Cour désigne un juge rapporteur qui à la fin de sa mission établit un rapport.*). Dans le cadre ainsi défini, le Règlement de procédure de la CCJA apporte d'utiles précisions sur le déroulement (section 1) et l'aboutissement (section 2) de la procédure consultative.

§1 - Déroulement de la procédure consultative

139. Il diffère légèrement selon que la demande d'avis émane d'un État partie ou du Conseil des Ministres (A) ou d'une juridiction nationale du fond (B).

A - Demandes d'avis formulées par le Conseil des Ministres ou les États membres

140. Les demandes d'avis consultatif émanant des États parties ou du Conseil des Ministres doivent être présentées sous forme d'une requête écrite. Dans sa demande, le requérant formule, en termes précis, la question sur laquelle l'avis de la Cour est sollicité et y joint par ailleurs tout document de nature à élucider la question (*V. article 54 du R.P. CCJA*).

141. Si la demande d'avis consultatif émane d'un État partie, le greffier en chef doit, après l'avoir reçue, la notifier aux autres États parties au Traité et leur faire connaître que la Cour est disposée à recevoir leurs observations écrites dans un délai fixé par le Président (*Par exemple, dans l'avis consultatif n° 002/99/EP rendu le 13 octobre 1999 à la demande de la République du Mali, le Bénin avait formulé des observations qui furent enregistrées au greffe de la Cour le 14 septembre 1999. De même, dans l'avis n° 02/2000/EP du 26 avril 2000 émis à la requête du Sénégal, le Tchad avait formulé des observations le 10 février 2000 et ces observations furent enregistrées au greffe de la Cour le 23 février 2000. Enfin, dans le célèbre avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001 rendu à la demande de la Côte d'Ivoire, le Cameroun formula le 5 février 2001 des observations qui furent enregistrées au greffe de la Cour le 6 février 2001.*). Si, après notification d'une demande d'avis, un État partie formule des observations, celles-ci sont communiquées au demandeur et aux autres éventuels auteurs d'observations. Ces derniers sont admis à leur tour à discuter les observations ainsi reçues dans les formes, mesures et délais fixés dans chaque cas par le Président qui décide en outre s'il y a lieu à audience (*V. article 55 du R.P. CCJA. Jusqu'à présent les observations formulées par un État n'ont pas donné lieu à une réplique de la part de l'État requérant ou d'un autre État.*).

B - Demandes d'avis formulées par les juridictions nationales du fond

142. Les demandes d'avis consultatif en provenance des juridictions nationales du fond sont formées au moyen d'une décision (dont la nature n'a pas été précisée) notifiée à la Cour à la diligence de ladite juridiction. Cette décision formule, en termes précis, la question sur laquelle la juridiction a estimé nécessaire de solliciter l'avis de la Cour pour rendre son jugement. Il y est en outre joint tout document de nature à élucider la question. Après réception de la demande d'avis formulée par

la juridiction nationale, le greffier en chef de la CCJA la notifie immédiatement aux parties en cause devant cette juridiction et aux États parties au Traité OHADA. Lors des notifications, le greffier en chef fait connaître à ses correspondants que la Cour est disposée à recevoir leurs observations écrites dans le délai fixé par le Président. Toutes les observations écrites consécutives à une demande d'avis consultatif sont communiquées aux éventuels auteurs d'autres observations écrites. Ces derniers peuvent à leur tour discuter les observations ainsi reçues dans les formes, mesures et délais fixés dans chaque cas par le Président qui décide par ailleurs s'il y a lieu à audience (V. articles 56 et 57 du R.P. CCJA).

§2 - Aboutissement de la procédure consultative

143. La procédure consultative se termine par un avis rendu par la Cour. Aux termes de l'article 58 du Règlement de procédure de la CCJA, l'avis consultatif de la Cour contient : l'indication qu'il est rendu par la Cour ; la date du prononcé ; les noms des juges qui y ont pris part, ainsi que celui du greffier ; l'exposé sommaire des faits ; les motifs ; et, enfin, la réponse à la question posée à la Cour.

144. Le droit de l'OHADA n'a pas précisé la force juridique des avis de la CCJA. Selon un courant doctrinal, les avis de la CCJA sont dépourvus de force obligatoire (V. ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), *OHADA Harmonisation du droit des affaires*, op. cit., n° 415 ; ANOUKAHA (F.), *Préface de l'ouvrage de MM. F. ONANA ETOUNDI et J.M. MBOCK BIUMLA*, op. cit., p. 6). Ainsi, théoriquement, l'avis consultatif émis par la CCJA à la demande d'une juridiction nationale ne lie pas cette dernière, encore moins la CCJA et les parties en litige (V. NSIE (E.), « *La cour commune de justice et d'arbitrage* », op. cit., p. 315). Par conséquent, une juridiction nationale peut, après avoir formulé une demande d'avis, statuer en méconnaissant les prescriptions de l'avis consultatif de la CCJA. Pour sa part, la CCJA, saisie ultérieurement de la même affaire comme juge de cassation n'est pas tenue de respecter son propre avis ! (V. BOUMAKANI (B.), « *Les juridictions communautaires en Afrique noire francophone : la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, les cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC* », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang, Yaoundé, PUA, t. III, 1999, p. 80*) Enfin, les parties en litige peuvent, même si la juridiction nationale a statué conformément à l'avis de la CCJA, former un recours en cassation contre la décision du juge national du fond. Mais, dans la pratique, ces différentes conséquences théoriques, somme toute logiques du caractère non obligatoire des avis de la CCJA seront difficiles à vérifier. D'abord, il serait bien difficile à la juridiction nationale de ne pas respecter l'avis de la CCJA, à cause de la menace du recours en cassation qui pèserait alors sur sa décision. Ensuite, le souci d'assurer la cohérence dans sa mission d'unification de la jurisprudence fera qu'il sera très difficile à la CCJA

d'adopter dans un arrêt des positions opposées à celles énoncées dans un avis antérieur (V. CCJA, avis n° 01/99/JN du 7 juillet 1999. Dans cet avis la CCJA affirme ceci : « Certes, il s'agit d'un simple avis dépourvu de tout effet décisoire découlant de l'autorité de la chose jugée et de la force de chose jugée. Mais, on comprendrait mal que saisie par voie de pourvoi de la même question que la Cour viennoise à se déjuger ».). Enfin, les risques de perte de temps et d'argent dissuaderont très souvent les parties en litige à se pourvoir en cassation contre les décisions des juridictions nationales du fond rendues conformément à un avis de la CCJA.

C'est surtout par rapport aux avis rendus à la demande d'un État partie ou du Conseil des Ministres que le caractère non obligatoire des avis de la CCJA risque de retrouver tout son sens. En ce qui concerne les États, on sait que pour le moment, il n'existe pas au sein de l'OHADA, un recours en manquement (*En droit communautaire européen où il existe et même dans les droits communautaires CEMAC et UEMOA, le recours en manquement se définit comme le recours permettant à la Commission ou à tout État membre de saisir la Cour de justice communautaire du non respect par un État membre des obligations qui lui incombent en vertu des traités pour le contraindre à appliquer le droit communautaire*. V. *Lexique des termes juridiques (sous la direction de Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER)*, Paris, Dalloz, 14^e éd., 2003, p. 367 ; DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), *Introduction au droit de l'Union Européenne*, Paris, Hachette Supérieur, coll. Les Fondamentaux, 5^e éd., 2007, p. 137 et s. ; BOUMAKANI (B.), « *Les juridictions communautaires en Afrique noire francophone : la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, les cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC* », op. cit., p. 81. V. enfin l'article 4, alinéa 2 du Traité révisé de la CEMAC) permettant de sanctionner la violation par un État des obligations résultant du Traité. Par conséquent, un État peut, avant d'adopter une loi, solliciter l'avis de la CCJA par rapport à sa compatibilité au droit OHADA, mais refuser par la suite de se conformer à l'avis de la CCJA. En ce qui concerne le Conseil des Ministres, on sait également que pour le moment, il n'existe pas dans l'OHADA, ni recours en appréciation de la légalité, ni exception d'illégalité (*Dans les droits communautaires européen, CEMAC et UEMOA où il existe, le contentieux de la légalité vise le contrôle de la légalité des actes des institutions communautaires*. V. par exemple, DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), op. cit., p. 141 et s.) pouvant permettre à un citoyen communautaire de faire annuler ou écarter du débat une disposition communautaire qui violerait celles qui lui sont supérieures. De la sorte, le Conseil des Ministres peut, après avoir sollicité l'avis de la CCJA avant l'adoption d'un Règlement ou d'une Décision, violé impunément l'avis donné par la CCJA. C'est le respect du droit communautaire, et plus particulièrement le respect de la hiérarchie des normes communautaires qui serait gravement remis en question.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

- Accusatoire, 92.
- Actes de procédure
 - délais, 87.
 - présentation, 85.
 - signification, 86.
- Actes uniformes
 - applicabilité immédiate, effet direct, entrée en vigueur, primauté, 2.
 - contentieux, 28.
- Annulation
 - v. recours en annulation devant la CCJA
 - v. aussi recours en annulation devant les juridictions nationales.
- Applicabilité directe
 - v. applicabilité immédiate.
- Applicabilité immédiate, 2.
- Arbitrage CCJA, 65.
- Arbitrage de droit commun, 66.
- Arbitrage traditionnel, 26.
 - v. arbitrage de droit commun
- Arrêts de la CCJA
 - autorité de la chose jugée, 102 et s.
 - contenu, 100.
 - d'annulation, 137.
 - de cassation, 131.
 - de rejet 131, 137.
 - force exécutoire, 105 et s.
 - force juridique, 101 et s.
 - formule exécutoire, 105.
 - prononcé, 99.
 - voies de recours, 107 et s.
- Attributions de la CCJA
 - en matière consultative, 63 et s.
 - en matière contentieuse, 22 et s.
 - en matière d'arbitrage, 65 et s.
- Audiences
 - caractère public, 91, 99, 130.
 - débats, v. ce mot.
 - demande d'avis des États parties, 141.
 - demande d'avis des juridictions nationales, 142.
 - foraines, 69.
 - police, 130.
 - recours en annulation devant la CCJA, 136.
 - salle d', 91.
- Autonomie du droit communautaire, 4.
- Autorité de la chose jugée
 - v. arrêts de la CCJA.
- Avis de la CCJA
 - contenu, 143.
 - force juridique, 144.
 - v. aussi demande d'avis.

- Avocat devant la CCJA
 - admission, 80 et s.
 - exclusion, 83.

B

- Balkanisation
 - droit des affaires des pays de l'OHADA, 1.

C

- Candidats
 - fonction de juge à la CCJA, 9.
 - fonction de greffier en chef, 17.
- Caractère écrit
 - instance devant la CCJA, 90.
- Caractère public
 - instance devant la CCJA, 91.
 - v. aussi audiences
- Carence
 - v. recours en carence.
- Cas d'ouverture du recours en cassation
 - v. recours en cassation devant la CCJA
- Cassation
 - v. recours en cassation devant la CCJA.
 - v. aussi arrêts de la CCJA.
- Cautio judicatum solvi, 42, 43.
- CCJA et cours suprêmes nationales
 - conflits négatifs, 56 et s.
 - conflits positifs, 59 et s.
 - délimitation des compétences, 25 et s., 32 et s., 47 et s.
- Certitudes
 - v. compétence matérielle de la CCJA.
- Cession
 - parts sociales, 51 et s.
- Chambres de la CCJA, 44, 72 et s.
- CIMA, 30, 40.
- Compétence matérielle de la CCJA
 - certitudes, 25 et s.
 - zones d'ombre 31 et s.
- Compétence razione temporis de la CCJA, 47 et s.
- Compétence territoriale de la CCJA, 23.
- Computation
 - v. délais de procédure devant la CCJA.
- Conflits d'attribution, 55 et s., 73.
- Connexité, 44 et s.
- Conseil des Ministres, 2, 9, 12, 13, 64, 138 et s., 141.
- Contentieux
 - actes uniformes, v. cette expression.
 - décisions, v. ce mot.

- règlements, v. ce mot.
- droit de l'OAPI, droit de la CIMA, 30.
- droit national, 30, 32 et s.
- Traité de l'OHADA, v. cette expression.

Contentieux pénal

- des actes uniformes, 28.

Contradictoire, 40, 43, 93.

Controverse

- en cas de litiges connexes, 44 et s.
- en cas de pourvois hybrides, 32 et s.

Cours suprêmes nationales

- conflits avec la CCJA, 31 et s., 47 et s., 55 et s.
- pourvois hybrides, v. cette expression.

D

Débats

- instance en cassation devant la CCJA, 130

Décès

- v. parties à l'instance
- v. juges de la CCJA

Décisions

- applicabilité immédiate, effet direct, primauté, 2.

Déclinatoire de compétence, 61.

Degré de juridiction

- CCJA, 95, 132.

Délais de procédure devant la CCJA

- augmentation, 88.
- computation, 87 et s.
- expiration, point de départ, 87.
- v. aussi actes de procédure.

Délai non franc, 87.

Délai ordinaire

- v. délai non franc

Délibérations de la CCJA, 99.

Demande d'avis, 63 et s., 139 et s.

Démission

- greffier en chef de la CCJA, 15.
- président de la CCJA, v. cette expression
- vice-président de la CCJA, v. cette expression

Dénouement

- v. instance devant la CCJA

Dépens, 92, 100.

Désistement

- v. instance devant la CCJA

Dessaisissement, 33, 34 et s., 46.

Dévolutif

- v. effet dévolutif.

Dies a quo, 87.

Dies ad quem, 87.

Domestication

v. formule exécutoire.

E

Effet direct

- critères, horizontal, vertical, 2.

Effet dévolutif, 127.

Effet suspensif

- recours en cassation devant la CCJA, 126.

Éloignement de la CCJA, 68 et s.

Encombrement de la CCJA

- v. rôle de la CCJA.

Équité, 96.

Évocation

- v. pouvoir d'évocation de la CCJA

Exception d'illégalité, 144.

Exécution forcée

- arrêts de la CCJA, 105 et s.

- sentences arbitrales, 65 et s.

Exequatur

- v. sentence arbitrale

Expiration

- v. délais de procédure devant la CCJA

F

Faits

- pouvoirs de la CCJA, preuve, rôle des parties, 95.

Fin de non-recevoir, 103, 112.

Foraines

v. audiences.

Force exécutoire

v. arrêts de la CCJA

Force juridique

- actes uniformes, décisions, règlements, Traité de l'OHADA, 2.

- arrêts de la CCJA, v. cette expression.

- avis de la CCJA, v. cette expression.

Formations de la CCJA, 72 et s.

Formation plénière de la CCJA, 72 et s.

Formule exécutoire, 29, 105.

- domestication, 105.

- v. aussi arrêts de la CCJA

G

Généralités

- sur la CCJA, 1 et s.

Greffé de la CCJA, 15 et s., 93, 119.

Greffier adjoint, 15.

Greffier en chef de la CCJA

- attributions, 18.

- mandat, nomination, 15.

- vacance, 17.

- v. aussi serment.

H

Horizontal

- v. effet direct

Huis clos, 91.

I

Immunités diplomatiques

- arbitres désignés par la CCJA, 65.

- v. aussi juges de la CCJA

Inamovibilité

- v. juges de la CCJA

In limine litis, 34, 62.

Instance devant la CCJA

- caractères, 90 et s.

- dénouement, 97 et s.

- désistement, interruption, 92.

- parties, 78.

- principes directeurs, 89 et s.

- rôle des parties et du juge, 94 et s.

- tiers, 79

- v. aussi parties à l'instance

Instruction

- mesures d', v. cette expression.

- recours en annulation devant la CCJA, v. cette expression.

- recours en cassation devant la CCJA, v. cette expression

Intérêt pour agir, 78.

Interprétation

- v. recours en interprétation

Interruption de l'instance

- v. instance devant la CCJA.

Intervention à l'instance, 79.

Invocabilité, 2.

J

Jours fériés légaux, 87.

Juge de cassation

- CCJA, 23 et s.

Juge des conflits, 55 et s.

Juge rapporteur, 129.

Juges de la CCJA

- décès, 13.

- égalité, immunités diplomatiques, inamovibilité, ordre de préséance, privilèges, statut, 12.

- élection, nombre, 9.

- juges ad hoc, 11.

- rôle, 3.

- v. aussi serment

Juridiction internationale

- CCJA, 5, 22.

Juridictions nationales de cassation

- v. cours suprêmes nationales

L

Lenteurs judiciaires, 4, 132.

Litige

- éléments du, rôle du juge et des parties, 94 et s.

Litiges connexes

- v. connexité

M

Mandat

- ad litem, 81 et s.

- président de la CCJA, v. cette expression.

- vice-président de la CCJA, v. cette expression.

Manquement

- v. recours en manquement

Mémoires, 90, 128 et s., 136.

- ampliatif, 129.

- en défense, 70.

- en duplique, 82, 129.

- en intervention, 79.

- en réplique, 129.

- en réponse, 70.

Mesures d'instruction, 95, 111, 131 et s.

Ministère public

- institution au sein de la CCJA, 19 et s.

Minute de l'arrêt, 99, 109, 110, 113.

Moyen

- de pur fait, nouveau mélangé de faits et de droit, vague et imprécis, 122.

N

Nomination

- des arbitres, 65.

- v. aussi Greffier en chef de la CCJA

O

OAPI, 30.

OHADA

- création, objectifs, 1.

Opposabilité, 52, 53.

Orale

- v. procédure orale

Ordre de préséance

- v. juges de la CCJA

P

Parties à l'instance

- décès, 92.

- défendeur, demandeur, 78.

- détermination, 78 et s.

- représentation, 80 et s.

- rôle, v. instance devant la CCJA

Pénal

- v. contentieux pénal

Pièces à produire

- v. recours en cassation devant la CCJA

Point de départ

- v. délais de procédure devant la CCJA

Pourvois complexes

- v. pourvois hybrides

Pourvoi dans l'intérêt de la loi, 19 et s.

Pourvoi en cassation

v. recours en cassation devant la CCJA

Pourvois hybrides

- devant la CCJA, 42 et s.

- devant les cours suprêmes nationales, 39 et s.

- solutions doctrinales, 17.

Pourvois mixtes

- v. pourvois hybrides

Pourvoi pour excès de pouvoir, 19.

Pouvoir d'évocation de la CCJA

- à la suite du recours en

cassation, 28, 43, 127, 131 et s.

- dans l'arbitrage CCJA, 65.

Préséance

- ordre de, v. juges de la CCJA.

- Président de la CCJA
 - démission, élection, mandat, rôle, 14.
 - v. aussi vacance.
- Prestation de serment
 - v. serment
- Primauté
 - droit communautaire OHADA, 2.
- Principe dispositif, 94 et s.
- Principe du contradictoire
 v. contradictoire
- Privilèges
 - arbitres désignés par la CCJA, 65.
 - v. aussi juges de la CCJA
- Procédure consultative
 - aboutissement, 143 et s.
 - déroulement, 139 et s.
- Procédure contentieuse, 75 et s.
- Procédure orale, 130.
- Q**
- Quantième, 87, 119.
- Question préjudicielle
 v. renvoi préjudiciel
- R**
- Radiation de l'affaire, 92.
- Ratione materiae
 - v. compétence matérielle de la CCJA
- Ratione temporis
 v. compétence ratione temporis de la CCJA
- Recours en annulation devant la CCJA
 - conditions de recevabilité, 134 et s.
 - délai d'exercice, 134.
 - instruction, 136.
 - procédure, 133 et s.
- Recours en annulation devant les juridictions nationales, 26, 66.
- Recours en appréciation de légalité, 5, 144.
- Recours en carence, 5.
- Recours en cassation devant la CCJA
 - cas d'ouverture, 122 et s.
- computation du délai, 119.
- conditions de recevabilité, 117 et s.
- contentieux susceptible de, 27 et s.
- dans l'arbitrage traditionnel, 26, 66.
- décisions susceptibles de, 26.
- délai d'exercice, 118 et s.
- effets, 126 et s.
- instruction, 128 et s.
- mentions exigées, 121 et s.
- moyen, v. ce mot.
- pièces à produire, 124.
- procédure, 115 et s.
- Recours en interprétation
 - v. voies de recours
- Recours en manquement, 5, 144.
- Recours en révision
 - v. voies de recours
- Récusation, 65.
- Règlements
 - applicabilité immédiate, primauté, 2.
 - contentieux, 29.
 - effet direct, 2, 29.
- Renvoi préjudiciel, 5, 33, 34, 36 et s.
- Représentation des parties à l'instance
 - v. parties à l'instance
- Révision
 - v. recours en révision
- Rôle de la CCJA
 - encombrement, 95, 122, 132.
- S**
- Secrétariat permanent, 64, 138.
- Sentence arbitrale
 - contestation, 66.
 - exécution forcée, v. cette expression.
 - exequatur, voies de recours, 65 et s.
- Serment
 - greffier en chef de la CCJA, 15.
 - juges de la CCJA, 10.
- Siège de l'arbitrage, 65.
- Siège de la CCJA, 68.
 - v. aussi vacance
- Signification
 v. actes de procédure
- Sursis à exécution, 106, 137.
- Suspensif
 - v. effet suspensif.
- Suspension d'instance, 92.
- T**
- Tierce opposition
 - v. voies de recours
- Tiers à l'instance
 - intervention à l'instance, v. cette expression.
 - v. aussi instance devant la CCJA
- Traité de l'OHADA
 - contentieux, 5, 22, 29.
 - effet direct, primauté, 2.
- U**
- Unification
 - du droit des affaires, 1.
- V**
- Vacance
 - présidence de la CCJA, 14
 - siège de la CCJA, 13.
 - v. aussi greffier en chef de la CCJA
- Vertical
 - v. effet direct
- Vice-président de la CCJA
 - élection, mandat, démission, rôle, 14.
- Voies d'exécution, 62, 64, 105 et s.
- Voies de recours, 107 et s.
 - recours en annulation, v. annulation.
 - recours en cassation devant la CCJA, v. cette expression.
 - recours en contestation de validité, 66.
 - recours en interprétation, 110.
 - recours en révision, 65, 111 et s.
 - tierce opposition, 65, 108 et s.
- Voies de recours extraordinaires, 102, 107.
- Z**
- Zones d'ombre
 - v. compétence matérielle de la CCJA

DIRIGEANTS SOCIAUX

Table des matières

Introduction n° 1 à 13

Titre I : **Détermination des dirigeants sociaux** n° 14 à 237

Chapitre I : **Définition des dirigeants sociaux** n° 15

Section 1 - **Conditions d'aptitude à la fonction de dirigeant** n° 16

§1 - Conditions d'aptitude à la fonction de dirigeant de droit n° 17

A - Aptitude des personnes physiques n° 18

I - Critères exigés de tous les candidats à la fonction de dirigeant social n° 19

a - Absence d'incompatibilité n° 20

1 - Incompatibilité des membres des professions libérales n° 21 à 29

2 - Incompatibilités administratives et parlementaires n° 30 à 34

b - Inexistence d'une interdiction du droit de diriger, administrer ou gérer une société n° 35 à 42

c - Exigence de la capacité de diriger, administrer et gérer une société n° 43 à 47

II - Critères spécifiques à certains candidats n° 48

a - Respect de la limite d'âge n° 49 à 50

b - Possession d'une qualité déterminée n° 51

c - Justification d'une formation particulière n° 52 à 54

B - Aptitude des personnes morales n° 55

I - Critères liés à la nature de la société n° 56

II - Conditions liées à la fonction concernée n° 57

a - Impossibilité d'assumer les fonctions de direction des sociétés autres que la SNC et la SCS n° 58 à 59

b - Exigence de la désignation d'un représentant permanent, personne physique n° 60 à 62

§2 - Conditions de la possession d'état de dirigeant « exceptionnel » n° 63

A - Conditions requises pour les dirigeants de crise n° 64

I - Pour ce qui est de l'administrateur provisoire n° 65

a - Existence d'une crise sociale grave n° 66 à 67

1 - Hypothèses de crises sociales donnant lieu à désignation de l'administrateur provisoire n° 68

2 - Nécessité de l'urgence et du péril n° 69

b - Aptitude du candidat à « gérer, administrer et diriger » une société n° 70

II - Conditions exigées pour le « syndic dirigeant » n° 71

a - Réunion des conditions de nomination au poste de syndic n° 72 à 74

b - Immixtion dans la gestion sociale n° 75

B - Critères de la possession d'état de dirigeant de fait n° 76 à 78

I - Immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de la société n° 79

a - Immixtion continue dans la gestion de la société n° 80

1 - Accomplissement d'actes positifs de gestion n° 81 à 83

2 - Exercice continu des actes de gestion n° 84 à 85

b - Contrôle effectif et constant de la marche de la société n° 86 à 88

II - Intervention dans la société « en toute indépendance » n° 89 à 91

Section 2 - **Obtention de la qualité de dirigeant social** n° 92 à 93

§1 - Désignation régulière n° 94

A - Désignation selon le mode approprié n° 95

I - Cas des dirigeants de droit stricto sensu 96 à 98

II - Cas de l'administrateur provisoire n° 99

a - Mode judiciaire n° 100 à 101

b - Mode réglementaire n° 102 à 103

B - Respect des exigences de publicité n° 104

I - En ce qui concerne les dirigeants de droit n° 105 à 107

II - Relativement aux dirigeants de crise n° 108

a - Fonction d'administrateur provisoire n° 109

b - Fonction du syndic n° 110 à 111

§2 - Constatation de la qualité de dirigeant de fait n° 112

A - Affirmation souveraine du juge n° 113 à 114

B - « Officialisation » de la qualité de dirigeant de fait n° 115

Section 3 - **Vocation à une révocabilité de principe du candidat qualifié** n° 116

§1 - Révocabilité : élément de spécification du dirigeant de l'associé 117 à 120

§2 - Révocation : élément de rapprochement des dirigeants de droit et de fait n° 121 à 123

Chapitre II : **Qualité juridique des dirigeants de sociétés** n° 124 à 127

Section 1 - **Terminologie qualificative des dirigeants sociaux** n° 128 à 129

§1 - Variation constante du qualificatif attribué aux dirigeants de sociétés n° 130

A - Différence de qualification des dirigeants de sociétés civiles et commerciales n° 131 à 134

B - Divergence de qualification des dirigeants des sociétés commerciales, coopératives et d'assurances mutuelles n° 135

I - Diversification injustifiée n° 136 à 137

II - Diversification excessive de qualification n° 138 à 141

- §2 - Utilisation indistincte des termes « mandataire » et « organe » social pour la qualification des dirigeants n° 142 à 145
 A - Présence du terme « mandat » dans les dispositions législatives applicables aux sociétés où l'aspect institutionnel primerait n° 146 à 147
 B - Emploi des termes « organe social » et « mandataire social » pour la désignation des dirigeants de même type par la jurisprudence n° 148
- §3 - Soumission des dirigeants aux obligations sociales de l'employeur : source d'une identification difficile du dirigeant n° 149 à 150
 A - Difficultés liées aux problèmes d'identification de l'employeur chargé des obligations sociales par le droit social dans le cadre des groupes de sociétés n° 151 à 153
 B - Difficultés liées à la formule de l'article 180 (2) de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE n° 154 à 156
- Section 2 - **Qualité juridique des dirigeants sociaux** n° 157
- §1 - Controverses doctrinales n° 158 à 159
 A - Qualité juridique du dirigeant de droit n° 160
 I - Doctrine sur la nature institutionnelle de la société et le postulat du dirigeant « organe social » n° 161
 a - Dirigeant de société, un « organe institué » n° 162
 1 - Caractère « légal » de la source des pouvoirs des dirigeants n° 163 à 164
 2 - Possession par la société d'une personnalité juridique propre n° 165
 b - ... Inqualifiable de mandataire des associés n° 166 à 167
 II - Thèse contractuelle et la conception du dirigeant « mandataire social » n° 168
 a - Société, « un nœud de contrats » n° 169 à 170
 b - Nature absolument contractuelle des sources des pouvoirs du dirigeant n° 171 à 172
 III - Théorie du « milieu » n° 173
 a - Théorie du « juste milieu » n° 174 à 176
 b - Adaptations et spécifications opérées n° 177 à 179
 B - Qualité juridique des dirigeants « exceptionnels » n° 180 à 181
 I - Fondements apparents de la qualité d'administrateur provisoire n° 182
 II - Fondements vraisemblables de la qualité du syndic n° 183
 III - Fondements plausibles de la qualité de dirigeant de fait n° 184 à 186
- §2 - Qualité juridique réelle du dirigeant social : un mandataire « spécial » n° 187 à 188
 A - Le dirigeant social : un mandataire n° 189
 I - Mission aux sources essentiellement volontaristes n° 190
 a - Impact de l'acte volontariste à l'origine de toute société n° 191 à 192
 b - Caractère individuel et non légal de la source des pouvoirs des dirigeants n° 193 à 198
 II - Rôle intégralement appréhendé par la théorie du mandat n° 199
- a - Caractère fondamentalement représentatif de la mission des dirigeants n° 200 à 202
 b - Appréhension du rôle des dirigeants par les mécanismes non conventionnels du mandat n° 203 à 212
 1 - Hypothèse des dirigeants désignés par le juge ou d'autres organes n° 204 à 208
 2 - Cas des dirigeants non désignés par une autorité quelconque : le mandat apparent et le mandat tacite n° 209 à 212
- B - Dirigeant social : un mandataire « spécial » n° 213
 I - Caractère lié à la technique sociétaire n° 214 à 218
 II - Spécificité liée au caractère régulateur de l'intérêt social n° 219 à 221
 a - Intérêt social s'oppose à la qualification des dirigeants comme mandataire d'intérêt commun n° 222
 1 - Opposition liée aux difficultés notionnelles n° 223 à 227
 2 - Opposition liée à la sublimation du régime juridique du mandat d'intérêt commun n° 228 à 231
 b - Intérêt social : fondement de la diversification des modes de détermination des pouvoirs des dirigeants n° 232
 1 - Intérêt social : justification de la détermination légale des pouvoirs des dirigeants sociaux n° 233 à 234
 2 - Intérêt social, fondement de la restriction des pouvoirs des dirigeants sociaux n° 235 à 237
- Titre II : **Pouvoirs des dirigeants sociaux** n° 238 à 312
- Chapitre I : **Intensification des pouvoirs des dirigeants** n° 241 à 242
- Section 1 - **Généralisation de la règle du pouvoir légal des dirigeants** n° 243 à 246
 §1 - Affirmation de la règle du pouvoir légal des dirigeants sociaux n° 247
 A - Principe général n° 248 à 255
 B - Applications particulières n° 25 à 264
 §2 - Précision du régime des limitations aux pouvoirs des dirigeants vis-à-vis des tiers n° 265
 A - Dans les sociétés à risques limités n° 266 à 268
 B - Dans les sociétés à risques illimités n° 269 à 271
- Section 2 - **Renforcement des pouvoirs internes des dirigeants** n° 272 à 273
 §1 - Réaffirmation de la règle des « pouvoirs les plus étendus » des dirigeants n° 274 à 279
 §2 - Précision des hypothèses de limitations des pouvoirs internes des dirigeants sociaux n° 280
 A - Limites légales n° 281 à 285
 B - Limites conventionnelles n° 286 à 289
- Chapitre II : **Droit de regard ou droit d'immixtion dans les pouvoirs des dirigeants** n° 290 à 293
- Section 1 - **Pouvoirs liés au devoir de diligence des dirigeants de société** n° 294 à 295

§1 - Obligation de gérer intelligemment la société n° 296 à 299

§2 - Devoir de dissidence ou de gestion conséquente de la société n° 300 à 303

Section 2 - Atteintes aux pouvoirs des dirigeants sociaux par la procédure d'alerte n° 304

§1 - Mise en cause du libre arbitre des dirigeants sociaux n° 305 à 306

A - Dans les sociétés anonymes n° 307 à 308

B - Dans les autres sociétés n° 309

§2 - Exercice des pouvoirs de gestion par des non dirigeants d'alerte n° 310 à 312

Titre III : Responsabilité des dirigeants de sociétés n° 313 à 476

Chapitre I : Causes de la responsabilité des dirigeants sociaux n° 317 à 318

Section 1 - Effort réalisé : l'articulation des causes classiques et nouvelles de responsabilité des dirigeants n° 319

§1- Reprise des causes classiques de la responsabilité des dirigeants n° 320

A - Causes du droit des sociétés classiques n° 321

I - Sur le plan de la responsabilité civile n° 322

a - Violation des lois et règlements n° 323 à 325

b - Violation des statuts et la faute de gestion n° 326

1 - Violation des statuts n° 327 à 328

2 - Faute de gestion n° 329 à 332

II - Sur le plan de la responsabilité pénale n° 333

a - Fautes d'omission n° 334

b - Fautes de commission n° 335

B - Règles fondamentales du droit de la responsabilité n° 336

I - Maintien de la faute génératrice de responsabilité personnelle de droit commun n° 337

a - Dans les sociétés à risques illimités n° 338 à 341

b - Dans les sociétés à risques limités 342 à 343

II - Reprise des principes généraux du droit commun de la responsabilité n° 344

a - Principe de la légalité des délits n° 345 à 346

b - Maintien du principe de la faute comme simple élément du fait répréhensible n° 347 à 348

§2 - Consécration de causes nouvelles de responsabilité des dirigeants n° 349

A - Pour ce qui est de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés n° 350 à 353

B - Quant à la responsabilité pénale des dirigeants de sociétés n° 354 à 356

Section 2 - Aménagements nécessaires : la régulation de la typologie des fautes du dirigeant n° 357

§1 - En matière de responsabilité civile des dirigeants n° 358

A - Problème de l'inadaptation de la typologie légale des fautes du dirigeant n° 359 à 360

I - Imprécision des causes spécifiées n° 361 à 363

II - Absence de véritables barrières entre les types de causes institués n° 364 à 370

B - Solutions envisageables n° 371 à 378

§2 - En matière de responsabilité pénale : la fin de la transposition à la responsabilité des dirigeants, des solutions dégagées en matière de responsabilité des préposés n° 379 à 388

Chapitre II : Mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants n° 389 à 390

Section 1 - Avancées opérées dans le régime de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants n° 391

§1- Enrichissement de la règle de l'influence de la nature du préjudice sur le régime de l'action n° 392 à 398

§2 - Réaffirmation du caractère subsidiaire de l'action *ut singuli* n° 399 à 405

§3 - Admission du principe limitatif de responsabilité de « la faute détachable des fonctions » n° 406 à 411

Section 2 - Améliorations nécessaires n° 412

§1 - Sur le plan de la responsabilité civile des dirigeants sociaux n° 413

A - Spécification des fondements des actions en responsabilité civile n° 414

I - Évacuation du problème du cumul des responsabilités n° 415

a - Effet de l'imbrication des textes : le cumul possible des responsabilités civiles des dirigeants n° 416 à 420

b - Nécessaire interdiction du cumul des responsabilités pour faute de gestion et de droit commun n° 421 à 424

II - Nécessité d'une appréciation plus souple de la notion de faute détachable des fonctions n° 425 à 430

B - Élimination des inégalités dans la réalisation des actions civiles n° 431

I - Élimination de l'obstacle de la charge du coût de l'action sociale *ut singuli* n° 432 à 436

II - Fin du dédoublement du régime de responsabilité des dirigeants, en raison du moment de l'exercice de l'action civile n° 437 à 439

§2 - Sur le plan de la responsabilité pénale des dirigeants n° 440

A - Retour aux règles ordinaires de mise en œuvre de l'infraction d'abus de biens sociaux n° 441 à 444

B - Rationalisation du régime de la prescription de l'infraction d'abus des biens sociaux n° 445 à 452

Chapitre III : Champ d'application des règles de responsabilité des dirigeants n° 453 à 454

Section 1 - Extension des règles de responsabilité des dirigeants de droit aux dirigeants de fait n° 455 à 461

Section 2 - Accentuation de l'harmonisation

de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux n° 462

§1 - Consécration de la responsabilité pénale des dirigeants personnes morales n° 463 à 471

§2 - Encadrement de la liberté d'établissement des pénalités applicables aux dirigeants n° 472 à 476

Bibliographie

- AKAM AKAM (A.), « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue internationale de droit économique* 2007/2, t. XXI, 2.
- ANOUKAHA (F.), Cisse (A.), NDIAW (D.), NGUEBOU (J.), POUGOUÉ, (P.-G.), et SAMB (M.), OHADA, *Sociétés commerciales et GIE*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit uniforme », 2002, 589 pages.
- ANOUKAHA (F.), « L'incompatibilité d'exercice d'une activité commerciale dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun », *Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques*, PUA, Université de Dschang, tome V, 2001, p. 5 à 24 ; « L'OHADA et le gouvernement des entreprises », www.ajbef.info/spip.php?article13, jeudi 20 septembre 2007.
- DIALLO (M. I.) et SAMBE (O.), *Guide pratique des sociétés commerciales et du GIE OHADA*, (Schémas didactiques, Modèles des statuts, de procès-verbaux et autres formulaires), le praticien, édition comptable et juridique (ECJ), 1998.
- ISSA-SAYEGH (J.), *Répertoire quinquennal OHADA, 2000-2005*, UNIDA, 2010, 815 pages.
- KALIEU (Y.), « Commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel du Littoral n° 38/Réf. du 10 février 1999 », *Juridis périodique*, n° 42, avril-mai-juin 2000, p. 45 à 54.
- MOUTHIEU NJANDEU (M.A.), *L'Intérêt social en droit des sociétés*, Paris, L'Harmattan, coll. « Études africaines », 2009, 420 pages.
- MOUTHIEU (M.-A.), « L'intérêt social en droit des sociétés », Thèse de doctorat d'État, *FSJP*, Université de Yaoundé, 2004-2005, 620 pages.
- NGOUE (W.J.), *La Mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA, l'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, coll. « Droit uniforme », 2006, p. 179 à 205.
- NGOMO (A.-F.), « Pour une redéfinition des pouvoirs des organes intervenant dans la gestion des S.A. » (Réflexion à partir du projet de Code de société de l'UDEAC dans la perspective de l'harmonisation du droit des affaires de la zone franc), *Juridis info*, n° 16, 1993, p. 74 à 84.
- NGUEBOU TOUKAM (J.), *Le Droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, coll. « Droit uniforme », 1998, 249 pages.
- NGUEBOU TOUKAM (J.), « Environnement juridique et développement du secteur privé : l'exemple de l'OHADA », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. II, n° 1, 2001, p. 19 à 45.
- NGUIHE KANTE (P.), « Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit camerounais », Thèse de 3^e cycle, Université de Yaoundé II, Soa, 1999.
- NJEUFACK TEMGWA (R.), « La responsabilité des dirigeants des sociétés commerciales OHADA », Mémoire de DEA, Université de Dschang, 1999, 71 pages.
- NJOYA NKAMGA (B.), « La COBAC dans le système bancaire de la CEMAC », *Annales de la FSJP*, Université de Dschang, t. XIII, 2009, p. 85 et s. ; « Commentaire de l'arrêt n° 76/C du 21 février 2003, James Onobiono, Thomas Tobbo Eyoum, Aristide Ekindi C/ Marcel Dobill », *Revue camerounaise de droit et sciences politiques*, Janus, janvier 2007, p. 166 et s.
- NJOYA NKAMGA (B.), « Les interventions des tiers dans la gestion des sociétés commerciales », Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2002, 75 pages ; « Les Dirigeants sociaux », Thèse de Doctorat/Ph. D., Université de Dschang, août 2007, 507 pages.
- NYAMA (J.-M.), *Éléments de droit des affaires. Cameroun-OHADA*, Presses de l'UCAC, « Apprendre », 2001, 266 pages.
- OUSMANOU (S.), « L'action sociale "ut singuli" ou l'apport éthique de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », *Juridis périodique*, n° 39, juillet-août-sept 1999, p. 93 à 100.
- PAILLUSEAU (J.), « L'Acte uniforme sur le droit des sociétés », *Petite affiches*, 13 oct. 2004, n° 205, p. 19 à 29.
- POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), *Le Droit des sociétés commerciales et du GIE OHADA*, PUA, coll. « Droit uniforme », 1998, 630 pages.
- POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU (Y.), « L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », PUA, coll. « Droit uniforme », 1999, 232 pages.
- POUGOUÉ (P.-G.), « Les sociétés d'État à l'épreuve du droit OHADA », *Juridis périodique*, n° 65, janvier-février-mars 2006, p. 99 à 102 ; « L'impact de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE sur le contrôle et le développement des entreprises locales », *Juridis périodique*, n° 66, avril-mai-juin 2006, p. 107 à 116 ; « Scolie sur le projet de Code des sociétés UDEAC », *Revue juridique africaine*, n° 1, 1991, p. 8 à 29.
- POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), « Commentaire de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2^e éd., 2002, p. 289 à 548.

1. Généralement appelés mandataires sociaux, les dirigeants sociaux recouvrent des réalités complexes. D'une part, le mandat social, notion toujours orpheline de définition légale (*GIANNO (R.) et COMBES (A.-E.), La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes, Gaz. Pal., 2-4 juin 2002, spécial statut des dirigeants sociaux, p. 4.*), est le champ d'opposition d'une doctrine bien souvent en proie au phénomène de tendances doctrinales, alors même qu'il existe différents mandataires en droit, dont le statut et les fonctions sont plus ou moins encadrés par la loi.

D'autre part, le langage courant ou technique donne aux dirigeants sociaux des noms très variés : directeur général, gérant, administrateur, administrateur général, directeur général unique, président, Manager, Executive Director, Officer, Chief Executive Director, directeur général délégué, mandataire social, organe social, etc.

2. Étymologiquement, dirigeant vient de diriger. Diriger qui vient du latin *dirigere* qui signifie en général mettre en ligne droite, donner une direction déterminée, diriger, ordonner, et particulièrement, relativement à une

institution ou une entreprise, être à sa tête ; en être le chef ; exercer sur elle (ses orientations, son fonctionnement) un pouvoir de commandement en droit et/ou en fait. Selon Gérard CORNU (*Vr. Vocabulaire juridique*, association Henri CAPITANT, Quadrige/Pur, PUF, 1^{re} éd. 1987, p. 293), Dirigeant renvoie à qui dirige ; la personne qui assure effectivement la direction d'un pays (dirigeant de l'État), d'une entreprise (dirigeant de société) en droit et parfois seulement en fait (dirigeant de fait). C'est un terme juridique d'évocation qui renvoie, en droit, à une fonction de haute responsabilité, en fait (sociologiquement) à une position dominante dans la société.

3. On dit communément que les dirigeants sociaux exercent un mandat social (LEFEBVRE (F.) (éd.), *Dirigeants de sociétés commerciales, statut juridique, contrat de travail, protection sociale, régime fiscal et juridique des rémunérations, responsabilités*, éd. Francis LEFEBVRE, 1997, n° 32, p. 13.). La formule « mandat social » traduit que dans l'exercice de leurs fonctions, les dirigeants sociaux ne sont pas liés à la société par un lien de subordination. C'est une appellation descriptive qui signifie que les dirigeants sociaux exercent une mission pour le compte de la société au nom de laquelle ils sont habilités à agir.

Ce critère permet de distinguer le dirigeant social, qui n'agit pas sous l'autorité et la direction d'un patron, du travailleur, fût-il cadre, qui agit sous l'autorité et la direction de son employeur. En effet, l'absence de lien de subordination constitue en tant que caractéristique principale du mandat la différence fondamentale entre le mandat social et le contrat de travail.

Ainsi, les dirigeants sociaux ne sont pas les personnes qui, en vertu d'un contrat de travail, accomplissent diverses tâches dans la société (*sous réserve bien évidemment de l'hypothèse exceptionnelle du contrat de travail ayant pour objet l'exercice du mandat social*). Il ne s'agit donc pas des directeurs techniques que l'on rencontre généralement dans toutes les grandes sociétés (*directeur commercial, directeur administratif et financier, directeur du développement, etc.*). Ceux-ci ne sont pas des mandataires sociaux, mais des salariés de la société.

4. Les dirigeants sociaux sont les personnes qui ont le pouvoir d'engager la société et qui sont en contrepartie responsables des affaires sociales. Sont-ce cependant uniquement les représentants légaux strictement définis par la loi sur les sociétés ou les personnes qui exercent en fait les pouvoirs de gestion ou les deux catégories à la fois ?

L'option pour l'une ou l'autre catégorie n'est pas indiquée. En effet, dirigeant social renvoie à qui assure effectivement la gestion de la société. Il s'agit donc aussi bien des représentants légaux de la société strictement définis par les lois sur les sociétés ; c'est-à-dire ceux qui bénéficient d'un contrat de mandat et qu'on qualifie de dirigeants de droit, que de ceux de la catégorie hétéroclite que certains (*Vr. Njoya Nkamga (B.), Les Dirigeants*

sociaux, Thèse de Doctorat/Ph. D., Université de Dschang, août 2007) qualifient de dirigeants « exceptionnels » à savoir, d'une part, les personnes qui exercent en fait les pouvoirs de gestion, à savoir les dirigeants de fait, et d'autre part, les personnes qualifiées de dirigeants de crise, qui sont désignées à la tête des sociétés de façon ponctuelle pour résoudre des crises ou pour préparer une privatisation de ces sociétés.

5. Dans l'espace de l'OHADA, les dirigeants de droit sont les Gérants, les Administrateurs, Directeur Général et Directeur Général Adjoint, Président du Conseil d'Administration, Président-Directeur Général, des Administrateur Général et Administrateur Général Adjoint. Ailleurs, il s'agit de toutes les personnes qui, indépendamment de l'appellation : Manager, Executive Director, Chief Executive Officer, membre du directoire, directeur général unique, directeur général délégué, président du Conseil d'administration etc., ont reçu mandat d'exercer l'administration, la direction ou la gestion de la société.

6. Les dirigeants de fait sont quant à eux des personnes qui assurent en fait la gestion de la société, sous le couvert et aux lieu et place du représentant légal. Il s'agit de toute personne qui, « directement ou par personne interposée, exerce une activité d'impulsion, de manière indépendante, relativement à la gestion de la personne morale, que ce soit sous le couvert ou aux lieu et place de ses représentants légaux (*SCHOLASTIQUE (E), op. cit., n° 18, p. 15, qui cite LEVENEUR (L), Situation de fait et droit privé, préf. M. GOBERT, LGDJ 1990, n° 36 et s. ; DEDESSUS-LE-MOUSTIER (N), La responsabilité du dirigeant de fait, Rev. sociétés, 1997, p. 499*) ». Selon la jurisprudence, le dirigeant de fait c'est « toute personne physique ou morale qui, assurant les mêmes fonctions et les mêmes pouvoirs qu'un dirigeant de droit, exerce en fait en toute souveraineté et en toute indépendance une activité de gestion et de direction » (*CA, Paris 3 mars 1978*). Son activité implique « une participation continue (...) et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause » (*CA, Paris 11 juin 1984, Bull. Joly, 1987, p. 719 ; Vr pour d'autres jurisprudences, RIPERT (G) et ROBLOT (R), par GERMAIN (M), Traité de droit commercial, 16^e éd., t. I, LGDJ 1996, n° 1364*).

Il s'agit donc aussi bien des dirigeants de fait à proprement parler que des dirigeants occultes ; c'est-à-dire les personnes aux instructions desquelles les directeurs de droit obéissent, sauf si ces derniers ne font que suivre un conseil en leur qualité de professionnel. Peuvent ainsi notamment être qualifiés des dirigeants de fait : les associés qui, excédant leurs prérogatives, participent activement à la gestion de la société, les anciens dirigeants de droit qui continuent, après la cessation de leurs fonctions, à s'immiscer dans les affaires de la société et les tiers à la société, tels que ses partenaires financiers, voire un concédant ou un franchiseur s'immiscant dans les affaires de son concessionnaire ou de son franchisé.

Mais, il ne s'agit pas du « faux dirigeant » qui, lui, n'est qu'un « homme de paille », un prête-nom, une marionnette entre les mains du maître de l'affaire, qui, ne veut pas apparaître à la tête de l'entreprise pour des raisons personnelles (sécurité, incompatibilité, interdiction, etc.). Il ne s'agit non plus du dirigeant d'une société humaine dans le sens sociologique du terme, à l'instar des chefs d'États ou de gouvernements, mais du dirigeant de l'entité économique qu'on qualifie juridiquement de société.

7. La famille des dirigeants sociaux regroupe également les « dirigeants de crise ». Ce sont des personnes qui sont désignées à la tête de la société, par l'autorité habilitée, pour résoudre une difficulté donnée. Cette catégorie est composée de l'administrateur provisoire désigné à la tête de la société à l'effet de résoudre la crise sociale qui motive sa désignation ou plus récemment, à l'effet de préparer la société à une privatisation. On y retrouve aussi le syndic dans l'hypothèse particulière du redressement judiciaire où, il s'immisce dans la gestion sociale à travers les rôles d'assistance et même de « représentation » que lui reconnaît le droit des entreprises en difficulté.

En somme, dans l'espace OHADA, les dirigeants sociaux sont pris dans une conception large ; c'est-à-dire une conception où le terme dirigeant s'applique à toute personne investie d'un quelconque pouvoir d'administration, de gestion ou de direction dans toutes les formes de sociétés, sans exclusive : sociétés commerciales, civiles, publiques, parapubliques, sociétés en nom collectif, en commandite simple, sociétés à responsabilités limitées, en participation, sociétés anonymes, sociétés civiles professionnelles etc.

8. De manière générale, plusieurs périodes se sont succédées dans l'évolution des dirigeants de sociétés.

Dans un premier temps, on était en présence d'un patronat de droit divin, c'est-à-dire des dirigeants propriétaires de la quasi-totalité des droits sociaux, dont les pouvoirs n'étaient contestés ni par les salariés, ni par des associés minoritaires dispersés et passifs. Les problèmes que posait alors la question des dirigeants étaient influencés par une sorte de « personnification » de la société. Sur le plan économique par exemple, la détention du capital et la gestion d'une société étant plus rarement dissociées qu'elles ne le sont aujourd'hui, le besoin de contrôle de l'associé était beaucoup moins sensible. Le dirigeant était souverain.

Ensuite on s'est retrouvé en présence de la toute puissance des technocrates, qui ne détenaient pas personnellement la majorité des droits sociaux, mais parvenaient à confisquer le pouvoir grâce à leurs connaissances et à des systèmes complexes de participations, d'auto-contrôles et de cumuls de mandats. Dans cette période, des problèmes nouveaux ont surgi, au titre desquels, celui de l'irresponsabilité galopante des dirigeants.

Plus récemment, la situation correspond à celle de

dirigeants propriétaires ou non d'une fraction de capital qui sont étroitement contrôlés soit par les associés, majoritaires ou minoritaires, soit par le marché, soit par des organes institués à l'intérieur de certaines sociétés mêmes.

Aujourd'hui, le contexte juridique et économique a connu une mutation importante. Sur le plan juridique, on estime que si le dirigeant d'une société doit disposer des pouvoirs les plus larges pour assurer pleinement son rôle, il doit toutefois pouvoir être sanctionné en cas de manquement. Par conséquent, la responsabilité des dirigeants sociaux est de plus en plus exposée en raison de la multiplication des obligations légales et réglementaires qui leur incombent, de l'accroissement des sanctions civiles et de l'apparition de nouvelles incriminations dans des matières telles que les droits boursier et financier, l'environnement, la concurrence etc. Au plan économique, le mouvement de la mondialisation a fait évoluer le rôle de l'associé au sein des sociétés et le dirigeant, devenu de moins en moins majoritaire, doit désormais conjuguer avec des groupes d'actionnaires qui, par des exigences régulièrement durcies, assurent désormais un contre pouvoir à leur puissance.

9. De même, depuis le milieu des années 1990, la situation du dirigeant social a été impactée par les débats sur le « gouvernement d'entreprise ». Le phénomène de la « Corporate Governance » dont le « gouvernement de l'entreprise » est l'avatar français est un débat sur le système par lequel les entreprises sont dirigées et contrôlées. C'est aussi une idéologie. Aujourd'hui, c'est le terrain où se délimitent les devoirs ou responsabilités respectifs des dirigeants de sociétés cotées et des gestionnaires d'actifs pour compte de tiers à travers le monde. Les thuriféraires du « gouvernement de l'entreprise » sont persuadés que la mise en œuvre des « bonnes » ou des « meilleures » pratiques cataloguées dans les différents codes de déontologie ou rapports ne peut qu'influencer favorablement la gestion et accroître la valeur financière des entreprises et la sécurité des affaires.

10. Tout au long de cette évolution, la fonction de dirigeant de société connaît un mouvement dans un double sens. Celui d'une diversification de leur statut à travers, entre autres, l'instauration de plusieurs modes d'administration et de direction des sociétés d'une part, et celui de la considération du détenteur réel du pouvoir patronal dans la société à travers la consécration des dirigeants de fait, d'autre part. Dans ce contexte, on se demande comment les dirigeants sociaux sont-ils appréhendés par le droit des sociétés dans l'espace OHADA ? La réponse à cette question dépend des objectifs poursuivis par les législateurs qui concourent à sa réglementation dans l'espace OHADA.

Le Code civil hérité de la colonisation continue à le concevoir comme celui auquel on donne pouvoir d'administrer la société. L'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'in-

térêt économique s'inscrit dans la logique de son Traité fondateur qui, conformément à son préambule, vise à « garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement ». En ceci, il s'efforce à matérialiser l'alliage dirigeant - sécurité, en opérant une modernisation de leurs statuts juridiques à travers un renforcement de leurs prérogatives et responsabilités. Le Code CIMA (*Le Code CIMA est la législation unique des assurances des États membres de la Conférence Interafricaine des Marchés de l'Assurance (CIMA). Le Cameroun est un de ses membres fondateurs. Elle fait table rase des réglementations nationales antérieures et constitue une véritable réglementation de la profession d'assurance et notamment des entreprises d'assurance*), les législations communautaires de la CEMAC (*La CEMAC, Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale est l'organisation d'intégration économique et monétaire, issue d'un traité du 16 mars 1994 signé à Ndjaména (Tchad), a remplacé l'Union Douanière et Économique de l'Afrique Centrale. Elle regroupe six États au titre desquels, le Cameroun*) et de la CEDEAO (*La Communauté Économique Des États de l'Afrique de l'Ouest est une organisation régionale d'intégration de l'Afrique de l'Ouest. Elle comporte en son sein tous les États de l'Afrique de l'Ouest. États qui sont également, pour la plupart, membres d'autres organisations d'intégration telle que l'UEMOA*) et principalement de l'UEMOA (*L'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine est un regroupement économique de huit pays (Cote d'Ivoire, Bénin, Togo, Sénégal, Niger, Mali, Guinée-Bissau, Burkina Faso) tous membres de l'OHADA.*), les législations internes et notamment les lois camerounaises n° 92/006 du 14 août 1992 relative aux sociétés coopératives et groupe d'initiative commune et n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic se sont également lancés dans cette entreprise. Cette œuvre a consisté, soit à arrimer l'essentiel des prérogatives des dirigeants de ces sociétés à celles des dirigeants de sociétés commerciales, soit à y instituer des mécanismes particuliers (*Certaines sociétés telles que les sociétés d'État ou les sociétés coopératives soumises au droit OHADA restent en effet soumises à leurs régimes particuliers conformément à l'article 916 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE. Vr à propos, POUYOUÉ (P.-G.), Les sociétés d'État à l'épreuve du droit OHADA, Juridis périodique n° 65, janvier-février-mars 2006, p. 100*) ou des instances de contrôles supplémentaires, tels que le comité de surveillance dans les sociétés coopératives, soit à organiser limitativement l'accès aux fonctions de dirigeants et, plus strictement les devoirs des dirigeants des sociétés de banque et de microfinance.

11. En dépit de cette multiplicité des textes régissant les dirigeants sociaux, nombreuses sont les situations qui surprennent dans la conception actuelle des dirigeants sociaux.

D'une part, on peine à déterminer précisément la

qualité juridique des dirigeants de sociétés, alors même que le législateur, la jurisprudence et la pratique n'ont cessé d'aménager leurs conditions juridiques.

D'autre part, la constance de l'influence de la qualité juridique des dirigeants sur leur condition juridique n'est pas suffisamment intégrée dans les efforts d'amélioration de cette condition. L'optimisation de la sécurisation de la gestion des sociétés qui est opérée à travers une aggravation impressionnante des responsabilités des dirigeants de sociétés opère une sorte de fuite en avant, en banalisant gravement l'aspect théorique que doivent emporter ou comporter ces constructions. Pourtant, les divergences doctrinales, jurisprudentielles et même législatives sur la question de la qualité juridique réelle des dirigeants ne remontent pas d'hier et, ont toujours indiqué l'emprise négative qu'elles ont sur la condition des dirigeants, la sécurité de la société et de ses interlocuteurs.

C'est ainsi que l'actualité du droit des sociétés, dominée par la question de savoir si le dirigeant de société doit être appréhendé de façon unitaire ou non, les qualités proposées étant celles d'organe social et de mandataire social (*ASENCIO (St.), op. cit., n° 4, p. 683*), a toujours donné lieu à des réponses contradictoires assorties de démonstrations très souvent insuffisantes. Pourtant, suivant que les dirigeants sont conçus comme des mandataires ou comme des organes sociaux, suivant qu'ils bénéficient d'une qualification univoque ou équivoque, leurs conditions juridiques divergent.

Il en résulte une photographie du droit des dirigeants dominée par une qualification à la fois protéiforme et équivoque des dirigeants de sociétés. Cette qualification fait osciller la qualité du dirigeant entre celle d'organe et celle de mandataire social.

12. Cette situation et bien d'autres ont des répercussions importantes sur le plan plus technique. C'est ainsi que le droit positif est marqué quant au statut des dirigeants de sociétés par l'absence de statut unique et l'existence au contraire d'une pluralité de statuts. De même, on constate que malgré les efforts d'harmonisation de la condition juridique des dirigeants, leur statut nécessite et, de manière déterminante, de véritables améliorations, tant au niveau du régime de leur responsabilité, qu'au niveau des moyens de protection institués à leur égard.

13. Au fond et de manière plus générale, on constate que la question des dirigeants sur ce double plan théorique et technique pose des interrogations relatives à leurs définition et condition juridique. Plus concrètement, on y décèle d'une part des problèmes de qualification juridique des dirigeants sociaux et d'autre part, des problèmes relatifs à leurs conditions, le droit réformé ayant opéré bien de consécration plus ou moins intéressantes sur ce dernier point.

Dans ce contexte, l'étude des dirigeants sociaux sera axée sur : la détermination des dirigeants (Titre 1), les

pouvoirs des dirigeants (Titre 2) et leurs responsabilités (Titre 3).

Il s'agit dans cette étude de faire un mélange à la fois théorique et plus technique inspiré par le droit OHADA sur la question des dirigeants sociaux, pour une précision de leur qualité juridique et une amélioration de leur condition juridique et de la sécurité de leurs interlocuteurs. L'étude souligne s'il y a lieu, les limites, lacunes, impertinences, forces et justesses des constructions actuelles sur les dirigeants sociaux applicables dans l'espace OHADA. Car au surplus, il s'agit de mieux cerner l'apport du législateur OHADA en la matière et vérifier si le triple objectif « harmoniser, améliorer, innover » a été atteint relativement à la question des dirigeants de sociétés. Les Actes uniformes relatifs au droit commercial général, au droit des procédures collectives d'apurement du passif, etc., viendront ainsi renforcer l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique (AUSC) qui constitue la principale source législative de nos développements.

Titre I : Détermination des dirigeants sociaux

14. Analysée selon les époques et les auteurs, la question de la détermination des dirigeants sociaux a toujours fait apparaître des interrogations théoriques ou plus techniques relatives aussi bien à la définition des dirigeants sociaux qu'à la question de savoir si le dirigeant de société doit être appréhendé de façon unitaire ou non, comme un « organe social » ou comme un « mandataire social ».

Le droit OHADA a mis en place des éléments de détermination des dirigeants sociaux qui, sans avoir mis fin à ces interrogations, renseignent cependant suffisamment sur sa manière d'appréhender les dirigeants sociaux.

Au regard de l'actualité des dirigeants sociaux, il est nécessaire d'y voir plus clair et de susciter les solutions qui devraient permettre d'opérer les mutations qu'appelle le droit des dirigeants sociaux. Cette entreprise suppose non seulement la maîtrise de la définition des dirigeants sociaux (chapitre 1), mais aussi l'appréhension de la qualité juridique réelle des dirigeants sociaux (chapitre 2).

Chapitre I : Définition des dirigeants sociaux

15. Pour diverses raisons, le droit a entendu encadrer la définition du dirigeant de société en instituant un certain nombre de critères de qualification à cette fonction. Des concrétisations qui ont été opérées en

la matière, il résulte que le dirigeant est appréhendé comme celui qui réunit les critères de qualification institués par le droit.

En effet, la possession de la qualité de dirigeant de société suppose en l'état actuel du droit que soient réunis, tant les critères d'aptitude à la fonction de dirigeant social (section 1) que les critères attributifs de cette qualité de dirigeant social (section 2). Et, quel qu'il soit, le candidat doit être révocable (section 3).

Section I - Conditions d'aptitude à la fonction de dirigeant

16. Plusieurs conditions d'aptitude à la fonction de dirigeant de société ont été établies tant pour les dirigeants de droit (§1) que pour les dirigeants « exceptionnels » (§2).

§1 - Conditions d'aptitude à la fonction de dirigeant de droit

17. Ces conditions varient suivant que le candidat à cette fonction est une personne physique (A) ou personne morale (B).

A - Aptitude des personnes physiques

18. Les conditions d'aptitude pour les personnes physiques sont pour la plupart communes à tous les postulants à la fonction de dirigeant (I). Mais, à certaines personnes physiques, il est exigé des conditions particulières (II).

I - Critères exigés de tous les candidats à la fonction de dirigeant social

19. Pour avoir la qualité de dirigeant social, le candidat à cette fonction ne doit pas être dans une situation d'incompatibilité (a), d'incapacité (c) ou d'interdiction (b) d'exercer la fonction de dirigeant.

a - Absence d'incompatibilité

20. Les incompatibilités entendues ici comme l'impossibilité légale de cumuler la fonction de dirigeant avec certaines occupations, situations ou mandats, concernent plusieurs fonctions ou professions et, notamment, les professions libérales (1) et les fonctions administratives et parlementaires (2).

1 - Incompatibilité des membres des professions libérales

21. Les incompatibilités professionnelles sont très souvent la conséquence des règles déontologiques propres à certaines professions. Mais, relativement aux sociétés commerciales, elles dépassent ce cadre. En effet, dans

la mesure où l'article 3 de l'Acte uniforme portant droit commercial général, répute d'actes de commerce, les actes effectués par les sociétés commerciales, le dirigeant social auquel on ne reconnaît pas la qualité de commerçant, exerce, à n'en point douter, des actes de commerce (ANOUKAHA (F.), *L'incompatibilité d'exercice d'une activité commerciale dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun*, *Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques, Université de Dschang, tome V, 2001, PUA, n° 39, p. 21*). Dès lors, en application de l'article 9 de cet Acte uniforme, qui pose que l'exercice d'une activité commerciale est incompatible plus généralement avec l'exercice de toute profession faisant « l'objet d'une réglementation interdisant le cumul de cette activité avec l'exercice d'une profession commerciale », l'exercice des fonctions de dirigeant de société commerciale est incompatible avec l'exercice de plusieurs professions.

22. La profession de conseil fiscal constitue l'une de ces fonctions. L'article 7 de la loi camerounaise n° 99/009 du 16 juillet 1999 par exemple, dans la logique de l'article 14 de l'Acte n° 30/84-UDEAC-398 du 19 décembre 1984, prévoit en effet que l'exercice de la profession de conseil fiscal est incompatible avec toute fonction de nature à porter atteinte à son indépendance et notamment, tout emploi salarié ou toute activité à caractère commercial, industriel ou libéral.

Cette incompatibilité est également présente vis-à-vis de la profession d'agent d'affaires qui est également concernée par cette incompatibilité. En effet, aux termes de l'article 3 du texte qui la régit au Cameroun, à savoir l'arrêté du 7 juillet 1955 (BOUVENET (G.J.) et BOURDIN (R.), *Codes et lois du Cameroun, tome II, p. 587 et s.*), il est interdit à l'agent d'affaire d'occuper les fonctions d'administrateur ou même de membre du conseil d'administration de toute société commerciale, industrielle, de directeur de journal ou de toute publication périodique (ANOUKAHA (F.), *op. cit.*, n° 27, p. 16).

23. Mais de manière plus générale, ces incompatibilités concernent principalement quatre professions : celle d'avocat, de notaire, de commissaire aux comptes et d'huissiers. Alors que les règles d'incompatibilité des commissaires aux comptes résultent à la fois du droit des sociétés (Articles 697 et s. de l'AUSC, articles 330-27 et s. du code CIMA pour ce qui est des sociétés d'assurance mutuelles, article 37 (1) de la loi n° 99/016 pour le P.C.A.) et des dispositions régissant cette profession (Dans l'espace CEMAC, l'Acte 5/82-UDEAC-324 du 18 déc. 1982 portant adoption des dispositions relatives aux commissaires aux comptes et à l'expertise judiciaire en comptabilité dans les États membres et le titre III à la Convention du 17 janvier 1992 et le règlement COBAC R-92/02 du 22 décembre 1992 relatif à l'agrément des commissaires aux comptes des établissements de crédit pour les établissements de crédit), Celles des avocats, huissiers et notaires résultent des règles déontologiques propres à ces professions.

24. Pour ce qui est des avocats, il en résulte globalement que, pour préserver l'indépendance d'esprit et le caractère libéral de l'avocat, il lui est interdit d'exercer cette profession en même temps que celle de dirigeant social. Cette prohibition comporte deux aspects : l'impossibilité d'être dirigeant salarié en vertu d'un contrat de travail (Vr pour le Cameroun, l'art. 6 (a) de la loi n° 90/059 du 19 décembre 1990 ; pour la République du Congo, l'article 55 (2) de la loi n° 026-92 du 20 août 1992 portant organisation de la profession d'avocat en R. P. du Congo), et l'impossibilité d'être dirigeant non salarié.

Dans le cadre d'une société civile professionnelle d'avocats, il est toutefois admis que l'avocat associé peut être dirigeant. Mais, contrairement au droit français, la Loi camerounaise du 19 décembre 1999 n'a ni consacré d'exception, ni étendu cette exception aux gérants de SARL.

25. Cette incompatibilité frappe également les huissiers candidats à la fonction de dirigeant et ceci, dans des conditions similaires. Tout comme la plupart des textes adoptés dans les États parties à l'OHADA (Vr par exemple l'article 13 de la loi Congolaise n° 027-692 du 20 août 1992 portant institution de la profession d'huissier de justice en République du Congo), le décret n° 79/448 du 5 novembre 1979 modifié par le décret n° 85/238 du 22 février 1985 portant réglementation des fonctions et fixant le statut des huissiers au Cameroun, est clair. L'huissier de justice ne peut exercer aucune profession salariée publique ou privée, ni s'immiscer dans l'administration d'une société, sauf s'il s'agit d'une société civile professionnelle.

26. La situation des notaires est presque identique à celle des avocats et huissiers (Au Cameroun voir art. 83 (2) du décret n° 95/034 du 24 février 1995 portant statut et organisation de la profession de notaire). L'incompatibilité est valable, tant pour la fonction de dirigeant salarié que pour celle de dirigeant non salarié, exception faite pour les sociétés civiles professionnelles dans lesquelles ils sont associés.

27. De manière plus rigoureuse, il est interdit à toute personne ayant la qualité de commissaire aux comptes de devenir gérant, administrateur, P.-D.G., P.C.A., administrateur général d'une société non inscrite au tableau de l'ordre des experts-comptables (Vr pour les sociétés commerciales les articles 695 et 696 de l'AUSC) de l'État partie concerné. Cette incompatibilité vise le candidat à la fonction de dirigeant de société à deux niveaux :

Premièrement, lorsqu'il est personnellement commissaire aux comptes de la société concernée. Dans ce cas (et en application de l'art. 697 de l'AUSC), sa fonction est incompatible avec « toute activité ou tous actes de nature à porter atteinte à son indépendance ou avec tout emploi salarié ». L'article 698 (1) de l'AUSC précise cette incompatibilité en étendant son domaine d'application. Dans le même sens, l'article 699 précise que « le commis-

saire aux comptes ne peut être nommé administrateur, administrateur général, administrateur général adjoint, directeur général ou directeur général adjoint des sociétés qu'il contrôle moins de cinq années après la cessation de sa mission de contrôle de ladite société » (Vr dans ce même sens, l'art. 330-27 du code CIMA).

Deuxièmement, lorsque son conjoint, ses parents ou ses alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement occupent dans la société concernée la fonction de commissaire aux comptes (art. 698 de l'AUSC). Et dans ce cas, le candidat à la fonction de commissaire aux comptes ne peut régulièrement y être désigné et obtenir cette qualité.

28. À ces incompatibilités, il convient d'ajouter celles instituées dans l'AUSC par la règle de la limitation légale des mandats. En effet, il s'est agi ces dernières années de veiller à ce que le titulaire d'un mandat social puisse consacrer un temps suffisant à la direction, l'administration et la gestion des affaires sociales (HEMARD (J.), *Le nouveau statut des administrateurs de S.A.*, Mélanges Daniel BASTIANT, 1974, p. 121). Par la règle de la limitation légale des mandats, l'AUSC s'est attaqué à un écueil à la bonne gestion des sociétés à savoir, le cumul excessif de mandat de dirigeant social. Dans bien d'États à l'instar du Cameroun, ceci est dans l'ensemble une véritable innovation. Ni le code civil, ni la loi du 24 juillet 1867 ne consacraient la limitation du nombre de mandat que pouvait cumuler un dirigeant (*Seules quelques rares législations africaines, à l'instar de l'ordonnance congolaise n° 62-26 du 16 octobre 1962 relative aux sociétés anonymes, instituaient cette limitation*)

L'interdiction du cumul d'un certain nombre de mandats a pour but d'enlever au dirigeant qui dépasse le seuil de cumul autorisé, la qualification nécessaire à l'obtention de la qualité de dirigeant dans les nouvelles fonctions acceptées.

Ainsi, l'appartenance d'une personne physique administrateur à cinq conseils d'administration de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire d'un même État partie à l'OHADA lui enlève la possibilité d'être administrateur d'une autre société anonyme située dans le même État, en application de l'article 425 de l'AUSC. De même, tout administrateur qui occupe les fonctions de P.-D.G., P.C.A. ou d'administrateur général simultanément dans trois sociétés anonymes ayant leur siège social dans un même État partie ne peut occuper les mêmes fonctions dans une autre S.A. située dans le même État. Bien plus, ils ne peuvent cumuler avec leurs fonctions plus de deux mandats d'Administrateur Général ou de Directeur Général pour le P.-D.G. et le P.C.A. et plus de deux mandats de P.-D.G. ou de Directeur Général pour l'Administrateur général (*En application des articles 464 pour le P.-D.G., 479 pour le P.C.A. et 497 pour l'administrateur général*).

29. Ces incompatibilités sont complétées pour ce qui est des sociétés à capital public par des disposi-

tions telles que celles des articles 18 et suivants de la loi camerounaise n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic. Aux termes de ces dispositions, nul ne peut être administrateur représentant de l'État ou des collectivités territoriales décentralisées dans plus de deux conseils d'administration de société à capital public et de société d'économie mixte, ni exercer en tant qu'administrateur représentant l'État, plus de deux mandats consécutifs dans une même entreprise (Article 19). En cette même qualité, nul ne peut non plus être président de plus d'un conseil d'administration de société à capital public et de société d'économie mixte.

2 - Incompatibilités administratives et parlementaires

30. Elles concernent les fonctionnaires et les parlementaires.

Les fonctionnaires sont dans une situation d'incompatibilité par rapport à la fonction de dirigeant (*Vr l'art. 37 nouveau du décret n° 2000/287 du 12 octobre 2000 pour le Cameroun. Pour la France, l'art. 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires*). Le principe de l'interdiction du cumul est posé. Mais, il s'agit en réalité d'une interdiction relative (ANOUKAHA (F.), *op. cit.*, n° 10, p. 9), car il est généralement admis que le fonctionnaire peut exercer une activité privée lucrative si celle-ci ne nuit pas à son indépendance ou s'il s'agit de production rurale, de production d'œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques (Art. 37 (1) (b)).

De même, l'incompatibilité ne concerne pas le fonctionnaire mis en disponibilité ou en détachement. En effet, la disponibilité est la position du fonctionnaire qui, placé temporairement hors de son cadre, cesse de bénéficier pour la durée de cette position, de ses droits à la rémunération, à l'avancement et à la pension. Elle est accordée au fonctionnaire pour des motifs de convenance personnelle ou même pour entreprendre des activités d'ordre culturel, scientifique, économique etc. La gestion d'une société commerciale entrant dans cette dernière catégorie d'activités, on estime que le fonctionnaire mis en disponibilité peut bien l'exercer (ANOUKAHA (F.), *op. cit.*, n° 11 et s., p. 9).

Le détachement quant à lui est la position du fonctionnaire placé temporairement hors de son poste de travail pour servir auprès d'une institution publique ou privée, nationale ou internationale, gouvernementale ou non. Il en résulte que l'activité exercée par ce fonctionnaire sera celle qui lui est confiée par l'organisme de détachement. À ce titre, il pourra gérer une société, fût-elle commerciale (*Ceci a été observé dans des entreprises telle que la SNEC*).

31. De manière plus spécifique, des dérogations textuelles sont parfois consacrées en matière d'admi-

nistration des sociétés à capital public ; les représentants de l'administration de tutelle peuvent être membres du conseil d'administration des sociétés en droit camerounais, en application de l'article 37 de la loi n° 99/016 du 22 décembre 1999. Cette dérogation, qui est compréhensible et appréciable en ce que, en tant qu'administrateur d'une société anonyme, le fonctionnaire n'en fait pas profession et n'en n'est point rémunéré (MESTRE (J), VERLADOCCHIO (D.) et BLANCHARD S. (Cb.), *op. cit.*, n° 603, p. 266), fortifie justement le courant doctrinal qui soutient qu'un fonctionnaire peut être titulaire du mandat social d'administrateur. Par conséquent, dès l'instant où la fonction n'est pas celle de simple administrateur de société anonyme et recouvre par exemple celle de la présidence du conseil d'administration ou de la direction de cette société, le candidat à la fonction de dirigeant se retrouve dans une situation d'incompatibilité.

En dehors de ces dérogations, le fonctionnaire ne peut être gérant, administrateur ni directeur d'une société.

32. Très souvent, ce sont des dispositions constitutionnelles qui posent directement l'incompatibilité. Ceci est perceptible à l'article 13 de la constitution camerounaise révisée du 18 janvier 1996, qui énonce que « les fonctions de membre du gouvernement et assimilés sont incompatibles avec... toute fonction de représentation professionnelle à caractère national et tout emploi ou activité professionnelle ».

Le cas échéant, elles renvoient à des textes spécifiques pour le régime des incompatibilités. C'est ainsi que l'article 21(1) de la Loi camerounaise n° 99/016 précitée rend incompatibles les fonctions de président du Conseil d'administration de sociétés à capital public et de sociétés d'économie mixte à participation publique majoritaire, avec celles de membre du gouvernement, de parlementaire, de directeur général ou de directeur général adjoint des établissements publics administratifs et des entreprises du secteur public et parapublic. Conformément à l'alinéa 2 de ce texte, « les fonctions de membre du gouvernement ou assimilés et de parlementaire sont incompatibles avec les fonctions de directeur général ou de directeur général adjoint d'une entreprise du secteur public ou parapublic ou toute fonction en tenant lieu ».

33. La sanction essentielle de la violation des incompatibilités administratives et parlementaires se résume simplement en la non-obtention de la qualité de dirigeant et la vacance au poste de parlementaire (*Vr pour le Cameroun, l'article 25 de la loi n° 91/20 modifiée*).

En matière d'incompatibilité professionnelle, la règle est la même. Mais elle est accompagnée d'autres sanctions liées aux sources des règles d'incompatibilité, à savoir notamment les sanctions disciplinaires (*rappel à l'ordre, avertissement, blâme, suspension temporaire, radiation*).

Les sanctions de la violation des règles de non-cumul s'inscrivent dans la même logique. L'acceptation d'un nouveau mandat en infraction de ces règles est sanction-

née par l'obligation de se démettre de l'un des postes occupés, et le cas échéant, c'est - à - dire lorsque dans les trois mois de la nouvelle nomination, celui-ci ne s'est pas démis de son nouveau poste, il est simplement « réputé s'être démis de son nouveau mandat » et doit restituer les rémunérations perçues sous quelque forme que ce soit au titre de cette nouvelle fonction (*Article 425, alinéas 2 et 3 de l'AUSC par exemple*). Mais, les délibérations auxquelles il aurait pris part demeurent valables.

34. Ces sanctions ne semblent pas suffisamment dissuasives, car le dirigeant qui cumule ne risque rien personnellement alors qu'il a la possibilité d'influencer des délibérations importantes d'une société dont il ne fera peut-être jamais partie. Dans ce contexte, une extension des sanctions telles que celles prévues pour les incompatibilités des commissaires aux comptes peut être opportune. En effet, ces règles d'incompatibilité relatives aux commissaires aux comptes ont prévu, à côté de la nullité de la nomination (*Vr à propos, LEFEBVRE (éd.), op. cit.*, n° 1201, p. 83) concernée, la sanction grave de la nullité des délibérations prises « sur le rapport de commissaires aux comptes titulaires nommés ou demeurés en fonction contrairement » aux règles d'incompatibilité (*Art. 701 de l'AUSC. Cependant, si ces délibérations sont expressément confirmées par une assemblée générale sur le rapport d'autres commissaires aux comptes, l'action en nullité est éteinte*).

Ainsi, l'inobservation des règles d'incompatibilité ôte à tout postulant la possibilité d'avoir la qualité de dirigeant de droit ou de demeurer dirigeant.

b - Inexistence d'une interdiction du droit de diriger, administrer ou gérer une société

35. Jadis, une distinction forte était opérée entre l'interdiction (*situation d'une personne qui se trouve privée de la jouissance ou de l'exercice de ses droits, en totalité ou en partie, en vertu de la loi ou d'une décision judiciaire*) et la déchéance (*Entendue comme la perte d'un droit, soit à titre de sanction, soit en raison du non-respect de ses conditions d'exercice ; GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), GUINCHARD (S) et MONTAGNIER (G) Lexiques des termes juridiques, 13^e éd., p. 312*). Cependant, depuis quelque temps et, notamment avec l'avènement du droit de l'OHADA, cette distinction semble s'estomper pour laisser place, indépendamment de l'expression utilisée – interdiction ou déchéance – à une même signification à savoir, la perte d'un droit, la défense, la proscription impérative définitive ou temporaire de se livrer à une activité déterminée, qui peut être encourue, en vertu d'une loi ou d'une décision de justice.

La plupart des interdictions consacrées sont liées à la commission d'une faute par le candidat à la qualité de dirigeant. Mais, il y en a qui ont simplement pour but d'encourager l'alternance à la tête des sociétés.

Cette dernière catégorie d'interdiction (*Bien que*

plusieurs textes utilisent indistinctement souvent incompatibilité et interdictions, (exemple : les articles 698 à 700 de l'AUSC à propos du commissaire aux comptes), nous optons pour une distinction de ces deux concepts pour voir dans l'incompatibilité, l'interdiction de cumuler la fonction de dirigeant avec toute autre fonction ou mandat, et dans l'interdiction, la privation faite à une personne par la loi ou une décision de justice, du droit de jouir ou d'exercer ses droits en totalité ou en partie, et notamment l'interdiction légale qui résulte automatiquement de certaines condamnations pénales) a été établie en droit camerounais en matière de sociétés coopératives et de sociétés à capital public, spécialement. En effet, dans ce sens, l'article 47(1) de la loi n° 99/016 retire au directeur général et au directeur général adjoint qui a déjà brigué deux mandats de directeur général, la possibilité d'être à nouveau DG de la même société pour un troisième mandat.

36. Les règles d'interdiction et de déchéance instituées pour éviter que la société ne se transforme en un instrument redoutable du fait de sa gestion par des personnes à la délinquance avérée sont assorties de sanctions et obéissent à un double régime. Certaines sont obligatoires et les autres facultatives. Mais, elles supposent de prime abord que le candidat à la fonction faisant l'objet de l'interdiction ait été frappé d'une mesure de sûreté, condamnation ou faillite personnelle. Ce sont ces antécédents qui fondent l'obligation qu'il a de renoncer à la fonction de dirigeant.

37. Le décret-loi du 8 août 1935 portant application aux gérants et administrateurs de société de la législation de la faillite et de la banqueroute et instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et administrer une société, qui constitue encore au Cameroun, comme dans de nombreux autres pays africains (*Notamment les anciennes colonies françaises, pays de protectorat et territoires sous mandat auxquels ce décret fut étendu par le décret du 3 septembre 1936 et dont le Cameroun faisait partie. Vr. POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), op. cit., n° 167, p. 73*), le socle de la déchéance automatique, attache l'interdiction de gérer au prononcé de certaines condamnations. Ainsi, en application de son article 6, toute condamnation définitive pour crime de droit commun, pour vol, abus de confiance, escroquerie ou pour délit puni par les lois des peines de l'escroquerie ou de la banqueroute, pour soustraction commise par dépositaire public, pour émission, de mauvaise foi de chèque sans provision, pour atteinte au crédit de l'État, pour recel des choses obtenues à l'aide de ces infractions, comporte de plein droit interdiction du droit de diriger, administrer, gérer à un titre quelconque une société anonyme, une SARL ou une agence ou succursale de SA ou de SARL, ... ou d'engager la signature sociale de ces sociétés.

Cette interdiction qui résulte automatiquement de la condamnation et, qui suppose que celle-ci soit défini-

tive, a été reprise et accentuée en matière de sociétés d'assurances par l'article 329, alinéa 5 du Code CIMA. Ce texte l'étend à toute personne ayant fait l'objet d'une « *condamnation pour crime de droit commun, pour vol, pour abus de confiance, pour escroquerie ou pour délit puni par les lois des peines de l'escroquerie, pour soustraction commise par dépositaire public, pour extorsion de fonds ou valeurs, pour émission de chèque sans provision, pour atteinte au crédit de l'État membre de la CIMA, pour recel des choses obtenues à l'aide de ces infractions, toute condamnation pour tentative ou complicité des infractions ci-dessus ou toute condamnation à une peine d'un an de prison au moins quelle que soit la nature du délit commis* ». Dans le même sens, ce texte énonce que les directeurs généraux, administrateurs des sociétés d'assurances ayant fait l'objet d'un retrait d'agrément sont frappés de la même interdiction.

La même interdiction est formulée dans l'annexe à la convention de la CEMAC du 17 janvier 1992 relative à l'harmonisation de la réglementation bancaire dans les États de l'Afrique centrale, par l'article 27 qui ajoute le cas des personnes qui ont fait l'objet d'une destitution de fonctions d'officier ministériel.

38. La déchéance ne se limite cependant pas aux seuls auteurs de l'infraction ayant donné lieu aux dites condamnations. Au contraire, toute condamnation pour tentative ou complicité des infractions ci-dessus énumérées entraîne la même déchéance.

39. Bien plus, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif a institué à l'article 196 une faillite personnelle obligatoire à l'égard de certains dirigeants. Par ses dispositions une distinction de cette forme de déchéance obligatoire d'avec l'interdiction automatique est posée et le problème de l'effectivité de l'interdiction pour cause de banqueroute est tranché par l'énonciation selon laquelle désormais, seront également et obligatoirement « *déclarés en faillite personnelle, les dirigeants d'une personne morale condamnés pour banqueroute simple ou frauduleuse* ».

Cette autre hypothèse d'interdiction obligatoire n'est pas automatique. La faillite doit être prononcée par la juridiction compétente. Il s'agit en effet d'une sanction civile que le tribunal doit prononcer immédiatement lorsqu'il constate la commission par le dirigeant d'une des fautes précisées à l'article 196. Ainsi, toute personne qui soustrait la comptabilité d'une société, dissimule une partie de son actif ou reconnaît frauduleusement des dettes qui n'existaient pas, toute personne qui a usé du crédit ou des biens d'une personne morale comme les siens propres ou qui a commis des actes de mauvaise foi ou des imprudences inexcusables ou infractions graves aux règles et usages du commerce (*Vr Infra, chapitre sur la responsabilité des dirigeants de société pour les implications de cette disposition. L'art. 197 précise par ailleurs ces actes*), se voit retirer par décision de justice,

le droit de diriger, d'administrer ou de gérer une société. À l'avenir, il manquera à cette personne l'aptitude nécessaire à l'obtention de la qualité de dirigeant.

40. La déchéance qui résulte de cette faillite personnelle ne se limite toutefois pas aux SA et aux SARL. Les sociétés civiles, coopératives et même les SNC et les SCS, exception faite pour ces deux dernières sociétés du délit d'abus de bien sociaux (*limité à l'art. 891 aux SARL et SA*) sont aussi concernées.

41. À l'inverse de l'interdiction obligatoire qui lie la personne concernée ou le tribunal qui constate ses éléments, l'interdiction facultative suppose une libre appréciation du tribunal dans le prononcé de la sanction. Mais, comme l'interdiction obligatoire, elle recouvre deux hypothèses. La première est celle de la déchéance susceptible d'être prononcée pour empêcher à tout gérant ou administrateur de toute entreprise faisant l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation des biens, en cas de faute lourde, de gérer, administrer ou diriger à nouveau une société. C'est ce qu'on traite sous l'appellation faillite facultative personnelle des dirigeants. La seconde quant à elle, prévue au Cameroun par l'article 36 du Code pénal, constitue une peine complémentaire.

Dans la première hypothèse, un dirigeant qui, au cours de sa gestion, aura effectué des fautes prévues à l'article 198 (« 1- fautes graves autres que celles visées à l'article 197 ou incompétence manifeste. 2- non déclaration dans les trente jours de la cessation des paiements de la personne morale. 3- non acquittement de la partie du passif social mise à la charge du dirigeant ») de l'AUPCAP sera, si le tribunal le juge nécessaire, disqualifié de la possibilité d'être à nouveau dirigeant d'une société, du moins pour la durée que mettra la sanction (*Les fautes qui donnent lieu à la faillite facultative personnelle des dirigeants relèvent plus de la négligence et de l'incompétence que de la malhonnêteté*; POUYOUÉ (P.-G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, coll. *Droit uniforme*, PUA 1999, p. 309).

De même, dans l'hypothèse de la déchéance professionnelle à titre de peine complémentaire, le délinquant à l'endroit duquel cette mesure aura été prononcée ne pourra avoir la qualité de dirigeant en raison de sa disqualification préalable. Le cas échéant, s'il s'entête à violer l'interdiction, il devra supporter le rouleau compresseur du système de sanctions institué pour réprimer de tels comportements.

En effet, la violation des interdictions instituées peut déclencher des sanctions pénales. Toute infraction à l'interdiction de l'article 6 du décret-loi du 8 août 1935, est par exemple punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 240 000 francs CFA à 2 500 000 francs CFA. De même, toute contravention aux interdictions prévues à l'article 10 de l'Acte uniforme portant droit commercial général est punie de six mois à deux ans d'emprisonnement et à une amende de 120 000 francs CFA à 30 000 000 francs CFA de francs ou de l'une des

deux peines seulement. La violation de l'interdiction, peine complémentaire, est punie quant à elle au Cameroun d'une sanction de 15 jours à six mois d'emprisonnement et d'une amende de 10 000 à 100 000 francs CFA (*Art. 178 du même Code*).

42. Dans tous les cas, le délinquant ne pourra plus être employé à quelque titre que ce soit par la société où il aura exercé les fonctions prohibées en application de l'article 9 du décret-loi de 1935. Toutefois, les actes conclus par le dirigeant déchu au nom de la société, sont valables s'ils ont été accomplis dans la limite des pouvoirs dévolus à leurs titulaires (POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), *op. cit.*, n° 167, p. 73). La signature sociale donnée malgré ces interdictions reste valable (*CA Paris, 16^e ch., 24 novembre 1972, JCP éd. G. 1973, IV, p. 134*) et la société demeure par conséquent engagée.

c - Exigence de la capacité de diriger, administrer et gérer une société

43. Quelle que soit la forme de la société, société civile, coopérative, commerciale, à capital public ou d'économie mixte, la capacité de gérer est un critère de qualification des dirigeants. Ces derniers n'étant pas par nature des commerçants, il ne s'agit aucunement de la capacité commerciale dans l'ensemble, mais de la capacité civile. Elle est exigée pour l'exercice des fonctions de dirigeant parce que le mandataire social doit pouvoir répondre personnellement de ses fautes de gestion. Les législations sur les sociétés commerciales, coopératives et d'État n'ayant pas spécifiquement réglé la question de la capacité juridique des dirigeants, celle-ci n'est que le reflet du droit commun des sociétés tel qu'institué par le Code civil en vigueur. Il en résulte que seuls les candidats capables, c'est-à-dire ayant atteint la majorité civile peuvent être valablement désignés dirigeant de société.

44. Cette exigence connaît cependant quelques exceptions qu'il faut se garder d'exagérer ou de dénaturer.

La première est relative à la situation du mineur émancipé. En effet, en principe incapable, le mineur devient, dès qu'il est émancipé, apte comme un majeur, à accomplir les actes de la vie civile (*Article 481 du Code civil*). L'émancipation lui confère l'aptitude nécessaire à l'obtention de la qualité de dirigeant de société (*Vr à propos, LEFEBVRE (F.) (éd.), Dirigeants de sociétés commerciales, statut juridique, contrat de travail, protection sociale, régime fiscal et juridique des rémunérations, responsabilités, éd. Francis LEFEBVRE, 1997, op. cit., 1020, p. 58*).

Le mineur ne devrait pas avoir la qualité de dirigeant en dehors de cette exception.

Pourtant, sur le fondement de l'article 1990 du Code civil, qui prévoit la possibilité pour le mineur non émancipé d'être mandataire (*en énonçant que «... les mineurs non émancipés peuvent être choisis pour mandataires ;*

mais le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs », certains auteurs reconnaissent aux mineurs non émancipés la possibilité d'être dirigeant social (MESTRE (J), VERLADOCCHIO (D.) et BLANCHARD S. (Cb.), *op. cit.*, n° 596, p. 263, qui cite à ce propos : HEMARD, TERRE et MABILAT, t. I, n° 800). Si cette solution est envisageable dans le cadre des sociétés civiles, en ce que les règles de responsabilité applicables à ces sociétés ne sont pas absolument prohibitives des décisions susceptibles de restreindre les obligations d'un administrateur vis-à-vis de la société et des associés (*L'acte de société peut en effet limiter l'obligation d'un administrateur ; Vr. les articles 1863 et 1859 du Code civil*), elle est cependant contestable pour ce qui est des autres sociétés et, notamment les sociétés commerciales.

45. Mais, il n'est pas approprié de fonder la réfutation de cette solution, sur le fait que les dirigeants sont non pas des mandataires, mais des organes sociaux, comme le fait une certaine doctrine (MESTRE (J), VERLADOCCHIO (D.) et BLANCHARD S. (Cb.), *op. cit.*). Simplement, s'il ne fait pas de doute que le dirigeant tient ses pouvoirs du mandat que lui donnent les associés, – élément qui renforce l'idée du mineur non émancipé dirigeant –, il convient de dire que les prérogatives, obligations légales et charges attachées à ce mandat par le droit positif, ne sauraient être assumées que par des personnes « disposant du libre exercice de leurs droits » (LEFEBVRE (éd.), *op. cit.*, n° 1021, p. 58). Ce d'autant plus que, la minorité du mineur non émancipé influe sur l'étendue de sa responsabilité en opérant des limitations de celle-ci. En effet, cette responsabilité qui ne peut être recherchée que d'après les règles relatives aux obligations des mineurs en application de l'article 1990 du Code civil, lui donne la possibilité d'opposer à ses mandants son incapacité, pour faire échec à une demande de dommages et intérêts fondée sur l'inexécution ou la mauvaise exécution du mandat. Ces limitations sont pourtant incompatibles avec les règles de responsabilité en vigueur, tant en droit des sociétés, qu'en droit des procédures collectives.

46. La seconde exception quant à elle est relative à la situation des majeurs protégés. Le principe est celui de l'incapacité des majeurs protégés à savoir, les majeurs en tutelle ou en curatelle. Ceux-ci ne peuvent être portés aux fonctions de gérant ou d'administrateur parce qu'ils ne disposent pas du libre exercice de leurs droits. Ils ne jouissent pas de la pleine capacité juridique (Art. 502 du Code civil ; LEFEBVRE (éd.) *op. cit.*, n° 1025 et MESTRE (J), VERLADOCCHIO (D.) et BLANCHARD S. (Cb.), *op. cit.*, n° 597).

47. Par contre, malgré les difficultés qui émaillent son application, il est théoriquement constant qu'un majeur sous sauvegarde de justice (*C'est-à-dire selon le lexique des termes juridique, sous le régime de protection appli-*

cable aux majeurs atteints d'une altération temporaire de leurs facultés mentales ou corporelles et conservant aux intéressés l'exercice de leurs droits, mais justifiant la rescision pour lésion, ou la réduction pour excès, des actes qu'ils ont passés et des engagements qu'ils ont contractés), parce que, conservant dans cette situation l'exercice de ses droits, peut être régulièrement nommé gérant ou administrateur de société (LEFEBVRE (éd.), *op. cit.* ; MESTRE (J), VERLADOCCHIO (D.) et BLANCHARD S. (Cb.) *ibid.*)

II - Critères spécifiques à certains candidats

48. Pour l'essentiel, ces critères ont trait à l'âge (a), la qualité (b) et les compétences particulières du candidat (c).

a - Respect de la limite d'âge

49. La condition d'âge ne semble pas avoir tellement préoccupé les législations africaines sur les sociétés. En dehors des règles de capacité, ni le Code civil, ni les Actes uniformes, ni la législation sur les sociétés d'État, n'ont spécifiquement traité la question de l'âge limite du dirigeant. Pourtant, instituer une limite d'âge semble être une solution à la gérontocratie fréquemment décriée.

Par conséquent, cette condition d'âge ne résulte dans l'espace OHADA que du Code CIMA. En effet, le code CIMA fait de l'âge du candidat à la fonction de dirigeant, une condition essentielle à l'obtention de la qualité de dirigeant de société. Le long article 330 dudit Code s'y emploie avec une dextérité remarquable : d'une part, il généralise la condition d'âge – sans l'uniformiser –, et d'autre part, il assortit sa violation de sanctions plus que dissuasives. Ainsi, il est fait obligation aux actionnaires de prévoir dans les statuts une limite d'âge applicable à l'ensemble des administrateurs ou à une partie seulement d'entre eux. À défaut d'observer cette exigence, ils devront veiller à ce que le nombre d'administrateurs ayant plus de soixante-dix ans ne soit pas supérieur au tiers des administrateurs en fonction (Art. 330-11 *al. 4 et 5*).

Dans le même sens, les actionnaires doivent généralement prévoir, statutairement, une limite d'âge pour les candidats aux postes de président du Conseil d'administration, et directeur général. Le cas échéant les candidats à ces fonctions ne doivent pas avoir dépassé l'âge de soixante-cinq ans (Art. 330-15 (*al. 3 et 14, al. 2*)).

50. Pour s'assurer du respect de cette exigence d'âge, le Code CIMA a prévu des sanctions originales. D'une part, toute désignation d'administrateur en violation des règles d'âge limite est nulle. D'autre part, un mécanisme automatique de sanction de la violation de la condition d'âge s'applique aux personnes déjà dirigeantes, mais ne remplissant plus la condition d'âge pour être président

du Conseil d'administration, vice-président du conseil d'administration ou directeur. Lorsque le président du Conseil d'administration ou le vice président atteint la limite d'âge, « *il est réputé démissionnaire d'office* » et, lorsqu'un directeur atteint la limite d'âge, « *il est mis à la retraite d'office* » (Vr à propos pour le Code CIMA, les articles 330-13, al. 4 et 330-14, al. 3).

b - Possession d'une qualité déterminée

51. Cette condition est essentielle pour l'obtention de la qualité de dirigeant dans les sociétés civiles, les sociétés coopératives et des sociétés d'assurances mutuelles dans notre espace. Il s'agit d'une condition dont l'absence disqualifie le candidat à la fonction de dirigeant de ces sociétés. En effet, une lecture combinée des dispositions du Code civil, notamment des articles 1843 à 1869 révèle l'exigence pour tout candidat à la fonction d'administrateur d'une société civile, d'être un associé de celle-ci.

Aux termes de l'article 330-11, alinéa 2 du Code CIMA, ne peut être désigné administrateur de société d'assurances mutuelles, exception faite des administrateurs élus par les salariés, que les « *sociétaires à jour de leurs cotisations* ». L'importance de cette exigence est perceptible à travers la sanction qui l'accompagne à savoir, la disqualification du candidat. Si celui-ci était déjà en fonction, fût-il président du Conseil d'administration, il devrait être remplacé, dès lors qu'il ne remplirait plus la condition requise pour être élu administrateur et, par la suite nommé à ce poste.

c - Justification d'une formation particulière

52. Les candidats à la fonction de dirigeant des établissements de crédit ou d'assurance, à quelques titres que ce soient, Directeur Général, Directeur Général Adjoint, Président du Conseil d'Administration, Président-Directeur Général, Administrateur Général, doivent justifier de certaines formations.

53. Pour ce qui est des établissements bancaires, l'article 22 de l'annexe à la Convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les États de l'Afrique centrale exige que le candidat à la fonction de dirigeant soit « *titulaire d'au moins une licence en sciences économiques, bancaires, financières, juridiques, ou de gestion ou tout autre diplôme équivalent* ». Et, qu'en l'absence d'un diplôme de l'enseignement supérieur, il justifie d'une expérience professionnelle de dix ans dans les fonctions d'encadrement de haut niveau.

54. Pour les entreprises d'assurance, le Code CIMA pose les mêmes exigences, mais n'offre pas l'alternative observée en matière de banques entre le diplôme et l'expérience professionnelle. L'article 329 dans ses alinéas 1 à 4 énonce des exigences cumulatives pour le candidat

au poste de directeur général. Celui-ci doit en effet être titulaire d'un diplôme d'étude supérieure en assurances ou en actuariat, soit d'un diplôme de l'enseignement supérieur et d'une expérience professionnelle dont la durée minimale varie suivant qu'il s'agit d'un diplôme d'assurance, d'orientation économique, juridique, ou alors d'autres spécialités. Dans la première catégorie, le diplômé doit justifier d'une expérience professionnelle d'au moins cinq ans à un poste d'organisation ou de direction d'une entreprise d'assurance ou financière. Et dans la seconde catégorie, il doit avoir été pendant au moins dix ans cadre supérieur dans une entreprise ou dans une administration.

À l'image des personnes physiques, l'aptitude des personnes morales à la fonction de dirigeant suppose également la réunion de certains critères définis par la réglementation en vigueur.

B - Aptitude des personnes morales

55. Le législateur subordonne l'obtention de la qualité de dirigeant par les personnes morales à la réunion de conditions liées à la nature de la société (I) ou de la fonction concernée (II).

I - Critères liés à la nature de la société

56. Le champ d'intervention des personnes morales dans la gestion des sociétés est limité dans l'espace de l'OHADA à trois sociétés commerciales : la SNC, la SA, et la SCS. La SARL en est exclue (*Article 323 de l'AUSC*).

Dans les SNC, c'est l'article 276, alinéa 2 de l'AUSC qui donne la possibilité aux associés de désigner un ou plusieurs gérant(s), « *personne physique ou morale* ». Pour ce qui est des SA, l'article 421 de l'AUSC énonce qu'« *une personne morale peut être nommée administrateur* » de société anonyme (*sous l'empire de la loi de 1867, cette possibilité résultait seulement de la pratique ; NGOMO (AF), op. cit., n° 555, p. 165, et aussi, POUYOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), op. cit., n° 460, p. 203*). Quant aux SCS, c'est une lecture combinée des articles 293 à 301 de l'AUSC qui fait penser que cette société peut avoir un gérant personne morale. Mais, ceci n'est possible que si cette personne morale est un associé commandité.

Par contre, la situation paraît moins claire dans notre espace pour ce qui est des sociétés civiles et coopératives et, rend même nécessaire une précision législative ou jurisprudentielle dans ce sens.

II - Conditions liées à la fonction concernée

57. Ces conditions intègrent la distinction opérée en droit des sociétés entre les fonctions d'administration et de direction de la société et réaffirment le rôle

prééminent des personnes physiques dans l'activité de gestion des sociétés.

a - Impossibilité d'assumer les fonctions de direction des sociétés autres que la SNC et la SCS

58. Dans la mesure où les personnes morales ne peuvent recevoir mandat de dirigeant que dans les SNC, SA, et SCS, il est clair qu'elles ne peuvent assumer la fonction de direction que dans les SNC et SCS. En effet, d'une part, elles ne peuvent être qu'administrateur de SA et, d'autre part, les fonctions de P.-D.G., de DG, de DG adjoint sont exclusivement réservées aux personnes physiques en application des articles 462, 470, 485 de l'AUSC, respectivement.

59. Cependant, l'Administrateur Général étant chargé d'assumer sous sa responsabilité personnelle les fonctions d'administration et de direction de la société, on se demande si celui-ci doit être une personne physique ou morale. En l'absence de précision des textes sur la question, l'exigence qui veut que les fonctions de direction de sociétés anonymes ne soient exercées que par des personnes physiques devrait fonder l'exigence pour le candidat au poste d'administrateur général, d'être nécessairement une personne physique (*Vr dans ce sens, DIALLO (M.I.) et SAMBE (O.) Guide pratique des sociétés commerciales et du GIE OHADA, Schémas didactiques. Modèles des statuts, de procès-verbaux et autres formulaires, éd. comptable et juridique (ECJ), le praticien, 1998, n° 1549, p. 110.*)

b - Exigence de la désignation d'un représentant permanent, personne physique

60. La personne morale, dirigeant de société, doit absolument être représentée par des personnes physiques qui sont alors soumises aux mêmes conditions et obligations, et encourent les mêmes responsabilités civiles et pénales que si elles étaient dirigeantes en leur propre nom, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'elles dirigent. Cette règle clairement posée pour les administrateurs personnes morales des SA (*Art. 421 de l'AUSC*) est également valable pour les dirigeants personnes morales des SNC (*Art. 276, al. 3 de l'AUSC*) et SCS. On s'accorde d'ailleurs à inclure dans la catégorie des dirigeants de droit, à côté des personnes morales dirigeantes, les représentants permanents de ces personnes morales (*SCHOLASTIQUE (E), op. cit., n° 49 in, fine, p. 38 ; qui cite à la note n° 11, Cass. com., 2 déc. 1986, Bull. civ. IV, n° 232.*)

61. L'importance que revêt cette exigence est perceptible dans l'obligation qui est expressément faite à la personne morale concernée de désigner, lors de sa nomination, et pour la durée du mandat, un représentant permanent, personne physique. La jurisprudence attache un prix particulier au respect de la condition de nomi-

nation d'un représentant personne physique. C'est ainsi que la chambre commerciale de la Cour de cassation française a condamné une personne à payer des millions de francs à titre de comblement du passif parce qu'« ayant accepté les fonctions d'administrateur, le comité (le comité de développement économique, la personne morale en question) était tenu à une surveillance et à un contrôle sérieux de l'administration de la société » (*Cass. com., 25 mars 1997, JCP 1997, éd. E., p. 53*). Ce motif pouvait être écarté par la nomination d'une personne physique, représentant permanent du comité.

62. Telle qu'énoncée, cette exigence apparaît comme une condition de validité de la nomination de la personne morale au poste de dirigeant. On se serait par conséquent attendu à ce que le législateur l'assortisse de sanctions susceptibles de dissuader les personnes morales les plus laxistes, pour un respect scrupuleux de cette exigence. Ce d'autant plus que l'intervention ultérieure de la condamnation de la personne morale pour absence de « surveillance » et de « contrôle sérieux » de la gestion ne réussit pas nécessairement à produire ce résultat.

§2 - Conditions de la possession d'état de dirigeant « exceptionnel »

63. Sous le titre de dirigeant « exceptionnel », nous désignons à la fois, les dirigeants de crise (A) et les dirigeants de fait (B).

A - Conditions requises pour les dirigeants de crise

64. Sous l'appellation de dirigeant de crise, nous regroupons deux intervenants dans la gestion des sociétés (*Vr NJOYA NKAMGA (B), Les interventions des tiers dans la gestion des sociétés commerciales, Mémoire en vue de l'obtention du DEA, Université de Dschang 2002*). L'un, l'administrateur provisoire, est sûrement « la formule la plus achevée » des constructions jurisprudentielles des solutions pouvant aider à dénouer les situations de paralysie sociale (*KALIEU (Y.), (note sous), Cour d'appel du Littoral n° 38/Réf. du 10 février 1999, juris p. périodique, n° 42, p. 47*). L'autre, le syndic, originairement mandataire désintéressé désigné parmi les créanciers et par eux pour les représenter en cas de difficultés, est devenu un véritable dirigeant occasionnel, lorsque la société est en cessation de paiements. Ailleurs, cette personne prend des appellations plus ou moins différentes. En droit français par exemple, il s'agit de l'administrateur qui, désigné en même temps que le juge commissaire et le représentant des créanciers par le jugement d'ouverture de la procédure collective, est généralement chargé, conformément à l'article L. 621-22-II du Code de commerce, « soit de surveiller les opérations de gestion, soit d'assister le débiteur

pour tous les actes concernant la gestion ou certains d'entre eux, soit d'assurer seul, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise... ».

I - Pour ce qui est de l'administrateur provisoire

65. La désignation d'une personne au poste d'administrateur provisoire d'une société suppose en général la réunion de deux catégories de conditions. Les unes ont trait à l'existence d'une crise sociale et les autres à son aptitude personnelle à pouvoir exercer les missions qui lui sont assignées. Par ailleurs, des législations telle que la Convention portant création de la commission bancaire de l'union ouest africaine (*Article 26, alinéa 1*) prévoient la possibilité d'une nomination de l'administrateur provisoire à la demande des dirigeants qui estiment ne plus être à mesure d'exercer normalement leurs fonctions.

a - Existence d'une crise sociale grave

66. En dehors de la dérogation prévue à l'article 26 précité, il n'est procédé à la nomination d'un administrateur provisoire que lorsqu'une société est confrontée à une crise sociale. Que celle-ci soit relationnelle, financière ou institutionnelle, il faut que la survie de l'entreprise soit compromise, par cet événement. On s'accorde à affirmer que les intérêts sociaux doivent être en péril et que l'entreprise doit être en danger de disparaître si aucune mesure n'est prise immédiatement pour tenter de remédier à la situation (*NGUIHE KANTE (P.), Les techniques de sauvetages des entreprises en difficulté en droit camerounais, thèse de doctorat 3^e cycle, université de Yaoundé II, 1999, p. 85*).

67. L'administrateur provisoire est désigné par l'autorité compétente à l'effet d'assurer temporairement la gestion de la société et de résoudre la crise sociale qui motive son intervention (*CHASSAGNON (Y.), Encyclopédie Dalloz société, Administration provisoire*). Ainsi, l'administrateur provisoire n'intervient qu'à titre exceptionnel. D'ailleurs, les juges s'opposent de plus en plus à la désignation d'administrateurs provisoires dans les sociétés *in bonis*. C'est ainsi que la Cour d'Appel de Cotonou affirme au soutien de son refus de confirmer une ordonnance des juges des référés désignant un administrateur provisoire, qu'« *attendu que l'administrateur provisoire est la personne qui, en cas d'urgence et au cas où les organes de gestion et d'administration d'une société ne fonctionnent plus normalement est désignée par l'autorité judiciaire à l'effet d'assurer temporairement la gestion de la société et remédier à la carence ; (...); que la nomination d'un administrateur provisoire ne s'impose au juge que lorsqu'il existe entre les actionnaires une mésintelligence entraînant le blocage des activités de la société ; que le juge des référés intervient donc en*

vue de cette nomination pour éviter à la société un péril certain ; (...) que dans le cas d'espèce, la preuve n'est pas rapportée qu'une dissension existant entre les actionnaires fait encourir à la société un péril certain » (*CA de Cotonou Arrêt n° 256/00, du 17 août 2000, Société Nationale Continentale des Pétroles et investissements (SONACOP) C/ État Béninois*).

À partir des solutions jurisprudentielles proposées par les tribunaux sur les circonstances de désignation d'un administrateur provisoire, la doctrine s'est efforcée de préciser les circonstances, et les causes de désignation de cet intervenant dans la gestion des sociétés.

1 - Hypothèses de crises sociales donnant lieu à désignation de l'administrateur provisoire

68. Naturellement, un administrateur provisoire doit être désigné dans les hypothèses classiques de dysfonctionnement et d'absence d'organes sociaux : mauvais fonctionnement ou absence d'organes sociaux (impossibilité de constituer un conseil d'administration, existence de groupes rivaux au sein du conseil rendant impossible la tenue des assemblées, dissentiments profonds entre les membres du conseil d'administration ou entre les gérants (*Com., 26 avril 1982, Rev. soc. 1984, p. 93, note SIBON ; Paris, 13 juillet 1990, JCP. éd. E, 1990, I, 20408 et plus récemment, Paris, 4 octobre 1994, R.T.D. com. 1996, p. 289, note CHAMPAUD (C.) et DANET (D)*), existence d'un conflit sérieux entre les organes de gestion et les associés, démission des membres du Conseil d'administration non suivie de leur remplacement, mauvaise gestion contraire aux intérêts de la société, ou simplement une gestion portant atteinte à l'intérêt social, etc. (*cette évolution des hypothèses de désignation de l'administrateur provisoire commence, de l'avis quasi unanime des auteurs par l'arrêt FRUEHAUF (Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, 14274)*).

La jurisprudence camerounaise à travers l'arrêt de la Cour d'Appel du Littoral, affaire REEMTSMA et autres C/ SITABAC et autres, a d'ailleurs suivi cette évolution dans le sens d'un élargissement des hypothèses d'interventions de l'administrateur provisoire, avec préservation du caractère exceptionnel de cette institution. L'administrateur provisoire peut également être désigné pour sauvegarder l'intérêt social.

L'article 14 de la Convention du 16 octobre 1990 portant création de la COBAC, repris par l'article 39 de la convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les États de l'Afrique centrale, ainsi que l'article 63 du règlement CEMAC n° 01/02/CEMAC/UMAC/COBAC posent clairement la nécessité d'une circonstance exceptionnelle, notamment d'une crise sociale grave pour l'intervention de l'administration provisoire dans les sociétés de banque et les établissements de microfinance.

De même, l'article 26 de la Convention portant création de la commission bancaire de l'Union Ouest Africaine prévoit, à l'instar des textes français et de l'article 321 précité, trois principales circonstances d'intervention de

l'administrateur provisoire : que les dirigeants estiment ne plus être en mesure d'exercer normalement leurs fonctions, que la gestion ne puisse plus être assurée dans des conditions normales et, qu'à la suite d'une infraction à la réglementation bancaire, les dirigeants de l'établissement aient été suspendus ou démis de leurs fonctions. Dans ces trois hypothèses, on est en présence d'une situation anormale, une circonstance exceptionnelle, même si la conception est plus extensive.

Les articles 312 (b) et 321 du Code CIMA quant à eux prévoient la possibilité de nomination d'un administrateur provisoire par la commission régionale de contrôle des assurances, lorsque la société a commis une infraction à la réglementation des assurances ou que sa situation financière ou sa gestion sont incommodes.

Dans le même sens, il résulte de l'article 23 de la loi n° 99/016 précitée, qu'un administrateur provisoire peut être désigné en lieu et place des dirigeants de sociétés ayant l'État comme unique actionnaire « *en cas de crise grave susceptible de démettre les missions d'intérêt général, l'objet social ou les objectifs sectoriels du gouvernement* ».

2 - Nécessité de l'urgence et du péril

69. Avant la désignation d'un administrateur provisoire, l'autorité compétente doit en principe s'assurer, dans les limites tracées par la jurisprudence et peaufinées par la doctrine, que les faits qui suscitent cette désignation sont d'une gravité telle que « *si aucune mesure n'est prise pour mettre fin, au moins temporairement à la gestion désastreuse* » décriée, on aboutirait à court terme à la disparition même de la société (CA littoral, Arrêt n° 38/ Réf. du 10 février 1999, note KALIEU (Y.), op. cit., p. 51).

En d'autres termes, en plus du dysfonctionnement, l'absence d'organe, la mauvaise gestion ou d'une gestion contraire à l'intérêt social, il faut nécessairement qu'il y ait urgence et péril en la matière. Cette condition de l'urgence et du péril est d'ailleurs reprise, de manière plus ou moins explicite, par les législations sus-citées.

Selon Yves CHASSAGNON, il y a urgence « toutes les fois qu'un retard dans la décision qui doit être prise serait de nature à compromettre les intérêts du demandeur ». Il y a par contre péril effectif lorsque « l'existence de faits graves susceptibles de causer à brève échéance, un préjudice irrémédiable » est constatée (RIPPERT (G.) et ROBLOT (R.), par GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, t. I, 16^e éd., LGDJ 1996, n° 802).

b - Aptitude du candidat à « gérer, administrer et diriger » une société

70. La désignation d'un administrateur provisoire à la tête d'une société est une mesure grave, en ce qu'elle substitue un mandataire aux personnes désignées par les associés pour assurer la gestion sociale.

Les pouvoirs de l'administrateur provisoire peuvent être généraux ou limités. Lorsqu'ils sont généraux, ses fonctions sont nécessairement « calquées sur celles d'un dirigeant normal ». Dès lors, le candidat à cette fonction

doit pouvoir justifier de l'aptitude requise des candidats aux fonctions normales de dirigeants : capacité juridique, absence d'interdiction, etc.

II - Conditions exigées pour le « syndic dirigeant »

71. Le syndic est un auxiliaire de justice spécialisé dans les procédures collectives (*Vr Entrée Syndic*). Mais, à l'exclusion de la procédure de la liquidation des biens dont le prononcé de la décision d'ouverture « *emporte, de plein droit, dissolution* » de la société, c'est dans le cadre de la procédure du redressement judiciaire, et seulement là, que le postulat du « syndic, dirigeant de société » est perceptible et admissible.

En réalité, deux catégories de conditions sont exigées : les unes sont requises pour sa nomination (a) alors que les autres ont trait à l'effectivité de la gestion (b).

a - Réunion des conditions de nomination au poste de syndic

72. Pour se retrouver dans la situation de « syndic-dirigeant » d'une société, le candidat doit d'une part présenter les critères d'aptitude personnelle établis à cet effet et, d'autre part se trouver en présence d'une société en redressement judiciaire.

73. Dans la première hypothèse, les critères d'aptitude personnelle requis recouvrent deux exigences essentielles : d'une part, le candidat ne doit pas être dans une situation d'incompatibilité et d'autre part, dans certains pays à l'instar du Cameroun, il doit être inscrit sur une liste ouverte auprès de la cour d'appel de la juridiction compétente.

Les incompatibilités visées ici sont principalement relatives aux liens de parenté et d'alliance que peut avoir le syndic avec les acteurs sociaux. Cette condition est exprimée par l'article 41 de l'AUPCAP en ces termes : « *aucun parent ou allié du débiteur jusqu'au quatrième degré inclusivement ne peut être nommé syndic* ». Cette proscription est une condition essentielle de nomination au poste de syndic. En cas de non-respect, le candidat ne peut aucunement être « dirigeant de crise », puisqu'il ne peut déjà pas être syndic.

Mais de manière accessoire, les tribunaux étendent de plus en plus le domaine de ces incompatibilités, se rapprochant de celles vues lors de l'étude des dirigeants de droit. C'est ainsi que dans une espèce où le président du Conseil d'administration d'une société a sollicité l'annulation ou l'infirmité d'un jugement qui prononçait la liquidation de cette société et nommait comme syndic, le commissaire aux comptes de ladite société, la cour d'appel de Ouagadougou (Arrêt n° 84 du 21 novembre 2003, Société SAHEL Compagnie (SOSACO) C/ les syndics liquidateurs de la SOSACO, Chambre civile et commerciale (Burkina Faso) a sanctionné la décision des premiers juges au motif que la décision prononçant la liquidation des

biens de la société SOSACO a, dans la même décision, désigné le commissaire aux comptes de ladite société en qualité de syndic liquidateur, toute chose également contraire à l'esprit de l'article 225 de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE qui dispose que : « *la dissolution de la société ne met pas fin aux fonctions du commissaire aux comptes* »).

Par ailleurs, on exige très souvent que le candidat soit inscrit sur la liste des syndics. Cette condition d'aptitude personnelle est une exigence qui remonte pour le Cameroun à la loi n° 60/251 du 31 décembre 1960 fixant les modalités d'établissement des listes d'experts, syndics de faillite, liquidateurs judiciaires, administrateurs des biens et commissaires aux comptes. Il en résulte que ne peut être syndic et donc dirigeant de crise, que celui qui remplit le critère de nomination au poste de syndic établi par ce texte, à savoir être inscrit sur la liste des syndics ouverte auprès de la Cour d'appel du ressort de la juridiction compétente.

74. La seconde hypothèse quant à elle est liée à la situation de la société. Cette condition est un élément sans lequel on ne saurait envisager une intervention du syndic dans la gestion d'une société (*hormis bien évidemment l'hypothèse de la liquidation des biens*). La société qui accueille un syndic doit absolument être en redressement judiciaire. Ce n'est que dans cette situation de société en redressement judiciaire qu'un syndic désigné pourra se voir reconnaître la qualité de dirigeant « exceptionnel ».

Cependant, l'obtention de cette qualité de dirigeant suppose, au-delà de ces critères particuliers, que le syndic réalise des actes de gestion dans cette société.

b - Immixtion dans la gestion sociale

75. Cette immixtion est le critère déterminant de l'attribution de la qualité de dirigeant au syndic. Elle trouve son fondement dans la nature des pouvoirs reconnus à ce mandataire dans une société en redressement judiciaire. En réalité, le syndic se trouve dans la situation de dirigeant dans deux hypothèses. Lorsqu'il se limite à exercer sa fonction d'assistance des organes de gestion et lorsqu'il va au-delà pour utiliser la possibilité de représentation qui lui est offerte par les textes.

L'article 52, alinéa 3 de l'AUPCAP consacre en effet à côté de l'immixtion par assistance, une intervention dans la gestion qui prend « la forme d'une représentation » (*POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU (Y.), op. cit., n° 102, p. 38*) des organes de gestion. Ainsi avec l'autorisation préalable du juge-commissaire (*condition posée à l'art. 52, al. 3 de l'AUPCAP*), le syndic procédera seul à l'accomplissement des actes de gestion que ces organes auront refusé d'exécuter.

Qu'il s'agisse de l'assistance ou de la « représentation », les immixtions du syndic ont l'onction législative qui fait qu'on s'accorde à dire qu'il s'agit certes des dirigeants « exceptionnels » mais, des dirigeants de

« droit ». Entendu sûrement, pas au sens premier de cette expression, mais au sens qu'exige la situation de l'administrateur provisoire. C'est-à-dire des dirigeants dont les interventions dans la gestion sont, indépendamment de l'origine du pouvoir, autorisées.

B - Critères de la possession d'état de dirigeant de fait

76. Le législateur OHADA n'a pas défini le dirigeant de fait (*ce vide existe aussi en droit français ; LEFEBVRE (F.) (éd.), Dirigeants de sociétés commerciales, statut juridique, contrat de travail, protection sociale, régime fiscal et juridique des rémunérations, responsabilités, éd. Francis LEFEBVRE, 1997, n° 13070, p. 704*). La doctrine, à partir des critères dégagés par les tribunaux, essaye toutefois de systématiser les critères de la possession d'état de dirigeant de fait.

77. Généralement, la notion de dirigeant de fait est employée par opposition à celle de dirigeant de droit (*Vr. la loi française n° 85-99 du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*) ; « *elle désigne les personnes, physiques ou morales qui, dépourvues de mandat social se sont immiscées dans la gestion, l'administration ou la direction d'une société* » (*MESTRE (J), VERLADOCCHIO (D.) et BLANCHARD S. (Ch.), op. cit., n° 593, p. 260*). Il s'agit tant des personnes qui s'immiscent directement que de celles qui le font indirectement et notamment par personne interposées. Nous regroupons ainsi dans cette catégorie de dirigeants, tant les dirigeants de fait proprement dit, c'est-à-dire ceux qui interviennent directement dans la gestion sociale, que les dirigeants occultes c'est-à-dire ceux qui s'immiscent par personnes interposées ou pour parler comme la Section 741 (2) du Company Act 1985, « *ceux aux instructions desquels les directeurs de droit obéissent* » (*La loi anglaise dont il est question ici, contrairement à la loi française, opère une distinction entre dirigeant de fait « toutes personnes qui occupent les fonctions de dirigeant » et dirigeant occulte ; Vr Estelle SCHOLASTIQUE, Le devoir de dirigeant des administrateurs de sociétés, Droit anglais et français, LGDJ, 1998, Biblio. de Droit privé, T. 302, n° 39, p. 51*).

En général, on s'accorde à affirmer que « la qualité de dirigeant de fait est caractérisée par l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause » (*COZIAN (M.), VIAN-DER (A.), et DEBOISSY (F.L.), Droit des sociétés, 12^e éd. ; Litec 1999, n° 371, p. 143, qui cite Paris, 11 juin 1987, Bull. Joly 1987, p. 719 ; et TRICOT (D.), Les critères de la gestion de fait, Droit et patrimoine, janvier 1996, p. 24*).

78. De telles immixtions, illicites en elles-mêmes, sont des actes graves. En droit positif, la possession

d'état de dirigeant de fait suppose la réunion de deux conditions absolument cumulatives : l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction de la société (I) et le caractère indépendant et souverain de l'immixtion (II).

I - Immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de la société

79. La qualité de dirigeant de fait ne se présume pas. Il revient à celui qui soutient l'existence d'une direction de fait d'apporter la preuve (*Cass. com.*, 6 mai 1980 *Cros C/ Dupuy* : *Bull. civ. IV*, n° 175, p. 140 ; *C.A. Nancy*, 2^e ch., 15 décembre 1977, *caisse régionale de crédit agricole mutuel de la Meuse C/ Hoquet ès qual*) de l'immixtion de la personne indexée dans les fonctions déterminées. Pratiquement, ceci revient à prouver l'existence à la fois d'une immixtion continue dans la gestion, la direction ou l'administration de la société (1) et d'un contrôle effectif et constant de la marche de la société (2).

a - Immixtion continue dans la gestion de la société

80. Cette expression véhicule deux critères dont l'absence d'un seul empêche en principe la reconnaissance d'une direction de fait : l'accomplissement d'actes positifs de gestion et de direction, et le caractère continu de cet exercice.

1 - Accomplissement d'actes positifs de gestion

81. Cette condition suggérée par la doctrine (*MESTRE (J)*, *VERLADOCCHIO (D.)* et *BLANCHARD S. (Cb.)*, *op. cit.*, qui cite à propos, *RIVES-LANGE*, *La notion de dirigeant de fait*, D. 1975, *chron.*, p. 41 ; et *NOTTE*, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, thèse. Paris, 1978 ; *CHAMPAUD*, *RTD. Com.*, 1992, p. 818) et reprise par la jurisprudence (*CA Nancy*, 15 décembre 1977, *JCP*, éd. G. 1978, II, n° 18912 ; *C.A. Paris*, 3^e ch., 17 mars 1978, D. 1978, *IR.*, p. 420 ; *Cass. com.*, 7 juillet 1987, n° 86-10.248 ; *Cass. com.*, 23 juin 1982, n° 81-10.560) procède d'une sorte de catégorisation du domaine des interventions susceptibles d'être constitutives de la qualification de dirigeant de fait.

Pour la jurisprudence, en dehors du caractère continu de la gestion, « le critère de la qualification de dirigeant de fait réside dans l'accomplissement d'actes positifs de direction générale de l'entreprise » (*Cass. com.*, 18 mai 1981 et 16 mars 1999 ; *De JUGLART (M)* et *IPPOLITO (B)*, par *DUPICHOT (J.)*, *Les sociétés commerciales, cours de droit commercial, Montchrestien*, 2^e volume, 10^e édition 1999, p. 175, note 123-4 ; *MESTRE (J)*, *VERLADOCCHIO (D.)* et *BLANCHARD S. (Cb.)*, *op. cit.*, n° 590). Il en résulte que pour avoir la qualité de dirigeant de fait, la personne à qui cette qualité est imputée doit avoir effectivement procédé à la réalisation d'actes, soit de gestion courante, soit d'administration, soit conservatoire ou de disposition,

à la place ou aux côtés des personnes normalement autorisées à les accomplir.

82. Il doit s'agir d'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la gestion et la direction de la société. La qualification de dirigeant de fait ne saurait résulter du simple contrôle qu'un associé exerce sur la société en vertu d'une loi ou des statuts. L'immixtion dans l'activité de gestion de la société doit être réelle et consister à l'accomplissement d'actes de gestion ou l'impulsion de tels accomplissements. Ainsi, la participation d'un associé de SARL à un comité dit de « gestion » n'est pas suffisante pour lui attribuer la qualité de dirigeant de fait, dès lors que le rôle de ce comité consiste exclusivement à examiner les questions sur lesquelles la gérance estime devoir le consulter, ses avis n'étant pas obligatoires (*Cass. com.*, 5 février 1973, n° 71-10.746, *QUOT. Jur.* 30 juin 1973). De même, le seul fait de détenir la signature du compte bancaire ne suffit pas à caractériser la qualité de dirigeant de fait, faute « d'existence d'autres éléments positifs de gestion et de direction » (*C.A. Paris*, 7 octobre 1997, *De COINTET de FILLAIN*, *RJDA* 1998, n° 55, p. 35 ; *C.A. Paris*, 3^e ch., 16 décembre 1997, *FENG*, *Bull. Joly* 1998, p. 369, *RJDA* 1998, n° 292, p. 209).

Au contraire, dans une espèce où l'associé d'une SARL avait tenté de redresser la situation de celle-ci en apportant à la société une trésorerie fictive pour laquelle il avait produit dans la masse, les juges ont considéré que cet associé « était sorti de son rôle normal » en exerçant sur la société une « autorité de fait » (*Cass. com.*, 12 avril 1976, n° 74-13.966, *Bull. Joly* 1976, p. 322 ; *MESTRE (J)*, *VERLADOCCHIO (D.)* et *BLANCHARD S. (Cb.)*, *op. cit.*, p. 262). C'est dans le même sens qu'a été qualifié de dirigeant de fait « le conseil en organisation » qui, par l'entremise d'un contrat d'assistance négocie certains marchés, prend la responsabilité des affaires financières, assure le règlement aux fournisseurs et se rembourse au moyen d'un chéquier remis par le gérant » (*C.A. Paris*, 3^e ch., 8 mars 1979, *Droit des sociétés* 1979, n° 125).

83. Cependant, l'accomplissement d'actes positifs de gestion ne sera généralement attributif de la qualité de dirigeant de fait que s'il s'agit d'une participation continue à la marche de la société.

2 - Exercice continu des actes de gestion

84. Les implications de la qualification de dirigeant de fait sont d'une gravité telle qu'il faut éviter que toute personne en relation avec la société ne se voie attribuer hâtivement cette qualité. Autant un simple conseil amical ou professionnel d'un tiers, sans insistance, ni pression ou récurrence, ne devrait pas être constitutif d'immixtion attributive de cette qualité, autant un acte isolé n'ôtant pas aux organes normaux de gestion leur pouvoir et leur libre arbitre, ne mérite pas, de ce seul

exercice, la qualification de gestion de fait. L'opération d'immixtion doit être une action continue. « L'activité du dirigeant de fait implique une participation continue » dans l'activité de gestion (*SCHOLASTIQUE (E)*, *op. cit.*, n° 18, p. 15).

Dans ce sens, la jurisprudence estime qu'une « opération financière isolée ne suffit pas à caractériser une participation effective à la gestion de la société » (*CA Paris*, 3^e ch. A., 10 mai 1989, *JCP éd. E.* 1989, II, n° 15558).

85. Cette exigence permet d'ailleurs d'apprécier plus facilement l'existence d'un contrôle effectif et constant de la marche de la société par l'intervenant, autre critère de qualification.

b - Contrôle effectif et constant de la marche de la société

86. Le contrôle dont il s'agit ici est la maîtrise des tenants et des contours de la gestion de la société concernée. Autrement dit, la personne concernée doit exercer une autorité de fait sur la société. Elle doit avoir la main mise sur les opérations qu'elle suscite ou initie.

87. Pratiquement, ceci prendra deux formes d'interventions : une assistance contrôlée ou un remplacement effectif des organes dans l'activité de gestion concernée. Dans la première hypothèse, la participation de cette personne à la gestion doit consister en une véritable impulsion ou coaction qui, suppose que celle-ci s'assure, et ceci à tout moment, que les mécanismes de fonctionnement de la société sont propices à l'aboutissement des opérations de gestion entreprises par elles ou par d'autres personnes, y compris les organes normaux de gestion, sous son impulsion. Dans la seconde hypothèse, le remplacement effectif des organes dans l'activité de gestion concernée porte en lui-même le principe du contrôle de la marche de la société. Ce remplacement suppose en effet la possession, par l'intervenant, du pouvoir d'engager la société et d'initier des décisions. Or, ce pouvoir ne peut raisonnablement être exercé que lorsqu'on a une maîtrise de la marche de la société.

88. Mais, quelle que soit la nature de son immixtion, l'intervenant doit agir en toute indépendance.

II - Intervention dans la société « en toute indépendance »

89. Sans égard de la forme d'intervention, directe ou indirecte, l'immixtion attributive de la qualification de dirigeant de fait doit être une immixtion souveraine. La personne à laquelle est imputée cette qualification doit avoir accompli des actes positifs de gestion en toute indépendance. Elle doit les avoir exercés sans aucune pression extérieure, sans recommandation, autorisation ou impulsion d'autrui. Le cas échéant, c'est cet autrui qui devrait être en premier lieu dirigeant de fait.

Dans cette optique, les personnes qui accomplissent

des actes positifs de gestion sans en avoir pris en toute indépendance l'initiative et celles se trouvant dans une situation de dépendance qui ne leur laisse pas l'autorité de fait nécessaire à la qualification de dirigeant de fait, ne sauraient se voir attribuer cette qualité.

90. Ainsi, le dirigeant de fait est défini comme « toute personne qui directement ou par personne interposée, exerce une activité d'impulsion, de manière indépendante, relativement à la gestion de la personne morale, que ce soit sous le couvert ou aux lieu et place de ces représentants légaux » (*SCHOLASTIQUE (E)*, *op. cit.*, n° 18 et 52, qui cite *LEVENEUR (L.)*, *Situation de fait et droit privé*, *LGDJ* 1990, n° 36 et s. ; *DEDESSUS-LEMOUSTIER (M.)*, *La responsabilité des dirigeants de fait*, *Rev. sociétés* 1997, p. 499). La jurisprudence est particulièrement regardante sur l'existence de ce critère, dans la mesure où elle juge que l'usage d'une procuration à des fins particulières ne peut être regardé comme l'exercice d'une direction en pleine indépendance (*Cass. com.*, 27 avril 1981, n° 79-16. 334, *Bull. civ.* IV, n° 186, p. 148). De même, le directeur administratif qui, en tirant des chèques, en signant « pour le gérant » des lettres de licenciement et des certificats de travail, se bornant à appliquer des instructions reçues, n'est pas un dirigeant de fait (*CA AIX*, 30 septembre 1975, *D.* 1975, *somm. p.* 2 ; *CA, Paris*, 18^e ch. E, 25 septembre 1997, *CASTET*, *RJDA* 1998, n° 54, p. 34).

91. Toutefois, la réunion des critères qui précèdent n'est pas à elle seule attributive de la qualité de dirigeant. Il faut en plus de ces critères, la réunion des conditions liées aux modes la désignation des dirigeants sociaux ; c'est-à-dire les conditions par lesquelles le candidat à cette fonction obtient sa qualité de dirigeant social.

Section 2 - Obtention de la qualité de dirigeant social

92. La réunion des critères de qualification étudiés ci-dessus ne confère pas à elle seule la qualité de dirigeant à celui qui les réunit. L'obtention de la qualité des dirigeants sociaux suppose en plus une désignation régulière du candidat qualifié (§1), et le cas échéant, notamment lorsqu'il s'agit des dirigeants « exceptionnels » (*Exception faite à quelques niveaux de l'administrateur provisoire*), une constatation de la qualité de dirigeant par le juge (§2). C'est la survenance d'une de ces opérations qui entraînera la reconnaissance au candidat concerné de la pleine qualité de dirigeant avec toutes les conséquences juridiques qui y sont attachées.

93. Toutefois, en affirmant à l'article 1859, que la société peut être gérée même en l'absence « de stipulations spéciales sur le mode d'administration » par tous les associés qui sont dans ce cas « censés s'être donnés réciproquement

le pouvoir d'administration l'un pour l'autre », le Code civil en vigueur dans la quasi-totalité des États parties de l'OHADA ne fait pas dans cette hypothèse, de la désignation régulière, une condition d'obtention de la qualité de dirigeant (*A moins bien évidemment que l'acte de société, ou un acte postérieur, règle cette question en application de l'article 1856. Dans ce cas, le mode de désignation obtenu devient une condition attributive de la qualité de dirigeant de droit*). Hormis cette exception, le respect des modes de désignation établis est déterminant de l'obtention de la qualité de dirigeant.

§1 - Désignation régulière

94. La désignation du dirigeant n'est généralement régulière que si deux critères sont réunis : une désignation selon le mode approprié (A) et le respect des exigences de publicité (B).

A - La désignation selon le mode approprié

95. Bien souvent, ce mode est celui choisi par les associés. Le cas échéant, le législateur et la jurisprudence admettent que d'autres organes puissent intervenir dans la désignation du dirigeant. Pratiquement, on distingue selon qu'il s'agit des dirigeants de droit stricto sensu (I) ou de l'administrateur provisoire (II).

C'est dire que le mode de désignation du syndic n'est pas une condition d'acquisition de la qualité de dirigeant. En effet, la désignation régulière du syndic ne suffit pas pour faire de lui un dirigeant. Il n'est conçu comme dirigeant dans l'hypothèse du redressement judiciaire que, s'il s'immisce dans la gestion, soit en assistant, soit en représentant les dirigeants ordinaires.

I - Cas des dirigeants de droit stricto sensu

96. Cette expression regroupe les dirigeants qui sont désignés suivant les règles établies et ont pouvoir de diriger la société. Il s'agit tant des administrateurs, des gérants que des directeurs. La désignation de ces mandataires ne leur confère la qualité de dirigeant que si elle est faite par les organes compétents et suivant les modalités établies.

97. Les associés sont investis de la mission de désignation des dirigeants. Ils peuvent exercer cette prérogative directement ou par personnes interposées. Aussi, pour avoir la qualité de dirigeant, le candidat doit être désigné soit par :

- les associés directement, soit dans l'acte de société, soit dans un acte postérieur, s'il s'agit d'administrateurs de sociétés civiles classiques (*Art. 1856*) et de gérants de SNC, SCS et SARL ;
- les associés réunis en assemblée générale, au moment

de la constitution de la société ou après celle-ci (*Vr les articles 419 de l'AUSC, 330-11 Code CIMA pour ce qui est des sociétés d'assurances, 36 (2) loi Camerounaise n° 99/016 pour les sociétés à capital public, 495 AUSC pour ce qui est de l'administrateur général et 510 pour l'administrateur général adjoint, respectivement*) ;

- le conseil d'administration, composé des mandataires des associés et ayant reçu pouvoir de désigner ces dirigeants, s'il s'agit du Président du Conseil d'Administration, du Président-Directeur Général, du Directeur Général, du Directeur Général Adjoint (*Vr les articles 477, 462, 485 et 470 de l'AUSC respectivement et plus particulièrement les articles 37 (1) pour le P.C.A. et 47 (1) de la Loi n° 99/016 pour les sociétés à capital public au Cameroun*).

98. Pour ce qui est des modalités de désignation, il y a lieu de respecter les dispositions textuelles ou statutaires liées tant à la convocation et à la période de tenue de la réunion au cours de laquelle le dirigeant doit être désigné, qu'à la forme de la désignation. Pour être attributive de la qualité de dirigeant, la désignation doit être faite au cours de l'assemblée indiquée par le législateur ou les statuts. De même, les quorums exigés pour de telles désignations doivent être atteints (*c'est ce qui ressort par exemple de l'article 323, al. 2 de l'AUSC pour les SARL*).

II - Cas de l'administrateur provisoire

99. Pour être qualifié d'administrateur provisoire, le candidat à cette fonction doit être désigné soit suivant le mode judiciaire (a), soit suivant le mode réglementaire (b).

a - Mode judiciaire

100. C'est le mode le plus ancien et le plus fréquemment utilisé pour la désignation de l'administrateur provisoire. On s'accorde généralement à affirmer que « *l'administrateur provisoire est un mandataire désigné judiciairement en cas de crise grave empêchant le fonctionnement normal de la société...* » (*MERLE (P.), Droit commercial, sociétés commerciales, 4^e éd. précis Dalloz, n° 574, p. 550*). Il ne peut être question d'un autre mode de désignation, en l'état actuel de notre droit, lorsqu'il s'agit des sociétés qui ne sont ni des sociétés à capital public ayant l'État comme actionnaire, ni des sociétés de banques ou des établissements de microfinance.

101. Cette désignation est faite par le juge compétent à la demande des personnes intéressées, les associés notamment. Mais, il peut aussi s'agir des dirigeants de la société. Il ne s'agira toutefois jamais des créanciers, car la jurisprudence estime qu'il ne leur appartient pas « *de se faire juges des intérêts de la société et de ses*

associés et d'agir en leur nom pour les préserver » (Cass. Com., 14 fév. 1989, Rev. sociétés 1989, p. 633, RANDOUX (D) ; JCP. éd. E, 1989, II, 15517, n° 2, VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.J.)).

En principe, la demande de nomination d'un administrateur provisoire est soumise au juge du fond à titre principal ou subsidiaire. Cette action ordinaire qui relève au Cameroun de la compétence du tribunal de grande instance, peut cependant être soumise à la diligence du juge des référés (KALIEU (Y.), note préc., p. 51 ; le juge des référés dont il est question au Cameroun est le président du tribunal de première instance. Il y a cependant lieu de noter et fustiger en même temps la réticence de certains juges à l'instar de ceux de la cour d'appel de Cotonou qui ont estimé dans leur arrêt n° 178/99 du 30 septembre 1999 (affaire Dame Karamatou IBIKUNLE C/ Société CODA-BENIN et quatre autres), que la nomination d'un administrateur provisoire ne peut être le fait que de la juridiction statuant au fond, ce qui n'est pas le cas du juge des référés. Cette position doit en effet être abandonnée), saisi par voie d'assignation ou de requête.

b - Mode réglementaire

102. Dans les sociétés à capital public, les sociétés de banque, les établissements de microfinance et les sociétés d'assurances, la désignation d'un administrateur provisoire s'effectue aussi par voie réglementaire. Loin d'être une simple possibilité, ceci est une véritable exigence conditionnant dans plusieurs hypothèses l'obtention de la qualité d'administrateur provisoire. Deux catégories d'autorités sont précisément chargées de cette désignation.

L'une nationale, est l'autorité étatique compétente (président de la République ou Ministre) qui, seule, est chargée de désigner par acte réglementaire, un administrateur provisoire lorsque cela est nécessaire, dans les sociétés d'État et les sociétés d'assurances. C'est dans ce cadre par exemple qu'ont été désignés des administrateurs provisoires à la tête de la Cameroon Airlines par un décret présidentiel du 23 février 2005, de la Cameroun Postal Services par le décret n° 2005/238 du 24 juin 2005, d'AGROGABON au Gabon et de la Banque Internationale du Mali (BIM. SA) au Mali (dans le cas de la BIM. SA, le ministre malien l'a désigné sur proposition de la commission bancaire régionale agissant conformément à l'article 23 de la convention de l'UEMOA précitée).

L'autre régionale, est la COBAC qui, dans la CEMAC peut seule, lorsque les circonstances l'exigent, désigner un administrateur provisoire pour assurer la direction d'un établissement de crédit en application de l'article 14 de la Convention du 16 octobre 1990 repris par l'article 39 de la Convention du 17 janvier 1992 et de l'article 63 du Règlement CEMAC n° 01/02/CEMAC/UMAC/COBAC.

103. En plus du respect des modes appropriés de désignation de ces dirigeants, il faut, et ceci n'est pas de moindre importance, le respect des exigences de publicité.

B - Respect des exigences de publicité

104. Contrairement à la désignation des dirigeants de sociétés civiles qui ne donne lieu ni à une organisation particulière de la société (NYAMA (J. M), *Éléments de droit des affaires-Cameroun-OHADA*, presses de l'UCAC, Apprendre, 2001, p. 72), ni à la formalité de publicité (sauf lorsque celles-ci sont en redressement judiciaire. Car dans ce cas, la décision de désignation du syndic doit être publiée), la désignation des dirigeants de sociétés commerciales doit obligatoirement faire l'objet de publicité. Ceci est valable aussi bien pour les dirigeants de droit stricto sensu (I) que pour les dirigeants de crise (II).

I - En ce qui concerne les dirigeants de droit

105. L'article 124 de l'AUSC pose sans équivoque cette exigence de publicité : « la désignation... des dirigeants sociaux doit être publiée au registre du commerce et du crédit mobilier ». La formule impérative - « doit être » - de cette énonciation n'est pas pure hasard ou simple coïncidence. Toute désignation, toute nomination ou remplacement des dirigeants des sociétés doit être publiée au registre du commerce et du crédit mobilier, du ressort juridictionnel qualifié pour recevoir de telles inscriptions.

106. Du moment où on sait que la publicité exigée a pour but d'assurer la sécurité des tiers et le contrôle des pouvoirs publics sur les conditions d'exercice de l'activité commerciale, et donc d'éviter que le secret des affaires ne nuise aux tiers et au public (NGUEBOU (J.), *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, coll. Droit uniforme, PUA, 1998, p. 29), on peut se poser la question de savoir, si l'absence de publicité de la désignation du dirigeant enlève au candidat qualifié et désigné la qualité de dirigeant.

La réponse à cette question doit être nuancée. En effet, le défaut de publicité, sans enlever à l'acte de désignation sa valeur à l'intérieur de la société, a tout de même pour effet d'ôter au nouveau dirigeant dont la nomination n'a pas été publiée, cette qualité vis-à-vis des tiers et de l'administration, en attente de l'accomplissement de cette formalité. La société ne peut se prévaloir à l'égard des tiers, des nominations des dirigeants tant qu'elles n'ont pas été régulièrement publiées (sauf bien évidemment à démontrer que les tiers avaient connaissance des désignations survenues ; MERLE (Ph.), *Droit commercial, sociétés commerciales*, 3^e éd. 1992, précis Dalloz, p. 96, n° 95, qui cite com. 23 mars 1982, Rev. sociétés 1982. 834). Dans ce sens, il n'est donc pas excessif d'affirmer que la publicité aux registres prévus à cet effet participe à l'obtention de la qualité de dirigeant de droit.

107. Cette position qui devrait s'imposer n'épouse malheureusement pas les développements effectués en

2004 en la matière par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui, semble de plus en plus banaliser l'obligation de publier la nomination des dirigeants au registre de commerce (*Vr Arrêt du 12 juillet 2004 ; CHARTIER (Y.), note sous Cass. com., 12 juillet 2004, Xavier Grave C/ Sté Coopérative d'exploitation et de répartition pharmaceutique (CERP), Déclaration de créance et publicité de la nomination du dirigeant qui l'effectue, Revue des sociétés 2005, Chron. p. 216, n° 1*).

Cette solution qui ne contribue pas véritablement à l'impératif de sécurité juridique qui occupe une place de choix dans le système OHADA, ne devrait pas être reprise par le juge africain. Celui-ci devrait conférer à l'inopposabilité qui résulte des textes une portée plus importante que celle que semble lui accorder le juge français, dont la position « implique à contrario que le dirigeant remplacé perd tout pouvoir à cet effet avant même la publication » (*CHARTIER (Y.), ibid. qui cite en ce sens, TREBULLE (F.G.), qui commente cette même décision in Dr. des sociétés, 2004, n° 183*).

II - Relativement aux dirigeants de crise

108. À leur égard, cette exigence est faite tant à l'endroit des fonctions de syndic (b) que de celles d'administrateur provisoire (a).

a - Fonction d'administrateur provisoire

109. La nomination de l'administrateur provisoire doit faire l'objet d'une publicité au registre du commerce pour que l'administrateur puisse engager valablement la société. L'unanimité qui résulte de la jurisprudence et de la doctrine en la matière rend l'appréhension de cette exigence moins complexe que lorsqu'il s'agit des fonctions du syndic.

b - Fonction du syndic

110. À la vérité, on est embarrassé de prime abord, de parler pour ce qui est du syndic, du nécessaire respect des exigences de publicité, à titre de condition d'obtention de la qualité de « dirigeant » par ce dernier. En effet, la désignation d'une personne aux fonctions de syndic comporte en elle-même attribution du pouvoir de s'immiscer dans la gestion de la société concernée.

De même, la publication de la désignation du syndic est une exigence légale dans l'espace OHADA ; la désignation du syndic doit être publiée. Les articles 35 à 38 de l'AUPCAP sont assez clairs à ce sujet.

111. Mais au demeurant, l'on se pose la question de savoir si l'absence de publicité enlève à la personne désignée, la qualité de syndic, et donc celle de dirigeant « exceptionnel ». Ce, d'autant plus qu'il est constant que les actes relevant de l'assistance doivent pour être réguliers, être recouverts d'une double signature (*PEROCHON*

(F), Entreprises en difficultés, instrument de crédit et de paiement, LGDJ 1992, n° 99, p. 36).

À cette préoccupation, il convient de dire que la décision qui nomme le syndic demeure valable, même en l'absence de publicité. Toutefois, elle ne peut être opposable aux tiers. Le syndic ne sera dès lors syndic, et donc dirigeant pour les tiers qu'à partir du moment où les exigences de publicité auront été respectées. Le souci de sécurité sus-évoqué justifie cette affirmation.

§2 - Constatation de la qualité de dirigeant de fait

112. La qualité de dirigeant de fait découle certes absolument de l'immixtion dans la gestion sociale. Mais, cette qualité n'est reconnue et ses conséquences juridiques ne lui sont rattachées qu'avec la constatation de cette immixtion. Cette constatation est faite par le juge qui jouit en la matière d'un pouvoir souverain d'appréciation (A) qui lui permet d'« officialiser » cette qualité par sa décision (B).

A - Affirmation souveraine du juge

113. La qualité de dirigeant de fait n'est reconnue à une personne que par décision du juge. En effet, l'existence d'une direction de fait relève de l'appréciation souveraine du juge de fond qui le constate (*LEFEBVRE (F.), Dirigeants de sociétés commerciales, statut juridique, contrat de travail, protection sociale, régime fiscal et juridique des rémunérations, responsabilités, éd. Francis LEFEBVRE, 1997, n° 13078, p. 704, qui cite: Cass. com., 8 janv. 1975, Garcia C/ Bernazethès qual. : Bull. civ. IV, n° 5, p. 4 ; Cass. com., 5 novembre 1991, Cheuvreux C/ Receveur divisionnaire des impôts d'Albi, n° 1374, RJDA 1/92 n° 43 ; MESTRE (J), VERLADOCCHIO (D.) et BLANCHARD S. (Ch.), op. cit., n° 594 (3), p. 261 et aussi SCHOLASTIQUE (E), op. cit., n° 52, p. 39*). Celui-ci a en la matière un pouvoir exclusif d'appréciation de la gestion de fait. C'est à la fois un pouvoir de constatation, de vérification et de contrôle de l'existence des critères attributifs de la qualité de dirigeant de fait. La simple immixtion dans la gestion ou alors le simple fait d'arguer une telle immixtion ne suffit pas à eux seuls pour l'attribution de cette qualité. Celle-ci dépend donc étroitement de l'appréciation du juge (*SCHOLASTIQUE (E), op. cit., n° 18, p. 15*).

114. Mais dans cette œuvre d'appréciation, le juge doit asseoir sa décision sur des bases ou critères non équivoques. Sa décision doit être motivée et s'appuyer sur des éléments objectifs. En d'autres termes, il doit « montrer comment la personne poursuivie a exercé une activité positive de direction, en quoi elle s'est immiscée dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise » (*MESTRE (J), VERLADOCCHIO (D.) et BLANCHARD S. (Ch.), op. cit., n° 80- 11, 124*). L'effectivité d'une telle précaution est

d'ailleurs assurée par le contrôle qu'exerce la Cour de cassation, qui veille à vérifier que les motifs utilisés par les juges de fond sont « *suffisants et pertinents* » (la cassation pour insuffisance des motifs ou défaut de base légale demeure ainsi concevable ; *Vr. Cass. com.*, 16 mars 1999, n° 95-17.420, *BRDA* 1999, n° 8, p. 4 ; *RJDA* 1999, n° 557, p. 437, *Bull. Joly* 1999, p. 768).

C'est dire que la qualité de dirigeant de fait ne se présume pas. Elle doit être établie par le demandeur pour convaincre le juge (*Cass. com.*, 13 avril 1970, n° 68-10.816, *Bull. Joly* 1970, p. 347 ; *CA Aix*, 10 avril 1974, *D.* 1974 ; *somm. p.* 98).

B - « Officialisation » de la qualité de dirigeant de fait

115. Autant le juge a un pouvoir souverain et exclusif d'appréciation, autant il est le seul qui a pouvoir de déclarer dans un acte ayant autorité, la possession de la qualité de dirigeant par des personnes qui se sont immiscées dans la gestion sociale.

Par la décision qu'il rend, il constate la situation de direction de fait. Il l'« officialise ». Sa décision, emprunte de l'autorité de la chose jugée, est le seul acte qui consacre aux yeux des parties au jugement et des tiers, ladite qualité (*LEFEBVRE*, *op. cit.*, n° 13078, p. 704).

Il en résulte donc qu'en dépit de la réunion des critères de qualification à la fonction de dirigeant de fait, la personne poursuivie ne sera juridiquement considérée comme dirigeant de fait qu'à partir de l'intervention de la décision de justice qui officialise cette qualité et donne lieu à en tirer toutes les conséquences de droit.

Section 3 - Vocation à une révocabilité de principe du candidat qualifié

116. Quelle que soit la société en cause, et sans égard des modalités ou procédures à observer, le dirigeant est essentiellement révocable. Un principe d'ordre public, celui de la prohibition des conventions faisant obstacle ou restreignant la libre révocabilité des dirigeants, renforce d'ailleurs l'idée de la révocabilité de principe du dirigeant.

Il s'agit d'une mesure qui participe à la spécification de la qualité de dirigeant de société. Dans ce sens, la vocation à une révocabilité de principe des candidats qualifiés paraît à la fois comme un élément de spécification des dirigeants des autres organes sociaux que sont les associés (§1), et un élément concourant à la distinction du dirigeant de droit-dirigeant de fait (§2).

§1 - Révocabilité : élément de différenciation du dirigeant de l'associé

117. L'associé est un participant à la société qui a mis ou s'est engagé à mettre à la disposition de la société un apport, a vocation aux bénéfices, économies (*uniquement*

pour ce qui est des associés des sociétés commerciales, car l'article 4 de l'AUSC a modifié la définition de la société énoncée par l'article 1832 du Code civil applicable dans la plupart des pays de l'OHADA) et pertes de la société, et est habité par l'*affectio societatis* (*POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.)*, *op. cit.*, n° 98, p. 38 et n° 115, p. 45), c'est-à-dire la volonté de s'associer. Sa qualité se prouve par le contrat de société si la société est une société civile, de personne ou est une SARL. Mais, s'il s'agit d'une société par action, elle se prouve par le registre de transfert si les actions sont nominatives, et par la simple possession du titre, si les actions sont au porteur. L'associé reçoit des titres sociaux en contrepartie de ses apports.

118. Un associé peut perdre sa qualité dans une société. Mais il ne sera jamais question dans une telle hypothèse de sa révocation. Si la révocation est évoquée relativement à un associé, c'est que celui-ci est par ailleurs dirigeant et n'est révoqué qu'en tant que tel. Très souvent, l'associé voudra plutôt se retirer de la société.

En effet, la révocation ou destitution supposant l'existence d'organes dotés de pouvoir de désignation de l'élément concerné, ne peut provenir que de la décision de ces organes (*sauf possibilité d'intervention du juge dans le cadre de la révocation judiciaire. Cette possibilité n'a pas été consacrée par le droit positif vis-à-vis des associés*). L'absence de tels organes pour l'attribution de la qualité d'associé, et l'exigence au contraire de la réunion des conditions précitées, excluent la révocation des modes d'extinction de la qualité d'associé (*Vr entrée Associés*).

À la vérité, le mutisme légal sur la question de savoir si on peut retirer sa qualité à un associé, fût-il « trouble fête », en l'excluant de la société a amené la Cour de cassation française en 1996 à proclamer le principe de l'interdiction de l'exclusion d'un associé. Ce principe demeure valable. Le juge ne peut, en l'absence de texte ou de clause statutaire, prononcer lui-même l'exclusion de l'associé (*Cass. com.*, 12 mars 1996 ; *Rev. Sociétés* 1996, p. 554 ; *DARIOSEQ (A.S.) et METAIS (N.)*, *Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre les associés : Bull. Joly* 1998, p. 893). Le droit de l'associé de demeurer associé dans la société est un droit fondamental et inaliénable (*COZIAN (M.)*, *VIANDIER (A.)*, et *DEBOISSY (F.L.)*, *op. cit.*, n° 387, p. 150). Aux termes d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 octobre 2007, il ressort que si les statuts d'une société peuvent effectivement prévoir qu'un associé puisse être tenu de céder ses actions, ils ne peuvent pas pour autant le priver de son droit de prendre part au vote de la décision collective statuant sur son sort. L'associé exclu de la société sans avoir participé au vote de cette décision serait en droit d'en demander l'annulation (*Cass. Com.* 23 octobre 2007 n° 05-22456).

119. Pourtant, quels qu'ils soient, les dirigeants sont destinés à être révoqués en cas de nécessité. Le Code civil le prévoit à l'article 1856, l'AUSC aux articles 279 et

suivants pour les gérants de SNC, 326 pour les Gérants des SARL, 433 pour les Administrateurs des SA, 468 pour les Président-Directeur Général, 475 pour les directeurs généraux adjoints, 483 pour les P.C.A., 492 pour les DG, 509 pour les administrateurs généraux et 515 pour l'Administrateur Général Adjoint. L'AUSC n'a pas prévu des dispositions relatives à la révocation des gérants de SCS. Mais cette révocation est faisable en ce que pour plusieurs questions importantes relatives aux SNC, le législateur communautaire a renvoyé aux règles prévues pour les SNC. Le droit de les révoquer est une prérogative fondamentale, réconfortante et sécurisante des associés.

120. Mesure d'éviction manifestant la défiance à l'égard des dirigeants ou le désaveu de leur gestion, la révocation est un élément important de spécification du dirigeant de l'associé, en ce qu'indépendamment de la forme de la société, la personne remplissant les conditions de qualification pour l'exercice des fonctions de dirigeant est prédisposée à être révoquée. La révocation est inhérente à la qualité même de dirigeant.

Ce critère appréhendé autrement concourt aussi à l'identification des dirigeants de droit des dirigeants de fait. Mais ici, l'élément déterminant se situe au niveau de la forme de la révocation.

§2 - Révocation : élément de rapprochement des dirigeants de droit et de fait

121. Qu'il s'agisse des fonctions de dirigeants de fait ou de droit, le candidat à la fonction, remplissant les conditions de qualification, est voué à être révoqué. Ceci est une constance. Cependant, la révocation prendra des formes distinctes suivant qu'il s'agit des dirigeants de droit ou de dirigeant de fait.

122. Il peut paraître malpropre de parler de révocation de dirigeant de fait, car pourrait-on affirmer, ceux-ci n'ayant reçu aucun mandat des organes habilités à en délivrer, ne sauraient être destitués par ces mêmes organes.

Cet argument, loin d'être absolument faux ne saurait cependant justifier l'exclusion de la révocation des dirigeants de fait. Autant le droit positif attache des prérogatives, charges et obligations légales au mandat social, autant il pose la règle de la constatation de la qualité de dirigeant de fait par le juge, et subséquemment, celle de la nécessaire révocation ou destitution judiciaire du dirigeant de fait. Aussi, s'il est vrai que seuls les associés et le cas échéant le juge (*Dans l'hypothèse de la révocation judiciaire*) peuvent révoquer les dirigeants de droit, il est aussi vrai que le juge peut destituer les dirigeants « exceptionnels ».

Ainsi, la forme de la révocation inhérente à la révocabilité de principe de dirigeants constitue un critère d'identification commun aux dirigeants de droit et aux dirigeants de fait. Ils sont tous révocables.

123. On le constate, le droit positif conditionne la possession de la qualité de dirigeant à la réunion de plusieurs conditions plus ou moins cumulatives. Mais, l'obtention de cette qualité suppose en plus des critères formulés pour l'aptitude à la fonction de dirigeant, la réunion de conditions de désignation ou de consécration de cette qualité établies par le droit positif.

En d'autres termes, il ne suffit pas d'exercer ou d'être apte à exercer les fonctions de dirigeant social pour avoir cette qualité juridique. Il faut en plus réunir les critères d'obtention de cette qualité, à savoir notamment, avoir été désigné selon le mode de désignation institué par le droit positif ou pour ce qui est particulièrement des dirigeants de faits, avoir été « officialisé » par le juge.

Ce n'est que dans ce contexte que le candidat à la qualité juridique de dirigeant acquiert cette qualité.

Chapitre II : Qualité juridique des dirigeants de sociétés

124. L'harmonie n'est le trait marquant, ni des législations indiquant la qualité juridique des dirigeants de sociétés, ni des analyses faites sur la question. La conception qui semble retenue de la qualité de dirigeant de société révèle une variabilité et une hésitation préoccupantes. Pourtant, prise dans son sens le plus usuel où la qualité de dirigeant est entendue comme le « titre inhérent à la fonction » de dirigeant social (*CORNU (G.), op. cit., p. 700*), la question de la qualité de dirigeant social touche aux fondamentaux même du droit des sociétés. Elle est déterminante du statut juridique des dirigeants et, donc, de l'efficacité et de la sécurité des activités économiques.

125. Tandis que la qualité de dirigeant renvoie à la fois à la qualité du dirigeant et à la qualité de dirigeant au sens strict, la qualité du dirigeant semble bien plus restreinte. Elle renvoie aux fondements juridiques de la fonction exercée, à la nature juridique de cette fonction, et touche ainsi aux fondements du droit des sociétés (*ASENCIO (St.), op. cit., n° 2, p. 683*), alors que la qualité de dirigeant exprime le type de fonction occupée dès lors que le candidat à la fonction de dirigeant réunit les critères requis pour l'obtention de cette qualité. Concrètement, pendant que la qualité de dirigeant va conduire à préciser que celui-ci est gérant, directeur, administrateur, administrateur général etc., la qualité du dirigeant précisera au contraire si celui-ci est un mandataire social, un organe social, etc.

126. Analysée selon les époques et les auteurs, la qualité des dirigeants sociaux a toujours fait apparaître des interrogations théoriques ou plus techniques relatives à la question de savoir si le dirigeant de société doit être appréhendé de façon unitaire ou non, comme un « organe social » ou comme un « mandataire social ». Cette situation, qui n'est que l'une des conséquences des divergences

qui existent dans la qualification des dirigeants sociaux, n'est pas étrangère au droit OHADA. Dans ce contexte, l'on se demande s'il ne résulte pas des jurisprudences et législations anciennes et plus récentes, une qualité juridique certaine, une conception unitaire du dirigeant ?

127. Cette question qui est d'une grande actualité est loin d'être simplement académique. L'intérêt de sa résolution est à la fois scientifique et technique. Il est nécessaire d'y voir plus clair et de susciter les solutions qui devraient permettre d'opérer les mutations qu'appelle le droit des dirigeants sociaux. Cette entreprise, suppose non seulement la maîtrise de la qualification terminologique des dirigeants sociaux (section 1), mais aussi une synthèse des débats contemporains inspirés par la qualification juridique des dirigeants (section 2) et un essai de systématisation d'une conception unitaire du dirigeant social (section 3).

Section 1 - Terminologie qualificative des dirigeants sociaux

128. Les critères d'attribution de la qualité de dirigeant analysés plus haut permettent de comprendre quelque peu sur la qualité de dirigeant au sens strict, mais créent un certain doute sur la qualité juridique du dirigeant en général. Pourtant, les critères dégagés par l'effort de définition de la qualité de dirigeant devraient permettre d'appréhender assez facilement la qualité juridique du dirigeant.

Il n'y a pas une terminologie unique de qualification des dirigeants de sociétés mais, une terminologie plurielle. En ne choisissant pas une terminologie unique de qualification des dirigeants de sociétés, le législateur OHADA a, comme le législateur français de 1966, instauré un doute sur la qualité du dirigeant social. Fort de ceci, la jurisprudence comme la doctrine continuent d'hésiter sur la qualité juridique des dirigeants sociaux à retenir ; ce qui ne favorise pas l'émergence d'une qualité homogène du dirigeant de société.

129. Trois variables expriment cette terminologie plurielle : la variation fréquente et pas toujours justifiée du qualificatif des dirigeants de société (§1), l'utilisation indistincte des termes mandataires et organe social pour la qualification des dirigeants sociaux (§2) et la soumission des dirigeants aux obligations sociales de l'employeur (§3).

§1 - Variation constante du qualificatif attribué aux dirigeants de sociétés

130. L'une des causes de la pluralité des statuts des dirigeants de société en général semble être le désir de différencier absolument les dirigeants. Les titres attribués varient fréquemment (*Vr dans ce sens, COZIAN*

(M.), VIANDIER (A.), et DEBOISSY (F.L.), *op. cit.*, n° 372, p. 144) : Administrateur, Directeur Général, Gérant, Président, Vice-président, Administrateur Général, Directeur Général Délégué, Directeur Général Unique, membre du directoire, etc., alors même que les critères de variation des qualificatifs utilisés ne semblent pas diamétralement opposés. D'un système juridique à un autre, d'une époque à une autre et même d'un type de société à un autre, le droit positif brille par une « dynamique » excessive de variation des qualificatifs des dirigeants de société.

Cette variation est illustrée par deux principales situations : la distinction de qualification qui existe dans de nombreux pays, à l'instar du Cameroun et de la quasi-totalité des États parties de l'OHADA, entre les dirigeants des sociétés civiles et commerciales (A) d'une part et, entre certains dirigeants de sociétés commerciales, des sociétés coopératives et des sociétés d'assurances mutuelles (B) d'autre part.

A - Différence de qualification des dirigeants de sociétés civiles et commerciales

131. Les droits africains qui n'ont pas suivi le pas de certains législateurs tels que le législateur français, qui a entendu moderniser le régime juridique des sociétés civiles par une loi du 4 janvier 1978, conservent toutes les règles classiques de droit commun des sociétés prévues par le Code civil.

L'une des conséquences de cette situation est la conservation par les dirigeants de ces sociétés des titres ou qualificatifs qui leur ont été classiquement attribués, lorsqu'ils ne sont pas contraires aux qualifications du législateur OHADA.

132. En fait, il n'a jamais été question dans le Code civil en vigueur de qualifier l'activité des dirigeants de société autrement que comme une activité d'« administration », et les dirigeants, autrement que comme des « administrateurs ». Les articles 1856 et suivants sont à ce titre bien édifiants. L'article 1858 consacre explicitement ce qualificatif dans un énoncé suffisamment univoque : « *s'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention agir en l'absence de l'autre, alors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration* ». Cette consécration est davantage accentuée par l'article 1860 lorsqu'il affirme que « *l'associé qui n'est point administrateur, ne peut aliéner, ni engager les choses, même mobilières qui dépendent de la société* ».

Le dirigeant de société est ainsi un « administrateur ».

133. Ce constat qui demeure valable est cependant limité, car l'article 10 du Traité de l'OHADA rend les dispositions des Actes uniformes obligatoires (*Vr éga-*

lement l'article 1^{er} de l'AUSC, qui rend les dispositions de cet Acte uniforme obligatoires à toutes sociétés commerciales situées dans l'espace OHADA), parce que d'ordre public. Aussi, les qualificatifs institués par cet Acte uniforme pour les dirigeants des sociétés commerciales sont valables pour les dirigeants de ces sociétés, comme le sont ceux du Code civil en vigueur à l'égard des dirigeants de sociétés civiles.

Pratiquement, pendant qu'on les qualifie uniquement d'« administrateurs » dans les sociétés civiles autres que les sociétés coopératives, on les inonde de titres divers dans les sociétés commerciales : gérant, administrateur général, directeur général, président du Conseil d'administration, président-directeur général, etc.

134. La moindre des préoccupations au regard de cette divergence c'est de s'interroger sur les raisons d'une telle variation de qualification. L'idée de la modernisation du droit des sociétés commerciales en Afrique ne suffit pas à elle seule, à justifier cet écart de qualification dans l'OHADA. Ce d'autant que l'évolution française qui a précédé pendant vingt années l'adoption des Actes uniformes était un champ d'observation suffisamment évocateur pour faire prendre la mesure de la question au moment de l'élaboration du droit africain des sociétés commerciales.

Cette situation est loin d'être anodine. Ses conséquences, au titre desquelles on cite l'hétérogénéité de la qualité de dirigeant de société, exigent non pas une fuite en avant dans la formulation des solutions, mais une nette précision du qualificatif à attribuer à tous les dirigeants sociaux. C'est dans cette optique que nous jugeons déjà nécessaire l'intervention d'une réforme législative qui, comme la réforme française de 1978 (*opérée par la Loi du 4 janvier 1978*) essaiera de rapprocher le régime juridique des sociétés civiles de celui des sociétés commerciales. Sans en opérer certes une confusion, ce rapprochement sera assorti d'une véritable manifestation du souci d'unification des différents statuts de dirigeants. L'adoption de qualificatifs relativement similaires, ou au mieux identiques, des dirigeants pouvant utilement servir à cette fin.

Dans cette logique, l'adoption du titre de « gérant » comme l'a fait le législateur français pour qualifier le dirigeant de société civile peut être indiquée. Mais, cette solution ne fera qu'amoindrir l'ampleur de cette situation en maintenant à côté des gérants, des administrateurs dans les sociétés anonymes et les sociétés coopératives. C'est pour cette raison qu'en définitive, le maintien de la solution du Code civil et son extension aux autres dirigeants pourraient constituer la meilleure solution. Ce d'autant plus que désormais, le droit positif des sociétés commerciales consacre dans la société anonyme comme dirigeant, en plus des autres dirigeants, des administrateurs sous deux appellations : Administrateur et Administrateur Général.

B - Divergence de qualification des dirigeants des sociétés commerciales, coopératives et d'assurances mutuelles

135. Dans l'espace OHADA où, se côtoient les Actes uniformes, le Code CIMA, les réglementations communautaires CEMAC et UEMOA et les lois internes des États parties, cette divergence se manifeste principalement de deux manières : l'existence de qualificatifs identiques aux dirigeants de sociétés de types différents, sans commune mesure d'attribution, d'une part et la distinction de titres de dirigeants qui pourraient sans gêne porter des qualificatifs identiques, d'autre part. Dans un cas, la diversification paraît très souvent injustifiée (I) et dans l'autre elle semble un peu trop excessive (II).

I - Diversification injustifiée

136. Cette hypothèse recouvre notamment la qualification de certains dirigeants des sociétés coopératives et des sociétés d'assurances mutuelles (*telle qu'organisée par la loi n° 92/006 du 14 août 1992 régissant les sociétés coopératives et le groupe d'initiative commune et le Code CIMA respectivement*). Sans égard de la nature juridique réelle des sociétés d'assurances mutuelles, le Code CIMA prévoit à l'article 330-13 que le conseil d'administration élit parmi ses membres un président et au besoin un vice-président. Le vice-président dont les fonctions ne sont absolument pas définies (*ISSA-SAYEG (J.), La profession d'assurance dans le code CIMA, juris périodique n° 32, novembre-décembre 1997, p. 91, n° 62*), est étranger aux sociétés commerciales instituées dans l'espace OHADA (*Avis CCJA n° 02/2000/EP du 26 avril 2000 ; Revue de droit des pays d'Afrique, Penant, n° 837, septembre à décembre 2001, édiera, p. 342 et s*). Son semblable doit plutôt être recherché dans les sociétés coopératives où des textes internes à l'instar de l'article 25 de la loi camerounaise régissant les sociétés coopératives consacrent ce qualificatif et prend tout de même la peine de préciser les fonctions de ce dirigeant en faisant de lui « le remplaçant » du président empêché.

137. La question se pose dès lors de savoir pourquoi envisager un qualificatif de vice-président dans les sociétés coopératives et les sociétés d'assurances mutuelles et l'exclure dans les autres sociétés, notamment dans les sociétés commerciales (*dans l'Avis n° 02/2000/EP du 26 avril 2000, la CCJA répondant à la question de savoir « s'il est possible, dans le cadre de la mise en harmonie des statuts de société anonyme avec les dispositions de l'Acte uniforme sur les sociétés, d'instituer un poste de vice-président dans les organes dirigeants des banques et établissements financiers », précise qu'il ne peut être possible, « sans dénaturer et violer l'objet de cette mise en harmonie ainsi juridiquement et restrictivement circonscrit (par l'article 909), d'instituer dans ce cadre spécifique, un poste de vice-président dans*

les organes dirigeants des sociétés commerciales visées par la demande ») ? Cette question est importante du moment où on sait par exemple que les sociétés d'assurances mutuelles ne constituent qu'une variable des sociétés d'assurances régies par le Code CIMA, l'autre étant constituée par les sociétés anonymes d'assurances.

Par ailleurs, le fait que dans les sociétés régies par l'AUSC, les fonctions ou attributions confiées au vice-président sont exercées et, sans que cela ne pose de gêne, par quelques autres dirigeants institués dans ces sociétés, renforce cette préoccupation et interpelle sur l'opportunité de cette variable.

II - Diversification excessive de qualification

138. Avec l'avènement de l'OHADA, on était en droit de s'attendre à ce que le législateur africain perçoive et élimine totalement le problème de la qualification des dirigeants, qui sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867 a conduit, à la veille de son intervention, à des pratiques qualificatives pas toujours appréciables. En fait, l'abrogation de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 par la loi du 4 mars 1943 avait eu comme principale conséquence de laisser libre champ à la pratique dans l'organisation de la gestion des sociétés anonymes. Cette pratique consistait notamment à faire que les administrateurs exercent généralement leurs fonctions en conseil, qui « *élit un président dont le titre recouvre en principe la fonction et désigne pour diriger la société soit un de ses membres, l'administrateur délégué, soit un étranger, le directeur général* » (NGOMO (A. F.), *Guide pratique du droit des sociétés commerciales au Cameroun*, PUA, 1^{re} éd., n° 545, p. 162. Il est à noter que la Loi française du 16 novembre 1940 qui a régularisé le conseil d'administration et confié la direction de la société au président-directeur général n'a jamais été rendue applicable au Cameroun et dans plusieurs autres États parties de l'OHADA).

139. S'il est vrai que l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE s'est efforcé à mettre fin à de telles pratiques, en rendant ses dispositions impératives, il est aussi vrai qu'il a institué des fonctions et qualificatifs de dirigeants dans les sociétés anonymes qui, malgré les raisons avancées ou supposées, se présentent quelque peu comme un excès de qualification. Cette observation s'illustre principalement à l'égard des fonctions d'administrateur général et de président-directeur général.

En effet, au-delà du fait que l'un, le Président-Directeur Général est à la tête d'un conseil d'administration et que l'autre, l'Administrateur Général ne l'est pas, il n'y a plus entre ces deux dirigeants en terme de différence déterminante, que des différences d'appartenance à des sociétés anonymes distinctes. Vraisemblablement, pour ce qui est de l'innovation du législateur communautaire que constitue l'Administrateur Général, si le pari de la « simplification de la structure de gestion » semble

avoir été gagné (POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), *op. cit.*, n° 487, p. 215), celui de l'homogénéisation de la qualité des dirigeants de société semble n'avoir pas été suffisamment considéré.

Pourquoi créer un nouveau dirigeant de société (*L'administrateur général est en effet une innovation du législateur africain de l'OHADA dans la quasi-totalité des États parties de l'OHADA*; POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), *op. cit.*, n° 487, p. 214. De manière plus globale cependant, le législateur africain n'a fait qu'adopter une solution instituée auparavant dans le Code des activités économiques de la Guinée Conakry à l'article 247. Mais ceci, « avec une différence importante : dans le droit guinéen, l'exercice du pouvoir par un administrateur général est indépendant du nombre d'associé » ; PAILLUSSEAU (J.), *L'Acte uniforme sur le droit des sociétés*, in *L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Association Henri CAPITANT, Petites affiches, le quotidien juridique*, n° 205, 13 octobre 2004, p. 23), d'ailleurs pas obligatoire en général, alors que des solutions alternatives pouvaient permettre d'atteindre le même objectif de simplification, tout en rendant moins hétérogène la qualité de dirigeant ; alors même que l'Administrateur Général consacré cumule dans la société concernée, sous sa responsabilité, les fonctions d'administration et de direction comme le fait le gérant dans les sociétés de personnes et l'administrateur dans la société civile ?

140. Ailleurs ce constat s'impose aussi dans plusieurs hypothèses. En droit français, la même question peut-être posée relativement au directeur général et au directeur général unique, dont les spécificités semblent résider plus dans le type de société que le type de fonctions exercées.

141. Pour ce qui est particulièrement du droit OHADA, s'il est insensé de préconiser le qualificatif de gérant dans les sociétés anonymes en l'état actuel du droit des sociétés, on se demande s'il n'y a pas lieu pour le législateur de choisir prochainement le titre « Administrateur Général » pour qualifier, tant le Président-Directeur Général que l'actuel Administrateur Général. Dans cette hypothèse, dans une société anonyme avec conseil d'administration, l'Administrateur Général devra se voir investi des attributions liées justement à l'existence du conseil d'administration.

Cette solution est davantage recommandable pour deux raisons au moins. D'abord, le fait que le titre « administrateur » soit consacré par le Code civil applicable dans la plupart des anciennes colonies françaises membres de l'OHADA, ensuite le fait que le Président-Directeur Général est avant tout un administrateur. Serait-ce exagéré de dire que littéralement, l'administrateur général sera distinct dans ce cas des simples administrateurs par le simple qualificatif ou ajout de l'adjectif « général » ?

Tout compte fait, la prise en considération de cette situation pourra assurément contribuer à l'unification du statut des dirigeants de société.

§2 - Utilisation indistincte des termes « mandataire » et « organe » social pour la qualification des dirigeants

142. Les titres « organe social » et « mandataire social » renvoient à des réalités bien spécifiques, et les conséquences de leurs utilisations sur la condition des dirigeants sociaux comportent des différences non négligeables. C'est que l'une et l'autre notion correspondent déjà à des définitions différentes.

143. Issu du latin *organum*, l'organe social est entendu comme un « individu ou groupe d'individus investis du pouvoir d'assurer, avec ou sans représentation, le fonctionnement » de la personne morale que constitue la société. C'est au sens général, l'« instrument d'une fonction ; rouage d'une organisation ; éléments qui, liés à la structure d'une institution, en assurent le fonctionnement, par leur action combinée » (CORNU (G.), *op. cit.*, p. 603). En ceci l'organe s'inscrit à notre sens dans la logique de la théorie publiciste de l'institution qui lui confère la qualité d'un agent investi légalement d'une charge légale ou administrative en tant qu'élément lié à cette structure.

144. Par contre, le mandataire social renvoie au latin *mandatarius* et désigne celui qui, dans le mandat reçoit du mandant pouvoir et mission d'agir au nom de ce dernier. C'est donc en droit des sociétés, en principe, celui qui a reçu le pouvoir de gérer, administrer ou diriger la société. En ceci, il se distingue de l'organe social dont la mission ne suppose pas au fond un mandat.

145. La précision de ces termes rend dès lors l'utilisation indistincte des termes « mandataire » et « organe » social pour la qualification des dirigeants de sociétés, problématique. Cette pratique entretient l'équivoque sur la qualité du dirigeant de société.

Contrairement à ce qu'on pourrait penser, elle n'est pas l'œuvre du seul législateur. Loin s'en faut. La jurisprudence semble malheureusement s'y plaire. Le doute est entretenu principalement de deux manières : l'utilisation du terme mandat dans les dispositions législatives où l'aspect institutionnel de la société primerait (A), et l'emploi des termes organe social et mandataire social pour les dirigeants de même type (B).

A - Présence du terme « mandat » dans les dispositions législatives applicables aux sociétés où l'aspect institutionnel primerait

146. Dans le sillage des controverses sur la nature contractuelle ou institutionnelle de la société, il semble évident que la consécration des sociétés unipersonnelles est une dose supplémentaire d'institutionnalisation de la société. Il est indéniable qu'à la base de cette société, n'existe pas de contrat ; mais un acte de volonté individuelle qui, par l'effet des dispositions légales donne lieu

à une entité dont la constitution, le fonctionnement et la dissolution doivent s'opérer conformément aux dispositions instituées. Tout porte à faire penser que l'aspect institutionnel prime dans les SARL et SA unipersonnelles (COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (FL.), *Droit des sociétés*, 12^e éd. ; Litec 1999, n° 152, p. 55).

147. Pourtant, les dispositions de l'AUSC relatives à ces sociétés sont parées du terme mandat. On dirait les dispositions du livre II du Code de commerce français applicable dans les types de société où l'aspect institutionnel primerait (*Vr à ce propos par exemple les articles L. 223-22, al. 5, L. 225-253 (art. 52, al. 5, art. 92, art. 115 anc. L. 24 juillet 1966), L. 225-94-1 (L. n° 2001-420 du 15 mai 2001), etc.*). Il n'y a qu'à parcourir les articles 495 et suivants pour prendre la mesure de cette situation pour ce qui est de la SA unipersonnelle. Les articles 501, alinéa 2 et 510 par exemple sont assez édifiants.

Loin d'être banale, cette situation est d'une gravité certaine, même si elle fait imaginer et percevoir la tendance du législateur communautaire pour la qualité de mandataire du dirigeant. Elle porte l'apparence d'une indécision législative. Eu égard aux personnes qui sont convaincues du fait que parce que société unipersonnelle, l'aspect institutionnel et partant, la qualité d'organe social des dirigeants devrait absolument primer. Ces personnes s'attendraient à ce que, pour ces sociétés unipersonnelles où l'aspect institutionnel primerait, le législateur ne brille pas par l'utilisation fréquente du terme mandat. Une telle attitude aurait peut-être l'avantage de ne pas entretenir le doute sur la position du législateur quant à la qualité de mandataire ou d'organe social du dirigeant.

B - Emploi des termes « organe social » et « mandataire social » pour la désignation des dirigeants de même type par la jurisprudence

148. En matière de qualification des dirigeants de société, on assiste du point de vue du vocable utilisé, à une réelle hésitation, de la part des juges, quant à la dénomination à retenir pour qualifier les responsables sociaux.

C'est ainsi que, tout en qualifiant d'organe social les responsables sociaux tels les membres du conseil d'administration (*Cass. com.*, 15 juillet 1987, *Bull. Joly sociétés* 1987, p. 797), la jurisprudence n'hésite pas par ailleurs d'utiliser le qualificatif de mandataire social pour désigner les dirigeants en général (*Cass. com.*, 3 mai 1995, *Bull. Joly sociétés* 1995, p. 863, note COURET (A.) ; 26 novembre 1996, *Bull. Joly sociétés*, p. 141, note PRIETO (C.) ; *Cass. crim.*, 29 avril 1998, *JCP*, éd. E. 1999, p. 130, note DENIS-CHAUBET (I.) ; *CA Paris*, 5 mars 1999, *Bull. Joly sociétés* 1999, p. 686, note le CANNU (P.) ; *Dr. Sociétés* 1999, n° 103, p. 16 note VIDAL (D.) ; *Dalloz affaires* 1999, p. 678, note M. B. ; *RTD Com.* 1999, p. 449, *Obs. PETIT (B.) et REINHARD (J.)*).

Ainsi, chacun jouit en la matière d'une liberté qui ne

semble malheureusement pas trop gêner. Et pourtant, cet état de chose a des conséquences réelles sur le statut des dirigeants.

§3 - Soumission des dirigeants aux obligations sociales de l'employeur : source d'une identification difficile du dirigeant

149. En droit social l'identification du détenteur des pouvoirs patronaux se fait dans la plupart des cas par l'analyse du processus débouchant sur le contrat de travail (POUGOUÉ (P.-G.), *Droit du travail et de la prévoyance sociale au Cameroun, t. I, 1988, PUC, coll. droit, économie, gestion, n° 167, p. 75*). Ceci a eu pour conséquence la préférence du droit social pour la notion « d'employeur », dans la qualification du détenteur des prérogatives et responsabilités patronales. Concrètement, tant la législation du travail que celle de la prévoyance sociale sont totalement arrimées à l'utilisation exclusive de cette notion, dans l'indication du détenteur des prérogatives patronales. Aussi, les textes régissant les obligations du responsable social dans de nombreux pays, à l'instar du Cameroun, n'établissent les obligations sociales de ce dernier qu'au nom de l'employeur.

Ainsi, le droit social fait de l'« employeur » l'obligé et fait fi de la notion de « dirigeant ». Pourtant, les qualités d'employeur et de dirigeant ne se recouvrent pas nécessairement. L'employeur n'est pas toujours le dirigeant. Ce dernier est certes censé être le représentant de l'employeur. Mais, l'expression semble très inadéquate dans certaines hypothèses et, notamment lorsque les obligations et prérogatives patronales se trouvent dissociées. Cette hypothèse a d'ailleurs amené certains auteurs à opter pour le terme « chef d'entreprise » (Par exemple POUYOUÉ (P.-G.), *dans l'ouvrage précité, p. 81 in fine*), tel que l'a fait le législateur fiscal.

150. Les difficultés d'identification du dirigeant social à travers ses obligations sociales se présentent principalement dans les groupes de société. La question se pose de savoir qui doit être considéré comme dirigeant social dans le groupe de sociétés au sens du législateur social qui institue les obligations sociales vis-à-vis de l'employeur. D'une manière générale, les difficultés d'identification du dirigeant social ici sont de deux ordres : difficultés qu'il y a d'identifier l'employeur en droit social (A) et difficultés liées à l'article 180 (2) de l'AUSC (B).

A - Difficultés liées aux problèmes d'identification de l'employeur chargé des obligations sociales par le droit social dans le cadre des groupes de sociétés

151. Partant de l'idée selon laquelle les dirigeants de société sont les représentants de la société et du fait qu'on définisse l'employeur comme la personne juridique physique ou morale qui conclut le contrat de

travail avec les travailleurs (POUGOUÉ (P.-G.), *op. cit.*, n° 183, p. 81), il est constant qu'on ne peut déterminer les dirigeants de la société que si au préalable, on a pu identifier l'employeur.

152. Dans l'hypothèse d'une dissociation des prérogatives attachées à la qualité de l'employeur, dans ses deux principaux aspects habituellement évoqués en droit du travail et de la prévoyance sociale, à savoir le cas où le travailleur est recruté par une société de gestion de personnel du groupe et le cas où celui-ci est rémunéré par une société investie de la « fonction financière », il s'agit de rechercher la société qui exerce la réalité des pouvoirs patronaux. A ce propos, la doctrine estime que « la qualité d'employeur peut être reconnue parfois à la filiale si elle jouit d'une assez grande autonomie en dépit de sa dépendance économique, parfois à la société mère, si en plus du contrôle de l'activité économique et financière, elle dicte la politique du personnel de la filiale, parfois aux deux à la fois » (POUGOUÉ (P.-G.), *op. cit.*, n° 176 *in fine*, p. 79).

Cette solution vient conforter une jurisprudence dite « réaliste » qui admet la pluralité d'employeurs au sein d'un groupe de sociétés (Par exemple en France, Soc., 24 mars 1969, Dr. Soc. 1969, p. 512, Obs. SAVATIER (J.)). Elle véhicule la nécessité qu'il y a de toujours rechercher qui fait quoi et comment dans le groupe et s'attache alors à déterminer dans ce cas, qui exerçait en fait le pouvoir de direction, pour lui attribuer cette qualité d'employeur (À propos, COZIAN (M.), VIANDIER (A.), et DEBOISSY (F.L.), *op. cit.*, n° 1957, p. 609).

153. Dans l'hypothèse qui recouvre l'espèce où les prestations de travail sont fournies au profit de plusieurs employeurs, l'identification du dirigeant social passe également par l'identification de l'employeur ou des employeurs. Cette hypothèse comporte celle du détachement ou du transfert du personnel ou même celle plus classique de la conclusion des contrats de travail distincts lorsque cela est autorisé avec plusieurs structures du groupe.

Ainsi, la qualité de dirigeant social est rendue équivoque par l'option par le droit social pour l'expression employeur et par l'indication du redevable des obligations sociales dans les groupes de sociétés. Cette situation est d'ailleurs autrement aggravée par les dispositions de l'article 180 (2) de l'AUSC.

B - Difficultés liées à la formule de l'article 180 (2) de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE

154. L'une des figures du groupe de sociétés est celle qui présente d'un côté des sociétés dominantes et de l'autre, une société dominée. Les premières sont appelées société mère et la seconde, filiale. Cette hypothèse qui correspond à celle où une société est une filiale

commune de plusieurs sociétés mères a été prévue par l'article 180 de l'AUSC. Ce texte soumet sa régularité à la réunion de deux conditions par la société mère, à savoir, posséder dans la filiale commune, séparément, directement ou indirectement par l'intermédiaire de personnes morales, une participation financière suffisante pour qu'aucune décision extraordinaire ne puisse être prise sans leur accord et « *participer à la gestion de la société filiale commune* ». Étant entendu que contrairement à la succursale, la filiale a par rapport à la société mère sa personnalité morale et tous les attributs qui en découlent (POUGOUÉ (P.-G.), *op. cit.*, n° 204, p. 93).

155. Cette disposition de l'article 180 vient accentuer une situation déjà compliquée. En effet, en disposant que la société mère qui est censée contrôler la filiale doit également « *participer à* » sa gestion, le législateur remet au jour une question longtemps préoccupante et plusieurs fois remuée par la doctrine (*Principalement, MALECKI (C.), Les dirigeants des filiales, Rev. sociétés (3) juillet-septembre 2000, p. 454*) et la jurisprudence : les filiales peuvent-elles avoir à leurs têtes de réels dirigeants ?

En d'autres termes, qui est dans une filiale commune ou même ordinaire, le responsable des obligations sociales mises à la charge de l'employeur par le droit social ? Les représentants de la filiale ou les représentants des sociétés mères, ou les deux à la fois ?

Sans égard du critère jurisprudentiel de détermination de celui qui en fait a exercé les fonctions de direction dans la filiale, ou des hypothèses de cumul du mandat social avec un contrat de travail signé avec la société mère, il convient de dire que, pris au pied de la lettre, le législateur OHADA n'a pas non plus facilité la question de l'identification du dirigeant ici. Au contraire, cette question est exacerbée en matière de filiale.

156. Vue sous l'angle des devoirs sociaux du dirigeant social, cette disposition qui exige que les sociétés mères de la filiale, en plus de leur contrôle, participent à la gestion de celle-ci, fonde l'idée selon laquelle le dirigeant social peut être aussi bien, le représentant de l'employeur qui ici est en principe la filiale, en raison de sa personnalité juridique propre, que les sociétés mères ou leurs représentants qui sont censés participer à la gestion de la filiale. Cette situation qui conforte la jurisprudence dite « réaliste », en ce qu'on sera inéluctablement en présence d'une pluralité de dirigeants, préfigure des conséquences inévitables.

Section 2 - Qualité juridique des dirigeants sociaux

157. Parce que la question de la qualité juridique du dirigeant touche aux fondements même du droit des sociétés (ASENCIO (St.), *op. cit.*, n° 2, p. 683), l'essai de détermination de la qualité réelle du dirigeant a été une occasion et un moyen pour des doctrines opposées sur la nature même de la société, de faire à nouveau

considérer leurs opinions, en créant un véritable débat, caractérisé cependant par des qualifications essentiellement tendanciennes (§1).

Or, s'il est possible de donner une définition unitaire du dirigeant social (§2), s'il est concevable d'affirmer que les divergences ou les contradictions afférentes au régime juridique du dirigeant de société ne sont pas dirimantes, c'est au regard des fondements structurels du droit des sociétés dénués du phénomène de tendance (ASENCIO (St.), *op. cit.*, n° 5, p. 686). En effet, le problème de la qualification des dirigeants viendrait plus de l'application du droit commun des contrats par le droit des sociétés, que du droit des sociétés lui-même, où s'affirmeraient à nouveau des volontés autonomistes du droit commercial à l'égard du droit civil (MOHAMED SALAH (M.M.), *La place des principes et des techniques civilistes dans le droit des affaires, RJ Com. 1997, p. 297 et 1998, p. 1*).

§1 - Controverses doctrinales

158. La question de la qualité de dirigeant a suscité et continue de susciter des interrogations théoriques ou plus techniques au titre desquelles, celle de savoir si le dirigeant doit être appréhendé de façon unitaire ou non, comme un « organe social » ou comme un « mandataire social » (ASENCIO (St.), *op. cit.*, n° 1, p. 683).

D'un point de vue purement sémantique même, tant la jurisprudence que la doctrine semblent hésiter sur la dénomination à retenir. Ceci suscite inévitablement des interrogations quant à la nature des fonctions du dirigeant de société.

159. Divers essais de réponse sont intervenus, certains fondant leurs arguments sur les bases même du droit des sociétés. Cependant dans l'ensemble, les réponses à ces interrogations se sont révélées hautement contradictoires et leurs démonstrations plus ou moins approximatives. Il en a résulté un phénomène de tendance dans l'exercice de qualification des dirigeants sociaux ; les observateurs prenant généralement position suivant leur adhésion à une doctrine ou une autre sur la nature juridique de la société. Ces controverses ont pris des proportions inquiétantes pour ce qui est de la qualité du dirigeant de droit (*C'est en effet au regard des règles qui s'appliquent à celui-ci que les interrogations sur la qualité de dirigeant se développent ; ASENCIO (St.), op. cit., 6 in fine, p. 688*) (A). Elles sont également perceptibles quant à la qualité du dirigeant « exceptionnel » (B), bien que la situation de dirigeant « exceptionnel », notamment celle de dirigeant de fait constitue apparemment par trop, une exception juridique.

A - Qualité juridique du dirigeant de droit

160. La qualité de dirigeant de droit analysée selon les époques et les auteurs donne lieu à des controverses d'une

grande actualité. Appréhendée soit comme « organe » soit comme « mandataire » social, la qualité du dirigeant de société suscite des interrogations dont les réponses habituellement apportées par les protagonistes suscitent bien de critiques, tant elles semblent approximatives.

Animées par la doctrine sur la nature institutionnelle de la société (CHAMPAUD (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par action*, Sirey 1962 ; *Le contrat de société existe-t-il encore ? In Le droit contemporain des contrats, Travaux de la faculté des sciences juridiques de Rennes, E. 1987 et PAILLUSEAU (J.), La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, thèse, Rennes 1967 ; Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP 1984, I, 3148 ; Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 705*) (I) et la doctrine sur la nature contractuelle de la société (COURET (A.), *Les apports de la théorie microéconomique à l'analyse du droit des sociétés, Rev. sociétés 1984, p. 243 ; SCHMIDT (D.), De l'intérêt social, RD bancaire et bourse 1995, p. 1130*) (II), elle connaît tout de même de nouvelles tendances et notamment celle qui, loin de se réfugier derrière ces tendances classiques semble plutôt opter pour le « milieu » (*C'est le cas de LEFEBVRE (éd.), Dirigeants de sociétés commerciales, op. cit., 40, p. 14 ; Vr également BERTREL (J.P.), Liberté contractuelle et sociétés : essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés, RTD Com., spéc. 49 (4) octobre-décembre 1996, n° 39, p. 619*) (III).

I - Doctrine sur la nature institutionnelle de la société et le postulat du dirigeant « organe social »

161. Les auteurs qui soutiennent la thèse institutionnelle de la société (*Au départ RENARD, L'institution 1923, GAILLARD, La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fondement de la société anonyme, 2^e éd., 1933*) cherchent à appliquer à la société, la théorie publiciste de l'institution systématisée par le doyen HAURIOU (*L'institution est de ce point de vue l'acceptation en vue de la poursuite d'un intérêt commun par la majorité des membres d'un groupe de personnes, d'une organisation sociale ; Vr en ce sens, HAURIOU (M.), Précis de droit administratif et de droit public, 6^e éd., Librairie de la société du Recueil, J.-B. Sirey et du journal du Palais, 1907, p. 1 à 37 notamment*).

Dans sa version moderne, cette doctrine, sous la plume du Professeur Jean PAILLUSEAU, estime que la société n'est qu'une technique juridique mise au service de l'entreprise.

Dominée dans sa version moderne par l'école dite de Rennes (*Cette doctrine soutient que la société est une institution et le dirigeant social, un organe institué*) dirigée par les sieurs C. CHAMPAUD et J. PAILLUSEAU (BERTREL (J.P.), *Liberté contractuelle et sociétés : essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés, RTD Com., spéc. 49 (4) octobre-décembre 1996, n° 32, p. 614*), cette doctrine soutient que la société n'est pas un contrat, mais une institution (*on entend par Institution,*

« un ensemble de règles qui organisent de façon impérative et durable un groupement de personnes autour d'un but social qu'il s'agit d'atteindre... » ; MERLE (Ph.), Droit commercial, sociétés commerciales, 8^e éd. D. 2001, n° 22, p. 33). Par le recours à la théorie de l'institution, elle tente d'expliquer l'effacement du rôle de la volonté et de l'intérêt des associés dans les sociétés, au profit de la réglementation et de l'intérêt de la société. L'idée est simple : parce que la société est une institution, le dirigeant de société est « un organe institué » (a) qui ne saurait être qualifié de mandataire (b) comme essaye de le faire la doctrine opposée.

a - Dirigeant de société, un « organe institué » ...

162. Les tenants de ce courant de pensée estiment que la véritable qualité du dirigeant de droit est celle d'« organe social ». Au regard de la nature supposée institutionnelle de la société, son ou ses dirigeants ne peuvent être que des « organes » ; le dirigeant n'est rien d'autre qu'un « organe institué » (MERLE (Ph.), *op. cit., n° 94, p. 95, qui cite BOER (C.I.J.), L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales par leurs organes, thèse Nancy 1977*). Deux raisons sont généralement avancées au soutien de cette thèse : la société possède une personnalité juridique propre (b) d'une part et d'autre part, les pouvoirs des dirigeants ont une source légale (a).

1 - Caractère « légal » de la source des pouvoirs des dirigeants

163. Pour la thèse institutionnelle, l'origine légale des pouvoirs des dirigeants empêche toute tentative de qualification des dirigeants comme mandataire social. En effet, les pouvoirs impératifs et propres au dirigeant de sociétés sont fixés par la loi. Le dirigeant est un représentant et la source de cette représentation est légale et non contractuelle (*L'analyse institutionnelle aurait ainsi une valeur plus explicative de la qualité de dirigeant de société que l'analyse contractuelle ; Vr COZIAN (M.), VLANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), op. cit., n° 354, p. 132*).

164. Plusieurs arguments sont avancés à cet effet : la réglementation minutieuse du mode de fonctionnement de la société a pour effet, entre autres, d'imposer un agencement légal qui ne peut en principe pas être modifié. Les statuts ne peuvent réduire les pouvoirs de gestion au point de les supprimer ; ceci serait contraire à la loi qui utilise les expressions « *tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat* » (*Art. 121 de l'AUSC sur les pouvoirs généraux des dirigeants sociaux. En droit français, l'expression « pouvoirs les plus étendus » connaît la même interprétation*) et « *toute limitation de leurs pouvoirs* » (*Et non pas annihilation de ceux-ci. En droit français, « limiter » ces pouvoirs*). Bien plus, la « hiérarchisation » des organes de la société anonyme à laquelle on assiste fait déduire qu'il n'appartient pas à l'assemblée générale des actionnaires d'empiéter sur les prérogatives du conseil

d'administration, puisqu'il existerait selon la jurisprudence une hiérarchie et une séparation des pouvoirs de ces différents organes (*Vr COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), op. cit., n° 123, p. 173 ; arrêt MOTTE du 4 juin 1946 (voir infra)*) ; chacun devant se limiter dans le champ d'intervention qui lui est reconnu. L'organisation légale des pouvoirs des dirigeants étant considérée comme d'ordre public, toute modification est considérée comme devant être invalide.

Il en résulte que les dirigeants tiennent leurs pouvoirs de la loi qui les institue. Les dirigeants sociaux sont des « organes institués » : ils sont désignés dans des conditions imposées par la loi et dotés de pouvoirs qui sont fixés par des règles impératives (*MERLE (Ph.), op. cit., 21, p. 32*). L'essentiel de leurs pouvoirs résultant de la loi, la représentation de la société qu'ils effectuent aurait une origine légale et non conventionnelle (*COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), op. cit., n° 354 p. 132*). Ils ne peuvent dès lors avoir que la qualité d'« organe social ».

Toujours dans cette optique, ils soutiennent que, dans les sociétés dont l'existence est caractérisée par la personnalité morale, les personnes régulièrement nommées par les statuts en qualité de dirigeant n'acquièrent véritablement cette qualité qu'après l'immatriculation de ces sociétés au registre d'immatriculation. Ne pouvant donc avoir la qualité de dirigeant d'une personne morale qui n'existe pas juridiquement, ces personnes ne peuvent à la limite être que des dirigeants de « sociétés en formation » (*LEFEBVRE (éd.), op. cit., n° 100, p. 18*), non susceptibles d'être qualifiés de dirigeant social.

Les tenants de cette doctrine en déduisent donc que la source de cette représentation effectuée par les dirigeants est légale.

2 - Possession par la société d'une personnalité juridique propre

165. L'essentiel des constructions y relatives est perceptible dans les propos de M. Dean. GIBIRILA qui estime en effet que « les responsables sociaux ne peuvent en aucun cas être les mandataires des associés dans la mesure où ils interviennent au nom et pour le compte de la société. Ils ne peuvent davantage être les mandataires de la société, car le mandat suppose la rencontre de deux volontés, or la société ne dispose pas de volonté autonome » (*GIBIRILA (D), Le dirigeant de société, Litec, 1995, n° 11, p. 12*).

Le raisonnement est simple. Le mandat doit mettre en présence deux volontés (*MERLE (Ph.), Droit commercial, sociétés commerciales, 3^e éd. 1992, n° 94, p. 95*) ; il requiert l'accord de deux volontés. Or, pour les tenants de cette doctrine, la société est une entité abstraite qui n'a pas de volonté propre pouvant constituer celle du mandant qui charge un mandataire de son choix d'une mission qu'il détermine. Elle n'aurait de volonté que celle qu'expriment en son nom ses représentants, c'est-à-dire les organes institués pour exercer ses droits (*LEFEBVRE (éd.), op. cit., n° 40, p. 14 et MERLE (Ph.), op. cit.*).

Ils concluent donc que, puisque la société n'a pas

de volonté propre, il ne pourrait y avoir de convention de mandat. Par conséquent, le dirigeant non susceptible d'être mandataire de la société ne peut être qu'un « organe social », un « organe institué ».

De même, cette doctrine estime que les dirigeants de société ne peuvent aucunement être des mandataires des associés.

b - ... Inqualifiable de mandataire des associés

166. Pour la doctrine institutionnelle, les dirigeants ne sont pas les mandataires des associés. Un mandataire est un intermédiaire qui a le pouvoir d'agir pour autrui. Dès lors, pour être qualifié de mandataire, l'intermédiaire doit agir au nom et pour le compte du mandant qu'il représente.

Sur la base de cette exigence, la doctrine institutionnelle estime que le dirigeant de société ne peut pas être le mandataire des associés, puisqu'il agit au nom et pour le compte de la société et non des associés (*GIBIRILA (D), Le dirigeant de société, Litec, 1995, spéc. p. 12, n° 2 et 11 ; MERLE (Ph.), op. cit., n° 94, p. 95*). Les dirigeants ne sont pas des mandataires des associés en ce que leurs actes n'engageraient pas directement ces derniers, mais la société. Les dirigeants sont dès lors inqualifiables de mandataire des associés.

167. Pour elle, l'institution des sociétés unipersonnelles n'est rien d'autre qu'un déni de la conception contractuelle de la société qui, s'opposant à la qualification d'« organe social », soutient que le dirigeant de société ne peut être qu'un mandataire.

II - Thèse contractuelle et la conception du dirigeant « mandataire social »

168. Réactivée dans les écrits par les sieurs A. COURET et D. SCHMIDT (*Vr supra et aussi COURET (A.), Le gouvernement d'entreprise, D. 1995, chron. Spéc. p. 165 ; COURGUES (J.CL.), Dirigeants sociaux et règles du non-cumul de fonctions rémunérées avec une pension de retraite, Dr. Sociétés, septembre 1995, n° 9, p. 1 ; DELGA (J.), Révocation sans indemnités des P.-D.G. de SA en France, Dalloz affaires 1996, p. 763*), la doctrine sur la nature contractuelle de la société est une thèse issue du droit romain. La thèse contractuelle de la société estime que la société est un nœud de contrats (a) et que la source des pouvoirs des dirigeants sociaux est absolument contractuelle (b).

a - Société, « un nœud de contrats »

169. Pour la doctrine sur la nature contractuelle de la société, la société est un contrat et non une institution et le dirigeant, un mandataire et non un organe social.

La théorie classique volontariste et civiliste du contrat de société qui la soutient estime en effet que c'est le

mandat qui fonde le pouvoir des dirigeants sociaux. Les raisons avancées au soutien de ses affirmations se résument globalement en un argument : la technique contractuelle occupe une place essentielle dans le droit des sociétés.

La société reste un contrat (*car, le contrat de société existerait encore. En ce sens, l'article 4 de l'AUSC*) et malgré la consécration des sociétés unipersonnelles, le fonctionnement des sociétés s'explique par le droit des contrats. Les rapports entre actionnaires et dirigeants sont dominés par cette idée de relations contractuelles procédant d'une sorte de mandat. Pour les thuriféraires de cette théorie, « le contrat qui unit les actionnaires aux dirigeants est fondamentalement un contrat de mandat » (COURET (A.), *op. cit.*).

D'aucuns ne manquent même pas d'affirmer, à propos de la corporate governance que, « ce sont donc tous les mécanismes prévalant au déroulement du mandat que les nouvelles pratiques de gouvernement d'entreprise entendent accroître » (*idem*).

170. Aussi, la société est vue comme un nœud de contrats ; les pouvoirs des dirigeants y étant attribués et délimités par les associés par une sorte de mandat (COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), *op. cit.*, 354, p. 132). Parce que le droit des sociétés se contractualiserait de plus en plus, le dirigeant ne saurait être qu'un « mandataire social » (PAILLUSEAU (J.), *La contractualisation de la Société Anonyme fermée, Gaz. Pal 1998, 2 Doctr.*, p. 1257).

b - Nature absolument contractuelle des sources des pouvoirs du dirigeant

171. Pour la doctrine contractuelle, par « source » il convient d'entendre origine (ASENCIO (St.), *op. cit.*, n° 18, p. 697). Parler de source de la représentation des dirigeants de société revient donc à parler de l'origine de cette représentation. Or, il est incontestable qu'à l'origine de toute société de droit, existe toujours un acte volontariste, ceci même si « la volonté individuelle s'efface ensuite » (GUYON (Y.), *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, E. 10^e éd.*, 1998, n° 96, p. 92). La société n'est-elle pas avant tout une manifestation de volonté (BERTREL (J.P.), *op. cit.*, n° 29, p. 612) ?

Convaincu de ce que, ce qui importe au regard des qualifications quant aux sources des situations juridiques c'est la volonté qui en est à l'origine, celle qui lui donne vie, celle sans laquelle la situation ne serait pas formée, elle conclut que la source de la représentation des dirigeants de société ne peut être qu'individuelle et non légale (ASENCIO (St.), *op. cit.*, qui cite à propos de l'influence de la volonté à l'égard des qualifications, TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, thèse, Paris, LGDJ 1957, coll. Biblio. dr. Privé, t. II*).

À partir des volontés dont le contenu est le même, l'accord social est réalisé. Peu importe pour cette quali-

fication que la loi intervienne pour régler la mise en œuvre du contrat de société.

172. Ainsi, les tenants de la thèse contractuelle pensent qu'en ne négligeant pas trop l'acte constitutif, de nature contractuelle (ou exceptionnellement acte unilatéral dans les sociétés unipersonnelles), qui est à l'origine de la société, la doctrine institutionnelle percevrait mieux la nature contractuelle de la source de la représentation des dirigeants et donc, leur qualité de mandataire.

En effet, même s'ils tiennent leurs pouvoirs de représentation de la société non pas de l'acte de société élaboré par les associés, mais de la loi, les dirigeants ne seraient pas à proprement parler des « représentants légaux », car la loi ne les désigne pas, mais leur « attribue seulement un pouvoir complémentaire » (LEFEBVRE (éd.), *Mémento, sociétés commerciales, n° 432, p. 154*).

La doctrine contractuelle en déduit donc que le dirigeant de société, quel qu'il soit, ne peut être un « organe social ». C'est un mandataire ; parce que la source de cette représentation est contractuelle.

III - Théorie du « milieu »

173. L'opposition des thèses contractuelles et institutionnelles sur la nature de la société a conduit au constat de l'impuissance de l'une et de l'autre des thèses en présence, de rendre compte intégralement de la nature de la société et plus, de la nécessité de les synthétiser et de proposer une analyse mixte de la question (BERTREL (J.P.), *op. cit.*, n° 38, p. 619). Cette analyse mixte qui véhicule l'idée de l'existence d'un « milieu » permet de sortir d'une opposition systématique entre les thèses protagonistes, qui comportent tout de même chacune, une part de vérité, qui exclut au demeurant toute prétention d'une vue moniste de la société. Les tenants de cette thèse, au rang desquels M. Jean-Pierre BERTREL, estiment que la nature de la société est faite d'un mélange de recettes des deux autres thèses.

Cette mutation opérée par la doctrine commercialiste a donné lieu à la théorie du « juste milieu » (a) et à des adaptations ou spécifications qui ont été opérées en vue d'une meilleure définition de la qualité des dirigeants sociaux (b).

a - Théorie du « juste milieu »

174. Un dépassement de l'opposition systématique entre les thèses contractuelle et institutionnelle de la société quant à la qualification des dirigeants sociaux est propice à l'essor d'une théorie du « juste milieu » ; c'est-à-dire une analyse mixte de cette qualité. N'est-il pas par exemple vrai qu'on ne devient en principe dirigeant social que lorsque la volonté des associés de confier les fonctions de gestion au candidat s'exprime dans le cadre de la technique d'organisation qu'on appelle société, et qui épouse l'une des formes prévues par la loi ?

Les tenants de cette doctrine voient dans l'effort de conciliation des thèses en présence la solution au problème de la qualification des dirigeants. Selon eux, à l'image de l'ambivalence finalement de beaucoup de constructions humaines, la qualité de dirigeant est en fin de compte un « juste milieu » entre la qualité d'organe social et celle de mandataire social.

175. Toutefois, dans cette logique, la question se pose relativement à l'image de ce milieu. Peut-on qualifier indifféremment le dirigeant social de « mandataire-organe social » ou d'« organe-mandataire social » ? Ces formules pourraient-elles être des habillages adéquats pour exprimer cette synthèse des positions ?

176. À ce stade de la réflexion, on se heurte à un obstacle déterminant. Le sens, le contenu et les implications juridiques des notions d'organe social et de mandataire social sont grandement contradictoires et ôtent à toute tentative de jumelage, la garantie d'un alliage paisible et scientifiquement tenable : soit on est mandataire, soit on ne l'est pas. Si on l'est, on ne peut qu'épouser l'une des variantes du mandat prévues par la théorie du mandat. Or, en l'état actuel des constructions législatives et jurisprudentielles y relatives, aucune situation instituée n'est susceptible d'appréhender et d'exprimer un tel alliage.

b - Adaptations et spécifications opérées

177. À défaut de qualifier les dirigeants sociaux de « mandataire-organe social » ou d'« organe-mandataire social », la doctrine que nous qualifions du « milieu » a parfois préféré opérer des adaptations et spécifications de cette qualité. La construction de M. Stéphane ASECIO (*in Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun, Rev. sociétés (4) octobre-décembre 2000, n° 1, p. 683*), qui estime que le dirigeant de droit est un mandataire « spécial » d'intérêt commun est à cet effet assez évocatrice.

178. L'idée en soi n'est pas mauvaise. Mais, la difficulté avec ces essais de qualification c'est le risque de dériver par excès de justifications hâtives. En d'autres termes, l'opportunité de ces constructions est indiscutable. Mais, leurs explications et fondements dans chacune d'elles, selon les bases de raisonnement jusqu'ici utilisées sont, elles, bien souvent critiquables.

Par exemple, la qualification du dirigeant social comme mandataire « spécial » d'intérêt commun par le sieur Stéphane ASECIO repose sur plusieurs arguments susceptibles d'être regroupés en deux catégories. Ceux qui expliquent la qualité de mandataire « spécial » du dirigeant social et ceux qui fondent sa qualité de mandataire d'intérêt commun.

Dans la première catégorie, l'auteur estime notamment que « c'est précisément parce que la société est un contrat spécial que le dirigeant est un mandataire « spé-

cial ». Puisque le dirigeant de société est un représentant parfait, c'est dans ce cadre qu'il s'agit de rechercher sa qualification principale. Or, celle-ci est dans ce cadre déterminée par ses sources et son mécanisme. Comme en l'espèce il s'agit de sources contractuelles, le dirigeant ne peut être qu'un mandataire puisque le mandat est le mode unique de représentation parfaite conventionnelle. Mais, il s'agit indubitablement d'un mandat original en raison du mécanisme particulier dans lequel s'insère cette représentation parfaite » (*Spéc. n° 8, p. 691*).

Dans la seconde catégorie, l'auteur estime que « plus générale est évidemment la notion d'intérêt commun qui trouve son siège naturel en matière de société et ce, au regard de la lettre même de l'article 1833 du Code civil selon laquelle, « toute société doit (...) être constituée dans l'intérêt commun des associés ». L'intérêt commun devrait donc irriguer et diriger le fonctionnement des sociétés : un esprit d'égalité et de fraternité commandant en principe l'ensemble des actes effectués par tout un chacun dans la vie sociale ». Par ailleurs, c'est au regard de certains droits accordés et certains devoirs imposés au dirigeant de société que cette qualité se révèle effectivement.

179. En apparence imparable ce raisonnement est critiquable comme il sera démontré plus loin, tant en raison des incertitudes qui émaillent encore la notion de mandat d'intérêt commun, que des difficultés liées au régime juridique du mandat d'intérêt commun.

B - Qualité juridique des dirigeants « exceptionnels »

180. Les dirigeants de crise et de fait que nous qualifions d'« exceptionnels » semblent bien plus tranquilles pour ce qui est de leur qualité que les dirigeants de droit. La doctrine s'est toujours dans la majeure partie des cas, soit abstenue de traiter de la question de leur qualité (*Par exemple ASECIO (St.), op. cit., n° 6, p. 588*), soit mise à affirmer sans ambages, ni démonstrations particulières leur qualité de mandataire (*MERLE (Ph.), Droit commercial, sociétés commerciales, 4^e éd. D., n° 574, p. 550; à propos de l'administrateur provisoire, voir aussi, POUYOUÉ (P.-G.) et KALIEU (Y.), L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, PUA 1999, n° 114, p. 41, à propos du syndic*).

181. Pour être fixé sur la qualité des dirigeants « exceptionnels », il convient d'analyser les fondements vraisemblables de leurs qualités juridiques séparément, suivant qu'il s'agit de l'administrateur provisoire (I), du syndic (II), ou des dirigeants de fait (III).

I - Les fondements apparents de la qualité d'administrateur provisoire

182. L'administrateur provisoire est désigné soit suivant le mode judiciaire, soit suivant le mode régle-

mentaire. Dans l'un et l'autre cas, c'est soit le juge, soit l'autorité administrative investie qui le désigne.

Lorsqu'il est désigné par le juge pour administrer provisoirement la société, on conçoit à peine l'idée du mandat, tel qu'énoncé par l'article 1984 du Code civil et ajusté par la jurisprudence et la doctrine, en ce que l'administrateur provisoire désigné par le juge n'est pas chargé d'accomplir des actes juridiques au nom et pour le compte de celui-ci. Qui plus est, les associés ne sont pas les seuls à pouvoir demander et obtenir la désignation d'un administrateur provisoire ; les dirigeants de la société le peuvent aussi (MERLE (Ph.), *op. cit.*, n° 575, p. 552 ; *Cependant les créanciers ne peuvent l'obtenir car il ne leur appartient pas de se faire juge des intérêts de la société et de ses associés et d'agir en leur nom pour les préserver*).

Ce même raisonnement semble indiqué lorsqu'il s'agit d'administrateurs provisoires des établissements de crédit ou des sociétés à capital public qui sont, eux désignés par le mode réglementaire. Dans l'hypothèse des sociétés d'État, il peut encore être soutenu que cette désignation effectuée par l'autorité publique n'est en fait réalisée dans bien de cas que par l'actionnaire majoritaire ou son représentant. L'idée d'un mandat conventionnel paraît alors moins contestable que dans l'hypothèse des établissements de crédit où des organismes communautaires, tels que la COBAC sont chargés de désigner l'administrateur provisoire.

II - Fondements vraisemblables de la qualité du syndic

183. Ce serait exagérer que d'affirmer que la question de la qualité du syndic dirigeant a été définitivement réglée par l'AUPCAP. Si l'affirmation faite à l'article 43 de l'AUPCAP, selon laquelle le syndic est un mandataire rémunéré n'est pas négligeable, il faut tout de même dire qu'à force de vouloir perfectionner le syndic, le législateur a rendu, plus que par le passé, son origine complexe.

En effet, on est loin du mandat conventionnel ; ce qui fait planer un doute sur la véritable qualité juridique du syndic. Dans ce contexte, la tendance la plus apparente semble être celle de considérer le syndic comme un « chargé de mission judiciaire », qui trouve son origine dans la décision du juge qui le nomme. Ce d'autant plus que dans certains pays comme le Cameroun, il doit absolument être préalablement inscrit sur une liste ouverte auprès de la Cour d'appel du ressort.

III - Fondements plausibles de la qualité de dirigeant de fait

184. La qualification de dirigeant de fait suppose une constatation de l'immixtion dans la gestion du sujet concerné, par le juge, qui est seul apte à affirmer la qualité de dirigeant de fait.

185. On est ici apparemment bien loin de l'idée du

mandat. Même dans l'hypothèse du dirigeant occulte, on voit mal à l'origine de la gestion de fait du dirigeant occulte un mandat. Dès lors, comment et dans quelle mesure peut-on concevoir l'idée d'un dirigeant de fait mandataire ? Telle est la question qui semble s'imposer lorsqu'on évoque le sujet.

Cette question qui peut même être étendue aux autres dirigeants exceptionnels, suscite celle de savoir s'il n'existe pas dans la théorie générale du mandat des fondements susceptibles de justifier l'affirmation de la qualité des dirigeants de fait.

186. Or, il semble justement que certaines constructions de la théorie du mandat telles que celle du mandat apparent présentent des éléments susceptibles d'influer considérablement sur la qualification des dirigeants de fait. Seulement, les recettes de ces théories sont-elles suffisantes pour justifier l'attribution de la qualité de mandataire au dirigeant de fait ? Le fait par exemple que la théorie du mandat apparent rende facultatif l'effet de l'acte conclu par le mandataire apparent vis-à-vis du tiers ne sape-t-il pas l'idée d'une telle qualification ? Autrement dit, du moment où il est constant que le tiers peut invoquer le défaut de qualité du mandataire pour se soustraire à l'acte (BENABENT (A.), *op. cit.*, n° 707, p. 451), cette qualification n'est-elle pas inopportune ou même contre indiquée ?

En définitive, il y a lieu, à tout le moins, de se demander si l'apparence correspond absolument à la réalité, et notamment si le droit OHADA ne met pas un terme à ces tendances et interrogations.

§2 - Qualité juridique réelle du dirigeant social : un mandataire « spécial »

187. Le dirigeant de société, de droit ou « exceptionnel », est certainement un mandataire « spécial » (NJOYA NKAMGA (B.), *Thèse op. cit.*, n° 379 et s., p. 201 et s.). Le cliché d'« exception juridique » généralement donné aux dirigeants de fait pour ne pas s'intéresser à la détermination de leur qualité juridique, au motif que c'est au regard des règles qui s'appliquent au dirigeant de droit que les interrogations sur la qualité de dirigeant se développent (Notamment, ASENIO (St), *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, *Rev. sociétés* (4) octobre-décembre 2000, n° 6, p. 688.), ne saurait faire écran à cette solution.

188. En effet, en dépit de quelques variables de fondement liées d'ailleurs à la configuration de la théorie du mandat, les dirigeants de droit et les dirigeants « exceptionnels » sont tous des mandataires. Le socle réel de leur mission est le mandat. Ce mandat s'exerce et s'insère dans un mécanisme particulier de représentation, qui apporte à cette qualité de mandataire (A), une spécificité évidente, faisant du dirigeant un mandataire « spécial » (B).

A - Dirigeant social : un mandataire

189. La représentation sociale est une variante particulière du mandat. La conséquence en est que techniquement, le dirigeant social est un mandataire. Quel qu'il soit, sa fonction rend parfaitement opératoire le mécanisme du mandat. Il n'est certes pas question du mandataire type du Code civil, mais il s'agit dans tous les cas d'un mandataire en raison tant du caractère essentiellement volontariste de la source de ses pouvoirs (I), que de l'appréhension par défaut de son rôle par la théorie du mandat (II).

I - Mission aux sources essentiellement volontaristes

190. Il y a lieu de ne pas trop négliger l'acte constitutif qui est à l'origine de la société dans toute analyse animée par une véritable intention de parvenir à une détermination objective de la qualité du dirigeant. Car, là se trouve incontestablement la source de la mission du dirigeant de droit. En effet, l'impact de l'acte volontariste à l'origine de toute société, sur la désignation des dirigeants (a) et le caractère forcément complémentaire des exigences légales liées à la détermination des pouvoirs des dirigeants (b), laissent au mandat le statut de socle de la mission du dirigeant de société.

a - Impact de l'acte volontariste à l'origine de toute société

191. À l'origine de toute société, existe toujours un acte volontariste non négligeable. Qu'on soit en présence d'une société pluripersonnelle ou unipersonnelle, le ou les associés sont auteurs de la société. Par conséquent, il leur appartient, dans l'acte de société ou dans un acte ultérieur, de désigner les dirigeants. Même au plus fort de la réfutation de la qualité de mandataire du dirigeant, il est constant que la collectivité des associés est pleinement compétente pour désigner les dirigeants (*COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), op. cit., n° 351, p. 131; POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), op. cit., n° 168, p. 73*).

Dans toutes les sociétés, les associés sont libres de désigner qui ils veulent comme dirigeant, sans que le législateur ne puisse s'y opposer. Seules les règles protectrices de l'ordre public, à l'instar des règles de capacité, d'incompatibilité ou d'interdiction pouvant en constituer un obstacle, comme partout ailleurs.

Les pouvoirs sont donc distribués aux personnes désignées par les associés, par une sorte de mandat. Peu importe que ce soit dans l'acte de société ou dans un acte ultérieur pris par l'instance sociale à laquelle la collectivité d'associé cède l'exercice de ses droits (*Par exemple l'assemblée générale ou le conseil d'administration*). Peu importe aussi que le législateur impose pour l'accomplissement de cette attribution, la réalisation ou le respect de certaines formalités par les associés.

Ce qui importe et qui compte au regard de la qualification quant à la source de cette situation c'est la volonté qui est à son origine ; ici, l'acte volontariste qui crée la société et la dote de représentant. En effet, la société naît au jour de la signature du pacte social. Dès lors, à partir de leurs signatures, les statuts constituent les fondements juridiques de l'action des dirigeants sociaux (*POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), op. cit., n° 168, p. 73*).

192. Par conséquent, les controverses sus-étudiées perdraient une partie non négligeable de leur ampleur si, simplement, les auteurs avaient donné à l'acte volontariste sus-évoqué la dimension qui est la sienne (sans bien sûr l'exagérer). Car, la méprise de sa place dans l'attribution des fonctions sociales de gestion est l'un des piliers sur lesquels repose l'idée selon laquelle la source des pouvoirs des dirigeants est essentiellement légale et, enlève au dirigeant la qualité de mandataire.

b - Caractère individuel et non légal de la source des pouvoirs des dirigeants

193. En donnant à l'expression source la signification qu'elle mérite, à savoir, l'origine, on se rend compte que la source des pouvoirs des dirigeants est individuelle et non légale. Ce n'est pas l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, le Code civil, les lois internes des États parties à l'instar des lois camerounaises n° 92/006 et n° 99/016, le Code CIMA ou même le Code de commerce français, qui sont à l'origine ou, qui donnent vie à la fonction du dirigeant. C'est la décision des associés.

La représentation sociale repose sur un acte de volonté individuel. Ce que fait la loi ce n'est pas de donner vie à la représentation sociale, mais seulement, à partir des règles préexistantes, d'influencer le contenu ou les effets d'une situation de représentation déjà née, déjà créée. Seuls les fondements emportent donc qualification. Peu importe que le contenu de cette représentation soit largement « légalisé ».

194. C'est donc un leurre que de prétendre que le dirigeant de société n'est pas un mandataire parce que la source de ses pouvoirs serait légale. L'idée est d'autant plus fautive que, nous savons que l'une des originalités du mandat tient au fait que son étendue, contrairement à son existence, peut être librement démontrée, et même par présomption.

195. S'il y a lieu, il faut remonter aux règles de la théorie générale du mandat pour y voir clair.

L'article 1984 du Code civil définit le mandat comme « l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». De l'exégèse de ce texte, découle une réalité irréductible. C'est qu'il y a dans le mandat un contrat par lequel on donne pouvoir. Cette réalité résiste même à

la variété que peut recouvrir cet acte. Peu importe dès lors que le mandat est légal, judiciaire, conventionnel ou même hybride. Il repose à la base sur un acte.

Lorsqu'il est légal, la loi confie à une personne déterminée, une mission précise. Par contre, lorsque la loi fait plus ou moins obligation à certaines personnes de donner pouvoir à d'autres personnes auxquelles il attribue des titres, tout en définissant précisément ces pouvoirs, on n'est ni dans le mandat légal, ni dans une « institutionnalisation » de la source des pouvoirs de ces personnes. Sauf, à forcer anormalement la notion de source de pouvoir qui découle de l'article 1984 du Code civil.

196. Par ailleurs, il est constant que l'étendue du mandat peut « être prouvée par tous moyens » (*Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1964, Bull. civ., I, n° 157*). Autant on fait une distinction nécessaire entre l'établissement du mandat et l'accomplissement du mandat, autant on doit faire une distinction entre d'une part, l'existence du mandat et, d'autre part, son étendue. L'existence du mandat provient de son établissement par le mandant et confère seule une qualité juridique au dirigeant, en ce que, source de ses pouvoirs dont la loi se charge de définir très souvent le contenu, tandis que son étendue provient de la définition que la loi ou les conventions font de sa mission et, qui ne confère pas la qualité de dirigeant.

197. Il en résulte dès lors que le mandat constitue le socle réel de la mission du dirigeant de société. Ce sont en effet le ou les associés qui, par un acte (*qui peut être écrit – acte de société ou quelconque acte ultérieur – ou verbal, et même tacite en application de l'art. 1985 du Code civil.*) chargent une ou plusieurs personnes de représenter la personne juridique qu'ils ont créées (pour la réalisation de leurs objectifs), pour l'accomplissement d'actes d'administration, de direction ou de gestion.

Quand bien même les statuts ou un acte des associés n'auront pas déterminé les pouvoirs des dirigeants, et que la règle qui veut que l'Acte uniforme ou les autres réglementations sur les sociétés déterminent les pouvoirs des dirigeants sociaux lorsque les statuts ne l'ont pas fait sera appliquée, il ne s'agirait que d'une exception qui ne s'applique qu'au contenu des pouvoirs. Car, en principe les pouvoirs des organes de gestion ne sont pas définis par la loi, mais librement fixés par les associés (*POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), op. cit., n° 171, p. 74*).

Il est dès lors dévoyé d'imaginer que dans l'œuvre de détermination des pouvoirs des dirigeants, le législateur crée, ou autrement dit, nomme les dirigeants de société.

198. Par conséquent, il convient d'éviter toute forme d'interprétation superficielle ou artificielle de l'article 121 de l'AUSC. En effet, dire qu'à l'égard des tiers, les organes de gestion de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par l'Acte uniforme pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat spécial ; toute limitation de leurs

pouvoirs légaux par les statuts étant inopposable aux tiers, ne signifie aucunement que c'est l'acte uniforme la source de ces pouvoirs. Certes, ce sont ses dispositions qui indiquent l'étendue des pouvoirs généraux des dirigeants à l'égard des tiers, mais là se limite le rôle du législateur. Ce rôle concerne l'étendue de la mission des dirigeants et non son fondement, son existence.

Dès lors, la mainmise du législateur sur l'étendue des pouvoirs du dirigeant n'influe pas grandement sur la qualification du dirigeant comme mandataire. Elle est sans incidences déterminantes, puisque le fait que l'étendue d'une mission soit démontrée librement et même, qu'elle soit simplement présumée, n'est pas étranger à la théorie du mandat et, notamment à la qualification du mandat. L'étendue du mandat, contrairement à son existence pouvant, comme nous l'avons dit, être librement démontrée. Aussi, n'est-il que normal d'affirmer que ces personnes dont il détermine les pouvoirs sont, de par l'origine de leur désignation, des mandataires de la société, entité créée par les associés qui les nomment, pour parvenir à leurs fins.

II - Rôle intégralement appréhendé par la théorie du mandat

199. Dans la tentative de trouver la qualité juridique réelle des dirigeants, on est frappé, lorsqu'on essaie de considérer la théorie du mandat dans son intégralité, par la variété des mécanismes du mandat par lesquels une personne peut être qualifiée de mandataire. Et dès lors, la question se pose de savoir s'il n'y a pas lieu dans l'œuvre de qualification juridique des dirigeants sociaux, de considérer toutes les théories ou techniques qui sont susceptibles de contenir la qualité de dirigeant social dans leur intégralité ? En effet, quel qu'il soit, de droit ou de fait, le rôle du dirigeant social est appréhendé par la théorie du mandat. D'une part, ce rôle des dirigeants est fondamentalement représentatif (a) et d'autre part, il est appréhendé même par les mécanismes non conventionnels du mandat (b).

a - Caractère fondamentalement représentatif de la mission des dirigeants

200. La représentation est un procédé juridique qui permet à une personne, le représentant, d'agir aux lieux et places d'une autre personne, le représenté. Par essence, la technique de la personnalité morale requiert son utilisation. Mais, sans être « de l'essence du mandat », la représentation est de la nature ordinaire du mandat (*BENABENT (A), op. cit., n° 631, p. 404, contrairement à LE TOURNEAU, Rep. civ., Mandat, n° 48 ; le lien entre mandat et représentation n'est pas absolu. Il y a des représentations sans mandat et des « quasi-mandats » sans représentation (MALAURIE (Ph) et AYNES (L), Droit civil, les contrats spéciaux, 10^e éd., 1997, CUVAS, n° 532, p. 295)*) ; c'est un élément caractéristique important du mandat.

201. Relativement au droit des sociétés, la représentation est un critère indicatif non négligeable de la qualité de mandataire des dirigeants de sociétés. En effet, quel que soit le type de dirigeant social, sa mission recouvre un mode de représentation qui affecte sa qualité juridique ; le dirigeant exerce une mission qui comporte toujours un caractère représentatif. Ce caractère est plus ou moins visible suivant qu'il agit d'une manière ouverte ou non.

202. Traditionnellement, on distingue dans la représentation, le mode de représentation parfaite du mode de représentation imparfaite. Dans un système de représentation parfaite, le représentant est un intermédiaire qui agit au nom et pour le compte d'autrui. Le tiers qui traite avec lui sait et accepte que celui qui contracte avec lui n'est pas celui envers lequel il s'engage et qui s'engage envers lui. Dans un système de représentation imparfaite par contre, il y a dissimulation totale ou partielle de la qualité d'intermédiaire.

Toute société adoptant mécaniquement un système de représentation, les dirigeants dans leur globalité exercent soit l'un, soit l'autre de ces modes ; ou celle-ci est parfaite ou elle est imparfaite (*Il existe une contestation à propos de la notion de représentation imparfaite ; Vr sur la question IZORCHE (M. L.), A propos du « mandat sans représentation », D. 1999, chron., p. 369*). Mais dans tous les cas, la mission est une mission de représentation.

Le dirigeant de droit exerce une représentation parfaite tandis que le dirigeant de fait exerce une représentation imparfaite.

b - Appréhension du rôle des dirigeants par les mécanismes non conventionnels du mandat

203. D'une manière générale, le rôle des dirigeants sociaux est appréhendé par la théorie du mandat. Lorsque celui-ci déborde le cadre contractuel, le droit positif l'appréhende par défaut, par le biais des autres mécanismes du mandat. Aussi, qu'il s'agisse des hypothèses où le dirigeant est désigné par d'autres personnes que les associés (1) ou de celle où il s'est auto octroyé les pouvoirs de dirigeant (2), la théorie du mandat appréhende la situation.

1 - Hypothèse des dirigeants désignés par le juge ou d'autres organes

204. Cette hypothèse correspond à celles de l'administrateur provisoire et du syndic telles que décrites plus haut. Ici, la représentation effectuée par ces personnes déborde le cadre contractuel. Elle se conçoit sur le plan individuel et recouvre les cas où le juge ou des organismes tels que la COBAC, le président de la République ou même le Ministre des finances désignent un mandataire chargé d'agir pour la société, de façon provisoire, en raison d'une difficulté quelconque.

Ces cas de figures correspondent à des techniques

construites par la théorie du mandat et conférant à leurs agents la qualité de mandant ou de mandataire.

205. 201. Dans le cas de l'administration provisoire, il est indiscutable que le mandat judiciaire est le fondement traditionnel de l'administration provisoire. Par la nomination d'un administrateur provisoire dont il détermine l'étendue des pouvoirs, le juge crée une représentation, un « mandat judiciaire » admis par le Code civil (*Article 1984*), la jurisprudence et la doctrine (*COLLARD DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), op. cit., n° 632, p. 506, qui cite G. BOLARD, Administrateur provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit, JCP 1995, I, 3882*).

C'est ainsi qu'il est communément admis que l'administrateur provisoire est un mandataire désigné judiciairement. Cette qualification a la sympathie de la doctrine (*MERLE (Ph.), Droit commercial, sociétés commerciales, 4^e éd. D., n° 74, p. 550*).

206. Toutefois, lorsque l'administration provisoire s'effectue dans le cadre d'un établissement de crédit, d'une société d'assurances ou d'une entreprise publique ou parapublique, la source de la représentation attributive de la qualité de mandataire n'est plus judiciaire.

207. Dans les sociétés à capital public, l'administrateur provisoire est un mandataire désigné par une autorité représentant le plus gros associé de la société (*le président de la République pour les sociétés à capital public notamment*).

Par contre, lorsque l'administrateur provisoire est désigné par un organisme tel que la COBAC, le caractère d'organisme de contrôle doté de pouvoirs disciplinaires et de pouvoirs de désignation de dirigeants de crise place cet organe au même niveau que le juge. Ceci a été admis par la Cour de justice de la CEMAC dans son arrêt ADD du 16 mai 2002 où ce juge communautaire a reconnu à la COBAC la nature d'une juridiction lorsqu'elle statue comme instance disciplinaire (*Njoya Nkamga (B.), La COBAC dans le système bancaire de la CEMAC, Annales de la FSJP, Université de Dschang, t. XIII, 2009, p. 85 et s.*).

Ici, on n'est pas dans la situation du mandat légal tel que créée en droit français par la loi du 3 avril 1955 qui, confie à l'agent judiciaire du trésor qualité pour représenter l'État devant les juridictions. De même, ce rôle ne peut être qualifié de mandat « administratif » en ce qu'une telle qualification heurte sensiblement les constructions du droit administratif.

208. Dans le cas du syndic, on ne peut évoquer que le mandat judiciaire (*COLLARD DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), op. cit., et BENABENT (A.), op. cit., n° 635, p. 406 ; En droit français C. com., article L. 621-8*). En effet, le syndic est un mandataire désigné judiciairement. Cette qualité a également reçu une approbation de la doctrine qui le considère comme un

« mandataire rémunéré » désigné par le tribunal et chargé entre autres de représenter la masse des créanciers et d'assister le débiteur en cas de redressement judiciaire (POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU (Y.), *op. cit.*, n° 114, p. 41).

2 - Cas des dirigeants non désignés par une autorité quelconque : le mandat apparent et le mandat tacite

209. Cette hypothèse est celle des dirigeants de fait tels que définis dans nos développements précédents. Par l'effet de la loi et de la jurisprudence, on voit dans la situation des dirigeants de fait la consécration de quelques variantes de mandat à savoir le « mandat tacite » et surtout le « mandat apparent ».

210. Il y a mandat tacite lorsqu'une personne fait un acte au nom et pour le compte d'autrui qui y consent en silence (Art. 1985, al. 2). La volonté est déduite des circonstances. On n'est dès lors pas surpris de voir qualifier de dirigeant de fait, l'épouse qui « en pleine connaissance de cause établit elle-même des effets de commerce de complaisance afin de maintenir artificiellement l'activité de la société » (Cass. com., 8 octobre 1996, n° 94-19397, Dr. Sociétés 1996, n° 211 ; MESTRE (J.) VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD SEBASTIEN (Cb.), *Lamy sociétés commerciales éd. 2000*, n° 594, p. 262).

211. Mais très souvent, c'est du mandat apparent qu'il s'agit. Le « mandat apparent » signifie qu'une personne peut être valablement engagée par un intermédiaire qui avait l'apparence de mandataire, et si celui qui agit avec ce dernier l'a fait sous l'empire d'une croyance légitime. La jurisprudence (*L'arrêt de principe en la matière est celui de l'Ass. Plénière, 13 décembre 1962, Banque Canadienne nationale, D. 1963, p. 277, CALAIS AULOY*) en déduit qu'« en fait de mandat, la croyance légitime vaut titre ». Cette position est à raison étendue à la gestion des sociétés, car c'est par l'effet de la jurisprudence ou de la loi que se crée le « mandat apparent » reconnu notamment dans des hypothèses où aucun pouvoir contractuel n'a été conféré au mandataire apparent (BENABENT (A.), *op. cit.*, n° 635, p. 406).

Le « mandat apparent » n'est pas un contrat, mais une situation qui produit « par l'effet de la loi » certains effets du mandat. Il est une consécration qui permet d'expliquer des exceptions d'obligations similaires, c'est en raison d'un « régime légal » qui s'inspire du « mandat » mais non d'un contrat qui n'existe pas (*idem*). Ce régime assimile le dirigeant de fait au dirigeant de droit lorsqu'il s'agit des règles de responsabilité, et s'abstient à raison à lui accorder le statut du dirigeant de droit. Il en résulte que les dirigeants de fait ont soit la qualité de « mandataire tacite », soit celle de « mandataire apparent ».

212. Mais, dans tous les cas, il ne s'agit pas du mandataire type du Code civil mais, d'un mandataire « spécial », en raison du mécanisme particulier dans lequel s'insère ce mandat, fut-il « tacite » ou « apparent ».

B - Dirigeant social : un mandataire « spécial »

213. L'inscription de la représentation des dirigeants dans le mécanisme de la technique sociétaire spécifie la qualité du dirigeant. Il s'agit certes comme nous l'avons démontré d'un mandataire. Mais, son mandat se trouve particularisé par le fait que l'exercice de ses missions s'inscrit dans le cadre du mécanisme particulier de la technique sociétaire. Ce mécanisme fait du dirigeant social un mandataire particulier. C'est un mandataire « spécial » (*l'adjectif « spécial » n'est pas utilisé ici dans le sens du mandat « spécial » qui s'oppose dans la théorie du mandat au mandat « général » qui est celui qui englobe toutes les affaires du mandant. « Spécial » n'est pas utilisé ici pour désigner « le mandat (seulement) donné pour une ou plusieurs opérations déterminées dont la justification est en général exigée par la loi pour les actes graves » (CORNU (G.), op. cit., p. 535)*).

Ce caractère particulier est lié, tant à la technique sociétaire (I), qu'au caractère régulateur de l'intérêt social qui particularise cette technique. (II).

I - Caractère lié à la technique sociétaire

214. Pour les tenants de la thèse selon laquelle, le dirigeant de société est un « organe social », la société n'aurait pas de volonté propre susceptible de rendre opératoire la technique du mandat ; la volonté des associés ne pouvant être considérée comme celle de la société.

Ce raisonnement critiquable repose sur une méprise de la notion de personnalité morale appliquée au droit des sociétés. Pourtant, celle-ci constitue l'un des principaux traits caractéristiques de la technique sociétaire.

215. Au sens étymologique du terme (*per sonare*), la personnalité est ce qui permet d'entrer en relation avec les tiers, de jouer un rôle sur la scène juridique (GUYON (Y.), *Doit des affaires, Droit commercial général et sociétés, Economica, t. I, 12^e éd., 2003*, n° 127, p. 137).

Par la personnalité morale, l'acte de société transcende les volontés individuelles des associés pour donner naissance à un intérêt collectif qui permet de mieux atteindre la finalité recherchée par les associés : l'intérêt social. S'il est vrai qu'elle résulte de l'immatriculation, pour certaines sociétés, elle suppose au préalable et dans tous les cas, que les associés aient voulu qu'elle existe (*C'est ainsi que la société en participation n'a pas la personnalité morale par ce que les associés conviennent qu'elle ne sera pas immatriculée. Vr l'art. 854 de l'AUSC*).

-216. Dans cette opération, les associés ne perdent pas leurs individualités. Ils conservent leurs intérêts propres. mais par la création sociétaire, une logique collective s'ajoute aux différentes logiques individuelles pour donner naissance à un intérêt collectif (ASENCIO (St.), *op. cit.*, n° 21, p. 700) : l'intérêt social (*Cette logique épouse la*

construction du professeur Jean PAILLUSSEAU pour qui l'intérêt social c'est l'intérêt de l'entreprise. Bien que cet auteur appartienne à la doctrine institutionnelle, il y a lieu d'adhérer à cette partie de sa construction parce qu'elle est techniquement tenable. *Vr à propos*, MOUTHIEU (M.-A.), *op. cit.*, p. 112). Dans cette transcendance, la logique collective s'impose certes, mais elle n'est pas intrinsèquement supérieure à toute logique autre. Au contraire, elle ne s'impose qu'en complément des logiques individuelles qui demeurent. Ceci justifie que d'une part, elle suppose au préalable l'existence de son acte fondateur, à savoir la décision de constituer la société, et d'autre part, qu'on admette que le dirigeant agit au nom et pour le compte de la société et non des associés.

C'est que, le mécanisme de la technique sociétaire particularise le mandat social, soit en lui ôtant des caractéristiques qui sont inhérentes au mandat ordinaire, soit en lui ajoutant des caractères nouveaux liés, tant à la personnalité morale telle que systématisée par le droit spécial des sociétés, qu'à l'intérêt social qui en découle et régule la fonction de dirigeant.

217. L'existence de la personnalité morale n'empêche pas l'existence de mandat dans une société. Une conception purement technique de la personnalité morale s'impose et autorise d'affirmer qu'il n'y a pas annihilation de toute volonté constitutive de convention de mandat par la technique sociétaire ; la personnalité morale ne constitue pas un écran opaque dépourvu de fil conducteur. Avec elle, le mandat demeure et est simplement marqué par le mécanisme particulier de la technique sociétaire qui le particularise.

Il en résulte que l'acte de société, contrat ou acte unilatéral est un acte spécial ; il régit les rapports d'individus concernés, dans une optique collective, situation qui ne peut échapper à toute réflexion sérieuse sur la qualité du dirigeant.

218. Il en découle dès lors que le dirigeant de société est un mandataire « spécial » à l'image de ce mandat qui est ainsi « spécial », par l'effet de la technique sociétaire. La mission du dirigeant s'insère dans un mécanisme plus global qui est particulier ; celui de la société avec personnalité morale (*Il est à noter que même dans la société en participation dépourvue de personnalité morale, l'intérêt social est pris en compte lorsque la gestion sociale a donné lieu à une crise sociale suscitant l'intervention du juge*). Cette situation confère au mandat du dirigeant une indiscutable spécificité, d'ailleurs consubstantielle au caractère régulateur de l'intérêt social qui en découle.

II - Spécificité liée au caractère régulateur de l'intérêt social

219. Entité juridique distincte, la société a un intérêt propre différent de celui des associés qui la compo-

sent. « *C'est au nom de cet intérêt social (qui est un compromis entre l'individualisme libéral et la prise en compte de l'intérêt général), et de l'enjeu de ce groupement sur le plan économique que la plupart des règles qui la gouvernement ont été édictées* » (MOUTHIEU (M.-A.), *op. cit.*).

220. L'intérêt social dans son acception qui nous semble la mieux indiquée en l'état actuel du droit de l'OHADA, à savoir l'intérêt de l'entreprise, permet de protéger la société en assurant son fonctionnement correct et sa pérennité. Il occupe une place importante dans le mécanisme de la technique sociétaire et particularise le mandat social. L'appartenance du Professeur Jean PAILLUSSEAU à l'école de Rennes, ne l'a d'ailleurs pas empêché de reconnaître que « (...) À cet égard, la notion d'intérêt social revêt une très grande importance. C'est l'intérêt propre d'une entité autonome et indépendante. C'est dans le sens de cet intérêt social que les dirigeants doivent exercer leurs pouvoirs » (PAILLUSSEAU (J.), *L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir, petites affiches, 19 juin 1996, n° 74, p. 157 et s.*).

C'est cet intérêt social qui constitue la « boussole » du commandant du bateau société qu'est le dirigeant. C'est lui qui doit diriger son action parce que considéré comme sa lanterne (PIROVANO (A.), *La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? D. 1997, chron., p. 189 et s.*). Dans ce contexte, l'intérêt social confère au mandat du dirigeant une indiscutable spécificité (ASENCIO (St.), *op. cit.*, n° 15, p. 695).

221. Il y a lieu toutefois de le distinguer de la notion d'intérêt commun qui, appliquée au mandat, a amené certains auteurs à estimer que le dirigeant social est en réalité un mandataire d'intérêt commun (a). Bien plus, l'intérêt social justifie la diversification des modes de détermination des pouvoirs des dirigeants à laquelle on assiste (b).

a - Intérêt social s'oppose à la qualification des dirigeants comme mandataire d'intérêt commun

222. La construction qui confère au dirigeant social la qualité de mandataire d'intérêt commun établit une situation qui mérite une appréciation attentive. Pour M. Stéphane ASENCIO, le dirigeant doit être ainsi qualifié en raison, aussi bien des droits qui lui sont accordés et notamment les moyens de défense qui lui sont reconnus en cas de révocation, que des devoirs qui lui sont imposés.

Sans égard des enjeux et implications en droit prospectif de cette qualité, relevés par cette doctrine, la qualification de mandataire d'intérêt commun semble reposer sur une argumentation limitée. En effet, les développements récents de la notion d'intérêt social ont considérablement obscurci celle d'intérêt commun et par voie de conséquence, grandement appauvri cette

construction. D'une part, cette doctrine se méprend sur les contours du régime juridique du mandat d'intérêt commun (1). D'autre part, elle banalise trop les questions notionnelles (2).

1 - Opposition liée aux difficultés notionnelles

223. La notion de mandat d'intérêt commun appliquée aux dirigeants de sociétés par cette doctrine constitue le premier pan de difficultés qui justifient l'opposition à la qualification des dirigeants sociaux comme mandataire d'intérêt commun. En effet, cette notion dégagée par la jurisprudence à la fin du XIX^e siècle pour contrebalancer la liberté de révocation reconnue au mandant doit être comprise telle qu'elle est élaborée par les recettes jurisprudentielles et, le cas échéant, notamment lorsque le législateur a décidé de la reprendre, comme il l'a fait.

224. Pour qu'un mandat soit d'intérêt commun, il faut qu'il n'ait pas été conclu dans le seul intérêt du mandant, mais aussi dans celui du mandataire (*MALAUURIE (Ph) et AYNES (L), Droit civil, les contrats spéciaux, 10^e éd., 1997, CUVAS, n° 557, p. 312*). L'idée qui a présidé cette construction prétorienne est que, si le contrat ne sert plus comme à l'ordinaire l'intérêt exclusif du mandant mais, aussi celui du mandataire, sa révocation porte préjudice à ce dernier ; le mandat doit prendre en considération cette particularité (*BENABENT (A), op. cit., n° 682, p. 435*).

Qualifier le dirigeant social de mandataire d'intérêt commun revient dès lors à affirmer que le mandat qui fonde sa mission a été conclu également dans son intérêt.

225. Toutefois, à s'en tenir à l'approche jurisprudentielle actuelle de cette notion, qualifier le dirigeant social de mandataire d'intérêt commun revient à affirmer que le dirigeant « *trouve un intérêt non pas dans la seule rémunération de sa mission, mais dans l'activité qu'il déploie au service de son mandant, activité qui doit en même temps servir ses propres intérêts* » (*BENABENT (A), op. cit., n° 682, p. 435*). Or, il est constant que « *contrairement à ce qui pourrait paraître logique, le seul fait que le mandat soit onéreux ne suffit pas, selon la jurisprudence, à caractériser un intérêt commun* » (*MALAUURIE (Ph) et AYNES (L), op. cit. ; BENABENT (A), op. cit. ; Cass. com., 20 janvier 1971, Bull. IV, n° 20 : « La stipulation d'un salaire ne permet pas à elle seule de considérer le mandat comme étant donné dans l'intérêt du mandataire » ; Civ. 1^{re}, 11 juin 1969, Bull. I, n° 223*).

Cette donnée, ajoutée au caractère fondamentalement facultatif de la rémunération des dirigeants sociaux, crée une certaine ambiguïté dans l'acceptation de cette qualification. Certes relativement aux dirigeants associés, cette qualité peut facilement être admise. Mais, elle a de la peine à l'être pour les dirigeants non associés.

Du moment où on connaît l'ampleur des dirigeants technocrates à la tête des sociétés, on ne peut que s'interroger sur l'opportunité de cette qualification. Car, cet intérêt qui justifierait la qualité de mandataire d'intérêt

commun est difficilement perceptible dans leur hypothèse. À moins d'aller trop loin dans l'anthropomorphisme. Or, il est très inconséquent de s'y résoudre alors même que les contours exacts de la notion d'intérêt commun sont empreints d'une certaine ambiguïté liée à la distinction opérée par la jurisprudence entre l'intérêt du mandataire et sa rémunération ; celle-ci étant « *trop subtile et imprécise pour être satisfaisante* » (*BENABENT (A), op. cit., n° 682, p. 435*).

226. Assurément, c'est un luxe à ne pas s'offrir en l'état actuel du droit OHADA. Au lieu d'y jeter son dévolu, il conviendrait de rechercher ailleurs, dans la notion d'intérêt social, la qualification ou le fondement de la qualité à attribuer aux dirigeants de sociétés.

227. Certes, cette idée rencontrera l'objection selon laquelle la notion d'intérêt social elle-même est encore en plein développement. S'il est vrai que ceci est indiscutable, il y a lieu de dire à ce propos que ses contours sont plus certains que ceux de l'intérêt commun (*Vr à propos, MOUTHIEU (M.-A.), op. cit.*). Ce d'autant plus que, comme l'affirme Mme Monique-Aimée MOUTHIEU (*in thèse et ouvrage précités.*), « ces deux notions (intérêt social et intérêt commun) ne se superposent pas ».

En se fondant sur les rôle et place de l'intérêt social dans la technique sociétaire ainsi que son impact dans la qualification des dirigeants sociaux, on trouve juste motif d'affirmer que l'intérêt social, en tant que régulateur du mandat social, affecte particulièrement la qualification du dirigeant de société et rend inopportune en l'état actuel du droit la qualification des dirigeants sociaux comme des mandataires d'intérêt commun. Le cas échéant, un effort préalable supplémentaire doit être fait dans le sens de la précision du sens et des contours de la notion d'intérêt commun.

2 - Opposition liée à la sublimation du régime juridique du mandat d'intérêt commun

228. Relativement au régime juridique du mandat d'intérêt commun, on admet que « *la seule conséquence de la qualification de mandat d'intérêt commun est que sa révocation (toujours possible) engage le mandant à indemniser le mandataire du préjudice qu'elle lui cause* » (*BENABENT (A), op. cit., n° 683, p. 435*).

Pour la doctrine, « *c'est au regard de certains droits accordés et certains devoirs imposés au dirigeant de société que cette qualité se révèle effectivement* » (*ASENCIO (St.), op. cit., n° 26, p. 704*).

229. Pour ce qui est des droits accordés aux dirigeants cette doctrine estime que, parce que le mandat d'intérêt commun n'est en principe révocable que pour « justes motifs », la qualité de mandataire d'intérêt commun est évidente pour les dirigeants révocables pour « justes motifs ». Parce que depuis quelque temps, la jurisprudence permet par le biais de l'abus de droit ou du principe du contradictoire, aux dirigeants révocables

ad nutum, d'obtenir des dommages et intérêts, elle en conclut que cette disposition a pour effet de conférer la qualité de mandataire d'intérêt commun aux dirigeants révocables *ad nutum*.

230. Ce raisonnement qui consiste à qualifier de mandataire d'intérêt commun ces dirigeants révocables *ad nutum* en raison du contrôle du motif de révocation qu'entraînent ces deux techniques est limité.

En effet, relativement à la question de l'indemnisation, bien que ce droit à indemnisation ne soit pas d'ordre public et peut ainsi être écarté par des clauses contractuelles (*BENABENT (A)*, *op. cit.*, n° 683, p. 436; *MALURIE (Ph)* et *AYNES (L)*, *op. cit.*, n° 557, p. 310), la validation par la troisième chambre civile de la Cour de cassation française de l'insertion dans les statuts de sociétés civiles d'un mécanisme de révocation *ad nutum* justifie qu'un raisonnement pareil puisse être tenu relativement aux dirigeants révocables pour « justes motifs ». Ainsi, relativement aux dirigeants révocables *ad nutum*, on peut également affirmer qu'en dépit des effets de l'admission des moyens de défenses qui rapproche ce régime de révocation de celui des dirigeants révocables pour juste motif, le principe en la matière demeure la révocation *ad nutum* avec simplement l'exigence de respecter le principe du contradictoire qui ne signifie nullement révocation pour « justes motifs ».

Pour ce qui est de l'abus de droit dont le recours, contrairement au droit à l'indemnisation, est d'ordre public, il en découle que sa recherche dans la révocation des dirigeants ne comporte pas d'influence particulière sur la qualification des dirigeants, puisqu'il est recherché tant dans la révocation des dirigeants révocables pour « justes motifs » que dans celle de ceux révocables *ad nutum*.

231. En ce qui concerne les devoirs des dirigeants, l'opposition se fonde plutôt sur la tendance qu'a cette doctrine à ignorer l'intérêt social au profit de l'intérêt commun. S'il est certes vrai que certaines obligations d'informations des associés, ou même dans une certaine mesure l'obligation de loyauté, peuvent se justifier par l'intérêt commun évoqué à l'alinéa 2 de l'article 4 de l'AUSC, il y a lieu de reconnaître que cette réalité n'a pas pour effet d'obscurcir l'intérêt social qui, de toute façon fonde plus les obligations des dirigeants par l'effet de la technique sociétaire. Deux arguments au moins permettent de percevoir cette réalité.

D'une part, le développement et le renforcement de l'obligation d'information à l'endroit des dirigeants n'est pas justifié par l'intérêt commun des associés ou de la société, mais par l'intérêt social tel que compris ici (*Cass. com.*, 2 juillet 1985, *Consort Cointreau et autres C/ société Remy-Martin et autres*, *Bull. civ. IV*, n° 203. *Rev. sociétés* 1986, p. 231, note *LE CANNU (P.)*; *Cass. com.*, 1^{er} décembre 1987, *M. DENNERY C/ société anonyme Ets Dennery*, *Bull. civ. IV*, n° 260, *Rev. sociétés* 1988, p. 237, note *LE CANNU (P.)*). Il en est de même

dans l'hypothèse du délit pénal d'initié, lorsqu'il est demandé aux dirigeants de ne pas profiter de leurs positions pour léser de ce fait les intérêts de la société ou des associés. La justification se trouve (même si ce n'est pas exclusivement) dans l'intérêt social.

D'autre part, justifier l'admission récente du devoir de loyauté en droit des sociétés par l'intérêt commun et y fonder la qualité de mandataire d'intérêt commun du dirigeant n'est pas tenable. En effet, rien ne justifie la banalisation de l'intérêt social au profit de l'intérêt commun, sur le fondement de l'admission du devoir de loyauté en droit des sociétés. Au contraire, bien qu'il soit vrai que l'intérêt commun n'est pas réservé à la qualité d'associé, mais à tous ceux qui ont un pouvoir quelconque dans la société, il est aussi vrai que le devoir de loyauté des dirigeants trouve son fondement plus et parfois exclusivement, dans l'intérêt social.

b - Intérêt social : fondement de la diversification des modes de détermination des pouvoirs des dirigeants

232. L'un des arguments utilisés pour qualifier les dirigeants d'« organe social » consiste à affirmer que c'est la loi qui détermine leurs pouvoirs. Pourtant une bonne compréhension de la technique sociétaire et des rôle et place de l'intérêt social dans le mécanisme sociétaire amenuise considérablement la conséquence attachée à la diversification des modes de détermination des pouvoirs des dirigeants à laquelle on assiste. En effet, en réalité, d'une part l'intérêt social fonde la détermination de ces pouvoirs par la loi (1), d'autre part, il justifie les restrictions apportées à ces pouvoirs (2).

1- Intérêt social : justification de la détermination légale des pouvoirs des dirigeants sociaux

233. Le dirigeant ne peut gérer la société qu'en respectant l'intérêt social. En effet, l'intérêt social constitue un impératif de gestion sociale. A l'image d'autres législations, le législateur OHADA tente par cette notion de protéger, dans le cadre du droit des entreprises, non seulement les intérêts individuels des associés, mais aussi ceux de la société elle-même, et les intérêts les plus généraux des tiers, voire de l'économie toute entière (*MOUTHIEU (M.-A.)*, *thèse préc.* n° 472, p. 423).

Sur le fondement de l'intérêt social, il semble dès lors normal que la détermination des pouvoirs du dirigeant relève de la compétence du législateur. L'article 121 de l'AUSC sur le plan plus général, ainsi qu'une nombreuse jurisprudence (*Cass. com.*, 21 décembre 1987, *Bull. Joly* 1998, p. 194, note *LABORDE (J.-P.)*; *Rev. sociétés* 1988, p. 398, note *SYNVET (H.)*; *Cass. com.*, 9 mars 1933, *Bull. civ. IV*, n° 94, p. 64; *Rev. sociétés* 1993, p. 584; *RJDA* 1993, n° 617, p. 546; *Vr également MOUTHIEU (M.-A.)*, *thèse préc.* note n° 1497, p. 423.) en font témoignage. L'article 277 du même Acte uniforme précise d'ailleurs, pour ce qui est des SNC et SCS que, « dans les rapports entre associés et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous les actes

de gestion dans l'intérêt de la société ». Cette position est confirmée et même renforcée aux articles 328, 329, 435, 465 et 472 de l'AUSC.

Il en résulte que, tant que les actes du dirigeant ne heurtent, ni directement, ni indirectement l'intérêt social, l'on doit pouvoir les admettre, même s'il a agi vis-à-vis des tiers en dehors de l'objet social.

234. Ceci démontre combien il est superficiel d'attribuer au dirigeant la qualité d'organe social parce que ses pouvoirs sont déterminés par la loi. Le dirigeant est un mandataire « spécial » en raison de la technique sociétaire qui favorise, sur le fondement de l'intérêt social, une telle emprise du législateur sur la détermination de l'étendue de ses pouvoirs. Emprise qui s'exerce cependant aussi dans le sens d'une restriction de ces pouvoirs.

2 - Intérêt social, fondement de la restriction des pouvoirs des dirigeants sociaux

235. Le respect de l'intérêt social par les dirigeants guide leur action au sein de la société et vis-à-vis des tiers.

Généralement il est admis qu'en droit, l'exigence du respect de l'intérêt social est opportune au motif que sous réserve des règles légales ou statutaires relatives à la répartition des pouvoirs, l'intérêt de la personne morale constitue la limite de leur exercice qui doit tout à la fois s'inscrire dans le cadre de l'activité définie par l'acte constitutif du groupement et viser à la satisfaction du but qui lui est assigné (*MOUTHIEU (M.-A.), thèse préc. n° 481, p. 43, qui cite ainsi WICKER (G.), Rép. Civ. Dalloz, V. personne morale, 31*).

C'est dire que la notion d'intérêt social mieux que celle d'objet social justifie les restrictions d'ordre général ou plus spécifiques aux pouvoirs des dirigeants. C'est ainsi que sur les points tels que la compétence des dirigeants à constituer des sûretés au nom de la société ou même à conclure des conventions avec la société, le législateur exige que ces conventions soient, soit autorisées, soit interdites.

236. Dès lors dans la mesure où il ressort clairement que l'intérêt social particularise le mandat social en fondant, non seulement la détermination légale des pouvoirs des dirigeants sociaux, mais aussi des restrictions particulières aux pouvoirs des dirigeants sociaux, il n'y a pas lieu d'utiliser cet argument pour refuser aux dirigeants la qualité de mandataire.

237. En optant pour une interprétation complète de la théorie du mandat à laquelle s'apparentent au mieux leurs missions, on constate que les dirigeants sociaux ont une qualité juridique qui transcende l'essentiel des griefs qui ont été avancés à cet égard.

Deux éléments militent principalement en faveur de cette affirmation : fondamentalement, la mission des dirigeants a une source essentiellement volontariste d'une part, et le rôle du dirigeant est intégralement appréhendé par la théorie du mandat d'autre part.

Le caractère composite de la typologie des dirigeants n'y change rien. Le dirigeant social quel qu'il soit est un mandataire, en ce que sa mission et son rôle épousent l'un ou l'autre des mécanismes déterminants de la théorie du mandat. À la limite même, le caractère fondamentalement représentatif de ses fonctions est une justification supplémentaire de cette qualité, en ce que ces fonctions correspondent tant au mode de représentation parfaite qu'au mode de représentation imparfaite ; la représentation étant tout de même un critère non négligeable de qualification de moult variantes du mandat.

Toutefois, le dirigeant social établi en droit OHADA n'est pas le mandataire type du Code civil. C'est un mandataire « spécial » en raison du mécanisme particulier de la technique sociétaire dans lequel s'opère son mandat. Ce mécanisme justifie d'ailleurs qu'on admette par exemple qu'agissant au nom et pour le compte de la société et non directement au nom et pour le compte de ses mandants – les associés –, il n'en constitue pas moins un mandataire.

C'est un mandataire « spécial ». Cette qualité est liée, entre autres, au fait que la société soit elle-même une entité « spéciale » dominée par la notion d'« intérêt social », qui s'oppose toutefois à des spécifications excessives de la qualité de dirigeant, à l'instar de celle qui aboutit à considérer le dirigeant comme un mandataire « spécial » d'intérêt commun.

Titre II : Pouvoirs des dirigeants sociaux

238. Les réformes législatives récentes ont entraîné une évolution considérable dans les prérogatives des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA. En effet, au-delà de l'enjeu de clarification des règles relatives au fonctionnement des sociétés en général (*NGUEBOU TOUKAM (J.), Environnement juridique et développement du secteur privé, Revue africaine des Sciences Juridiques, vol. II, n° 1, 2001, p. 37*), ce sont les prérogatives des dirigeants qui en sont sorties modifiées. Dans son effort d'opérer un toilettage de la matière, le législateur a opté pour une accentuation desdites prérogatives, notamment en ce qui concerne les pouvoirs et les avantages des dirigeants.

239. Cet effort, d'ailleurs appuyé par la jurisprudence, contribue davantage à professionnaliser la fonction de dirigeant social. Cependant, l'opération d'intensification des pouvoirs des dirigeants sociaux à laquelle on assiste est assortie d'une série de moyens d'encadrement de ces pouvoirs, au nom de l'intérêt social. Le régime de leur responsabilité est, comme il sera vu dans le prochain titre, l'un de ces moyens. La procédure d'alerte en est un autre, plus subtile encore.

240. Le terme pouvoir vient du latin *potere* et désigne une prérogative juridique (pouvoir de droit, fondé en droit). Le Vocabulaire juridique Gérard Cornu (8^e éd. mis à jour 2007) le définit comme étant « *l'aptitude d'origine légale, judiciaire ou conventionnelle à exercer les droits d'autrui (personne physique ou morale) et à agir pour le compte de cette personne dans les limites de l'investiture reçue (pouvoir d'administrer, de disposer, etc.) qui correspond en général, pour celui qui l'exerce, non seulement à un droit d'agir qui fonde son intervention (et rend l'acte par lui accompli obligatoire pour le représenté) mais à une mission (emportant soit obligation d'agir, soit au moins devoir de diligence, avec faculté d'appréciation)* ».

Au regard de cette définition et des constructions mises en place par le droit positif, relativement aux pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA, il résulte que le droit des pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA est marqué par un double mouvement : d'une part, une intensification de ces pouvoirs (chapitre 1) et, d'autre part, l'affirmation d'un droit de regard ou d'immixtion de certains organes sociaux dans l'exercice de ces pouvoirs (chapitre 2).

Chapitre 1 : Intensification des pouvoirs des dirigeants

241. En principe, les pouvoirs des dirigeants sociaux ne sont pas définis par la loi, mais librement fixés par les statuts. Les statuts peuvent leur conférer des pouvoirs larges ou très étroits (POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), *op. cit.*, n° 171, p. 74 ; NGUEBOU TOUKAM (J.) *op. cit.*, p. 38).

Cette règle fait cependant l'objet de trois aménagements d'origine aussi bien jurisprudentielle que législative. D'abord, lorsque les statuts n'ont pas défini ces pouvoirs, c'est la loi qui le fait. Ensuite depuis l'arrêt MOTTE du 4 juin 1946 (*Cass. Civ.*, 4 juin 1946, *JCP. 1947, II, 3518, note BASTIAN*) qui consacra le principe de la hiérarchie des organes des sociétés anonymes, chaque organe de la société est doté de pouvoirs qui lui sont propres (COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 702, p. 260). Enfin, dans l'hypothèse des dirigeants « exceptionnels », ces pouvoirs sont définis, soit par le juge, soit par l'autorité qui désigne le dirigeant.

242. Pendant longtemps, la nécessité d'une amélioration du statut des dirigeants sociaux sur le plan de leurs pouvoirs s'est fait ressentir. Dans ce contexte, le législateur OHADA a opté pour un renforcement de ces pouvoirs, en vue de répondre aux souhaits émis à cet effet. Par une approche simple visant à clarifier les problèmes que pose la détermination des pouvoirs des dirigeants et, notamment celui de savoir à quelles conditions leurs actes engagent la société tout entière, il a effectué une amélioration nécessaire de ces pouvoirs : une intensification qui ne se limite pas à son aspect le plus perceptible relatif aux pou-

voirs des dirigeants vis-à-vis des tiers, mais s'étend également aux pouvoirs des dirigeants vis-à-vis des associés. Cette opération a bénéficié du concours de la jurisprudence.

Sur le plan des pouvoirs externes des dirigeants, l'œuvre a consisté essentiellement à la généralisation de la règle du pouvoir légal du dirigeant (section 1). Sur le plan de leurs pouvoirs internes, elle a consisté au renforcement des pouvoirs internes des dirigeants (section 2).

Section 1 - Généralisation de la règle du pouvoir légal des dirigeants

243. Au-delà des controverses sur la nature conventionnelle ou légale de l'origine des pouvoirs des dirigeants, une constance s'affirme relativement au rôle des dirigeants : le dirigeant, de droit ou « exceptionnel », est appelé à exercer des fonctions de représentation, d'administration ou de direction de la société.

Les pouvoirs liés à ces missions se posent variablement suivant le mode de gestion adopté par les personnes qui les désignent ou le type d'interlocuteur auquel le dirigeant doit répondre.

244. Jadis, pour éviter que le dirigeant ne soit pas un danger public, compte tenu de l'importance de ses pouvoirs, le droit positif avait entendu encadrer ses fonctions. Dans cette œuvre, la question de l'étendue des pouvoirs des dirigeants s'était posée. À cette question, le droit positif avait entendu faire de l'objet social, la liberté statutaire et du droit de regard des autres dirigeants en cas de gestion plurale, des critères de limitation de pouvoirs des mandataires sociaux. Il en résultait alors une double règle. D'une part, en principe, les pouvoirs de gestion ne sont pas définis par la loi mais, librement fixés par les statuts ; qui peuvent conférer des pouvoirs larges ou très étroits, notamment dans l'ordre interne (NGOMO (A.F.) *Guide pratique du droit des sociétés commerciales au Cameroun PUA*, 1^{re} éd., n° 107, p. 34 ; *Vr les articles 1856 et 1859 du Code civil.*). D'autre part, l'objet social et les clauses limitatives régulièrement publiées rendent opposables aux tiers certains actes accomplis par les dirigeants (*Vr les articles 1856 et 1859 du Code civil.*).

Concrètement, il était admis que vis-à-vis des associés, les dirigeants ont tous pouvoirs pour diriger la société dans l'intérêt de celle-ci. Mais, les statuts pouvaient valablement limiter ces pouvoirs (NGOMO (A.F.) *op. cit.* ; *Vr aussi les articles 1856 et 1859 du Code civil.*). Vis-à-vis des tiers, les dirigeants n'avaient de pouvoir qu'en considération de l'objet social et des statuts ; c'est-à-dire que l'objet social et les restrictions statutaires aux pouvoirs des dirigeants constituaient de réelles limites à ces pouvoirs (*articles 1856 et 1859 du Code civil.*). Il était nécessaire en ces temps-là de toujours vérifier les statuts d'une société avant de traiter avec elle, de

peur de la voir contester plus tard l'acte passé avec son dirigeant en dépassement de pouvoir.

245. Cette règle était bien sévère pour les tiers. Aussi, la loi du 7 mars 1925 (*rendue applicable au Cameroun par le décret du 14 mai 1930 instituant des sociétés à responsabilité limitée dans le territoire du Cameroun placé sous le mandat français*, J.O.C., p. 402) a entendu en affranchir les dirigeants des SARL en posant à l'article 23, alinéa 2 le principe suivant : « *Le gérant est investi de tous les pouvoirs pour agir au nom de la société, en toutes circonstances. Les clauses statutaires qui peuvent limiter les pouvoirs dans les rapports avec les associés sont inopposables aux tiers* » (NGOMO (A.F.), op. cit., n° 417, p. 122). En 1973, l'article 10 de la loi n° 73/10 du 20 décembre 1973 l'a étendu au Gabon au Président du Conseil d'Administration.

Ce principe qualifié de règle du pouvoir légal des dirigeants (POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), op. cit., n° 172, p. 75) avait pour implications essentielles que le gérant soit le seul représentant légal de la SARL et en tant que tel, exerce seul les prérogatives reconnues à tout chef d'entreprise et bénéficie à cet égard des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société. Le tiers qui traite avec le gérant ne peut se voir opposer une limitation statutaire ou conventionnelle des pouvoirs de celui-ci.

246. Cette règle, qui améliore les pouvoirs des dirigeants sociaux, a l'avantage d'assurer en même temps la sécurité des tiers qui contractent avec la société. Cet élément explique qu'on ne soit pas surpris de constater que la réforme OHADA ait opté pour sa généralisation à toutes les sociétés. En réalité, pour les pays de la CEMAC, elle faisait déjà partie des innovations proposées par le projet de code des sociétés de l'UDEAC qui fit de cette généralisation un élément essentiel de clarification des fonctions des dirigeants (POUGOUÉ (P.-G.), *Scolie sur le projet de code des sociétés UDEAC*, *Rév. Jur. Afr.* n° 1, 1991, p. 20).

Ainsi, suivant le pas de l'évolution observée ailleurs et notamment en droit français ou même en droit guinéen issu du Code des activités économiques de la Guinée Conakry, les réformes législatives récentes ont, dans l'ensemble, adopté cette règle et, ceci dans toutes les sociétés. Les dirigeants « exceptionnels » ne semblent pas y échapper.

L'affirmation de cette règle (§1) s'est faite d'une manière tout à fait particulière en ce que le législateur l'a accompagné d'une précision du régime des limitations des pouvoirs des dirigeants vis-à-vis des tiers (§2).

§1 - Affirmation de la règle du pouvoir légal des dirigeants sociaux

247. Le législateur africain généralise la règle du pouvoir légal des dirigeants en la rendant applicable à

toutes les sociétés commerciales à travers une affirmation générale de son principe (A). Cette affirmation, qu'il renforce par des applications particulières effectuées dans chaque type de société, est appuyée par la jurisprudence (B) (*la survivance des articles 1856 à 1859 du Code civil de 1804 dans notre espace fait que l'essentiel de cette évolution concerne les sociétés commerciales et les sociétés réformées après le Code civil à l'instar des sociétés coopératives*).

A - Principe général

248. Ce principe est affirmé, aussi bien eu égard aux dirigeants de droit, que vis-à-vis des dirigeants « exceptionnels ».

249. Pour ce qui est des dirigeants de droit, il est posé par l'article 121 de l'AUSC. Cet article, qui fait partie des dispositions de l'AUSC relatives aux principes généraux applicables aux pouvoirs des dirigeants sociaux, pose la règle du pouvoir légal des dirigeants en ces termes : « *À l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par le présent Acte uniforme pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers* ».

250. Loin d'être une révolution, ceci est une évolution considérable, tant elle tranche avec l'essentiel des règles du passé. Le principe est clairement posé : désormais, les mandataires sociaux ont tous pouvoirs pour agir au nom de la société en toutes circonstances. Ils disposent de tout pouvoir pour engager la société, toute clause limitative de leurs pouvoirs étant inopposable aux tiers. Les tiers qui entrent en relation avec la société sont, pour ainsi dire, dispensés de vérifier les pouvoirs du représentant de la société (NGUEBOU TOUKAM (J.), op. cit., n° 9, p. 38 ; POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), op. cit., n° 173, p. 75).

Il en résulte de manière générale, que le dirigeant est le représentant irréductible de la société ; l'interlocuteur normal, indépendamment des arrangements statutaires réalisés par les statuts ou d'autres conventions (*Tribunal Régional Hors classe de Dakar, jugement n° 1832 du 7 décembre 1999, Ibrahima Diallo et Mariama Kasso Diallo C/ La société Mobil Oil Sénégal. Ohadata J-04-25 ; Issa-Sayegh (J.), Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005, p. 654, n° 62*).

251. Incontestablement conçue pour assurer la sécurité des tiers qui contracteraient avec la société, cette règle a pour implication, l'engagement de la société par les actes posés par ses dirigeants. En ce sens d'ailleurs, l'article 122 de l'AUSC dispose que la société est engagée par les actes des organes de gestion, de direction

et d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou, qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

Ainsi par principe, les dirigeants ont tous pouvoirs pour agir au nom de la société. Ils engagent valablement la société par leurs actes, qu'ils soient compatibles ou non avec l'objet de la société, qu'il s'agisse d'actes de gestion courante, d'administration ou de disposition.

252. La présence de ces dispositions dans le livre 2 de la première partie de cet Acte uniforme à savoir, les dispositions générales sur les sociétés commerciales et notamment le titre I intitulé « *Pouvoirs des dirigeants sociaux – principes généraux* », est la preuve de la volonté du législateur africain de généraliser la règle du pouvoir légal des dirigeants sociaux à toutes les sociétés commerciales et à toutes les hypothèses de gestion sociale. Sur cette base, il est légitime de penser que cette généralisation se réalise également vis-à-vis des dirigeants « exceptionnels » et, notamment, de l'administrateur provisoire et du syndic.

253. Pour ce qui est de l'administrateur provisoire, il est notoire qu'il n'est généralement désigné que pour éviter ou résoudre les situations nées des conflits inter-organiques ou infra-organiques. Il appartient par conséquent à la décision qui le nomme de préciser l'étendue de ses pouvoirs (*MERLE (Ph), Droit commercial, sociétés commerciales, 4^e éd. Précis Dalloz, n° 576*).

Il n'y a pas de règles générales quant à la détermination de ces pouvoirs. Mais, il ressort de différentes constructions jurisprudentielles et législatives que, les pouvoirs de l'administrateur provisoire peuvent être généraux ou limités (*KALIEU (Y.), Cour d'Appel du Littoral, arrêt n° 38/réf du 10 février 1999, juris périodique n° 42, avril-mai-juin 2000, p. 52*).

Selon la formule très généralement utilisée par les tribunaux, l'administrateur provisoire est investi de tous les pouvoirs conférés par la loi au dirigeant social, lorsqu'ils sont généraux (*MERLE (Ph), op. cit. ; Cass. com., 6 mai 1986, Rev. sociétés, 1987, p. 286, GUYON (Y.) ; Paris, 3 décembre 1993, Bull. Joly 1994, n° 79, p. 299, SAINTOURENS (B.)*). Ainsi on s'accorde à dire, lorsqu'aucune restriction n'a été expressément faite à sa mission, directement ou indirectement, que l'administrateur provisoire a reçu une mission générale. Dans ce cas, il voit ses pouvoirs calqués sur ceux d'un dirigeant normal (*Paris, 3 décembre 1993, Bull. Joly, 1994, n° 79, p. 289, note SAINTOURENS (B.)*). Ces pouvoirs emportent par exemple celui de « gérer et d'administrer la société avec les pouvoirs les plus étendus, selon les lois et usages du commerce ».

Tout compte fait, qu'il ait des pouvoirs généraux ou spéciaux, l'administrateur provisoire bénéficie dans le cadre de son intervention, des pouvoirs les plus étendus, à l'exclusion de ceux incompatibles avec la nature

provisoire de son intervention. On n'hésite plus à reconnaître qu'il a un pouvoir de représentation de la société (*L'article 44 de la loi bancaire française modifiée par une loi du 8 août 1994 avait suscité un vif débat sur le contenu des notions d'administration et de direction, et il n'était pas admis que le pouvoir de déclarer la cessation des paiements reconnu à l'administrateur provisoire emportait pouvoir de représentation de l'établissement*).

254. Relativement au syndic, la généralisation s'opère principalement à travers le pouvoir de représentation qui lui est reconnu. En effet, principalement chargé de la conclusion des actes juridiques et de l'exercice des actions en justice, le syndic qui s'est vu expressément imposer l'accomplissement des actes conservatoires par l'AUPCAP, a désormais les responsabilités et les pouvoirs du chef d'entreprise (*POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU (Y.), op. cit., n° 114, p. 41*). Ceci explique que dans l'hypothèse d'une société commerciale par exemple, il exerce les pouvoirs incombant aux mandataires sociaux (gérant, conseil d'administration, etc.). D'importantes prérogatives et pouvoirs lui sont reconnus à cet effet. C'est ainsi que l'article 55 de l'AUPCAP prévoit par exemple que le débiteur et les tiers doivent lui présenter les livres comptables.

255. Il y a lieu cependant de reconnaître, relativement aux dirigeants de droit stricto sensu, que la formule de l'article 121 de l'AUSC comporte un élément de diversification de la règle du pouvoir légal des dirigeants sociaux suivant le type de société. En effet, énonçant que les dirigeants ont tout pouvoir pour engager la société « ... dans les limites fixées par le présent Acte uniforme pour chaque type de société... », ce texte évoque de manière sous-entendue, la possibilité de variation de cette règle d'un type de société à un autre et donc, l'existence d'applications particulières de cette règle suivant le type de société. Ceci est une réalité, car à vrai dire, l'affirmation de la règle du pouvoir légal des dirigeants s'est opérée non seulement à travers ces règles générales, mais aussi à travers les règles spécifiques la réitérant dans chaque type de société.

B - Applications particulières

256. Elles sont aussi nombreuses que les formes de sociétés et les types de dirigeants. En effet, l'AUSC a pris le soin de rappeler par des formules peu ou prou variables, la règle du pouvoir légal du dirigeant dans chaque cas. Ceci est une avancée notoire, surtout dans les sociétés anonymes où, sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, le contenu et le mode d'exercice des pouvoirs des administrateurs ne sont pas définis.

257. Dans la société anonyme avec conseil d'administration, l'AUSC la pose relativement aux attributions du conseil d'administration en affirmant à l'article 436 que

« Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée, y compris par les décisions du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social dans les conditions et limites fixées à l'article 122 du présent Acte uniforme ». L'article 465, alinéa 4 énonce la règle en ce qui concerne le Président-Directeur Général en ces termes : « Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée par les actes du Président-directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions et limites fixées à l'article 122 du présent Acte Uniforme ». La même formule est posée à l'article 488, alinéa 1 pour ce qui est des pouvoirs du Directeur Général et à l'article 472, alinéa 2 pour ce qui est des pouvoirs du Directeur Général Adjoint : « Dans ses rapports avec les tiers, le Directeur Général adjoint a les mêmes pouvoirs que ceux du Président-Directeur Général. Il engage la société par ses actes, y compris ceux qui ne relèvent pas de l'objet social dans les conditions et limites fixées à l'article 122 du présent Acte Uniforme. »

258. Dans la société anonyme avec administrateur général, l'affirmation est faite en des termes similaires par l'article 498, alinéa 4.

259. Cette opération de précision n'est pas anodine. Au contraire, elle constitue un cadre légal de l'utilisation de cette règle. La preuve en est que, tel qu'on peut l'observer, le juge africain y accorde une considération digne d'intérêt.

260. Dans l'arrêt de la Cour d'appel du Littoral (Cameroun), tranchant le litige opposant Mes DOUALA MOUTOME, Patrice MONTHE et ETAH et NAN II à la Société Beneficial Life Insurance SA.

Dans cette affaire, les appelants demandaient à la Cour d'infirmer l'ordonnance du président du tribunal de grande instance faisant droit à l'opposition faite par la société Beneficial Life Insurance SA contre l'ordonnance de taxation d'honoraires prise par le bâtonnier à la suite du non-paiement de leurs honoraires par le sieur Allen BROWN, qui les avait constitués dans un litige qui l'avait préalablement opposé à quelques autres associés de cette société, dont il était le président du Conseil d'administration. Estimant qu'ayant été constitués par lettre du 28 septembre 2001 signée de M. Allen BROWN en sa qualité de « CHAIRMAN » et sur papier en-tête de la société Beneficial Life Insurance SA, ils souhaitaient que la cour considère que cette constitution ne concernait « nullement la personne physique de M. Allen BROWN, mais le Président du conseil d'administration qui était bel et bien l'organe dirigeant principal de la société... » à cette époque. À cet effet, ils invoquaient les articles 121 et 122 notamment. Ce que les juges n'ont pas entendu considérer aux motifs que « *considérant sur l'évocation des articles 121 et 122 de l'acte uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales et le GIE que ces textes ne sauraient permettre aux appelants d'obtenir règlement de leurs*

honoraires par la société intimée du fait que la constitution des avocats par le sieur Allen BROWN, alors président du Conseil d'administration de Beneficial Life Insurance ne relevait pas de ses pouvoirs légaux ainsi qu'il ressort de l'article 480 de l'Acte uniforme OHADA sus-indiqué, texte qui fixe les attributions du Président du conseil d'administration (...). Qu'il n'y a dès lors pas de solidarité d'intérêt entre Allen BROWN, et la société intimée, l'action du premier étant comme susdit totalement détachable ce que les appelants ne pouvaient raisonnablement ignorer compte tenu des circonstances de leurs constitutions et du fait que Beneficial Life Insurance est une société anonyme avec conseil d'administration et non une société anonyme unipersonnelle » (CA Littoral, 22 septembre 2010).

261. L'arrêt de la Cour d'Appel de Daloa constitue une autre illustration. En effet, dans cet arrêt, les juges ont réaffirmé que selon les articles 465, alinéa 2, 472, alinéa 2 et 478, alinéa 1^{er} de l'AUSC, le Président-Directeur Général, le Directeur Général ou l'Administrateur Général représentent la société dans ses rapports avec les tiers (Arrêt n° 35 du 4 février 2004, *Le Juris Obada*, n° 3/2004, juillet-octobre 2004, p. 58 ; *Obadata J-04-393* ; Issa-Sayegh (J.), *Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005*, p. 654, n° 64).

262. Dans la société à responsabilité limitée, la règle jadis en vigueur est reprise à l'article 329 dans une formule qui manifeste grandement la volonté du législateur d'explicitier et de renforcer cette règle : « Dans ses rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que le présent Acte Uniforme attribue expressément aux associés. La société est engagée, même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers ». La règle est à la fois plus explicite, plus enrichie et marque une fois de plus le souci du législateur de la voir appliquer, sans réserve, à l'égard de chaque dirigeant (*en ce sens, Cour d'Appel d'Abidjan, chambre civile et commerciale, Arrêt n° 644 du 11 juin 2004, Amani Assie Gervais (Me Tape Manakale Ernest C/ KPMG et autres) Obadata J. ; Issa-Sayegh (J.), Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005, p. 653, n° 60*).

263. Les sociétés en nom collectif et en commandite simple n'en ont pas été épargnées. L'article 277, alinéa 2 de l'Acte uniforme précise en effet que dans ses rapports avec les tiers, « *Le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social.* »

S'il est vrai que cette formule est plus restrictive que

les précédentes, il convient tout de même de reconnaître que les dirigeants des SNC ne sont pas dépourvus du pouvoir légal des dirigeants. Même en cas de gestion plurale, le gérant agit au nom de la société en toutes circonstances et, a le pouvoir d'accomplir tous les actes entrant dans l'objet social. Il a ainsi un pouvoir illimité de représentation de la société (POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), *op. cit.*, n° 380, p. 172). Sauf le droit pour chacun des dirigeants de s'opposer à toute opération envisagée avant qu'elle ne soit conclue.

264. Au demeurant, cette formule met en relief une donnée qu'a toujours induit la question de la détermination des pouvoirs des dirigeants sociaux, à savoir, celle des limitations qui peuvent affecter les pouvoirs des dirigeants. Avec cette question, l'œuvre de généralisation de la règle du pouvoir légal des dirigeants suppose au fond, non seulement l'affirmation de cette règle mais, aussi la clarification du régime des limitations aux pouvoirs des dirigeants vis-à-vis des tiers. Ceci n'a heureusement pas échappé au législateur africain, qui s'y est essayé.

§2 - Précision du régime des limitations aux pouvoirs des dirigeants vis-à-vis des tiers

265. Les limites traditionnellement opérées aux pouvoirs des dirigeants sociaux ont trait à trois éléments : l'objet social, la liberté conventionnelle et le droit d'opposition des dirigeants en cas de gestion plurale de la société. L'AUSC a entendu clarifier le régime de ces limitations en restreignant au maximum leur intervention et en précisant les cadres et modalités de leur prise en compte. Les solutions instituées à cet effet varient cependant selon le type de société : société à risques limités (A) ou société à risques illimités (B).

A - Dans les sociétés à risques limités

266. Dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, l'œuvre a consisté à faire quelques précisions utiles.

D'abord, le dépassement de l'objet social par le dirigeant ne peut être opposé aux tiers s'ils sont de bonne foi. C'est dire que s'ils n'ont pas eu connaissance des limites apportées à l'objet social ou aux pouvoirs des dirigeants – sans qu'on ne puisse toutefois leur reprocher de n'avoir pas consulté les statuts (COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl.), *op. cit.*, n° 357, p. 133.) –, on ne pourrait le leur opposer. Seulement, impliquant la connaissance de l'objet social et son dépassement, la mauvaise foi sera souvent difficile à prouver ; puisque dominée par des questions de fait (PICARD (J.), *L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs. Nullité/inopposabilité*, *chron.* 6, n° 3).

En tout cas, la dérogation liée à la bonne foi des tiers semble justifiée par le fait que la fraude corrompt tout (POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), *op. cit.*, n° 466, p. 206).

Dans ces sociétés, la sécurité des tiers est donc assurée avec le maximum d'efficacité au détriment, le cas échéant des intérêts de la société. Celle-ci se trouve ainsi engagée par tous les actes passés par les dirigeants quand bien même ils ne relèveraient pas de l'objet social. Le représentant d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme peut engager de sa propre initiative, la société dans des opérations particulièrement graves (*ventes d'immeubles ou de fonds de commerce, nantissement, etc.*). Mais, une condition sera toujours nécessaire : la bonne foi du tiers ; car, sa mauvaise foi lui empêche de se prévaloir du bénéfice de l'inopposabilité (PICARD (J.), *op. cit.*).

267. Ensuite, les clauses limitatives des pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers. Ici, la mauvaise foi du tiers ne produit pas le même effet que dans l'hypothèse du dépassement de l'objet social. L'on admet en effet, tant en jurisprudence (*Cass. com.*, 2 juin 1992 ; *Bull. July 1992*, p. 946, note LE CANNU (P.)) qu'en doctrine (POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), *op. cit.*, n° 381, p. 173 ; COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl.), *op. cit.*, n° 357 bis, p. 133 ; PICARD (J.), *op. cit.*, n° 11), que les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers, même lorsque ceux-ci seraient de mauvaise foi et connaîtraient l'existence de telles clauses.

268. Enfin, relativement au droit d'opposition en cas de gestion plurale de la SARL, on admet que l'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre n'a pas d'effet à l'égard des tiers, sauf s'il est prouvé qu'ils en ont eu connaissance (NYAMA (J.M.), *Éléments de droit des affaires. Cameroun – OHADA*, Presses de l'UCAC, nouvelle édition. 2001, p. 141).

Ailleurs, et notamment dans les sociétés à risques illimités, l'opération de clarification du régime des limitations aux pouvoirs des dirigeants vis-à-vis des tiers est plus favorable aux restrictions.

B - Dans les sociétés à risques illimités

269. La première précision du législateur africain a consisté à affirmer que les restrictions conventionnelles ou statutaires sont inopposables aux tiers de bonne foi. L'article 277, alinéa 5 est à cet effet univoque.

270. Cependant, le critère de l'objet social prend ici le contre-pied de cette affirmation en se présentant comme une réelle limite aux pouvoirs du gérant. En effet, la solution adoptée ici est différente. Pour que l'acte accompli par le dirigeant soit opposable aux

tiers, il faut qu'il ne soit pas conforme à l'objet social (article 277, alinéa 2). Le dirigeant n'engage la société que par les actes entrant dans l'objet social. La conséquence en est que, comme dans l'ancien droit, le tiers doit toujours consulter les statuts pour s'assurer que l'acte projeté entre bien dans l'objet social. À défaut, il lui sera opposable.

La conservation de cette limite dans les dispositions particulières aux SNC et SCS trouve sûrement sa justification dans la nature de ces types de sociétés ; l'acte du dirigeant engageant indéfiniment et solidairement la responsabilité des associés.

271. L'objet social est donc un garde-fou utilisé par le législateur pour sécuriser les associés face aux droits des tiers qui bénéficient en la matière d'une protection véritablement renforcée. Aussi, l'ampleur des risques courus par les associés de ces sociétés à responsabilité illimitée justifie qu'ils soient protégés contre les agissements contre-indiqués des dirigeants (*COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl.)*, *op. cit.*, n° 358, p. 134). Ce d'autant plus que l'intensification des pouvoirs des dirigeants ne s'est pas limitée à leurs pouvoirs externes. Elle a également consisté en la clarification de leurs pouvoirs internes.

Section 2 - Renforcement des pouvoirs internes des dirigeants

272. Dans l'espace OHADA, l'accentuation des pouvoirs internes des dirigeants ne s'est pas réalisée d'une façon identique dans les sociétés commerciales et les sociétés civiles. Dans les sociétés civiles, elle se présente comme une véritable révolution dans les sociétés coopératives où les réformes effectuées ces dernières années dans des pays comme le Cameroun ont entendu rompre avec la tutelle administrative qui déterminait la réalité des pouvoirs des dirigeants de ces sociétés. Les autres sociétés civiles demeurent régies par le droit commun issu du Code civil.

273. Dans les sociétés commerciales, elle prend la forme d'une clarification positive des pouvoirs dans les sociétés commerciales avec l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE. En effet, dans l'ordre interne, les pouvoirs des dirigeants n'ont pas en réalité connu d'importantes modifications. Le droit positif a pris acte du passé et a maintenu l'essentiel des règles qui prévalaient avant la réforme. Dans la mesure où ces règles reposaient sur la qualité de mandataire des dirigeants, ceux-ci pouvaient voir leurs pouvoirs limités par leurs mandants, les associés (*L'analyse contractuelle de la société renforçait à l'époque cette thèse ; COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl.)*, *op. cit.*, n° 354, p. 132). L'accentuation des pouvoirs vient donc non pas d'extensions expresses supplémentaires de leurs pouvoirs internes, mais de

deux éléments : la réaffirmation des pouvoirs les plus étendus des dirigeants dans l'ordre interne (§1) et la précision des hypothèses de limitations aux pouvoirs internes des dirigeants (§2).

§1 - Réaffirmation de la règle des « pouvoirs les plus étendus » des dirigeants

274. Traditionnellement, l'étendue des pouvoirs internes des dirigeants est déterminée par les statuts et, le cas échéant, la loi. Vis-à-vis des associés, la règle classique est que les dirigeants ont tous les pouvoirs pour diriger la société dans l'intérêt de celle-ci. Cette règle a été reprise : les dirigeants ont les « pouvoirs les plus étendus » dans l'ordre interne. Ainsi, vis-à-vis des associés, les mandataires sociaux ont tout pouvoir pour diriger la société dans l'intérêt de celle-ci. Il s'agit là des pouvoirs de tout chef d'entreprise (recrutement du personnel, établissement du plan de financement, gestion de la trésorerie, etc.). Ce sont eux qui détiennent le pouvoir de représentation de la société (signature des contrats, actions en justice...). Ils peuvent faire tout acte de gestion, d'administration, de direction, de disposition, dès lors qu'il est conforme à l'intérêt social.

275. Si la réalité de la reprise de cette règle par le droit issu de la réforme est incontestable, il y a lieu de regretter le fait que l'Acte uniforme n'ait pas expressément prévu cette règle dans le titre I du livre 2 de sa 1^{re} partie intitulée « *pouvoirs des dirigeants sociaux - principes généraux* » et, ait plutôt préféré, comme son collègue français (*dans les articles L. 221-4 pour les SNC, L. 223-18 pour les SARL, L. 225-56 pour les D.G. des SA du C. com. français*), de l'énoncer dans les dispositions spécifiques à chaque type de société. Pourtant, la consécration dans cette partie de l'Acte uniforme d'une disposition réaffirmant de manière générale cette règle dans l'ordre interne, renforcerait davantage ces pouvoirs.

276. En effet, une telle disposition, formulée par exemple de la manière suivante : « Dans ses rapports avec les associés et, en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le dirigeant peut faire tout acte de gestion dans l'intérêt de la société », aurait le double avantage d'accentuer ce principe et d'améliorer la formule utilisée actuellement aux articles 277, alinéa 1 pour les gérants de SNC et 328, alinéa 1 pour les SARL.

Contrairement aux articles 435, alinéa 1 (pour le conseil d'administration), 465, alinéa 3 (pour le Président-directeur général), 487, alinéa 2 (pour le Directeur général) et 498, alinéa 2 (pour l'Administrateur général) qui, prévoient pour chacun de ces dirigeants, cette règle débute ici par l'expression : « *Dans les rapports entre associés et en l'absence de la...* ». Cette expression est inadaptée en ce qu'elle n'exprime pas clairement le cadre d'application de ces prérogatives.

À la limite, le législateur devrait utiliser d'autres for-

mules ou expressions qui ne prêtent pas à équivoque, à l'instar de celles utilisées dans les dispositions non critiquées ci dessus. C'est dire qu'un effort supplémentaire de clarification doit être effectué dans ce sens. Dans l'attente d'une telle évolution, le constat demeure celui de la réaffirmation de la règle des « pouvoirs les plus étendus » des dirigeants de société vis-à-vis des associés.

277. Cette règle est aussi valable pour les dirigeants de crise pour qui elle découle, tant de l'affirmation générale de leurs pouvoirs, que de la nature même de leurs fonctions. Plus précisément, dans l'hypothèse de l'administrateur provisoire, il est constant que la désignation de l'administrateur met fin aux fonctions des dirigeants de droit, lorsqu'il reçoit des missions générales ou lorsqu'il intervient pour préparer une privatisation (*Article 23 loi camerounaise n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic ; CA Littoral 10 février 1999*). Dans les sociétés d'assurances où le conseil de surveillance, prévu par l'article 321-2 du code CIMA, doit être avisé préalablement à toute décision de l'administrateur provisoire, cette règle demeure. Lorsqu'il reçoit plutôt une mission spéciale, il dispose également sur ces missions des pouvoirs les plus étendus (*Le même arrêt et aussi en droit français, l'article 1^{er}, alinéa 3 (L. 14 août 1941) de la loi du 10 septembre 1940 prévoyant la nomination d'administrateurs provisoires des entreprises privées de leurs dirigeants (Vr C. com., 101^e éd. Dalloz 2006, p. 1910.)*) vis-à-vis des autres dirigeants et même des associés.

278. La logique est la même pour ce qui est du syndic. Ses pouvoirs internes dépendent de ce qu'il assiste ou représente le débiteur. Dans le premier cas, il a les pouvoirs les plus étendus vis-à-vis des associés, communément avec les dirigeants qu'il assiste. Dans le second cas, il a les pouvoirs exclusifs relativement aux missions particulières que le juge lui confie.

279. Toutefois, il convient de noter que l'affirmation de cette règle n'a jamais signifié que les pouvoirs internes des dirigeants sont absolus. Comme par le passé, le législateur a admis la possibilité des limitations de ces pouvoirs, tant par les associés que par lui-même. Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement ; car en tant que mandataire, c'est normal que dans ses rapports avec les associés, le dirigeant voit ses pouvoirs limités ou accrus sur décision de ses mandants. Cette admission a été accompagnée par un effort de précision remarquable des hypothèses de cette limitation.

§2 - Précision des hypothèses de limitations des pouvoirs internes des dirigeants sociaux

280. En principe, les dirigeants ont tout pouvoir pour diriger la société dans l'intérêt de celle-ci. Mais,

ces pouvoirs ne sont pas absolus. Le législateur met en exergue deux principales hypothèses de limitations des pouvoirs internes des dirigeants : la première est constituée de limites légales (A) et la seconde de limites conventionnelles (B).

A - Limites légales

281. Les limites légales sont de deux ordres : l'intérêt de la société et les pouvoirs des autres acteurs sociaux et notamment ceux des associés.

282. Dans le premier cas, les dirigeants sont soumis à un impératif : celui d'agir dans l'intérêt de la société (*articles 277 et 328 de l'AUSC ; en droit français, les articles L. 221-4 et L. 223-18 C. com.*). Cette notion d'intérêt de la société est plus restrictive que celle de conformité à l'objet social, qui joue parfois négativement à l'égard des tiers. L'intérêt de la société renvoie plutôt à la notion d'intérêt social. C'est ainsi qu'un acte contraire à l'objet de la société peut être inopposable aux associés, parce que contraire à leur intérêt commun ou, plus précisément à l'intérêt social.

283. Dans la seconde hypothèse, la loi oblige les dirigeants, dans tous les cas, à respecter les prérogatives des autres acteurs sociaux. Ainsi, seule l'assemblée des associés a par exemple, compétence pour approuver les comptes ou modifier les statuts. Un dirigeant qui s'octroierait de tels pouvoirs violerait la réglementation et produirait un acte nul, en ce que sa réalisation relève de la compétence exclusive de la collectivité des associés (*COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl.), op. cit., n° 355 et 711, p. 133 et 265*).

Cette limitation qui s'inscrit dans la logique de l'arrêt MOTTE (« *attendu que l'arrêt attaqué annule la résolution votée par l'assemblée générale qui modifie l'article 24 des statuts sociaux, et investit le P.-D.G. de l'ensemble des pouvoirs attribués jusqu'alors au conseil d'administration ; - Attendu en effet que la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale ; qu'il n'appartient donc pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration* »), est appréciable en ce qu'elle est favorable à la démocratie sociale et au bon fonctionnement des sociétés.

284. Il y a lieu cependant de préciser que c'est notamment dans les sociétés anonymes que le législateur formule explicitement cette règle et plus précisément, eu égard aux pouvoirs du conseil d'administration (*art. 465, al. 3 et 449 de l'AUSC*), de l'administrateur général (*Art. 498, al. 3.*) et du directeur général (*Art. 487, al. 2 de l'AUSC*). Concrètement, il résulte de ces dispositions que certaines opérations de gestion, à l'instar de la constitution des garanties, nécessitent l'autorisation préalable de certains

acteurs sociaux. C'est ainsi que le cautionnement constitué par le dirigeant social doit être préalablement autorisé par le conseil d'administration ou l'assemblée générale des associés, pour être opposable à la société (*Art. 449 AUSC; Avis CCJA n° 2/2000/EP du 26 avril 2000, Recueil de Jurisprudence de la CCJA, n° spécial, janvier 2003, p. 73; point I, Obadata J-02-03; Issa-Sayegh (J.), Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005, p. 655, n° 69*). De même, toute convention entre la société et le dirigeant doit être préalablement autorisée par le conseil d'administration ou l'assemblée générale des associés pour être opposable à la société (*Art. 438 AUSC*). Le directeur général ou l'administrateur général doivent donc s'abstenir de prendre un tel acte, en l'absence d'affirmation préalable de son pouvoir de les réaliser par les instances habilitées.

285. Ces limites légales qui sont valables, tant pour les mandataires sociaux réels que pour les mandataires apparents (*l'article 449, alinéa 1 de l'AUSC ne précise pas les dirigeants concernés. En France, l'article L. 225-35, al. 4 C. Com. Français énonce que la garantie donnée par le mandataire apparent est inopposable à la société, faute d'avoir été préalablement autorisée par le conseil d'administration*) recouvrent d'ailleurs également l'impossibilité pour le conseil d'administration de se « *dépouiller de ses prérogatives légales* », même conventionnellement (*Cass. civ., 4 juin 1946; Rev. sociétés 2000. 14*).

B - limites conventionnelles

286. Elles ne sont envisageables que pour les dirigeants de droit. En général, la règle est que les statuts peuvent interdire aux mandataires sociaux de passer certains actes d'une gravité exceptionnelle ou alors, leur imposer l'autorisation préalable des associés ou d'un organe de contrôle (*COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl.), op. cit., n° 355, p. 133*). Dans cette logique, les statuts peuvent limiter leurs pouvoirs ou soumettre la validité de tels actes au respect de telle ou telle procédure spéciale d'habilitation.

287. Ces clauses restrictives peuvent, soit interdire l'accomplissement d'actes confiés à telle ou telle autre instance de la société, soit simplement subordonner certains actes du dirigeant à l'autorisation du conseil, de l'assemblée ou même d'un autre dirigeant. Elles sont valables à condition qu'elles n'aboutissent pas à retirer à ces dirigeants leurs pouvoirs traditionnels de gestion. Dans l'hypothèse par exemple où les statuts limitent les pouvoirs du conseil d'administration, ces clauses ne doivent pas aboutir à retirer au conseil d'administration son pouvoir général d'administration (*RIPERT (G) et ROBLOT (R), par GERMAIN (M), Traité de droit commercial, t. I 16^e éd., LGDJ, n° 1294, p. 950*).

288. Le législateur a prévu des conséquences. C'est ainsi que, si le dirigeant passe outre ces restrictions ou

exigences, non seulement il donne aux associés un juste motif de révocation mais, il engage envers eux sa responsabilité, de telle sorte qu'ils puissent lui demander réparation de toutes les conséquences dommageables résultant du dépassement de ses pouvoirs.

Pratiquement, pour les contrats particulièrement importants (emprunts, ventes des immeubles sociaux, constitution d'hypothèques, nantissement sur le fonds de commerce, constitution des garanties, etc.), l'autorisation préalable des associés ou d'un acteur social déterminé, peut être exigée par le pacte social. Le dirigeant commettrait alors une faute en ne respectant pas les exigences statutaires et, il y aurait là, un juste motif de révocation (*MERLE (Ph), Droit commercial, sociétés commerciales, 3^e éd. 1992, Précis Dalloz, n° 195, p. 169*).

289. Par une approche simple visant à clarifier les problèmes que pose la détermination des pouvoirs des dirigeants et, notamment celui de savoir à quelles conditions leurs actes engagent la société tout entière, le droit OHADA a effectué une intensification des pouvoirs des dirigeants vis-à-vis des tiers, mais également vis-à-vis des associés.

Sur le plan des pouvoirs externes des dirigeants, l'œuvre a consisté essentiellement à la généralisation de la règle du pouvoir légal du dirigeant. Sur le plan de leurs pouvoirs internes, elle a consisté au renforcement des pouvoirs internes des dirigeants.

Parfois, c'est par la précision des hypothèses de limitations des pouvoirs des dirigeants sociaux, qu'indirectement, l'accentuation des prérogatives des dirigeants s'est réalisée. Dans tous les cas cette œuvre du législateur participe déjà à l'élimination de diverses aventures dans les fonctions des dirigeants sociaux.

Chapitre 2 : Droit de regard ou droit d'immixtion dans les pouvoirs des dirigeants

290. Ce droit de regard ou d'immixtion dans les pouvoirs des dirigeants sociaux se pose et se réalise dans l'espace OHADA par le biais de la procédure d'alerte.

En effet, à l'image des autres législations modernes régissant les sociétés commerciales, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE a mis en place un dispositif d'alerte visant à attirer l'attention des dirigeants sociaux, en cas d'évolution préoccupante de la situation de l'entreprise, sur la nécessité dans laquelle ils sont de prendre des mesures en vue de redresser cette situation. Dans l'espace OHADA, cette alerte peut être le fait des associés ou des commissaires aux comptes.

291. La procédure d'alerte, qui a de prime abord pour but d'amener le dirigeant de la société à prendre des mesures qui s'imposent pour remédier à la situation difficile de la société, permet dans certaines circonstances une véritable immixtion dans les pouvoirs des dirigeants ; puisque dans ces cas, les actes relevant

normalement des pouvoirs des dirigeants sont accomplis en leur lieu et place par d'autres organes de la société. Cette procédure permet ainsi de protéger l'intérêt social en portant atteinte aux pouvoirs des dirigeants sociaux.

292. Dans ce contexte, une analyse des prérogatives inhérentes à ce pouvoir d'alerte fait constater que ce pouvoir a en fin de compte pour effet d'instituer un droit de regard ou d'immixtion de certains acteurs sociaux dans les pouvoirs des dirigeants sociaux ; lequel droit de regard constitue en pratique une atteinte aux pouvoirs traditionnellement reconnus aux dirigeants.

Par l'exercice de ce droit de regard, d'une part, les dirigeants sociaux sont amenés à poser certains actes sociaux sans libre arbitre, c'est-à-dire de façon obligée, et d'autre part, les pouvoirs reconnus classiquement aux dirigeants sociaux sont exercés, en cas de carence, par d'autres organes sociaux et notamment les commissaires aux comptes. Dans le premier cas, la procédure d'alerte impacte sur les pouvoirs des dirigeants en portant atteinte à leur libre arbitre, et dans le second cas, il permet un empiètement sur ces pouvoirs en favorisant une immixtion des organes sociaux investis de ce pouvoir d'alerte dans les fonctions des dirigeants.

293. En général, les pouvoirs des dirigeants sociaux comportent un devoir de diligence. Sur la base de cette obligation de diligence, il revient au dirigeant de décider des actions à mener en rapport avec les prérogatives reconnues aux autres acteurs sociaux par la réglementation en vigueur ou les actes sociaux. En parcourant tour à tour les composantes du devoir de diligence inhérentes à la fonction de dirigeant social (section 1) et les articulations de la procédure d'alerte qui matérialisent ce droit de regard ou d'immixtion institué, telles qu'organisées par l'AUSC (section 2), on se fait une parfaite idée de la nature et de l'ampleur de cette atteinte aux pouvoirs des dirigeants qui en résultent.

Section 1 - Pouvoirs liés au devoir de diligence des dirigeants de société

294. Ni le Code civil en vigueur dans la quasi-totalité des États parties de l'OHADA, ni les lois internes telles que la loi camerounaise n° 99/016 précitée, ni le Code CIMA, ni les Actes uniformes relatifs au droit des sociétés commerciales et du GIE et au droit des procédures collectives d'apurement du passif, ne disposent que les dirigeants doivent exercer leurs fonctions avec diligence. Par contre, presque tous condamnent le manque de diligence des dirigeants à travers tels ou tels comportements, telle faute de gestion. C'est l'approche punitive qui prévaut en la matière.

Ainsi dans l'ensemble, l'existence du devoir de diligence est démontrée par l'établissement des sanctions spécifiquement attachées à sa violation constituée par la faute de gestion (*cf. en droit anglais et français, SCHO-*

LASTIQUE (E.), Le devoir de dirigeant des administrateurs de sociétés, Droit anglais et français, LGDJ, 1998, Biblio. de Droit privé, T. 302, n° 25, p. 19). Aussi bien le droit des sociétés que le droit des procédures collectives comportent dans certaines de leurs dispositions des points d'appui des affirmations jurisprudentielles de l'existence du devoir de diligence.

295. Sous l'obligation de diligence dans l'exercice de ses pouvoirs, il est exigé du dirigeant de société le respect de plusieurs obligations parmi lesquelles l'obligation de gérer intelligemment la société (§1) et le devoir de gestion conséquent de la société ou devoir de dissidence (§2). Ce sont ces deux aspects des pouvoirs des dirigeants qui sont affectés par la mise en œuvre de la procédure d'alerte.

§1 - Obligation de gérer intelligemment la société

296. L'obligation de gérer intelligemment la société renvoie à l'obligation de bonne gestion de la société.

Il est difficile de définir la « bonne gestion ». Mais, dans tous les cas, cette notion doit être définie en considération du but même de la société à savoir, la recherche du bénéfice ou de l'économie. Ainsi, la « bonne gestion » est une gestion créatrice de richesse, une gestion qui s'effectue de la meilleure façon de réaliser des bénéfices ou des économies qui soit (*Vr dans ce sens, SCHOLASTIQUE (E.), op. cit., n° 351, p. 205 ; BEZARD (P.), La compétence et le devoir des dirigeants sociaux en droit français, journées de la société de législation comparée, 1988, vol. X, p. 529 et s.*).

En réalité, sous l'exigence de bonne gestion, il est attendu des dirigeants une gestion informée, contrôlée, rationnelle et susceptible d'être prouvée, de la société. Mais aussi, il est attendu d'eux l'affirmation de leur devoir de risquer dans la prise de décisions et son corollaire, qu'est le droit à une marge d'erreur. Parmi ces devoirs, la gestion rationnelle constitue l'aspect des pouvoirs des dirigeants qui souffre le plus des effets de la procédure d'alerte.

297. La notion de gestion rationnelle n'est pas aisée à définir. On peut tout de même considérer qu'elle signifie gérer intelligemment la société, gérer de bonne foi. Le goût d'inachevé de cette définition s'explique par la difficulté qu'il y a d'apprécier la gestion des dirigeants ou plus précisément, l'opportunité de la gestion des dirigeants. En effet, dire qu'un dirigeant a ou non géré rationnellement suppose une appréciation de l'opportunité des décisions qu'il a eue à prendre et de leurs implications. Ceci n'est pourtant pas une tâche aisée ; l'opportunité de l'examen des mérites de toute décision d'affaire n'ayant pas toujours semblé justifiée suivant qu'on se retrouvait dans un système

juridique ou un autre (*SCHOLASTIQUE (E.)*, *op. cit.*, n° 359, p. 209 et s., à propos des tribunaux anglais opposés à l'affirmation des juges français).

Avec le vent des « Principles of Corporate governance », l'hésitation semble amoindrie. L'unanimité semble acquise quant à la nécessité pour les dirigeants de gérer rationnellement la société et, pour les juges, d'apprécier cette gestion.

298. S'inspirant de la quatrième partie des « Principles of Corporate governance » (*qui traite du devoir de diligence des directeurs et de la « règle du jugement des affaires »*) et de la jurisprudence française (*T.C. ROUBAIX*, 21 novembre 1979, *G.P.*, n° 240-241, 27-28 août 1980, p. 12 etc.), on admet (*Njoya Nkamga (B.)*, *Thèse, op. cit.*, p. 126, n° 226) que le devoir de gestion rationnelle de la société par les dirigeants est accompli si le dirigeant :

- prend la décision de gestion de bonne foi ;
- n'est pas intéressé dans la décision et le cas échéant, se plie aux procédures spéciales instituées pour la prise régulière de telles décisions ;
- pense rationnellement dans les circonstances qui prévalent que sa décision sert les meilleurs intérêts de la société.

En fait, puisqu'il s'agit d'exiger un fondement légitime à la décision du dirigeant, ces éléments qui fondent légitimement une décision d'affaire, fondent également la décision de gestion.

299. Il en résulte que ce devoir peut prendre diverses colorations. Mais dans l'ensemble, il véhicule la règle selon laquelle, le dirigeant doit jouir de son libre arbitre dans la prise des décisions de gestion. Une fois que cet attribut n'est plus effectif en raison de la mise en œuvre de la procédure d'alerte, il y a atteint à un aspect des pouvoirs des dirigeants à savoir le devoir de gérer intelligemment la société. En effet, le devoir de gérer intelligemment la société est une déclinaison, à l'intention des dirigeants des sociétés, de l'interdiction de laisser la place aux personnes non investies des prérogatives de direction, d'administration ou de gestion dans la gestion des sociétés.

Le devoir de dissidence ou de gestion conséquente de la société s'inscrit également dans cette optique.

§2 - Devoir de dissidence ou de gestion conséquente de la société

300. C'est une constance que c'est la position du dirigeant dans la société qui justifie l'étendue de sa responsabilité en cas de mauvaise ou de fausse gestion de la société. Il est par conséquent compréhensible que ce « maître d'œuvre » de la gestion puisse à certains moments, au-delà des mesures qu'il doit prendre pour assurer une bonne gestion, adopter des attitudes de désapprobation vis-à-vis des actes ou initiatives de ses

collègues ou collaborateurs. Ceci est même un devoir lié à sa fonction. Ce devoir est qualifié de devoir de dissidence par une la doctrine (*SCHOLASTIQUE (E.)*, *op. cit.* ; *Njoya Nkamga (B.)*, *Thèse, op. cit.*).

301. Ce devoir est une nécessité pour une gestion plus responsable et plus efficace des sociétés. Cette nécessité, pressentie par les rédacteurs du Code civil de 1804 et exprimée à l'article 1859 et, plus tard par ceux de l'Acte uniforme à l'article 277 n'a cependant pas connu dans notre espace une consécration susceptible de lui donner la véritable dimension qui doit être la sienne (*en ce sens, Njoya Nkamga (B.)*, *Thèse, op. cit.*, p. 129 et s., n° 233 et s.). Dans l'attente d'une telle consécration, son appréhension est, à l'image de ce qui se passe en droit français et en droit anglais, essentiellement pragmatique.

302. Par devoir de dissidence des dirigeants, on entend alors l'obligation pour le dirigeant de s'opposer à toute mesure qui pourrait causer un préjudice à la gestion dont il répond (*SCHOLASTIQUE (E.)*, *op. cit.*, n° 349, p. 205). Ce devoir est composé d'un ensemble d'obligations auxquelles la jurisprudence française attache une certaine protection.

En ce qui concerne le contenu du devoir de dissidence, il est attendu du dirigeant le devoir de :

- s'opposer aux décisions susceptibles d'entraver la gestion de la société. Il doit éviter d'être passif, d'être un « béni oui, oui » et, au contraire, protester contre toute mesure à l'évidence déraisonnable. Dans ce sens, tous les moyens de protestation à sa disposition et bien d'autres peuvent être utilisés s'ils ne sont pas déraisonnables et contraires à l'intérêt social ;
- protester de manière à pouvoir prouver son opposition ou sa position. Cet élément important permettra, entre autres, aux dirigeants qui exercent en collégialité de pouvoir marquer leur dissidence afin que la responsabilité en principe solidaire dans ce cas ne puisse s'opérer. Un éventail de moyens peut être utilisé. C'est ainsi qu'au sein d'un conseil d'administration, les administrateurs dissidents par rapport à une décision précise rempliront cette obligation s'ils font inscrire sur le procès-verbal de délibération leur position ;
- manifester sa dissidence de manière à la faire constater par les acteurs sociaux susceptibles d'être concernés par les effets de la décision. Dans ce sens, l'opposition pourra se faire tant à l'intérieur de l'instance directionnelle, qu'en dehors d'elle, par des actes divers, tels l'information directe des concernés par des lettres ou même simplement sa démission. C'est pour cette raison que l'adhésion des juges camerounais et africains à la décision de leurs collègues français qui incitent « *les administrateurs à manifester leur dissidence par l'usage de tous les moyens de droit appropriés, en jugeant abusive la révocation qui sanctionne l'usage de ces moyens* »

(CA Paris, 28 octobre 1994, Bull. Joly, 1995, p. 55, § 12, note LEPOUTRE (E.)) est nécessaire.

303. Le droit positif attache de l'importance à la mise en œuvre de ce devoir d'opposition par les dirigeants. Mais parallèlement, il permet une atteinte à ce devoir par la procédure d'alerte. Cette attitude paradoxale suscite la nécessité, d'une part, d'une définition claire et précise finalement de l'articulation faite entre la reconnaissance de ce pouvoir et sa négation par la procédure d'alerte, et d'autre part, la nécessité d'une maîtrise de la nature de cette atteinte.

Section 2 - Atteintes aux pouvoirs des dirigeants sociaux par la procédure d'alerte

304. Les atteintes aux pouvoirs des dirigeants sociaux par la procédure d'alerte prennent la forme soit d'une limitation au libre arbitre des dirigeants dans l'exercice de leurs pouvoirs de gestion (§1), soit d'une immixtion des autres acteurs sociaux dans la gestion de la société (§2).

§1 - Mise en cause du libre arbitre des dirigeants sociaux

305. Les procédures d'alerte sont des procédures destinées à prévenir les difficultés des sociétés commerciales ou à éviter que celles-ci s'aggravent et débouchent sur une cessation des paiements. L'AUSC a institué deux procédures d'alerte selon qu'elles sont déclenchées par le commissaire aux comptes ou par les associés (articles 150 à 158).

306. En réalité, c'est la procédure d'alerte exercée par les commissaires aux comptes qui réalise une atteinte au libre arbitre des dirigeants. L'AUSC opère en la matière une distinction selon qu'il s'agit de société anonyme ou des autres sociétés.

A - Dans les sociétés anonymes

307. La procédure d'alerte est décrite ici par les articles 153 et suivants de l'AUSC. Il y est posé que lorsque le commissaire aux comptes relève, lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou apprend à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il demande des explications au(x) dirigeant(s), qui doit répondre dans le mois qui suit la demande d'explication en donnant une analyse de la situation et précisant, le cas échéant, les mesures envisagées pour y remédier.

En cas de non-respect de ces règles ou si, en dépit des décisions prises, le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, dans les sociétés anonymes, le commissaire aux comptes

invite le président du Conseil d'Administration ou le P-DG à faire délibérer le Conseil d'Administration ou invite l'administrateur général à se prononcer sur les faits révélés. Dans les quinze jours suivant la réception de cette demande, le président du Conseil d'Administration ou le P-DG convoque le Conseil d'Administration (*délai d'un mois*) pour délibérer sur les faits révélés. Le commissaire aux comptes est invité à assister à cette réunion (*idem pour l'administrateur général*). Un extrait du procès-verbal des délibérations du Conseil d'Administration ou de l'administrateur général est adressé au commissaire aux comptes. Si celui-ci constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial qui est présenté à la prochaine AG ou, en cas d'urgence, à une AG qu'il convoque lui-même (*ISSA-SAYEGH (J.), L'OHADA et le Gouvernement des entreprises, www.ajbaf.info/spip.php?article13, jeudi, 20 septembre 2007*).

L'article 154 de l'AUSC précise bien que dans ce contexte, « *le président du Conseil d'administration, le président-directeur général ou l'administrateur général, selon le cas, répond par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans le mois qui suit la réception de la demande d'explication. Dans sa réponse, il donne une analyse de la situation et précise, le cas échéant, les mesures envisagées* ». De même, l'article 155 du même Acte uniforme énonce qu'« *à défaut de réponse ou si celle-ci n'est pas satisfaisante, le commissaire aux comptes invite, selon le cas, le président du Conseil d'administration ou le président-directeur général à faire délibérer le conseil d'administration ou l'administrateur général à se prononcer sur les faits relevés* ».

308. Il en résulte que par cette procédure, le commissaire aux comptes impose aux dirigeants la prise ou la mise en œuvre des décisions ou actes de gestion. Ce qui n'est rien d'autre qu'une atteinte à leur libre arbitre dans la gestion des sociétés, inhérent à leur devoir de diligence.

B - Dans les autres sociétés

309. Dans les sociétés autres que les sociétés anonymes, la procédure d'alerte s'exerce telle que définie par les articles 150 et suivants.

Il y est prévu que le commissaire aux comptes, demande par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications au gérant qui est tenu de répondre, dans les conditions et délais fixés aux articles suivants, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission.

Le gérant répond par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans le mois qui suit la réception de la demande d'explication. Dans sa réponse, il donne une

analyse de la situation et précise, le cas échéant, les mesures envisagées.

La nature de la réponse attendue des gérants est illustrative de l'impact de la procédure d'alerte sur le libre arbitre de ces dirigeants.

§2 - Exercice des pouvoirs de gestion par des non dirigeants

310. Parfois, la procédure d'alerte va permettre aux autres acteurs sociaux de s'immiscer dans la gestion sociale en posant des actes de gestion en lieu et place des dirigeants.

Ceci est prévu par l'article 156 de l'AUSC en ces termes :

« En cas d'observation des dispositions prévues aux articles précédents ou si, en dépit des décisions prises, le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale ou, en cas d'urgence, à une assemblée générale des actionnaires qu'il convoque lui-même pour soumettre ses conclusions, après avoir vainement requis sa convocation du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. »

Lorsque le commissaire aux comptes procède à cette convocation, il fixe l'ordre du jour et peut, pour des motifs déterminants, choisir un lieu de réunion autre que celui éventuellement prévu par les statuts. Il expose les motifs de la convocation dans un rapport lu à l'assemblée ».

311. Dans ce cadre, le commissaire aux comptes pose des actes de gestion dont l'accomplissement est ordinairement reconnu aux dirigeants sociaux en lieu et place de ceux-ci : convocation de l'assemblée générale des actionnaires, fixation de l'ordre du jour de l'assemblée et éventuellement, choix d'un lieu de réunion différent.

En ceci, la procédure d'alerte permet une atteinte ou pour mieux dire, une immixtion du commissaire aux comptes dans les pouvoirs des dirigeants sociaux. Ce qui n'est rien d'autre que la consécration d'un droit de regard ou d'immixtion des commissaires aux comptes dans les pouvoirs reconnus aux dirigeants sociaux.

312. De ce qui précède, on note que la procédure d'alerte, qui a de prime abord pour but d'amener le dirigeant de la société à prendre des mesures qui s'imposent pour remédier à la situation difficile de la société, permet dans certaines circonstances une véritable immixtion d'autres organes sociaux dans les pouvoirs des dirigeants ; puisque dans ces cas, les actes relevant normalement des pouvoirs des dirigeants sont accomplis en leurs lieux et places par d'autres organes de la société.

Par l'exercice de ce droit de regard, d'une part, les dirigeants sociaux sont amenés à poser certains actes

sociaux sans libre arbitre, c'est-à-dire de façon obligée, et d'autre part, les pouvoirs reconnus classiquement aux dirigeants sociaux sont exercés, en cas de carence, par d'autres organes sociaux et notamment les commissaires aux comptes.

Titre III : Responsabilité des dirigeants de sociétés

313. Les législations qui ont précédé celles de l'OHADA ont toujours tenu à responsabiliser les dirigeants de sociétés. Cette œuvre qui a commencé dans notre espace avec le Code civil de 1804 (*articles 1850 et 1856 notamment*) s'est poursuivie avec le Code de commerce de 1807, les lois du 24 juillet 1867, du 7 mars 1925 et, plus récemment pour des pays comme le Cameroun, des lois telles que la loi du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic.

Cette œuvre a cependant été dominée par une conception assez restrictive de la responsabilité des dirigeants. Restriction quant au domaine d'application des règles adoptées, avec pour conséquence, entre autres, la multiplicité des régimes juridiques de responsabilité des dirigeants (*Responsabilité des dirigeants de sociétés civiles, commerciales, dirigeants de droit, de fait, etc.*). Restriction aussi dans la précision des fondements de la responsabilité des dirigeants ainsi que la prise en compte de la qualité de mandataire des dirigeants dans la formulation des règles de cette responsabilité.

Le mouvement de modernisation du droit des affaires entrepris dans le cadre de l'OHADA en 1993 n'échappe que peu ou prou à cette logique, lors même qu'il intervient à un moment où, sous la pression du mouvement de la « Corporate governance », la question de la condition des dirigeants de sociétés était plus que d'actualité.

314. Le droit OHADA a opté pour une aggravation des responsabilités qui pèsent sur les dirigeants sociaux, que la société soit *in bonis* ou en difficulté financière (*NGUEBOU TOUKAM (J.), Environnement juridique et développement du secteur privé : l'exemple de l'OHADA. Revue africaine des sciences juridiques vol 2, n° 1, 2001, p. 42*), en opérant une réelle évolution dans leur responsabilité : clarification des responsabilités par rapport au passé, fin de la forte présomption de faute et de responsabilité qui pesait jadis sur le dirigeant (*POUGOUÉ (P.G.) ; KALIEU (Y.), L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, Coll. Droit uniforme. PUA 1999, n° 293, p. 98 ; GUYON (Y.), Conclusion du Colloque organisé par le DEA et le centre du droit des affaires de l'université de Toulouse*

sur « les dirigeants sociaux », *JCP, la semaine juridique*, n° 3, 2001, n° 3, p. 40) en matière civile, fixation dans bien de cas des limites, gardes fous et exigences de comportement, regroupement en un corps de règles des dispositions pénales, etc.

315. Mais au regard, tant des constructions jurisprudentielles élaborées en réponse au besoin de sécurité des dirigeants qui a émergé sous les législations précédentes, parfois même en marge des vœux du législateur : théorie de la faute détachable de la fonction, fixation plus nette du point de départ de la prescription etc., (*COURET(A), Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire, Rev sociétés n° spécial, le changement du millénaire et le droit de société, 1/2000, n° 8, p. 91*) que des exigences sécuritaires qui sont de plus en plus pressantes, on se pose la question de savoir si l'évolution remarquée en droit OHADA comble toutes les attentes ressenties à la veille de l'intervention des Actes uniformes.

316. La réponse à cette question est, contrairement à ce qu'on pourrait penser de prime abord, négative, car les évolutions opérées paraissent limitées à bien d'égards. D'une part, les règles instituées n'intègrent pas suffisamment la qualité réelle des dirigeants sociaux. D'autre part, ces règles évoquent une fonction normative extraordinairement complexe de la responsabilité des dirigeants.

Que ce soit au niveau des causes (chapitre 1) et de la mise en œuvre de la responsabilité (chapitre 2) ou du champ d'application des règles de cette responsabilité (chapitre 3), des efforts ont été effectués. Mais, le régime de responsabilité des dirigeants garde toujours sur certains points un goût d'inachevé.

Chapitre 1 : Causes de la responsabilité des dirigeants sociaux

317. Le droit de la responsabilité des dirigeants sociaux est marqué par une certaine constance sur la nature du fait générateur ou cause de cette responsabilité. Quelle qu'elle soit, cette cause est une faute (*LEFEBVRE éd., op. cit., n° 14500 et s., p. 745 et s.*; *COZIAN (M). VIANDIER (A) et DEBOISSY (F), op. cit., n° 361 et s., p. 135 et s.*; *GERMAIN (M.), in Rapport de synthèse du Colloque sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux, Université René Descartes (16-12-2002), Rév. sociétés (2) avril-juin 2003, note 3 (a), p. 287*).

318. Dans son œuvre de détermination des causes de la responsabilité des dirigeants sociaux, le législateur opère une articulation des règles de responsabilité de droit commun avec les règles plus spécifiques au droit des sociétés, anciennes et nouvelles. La contribution d'une telle approche à l'évolution du droit de la responsabilité des dirigeants est notoire. Cependant, un

examen attentif de la construction qui en a résulté offre un tableau qui est loin d'être satisfaisant en raison du manque de précision qui caractérise la matière sur bien de points. Ceci justifie que l'étude de l'effort réalisé (section 1) précède l'analyse des aménagements qu'il appelle (section 2).

Section 1 - Effort réalisé : l'articulation des causes classiques et nouvelles de responsabilité des dirigeants

319. L'articulation des causes classiques et des causes plus récentes de cette responsabilité constitue une évolution en ce que, aux règles impératives traditionnellement applicables aux dirigeants sociaux (§1), qui ne considéraient que timidement leur qualité de mandataire, s'ajoutent des causes nouvelles (§2) qui intègrent davantage cette dimension dans l'intérêt, aussi bien des dirigeants sociaux, que de la société et même parfois des tiers.

§1 - Reprise des causes classiques de la responsabilité des dirigeants

320. La reprise de ces causes classiques se traduit par un alliage entre les causes de droit des sociétés classiques (A) et les fondements résultant du droit commun de la responsabilité (B).

A - Causes du droit des sociétés classiques

321. Les Codes pénaux de la majeure partie des pays membres de l'OHADA ne traitent pas spécifiquement de la responsabilité des dirigeants sociaux. En la matière, ce sont les lois relatives aux sociétés, telles que celles du 24 juillet 1867 qui posaient les causes de responsabilité des dirigeants. Ces causes ont été pour l'essentiel reprises par les réformes intervenues dans l'espace OHADA à partir des années 1990 et ce, quel que soit le type de responsabilité, civile (I) ou pénale (II).

I - Sur le plan de la responsabilité civile

322. Classiquement, le principe de la responsabilité civile des dirigeants repose sur une règle simple : les dirigeants répondent aux violations des lois et règlements, violation des statuts ou de leurs fautes de gestion (*NGOMO (A-F). Guide pratique du droit des sociétés commerciales au Cameroun, PUA*) 1^{re} éd. 1996, n° 111, p. 35, *POUGOUÉ (P-G) ANOUKAHA (F) et NGUEBOU (J), op. cit., n° 178, p. 78*).

Cette règle demeure toujours le fondement de la responsabilité des dirigeants. La typologie légale classique des fautes a été simplement reprise et réajustée.

a - Violation des lois et règlements

323. Cette cause de la responsabilité des dirigeants de société a été reprise tant dans la législation OHADA que dans les textes applicables aux sociétés particulières que sont les sociétés coopératives et les sociétés à capital public (*Ces sociétés soumises au droit OHADA restent en effet soumises à leurs régimes particuliers conformément à l'article 916 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE. Vr à propos, POUYOUÉ (P-G.), Les sociétés d'État à l'épreuve du droit OHADA, Juridica périodique n° 65, janvier-février-mars 2006, p. 100*) : les dirigeants sociaux sont responsables du dommage causé par la violation d'une disposition légale ou réglementaire.

324. Dans le cadre de l'OHADA, cette consécration est faite expressément aux articles 330 pour les SARL et 740 à 743 de l'AUSC pour les sociétés anonymes. Elle est également pressentie dans de nombreuses dispositions. Dans les textes particuliers sus-indiqués, diverses dispositions évoquent expressément cette cause de responsabilité. Pour le Cameroun par exemple, on le retrouve à propos des dirigeants des sociétés coopératives aux articles 78 et 80 de la loi n° 92/006 du 14 août 1992. En matière de société à capital public, les articles 108 et suivants de la loi du 22 décembre 1999 la posent également, même si c'est de manière indirecte. L'article 1856 du Code civil applicable aux sociétés civiles n'échappe pas à ce courant, puisque la fraude évoquée par ce texte consistera très souvent en une manœuvre destinée à contourner ou violer un texte.

325. Tous ces textes présentent ce fait générateur de responsabilité et s'efforcent dans l'ensemble à lui donner un sens et un contenu. Il en résulte que la violation par le dirigeant d'une règle prévue dans les lois ou règlements en vigueur dans l'espace concerné entraîne sa responsabilité.

Dans cette logique, et de manière assez classique, le législateur africain s'est servi d'un critère temporel pour fixer les comportements blâmables (*Il semble être le seul à avoir donné un véritable contenu à cette cause dans notre espace juridique*). Cette cause de responsabilité peut être ainsi liée à la constitution, au fonctionnement ou à la dissolution de la société ; l'essentiel étant qu'elle soit survenue dans l'exercice des fonctions de dirigeants.

Dans ce sens, les premiers dirigeants ont par exemple le devoir de s'assurer que la société a été régulièrement constituée. Une incurie de leur part entraîne leur responsabilité pour violation de l'article 78 de l'AUSC qui pose que : « *les fondateurs, ainsi que les premiers organes de gestion, de direction ou d'administration sont solidairement responsables du préjudice causé soit par le défaut d'une obligation dans les statuts, soit par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société.* ». En cours de vie sociale, la responsabilité des dirigeants est susceptible d'être engagée

par exemple pour défaut de convocation ou irrégularité de convocation d'une assemblée générale prévue par les textes. De même, les dirigeants de SARL et de SA verront même leurs responsabilités engagées pour défaut de désignation d'un commissaire aux comptes en application de l'AUSC ou même pour défaut de provocation d'une délibération sur l'option à prendre en cas de réduction du capital en dessous du minimum légal.

b - Violation des statuts et la faute de gestion

326. La violation des statuts de la société (1) et la faute de gestion du dirigeant (2) qui ont également été reprises en matière de responsabilité civile des dirigeants sociaux sont la conséquence de la qualité de mandataire des dirigeants sociaux.

1 - Violation des statuts

327. En principe, les dirigeants voient leurs pouvoirs déterminés par les associés dans l'acte de société ou tout acte ultérieur auquel les statuts ou la loi renvoient le cas échéant. La violation des statuts par le dirigeant constitue par conséquent, très souvent, une faute, une inexécution ou même une exécution défectueuse des exigences de leurs mandants. Les dispositions légales qui consacrent cette cause de responsabilité et, qui sont pour l'essentiel les mêmes que celles qui consacrent la violation des dispositions légales et réglementaires, visent les clauses statutaires autres que celles qui se bornent à reprendre une disposition légale ou réglementaire. Il peut s'agir de toutes sortes de règles concernant le fonctionnement de la société, pour la fixation desquelles, sauf disposition législative contraire, les associés disposent d'une grande liberté : disposition concernant les pouvoirs internes des dirigeants, la répartition des bénéfices, etc.

328. La violation des statuts renvoie ainsi à toute inobservation fautive des dispositions impératives de l'acte de société de la structure concernée, Il peut s'agir par exemple de l'utilisation des fonds sociaux à des fins contraires aux prescriptions des statuts (*TGI de Ouagadougou, Jugement du 10 janvier 2000; Revue Burkinabé de droit, n° 42, 2^e semestre 2002, Obadata J- 05-248*), de la violation des pouvoirs du conseil d'administration, ou encore du non-exercice par les administrateurs des pouvoirs qui leur sont dévolus par les statuts.

2 - Faute de gestion

329. Bien qu'elle puisse renvoyer à l'inobservation des règles de gestion d'origine légale, la responsabilité pour faute de gestion s'apparente plus généralement à la responsabilité du mandataire envers le mandant du dommage causé par sa faute, même si elle n'est ni dolosive, ni grave (*MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), Droit civil, les contrats spéciaux, 10^e éd. 1997, n° 567, p. 327*).

Cette cause classique de responsabilité a été reprise par les Actes uniformes relatifs au droit des sociétés

commerciales et du GIE et au droit des procédures collectives d'apurement du passif (*Vr par exemple les articles 330, 740, 161 et 165 du premier texte et 183 du second*) et les autres textes récents. Globalement, il en résulte que les dirigeants sont responsables des fautes commises dans leur gestion. Ces termes généraux permettent notamment d'englober l'ensemble des fautes qui ne constituent pas des violations directes de la loi ou des statuts, celles-ci constituant apparemment une autre catégorie de la typologie des faits générateurs de la responsabilité des dirigeants sociaux.

330. L'absence de principes législatifs généraux relatifs aux soins et à la compétence que les dirigeants sociaux doivent apporter à la gestion sociale a amené les tribunaux à opter pour une appréciation au cas par cas, de l'existence ou non d'une faute de gestion. Il en résulte un vaste éventail de fautes retenues comme telles à l'endroit des dirigeants. Celles-ci vont de la simple négligence ou imprudence aux manœuvres frauduleuses les plus caractérisées (*MERLE (Ph.), Droit commercial, sociétés commerciales, 3^e éd. Dalloz 1992, n° 198, p. 171*). Peu importe que l'acte fautif ne soit pas un acte positif ou qu'il ne soit pas fondé sur une intention de nuire à la société ou au tiers. Peu importe aussi que la société fasse l'objet d'une procédure collective ou même, qu'il s'agisse d'un dirigeant « exceptionnel ». Dans les cas spécifiques d'extension du passif aux dirigeants ou d'extension de la procédure aux dirigeants et même de la faillite, la faute de gestion exigée pourra consister en une erreur de gestion, une imprudence dans la gestion, une violation des règles légales ou statutaires de gestion ou même au fait pour le dirigeant d'avoir abusé de ses pouvoirs de gestion dans un intérêt personnel.

331. Ainsi, la faute de gestion peut consister en des faits extrêmement divers (*SAINTE-ALARY-HOUIN (C.), op. cit., n° 19, p. 33*). Les dirigeants sociaux peuvent à ce titre être tenus pour responsables de l'existence d'une cause de nullité affectant la société. La menace d'une responsabilité pour faute de gestion, même en cas de disparition de la cause de nullité, est en effet une mesure efficace pour garantir la régularité des constitutions et des actes sociaux (*POUGOUÉ (P-G.)-L'impact de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE sur le contrôle et le développement des entreprises locales, Juridis périodique n° 66, avril-mai-juin 2006, p. 115*). De même, elle est constituée par le comportement d'un dirigeant qui verse des commissions occultes à des tiers, exposant de la sorte la société à une réintégration fiscale et empêchant du même coup aux associés d'exercer un contrôle normal de la marche des affaires sociales. On retient également la dissimulation aux associés de la véritable situation de la société par des rapports inexacts faits à l'assemblée, le fait de ne pas informer les associés de la gravité de la situation sociale et de n'avoir pas suscité une déci-

sion couvrant sa responsabilité, même si les pertes n'avaient pas encore atteint la moitié du capital social, dès lors que le prolongement de la société dans les conditions déplorables ne pouvait aboutir qu'à absorber la substance même de la société par l'addition aux pertes anciennes des pertes nouvelles et continues. Par ailleurs, selon une certaine jurisprudence (*Cass. crim., 19 octobre 1995, D. aff. 2/1996, p. 35; Dr. pénal 1996, Comm. n° 38*), le dirigeant aura commis une faute de gestion lorsqu'il ne se sera pas montré assez vigilant pour une faute imputable à ses collaborateurs qu'il a manqué de surveiller.

332. En réalité, la faute de gestion consiste en un écart de conduite des dirigeants par rapport à une gestion avisée des affaires sociales (*COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl), op. cit., p. 135*). On estime à cet effet que « le critère de la faute de gestion préjudiciable à la société réside dans la notion d'intérêt social. Tout comportement du dirigeant non conforme à l'intérêt de la société peut à cet égard être assimilé à une faute » (*NGOUE (W.J.), La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA. L'effectivité du droit de l'OHADA. Coll. Droit uniforme, PUA 2006, p. 189*). Dans cette logique, les immixtions indues dans la gestion évoquant la question des dirigeants de fait, la gestion déficitaire ou désintéressée des affaires sociales ou même la gestion concurrente et démesurée du dirigeant sont autant de variantes susceptibles d'être rencontrées et de fonder la responsabilité des dirigeants sociaux pour faute de gestion.

II- Sur le plan de la responsabilité pénale

333. Sur le plan de la responsabilité pénale, les règles posées par la troisième partie de l'AUSC, reprennent à quelques exceptions près les principales incriminations du passé ainsi que l'esprit général qui les animait. C'est ainsi que l'omission et la commission d'actes demeurent au centre de la construction législative et font que le dirigeant voie sa responsabilité engagée soit pour commission, soit pour omission.

a - Fautes d'omission

334. Par la faute d'omission, l'AUSC entend réprimer la négligence ou l'incurie des dirigeants qui omettent notamment d'accomplir les actes requis d'eux. En effet, le droit positif continue d'exiger, et même un peu plus, que le mandataire social agit. Aussi, ses omissions se présentent-elles comme la traduction d'une indiscipline inadmissible.

Relativement à la constitution des sociétés, les formalités de publicité exigées par les textes sont par exemple l'un des domaines dans lesquels la faute d'omission trouve grande illustration. À propos de ces formalités,

trois mesures d'information étaient initialement prévues : le dépôt des statuts au greffe du tribunal d'instance du lieu du siège social, l'insertion dans le même délai de la formalité de dépôt au greffe d'un extrait des statuts dans le journal d'annonces légales et l'immatriculation au registre du commerce. Désormais, l'Acte uniforme reprend la deuxième formalité dans les articles 261 et 262 et fait de la première et de la troisième une même formalité. Ceci a bien évidemment l'avantage de simplification pour les dirigeants. Ainsi, en application des articles 104 de l'AUSC et 43 de l'Acte uniforme portant droit commercial général, par exemple, l'omission d'accomplir ces formalités engagera la responsabilité des dirigeants sociaux.

En cours de vie sociale, la faute d'omission peut consister par exemple à un défaut de provocation de la désignation des commissaires aux comptes dans les SA et les SARL en application des articles 897 et 900 de l'AUSC.

b - Fautes de commission

335. Pour ce qui est des fautes de commission, le législateur entend plutôt réprimer les agissements positifs des dirigeants qui sont préjudiciables à la société. Il s'agit généralement soit d'un acte frauduleux, soit d'un acte de détournement, soit même du fait d'avoir agi de « mauvaise foi ». C'est ainsi que la déclaration notariée mensongère dans ses différents aspects, dont la majoration frauduleuse des apports, a été reprise par l'AUSC à l'article 887-4.

Les exemples sont nombreux. En cours de vie sociale par exemple, les articles 889 et 890 répriment respectivement la distribution des dividendes fictifs et la publication ou la présentation des états financiers de synthèse inexacts. Ces infractions, jadis consacrées par les articles 15-4 de la loi de 1867 et 37-3 du décret du 14 mai 1930 pour ce qui est de la distribution des dividendes fictifs et 15-5 de la loi de 1867 pour ce qui est de la présentation des états financiers inexacts, ont été remodelées par le législateur africain qui les a rendues plus général.

Au titre d'actes de détournement, sont réprimés les comportements abusifs des dirigeants qui utilisent les biens sociaux à des fins personnelles. Ainsi, si le dirigeant se sert de ses prérogatives à des fins personnelles, il se rend coupable d'actes de détournement qualifiés d'abus des biens et du crédit de la société. En effet, prévue à l'époque par l'article 15-6 de la loi du 24 juillet 1867, cette infraction a été reprise par les articles 891 de l'AUSC, 231 et 243 de l'AUPCAP, aussi bien pour les dirigeants de droit que pour les dirigeants de crises. C'est dans ce cadre que le syndic « dirigeant » peut faire l'objet d'un « délit de malversation » à l'image de la banqueroute.

Ainsi, comme par le passé, les dirigeants sont tenus pénalement responsables des dommages causés par leurs fautes prouvées, si le fait constitue un « délit pénal ».

B - Règles fondamentales du droit de la responsabilité

336. La conservation des règles fondamentales du droit de la responsabilité se réalise par le maintien de la responsabilité personnelle en vigueur en droit commun, qui vient tantôt suppléer à la carence législative observée dans la réglementation de certaines sociétés, tantôt s'ajouter aux dispositions spécifiques à la responsabilité des dirigeants des sociétés à risques limités. Concrètement, il s'agit d'une part, du maintien de la faute génératrice de la responsabilité personnelle de droit commun (I) et d'autre part, de la reprise des principes généraux du droit de la responsabilité (II).

I - Maintien de la faute génératrice de responsabilité personnelle de droit commun

337. Les dispositions de l'AUSC et des autres textes internes, relatives aux causes de la responsabilité des dirigeants sont par endroits soit muettes, soit imprécises. Cette situation perceptible, aussi bien dans les sociétés à risques illimités (a), que dans les sociétés à risques limités (b), a amené la jurisprudence à faire recours pendant longtemps aux règles du droit civil et du droit pénal pour fonder la responsabilité des dirigeants qui ont outrepassé les limites normales de leurs missions, et ainsi combler les vides constatés.

a - Dans les sociétés à risques illimités

338. S'il est vrai que les articles 161 et 165 de l'AUSC et 180 et suivants de l'AUPCAP sont communs à toutes les sociétés commerciales, il est aussi vrai que comme par le passé, il n'existe pas en droit OHADA, dans les dispositions spécifiques aux SNC et SCS, des rubriques qui traitent de la responsabilité des gérants (*la situation est similaire en droit français issu de la loi de 1966 Vr à cet effet, LEFEBVRE (éd.), op. cit., n° 14005, p. 745*). Tout au plus, l'article 276 de l'AUSC ne fait qu'évoquer le principe de cette responsabilité en essayant de préciser la responsabilité des dirigeants personnes morales.

Pourtant, c'est une constance que le gérant est responsable envers la société, les associés et les tiers de ses fautes de gestion. En droit français, la constance de la jurisprudence sur cette question est notoire, alors que la loi du 24 juillet 1966 est muette sur les causes et la mise en œuvre de la responsabilité (notamment civile) des gérants de SNC et de SCS. Face à cette situation, on se pose la question de savoir sur quels fondements ces cas de responsabilité des dirigeants de sociétés à risques limités sont retenus.

Maintenue sur les plans contractuels et délictuels, cette responsabilité des gérants trouve son fondement, tant dans les dispositions du Code civil que dans celles de la législation pénale classique.

339. Sur le plan civil, l'absence dans la législation spéciale sur les sociétés, de dispositions spécifiques aux gérants de SNC et de SCS, avait justifié la recherche des fondements de la responsabilité de ces dirigeants dans les dispositions du Code civil relatives aux sociétés – l'article 1856 notamment – et dans la responsabilité civile de droit commun. Ces fondements sont maintenus. C'est ainsi que les gérants de SNC et de SCS sont, comme les administrateurs des sociétés civiles, susceptibles d'engager leur responsabilité, aussi bien contractuelle sur le fondement des règles du mandat, que quasi délictuelles ou délictuelles, selon le cas, sur le fondement des articles 1850, 1856 et 1922 du Code civil (*NGOMO (A-F), op. cit., n° 580, p. 172*) pour la première hypothèse et 1382 et 1383 du Code civil pour la dernière.

340. Sur le plan pénal, la situation n'est pas très différente malgré l'effort de regroupement des incriminations pénales opéré par l'AUSC. Les dispositions du droit pénal commun jadis applicables aux gérants en raison de l'absence de délits spécifiques sont toujours applicables. Les dirigeants sont toujours susceptibles d'être condamnés pour les délits de droit commun tels que l'escroquerie et l'abus de confiance. Le gérant déloyal par exemple, qui détourne les actifs sociaux est en grand danger d'être poursuivi pour abus de confiance au titre de la violation de son mandat (*L'infraction d'abus des biens sociaux étant limitée aux SARL et SA conformément à l'article 891 de l'AUSC ; COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl), op. cit., n° 364, p. 138*).

Cette règle également valable pour les sociétés civiles a été réaffirmée par la jurisprudence française (*Cass. crim., 4 septembre 1996 ; Bull. Joly 1997, p. 107, note RONT-CHEVSKY ; COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl), op. cit., n° 1432, p. 467*) dans une espèce qu'il convient d'évoquer et concernant une société civile immobilière. En fait, un associé qui avait la qualité de gérant de deux sociétés, une SCI et une SARL qu'il avait créées avec son compère, avait puisé d'importantes sommes dans les caisses de ces sociétés. Sur la plainte de son coassocié, il avait essayé de se défendre en invoquant la jurisprudence ROZEMBLUM (*4 février 1985, JCP, E. 1985, 11.14614, note JEANDIDIER-ADDE. Cet arrêt énonce que « pour échapper aux prévisions des articles 425 et 437 de la loi du 24 juillet 1966, le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement doit être dicté par l'intérêt économique social ou financier commun... » Dans cette affaire le sieur Rozemblum fut condamné en raison du caractère simplement personnel de son groupe.*) sur les groupes, mais sans succès, et s'était vu condamné à la fois pour abus de confiance (pillage de la SCI) et pour abus des biens sociaux (pillage de la SARL).

341. Bien plus, le dirigeant doit assumer, comme par le passé, la responsabilité pénale du chef d'entreprise

puisqu'il demeure passible des infractions à la réglementation générale des entreprises (droit du travail, droit de l'environnement, code de la route, droit de la consommation, etc.).

b - Dans les sociétés à risques limités

342. Ici, les faits qui sont de nature à engager la responsabilité des dirigeants de SARL et SA sont, comme en droit français, fondés sur deux articles : l'article 330 et l'article 740 de l'AUSC (*En droit français, les articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966 ; LEFEBVRE (éd.), op. cit., n° 14120, p. 751*), qui les énumèrent limitativement. Sous réserve de la formule plus générale des articles 161 et 165 « *infraction aux dispositions législatives et réglementaires, violation des statuts et fautes commises dans leur gestion* », ces dispositions établissent une responsabilité spécifique à ces sociétés.

En effet, tout en assurant la sauvegarde des principes issus des règles antérieurement applicables (*Notamment les articles 32 du Code de commerce 17 et 44 de la loi de 1867, 1850 et 1922 du Code civil ; NGOMO (A-F), n° 579 et s*), ces dispositions sont favorables à l'application aux dirigeants de ces sociétés, du droit commun de la responsabilité prévu par les articles 1382 et 1383 du Code civil, lorsque ces dirigeants commettent, dans l'exercice de leurs fonctions, des fautes qui ne rentrent dans aucune des trois catégories de fautes énumérées ci-dessus (*Ceci est pareil en droit français ; Vr à propos, LEFEBVRE (éd.), op. cit., n° 14121, p. 751*).

De même, en matière pénale, en plus des infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions ou grâce à celles-ci, en application du livre 3 de l'AUSC, les dirigeants de ces sociétés peuvent se rendre coupables, comme par le passé, des délits de droit commun, particulièrement l'escroquerie, l'abus de confiance et la violation des interdictions édictées par les lois spéciales telles que pour le Cameroun, la loi du 30 août 1947.

343. Au demeurant cependant, on constate qu'en la matière, la délimitation entre le régime général de la responsabilité de droit commun et les dispositions du droit des sociétés, et notamment celle de l'AUSC, n'est pas très nette. C'est d'ailleurs là l'une des faiblesses de ce régime de responsabilité.

Au-delà, le droit positif a maintenu les principes généraux qui dominent le droit commun de la responsabilité dans le registre de la responsabilité personnelle du dirigeant.

II - Reprise des principes généraux du droit commun de la responsabilité

344. Cette reprise s'est opérée à travers la réaffirmation, tant du principe de la légalité des délits (a), que des dispositions qui font de la faute un simple

élément susceptible de rendre effective la responsabilité du défendeur (b).

a - Principe de la légalité des délits

345. À travers la consécration d'un livre réservé au droit pénal des sociétés, le législateur OHADA a réaffirmé le principe de la légalité des incriminations pénales. Ceci constitue une limite à la tendance à l'extension hachée de la responsabilité pénale des dirigeants par la jurisprudence, telle qu'observée dans plusieurs pays. Cette œuvre a d'ailleurs été complétée par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui, a pris le soin, à travers l'organisation des délits assimilés aux banqueroutes et autres délits, de réaffirmer cette règle.

Malgré les insuffisances de cette œuvre, il convient d'affirmer que l'énumération des infractions spécifiques aux sociétés est un élément qui ajoute à l'effort réalisé. Ce d'autant plus que c'est d'une façon assez classique que le législateur africain a fixé les comportements blâmables : infractions de constitution, de fonctionnement et de dissolution.

346. La reprise du principe de la légalité des délits n'est ni banale, ni sans conséquences. Il suffit de voir le pouvoir créateur de droit que se sont arrogés les juges, tant en ce qui concerne la responsabilité des dirigeants du fait de leurs préposés, qu'en matière d'abus de bien sociaux, (À propos, *MASCALA (C). La responsabilité pénale des dirigeants sociaux*, JCP, la semaine juridique, n° 3, 2001, p. 24) pour mesurer l'ampleur de la tendance à la violation manifeste du principe légaliste fondateur de notre droit pénal et donc, comprendre l'importance de cette réaffirmation.

b - Principe de la faute comme simple élément du fait répréhensible

347. Traditionnellement, la faute est le fait générateur de la responsabilité. Celle-ci n'est véritablement engagée en droit commun que si elle présente des caractéristiques précises. En matière civile on parlera de deux conditions : que la faute ait causé un dommage et qu'il y ait un lien de causalité entre le préjudice et la faute. En application du droit commun de la responsabilité, sont donc nécessaires, pour que la responsabilité civile du dirigeant soit engagée, tant à l'égard de la société que des tiers, un préjudice, une faute et un lien de causalité. En matière pénale, on exigera deux éléments en plus de l'élément matériel qui est l'acte fautif, à savoir, l'élément légal et l'élément moral.

348. Ces règles classiques n'ont pas été abandonnées par les nouvelles législations. Au contraire dans des domaines comme celui de la responsabilité patrimoniale du dirigeant, l'AUPCAP, suivant le pas de la loi française du 25 janvier 1985, affirme la nécessité qu'il y

a d'établir en plus de la faute commise, le préjudice et le lien de causalité entre les deux. En matière pénale, la même exigence demeure également valable : les éléments constitutifs de l'infraction doivent être réunis ; éléments matériel, intentionnel et légal. Ceci n'est rien d'autre que la soumission de l'action en responsabilité aux principes généraux de la responsabilité et la réaffirmation de l'idée selon laquelle la faute n'est qu'un élément du fait répréhensible.

§2 - Consécration de causes nouvelles de responsabilité des dirigeants

349. La première variante de ces causes de responsabilité a trait au régime de responsabilité civile (A) et la seconde à celui de la responsabilité pénale des dirigeants (B).

A - Pour ce qui est de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés

350. L'ancien dispositif législatif relatif à la responsabilité civile des dirigeants sociaux faisait de la violation des lois et statuts et la commission d'une faute de gestion, le nœud de cette responsabilité (*Vr par exemple l'article 32 du Code du commerce*). La survenance d'un de ces faits suffisait en principe pour que le dirigeant voie sa responsabilité engagée. Par conséquent, une confusion était toujours susceptible d'être faite à la lecture des textes évoquant les causes de la responsabilité (À l'instar de l'art 25 de la loi du 7 mars 1925). Cette option législative contribuait grandement à la précarité des dirigeants.

351. Par l'utilisation de l'expression « *est responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions* » aux articles 161 et 165 de l'AUSC, le législateur OHADA a procédé à une harmonisation des formules d'énonciation des causes et nature de la responsabilité civile des dirigeants. Désormais, cette responsabilité n'est envisageable que si la faute est commise dans l'exercice de ses fonctions par le dirigeant.

L'adoption de cette nouvelle formule dans le livre trois de la première partie de l'AUSC intitulé « *Action en responsabilité civile contre les dirigeants* », a le double avantage d'instituer un nouveau critère commun de qualification de la faute génératrice de la responsabilité civile des dirigeants d'une part et d'explicitier les champs d'application de cette responsabilité d'autre part.

352. Ainsi, suivant l'évolution amorcée en jurisprudence sous l'effet conjugué des propositions doctrinales sur la faute imputable au dirigeant, l'Acte uniforme a mis un accent sur la nécessité d'inscription de la faute génératrice de responsabilité dans le cadre de l'exercice de ses fonctions par le dirigeant. Désormais, les dirigeants

sociaux savent qu'indépendamment de la nature de la faute, ils sont civilement responsables envers la société et les tiers des fautes qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions.

Cette nouvelle approche a l'avantage de faire peser sur le dirigeant l'obligation d'éviter toute faute dans l'exercice de ses fonctions. Sur la jurisprudence elle fait peser une obligation d'appréciation univoque de la faute génératrice de la responsabilité civile des dirigeants ; ce qui ne contribue pas moins à l'amélioration de la condition des dirigeants.

353. Bien plus, le domaine d'application de cette formule semble plus étendu qu'il ne paraît. En effet, à l'examen des dispositions qui consacrent expressément la formule « *faute dans l'exercice des fonctions* », on a l'impression que l'extension se limite à la responsabilité civile des dirigeants. Cependant, une lecture attentive de ce titre de l'Acte uniforme qui fait cette consécration laisse constater que le législateur africain y évoque, aux articles 164 et 170, des infractions de crime ainsi que des durées de prescription. Dans la mesure où le fait criminel est essentiellement pénal, l'impression forte qui en résulte est celle de la validité de l'expression « *faute dans l'exercice de ses fonctions* » également pour la responsabilité pénale.

B - Quant à la responsabilité pénale des dirigeants de sociétés

354. La seconde variante est quant à elle une conséquence de la réaffirmation du principe de la légalité des délits et du regroupement de la quasi-totalité des infractions dans l'Acte uniforme. Désormais les dirigeants et leurs interlocuteurs savent précisément de quelles infractions ils sont passibles et bien plus, quels comportements éviter. Ce d'autant plus que l'approche d'énonciation des incriminations retenues est essentiellement distinctive et évolutive.

Le dirigeant sait qu'en dehors des infractions de droit commun dont il est toujours passible, il peut répondre, de la constitution à la dissolution, et même au-delà lors des procédures collectives d'apurement du passif social, d'un certain nombre de comportements distinctement énumérés et communs, à quelques exceptions près, à tous les dirigeants.

355. Par ailleurs, on peut évoquer la consécration de nouvelles causes de responsabilité par l'AUSC, à l'instar de l'infraction d'abstention de désignation ou de convocation des commissaires aux comptes, prévues à l'article 897 de l'AUSC, ou même celle d'obstruction à la fonction des commissaires aux comptes prévue à l'article 900 de l'AUSC. On peut de même à titre d'illustration, évoquer le cas des infractions consécutives à la dissolution de la société qui constituent dans notre espace une véritable innovation par rapport au droit antérieur.

Ces infractions qui visent la protection de l'information des parties à la dissolution de la société font peser sur le dirigeant l'obligation de se renseigner et facilitent du même coup le respect des exigences légales. En outre, on peut citer pour clôturer cette question, l'innovation effectuée dans le cadre de la réduction du capital ; laquelle n'était jusqu'ici pas réglementée.

356. Cette énumération ainsi que la précision qui l'entoure sont une avancée considérable. Mais, elles ne suffisent pas pour donner aux conditions de la responsabilité la dimension et l'ampleur qu'elles méritent d'avoir. Au contraire, leur aménagement semble plus que nécessaire.

Section 2 - Aménagements nécessaires : la régulation de la typologie des fautes du dirigeant

357. La typologie des fautes du dirigeant révèle des imprécisions et interférences inopportunes, qui sapent en fin de compte l'effort de modernisation des conditions de la responsabilité des dirigeants. Les données du problème et les solutions possibles sont relatives tant à la responsabilité civile (§1), qu'à la responsabilité pénale (§2) des dirigeants, et concernent aussi bien les dirigeants de droit que les dirigeants « exceptionnels ».

§1 - En matière de responsabilité civile des dirigeants

358. Sur le plan de la responsabilité civile, le problème réside dans l'inadaptation de la typologie légale des fautes du dirigeant (A). Celle-ci appelle, dans l'optique d'une modernisation plus complète des conditions de la responsabilité des dirigeants, la formulation de solutions à la fois techniques et réalistes (B).

A - Problème de l'inadaptation de la typologie légale des fautes du dirigeant

359. Le dirigeant est responsable, soit s'il commet une infraction aux règles que fixent les lois, règlements et statuts, soit s'il commet une faute de gestion. Cette règle qui a été reprise dans notre espace avec toutes ses implications a donné lieu à des interprétations et déductions qui ont fortement amoindri la distinction qui devrait exister entre ces différentes causes de responsabilité. Pourtant, à la veille de l'adoption de l'AUSC et des réformes législatives qui ont repris cette règle, la question de l'inadaptation de la typologie de ces fautes était déjà grandement évoquée.

360. Les griefs avancés au soutien de la critique de cette typologie s'inscrivent en général dans la grande catégorie de critiques globalement faites à la jurisprudence

quant aux causes et aux natures de la responsabilité des mandataires sociaux. Il y a en effet « *beaucoup de confusions dans la jurisprudence sur la cause et la nature de la responsabilité des dirigeants* » (RIPERT (G) et ROBLOT (R), 17^e éd. GERMAIN (M), *op. cit.*). La jurisprudence en est arrivée là parce que le législateur lui en a donné l'occasion. C'est que, contrairement à ce qu'on peut penser de prime abord des textes qui reprennent cette typologie de cause, il est difficile d'envisager de manière strictement autonome l'une ou l'autre de ces causes (I) et plus grave encore, l'une et l'autre ne semblent pas, eux-mêmes, suffisamment précises (II).

I - Imprécision des causes spécifiées

361. La typologie légale des causes de responsabilité des dirigeants, en vigueur, met en relief trois variantes de causes de responsabilité : la violation d'une disposition législative ou réglementaire, la violation d'une disposition des statuts et la faute de gestion.

Les textes desquels résulte cette typologie se sont limités à cette énonciation et ont omis de préciser ce à quoi renvoient ces différentes infractions, actions ou omissions. Dès lors, on s'interroge quant à savoir si cette énonciation est adaptée aux enjeux du régime juridique de la responsabilité des dirigeants sociaux.

362. S'il est vrai qu'à cette interrogation, d'aucuns peuvent trouver quelques rares prétextes de réponses affirmatives, il convient de dire que dans l'ensemble, cette énonciation est préoccupante en raison de l'absence de précision du sens ou du contenu de chacun de ces types de fait générateur de la responsabilité du dirigeant social. Ce surtout en raison de l'inconstance de la jurisprudence, qui ne parvient toujours pas à jouer en la matière son rôle traditionnel de renchérissement lorsque la loi dit peu comme c'est le cas en l'espèce.

Selon les cas, on constate par exemple :

- Pour la violation d'une disposition législative ou réglementaire, que deux griefs peuvent être avancés au titre des effets de cette carence de définition. C'est que, cette formule est à la fois trop étroite et trop large. Trop large parce que la violation d'une disposition parmi les textes qui régissent les entreprises ne suffit pas toujours à constituer la faute ; il peut y avoir infraction sans faute. Trop étroite parce que les affaires peuvent donner lieu à des comportements fautifs sans violation d'un texte (VIDAL (D), *op. cit.*, p. 18).

- Pour l'infraction aux dispositions statutaires, que la violation d'une disposition des statuts peut être en même temps une infraction législative ou réglementaire. Par ailleurs, ce standard semble tellement large que les tribunaux permettent aux tiers, le bailleur par exemple, d'invoquer la violation des statuts pour obtenir des dommages-intérêts à l'encontre d'un dirigeant qui a par exemple déplacé le siège de la société locataire en violation des statuts (Paris, 16 mai 1978, *Rev. Soc.*

1979, 72, *note J.G.* ; Paris, 28 avril 1983, *J.G.* ; p. 86, 11, 20553).

- Pour la faute de gestion, que celle-ci n'est nullement définie par le législateur ; alors même que les efforts de la jurisprudence en la matière ont, contrairement à ce qu'on pouvait espérer, plutôt concouru à démontrer son caractère protéiforme (SAINT-ALARY-HOIN (C.), *La responsabilité patrimoniale des dirigeants des sociétés en difficulté*. *JCP, cahier de droit de l'entreprise*, n° 3/2001, n° 19, p. 33). On s'accorde à dire qu'elle réside dans le manquement aux règles qui définissent le comportement d'un dirigeant social normalement diligent. Seulement, il se passe que la définition du comportement du dirigeant normalement diligent n'est ni précise, ni exhaustive. Au contraire son appréciation soulève de difficiles problèmes de preuve et d'étendue. La responsabilité externe du dirigeant vis-à-vis des tiers offre par exemple un champ d'appréciation de cette situation ambiguë ; ce qu'un auteur (VIDAL (D) *op. cit.*) exprime de cette manière : « *après tout, si le dirigeant commet une faute de gestion en concluant un contrat défavorable à la société, n'est-ce pas en faveur du tiers cocontractant ? À l'inverse, si c'est par habileté excessive que le dirigeant engage sa responsabilité à l'égard des tiers, n'est-ce pas au profit de la société ?* »

363. La somme de ces approximations ne contribue malheureusement pas à la spécification de chacune de ces causes de la responsabilité du dirigeant.

II - Absence de véritables barrières entre les types de causes institués

364. À première vue, l'énonciation législative des causes de la responsabilité des dirigeants crée l'impression de l'existence de trois catégories bien spécifiques de faits générateurs de la responsabilité civile du dirigeant. La conséquence étant la tendance à considérer que seules les fautes qui ne constituent pas des violations directes de la loi ou des statuts correspondent à des fautes de gestion. Pourtant, il n'en est rien. L'absence de précision législative du sens de chacune de ces causes crée une véritable confusion, un réel doute en matière de différenciation de ces causes.

365. D'aucuns (par exemple SCHOLASTIQUE (E), *op. cit.*, n° 57 et s., p. 44 MERLE (Ph.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, éd 1992, n° 198, p. 171) ont essayé de donner un contenu à cette typologie de causes en indiquant ce à quoi peut renvoyer chacune d'elles. Mais, malgré ces efforts, on n'est toujours pas parvenu à une véritable distinction, ou spécification de ces causes de responsabilités des dirigeants.

366. La difficulté semble résider dans la nature de la mission du dirigeant dans la société et la nécessité qu'il

y a de ne concevoir la responsabilité du dirigeant que dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. À tout le moins, elle semble reposer sur une sorte d'interférence ou lien qui existeraient entre ces principales catégories de causes.

En effet, qu'il s'agisse de la violation des lois et règlements ou des statuts, il y a toujours lieu, et ceci nécessairement, de prouver la faute qui engage la responsabilité du dirigeant. La violation d'une disposition législative ou réglementaire ou d'une disposition des statuts n'est une cause de la responsabilité que si elle constitue une faute. Des auteurs avisés affirment d'ailleurs dans ce sens, qu'il ne sert à rien d'invoquer l'existence d'une obligation qui aurait été violée.

Par ailleurs, la faute ne s'impose que lorsqu'elle intervient dans l'exercice des fonctions sociales. La faute de gestion résidant « *dans le manquement aux règles qui définissent le comportement d'un dirigeant social normalement diligent* » (VIDAL (D) *op. cit.*, p. 17), ce manquement correspond-t-il à autre chose qu'une simple violation des textes – lois, règlements, ou statuts – qui régissent la fonction de dirigeant social ?

367. En l'absence de précision législative des devoirs des dirigeants et, notamment, les devoirs de diligence, d'information et de loyauté (*Vr à propos, NJOYA NKAMGA (B) Thèse op. cit.*, n° 723, p. 247), on est tenté de répondre par l'affirmative dans une certaine mesure. Cette mesure recouvrant diverses hypothèses telles que la gestion imprudente ou aventureuse de la société, l'option pour un mauvais processus de décision ou même l'incompétence générale du dirigeant.

En dehors de ces cas, la réponse à cette question sera probablement négative en présence d'une réglementation plus précise et plus complète des devoirs des dirigeants.

368. L'inconstance qui en découle ne contribue assurément pas à l'appréciation de cette typologie qui devrait comporter des pistes d'interprétation ou de catégorisation des fautes engageant la responsabilité des dirigeants.

Il en résulte que la distinction entre la violation des dispositions législatives et réglementaires, la violation des statuts et la faute de gestion est de portée limitée et même critiquable. La hiérarchie qu'elle entend instituer n'existe pas : la faute de gestion peut consister par exemple non seulement en la commission d'actes contraires à la loi et aux statuts mais, aussi à ceux contraires à la prospérité de l'entreprise.

369. Cette situation est loin d'être banale. Au contraire, elle a une incidence importante sur le régime juridique de la responsabilité des dirigeants sociaux. Ce d'autant plus qu'on assiste en la matière à un contraste entre la loi qui dit peu et la jurisprudence dont on attend beaucoup, mais, qui brille parfois plutôt par des constructions étonnantes.

Cette dernière n'a pas pu en effet, ni préciser le critère distinctif, ni apporter la démarcation déterminante quant à la typologie des causes de la responsabilité des dirigeants sociaux. Au contraire, dans les domaines tels que celui de la responsabilité externe des dirigeants, elle brille par des constructions essentiellement divergentes.

370. Tous ces éléments rendent la typologie légale des fautes du dirigeant inadaptée. Ce qui justifie sans doute l'adoption en jurisprudence, depuis quelques années, d'une distinction empruntée au droit administratif, entre la faute détachable des fonctions du dirigeant et celle qui ne l'est pas ; la première seule pouvant engager la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des tiers.

Étant à la base d'un véritable débat sur la responsabilité externe des dirigeants, cette distinction constitue une preuve supplémentaire de l'inadaptation de la typologie légale des fautes du dirigeant et donc, de la nécessité de parvenir à une situation moins équivoque.

B - Solutions envisageables

371. Les mesures qui doivent être prises dans le sens de l'amélioration de la portée de l'actuelle typologie légale des causes de responsabilité des dirigeants pourraient consister en la précision du domaine de chaque type de cause. De manière générale, ceci peut être réalisé à travers divers moyens : la définition et l'érection précises d'une différenciation entre les différentes causes, l'institution d'une forme de « code de conduite » des dirigeants, etc.

372. La solution de la précision du domaine de chaque type de cause par le biais d'un « *code ou charte* » de conduite des dirigeants s'intègre dans l'optique d'une meilleure conceptualisation des devoirs des dirigeants sociaux et semble être un élément susceptible de limiter efficacement les confusions et autres faiblesses de l'actuelle typologie légale des causes de la responsabilité des dirigeants. C'est que la définition de ces causes sera une avancée déterminante, mais une précision du contenu de ce qui est attendu des dirigeants, et par voie de conséquence, de ce qu'il ne devrait pas avoir comme conduite, pourrait davantage améliorer la situation. Peu importe la dénomination que prendrait ce corps de texte : *code, guide, charte, etc.* Ce qui importe, c'est son contenu.

373. Il y a lieu de noter toutefois que ceci n'est présenté comme solution que dans l'optique d'une consécration législative, et nullement d'une consécration privée à l'instar de celle du Corporate Directors Guidebooks de l'American Bar Association ou du Code of best Practice proposé en Angleterre.

374. Pour l'essentiel, il s'agit de dépasser le stade

de la simple conception sommaire des causes de la responsabilité des dirigeants opérée par la typologie légale actuelle, et prévoir un ensemble de principes-cadres qui évoqueront le contenu possible des différentes causes ainsi que les limites maximales ou minimales des extensions possibles.

375. À ce titre, ledit *code, guide ou charte* de conduite devrait contenir des éléments relatifs aussi bien au devoir de diligence qu'au devoir de loyauté des dirigeants. Ces deux impératifs couvrant selon nous toutes les fins recherchées par la typologie légale actuelle des causes de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. En effet, dans la mesure où la déloyauté du dirigeant n'est généralement qu'une violation des dispositions législatives, réglementaires ou statutaires et que, la faute de gestion semble toujours résider dans le manquement aux règles qui définissent le comportement d'un dirigeant social normalement diligent, on peut trouver dans les devoirs de diligence et de loyauté, les facteurs d'encadrement ou de délimitation des causes de la responsabilité des dirigeants.

376. La *charte de conduite* des dirigeants pourra ainsi atteindre sa finalité si dans l'optique d'une gestion diligente de la société, elle pose des règles qui retiennent le principe de la responsabilité du dirigeant qui n'a pas assuré :

- une gestion intelligente de la société ; c'est-à-dire le dirigeant qui n'a opéré ni une gestion informée de la société, ni une gestion contrôlée, ni une gestion rationnelle, ni au besoin, une gestion risquée. Avec dans cette dernière hypothèse, la nécessaire distinction entre les risques supportables par la société et les risques dont la réalisation entraînerait la faillite de la société ;
- une gestion conséquente de la société ; c'est-à-dire notamment, le dirigeant qui a omis de s'opposer à la réalisation par ses collaborateurs ou collègues d'actes préjudiciables dont il répond.

Dans l'optique d'une gestion loyale des sociétés, ce code serait opportun si les règles qu'il pose retiennent le principe de la responsabilité du dirigeant qui n'a pas réalisé :

- une gestion dans l'intérêt social ; c'est-à-dire celui qui n'a pas utilisé son pouvoir au profit de la société et de l'intérêt de l'entreprise ;
- une information adéquate des associés ou des dirigeants ;
- une gestion fidèle de la société ; c'est-à-dire le dirigeant qui n'a pas œuvré dans le sens de concurrencer directement ou indirectement la société.

377. Ceci n'est bien évidemment pas exclusif de toute autre construction qui irait dans le sens des objectifs poursuivis par une telle consécration qui, doit absolument être faite dans des termes clairs, précis et spécifiques à chaque situation visée.

378. Au demeurant, cette idée de *code ou charte de conduite* est fondée sur la conviction selon laquelle une précision du sens et du contenu de la faute de gestion peut donner lieu à une appréhension plus conséquente des causes de la responsabilité du dirigeant. En effet, une telle plate-forme de conduite des dirigeants, bien élaborée, est un instrument qui pourrait permettre non seulement de limiter les confusions décriées, mais aussi de limiter la précarité des dirigeants, tant sur un plan général, que relativement aux tendances jurisprudentielles observées en matière pénale.

§2 - En matière de responsabilité pénale : la fin de la transposition à la responsabilité des dirigeants, des solutions dégagées en matière de responsabilité des préposés

379. La matière pénale est dominée par des principes qui, de tout temps, l'ont régulée. C'est ainsi que le principe de la légalité des délits et des peines exige, entre autres, que toute incrimination soit d'origine légale. Sur la base de ce principe fondateur du droit pénal, on ne doit normalement concevoir la responsabilité pénale du dirigeant de société qu'en application des règles légales instituées à cet effet. Le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale - conséquence du principe de la légalité des délits et des peines - est en effet un pilier du droit pénal et le gardien des libertés individuelles (*MASCALA (C.), Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires. D. 2004, 3050*).

380. Le juge interprète nécessairement la loi pour l'appliquer, mais il doit se limiter à une interprétation déclarative, qui dégage tout le sens du texte, sans rien y ajouter, ni retrancher. L'interprétation stricte devrait être la « loi » du juge pénal. En effet, s'il est vrai que le pouvoir créateur du droit des juges n'est pas mauvais en soi, il est aussi vrai que l'œuvre « législative » du juge serait dérangeante si celui-ci s'arroge des droits de déduction et conclusion hâtives et, à tout le moins, se livre à des constructions fantaisistes. Et, c'est là que réside le problème.

381. Il a toujours été admis que seule la faute personnelle est génératrice de responsabilité pénale (*Surtout depuis la disparition du principe de l'indemnité des fautes civiles et pénales solennellement affirmée en 1912 (Civ. 19 déc. 1912, S. 1914, 1, 249 et s., note MOREL) ; Vr. CHABAS (F), Cent ans de responsabilité civile, Gaz. Pal. 23-24, août 2000, n° 8 MASCALA (C), La responsabilité pénale des dirigeants sociaux, JCP, n° 3/2001, p. 24*) et que les règles de responsabilité varient suivant qu'il s'agit de la matière civile, pénale, fiscale ou sociale.

Sur le plan de la responsabilité civile, il est traditionnellement admis qu'à côté de la responsabilité subjective fondée sur la faute personnelle, la responsabilité objective fondée sur le fait des choses et le fait

d'autrui peut également être mise en œuvre. L'envol de la responsabilité du fait des choses et l'essor de la responsabilité objective du fait d'autrui au cours du siècle dernier ont amené le juge pénal à y trouver des recettes pour manifester sa sévérité à l'égard des dirigeants sociaux à travers l'extension de la responsabilité pénale de ceux-ci.

La construction la plus notoire et la plus superficielle en la matière est la transposition à la responsabilité pénale des dirigeants, des solutions dégagées en matière de responsabilité des préposés. En effet, sur la base notamment de l'article 1384, alinéa 5 du Code civil, il a été admis, en matière civile, que le dirigeant est responsable du fait de son préposé qui a agi sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant (*Arrêt ROCHAS, Com. 12 octobre 1993, Gaz. Pal 1994, I, PANOR, Cass. p. 13 <94/0216>, D. 1994, 124 et note VINEY (G.), RTD Civ. 1994, 113, Obs. JOURDAIN ; JCP./995. 11.22493 et note CHABAS (F) ; Vr aussi, COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F), op. cit., n° 742, p. 273*). Cette solution s'inscrit dans la logique de l'arrêt Blicq du 29 mars 1991, qui a admis l'existence d'un principe général de responsabilité civile du fait d'autrui fondé sur cette disposition du Code civil.

382. Séduit par cette solution, le juge pénal a tâté de trouver nécessaire de l'étendre à la responsabilité pénale des dirigeants, au mépris du principe de la légalité des délits et des peines. Or, aucune disposition pénale ne prévoit une telle responsabilité pénale du dirigeant, alors considéré comme commettant, du fait de ses subordonnés considérés comme préposés.

De toutes pièces, la jurisprudence a ainsi construit ce qu'on qualifie de « théorie de la responsabilité pénale des dirigeants du fait de leurs préposés » (*MASCALA (C), op. cit., p. 24*). Parce qu'il est constant qu'il repose sur le dirigeant diverses obligations liées notamment à son devoir de diligence, elle en a conclu que si le dirigeant n'empêche pas le préposé de commettre une infraction alors qu'il en a le pouvoir et le devoir, il manque à son obligation personnelle de surveillance. La fonction du dirigeant créerait selon elle « une obligation légale de surveiller les salariés et de veiller à l'observation des règlements dont le dirigeant est nettement chargé d'assurer l'exécution ès qualité » (*Cass. crim. 19 octobre 1995, D. aff. 2/1996, p. 35 ; Dr. pénal 1996. Comm. n° 38*). Cette raison serait suffisante pour que les dirigeants sociaux soient déclarés pénalement responsables d'agissements illicites qu'ils n'ont pas personnellement commis puisqu'ils sont le fait d'un préposé.

383. Pourtant, qu'il s'agisse des recettes de l'article 1384, alinéa 5 ou de cette construction étonnante qui permettrait de retenir la responsabilité pénale du dirigeant sans qu'il soit possible d'opposer l'argument

du fait d'autrui, l'impression est que les juges sont allés trop loin dans l'anthropomorphisme.

En effet, cette recette est inopérante. Si les juges ont besoin d'étendre le domaine de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux, ils doivent trouver autre chose que la simple transposition colorée des solutions dégagées en matière de responsabilité civile des dirigeants, à la responsabilité pénale de ceux-ci.

384. La consécration de la responsabilité pénale des dirigeants du fait de leurs subordonnés n'est pas légalement admissible, du moins, tant que demeure le principe fondateur de la légalité des délits et peines. Elle n'est non plus absolument nécessaire, parce que la finalité de l'action en responsabilité pénale fondée sur cette prétention jurisprudentielle peut être autrement atteinte par le biais de l'action civile ; la responsabilité civile du dirigeant ne constituant d'ailleurs qu'une variante des mesures destinées à sanctionner le dirigeant qui manque à son obligation de diligence.

385. Ce n'est pas en traquant à tout coup pénalement le dirigeant qu'on aura des dirigeants plus diligents. L'aggravation de la responsabilité civile des dirigeants sur la base de l'article 1384, alinéa 5 est suffisante. Ce d'autant plus que cette responsabilité n'est pas à proprement parler une responsabilité directe pour la faute commise par le préposé. La faute du préposé n'entraîne en principe la responsabilité du dirigeant commettant que s'il est prouvé un manquement au devoir de diligence du dirigeant : négligence, imprudence, impéritie, etc. En conséquence, c'est la faute personnelle du dirigeant pour l'un de ces motifs qui fonde en fin de compte sa responsabilité, et non la seule faute de son préposé.

386. En tout cas, c'est trop forcer le droit pénal des affaires que de lui imposer une responsabilité dans laquelle l'élément matériel de l'infraction est réalisé par le salarié sans une contribution quelconque du dirigeant mais, l'infraction est imputée au dirigeant du simple fait qu'il est le commettant dans le sens civil du terme.

387. Au moment où certains estiment qu'une dépénalisation du droit des sociétés est souhaitable, cette construction doit être simplement oubliée afin de mieux marquer la différence entre les comportements véritablement malhonnêtes et ceux qui relèvent plus de l'imprudence ou de la négligence (*GUYON (Y), Conclusion du colloque sur les dirigeants sociaux, Toulouse 17 novembre 2000, JCP, la semaine juridique, n° 3/2001, p. 40*). Cette différence pourrait également contribuer à l'amélioration du régime de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants.

388. Pour conclure, on peut affirmer que dans son œuvre de détermination des causes de la responsabilité

des dirigeants sociaux, le législateur africain a opéré une articulation des règles de responsabilité de droit commun avec les règles plus spécifiques au droit des sociétés, anciennes et nouvelles. La contribution d'une telle approche à l'évolution du droit de la responsabilité des dirigeants est notoire. Aux règles impératives traditionnellement applicables aux dirigeants sociaux, qui ne considéraient que timidement leur qualité de mandataire, s'ajoutent des causes nouvelles de responsabilité qui intègrent davantage cette dimension dans l'intérêt, aussi bien des dirigeants sociaux, que de la société et même parfois des tiers.

Cependant, un examen attentif de la construction qui en a résulté offre un tableau qui est loin d'être satisfaisant en raison du manque de précision qui caractérise la matière sur bien de points.

Prenant en considération cette situation, l'analyse de l'effort réalisé a été accompagnée à chaque moment de l'étude des aménagements qu'il appelle. C'est ainsi qu'ont été proposées entre autres solutions, la régulation de la typologie légale des dirigeants ou même en matière de responsabilité pénale, la fin de la transposition à la responsabilité des dirigeants, des solutions dégagées en matière de responsabilité des préposés.

Chapitre II : Mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sociaux

389. La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants est un enjeu déterminant du droit de la responsabilité des dirigeants sociaux. En effet, quelle que soit la nature de la cause de la responsabilité, celle-ci n'atteint sa finalité juridique et n'est jugée opportune et efficace que si le régime de la mise en œuvre est favorable à son utilisation.

390. Conscient de cette réalité, et en réaction aux critiques relatives aux carences observées en la matière, le droit positif s'est efforcé de mettre sur pied un ensemble de règles destinées à faciliter l'utilisation des causes de responsabilités consacrées. C'est ainsi qu'une évolution de la matière s'est opérée sous les auspices, tant du législateur, que de la jurisprudence. Seulement, au regard du chemin parcouru, ces évolutions opportunes ne rendent pas complètement fluides et efficaces les règles de mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sur certains points.

L'impact de ces avancées sur le droit de la responsabilité des dirigeants sociaux justifie que nous mettions en relief les insuffisances notées et notamment les améliorations qu'elles appellent. Dès lors, une étude de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sociaux à travers d'une part, les avancées opérées (section 1) et d'autre part, les améliorations nécessaires (section 2) semble appropriée pour la présentation du régime actuel de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sociaux.

Section 1 - Avancées opérées dans le régime de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants

391. Elles ont beaucoup plus trait à la responsabilité civile et procèdent pour l'essentiel de l'accentuation de la spécification des actions sociales et individuelles en responsabilité des dirigeants à trois niveaux : l'enrichissement de la règle de l'influence de la nature du préjudice sur le régime de l'action (§1), la réaffirmation du caractère subsidiaire de l'action *ut singuli* (§2) et l'adoption du critère limitatif de responsabilité de la « faute détachable des fonctions » (§3).

§1 - Enrichissement de la règle de l'influence de la nature du préjudice sur le régime de l'action

392. Traditionnellement, la responsabilité civile des dirigeants est mise en œuvre à travers deux actions : l'action individuelle et l'action sociale. Cette règle a été maintenue et enrichie par le droit OHADA, qui a non seulement essayé de préciser les variantes de ces actions, mais aussi, a tenu à conforter la règle de l'influence de la nature du préjudice sur le régime de l'action en responsabilité des dirigeants.

Dans l'ensemble, il s'est agi théoriquement et puis pratiquement de singulariser davantage les actions individuelles et sociales à travers la spécification de l'objet des actions en réparation.

393. En effet, sur le plan théorique, les articles 161 à 172 de l'AUSC organisent l'action en responsabilité civile contre les dirigeants sociaux en distinguant entre les deux actions. L'action individuelle est aux termes de l'article 162, l'action en réparation du dommage subi par un tiers ou par un associé, lorsque celui-ci subit un dommage distinct du dommage que pourrait subir la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. L'action sociale est quant à elle définie par l'article 166 comme l'action en réparation du dommage subi par la société du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions.

394. Pour ces deux actions, les préjudices ou dommages qui donnent lieu à l'action individuelle et l'action sociale doivent respectivement être individuels et sociaux. En tout cas, l'un doit être distinct de l'autre et le préjudice doit entraîner l'action qui lui correspond. Ce d'autant plus que l'article 163 précise opportunément que l'exercice de l'action individuelle ne s'oppose pas à ce qu'un ou plusieurs associés exercent l'action sociale en réparation du préjudice que la société pourrait subir.

En réalité, cette situation opère la spécification des préjudices générateurs de ces actions. Le préjudice est social lorsqu'il est subi par la société : baisse impor-

tante des résultats, redressement fiscal notamment du fait des combinaisons des dirigeants, pertes majeures sur un marché, etc. Il donne lieu à l'action sociale ; laquelle peut être exercée par les associés au nom de la société : action *ut singuli* ou par les dirigeants au nom de la société : action *ut universi*. Par contre, le préjudice est individuel lorsqu'il est personnellement et distinctement souffert par un actionnaire ou par un tiers. Il donne lieu à l'action individuelle exercée par la personne qui l'a subie : le tiers ou l'associé, lorsque celui-ci a subi un préjudice distinct de celui qu'a subi la société.

395. Dans la pratique cependant, il est parfois difficile d'opérer cette distinction. Très souvent, le préjudice individuel semble inclus dans le préjudice social. Évoquons pour le démontrer, l'hypothèse où, à la suite d'une faute commise par les dirigeants, le marché réagit à la chute de la valeur de l'action de manière disproportionnée eu égard à la perte sociale proprement dite. Que par la suite, la reconstitution du patrimoine social ne suffise pas à rétablir immédiatement la valeur de l'action. À première vue, on peut dire qu'il y a bien ici une part de préjudice individuel supplémentaire qui n'est pas réparée. Mais, la question qui se pose est celle de savoir si ce préjudice individuel est certain à terme. L'action ne peut-elle pas quelques temps après connaître meilleure fortune (*VATINET (R), La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles, Rév. sociétés (2) avril-juin 2003, n° 18 p. 253*) ? Bref les actionnaires peuvent-ils être admis à exercer l'action individuelle sur ce préjudice individuel inclus dans le préjudice social ?

La réponse valable à la lecture des textes sus-évoqués et, en dépit de toutes les objections qui peuvent lui être faites est négative, car le dommage individuel avancé n'est pas « distinct » du dommage social.

396. Faisant écho de cette réalité, la jurisprudence a aussitôt fait d'écarter tout droit à réparation du préjudice individuel dès lors qu'il est considéré comme le « corollaire du préjudice social ». Pour l'exemple sus évoqué, la Cour de cassation française estime en effet et à raison, que la dévalorisation du titre résultant elle-même de la dépréciation du patrimoine social n'est pas un préjudice individuel réparable (*Cass. com., 26 janvier 1970 : 18 ; juillet 1989, DEFRENOIS 1990, art. 34788, p. 633, HONORAT (J.) ; Cass. Com. 1^{er} avril 1997, Bull. Joly, 1997, p. 650, note BARBIERI (J.F.), RTD. Com 180. Obs. PETIT et REINHARD ; D. 98, Somm. Com. 180 Obs. HALLOWIN*).

De même, la CCJA estime que dans la mesure où l'action sociale *ut singuli* a pour objet la réparation individuelle d'un préjudice pécuniaire social, ne relève pas de cet objet l'action qui a pour fin une obligation de faire telle que la représentation d'un coffre-fort de la société par le dirigeant social (*CCJA, 2^e ch. Arrêt n° 15 du 24 février 2005, Affaire Angoua Koffi M. C/ La société*

Win Sarl, La Juris Obada ; ISSA-SAYEGH (J.), Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005, p. 658, n° 79).

397. Cette position des juges français qui tire ses forces sur divers faits (*Vr à propos, VATINET (R.), op. cit., n° 19, p. 254*) renforce la règle de l'influence de la nature du préjudice sur le régime de l'action. Cette règle veut que le préjudice individuel de l'actionnaire ne soit pas réparable lorsqu'il y a un préjudice social dont il est le corollaire ; le préjudice social pouvant l'être grâce à l'action sociale. L'hypothèse est celle où le préjudice social englobe le dommage individuel qui ne peut être réparable en tant que tel.

398. Au demeurant, il résulte de l'effort de renforcement de cette règle par le législateur OHADA une constance : préjudice social égale action sociale et préjudice individuel égale action individuelle, avec pour corollaire, somme de préjudices individuels subis par les associés égale possibilité d'exercice de l'action sociale en groupe ou par procuration ou individuellement, ou alors d'exercice de l'action individuelle par l'associé seul (*Vr. article 741 de l'AUSC*).

§2 - Réaffirmation du caractère subsidiaire de l'action *ut singuli*

399. Tout a commencé avec l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867 autorisant des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social à soutenir une action en responsabilité contre les dirigeants par l'intermédiaire d'un mandataire commun, sans préjudice de l'action que chaque actionnaire pouvait intenter individuellement en son nom personnel. L'exercice de cette action en responsabilité qualifiée *d'ut singuli* supposait cependant toujours l'action préalable des mandataires sociaux.

Aussi, la nature et le régime de cette action restaient entourés d'une grande confusion difficile (*RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), 1^{re} éd., par GERMAIN (M.), op. cit., n° 1765, p. 516*). La Loi du 24 juillet 1966 est venue mettre un terme à ces difficultés en droit français en consacrant, entre autres solutions, que l'action sociale proprement dite puisse être exercée à titre exceptionnel, soit par une minorité d'actionnaires, soit par chaque actionnaire individuel. En effet, telle que consacrée par la loi de 1867, l'action *ut singuli* avait fait l'objet d'inimitiés liées au désir de certains de voir les actionnaires à même d'agir individuellement sans attendre le préalable de l'action des mandataires sociaux. En réaction à cette situation, la Loi du 24 juillet 1966 a ouvert, dans ses articles 52 et 245, à l'associé de SARL et à l'actionnaire de la SA, le moyen de vaincre l'inertie des dirigeants sociaux qui n'exerceraient pas l'action en réparation d'un dommage souffert par la personne morale ; moyen qui correspond à l'exercice de l'action *ut singuli* par celui-ci (*cette action a été étendue aux autres sociétés*

par la loi n° 88/15 du 5 janvier 1988 ; MESTRE (J), VELARDOCCIO (D) et BLANCHARD SEBASTIEN (Chr.), *Lamy sociétés commerciales*, éd. 2000, n° 753, p. 754).

400. Dans sa nouvelle consécration, l'action *ut singuli* semble avoir pour fonction première de pallier à l'inaction éventuelle des dirigeants sociaux qui n'ont pas exercé l'action *ut universi*. Aussi, avait-elle un caractère essentiellement subsidiaire et s'analysait comme l'action en responsabilité contre les dirigeants sociaux, suite à l'inaction desdits dirigeants par un ou plusieurs actionnaires.

En 1967, cette conception a été ébranlée par l'article 201 du décret français n° 67- 236, qui donne aux actionnaires le pouvoir d'agir individuellement sans délai ; c'est-à-dire sans attendre le préalable des dirigeants. Avec l'avènement de cette réforme, le caractère subsidiaire de cette action subit un véritable coup en France (RIPERT et ROBLOT par GERMAIN (M.), *op. cit.*, éd., n° 1765, p. 516). L'action du ou des associés est recevable quand la société n'a pas engagé l'action en premier et/ou ne l'a engagée qu'ultérieurement (Cass. com., 12 décembre 2000, *Rev. sociétés* 2001, 323, note CONSTANTIN ; Cassant Donai 29 avril 1997, JCP, 1997, éd. E. 2, 1009, note DAIGRE ; Comp. Paris, 4 février 1994, Bull. Joly 1994, 402, note PARIENTE (M)). Donc, il leur suffit juste d'agir.

401. Cette tendance, qui s'inscrivait dans la grande dynamique de la libéralisation des conditions d'exercice de l'action civile, et se traduisait entre autres par l'extension du droit d'exercice aux associations d'actionnaires (Vr. à propos, COZIAN (M) VIANDIER (A) et DÉBOISSY (F), *op. cit.*, n° 766, p. 281), n'a pas été suivie par le législateur OHADA.

Ceci est un recul par rapport à cette évolution. Mais, c'est un conservatisme opportun ; on peut même dire une avancée. Car, au-delà du désir de se rapprocher des techniques américaines, on s'interroge sur l'apport supplémentaire que la consécration française peut réaliser, que l'approche classique adoptée par l'Acte uniforme n'opère pas.

Ce d'autant plus qu'en enfermant la subsidiarité de l'action *ut singuli* dans un délai d'un mois (article 167), l'Acte uniforme a opéré, d'une manière originale, à la fois la conservation de ce caractère et l'évidence de l'action *ut singuli* eu égard à l'action *ut universi*. Ceci est une position appréciable. Il suffit de parcourir le mécanisme mis en place pour mesurer l'ampleur de l'avancée opérée.

402. L'exercice de cette action postule une substitution organique qui s'éprouve et se réalise au travers d'une suppléance technique. Pratiquement, pour qu'elle soit valablement exercée, il est nécessaire que les associés entendant agir, aient au préalable mis les mandataires sociaux compétents en demeure d'agir, conformément à l'article 167 de l'AUSC. C'est seulement en cas de silence

de ces derniers, après un délai d'un mois que naît véritablement le pouvoir d'agir desdits associés. Ce n'est qu'en respectant cette exigence que le tribunal compétent, à savoir celui du siège social devra juger recevable cette action qui se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation.

403. Le juge africain y attache une considération majeure, comme on peut le constater avec l'arrêt n° 40 du 2 mai 2003 de la Cour d'Appel de Ouagadougou (*Affaire Jacques Firmin TRUCHET C/Jean Pascal KINDA et Société JEUX J.P. SARL ; ISSA-SAYEGH (J.)*, Répertoire *Quinquennal OHADA 2000-2005*, p. 659, n° 80). En effet, dans cette affaire où la cour d'appel des céans a infirmé le jugement attaqué par un associé qui s'opposait à l'action de son coassocié-gérant sollicitant la dissolution anticipée de leur société, les juges ont, après avoir jugé recevable l'action de cet associé titulaire de 50 % des parts sociales en application de l'article 331 de l'AUSC, rejeté l'action en concurrence déloyale de cet associé dans des termes qui ne cachent point leur attachement au respect de l'exigence de la mise en demeure préalable « *Mais attendu que conformément aux dispositions de l'article 167 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, l'action sociale ne peut aboutir pleinement qu'après « une mise en demeure des organes compétents non suivie d'effet dans le délai de trente jours » ; qu'en l'espèce Jacques Firmin TRUCHET (l'associé appelant) qui a la pleine capacité et la qualité pour intenter l'action a omis de respecter la prescription de l'article susvisé ; qu'il y a lieu en conséquence de rejeter son action en concurrence déloyale* ».

404. Cette position du juge vient confirmer le maintien du caractère subsidiaire de l'action *ut singuli*, avec son cortège d'implications positives pour le dirigeant qui bénéficie ainsi toujours dans notre espace de la possibilité de remédier à ses fautes avant l'exercice de l'action sociale par les associés. Ce d'autant plus que les modes d'exercice de cette action énoncés par l'article 741 se particularisent par leur diversité.

L'article 741 de l'AUSC énonce en effet trois principaux modes d'exercice de l'action *ut singuli* :

- D'abord, le plus classique à savoir l'exercice par un associé mandaté (article 741, alinéa 2), qui suppose que les associés mandants représentent au moins le 20^e du capital social ;
- Ensuite, l'exercice par un groupe d'associé (article 741, alinéa 1) qui suppose du point de vue de la technique processuelle, une demande conjointe de tous ces associés ;
- Et enfin, l'exercice par un seul associé (article 741, alinéa 1), qui suppose quant à lui une action isolée de l'associé. C'est dans cette hypothèse que s'inscrit l'action du sieur Jacques Firmin TRUCHET dans l'espèce sus-évoquée. L'associé peut ainsi agir individuellement sans rechercher l'accord de ses coassociés (*En ce sens, CA d'ABIDJAN, Arrêt n° 826*

du 20 juin 2003, AIE Jean-Marie C/ Société INTERBAT, obadata J-03-240). Il a la qualité pour agir en justice toutes les fois que « l'intérêt légitime de la société le justifie » (CA de COTONOU, Arrêt n° 65/99 du 29 avril 1999, BARBARA C/ Société SIVAPT).

405. Bien plus, le caractère subsidiaire ne signifie pas que le ou les autres associés qui n'ont pas exercé l'action parce que l'action *ut universali* l'a été, sont dans l'impossibilité d'interjeter appel si les dirigeants, après avoir exercé l'action en première instance, négligeaient cette voie de recours. Au contraire, c'est l'opposé qui est vrai en jurisprudence (Cass. Crim., 12 décembre 2000, Bull. JoLy 2001, p. 131, note BARBIERI (J.F.)).

§3 - Admission du principe limitatif de responsabilité de « la faute détachable des fonctions »

406. Jusqu'à une époque récente, il était constant que le dirigeant social, dans l'exercice de ses fonctions, ne pouvait pas échapper à la responsabilité définie par le droit commun, en l'absence d'une autorisation des textes (Cass. com., 28 novembre 1961, JCP 62, 11, 12504, note J.R. ; RTD Com. 62425, note RODIÈRE ; Cass. com., 15 mars 1971, Bull. n° 81 ; Cass. 3^e civ., 6 mars 1973, Rév. Soc. 1974, 300, note J.H.). Le motif avancé étant entre autres que « la représentation n'absorbe pas le comportement du dirigeant, le mandataire ne s'efface pas derrière le mandant, l'organe de direction ne se fond pas dans l'institution, le dirigeant social n'est pas transparent il assume toute la responsabilité imputable à ses actes, même ceux qu'il accomplit *ès qualité*, sans distinction ». Cette analyse était très sévère pour le dirigeant qui se voyait ainsi, le cas échéant, abandonner les suites d'un comportement qui aura profité à la société (VIDAL (D), *op. cit.*, p. 18).

407. Pendant un temps, les tribunaux ont donné un plein effet à cette règle. Puis, la jurisprudence a considérablement limité la portée des textes en décidant qu'à l'égard des tiers, la responsabilité des dirigeants ne peut être engagée que si ces derniers ont commis une faute détachable de leurs fonctions et qui leur est imputable personnellement (Cass. com., 4 juin 1991, Rév. soc., 1992, 55 note CHARTIER ; Cass. Com., 22 janvier 1991, RJDA 1992, n° 152). Et, malgré la progressivité et parfois la contestation de l'apparition de cette distinction entre la faute détachable et la faute non séparable des fonctions, la faute détachable des fonctions s'est imposée comme une véritable condition d'engagement de la responsabilité personnelle des dirigeants.

Elle est de droit positif. En moins de vingt ans, le principe de la distinction de la faute détachable est passé du stade de la proposition doctrinale à celui de solution imposée par la Cour de cassation française sous forme de plusieurs arrêts de censure pour manque de base légale. L'AUSC ne s'oppose pas à cette solution

jurisprudentielle normative et constante de la chambre commerciale et de la troisième chambre civile de la Cour de cassation française.

408. Cette construction a permis à la jurisprudence de limiter la portée de la typologie légale des causes de la responsabilité des dirigeants en décidant qu'à l'égard des tiers, cette responsabilité ne peut être engagée que si les dirigeants ont commis une faute séparable de leurs fonctions, qui leur soit imputable personnellement.

Il en résulte qu'en l'absence de faute séparable des fonctions, le tiers lésé ne peut engager valablement la responsabilité personnelle du dirigeant mais, plutôt celle de la société, quitte à cette dernière ou ses associés de se retourner éventuellement contre le dirigeant.

409. Ceci est une avancée considérable, l'ordre pré-établi ayant été modifié dans le sens de la protection des dirigeants. Il y a d'une part, recul du risque des dirigeants et, d'autre part, consolidation de la garantie des tiers ; car ces derniers devront être obligés d'exercer l'action en responsabilité contre la société, qui en général est plus solvable.

410. Les efforts effectués par la jurisprudence française et notamment à travers l'arrêt du 20 mai 2003 (com/20 mai 2003, BRDA 1103, n° 1) confortent grandement cette évolution. Ce d'autant plus que l'un des enjeux de cette avancée à savoir le contenu de la notion de « faute séparable des fonctions » reçoit déjà des éléments de clarification. Par cet arrêt par exemple, la Cour de cassation française confirme sa jurisprudence sur la faute séparable des fonctions et apporte une nouvelle définition de la faute détachable des fonctions à travers trois critères cumulatifs à savoir : une faute intentionnelle, une faute d'une particulière gravité et une faute incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.

411. Il convient toutefois de regretter qu'en dépit de ces efforts, on ne soit toujours pas parvenu à définir précisément les contours de ce critère, qui mérite au demeurant quelques retouches, au même titre que les extensions à connotation pénale qui participent également de l'enjeu d'une mise en œuvre plus fluide et plus efficiente de la responsabilité des dirigeants.

Section 2 - Améliorations nécessaires

412. Elles concernent aussi bien les règles de responsabilité civile (§1) que celles de responsabilité pénale (§2).

§1 - Sur le plan de la responsabilité civile des dirigeants sociaux

413. La mise en œuvre de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, en dépit des avancées observées,

est parfois difficile. Cette difficulté recouvre pour l'essentiel deux situations : le problème des fondements textuels qui doivent soutenir l'action en responsabilité du tiers contre le dirigeant en raison de l'imbrication des textes y relatifs, d'une part, et la question des énonciations législatives constitutives d'obstacles à la réalisation des actions civiles, d'autre part.

Le malaise qui en résulte rend nécessaire une certaine clarification de la matière à travers, aussi bien, la spécification des fondements de l'action (A), que l'élimination des inégalités dans la réalisation des actions civiles (B).

A - Spécification des fondements des actions en responsabilité civile

414. L'œuvre devrait consister en l'évacuation du problème du cumul des responsabilités (I) et la précision des contours de la notion de faute séparable ou détachable des fonctions (II).

I - Évacuation du problème du cumul des responsabilités

415. Cette solution ne s'impose que par rapport à la situation de superposition textuelle qui prévaut relativement aux fondements de l'action en responsabilité que le demandeur lésé entend exercer. Le problème de cumul des responsabilités, qui semble s'imposer ici, appelle des solutions pragmatiques.

a - Effet de l'imbrication des textes : le cumul possible des responsabilités civiles des dirigeants

416. L'article 161 de l'AUSC prévoit que : « ... chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ». Contrairement à la Loi du 24 juillet 1966 qui limitait cette responsabilité aux dirigeants des sociétés à responsabilité limitée (SA, SARL, SCA), cette disposition prévoit un champ plus vaste retenant tous les dirigeants de sociétés.

Cependant, dans la mesure où dans l'AUSC (à l'image du droit français issu de la Loi du 24 juillet 1966), il n'existe pas dans les sociétés de personnes et les sociétés civiles des règles spécifiques de responsabilité des dirigeants, on assiste relativement à la responsabilité des dirigeants de ces sociétés, à une articulation entre les règles de responsabilité du droit des sociétés et celles de droit commun. Et, c'est à ce niveau que le problème surgit.

417. En fait, la question se pose de savoir si celui qui, dans l'hypothèse d'une société commerciale, allègue d'un préjudice résultant d'une faute de gestion, peut à son choix, exercer son action en responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ou de

l'article 161 de l'AUSC ou, si l'action en responsabilité prévue par l'AUSC est exclusive de celle du droit commun. Et dans cette même logique, si l'option pour le Code civil autorise l'application à l'action de la prescription triennale prévue par l'article 164 de l'AUSC, comme tend à le faire croire une certaine jurisprudence (CA Paris, 9 décembre 1994 ; Cass, com., 20 mars 1985, *Gangues C/André*). Relativement aux sociétés civiles, la question se pose également de savoir s'il faut dans ce cas exercer l'action en responsabilité sur le fondement des articles 1850 et 1856 ou sur celui des articles 1382 et 1922 du Code civil ?

418. Les décisions se prononçant sur ces questions sont rares et n'apportent pas de réponses nettes. Par ailleurs, la doctrine est partagée en la matière. Certains auteurs estiment que la faute de gestion n'exclut pas l'application de l'article 1382 du Code civil (*c'est le cas de COURET (A.), Interrogations autour de la réparation du préjudice de l'actionnaire : RJDA. 5/97, n° 11, p. 393*), tandis que d'autres estiment au contraire que l'action en responsabilité engagée sur le fondement de l'article 161 de l'AUSC est exclusive de celle fondée sur l'article 1382 (*c'est le cas par exemple de VIDAL (D.) : Droit des sociétés 1995, n° 223*).

419. Cette controverse sur le cumul possible de responsabilité des dirigeants, qui est lourde de conséquences n'est que la manifestation pure et simple de l'ambivalence des modalités de mise en œuvre de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. Elle est bien grave car, ne serait-ce que pour les SARL et les SA, la question devrait être évacuée, l'état des règles spécifiques applicables à la responsabilité des dirigeants de ces sociétés n'expliquant pas l'existence d'un tel imbroglio. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles des fautes de gestion telles que l'abus du crédit social, qui, tombent en droit des procédures collectives à la fois sous le coup de la faillite obligatoire (article 196 de l'AUPCAP), de la sanction d'extension de la procédure collective au dirigeant (article 204 de l'AUPCAP) et de l'infraction d'abus des biens et du crédit social (article 891 de l'AUSC), ne posent pas, en dehors de la sévérité qui en résulte, de problèmes particuliers de mise en œuvre. Les articles 196 et 204 de l'AUPCAP ayant pris le soin de spécifier le domaine d'application de ces sanctions attachées au délit d'abus de crédit social.

420. Au reste, le régime de la mise en œuvre de la responsabilité civile des dirigeants n'en sort pas rehaussé. Au contraire, il appelle une clarification à ce niveau. Quel fondement doit brandir celui qui appelle la responsabilité civile du dirigeant ? L'Acte uniforme ou le Code civil ? L'un est-il exclusif de l'autre ? Ou alors, la situation envisageable du cumul des actions de droit commun et de droit des sociétés pour les mêmes faits est-elle la mieux adaptée ? Telle est la difficulté.

b - Nécessaire interdiction du cumul des responsabilités pour faute de gestion et de droit commun

421. L'interdiction du cumul des responsabilités pour faute de gestion et de droit commun semble une solution appropriée en l'état actuel de notre droit, relativement au problème du cumul des fondements de la responsabilité des dirigeants. En effet l'efficacité des règles de responsabilité ne passe pas toujours par le cumul de sanctions, encore moins par la superposition des fondements textuels de la responsabilité invoquée.

422. Pour un préjudice quelconque résultant d'une faute de gestion, la personne lésée devrait fonder son action sur le droit spécial des sociétés (*À savoir l'AUSC et le cas ébécant, l'AUPCAP, les législations internes telles que la loi n° 99/016 précitée ou les articles 1856 et s. du Code civil*). La raison est simple ; c'est qu'en dehors de la faute de gestion, la responsabilité personnelle du dirigeant peut également être engagée, pour toute autre faute réalisée dans l'exercice des fonctions de dirigeant et séparable de ces fonctions. Il n'y a dès lors pas lieu de favoriser pour la même faute ayant causé un préjudice quelconque, l'engagement de la responsabilité du dirigeant sur divers fondements alors même que désormais, le critère de la faute détachable des fonctions détermine la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sur le fondement du droit des sociétés. Surtout qu'il est possible de circonscrire la faute de gestion au sens large et d'affecter au régime de responsabilité des fondements du droit spécial des sociétés – y compris dans les sociétés à risques illimités – tout en laissant jouer les fondements du droit commun pour les fautes personnelles du dirigeant accomplies dans l'exercice de ses fonctions.

Limiter le fondement de l'action en responsabilité pour faute de gestion, aux règles du droit spécial des sociétés, constitue une solution conséquente. Mais, l'option pour cette solution suppose à la base la possibilité pour le demandeur qui a subi à la fois un préjudice pour faute de gestion et tout autre préjudice pour faute, d'exercer pour cette autre faute, une autre action en responsabilité contre le même dirigeant. Les deux actions étant autonomes.

423. Bien évidemment, cette solution interdit une forme de cumul et consacre une autre forme de cumul, dira-t-on. Ceci est vrai, car elle n'a nullement pour objet d'annihiler toute forme de cumul possible mais, uniquement, le cumul des responsabilités pour faute de gestion et de droit commun pour le même préjudice.

En d'autres termes, en cas de faute de gestion à proprement parler, c'est-à-dire telle qu'elle devrait être perçue, les dispositions des Actes uniformes s'imposeraient et excluraient pour les mêmes préjudices allégués, le fondement et la responsabilité de l'article 1382 du Code civil.

424. Cette solution qui s'inscrit dans la dynamique d'exclusion de cumul entre la responsabilité liée aux procédures collectives et celle de droit commun et, notamment les actions de droit commun et en comblement du passif, devrait favoriser une mise en œuvre plus fluide et efficiente de la responsabilité personnelle du dirigeant de société. Ceci ne serait pas un apport négligeable, puisque désormais, les demandeurs ne devraient plus subir l'inconstance de la jurisprudence qui est encore partagée sur les questions du fondement adéquat et du caractère exclusif ou non des règles de responsabilité du droit des sociétés.

II - Nécessité d'une appréciation plus souple de la notion de faute détachable des fonctions

425. La faute détachable ou séparable des fonctions est devenue, comme susmentionné, un critère déterminant de l'engagement de la responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard des tiers. La consécration du principe de la distinction entre la faute détachable et celle qui ne l'est pas, avec pour effet la limitation de la responsabilité civile des dirigeants à l'égard des tiers à la première, ne s'est cependant pas faite sans réticences. On lui a notamment reproché le fait qu'elle soit une distinction essentiellement *ultra Legem*. De même, on lui a reproché le fait que cette limitation définisse en fait un espace d'impunité pour les dirigeants. D'aucuns ont même parlé d'irresponsabilité des dirigeants (*A propos VATINET (R). op. cit., n° 32, p. 259*).

426. Dans l'ensemble, le souci principal qu'a suscité cette consécration réside dans la maîtrise des contours de la notion même de « faute détachable ou séparable des fonctions ».

En effet, les efforts faits dans ce sens, en vue de la distinguer de la faute personnelle du dirigeant, n'ont malheureusement pas été satisfaisants. S'il est vrai qu'il en résulte qu'il faut maintenir en dehors de la distinction concernée et ne pas confondre avec la faute détachable, la faute personnelle du dirigeant, en ce que celle-ci est plus que détachable qu'elle est « détachée » de ses fonctions ; qu'elle est en réalité une faute étrangère aux fonctions, il n'en demeure pas moins que le contenu même de la notion de « faute détachable des fonctions » pose problème.

Les constructions qui sont allées dans le sens de la précision des contours de cette notion ont plutôt fait de la faute détachable une notion « à contenu variable » selon la nature des fonctions ou selon la nature du lien d'attachement avec lesdites fonctions, et suscité des interrogations résumées par M. Dominique VIDAL (*In La responsabilité civile des dirigeants sociaux, JCP, la semaine juridique n° 3/2001, p. 20*) en ces termes : « de quelle manière faudra-t-il considérer les fonctions, dans la lettre ou dans l'esprit, dans leur définition légale ou les circonstances de leur mise en

œuvre ou encore dans leur finalité ? À ce dernier point de vue, devra-t-on considérer l'objectif, la stratégie, la tactique ou les moyens d'action (la fin justifiera-t-elle les moyens ?) Faudra-t-il tenir compte du degré d'indépendance du dirigeant à l'égard de la personne morale » ? Bref, quel doit être le contenu de la « faute détachable des fonctions » ?

427. Dans ce contexte, il était impératif que la Cour de cassation intervînt pour donner des précisions sur la question. La première tentative réalisée en France dans son rapport annuel de 1998 dans lequel elle affirmait que « *seules les fautes commises pour des mobiles personnels (recherche de son intérêt propre, animosité, vengeance etc.) ou peut-être encore, d'une gravité exceptionnelle excluant l'exercice normal des fonctions peuvent engager la responsabilité des dirigeants* », s'est avérée insuffisante pour aider les tribunaux à reconnaître l'existence d'une faute du dirigeant, détachable de ses fonctions.

428. Mais, par un effort remarquable, la Cour de cassation est revenue à la charge pour essayer de réaliser cet objectif par un arrêt du 20 mai 2003 par lequel elle continue sa jurisprudence sur la faute séparable des fonctions et apporte une nouvelle définition de cette faute dans un attendu dont la profondeur exige mention : « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* » (Cass. Com. 20 mai 2003 BRD 1103, n° 1).

Il en résulte qu'il y a faute détachable des fonctions lorsque trois critères cumulatifs sont réunis :

- une faute intentionnelle ; c'est-à-dire une faute qui présente les caractéristiques de la faute dolosive, de faute commise délibérément par le dirigeant ;
- une faute incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ; et
- une faute d'une particulière gravité. Seule la faute d'une exceptionnelle gravité serait en effet susceptible d'engager la responsabilité du dirigeant. Les autres fautes ne pouvant à contrario être utilisées par les tiers que contre la personne morale (AVIGNON (S), *La responsabilité civile des dirigeants : entre goût du risque et faute de gestion*, Joly 2004 ; et aussi, VIDAL (D), *op. cit.*). Seraient ainsi exclues, les fautes d'imprudence ou de simple négligence.

429. Et c'est là justement que surgit l'ultime résistance de la « faute séparable des fonctions », qui fait, que la doctrine brandisse à la jurisprudence, le grief fondé de la rigidité dans l'appréciation de cette faute. En effet, si cette jurisprudence ne semble pas critiquable dans son principe, elle l'est en revanche « incontestablement, en raison de la rigidité avec laquelle les tribunaux paraissent

apprécier la notion de faute détachable ». Cette appréciation paraît tellement restrictive que la responsabilité personnelle du dirigeant social à l'égard des tiers ne paraît plus pouvoir être retenue que dans des cas très exceptionnels qui ne sont malheureusement pas globalement déterminés.

430. Dans ce contexte, il y a lieu de souhaiter que l'appréciation de la notion de faute détachable soit appréhendée de manière plus souple. En réalité, comme la notion des tiers elle-même n'est pas parfaitement homogène, on pourrait tout simplement concevoir d'assouplir plus raisonnablement la notion de faute détachable. Ceci, aussi bien en considération des devoirs de diligence et de loyauté des dirigeants, que pour tenir compte de la gravité particulière de certaines fautes ou de l'hypothèse où le dirigeant a trop largement outrepassé ses fonctions. Quitte à retenir une responsabilité solidaire de la personne morale, dans l'intérêt du tiers.

L'arrêt du 20 mai 2003 semble certes s'y orienter. Mais, il est encore timide alors que la précision complète des contours de la notion de faute séparable de fonction est un enjeu réel, tant pour une appropriation par le droit privé de cette distinction empruntée au droit administratif, que pour la consolidation même de cette construction jurisprudentielle. De toute façon, cela aidera à rendre plus rationnelle la mise en œuvre de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. Une évolution du droit OHADA dans ce sens serait d'une utilité confortable.

B - Élimination des inégalités dans la réalisation des actions civiles

431. L'égalité prônée ici concerne aussi bien le coût de l'action (I) que l'impact du moment de l'exercice de cette action (II).

I - Élimination de l'obstacle de la charge du coût de l'action sociale *ut singuli*

432. L'action *ut singuli* en tant qu'action sociale est exercée avant tout dans l'intérêt de la société. C'est le préjudice social qui le fonde. Cette action vise immédiatement la défense des intérêts de la société et, indirectement et à plus long terme, la défense de ceux des actionnaires les plus fidèles. C'est une action exercée dans le but de recueillir des dommages et intérêts qui vont être rapatriés dans le patrimoine social.

Si telle est donc la finalité de cette action, il est logique que la charge de son coût soit supportée par la société. Les associés doivent pouvoir exercer cette action sans que la charge de son coût n'en constitue un obstacle.

433. Conscient de ceci, le législateur OHADA a entendu régler ce problème de la charge du coût de

l'action sociale *ut singuli*. Mais, ses solutions semblent incohérentes et inadaptées.

D'une part, l'Acte uniforme a procédé à l'énonciation formelle du principe de l'endossement par la société du coût de cette action à l'article 171 en ces termes « *les frais et honoraires occasionnés par l'action sociale, lorsqu'elle est intentée par un ou plusieurs associés, sont avancés par la société* ».

Bien qu'on puisse, à la lecture de ce texte regretter tout de suite le fait que ses rédacteurs aient préféré l'expression « *avancés par la société* » au lieu de « *supportés par la société* », qui serait moins équivoque, il est évident qu'eu égard à la philosophie générale de l'action sociale, les termes de l'article 171 posent le principe de l'exercice de l'action sociale aux frais de la société.

Limité à ce niveau, il reste à émettre les vœux que celui de l'adoption d'une expression exigeant une prise en charge intégrale du coût de l'action lorsque celle-ci repose sur un fondement sérieux.

434. D'autre part, l'AUSC revient à la charge un peu plus loin et précisément à l'article 741, alinéa 2, et adopte une position étonnamment contradictoire à la première, en énonçant que, « *s'ils représentent au moins le vingtième du capital social, les actionnaires peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs d'entre eux de les représenter pour soutenir, tant en demande qu'en défense, l'action sociale* ».

Il y a là un problème. Cette disposition est en contradiction, tant avec la lettre de l'article 171 qui fait partie des dispositions générales sur l'action sociale, qu'avec l'esprit général de l'Acte uniforme qui fait toujours que la société supporte les frais d'opérations assez proches, à l'instar de l'expertise de gestion.

En effet, mettre les frais du procès en responsabilité contre les dirigeants à la charge exclusive des associés lorsque ceux-ci choisissent de mandater un ou plusieurs d'entre eux pour l'exercice de l'action, c'est simplement, non seulement défavoriser cette modalité d'exercice de l'action *ut singuli* par rapport aux deux autres modalités que sont l'action personnelle et l'action conjointe mais, aussi courir le risque de favoriser l'éclosion des effets contraires à ceux initialement recherchés. Il est indéniable en effet que cet aspect financier est un obstacle à l'exercice de l'action sociale

435. Qui plus est, il est impossible de concevoir autrement les frais liés au mandat d'exercer l'action sociale confiée à l'un des associés telle qu'énoncée par l'article 741, alinéa 2, que comme des frais occasionnés par l'action sociale au sens de l'article 171 de l'AUSC. Cette raison est suffisante pour que ces frais obéissent au même régime que les autres frais et honoraires ; toutes des charges sociales. L'action sociale *ut singuli* n'est-elle pas avant tout, aux termes de l'article 166 de l'AUSC, « *l'action en réparation du dommage subi par la société du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions* » ?

436. Pour toutes ces raisons, le droit de la responsabilité civile des dirigeants sociaux gagnerait à voir disparaître cet ajout de l'article 741, alinéa 2. En effet, les associés n'exerceront fréquemment cette action que s'ils sont convaincus que son coût sera supporté par la société.

II - Fin du dédoublement du régime de responsabilité des dirigeants, en raison du moment de l'exercice de l'action civile

437. Comme le droit français, le droit OHADA fait varier la responsabilité civile des dirigeants sociaux, pour faute de gestion, suivant la situation de la société.

Lorsqu'il s'agit d'une société *in bonis*, cette responsabilité est pratiquement identique à la responsabilité civile de droit commun, que l'action soit individuelle ou sociale (AKAM, AKAM (A.), *La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA*, *Revue internationale de droit économique* 2007/2, t, XXI, 2).

En revanche, lorsqu'il s'agit d'une société faisant l'objet d'une procédure collective, l'AUPCAP institue un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun. En effet, l'action en comblement du passif, qui est la sanction généralement attachée à la faute de gestion du dirigeant, née avant l'ouverture de la procédure collective, est soumise, lorsque la procédure est ouverte, à des règles spécifiques tant en ce qui concerne sa mise en œuvre que ses effets.

438. Pour ce qui est de la mise en œuvre de cette sanction, le régime de l'extension du passif ou action en comblement du passif prévoit que, lorsque la faute du dirigeant a contribué à l'insuffisance d'actif, les victimes directes de ce dommage, que sont les créanciers, ne peuvent agir directement. L'action ne peut être intentée que par le syndic ou le tribunal agissant d'office (POUGOUÉ (P-G.) et KALIEU (Y.), *op. cit.*, n° 293, p. 98). Ceux-ci bénéficient d'ailleurs en la matière, d'un pouvoir d'appréciation de l'opportunité de l'exercice de l'action. Bien plus, dans cette procédure, le juge statue en audience non publique après avoir entendu le rapport du juge-commissaire et, l'action relève de la compétence exclusive du tribunal qui a prononcé l'ouverture de la procédure collective. Par conséquent, les dirigeants personnes physiques seraient justiciables d'une juridiction commerciale.

En ce qui concerne les effets, l'effet de cette sanction de la faute de gestion, qu'est l'extension du passif est le règlement du passif restant par le dirigeant. En dehors de cette condamnation pécuniaire, aucune autre conséquence ne guette en principe le dirigeant. Seulement, pour pallier au risque d'insolvabilité de celui-ci, l'article 185 de l'AUPCAP prévoit des mesures coercitives à l'égard des dirigeants reconnus responsables. C'est ainsi que le tribunal peut les obliger à céder leurs actions ou parts sociales ou même ordonner leurs cessions forcées

par le syndic. Ceci est également dérogoire des effets de droit commun.

439. Il en résulte que par ces particularités, le législateur distingue le régime de responsabilité des dirigeants suivant le moment d'exercice de l'action. Et, ceci est critiquable, car « *il est en effet difficile de comprendre comment deux régimes de responsabilité ayant un fondement identique, à savoir une faute de gestion des dirigeants, peuvent diverger autant, en raison simplement du moment où se pose la question de la responsabilité éventuelle de ceux-ci* » (AKAM AKAM (A.), *op. cit.*). Ne serait-ce qu'en raison de l'exigence de cohérence des règles juridiques, qui implique que la sanction des dirigeants fautifs soit exactement la même, quelle que soit la situation de la société, cette situation devrait être évitée.

§2 - Sur le plan de la responsabilité pénale des dirigeants

440. En matière de responsabilité pénale des dirigeants, les propositions d'amélioration des règles de mise en œuvre de cette responsabilité sont à l'image de la petitesse des critiques faites à la matière. Aussi, l'analyse sera-t-elle ici plus axée sur la mise en œuvre d'une infraction qui suscite diverses préoccupations, que sur les règles d'ensemble.

À propos de ces dernières, il n'y a vraisemblablement à méditer en ce moment que des effets de la transposition à la responsabilité pénale des dirigeants sociaux, des solutions dégagées en matière civile, qui donnent à la juridiction pénale d'offrir au tiers victime une possibilité d'indemnisation qui lui serait entièrement fermée, s'il agissait au civil.

Par contre, la mise en œuvre de l'infraction d'abus des biens sociaux mérite, en raison des interrogations qu'elle a suscitées, une attention particulière. Un retour aux règles ordinaires de mise en œuvre de cette infraction (A) ainsi que la rationalisation du régime de cette infraction (B) semblent nécessaires.

A - Retour aux règles ordinaires de mise en œuvre de l'infraction d'abus de biens sociaux

441. Prévus jadis par l'article 15 (6) de la loi du 24 juillet 1867 modifiée par le décret du 8 août 1935, l'infraction d'abus des biens sociaux, qui ne s'applique qu'aux dirigeants de SA et SARL, est un délit prévu aujourd'hui principalement par l'article 891 de l'AUSC. Comme tout délit, sa répression suppose la réunion des éléments constitutifs énoncés par la législation en vigueur. Pour qu'elle soit retenue, il faut comme à l'accoutumée un élément matériel et un élément moral. La loi exige en réalité la réunion de quatre éléments : un acte d'usage, contraire à l'intérêt social, réalisé à des fins personnelles et de mauvaise foi. Les deux premiers éléments constituent

l'élément matériel tandis que les autres constituent l'élément moral de l'infraction (POUGOUÉ (P-G), ANOUKAHA (F) et NGUEBOU (J), *op. cit.*, n° 285, p. 130).

442. L'exigence légale de ces éléments porte en elle la nécessité d'une définition et d'une interprétation respectueuses de la lettre de l'article 891 et de l'esprit général du principe de la légalité des délits et des peines. Aussi, dans la qualification et la sanction des griefs avancés au soutien de l'action en responsabilité pour abus des biens ou du crédit de la société, les juges devraient intégrer cette exigence. Or, c'est là justement que le bât blesse. La jurisprudence, très soucieuse de réprimer ces comportements frauduleux et dangereux pour l'entreprise, a préféré se démarquer en toute illégalité des dispositions légales, dans l'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction d'abus de biens sociaux (MASCALA (C), *La responsabilité pénale des dirigeants sociaux*, JCP, la semaine juridique n° 3/2001, p. 24).

S'il est vrai que l'acte d'usage, la contrariété à l'intérêt social et la mauvaise foi en sont épargnés en ce qu'il n'est pas contesté qu'ils renvoient respectivement à :

- l'approbation, l'aliénation ou même la simple administration d'un bien ou du crédit social ;
- l'acte qui porte directement atteinte au patrimoine social ou même celui qui fait courir un risque anormal à ce patrimoine ; bref, l'intérêt dans sa conception large ;
- la conscience d'avoir fait courir un risque anormal au patrimoine social, il n'en est pas le cas pour le but personnel. Pourtant, il résulte de l'article 891 que l'acte de détournement réalisé par le dirigeant et contraire à l'intérêt social ne peut être sanctionné que s'il poursuit en outre, un intérêt personnel direct ou indirect.

443. C'est paradoxalement sur cette exigence que la jurisprudence a entendu s'affranchir en opérant des constructions et déductions d'une étonnante gravité. Dans plusieurs arrêts (Cass. crim., 15 septembre 1999, *Rév. sc. crim.*, 2000, p. 413, Obs. RENUCCI (J.F.)), elle considère qu'à défaut d'être justifiés par l'intérêt, aussi minime soit-il, de la société, les actes de détournement n'ont pu être faits que dans l'intérêt personnel du dirigeant.

Déduire la preuve de l'intérêt personnel de la constatation de la contrariété de l'acte à l'intérêt social n'est en effet rien d'autre qu'un mépris de l'exigence légale. Cette sévérité critiquable de la jurisprudence qui entraîne un renversement de la charge de la preuve ne peut servir utilement le droit de la responsabilité des dirigeants. Son caractère illégal et la présomption de culpabilité qu'il fait planer sur les dirigeants posent la nécessité d'un recul pur et simple de la jurisprudence, et mieux, un retour pur et simple aux exigences classiques ; aux exigences légales. Le juge africain semble l'avoir noté. En effet, dans un jugement du Tribunal Régional Hors classe de Dakar, le tribunal a refusé d'admettre que l'infraction d'abus des biens sociaux était constituée,

l'utilisation des biens sociaux ayant été faite dans l'intérêt social et conformément à une convention régulièrement conclue et exécutée (*Jugement du 10 août 2000, Club des actionnaires de la SONATEL C/ Cheikh Mbaye et autres, Obadata J-03-93, ; ISSA-SAYEGH (J.), Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005, p. 659, n° 81*).

444. Toutefois ce recul ne doit pas se limiter pour la cour suprême à vérifier simplement si les juges de fond ont recherché si le dirigeant a pris un intérêt personnel direct ou indirect dans la réalisation de l'acte comme l'a fait la chambre criminelle de la Cour de cassation française (*Cass. crim., 1^{er} mars 2000, RJDA 6/2000, n° 67, Rév. sc. crim. 2000. 839, Obs. RENUCCI*). Mais, à aller au-delà et s'assurer que l'élément moral de l'intérêt personnel conditionne effectivement l'exercice de la répression pénale.

B - Rationalisation du régime de la prescription de l'infraction d'abus des biens sociaux

445. Comme tout délit, l'abus des biens et du crédit de la société se prescrit par trois ans. Dans certains États parties de l'OHADA à l'instar du Cameroun, les articles 637, 638 et 640 du Code d'instructions criminelles - encore applicables - avaient institué la règle de la solidarité de prescription des actions civiles et publiques. Ceci fait que contrairement à sa prescription ordinairement trentenaire, l'action civile se prescrit en même temps que l'action publique, par un, trois ou dix ans, selon qu'il s'agirait d'un fait qualifié de contravention, délit ou alors de crime.

446. L'innovation de l'Acte uniforme sur la prescription ne concerne en réalité que les comportements qualifiables de contravention, dont l'action se prescrit désormais, non plus par une, mais par trois années.

Ces délais ne soulèvent en soi aucun problème. Par contre, leurs points de départ suscitent des interrogations, d'ailleurs accentuées par l'attitude des juges face à la question.

447. Normalement, la prescription pénale court du jour où l'infraction a été commise ou tentée ou plus précisément, à compter du lendemain du jour, s'il n'a été fait dans l'intervalle aucun acte de poursuite ou d'instruction. Il n'y a lieu qu'à considérer la nature de l'infraction et qu'à s'assurer de ce que : lorsque l'infraction est instantanée, le point de départ du délai est le jour de la commission des agissements frauduleux ; c'est-à-dire, dans un strict respect de la légalité, le moment de l'acte de détournement. Lorsque l'infraction est continue, le point de départ est retardé au dernier acte.

448. Pour des raisons diverses, la jurisprudence n'a pas hésité à un certain moment de se démarquer en toute illégalité de ces règles légales pour aggraver le

poids de la responsabilité des dirigeants, en permettant des poursuites tardives de ceux-ci, du fait de l'abus des biens sociaux. L'essentiel de ces constructions consiste à affirmer que l'abus des biens sociaux ne commence à se prescrire qu'à compter du jour où « le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique » (*Cass. crim., 10 août 1981, Bull. n° 244 ; Rév. sociétés 1983, p. 368, note BOULOC (B.) ; GP. 1982, 2, 696, note JC. ; Crim. 22 mars 1982, GP. 1982, 2, 629, note COSSON (J.)*). Selon cette jurisprudence inaugurée par la chambre criminelle de la Cour de cassation française en 1981, seule la révélation de l'infraction aux autorités publiques ayant la capacité de mettre l'action publique en mouvement fait courir le délai de prescription. C'est ainsi que sur cette base, divers faits ont été poursuivis plus de dix ans après la commission des agissements frauduleux.

Cette règle qui a pour conséquence de faire planer l'ombre de la responsabilité très longtemps après l'écoulement du délai légal de prescription constitue non seulement une aggravation excessive de la responsabilité des dirigeants, mais un cas d'illégalité flagrante.

449. Dans ce contexte, on ne pouvait souhaiter qu'une réaction plus rationnelle de la jurisprudence. Cette réaction est heureusement intervenue dans certains arrêts, dont celui de la chambre criminelle du 5 mai 1997, qui considère désormais que l'abus de bien sociaux doit se prescrire à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises à la charge de la société, « *sauf dissimulation* » (*Cass. crim., 5 mai 1997, Bull. n° 159 ; 13 octobre 1999, Bull. n° 219, Droit pénal 2000, Comm. n° 7, Robert (J. H.) ; TGI Paris, 12 juin 2000, BRDA 18/2000, n° 14 ; MASCALA (C). op. cit., p. 25 ; DEZEUZE (E), op. cit., p. 274*). La dissimulation est ainsi devenue le seul élément justifiant les poursuites tardives.

450. Si cette condition de dissimulation réduit utilement le domaine des poursuites tardives et favorise le retour à un plus grand respect des règles de la prescription en matière pénale (*DELMAS SAINT-HILAIRE (JP.), Rév. sc. crim., 2000. p. 620*), elle n'est au départ qu'une autre construction sans véritable base légale parce que dépourvue de source textuelle. Elle n'était en fait qu'un héritage d'une règle antérieurement dégagée de l'abus de confiance, dont l'abus des biens sociaux est dérivé (*DEZEUZE (E), op. cit., p. 274 et 275*). Aussi, la question de sa légalité s'était affirmée pour conditionner en quelque sorte sa portée.

Heureusement, par « un audacieux mouvement », la chambre criminelle de la Cour de cassation était intervenue pour donner une base légale au départ différé de la prescription de l'abus des biens sociaux en cas de dissimulation, en puisant dans les articles L. 223-23 et L. 225-254 du Code de commerce, une justification acceptable. Elle confirmait en effet que « *la prescription de l'action publique du chef d'abus des biens sociaux*

court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société » (Cass. crim., 27 juin 2001, Bull. crim., n° 164 ; Bull. Joly 2001, p. 1117, 251 note BARBIER (J.F.) ; Droit pénal 2001, Com., n° 129, Obs. J.H. Rév. sc. crim., 2002 ; Voir aussi, DEZEUZE (E). note 39, p 275). Par cette décision qui allait donner lieu à diverses applications dans le courant de l'année 2002 (Cass. crim., 10 avril 2002. Bull n° 85 ; Crim., 7 mai 2002, Bull. n° 756) et qui a été précisée par la suite par la haute juridiction française dans une espèce où le pourvoi contestait la condamnation par la cour d'appel de Lyon d'un dirigeant social pour abus de biens sociaux et d'un élu pour recel d'abus de biens sociaux, réaffirmait que la dissimulation justifie les poursuites tardives (BOULOC (B.), (note sous Cass. crim., 14 mai 2003), Prescription et éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux, Rev. sociétés, 2003, chron. 910).

451. S'il y a lieu d'apprécier cet effort de la jurisprudence, il convient toutefois de constater que par cette construction, un rapprochement sérieux des régimes de prescription des actions civiles et publiques est opéré. La dissimulation est devenue pour l'action publique, de la même manière que pour l'action civile, le critère du retardement du point de départ du délai de prescription. Cette situation autorise qu'on s'interroge sur l'avenir de ce critère vis-à-vis de la mise en œuvre des autres infractions relatives aux dirigeants. Ce d'autant plus que la haute juridiction française considère depuis quelque temps (Cass. crim., 28 janvier 2004, Dr. pén. 2004, comm. n° 65) que, l'inscription en compte des opérations litigieuses n'exclut pas la dissimulation. C'est que, celle-ci étant noyée dans les diverses écritures, elle ne permet pas aux associés d'avoir connaissance de l'infraction. Par conséquent, la dissimulation sera facilement caractérisée et la prescription reportée dans la quasi-totalité des cas au moment où l'infraction est connue.

Dans ce contexte, il convient de souhaiter l'adhésion des juges africains à cette solution, qui constitue en l'état actuel du droit, le juste milieu en la matière. Seulement, ces derniers doivent absolument éviter de donner à la dissimulation, un sens qui nous ramène à la situation d'antan, de la quasi-imprescriptibilité de l'infraction d'abus des biens sociaux.

452. Dans le régime de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants, le droit positif s'est efforcé de mettre sur pied un ensemble de règles destinées à faciliter l'utilisation des causes de responsabilité consacrées. C'est ainsi qu'une évolution de la matière s'est opérée sous les auspices, tant du législateur, que de la jurisprudence.

Seulement, au regard du chemin parcouru, ces évolutions opportunes ne rendent pas complètement fluides et efficaces les règles de mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sur certains points.

Dans ce contexte, il s'est agi, dans ce chapitre, non seulement de mettre en relief l'impact de ces avancées sur le droit de la responsabilité des dirigeants sociaux, mais aussi de mettre en relief les insuffisances notées et notamment les améliorations qu'elles appellent.

C'est ainsi que des solutions telles que la spécification des fondements de l'action en responsabilité civile, l'élimination des inégalités dans la réalisation des actions civiles ou simplement un retour aux règles ordinaires de mise en œuvre de l'infraction d'abus des biens sociaux ainsi que la rationalisation du régime de cette infraction ont été proposées dans l'optique d'un perfectionnement du régime de la mise en œuvre de cette responsabilité des dirigeants sociaux.

Chapitre III : Champ d'application des règles de responsabilité des dirigeants sociaux

453. Le dirigeant, quel qu'il soit, est un mandataire social. En raison de cette nature fondamentale commune, il ne doit pas exister de traitement discriminatoire sur le plan de sa responsabilité. En tant que mandataire social, tout dirigeant doit répondre des mêmes règles de responsabilité.

454. Une lecture attentive des règles en vigueur dans l'espace OHADA révèle cependant que cet objectif ne peut être réalisé que si le droit positif opère quelques mutations dans le champ d'application des règles de responsabilités des dirigeants. Les responsabilités civile, pénale, sociale et fiscale sont toutes concernées. Mais, en raison de l'ampleur que présente la question sur les plans civil et pénal, seul ces deux aspects de la responsabilité du dirigeant seront abordés ici. Ces mutations concernent d'une part l'extension des règles de responsabilité civile des dirigeants de droit aux dirigeants de fait (section 1) et d'autre part l'accentuation de l'harmonisation de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux (section 2).

Section 1 - Extension des règles de responsabilité des dirigeants de droit aux dirigeants de fait

455. Le régime légal de la responsabilité civile des dirigeants de droit, semble homogène dans tous les types de société. Mais, eu égard au principe jurisprudentiel assez général d'assimilation des dirigeants de fait aux dirigeants de droit, on se pose la question de savoir si cette homogénéité touche également les dirigeants de fait. Cette question (*Elle ne se pose plus pour ce qui est de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux.* LEFEBVRE (F), éd, op. cit., n° 14502, p. 781) posée

à l'endroit des dirigeants de *fait*, fait difficulté, tant une partie de la jurisprudence (*Cass. Com.*, 6 octobre 1981, D. 83133, note crit. SOINNE; *JCP* 82.11, 19891, note crit. NOTTE; *Cass. Com.*, 21 mars 1995, *JCP*, éd. G. 11, 22603, note REINHARD et 1 BON-GARCIN) et la doctrine (françaises notamment) semblent opposées à cette assimilation, sur le motif que les règles de responsabilité prévues par les textes ne concernent que les dirigeants de droit.

Ceci est vrai, puisque sur le plan de la responsabilité civile en droit français, les articles L. 223-22 et L.225-251 (L. n° 2001-420 du 15 mai 2001) du Code de commerce précisent justement à propos, respectivement, que « les gérants sont responsables... » et « les administrateurs et le directeur général sont responsables... ».

Les raisons de l'exclusion des dirigeants de fait des régimes de responsabilité des dirigeants de droit sont globalement relatives à l'absence de base textuelle. En effet, les tribunaux et la doctrine estiment que les régimes de responsabilité civile des dirigeants de droit et des dirigeants de fait ne peuvent pas être similaires, en ce que disent-ils, ces derniers n'auraient pas reçu mandat de gérer les sociétés. Qu'en outre, lorsque le législateur a voulu que le régime de responsabilité du dirigeant de fait soit le même que celui du dirigeant de droit, il a expressément visé le dirigeant de fait ; ce qui est notamment le cas en matière de sanction pénale pour violation du droit des sociétés et des sanctions applicables aux dirigeants d'une société en redressement ou liquidation (LEFEBVRE (éd) *op. cit.*, n° 14105, p. 750).

Ils en déduisent donc que la responsabilité civile des dirigeants de fait ne peut pas être engagée, au cas où elle doit être retenue, sur le fondement du droit des sociétés (Article 161 et s. notamment, en droit français, les articles L. 223-22 et L.225-251 (52 et 244 de la loi du 24/07/1966) C. Com.) mais, sur celui de l'article 1382 du Code civil. La conséquence étant bien évidemment la prévalence de la prescription trentenaire au détriment des prescriptions triennale et décennale prévues par le droit de sociétés.

456. Pourtant, il est constant que la direction de fait est susceptible d'engendrer des responsabilités, mais non de créer des droits (LEFEBVRE (éd), *op. cit.*, n° 13011, p. 701). Limiter cette responsabilité aux cas retenus par le législateur revient certainement à ériger une situation exceptionnelle en situation anormale. En effet, la direction de fait est à l'origine une activité illicite dont le droit positif entend simplement tirer les conséquences, surtout lorsqu'il s'agit de s'assurer de ce que cette activité n'est pas plutôt dangereuse pour la société.

Que le législateur ait réglementé quelques cas, ne doit pas être considéré comme s'il y limitait les cas de responsabilité. Ce d'autant plus que les formules de consécration de cette responsabilité ne sont pas exclusives de toutes autres.

457. Dans ce contexte, le dirigeant de fait devrait encourir la même responsabilité civile que le dirigeant de droit et, comme l'a dit un auteur, « si l'assimilation, expressément prévue par un texte en matière d'action en comblement, ne l'est pas par le droit des sociétés, elle ne devrait pas être écartée à contrario et devrait être admise par analogie » (VIDAL (D). *op. cit.*, p. 16 et 17). C'est dire qu'une valeur plus importante et une étendue plus complète devraient être données au principe jurisprudentiel assez général d'assimilation des dirigeants de fait aux dirigeants de droit. L'assimilation devrait être complète, surtout lorsqu'il s'agit de règles porteuses d'effets négatifs à l'encontre des dirigeants (LEVENEUR (L). *Les situations de fait en droit privé*, thèse LGDL 1990, spéc., n° 76).

458. La responsabilité civile des dirigeants, fondée sur l'article 1382 du Code civil ne devrait pas être l'unique hypothèse possible de responsabilité des dirigeants de fait. Elle devrait même avoir un caractère subsidiaire, relativement aux fautes de gestion. Bien évidemment, une subsidiarité non conditionnée par l'échec de l'exercice préalable d'actions fondées sur le droit des sociétés ou des entreprises en difficultés.

C'est dire que la jurisprudence ne devrait plus continuer de refuser d'étendre l'action *ut singuli* par exemple aux dirigeants de fait, parce que la loi ne viserait que les « gérants » ou les « administrateurs » de sociétés (Comme ce fut le cas dans *Cass. com.*, 21 mars 1995, *Bull. civ. IV* n° 98, *Vr également à propos. DEUZEZE (E), op. cit.*, p. 266).

459. L'option pour cette solution aura l'avantage d'éviter des relents conservateurs de la part de la jurisprudence africaine en général et camerounaise en particulier, souvent habituées à suivre le pas de leur consœur française, en présence de similitudes les plus simples, alors même que la réglementation OHADA ne s'oppose pas formellement à cette même solution.

À vrai dire, il ne saurait en être autrement dans l'espace OHADA, où le législateur a opté pour une conception large de la notion de dirigeant dans les dispositions qui forment la responsabilité des dirigeants sociaux. En effet, à la lecture de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE et de celui portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, on perçoit mal la difficulté. Le législateur communautaire ayant opté pour des expressions plus globalisantes. En effet, en utilisant aux articles 161 et suivants et 889 à 891 de l'AUSC, l'expression « dirigeants sociaux » et, aux articles 183 et suivants de l'AUPCAP, l'expression « dirigeants », il s'est abstenu de créer l'équivoque décriée ailleurs où, il précise les dirigeants de droit concernés (*Vr. par exemple en droit français, les articles L. 223-22 et L. 225-25 du C. com.*),

460. Bien plus, s'il est incontestable que l'article 1382 du Code civil ainsi que les dispositions d'incriminations

pénales prévues dans le Code pénal sont bien susceptibles de réparer ou réprimer les agissements fautifs des dirigeants de fait, il convient de dire qu'il y a de fortes chances qu'ils ne soient pas suffisamment porteurs. En effet, l'immixtion fautive dans la gestion sociale crée une situation qui éprouve la société et ses acteurs. Très souvent, les actes fautifs s'inscrivent dans une variante spécifique de la technique sociétaire. Dans ce cas, la question qui se pose est celle de savoir, si la sanction n'était-elle pas plus adaptée si elle découlait du moule du droit des entreprises ?

461. Au regard des dispositions des Actes Uniformes, les règles de responsabilités des dirigeants, issues du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté, devraient être étendues aux dirigeants de fait. Il ne s'agit certes pas de justifier toutes les tendances jurisprudentielles d'interprétation *contra legem* (*En ce sens, MATSOPOULOU (H.), La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. sociétés, 2004, chron. 283*) observées dans certaines décisions. Mais, de susciter une solution qui, dans l'espace OHADA, semble logique au regard de la formule généralisante des articles 161 et suivants et 889 à 891 de l'AUSC. En effet, la démarcation du droit africain par rapport aux textes étrangers, tels que ceux français précités, est loin d'être banale et, doit au contraire produire toutes ses conséquences logiques. L'extension des règles de responsabilités des dirigeants de droit aux dirigeants de fait en est une des principales.

Il y a toutefois lieu de dire que l'extension souhaitée ne devrait pas être limitée à la responsabilité civile. Elle est aussi recevable vis-à-vis de la responsabilité pénale des dirigeants. Son fondement légal étant perceptible à travers un parallèle similaire entre les articles 889 à 891 de l'AUSC et des textes étrangers à l'instar des articles L. 242-6 et suivants du Code de commerce français.

Section 2 - Accentuation de l'harmonisation de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux

462. Le législateur OHADA a le mérite d'avoir prévu un ensemble d'infractions qu'encourent les personnes physiques susceptibles d'intervenir dans la gestion des sociétés. Toutefois, il a adopté deux options qui semblent avoir fait reculer d'un trait son œuvre d'harmonisation. C'est que d'une part, il a laissé les peines à l'appréciation de chaque législateur national et d'autre part, il n'a pas consacré la responsabilité pénale de la personne morale (*POUGOUÉ (P. - G.), ANOUKAHA (F) et NOUEBOU (J), op. cit., n° 10, p. 4 et 5*).

La généralisation des règles de responsabilité apparaît comme une nécessité positive. Il s'agit en réalité, d'une part, d'étendre les incriminations pénales aux dirigeants personnes morales (§1), et d'autre part, d'encadrer la liberté d'établissement des pénalités applicables aux dirigeants (§2).

§1 - Consécration de la responsabilité pénale des dirigeants personnes morales

463. En matière de responsabilité pénale des dirigeants, les textes en vigueur dans notre espace juridique ont dans l'ensemble adhéré à la jurisprudence traditionnelle qui posait le principe de l'irresponsabilité pénale des personnes morales. Cette option contraste avec les solutions adoptées aujourd'hui dans de nombreux États industrialisés et, est en fait une véritable source d'insécurité face à la puissance des personnes morales et à leur capacité de nuire.

Pourtant, la question de la responsabilité pénale des personnes morales était déjà suffisamment débattue et même consacrée ci et là, à la veille des Actes uniformes relatifs au droit des sociétés et des procédures collectives. En France par exemple, depuis l'entrée en vigueur du Code pénal de 1992, on assiste à une généralisation législative de la responsabilité pénale des personnes morales.

A la différence de nombreuses législations pénales étrangères, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE n'a pas consacré la responsabilité pénale des personnes morales (*POUGOUÉ (P. - G.), ANOUKAHA (F) et NGUEBOU (J), op. cit.*). Seules les responsabilités civiles et patrimoniales des dirigeants personnes morales ont été consacrées.

Et, sur un plan plus général, en dehors de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, les textes africains ne prévoient en général des incriminations qu'à l'égard des seuls dirigeants personnes physiques et les représentants des dirigeants personnes morales.

464. Cette carence législative est une omission qu'il faut rapidement combler. En effet, avec la possibilité pour les personnes morales d'être dirigeants des sociétés ainsi que les pouvoirs de contrôle des sociétés mères sur les filiales, une limitation de la responsabilité des personnes morales aux plans civil, patrimonial et fiscal équivaut en l'état actuel du développement des affaires à une responsabilisation partielle et même à une certaine non-responsabilisation des dirigeants personnes morales.

465. La consécration de la responsabilité pénale des personnes morales pourrait permettre de sanctionner le vrai auteur de l'infraction, dans le cas où les personnes physiques n'auront commis l'infraction que pour le compte de la personne morale. Ceci contribuerait de manière déterminante à la sécurisation de la gestion des sociétés et des dirigeants personnes physiques. Il s'agit autrement de traduire en droit la qualité juridique unique des dirigeants sociaux. Il s'agit aussi de satisfaire à l'exigence selon laquelle, chacun est responsable de son fait personnel, car admettre que le chef d'entreprise puisse être poursuivi à titre personnel, aux lieu et place de la personne morale, constitue incontestablement une entorse à la responsabilité pénale du fait personnel ; même si on sait que cette responsabilité

n'exclut pas celle des personnes physiques, auteurs ou complices des mêmes faits.

466. Si tant est que la nécessité de cette consécration est admise, il y a lieu, eu égard ne fût-ce que du développement que cette question a connu ailleurs, de s'interroger sur le contenu que devra prendre cette consécration.

Pour le moins, le législateur devra opérer des évolutions, adaptations ou clarifications eu égard aux constructions opérées dans des pays comme la France sur divers aspects de cette question, et notamment les personnes morales responsables, les infractions punissables, les conditions de mise en œuvre, la procédure applicable et les sanctions encourues.

467. Pour ce qui est des personnes morales responsables, toutes les personnes morales dotées de la personnalité juridique, à l'exception de l'État et des collectivités territoriales, dans l'exercice d'activités relevant de leurs prérogatives de puissance publique, doivent être considérées. Ainsi, les personnes concernées sont notamment, les groupements volontaires à qui la loi attribue la personnalité morale : sociétés, associations déclarées, syndicats, groupements d'intérêts économiques, fondations (GUYON (Y), *Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles d'encourir une responsabilité pénale ? Rev. sociétés*, 1993, *chron.* 235, n° 2).

468. Quant aux infractions punissables, il doit s'agir certainement des infractions expressément visées comme telles par la loi ou les règlements, quels que soient les domaines dans lesquels ils tombent : droit du travail, droit de l'environnement, concurrence, etc.

469. Au niveau de la formulation des règles de mise en œuvre de cette responsabilité, une attention et une adresse particulières sont nécessaires. Ce d'autant plus que c'est sur ce point que la question semble avoir le moins fait l'unanimité.

En effet au départ, deux théories radicalement opposées s'affrontaient en la matière. La première s'appuyant sur la réalité de la nature des personnes morales soutenait que la responsabilité des personnes morales est une responsabilité au sens propre et donc que la condamnation de l'être moral suppose que celui-ci réunisse personnellement l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction reprochée. La seconde théorie se fondait sur la part de fiction des personnes morales pour affirmer qu'un être moral ne peut être responsable de ladite infraction que si une personne physique peut l'être (*À propos de cette opposition*, PLANQUE (J.C.), *(note sous Cass. crim., 24 octobre 2000) Responsabilité pénale, influence de la loi du 10 juillet 2000 sur la responsabilité pénale des personnes morales*, le Dalloz, 2002, n° 6, p. 515, n° 5). Il en découlait l'idée d'une responsabilité indirecte de la personne morale fondée sur l'idée selon laquelle il n'existait pas d'infraction

susceptible d'être commise par les personnes morales sans pouvoir l'être par les personnes physiques (DES-PORTES (F.) et LE GUNEHCEC (F.), *Le nouveau droit pénal*, 7^e éd. 2000, n° 600).

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal français, le principe de la responsabilité des personnes morales est arrêté (*Art. 121-2 du nouveau code pénal de 1992*; MASCALA (C), *La responsabilité pénale des dirigeants*; JCP, n° 3/2001, p. 22 et 23; COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (FL), *op. cit.*, n° 339, p. 127). Cette évolution pourrait être suivie par le législateur africain. Mais dans cette œuvre, la formulation de cette consécration devrait être améliorée pour parvenir à une conception de la responsabilité pénale des personnes morales libre de toute référence à la théorie de la responsabilité indirecte ou responsabilité par ricochet. Le législateur africain devrait donc opérer une clarification de la responsabilité pénale des personnes morales en la rendant autonome par rapport aux personnes physiques. Ce n'est qu'avec cette précaution que se réalisera réellement l'objectif visé de sécurisation par la responsabilisation. En tout cas, la qualité juridique des dirigeants justifie une telle évolution.

470. Pour ce qui est de la procédure applicable, les règles y relatives devront prévoir, entre autres, que l'action publique s'exerce à l'encontre de la personne morale prise en la personne de son représentant à l'époque des poursuites.

471. Quant aux sanctions encourues, la division traditionnelle entre peines criminelles, correctionnelles et « contraventionnelles » demeurant, les sanctions devront aller des plus simples à la plus grave à savoir, la condamnation à mort de la personne morale ou pour dire autrement, sa dissolution. Ainsi, amendes, sursis, interdiction d'exercer certaines activités, exclusion des marchés publics, interdiction de faire appel public à l'épargne, interdiction d'émettre des chèques, surveillance judiciaire, etc., pourront être utilisés en cas de consécration.

Alors, on pourra espérer sanctionner quand il y a lieu, le véritable auteur de l'infraction et mieux, assurer une protection supplémentaire des dirigeants personnes physiques.

§2 - Encadrement de la liberté d'établissement des pénalités applicables aux dirigeants

472. L'une des particularités de la législation OHADA c'est d'avoir « libéralisé » la matière pénale en posant le principe selon lequel les incriminations et les peines peuvent varier d'un État à un autre (POUGOUÉ (P-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J), *op. cit.*, n° 263, p. 119 et 120).

En effet, en prévoyant que « les États parties s'engagent

à déterminer les sanctions pénales encourues », l'article 5, alinéa 2 du traité de l'OHADA pose la base d'une répression à géométrie variable d'une même infraction dans l'espace OHADA. L'échelle des peines pénales risque d'être variée s'agissant d'une même infraction. Ceci n'est pas de nature à renforcer, ni l'unification recherchée par le droit OHADA, ni la sécurité des dirigeants de sociétés.

473. Dans ce contexte, il y a en effet lieu de redouter au moins deux situations. D'une part, que chaque législateur ait tendance à sévir le moins possible afin d'attirer le plus grand nombre d'investissements sur son territoire. D'autre part, que les juges y trouvent un moyen de faire varier anormalement l'échelle des peines qui, variera sûrement déjà, d'un pays à un autre pour la même infraction.

Ceci est même déjà une réalité. Ce que prévoit par exemple la loi camerounaise n° 2003/08 du 10 juillet 2003 relative à la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes de l'OHADA, à propos de l'infraction d'abus de biens et du crédit sociaux n'est pas identique à ce que prévoit la loi sénégalaise n° 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Tandis que l'article 9 de la loi camerounaise punit d'une amende de 2 000 000 à 20 000 000 de francs CFA, les dirigeants qui, « *de mauvaise foi ont fait des biens ou des crédits de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales ou pour favoriser une autre personne morale, dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement* », l'article 6 de la loi sénégalaise sanctionne les mêmes incartades d'une amende de 100 000 à 500 000 francs CFA.

474. Ceci est regrettable. Mais, ce regret ne se limite cependant pas à cette situation. Il est également ressenti relativement à la formulation de certaines dispositions d'incriminations pénales évoquant la sanction du dirigeant fautif. Dans ces dispositions, le législateur, après avoir déterminé le contenu de l'infraction, renvoie pour sa sanction aux dispositions internes, par des formules qui manquent de clarté.

Le cas le plus patent est relatif à la responsabilité pénale du syndic. C'est une constance que l'importance des fonctions attribuées au syndic dans le cadre d'une procédure collective est telle qu'on ne pourrait laisser impunies les fautes graves qu'il commettrait à cette occasion. Il en découle donc qu'il y engage aussi bien sa responsabilité civile dans les termes du droit commun que sa responsabilité pénale. Cette dernière hypothèse se présente très souvent dans un délit qualifié de « délit de malversation ». En pratique, tout acte du syndic qui montre qu'il utilise la procédure collective dans un but personnel doit être sanctionné.

Pour la sanction de cette infraction, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apu-

rement du passif a renvoyé comme d'habitude aux dispositions pénales internes. Seulement, l'article 243 qui réalise ce renvoi utilise une formule qui complique davantage la situation, en énonçant que le syndic sera « *puni des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque État partie pour les infractions commises par une personne faisant appel au public au préjudice d'un loueur, dépositaire, mandataire, constituant de nantissement, prêteur à usage ou maître d'ouvrage* ». Non seulement cette formule ne correspond à aucune infraction réprimée dans la plupart des codes pénaux, à l'instar du Code pénal camerounais, mais elle semble difficilement applicable. Et, c'est justement ce genre de difficultés qu'il conviendrait d'écarter.

475. Il y a lieu de remédier à ces situations qui risquent d'entraver sérieusement les efforts d'unification du droit des affaires dans l'espace OHADA. Le souci de respecter la souveraineté pénale des États pouvait être entretenu d'une autre manière. À défaut de fixer l'échelle des peines directement, le législateur OHADA pouvait par exemple fixer des minimums et maximums des peines pour chaque infraction et laisser aux législateurs nationaux, la possibilité de les aménager, sans toutefois entamer les seuils qu'il aurait fixés.

De même, une uniformisation des pénalités n'est ni impossible, ni inopportune, compte tenu de l'approche intégrationniste de l'OHADA. Dans cette optique, on pourrait émettre le vœu, le cas échéant, de voir des rapprochements ou similitudes dans les contenus des interventions législatives nationales y relatives. Cet effort encore embryonnaire est d'ailleurs perceptible dans les législations camerounaises et sénégalaises précitées, qui pour des infractions telles que la suppression illicite du droit préférentiel de souscription prévue par l'article 573 de l'AUSC, prévoient respectivement aux articles 13 et 9, des sanctions identiques d'une amende de cent mille à un million de francs ou l'une de ces peines. De même l'abus des biens et crédits sociaux entraîne une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans dans la législation sénégalaise (article 6), sanction identique prévue à l'article 9 de la loi camerounaise.

Au mieux, les dispositions répressives actuellement hétérogènes pourraient être harmonisées, voire même remplacées par des dispositions unitaires (*En ce sens, NJOYA NKAMGA (B.), Thèse op. cit., n° 810, p. 295*).

476. L'objectif de modernisation du droit des sociétés visé par le programme d'harmonisation du droit des affaires de l'OHADA s'est réalisé relativement à la responsabilité des dirigeants de sociétés, par un effort de précision des contours du régime de cette responsabilité et un regroupement en un corps de textes des dispositions pénales jadis éparses. Les conditions de sa mise en œuvre et les effets de celle-ci ont connu une évolution considérable par rapport au régime antérieur.

Toutefois, un parcours attentif de l'effort réalisé a

laissé dénoter de nombreuses limites dans l'actuel régime de responsabilité des dirigeants sociaux. Au niveau des conditions de la responsabilité, les approximations dans la précision de ses causes et dans la clarification du régime de sa mise en œuvre demeurent notoires. Au niveau des effets, on assiste à diverses distorsions de traitement entre les dirigeants, alors même qu'ils sont tous des mandataires sociaux.

Ce contexte a inspiré un essai d'amélioration de la responsabilité des dirigeants sur ces deux principaux points.

D'une part, les recettes préconisées vont de la régulation de la typologie légale des fautes des dirigeants à l'évacuation du problème du cumul de responsabilités, avec des propositions telles que celle de la spécification des causes de cette typologie, celle de la fin de la

transposition à la responsabilité pénale des dirigeants des solutions dégagées en matière de responsabilité des préposés, le vœu de l'élimination de la charge du coût de l'action sociale *ut singuli* ou même celui d'une rationalisation du régime de la prescription de l'infraction d'abus de biens sociaux.

D'autre part, l'évolution souhaitée a pris deux formes l'extension des règles de responsabilité des dirigeants de droit aux dirigeants de fait et l'accentuation de l'harmonisation de la responsabilité pénale des dirigeants à travers, notamment, l'extension aux dirigeants personnes morales de la responsabilité pénale et l'encadrement de la liberté d'établissement des pénalités applicables aux dirigeants sociaux.

Beauclair NJOYA NKAMGA

INDEX ALPHABÉTIQUES

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abus des biens sociaux :
 - 335, 340, 419, 440, 441, 442, 443, 444, 452 ;
 - Sanction : 475 ;
 - Prescription : 444, 445, 448, 450, 451, 440, 441, 442 ;
 Action civile : 384, 401, 436, 445, 451 ;
 Action sociale : 392, 393, 394, 397, 398, 399, 403, 404, 431, 432, 433, 434, 435, 476 ;
 Action individuelle : 392, 393, 394, 397, 398 ;
 Action *ut singuli* : 391, 394, 398, 399, 400, 401, 404, 432, 434, 458 ;
 Action *ut universali* : 394, 400, 401, 405 ;
 Actionnaire : 8, 49, 67, 68, 96, 159, 164, 177, 310, 311, 395, 397, 399, 400, 401, 432, 434 ;
 Administrateur : 1, 5, 7, 22, 27, 28, 29, 31, 37, 41, 51, 120, 125, 127, 128, 129, 133, 136, 302, 455, 458 ;
 - âge : 49, 50 ;
 - de société civile : 51, 127, 128, 326 ;
 - mineur : 44 ;
 - majeur protégé : 46, 47 ;
 - personne morale : 60, 61 ;
 - pouvoirs : 328 ;
 Administrateur général : 1, 5, 27, 28, 52, 59, 93, 120, 125, 128, 129, 134, 136, 258, 261, 276, 284, 307 ;
 - adjoint : 5, 27, 93, 113 ;

Administrateur provisoire : 7, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 75, 94, 95, 96, 97, 98, 103, 104, 177, 178, 200, 201, 204, 252 ;
 - pouvoirs : 253, 277 ;
 Affectio societatis : 111 ;
 Aptitude à la fonction de dirigeant : 15, 16, 17 ;
 Associé : 44, 110, 111, 112, 114, 127, 156, 160, 161, 168, 203, 212, 213, 216, 305, 432, 433, 434, 436, 451 ;
 - contrôle : 81, 331 ;
 - intérêt des : 174, 230 ;
 - dirigeant : 6, 8, 24, 51, 222 ;
 - information des : 228, 376 ;
 - pouvoirs : 45, 56, 70, 88, 90, 91, 93, 96, 165, 187, 189, 193, 194, 244, 245, 262, 274, 276, 277, 279, 281, 282, 283, 327, 327 ;
 - pouvoir de révocation : 288 ;
 - sécurité des : 271, 340, 393, 394, 398, 399, 400, 402, 403, 404, 408 ;
 Associé majoritaire : 7, 8, 178 ;
 Associé minoritaire : 7, 8 ;
 Avantages des dirigeants : 236 ;
 Avocat : 23, 24, 26, 260 ;

B

Bonne gestion : 28, 296, 300 ;

C

CEMAC : 10, 23, 37, 68, 98, 130, 234, 246 ;
 COBAC : 23, 68, 98, 178, 200, 204 ;

Comblement du passif : 61, 423, 437, 438 ;
 Commandité : 56 ;
 Commissaire aux comptes : 23, 34, 73, 290, 292, 306, 311, 312, 334, 355 ;
 Condition d'aptitude à la fonction de dirigeant : 73 ;
 Conseil d'administration : 22, 29, 31, 68, 93, 131, 134, 138, 143, 159, 257, 276, 283, 284, 287, 302, 307, 310 ;
 - Pouvoirs : 328 ;
 Controverses doctrinales : 141, 152, 153, 154, 155, 188, 243 ;
 Critères de qualification : 15, 87, 109 ;
 Cumul :
 - de mandat social : 28, 150 ;
 - de responsabilité : 414, 415, 419, 420, 421, 423, 424, 476 ;

D

Déchéance : 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 ;
 Définition des dirigeants : 14 ;
 Délit d'initié : 228 ;
 Détermination des dirigeants : 13, 14 ;
 Devoirs des dirigeants : 9, 10, 151, 174, 219, 225, 228, 296, 367, 372 ;
 - Devoir :
 - de diligence : 293, 294, 298, 308, 375, 382, 385 ;
 - de loyauté : 228, 367, 375, 430 ;

- d'information : 228, 367,
- de contrôle : 6, 61, 62, 77, 79, 83, 84, 151 ;
- de dissidence : 295, 299, 300, 302 ;

Directeur général : 1, 5, 27, 28, 32, 35, 49, 52, 54, 93, 125, 128, 133, 135, 257, 261, 284, 455 ;

Directeur général adjoint : 5, 27, 32, 35, 52, 93, 257 ;

Dirigeant de crise : 64, 73 ;

Dirigeant de droit : 6, 16, 34, 77, 88, 101, 110, 154, 155, 157, 173, 183, 186, 198, 208, 455, 457 ;

Dirigeants exceptionnels : 4, 16, 62, 63, 67, 68, 74, 75, 87, 106, 117, 154, 175, 176, 181, 183, 184, 240, 243, 246, 248, 252, 330, 357 ;

Dirigeant de fait : 2, 6, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 106, 107, 108, 109, 110, 116, 117, 118, 154, 179, 180, 181, 182, 198, 207, 208, 455, 457 ;

Dirigeant de filiale : 148, 149, 150, 151, 464 ;

Dirigeant occulte : 77, 181 ;

Dirigeant personne morale : 17, 56, 60, 61, 62, 462, 465, 469, 471 ;

Dirigeant social : 3, 4, 9, 15, 18, 19, 21, 24, 44, 87, 118, 119, 122, 123, 145, 148, 151, 152, 159, 170, 171, 174, 182, 183, 184, 185, 195, 197, 209, 210, 218, 221, 222, 235, 237, 253, 293, 362, 366, 396, 406, 416, 429, 450 ;

Dissidence : 295, 299, 300, 302 ;

E

Établissements publics : 10, 29, 32, 313 ;

Entreprise publique : 202 ;

Expertise de gestion : 434 ;

F

Faillite : 73, 330, 376 ;

- personnelle : 36, 37, 39, 40, 41, 419 ;

Fait générateur de la responsabilité : 317, 325, 347, 362, 364 ;

Faute de gestion : 294, 325, 326, 328, 329, 330, 331, 332, 350, 359, 361, 362, 366, 368, 375, 378, 417, 418, 420, 421, 422, 423, 437, 438, 439 ;

Filiale : 147, 149, 150, 151, 464 ;

Fraude : 266, 324 ;

G

Garantie : 172, 284, 285, 288, 409 ;

Gérant : 1, 5, 27, 31, 37, 41, 46, 68, 86, 92, 121, 125, 128, 129, 338, 340, 403, 458,

- pouvoirs : 134, 230, 245, 262, 263, 268, 270, 276, 309 ;

- de SNC : 56, 113, 276, 339 ;
 - de SCS : 56, 113, 339 ;
 - de SARL : 24, 81, 113, 268, 276 ;
- Groupe de sociétés : 149, 340 ;
Gouvernement d'entreprise : 9, 163, 164 ;

I

Incompatibilités : 20, 21, 23, 28, 29, 32, 33, 34, 73 ;

Interdictions : 35, 41, 42, 342 ;

Interdiction de cumul : 35, 420, 421, 423 ;

Intérêt social : 68, 69, 210, 212, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 223, 224, 228, 229, 230, 231, 232, 235, 237, 274, 282, 291, 302, 332, 376, 441, 442, 443 ;

Intérêt commun : 173, 174, 175, 218, 219, 221, 224, 225, 228, 235, 282, 434 ;

Intérêt commun des associés : 228 ;

Intérêt de l'entreprise : 217, 376 ;

J

Juge : - 67, 73, 81, 87, 97, 102, 107, 108, 109, 112, 117, 118, 143, 178, 179, 180, 199, 200, 201, 204, 240, 259, 260, 261, 279, 297, 303, 346, 380, 382, 383, 403, 438, 442, 443, 446, 473,

- des référés : 67, 97 ;

- de fond : 108, 109, 444 ;

Juge-commissaire : 64, 75, 438 ;

L

Limitation de la responsabilité des dirigeants : 425, 464 ;

M

Mandat social : 1, 3, 28, 31, 77, 117, 150, 213, 217, 224, 233 ;

Mandataire d'intérêt commun : 218, 219, 220, 221, 222, 226, 227 ;

Mandataire social : 1, 11, 14, 43, 120, 121, 137, 139, 140, 142, 143, 153, 158, 162, 165, 170, 171, 172, 173, 334, 453 ;

Mandataire spécial : 173, 174, 182, 183, 184, 194, 209, 210, 215, 231, 235, 249 ;

O

OHADA : 5, 7, 10, 13, 14, 25, 28, 35, 49, 56, 76, 88, 102, 105, 121, 124, 125, 126, 128, 130, 131, 133, 136, 150, 182, 212, 217, 223, 230, 235, 236, 239, 242, 246, 260, 272, 289, 290, 294, 313, 314, 315, 321, 323, 324, 338, 345, 351, 392, 398, 401, 430, 433, 437, 445, 454, 459, 461, 462, 472, 473, 475, 476 ;

Organe social : 1, 14, 120, 121, 124, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 153, 155, 157, 159, 160, 162, 164, 167, 170, 171, 173, 211, 229 ;

P

Pouvoirs de gestion : 4, 7, 82, 308, 310, 330 ;

Pouvoirs internes des dirigeants : 242, 271, 272, 273, 274, 278, 279, 280, 280, 327 ;

Pouvoir légal des dirigeants : 242, 245, 247, 252, 253, 255, 256, 263, 264, 289 ;

Préjudice : 60, 69, 221, 225, 302, 325, 347, 348, 391, 392, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 417, 422, 423, 432 ;

Prérogatives du dirigeant : 6, 10, 45, 17, 144, 147, 159, 236, 245, 254, 276, 283, 289, 292, 293, 299, 312, 335, 467 ;

Président du conseil

d'administration : 5, 32, 49, 50, 51, 52, 73, 93, 128, 245, 260, 307, 308 ;

Président-directeur général : 5, 52, 93, 113, 128, 130, 136, 257, 276 ;

Procédure d'alerte : 237, 290, 291, 292, 293, 295, 296, 299, 303, 304, 306, 307, 309, 310, 311, 312 ;

Q

Qualification des dirigeants : 11, 13, 15, 43, 80, 81, 82, 85, 87, 109, 114, 121, 122, 123, 124, 125, 129, 131, 133, 136, 140, 143, 144, 152, 154, 159, 162, 166, 170, 174, 180, 182, 187, 194, 195, 201, 204, 218, 219, 220, 223, 224, 225, 227 ;

Qualité juridique du dirigeant : 11, 13, 14, 118, 123, 151, 152, 154, 175, 182, 183, 195, 197, 234, 465, 469 ;

R

Représentant permanent de dirigeant personne morale : 59, 60, 61 ;

Représentation sociale : 185, 189 ;

Responsabilité des dirigeants :

- civile : 321, 322, 326, 339, 347, 349, 350, 351, 352, 353, 357, 358, 366, 375, 381, 383, 384, 385, 391, 392, 393, 412, 413, 419, 420, 425, 426, 430, 436, 437, 452, 454, 455, 457, 458, 461, 474 ;

- pénale : 332, 333, 341, 345, 346, 349, 353, 354, 357, 378, 379, 381, 382, 383, 384, 388, 412, 439, 440, 454, 455, 461, 462, 463, 465, 469, 474, 476 ;

Révocabilité : 109, 110, 117 ;

Révocation : 112, 113, 114, 115, 116, 117, 219, 220, 221, 225, 227, 288, 302 ;

S

Sécurité : 6, 9, 11, 13, 101, 106, 119, 246, 251, 266, 315, 463, 472 ;

Sociétés :

- à capital public : 29, 31, 32, 35, 43, 96, 98, 178, 203, 323, 324 ;

- en participation : 7, 212, 215 ;

- civiles : 24, 25, 43, 51, 111, 129, 134, 340 ;

- commerciales : 7, 10, 21, 27, 43, 44, 56, 99, 125, 128, 129, 131, 132, 134, 148, 247, 252, 260,

272, 273, 290, 305, 329, 338, 459 ;

- coopératives : 10, 35, 40, 43, 51, 56, 125, 128, 129, 131, 132, 272, 323, 324,

- mère : 147, 149, 150, 151, 464 ;

Statut des dirigeants : 1, 10, 12, 119, 136, 143, 208, 241 ;

Syndic : 7, 64, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 91, 103, 104, 105, 106, 177, 178, 179, 200, 205, 252, 254, 278, 335, 338, 474 ;

T

Théorie du mandat : 182, 184, 185, 194, 195, 199, 200, 234 ;

Théorie du « milieu » : 155, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 451 ;

Thèse contractuelle : 141, 155, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168 ;

Thèse institutionnelle : 141, 155, 156, 158, 161, 162, 167, 168, 170 ;

Typologie légale des fautes des dirigeants : 323, 358, 361, 370, 371, 372, 374, 375, 388, 408, 476 ;

V

Violation des dispositions législatives, réglementaires et statutaires : 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 340, 342, 346, 350, 361, 362, 364, 366, 368, 375.

DROIT DE RÉTENTION

Table des matières

Bibliographie

Introduction n° 1 à 7

Section I - Conditions d'exercice du droit de rétention

n° 8 à 33

§1 - Détention d'un bien mobilier n° 9 à 17

A - Modalités de la détention n° 9 à 13

B - Qualité du détenteur n° 14

C - Nature de la chose détenue n° 15 à 17

§2 - Créance justifiant la rétention n° 18 à 33

A - Caractères de la créance n° 19 à 24

B - Connexité de la créance 25 à 33

Section II - Effets du droit de rétention n° 34 à 45

§1 - Effets principaux n° 35 à 40

A - Refus de restitution n° 36 à 38

B - absence de droit de suite et de droit de préférence
n° 39 à 40

§2 - Opposabilité n° 41 à 43

A - Opposabilité aux créanciers du débiteur n° 42

B - Opposabilité au tiers qui acquiert la propriété
du bien retenu n° 43

§3 - Droit de rétention et procédures collectives n° 44 à 45

Section III - Extinction du droit de rétention n° 46 à 48

§1 - Extinction du droit de rétention par voie accessoire
n° 47

§2 - Extinction du droit de rétention par voie principale :
la dépossession du créancier rétenteur n° 48

- AKRAWATI SHAMSIDINE (A.), « Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme (OHADA) », *Penant*, n° 844, juillet-septembre 2003, p. 279 et s.
- ANOUKAHA (F.) *et al.*, *OHADA Sûretés*, Juriscope, Bruylant, Collection droit uniforme, 2002, p. 67 et s.
- BROU KOUAKOU (M.), « Le droit de rétention en droit ivoirien : conditions d'exercice et prérogatives du rétenteur à propos de l'affaire Société SATA Mali c/ Société Incart FIAT », Études offertes au professeur Joseph ISSA-SAYEGH, *AIDD*, 2006, p. 90 et s.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Le nouveau droit des garanties de l'OHADA », Communication faite au premier colloque de l'Association ivoirienne Henri Capitant, Abidjan, 2 avril 2002, *Actes du colloque*, p. 159 et s., Ohadata D-02-15, ohada.com.
- KODO (J.), « Le régime juridique du droit de rétention dans l'OHADA et en droit français », *Lamy Droit des sûretés* n° 227, coll. « Lamy Droit civil », 2007, www.insitut-idef.org.
- OTOUMOU (J.-C.), « Le droit de rétention en Droit Ohada », *Penant*, n° 838, janvier-mars 2002, p. 75 et s.
- SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficultés*, Éditions Bruylant, 2002.
- ZAKYE (Z.), « Le droit de rétention dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA : étude comparative », *Penant*, n° 836, mai-août 2001, p. 125 et s.

Introduction

1. La réglementation du droit de rétention par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA (AUS) avait été accueillie favorablement par la plupart des auteurs, pour son originalité et les innovations qu'elle apportait aux droits nationaux antérieurs. (J.I. Sayegh, *Le nouveau droit des garanties de l'OHADA*, p. 161 ; Z. Zerbo, *Le droit de rétentions dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA*, p. 125). Pour la première fois, dans presque tous les États parties de l'OHADA, une disposition légale consacrait le droit de rétention comme une sûreté indépendante, en définissant sa nature et son régime juridiques (seul le droit du COCC sénégalais comportait sur le droit de rétention un texte de portée générale, voir J.I. Sayegh, *Le droit de rétention en droit sénégalais*, *Penant*, 1992 p. 261 et s.).

2. Qualifié de vestige de la justice privée, le droit de rétention répond cependant à une certaine préoccupation d'ordre éthique : celle de refuser d'obliger un créancier à exécuter son obligation de délivrance et de restitution d'une chose à son débiteur, alors que celui-ci n'a pas encore exécuté ses obligations envers lui. Il apparaît dès lors comme un moyen de pression légitime sur le débiteur, à qui le créancier est en droit de rétorquer à la demande de délivrance ou de restitution « Paye moi ! tant que je ne serai pas payé, je garderai la chose » (K.M. Brou, *Le droit de rétention en droit ivoirien : conditions d'exercice et prérogatives du rétenteur ; à propos de l'affaire Société Sata Mali c/ Société Incart Fiat*, Ohadata D-07-10, Ohada.com).

3. Dans une certaine mesure, le droit de rétention peut être difficilement distingué de certaines techniques juridiques d'exécution à l'encontre du débiteur comme la compensation. La compensation est un mécanisme

qui permet à un créancier d'obtenir satisfaction, en se payant ce qu'il doit lui-même à son débiteur. Avec le droit de rétention, le créancier utilise sa propre obligation de restituer le bien qu'il refuse d'exécuter. Toutefois, les deux mécanismes ne doivent pas être confondus : la compensation suppose deux dettes fongibles, alors que dans le droit de rétention, le créancier est tenu d'une obligation de restitution qui n'est pas fongible avec celle du débiteur. En outre si la compensation a pour effet d'éteindre les dettes réciproques, le droit de rétention n'est qu'un moyen d'incitation du créancier au paiement, n'impliquant pas directement la satisfaction du créancier.

4. La même distinction s'impose entre le droit de rétention et l'exception d'inexécution. La confusion peut tenir au fait que dans l'un et l'autre mécanisme, une partie refuse d'exécuter son obligation en raison de la défaillance de son propre débiteur. Toutefois l'exception d'inexécution suppose des obligations réciproques découlant d'un même rapport de droit synallagmatique, alors que le droit de rétention peut s'appliquer aux autres rapports, la seule exigence étant la connexité entre la créance et la détention.

5. La réglementation de l'AUS a l'avantage de clarifier la nature juridique du droit de rétention. La question est restée, pendant longtemps, sujette à controverse. Certains n'y voyaient qu'une modalité d'exécution de l'obligation de délivrance pesant sur le détenteur (*Catala-Franjou N., De la nature juridique du droit de rétention, RTD civ., 1967, p. 9*), alors que d'autres hésitaient à le qualifier de droit réel ou de sûreté. De manière ferme, la jurisprudence française avait tranché en jugeant que le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage (*Cass. com., 20 mai 1997, no 95-11.915, Bull. civ. IV, no 141, D. 1998, jur., p. 439, note Heinderian F., D. 1998, som., p. 102, obs. Piedelièvre S., p. 115, obs. Libchaber R., Defrénois 1997, p. 1427, obs. Aynès L., RTD civ. 1997, p. 707, obs. Crocq P. ; voir 227-71*).

6. Les rédacteurs de l'Acte uniforme révisé (AUSr) (JO OHADA du 15 février 2011) ont voulu être plus précis dans la qualification de la nature juridique du droit de rétention. Ainsi l'article 50, consacré aux sûretés mobilières, dispose que « *les sûretés mobilières comprennent : le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage des meubles corporels, les nantissements des meubles incorporels et les privilèges* ». Il résulte de cette énumération légale une qualification indiscutable du droit de rétention en sûreté réelle mobilière. Une sûreté qui doit exister, « indépendamment de toute autre sûreté » (art. 67), ce qui a conduit certains auteurs à la qualifier d'« *une sûreté indépendante, active et achevée* » (*J.I. Sayegh, op. cit.*). Or, il apparaît à l'analyse qu'il n'en est rien, le droit de rétention ne conférant au créancier qu'une position passive d'attente.

7. En effet, le droit de rétention, tel qu'il apparaît dans

la révision de l'AUS opérée en décembre 2010, n'est pas, en réalité une sûreté comme les autres, en ce qu'il ne permet pas le paiement direct du créancier sur la réalisation du bien retenu et la préférence sur le bien vendu. Il confère, simplement au créancier, comme nous allons le voir, un pouvoir passif de faire pression sur le débiteur par la rétention d'un bien lui appartenant. En fait, L'AUSr vise, fondamentalement, à éviter un bouleversement de la logique du droit des sûretés et à faire en sorte que le droit de rétention, en tant que sûreté, ne soit pas, par avance, un obstacle à toute procédure de redressement judiciaire dont pourrait faire l'objet le débiteur. (*Pierre Croq, Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Droit et patrimoine n° 197, novembre 2010 p. 78 et s.*). Par ailleurs, pour éviter toute confusion, l'AUSr (art. 67) renvoie explicitement au texte de l'article 107 al 2 qui traite du droit de rétention du créancier gagiste sur le bien donné en gage avec dépossession (*il résulte de ce texte que le droit de rétention du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur qui, lui, dispose d'un gage sans dépossession et ne pourra prétendre à ses droits sur le bien, tant que le créancier antérieur n'aura pas été entièrement payé*).

Avec cette appréhension de la nature du droit de rétention, il convient d'envisager successivement, les conditions d'exercice (Section I) les effets (Section II) et l'extinction de ce droit (Section III).

Section I - Conditions d'exercice du droit de rétention

8. Le nouveau régime juridique du droit de rétention est précisé par quatre dispositions de l'AUSr (articles 67 à 70) qui fixent, pour l'essentiel, les conditions d'exercice du droit de rétention. Ces conditions sont relatives, d'une part, à la détention d'une chose (§1), d'autre part, à la créance justifiant la rétention (§2).

§1 - Détention d'un bien mobilier

Les modalités de la détention du bien (A), la qualité de la personne qui la détient (B) et la nature de la chose détenue (C) sont ainsi précisées.

A - Modalités de la détention

9. Le créancier ne peut exercer la rétention que sur un bien qu'il détient légitimement et licitement. La détention sur un bien corporel implique la mainmise physique sur la chose, donc un pouvoir de fait. *Le corpus* c'est-à-dire la simple détention à titre précaire suffit, le rétenteur sait

qu'il est tenu de restituer le bien, mais il refuse de le faire. Donc, une véritable possession comportant *animus donandi* (intention de se comporter en propriétaire de la chose) n'est pas nécessaire ; mais la mainmise sur la chose peut être exercée en qualité de possesseur et procéder d'un contrat comme le dépôt ou le bail.

10. La détention peut provenir d'un dessaisissement volontaire (dépôt de la chose) ou accidentel (envoi d'un ballon qui atterrit dans la maison du rétenteur en y causant des dégâts). Il suffit que la chose soit détenue légitimement c'est-à-dire que la détention ne résulte pas d'un acte illicite, fraude ou violence du créancier mais d'un contrat ou d'un quasi-contrat. (Scapel, *Le droit de rétention en droit positif*, RTD civ., 1981, p. 539 n° 15 ; J.C. Otoumou, *Le droit de rétention en droit Ohada*, Penant n° 838 p. 77). Le créancier peut détenir pour son propre compte par lui-même ou par l'intermédiaire d'une personne agissant valablement pour son compte (mandataire, préposé). Il n'est pas nécessaire que la chose ait été remise par celui à qui le droit de rétention est opposé (CCJA, arrêt n° 006, 28 février 2008, *Envol-Transit CI c/ SDV CI, Ohadata J-09-29, Ohada.com*). La jurisprudence OHADA a, de façon très claire, opéré la distinction entre le gage et le droit de rétention. Dans l'affaire Gitma contre Samex, la CCJA relève que l'arrêt d'appel attaqué fait une mauvaise application de l'article 43 de l'AUS « qui traite seulement des effets communs de la rétention avec le gage, sans pour autant assimiler les deux types de sûretés qui sont différentes de par leur constitution ; qu'en effet, le gage est une remise volontaire faite par un débiteur d'un bien dont il est le propriétaire, en garantie du paiement de sa dette alors que la rétention est une appréhension forcée qu'effectue un créancier sur le bien qu'il détient de son débiteur pour contraindre ce dernier à payer son dû ». (CCJA, n° 30, 4 novembre 2004, *Sté GITMA c/ Sté SAMEX, Ohadata J-05-171, Ohada.com*).

11. On peut aussi déduire de la formule de l'article 67 de l'AUSr « *Le créancier qui détient légitimement un bien...* » que le créancier doit retenir le bien par des moyens honnêtes. Celui qui use de manœuvres dolosives pour retrouver un bien qu'il avait déjà remis au débiteur ou celui qui avait consenti un crédit au débiteur ou qui a déjà été payé serait considéré comme un détenteur illégitime. La détention est légitime lorsqu'elle est régulière, dénuée de toute équivoque, de tout vice, de tout acte illicite, voire de toute fraude ayant pour but de priver le propriétaire de son bien afin d'exercer sur lui des pressions par l'entremise de la rétention (J. Mestre, *Privilèges, Droit de rétention, Jurisclasseur, fasc. 13, n° 32, p. 8*).

12. Faut-il pour autant qualifier absolument le comportement du créancier en précisant que le créancier doit nécessairement être de *bonne foi* ? La question a fait l'objet d'une controverse en droit français, mais il semble être admis par certains éminents auteurs que « *le*

recours à la justice privée que constitue d'une certaine façon, le droit de rétention, doit, en effet être enfermé dans les limites, et ne saurait donc être toléré de la part d'un rétenteur de mauvaise foi » (J. Mestre, *op. cit.*, p. 8). La même solution vaut lorsqu'il est établi que le créancier rétenteur a abusé de son droit ou qu'il l'a exercé dans l'intention de nuire au débiteur.

13. L'AUSr (art 70 al 1) fait, désormais, peser sur le créancier rétenteur une obligation de conservation du bien retenu en disposant que « Le créancier a l'obligation de conserver le bien retenu en bon état ». (*v. l'hypothèse où le bien retenu a un caractère périssable, Pierre Croq, op. cit.*, p. 81 : *l'auteur affirme que le fait pour le rétenteur de disposer du bien périssable, alors que c'est le seul moyen d'éviter le dépérissement, constitue un acte conservatoire ainsi que cela a été reconnu, dans le droit des successions, par le nouvel article 784, alinéa 3 du Code civil français*). De ce principe, il découle que si le droit de rétention peut s'étendre aux fruits de la chose retenue, le créancier rétenteur ne saurait se les approprier en les imputant sur sa créance. De même que le créancier ne peut user de la chose retenue, il en est le *gardien* au sens des règles de la responsabilité civile.

B - Qualité du détenteur

14. Celui qui détient un bien pour le compte d'autrui ne peut exercer de droit de rétention à l'encontre du propriétaire sous la subordination duquel il se trouve (*voir jurispr. française Cass. soc ; 13 mars 1974, n° 73-40 476, Bull. civ. n°172*). Le droit de rétention est, en règle générale, refusé au préposé, car son état de subordination le prive de toute autonomie et exclut qu'il détienne le bien à des fins personnelles. Si un commissionnaire en douane est admis à exercer une rétention sur les connaissements pour contraindre son client à honorer sa dette (CCJA, n° 30, 4 novembre 2004, *Sté GITMA c/ Sté SAMEX, précité*), l'on doit refuser, à l'agent d'assurance salarié révoqué, le droit de retenir les archives de la succursale dès lors qu'il ne saurait se considérer comme un mandataire proprement dit. De même, le dirigeant de société ne peut exercer le droit de rétention sur les documents de la société dont il se prétend créancier en raison de sa gestion après son remplacement ou sa révocation, car il n'est pas détenteur en qualité personnelle mais en tant que représentant de la société.

C - Nature de la chose détenue

15. L'AUSr utilise indifféremment les termes de « bien » et de « chose » en visant l'objet de la rétention. Cependant, en considérant que le droit de rétention figure dans le titre réservé aux « sûretés mobilières », on peut en déduire que seuls les biens mobiliers peuvent faire

l'objet d'une rétention, à l'exclusion des biens immobiliers. (*contra. Z. Zerbo, Le droit de rétention dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA : étude comparative ; Penant 2001, n° 836, mai-août, p. 132 ; l'auteur estime que le droit de rétention « ne peut pas être cantonné aux seuls biens mobiliers »*). Du reste, aucune hésitation n'est plus permise sur cette question avec la nouvelle rédaction de l'article 67 de l'AUSr qui précise que « *Le créancier qui détient légitimement un bien mobilier* » alors que la rédaction ancienne de l'article 41 de l'AUS pouvait prêter à confusion, l'exclusion des immeubles y étant affirmée de manière non explicite (*Pierre Croq, op. cit., p. 79*).

16. Le droit de rétention s'exerce essentiellement sur les biens meubles corporels mais rien n'exclut que la rétention puisse s'exercer sur un bien meuble incorporel ayant une assise matérielle tel qu'un fonds de commerce. Le droit de rétention peut aussi porter sur des choses hors du commerce, bien que son assimilation au gage qui a vocation à se dénouer par l'attribution au créancier ou la vente forcée du bien doive contredire une telle affirmation : des documents juridiques ou comptables, des pièces de dossier détenues par des experts comptables, des syndics, voire des documents administratifs tels une carte grise ou un connaissance peuvent faire l'objet d'une rétention. C'est ainsi que la CCJA a jugé régulière et fondée la rétention opérée par une société créancière sur les connaissances relatifs aux marchandises expédiées au profit et pour le compte de sa cliente, dès lors que ladite rétention avait pour sel et unique but le paiement de la créance réclamée (CCJA, n° 30, 4 novembre 2004, *Sté GITMA c/ Sté SAMEX, précité*). Toutefois, le droit de rétention doit être refusé chaque fois qu'il porte sur un objet faisant partie intégrante de la personne humaine : une prothèse dentaire par exemple détenue par le chirurgien-dentiste ou le corps de défunt par une entreprise de funérailles, voire une carte d'identité ou un passeport.

17. Enfin, il convient de rappeler que le droit de rétention ne peut s'exercer que sur un bien disponible (article 42), ce qui écarte toute rétention sur un bien qui a déjà fait l'objet d'une saisie par un créancier du débiteur ou par le propriétaire (sur *la distinction à faire entre le moment de naissance et celui d'exercice du droit de rétention, voir J.C. Otoumou, op. cit. p. 80*).

§2 - Créance justifiant la rétention

18. La créance justifiant la rétention ou créance garantie doit revêtir certains caractères (A), elle doit surtout avoir un lien de connexité avec le bien retenu (B).

A - Caractères de la créance

19. Le droit de rétention ne se justifie que si la créance à garantir est certaine, liquide et exigible ainsi que le précise le texte de l'article 68 de l'AUSr.

1 - Une créance certaine

20. La créance à garantir par un droit de rétention doit, tout d'abord, être certaine car le droit de rétention est un accessoire de la créance. Cette exigence se justifie aussi par le fait que le droit de rétention constitue une sorte d'acte de justice privée qui ne saurait se justifier en présence d'une créance douteuse. La certitude est sans doute vérifiée par le titre attaché à la créance mais le seul fait que le débiteur conteste la créance ne suffit pas à la rendre douteuse. (CCJA, n° 007 du 24 avril 2003, *Sté Côte d'Ivoire Télécom c/ Sté Publistar, Obadata J-03-193, Obada.com : la Cour désapprouve le juge d'appel d'avoir considéré la créance non certaine, alors qu'elle trouvait son fondement dans la convention des parties aux termes de laquelle elle correspondait à 30 % du chiffre d'affaires du débiteur*). La créance peut être tenue pour certaine dès lors qu'il apparaît au juge certaine en son principe. En revanche, le droit de rétention n'est pas recevable lorsque le juge constate que le rétenteur ne peut justifier d'aucun titre de créance à l'encontre du propriétaire des biens retenus. La Cour d'appel d'Abidjan a eu à se prononcer dans ce sens dans une affaire où le bailleur avait indûment retenu des meubles appartenant à un preneur expulsé alors qu'aucune créance n'était établie (*CA Abidjan, n° 1164, 24 octobre 2003, Kinda c/ Kone, Obadata J-03-337, Obada.com*). Toutefois, la créance est jugée certaine lorsque le débiteur n'apporte aucune preuve de sa libération se contentant seulement de contester le mode de calcul et l'établissement des factures sans explication sur les règlements partiels qu'il a déjà lui-même effectués (CCJA, n° 21, 17 juin 2004, *SDV Côte d'Ivoire/Sté Rial Trading, Obadata J-04-382, Obada.com*).

2 - Une créance exigible

21. Le créancier rétenteur doit, en outre, se prévaloir d'une créance exigible car par son objet même, le droit de rétention est un moyen de pression sur le débiteur. En conséquence, celui qui a accordé un terme à son débiteur ne saurait, sauf à violer son engagement contractuel, exercer un droit de rétention. En revanche, lorsque le débiteur ne peut se prévaloir d'aucun délai ou condition susceptible de retarder ou d'empêcher l'exécution, la créance litigieuse est jugée exigible dès lors que le débiteur ne se prévaut ni d'un terme conventionnel ni d'un moratoire, la convention ayant prévu qu'en cas de retard de paiement, la totalité des comptes devenait immédiatement exigible. (CCJA, n° 21,

17 juin 2004, précité). Il a, par ailleurs, été jugé que la créance, objet du contrat, n'est pas exigible et ne saurait fonder aucun droit de rétention lorsque la preuve de l'expiration du délai imparti à un débiteur et prévu au contrat n'est pas rapportée. En l'espèce, Maregel avait consenti un prêt à M. Serigne Moustapha Mbacké en subordonnant le remboursement aux départs en mer des trois pirogues de pêche et sur les produits de la pêche. Or, cette condition d'exigibilité n'était pas remplie car les pirogues, pêchant sous licence Maregel, avaient été arraisonnées par la Marine mauritanienne pour inobservation par Maregel de la réglementation mauritanienne. (*Cour d'appel de Dakar, N° 120, 16 février 2001 n° Ohadata J-06-121, arrêt confirmé par la CCJA, n° 016, 27 juin 2002, Sté Maregel c/ Serigne Moustapha Mbacké, Ohadata J-02-165, Ohada.com : selon la CCJA le prêteur qui prétend exercer un droit de rétention sur les pirogues sans établir que le délai de paiement stipulé dans le contrat est expiré ne justifie pas de l'exigibilité de sa créance*).

22. La question s'est aussi posée de savoir si la suspension des poursuites, qui résulterait par exemple d'une décision de règlement préventif, pourrait faire obstacle au droit de rétention. La réponse est négative car la suspension des poursuites ne remet pas en cause l'exigibilité de la créance, elle ne fait que paralyser son recouvrement (v. *dans ce sens J.C. Otomou, op.cit., selon lequel « la mesure de suspension provisoire des poursuites individuelles atteint l'exercice du droit de rétention dans sa phase de conversion en gage si la créance garantie est de celle désignée par le débiteur dans sa demande de suspension provisoire des poursuites individuelles »*. Il est vrai que le rétenteur ne peut plus dans ce cas demander la réalisation forcée ou l'attribution judiciaire du bien détenu, mais il en demeure détenteur ; *Cour d'appel d'Abidjan, n° 92 du 31 janvier 2003, Dame Ghuissen c/ Sté Alliance Auto, Ohadata J-03-226, Ohada.com, Obs. J.I. Sayegh*).

3 - Une créance liquide

23. Enfin, la créance doit aussi être liquide mais cette exigence est moins stricte que les précédentes. La créance n'a pas besoin en effet d'être liquide au moment de l'exercice du droit de rétention, le titulaire d'une créance certaine et exigible peut retenir le bien de son débiteur, il appartiendra au juge qui statuera sur la légitimité du droit de rétention d'en fixer le montant et ainsi rendre la créance liquide. (*Cour d'appel d'Abidjan, n° 141, 14 février 2003, Sté Comafrique c/ Oulai Zodje, Ohadata J-03-299 : dans cet arrêt le juge d'appel procède à un réajustement du prix de vente en tenant compte de l'argus*). Dans tous les cas, la liquidité suppose que la créance soit chiffrée dans son montant (*CCJA, n° 21, 17 juin 2004, précité, exigeant que le quantum soit au moins déterminé dans sa quantité, c'est-à-dire chiffré*).

24. Selon la jurisprudence de la CCJA, les trois critères de certitude, de liquidité et d'exigibilité sont soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond (*à propos de la procédure d'injonction de payer, voir CCJA n° 7, 8 janvier 2004, Ets SPL SARL c/ Sté de transport BC SARL, Ohadata J-92-264, Ohada.com*).

B - Connexité de la créance

25. Le droit de rétention suppose un lien de connexité entre la naissance de la créance et la chose retenue (article 6 de l'AUSr). La connexité peut être juridique ou intellectuelle, matérielle ou objective, voire conventionnelle.

26. Il y a connexité juridique entre la créance et la détention de la chose lorsque toutes les deux sont nées d'un même contrat. Ainsi, par exemple, la créance du garagiste, à raison des réparations effectuées, procède du même contrat que sa détention du véhicule et il est en droit, à ce titre, de retenir le véhicule jusqu'à complet paiement (*B. Kouakou, op.cit.*). En principe, si la créance et la détention procèdent de deux contrats distincts, le droit de rétention ne devrait pas être reconnu au créancier.

27. Selon les termes de l'article 42 al 2 de l'AUS, la connexité était présumée si la détention de la chose et la créance étaient la conséquence de relations d'affaires entre le créancier et le débiteur. En application de cette règle et de manière constante, la jurisprudence OHADA s'était prononcée en faveur de la légitimité de la détention lorsqu'elle est la conséquence de relations d'affaires entre le créancier et le débiteur. L'affaire Envol-Transit Côte d'Ivoire contre SDV est une illustration de cette jurisprudence. En l'espèce, la société Envol-Transit avait reçu de l'établissement IED l'ordre d'effectuer, à quai, les formalités douanières de mise à la consommation des marchandises, qu'il avait commandées et qui lui étaient expédiées par conteneur sur un navire de la SDV. Le conteneur étant resté à quai, plus que ne le permettent les délais portuaires, avait été réquisitionné par la douane ivoirienne et transféré à son dépôt. Par la suite, après paiement de tous les droits et taxes douaniers par Envol-Transit, le conteneur avait été ramené à quai sur le parc de la SDV, en sa qualité d'acconier manutentionnaire. Après paiement de tous les frais d'acconage et de manutention, Envol-Transit voulant enlever ledit conteneur se voit opposer un refus net de la part de SDV, qui lui déclare exercer son droit de rétention sur le conteneur pour garantir le paiement d'une précédente créance due par l'établissement IED, destinataire du conteneur. Considérant la rétention illégale, Envol-Transit saisit le tribunal qui la déclare fondée dans son action. La Cour d'appel d'Abidjan, saisie par la SDV, infirme le jugement. L'arrêt est confirmé par la CCJA au motif que « la créance réclamée par la SDV-CI à la société IED est la conséquence des relations d'affaires entretenues par

les deux sociétés ; que dès lors, la SDV-CI est fondée à exercer son droit de rétention sur le conteneur destiné à sa débitrice, jusqu'à complet paiement par celle-ci de sa dette » (CCJA, *Envol-Transit CI c/SDV CI*, précité; *contra. Cour d'appel de Dakar, n° 238, 16 juin 1978, SATAC : Franco-Suisse, cité par J.I. Sayegh op. cit., p. 269, note n° 27 : dans cette affaire, la Cour d'appel avait refusé à un commissionnaire le droit de retenir les marchandises d'un de ses clients avec qui il était en relations d'affaires suivies pour non-paiement d'une créance antérieure*).

28. La présomption de connexité de l'article 42 de l'AUS devait être considérée comme une présomption simple, susceptible de la preuve contraire. L'appréciation relevait de la souveraineté du juge de fond, étant souligné que la connexité pouvait concerner un ensemble d'opérations juridiques très diverses et différentes les unes des autres (*A. Adjita, op. cit., p. 308 ; J.I. Sayegh, op. cit., p. 269 : selon lui le débiteur pourra établir qu'il n'entendait pas inclure dans les relations d'affaires avec son créancier l'opération à l'occasion de laquelle le créancier a retenu le bien, en raison de la nature particulière de cette opération – prêt, usage gracieux, par exemple*). De manière générale donc, la jurisprudence étendait les hypothèses de connexité juridique au-delà du contrat isolé, il en est ainsi lorsque la remise de la chose est intervenue en vertu d'une convention globale et unique ou procède d'un même groupe de contrats.

29. L'AUSr apporte une importante modification à la question de la présomption de connexité en lui consacrant une disposition spécifique (art 69). La nouvelle définition est plus étroite que la précédente car la seule existence de relations d'affaires antérieures ne suffit plus, la connexité devant être établie entre la créance et la détention de la chose et non plus entre la créance et la chose elle-même. La connexité est, désormais, réputée dans les cas suivants :

- lorsque la chose retenue a été remise jusqu'au complet paiement de la créance du rétenteur ;
- lorsque la créance impayée résulte du contrat qui oblige le rétenteur à livrer la chose retenue ;
- lorsque la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose retenue.

30. Il y a connexité matérielle lorsque la créance est née à l'occasion de la chose retenue ; en d'autres termes il y a *debitum cum re junctum* lorsque, par exemple, la créance du rétenteur est née pour la conservation ou l'amélioration de la chose sans qu'il soit pour autant nécessaire que la dépense ait profité à la chose en conservant ou augmentant la valeur.

31. La jurisprudence peut utiliser cumulativement les deux critères de connexité pour admettre ou rejeter le droit de rétention exercé par le créancier : ainsi par exemple dans l'hypothèse d'un garagiste qui répare une voiture, sa créance est, à la fois née à l'occasion de la

chose et procède du contrat en vertu duquel il détient le véhicule (*B. Kouakou, op. cit.*).

32. Enfin la connexité peut être conventionnelle en vertu de la liberté contractuelle qui autorise un débiteur de conférer, en pleine connaissance de cause, à son créancier un moyen de coercition garantissant son paiement. Dans ce cas, la condition d'exigibilité de la créance ne tient plus, le droit de rétention conventionnel étant conféré dès l'origine en garantie du remboursement à venir de la créance.

33. La rédaction de l'article 42 de l'AUS se prêtait à de nombreuses critiques du fait que, d'une part, elle mélangeait l'énoncé des conditions de droit de rétention et ses effets, d'autre part qu'elle ne précisait pas, de manière claire, les rapports entre le droit de rétention et la saisie (*notamment la saisie des biens postérieurs à la détention, mais antérieure à l'exercice du droit de rétention et semblant paralyser ce dernier : voir Pierre Crocq, op. cit., p. 79*). Par ailleurs, la définition trop large du lien de connexité, énoncée plus haut, faisait admettre que la connexité puisse résulter de simples relations d'affaires entre le créancier et le débiteur (Cour d'appel d'Abidjan, 7 mars 2000, n° 321, précité) donnant au droit de rétention un domaine trop vaste. Désormais, l'AUSr (art. 68) fait une séparation nette entre la définition du droit de rétention et celle de la connexité désormais restreinte. Le nouveau texte dispose que le droit de rétention ne peut s'exercer que si « la créance du rétenteur est certaine, liquide et exigible, s'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention de la chose retenue et si le bien n'a pas été saisi avant d'être détenu par le rétenteur ». Il résulte de l'énoncé de ce texte que le droit de rétention sera opposable à une saisie postérieure à la détention du bien par le créancier et, par conséquence, à toute ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur.

La réforme a eu donc l'avantage de mieux clarifier les effets du droit de rétention, envisagée comme une sûreté et par rapport aux autres sûretés.

Section II - Effets du droit de rétention

34. Le droit de rétention confère à son titulaire un pouvoir qui se manifeste comme un moyen de pression sur le débiteur visant le paiement de la créance mais il n'entraîne pas automatiquement satisfaction du créancier titulaire. Cette particularité est mieux clarifiée dans la réforme de l'AUS qui supprime l'assimilation qui était faite dans l'AUS entre le droit de rétention et le gage. On constatera, ici, qu'une fois les effets principaux du droit de rétention dégagés (§1) les intérêts majeurs de

cette sûreté résident dans son opposabilité aux tiers (§2) et dans son positionnement au sein des procédures collectives (§3).

§1 - Effets principaux

35. Si le droit de rétention offre une garantie au créancier en lui permettant de refuser de restituer le bien au débiteur (A), il reste qu'il ne peut pas obtenir directement le paiement de sa créance (B).

A - Refus de restitution

36. Le droit de rétention a comme effet principal une prérogative purement passive, c'est-à-dire le pouvoir reconnu au créancier de retenir le bien « jusqu'au complet paiement » (art 67 AUSR). Le créancier peut ainsi opposer une exception incitant le débiteur au paiement. Il apparaît ainsi comme un *gêneur* disposant d'une position privilégiée. Pour se faire restituer son bien, le débiteur devra payer aux mains du créancier rétenteur la somme qu'il lui doit. Par ricochet, les autres créanciers du débiteur seront aussi gênés par la rétention du bien qui les empêchera de le saisir.

37. Le droit de rétention porte sur l'objet retenu dans sa totalité, il durera tant que le paiement ne sera pas complètement effectué. Un créancier qui reçoit un paiement partiel, quel qu'en soit le montant, peut refuser de restituer la totalité du bien même si le bien est divisible, voire périssable (v. solution confirmée en jurisprudence française *Cass. com.*, 19 novembre 2002, n° 00-20.516, *Bull. civ.*, n° 172, *JCP G.* 2003, I, p. 124, n° 17, obs. *Delebecque Ph.*).

38. Dans l'hypothèse où le bien est périssable, le créancier peut, sur autorisation de la juridiction compétente statuant à bref délai, procéder à la vente de ce bien si l'état ou la nature périssable de ce dernier le justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion avec sa valeur. Cette solution est expressément consacrée par une disposition de l'AUSR (art 70 al 2) qui ajoute que, dans ce cas, « le droit de rétention se reporte sur le prix de vente qui doit être consigné ». Donc, même dans cette hypothèse, le créancier ne peut pas se faire payer lui-même sur le prix de vente du bien. La passivité du droit de rétention est alors établie par le fait qu'il doit alors consigner la somme obtenue de la vente du bien.

B - Absence de droit de suite et de droit de préférence

39. Par une disposition unique et concise, l'AUS (art. 43) disposait que « Si le créancier ne reçoit ni

paiement ni sûreté, il peut après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage ». Cette disposition traduisait une certaine méprise quant à la nature du droit de rétention, résultant d'une assimilation erronée avec le gage. Elle a donc été complètement supprimée dans la révision de l'AUS.

40. Le créancier rétenteur ne dispose, en réalité ni d'un droit de préférence ni d'un droit de suite. D'abord, Il ne dispose pas d'un droit de préférence sur la valeur du bien retenu. C'est ainsi que s'il poursuit la vente forcée, il ne sera pas payé par préférence mais prendra rang comme un simple créancier chirographaire, à moins qu'à un autre titre, il bénéficie d'un privilège sur le bien retenu. Autrement dit, il peut être primé par les autres créanciers privilégiés. Cette règle est, désormais, expressément confirmée par l'AUSR (art. 226). Il est, en effet, précisé dans ce texte qui établit la distribution des deniers mobiliers et le classement des sûretés que « *Sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement, les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre suivant (...)* ». Ensuite, le droit de rétention ne confère aucun droit de suite à son titulaire. Il est, en effet, de l'essence même du droit de rétention que le créancier détient matériellement le bien, dès lors qu'il s'en dessaisit, il perd son droit.

§2 - Opposabilité

41. Comme précisé plus haut, le droit de rétention peut être opposé au débiteur en permettant au créancier de refuser de lui restituer le bien détenu jusqu'au paiement complet de sa créance. Mais il est logique aussi de penser que, comme en droit français (*solution constante de la jurisprudence française : v. Cass. civ. 7 janvier 1992, n° 90-14.545, JCP 1992, I, p. 227, n° 3583, obs. Delebecque Ph.*), le droit de rétention est opposable aussi aux tiers, notamment les créanciers du débiteur (A) ou les tiers propriétaires ayant acquis un bien déjà retenu (B).

A - Opposabilité aux créanciers du débiteur

42. Si le créancier rétenteur ne dispose d'aucun droit de préférence, il peut normalement opposer son droit aux autres créanciers du débiteur, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés (v. en jurisprudence française arrêt *Cass. civ.*, 7 janvier 1992, précité). Il s'ensuit qu'en bonne logique, lorsqu'un créancier entend saisir et faire vendre le bien, le rétenteur peut s'y opposer. Il reviendra alors au créancier saisissant de le désintéresser avant de pouvoir exercer son droit.

B - Opposabilité au tiers qui acquiert la propriété du bien retenu

43. Si l'existence d'un droit de rétention ne fait pas obstacle à la vente du bien, il reste qu'il en paralyse la délivrance. La solution constante en droit français (*Cass. com.*, 31 mai 1994, n° 92-16.505, *Bull.civ*; IV, n° 195) devrait prévaloir en droit OHADA, ne serait-ce qu'en vertu du principe qu'*on ne peut céder plus de droits qu'on en a*. En effet l'acquéreur du bien recueille alors un bien grevé du droit de rétention et ne saurait être titulaire d'une créance de restitution plus ample que celle dont était titulaire le vendeur. Autrement, le droit de rétention perdrait toute son efficacité car il suffirait alors au propriétaire du bien retenu, débiteur, de vendre le bien et d'en percevoir le prix pour échapper au créancier rétenteur.

Il revient donc à l'acquéreur d'un bien d'exiger que le bien lui soit livré libre de tout droit de rétention, à moins qu'il n'ait accepté de le prendre en désintéressant le créancier rétenteur.

§3 - Droit de rétention et procédures collectives

44. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) prescrit que les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture doivent faire l'objet d'une production. Tous les créanciers chirographaires ou munis de sûretés sont normalement astreints à cette procédure (art 78 AUPC), sous peine de forclusion. Le droit de rétention étant considéré comme une sûreté mobilière, le créancier rétenteur ne pourra pas échapper à cette astreinte. Cependant, la question qui se pose ici est celle de savoir quel est le sort du droit de rétention assortissant une créance antérieure non produite. Bien qu'il n'existe aucune disposition particulière traitant du droit de rétention dans ledit Acte uniforme et compte tenu qu'avec la révision de l'AUS, l'assimilation au gage disparaît, il semble logique de penser que, si le créancier rétenteur ne peut agir en paiement, il n'en conserve pas moins son droit de rétention qui ne suppose aucune action de sa part. Comme la créance antérieure non produite n'est pas éteinte (*du moins en cas de liquidation des biens, il résulte en effet de l'article 83 de l'AUPC qu'en cas de redressement judiciaire, la forclusion éteint les créances, v. Filiga Michel Sawadogo, OHADA, Droit des entreprises en difficultés, Éditions Bruylant, 2002, p. 212, n° 216*), le droit de rétention devrait demeurer opposable à la procédure de sorte que le rétenteur devra être désintéressé pour que le bien soit restitué (*v. en ce sens Pierre Croq, La réforme du droit des procédures collectives et le droit des sûretés, D.2006, p. 1306 et s.*).

45. Dans le cas où une procédure de liquidation des biens est ouverte à l'encontre du débiteur, ce dernier

est dessaisi au profit du syndic. Il appartiendra donc au syndic d'exécuter le paiement pour retirer le bien retenu par le créancier. Bien que l'AUSr ait supprimé toute assimilation formelle du droit de rétention au gage, l'article 149 de l'AUPC disposant que « *Le syndic, autorisé par le juge-commissaire, peut, en remboursant la dette, retirer au profit de la masse le gage ou le nantissement constitué sur un bien du débiteur* », devrait être applicable au droit de rétention. Il en sera ainsi toutes les fois que la valeur du bien sera supérieure au montant de la créance pour laquelle le bien avait été retenu. Mais, faut-il le rappeler, l'inaction du syndic n'aurait aucune suite, car le créancier rétenteur dispose d'une prérogative passive et ne peut demander la réalisation forcée du bien retenu.

Section III - Extinction du droit de rétention

46. Aucune cause d'extinction n'est prévue dans l'AUSr. Malgré ce silence, il convient de souligner qu'il existe deux causes principales d'extinction du droit de rétention, liées à la disparition des deux éléments nécessaires à l'exercice du droit de rétention : l'extinction de la créance (§1) et la dépossession du créancier rétenteur (§2).

§1 - Extinction du droit de rétention par voie accessoire

47. Le droit de rétention s'éteint avec la créance qui le justifie, quelle que soit la cause d'extinction de la créance. Ainsi le paiement quelle qu'en soit la forme (dation, compensation, etc.), la remise de dette et le défaut de production de la créance en cas de redressement judiciaire entraînent automatiquement la perte du droit de rétention. Il est admis, cependant que tant que le créancier rétenteur garde la possession du bien, il est opéré interruption de la prescription, car le créancier manifeste par ce fait sa volonté d'obtenir le paiement (*Lamy Droit des sûretés, op. cit, n° 227-89*).

Rappelons que le créancier peut refuser de restituer le bien tant qu'il n'est pas opéré un paiement complet de la créance ; autrement dit, un paiement partiel, quel qu'en soit le montant n'entraîne pas extinction du droit de rétention.

§2 - Extinction du droit de rétention par voie principale : la dépossession du créancier rétenteur

48. Le droit de rétention suppose, par essence, que le bien soit détenu par le créancier. Il s'ensuit que la

dépossession du créancier emporte extinction du droit de rétention. Il en est ainsi lorsque le créancier remet matériellement le bien au débiteur en renonçant à son droit. Il est aussi admis qu'en cas de destruction matérielle de la chose, objet du droit de rétention, ce droit

de rétention disparaît et le créancier ne peut prétendre s'approprier l'indemnité d'assurance remplaçant le bien détruit.

Moussa SAMB

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

C

Compensation 3
Conditions 8 et s.
- Relatives à la créance 18 et s.
- Relatives à la détention 9 et s.
Connexité 25 et s.
Conservation 13 et s.

E

Effets 34 et s.
Exception d'inexécution 4
Extinction 16 et s.

O

Opposabilité 41 et s.

Q

Qualification 6 et s.

EFFETS DE L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE COLLECTIVE À L'ÉGARD DES CRÉANCIERS

Table des matières

Introduction n° 1

Chapitre I : Masse et créanciers qui la composent n° 2-33

Secteur I - Structure de la masse n° 3-18

§I - Notion de masse n° 4

A - Personnalité morale de la masse n° 5

I - Détour du droit comparé français n° 5

a - Avant 1985 : la forte présence de la notion de masse n° 6

b - Depuis 1985 : l'abandon de la notion de masse n° 7

II - Position du droit OHADA n° 8

B- Prérogatives de la masse n° 9

I - Diversité des prérogatives de la masse n° 9

II - Intérêt discutable de l'hypothèque légale de la masse n° 10

§II - Uniformisation de la condition juridique des créanciers n° 11

A- Contenu des créances n° 12

I - Abandon partiel de l'exigibilité des créances à terme n° 13

II - Arrêt du cours des intérêts n° 14

III - Arrêt du cours des inscriptions des sûretés n° 15

B- Exercice des droits : la suspension des poursuites individuelles n° 16

I - Domaine étendu de la règle n° 17

II - Limites et aménagements n° 18

Section II : Admission effective dans la masse : la procédure de vérification des créances n° 19-34

§I - Production n° 20-26

A- Règles de la production n° 21

I - Délai de la production n° 22

II - Montant de la production n° 23

III - Créanciers astreints à la production n° 24

B- Sanction du défaut de production : la forclusion n° 25

I - Forclusion, une sanction grave n° 25

II - Forclusion, une sanction réversible n° 26

§II - Vérification n° 27-33

A- Vérification proprement dite n° 28

I - Rôle du syndic n° 29

II - Intervention du juge-commissaire n° 30

B - Contestations n° 31

I - Contestations relevant de la juridiction de la procédure n° 32

II - Contestations relevant d'une autre juridiction n° 33

§III - Admission ou Affirmation des créances n° 34

Chapitre II : Révision des droits des créanciers n° 35-45

Section I - Régime des actions en revendication n° 37-40

§I - Principe de l'admission de l'action en revendication n° 38

§II - Clause de réserve de propriété n° 39

§ III - Droit du vendeur de meubles n° 40

Section II - Droits du conjoint du débiteur n° 41-45

§I - Évolution historique n° 42

§II - Reprise des immeubles propres n° 43

§III - Abandon de la présomption muciennne n° 44

§IV - Limitation des avantages matrimoniaux n° 45

Chapitre III : Différentes catégories de créanciers et leurs droits n° 47-70

Section I : Classification générale fondée sur la date de naissance de la créance n° 48-54

§I - Créanciers antérieurs au jugement d'ouverture n° 49-52

A- Créanciers formant la masse ou créanciers dans la masse n° 50

B - Créanciers hors la masse n° 51

§II - Créanciers postérieurs au jugement d'ouverture n° 52

A - Créanciers de la masse ou contre la masse n° 53

B - Créanciers hors la masse n° 54

Section II - Créanciers dans la masse n° 55-67

§I - Créanciers chirographaires n° 56

§II - Créanciers munis de sûretés réelles spéciales n° 57

A - Observations générales n° 58

B - Observations particulières n° 59

§III - Créanciers titulaires de privilèges généraux n° 60

A - Situation générale n° 61

B - Situation des salariés n° 62

§IV - Créanciers pouvant échapper à la procédure n° 63-67

A - Créanciers autres que ceux se prévalant de cautions et de coobligés n° 64

B - Créanciers se prévalant de cautions et de coobligés n° 65-67

Section III - Ordre de paiement des créanciers n° 68-70

§I - En matière immobilière n° 69

§II - En matière mobilière n° 70

Bibliographie

- BROU KOUAKOU (M.), « La protection des vendeurs des biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives, l'apport du Traité OHADA », *Revue de recherche juridique*, 2001, p. 273 et s.
- KANTE (A.), « Réflexion sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA) », *EDJA*, n° 52, janv.-fév.-mars 2002, p. 50 et s.
- POUGOUÉ (P.G.), KALIEU (Y.R.), *L'Organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, Yaoundé, 1999.
- SAWADOGO (F.M.), *Droit des entreprises en difficultés*, Bruylant, coll. « Droit uniforme africain », Bruxelles, 2002.

1. Les effets du jugement d'ouverture se produisent sur les créanciers en même temps que sur le débiteur. En règle générale, il n'y a pas de différence au niveau des créanciers selon qu'il s'agit du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

Il faut rappeler que l'une des finalités principales des procédures collectives est la préservation des intérêts des créanciers. Pourtant, l'ouverture de la procédure, comme on le verra, entraîne plutôt une réduction des droits des créanciers, ce qui paraît paradoxal. L'explication de cette situation est simple : il s'agit de traiter de manière égalitaire, juste et efficace les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture et de s'assurer que leurs droits sont fondés. C'est ainsi que la procédure entraîne le regroupement des créanciers antérieurs en une masse (Ch. I), la révision des droits de certains créanciers (Ch. II), ainsi qu'une situation complexe rendant nécessaire une classification des différentes catégories de créanciers et de leurs droits (Ch. III).

Chapitre I : Masse et les créanciers qui la composent

2. Selon l'article 72 de l'AUPC, « la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager ». Cette affirmation fondamentale est néanmoins insuffisante puisqu'elle ne permet pas de savoir ce qu'est la masse (sa structure), ni les créanciers qui en font effectivement partie. D'où la nécessité d'étudier :

- la structure de la masse (Section I) ;
- l'admission effective dans la masse : la procédure de vérification des créances (Section II).

Section I - Structure de la masse

3. Il convient d'aborder, d'une part, la notion de masse et certaines de ses implications, d'autre part, l'une de ses principales conséquences qu'est l'uniformisation ou l'égalisation de la condition juridique des créanciers.

§I - Notion de masse

4. Le terme de masse évoque un groupement qui n'entre pas dans les catégories connues et qui se singularise par son caractère obligatoire, comme la collectivité des obligataires. Le Code de commerce, la doctrine et la jurisprudence du milieu et de la fin du XIX^e siècle, faisaient déjà usage du terme de masse et proclamaient la réunion des créanciers en une masse dès le prononcé de la procédure collective.

La notion de masse pose principalement la question de la personnalité morale de la masse ainsi que celle de ses prérogatives.

A - Personnalité morale de la masse

5. C'est une question d'un intérêt théorique et pratique certain pour l'examen de laquelle le détour par le droit comparé français s'avère utile.

I - Détour du droit comparé français

L'évolution du droit français est caractérisée par une montée en puissance de la personnalité de la masse jusqu'à la loi du 25 janvier 1985 qui a opéré une rupture.

a - Avant 1985 : la forte présence de la notion de masse

6. Deux grandes idées ont caractérisé cette période. C'est, d'une part, la reconnaissance de la personnalité morale de la masse, d'autre part les conséquences de cette personnalité morale, spécialement l'existence d'un patrimoine de la masse.

S'agissant de la reconnaissance de la personnalité morale de la masse, une partie de la doctrine y était favorable depuis longtemps. Ainsi, le Professeur THALLER affirmait déjà en 1922 que « la masse, le noyau des créanciers groupés afin de liquider le gage commun, forme une véritable personne morale, tenue des engagements du syndic ». La reconnaissance de la personnalité morale de la masse a été précédée par celle des comités d'établissement qui sont une institution représentative des salariés en droit du travail. À propos des comités d'établissement, la Cour de cassation a décidé que : « la personnalité morale n'est pas une création de la loi ; elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ; si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice » (*Civ.*, 28 janvier 1954, *Dalloz* 1954, 217, note *Levasseur*).

L'application de cette définition, qui manifestement se rattache à la thèse de la réalité, devait conduire tout naturellement à reconnaître la personnalité juridique à la masse des créanciers. C'est ainsi que des arrêts de la Cour de cassation, notamment de 1956, 1964 et 1965, proclament la personnalité juridique de la masse (*Com.*, 17 janvier 1956, *Dalloz* 1956, 265, note *Houin et Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, *Sirey*,

t. II, 1962, n° 143, p. 485 à 488, obs. J.-M. Bischoff ; Com., 27 octobre 1964, D.S., 1965, 129 note Cabrillac ; R.T.D. Com. 1965, 179 et 183 ; Com., 16 mars 1965, D.S., 1966, 63).

Cette jurisprudence a été confortée ou confirmée par la loi du 13 juillet 1967 en ce qui concerne la France. En effet, selon l'article 13, alinéa 1^{er}, de cette loi, la masse est représentée par un syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager. Les discussions se sont dès lors déportées de la reconnaissance de la personnalité morale aux conséquences de la personnalité morale et précisément au patrimoine de la masse.

S'agissant du patrimoine de la masse, en droit français et dans les droits africains qui en dérivent, toute personne a un patrimoine et un seul et seule une personne a un patrimoine. Mais quel est le contenu du patrimoine de la masse et quel est le régime des créances et des dettes de la masse ?

S'agissant du contenu du patrimoine de la masse, il ressort de la jurisprudence française que l'actif du patrimoine comprend les résultats positifs des actions suivantes :

- actions en inopposabilité de la période suspecte ;
- actions en comblement du passif social ;
- actions innommées telles celles fondées sur les articles 1382 et suivants du Code civil ; ces actions sont presque exclusivement intentées contre des banques suspectes ou coupables d'avoir accru le passif ou diminué l'actif ; de là, on a déduit que la masse pouvait avoir un intérêt distinct de celui de chacun des créanciers qui la composent, pris individuellement.

En ce qui concerne les produits de la continuation d'exploitation, la Cour de cassation considère que la masse dans ce cas est l'ayant cause du débiteur. Par conséquent, les résultats de l'exploitation ne tombent pas dans le patrimoine de la masse mais plutôt dans celui du débiteur.

Le passif de la masse comprend, d'une part, les frais engagés par le syndic à l'occasion des actions qu'il exerce et les dommages-intérêts auxquels il peut être condamné, d'autre part, les dettes résultant de la continuation régulière d'activité. Dans les deux cas, ce passif a pour corollaire la naissance de créances dont les titulaires sont dits créanciers de la masse.

S'agissant du régime du patrimoine de la masse, du côté du passif, la situation est simple. Les créanciers de la masse ont un gage constitué par le patrimoine de la masse et par le patrimoine du débiteur et ils passent toujours avant tous les créanciers dans la masse, du moins s'ils sont chirographaires.

L'actif de la masse est soumis à un régime différent de celui du débiteur. La règle de l'égalité entre créanciers s'applique à son égard de manière complète. Il n'y a pas de privilèges ni de sûretés qui tiennent. Tous les créanciers sont payés au marc le franc. Mais depuis 1979, des décisions sont allées en sens contraire en admettant que les sûretés pouvaient s'exercer sur le patrimoine de la masse qui est ainsi soumis au même régime que

celui du débiteur. D'autres décisions sont allées même plus loin puisqu'elles semblaient nier la notion même de patrimoine de la masse (*Com. 7 mai 1979, Dalloz 1979, 431 note critique de Derrida et Sortais ; Paris, 8 nov. 1979, Dalloz 1980, IR, 285, obs. Derrida ; Com. 9 juin 1980, Dalloz 1981 IR, 1, obs. Derrida ; Com. 13 avril 1983, Dalloz 1983, Flash n° 23*). On assistait à l'amorce d'une évolution.

b - Depuis 1985 : l'abandon de la notion de masse

7. La masse a vécu ! La loi du 25 janvier 1985 ne fait plus état de la masse des créanciers. À ce sujet, le professeur Didier MARTIN écrit que l'innovation la plus remarquable en ce qui concerne les créanciers est qu'ils ne sont plus regroupés, de droit, en une personne morale (*op. cit., 1985, p. 25. Voy., pour une critique assez virulente de la suppression de la masse : Derrida, Godé et Sortais, op. cit., p. 149 à 156*). Toutefois, l'exercice de leurs intérêts n'est pas laissé à leur initiative individuelle. Il est confié à un représentant des créanciers, désigné par le tribunal, qui, seul, a qualité pour agir en leur nom et pour leur compte.

De la combinaison de ces données, il résulte, entre autres conséquences, que les sommes recouvrées par ce représentant commun entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées, en cas de continuation de l'entreprise, selon les directives posées par le plan d'apurement du passif. Et selon l'article 99 de la loi du 25 janvier 1985, il n'est pas procédé à la vérification des créances chirographaires lorsqu'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées. Cependant, l'article 180, alinéa 3, prévoit une situation particulière. Ainsi, les sommes versées par les dirigeants dans le cadre de l'action en comblement du passif social sont, en cas de liquidation judiciaire, réparties entre tous les créanciers au marc le franc. Cette dernière solution « sonne » comme une survivance du régime applicable à l'actif de la masse avant la suppression de celle-ci.

Trouve-t-on un écho de cette évolution quelque peu tumultueuse dans l'Acte uniforme ?

II - Position du droit OHADA

8. L'Acte uniforme fait appel à de nombreuses reprises à la notion de masse : inopposabilités à la masse (*art. 67 à 71*), hypothèque légale de la masse (*art. 74 et 135*), créances de la masse ou contre la masse (*art. 108, 117, 142, 166 et 167*), confusion des masses (*art. 161 et 191*), représentation de la masse (*art. 72 et 75*), arrêt du cours des intérêts (*art. 77*)...

En rappel, selon l'AUPC, « la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager. La masse est constituée par tous les

créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision, à condition que cette créance ne soit pas inopposable en vertu des articles 68 et 69... » (art. 72). Il ressort de l'Acte uniforme que la masse est représentée par le syndic dans la liquidation des biens ou par le débiteur et le syndic dans le redressement judiciaire. Seules ces personnes peuvent agir en son nom et dans son intérêt.

La masse constitue-t-elle une personne morale ? A priori, la réponse est affirmative. D'une part, en effet, le syndic ou le syndic et le débiteur représentent la masse. Or seule une personne est représentée. D'autre part, l'Acte uniforme reprend en substance la formulation de l'article 13 de la loi française du 13 juillet 1967. Or la doctrine française a considéré qu'une telle formulation était une consécration légale de la personnalité morale reconnue par la Cour de cassation en 1956 (*Cour de cassation, com. 17 janvier 1956, Dalloz 1956, 265, note Houin*). On peut donc en conclure que l'Acte uniforme reconnaît la personnalité juridique à la masse des créanciers. Au demeurant, sous l'empire du Code de commerce et de la loi du 4 mars 1889, moins explicites sur la masse, certaines juridictions africaines avaient reconnu la personnalité juridique à la masse (*Tribunal de première instance de Ouagadougou, 13 juin 1984, Revue Burkinabé de Droit, n° 12, décembre 1987, p. 501 à 518, note F. M. SAWADOGO*).

La masse peut-elle avoir un intérêt distinct de celui des créanciers qui la composent ? En particulier, peut-elle poursuivre un créancier faisant partie de la masse pour avoir accru le passif ou diminué l'actif ? La réponse était incertaine pendant longtemps en France comme en Afrique (*F. M. SAWADOGO, Note précitée, p. 507 à 512 les nombreuses références citées*).

L'Acte uniforme donne à cette question une solution affirmative. Ainsi, les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic, agissant dans l'intérêt collectif des créanciers (art. 118).

La masse a-t-elle un patrimoine propre ? De manière logique, la réponse est affirmative. En effet, seule une personne a un patrimoine et un seul et toute personne a un patrimoine. Néanmoins, il ne résulte pas des dispositions de l'Acte uniforme que la masse ait un patrimoine auquel s'appliqueraient des règles particulières. Du reste, au regard de l'évolution jurisprudentielle française, reconnaître un patrimoine propre à la masse et surtout en tirer des conséquences particulières quant au régime de son actif, entraînerait une sophistication des règles et la neutralisation des sûretés, ce qui ne paraît pas opportun. Il faut donc espérer que les juridictions africaines, et spécialement la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, n'en tireront pas de telles conséquences. En d'autres termes, il serait judicieux

que toutes les opérations, notamment de paiement, se déroulent dans le cadre d'un seul patrimoine, celui du débiteur.

B - Prérogatives de la masse

La masse, représentée par le syndic, bénéficie de nombreuses prérogatives qu'il convient d'annoncer, avant de discuter de l'intérêt de l'une d'elle, en l'occurrence l'hypothèque de la masse.

I - Diversité des prérogatives de la masse

9. D'abord, la masse peut exercer des actions en justice tant en demandant qu'en défendant : action en inopposabilité de la période suspecte, action paulienne, action en comblement du passif social, action en responsabilité civile, action en recouvrement des créances du débiteur... Elle peut également poursuivre l'activité du débiteur, vendre ses biens...

Ensuite, elle bénéficie d'une hypothèque légale, appelée hypothèque de la masse, sur les immeubles présents du débiteur, mais également, sur ceux à venir. Pour être opposable, cette hypothèque doit être inscrite sur chaque immeuble pris individuellement. Le greffier est tenu de faire inscrire immédiatement cette hypothèque sur les biens immeubles du débiteur et sur ceux qu'il acquerra par la suite au fur et à mesure des acquisitions (art. 74). Quelle est la date d'effet de cette hypothèque ? Selon l'Acte uniforme, l'inscription est faite conformément aux règles de la publicité foncière et l'hypothèque prend rang du jour où elle a été inscrite sur chacun des immeubles du débiteur. Le syndic est chargé de veiller au respect de cette formalité et, au besoin, l'accomplit lui-même. Les anciens auteurs penchaient en faveur de l'effet immédiat de l'hypothèque de la masse. Ainsi, pour Emmanuel Thaller, « la faillite emporte... mainmise judiciaire sur l'universalité des biens, transformation du gage imparfait en gage parfait. Cette entrée des créanciers dans l'administration des biens est assez énergique pour qu'on puisse y voir un « droit réel », non point retardé jusqu'à la prise d'inscription au bureau des hypothèques, mais instantané ».

II - Intérêt discutable de l'hypothèque légale de la masse

10. La question principale que l'on peut se poser est celle de l'intérêt de l'hypothèque de la masse. La question se discute puisqu'à compter du jugement d'ouverture, la masse est protégée par le dessaisissement qui entraîne l'inopposabilité des actes qui seraient faits sans elle, autrement dit, sans le syndic. Par conséquent, on ne peut pas craindre que des créanciers, autres que les créanciers de la masse dont le droit est né en conformité avec le dessaisissement,

viennent à primer la masse. Cependant, on peut considérer que l'hypothèque légale est utile en ce qu'elle garantit la bonne exécution du concordat. Et comme il n'y a plus de masse après l'adoption du concordat par les créanciers et son homologation par la juridiction compétente, chaque ancien créancier dans la masse en bénéficie à titre individuel, ce qui lui permet de ne pas être primé par les créanciers que l'activité du débiteur va entraîner. C'est la solution que confirme l'Acte uniforme selon lequel « à moins qu'il en ait été décidé autrement par le concordat de redressement, l'homologation conserve à chacun des créanciers, sur les immeubles du débiteur, l'hypothèque inscrite en vertu de l'article 74 ci-dessus » (art. 135), autrement dit, l'hypothèque légale de la masse. Si l'intérêt de l'hypothèque de la masse est lié au concordat, il va de soi qu'il est difficile de lui trouver une place en cas de liquidation des biens où, par définition, il n'y a pas de concordat.

À titre de droit comparé, il est à relever que l'hypothèque légale de la masse a fort logiquement disparu en France depuis la loi du 25 janvier 1985 avec la disparition de la masse.

La réunion des créanciers en une masse entraîne l'uniformisation de leur condition juridique.

§II - Uniformisation de la condition juridique des créanciers

11. Le jugement d'ouverture modifie profondément la situation des créanciers. Un certain nombre d'effets en découlent automatiquement. Il en résulte une uniformisation ou une égalisation de la condition juridique des créanciers, qui affecte, d'une part, le contenu des créances, d'autre part l'exercice des droits à travers la règle de la suspension des poursuites individuelles.

A - Contenu des créances

12. L'uniformisation atteint le contenu des créances à terme, qui est partiellement abandonnée, l'arrêt du cours des intérêts ainsi que l'arrêt des inscriptions.

I - Maintien partiel de l'exigibilité des créances à terme

13. L'exigibilité des créances à terme était classiquement considérée comme une maigre consolation pour les créanciers qui subissent à compter du jugement d'ouverture de nombreux désagréments que sont l'arrêt du cours des intérêts et surtout la suspension des poursuites individuelles. Désormais, selon l'Acte uniforme, la décision d'ouverture ne rend exigibles les dettes non échues qu'en cas de liquidation des biens et à l'égard du débiteur seulement. Lorsque les dettes sont

exprimées en monnaies étrangères, elles sont converties en monnaie du lieu où la décision de liquidation des biens a été prononcée, selon le cours de change à la date de cette décision (art. 76). Cette formulation montre que, dans l'esprit du législateur OHADA, l'absence de déchéance du terme devient la règle et l'exigibilité immédiate l'exception. Dans les faits, il n'en sera pas ainsi si les textes sont correctement appliqués, puisqu'il y a moins d'entreprises redressables (soumises au redressement judiciaire) que d'entreprises à liquider (soumises à la liquidation des biens).

Le maintien partiel de la règle de la déchéance du terme ou de l'exigibilité immédiate des dettes non échues vaut, seulement, pour le redressement judiciaire qui vise le sauvetage de l'entreprise ainsi que l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement. Or, l'expérience a montré que l'exigibilité immédiate des créances à terme est défavorable à l'atteinte d'un tel objectif. La loi française du 25 janvier 1985 avait déjà ouvert la voie en l'abandonnant. Mais ces créanciers dont les créances ne sont pas exigibles font néanmoins partie de la masse. En effet, celle-ci est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision, à condition que cette créance ne soit pas inopposable en vertu des articles 68 et 69 relatifs aux inopposabilités de la période suspecte (art. 72).

La règle de l'exigibilité immédiate des créances à terme est maintenue si la liquidation des biens est prononcée, soit *ab initio*, soit par conversion du redressement judiciaire. Les fondements à l'appui de cette solution sont :

- d'abord, un fondement psychologique : il y a là application de la règle posée par l'article 1188 du Code civil qui rend les dettes exigibles en cas de déconfiture ; la déconfiture met fin à la confiance qui sous-tendait l'octroi du terme ; il en est de même en cas de faillite ou de liquidation des biens ;
- ensuite un fondement technique : il sera ainsi plus facile d'appréhender le passif, devenu uniforme puisque totalement exigible, et éventuellement de l'éponger ;
- enfin, un fondement juridique : il s'agit du nivellement ou de l'égalisation de la condition juridique des créanciers dont on sait qu'il est l'un des grands principes qui animent le droit des procédures collectives.

La portée de l'exigibilité des créances à terme, même limitée à la liquidation des biens, est relative. Elle ne joue qu'à l'égard du débiteur et non pas à l'égard du codébiteur ou de la caution, sauf lorsqu'il s'agit d'une lettre de change. Dans ce cas, en effet, l'article 147 du Code de commerce autorise le porteur dans tous les cas à exercer les recours contre les signataires en cas de cessation des paiements, même non constatée par une décision de justice, du tiré ou du tireur d'une lettre de change non acceptable. Cette disposition est

reprise telle quelle par la loi uniforme de l'UMOA et le règlement de l'UEMOA (- loi n° 037-AN du 17 décembre 1997 portant loi uniforme sur les instruments de paiement dans l'UEMOA (J.O.B.F. n° 17 du 15 mars 1998, p. 4071 et s) ; les lois uniformes sont préparées par la BCEAO et adoptées sans modification par les différents États de l'UMOA ;

- règlement n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'UEMOA (Bulletin officiel de l'UEMOA, n° 28 de 2002, édition spéciale) ; pour des développements concernant ce règlement, consultez l'ouvrage suivant : Filiga Michel SAWADOGO, Alain TRAORE, *Instruments de paiement et de crédit dans l'espace UEMOA*, Imprimerie Presses Africaines, Collection Précis de droit burkinabé, novembre 2008, 400 p.), signe qu'elle est une exigence du droit cambiaire.

II - Arrêt du cours des intérêts

14. La décision d'ouverture, quelle que soit la procédure en cause, arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts légaux et conventionnels, de tous intérêts et majorations de toutes les créances, qu'elles soient ou non garanties par une sûreté (art. 77).

Les fondements de cette règle classique peuvent être situés comme suit :

- au plan technique : il convient de faciliter la connaissance du passif du débiteur ; si les intérêts continuaient de courir, le montant du passif serait fluctuant puisqu'il irait en s'accroissant ;
- au plan purement logique : il ne convient pas d'invoquer les intérêts là où le remboursement du principal est incertain ;
- au plan juridique : il y a également égalisation ou nivellement de la condition juridique des créanciers.

S'agissant de la portée de la règle de l'arrêt du cours des intérêts, elle est absolue et relative. En effet, elle est absolue en ce qui concerne les créances. Peu importe que la créance soit chirographaire ou garantie par une sûreté : nantissement, hypothèque, privilège. Sous l'empire du Code de commerce, l'arrêt du cours des intérêts n'affectait pas les créances garanties par une sûreté, pourvu que les intérêts ne soient réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés à cette sûreté.

La portée est également relative puisque l'arrêt du cours des intérêts ne joue qu'à l'égard de la masse. Seule la masse est fondée à s'en prévaloir. Les intérêts continuent de courir à l'égard des codébiteurs et des cautions, à qui ils peuvent être réclamés, et même à l'égard du débiteur. Mais en ce qui concerne ce dernier, les intérêts ne pourront être utilement réclamés qu'après la clôture de la procédure à condition que le débiteur revienne à meilleure fortune.

L'arrêt du cours des intérêts est relatif à un second niveau : en effet, le cours des intérêts se poursuit s'agissant d'intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour

une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus, si la décision a ouvert une procédure de redressement judiciaire (art. 77). Dans ce cas, l'arrêt du cours des intérêts entraîne de graves conséquences ayant pour effet de porter atteinte à la substance de la créance. La règle est maintenue en cas de liquidation des biens, sans doute parce que l'on espère que la liquidation de l'actif et l'apurement du passif se feront assez rapidement.

II - Arrêt du cours des inscriptions des sûretés

15. Selon l'Acte uniforme, la décision d'ouverture arrête le cours des inscriptions de toute sûreté mobilière ou immobilière (art. 73). *A priori*, une telle règle ne semble pas présenter d'intérêt dans la protection des créanciers, puisqu'à compter du jugement d'ouverture, ils sont protégés par le dessaisissement. En effet, sauf pour les actes conservatoires, le débiteur ne peut accomplir seul d'acte valable : il est représenté ou assisté. De plus, les créanciers postérieurs à l'ouverture, si leurs droits sont nés régulièrement, soit sont payés au comptant (art. 108), soit bénéficient d'un ordre de paiement assez intéressant, si la majeure partie des biens composant l'actif du débiteur n'est pas affectée à des sûretés spéciales (art. 166 et 167). Par ailleurs, les sûretés régulièrement constituées et publiées avant le jugement d'ouverture ne peuvent être remises en question que par la voie des inopposabilités de la période suspecte.

Mais il se peut que des sûretés aient été régulièrement prises avant le jugement d'ouverture et n'aient pas fait l'objet de publication jusqu'à la date de celui-ci. Si une telle règle n'avait pas été prévue, rien n'empêcherait la publication de telles sûretés.

Sous réserve de l'interprétation qu'en feront les juridictions, en particulier la CCJA, l'interdiction d'inscription des sûretés a une portée étendue : elle vise toute sûreté mobilière ou immobilière sans distinguer selon que sa source est conventionnelle, judiciaire ou légale. Il revient aux créanciers de faire diligence dans la publication de leurs sûretés afin d'éviter que celle-ci ne devienne impossible en raison de l'ouverture d'une procédure collective. Si malgré cette interdiction, il est procédé à la publication de la sûreté en raison de l'ignorance des services compétents relativement au prononcé de la procédure collective, il conviendra de l'annuler purement et simplement ou de la déclarer inopposable.

Pour l'application de l'interdiction d'inscription des sûretés, il y a lieu de faire les observations suivantes. La première est, qu'évidemment, l'interdiction n'a pas d'impact sur les sûretés qui ne font pas l'objet de publicités comme les privilèges généraux prévus à l'article 107 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. La seconde est que si un délai est accordé pour la publicité et que celui-ci n'est pas expiré, le créancier conserve la faculté de procéder à la publication de sa sûreté malgré le prononcé du jugement d'ouverture. À titre d'exemple, un

délai de six mois est accordé aux administrations fiscales, douanières et aux organismes de sécurité ou de prévoyance sociale, à compter de l'exigibilité de leurs créances, pour procéder à l'inscription de leurs privilèges au Registre du commerce et du crédit mobilier (AUS, art. 108, al. 2). Dans le même sens, un délai de quinze jours semble accordé à l'acquéreur pour la publication de l'acte de cession du fonds de commerce au RCCM (AUDCG, art. 121).

Sur un plan d'ensemble, cette interdiction peut causer injustement préjudice à des créanciers de bonne foi surpris par l'ouverture de la procédure. Peut-être aurait-il mieux valu accorder à tous les créanciers un délai préfix bref pour inscrire leurs sûretés nonobstant l'ouverture de la procédure collective.

Concernant les questions ci-dessus étudiées, à savoir le maintien partiel de l'exigibilité des créances à terme, le maintien de l'arrêt du cours des intérêts et de l'interdiction de l'inscription des sûretés, elles sont pour l'essentiel, inspirées de la loi française du 25 janvier 1985 qui, elle-même, malgré des modifications notables, n'a pas bouleversé le droit antérieur.

Le nivellement de la condition juridique des créanciers atteint non seulement le contenu des créances mais également l'exercice des droits.

B - Exercice des droits : la suspension des poursuites individuelles

16. C'est une règle classique caractéristique des procédures collectives que l'Acte uniforme ne pouvait que maintenir. Ainsi, « la décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement, exercées par les créanciers composant la masse sur les meubles et immeubles du débiteur » (art. 75, al. 1^{er}). La suspension des poursuites individuelles vise à assurer l'égalité entre les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture. Une procédure dite collective ne peut s'accommoder de l'exercice désordonné ou anarchique de poursuites individuelles. C'est pourquoi le champ d'application de la règle de suspension est étendu. Néanmoins, elle admet des limites ou des aménagements.

I - Domaine étendu de la règle

17. La règle de la suspension des poursuites individuelles s'applique aux demandes tendant aussi bien au paiement qu'à l'exercice des voies d'exécution. Les demandes en paiement sont le fait de créanciers qui n'ont pas de titre exécutoire (« Constituent des titres exécutoires :

1) les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles qui sont exécutoires sur minute ;

2) les actes et décisions juridictionnelles étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarées exécutoires

par une décision juridictionnelle, non susceptibles de recours suspensif d'exécution de l'État dans lequel le titre est invoqué ;

3) les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ;

4) les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ;

5) les décisions auxquelles la loi nationale de chaque État partie attache les effets d'une décision judiciaire » (AUPSRVE, art. 33)), ni de sûreté, tandis que l'exercice des voies d'exécution intéresse ceux qui en sont munis. Par voie de conséquence, la suspension intéresse aussi bien les créanciers chirographaires que les créanciers privilégiés, c'est-à-dire munis d'un privilège général ou d'une sûreté réelle spéciale. L'intérêt de la sûreté se trouve ainsi amoindri puisqu'elle ne peut plus assurer un paiement ponctuel. Mais il est évident que le paiement d'une somme importante ou la vente d'un bien indispensable à l'exploitation, outre la rupture d'égalité entre les créanciers, peut compromettre le redressement de l'entreprise lorsque celui-ci est envisagé.

Peu importe que les actions ou voies d'exécution aient été introduites après le jugement d'ouverture ou soient en cours d'examen en justice à cette date. La terminologie de l'Acte uniforme (la décision d'ouverture suspend ou interdit...) est éclairante à cet égard. Il suffit qu'il n'y ait pas encore eu de décision définitive. S'agissant du cas particulier des voies d'exécution, des précisions peuvent s'avérer utiles. Ainsi, il convient de partir de la finalité poursuivie et de se demander si celle-ci est d'ores et déjà atteinte, auquel cas la saisie ne peut plus être remise en cause, ou si elle reste à parfaire, auquel cas la suspension ou l'arrêt des poursuites empêchent sa finalisation (*Dakar, Sénégal, arrêt n° 153 du 9 septembre 2001, SOGERES c/ Société SENAL, qui ordonne la discontinuation des poursuites (autrement dit l'arrêt des poursuites) au motif que la mise en liquidation de la SOGERES par jugement du 16 février 2000 justifie, selon l'article 75 de l'AUPC, que les poursuites dirigées contre elle soient arrêtées, alors qu'un jugement du Tribunal régional de Dakar du 30 juin 2000, donc postérieur à l'ouverture de la procédure, a condamné la société en liquidation des biens à payer des sommes en principal et dommages-intérêts et a ordonné l'exécution provisoire ;*

- *TGI Bobo-Dioulasso, Burkina Faso, ordonnance de référé n° 68 du 6 juin 2003, Clinique centrale du Houet c/ BICIA-B, pour qui l'art. 75 de l'AUPC arrête les poursuites à compter du jugement d'ouverture, et spécialement l'exécution forcée de l'ordonnance d'injonction de payer n° 471/02 du 31 décembre 2002, revêtue de la formule exécutoire et portant sur la somme de 70 444 633 F CFA*). À ce titre, les saisies conservatoires sont suspendues tant qu'elles n'ont pas été transformées en saisies-ventes (*Une saisie conservatoire non convertie en saisie-attribution à la date du jugement d'ouverture doit faire l'objet d'une mainlevée (C. cas. fr., Com. 31 mars 1998, Revue Procédures 1998, n° 139, obs. Perrot ; C. cas fr., Com. 2 février 1999,*

Dalloz 1999, IR, 63). Les saisies-ventes elles-mêmes sont suspendues tant qu'elles n'ont pas conduit à la vente des biens saisis (*La procédure de saisie-vente ne s'achève que par la vente des biens saisis qui fait sortir les biens du patrimoine du débiteur; les dispositions de l'article 54 de la loi du 9 juillet 1991 n'ayant pour objet que de déterminer les créanciers admis à concourir sur le prix de la vente. Dès lors, la règle d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles s'applique tant que cette procédure n'a pas, par la vente, produit ses effets (C. cas. fr., Civ. 2^e, 19 mai 1998, Dalloz 1998, p. 405, conclusions Tatu*)).

La suspension des poursuites s'applique également d'une part aux meubles comme aux immeubles, d'autre part aux créanciers possédant un titre tel qu'une reconnaissance de dette, une lettre de change acceptée, un jugement ou un acte notarié, et aux créanciers qui n'en possèdent pas. L'Acte uniforme vise expressément « les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits ou des créances ». Or, il est permis de penser que les actions tendant à obtenir un titre ne rompent pas l'égalité entre les créanciers. Les créanciers dépourvus de titre ne cherchent pas à s'octroyer une situation préférentielle : ils veulent simplement un titre afin de pouvoir participer avec les autres créanciers aux distributions de dividendes.

C'est sans doute pour de telles raisons que la règle connaît des limites et des aménagements.

II - Limites et aménagements

18. Les limites et aménagements sont de divers ordres et d'inégale importance.

En premier lieu, l'on note que les créanciers dépourvus de titre peuvent exercer ou reprendre les actions tendant uniquement à la reconnaissance de droits ou de créances contestés ou à en fixer le montant après la production de leurs créances si ces droits et créances ont été rejetés définitivement ou admis provisoirement ou partiellement par le juge-commissaire. Cette dérogation à la règle abordée plus haut est certainement justifiée. Elle relève davantage de la procédure de vérification des créances qui permet au créancier insatisfait de contester, entre autres, la non-admission pure et simple de sa créance ou l'admission d'un autre créancier dont il estime les droits non fondés.

En second lieu, l'on relève le cas des créanciers dont les créances sont garanties par un privilège général ou une sûreté réelle spéciale telle que, notamment, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque. Concernant ces créanciers privilégiés au sens large, l'article 134, alinéa 4, prévoit, s'agissant des effets du concordat, que « les créanciers munis de sûretés réelles ne perdent pas leurs garanties mais ne peuvent les réaliser qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat de redressement auquel ils ont consenti ou qui leur a été imposé ». Les articles 149

et 150, relativement à la réalisation des biens meubles et immeubles, reconnaissent aux créanciers gagistes, nantis ou hypothécaires, de même qu'au Trésor public, à l'Administration des douanes et aux organismes de sécurité ou de prévoyance sociales le droit d'exercer ou de reprendre leur droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic. Cette disposition ne joue que si, dans le délai de trois mois suivant la décision de liquidation des biens, le syndic n'a pas, contre paiement du bénéficiaire, retiré le gage ou le nantissement, ou entrepris la procédure de réalisation du gage, du nantissement, de l'hypothèque ou des biens, assiette du privilège (art. 149).

En troisième lieu, il y a lieu de mentionner que les actions tendant à l'annulation ou à la résolution sont exceptées de la règle de suspension des poursuites individuelles. L'exception est justifiée car l'ouverture de la procédure ne peut empêcher de critiquer les contrats irrégulièrement formés ou simplement inexécutés.

Enfin, et ce n'est que logique, la suspension ne s'étend aucunement aux actions exercées contre des tiers. Cela est particulièrement vrai lorsque l'action vise la réparation d'un préjudice qui est propre à l'un des créanciers. Ainsi, les cautions et codébiteurs peuvent être poursuivis, ce qui est particulièrement intéressant s'ils sont solvables. La solution semble à nuancer pour ce qui est de la caution, au moins dans le cas particulier de la France (*Derrida, Godé et Sortais, op. cit.*, 3^e édition, n° 540 et s.).

Les actions et voies d'exécution non suspendues (il en existe comme on l'a vu plus haut) s'exercent ou sont reprises contre le syndic dans la liquidation des biens, le débiteur et le syndic dans le redressement judiciaire.

Fort logiquement, dans les cas où la suspension joue, les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance, de prescription ou de résolution de leurs droits sont, en conséquence, suspendus pendant toute la durée de la suspension des poursuites elles-mêmes. En effet, on ne peut pas interdire aux créanciers d'agir pendant un certain temps et leur reprocher de n'avoir pas agi pendant ce temps.

Les règles ci-dessus abordées, à savoir l'arrêt des inscriptions et du cours des intérêts, l'absence partielle de déchéance du terme et surtout la suspension des poursuites individuelles constituent ce qu'il est convenu d'appeler « la discipline collective » qui implique également l'obligation positive de produire sa créance et de la faire vérifier pour faire partie de la masse.

Section II - Admission effective dans la masse : la procédure de vérification des créances

19. La procédure de vérification des créances est essentielle pour tous les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture (*L'importance de la question se reflète également dans le nombre de dispositions la régissant. Voy. les articles 78 à 90 de l'Acte uniforme*). En effet,

sauf les créanciers ayant la possibilité de poursuivre un tiers afin d'être payés, notamment les cautions, codébiteurs ou coobligés (*Certaines législations exigent la production même dans un tel cas. Même quand la loi est muette, il semble prudent de produire : par exemple, en cas de cautionnement, il faut bien être créancier du débiteur principal (ce qui nécessite la production) pour pouvoir demander paiement à la caution*), tous les créanciers antérieurs voulant faire valoir leurs droits dans la procédure collective sont tenus de produire et ainsi de manifester leur volonté d'appartenir à la masse. À la production succèdent la vérification et l'admission des créances qui feront successivement l'objet d'une analyse succincte.

§1 - Production

20. La production est la première étape de la procédure de vérification des créances, celle sans laquelle les autres étapes ne peuvent avoir lieu. La production correcte nécessite le respect de certaines règles. L'absence totale de production ou le non-respect des règles relatives à la production sont sanctionnés par la forclusion.

A - Règles de la production

21. La production est une déclaration faite au syndic par les créanciers d'un débiteur en état de redressement judiciaire ou de liquidation des biens indiquant le montant de leurs créances, accompagnée de la preuve de leurs prétentions, c'est-à-dire des pièces prouvant l'existence de la créance et son quantum. Les créanciers remettent au syndic, directement ou par pli recommandé, une déclaration indiquant le montant de la créance due au jour de la décision d'ouverture, le montant des sommes à échoir et les dates de leurs échéances (art. 80) (*On rappelle que la règle de la déchéance du terme est partiellement abandonnée*). Elle précise la nature de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie. Le créancier doit, en outre, fournir tous les éléments de nature à prouver l'existence et le montant de la créance si elle ne résulte pas d'un titre, évaluer la créance si elle n'est pas liquide, mentionner la juridiction saisie si la créance fait l'objet d'un litige. À cette déclaration sont joints, sous bordereau, les documents justificatifs qui peuvent être produits en copie, documents qui sont restitués, sur demande des créanciers, après l'assemblée concordataire en cas de redressement judiciaire ou après la clôture des opérations en cas de liquidation des biens (cas général) ou dès que la vérification terminée si, s'agissant de titres cambiaires, le créancier entend exercer les recours cambiaires contre les signataires autres que le débiteur (art. 82).

La production pose principalement la question du délai, du montant de la production et surtout des créanciers qui y sont astreints.

I - Délai de la production

22. La production se déroule dans un laps de temps limité : elle commence, en principe, dès le jugement d'ouverture et se poursuit jusqu'à l'expiration d'un délai de trente jours, suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces légales prévue par l'article 36, ou suivant celle faite au journal officiel prévue par l'article 37 du même acte, lorsque celle-ci est obligatoire. Ce délai est de soixante jours pour les créanciers domiciliés hors du territoire national où la procédure collective a été ouverte.

Tous les créanciers connus, notamment, ceux inscrits au bilan et ceux bénéficiant d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publicité, qui n'ont pas produit leurs créances dans les quinze jours de la première insertion de la décision d'ouverture dans un journal d'annonces légales, doivent être avertis personnellement par le syndic d'avoir à le faire, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite adressée, s'il y a lieu, à domicile élu. Le même avertissement est adressé, dans tous les cas, au contrôleur représentant du personnel s'il en a été nommé un. Les créanciers inscrits auraient été mieux protégés s'il était prévu, comme dans la loi française du 10 juin 1994 réformant certaines dispositions des lois sur la faillite, l'absence de forclusion pour non-respect du délai de la déclaration dès lors qu'il n'y a pas eu d'avertissement.

La production interrompt la prescription extinctive de la créance.

II - Montant de la production

23. Selon l'Acte uniforme, les créanciers remettent au syndic, directement ou par pli recommandé, une déclaration indiquant le montant de la créance due au jour de la décision d'ouverture, des sommes à échoir et des dates de leurs échéances.

En principe, la date de référence est celle de la décision d'ouverture. Les intérêts courus jusqu'à cette date sont à prendre en compte. Le créancier doit certainement faire état de la condition (résolutoire ou suspensive) ou du terme qui affecte sa créance. Si la créance est libellée en monnaie étrangère, la production doit retenir la contre-valeur en francs CFA à la date de la décision d'ouverture. Il n'y a donc pas lieu de tenir compte des variations ultérieures.

L'Acte uniforme accorde un traitement de faveur à certaines créances en raison de leurs spécificités. Ainsi, les productions des créances du Trésor public, de l'Administration des douanes et des organismes de sécurité et de prévoyance sociales, sont toujours faites, sous réserve des créances non encore établies et des redressements ou rappels éventuels. Ces créances sont admises par provision si elles résultent d'une taxation d'office ou d'un redressement, même contestés par le débiteur. Le respect des dispositions du droit commun

était de nature à ruiner le Trésor public et les autres organismes visés.

Le délai de la production ainsi que le quantum de la créance étant précisés, il reste à se demander quels sont les créanciers qui sont astreints à la formalité substantielle de production.

II - Créanciers astreints à la production

24. Les créanciers postérieurs ne sont pas astreints à la production : ce sont des créanciers de la masse ou contre la masse, qui font l'objet d'un paiement privilégié, encore que l'ordre des articles 166 et 167 de l'Acte uniforme puisse inquiéter quant à leur paiement intégral dans toutes les procédures. Mais dans tous les cas, ils peuvent demander à être payés au comptant.

La production intéresse donc seulement les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture. Mais sont-ils tous concernés ?

La réponse est affirmative relativement aux créanciers chirographaires et cela depuis le Code de commerce. Ceux-ci sont entièrement soumis à la discipline collective dont relève la production. Il en est de même pour les créanciers munis de privilèges généraux. Sous l'empire du Code de commerce, la réponse n'était pas claire. L'on considérait néanmoins qu'ils devaient produire afin de se faire connaître mais s'abstenir de prendre part au vote du concordat, sous peine de perdre leurs sûretés (*Le TPI de Ouagadougou dans une décision du 2 juillet 1986 (RBD n° 18, juillet 1990, p. 346 et s.) affirme, contrairement à une jurisprudence établie en France sous l'empire des mêmes textes, que le concordat s'impose aux créanciers munis de privilèges généraux. Si on ajoute à cela que de tels créanciers devaient s'abstenir de prendre part au vote du concordat sous peine de perdre leurs sûretés, il en découle qu'ils étaient finalement moins bien traités que les créanciers chirographaires*). L'Acte uniforme y soumet également les créanciers munis de sûretés réelles spéciales. En effet, il astreint à la production « tous les créanciers chirographaires ou munis de sûretés » sans autre précision (art. 78). Le Code de commerce dispensait les créanciers munis de sûretés de la production lorsqu'ils se bornaient à poursuivre la réalisation du gage qui leur est spécialement affecté. Ils ne devaient donc produire que lorsque leur gage était insuffisant par rapport au montant de la créance et seulement pour le surplus. La solution de l'Acte uniforme est donc radicale. Elle est admise en droit français seulement depuis la loi du 13 juillet 1967. Par ailleurs, la circonstance que les créances ne sont pas exigibles du fait de l'absence de déchéance du terme en cas de redressement judiciaire ne dispense aucunement de la production puisque les titulaires de telles créances font partie de la masse au terme de l'article 72. Or, l'article 78, alinéa 1^{er}, soumet tous les créanciers composant la masse à l'obligation de production.

Même les titulaires d'un droit de revendication ou les créanciers dépourvus d'un titre doivent produire.

Tous les créanciers astreints à la production sont menacés par la forclusion.

B - Sanction du défaut de production : la forclusion

La forclusion est une sanction grave mais fort heureusement réversible.

I - Forclusion, une sanction grave

25. La forclusion frappe tous les créanciers antérieurs qui n'ont pas produit dans les délais en fournissant les pièces qui doivent accompagner la déclaration. Ceux-ci ne peuvent plus, sauf relevé de forclusion, produire. Or la production est une condition *sine qua non* pour participer dans la procédure aux distributions de dividendes. Tout se passe comme en matière d'inopposabilité où le droit existe, mais est ignoré par la masse. Il en est ainsi, aussi bien en cas de redressement judiciaire que de liquidation des biens. La créance pourra donc faire l'objet d'une réclamation contre le débiteur une fois la procédure clôturée, mais la réclamation ne sera utile que si le débiteur a acquis de nouveaux biens.

Mais la forclusion revêt une particulière gravité en cas de redressement judiciaire. En effet, dans ce cas, la forclusion éteint les créances (art. 83, alinéa 3). En conséquence, même après le vote du concordat, le créancier ne pourra pas réclamer sa créance contre le débiteur. Le fondement de cette sanction tient à la sauvegarde du concordat : il s'agit d'éviter que le succès du concordat soit compromis par la réclamation de créances non produites, et donc inconnues lors de l'élaboration du concordat. De ce point de vue, la sanction paraît justifiée. Elle peut d'ailleurs être adoucie si le concordat a prévu une clause de retour à meilleure fortune. Par une telle clause, le débiteur s'oblige à régler toutes ses créances, y compris celles frappées de forclusion, dès lors que sa situation patrimoniale connaît une amélioration notable - retour à meilleure fortune -, ce qui est aléatoire.

Du reste, la sanction peut être évitée si le créancier forclos obtient un relevé de forclusion.

II - Forclusion, une sanction réversible

26. Les créanciers forclos, c'est-à-dire les créanciers qui n'ont pas produit dans les délais impartis, peuvent être relevés de forclusion. Le relevé de forclusion intervient dans des conditions strictes de délai et de preuve avec une limitation des droits des créanciers bénéficiaires.

Le relevé de forclusion est accordé à la demande des créanciers défailants par décision motivée du juge-

commissaire. Celui-ci ne peut le faire que tant que l'état des créances n'a pas été arrêté et déposé dans les conditions prévues à l'article 86 qui prévoit que le juge-commissaire prend à propos de chaque créance une décision d'admission définitive, d'admission provisoire ou de rejet et que l'état des créances est déposé au greffe.

La demande de relevé de forclusion ne peut aboutir que si les créanciers intéressés apportent la preuve que leur défaillance n'est pas due à leur fait, autrement dit qu'elle ne leur est pas imputable (*Trib. régional hors classe de Dakar, Sénégal, n° 847 du 8 avril 2005, Projet forestier communautaire et de protection de l'environnement, dit PROFOCOPE, c/ Aliou Faye et Abdoulaye Dramé, liquidateur de la Nationale d'Assurances ès qualité, qui rejette une demande de relevé de forclusion au motif que la preuve exigée par l'art. 83, à savoir que les défaillements doivent démontrer que leur défaillance n'est pas due à leur propre fait, n'est pas rapportée*). Leur défaillance doit donc résulter de circonstances extérieures à leur volonté. Concrètement, la défaillance pourrait être due à un défaut d'information malgré la publicité du jugement d'ouverture. Cette circonstance ne sera facilement admise que pour un créancier non professionnel. Il peut s'agir aussi de circonstances assimilables à la force majeure telle qu'une grève des services postaux qui a empêché d'être informé et de faire sa déclaration dans les délais.

On se demande quelle est la situation des créanciers qui doivent être personnellement informés d'avoir à produire leurs créances dans un délai de quinze jours (art. 79) et qui ne l'auraient pas été. Deux solutions sont envisageables : soit la forclusion leur est inopposable de telle sorte que leur production, bien que tardive, est recevable de plein droit ; soit leur demande de relevé est systématiquement accordée. La situation est plus claire pour les créanciers privilégiés de salaires : le défaut de production ne peut leur être opposé jusqu'à l'assemblée concordataire. C'est là une protection efficace en faveur des salariés. Il est permis de penser qu'ils pourront produire leurs créances avant la tenue de cette assemblée. Mais quid en cas de liquidation des biens où il n'y a pas d'assemblée concordataire ? Faut-il dans ce cas appliquer le droit commun ? La loi française du 25 janvier 1985 octroie une situation avantageuse aux salariés qui sont dispensés de déclarer individuellement leurs créances : le représentant des créanciers, aidé par le représentant des salariés, établit un relevé des salaires garantis par le superprivilège.

Les frais de l'instance en relevé de forclusion sont intégralement supportés par les créanciers et revendiquants défaillements. La seule exception profite aux créanciers privilégiés de salaires.

Si l'action en relevé de forclusion est rejetée, la forclusion produit les effets précisés plus haut. Si elle est admise, les créanciers bénéficiaires recouvrent leurs droits avec cependant de fortes limitations. En effet, les créanciers défaillements relevés de forclusion ne pour-

ront concourir que pour la répartition des dividendes postérieurs à leur demande. Or il se peut qu'une partie substantielle de l'actif ait fait l'objet de répartition avant le prononcé du relevé de forclusion. Les revendiquants ne courent pas le même risque.

La production n'est qu'une phase dans la procédure de vérification des créances. Elle est suivie de la vérification qui a donné son nom à l'ensemble de la procédure.

§II - Vérification

27. C'est une phase essentielle sans laquelle on se serait contenté d'enregistrer les déclarations des créanciers, sans pouvoir opérer une discrimination entre celles qui sont fondées et celles qui ne le sont pas. La vérification comprend deux phases : une première, incontournable, que l'on peut qualifier de vérification proprement dite, et une seconde, facultative, qui consiste à examiner et à trancher les contestations.

A - Vérification proprement dite

28. La vérification des créances et revendications est obligatoire quelle que soit l'importance de l'actif et du passif (art. 84, al. 1^{er}). C'est une différence notable avec le droit français qui prévoit qu'il n'est pas procédé à la vérification du passif chirographaire lorsqu'il apparaît que l'actif sera absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées en cas de cession ou de liquidation judiciaire (*Loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, art. 99*). L'Acte uniforme permet ainsi d'établir la consistance exacte du passif, et éventuellement, de trouver des éléments pouvant servir de base à une action en responsabilité contre des dirigeants ou contre des tiers. Mais cette disposition de l'AUPC est en contradiction avec d'autres du même Acte uniforme, qui prévoient le prononcé de la clôture de la procédure, à quelque époque que ce soit, donc même avant la fin de la vérification des créances, pour insuffisance d'actif ou pour extinction du passif (art. 173 et 178).

La vérification a lieu dans les trois mois suivant la décision d'ouverture. Elle est faite par le syndic et sanctionnée par le juge-commissaire.

I - Rôle du syndic

29. La vérification est faite par le syndic, quelle que soit la procédure ouverte, au fur et à mesure des productions. Elle a lieu en présence du débiteur, qui connaît bien le passif puisqu'il l'a créé, et des contrôleurs s'il en a été nommé. Le débiteur et les contrôleurs sont dûment appelés par pli recommandé ou par tout moyen laissant trace écrite (art. 84). Leur absence dans

ces conditions n'est pas un obstacle au déroulement de la vérification.

La créance, ou la sûreté qui la garantit, ou la revendication, peut être contestée en tout ou en partie. Dans ce cas, le syndic en avise, d'une part, le juge-commissaire et, d'autre part, le créancier ou le revendiquant concerné par pli recommandé avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite. L'avis du syndic doit préciser l'objet et le motif de la discussion ou de la contestation, le montant de la créance dont l'admission est proposée, ainsi que la reproduction intégrale du texte de l'article 85.

À compter de la réception de cet avis, le créancier ou le revendiquant dispose d'un délai de quinze jours pour fournir ses explications écrites ou verbales au juge-commissaire. Passé ce délai, il ne peut plus contester la proposition du syndic, même si, par exemple, il s'agit d'un rejet pur et simple de la créance. La conséquence de l'absence d'observations dans le délai de quinze jours est donc grave : c'est pourquoi il est prévu la reproduction de l'article 85 qui prévoit cette conséquence. Le délai est de trente jours pour les créanciers domiciliés hors du territoire national où la procédure a été ouverte. Les intérêts du Trésor public, de l'Administration des douanes et des organismes de sécurité sociale, sont bien protégés puisque les créances fiscales, douanières, et sociales non seulement font l'objet de règles spécifiques en ce qui concerne leur production (art. 81), mais en plus elles ne peuvent être contestées que dans les conditions résultant des textes qui leur sont applicables (art. 85, al. 3).

Les pièces remises au syndic dans le cadre de la procédure de vérification des créances peuvent être restituées dans les conditions suivantes :

- après l'assemblée concordataire en cas de redressement judiciaire ou après la clôture des opérations en cas de liquidation des biens ;
- dès la vérification terminée, s'il s'agit de titres cambiaux et que le créancier entend exercer ses recours cambiaux contre les signataires autres que le débiteur (art. 82).

Le syndic dresse un état des créances contenant ses propositions d'admission définitive ou provisoire ou de rejet avec l'indication pour chacune des créances de sa nature chirographaire ou garantie pour une sûreté et laquelle. Le créancier, dont seule la sûreté est contestée, est admis provisoirement à titre chirographaire.

L'état des créances est dressé à l'expiration :

- du délai prévu par l'article 78 en l'absence de discussion ou de contestation, c'est-à-dire, trente jours suivant la deuxième insertion de la décision d'ouverture dans un journal d'annonces légales ou suivant celle faite au journal officiel conformément aux articles 36 et 37 de l'Acte uniforme ; ce délai est de soixante jours pour les créanciers domiciliés hors du territoire national où la procédure a été ouverte ;
- du délai prévu par l'article 85, s'il y a eu discussion ou contestation ; ce délai est de quinze ou de trente jours (pour les créanciers domiciliés hors

du territoire où la procédure collective a été ouverte) courant à compter de la réception de l'avis du juge-commissaire relatif à l'objet ou au motif de la discussion ou de la contestation.

II - Intervention du juge-commissaire

30. L'intervention du juge-commissaire est destinée à vérifier la fiabilité du travail fait par le syndic, éventuellement, à y apporter des modifications et conférer à la décision finalement prise un caractère juridictionnel ou quasi juridictionnel. C'est en raison de l'importance de la décision à prendre que les droits de la défense sont assurés. Ainsi, le juge-commissaire ne peut rejeter en tout ou en partie une créance ou une revendication ou se déclarer incompétent qu'après avoir entendu ou dûment appelé le créancier ou le revendiquant, le débiteur et le syndic par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite.

S'agissant de la décision à prendre, le juge-commissaire vérifie et signe l'état des créances et mentionne, face à chaque créance : le montant et le caractère définitif ou provisoire de l'admission ; sa nature chirographaire ou garantie pour une sûreté et laquelle ; si une instance est en cours ou si la contestation ne relève pas de sa compétence (art. 86, al. 3). Finalement, le juge-commissaire a le choix, pour chaque créance, entre trois solutions :

- admettre la créance, en précisant si cette admission est définitive ou provisoire et si elle est faite à titre chirographaire ou avec le bénéfice d'une sûreté, et si oui, laquelle ;
- rejeter la créance en motivant cette décision de rejet, et après avoir entendu les parties intéressées, spécialement le créancier ;
- rendre une décision d'incompétence parce que la créance fait l'objet d'une contestation que le juge-commissaire ne peut pas trancher, par exemple, si la contestation porte sur une question de propriété immobilière.

L'état des créances vérifié et signé par le juge-commissaire est déposé au greffe. Dès le dépôt de l'état des créances, le greffier avertit immédiatement les créanciers et revendiquants de ce dépôt par une insertion dans un ou plusieurs journaux d'annonces légales et par une insertion au journal officiel contenant indication du numéro du journal d'annonces légales dans lequel a été faite la première insertion. En outre, il adresse aux créanciers une copie intégrale de l'état des créances.

Le syndic adresse également, pour être reçu quinze jours au moins avant l'expiration du délai prévu par l'article 88 pour former une réclamation (ce délai est de quinze jours), aux créanciers et aux revendiquants dont la créance ou la revendication est rejetée totalement ou partiellement ou la sûreté refusée, un avis les informant de ce rejet ou de ce refus, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace

écrite. Cet avis doit contenir la reproduction intégrale des dispositions de l'article 88 ainsi libellé :

« Tout revendiquant ou créancier porté au bilan ou dont la sûreté est régulièrement publiée ou dont la créance a été produite est recevable, pendant quinze jours à dater de l'insertion dans un journal d'annonces légales ou de la réception de l'avis prévu par l'article 87 ci-dessus, à formuler des réclamations par voie d'opposition, formée directement auprès du greffe ou par acte extrajudiciaire adressé au greffe, contre la décision du juge-commissaire.

Le débiteur ou toute personne intéressée a le même droit, dans les mêmes conditions.

La décision du juge-commissaire est irrévocable à l'égard des personnes qui n'ont pas formé opposition ».

L'opposition formée par un créancier peut être dirigée contre sa non-admission ou le rejet de sa sûreté ou contre l'admission d'un autre créancier.

B - Contestations

31. Après le dépôt de l'état des créances, après les publicités et les avis, les créanciers, les revendiquants, le débiteur ou toute personne intéressée, peuvent, en respectant les délais, former opposition contre la décision du juge-commissaire.

Le traitement de l'opposition est étroitement lié à la juridiction compétente qui peut être celle de la procédure ou une autre juridiction.

I - Contestations relevant de la juridiction de la procédure

32. Lorsque les contestations relèvent de la juridiction de la procédure, le greffier doit lui renvoyer les revendications et les créances contestées ou admises provisoirement, pour être jugées sur rapport du juge-commissaire à la première audience. Le greffier donne avis de ce renvoi huit jours au moins avant l'audience aux parties par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite.

Dans le cas où la juridiction de la procédure ne peut statuer au fond avant la clôture de la procédure, elle admet le créancier ou le revendiquant à titre provisoire, afin de ne pas retarder le déroulement et le dénouement de la procédure.

Dans les trois jours, le greffier avise les intéressés de la décision prise par la juridiction de la procédure par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite. Le greffier doit, en outre, faire mention de la décision prise sur l'état des créances.

II - Contestations relevant d'une autre juridiction

33. Si la réclamation relève d'une autre juridiction, la juridiction de la procédure se déclare incompétente

et admet provisoirement la créance. Le greffier avise les intéressés de cette décision dans les trois jours, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, et mentionne la décision prise sur l'état des créances.

Si dans le délai d'un mois courant à compter de la réception de l'avis du greffier, le créancier intéressé ne saisit pas la juridiction ayant compétence pour connaître de la contestation, il est forclo et la décision du juge-commissaire devient irrévocable à son égard.

Afin d'accélérer le traitement des contestations en matière sociale, les litiges individuels relevant de la compétence des juridictions sociales ne sont pas soumis aux tentatives de conciliation prévues par la loi nationale de chaque État partie.

§III - Admission ou l'affirmation des créances

34. Les créances admises par le juge-commissaire, sans contestation, sont définitivement admises. Celles qui font l'objet d'une décision judiciaire à la suite d'une contestation ne soulèvent guère de difficulté.

L'admission peut s'analyser comme un contrat judiciaire. Elle produit les effets d'une décision de justice à laquelle est attachée l'irrévocabilité. L'irrévocabilité met la créance à l'abri de toute contestation ultérieure tendant à la réduire ou à la modifier, sauf en cas de dol, de fraude (*fraus omnia corrumpit*) ou de violation d'une disposition impérative. Impliquant reconnaissance de dette, elle interrompt la prescription. Le rapprochement du jugement est très net lorsque l'on examine certaines dispositions de l'Acte uniforme relatives à la clôture de l'union et à la clôture pour insuffisance d'actif. Il est, en effet, prévu que « si leurs créances ont été vérifiées et admises, le Président de la juridiction compétente prononçant la décision de clôture vise l'admission définitive des créanciers, la dissolution de l'union, le montant de la créance admise et celui du reliquat dû. La décision est revêtue de la formule exécutoire par le greffier. Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours » (article 171 auquel renvoie l'article 174 relatif à la clôture pour insuffisance d'actif).

Mais l'irrévocabilité ne joue que dans la mesure de ce qui a été vérifié et admis. L'admission définitive ne produit pas d'effet novatoire. La créance va subsister avec toutes ses caractéristiques. Bien entendu, une créance privilégiée admise à titre chirographaire doit être considérée comme chirographaire.

Au total, la procédure produit des effets énergiques sur les créanciers qui sont en quelque sorte disciplinés et qui voient leur situation juridique nivelée. En particulier, tous les créanciers antérieurs doivent produire. Mais les effets de la procédure sont plus douloureux pour certains créanciers dont les droits pourront être déclarés inopposables ou pourront être remis en cause.

Chapitre II : Révision des droits des créanciers

35. À partir de l'ouverture de la procédure, le patrimoine du débiteur est soumis à un régime d'administration, le dessaisissement, qui, en principe, protège les intérêts en présence et traite de manière égalitaire les créanciers. La révision des droits invoqués par les créanciers sur le patrimoine du débiteur ne se pose donc que pour les droits acquis antérieurement au jugement d'ouverture. Ainsi, certains droits acquis pendant la période suspecte, plus ou moins présumés frauduleux, peuvent être frappés d'inopposabilité. Des biens du débiteur peuvent faire l'objet de revendications dont l'admission est rendue difficile du fait que ces biens constituent le gage sur lequel les créanciers chirographaires pouvaient légitimement compter. Enfin, l'ouverture de la procédure affecte l'étendue des droits du conjoint du débiteur. (*Pour la période suspecte et les inopposabilités qui s'y attachent, v. entrée : PÉRIODE SUSPECTE*).

Qu'en est-il de la révision touchant le droit de propriété ?

36. L'ouverture de la procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens peut modifier les droits de certains créanciers. La situation qui en découle est diverse et complexe. Les modifications ou révisions touchent particulièrement le régime de l'action en revendication ainsi que les droits du conjoint du débiteur.

Section I - Régime des actions en revendication

37. C'est une question relativement complexe qui ne sera abordée que sommairement. Elle revêt un intérêt pratique indéniable. Elle recouvre un conflit d'intérêts entre les créanciers qui réclament un droit réel ou un droit de préférence et les créanciers chirographaires. Les premiers souhaitent une admission large de ces droits, ce qui leur permet d'éviter le concours des créanciers participant à la procédure et d'être donc intégralement payés. Les seconds, c'est-à-dire les créanciers chirographaires, souhaitent une stricte limitation des droits réels et des droits de préférence, ce qui leur permet d'espérer un dividende, ne serait-ce que modique. Il n'est pas en général reproché une fraude aux revendiquants comme c'est le cas pour la plupart des inopposabilités.

Malgré la complexité évoquée ci-dessus, il apparaît que le principe est celui de l'admission de l'action en revendication. Par ailleurs, une protection particulière est accordée au vendeur qui n'est pas encore dessaisi.

§1 - Principe de l'admission de l'action en revendication

38. L'action en revendication est celle qui permet au propriétaire d'une chose détenue par un tiers, en

l'espèce le débiteur, de reprendre cette chose en établissant son droit de propriété. Il n'y a pas de difficulté en matière immobilière : il suffira d'appliquer les règles du droit commun, lesquelles ne sont pas modifiées par l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives. En matière mobilière, il convient d'être plus nuancé, même si la tendance récente est l'admission large de la revendication en application du droit commun. En effet, la détention de meubles par le débiteur va entraîner une apparence de propriété de celui-ci sur ces biens dans l'esprit des créanciers et peut pousser ces derniers à lui faire crédit.

Néanmoins, le principe est toujours qu'il est possible de revendiquer contre le syndic ou contre le débiteur et le syndic les biens dont on est propriétaire et dont le débiteur n'a que la simple détention. Peuvent en bénéficier le loueur d'objets mobiliers, l'acquéreur qui a acquis avant le jugement d'ouverture et le titulaire d'effets de commerce ou de valeurs mobilières, le tout à condition que les biens se retrouvent en nature et soient individualisés ou n'aient pas été l'objet d'un endossement translatif pour les effets de commerce. Dans ce sens, l'Acte uniforme précise que peuvent être revendiqués :

- « s'ils se retrouvent encore dans le portefeuille du débiteur, les effets de commerce ou autres titres non payés remis par leur propriétaire pour être spécialement affectés à des paiements déterminés » (art. 102) ;
- « à condition qu'ils se retrouvent en nature, les marchandises consignées et les objets mobiliers remis au débiteur, soit pour être vendus pour le compte du propriétaire, soit à titre de dépôt, de prêt, de mandat ou de location ou de tout autre contrat à charge de restitution » (art. 103, al. 1).

La situation serait plus compliquée s'il y avait des valeurs mobilières dématérialisées, représentées seulement par les inscriptions en compte. Une telle situation est fréquente en Europe, et notamment, en France, où la loi du 3 janvier 1983 a substitué à la revendication quasi collective applicable aux titres non dématérialisés (*La revendication s'exerçait sur la masse des titres remis par l'établissement dépositaire à la SICOVAM et si cette masse était insuffisante, il y avait lieu à un partage proportionnel entre les déposants*) une technique nouvelle qui aboutit au même résultat : en cas d'ouverture d'une procédure collective d'un « intermédiaire financier teneur de comptes, les titulaires de valeurs mobilières inscrites en compte font virer leurs droits à un compte tenu par un autre intermédiaire financier ou par la personne morale émettrice ; le juge-commissaire est informé de ce virement ». Cette disposition se concilie difficilement avec celle de la loi du 25 janvier 1985 qui confie à l'administrateur, dès son entrée en fonction, le pouvoir de prendre toute mesure conservatoire pour préserver les droits de l'entreprise, en particulier de bloquer les comptes pendant le temps nécessaire à l'établissement de l'inventaire des titres en dépôt.

La location-vente et le crédit-bail, malgré leurs spécificités, permettent en principe, comme les locations ordinaires, l'exercice du droit de revendication. Dans le contrat de location-vente, le transfert de la détention et du droit de jouir de la chose se fait sur la base du contrat de location, puisque la vente ne sera réalisée qu'à l'expiration de ce contrat avec le paiement du dernier loyer. Dans le crédit-bail, l'entreprise de financement reste propriétaire du matériel ou du bien mis à la disposition de l'entreprise utilisatrice, laquelle doit payer un loyer calculé sur la durée normale d'amortissement du bien. Elle consent, pour la fin de cette période, une promesse unilatérale de vente qui permet au locataire, s'il le désire, d'acquérir la propriété du bien.

Concernant aussi bien le crédit-bail que la location-vente, il peut s'avérer utile d'analyser les opérations, comme le faisait la jurisprudence française, pour savoir s'il ne s'agit pas en réalité de simples ventes à tempérament, c'est-à-dire, de ventes parfaites mais dont seul le paiement du prix est échelonné. Cette restriction ne devrait pas souvent jouer avec l'admission large de l'action en revendication, en particulier, celles fondées sur des clauses de réserve de propriété.

L'on doit souligner que les contrats de crédit-bail, selon l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, ne sont opposables aux tiers que s'ils sont publiés. À cet effet, le crédit-bailleur doit déposer au greffe de la juridiction chargée de la tenue du registre du commerce et du crédit mobilier, dans le ressort de laquelle est immatriculée la personne physique ou morale preneuse de ce crédit-bail, le titre constitutif du contrat de crédit-bail ainsi qu'un formulaire comportant les mentions spécifiées à l'article 61.

L'exercice de l'action en revendication est enfermé dans un délai bref afin de limiter la multiplication des actions. Ainsi, les revendications admises par le syndic, le juge-commissaire ou la juridiction compétente doivent être exercées, à peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de l'information prévue à l'article 87, alinéa 3 (information des revendiquants que leur revendication est totalement ou partiellement rejetée) ou de la décision de justice admettant les revendications. Par ailleurs, les actions en revendication ne peuvent être reprises ou exercées que si le revendiquant a produit et respecté les formes et délais prévus par les articles 78 à 88 relatifs à la production et à la vérification des créances.

La revendication paraît plus aisée si le revendiquant invoque une clause de réserve de propriété remplissant les conditions légales.

§II - Clause de réserve de propriété

39. La clause de réserve de propriété est celle par laquelle un vendeur, en vue de garantir sa créance de façon efficace, se réserve la propriété de la chose vendue jusqu'au paiement intégral du prix par l'acheteur. À

l'égard de telles clauses, on a observé un balancement entre l'hostilité et l'admission large.

Pendant longtemps, on a considéré en doctrine et en jurisprudence que les clauses de réserve de propriété jusqu'à complet paiement du prix, qui n'ont pas produit leurs effets à la date du jugement d'ouverture, sont paralysées par la survenance de la procédure collective. La Cour de cassation française, sous l'empire des textes rendus applicables aux colonies, décidait que la revendication se heurte « à cette règle de droit qui interdit au vendeur de marchandises ou de matériel commercial de reprendre, au préjudice de la faillite, les choses livrées antérieurement par l'exécution d'une vente même conditionnelle et devenues, par leur entrée dans les magasins de l'acquéreur, des éléments de la solvabilité apparente de celui-ci ».

En France, cette jurisprudence n'a été renversée que par la loi 80-335 du 12 mai 1980 dont la solution a été conservée par la loi du 25 janvier 1985 (art. 121, al. 2), laquelle a subi des modifications de la loi du 10 juin 1994 et de celle du 1^{er} juillet 1996. Il en résulte que « peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. Cette clause, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison. Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écarter ou de la modifier ». La volonté du législateur français, certainement sous la forte poussée du monde des affaires, est assurément de consacrer dans la plupart des cas la validité indiscutable des clauses de réserve de propriété.

C'est dans la même mouvance que se situe l'Acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives dont la seule spécificité notable est de conditionner la validité ou l'opposabilité des clauses de réserve de propriété à leur publication régulière au registre du commerce et du crédit mobilier, étant précisé que les marchandises ou objets mobiliers doivent se retrouver en nature et que la clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit (art. 103, al. 2) (*L'Acte uniforme exige seulement que la clause de réserve de propriété ait été convenue entre les parties dans un écrit sans autre précision sur la période durant laquelle cet écrit doit être établi contrairement à la législation française selon laquelle la clause de réserve de propriété doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison*). La publication a lieu conformément aux dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (art. 50 et 60). Il revient au vendeur de marchandises qui dispose d'une convention ou d'un bon de commande accepté par l'acquéreur, portant mention d'une manière apparente d'une clause

de réserve de propriété, de procéder à la publication en déposant, au greffe de la juridiction compétente dans le ressort de laquelle il est immatriculé, le titre mentionnant la clause de réserve de propriété ainsi qu'un formulaire contenant un certain nombre de mentions.

Toutefois, il n'y a pas lieu à revendication, s'agissant de marchandises ou d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus ou vendus avec clause de réserve de propriété, si le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic avant la restitution des marchandises ou des objets mobiliers. Il n'y a pas vraiment d'exception à la règle, puisque la finalité de la clause se trouve réalisée par le paiement effectué par le syndic, ce qui prive la revendication de sa raison d'être. En cas d'aliénation de ces biens, peut être revendiqué contre le sous-acquéreur, le prix ou la partie du prix dû, si celui-ci n'a été ni payé en valeur, ni compensé en compte-courant entre le débiteur et le sous-acquéreur.

Sauf l'exigence de la publicité, il est certain que l'Acte uniforme consacre la validité et l'opposabilité des clauses de réserve de propriété.

Des règles particulières sont édictées relativement aux droits du vendeur de meubles. Celui-ci n'aura pas à proprement parler à revendiquer les biens vendus puisqu'il peut être autorisé à ne pas s'en dessaisir.

§III - Droits du vendeur de meubles

40. Les droits du vendeur de meubles sont réglés selon que le vendeur n'est pas encore dessaisi (art. 104 et 105) ou qu'il invoque une clause résolutoire (art. 106).

Le vendeur de marchandises et objets mobiliers peut les retenir s'ils ne sont pas délivrés ou expédiés au débiteur ou à un tiers agissant pour son compte et cela même, si le prix est stipulé payable à crédit et le transfert de propriété opéré avant la délivrance ou l'expédition. Cette disposition est classique : le Code de commerce, applicable à la veille des indépendances, prévoyait déjà que « pourront être retenues par le vendeur les marchandises par lui vendues, qui ne seront pas livrées au failli, ou qui n'auront pas encore été expédiées, soit à lui, soit à un tiers pour son compte » (art. 577).

De même, peuvent être revendiqués les marchandises ou objets mobiliers expédiés au débiteur tant que la tradition n'en a point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte ou d'un mandataire chargé de les recevoir. C'est la consécration du « stoppage *in transitu* » qui ne peut se réaliser si les biens concernés ont été revendus, sans fraude, sur factures ou titres de transport réguliers.

S'agissant de la résolution, la revendication est admise si la vente a été résolue antérieurement à la décision ouvrant la procédure, soit par décision de justice, soit par le jeu d'une clause ou d'une condition résolutoire acquise et si les marchandises ou objets mobiliers se

retrouvent en nature en tout ou en partie. Elle est également admise si, bien que la résolution de la vente soit prononcée ou constatée postérieurement à la décision ouvrant la procédure collective, l'action en résolution a été intentée antérieurement à la décision d'ouverture par le vendeur non payé. Dans cette hypothèse, tout se passe comme si le fait que la résolution de la vente n'a pas été prononcée ou constatée avant le jugement d'ouverture est dû à la lenteur de la justice ou à des circonstances indépendantes du revendiquant, puisque toutes les conditions sont réunies avant ledit jugement.

Dans les deux cas, il n'y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises ou objets mobiliers, le prix ainsi que les frais et les dommages-intérêts prononcés, sont intégralement et immédiatement payés par le syndic assistant ou représentant le débiteur, selon le cas.

La révision des droits peut aussi toucher le conjoint du débiteur, cette fois-ci sur le fondement de la fraude comme pour les inopposabilités de la période suspecte.

Section II - Droits du conjoint du débiteur

41. Les droits du conjoint du débiteur peuvent être examinés en abordant les points ci-après :

- l'évolution historique ;
- la reprise des immeubles propres ;
- l'abandon de la présomption mucienne ;
- la révision des libéralités et avantages matrimoniaux.

§I - Évolution historique

42. L'évolution historique est marquée par une indulgence croissante à l'égard du conjoint du débiteur en état de cessation des paiements ou en faillite, étant indiqué que, pendant longtemps, le débiteur commerçant, c'était toujours l'homme et le conjoint la femme.

Le Code de commerce de 1807 était sévère pour la femme du failli. On la soupçonnait d'être responsable, dans une certaine mesure, voire dans une large mesure, de la faillite, notamment par son train de vie, et on estimait qu'« à tout le moins elle devait partager la misère de son mari puisqu'elle avait profité des années heureuses ». Le Code de commerce établissait donc entre les époux une certaine solidarité dans le malheur.

La loi du 28 mai 1838 est sensiblement plus favorable à la femme. Le législateur a dû considérer que de nombreuses femmes étaient plutôt victimes que complices des agissements de leurs maris. C'est le régime institué par cette loi qui a été rendu applicable aux colonies et qui a été conservé par bon nombre d'États parties au traité de l'OHADA jusqu'à l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme. Par la suite, le décret du 20 mai 1955, lequel n'a pas fait l'objet d'extension outre-mer, tenant compte de l'accès des femmes au commerce, a bilatéralisé l'essentiel de ces dispositions

avec quelques atténuations réduisant la sévérité du traitement du conjoint, qui peut désormais être indistinctement l'homme ou la femme.

Les lois françaises du 13 juillet 1967 et du 25 janvier 1985 ont apporté beaucoup de modifications à ce régime. Elles facilitent les revendications du conjoint du débiteur, sauf en ce qui concerne les libéralités et les avantages matrimoniaux consentis par le contrat de mariage. Encore une fois, l'Acte uniforme fait montre de sa faveur pour les solutions modernistes, faveur qui apparaît principalement, on le verra plus tard, dans l'abandon de la présomption mucienne et beaucoup moins dans la reprise des immeubles propres et dans la limitation aux droits de la femme.

§II - Reprise des immeubles propres

43. D'une manière générale, la consistance des biens personnels du conjoint du débiteur déclaré en état de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est établie par lui, conformément aux règles de son régime matrimonial (art. 99).

En ce qui concerne les immeubles, il y a eu très peu de changements depuis le Code de commerce. En effet, la femme peut reprendre les immeubles suivants :

- ceux qui ne sont pas en communauté, c'est-à-dire, pour l'essentiel et pour la plupart des États, les biens que le conjoint possédait à la date du mariage ;
- ceux qui lui sont survenus par succession *ab intestat* ou testamentaire ou par donation ;
- ceux qui ont été acquis à titre onéreux pendant le mariage, lorsque cette acquisition a été faite avec des deniers propres ou provenant de l'aliénation d'un bien propre.

Classiquement, sur ce dernier point, on exige qu'il y ait eu déclaration d'emploi stipulée de manière expresse au contrat d'acquisition et que l'origine des deniers ait été constatée par inventaire ou par tout autre acte authentique. Il est certain que, dans ce dernier cas, la réunion des preuves préconstituées exigées ne sera pas des plus aisées.

Par ailleurs, forment des biens propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres.

La preuve du caractère propre d'un bien, en particulier d'un immeuble, sera plus aisée en cas de régime séparatiste qu'en cas de régime de communauté. Dans ce dernier cas, tout bien est présumé commun si l'un des époux ne justifie pas en avoir la propriété exclusive. Néanmoins, il faut remarquer que la matière immobilière se prête peu aux confusions.

Dans tous les cas, les reprises faites en application des dispositions de l'Acte uniforme ne sont exercées par l'époux intéressé qu'à charge des dettes et sûretés dont les biens sont grevés (art. 99, al. 3).

§III - Abandon de la présomption mucienne

44. La présomption mucienne a caractérisé pendant longtemps le sort de la femme dans les procédures collectives. Le décret du 20 mai 1955 l'avait étendue aux deux époux.

Selon cette présomption, formulée par l'article 559 - avant 1955 - puis par l'article 542 - depuis 1955 - du Code de commerce, hors le cas des immeubles et quel que soit le régime matrimonial, les biens acquis par la femme du failli appartiennent au mari, ont été payés de ses deniers et doivent être réunis à la masse de son actif. Si la femme a payé des dettes de son mari, la présomption légale est qu'elle l'a fait avec des deniers de celui-ci et elle ne pourra, en conséquence, exercer aucune action dans la procédure collective.

La présomption mucienne vise à éviter la fraude qui consisterait, pour un commerçant malhonnête, avec la complicité de sa femme, à inscrire tous ses biens ou une part importante de ceux-ci au nom de cette dernière. Cependant, la présomption n'est pas irréfutable : elle peut être combattue par écrit, c'est-à-dire par un inventaire ou tout autre écrit préconstitué ayant date certaine, preuve qui sera toujours difficile à apporter.

En France, la présomption mucienne a été abandonnée par la loi du 13 juillet 1967. La loi du 25 janvier 1985, qui reprend les règles de celle de 1967, prévoit que le représentant des créanciers ou l'administrateur peut demander que des biens du conjoint du débiteur entrent dans l'actif soumis à la procédure collective. Mais pour cela, il doit prouver, par tous moyens, que les biens ont été acquis avec des valeurs fournies par le débiteur.

L'Acte uniforme se rattache à ce mouvement d'émancipation de la femme, d'égalité entre époux et de protection du patrimoine familial. S'inspirant certainement de la règle française, il dispose que la masse pourra demander que les acquisitions faites par le conjoint du débiteur soient réunies à l'actif embrassé par la procédure, en prouvant par tous moyens que les biens acquis par le conjoint du débiteur l'ont été avec des valeurs fournies par celui-ci. De manière logique, les reprises faites en application de ces règles ne sont exercées par l'époux intéressé qu'à charge des dettes et sûretés dont les biens sont grevés (art. 99). Ce renversement de la charge de la preuve résultant de l'abandon de la présomption mucienne, bien que justifié, est de nature à permettre que des biens qui devraient être dans le domaine du dessaisissement y échappent pour des problèmes de preuve que le syndic ne pourra pas apporter. Il en résulte que, comme en France notamment, « le patrimoine du conjoint, qu'il s'agisse de celui de l'époux séparé de biens ou de ses propres en régime de communauté, est aujourd'hui préservé des conséquences du redressement judiciaire de son époux, à moins que la fraude aux droits des créanciers ne soit établie » (*A. Perrodet, Le conjoint du débiteur en redressement judiciaire, R.T.D. Com., 1999, p. 8. Voy.*

également « *La situation des créanciers d'un époux in bonis commun en biens de l'autre époux placé en redressement ou en liquidation judiciaires* », in B. Jadaud, *Droit commercial, Règlement amiable, redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, op. cit., p. 151 à 164). Toutefois, il y a lieu de mentionner qu'outre l'hypothèse de fraude (*La fraude peut être combattue par l'exercice de l'action en inopposabilité (ou en nullité en France) de la période suspecte, par l'action en rapport ou par l'action paulienne*), la procédure collective va embrasser les biens communs en cas de régime de communauté et les biens personnels du conjoint s'il a la qualité de codébiteur ou de caution. Quant à la possibilité pour le conjoint du débiteur commerçant d'être lui-même soumis à une procédure collective, ce qui peut présenter un certain intérêt, notamment en France où la clôture de la procédure éteint les dettes, elle n'existe que si celui-ci accomplit des actes de commerce à titre de profession habituelle et séparément de ceux de son époux (AUDCG, art. 7, al. 2).

Le changement est moins marqué relativement aux limitations afférentes aux libéralités et avantages matrimoniaux.

§IV - Limitation des avantages matrimoniaux

45. L'Acte uniforme comporte moins de limitations aux droits de la femme que le Code de commerce. D'ailleurs, ce sont des dispositions applicables au conjoint du débiteur sans distinction : il peut donc s'agir aussi bien de la femme que de l'homme. Il dispose que « l'époux, dont le conjoint était commerçant à l'époque de la célébration du mariage ou l'est devenu dans l'année de cette célébration, ne peut exercer dans la procédure collective aucune action à raison des avantages faits par l'un des époux à l'autre dans le contrat de mariage ou pendant le mariage ; les créanciers ne peuvent, de leur côté, se prévaloir des avantages faits par l'un des époux à l'autre » (art. 100). L'objectif visé par cette disposition est d'éviter qu'un commerçant puisse faire passer sur la tête de sa femme une partie de ses biens qui, ainsi, vont échapper aux créanciers de la procédure collective. Seul le commerçant est visé bien que la procédure puisse concerner des non-commerçants, en l'occurrence les personnes morales de droit privé. Mais celles-ci n'ont pas de conjoint !

La règle ne s'applique que si le conjoint était commerçant à l'époque de la célébration du mariage ou l'est devenu dans l'année de cette célébration. Dans le premier cas, l'on peut penser que l'époux connaissait les risques auxquels il s'expose en épousant un commerçant. Dans le second cas, il est possible que l'exercice du commerce ait été envisagé par les deux époux ou tout au moins que l'époux non commerçant ne se soit pas opposé à l'exercice du commerce par son conjoint.

Les avantages qui ne peuvent être invoqués par l'époux non commerçant sont ceux faits par l'un des

époux à l'autre dans le contrat de mariage ou pendant le mariage. Les avantages faits pendant le mariage sont les donations, lesquelles sont révocables même dans le droit commun mais seulement par le gratifiant. Les donations non invocables ou rapportables sont celles qui causent un préjudice à la masse des créanciers et non pas, par exemple, celles prises sur les revenus destinés à être dépensés pour les besoins de la famille. Les avantages faits dans le contrat de mariage ne sont pas en principe considérés comme des libéralités en droit commun. En revanche, dans certaines situations, tout comme dans les procédures collectives, de tels avantages ne peuvent être invoqués. C'est le cas :

- d'une clause de préciput qui permet à l'époux non commerçant de prélever avant tout partage une somme d'argent ou certains biens de la masse à partager ;
- d'une clause de partage inégal de la communauté qui accorderait une part plus importante en cas de partage à l'époux *in bonis*.

L'application de cette disposition appelle deux remarques : en premier lieu, comme le souligne l'Acte uniforme, les créanciers ne peuvent, de leur côté, se prévaloir des avantages faits par l'un des époux à l'autre ; en second lieu, les effets normaux du régime matrimonial adopté par les époux ne sont pas remis en cause. À titre d'illustration, si les époux ont adopté le régime de communauté des acquêts et que les apports de l'époux commerçant sont plus importants, son conjoint peut en profiter de façon régulière.

D'une manière générale, lorsque les époux sont communs en biens, la survenance de la procédure collective peut entraîner des difficultés dans la mesure où les biens communs servent de gage aux créanciers de chacun des époux, sauf à espérer que l'époux non commerçant n'ait pas beaucoup de dettes.

46. En conclusion sur les droits du conjoint, la réglementation traditionnelle semblait reposer essentiellement sur trois idées : d'abord l'idée fautive selon laquelle la femme ne peut produire de biens ; ensuite l'idée de fraude et de complicité ; enfin celle de solidarité dans le malheur parce que la femme aurait bénéficié des fruits de l'activité commerciale quand elle était florissante. Il est heureux que l'Acte uniforme ait bilatéralisé les dispositions en la matière, abandonné la présomption mucienne et atténué certaines règles relatives aux reprises, même si ce changement peut permettre de distraire certains biens que la procédure collective devrait appréhender. Mais la perspicacité du syndic, qui ne semble pas se manifester sur le plan pratique, pourrait limiter l'impact ou l'étendue de telles distractions.

Finalement, il apparaît des développements ci-dessus que l'ouverture de la procédure collective entraîne la réunion des créanciers en une masse jouissant de la personnalité morale et qui est représentée par le syndic. L'appartenance effective à la masse implique un acte de volonté de la part des créanciers, en l'occurrence la

production de leurs créances laquelle sera suivie de la vérification et de l'admission si les créances sont fondées. La recherche de l'égalité de traitement des créanciers qui anime l'ensemble des procédures collectives ainsi que celle du sauvetage de l'entreprise conduit au nivellement de la condition juridique des créanciers et à la remise en cause des droits de certains créanciers par les inopposabilités de la période suspecte ou par la révision des droits des créanciers revendiquants et du conjoint du débiteur. Tout cela crée une situation assez complexe qu'il convient de tenter d'éclaircir en abordant les différentes catégories de créanciers et leurs droits.

Chapitre III : Différentes catégories de créanciers et leurs droits

47. Les différentes catégories de créanciers et leurs droits constituent une question complexe, en raison de l'opposition d'intérêts entre les créanciers en fonction des sûretés qu'ils possèdent, de la variété des sûretés que l'on peut rencontrer dans les procédures collectives et du nombre souvent important de créanciers pouvant se prévaloir du même genre de sûreté. Il s'agit surtout du privilège. L'Acte uniforme sur les procédures collectives et celui sur les sûretés ont essayé, dans l'ensemble avec succès, de clarifier et de simplifier la situation des créanciers d'une manière générale et dans les procédures collectives en particulier.

La question pourra être cernée en abordant successivement :

- la classification générale fondée sur la date de naissance de la créance ;
- les créanciers dans la masse ;
- l'ordre de paiement des créanciers.

Section I - Classification générale fondée sur la date de naissance de la créance

48. Cette classification est dite générale parce qu'elle comprend, en principe, tous les créanciers concernés de près ou de loin par la procédure collective. Elle est indispensable pour donner une première vue de la place de chacun des créanciers. En partant du jugement d'ouverture, date marquante, l'on distinguera les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs.

§I - Créanciers antérieurs au jugement d'ouverture

49. Les droits de ces créanciers sont nés avant le jugement ouvrant la procédure collective. Il faut distinguer d'une part les créanciers formant la masse ou créanciers dans la masse, d'autre part les créanciers hors la masse.

A - Créanciers formant la masse ou créanciers dans la masse

50. Leurs créances ont été produites dans les délais, ont été vérifiées et ils sont admis dans la masse, définitivement ou par provision. En tout cas, aucune mesure d'inopposabilité n'a frappé leurs créances en tant que telles. Ce serait le cas des bénéficiaires de libéralités (donations) alors que dans les autres cas, les créanciers dont les créances sont frappées d'inopposabilité peuvent néanmoins produire et être admis dans la masse. Ces créanciers sont soumis à un ensemble de règles constituant ce qu'on appelle la discipline collective, comme la suspension des poursuites individuelles, l'arrêt du cours des intérêts et des inscriptions, la déchéance du terme qui fait l'objet d'un abandon partiel (*A priori, la déchéance du terme est un avantage, ne serait-ce que platonique, pour les créanciers tandis que l'abandon partiel de cette déchéance constitue un inconvénient certainement mineur*), la production dans les délais de leurs créances.

Ils sont payés suivant l'ordre prévu aux articles 166 et 167. En cas d'inaction ou de léthargie prolongée du syndic dans la vente des biens en cas de liquidation judiciaire, les créanciers munis de sûretés réelles spéciales ainsi que le Trésor public, l'Administration des douanes et les organismes de sécurité sociale, peuvent procéder eux-mêmes à la vente des biens, objet de leurs sûretés, et se payer sur le prix (art. 149 et 150). Les créanciers chirographaires sont payés au marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement au montant de la créance de chacun sur le reliquat, si reliquat il y a, après paiement de tous les créanciers se prévalant à juste titre d'une cause de préférence.

B - Créanciers hors la masse

51. Cette catégorie comprend : d'une part les créanciers dont les créances sont frappées d'inopposabilité en tant que telles : c'est le cas des libéralités dont les bénéficiaires doivent rapporter ce qu'ils ont reçu sans être autorisés à produire pour prendre part au sein de la masse aux distributions de dividendes ; d'autre part les créanciers qui n'ont pas produit dans les délais et qui de ce fait sont forclos et n'ont pas été relevés de forclusion. Ces créanciers sont dits hors la masse, c'est-à-dire que la masse est fondée à les ignorer : ils ne peuvent obtenir paiement tant que dure la procédure. D'ailleurs, en cas de redressement judiciaire, les créances des créanciers forclos sont éteintes et ne pourront donc être invoquées même après la clôture de la procédure, sauf si une clause de retour à meilleure fortune avait été souscrite par le débiteur dans son concordat (art. 83, al. 2).

Dans une certaine mesure, la situation des créanciers postérieurs est comparable à celle des créanciers antérieurs.

§II - Créanciers postérieurs au jugement d'ouverture

52. Les créanciers postérieurs sont ceux dont les créances sont nées après le jugement ouvrant la procédure. Suivant que leurs droits sont nés de façon régulière ou non, on distingue les créanciers de la masse et les créanciers hors la masse.

A - Créanciers de la masse ou contre la masse

53. Ce sont des créanciers dont les droits, nés après le jugement d'ouverture, l'ont été en conformité avec le dessaisissement : l'acte a été passé soit avec le syndic (cas de la liquidation des biens), soit avec le débiteur et le syndic (cas du redressement judiciaire). Ces créanciers en principe priment tous les créanciers dans la masse. On estime, en effet, que leurs prestations ont profité à la masse. De toute façon, la masse est engagée à travers son représentant exclusif qu'est le syndic (art. 72, al. 1^{er}). L'ordre exact de paiement des créanciers de la masse est celui fixé par les articles 166 et 167, ordre qui, suivant la configuration du passif, pourrait se révéler insuffisamment protecteur. Heureusement, les créanciers de la masse peuvent exiger un paiement au comptant, notamment en soulevant l'exception d'inexécution (art. 108).

B - Créanciers hors la masse

54. Ce sont les créanciers dont les droits, nés après le jugement d'ouverture, l'ont été au mépris du dessaisissement : l'acte a été passé avec le débiteur seul alors qu'il aurait fallu le passer soit avec le débiteur assisté du syndic (redressement judiciaire), soit avec le syndic seul (liquidation des biens). La masse est fondée à ignorer totalement les droits de ces créanciers. Ceux-ci ne pourront exercer leurs droits sur le patrimoine du débiteur tant que dure la procédure : leurs droits sont inopposables à la masse et l'on rappelle que les inopposabilités découlant d'une violation du dessaisissement ont des effets plus énergiques et plus néfastes pour les créanciers que les inopposabilités de la période suspecte. Certes, ces créanciers pourront poursuivre le débiteur après la clôture de la procédure collective mais cela ne présentera un intérêt concret que si le débiteur est revenu à meilleure fortune.

Après cette vue d'ensemble de la situation des créanciers concernés par la procédure collective, il est utile de revenir de façon plus approfondie sur celle des créanciers dans la masse.

Section II - Créanciers dans la masse

55. Les créanciers dans la masse ou créanciers formant la masse sont des créanciers dont les droits sont

nés avant le jugement d'ouverture et qui ont produit leurs créances, lesquelles ont été admises. Ce qu'il est convenu d'appeler la discipline collective s'applique à eux : suspension des poursuites individuelles, arrêt du cours des intérêts, absence partielle de déchéance du terme, arrêt des inscriptions. Ils peuvent prendre part au vote du concordat et aux distributions de dividendes en fonction du rang de chacun.

Les catégories de créanciers faisant partie de la masse appellent quelques précisions : les créanciers chirographaires, les créanciers munis de sûretés réelles spéciales, les créanciers titulaires de privilèges généraux ainsi que les créanciers pouvant échapper à la procédure.

§I - Créanciers chirographaires

56. Comparés par un auteur à de misérables fantassins par rapport aux blindés constitués par les créanciers munis de sûretés dans le combat des dividendes, les créanciers chirographaires ne bénéficient que du droit de gage général (art. 2092 et 2093 du Code civil) qui est accordé à tout créancier quel qu'il soit. Ils sont soumis à l'ensemble des règles et obligations constituant la discipline collective. Ils sont payés au marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement au montant de la créance de chacun sur le reliquat restant, si reliquat il y a, après désintéressement intégral des créanciers munis de sûretés. Ils n'ont pas de droit particulier. Souvent, ils ne reçoivent dans les procédures collectives aucun paiement ou doivent se contenter de dividendes dérisoires ou symboliques, même si les procédures visent à les protéger par la discipline collective et la recherche de l'égalité de traitement des créanciers, ce qui a fait dire à un auteur que les procédures collectives sont des procédures de sacrifice.

§II - Créanciers munis de sûretés réelles spéciales

57. Ce sont des créanciers munis de sûretés ayant pour assiette un bien déterminé du patrimoine du débiteur, que ce soit un meuble : droit de rétention, gage, nantissements sans dépossession, privilèges spéciaux, ou un immeuble : hypothèques conventionnelles, hypothèques forcées légales ou judiciaires. L'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés a eu pour principal objectif de clarifier la réglementation des sûretés et le classement à opérer en présence de plusieurs créanciers munis de sûretés.

A - Observations générales

58. Malgré leurs sûretés, les créanciers munis de sûretés réelles spéciales se voient appliquer les règles de la discipline collective, l'objectif étant de favoriser le redressement de l'entreprise, d'« égaliser » dans une

certaine mesure la condition juridique des créanciers et de contrôler la fiabilité des droits dont les créanciers se prétendent titulaires. Comme pour les autres créanciers, leurs droits de poursuite individuelle sont suspendus aussi bien en cas de redressement judiciaire que de liquidation des biens. Toutefois, en cas de liquidation des biens, le droit de poursuite est suspendu seulement jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois suivant le jugement qui prononce la liquidation des biens. Cette suspension permet au syndic de réaliser efficacement et rapidement l'actif mobilier et immobilier. Passé ce délai de trois mois, si le syndic n'a pas réalisé les biens concernés, les créanciers gagistes, nantis ou hypothécaires peuvent exercer ou reprendre l'exercice de leurs droits de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic (art. 149 et 150). L'Acte uniforme concilie ainsi le souci de permettre au syndic de réaliser l'ensemble de l'actif dans les meilleures conditions sans livrer les créanciers munis de telles sûretés à l'inertie ou à l'attentisme prolongé du syndic.

Concernant le concordat, les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sont consultés sur le point de savoir s'ils acceptent les propositions concordataires en matière de délais de paiement et/ou remises ou s'ils entendent consentir des délais et/ou des remises différentes (art. 119 et 120). Même en l'absence de réponse, ils ne perdent pas leurs sûretés, sauf renonciation expresse de leur part à leurs sûretés (art. 121). Les créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale qui n'ont pas fait la déclaration prévue à l'article 120 peuvent prendre part au vote sans renoncer à leur sûreté et consentir des délais et remises différents de ceux proposés par le débiteur. Les créanciers qui n'ont pas fait la déclaration prévue à l'article 120 sont présumés accepter le concordat si, dûment appelés, ils ne participent pas au vote de l'assemblée concordataire (art. 125).

Finalement, sauf qu'ils ne peuvent diligenter la vente (redressement judiciaire) ou doivent attendre un délai de trois mois (liquidation des biens), ces créanciers sont préférés aux autres sur les biens, objet de leur gage. Cependant, en cas de non-paiement des créances des frais de justice et des créances couvertes par le super-privilege des salariés, les biens, assiette de leurs sûretés, devront contribuer à leur paiement.

B - Observations particulières

59. En ce qui concerne les sûretés spéciales mobilières, il apparaît que ce sont les sûretés comportant droit de rétention, en l'occurrence le gage et le droit de rétention, qui semblent être celles qui confèrent le plus de garanties quant au paiement ponctuel. En effet, le créancier peut retenir la chose tant qu'il n'est pas payé (*En France, un arrêt du 2 octobre 1987 de la Cour d'appel de Paris décide que le créancier gagiste, dès lors qu'il possède de bonne foi, peut opposer son droit*

de gage au créancier bénéficiaire de la propriété (J.-L. Rives-Lange, Chronique de la jurisprudence bancaire, Revue Banque, n° 478-décembre 1987, p. 1208 et s)).

Du côté des sûretés spéciales immobilières, il faut mentionner la suppression de l'antichrèse qui est le pendant en matière immobilière du gage. Il semble d'ailleurs qu'elle avait déjà été supprimée par la législation coloniale et l'Acte uniforme n'a pas jugé utile de la restaurer. S'agissant des autres sûretés immobilières, ce sont celles qui sont soumises à publicité qui l'emportent sur celles qui ne sont pas publiées. Lorsque plusieurs sûretés sont publiées, l'ordre est fonction de l'antériorité de la publication. Les hypothèques conventionnelles, que l'on considérait comme étant la reine des sûretés, constituent le droit commun qui s'applique également aux hypothèques forcées légales et aux hypothèques forcées judiciaires, sous réserve des dispositions qui sont propres à ces dernières. Les hypothèques forcées légales remplacent les privilèges immobiliers spéciaux.

§III - Créanciers titulaires de privilèges généraux

60. Après quelques observations générales valables pour l'ensemble des créanciers titulaires de privilèges généraux, l'on s'attachera au cas particulier des salariés.

A - Situation générale

61. Les privilèges généraux confèrent un droit de préférence à leurs titulaires. Ils s'exercent selon l'ordre prévu par les articles 225 et 226 (AUS) ou par les articles 166 et 167 (AUPC). Cinq privilèges généraux non soumis à publicité sont consacrés par l'article 180 de l'Acte uniforme sur les sûretés mais ce dernier laisse la latitude aux États d'en créer d'autres et de prévoir leur rang. À défaut d'une telle précision, ces privilèges seront de dernier rang. Les privilèges des créances fiscales, douanières et des organismes de sécurité sociale, au-delà de la limite de la somme fixée légalement pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires, doivent être inscrits dans les six mois de l'exigibilité des créances au registre du commerce et du crédit mobilier.

Les privilèges généraux portent à la fois sur les meubles et sur les immeubles ainsi qu'il ressort de l'ordre des articles 225 et 226 de l'AUS. Il est curieux que l'ensemble des privilèges, y compris les privilèges généraux, figure dans le chapitre IV du Titre II traitant des sûretés mobilières.

Les créanciers titulaires de privilèges généraux sont astreints à la discipline collective ; en particulier ils doivent produire. Ils peuvent prendre part au vote du concordat puisque leur situation se situe à mi-chemin entre celle des créanciers chirographaires et celle des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales. En cas

de liquidation des biens, aussi bien en matière mobilière qu'immobilière, une protection apparemment efficace est accordée au Trésor public, à l'Administration des douanes et aux organismes de sécurité sociale : en effet, selon les articles 149 et 150, passé le délai de trois mois à compter du jugement prononçant la liquidation des biens, délai pendant lequel le syndic seul peut vendre les biens du débiteur (art. 147, al. 1), ils reprennent l'exercice de leurs droits de poursuite individuelle.

B - Situation des salariés

62. La situation des salariés dans les procédures collectives est marquée par une considération de faveur : ainsi, les institutions représentatives du personnel peuvent indiquer à la juridiction compétente les faits de nature à motiver la saisine d'office de celle-ci (art. 29) ; un des contrôleurs sur les trois, lorsque la désignation des contrôleurs est demandée par les créanciers, représente le personnel (art. 48) ; le défaut de production ne peut être opposé aux créanciers privilégiés de salaires jusqu'à l'assemblée concordataire. Mais cela laisse dans l'ombre le cas de la liquidation des biens où par définition il n'y a pas d'assemblée concordataire. Est-ce à dire que dans ce cas les salariés sont soumis aux règles ordinaires applicables à l'ensemble des créanciers ?

Au moins à prime abord, la protection du paiement des salaires semble être d'une priorité absolue. En effet, les salariés ont participé de manière essentielle à la production des biens du débiteur. De plus, une fraction de la rémunération a un caractère alimentaire et insaisissable. Mais d'un autre côté, il convient de remarquer que les salariés ne sont pas tous dans la même situation. En effet, rien ne semble rapprocher la modique rémunération d'un « smicard » à la rondelette rémunération d'un directeur technique. Par ailleurs, le paiement intégral de la masse des salaires dus par le débiteur compromet le remboursement des fournisseurs et autres créanciers alors que ces derniers ont aussi des salariés dont le paiement risque d'être compromis.

La situation des salariés est confuse dans la mesure où d'une part l'Acte uniforme sur les procédures collectives renvoie à l'Acte uniforme sur les sûretés et à la législation du travail de chaque État partie (L'harmonisation du droit du travail étant en projet, le renvoi aux législations nationales perdra de son intérêt quand celle-ci aboutira), d'autre part l'Acte uniforme sur les sûretés n'est pas très éclairant. En effet, l'article 180 AUS prévoit au profit des salariés un privilège de troisième rang non soumis à publicité pour « les sommes dues aux travailleurs et apprentis pour exécution et résiliation de leur contrat durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ». Les articles 225 et 226 AUS relatifs à l'ordre de paiement en matière immobilière

et mobilière placent le superprivilège respectivement au second et au troisième rang mais sans en donner une définition et les privilèges non soumis à publicité de l'article 180 AUS dont relève le simple privilège des salariés respectivement au cinquième et au septième rang. Quant à l'ordre propre aux procédures collectives des articles 166 (immeubles) et 167 (meubles), le superprivilège figure respectivement au second et au troisième rang et le simple privilège au cinquième et au huitième rang.

L'AUPC contient deux dispositions au sujet des privilèges des salaires. L'article 95 aborde la question de manière générale : « Les créances résultant du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage sont garanties, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens par le privilège des salaires établi pour les causes et le montant définis par la législation du Travail et les dispositions relatives aux sûretés ». En prenant en compte les législations nationales, il faut souligner que :

- les salaires concernés aussi bien par le privilège que par le superprivilège sont définis de manière large : ainsi, « le salaire comprend le salaire de base, quelle que soit sa dénomination, et les accessoires du salaire, notamment, l'allocation de congé payé, les primes, les indemnités et les prestations de toute nature » (L'harmonisation du droit du travail étant en projet, le renvoi aux législations nationales perdra de son intérêt quand celle-ci aboutira) ;
- le privilège couvre les douze derniers mois de salaires *lato sensu* ainsi que les dommages-intérêts pour résiliation du contrat de travail (art. 180 AUS) ;
- le superprivilège, ou « privilège préférable à tous les autres privilèges généraux ou spéciaux y compris ceux du Trésor public et de la sécurité sociale » (*Code burkinabé du travail, art. 203*) couvre la fraction insaisissable des salaires largement définis de la même période que le privilège ; le superprivilège s'exerce sur les biens meubles et immeubles du débiteur.

S'agissant du paiement, l'Acte uniforme sur les procédures collectives met en place à son article 96 un mécanisme destiné à accélérer le paiement des sommes dues au salarié, sans doute en raison du caractère alimentaire du salaire.

Ainsi, au plus tard dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture et sur simple décision du juge-commissaire, le syndic paie toutes les créances superprivilégiées des travailleurs sous déduction des acomptes déjà perçus. Au cas où il n'aurait pas les fonds nécessaires, ces créances doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds avant toute autre créance. Au cas où lesdites créances sont payées grâce à une avance faite par le syndic ou toute autre personne, le prêteur est, par là même, subrogé dans les droits des travailleurs et doit être remboursé dès la rentrée des fonds nécessaires sans qu'aucune autre créance puisse y faire obstacle.

Le mécanisme ainsi mis en place par l'Acte uniforme est assurément cohérent. Cependant, en l'absence d'un système de garantie de paiement comme l'Assurance pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (A.G.S.) tel qu'il fonctionne en France (*L'A.G.S. est financée par des cotisations calculées sur la masse salariale et versées par les employeurs in bonis. L'A.G.S. est habilitée à agir dans le sens de recouvrer les avances faites pour le règlement des salaires. Toutefois, elle n'est pas subrogée dans les droits des salariés : elle ne bénéficie pas du superprivilège*, ce mécanisme peut se révéler peu efficace en pratique quant au paiement effectif. Du reste, la garantie du maintien de l'emploi aurait été plus intéressante pour les salariés que la garantie du paiement des derniers salaires, surtout dans cette période de développement du chômage qui amenuise à l'extrême les chances de trouver un nouvel emploi. C'est ce que traduisent souvent en Europe les occupations d'usines menacées de fermeture. (*Voy. sur cette question F. M. SAWADOGO et S. YONABA, La réintégration dans son emploi du travailleur irrégulièrement licencié, T.P.O.M., 16 juin et 2 juillet 1986, p. 226 à 236 et 253 à 258 qui montrent la supériorité du maintien de l'emploi par rapport à l'indemnisation dans les périodes de chômage quasi structurel*).

§IV - Créanciers pouvant échapper à la procédure

63. Dans une certaine mesure, ce sont des créanciers dans la masse puisqu'ils peuvent participer pleinement à la procédure. Toutefois, si les conditions le permettent, ils ont intérêt à y échapper parce que cela leur permet d'être intégralement remplis de leurs droits, contrairement d'une part aux créanciers dans la masse *stricto sensu* qui, le plus souvent, reçoivent seulement un paiement partiel qui peut être symbolique, voire ne reçoivent aucun paiement, d'autre part aux créanciers hors la masse, antérieurs ou postérieurs au jugement d'ouverture, qui, eux, doivent attendre la fin de la procédure pour réclamer leurs droits au débiteur. On peut regrouper les créanciers pouvant échapper à la procédure selon qu'ils se prévalent ou non de cautions ou de coobligés.

A - Créanciers autres que ceux se prévalant de cautions ou de coobligés

64. En premier lieu, ce sont les créanciers qui peuvent se prévaloir de la propriété d'un bien qui apparemment appartient au débiteur comme le loueur de meubles, y compris le bailleur-vendeur ou le crédit-bailleur, le titulaire d'effets de commerce ou de valeurs mobilières, le vendeur de meubles qui ne s'est pas encore dessaisi des biens ou dont les marchandises ne sont pas encore dans les magasins du débiteur et le vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété. Si les condi-

tions légales sont remplies, notamment la production imposée par l'Acte uniforme aux titulaires d'un droit de revendication ou « revendiquants » (art. 78, al. 3), ces créanciers vont reprendre leurs biens en exerçant l'action en revendication, le cas échéant, et éviter ainsi de subir la loi du concours qui caractérise les procédures collectives. Il faut signaler que le vendeur qui n'a pas encore livré les marchandises est autorisé à ne pas s'en dessaisir.

En second lieu, il s'agit des créanciers qui agissent non pas contre le débiteur, car en principe de telles actions sont suspendues, mais contre un tiers. En dehors de l'hypothèse des cautions ou coobligés, on relève, entre autres, les cas suivants :

- l'action exercée contre une compagnie d'assurance si le débiteur a causé un préjudice couvert par une assurance avant le jugement d'ouverture ; la victime, si les conditions de mise en jeu de l'assurance sont réunies, pourra être totalement indemnisée par la compagnie d'assurance et elle n'aura pas, de ce fait, besoin de participer à la procédure collective ;
- la mise en œuvre de la procédure simplifiée de recouvrement des créances d'aliments prévue par l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (art. 213 à 217) ; cette procédure permet aux créanciers d'aliments, en vertu d'un titre exécutoire et suivant une voie rapide, d'obtenir que le tiers saisi leur verse directement contre quittance le montant de sa créance alimentaire ;
- l'exercice d'une action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage si ce dernier doit à l'entrepreneur principal ;
- l'action en responsabilité exercée contre un tiers pour un préjudice propre au créancier qui l'exerce ; si le préjudice est commun aux créanciers, l'action en responsabilité devient une action de masse qui ne peut être exercée que par le syndic (art. 118).

Il reste à savoir dans ces cas si le créancier doit produire avant de reprendre l'exercice de son action si elle était déjà engagée avant le jugement d'ouverture ou avant d'introduire son action si celle-ci doit être engagée après le jugement d'ouverture. D'une part, l'article 75 relatif à la suspension des poursuites individuelles ne vise pas les actions diligentées contre des tiers. D'autre part, l'article 78 relatif aux créanciers astreints à la production ne vise que les créanciers, c'est-à-dire ceux qui entendent obtenir un paiement dans la procédure, et les « revendiquants ». Il est donc permis de penser que ceux qui n'entendent pas se faire payer dans le cadre de la procédure ou dont l'action ne s'analyse pas comme étant une action en revendication ne sont pas soumis à l'obligation de production préalable. Mais il peut s'avérer prudent d'effectuer la production de la créance.

Parmi les créanciers qui agissent contre des tiers, il convient d'examiner le cas des cautions et des coobligés, qui fait l'objet de règles particulières.

B - Créanciers se prévalant de cautions ou de coobligés

65. Il faut souligner d'emblée l'importance des garanties personnelles dans les procédures collectives en raison des dispositions spécifiques que l'Acte uniforme consacre aux cautions et coobligés dans les articles 91 à 94. De ce fait, le créancier dans la masse, qui a en face de lui une ou plusieurs cautions ou des coobligés *in bonis* ou solvables, bénéficie d'une position très favorable. Il s'agit de toutes les hypothèses dans lesquelles un tiers est plus ou moins tenu au même engagement que le débiteur comme en cas de délégation imparfaite, d'obligation solidairement souscrite par deux ou plusieurs personnes, d'engagement solidaire comme le signataire d'un effet de commerce ou la caution dans le cautionnement solidaire, ou le garant dans la lettre de garantie. En rappel, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés indique que le cautionnement est réputé solidaire (art. 10). Il régleme les garanties autonomes ou garanties à première demande dans ses articles 28 à 38.

Dans ce sens, le créancier dont la créance est garantie par un ou plusieurs coobligés ou cautions peut produire pour le montant total de sa créance dans le redressement judiciaire ou la liquidation des biens du débiteur et demander paiement intégral à la caution ou au coobligé. Ce dernier ne bénéficie pas de l'arrêt du cours des intérêts, ce qui permet au créancier de lui réclamer les intérêts courus même après le jugement d'ouverture. Mais il n'y a pas de déchéance du terme à l'égard de la caution ou du coobligé.

Par ailleurs, si les coobligés sont également en état de cessation des paiements et qu'une procédure collective est ouverte à leur égard, le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par eux peut produire dans toutes les masses pour le montant intégral de sa créance et participer aux distributions jusqu'à parfait paiement s'il n'avait reçu aucun paiement partiel avant la cessation des paiements des coobligés (art. 91). On peut se demander s'il ne s'agit pas plutôt du jugement d'ouverture que de la cessation des paiements. Il ne peut s'agir de celle-ci qu'en matière cambiaire. En cas de paiement partiel préalable, il n'est compris dans la masse que sous déduction du montant de l'acompte perçu et conserve, sur ce qui lui reste dû, ses droits contre le coobligé ou la caution. Le coobligé ou la caution qui a fait un paiement partiel est compris dans la même masse pour tout ce qu'il a payé et qui était à la charge du débiteur (art. 92). C'est dire qu'il y a une certaine protection en sa faveur. Néanmoins, il est évident que la situation de la caution ou du coobligé est nettement moins bonne que celle du créancier qu'il a payé.

Malgré l'adoption du concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leur créance contre les cautions ou coobligés de leur débiteur. C'est dire que le concordat ne leur profite pas.

66. Les cautions ou codébiteurs qui ont effectué des paiements partiels n'ont pas de recours entre eux, sauf si la réunion des dividendes donnés par leurs procédures excède le montant total de la créance en principal et accessoires. Dans ce cas, cet excédent est dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants et, à défaut d'ordre, au marc le franc entre eux (art. 94).

Cette possibilité de réclamations et/ou de productions multiples pour le montant intégral de la créance due ou restant due donne au créancier qui en bénéficie beaucoup de chance, par des paiements partiels, d'être totalement désintéressé. Il y a une seule limite dans ces différentes hypothèses : la somme des paiements ne doit pas dépasser le montant total de la créance, auquel s'ajoutent les intérêts si la personne à qui on les réclame n'est pas sous le coup d'une procédure collective.

Illustration de la situation du créancier ayant des cautions ou des coobligés

Première hypothèse

Le débiteur principal D est sous le coup d'une procédure collective. A, B et C garantissent le paiement de la dette en tant que cautions ou coobligés. Si A, B et C sont solvables ou si seulement l'un d'eux est solvable, le créancier pourra réclamer paiement intégral à l'un quelconque d'entre eux ou à celui qui est solvable, y compris les intérêts. Il n'aura donc pas besoin de participer à la procédure de D.

Deuxième hypothèse

Le débiteur principal D est sous le coup d'une procédure collective, de même que les coobligés ou cautions A, B et C. Le créancier peut produire le montant intégral de sa créance (montant initial plus les intérêts jusqu'au jugement d'ouverture, éventuellement défalqué du montant des acomptes reçus) dans les quatre procédures. Si par hypothèse, les procédures donnent les dividendes suivants :

- D : 25 %
- A : 45 %
- B : 20 %
- C : 15 %

le créancier obtiendra paiement intégral. Il y aura même un trop perçu de 5 % qu'il doit, soit ne pas percevoir, soit restituer. Il est évident que le créancier ne serait pas intégralement payé s'il devait, soit produire dans une seule des procédures, soit diviser ses recours, c'est-à-dire ne pas produire pour le montant intégral dans chacune des procédures.

67. En conclusion, alors que, de manière habituelle, les garanties ou sûretés personnelles semblent perdre du terrain du fait de leur faible fiabilité, elles présentent un intérêt rehaussé lorsque survient une procédure collective. La production de la créance dans la procédure du débiteur principal semble indiquée, même si aucun paiement n'est attendu de celle-ci. En effet, en général,

il faut être créancier du débiteur principal pour réclamer paiement à la caution ou au coobligé, ce qui rend la production nécessaire.

Section III - Ordre de paiement des créanciers

68. Malgré les efforts de clarification et de simplification faits par les Actes uniformes, l'ordre de paiement des créanciers et la distribution pour les créanciers venant à rang égal demeurent des questions relativement complexes. En droit commun, il est fixé par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) dans l'article 225 (pour les immeubles, de 1° à 6°) et l'article 226 (pour les meubles, de 1° à 8°).

S'agissant des procédures collectives, l'ordre figure dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives (AUPC) aux articles 166 (pour les immeubles) et 167 (pour les meubles).

§1 - Ordre en matière immobilière

69. Selon l'article 166 de l'AUPC, les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués dans l'ordre suivant :

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

2°) aux créanciers de salaires superprivilégiés en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;

3°) aux créanciers hypothécaires et séparatistes inscrits dans le délai légal, chacun selon le rang de son inscription au livre foncier ;

4°) aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;

5°) aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ;

6°) aux créanciers chirographaires.

En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 4°, 5° et 6° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc.

Concernant l'application de cette disposition, il faut savoir que :

a) Les créanciers d'un rang supérieur doivent être intégralement payés avant les créanciers du rang suivant et ainsi de suite.

b) Certains rangs peuvent comprendre des créanciers qui eux-mêmes font l'objet d'un classement particulier. Ainsi en est-il, de la cinquième catégorie consacrée « aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ». Au sein de cette catégorie viennent d'abord les créanciers munis d'un privilège général soumis à publicité chacun

selon le rang de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier, puis les créanciers munis d'un privilège général non soumis à publicité selon l'ordre établi par l'article 107 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Or selon cet article 107, « sont privilégiés, sans publicité dans l'ordre qui suit :

1°) les frais d'inhumation, les frais de la dernière maladie du débiteur ayant précédé la saisie des biens ;

2°) les fournitures de subsistance faites au débiteur pendant la dernière année ayant précédé son décès, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;

3°) les sommes dues aux travailleurs et apprentis pour exécution et résiliation de leur contrat durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;

4°) les sommes dues aux auteurs d'œuvres intellectuelles, littéraires et artistiques pour les trois dernières années ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;

5°) dans la limite de la somme fixée légalement pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires, les sommes dont le débiteur est redevable au titre des créances fiscales, douanières et envers les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ».

c) Pour la plupart des catégories de créanciers, à savoir celles désignées aux 1°, 2°, 4°, 5° et 6° de l'article 166, lorsque les deniers sont insuffisants pour désintéresser tous les créanciers, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales au marc le franc.

Illustration

Le montant des créances réclamé est le suivant : rang 1 : 50 millions ; rang 2 : 100 millions ; rang 3 : 200 millions ; rang 4 : 60 millions ; rang 5 : 180 millions, rang 6 : 330 millions, soit un total de 920 millions de F.

Première hypothèse

En supposant que la réalisation de l'actif immobilier du débiteur donne un montant de 350 millions, les créanciers des rangs 1, 2 et 3 seront intégralement payés mais ceux des autres (rangs 4, 5 et 6) ne percevront rien puisqu'il n'y a pas de reliquat.

N.B. Le montant retenu pour le rang 2 est celui déterminé en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif. Autrement dit, et à titre d'exemple, si l'immeuble concerné représente 20 % de l'ensemble de l'actif, il doit contribuer au règlement de 20 % du montant des créances de salaires superprivilégiés.

Deuxième hypothèse

Si la réalisation de l'actif donne un montant de 390 millions, les créanciers des rangs 1, 2 et 3 seront intégralement payés comme dans la première hypothèse mais cette fois avec un reliquat de 40 millions. Ce reliquat servira

exclusivement aux créanciers du rang 4. Leurs créances s'élevant à 60 millions ne seront pas intégralement éponnées. Chaque créancier recevra un paiement au marc le franc, c'est-à-dire proportionnel au montant de sa créance déterminé comme suit :

Somme disponible 40M
 ----- = ----- = 2/3
 Créances exigibles 60M

Chacun des créanciers du rang 4 recevra 2/3 du montant de sa créance. Par exemple, si la créance de l'un des créanciers du rang 4 s'élève à 12M, il encaissera : $12M \times 2/3 = 8M$.

Troisième hypothèse

Si la réalisation donne un montant de 560 millions, les créanciers des rangs 1, 2, 3 et 4 seront intégralement payés pour un montant total de 410 millions et il restera un reliquat de 150 millions pour les créanciers du rang 5.

A priori, on peut penser que chacun des créanciers du rang 5 recevra 15/18^e du montant de sa créance. Mais lorsque l'on examine l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, il apparaît qu'une priorité est accordée aux créanciers munis de privilèges publiés en fonction de la date de publication. Viennent ensuite les créanciers titulaires de sûretés non publiées selon le rang fixé à l'article 180. Si donc les créances bénéficiant de privilèges publiés s'élèvent à 90 millions, elles seront intégralement payées. Le reliquat de 60 millions ira aux créanciers titulaires de privilèges ne faisant pas l'objet de publicité conformément à l'ordre de l'article 180 de l'AUS. Ainsi, en fonction de leurs rangs au sein de l'article 180 et de leur nombre dans le même rang, certains créanciers seront intégralement payés, d'autres le seront proportionnellement et peut-être que ceux du ou des derniers rangs ne percevront rien.

Quatrième hypothèse

Si la réalisation donne un montant de 623 millions, les créanciers des rangs 1 à 5 seront intégralement payés et il restera un reliquat de 33 millions pour les créanciers du rang 6. Chacun des créanciers du rang 6 percevra $33M/330M = 1/10^e$ du montant de sa créance. Celui qui a une créance de 45M recevra 4,5M.

N. B. : Il est fréquent dans les procédures collectives que les créanciers de rang 6, c'est-à-dire les créanciers chirographaires, soit ne perçoivent rien comme dans les hypothèses 1 à 3, soit perçoivent des montants dérisoires comme dans l'hypothèse 4.

§II - Ordre en matière mobilière

70. Selon l'article 167 de l'AUPC, les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre suivant :

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

2°) aux créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date ;

3°) aux créanciers de salaires superprivilégiés en proportion de la valeur du meuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;

4°) aux créanciers garantis par un gage selon la date de constitution du gage ;

5°) aux créanciers garantis par un nantissement ou par un privilège soumis à publicité, chacun suivant le rang de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier ;

6°) aux créanciers munis d'un privilège mobilier spécial, chacun sur le meuble supportant le privilège ;

7°) aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;

8°) aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ;

9°) aux créanciers chirographaires.

En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 3°, 6°, 7°, 8° et 9° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc.

Concernant l'application de cette disposition, les remarques faites et l'illustration conçue en matière immobilière sont *mutatis mutandis* valables en matière mobilière. Pour le renvoi fait par le huitième rang à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, le recours à l'article 226 de l'AUS montre qu'il faut se référer à l'article 180 du même acte et suivre l'ordre que celui-ci fixe. On peut considérer que, comme en matière immobilière, viennent d'abord les privilèges généraux soumis à publicité selon l'ordre d'inscription, puis les privilèges non soumis à publicité dans l'ordre de l'article 180.

Les développements ci-dessus montrent combien la situation des créanciers est susceptible d'être complexe si l'on est en présence de nombreux créanciers munis de sûretés différentes et cela malgré les efforts méritoires des actes uniformes.

Relativement au débiteur et aux créanciers, il est indéniable que le jugement d'ouverture, qui est techniquement un jugement constitutif, apporte des modifications fondamentales à leurs situations. Les précisions qui viennent d'y être apportées influent sur les solutions par lesquelles les procédures collectives prennent fin en essayant, avec succès ou vainement, de réaliser les objectifs poursuivis.

Filiga Michel SAWADOGO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Assurance garantie des salaires (AGS), 62.
Avertissement d'avoir à produire, 22.

C

Clause de réserve de propriété, 39.
Clause de retour à meilleure fortune, 14, 25, 51, 54.
Clause résolutoire, 40.
Conjoint du débiteur, 41 et s.

- avantages matrimoniaux, 45.
- évolution historique, 42.
- présomption mucienne, 44.
- reprises des immeubles propres, 43.

Créanciers,

- antérieurs au jugement d'ouverture, 49 et s.
- arrêt des poursuites individuelles, 16 et s.
- arrêt du cours des inscriptions, 15.
- arrêt du cours des intérêts, 14.
- chirographaires, 17, 24, 56, 69, 70.
- classifications, 47 et s.
- exigibilité des créances à terme, 13.
- masse V. Masse des créanciers
- munis de privilèges généraux, 24, 57 et s., 69, 70.
- munis de sûretés personnelles, 65.
- munis de sûretés réelles spéciales, 57.
- postérieurs au jugement d'ouverture, 52 et s.
- production, v. ce mot.
- vérification, v. Vérifications des créances.

Créanciers dans la masse, 50 et s.
Créanciers de la masse ou contre la masse, 53 et s.
Créanciers hors la masse, 51, 54.

D

Déchéances du terme, 13.

F

Forclusion, 25, 26.
Fraude, 34, 37, 40, 44 et s.

G

Gage, 18, 58, 70.

H

Hypothèque, 14, 18, 57, 59.
Hypothèque légale de la masse, 9, 10.

I

Inscription, v. Sûretés

L

Location, 38.

M

Masse des créanciers, 1 et s.

- créances contre la masse, v. ce mot.
- hypothèque légale, v. ce mot.
- personnalité morale, 5 et s.
- représentation (syndic), 8.

N

Nantissement, 58, 70.

O

Ordre de paiement, 68 et s.

P

Privilège,

- général, 14, 24, 60 et s.
- salaires, 62.
- sécurité sociale, v. ce mot.
- spécial, 24, 57 et s.
- superprivilège des salaires, 62.
- Trésor public, v. ce mot.
- vendeur de meuble, 40.

Production des créances, 19 et s.

- arrêté de l'état des créances, 26, 30, 31, 33.
- avertissement par le syndic, 22.
- contestations, 31 et s.

- créances fiscales, douanières et sociales, 23, 61. - créanciers astreints à la production, 24.
- forclusion, v. ce mot.
- formalités, 21, 22.
- information des créanciers, 22.
- obligation de produire, 24, 25, 25.
- opposition des créanciers, 30 et s.
- réclamation des créanciers, 31 et s.
- restitution des dossiers, 21.
- vérification, 27 et s.

V. également Vérification des créances

R

Résolution, 40.
Restitution, v. Revendication
Rétention, 57, 58.
Revendication, 37 et s.

- des effets de commerce, 38.
- des meubles, 38.

S

Salaires, 62, 69, 70.
Sécurité sociale, 29, 50, 61
Superprivilège, 62, 69, 70.
Sûretés,

- arrêt du cours des inscriptions, 15.
- reprises du conjoint, 43, 44.

Suspension des poursuites individuelles, 16 et s.

T

Trésor public, 18, 23, 29, 50, 61,

V

Vendeur de meubles, 40.

- droit de rétention, 40.
- résolution, 40.
- revendication, 40.

Vérification des créances, 27 et s., v. également Production des créances.

EFFETS DE L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE COLLECTIVE À L'ÉGARD DU DÉBITEUR

Table des matières

Chapitre préliminaire : Règle dite du « zéro heure » n° 2	
Section I - Signification et Portée classiques de la règle	
§I - Signification de la règle : légère rétroactivité n° 3	
§II - Portée de la règle : les avantages et les inconvénients n° 4	
Section II - Apport du règlement : dérogation en faveur des systèmes de paiement n° 5	
§I - Sources et Formulation de la dérogation n° 6-7	
§II - Portée de la dérogation apportée par les règlements UEMOA-CEMAC n° 8-10	
Chapitre I : Effets sur la personne et sur le patrimoine du débiteur n° 11-12	
Section I - Abandon de l'incarcération n° 13	
§I - Principe n° 14	
§II - Exception n° 15	
Section II - Mesures conservatoires et mesures tendant à connaître l'actif du débiteur n° 16	
§I - Mesures conservatoires n° 17-19	
§II - Mesures tendant à connaître l'actif n° 20-22	
Chapitre II : Mesures tendant à l'administration des biens du débiteur : dessaisissement n° 23	
Section I : Nature et le domaine du dessaisissement n° 24	
§I - Nature du dessaisissement n° 25-29	
A- Institutions inadaptées : incapacité et expropriation	
I- Dessaisissement et incapacité 26	
II- Dessaisissement et expropriation n° 27	
B- Institutions inadaptées : saisie et inopposabilité	
I - Dessaisissement et saisie n° 28	
II - Dessaisissement et inopposabilité n° 29	
§II - Domaine du dessaisissement n° 30	
A - Domaine dans le temps n° 31	
B - Domaine quant aux biens du débiteur n° 32	
C - Domaine quant à l'activité juridique du débiteur n° 33	
Section II - Limites au dessaisissement n° 34-50	
§I - Limites relatives aux biens	
A - Biens insaisissables ou alimentaires n° 35	
B - Interférence des régimes matrimoniaux n° 36	
§II - Limites relatives aux actes n° 37	
A - Actes conservatoires n° 38	
B - Compensation n° 39	
I - Apport de la jurisprudence n° 40	
a - Créances réciproques se rattachant à un même compte n° 41	
1 - Compte courant n° 42	
2 - Comptes autres que le compte courant n° 43	
b - Créances réciproques se rattachant à un même contrat n° 44	
1 - Créances réciproques dérivant de l'exécution correcte d'un même contrat n° 45	
2 - Une des créances s'analysant en une créance de dommages-intérêts n° 46	
II - Solutions de l'Acte uniforme n° 47	
§III - Limites d'ordre procédural n° 48	
A - En dehors de la procédure collective n° 49	
B - Dans le cadre de la procédure collective n° 50	
Section III - Effets du dessaisissement n° 51	
§I - Effets négatifs : l'inopposabilité à la masse n° 52	
§II - Effets positifs : l'« ensaisinement » de la masse n° 53	
A- Assistance et représentation du débiteur n° 54	
I - Représentation du débiteur en cas de liquidation des biens n° 55	
II - Assistance du débiteur en cas de redressement judiciaire n° 56	
B - Poursuite de l'activité n° 57	
I - Sort des contrats en cours n° 58	
a - Droit commun n° 59	
1) Domaine et les conditions de la continuation n° 60	
2) Conséquences de la continuation n° 61	
b - Règles particulières n° 62	
1 - Contrat de bail n° 63-64	
2 - Contrats de travail n° 65-66	
II - Mise du fonds en location-gérance n° 67	
a - Problématique de la location-gérance n° 68	
b - Conclusion du contrat n° 69	
c - Exécution du contrat n° 70	

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.), « L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les États africains membres de l'OHADA, Afrique juridique et politique », *Revue du CERDIP*, n° 1, vol. I, janvier-juin 2002, p. 62 et s.
- ASSOGBAVI (K.), « Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA », *Penant*, 2000, p. 5 et s.
- POUGOUÉ (P.G.) et KUATE (S.S.), *Les Grandes Décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, Paris, L'Harmattan, 2010.
- ROUSSEL-GALLE (P.), « OHADA et difficultés des entreprises. Étude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif », *Revue de jurisprudence commerciale*, février-mars 2001, p. 1 et s.
- SAWADOGO (F.M.), « Procédures collectives d'apurement du passif », Commentaire de l'acte uniforme commenté et annoté, *ÉDICEF/Éd. FFA*, coll. « OHADA-Harmonisation du droit des affaires », 2001.

1. Le jugement d'ouverture produit des effets sur le débiteur et, corrélativement, sur l'entreprise. Les effets portent précisément d'une part sur la personne même du débiteur et sur son patrimoine, d'autre part sur son activité juridique de manière générale à travers le dessaisissement. Il peut être utile de mentionner que les effets du jugement d'ouverture se produisent concomitamment sur le débiteur et sur les créanciers : ce qui est perdu d'un côté est récupéré de l'autre. Mais l'étude de ces effets sur les créanciers et sur le débiteur ne peut pas être faite en même temps. Il faut bien commencer par un bout.

Avant l'étude des effets de la procédure sur le débiteur, le point de départ des effets du jugement d'ouverture mérite d'être cerné. Cette question est souvent évoquée sous l'appellation de règle du « zéro heure ».

Chapitre Préliminaire : règle dite du « zéro heure »

2. La règle dite du « zéro heure » figure, du moins sous forme de dérogation, dans le règlement n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'UEMOA (*publié au Bulletin officiel de l'UEMOA, n° 28 de 2002, édition spéciale*) et le règlement n° 02/03/CEMAC/UMAC/CM du 4 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement dans les États de la CEMAC (*Pour des développements sur les aspects liés aux systèmes de paiement, voy. Filiga Michel Sawadogo et Alain Traoré, Instruments de paiement et de crédit dans l'espace UEMOA, Collection Précis de droit burkinabé, Imprimerie Presses africaines, 2008, 400 pages, n° 40 et s.*). Mais la question traitée par ces textes intéresse hautement le droit des entreprises en difficulté et spécialement celui des procédures collectives régi par l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Au plan des systèmes de paiement, cette question paraît relever, autant sinon plus, de la sécurisation des systèmes de paiement que de la promotion de la bancarisation, même si le règlement de l'UEMOA ne la traite pas dans la deuxième partie relative aux mécanismes de sécurisation des systèmes de paiement. C'est ce que confirme l'exposé des motifs du règlement lorsqu'il affirme que « la sécurité de ces systèmes implique la reconnaissance et l'irrévocabilité des transactions qui y sont effectuées à partir d'un moment à déterminer ». La signification et la portée de cette règle quasi classique du droit des procédures collectives qu'est la règle du « zéro heure » méritent d'être explicitées avant d'évoquer la restriction que lui apportent le règlement de l'UEMOA et celui de la CEMAC.

Section I - Signification et portée classiques de la règle

La règle dite du « zéro heure » appelle quelques précisions avant l'examen de sa portée en termes d'avantages et d'inconvénients.

§I - Signification de la règle

3. La règle dite du « zéro heure » signifie que le jugement qui prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens produit ses effets à partir de sa date, y compris à l'égard des tiers et avant qu'il n'ait été procédé à la publicité. Il entraîne, selon le cas, l'assistance ou le dessaisissement du débiteur en état de cessation des paiements. C'est ce qui ressort des articles 52 et 53 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. En particulier, en cas de liquidation des biens, le débiteur est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens présents et de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit, sous peine d'inopposabilité de tels actes, sauf s'il s'agit d'actes conservatoires. Tout comme en France où existe une semblable formule (*Art. L. 641-9-I, alinéa 1, du Code de commerce*). Il faut décider que le jugement prend effet dès la première heure du jour où il est rendu (*Philippe Delebecque et Michel Germain, Traité de droit commercial de Ripert et Roblot, LGDJ, t. II, 16^e éd., 2000, n° 2909*), de sorte que l'hypothèque inscrite le même jour par un créancier est inopposable à la masse des créanciers (*Com., 12 novembre 1979, Gazette du Palais, 1980, 1, Somm., p. 139*). C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononçait la Cour de cassation française avant 1960 (*Com., 10 avril 1957, Gaz. Pal., 1957.2.64*). C'est la fameuse règle du « zéro heure » qui entraîne une légère rétroactivité du jugement d'ouverture de la procédure collective mais dont les conséquences ne sont pas nécessairement bénignes.

§II - Portée de la règle : avantages et inconvénients

4. Dans le droit commun des procédures collectives, la règle du « zéro heure » présente l'avantage de supprimer toutes les difficultés ayant trait à la détermination du moment précis du prononcé et du début des effets de la décision d'ouverture. Cela permet de rendre inopposables à la masse des actes faits dans la journée du prononcé de la décision d'ouverture, lesquels ont de fortes chances d'être teintés de fraude émanant du débiteur aux abois ou de ses créanciers avec lesquels il traite *in extremis*. La règle favorise ainsi le sauvetage de l'entreprise et l'égalité de traitement des créanciers. Ainsi, il a été décidé en France que le défaut de publication d'un jugement de redressement judiciaire n'a pas d'incidence sur l'interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement, c'est-à-dire tout paiement fait après la première heure

du jour de son prononcé (*Voy. par exemple Humann C., note sous Cour d'appel de Rennes, 19 septembre 1999, Crédit industriel de Normandie contre Maître Lize, ès qualité, JCP Entreprise et Affaires, n° 40, 16 novembre 2000, 1812-1814*). En définitive, le dessaisissement se produit toujours de manière plus précoce avec la règle du « zéro heure ».

Toutefois, la règle du « zéro heure » n'a pas que des avantages. Elle comporte même des inconvénients manifestes dans le cadre des paiements interbancaires. Ainsi, selon les principes fondamentaux pour les systèmes de paiement d'importance systémique, la règle du « zéro heure » a pour effet d'invalider toutes les transactions effectuées par le participant en faillite dès le début (« zéro heure ») du jour de mise en faillite (*ou d'un événement comparable*). Dans un système de paiement à règlement brut en temps réel, les conséquences pourraient être la révocation des paiements qui apparaissent déjà réglés et que l'on pensait définitifs. Dans un système à règlement net différé, une telle règle pourrait entraîner l'annulation de la compensation de toutes les transactions. Cela impliquerait de recalculer toutes les positions nettes et pourrait provoquer de profondes modifications des soldes des participants. Dans les deux cas, des répercussions systémiques pourraient s'ensuivre. Le risque systémique est, par exemple, celui que l'incapacité d'un participant au système financier à remplir ses obligations entraîne, pour les autres institutions financières, l'impossibilité de s'acquitter en temps voulu de leurs propres obligations. C'est, en d'autres termes, le risque de faillites en chaîne ou, tout au moins, de perturbation d'un système huilé.

C'est en raison de ces inconvénients de la règle du « zéro heure » que le règlement souligne, dans son exposé des motifs, que la sécurité des systèmes de paiement « implique la reconnaissance de l'irrévocabilité des transactions qui y ont été effectuées à partir d'un certain moment ». De là découle l'adoption de la règle dérogatoire, qui apparaît comme une nécessité pour le bon fonctionnement des systèmes de paiement.

Section II - Apport du règlement : dérogation en faveur des systèmes de paiement

5. Il est certain que le législateur OHADA a dû s'inspirer de certaines législations qu'il faut évoquer avant d'examiner les dispositions des règlements UEMOA et CEMAC concernant cette dérogation. Mais c'est surtout la portée de la règle dérogatoire qui appelle des précisions.

§I - Sources et formulation de la dérogation

6. Les deux questions seront successivement examinées.

La règle issue du règlement UEMOA est reprise du droit comparé. En effet, du fait des inconvénients de la règle du « zéro heure », le Groupe de travail sur

les principes et pratiques applicables aux systèmes de paiement, fonctionnant au sein du Comité sur les systèmes de paiement et de règlement sous l'égide de la Banque des règlements internationaux, a préconisé son abandon par les États qui la reconnaissent et la pratiquent. Par la suite, l'Union européenne l'a circonscrite dans la directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. En France, cette directive a été incorporée par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 qui a modifié ainsi qu'il suit la loi bancaire du 24 janvier 1984 dans son article 93-1 devenu l'article L. 330-1 du Code monétaire et financier :

« I- Un système de règlements interbancaires ou de règlement et de livraison d'instruments financiers s'entend, d'une procédure nationale ou internationale organisant les relations entre deux parties au moins, ayant la qualité d'établissement, d'institution ou d'entreprise mentionnés à l'article L. 518-1, d'entreprise d'investissement ou d'adhérent à une chambre de compensation ou d'établissement non-résident ayant un statut comparable, permettant l'exécution à titre habituel, par compensation ou non, de paiements ainsi que, pour ce qui concerne les systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers, la livraison de titres entre lesdits participants.

Sans préjudice des dispositions du 4 du IV de l'article L. 622-7, le système doit soit avoir été institué par une autorité publique, soit être régi par une convention-cadre respectant les principes généraux d'une convention-cadre de place ou par une convention type. Le ministre chargé de l'économie notifie à la Commission européenne la liste des systèmes bénéficiant des dispositions du présent titre.

Lorsqu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires est ouverte à l'encontre d'un participant à un système de règlements interbancaires ou de règlement et de livraison d'instruments financiers de l'Espace économique européen, les droits et obligations découlant de sa participation ou liés à cette participation audit système sont déterminés par la loi qui régit le système, sous réserve que cette loi soit celle d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

II- Nonobstant toute disposition législative contraire, les paiements d'instruments financiers effectués dans le cadre de systèmes de règlements interbancaires ou dans le cadre de systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers, jusqu'à l'expiration du jour où est rendu un jugement de redressement ou de liquidation judiciaires à l'encontre d'un établissement participant, directement ou indirectement, à un tel système, ne peuvent être annulés, même au motif qu'est intervenu ce jugement.

III- Ces dispositions sont également applicables aux instructions de paiement ainsi qu'aux instructions de livraison d'instruments financiers, dès lors qu'elles ont acquis un caractère irrévocable dans l'un des systèmes

mentionnés au II. Le moment et les modalités selon lesquels une instruction est considérée comme irrévocable dans un système sont définis par les règles de fonctionnement de ce système ».

Ce sont sûrement ces dispositions qui ont inspiré celles du règlement de l'UEMOA du 19 septembre 2002 du celui de la CEMAC 4 avril 2003 sur les instruments et systèmes de paiement. Ce dispositif institue d'importantes dérogations au droit des procédures collectives dans l'objectif de garantir la sécurité des participants aux systèmes de paiements en permettant, entre autres, « un dénouement normal, à la fin du jour du prononcé du jugement d'ouverture, du processus des opérations en cours. Le report à zéro heure des effets du jugement est donc écarté » (*Christian Gavalda et Jean Stoufflet, Droit du crédit, tome II : Effets de commerce, chèque, carte de paiement, transfert de fonds, Litec, 5^e éd., 2003, n° 400*) et c'est plutôt le report inverse qui est institué concernant ces opérations : c'est à partir de zéro heure du jour suivant le prononcé que le jugement d'ouverture pourra produire effet.

7. Quant à la formulation de règle dite du « zéro heure », les dispositions du règlement du 19 septembre 2002 y relatives, en l'occurrence les articles 6 et 7 qui ont des équivalents dans le règlement de la CEMAC du 4 avril 2003 (*art. 266, 267 et 268*), sont très claires quant à l'objectif à atteindre.

Il résulte ainsi de l'article 6 que : « Nonobstant toute disposition contraire, les ordres de transferts introduits dans un système de paiements interbancaires conformément aux règles de fonctionnement dudit système sont opposables aux tiers et à la masse et ne peuvent être annulés jusqu'à l'expiration du jour où est rendu le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'encontre d'un participant, même motif pris qu'est intervenu ce jugement.

Ces dispositions sont également applicables aux ordres de transfert devenus irrévocables. Le moment auquel un ordre de transfert devient irrévocable dans le système est défini par les règles de fonctionnement dudit système ».

Quant à l'article 7, il est libellé comme suit : « Nonobstant toute disposition contraire, la compensation effectuée en chambre de compensation ou à un Point d'Accès à la Compensation dans le respect des règles de fonctionnement du système de paiement interbancaire concerné est opposable aux tiers et à la masse et ne peut être annulée au seul motif que serait intervenu un jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'encontre d'un participant audit système ».

C'est dire que dans les conditions définies par les articles 6 et 7 du règlement, il est impérativement dérogé à la règle du « zéro heure », ce qui est de nature à sécuriser les systèmes de paiement. En effet, les paiements régulièrement effectués ne peuvent être remis en cause

retroactivement. Bien plus, ceux qui sont effectués dans la journée du prononcé du jugement sont valables. Il en est de même de la compensation déjà effectuée.

§II - Portée de la dérogation apportée par le règlement UEMOA

8. La règle du « zéro heure » demeure cependant en vigueur dans le droit commun des procédures collectives dans le but notamment d'assurer l'égalité de traitement des créanciers, mais avec cette exception de taille relative aux paiements et aux compensations interbancaires. Elle semble utile dans la mesure où beaucoup de pays l'ont adoptée. Par ailleurs, les inopposabilités, celles de la période suspecte comme découlant du dessaisissement, ne sont généralement pas mises en œuvre dans le cadre des procédures collectives, si bien que la règle dérogatoire n'entraîne en fait aucun inconvénient.

Il reste à se demander si un règlement de l'UEMOA ou de la CEMAC peut modifier un acte uniforme de l'OHADA. La question est complexe d'autant plus que le règlement de l'UEMOA (ou celui de la CEMAC) et l'acte uniforme de l'OHADA sont tous les deux des actes directement applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure (Traité de l'OHADA, art. 10 ; Traité de l'UEMOA, art. 6) et qu'aucun principe général du droit ne semble permettre de faire prévaloir l'un sur l'autre. En l'espèce, on peut invoquer la compétence de l'UEMOA-BCEAO ou de la CEMAC-BEAC en matière monétaire et bancaire, ou faire appel au critère chronologique qui entraîne que la loi postérieure l'emporte sur la loi antérieure (*lex posterior derogat priori*) et à la maxime « *specialia generalibus derogant* » ou « *generalia specialibus non derogant* » (les lois spéciales dérogent aux lois qui ont une portée générale ou subsistent malgré celles-ci) pour faire prévaloir le règlement UEMOA ou celui de la CEMAC sur le point qu'il traite. Une telle approche ne nous paraît pas déraisonnable. Il en résulterait ainsi une certaine coordination permettant à chaque règle d'avoir un domaine d'application. Ainsi, la règle générale serait celle de l'OHADA qui entraîne que le « zéro heure » reste en vigueur dans tous les domaines à titre de principe et l'exception serait celle du règlement UEMOA qui l'écarte dans les domaines qu'il vise.

9. Au titre du droit comparé, il y a lieu de noter que la formulation du règlement n° 02/03/CEMAC/UMAC/CM du 4 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement (art. 266 à 268) peut aider à comprendre celle du règlement UEMOA, étant précisé que probablement le législateur CEMAC possédait le texte de l'UEMOA lorsqu'il légiférait et pouvait ainsi lui apporter les clarifications et précisions utiles.

Ainsi, selon l'article 266 du règlement CEMAC, « nonobstant toute disposition contraire, les ordres

de transfert introduits dans un système de paiement interbancaire conformément aux règles de fonctionnement dudit système sont opposables aux tiers et à la masse des créanciers, et ne peuvent être annulés jusqu'à l'expiration du jour où est rendu le jugement d'ouverture d'une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'encontre d'un participant, même au motif qu'est intervenu ce jugement.

Ces dispositions sont également applicables aux ordres de transfert devenus irrévocables. Le moment auquel un ordre de transfert devient irrévocable dans le système est défini par les règles de fonctionnement dudit système ».

Aux termes de l'article 267 dudit règlement, « nonobstant toute disposition contraire, la compensation effectuée en chambre de compensation, dans le respect des règles de fonctionnement du système de paiement interbancaire concerné, est opposable aux tiers et à la masse des créanciers, et ne peut être annulée au seul motif que serait rendu un jugement d'ouverture d'une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'encontre d'un participant audit système.

L'article de 266 du présent règlement s'applique aux ordres de transfert dans un système de paiement interbancaire, résultant des calculs de la chambre de compensation de ce système, effectués entre les participants et la contrepartie centrale et entre une contrepartie centrale d'un autre système ou avec la Banque centrale ».

Enfin, selon l'article 268 du même texte, « nonobstant toute disposition contraire, lorsqu'une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est ouverte à l'encontre d'un participant à un système de paiement interbancaire, la convention-cadre régissant le système peut prévoir la révocation de plein droit des opérations en cours au titre de la participation au système et la compensation de plein droit des créances et dettes réciproques existant au titre de cette participation.

La révocation et la compensation de plein droit sont opposables aux tiers, aux créanciers saisissants et à la masse des créanciers ».

Si l'apparement entre les deux règlements des deux communautés sœurs que sont l'UEMOA et la CEMAC semble bien clair, il reste qu'ils ne sont pas identiques. En effet, le règlement CEMAC se singularise principalement par :

- d'abord, le fait de viser le règlement préventif, qui est une procédure s'ouvrant avant la cessation des paiements à la demande du débiteur lui-même et *a priori* non impliquée par la règle du « zéro heure » ; le fait de viser cette procédure est donc plutôt une précaution ;
- ensuite, la mention, par l'article 267, alinéa 2, que l'article de 266 du présent règlement s'applique aux ordres de transfert dans un système de paiement interbancaire, résultant des calculs de la chambre

de compensation de ce système, effectués entre les participants et la contrepartie centrale et une contrepartie centrale d'un autre système ou avec la Banque centrale ; cela est de nature à permettre la couverture de la plupart des hypothèses où l'on voudrait déroger à la règle dite du « zéro heure » ;

- enfin, le fait de faire produire à la convention-cadre liant les participants au système de paiement interbancaire un effet légal opposable aux tiers et à la masse ; c'est une sécurité utile quand on sait que les conventions ne dérogent pas aux règles d'ordre public.

10. En conclusion, la règle du « zéro heure » a une fonction de facilitation de la gestion des procédures collectives, surtout de fixation du point de départ des effets du jugement d'ouverture et, par voie de conséquence, du dessaisissement du débiteur. Ainsi, certains actes défavorables du débiteur aux abois seront inopposables à la masse des créanciers. Le règlement de l'UEMOA et celui de la CEMAC dérogent à cette règle pour protéger les systèmes de paiement et éviter les risques systémiques. La question se pose de savoir si la dérogation aura une portée pratique, et donc une certaine utilité, dans la mesure où il ne semble pas que les syndicats de l'espace OHADA mettaient en œuvre la règle du « zéro heure » qui, de fait, était totalement ignorée. Mais peut-être que la dérogation aura un effet paradoxal : celui de faire connaître et appliquer la règle dans les domaines non embrassés par celle-ci. De manière générale, il est recommandé que les organes des procédures collectives mettent effectivement en œuvre les règles légales visant à établir ou rétablir l'égalité entre les créanciers et à favoriser l'atteinte des objectifs poursuivis, à savoir le sauvetage de l'entreprise et le paiement des créanciers, qui semblent souvent perdus de vue dans la pratique africaine.

Chapitre I : Effets sur la personne et sur le patrimoine du débiteur

11. Il n'y a plus à proprement parler d'effet sur la personne du débiteur depuis que l'incarcération du débiteur lors de l'ouverture de la procédure a été abandonnée. Elle mérite néanmoins d'être succinctement abordée. Concernant le patrimoine du débiteur, il est prévu la prise de mesures conservatoires et de mesures tendant à connaître l'actif.

Section I - Abandon de l'incarcération

12. Dans la plupart des États parties au Traité OHADA, les textes en vigueur avant l'entrée en vigueur de l'Acte

uniforme retenaient le principe de l'incarcération avec cependant des exceptions. En pratique, l'incarcération était déjà abandonnée depuis longtemps.

§I - Principe

13. Selon l'article 455 du Code de commerce, le tribunal, par le jugement déclaratif de faillite, ordonnera le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes ou la garde de sa personne par un officier de justice ou par un gendarme. L'idée fondamentale est que l'on peut être arrêté pour dettes (*Voy. pour une application de l'incarcération le jugement du tribunal de première instance de Ouagadougou, n° 23 du 25 janvier 1984. Le tribunal ordonne l'arrestation du directeur de la société C.I.V. SOVODIT et le condamne à un mois d'emprisonnement pour n'avoir pas fait la déclaration de cessation des paiements requise par la loi. On peut se demander si le tribunal applique ici la sanction de la banqueroute facultative ou seulement l'incarcération préventive qui, elle, n'avait pas de durée fixée*). Dans le droit commun, en revanche, depuis la loi du 22 juillet 1867, la contrainte par corps pour dettes a été supprimée. En pratique, les créanciers au Burkina « traînent » leurs débiteurs à la Gendarmerie ou à la Police où ces derniers sont gardés soit jusqu'au paiement, soit jusqu'à l'intervention d'une promesse sérieuse de paiement. Cette pratique illégale s'explique, voire se justifie, par l'état des mentalités qui l'admettent et par la mauvaise foi ou la mauvaise volonté de nombreux débiteurs. Ceux-ci organisent leur insolvabilité alors qu'il n'y a pas d'infraction d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité, comme c'est le cas en Belgique (*art. 490 bis du Code pénal*) ou en France (*art. 314.7 et suivants du Code pénal, apportés par une loi du 8 juillet 1993, qui excluent l'infraction pour les dettes contractuelles*). (*Voy., pour la pratique burkinabé, F. M. SAWADOFO, L'accès à la justice en Afrique francophone : problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso, Revue juridique et politique, Indépendance et Coopération, mai-septembre 1995, n° 2, p. 207-208*).

C'est donc une règle particulière qui est applicable aux commerçants en état de cessation des paiements judiciairement constatée.

L'incarcération vise deux buts : d'une part empêcher le débiteur de faire disparaître ses biens, d'autre part lui enlever la possibilité de fuir alors qu'il pourrait être condamné aux peines de la banqueroute. C'est donc, à l'analyse, une mesure de sûreté qui s'apparente à la détention préventive ou provisoire.

§II - Exception

14. L'incarcération, qui était de rigueur dans le Code de Commerce de 1807, a connu des exceptions avec les lois ultérieures, surtout la loi du 28 mai 1838. Ainsi, le

failli de bonne foi qui se sera conformé aux dispositions des articles 438 et 439, c'est-à-dire qui aura déclaré la cessation de ses paiements dans les quinze jours et déposé son bilan, est affranchi de l'incarcération. C'est donc dire qu'en principe il n'y a pas d'incarcération lorsque c'est la liquidation judiciaire de la loi du 4 mars 1889 qui est prononcée puisque le respect des articles 438 et 439 est une condition du bénéfice de cette procédure qui était considérée comme une faveur. Mais la mesure de non-incarcération, qui est, elle aussi, une faveur, peut être rapportée à tout moment.

Au total, la mesure d'incarcération de principe est tombée en désuétude en raison de sa contradiction avec le principe de non-emprisonnement pour dettes et de son extrême sévérité alors que la conscience collective, particulièrement en Europe, ne semblait plus la comprendre. En France, ces dispositions répressives ont complètement disparu avec la loi du 13 juillet 1967, que reprend la loi du 25 janvier 1985, en raison de la dissociation de l'homme et de l'entreprise. L'Acte uniforme se situe dans la mouvance de ces lois.

Section II - Mesures conservatoires et les mesures tendant à connaître l'actif du débiteur

15. Il y a lieu de distinguer et d'aborder tour à tour les mesures conservatoires et les mesures tendant à connaître l'actif du débiteur. Ces mesures visent particulièrement la liquidation des biens mais elles ne sont pas exclues en cas de redressement.

§I - Mesures conservatoires

16. Elles se traduisent d'une part dans l'apposition de scellés, d'autre part dans les actes conservatoires que le syndic ou le débiteur va accomplir.

A - Apposition des scellés

17. S'agissant de l'apposition des scellés, c'est une mesure qui peut être prescrite par le jugement d'ouverture. Elle porte sur les caisses, coffres, portefeuilles, livres, papiers, meubles, effets, magasins et comptoirs du débiteur. S'il s'agit d'une personne morale comportant des membres indéfiniment responsables, l'apposition va automatiquement embrasser les biens de chacun d'eux. L'Acte uniforme comporte une innovation consistant dans la possibilité de prescrire l'apposition des scellés sur les biens des dirigeants des personnes morales. Cette mesure contribue à une plus grande efficacité des sanctions patrimoniales qui pourraient être prononcées contre les dirigeants de personnes morales (art. 59 AUPCAP).

Sur proposition du syndic, le juge-commissaire peut le dispenser de faire placer sous scellés ou l'autoriser à en extraire :

- les objets mobiliers et effets indispensables au débiteur et à sa famille sur l'état qui lui est soumis ;
- les objets soumis à dépérissement prochain ou à dépréciation imminente ;
- les objets nécessaires à l'activité professionnelle du débiteur ou à son entreprise quand la continuation de l'exploitation est autorisée.

Ces objets sont, de suite, inventoriés avec prisée par le syndic en présence du juge-commissaire qui signe le procès-verbal.

La mise sous scellés des biens du débiteur a un caractère provisoire puisqu'elle prend fin dès que commence l'inventaire.

B - Actes conservatoires

18. Les actes conservatoires sont ceux qui tendent à préserver les droits du débiteur et, d'une manière générale, à conserver la consistance du patrimoine du débiteur. Par exemple, sont considérés comme des actes conservatoires au sens de l'Acte uniforme ou tout au moins soumis au même régime que ceux-ci :

- l'inscription d'hypothèques sur les immeubles des débiteurs du débiteur ;
- l'inscription ou le renouvellement des sûretés ;
- l'exercice de l'action oblique ;
- la vente des biens meubles sujets à dépérissement ou à dépréciation rapide.

À cette fin, le syndic reçoit dès le jugement d'ouverture de liquidation des biens le pouvoir d'accomplir ou d'exercer les actes, droits et actions du débiteur concernant son patrimoine, y compris, bien entendu, les actes conservatoires. En ce qui les concerne, en raison de leur nature particulière, même le débiteur supplanté peut les accomplir.

En cas de redressement judiciaire, non seulement le débiteur peut accomplir seul les actes conservatoires, et même les actes de gestion courante entrant dans l'activité habituelle de l'entreprise, conformément aux usages de la profession, à charge d'en rendre compte au syndic mais également le syndic peut faire seul un acte nécessaire à la sauvegarde du patrimoine de l'entreprise si le débiteur ou les dirigeants de la personne morale refusent de le faire s'il y est autorisé par le juge-commissaire (art. 52 AUPCAP).

Pour accomplir ces actes, notamment pour l'inscription d'hypothèques, le syndic joint à sa requête un certificat constatant sa nomination.

Parallèlement à l'accomplissement d'actes conservatoires, l'inventaire doit être fait de manière à établir la consistance de l'actif du débiteur.

§II - Mesures tendant à connaître l'actif

19. La connaissance de l'actif est de la première importance pour la réussite de toute procédure collective de

redressement judiciaire et surtout de liquidation des biens. En plus de l'inventaire qui constitue la principale mesure dans le sens de la connaissance de l'actif, l'article 55 a prévu des dispositions liées aux livres et documents comptables.

A- Dispositions liées aux livres et documents comptables

20. Elles appellent quelques précisions du fait de l'importance des livres et documents comptables pour la connaissance des biens du débiteur. Ainsi, dans les trois jours de la décision d'ouverture, le débiteur doit se présenter au syndic avec ses livres comptables en vue de leur examen et de leur clôture. Dans le même sens, tout tiers détenteur de ces livres est tenu de les remettre au syndic sur la demande de ce dernier. Le débiteur ou le tiers détenteur peut se faire représenter s'il justifie de causes d'empêchement reconnues légitimes. Dans le cas où le bilan ne lui a pas été remis par le débiteur, le syndic dresse, à l'aide des livres, documents comptables, papiers et renseignements qu'il se procure, un état de situation. Dans un domaine quelque peu différent, en raison de la représentation qui prévaut en cas de liquidation des biens, les lettres adressées au débiteur sont remises au syndic, sauf celles ayant un caractère personnel. Toutefois, le débiteur peut assister à l'ouverture de celles n'ayant pas un caractère personnel par le syndic (art. 56).

B - Inventaire

21. S'agissant de l'inventaire, il doit commencer dans les trois jours qui suivent l'apposition des scellés. Le syndic doit, en effet, dans ce délai requérir leur levée. L'inventaire a lieu en présence du débiteur ou tout au moins celui-ci dûment convié à y prendre part par lettre recommandée ou par tout autre moyen laissant trace écrite. En cas de décès du débiteur, ses héritiers sont appelés au lieu et place de celui-ci. Le représentant du ministère public peut assister à l'inventaire. Le syndic peut se faire aider par toute personne qu'il juge utile pour la rédaction de l'inventaire comme pour l'estimation des biens.

L'inventaire doit être aussi complet et aussi exact que possible. Même les marchandises placées sous sujétion douanière doivent figurer à l'inventaire si le syndic en a connaissance avec cependant une mention spéciale. L'inventaire est établi à partir des livres, pièces ou documents comptables déposés à l'initiative du débiteur avant le jugement d'ouverture. En effet, l'article 26 AUPCAP prescrit que de nombreux documents, qui peuvent être utiles pour l'inventaire, soient joints à la déclaration de cessation des paiements prévue à l'article 25 AUPCAP. À défaut, l'inventaire est diligenté à partir des livres que le syndic trouvera sur place dans l'entreprise. Il est fait recellement des objets mobiliers échappant à l'apposi-

tion des scellés ou extraits des scellés après inventaire et prise.

L'inventaire est établi en double exemplaire : l'un est immédiatement déposé au greffe de la juridiction compétente, l'autre reste entre les mains du syndic.

En cas de liquidation des biens et en raison de la finalité de celle-ci, une fois l'inventaire terminé, les marchandises, les espèces, les valeurs, les effets de commerce et les titres de créance, les livres et papiers, les meubles et effets du débiteur sont remis au syndic qui en prend charge au bas de l'inventaire afin de commencer les opérations liquidatives.

Au total, l'inventaire est une opération importante. Il conditionne l'apurement du passif et même le sauvetage de l'entreprise. Mais le syndic dispose de peu de prérogatives pour découvrir les biens que le débiteur ne serait pas disposé à laisser appréhender par des tiers, si bien que l'inventaire se révèle assez souvent décevant. L'efficacité de l'inventaire supposerait une moralité « angélique » de la part du débiteur, comme du temps de César Biroteau (*Voy. dans ce sens Y. Guyon, Une faillite au XIX^e siècle, selon le roman de Balzac « César Biroteau », Mélanges Jauffret, Aix, 1974, p. 377 et s. Le titre complet de ce roman écrit en 1837 est « Histoire de la grandeur et de la décadence de César Biroteau, parfumeur, chevalier de la Légion d'honneur, adjoint au maire du deuxième arrondissement de Paris »*). En effet, sauf s'il fait preuve de beaucoup de naïveté et d'abnégation, le débiteur ne sera guère disposé à révéler la consistance de ses biens ou de sa fortune au syndic. Il paraît indiqué, en vue de favoriser l'atteinte des objectifs des procédures collectives, de rechercher un système qui contraindrait le débiteur à déclarer l'ensemble de ses biens.

En marge de l'inventaire qui concerne beaucoup plus l'actif, il faut mentionner la disposition de l'article 65 AUPCAP relatif aux mesures à prendre par le débiteur et/ou par le syndic pour établir la consistance des dettes relatives aux impôts, aux droits de douane et aux cotisations de sécurité sociale et pour souscrire les déclarations y afférentes. En cas de redressement judiciaire, en raison de l'assistance, le syndic requiert le débiteur d'y procéder. En cas de liquidation des biens où il y a représentation, le syndic requiert le débiteur de lui fournir tous les éléments d'information y afférents afin d'y procéder lui-même. Dans les deux procédures, en cas de défaillance, le syndic informe les administrations fiscales, douanières et de sécurité sociale en leur fournissant les informations dont il dispose. L'expérience montre que les dettes fiscales au sens large et les cotisations sociales impayées constituent une part importante du passif des entreprises en état de cessation des paiements, celles-ci préférant payer prioritairement leurs fournisseurs.

En conclusion, l'apposition des scellés, les actes conservatoires et l'inventaire ont pour principale finalité de connaître et de préserver la consistance du patrimoine du débiteur. L'administration de celui-ci, à compter de la décision d'ouverture, doit se faire conformément aux règles du dessaisissement.

Chapitre II : Mesures tendant à l'administration des biens du débiteur : le dessaisissement

22. On distingue classiquement le dessaisissement dans la faillite et l'assistance dans la liquidation judiciaire. C'est ce que fait l'Acte uniforme respectivement pour la liquidation des biens et le redressement judiciaire. La doctrine moderne invite cependant à assimiler les deux situations et à faire état dans les deux cas de dessaisissement (*Voy. dans ce sens, entre autres : Y. Guyon, op. cit., n° 1213. L'auteur y fait état d'un dessaisissement à contenu variable ; M. Jeantin, Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficulté, Précis Dalloz, 1995, n° 627 et s ; P. Pétel, Procédures collectives, Dalloz, 2^e édition, 1998, n° 165 et s*). En effet, dans la liquidation des biens ou dans le redressement judiciaire, tout comme anciennement dans la faillite ou la liquidation judiciaire de la loi du 4 mars 1889, l'activité du débiteur, touchant particulièrement son patrimoine, ne peut plus ignorer la situation nouvelle. Dans un cas, il ne peut plus agir : il est représenté par le syndic (liquidation des biens) ; dans l'autre, il doit se faire assister par le syndic, c'est-à-dire obtenir son accord et sa participation à l'acte (redressement judiciaire). À l'analyse, il y a seulement une différence de degré à l'intérieur d'une même situation qui est le dessaisissement.

Après une brève étude de la nature et du domaine du dessaisissement, il conviendra d'en préciser les limites ainsi que les effets.

Section I - Nature et domaine du dessaisissement

23. La nature et le domaine du dessaisissement sont des questions importantes, au plan théorique notamment, qui méritent d'être étudiées à tour de rôle.

§1 - Nature du dessaisissement

24. Le dessaisissement doit être comparé à un certain nombre d'institutions, ce qui permettra d'approcher sa nature juridique réelle. Il s'agit de l'incapacité, de l'expropriation, de la saisie et de l'inopposabilité.

A - Institutions inadéquates : incapacité et expropriation

L'incapacité et l'expropriation ne se rapprochent du dessaisissement qu'en apparence.

I - Dessaisissement et incapacité

25. On a soutenu que le dessaisissement entraînait l'incapacité du débiteur d'administrer ses biens et d'en

disposer, ce qui, à première vue, semble exact au regard des limitations et restrictions qui frappent le débiteur relativement à l'administration et à la disposition de ses biens. Mais l'incapable ne peut faire d'acte juridique valable et c'est en général pour sa propre protection que l'incapacité est édictée. Or le dessaisissement vise à protéger la masse des créanciers et non le débiteur. De plus, le débiteur peut faire des actes juridiques inattaquables aussi bien par lui-même que par le tiers avec lequel il a traité. Seulement ces actes sont inopposables à la masse. Le cocontractant pourra les faire valoir contre le débiteur mais seulement après la clôture de la procédure. L'incapacité ne correspond donc pas à la situation du débiteur. Quid de l'expropriation ?

II - Dessaisissement et expropriation

26. Il y aurait expropriation du débiteur de ses biens au bénéfice de ses créanciers réunis au sein de la masse, donc une expropriation pour cause d'intérêt privé. L'expropriation entraîne la perte de la propriété d'un bien contre une indemnité. Il n'y a pas, ici, d'expropriation car la masse n'acquiert pas le patrimoine du débiteur. Si la masse a eu un patrimoine propre en France, celui-ci n'a englobé que les produits des actions en inopposabilité, en responsabilité civile ou en comblement du passif social. Rappelons qu'en France, c'est la notion même de masse qui a été abandonnée en 1985.

Il n'y a pas non plus confiscation, c'est-à-dire une expropriation-sanction sans indemnité.

L'expropriation ne correspond pas non plus à la situation du débiteur.

B - Institutions inadéquates : saisie et inopposabilité

La saisie et l'inopposabilité caractérisent dans une large mesure la situation du débiteur après le jugement d'ouverture.

I - Dessaisissement et saisie

27. Le dessaisissement s'apparente à la saisie. Les procédures collectives, on le sait, sont des voies d'exécution propres au droit commercial. Elles entraînent l'indisponibilité des biens du patrimoine du débiteur comme la saisie entraîne celle du ou des biens concernés. La saisie explique assez bien la situation privilégiée des créanciers formant la masse par rapport aux créanciers hors la masse qui seront négligés tout au long de la procédure.

II - Dessaisissement et inopposabilité

28. C'est l'inopposabilité qui qualifie le mieux la situation créée par le jugement d'ouverture. En effet,

l'inopposabilité se dit d'un acte juridique dont la validité en tant que telle n'est pas contestée mais dont les tiers peuvent écarter les effets. Elle se distingue nettement de la nullité qui opère *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de tous. Appliquée aux procédures collectives, l'inopposabilité permet à la masse d'ignorer les actes faits par le débiteur en contravention aux règles légales.

La nature du dessaisissement étant plus ou moins bien perçue, c'est à l'étude de son domaine qu'il convient maintenant de s'attacher.

§II - Domaine du dessaisissement

29. L'étude du domaine du dessaisissement nous permettra de constater qu'il a une très large portée. En effet, le dessaisissement atteint les biens du débiteur (B) et son activité juridique (C). Mais il faut d'abord en déterminer le domaine dans le temps (A).

A - Domaine dans le temps

30. Trois moments permettent de situer correctement le domaine du dessaisissement dans le temps :

D'abord, le débiteur agit avant le prononcé du jugement d'ouverture. L'acte est valable sauf application des inopposabilités ou nullités, de droit ou facultatives, de la période suspecte dont on verra que la portée est plus limitée que celle des inopposabilités découlant du dessaisissement.

Ensuite, le débiteur agit entre le jugement d'ouverture et la clôture de la procédure. On se trouve alors dans le domaine du dessaisissement qui va produire ses effets même si le cocontractant est de bonne foi.

Enfin, l'acte est passé après la clôture de la procédure. Le dessaisissement a pris fin avec la procédure. Le débiteur est remis à la tête de ses affaires - s'il lui en reste. L'acte est opposable aux créanciers.

Si l'on se trouve dans le temps du dessaisissement, celui-ci va atteindre les biens ainsi que l'activité juridique du débiteur.

B - Domaine quant aux biens du débiteur

31. Le dessaisissement concerne les biens du débiteur qu'ils soient présents ou à venir (art. 53, al. 2).

Le dessaisissement frappe tous les biens du débiteur existant au jour du jugement. L'apposition des scellés et l'inventaire s'appliquent à ces biens.

Il frappe aussi les biens à venir. En effet, au terme de l'article 443 du Code de commerce, le jugement de faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli en ce qui concerne l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite. C'est

cette idée que reprend l'Acte uniforme lorsqu'il vise également les biens « qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit » (art. 53, al. 2). À titre d'exemple, le débiteur pourra avoir des biens par succession ou en exerçant une nouvelle activité (indépendante ou salariée).

L'étendue du dessaisissement quant aux biens n'est pas véritablement dérogoratoire. La règle en la matière n'est que la reprise de l'article 2092 du Code civil édictant le droit de gage général au profit de tout créancier sur les biens présents et à venir de son débiteur.

C - Domaine quant à l'activité juridique du débiteur

32. L'activité juridique du débiteur menée seule va demeurer étrangère à la masse, c'est-à-dire qu'elle lui sera inopposable. Il en sera ainsi des actes juridiques, des actions en justice et même des conséquences des faits juridiques.

S'agissant des actes juridiques, ils sont divers : contrats, paiements, libéralités... Si de tels actes sont accomplis pendant la période couverte par le dessaisissement, des sanctions sont prévues :

- d'abord une sanction civile : l'acte est frappé d'une inopposabilité de plein droit (*Voy. Dakar, Sénégal, arrêt n° 342 du 20 juillet 2000 confirmant le jugement commercial n° 1076 du 9 mai 1995 du Tribunal régional hors classe de Dakar, qui déclare inopposable à la masse des créanciers une cession de 135 parts sociales d'une société immobilière appartenant à Edouard Garascio en faveur de Assane Fall intervenue le 24 novembre et le 1^{er} décembre 1988, alors que le cédant était dessaisi du fait que sa mise en liquidation des biens avait été prononcée le 7 mars 1988, en application de la législation sénégalaise antérieure à l'AUPC*) ;
- ensuite une sanction pénale : la banqueroute simple s'applique au débiteur qui a payé certains créanciers après la cessation des paiements ; cette formulation concerne assurément la période qui se situe après le jugement d'ouverture.

Concernant les actions judiciaires, en règle générale, le débiteur ne peut plus agir librement à compter du jugement d'ouverture. Il doit ou être représenté par le syndic (liquidation des biens) ou être assisté du syndic (redressement judiciaire).

Selon les termes d'un arrêt ancien (*C. cass. fr. Cas. Requête, 17 juin 1897, D.P.98, 1, 524*), le liquidateur (ou le syndic) doit être présent à l'acte juridique passé par le liquidé (ou le débiteur) et y concourir ; cette condition est exigée notamment pour l'exercice des actions en justice et la défense à ces actions ; en conséquence, la demande formée par le liquidé seul est nulle et cette nullité ne peut être couverte. Il ne peut seul interjeter appel d'un jugement qu'il prétend lui faire grief.

Enfin, relativement aux faits juridiques, le dessai-

sisement a pour effet de bloquer le patrimoine du débiteur dans sa consistance au jour du jugement d'ouverture. C'est pourquoi, les créances de réparation de délits et quasi-délits commis par le débiteur après le jugement d'ouverture sont inopposables à la masse.

Le dessaisissement, au regard des développements précédents, a un domaine très large. Néanmoins, il connaît des limites extrêmement importantes.

Section II - Limites au dessaisissement

33. Malgré sa très large portée, le dessaisissement comporte des limites. Celles-ci sont relatives aux biens, aux actes ou d'ordre procédural.

§1 - Limites relatives aux biens

Ces limites tiennent aux biens insaisissables et à l'interférence des régimes matrimoniaux.

A - Biens insaisissables ou alimentaires

34. Les biens insaisissables ou alimentaires ne sont pas englobés par le dessaisissement. Ces biens comprennent la fraction insaisissable du salaire, les pensions alimentaires, les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du débiteur et de sa famille. L'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution renvoie aux lois nationales pour la définition des biens et droits insaisissables (art. 51).

De plus, le juge-commissaire peut, sur proposition du syndic, le dispenser de faire mettre sous scellés ou l'autoriser à en extraire :

- les objets mobiliers et effets indispensables au débiteur et à sa famille ;
- les objets nécessaires à l'activité professionnelle du débiteur ou à son entreprise quand la continuation de l'exploitation est autorisée (art. 60).

Enfin, l'Acte uniforme prévoit que le débiteur pourra obtenir pour lui et sa famille, sur l'actif de sa faillite, des secours alimentaires qui seront fixés par le juge-commissaire sur proposition du syndic (art. 60, 165 et 182).

Ces règles sont également applicables aux deux procédures, et tout particulièrement à la liquidation des biens.

B - Interférence des régimes matrimoniaux

35. Les règles des régimes matrimoniaux peuvent restreindre l'étendue du dessaisissement. Ainsi, on ne considérera pas ou on ne devrait pas considérer, comme des avantages matrimoniaux les effets normaux du régime matrimonial adopté par les époux. Par exemple, si les époux sont sous le régime de la communauté des meubles et acquêts ou seulement des acquêts et si les acquêts

de l'un des époux sont plus importants, le conjoint non concerné par la procédure, qu'il s'agisse de la femme ou du mari, peut en profiter (*Ripert et Roblot, op. cit., n° 3171*). Il en est différemment des avantages particuliers comme le préciput stipulé qui permettrait à l'un des époux de prélever avant tout partage une somme d'argent ou certains biens de la masse à partager, ou encore d'une clause de partage inégal de la communauté.

§II - Limites relatives aux actes

36. Relativement aux actes du débiteur, le dessaisissement se heurte au caractère conservatoire de l'acte et à la compensation.

A - Actes conservatoires

37. Il est admis par une jurisprudence constante que le débiteur peut, malgré le dessaisissement, accomplir certains actes s'il s'agit d'actes conservatoires : acte interruptif de prescription, protêt d'une lettre de change non acceptée pour défaut de paiement, renouvellement d'une inscription hypothécaire. Cette jurisprudence est confirmée par de nombreuses dispositions de l'Acte uniforme (art. 52 et 53).

Cette première limite, qui vise à conserver la consistance du patrimoine du débiteur, n'en est pas vraiment une puisque les actes exclus du dessaisissement ne peuvent qu'être utiles aux créanciers que le dessaisissement protège.

B - Compensation

38. La compensation n'est, en principe, plus possible à compter du jugement d'ouverture du fait du dessaisissement qui s'ensuit. Il y a, en effet, blocage du patrimoine du débiteur et obligation de traiter les créanciers sur un pied d'égalité. Le jeu de la compensation, qui est un mode de paiement, peut entraîner une rupture de l'égalité entre les créanciers. C'est pourquoi, de manière classique, la compensation est refusée et le créancier concerné doit payer ce qu'il doit, si ce n'est déjà fait, et produire pour ce qui lui est dû.

Au mépris du dessaisissement, il est admis par la jurisprudence, surtout française, que la compensation peut jouer si les créances réciproques sont connexes. L'Acte uniforme vient légaliser ces solutions.

I - Apport de la jurisprudence

39. Les solutions dégagées par la jurisprudence permettent de distinguer les cas de connexité selon que les créances se rattachent à un même compte ou à un même contrat.

a - Créances réciproques se rattachant à un même compte

40. Il peut s'agir du compte courant ou de tout autre compte.

1 - Le compte courant

41. La convention de compte courant est celle par laquelle deux personnes, dont l'une est souvent un banquier, décident de porter réciproquement en compte toutes les opérations juridiques qu'elles feront entre elles, de manière à ce qu'il y ait compensations successives, et de ne procéder en principe au règlement qu'à la clôture du compte par le paiement du solde. Le compte est dit courant parce qu'il enregistre successivement, voire régulièrement, une série d'opérations entre le remettant et le receveur.

Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation française, il est admis que les effets de commerce escomptés par inscription en compte courant peuvent être contre-passés en cas de non-paiement. La contre-passation peut être motivée par l'ouverture de la procédure collective. En effet, la convention de compte courant est conclue *intuitu personae* et de ce fait, elle peut être résolue de plein droit en raison de l'ouverture de la procédure collective (*Voy. ces anciennes décisions de la Cour de cassation française : civ., 19 novembre 1888 et com., 25 janvier 1955, obs. M. Azoulai, in R. Houin, Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, Sirey, 1962, n° 104. On signale que la loi française de 1985 prévoit le principe de la poursuite des contrats en cours, même de ceux conclus intuitu personae*).

Cette solution est considérée comme reposant sur le lien de connexité que le compte courant établit entre l'escompte des effets en compte et la créance résultant du non-paiement de l'effet à son échéance. La contre-passation de l'effet vaudra ou ne vaudra pas paiement en fonction du solde existant à l'échéance (*Voy. pour de plus amples développements : J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, Droit bancaire, Précis Dalloz, 6^e éd., 1995, n° 509 et s.*). Dans le cas où la contre-passation vaut paiement, le créancier bénéficie d'une situation préférentielle par rapport aux autres créanciers formant la masse.

Mais un compte ne peut mériter cette qualification que s'il y a réciprocité des remises et enchevêtrement de ces mêmes remises. La compensation est-elle également admise pour les autres comptes ?

2 - Comptes autres que le compte courant

42. Même dans le cas de comptes ne pouvant prétendre à la qualification de compte courant, le rattachement des créances réciproques à un même compte et l'existence d'un lien de connexité suffisent à faire jouer la compensation. Comme exemples de comptes différents du compte courant, on peut noter les autres comptes en banque, le compte de liquidation d'une société, la comptabilité des

récompenses matrimoniales, le compte du rapport des dettes dans le partage des successions ou des indivisions (*Voy. dans ce sens : Cass. Civ., 3 mars 1891, D.P., 1891. 1249 et Cass. civ., 10 décembre 1946, Dalloz 1947. 87, cités in Les Grands arrêts de la jurisprudence commerciale, op. cit., p. 496*).

Les hypothèses dans lesquelles la compensation joue dans des comptes autres que le compte courant sont rares.

Dans un domaine quelque peu différent, la compensation peut également jouer : il s'agit de l'hypothèse où les créances réciproques se rattachent à un même contrat.

b - Créances réciproques se rattachant à un même contrat

43. Il y a deux grandes situations génériques qu'il faut distinguer : les créances s'analysent comme dérivant de l'exécution correcte du contrat ; l'une des créances s'analyse en une créance de dommages et intérêts.

1 - Créances réciproques dérivant de l'exécution correcte d'un même contrat

44. Là aussi, la compensation est admise par une jurisprudence constante. En effet, la connexité est indéniable au plan de la théorie de la cause : l'exécution correcte de chacune des prestations synallagmatiques sert de cause à l'autre.

L'arrêt de principe en ce domaine est celui rendu le 8 octobre 1938 par la Cour de cassation (*Chambre civile, 8 octobre 1938, in Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, n° 148. Voy. également Ripert et Roblot, op. cit., n° 3040*). Il s'agissait en l'occurrence d'un contrat d'abonnement à l'électricité. La compagnie fournisseuse était créancière d'une certaine somme représentant la consommation d'électricité de la période donnée. Or, le débiteur avait effectué un dépôt à titre de garantie ou d'avance sur consommation. La compagnie a pu, par compensation, se payer sur le dépôt de garantie.

2 - Une des créances s'analysant en une créance de dommages-intérêts

45. Dans ce cas, la connexité est plus lâche. En dépit de certains flottements, la jurisprudence est favorable à l'admission d'une connexité large (*Req. 7 février 1928, D.P. 1928, I, p. 272*).

Prenons l'exemple d'un contrat d'entreprise. Peut-on compenser, même après l'ouverture de la procédure d'une part la créance du prix des travaux (bonne exécution), d'autre part la créance d'indemnité pour malfaçon (mauvaise exécution) ? La Cour de cassation admet la compensation dans un tel cas. Dans son arrêt du 2 juillet 1975 (*Com. 2 juillet 1975, Dalloz 1975, p. 424*), elle semble même aller plus loin. L'arrêt trouve une connexité entre une créance contractuelle et une créance délictuelle de réparation née à l'occasion du contrat.

Ces solutions, dont on pouvait critiquer la faiblesse en raison de leur absence de base légale explicite, viennent d'être pour l'essentiel légalisées par l'Acte uniforme.

II - Solutions de l'Acte uniforme

46. L'Acte uniforme vise la compensation dans certaines de ces dispositions :

- en premier lieu, l'article 68 exclut des inopposabilités de plein droit tout paiement de dettes échues par « compensation légale, judiciaire ou conventionnelle de dettes ayant un lien de connexité entre elles » ;
- en second lieu, l'article 102, concernant la revendication de marchandises ou d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus avec une clause de réserve de propriété, autorise la revendication, en cas d'aliénation, contre le sous-acquéreur, du prix ou de la partie du prix dû si celui-ci n'a été ni payé en valeur ni compensé en compte courant entre le débiteur et le sous-acquéreur ; la compensation en compte courant est ici admise sans condition particulière ;
- en troisième lieu, l'article 109 relatif à l'exécution des contrats en cours, prévoit que la juridiction compétente, saisie d'une action en résolution intentée par le cocontractant contre le syndic, peut prononcer la compensation entre les acomptes reçus pour des prestations non encore fournies par lui avec les dommages-intérêts dus pour la résolution.

Il résulte de ces dispositions que la compensation est largement admise dès qu'il y a connexité. Il n'y a pas lieu de distinguer :

- selon que la créance découle d'un compte courant ou d'autres types de comptes ;
- ou selon que les créances réciproques dérivent de l'exécution correcte d'un même contrat ou que l'une des créances s'analyse en une créance de dommages-intérêts.

On peut en conclure que toutes les solutions jurisprudentielles sont reprises par l'Acte uniforme, sans cependant beaucoup d'assurance en l'absence d'une position de la CCJA, d'autant que ces cas de compensation, même s'ils paraissent justifiés, portent atteinte à la règle du dessaisissement.

Sur un plan d'ensemble, la compensation, question assurément complexe, semble présenter un grand intérêt pratique et on trouve, dans des pays comme la Belgique et la France, des décisions qui en traitent dès le milieu du XIX^e siècle. Sans le jeu de la compensation, la personne qui a à la fois la qualité de débiteur et de créancier du débiteur doit payer à celui-ci ce qu'il lui doit avec la quasi-certitude qu'il ne lui payera pas ce qu'il lui doit.

Dans la faillite d'Air Afrique, le syndic a réclamé à Air France de lui payer ce qu'elle doit à Air Afrique mais celle-ci a opposé la compensation. La solution qui a été donnée à cette affaire n'est pas connue.

S'agissant de la compensation antérieure au jugement

d'ouverture, elle ne semble pas faire l'ombre d'une difficulté. Mieux, l'article 68 exclut des inopposabilités de plein droit de la période suspecte tout paiement de dettes échues par « *compensation légale, judiciaire ou conventionnelle de dettes ayant un lien de connexité entre elles* ».

Après le jugement d'ouverture, la difficulté d'admission de la compensation découle de l'interprétation de la disposition qui interdit au failli de « payer » après sa mise en faillite. L'éclairage du droit comparé s'avère utile. Ainsi, d'une manière générale, relativement à la situation en France, des auteurs constatent qu'« il ne paraît pas excessif d'en déduire l'adhésion implicite du législateur à l'ensemble de la construction traditionnelle. Au demeurant, un arrêt très ferme de la Cour de cassation a décidé que la compensation jouait, dans le régime de la loi de 1985, entre deux obligations unies par un lien de connexité (*Com.*, 19 mars 1991, *Bull. cass.*, 4, n° 105, *RJDA*, 1991, 546, *Rev. Dr. Banc.*, 1991, 155, *obs. M.J.A. et Calendini...*). Depuis, la Haute juridiction a, à plusieurs reprises, confirmé cette solution (*Cass. com.*, 2 mars 1993, *D.* 1993, 426, *note Pédamon...* : « *le débiteur d'une entreprise en redressement judiciaire est en droit d'opposer à cette dernière, pour résister à une demande en paiement, le principe de la compensation entre sa dette et une créance connexe déclarée au passif du redressement judiciaire ; il en est ainsi même dans le cas où, un plan de continuation de l'entreprise ayant été arrêté, ladite créance est soumise aux délais arrêtés par le plan* »). Pour lui donner davantage d'autorité, si besoin était, la loi du 10 juin 1994 l'a consacrée. Désormais, l'interdiction de payer un créancier antérieur « *ne fait pas obstacle au paiement pour compensation de créances connexes* » (art. 33, al. 1 nouveau) » (*G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, t. II : Effets de commerce, Banque et Bourse, Contrats commerciaux, Procédures collectives, L.G.D.J., 16^e éd., 2000, par P. Delbecq et M. Germain, n° 3040*).

Il semble résulter de l'intention du législateur qui se dégage de certaines dispositions de l'AUPC (*notamment art. 68, 102, 109*) que la compensation après le jugement d'ouverture doit être largement admise par l'AUPC dès qu'il y a connexité. Il n'y a pas lieu de distinguer selon que la créance découle d'un compte courant ou d'autres types de comptes ou selon que les créances réciproques dérivent de l'exécution correcte d'un même contrat ou que l'une des créances s'analyse en une créance de dommages-intérêts.

Les limites relatives aux biens et aux actes ne sont pas les seules : en effet, il existe également des limites d'ordre procédural.

§III - Limites d'ordre procédural

47. Le débiteur dispose d'une certaine marge procédurale en dehors de la procédure et même dans le cadre de la procédure.

A - En dehors de la procédure collective

48. Deux séries d'actions sont soustraites du dessaisissement.

La première concerne les actions judiciaires extrapatrimoniales telles que l'action en divorce, l'action en recherche de paternité, l'action relative au nom, au droit moral de l'auteur, au droit au respect de la vie privée, à l'honneur, etc. Le débiteur bénéficie ici d'une autonomie totale. Il est normal que le dessaisissement n'aille pas au-delà des domaines où il peut présenter un intérêt pour les créanciers et ne porte pas atteinte aux attributs de la personne humaine. Il est à rappeler que le droit extrapatrimonial est incessible et insaisissable.

La seconde a trait aux actions judiciaires patrimoniales faisant intervenir de manière prépondérante des considérations personnelles ou familiales, comme l'action relative à une pension alimentaire ou l'action en réparation d'un préjudice corporel ou moral comme l'action en diffamation.

B - Dans le cadre de la procédure collective

49. Le débiteur a trois séries d'initiatives. Il peut contester les décisions rendues par le juge-commissaire dans la mesure où elles sont susceptibles de contestation.

En ce qui concerne les décisions rendues par la juridiction compétente, il peut interjeter appel contre le jugement d'ouverture ou faire opposition, faire appel du jugement fixant la période suspecte ou du jugement refusant d'homologuer le concordat ou convertissant le redressement judiciaire en liquidation des biens.

Relativement à la procédure de vérification des créances, le débiteur doit être convoqué aux opérations de vérification et il peut contester des créances.

Le champ d'application du dessaisissement a été abordé à travers sa nature, son domaine et ses limites. Il reste à préciser quels sont les effets du dessaisissement.

Section III - Effets du dessaisissement

50. Le dessaisissement, comme on peut s'en douter, produit à la fois des effets négatifs, à savoir l'inopposabilité des actes qui y contreviennent, et des effets positifs, à savoir l'« ensaisinement » de la masse.

§I - Effets négatifs : inopposabilité à la masse

51. Les actes accomplis par le débiteur seul sont inopposables à la masse. Mais cette inopposabilité a un caractère plus général que celle de la période suspecte puisqu'elle s'applique en principe à tous les actes et quelles que soient la bonne ou la mauvaise foi du cocontractant. L'inopposabilité s'applique même si le cocontractant a

ignoré le jugement : par exemple, le jugement n'a pas été publié ou bien la publicité a été insuffisante.

Concrètement, l'inopposabilité implique que : celui qui a payé au débiteur doit payer une nouvelle fois entre les mains du syndic ; celui qui a acheté un bien au débiteur et en a pris livraison doit le rendre au syndic ; celui qui a été payé par le débiteur doit restituer la somme perçue au syndic.

Elle a un caractère définitif à l'égard de la masse : le créancier qui a méconnu les règles du dessaisissement est un créancier hors la masse. Ainsi, celui qui a acheté un bien au débiteur, non seulement doit le rendre au syndic, représentant la masse, mais en plus, il ne peut pas produire pour obtenir le remboursement du prix payé au débiteur.

Des atténuations de faible intérêt existent. La première tient en ce que le débiteur est valablement engagé à titre personnel. Le cocontractant a un recours contre lui. Mais ce recours ne sera utile qu'une fois le débiteur revenu à meilleure fortune après la clôture de la procédure. La seconde réside dans l'application de la règle classique, « *en fait de meubles possession vaut titre* » de l'article 2279 du Code civil, qui constitue une certaine protection du cocontractant.

§II - Effets positifs : « ensaisinement » de la masse

52. L'intensité de l'« ensaisinement » varie selon qu'il s'agit de la liquidation des biens ou du redressement judiciaire puisque dans le premier cas il y a représentation du débiteur tandis que dans le second il y a une simple assistance de celui-ci. À cet égard, la loi française du 25 janvier 1985 offre plus de possibilités au tribunal, puisqu'elle ajoute la surveillance à l'assistance et à la représentation.

Dans les deux cas, mais surtout dans le redressement judiciaire, se pose en plus le problème de la poursuite d'activité.

A - Assistance et la représentation du débiteur

53. La situation du débiteur change du tout au tout selon qu'il s'agit de la liquidation des biens ou du redressement judiciaire.

I - Représentation du débiteur en cas de liquidation des biens

54. Dans la procédure de liquidation des biens, le redressement ou le sauvetage de l'entreprise en tant que tel est exclu. De ce fait, le concordat est également exclu (*Dans le système du Code de commerce et de la loi du 4 mars 1889, le prononcé de la faillite n'excluait pas le vote du concordat et le sauvetage de l'entreprise*). La continuation d'activité après le jugement d'ouverture ne peut

se faire qu'avec l'autorisation de la juridiction compétente elle-même et dans des conditions restrictives : en effet, celle-ci ne peut être autorisée que pour les besoins de la liquidation et uniquement si cette continuation ne met pas en péril l'intérêt public ou celui des créanciers (art. 113).

Le débiteur est représenté par le syndic. Il ne participe plus à la gestion de l'entreprise. L'entreprise est gérée par le syndic, du moins s'il y a continuation d'activité. Si le syndic refuse d'accomplir un acte ou d'exercer un droit ou une action concernant le patrimoine du débiteur, celui-ci ou les dirigeants de la personne morale ou les contrôleurs, s'il en a été nommé, peuvent l'y contraindre par décision du juge-commissaire obtenue dans les conditions prévues par les articles 40 et 43 de l'Acte uniforme (art. 53).

Le syndic va recouvrer les créances du débiteur au fur et à mesure qu'elles arrivent à échéance. La déchéance du terme ne joue pas contre les débiteurs. En pratique, recouvrer les créances est l'une des tâches essentielles du syndic (*Dans le système du Code de commerce et de la loi du 4 mars 1889, le prononcé de la faillite n'excluait pas le vote du concordat et le sauvetage de l'entreprise*). Il va également exercer des actions en justice : en reconnaissance de droits, en paiement, en responsabilité civile aggravée ou non, etc.

Il bénéficie d'un entier pouvoir de liquidation après l'inventaire. Relativement à la vente des biens, il faut envisager deux hypothèses. Il s'agit d'abord de la vente séparée des biens du débiteur. Celle-ci est la plus simple même si elle n'est pas souvent la plus rentable pour la masse et pour l'économie nationale. Le juge-commissaire décide si la vente séparée des différents biens du débiteur se fera à l'amiable, aux enchères publiques ou grâce à des intermédiaires. Les marchandises et effets mobiliers sont vendus librement mais de préférence aux enchères publiques. Pour le fonds de commerce, il faut une autorisation du juge-commissaire. Les immeubles ne peuvent être vendus qu'avec l'autorisation du juge-commissaire qui fixe les modalités de la vente (enchères publiques, adjudication ou de gré à gré) ainsi que les conditions ou éléments essentiels de la vente (fixation du prix ou de la mise à prix).

Il s'agit ensuite de la cession à forfait de tout ou partie de l'actif. Dans ce cas, le prix est souvent plus important que celui résultant des ventes isolées. Toutefois, il faut noter un certain caractère aléatoire qui fait courir un risque à la masse. C'est pourquoi la cession à forfait doit être autorisée par le juge-commissaire. Elle permet, dans une certaine mesure, la récupération ou la sauvegarde de tout ou partie de l'entreprise. C'est pourquoi elle est considérée comme une solution heureuse du redressement judiciaire en France avec la loi du 25 janvier 1985.

II - Assistance du débiteur en cas de redressement judiciaire

55. Le redressement judiciaire tend vers une reprise totale d'activité de l'entreprise même s'il n'y aboutit pas dans tous les cas. C'est pourquoi d'une part la continua-

tion d'activité est automatique et ne nécessite aucune autorisation, d'autre part le débiteur continue d'agir. Mais il faut la participation du syndic, ce qui veut dire qu'il faut l'accord du débiteur et du syndic.

Cependant, chacun d'eux peut agir seul dans les cas suivants :

- tous les deux pour l'accomplissement d'actes conservatoires ;
- le débiteur pour les actes de gestion courante entrant dans l'activité habituelle de l'entreprise, conformément aux usages de la profession, à charge d'en rendre compte au syndic ;
- le syndic pour faire un acte nécessaire à la sauvegarde du patrimoine de l'entreprise si le débiteur ou les dirigeants de la personne morale refusent de l'accomplir, à condition d'y être autorisé par le juge-commissaire ; il en est ainsi, notamment, lorsqu'il s'agit de procéder au recouvrement des effets de commerce et des créances exigibles, de vendre des objets dispendieux à conserver ou soumis à dépréciation imminente ou à dépérissement prochain, d'intenter ou de suivre une action mobilière ou immobilière ; il faut souligner, pour les cas où l'assistance du syndic est nécessaire, que si celui-ci refuse son assistance pour accomplir des actes d'administration ou de disposition au débiteur ou aux dirigeants de la personne morale, ceux-ci ou les contrôleurs peuvent l'y contraindre par décision du juge-commissaire obtenue dans les conditions prévues par les articles 40 et 43 de l'Acte uniforme.

Une autorisation du juge-commissaire est nécessaire, même en cas d'accord des deux, pour les actes susceptibles de compromettre la survie de l'entreprise telle que la vente des immeubles ou de certaines machines.

Le syndic doit aider le débiteur afin qu'il parvienne à l'adoption du concordat par les créanciers et à son homologation par la juridiction compétente. S'il n'y a pas de concordat, le redressement judiciaire sera converti en liquidation des biens.

Mais concrètement qui est le débiteur qui doit faire l'objet d'assistance ou de représentation ? C'est bien entendu la personne physique commerçante ou la personne morale de droit privé à l'égard de laquelle une procédure collective a été prononcée. Quand on parle de l'assistance ou de la représentation du débiteur, cela ne soulève pas de difficulté dans le cadre d'une entreprise individuelle : c'est l'entrepreneur qui est visé. Dans le cas d'une personne morale, le plus souvent une société, l'assistance du débiteur va en réalité être celle apportée à ses dirigeants. Mais on peut en pratique se demander qui sont les dirigeants auxquels l'assistance doit être apportée si un administrateur provisoire a été nommé avant l'ouverture de la procédure. (*Voy. dans ce sens le jugement du TPI de Libreville, répertoire n° 001/2000/2001, du 5 janv. 2001 concernant le redressement judiciaire de la Banque populaire du Gabon. En l'espèce, il y a eu d'abord la nomination d'un administrateur provisoire le 9 sept. 1999. Ensuite, le Trib. a, le 23 déc. 1999, admis ladite banque au redressement judiciaire, en désignant*

un juge-commissaire et un syndic et en prenant « acte de la nomination par la COBAC [Commission bancaire de la BEAC] de M. Jean Géo Pastouret en qualité d'administrateur provisoire ». Le directeur général démis par la COBAC soutient qu'il doit être réintégré dans ses fonctions de direction en raison de ce que, dans le redressement judiciaire, le syndic assiste les organes normaux de la société et que tel n'est pas le cas de l'administrateur provisoire. Le Trib. retient que « les articles 13 et 14 [de l'annexe à la convention portant création de la COBAC] indiquent que la COBAC peut prononcer notamment la suspension ou la démission des dirigeants responsables, elle est aussi habilitée à désigner un administrateur provisoire ayant le pouvoir d'administrer, diriger et même déclarer la cessation des paiements de l'établissement ;... que la COBAC peut en vertu de ses prérogatives légales, et d'office, substituer le dirigeant statutaire ; qu'il s'ensuit que lorsque le 9 nov. 1999, la COBAC destituait le requérant pour nommer M. Jean Géo Pastouret, et lorsqu'ensuite le Trib. prenait le relais et prononçait la mise en redressement judiciaire de la Banque populaire en prenant acte de cette situation, il n'a nullement violé l'article 52 de l'AUPC mais a constaté que la direction et l'administration de la personne morale concernée étaient effectivement assurées par un administrateur provisoire bancaire ;... qu'il résulte de ce qui précède qu'à l'analyse, les compétences du Trib. et de la COBAC ne sont pas en conflit car il entre dans les attributions de cette dernière de contrôler les conditions d'exploitation des établissements de crédit et de prendre les mesures nécessaires pour assurer leur bon fonctionnement tandis que le Trib. assure le respect de la loi sur les procédures collectives et contrôle la régularité et la légalité des actes posés par la COBAC dans la matière spéciale des établissements de crédit » ; en conséquence, le Trib. a constaté que la nomination de l'administrateur provisoire est régulière et conforme aux prescriptions de la convention portant création de la COBAC et dit n'y avoir lieu de la remettre en cause. Le même jugement prononce la faillite personnelle du directeur général démis (voy. sur ce dernier point Sanctions civiles et commerciales des procédures collectives, en particulier la faillite personnelle).

B - Poursuite de l'activité

56. La poursuite de l'activité est indispensable pour l'aboutissement du redressement judiciaire dont la finalité est le sauvetage de l'entreprise. Elle se comprend moins bien dans la liquidation des biens. Toutefois, même dans ce cas, elle peut s'avérer nécessaire ou tout au moins utile, notamment, dans le cas d'entreprises industrielles, pour transformer des matières premières ou des produits semi-finis en produits finis susceptibles d'être commercialisés à un meilleur prix. C'est si vrai qu'en France, depuis la loi du 25 janvier 1985, la procédure commence toujours en principe par la période d'observation (*Sur la période d'observation, voy. F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises,*

cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985, avec la collaboration d'Adrienne Honorat, Dalloz, 3^e éd., n° 147 et s. Selon ces auteurs, « l'institution d'une période d'observation constitue l'une des parties les plus novatrices de la loi ») au cours de laquelle l'activité de l'entreprise est poursuivie. La poursuite de l'activité pose deux problèmes : l'un, courant, à savoir le sort des contrats en cours, l'autre, plutôt exceptionnel, qui est la mise du fonds en location-gérance.

I - Sort des contrats en cours

57. Le contrat en cours est souvent assimilé au contrat à exécution successive. Or un contrat à exécution successive peut avoir fini de dérouler ses effets avant le jugement d'ouverture tandis qu'un contrat à exécution instantanée peut n'avoir pas encore produit ses effets. On peut donc en déduire qu'un contrat est en cours lorsqu'il n'a pas épuisé ses effets fondamentaux au jour du jugement d'ouverture. (*Voy. dans ce sens G. Ripert et R. Roblot, op. cit., n° 3047 citant des décisions relatives au prêt, à une vente moyennant rente viagère et à une vente contre une dation en paiement*).

Le sort des contrats en cours est préoccupant : d'un côté, il est essentiel que les contrats en cours à la date du jugement d'ouverture se poursuivent dans l'optique du redressement de l'entreprise et, dans une certaine mesure, en vue d'obtenir un meilleur produit de la liquidation des biens, par exemple en achevant les fabrications en cours ; de l'autre, il est évident que la continuation des contrats en cours peut entraîner une aggravation du passif ou une diminution de l'actif au détriment des créanciers antérieurs si les créanciers issus de la continuation font l'objet d'un paiement au comptant ou bénéficient d'un traitement privilégié.

Au plan de la problématique, la solution qui serait la plus favorable au redressement de l'entreprise consiste à permettre au syndic - ou au syndic et au débiteur - l'exercice d'un entier choix entre la continuation du contrat aux conditions stipulées et sa résiliation unilatérale sans devoir des dommages-intérêts au cocontractant. Pour ce dernier, la solution la plus intéressante est celle qui lui permettrait d'opter soit pour la continuation du contrat si tel est son intérêt, soit pour la non-continuation s'il estime que la situation nouvelle n'assure pas suffisamment la garantie de son paiement.

Il résulte des articles 107 à 111 et d'autres dispositions de l'Acte uniforme qu'il y a en matière d'exécution des contrats en cours un droit commun et des réglementations particulières.

a - Droit commun

58. S'inspirant du droit français selon lequel « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle,

aucune indivisibilité, aucune résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire » (loi du 25 janvier 1985, art. 37), l'Acte uniforme dispose que « la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite » en réservant cependant « les contrats conclus en considération de la personne du débiteur et ceux prévus expressément par la loi de chaque État partie » (art. 107). Le domaine et les conditions de la continuation ainsi que les conséquences de celles-ci appellent des précisions.

1 - Domaine et conditions de la continuation

59. Sont exclus du domaine de la continuation les contrats conclus en considération de la personne du débiteur - contrats conclus *intuitu personae* - et ceux prévus expressément par la loi de chaque État partie. La signification de ce second cas d'exclusion, à savoir « ceux expressément prévus par chaque État partie », n'est pas des plus évidentes. L'on peut considérer qu'outre les contrats unanimement ou généralement reconnus comme étant conclus *intuitu personae*, les États parties peuvent prévoir que certains contrats prennent fin en raison de l'ouverture d'une procédure collective. Si cette latitude laissée aux États est mal comprise ou mal utilisée, elle peut aller à l'encontre de la volonté du législateur OHADA qui est de limiter les cas dans lesquels la continuation des contrats en cours n'est pas possible.

Même limitée aux contrats conclus *intuitu personae*, l'exclusion peut être critiquée en ce qu'elle compromet le redressement de l'entreprise parce qu'elle coupe l'entreprise de son environnement. En effet, la continuation des contrats conclus *intuitu personae* peut être aussi nécessaire au sauvetage de l'entreprise que celle des autres contrats. C'est certainement la raison de l'abandon de cette exclusion par la loi française du 25 janvier 1985 dont l'article 37, relativement à la poursuite des contrats en cours, ne distingue pas selon que les contrats sont ou non conclus en considération de la personne. Ainsi la poursuite est de règle, selon la Cour de cassation française, même pour les contrats de crédit (*Voy. dans ce sens G. Ripert et R. Roblot, op. cit., n° 3047 citant des décisions relatives au prêt, à une vente moyennant rente viagère et à une vente contre une dation en paiement*).

Les contrats conclus *intuitu personae* sont ceux où la considération de la personne a été déterminante dans leur conclusion comme le mandat, les conventions de compte courant et d'ouverture de crédit, le cautionnement, la commission, les contrats de franchise et les concessions d'exclusivité, les contrats de sociétés de personnes...

S'agissant des contrats qui ne sont pas conclus *intuitu personae*, il faut rappeler que selon l'Acte uniforme, on ne peut pas invoquer une clause résolutoire fondée

sur la survenance de la procédure collective. Une telle clause, qui est nulle, est réputée non écrite (art. 107). En revanche, si la résolution était acquise avant le jugement d'ouverture sur un autre fondement, à savoir l'inexécution de ses obligations par le débiteur, le cocontractant peut s'en prévaloir. La règle de la suspension des poursuites ne joue pas dans ce cas (art. 75, al. 3) car l'ouverture de la procédure collective ne peut empêcher de critiquer les contrats irrégulièrement formés (annulation) ou inexécutés (résolution ou résiliation).

En dehors des hypothèses d'exclusion, comment la continuation va-t-elle s'opérer ? Est-elle automatique ? La continuation n'est pas automatique : il revient au syndic, quelle que soit la procédure ouverte, d'user de la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie (art. 108). C'est donc dire que le syndic peut, en se fondant sur l'intérêt de l'entreprise et/ou des créanciers, décider de poursuivre ou de ne pas poursuivre l'exécution de tel ou tel contrat en cours. Malgré l'apparente nécessité de clarifier le plus rapidement possible la situation des contrats après le jugement d'ouverture afin que l'on sache quels sont ceux qui sont poursuivis et ceux qui ne le sont pas, il n'est pas imposé au syndic un délai dans lequel il doit exercer son option. C'est au cocontractant, s'il ne veut pas demeurer longtemps dans l'incertitude, de prendre les devants : il peut mettre le syndic en demeure, par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, d'exercer son option ou de fournir la prestation promise, dans un délai de trente jours, sous peine de résolution de plein droit du contrat (art. 108, al. 3). La poursuite peut résulter d'une décision expresse du syndic par laquelle il exerce son option ou découler tacitement de la fourniture par celui-ci de la prestation promise.

Si le syndic n'utilise pas de sa faculté d'option ou ne fournit pas la prestation promise dans le délai imparti par la mise en demeure, son abstention ou son inexécution peut donner lieu, outre la résolution, à des dommages-intérêts dont le montant sera produit au passif au profit de l'autre partie (art. 109, al. 1). Il est précisé que le cocontractant ne peut pas compenser les acomptes reçus pour des prestations non encore fournies par lui avec les dommages-intérêts dus pour cette résolution. Cependant, la juridiction saisie de son action en résolution contre le syndic peut prononcer la compensation ou l'autoriser à différer la restitution des acomptes jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages-intérêts, ce qui lui permet finalement d'attendre le moment où la compensation pourra utilement jouer.

Sur un plan d'ensemble, les précisions suivantes doivent être apportées. En premier lieu, à la différence du droit antérieurement en vigueur, la continuation d'activité, devenue automatique en cas de redressement judiciaire, ne requiert aucune autorisation judiciaire préalable. En revanche, le juge-commissaire peut y mettre fin après avoir entendu le syndic et, à leur demande ou même d'office, les créanciers et les contrôleurs. Le juge-com-

missaire doit statuer dans les huit jours de l'audition du syndic, des créanciers et des contrôleurs. Dans le cadre de la continuation de l'activité, le syndic doit communiquer les résultats de l'exploitation au juge-commissaire et au représentant du ministère public à la fin de chaque période fixée par lui (art. 112). À l'inverse de ce qui est admis pour le redressement judiciaire, la continuation d'activité en cas de liquidation des biens fait l'objet d'une réglementation restrictive et prudente qui est dictée par l'intérêt des créanciers. En effet, en cas de liquidation des biens, la continuation de l'activité doit être autorisée par la juridiction compétente qui ne peut l'accorder que si elle est justifiée par les besoins de la liquidation, par exemple pour transformer un stock de matières premières en produits finis ou pour maintenir en bon état une unité de production dont la cession en bloc est envisagée. La continuation de l'exploitation ou de l'activité cesse trois mois après l'autorisation, à moins que la juridiction compétente ne la renouvelle une ou plusieurs fois. Tous les trois mois, les résultats de l'exploitation doivent être communiqués au président de la juridiction compétente et au représentant du ministère public (art. 113). Aussi bien en cas de liquidation des biens qu'en cas de redressement judiciaire, la communication des résultats doit comporter l'indication du montant des deniers déposés au compte de la procédure collective.

En second lieu, il est possible de faire participer le débiteur ou les dirigeants de la personne morale à la continuation de l'exploitation dans des conditions qui varient selon la procédure ouverte : en cas de redressement judiciaire, c'est le juge-commissaire qui le décide sur requête du syndic et qui fixe les conditions de leur rémunération ; en cas de liquidation des biens, il revient à la juridiction d'en décider et de fixer les conditions y afférentes.

2 - Conséquences de la continuation

60. Dans le cadre de la poursuite des contrats en cours, un passif important ne devrait pas se reconstituer. Les paiements incombant au débiteur doivent se faire au comptant. En effet, selon l'Acte uniforme, « si le contrat est synallagmatique et si le syndic n'a pas fourni la prestation promise, l'autre partie peut soulever l'exception d'inexécution » (art. 108, al. 2). Il n'est pas prévu que le cocontractant puisse être contraint de s'exécuter sans avoir reçu paiement. Même si l'exigence du paiement au comptant paraît justifiée et souhaitable, on peut se demander si cela n'est pas un frein au redressement de l'entreprise. C'est pourquoi, même si le syndic ou le débiteur ne peut contraindre le cocontractant à accepter un paiement à crédit, il n'est pas exclu - et il peut même être souhaitable - que celui-ci accepte un paiement à crédit. Dans ce cas, la créance qui en résultera sera une créance de la masse ou contre la masse bénéficiant à ce titre d'une priorité de paiement conformément aux dispositions des articles 166 et 167 de l'Acte uniforme qui prévoient un ordre de paiement en matière immobilière

et en matière mobilière. La position des créanciers de la masse ou contre la masse n'est pas intéressante si les frais de justice et les salaires superprivilégiés sont importants et si les biens du débiteur font l'objet pour la plupart d'hypothèques, de gages, de nantissements inscrits ou d'un privilège spécial. L'on peut se demander si le syndic qui décide la continuation du contrat en sachant que le débiteur ne sera pas en mesure de régler ponctuellement les prestations du cocontractant engage ou non sa responsabilité. L'Acte uniforme ne contient pas d'indication claire dans un sens ou dans l'autre. L'éclairage du droit comparé français montre que la jurisprudence française dans une telle hypothèse retient la responsabilité de l'administrateur qui y remplace le syndic (*Voy. dans ce sens G. Ripert et R. Roblot, op. cit., n° 3047 citant des décisions relatives au prêt, à une vente moyennant rente viagère et à une vente contre une dation en paiement*). Mais la faute de celui-ci n'est pas présumée : elle doit être prouvée.

Il y a lieu de noter que fort logiquement les créances résultant de prestations antérieures au jugement d'ouverture sont des créances dans la masse devant à ce titre être produites.

Des difficultés pourraient cependant surgir de l'application des différentes règles. La première est relative aux prestations postérieures au jugement d'ouverture mais antérieures à la levée de l'option par le syndic à la suite de la mise en demeure. Entraînent-elles la naissance de créances dans la masse ou de créances de la masse ? L'alinéa 2 de l'article 108 prévoit que si l'autre partie s'exécute sans avoir reçu la prestation promise, elle devient créancière de la masse. Or cet alinéa vient avant celui traitant de la mise en demeure d'exercer l'option. Par conséquent, l'on peut conclure que de telles créances sont des créances de la masse. La seconde a trait aux dommages-intérêts au cas de résiliation prononcée après le jugement d'ouverture en raison du refus implicite ou explicite du syndic de continuer l'exécution. L'article 109 décide que les dommages-intérêts doivent être produits au passif, ce qui signifie qu'ils constituent des créances dans la masse. Le seul avantage est que la juridiction compétente saisie de l'action en résolution exercée contre le syndic peut prononcer la compensation avec les sommes reçues pour des prestations non encore fournies ou l'autoriser à différer la restitution de ces sommes jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages-intérêts.

Dans l'ensemble, les règles qui régissent la continuation des contrats en cours paraissent satisfaisantes sous certaines réserves ayant trait notamment à l'exclusion des contrats conclus *intuitu personae*. Néanmoins, les auteurs de l'Acte uniforme ont jugé utile de prévoir des règles particulières pour certains contrats.

b - Règles particulières

61. Elles sont relatives à deux contrats dont l'importance est avérée pour l'entreprise, en l'occurrence le contrat de bail et le contrat de travail.

1 - Contrat de bail

62. Prévues par les articles 97 et 98, les règles afférentes au contrat de bail consistent pour l'essentiel dans la réglementation du droit de résiliation et du privilège du bailleur d'immeuble.

L'ouverture de la procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens n'entraîne pas, de plein droit, la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité professionnelle du débiteur, y compris les locaux qui, dépendant de ces immeubles, servent à l'habitation du débiteur ou de sa famille. Toute stipulation contraire est réputée non écrite. Le syndic, en cas de liquidation des biens, ou le débiteur, assisté du syndic en cas de redressement judiciaire, peut continuer le bail ou le céder aux conditions éventuellement prévues au contrat conclu avec le bailleur avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent. En l'absence d'indication particulière, on peut conclure que le bail se poursuit tacitement dès lors qu'il n'y a pas engagement de la procédure de résiliation. L'on aura remarqué que la décision à prendre relève de l'organe normal de la procédure (syndic d'une part, débiteur et syndic d'autre part) alors que, dans le droit commun, une telle décision appartient dans tous les cas au syndic seul.

Si le syndic ou le débiteur assisté du syndic décide de ne pas poursuivre le bail, celui-ci est résilié sur simple congé formulé par acte extrajudiciaire. La résiliation prend effet à l'expiration du délai de préavis notifié dans cet acte, qui ne saurait être inférieur à trente jours.

Le bailleur peut demander la résiliation du bail pour des causes nées soit antérieurement à la décision d'ouverture, soit postérieurement à celle-ci. Ainsi, le bailleur qui entend demander ou faire constater la résiliation pour des causes antérieures à la décision d'ouverture doit, s'il ne l'a déjà fait, introduire sa demande dans le mois suivant l'insertion au journal d'annonces légales prévue par l'article 36 ou l'insertion au journal officiel prévue par l'article 37. S'il se fonde sur des causes nées postérieurement à la décision pour former une demande en résiliation du bail, il doit l'introduire dans un délai de quinze jours à dater de la connaissance par lui de la cause de résiliation. Celle-ci est seulement prononcée lorsque les garanties offertes sont jugées insuffisantes par la juridiction compétente pour garantir le privilège du bailleur.

63. Relativement au privilège du bailleur d'immeuble, l'article 98 définit son assiette selon que le bail est résilié ou n'est pas résilié en reprenant en substance les dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (art. 111). Bien entendu, le privilège du bailleur a pour finalité la garantie du paiement des loyers dus à celui-ci. Son assiette porte sur les meubles garnissant les lieux loués. Ces meubles faisaient l'objet d'une saisie conservatoire spécifique, à savoir la saisie-gagerie mais celle-ci a disparu avec l'adoption de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies

d'exécution. Mais la nouvelle réglementation protège assez bien le bailleur.

Si le bail est résilié, le bailleur a privilège pour les douze derniers mois de loyers échus avant la décision d'ouverture ainsi que pour les douze mois échus ou à échoir postérieurement à cette décision et pour les dommages-intérêts qui pourront lui être alloués dont il peut demander le paiement dès le prononcé de la résiliation. Il est, en outre, créancier de la masse pour tous les loyers échus et les dommages-intérêts prononcés postérieurement à la décision d'ouverture.

Si le bail n'est pas résilié, le bailleur a privilège pour les douze derniers mois de loyers échus avant la décision d'ouverture ainsi que pour les douze mois de loyers échus ou à échoir postérieurement à cette décision. Il ne peut exiger le paiement des loyers échus ou à échoir, après la décision d'ouverture, pour lesquels il est, en outre, créancier de la masse, qu'au fur et à mesure de leurs échéances, si les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues ou celles qui lui ont été accordées depuis la décision d'ouverture sont jugées suffisantes. Si le bail n'est pas résilié et qu'il y a vente ou enlèvement des meubles garnissant les lieux loués, le privilège du bailleur d'immeuble garantit les mêmes créances et s'exerce de la même façon qu'en cas de résiliation ; le bailleur peut en outre demander la résiliation du bail qui est de droit. En cas de conflit entre le privilège du bailleur d'immeuble et celui du vendeur de fonds de commerce sur certains éléments mobiliers, le privilège de ce dernier l'emporte.

Le bail n'est pas le seul contrat à faire l'objet de dispositions spécifiques. Il en est de même des contrats de travail.

2- Contrats de travail

64. Le maintien des contrats de travail est l'un des objectifs poursuivis par les procédures collectives à travers la tentative de sauvegarde de l'entreprise. La loi française est plus explicite, qui vise expressément le maintien des emplois comme une finalité du redressement judiciaire. C'est dire que, même en l'absence de disposition explicite dans ce sens, la continuation des contrats en cours est automatique et il n'est pas nécessaire de prendre une décision de continuation. Le problème qui peut se poser est celui d'y mettre fin, autrement dit de procéder à des licenciements pour motif économique. Et ce n'est pas une hypothèse d'école lorsque l'on est en face d'une entreprise en état de cessation des paiements. En effet, la volonté de préserver les emplois peut être contrariée par la réalité économique et le refus d'envisager et de réaliser les licenciements nécessaires peut conduire à la disparition de l'entreprise et, par voie de conséquence, à celle de tous les emplois. C'est la raison pour laquelle l'article 27 relatif à l'offre de concordat, qui doit être déposée au plus tard dans les quinze jours de la déclaration de la cessation des paiements, précise, parmi les mesures

et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise et dont l'offre doit traiter, « les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les articles 110 et 111 du présent Acte uniforme ».

Le réalisme invite donc à envisager les licenciements inévitables. Ainsi, selon les articles 110 et 111, lorsque des licenciements pour motif économique présentent un caractère urgent et indispensable, le syndic peut être autorisé à y procéder par le juge-commissaire selon la procédure prévue par les articles 110 et 111, nonobstant toute disposition contraire mais sans préjudice du droit au préavis et aux indemnités liées à la résiliation du contrat de travail. À cet effet, le syndic établit l'ordre des licenciements, recueille les avis et suggestions des délégués du personnel qu'il informe par écrit des mesures qu'il entend prendre. L'employeur doit communiquer à l'inspection du travail sa lettre de consultation des délégués du personnel et la réponse écrite de ces derniers ou préciser que ceux-ci n'ont pas répondu dans le délai de huitaine.

Il y a comme une incohérence entre les alinéas 2 et 5 de l'article 110. En effet, le premier confie au syndic le soin d'établir l'ordre des licenciements conformément aux dispositions du droit du travail applicable tandis que le second charge l'employeur de communiquer à l'inspection du travail sa lettre de consultation des délégués du personnel et la réponse de ces derniers ou la précision qu'ils n'y ont pas répondu. Il n'est pas compréhensible que ces opérations soient confiées à des personnes différentes. Du reste, quand une procédure s'ouvre, l'employeur est soit le syndic (liquidation des biens), soit le débiteur et le syndic (*redressement judiciaire*). Or, le problème des licenciements économiques dont il faut apprécier le caractère urgent et indispensable se pose uniquement pour le redressement judiciaire dans la mesure où en cas de liquidation des biens tous les emplois sont appelés à disparaître à plus ou moins brève échéance. Il aurait fallu que ce soit le débiteur et le syndic et non le syndic seul qui fixe l'ordre des licenciements. Peut-être y a-t-il eu une option volontaire destinée à protéger le débiteur ? Dans tous les cas, la clarification des dispositions de l'article 110 paraît souhaitable.

L'ordre des licenciements établi par le syndic, l'avis des délégués du personnel s'il a été donné ainsi que la lettre de communication à l'inspection du travail sont remis au juge-commissaire qui décide d'autoriser les licenciements envisagés ou certains d'entre eux s'ils s'avèrent nécessaires au redressement de l'entreprise, par décision signifiée aux travailleurs dont le licenciement est autorisé et au contrôleur représentant les travailleurs s'il en est nommé. La décision autorisant ou refusant les licenciements est susceptible d'opposition dans les quinze jours de sa signification devant la juridiction ayant ouvert la procédure, laquelle doit rendre sa décision sous quinzaine. Cette dernière décision est sans appel.

65. Sur un plan d'ensemble, des contradictions pourraient survenir de l'application des dispositions des alinéas 2 et 3 de l'article 110. En effet, l'alinéa 2 invite à se conformer purement et simplement aux dispositions du droit du travail applicable. À ce titre, par exemple l'article 101 du Code du travail burkinabé de la loi n° 028-2008/AN du 13 mai 2008 prévoit, en matière de licenciement pour motif économique, que « lorsque les négociations prévues à l'article 99 ci-dessus n'ont pu aboutir à un accord, ou si malgré les mesures envisagées, certains licenciements s'avèrent nécessaires, l'employeur établit la liste des travailleurs à licencier ainsi que les critères retenus et les communique par écrit aux délégués du personnel ». Le code de 2008 laisse une certaine latitude à l'employeur quant au choix des personnes à licencier alors qu'antérieurement, notamment avec le code du travail de la loi n° 11-92-ADP du 22 décembre 1992, il semblait en résulter qu'en cas d'égalité au plan des aptitudes professionnelles, l'on privilégiera le plus ancien ou celui qui a le plus de charges de famille. Fort heureusement, l'alinéa 3 de l'article 110 de l'Acte uniforme a privilégié également, en cas d'égalité au plan des aptitudes professionnelles, « les travailleurs les plus anciens en proposant pour le licenciement les travailleurs les moins anciens dans l'entreprise, l'ancienneté étant calculée selon les dispositions du droit du travail applicables ». Mais rien n'empêche que, dans un tel cas, une législation nationale hardie retient un ordre plus favorable au redressement de l'entreprise en gardant les plus jeunes qui se trouvent être les moins coûteux pour l'entreprise. Mais une telle hypothèse a peu de chances de se produire au regard des pratiques habituelles en Afrique francophone et de l'action des syndicats de travailleurs toujours favorables aux plus anciens. L'hypothèse de contradiction deviendrait même impossible si le projet d'harmoniser le droit du travail devait aboutir.

En dehors de la poursuite de l'activité par la continuation des contrats en cours dans les conditions ci-dessus, il est possible dans certaines hypothèses de mettre le fonds en location-gérance.

II - Mise du fonds en location-gérance

66. La location-gérance, ou gérance libre, est le contrat par lequel le commerçant loue son fonds de commerce à un autre commerçant qui l'exploite à ses risques et périls moyennant le versement d'une redevance périodique. L'opération en droit commun est régie par l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général (art. 106 à 114) qui pose un certain nombre de conditions pour la réalisation et la régularité du contrat de location-gérance : par exemple, celui qui met son fonds en location-gérance doit avoir été commerçant pendant au moins deux années ou avoir exercé pendant une durée équivalente des fonctions de gérant ou de directeur commercial ou

technique d'une société et avoir exploité, pendant une année au moins, en qualité de commerçant, le fonds mis en gérance (art. 109). Tenant compte des impératifs et de la spécificité des procédures collectives, l'Acte uniforme a prévu que les conditions fixées ci-dessus ne sont pas applicables, entre autres, aux contrats de location-gérance passés par des mandataires de justice chargés à quelque titre que ce soit de l'administration d'un fonds de commerce, à condition qu'ils y aient été autorisés par la juridiction compétente et qu'ils aient satisfait aux mesures de publicité prévues.

Des règles protectrices des intérêts en présence sont édictées relativement à la conclusion et à l'exécution du contrat de location-gérance. Auparavant, il convient d'évoquer la problématique de ce contrat.

a - Problématique de la location-gérance

67. La location-gérance peut constituer une heureuse solution d'attente dans la vue d'atteindre les objectifs poursuivis par les procédures collectives. Il en est ainsi particulièrement si la cause des difficultés de l'entreprise tient essentiellement à la mauvaise gestion ou à l'incompétence du débiteur ou des dirigeants sociaux. Elle peut également permettre à un éventuel repreneur de se ménager un délai de réflexion pendant lequel il se familiariserait avec l'entreprise (*Y. Guyon, op. cit., n° 1123. L'auteur déplore que le nouveau régime français lie la location-gérance à la reprise définitive, ce qui risque de décourager les bonnes volontés.*)

La location-gérance présente cependant de graves inconvénients : d'une part, souvent les locataires-gérants ne disposent pas de fonds propres suffisants à même de renflouer l'entreprise et de relancer ses activités ; d'autre part, la location-gérance peut être l'occasion pour le locataire-gérant ou le débiteur de « vider la substance de l'entreprise », autrement dit de réduire la valeur du fonds au détriment du paiement des créanciers ou du sauvetage de l'entreprise ; enfin, elle peut constituer une modalité permettant au débiteur de reprendre son entreprise en sous-main, ce qui est évidemment condamnable. Ces risques, qui ne sont pas des hypothèses d'école, expliquent que la location-gérance n'est pas considérée comme une solution normale ou courante de sauvetage de l'entreprise et n'est admise et maintenue que sous des conditions restrictives.

b - Conclusion du contrat

68. S'agissant de la formation ou de la conclusion de la location-gérance, elle est autorisée par la juridiction compétente, à la demande du ministère public, du syndic ou d'un contrôleur s'il en a été nommé si des conditions strictes sont remplies. En premier lieu, la disparition ou la cessation d'activité, même provisoire, de l'entreprise est de nature à compromettre son

redressement ou à causer un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale dans la production et la distribution de biens et de services. C'est la même règle qui prévaut en France lorsque la location-gérance est conclue pendant la période d'observation. En effet, la location-gérance est admise aussi bien dans la phase définitive qu'au cours de la période d'observation. Toutefois, dans ce dernier cas, il est exigé en plus que la disparition de l'entreprise soit de nature « à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale » (loi du 25 janvier 1985, art. 42). Cette formule est reprise de l'ordonnance du 23 septembre 1967 où elle servait à déterminer les entreprises pouvant bénéficier de la suspension provisoire des poursuites (*Voy. dans ce sens : Guyon Y., op. cit., n° 1217 ; Ripert et Roblot, t. II par Delebecque et Germain, n°s 3067 et 3207 où les auteurs évoquent la grande méfiance des rédacteurs de la loi de 1985 à l'égard de la location-gérance*).

En second lieu, la conclusion de l'opération doit être entourée du maximum de garanties : il en est ainsi de l'exigence que le locataire-gérant d'une part présente une indépendance suffisante à l'égard du débiteur, afin d'éviter les collusions frauduleuses que les procédures collectives semblent favoriser (*C'est à croire que la procédure a pour fin réelle de servir les intérêts des auxiliaires de justice et que Balzac avait raison de considérer la faillite comme « une espèce de vol involontaire admise par la loi, mais aggravée par les formalités » (Balzac, Le faiseur, éd. de l'Imprimerie Nationale, cité par F. Pollaud-Dulian, Note sous Cass., Ass. plén., 9 juillet 1993, op. cit., n° 368). Pour le cas spécifique de la France, « le nouveau texte n'impose plus au locataire-gérant d'être indépendant du débiteur alors que, dans le régime antérieur, les accointances évidentes existant entre eux étaient la source de beaucoup d'abus » (Derrida, Godé et Sortais, op. cit., 3^e éd., n° 426)), d'autre part offre des garanties suffisantes, sans doute en matière de préservation de la consistance de l'entreprise et de paiement de la redevance (*Voy. pour le cas de la France : Derrida, Godé et Sortais, 3^e éd., op. cit., n° 426*).*

En dernier lieu, la durée du contrat de location-gérance ne peut excéder deux ans mais elle est renouvelable sans autre précision et la décision statuant sur l'autorisation de la location-gérance fait l'objet des mêmes communications et publicités que celles prévues par les articles 36 et 37 relatifs au jugement d'ouverture. Pour le reste, l'article 115 de l'Acte uniforme rend la location-gérance possible même si les conditions de durée d'exploitation du fonds de commerce par le débiteur pour conclure une location-gérance ne sont pas réunies ou qu'il y a une clause contraire dans le bail de l'immeuble.

Une fois conclu, le contrat de location-gérance doit être exécuté.

c - Exécution du contrat

69. L'exécution du contrat de location-gérance est dominée par le contrôle du respect des engagements souscrits par le locataire-gérant et par les conséquences qui découlent du non-respect de ceux-ci.

Le contrôle du respect des engagements du locataire-gérant est confié au syndic qui doit y veiller. À cet effet, il est habilité à se faire communiquer par le locataire tous les documents et informations utiles à sa mission. À son tour, le syndic doit rendre compte au juge-commissaire de l'exécution de ses obligations par le locataire-gérant dans les conditions suivantes : la périodicité est d'au moins tous les trois mois et le compte rendu doit préciser les sommes reçues et déposées sur le compte de la procédure collective ainsi que les éventuelles atteintes portées aux éléments pris en location-gérance et les mesures de nature à résoudre toute difficulté d'exécution.

La conséquence du non-respect des engagements souscrits par le locataire-gérant est la résiliation du contrat. La résiliation du contrat de location-gérance peut être décidée à toute époque par la juridiction compétente, soit d'office, soit à la demande du syndic ou du représentant du ministère public, soit à la demande d'un contrôleur. À cet effet, le juge-commissaire doit faire un rapport. Les causes de résiliation expressément retenues tiennent au fait pour le preneur de diminuer les garanties qu'il avait données ou de compromettre la valeur du fonds. Les garanties évoquées sont certainement en relation avec le paiement ponctuel de la redevance convenue.

Finalement, la location-gérance n'est pas considérée comme une solution normale ou courante de sauvetage de l'entreprise. C'est pourquoi elle n'est admise ou poursuivie que sous des conditions strictes. Les dispositions de l'Acte uniforme peuvent être considérées dans l'ensemble comme satisfaisantes même s'il y a lieu de reconnaître la difficulté de trouver le juste milieu dans la réglementation de la location-gérance dans le cadre des procédures collectives. En effet, l'excès de rigueur peut empêcher la conclusion d'une opération opportune tandis que la souplesse confinante au laxisme peut préjudicier aux créanciers et au sauvetage de l'entreprise.

En conclusion, la situation du débiteur est relativement simple à compter du jugement d'ouverture : afin de garantir les intérêts des créanciers et de l'entreprise, des mesures sont prévues pour conserver la consistance de son patrimoine et assurer son administration ou sa liquidation. Pour l'essentiel, la situation du débiteur se ramène au dessaisissement. Corrélativement, la condition des créanciers va s'en trouver considérablement modifiée.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

- Actes,
- conservatoires, 16 et s., 55.
- de gestion courante, 18, 55.
Assistance du débiteur, 18, 55, 62.

B

- Bail,
- continuation du bail, 62, 63.
- privilège du bailleur, 62, 63.
- résiliation du bail, 62, 63.
Bilan, 14, 20.

C

- Compensation, 38 et s., 59.
Compte courant, 41.
Continuation de l'activité, 56 et s.
- contrats en cours, 57 et s.
- créanciers contre la masse, 60.
- liquidation des biens, 56.
- location-gérance, 66.
- participation du débiteur, 59.
- participation des dirigeants sociaux, 59.
- redressement judiciaire, 56.
Contrats de travail, 64, 65.
Contrats en cours,
- contrat de bail : v. Bail.
- contrats de travail : v. cette expression.
- dommages-intérêts, 60.
- exception d'inexécution, 60.
- option du syndic, 59.
Contrôleurs,
- assistance du débiteur, 55.
- continuation de l'activité, 59.
- représentation du débiteur, 54.
Créances dans la masse, 60.
Créances de la masse ou contre la masse, 60.

D

- Dessaisissement, 22 et s.
- Domaine, 22 et s.
- effets, 50 et s.
- Limites, 33 et s.
- en matière procédurale, 47 et s.
- relatives aux actes, 36 et s.
- relatives aux biens, 34, 35.
- Nature, 24 et s.
- Notion, 22.
- Rapports avec des notions voisines, 23 et s.
- expropriation, 26.
- incapacité, 25.
- inopposabilité, 28.
- saisie, 27.
Douane, 21.

I

- Incarcération (abandon), 12 et s.
- Exception, 14.
- Principe, 13.
Inventaire, 21.

J

- Journal d'annonces légales, 62.
Journal officiel, 62.
Juge-commissaire, 17, 18, 34, 49, 54, 55, 59, 64, 69.

L

- Lettres, 20.
Licenciement pour motif économique, 64, 65.
Livres comptables, 20.
Location-gérance, 66 et s.
- conclusion, 68.
- exécution, 69.
- problématique, 67.

M

- Mesures conservatoires, 15 et s.
Ministère public,
- inventaire, 21, 59, 68, 69.

P

- Privilège,
- bailleur, 62, 63.
- vendeur de fonds de commerce, 63.

R

- Règle dite du « zéro heure », 2 et s.
- conciliation acte uniforme et règlements CEMAC et UEMOA, 8 et s.
- formulation de la dérogation, 7.
- portée de la dérogation, 4.
- signification, 3.
- sources de la dérogation, 6.
Représentation du débiteur, 54.

S

- Scellés, 17.
- associés indéfiniment responsables, 17.
- débiteur, 17.
- dirigeants de personnes morales, 17.
Syndic,
- assistance du débiteur, 18.
- déclarations diverses, 21.
- option pour les contrats en cours, 57 et s.

ENTREPRENANT

Table des matières

Bibliographie

Introduction n° 1-7

Section 1 - Accès au statut d'entrepreneur n° 8-39

§1 - Conditions de fond n° 9-22

A - Personne du postulant n° 10-16

B - Activité à exploiter n° 17-22

§2 - Conditions de forme n° 23-39

A - Nécessité de la déclaration d'activité n° 24-29

B - Régime de la déclaration d'activité n° 30-39

Section 2 - Obligations de l'entrepreneur n° 40-59

§1 - Obligations de nature comptable n° 41-48

A - Obligations communes à tous les entrepreneurs n° 42-44

B - Obligation réservée à certains entrepreneurs n° 45-48

§2 - Autres obligations n° 49-59

A - Obligations laissées à la discrétion des États n° 50

B - Obligations énoncées dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général n° 51-59

1. De l'entrepreneur, l'article 30 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général dit qu'il s'agit d'un « *entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration (...) exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole* ».

2. Après avoir pris connaissance de cette mise au point, la question ne peut ne pas surgir de savoir à quel besoin répond l'introduction de cette catégorie dans l'espace que couvre l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Quels enjeux politiques, économiques ou sociaux ont inspiré la création du statut de l'entrepreneur entré en vigueur quatre-vingt-dix jours après la publication au journal officiel de l'OHADA de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, laquelle a eu lieu ce 15 février 2011 ?

L'interrogation est loin d'être dépourvue de fondements. Pour en convaincre, il n'est que de rappeler qu'un statut similaire a très récemment été introduit dans d'autres États où de longues querelles sont assez vite nées. En France par exemple, l'existence de l'entrepreneur individuel remonte à la loi dite de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Pourtant, elle continue à ce jour à alimenter des débats qui ne prendront probablement pas fin de sitôt (*sur l'historique et la controverse, voir not. NURIT-PONTIERL., « Dispense d'immatriculation*

- CISSE (A.), « Le nouvel élan du droit OHADA », *Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 47 et s.
- NGWE (M.A.), « La réforme du registre du commerce et du crédit mobilier », *Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 56 et s.
- POUGOUÉ (P.G.), KUATE TAMEGHE (S.S.), *Les Grandes Décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, L'Harmattan, coll. « Études africaines », 2010.
- SANTOS (A.P.), YADO TOE (J.), Bruxelles, *Droit commercial général*, Bruylant, coll. « DU », 2002.
- TRICOT (D.), « Statut du commerçant et de l'entrepreneur », *Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 67 et s. ; « Prescription », *Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 70 et s.
- YONDO BLACK (L.), « Les enjeux de la réforme : une volonté de favoriser la création d'entreprises, les échanges commerciaux et la confiance dans la zone OHADA », *Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 42 et s.

de l'auto-entrepreneur : une simplification non dénuée de risques », *D. n° 9, 5 mars 2009, p. 585 et s.* ; PERROTIN F., « Loi LME : un texte favorable aux petites entreprises », *LPA*, n° 177, 3 sept. 2008, p. 3 et s. ; VIGUIER D., « La protection du patrimoine personnel du chef d'entreprise (la déclaration d'insaisissabilité) », *D. n° 3, 22 janv. 2009, p. 179 et s.*

3. En tout état de cause, la consultation des travaux préparatoires apporte des éléments réponse aux préoccupations soulevées. Le constat ayant été fait dans plusieurs pays parties au traité OHADA que les petits métiers urbains occupent environ 70 % de la population active depuis le début des années 1990 (BIKANDA P.J., « *Informalisation des économies africaines et logiques marketing des unités de production informelles (UPI)* », *Gérer et décider*, vol 1., n° 1, janv. 2005, p. 105), il se serait agi de stimuler et faciliter la création sans complications ni tracasseries d'entreprises, de rendre aisée l'identification des agents économiques en incitant les entrepreneurs individuels du secteur informel à se déclarer officiellement en qualité d'entrepreneurs, de faciliter le passage des opérateurs du secteur informel vers le secteur formel et par contrecoup de réduire la taille des circuits économiques informels ou d'augmenter celle de l'économie formelle. Tels sont du moins les objectifs

spécifiques clairement mis en relief dans le document baptisé « tableau de bord des modifications du texte de l'Acte uniforme relatif au droit commercial », document élaboré par un collectif regroupant des universitaires et des praticiens associés à la préparation de ce texte parmi lesquels les juristes Marie-André Ngwé, Daniel Tricot et Abdoullah Cissé (Pour d'autres informations relatives à ces enjeux, voir not. *TRICOT D.*, « Statut du commerçant et de l'entrepreneur », *Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 67 et s.; *YONDO BLACKL.*, « Les enjeux de la réforme : une volonté de favoriser la création d'entreprises, les échanges commerciaux et la confiance dans la zone OHADA », *Droit et Patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 45).

4. À l'évidence, la « formalisation » de l'économie et la stimulation de l'entrepreneuriat à travers le statut de l'entrepreneur requéraient un minimum de sacrifices. Sans surprise, les États signataires du traité OHADA ont été conviés, dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, à tenir compte des évolutions technologiques récentes pour mettre en place des procédés de traitement et de transmission électronique du registre du commerce où ce professionnel se déclare. Dans la même fourchette de temps, d'après les termes mêmes de l'article 35 de l'Acte uniforme précité, « tous les actes et informations (...) déposés sur support papier et par voie électronique, sont remis selon le cas au registre du commerce et du crédit mobilier, puis retranscrits au fichier national et au fichier régional, sous forme électronique. À cette fin, les États (...) veillent à ce que tous les actes et informations qui sont déposés sur support papier à cette date soient convertis par le registre du commerce et du crédit mobilier en format électronique ». Allant un peu plus loin, l'article 30 in fine impose à chaque pays de fixer des mesures incitatives pour l'activité de l'entrepreneur, « notamment en matière d'imposition fiscale et aux charges sociales ». Comme sous d'autres cieux, on peut alors entrevoir des allègements fiscaux concernant le personnel employé, des facilités sur le terrain de la formation professionnelle de l'auto-entrepreneur, l'insaisissabilité de ses droits sur l'immeuble abritant sa résidence principale dans l'éventualité d'une dette ayant un caractère professionnel. Les avantages divers prévus ici et là-bas pour les régimes des investissements et de la zone franche pourraient également éclairer (les articles 262 et suivants du code général des impôts camerounais consentent des incitations aussi bien pendant la phase de démarrage que pendant celle de l'exploitation) ; les services d'encadrement généralement offerts aux artisans et aux entreprises artisanales pourraient inspirer (l'article 6 (1) du décret n° 2010/2996/PM du 3 novembre 2010 fixant les modalités d'application de la loi du 3 juillet 2007 régissant l'artisanat au Cameroun retient : l'information et le conseil de base, l'assistance individuelle à la gestion, l'assistance technique collective, l'assistance commerciale, les actions de facilitation financière, l'assistance technologique. L'article 8 du décret n° 2001/0003 du

13 janvier 2011 fixant les modalités d'exercice de certaines compétences transférées aux communes en matière de promotion des activités de production artisanale y ajoute l'octroi du matériel de facilitation de la production).

5. La pertinence de ces mesures est incontestable. Étant donné que l'entrepreneur et son exploitation ne forment qu'une entité, il peut arriver, à la moindre défaillance, que l'ensemble de ses biens et ceux de son conjoint soient mis sous main de la justice et par ricochet, que la stabilité de sa famille soit compromise. La menace s'aperçoit, notamment, au contact de l'article 53 de l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, lequel bouleverse les acquis traditionnels du droit des régimes matrimoniaux en décidant que « lorsqu'un compte même joint, alimenté par les gains et salaires d'un époux commun en biens fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une saisie conservatoire pour le paiement ou la garantie d'une créance née du chef du conjoint, il est immédiatement laissé à la disposition de l'époux commun en biens une somme équivalant, à son choix, au montant des gains et salaires versés au cours du mois précédant la saisie ou au montant moyen mensuel des gains et salaires versés dans les douze mois précédant la saisie » (en ce sens, *CCJA*, arrêt n° 025/2008, 30 avril 2008, *Société générale de banque en Côte d'Ivoire dite SGBCI c/ Dame Konan Marie Aimée et Sieur Konan Kouadio Camille* ; arrêt n° 003/2008, 28 février 2008, *Mohamed Taïb Kettani c/ Grunitzky Victoria Geneviève, in Pougoué P.G., Kuaté Tameghé S.S., Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, l'Harmattan, coll. Études africaines, Paris, 2010, p. 405 et s., obs. AKOMNDJA AVOM V.*)

6. Ce risque n'est pas le seul susceptible de casser l'attractivité du statut de l'entrepreneur individuel et qui appelle des mesures incitatives. Sur le plan des principes, son décès aboutit à mettre un terme à l'exploitation créée car le numéro de déclaration d'activité a un caractère personnel (article 64 alinéa 1, Acte uniforme portant sur le droit commercial général). De même, un accident corporel, une maladie prolongée, l'insolvabilité de l'un de ses partenaires, un blocage momentané de ses comptes bancaires sont des menaces pouvant anéantir subitement les efforts de l'entrepreneur. Le désastre sera inévitable si ces imprévus rencontrent des impôts incompressibles ou des charges irréductibles résultant des crédits à rembourser, du bail conclu en vue de l'exploitation, des frais généraux de fonctionnement (*DESURVIRE D.*, « Quelles raisons peuvent motiver un entrepreneur individuel à transformer son entreprise en société », *Revue des huissiers de justice*, 1992, p. 62).

7. Bien que précieux, cet éclairage ne suffit pas à donner un aperçu fidèle des règles auxquelles l'entrepreneur est soumis, tant en amont au moment d'acquiescer ce statut (I), qu'en aval au moment de l'exercice de son activité professionnelle (II).

Section 1 - Accès au statut d'entrepreneur

8. Des conditions de fond sont à remplir, des formalités à accomplir.

§1 - Conditions de fond

9. Ces conditions sont de deux ordres. Quelques-unes concernent la personne même du postulant, d'autres, l'activité à exploiter par ce dernier.

A - Personne du postulant

10. Tout d'abord, l'individu intéressé par l'exploitation d'une activité économique sous le couvert de la qualité d'entrepreneur ne saurait être une personne morale. Seules des personnes physiques devraient y postuler, avec en bonne place les femmes qui, selon les conclusions d'études récentes, sont nombreuses à animer le secteur de l'économie informelle et de l'agriculture (MENGUEM. Th., « *Regard sur la situation de la femme au Cameroun* », *Cahier africain des droits de l'homme* n° 11, mars 2011, p. 67 ; TCHOUASSI G., « *La microfinance comme forme innovante d'autonomisation des femmes : le cas de la mutuelle financière des femmes africaines du Cameroun* », in *La microfinance, outil de financement pour l'économie sociale informelle en Afrique centrale*, Kala Kamdjoug J.R. dir., PUCAC, Yaoundé, 2009, p. 115 et s. ; YONDO BLACK L., *op. cit.*, p. 45).

11. Ensuite, le statut d'entrepreneur est ouvert aux seuls gens capables. À dire vrai, l'exigence n'est pas nettement exprimée. Pour la découvrir, il faut se souvenir du contenu de l'article 1 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial, lequel souligne avec fermeté que, outre ses énonciations, tout entrepreneur demeure soumis aux lois non contraires en vigueur ou appliquées dans l'État où se situe son établissement ou son siège. Or précisément, dans un nombre considérable de pays, la règle est constante qui veut que les personnes ayant le projet d'exercer une activité professionnelle soient capables. Elle s'explique et se justifie : en éloignant des milieux professionnels les incapables, on leur évite non seulement d'être dupés par leurs partenaires dans leur quête parfois effrénée du profit, mais aussi d'avoir à prendre des engagements dont la portée pourrait excéder leurs facultés. Si on y ajoute le risque représenté par les sanctions diverses encourues lorsque l'entreprise affronte des difficultés susceptibles de donner lieu à l'ouverture d'une procédure collective et singulièrement à une liquidation des biens, il devient aisé d'admettre, sans réticence, que le mineur ne devrait pas devenir entrepreneur, que le majeur dont les facultés mentales sont perturbées ou altérées devrait en être écarté.

12. Enfin, le statut d'entrepreneur est réservé aux personnes n'ayant pas été frappées par une interdiction. C'est du moins ce que révèle l'article 63-3°, lequel dispose en substance que le postulant ne doit être frappé par aucune de ces interdictions prévues à l'article 10. Et, à en croire l'article 10 visé, nul ne peut être commerçant et donc entrepreneur, directement ou par personne interposée, s'il a fait l'objet d'une interdiction générale définitive ou temporaire, prononcée par une juridiction de l'un des États signataires du traité OHADA, que cette interdiction ait été retenue en tant que peine principale ou comme peine complémentaire. À cette catégorie s'ajoutent : ceux qui ont été exclus d'un corps de métier à la suite d'une condamnation prononcée par une juridiction professionnelle ; ceux qui ont succombé à une condamnation définitive à une peine privative de liberté pour un crime de droit commun, à une peine d'au moins trois mois d'emprisonnement non assortie de sursis pour un délit contre les biens ou une infraction en matière économique ou financière.

13. Linéaire à première vue, cette prescription soulève deux séries de difficultés que l'on ne peut ne pas relever au passage.

14. La première, récente, découle d'une lecture attentive de l'article 63-3° de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général. Son contenu porte à penser que, lorsque le postulant au statut d'entrepreneur était déjà commerçant ou entend déployer une activité de nature commerciale, il faut seulement n'être frappé d'aucune des interdictions prévues par l'article 10. En revanche, lorsque l'impétrant n'est pas commerçant, il faudrait d'une part n'avoir fait l'objet d'aucune interdiction en relation avec sa profession, d'autre part n'avoir succombé à aucune condamnation en lien avec les infractions énoncées à l'article précité. À regarder de près, deux interprétations de ces orientations sont concevables. Quelques-uns pourraient considérer que le postulant commerçant ne peut échapper à l'interdiction résultant de l'ensemble des situations qui peuvent la générer et que l'on retrouve sous l'article 10. Quant au postulant n'ayant pas la qualité de commerçant, il ne pourrait être écarté du statut d'entrepreneur que dans les hypothèses où il a été exclu d'un autre corps de métiers, où il a succombé à une condamnation pour crime de droit commun ou à une peine privative de liberté d'au moins trois mois non assortie de sursis pour un délit contre les biens, une infraction économique ou financière. Dans cette première construction, l'individu intéressé par une activité commerciale serait plus durement traité que son correspondant non commerçant, puisque les cas dans lesquels le premier pourrait être privé du droit de devenir entrepreneur sont théoriquement plus nombreux. Quelques autres pourraient estimer que l'impétrant appelé à opérer parallèlement en tant que commerçant n'est concerné par l'interdiction que dans la mesure où il a été condamné pour un crime de droit commun

ou pour une infraction de nature économique d'une certaine gravité révélée à l'article 10 in fine ; donc au fond que ce dernier n'est pas touché par l'ensemble des hypothèses d'interdiction listées sous cet article.

Pour qui entend se mettre en marge de telles querelles, mieux vaudrait privilégier l'analyse excluant du statut d'auto-entrepreneur ceux qui sont concernés par l'un quelconque des faits générateurs de l'interdiction, que l'on retrouve à l'article 10. Dans ce sens, il deviendra évident que la première catégorie visée par le législateur n'était pas forcément celle réunissant des gens déjà devenus commerçants et souhaitant tirer profit des opportunités qu'offre la condition voulue plus favorable d'entrepreneur. Au pire des cas, on pourrait estimer que le commerçant concerné par l'interdiction serait l'individu ayant autrefois accompli des actes de commerce de manière ponctuelle ou en tout cas sans avoir demandé et obtenu une immatriculation. Au total, l'exigence relative à l'interdiction visant le commerçant s'appliquerait davantage aux personnes ayant résolu de devenir auto-entrepreneurs, mais d'exploiter sous cette qualité une activité professionnelle de nature commerciale.

Divers arguments militent en faveur d'une telle lecture : le ton de l'article 10 montre nettement que chacun des éléments qui y sont énoncés suffit à priver les gens de la possibilité de devenir commerçants ; un tri aboutit à restreindre les cas dans lesquels l'interdiction est encourue. Or, non seulement l'article 1 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général indique avec force que les normes s'y trouvant s'appliquent aux entrepreneurs sauf dispositions contraires dans les conditions qu'il décrit lui-même, mais la jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage est là qui, s'appuyant sur le contenu de l'article 10 du traité OHADA, n'a de cesse d'inviter à ne jamais perdre de vue que les règles développées dans les actes uniformes ne devraient être allégées ou renforcées que lorsque celles-ci en ont ainsi décidé (*CCJA, avis n° 002/99/EP, 13 octobre 1999, Rec., spécial, janv. 2003, p. 71-72 ; avis n° 002/2000/EP, 26 avril 2000, Rec., spécial, janv. 2003, p. 73-74 ; avis n° 001/2001/EP, 30 avril 2001, Rec., spécial, janv. 2003, p. 74 et s.*).

15. La seconde série de difficultés, plutôt ancienne, avait déjà été exposée par la doctrine. Parmi bien d'autres se trouvent : la préoccupation de savoir si toutes les condamnations susceptibles de mettre un individu à l'écart de l'activité économique, notamment celles prononcées à l'étranger, seront accessibles lorsque ce dernier souhaitera devenir entrepreneur dans un autre État ; la question de savoir, compte tenu du fait que les décisions de justice ne sont pas systématiquement archivées et que le casier judiciaire n'a pas à ce jour été informatisé dans un nombre important d'États, si les condamnations génératrices d'interdiction aboutissent effectivement à l'exclusion des milieux d'affaires de ceux qui y ont succombé (*sur l'ensemble de la question,*

nous-mêmes, « Sortie de la cour du roi Pétaud : à propos de l'interdiction d'exercer la profession commerciale dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général », Revue de droit international et de droit comparé, avril-juin 2006, p. 108 et s.).

16. Cela réservé, le point ne manquera pas d'être débattu de savoir si une personne frappée par une interdiction pourrait en être relevée par le juge afin de pouvoir acquérir la qualité d'entrepreneur. Il sera difficile d'y répondre de manière tranchée. C'est que, les dispositions de l'Acte uniforme relatives à l'entrepreneur individuel n'ont pas consacré de développements spécifiques aux interdictions. Elles se sont bornées à énoncer que le candidat à cette profession devrait apporter la preuve de n'être pas concerné par elles. Or, s'il est vrai que l'article auquel ces prévisions renvoient s'en tient à la recension des cas d'exclusion de l'activité économique du commerçant et donc par ricochet de l'entrepreneur, il n'en reste pas moins que ce texte est complété par les articles 11 et 12 intervenant à sa suite. Ceux-ci renforcent l'inventaire tenu à l'article 10 non seulement en exposant les sanctions encourues par les personnes qui passent outre, mais aussi en prévoyant la possibilité d'un relèvement soit laissé à l'appréciation du juge ayant autrefois prononcé l'exclusion de l'activité commerciale, soit acquis de plein droit dans des circonstances particulières énumérées dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif aux articles 204, 205, 206 (lorsque le passif a été atteint, lorsque les créanciers du failli en ont unanimement fait la demande, etc.). En échappant à l'interdiction, les personnes qui étaient sous sa menace pourront exercer en tant qu'auto-entrepreneurs.

B - Activité à exploiter

17. Ne peuvent accéder au statut d'entrepreneur que ceux qui entendent exploiter une activité d'une nature déterminée et d'une certaine envergure.

18. S'agissant de la nature des activités à déployer par le truchement de la casquette d'entrepreneur, l'Acte uniforme vise celles qui sont civiles, commerciales, artisanales et agricoles.

À première vue, rien ne gêne dans cette recension des activités que l'on peut exercer par le recours au statut d'auto-entrepreneur. En effet, les personnes intervenant dans nombre des secteurs retenus n'avaient pas la qualité de commerçant et ne souhaitaient au demeurant pas l'acquérir.

19. Avec un peu de recul, le doute s'installe pourtant.

20. La première raison d'être troublé apparaît lorsqu'on en arrive à se demander s'il était opportun de présenter les activités de l'entrepreneur individuel dans

l'ordre choisi par le législateur. Deux préoccupations dominent cette interrogation. D'une part, quelques-unes des activités occupant une place centrale dans le quotidien des personnes établies dans l'espace géographique que couvre l'OHADA, et qui méritaient d'être mises en perspective, semblent n'avoir pas attiré l'attention. Les cas les plus révélateurs en sont l'élevage, la pisciculture, l'apiculture, l'aviculture, l'horticulture dont le développement n'a cessé de croître avec le temps (*voir not. EMBOGO D., « Développement des petites activités en zone urbaine : cas des villes secondaires camerounaises », in La microfinance, outil de financement pour l'économie sociale informelle en Afrique centrale, op. cit., p. 222*). D'autre part, étant donné que certaines des activités répertoriées à l'article 30 constituent selon une expression répandue des « bastions de résistance à la commercialité » (*JAUFFRETA., « L'extension du droit commercial aux activités traditionnellement civiles », Études offertes à Pierre Kayser, tome II, PUAM, Aix-en-Provence, 1979, p. 60*), l'impression d'une redondance est omniprésente. En effet, il se comprend mal, après avoir indiqué que l'entrepreneur exerce une activité professionnelle de nature civile, que la suite soit de faire observer que son activité pourrait également être « commerciale, artisanale ou agricole ».

21. La deuxième raison d'être troublé apparaît lorsqu'on s'aperçoit par moments que ce professionnel peut avoir une activité commerciale ou non commerciale, que la catégorie de l'auto-entrepreneur regroupe finalement des gens qui passent des actes de commerce au même titre que les commerçants et des gens non commerçants. Accentuant l'embaras, l'article 64 alinéa 3 énonce que « l'entrepreneur ne peut être en même temps immatriculé au registre du commerce et du crédit mobilier. Il n'a pas le même statut que les personnes immatriculées (...) ». Désorientant d'avantage encore, l'article 138 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général vient dire, à son alinéa 3 in fine, que « l'entrepreneur ne peut être partie à un contrat de location-gérance ». Or, dans ses deux premiers alinéas, le même article pose la règle selon laquelle le fonds de commerce peut être exploité directement ou en exécution d'un contrat de location-gérance, puis souligne que « l'exploitation directe peut être le fait d'un commerçant, même s'il est entrepreneur (...) ».

22. Venant à l'envergure de l'activité, elle ne devrait être déployée que de manière professionnelle. Les critères d'une occupation constitutive d'une profession sont connus de longue date, tout au moins depuis le débat suscité par un vieil arrêt de la cour d'appel de Paris rendu le 30 avril 1906 (*D.P. 1907.5.9*). Est professionnelle l'activité à laquelle une personne consacre le plus clair de son temps. Est encore professionnelle l'occupation procurant à celui qui s'y adonne des ressources indispensables à la satisfaction de ses besoins.

L'exigence est logique : la qualité d'entrepreneur n'est pas un statut mineur ou au rabais réservé à

des personnes projetant d'exercer une activité civile, commerciale, artisanale de manière intermittente. Aurait-on voulu organiser une occupation à temps partiel qu'il n'aurait pas été indispensable de songer à ce statut particulier. Par exemple, la personne qui se livre à ses heures perdues aux travaux champêtres ou à l'agriculture n'a pas besoin, dans le contexte de ce passe-temps de devenir entrepreneur. De même, celui qui ne se consacre à une activité artisanale que par moments n'a pas besoin de revêtir les habits de l'auto-entrepreneur. À l'inverse, l'individu qui nourrit l'ambition d'accéder à ce statut devrait se garder de cumuler son occupation voulue professionnelle avec une autre, cela d'autant plus que l'activité de l'entrepreneur pourrait parfaitement être commerciale et à ce titre, donner lieu à l'accomplissement assidu d'actes commerciaux par nature. Or, aux termes de l'article 9 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, l'exercice d'une activité de nature commerciale est incompatible avec certaines fonctions ou professions. Parmi elles : celles de fonctionnaires, de personnels des collectivités publiques ou d'entreprises à participation publique, d'officiers ministériels et d'auxiliaires de justice, d'expert-comptable agréé et de comptable agréé, de commissaires aux comptes et aux apports. Plus généralement, toute activité dont l'exercice fait l'objet d'une réglementation interdisant le cumul avec une profession commerciale et rendant inutile l'accomplissement de telle ou de telle formalité (*sur l'ensemble, voir l'entrée relative au commerçant. Adde : ANOUKAHA F., « L'incompatibilité d'exercice d'une activité commerciale dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun », Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'université de Dschang, tome V, 2001, p. 8 et s.*).

§2 - Conditions de forme

23. En allant droit au but, il apparaît que la formalité la plus importante à accomplir est celle de la déclaration d'activité. Quelle est la raison d'être d'une telle formalité ? Quel en est le régime ?

A - Nécessité de la déclaration d'activité

24. La raison d'être de la déclaration d'activité est exposée dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, lequel explicite les missions du registre du commerce. On peut y lire :

- à l'article 34, que le RCCM est « institué aux fins de (...) permettre l'accès des assujettis et des tiers aux informations conservées par le registre du commerce et du crédit mobilier (...), de satisfaire aux exigences de sécurité, de célérité, de transparence et de loyauté nécessaires au développement des activités économiques » ;

- à l'article 35-2°, que le RCCM reçoit également toute déclaration modificative, complémentaire ou secondaire et prend acte de la cessation d'activité de l'entrepreneant. Les renseignements indexés pourraient d'ailleurs provenir de tiers car l'article 90 décide qu'une autorité administrative est recevable à communiquer au registre du commerce et du crédit mobilier, directement sous forme papier ou support électronique, nonobstant la présence de données à caractère personnel, les informations soumises à publicité.
- à l'article 97, que « (...) toute personne peut obtenir sous forme électronique les informations figurant sur les formulaires déposés au registre du commerce et du crédit mobilier ». « Elle peut obtenir en outre communication des extraits ou copies de tout ou partie des documents publiés (...) ».

25. À n'en pas douter, cet arsenal vise à rendre disponible, aussi bien au profit des autres acteurs de la vie des affaires que du grand public, un maximum d'informations concernant l'entrepreneant qui, hier, opérait dans ce qu'on peut sans exagération regarder comme une sorte de maquis (BIKANDA P. J., *op. cit.*, p. 111). Parce que son statut conduit à quitter le secteur de l'économie informelle, il est dans l'ordre des choses que ceux qui contractent avec ce professionnel le fassent en connaissance de cause. La tâche leur a été facilitée dans la mesure où le coût de l'obtention d'une information, d'un extrait ou d'une copie intégrale sur support papier, sur support électronique ou par voie électronique ne devrait jamais être supérieur au coût administratif de l'opération (article 99).

26. Trois regrets majeurs subsistent cependant.

27. Tout d'abord, le délai et les modalités de l'information à livrer au public n'ont pas été arrêtés avec rigueur. Il faut attendre de compulsier les articles 74 et 78, chacun en son alinéa 2, pour découvrir : qu'à toute demande, le greffier ou l'organe compétent dans chaque État signataire du traité OHADA doit répondre immédiatement ou au plus tard dans un délai de quarante-huit heures à compter de la réception de celle-ci ; que la réponse, au même titre que la demande, pourrait être formulée par voie électronique. Contre toute attente pourtant, l'article 39 alinéa 2 retient que le formulaire de déclaration d'activité et la collection des dossiers individuels constituée des pièces certifiées conformes produites à cette occasion devraient être transmis au fichier national dans un délai d'un mois. Ces mêmes éléments ne devraient être transmis au fichier régional que dans une fourchette de temps similaire.

28. Ensuite, lorsque le registre du commerce et du crédit mobilier est exploité sous forme électronique, les renseignements à produire à propos de l'entrepreneant ne sont pas certifiés conformes. Ils ne pourraient l'être

que dans l'éventualité où la certification des copies électroniques a expressément été sollicitée par la personne intéressée par les informations recherchées (article 98 alinéa 2).

29. Enfin, les articles 62 et 65 traitant des modifications appelées par le changement d'activité ou de lieu d'exercice n'ont pas été circonscrites dans le temps. De même, on n'a pas jugé opportun d'étendre ouvertement l'assiette des modifications aux informations se rapportant notamment à l'état civil de l'entrepreneant et à son régime matrimonial. Le manquement étonne d'autant plus que, s'agissant des commerçants personnes physiques ou morales, l'assiette des changements correspond au moins à celle des informations à fournir au moment de l'immatriculation et que le délai est limité à trente jours par l'article 52 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général. Heureusement, ce texte donne partiellement une idée au sujet du régime de la déclaration d'activité.

B - Régime de la déclaration d'activité

30. À quel moment est faite la déclaration d'activité ? Où doit-on l'accomplir ? Comment se fait-elle ? Quels en sont les effets ?

31. Sur le premier point relatif à l'époque de la déclaration d'activité, l'article 62 alinéa 2 est on ne peut plus clair : « l'entrepreneant ne peut commencer son activité qu'après réception de ce numéro de déclaration d'activité (...) ». Le moment de la déclaration d'activité n'est donc pas celui de la demande d'immatriculation. En effet, s'agissant de celui-ci, l'article 44 de l'Acte uniforme permet que la formalité puisse être accomplie par le commerçant dans le premier mois du démarrage de son exploitation. Il n'est donc pas envisageable que l'entrepreneant en arrive à exercer, fût-ce dans un laps de temps court, avant de procéder à sa déclaration.

32. Sur le second point relatif au lieu de la déclaration d'activité, elle se fait soit au greffe de la juridiction compétente de l'endroit où l'entrepreneur individuel exercera, soit auprès de cet organe qui, dans chaque État partie au traité OHADA, devrait être désigné pour recevoir les immatriculations et déclarations d'enregistrement. L'entrepreneant ne peut donc pas se conformer à cette exigence ailleurs sans courir le risque d'une sanction.

33. Venant à la procédure, elle se caractérise par le souci de simplifier la tâche aux personnes désireuses d'investir par le truchement du statut d'entrepreneant. Sauf cas d'utilisation de moyens électroniques, les séquences les plus importantes en sont les suivantes : rendu auprès des autorités ayant compétence pour accueillir sa déclaration, le postulant reçoit, sans frais,

un formulaire à compléter qui renseigne sur son identité, son adresse, son activité, son régime matrimonial en tant que de besoin (article 62 alinéa 1). À l'appui de sa requête, il fournit un certain nombre de pièces justificatives quels que soient leurs forme et support : extrait de son acte de naissance ou de tout document justifiant de son identité ; extrait de son acte de mariage dans l'hypothèse où il est marié ; certificat de résidence ; autorisation lorsque l'activité à exploiter requiert préalablement une habilitation sous la forme d'un diplôme ou d'un titre particulier ; déclaration sur l'honneur contenant l'affirmation qu'il n'est pas atteint par une interdiction, laquelle devrait être complétée dans un délai de soixante-quinze jours à compter de sa date par un extrait de casier judiciaire ou au moins par un document en tenant lieu (article 63).

Quoi qu'il en soit, dès réception du dossier et des pièces justificatives, le greffier ou l'autorité chargée de recevoir les déclarations dans la circonscription où se trouve le postulant délivre un accusé d'enregistrement mentionnant la date de la formalité satisfaite et le numéro octroyé. C'est dire que lorsque les formulaires appropriés auront été remplis et les pièces listées plus haut produites, l'attribution du numéro de déclaration ne devra pas être différée. Cet identifiant aura toutefois un caractère provisoire, puisque le greffier ou l'autorité recevant la déclaration dispose d'un délai de trois mois pour effectuer un contrôle des pièces jointes au dossier et, si cela est nécessaire, procéder à la radiation. À la vérité, cette solution radicale ne s'imposera que lorsque le déclarant n'aura pas répondu favorablement à une convocation du greffier qui, ayant constaté des inexactitudes ou des discordances entre la demande et les pièces justificatives, a souhaité recueillir des explications ou pièces complémentaires. Elle s'imposera vraisemblablement encore lorsque les éclaircissements ou documents complémentaires présentés n'auront pas été jugés convaincants par le greffier ou par l'autorité qui a compétence pour recevoir les déclarations d'activités. L'acte de retrait sera cependant susceptible de recours dans un délai de quinze jours à compter de sa notification à la partie intéressée. Au gré des circonstances propres à chaque État, ce recours sera porté soit devant la juridiction compétente, soit devant l'organe dont il émane. À son tour, la décision rendue par ces instances pourra être attaquée, dans un délai de quinze jours, « devant la juridiction de recours compétente », statuant à bref délai (article 66, alinéa 5. *Pour aller plus loin, se reporter à l'entrée relative au registre du commerce. Également, NGWE M.A., « La réforme du registre du commerce et du crédit mobilier », Droit et Patrimoine, n° 201, mars 2011, p. 56 et s.*)

34. Les effets de la déclaration d'activité, enfin, sont drastiques.

35. Tout d'abord, il est inscrit à l'article premier que tous doivent mettre les conditions de l'exercice de leur

activité en harmonie avec la nouvelle législation dans un délai de deux ans à compter de sa publication. Passé ce laps de temps, tout intéressé peut s'adresser à la juridiction compétente afin que soit ordonnée cette régularisation, au besoin sous astreinte. Plus en avant, l'article 69 dispose que toute personne tenue d'accomplir l'une des formalités prescrites et qui s'en est abstenue encourt des peines prévues par la loi nationale ou, le cas échéant, par la loi pénale spéciale prise par les États en application de l'Acte uniforme. En conséquence, la tâche revient aux droits internes de sanctionner les manquements sur le terrain de la forme ou de la procédure. À dire vrai, nombre de ces prévisions ne devraient pas pouvoir s'appliquer à celui qui exerce frauduleusement en se prévalant de la qualité d'entrepreneur, la règle étant assise qui veut en matière pénale que l'interprétation soit stricte. Rien n'empêche cependant, en attendant une mise à jour de ce dispositif répressif, que les codes pénaux aujourd'hui en vigueur aient à servir. À titre de rappel, on y retrouve, entre autres infractions, l'usurpation de titre. Présentée au Cameroun comme l'« usage sans droit d'un titre attaché à une profession légalement réglementée, d'un diplôme ou d'une qualité dont les conditions ont été fixées par l'autorité publique », l'infraction est punie d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende comprise entre 100 000 et 2 000 000 de francs (article 219).

36. Ensuite, selon les termes même de l'article 65 déjà cité, « La personne physique qui satisfait aux obligations déclaratives prévues aux articles 62 à 64 est présumée avoir la qualité d'entrepreneur.

En cette qualité, elle bénéficie des dispositions :

- de l'article 5 (...) relatives à la preuve ;
- des articles 17 à 29 et 33 (...) relatives à la prescription ;
- des articles 101 à 134 (...) relatives au bail à usage professionnel ».

37. S'agissant des règles relatives à la preuve, les plus importantes d'entre elles enseignent que les actes passés par les entrepreneurs s'établissent par tous les moyens à leur égard, y compris par voie électronique ; qu'un commencement de preuve par écrit leur permet de prouver par tous les moyens contre un non-entrepreneur ; que dans le cours d'une contestation, les documents comptables de l'auto-entrepreneur, en ce qu'ils constituent des moyens probatoires, peuvent être exigés par le tribunal, même d'office, afin d'en extraire ce qui concerne le litige (*pour aller plus loin sur cette question, voir l'entrée consacrée aux actes de commerce*).

38. Quant aux règles relatives à la prescription, elles enseignent, primo, que les obligations nées de leurs activités entre entrepreneurs ou entre entrepreneurs et non entrepreneurs se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des durées plus courtes ; secundo,

que la durée de la prescription peut être abrégée ou allongée à la suite d'un accord entre les parties ; tertio, que les contractants ont la latitude, d'un commun accord, d'ajouter aux causes de la prescription ; quatero, que le paiement effectué pour honorer un engagement ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription aurait expiré ; quinto, que le bénéficiaire d'une prescription acquise à le loisir d'y renoncer soit expressément soit tacitement (*pour aller plus loin sur cette question, voir l'entrée consacrée aux actes de commerce. Voir également TRICOT D., « Prescription », Droit et Patrimoine, n° 201, mars 2011, p. 70 et s.*).

39. Enfin, et venant au bail à usage professionnel, les règles auxquelles il est référé sont pour quelques-unes inédites. Parmi elles : celles élargissant le champ de ce contrat qu'on peut désormais retrouver dans des villes de moins de cinq mille habitants ; celles donnant à penser que le bailleur pourrait dorénavant être toute personne investie du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble, donc qu'il ne devrait plus forcément s'agir du propriétaire ; celles inclinant à considérer que la possibilité est désormais reconnue au preneur d'adjoindre à l'activité prévue au contrat des activités connexes ou complémentaires relevant du même domaine ; celles de l'article 134 alinéa 2 ainsi conçu : « *sauf convention contraire entre le bailleur et l'entrepreneur, le preneur ne bénéficie ni d'un droit au renouvellement du bail, ni d'un droit à la fixation judiciaire du loyer du bail renouvelé* ». Quelle que soit la durée du contrat, l'entrepreneur qui n'a pas pris la précaution de demander et d'obtenir la stipulation du droit au renouvellement n'aura pas le bénéfice de cette prérogative. L'importance de ses obligations n'infléchira pas le principe posé.

Section 2 - Obligations de l'entrepreneur

40. Celui dont la déclaration d'activité a été reçue est désormais soumis à des obligations dont quelques-unes sont de nature comptable, d'autres non comptables.

§1 - Obligations de nature comptable

41. Il en existe qui sont communes à tous les entrepreneurs. D'autres sont réservées à des catégories spécifiques d'entrepreneurs.

A - Obligations communes à tous les entrepreneurs

42. Les obligations comptables communes sont au nombre de deux.

43. Premièrement, et à s'en tenir aux termes de l'article 31, « *l'entrepreneur est tenu d'établir, dans le cadre de son activité, au jour le jour, un livre mentionnant chronologiquement l'origine et le montant de ses ressources en distinguant les règlements en espèces des autres modes de règlement d'une part, la destination et le montant de ses emplois d'autre part* ».

La tentation est grande de penser que cette obligation est similaire à celle imposée au commerçant de tenir un journal. Elle doit être repoussée. En effet, le livre dont la tenue est obligatoire semble comporter des rubriques sans lien aucun avec celles du journal, lequel se contente de récapituler dans l'ordre de leur accomplissement les mouvements de l'exercice enregistrés en comptabilité (article 19, Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités).

Sauf à ajouter, pour en finir avec cette première obligation, que :

- la tenue du livre qui en est le support suppose au minimum que l'auto-entrepreneur sache écrire et compter. Or, on ne le sait que trop, les destinataires de ce statut professionnel sont de nos jours peu nombreux à pouvoir le faire. Du coup, les mesures incitatives prévues à l'article 30 in fine devront concourir à outiller les gens dans ce sens.
- le livre qui en est le support doit être conservé pendant au moins cinq ans. L'exigence s'articule avec les règles relatives à la durée du délai de prescription. Elle s'écarte de la formule souvent critiquée, développée sous l'article 24 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises où il est décidé que les documents comptables ainsi que les pièces justificatives devront être conservés pendant dix ans.
- le législateur ne renseigne pas non plus au sujet des principes censés gouverner la tenue et le contrôle du livre chronologique. Fort heureusement, en se référant à l'article 2 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, il apparaît nettement que les normes qui s'y trouvent concernent l'ensemble des entreprises soumises au droit commercial général et « *toutes les entités produisant des biens et des services marchands dans la mesure où elles exercent, dans un but lucratif ou non, des activités économiques à titre principal ou accessoire qui se fondent sur des actes répétitifs, à l'exception de celles soumises à la comptabilité publique* ». Par conséquent, l'entrepreneur devrait, dans le contexte particulier de la tenue de ses documents comptables, satisfaire aux obligations de régularité, de sincérité et de transparence (article 3). Et d'après les termes de l'article 9 de l'Acte uniforme précité, ces exigences se traduisent par une description adéquate, loyale et claire, précise et complète des événements, opérations et situations se rapportant à l'exercice. Dans ces conditions, on imagine mal que la comptabilité se tienne en une langue ou en une unité monétaire différente de celle

du pays où l'auto-entrepreneur opère (article 17 alinéa 1, Acte uniforme), qu'elle ne soit pas tenue sans blanc ni altération d'aucune sorte, que les livres chronologiques ne soient pas cotés, paraphés et numérotés sans discontinuité ainsi que le préconisent les articles 20 alinéa 1 et 66 de l'Acte uniforme relatif au droit comptable.

44. Deuxièmement, et à en croire l'article 62 alinéa 3 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, l'entrepreneur est tenu de mentionner sur ses factures, bons de commande, tarifs et documents ou correspondances professionnels, son numéro de déclaration d'activité. Ce numéro est suivi de l'indication du registre du commerce et du crédit mobilier auprès duquel sa déclaration a été effectuée, avec la mention « *entrepreneur dispensé d'immatriculation* ».

B - Obligation réservée à certains entrepreneurs

45. Elle est laissée à la charge d'une catégorie particulière d'entrepreneurs, en réalité ceux qui vendent des marchandises ou d'autres objets mobiliers. Elle est encore mise à la charge de ceux qui fournissent des denrées alimentaires ou des logements.

Très concrètement et à s'en tenir à la description qu'en donne l'article 32, cette obligation spécifique consiste à tenir un registre récapitulé par année, lequel présente dans le détail les achats ou actes effectués, leur mode de règlement ainsi que les pièces justificatives.

46. Deux observations s'imposent d'emblée.

47. En premier lieu, les assujettis à cette obligation singulière ne sont nullement exonérés de celles précédemment exposées. Les entrepreneurs qui y sont astreints sont donc parallèlement soumis aux obligations communes.

48. En deuxième lieu, rien n'est dit au sujet des délais de conservation de ce registre récapitulatif. Le silence est d'autant plus frappant et surprenant que la durée de conservation du livre chronologique des activités a quant à elle été déterminée. Ce flottement n'est cependant pas insurmontable dans la mesure où l'article 65 prendra le soin de poser la règle selon laquelle l'individu ayant satisfait aux obligations déclaratives a le bénéfice des principes relatifs à la prescription, énoncés aux articles 17 à 29 et à l'article 33. Cela a déjà été souligné, d'après les textes auxquels il est renvoyé, les obligations nées à l'occasion de leurs activités entre auto-entrepreneurs ou entre ces derniers et des non-entrepreneurs se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des durées moins longues. Les obligations non comptables ne sont cependant pas soumises au même régime.

§2 - Autres obligations

49. Les unes d'entre elles sont laissées à l'appréciation des États, les autres énoncées dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général.

A - Obligations laissées à la discrétion des États

50. Sur la base des orientations développées à l'article premier de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, les États signataires du traité OHADA ont le loisir de soumettre l'entrepreneur aux lois non contraires aux règles qui y sont consignées. À la condition de ne pas violer les orientations générales arrêtées à l'échelle communautaire, les droits nationaux pourraient donc ajouter aux obligations énoncées ici ; ce qui est en concordance avec la jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage (*voir not. CCJA, avis n° 001/2001/EP, 30 avril 2001, Rec., spécial, janv. 2003, p. 74 et s.*).

Cette mise au point liminaire opérée on peut, en se référant au cas du commerçant, évoquer les obligations fiscales, sociales, environnementales. On peut également songer aux prescriptions relatives à l'hygiène et à la salubrité publiques. Rien ne s'oppose à ce qu'un État aille plus loin pour exiger de l'auto-entrepreneur de se faire établir une carte professionnelle, pour lui interdire de perturber la circulation routière, pour formuler des obligations en matière de service après-vente, de stockage ou de transport de biens et services marchands, pour l'exhorter au respect des règles relatives à la concurrence ou à la publicité des prix en indiquant les voies et moyens par lesquels cette obligation s'exécute : marquage, étiquetage, affichage. Il n'est même pas à exclure qu'en s'inspirant des obligations secondaires du commerçant, un signataire du traité OHADA arrête que l'auto-entrepreneur se soumettra à une déclaration d'existence auprès de l'administration fiscale ou de certaines institutions à l'exemple au Cameroun du Crédit foncier, du Fonds national de l'emploi, de la Caisse nationale de la prévoyance sociale, de la Cameroon radio télévision, des services extérieurs territorialement compétents des ministères en charge du commerce et du travail (voir les articles 13 alinéa 1 et 14 du décret n° 93/720/PM du 22 novembre 1993 fixant les modalités d'application de la loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun). Dans tous les cas, l'entrepreneur devra se soumettre aux normes d'exercice propres à son activité agricole, artisanale, civile, commerciale. À elles s'ajouteront ces obligations exposées dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général.

B - Obligations énoncées dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général

51. À côté de ces obligations que pourraient prévoir les lois nationales se trouvent d'autres, non comptables,

retenues par le législateur communautaire. Si l'on occulte celle faite à l'entrepreneant de ne jamais prendre part à un contrat de location-gérance (article 138 alinéa 3, Acte uniforme), un accent particulier doit en revanche être mis sur l'obligation lui incombant de quitter son statut dans l'éventualité où le chiffre d'affaires obtenu pendant deux exercices successifs en viendrait à excéder les seuils fixés par l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités au titre du système minimal de trésorerie (encore qu'on peut observer une contradiction avec l'alinéa 4 de l'article 30 qui, lui, invite à penser que la charge revient aux États de déterminer ces limites). D'après l'article 13 de l'Acte uniforme auquel il est fait allusion, ces seuils, imaginés pour les très petites entreprises, sont les suivants :

- 30 000 000 de francs CFA pour les entreprises de négoce ;
- 20 000 000 de francs CFA pour les entreprises artisanales et assimilées ;
- 10 000 000 de francs CFA pour les entreprises de services.

52. La règle se doit d'être comprise. Elle ne signifie pas que l'entrepreneant est contraint de le demeurer pendant au moins deux années à compter de sa déclaration d'activité. Dès lors, bien que n'ayant pas atteint les montants déterminés pour le plafond obligeant à abandonner ce statut particulier, celui qui y a accédé peut toujours, à tout moment, résoudre de devenir immédiatement commerçant. Ce choix pourrait par exemple être motivé par le désir de mettre son fonds en location-gérance, par le besoin de jouir du droit au renouvellement de son bail à usage professionnel ou plus globalement, par le projet de bénéficier des effets découlant de l'immatriculation que la déclaration d'activité n'octroie pas.

53. Sauf à observer que le passage de la qualité d'entrepreneant vers celle de commerçant personne physique n'est pas le seul schéma possible, du moment où l'article 30 alinéa 4 se borne à souligner si les plafonds précédemment exposés sont franchis qu'« *il perd sa qualité d'entrepreneant et ne bénéficie plus de la législation spéciale applicable* » à ce dernier. Le choix peut donc être fait, lorsque les conditions sont réunies, de créer isolément une société unipersonnelle. L'option peut encore être retenue de créer une société pluripersonnelle avec des tiers, notamment l'une des variétés de coopératives récemment introduites dans le droit OHADA (*voir l'entrée y relative*). On est même recevable à concevoir que le parti soit simplement pris de devenir artisan ou agriculteur, d'exploiter son activité civile sous un autre statut professionnel (*TRICOT D.*, « *Statut du commerçant et de l'entrepreneant* », *op. cit.*, p. 69).

54. En tout état de cause, davantage de détails sont fournis au sujet des activités concernées par ces plafonds. L'article 30 alinéa 3 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général fait savoir que le chiffre d'affaires

qui, dépassé pendant deux exercices consécutifs, conduit à abandonner le statut d'auto-entrepreneant est :

- en ce qui concerne les commerçants et les artisans, d'une part, celui de leurs activités de vente de marchandises, d'objets, de fournitures de denrées ou de fourniture de logement et, d'autre part, celui des activités de prestation de services ;
- en ce qui concerne les agriculteurs, celui de leurs activités de production.

55. Encore n'est-ce pas là tout. Il fallait que l'on sache dans quel délai l'entrepreneant dont le chiffre d'affaires a atteint la limite contraignant à délaisser ce statut devrait le quitter effectivement. La réponse est inscrite à l'article 30 alinéa 4 ainsi rédigé : « *Lorsque, durant deux années consécutives, le chiffre d'affaires de l'entrepreneant excède les limites fixées pour ses activités par l'État partie sur le territoire duquel il les exerce, il est tenu, dès le premier jour de l'année suivante et avant la fin du premier trimestre de cette année de respecter toutes les charges et obligations applicables à l'entrepreneant individuel. Dès lors, il perd sa qualité (...) et ne bénéficie plus de la législation spéciale applicable à l'entrepreneant* ». Le sens de la pétition ne souffre d'aucune ambiguïté relativement au problème à résoudre : l'entrepreneant individuel ayant réalisé pendant deux exercices successifs un chiffre d'affaires supérieur au seuil retenu au titre du système minimal de trésorerie pour sa catégorie de rattachement devra abandonner son statut dès le premier jour de la plus prochaine année. Si la perte effective de cette qualité ne s'opère pas à cette date, elle devra intervenir au plus tard avant la fin du premier trimestre de l'année comptable suivante.

56. Pourtant, il faudrait se garder de conclure hâtivement, dans l'hypothèse d'un dépassement de la limite du chiffre d'affaires maximum et corrélativement d'une perte de son statut, que l'entrepreneant sera dispensé de l'exécution des obligations découlant des engagements pris antérieurement en cette qualité. Il peut en effet arriver que son statut soit perdu mais que l'auto-entrepreneant d'hier reste astreint à exécuter les obligations contractées par le passé.

Reste à savoir :

57. - Dans quel délai celui qui a vocation à abandonner le statut d'auto-entrepreneant devrait basculer vers un autre, notamment vers celui de commerçant. Assez curieusement, la loi n'aborde pas, même indirectement, cette préoccupation capitale. La conséquence immédiate en est la dilution du caractère transitoire, provisoire ou précaire de ce statut. En effet, l'enjeu au moment de sa création ayant été notamment de faciliter la sortie du secteur informel des personnes exerçant les petits métiers urbains afin de grossir les

effectifs des métiers que l'on rattache au secteur de l'économie formelle, il était de bonne méthode que l'on dessinât un trait d'union solide entre le statut d'entrepreneur et celui de commerçant. Dans cette perspective, l'idéal aurait sans doute été que la fourchette de temps entre le départ du premier statut et l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ne soit pas très longue, par exemple qu'il soit cantonné à trente jours. Dans le prolongement de cette restriction, on aurait même pu envisager qu'une sanction pécuniaire légère frappe ceux qui se sont dérobés après avoir profité du régime dérogatoire réservé aux entrepreneurs, singulièrement dans l'hypothèse où ils étaient « immatriculables » du fait de la nature commerciale de leur activité. La solution aurait pu décourager les individus tentés d'exercer sous la casquette d'auto-entrepreneur, puis de mettre un terme à leurs activités lorsque le moment vient de migrer vers le statut de commerçant. La certitude aurait alors été acquise que les gens n'adopteront pas systématiquement l'attitude consistant à démultiplier leurs activités en qualité d'entrepreneur dans le seul dessein de bénéficier des faveurs attachées à celle-ci.

58. - Si l'ex entrepreneur peut retourner vers ce statut au cas où son chiffre d'affaires sous une tierce profession

aurait chuté et demeurerait inférieur aux limites que l'on retrouve sous le système minimal de trésorerie. C'est la question de la réversibilité du basculement vers le statut de commerçant ou, si l'on préfère, de la perte de la qualité d'entrepreneur. Aucune réponse n'ayant été proposée ici, il reviendra aux juridictions nationales et à la Cour commune de justice et d'arbitrage d'indiquer la voie à suivre. Dans la même logique, la tâche leur reviendra de tracer le chemin à emprunter lorsque le seuil obligeant à perdre le titre d'entrepreneur aura été atteint alors que l'activité de ce dernier est de celles qui sont par essence civiles et donc ne peuvent devenir commerciales.

59. Dans cette attente, la certitude est acquise que toute cessation d'activités devrait impérativement donner lieu à une déclaration de radiation auprès du greffe ou de l'organe compétent qui, autrefois, avait dressé l'accusé d'enregistrement (articles 35-2°, 62 in fine, 65 alinéa 6, Acte uniforme portant sur le droit commercial général). La formalité n'est pas à négliger : tant qu'elle n'aura pas été accomplie, la personne déclarée sera présumée avoir la qualité d'entrepreneur (article 65, alinéa 1 Acte uniforme précité).

Sylvain Sorel KUATE TAMEGHE

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Accident 6
Actes de commerce 14, 22
Acte de naissance 33
Activité de l'entrepreneurant :
- Nature 1, 14, 16, 18, 20, 21, 33,
38, 50, 51, 54, 57, 58
- Envergure 22
Affichage 50
Agriculteur 53, 54
Artisan 4, 18, 21, 22, 50, 51, 53
Assistance (commerciale,
technologique, à la gestion) 4
Astreinte 35
Auxiliaires de justice 22, 25, 33

B

Bail à usage professionnel 6, 36,
39, 52

C

Capacité, incapacités 11
Casier judiciaire 15, 33
Charges 6
Création d'entreprises 3
Crédits 6
Crimes de droit commun 12, 14
Commerçant 12, 14, 16, 21, 29, 50,
52, 53, 54, 57, 58
Communes 4
Comptes bancaires 5, 6
Concurrence 50
Coopératives 53
Cour commune de justice et
d'arbitrage 14, 50, 58

D

Décès de l'entrepreneurant 6
Déclaration d'activité :
- Effets 34, 35 et s., 52
- Formulaire 27, 33
- Lieu 4, 32
- Moment 30, 31
- Modifications 24, 29
- Numéro de 6, 33, 44

- Procédure 33
- Radiation 59
- Retrait 33
- Sanction 32, 35, 57
- Utilité 24, 25

Déclaration sur l'honneur 33
Défaillance 5
Documents commerciaux 43, 44

E

Économie informelle, secteur
informel 3, 10, 25, 57
Entrepreneuriat 4
État civil 29, 33
Étiquetage 50
Étranger 15
Expert comptable 22

F

Facilitation financière 4
Factures 44
Fonctionnaires 22
Fonds de commerce 21

I

Immatriculation 24, 29, 31, 32, 52,
57
Impôts 4
Incitations, mesures incitatives 3, 4,
5, 43
Incompatibilité 22
Information 5, 24, 25, 27, 28, 29
Infraction 12, 14, 16, 33
Insaisissabilité 4
Interdictions 12, 14, 33

J

Justice 5, 15, 16
Juridictions 12, 32, 33, 37, 58

L

Livre chronologique 43, 44
Location-gérance 21, 51, 52

M

Marquage 50
Métiers urbains 3, 57
Microfinance 10

O

Obligations :
- Comptables 40 et s.
- Non-comptables 48, 49, 51

P

Perte du statut d'entrepreneurant 51 et
s., 54 et s., 59
Personnes morales 10, 29
Preuve 36, 37
Prescription 36, 38, 43, 48
Prix 50
Procédures collectives 4, 11, 16

R

Régimes matrimoniaux 5, 33
Registre du commerce et du crédit
mobilier 4, 21, 24, 27, 28, 44, 57
Registre récapitulatif 45 et s.
Relèvement 16
Régularisation 35

S

Salaires 5
Saisie 5
Sécurité publique 50
Service après-vente 50
Société unipersonnelle 53
Stockage 50
Sursis 12
Système minimal de trésorerie 51,
55, 58

T

Traité OHADA 3, 12, 14, 27, 32, 50
Transport 50

U

Usurpation de titre 35

EXPERTISE DE GESTION

Table des matières

Introduction n° 1-5

- §1 - Déclenchement de l'expertise de gestion n° 6
 - A - Demande d'expertise de gestion n° 7
 - I. Personnes autorisées à demander l'expertise de gestion n° 8
 - a - Action individuelle d'un associé n° 9-12
 - b - Action collective des associés n° 13
 - II - Présentation de la demande n° 14
 - a - Jurisdiction compétente n° 15-18
 - b - Objet de la demande n° 19-23
 - B. Désignation de l'expert n° 24-27 1
- §2 - Réalisation de l'expertise de gestion n° 28
 - A. Étendue de la mission de l'expert n° 29
 - B. Pouvoirs de l'expert de gestion n° 30-32
 - C. Sort de l'expertise n° 33-34

Bibliographie

- AKAM AKAM (A.), *Les Mutations juridiques du droit OHADA*, éd. L'Harmattan, 2009.
- ANOUKAHA (F.) *et alii*, *OHADA. Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Juriscope, 2002.
- DIOUF (Nd.), « Note sous Tribunal Régional hors classe de Dakar, jugement n° 871, du 21 mai 2002, Hassen Yacine c/ Société Natte Industrie », www.ohada.com, Ohadata J-03-04.
- FÉNÉON (A.), « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Penant*, 2002, p. 153.
- FÉNÉON (A.), « La mésentente entre actionnaires dans les sociétés anonymes régies par l'acte uniforme OHADA », *Penant*, juillet-septembre 2004, n° 848, p. 265.
- FOKO (A.), « Radioscopie des organes de gestions des sociétés anonymes depuis l'acte uniforme de l'OHADA
- relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *Verfassung and Recht in Ubersee, Law and Politics in Africa, Asia and Latina America*, n° III/1999, p 346-374.
- FOKO (A.), « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA », *Revue de Droit international et de Droit comparé*, 2009-07-01, volume 86, n° 3. p. 489.
- ISSA-SAYEGH (J.), « TRHC Dakar, Ordonnance de référé n° 901, du 9 août 1999, Hassane Yacine c/Société des Nattes Industries, Ibrahima Yazbouk et autres », www.ohada.com, ohadata, J-02-198.
- ISSA-SAYEGH (J.), POUGOUÉ (P.-G.) et SAWADOGO (F.-M.), *OHADA. Traité Actes Uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 3^e éd., 2008.
- JOHNSON (F. K. A.), « Les principes de gouvernement d'entreprise (L'OCDE) », www.ohada.com, ohadata D-06-18.
- MEUKE (B. Y.), « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA. Réflexion sur l'expertise de gestion », *Revue Juridique Tchadienne*, n° 13, septembre 2007.
- MEUKE (B. Y.), « La notion d'opération de gestion au sens de l'article 159 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique de l'OHADA. Réflexion à la lumière du droit français », www.ohada.com, ohadata D-05-57.
- MOUTHIEU NJANDEU (M.A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, Paris, L'Harmattan, coll. « Études africaines », 2009, 420 pages.
- PAILLUSSEAU (J.) « L'Acte Uniforme sur le droit des sociétés », *Les Petites Affiches*, 13 octobre 2004, n° 205, p. 19.
- PAILLUSSEAU (J.) « Le droit de l'OHADA – Un droit très important et original », *JCP*, éd. E, n° 5, supp. au JCP n° 44, du 28 octobre 2004, p. 1.
- POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (Fr.) et NGUEBOU (J.), *Le Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, 1998.
- SAMBE (I.) et DIAKHATE (M.), « Regards croisés sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales », *Revue sénégalaise de droit des affaires*, n° 1, 2003, p. 111.

Introduction

1. L'expertise de gestion est l'une des innovations du droit OHADA des sociétés commerciales. Son objet est de renforcer le droit des associés de contrôler la gestion de leur société. Inconnue des législations antérieures des États membres de l'OHADA, elle est introduite et organisée par les articles 159 et 160 de l'acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des

sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE). Cet acte uniforme est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998.

Elle est la possibilité offerte à des associés représentant une fraction raisonnable du capital social de faire ouvrir une enquête sur une ou plusieurs opérations de gestion.

Prévue dans la première partie de l'acte uniforme intitulée « Dispositions générales sur les sociétés commerciales » l'expertise de gestion se présente comme une mesure d'application générale. C'est dire qu'elle ne

comporte aucune restriction relativement aux formes commerciales. L'expertise de gestion peut donc être enclenchée dans tous les types de sociétés commerciales.

2. Ce faisant, le législateur OHADA est allé plus loin que le texte français du 24 juillet 1996 qui l'a inspiré. En effet, le droit français ne réserve l'expertise de gestion que respectivement aux sociétés par actions et aux sociétés à responsabilité limitée. L'expertise de gestion n'est pas donc une mesure d'application générale en droit français. Dans le même temps, le droit OHADA est moins progressiste que le droit français dans la mesure où il ne confère pas ce droit de solliciter une expertise de gestion au ministère public ou, pour le cas des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, aux organismes chargés de la surveillance des marchés financiers de l'UEMOA, de la CEMAC ou du Cameroun.

3. L'expertise de gestion répond au souci premier de garantir l'obtention d'une information fiable et nécessaire aux associés. Elle matérialise sans aucun doute la volonté du législateur OHADA d'assurer la protection des associés ne participant pas à la gestion de la société par une procédure particulière qui sort du cadre traditionnel de l'information des associés en s'intégrant dans une procédure judiciaire.

Cette procédure nouvelle permet en effet aux associés qui s'estiment peu éclairés sur la gestion sociale, en dépit de l'ensemble des informations qu'ils auraient reçues, de demander au tribunal une expertise de gestion afin que la lumière soit faite sur certaines opérations de gestion qu'ils estiment obscures.

4. L'analyse des articles 159 et 160 de l'AUDSCGIE laisse paraître également un souci de protection de l'intérêt social. En effet tel qu'elle est prévue l'expertise de gestion peut être présentée comme un outil de dissuasion en ce sens qu'elle pousse les dirigeants sociaux à faire passer l'intérêt social avant l'intérêt égoïste et immédiat des associés fussent-ils en majorité ou en minorité. C'est dire, en d'autres termes, que l'expertise de gestion permet d'instaurer la transparence dans la gestion de la société (*M.A. MOUTHIEU NJANDEU, L'intérêt social en droit des sociétés, Collection Études africaines, l'Harmattan, Paris, 2009, 420*).

Elle est enfin utile car elle limite les conséquences d'une gestion malhonnête, en faisant ressortir les fautes à un moment où on peut encore les corriger et d'un autre côté, elle permet, en prouvant la faute des dirigeants, de préparer et faciliter l'exercice d'une éventuelle action en responsabilité. L'utilité de l'expertise de gestion paraît donc évidente.

5. Mais au-delà de son utilité, cette nouvelle institution conduit à s'interroger sur son déclenchement et sur sa réalisation.

§1 - Déclenchement de l'expertise de gestion

6. Deux points méritent d'être abordés : la demande d'expertise et la désignation de l'expert.

A - Demande d'expertise de gestion

7. Il faut d'une part présenter les personnes autorisées à demander l'expertise de gestion et d'autre part, envisager la présentation de la demande par ces personnes.

I - Personnes autorisées à demander l'expertise de gestion

8. L'expertise de gestion est une prérogative exclusivement réservée aux seuls associés. L'article 159 AUDSCGIE dispose en effet qu'« un ou plusieurs associés représentant au moins le cinquième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander (...) la désignation d'un ou plusieurs experts ». Pour obtenir la nomination d'un expert de gestion, les associés peuvent donc agir individuellement ou collectivement.

a - Action individuelle d'un associé

9. La désignation d'un expert de gestion peut être demandée par un associé seul dès lors qu'il remplit la condition de représentativité d'un cinquième du capital social. C'est là une exigence impérative à peine d'irrecevabilité de la demande. En effet, l'article 159 de l'acte uniforme précité n'institue cette mesure qu'au profit des associés représentant au moins 20 % du capital social.

Faisant une bonne et juste application de ces dispositions de l'article 159, il a été refusé par le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, la désignation d'un expert, en raison notamment du fait que la demande avait été formulée par un actionnaire ne détenant que 50 actions, représentant simplement 1 % du capital social (*Tribunal Régional hors classe de Dakar, jugement n° 871 du 21 mai 2002, Hassen Yacine c/Société Natte Industrie, obadata J-03-04, obs. Ndiaw Diouf*). De même, la Cour d'appel d'Abidjan a décidé qu'en application de l'article 159 du traité relatif au droit des sociétés commerciales, un associé ne détenant que 8 % du capital social ne pouvait obtenir la nomination d'un expert de gestion. Le pourcentage de capital social détenu par l'associé était sans doute très faible pour qu'une expertise de gestion soit ordonnée. « *La demande d'expertise de Bassit ASSAD, qui n'a que 152 parts sur 1 900 parts, soit 8 % du capital, doit être déclarée irrecevable pour défaut de qualité* » (*Cour d'appel d'Abidjan, 10/01/2001, Arrêt n° 10, Polyclinique Avicennes c/ Bassit Assad*).

10. Seuls les associés détenant un pourcentage minimum du capital social peuvent demander une expertise de gestion et cela indépendamment de la forme de la société.

Il faut toutefois noter que les principales décisions rendues en la matière concernent des associés minoritaires.

Ainsi dans un arrêt de la cour d'appel d'Abidjan en date du 2 mars 2004, la demande d'expertise avait été introduite par un seul associé détenant 24,9 % du capital. En l'espèce, le capital social était de 50 000 000 FCFA réparti en 5000 parts et le demandeur détenait 1 245 parts (*Cour d'appel d'Abidjan, 02/03/2004 Arrêt n° 376, société METALOCK PROCESS-CISARL c/ TOURREGUITART JORGE CLUSSELA*).

Dans le même sens, un associé en l'occurrence l'État béninois qui, en dépit de son statut, n'étant propriétaire que de 35 % du montant des actions d'une société a dû faire recours au juge des référés aux fins de voir désigné un expert chargé d'examiner les opérations de gestion portant sur des mouvements suspects de fonds (*CA Cotonou arrêt n 256/2000, aff. Société Continentale des Pétroles et d'investissement, M. Fagbbahou Sonacop, M. Cyr Koty, M. Mounirou Omichssan c/ État béninois, obadata J-06-101*).

Enfin l'expertise de gestion a été ordonnée par le Tribunal Régional de Niamey sur demande d'un associé détenant 49 % du capital social qui se plaignait de n'avoir pas été informé de la vie sociale et doutait de la sincérité et du sérieux des résolutions prises en assemblée (*Tribunal Régional de Niamey, ordonnance de référé n° 245 du 22 oct. 2002, Abass Hammoad c/ Jacques Claude Lacour et Dame Évelyne Dorothé Flambar, obadata J-04-80*).

11. La jurisprudence dans les États membres de l'OHADA est donc suffisamment illustrative. Les associés sont seuls à pouvoir solliciter une expertise de gestion.

Une certaine doctrine (*F. Anoukaba et alii., OHADA. Sociétés commerciales et GIE, Bruylant, Juriscope, 2002, p. 174*) estime qu'il s'agit « concrètement d'une expertise de minorité (qui) autorise les associés minoritaires, pris individuellement ou en groupe, (à) demander en justice une enquête sur des opérations de gestion » (*MEUKE Bérenger, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : « Réflexion sur l'expertise de gestion » », Revue Juridique Tchadienne n° 13, sept. 2007*). Mais, s'il est vrai que l'expertise de gestion est souvent demandée par des associés minoritaires, il ne faut pas en faire « une expertise de minorité » comme le droit français des sociétés en a connu. S'agissant d'une mesure d'information sur la gestion sociale, l'exigence de représentativité d'un cinquième du capital donne la possibilité aux associés majoritaires de demander également la désignation d'un expert de gestion. Cette possibilité est d'autant plus importante qu'il est possible que la gestion de la société soit confiée à des mandataires sociaux. La jurisprudence sénégalaise en donne une illustration éclatante. En effet, le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar a enregistré un cas dans lequel les demandeurs qui sollicitaient la

désignation d'un expert aux fins de vérifier les comptes de la Société depuis sa création étaient détenteurs de 64 % du capital social (*Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance de référé, n° 1671 du 23 décembre 2002 ; Abdoulaye Ndiaye c/Ndiogou Lo*).

12. Par ailleurs, qu'il soit minoritaire ou majoritaire, le demandeur, pour avoir qualité à agir ne doit pas avoir cessé d'être associé au jour de l'acte introductif d'instance. En effet, seuls les demandeurs ayant la qualité d'associés au jour de l'acte introductif d'instance peuvent solliciter une expertise de gestion.

b - Action collective des associés

13. Aux termes de l'article 159 AUDSCGIE, les associés peuvent « en se groupant sous quelque forme que ce soit », demander une expertise de gestion.

Le regroupement des associés doit permettre d'atteindre le seuil minimal de représentation d'un cinquième du capital social. On peut envisager deux approches de l'action du groupement. Dans la première, le groupement n'agit que comme mandataire des associés et la règle *nul ne plaide par procureur* oblige chacun de ceux-ci à figurer nominativement dans la procédure, avec l'inconvénient que tous les associés seront présents et qu'aucun désistement ne se produira. Dans la seconde, le groupement agit en son nom propre et le problème est alors de savoir s'il serait autorisé à exercer collectivement un droit que chacun de ses membres pourrait exercer individuellement. Dans ce cas, il est préférable de créer une association d'associés, notamment pour les petits porteurs. En tout état de cause, il faut voir dans cette autorisation donnée au groupement d'associés, un simple moyen pour le législateur, de faciliter l'exercice de l'action et non un mécanisme visant à opérer leur regroupement quelconque.

II - Présentation de la demande

14. Il faut présenter la juridiction compétente avant d'analyser l'objet de la demande.

a - Juridiction compétente

15. La demande d'expertise de gestion, d'après l'article 159 AUDSCGIE, est adressée au président de la juridiction compétente du siège social. Cette prescription est sans doute destinée à permettre à la mesure d'être prise rapidement. Cela peut aisément se comprendre car où la gestion déplorée par les associés peut être de nature à se dégrader rapidement.

Le législateur n'a donc pas cru devoir expressément soumettre la demande d'expertise de gestion à la procédure d'urgence. Pour que le juge statue en référé, il

revient à l'associé de prouver l'existence de l'urgence. À défaut, le président du tribunal saisi, pourra se déclarer incompétent et renvoyer le demandeur à mieux se pourvoir (*TRHC Dakar, n° 871, 21-5-2002 : Hassen YACINE c/ société Natte industrie, www.obada.com, Ohadata J-03-04, obs. Ndiaw DIOUF, voir aussi Ohadata J-02-198*).

16. La procédure d'expertise de gestion n'est pas une procédure d'urgence. Cependant, le juge compétent statue en la forme des référés. Il n'en demeure pas moins que la procédure peut devenir d'urgence lorsqu'un retard dans la décision à intervenir risque de mettre en péril les intérêts d'un ou de plusieurs associés. Dans un tel cas, le juge des référés est alors compétent (*Cotonou ; n° 256/2000, 17 août 2000, Affaires Société Continentale de Pétrole et d'Investissement, M. Séjou Fagboboun, Sonacop, M. Cyr Koty c/ État béninois, juriscope.org*) et il revient à l'associé de prouver l'existence de l'urgence (*TRHC Dakar, ord. réf. n° 901, 9-8-1999 : Hassane Yacine c/ Société Nattes Industries, Ibrahima Yazback et autres, www.obada.com, Ohadata J-02-198, obs. J. Issa-Sayegh*).

17. Par ailleurs, se pose la question de savoir si la demande d'une expertise de gestion est subordonnée à l'échec ou au caractère non satisfaisant d'une réponse fournie par le dirigeant de la société ? En d'autres termes, l'expertise de gestion est-elle subsidiaire par rapport aux autres moyens d'information mis à la disposition des associés ?

18. Le législateur OHADA n'a pas suffisamment déterminé le caractère de la procédure. Mais telle qu'elle est prévue par l'AUDSCGIE, l'expertise de gestion n'est pas une mesure subsidiaire, elle vient en complément des autres moyens de contrôle et d'information dont disposent les associés. En effet, il n'est pas demandé à l'associé demandeur d'épuiser tous les moyens normaux d'information mis à sa disposition y compris ceux prévus aux articles 157 et 158. En fait, dans l'AUDSCGIE, deux procédures indépendantes ont été instituées : l'une dite procédure d'alerte gouvernée par les articles 150 et suivants et l'autre intitulée procédure d'expertise de gestion. Elles tendent toutes les deux à garantir la bonne information de l'associé et ne présentent aucun caractère de subsidiarité l'une par rapport à l'autre.

b - Objet de la demande

19. L'expertise de gestion selon les dispositions de l'article 159 précité a pour objet les opérations de gestion. Elle tend à obtenir des informations sur « une ou plusieurs opérations de gestion ». Mais, l'AUDSCGIE n'a donné aucune définition de la notion d'opération de gestion. Dès lors, c'est à la jurisprudence qu'il revient de donner un contenu à cette notion de fait. Il est possible, toutefois, de tirer quelques enseignements de l'utilisation

du terme « gestion ». Celui-ci impose d'exclure les décisions prises par l'assemblée générale des associés car celle-ci n'est pas un organe de gestion. Il faut donc ici envisager, pour cerner la notion d'opération de gestion, les actes pris par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leur fonction et qui intéressent l'organisation et le fonctionnement de la société.

20. Ces dirigeants sociaux peuvent être le gérant de SNC, de SCS ou de SARL, le président du Conseil d'administration, le président directeur général, le directeur général, le directeur général adjoint ou l'administrateur général d'une SA (*Voir A. Foko, « Radioscopie des organes de gestion des sociétés anonymes depuis l'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Verfassung and Recht in Ubersee, Law and Politics in Africa, Asia and Latina America n° III/1999, p. 346-374*).

À l'inverse, ne sont pas des dirigeants d'une société, ni les organes de surveillance tels que les commissaires aux comptes, ni les salariés assurant les fonctions de directeurs techniques ou commerciaux de l'entreprise.

21. Par ailleurs, d'autres personnes peuvent être amenées à participer dans la gestion. C'est le cas de toutes les situations d'immixtion dans la gestion sociale s'agissant du dirigeant de fait. Par rapport à ces dirigeants de fait, se pose la question de savoir si on peut valablement autoriser une expertise de gestion relativement à un acte qu'ils ont accompli. Dans le cadre du droit OHADA, le législateur est muet sur la question. Mais un auteur (*André Akam Akam, Les mutations juridiques du droit OHADA, éd. L'Harmattan, 2009, p. 161 ; A. FOKO, L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA, in les Mutations juridiques dans le système OHADA, L'Harmattan, Cameroun, 2009, n° 36, p. 161 et s*) estime que du moment où il s'agit, au bout du compte, d'aboutir à un fonctionnement harmonieux de la société, il doit être permis d'initier l'action dont il s'agit quel que soit le dirigeant ayant accompli l'acte, dirigeant de droit ou de fait. C'est dire que, pour qu'un acte puisse faire l'objet d'une expertise de gestion, il faut qu'il émane d'un dirigeant. Peu importe donc qu'il s'agisse d'un dirigeant de droit ou de fait.

22. Il faut aussi signaler que la notion d'acte ou d'opération de gestion a un champ particulièrement élastique. Et cela est dû sans doute à une absence de précision légale des contours de cette notion.

Dans l'espace OHADA, l'expertise de gestion a été demandée pour : la résiliation de l'audit d'une société aux fins de déterminer la valeur actuelle des actions et le montant réel des bénéficiaires dégagés depuis la création de la société (*TRHC Dakar, Ordonnance de référé n° 901 du 9 août 1999, Hassane Yacine c/Société des Nattes Industries, Ibrahima Yazbouk et autres, ohadata, J-02-198, obs. J. Issa Sayegh*) ; la réalisation d'un audit de la gestion d'un directeur intérimaire (CA Abidjan

Arrêt n° 376 précité) ; la vérification de la régularité des transactions ayant entouré le rachat des actions d'une société par une autre et celle du mouvement des fonds entre les deux sociétés (CA Cotonou, arrêt n° 256/2000 du 17/08/2000) ; la vérification des comptes d'une société depuis sa création (*Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance de référé, n° 1676 du 23 décembre 2002*) ; la vérification de la sincérité des bilans des deux exercices ainsi que la détermination de la façon dont le gérant a fixé la rémunération qu'il a proposée pour les exercices ; la précision si les besoins de financement de la société nécessitent la non-distribution systématique des bénéfices et la détermination des engagements éventuels des associés vis-à-vis de la société (*Tribunal Régional de Niamey, ordonnance de référé, n° 245 du 22 octobre 2002*).

23. S'il est vrai que l'expertise de gestion ne s'applique qu'aux actes de gestion, force est de constater que ces derniers sont caractérisés par une assiette particulièrement large. Presque tous les points d'ombre relevés dans le fonctionnement de la société y sont versés. En témoigne ce jugement du tribunal régional hors classe de Dakar n° 871 du 21 mai 2002 précité où la demande d'expertise fut introduite aux fins d'ordonner un audit de la société ; de déterminer la valeur des investissements réels faits pour le compte de la société dans l'intérêt social depuis la création de la structure ; de déterminer la valeur réelle des actions et d'indiquer, au vu du rapport d'expertise, le montant réel des bénéfices qui auraient dû être distribués à la clôture de chaque exercice comptable. On voit donc que l'objet de la demande d'expertise de gestion peut ainsi présenter une certaine diversité même si, selon une jurisprudence française constante, la mission de l'expert ne saurait porter sur l'ensemble des opérations de gestion de la société (*cass. com., 25 mars 1974, JCP. 1974.II.17853*).

Bref, la notion d'acte de gestion, objet de la demande d'expertise de gestion est difficile à cerner.

B - Désignation de l'expert

24. Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière de désignation de l'expert. Il lui appartient d'apprécier s'il y a lieu ou non de faire droit à la demande. Mais il ne doit en aucun cas se faire juge des opérations de gestion critiquées et de l'évolution financière de la société. Il doit se contenter d'apprécier le sérieux de la demande et de nommer un ou plusieurs experts en fonction de la nature des opérations de gestion concernées.

25. Le juge dispose, d'abord, d'un important pouvoir dans la procédure d'expertise de gestion en ce sens qu'il lui appartient d'apprécier l'opportunité de l'expertise. Il ne désigne un expert que lorsqu'il estime que les inquiétudes du demandeur sont fondées. Le juge saisi ne peut donc ordonner une expertise qu'après avoir

apprécié le bien fondé de la demande. C'est dire que, même lorsqu'elle est intentée par un minoritaire remplissant toutes les conditions de recevabilité, l'expertise ne s'impose pas au juge. Ainsi, une juridiction a estimé que « *l'expertise de gestion doit être ordonnée, dès lors qu'elle a été demandée par un associé (...), qui se plaint de n'être pas informé de la vie sociale et doute de la sincérité et du sérieux des résolutions prises en assemblée* » (*Tribunal Régional de Niamey, ordonnance de référé n° 245 du 22 octobre 2002 – Abbas Hammoud c/ Jacques Claude Lacour et dame Évelyne Dorothee Flambard*).

La décision d'expertise est une mesure grave. Le juge ne peut l'ordonner qu'après avoir apprécié le bien fondé de la demande. Le juge dispose ainsi en la matière d'un pouvoir d'appréciation qui l'oblige à vérifier le caractère sérieux de la demande. Pour ce faire, il doit tout simplement s'assurer que l'expertise a une finalité sociale car l'objet de l'expertise de gestion est en effet la « *recherche de l'intérêt social* » (*M.A. MOUTHIEU NJAN-DEU, op. cit., n° 9*). Son pouvoir se justifie aussi par le fait que l'article 160 de l'acte uniforme précité lui confère le pouvoir de déterminer la mission, les pouvoirs et les honoraires du ou des experts.

26. Par ailleurs, il lui appartient, en fonction de l'opération concernée, de choisir librement l'expert. Dans cette optique, il n'est pas tenu de désigner un expert-comptable ou un commissaire aux comptes. En fonction des opérations à examiner, il définit un profil pertinent d'expert et fait son choix. Ainsi, il peut choisir un juriste spécialisé en droit des sociétés si tel est le problème posé ou encore un expert financier ou un technicien spécialisé dans la branche d'activité exercée par la société (*A. Fénéon, « La mésentente entre actionnaires dans les sociétés anonymes régies par l'acte uniforme OHADA », Penant, juillet-septembre 2004, n° 848, p. 265*). Il peut s'adresser à un expert judiciaire, un expert-comptable, un commissaire aux comptes, un dirigeant de société spécialement averti des problèmes de gestion ou toute autre personne qu'il estime compétent.

27. Concernant le nombre d'experts, le juge est également libre dans son choix. Mais, si les demandeurs indiquent un nombre précis d'experts, il doit s'en tenir à cela. En fait, un juge, fût-il des référés, qui désigne sans justification deux experts au lieu d'un seul sollicité par le demandeur statue *ultra petita* et sa décision doit être réformée (*CA Cotonou, Arrêt, n° 225/2000 17/8/2000, op. cit.*).

§2 - Réalisation de l'expertise de gestion

28. Décidée par le juge, l'expertise de gestion couvre un champ d'investigation délimité dans l'ordonnance

du juge. L'expert désigné dispose d'un certain nombre de pouvoirs pour réaliser une mission qui fait l'objet d'un rapport.

A. Étendue de la mission de l'expert

29. La mission de l'expert est entendue de façon stricte et est circonscrite rigoureusement dans le cadre de ou des opérations en cause. Dans son ordonnance, le juge doit indiquer de façon précise, la ou les opérations sur lesquelles le rapport de l'expert de gestion doit porter. Il s'agit, en effet, de déterminer la valeur et la portée d'un ou de plusieurs actes de gestion. Il est donc important de préciser qu'il ne s'agit pas d'un audit de la gestion de la société ni de la remise en cause de la façon dont la société est gérée. L'expertise de gestion a pour but l'information des associés sur des opérations de gestion afin, notamment de prévenir des abus ou d'identifier des fautes de gestion.

B. Pouvoirs de l'expert de gestion

30. L'expert dispose d'un pouvoir encadré dans la réalisation de sa mission, malgré le silence de l'AUDSCGIE sur cette question. Il appartient au juge qui l'a désigné de déterminer ses pouvoirs. S'agissant, pour l'expert, de la production d'un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion, il semble qu'il doive disposer d'un pouvoir d'enquête. Ce pouvoir devra lui permettre d'entendre les parties, d'obtenir des renseignements sur certaines opérations et d'examiner les documents produits par les parties. Il doit également pouvoir prendre connaissance des documents se rapportant à la marche de la société dès lors qu'ils ont un lien avec les opérations qu'il doit apprécier.

31. Le secret des affaires ne lui est pas opposé. Par conséquent, bien que l'expert soit lui-même astreint au secret professionnel, les risques d'indiscrétion ne sont pas à négliger.

32. Mais pour que l'expert puisse remplir efficacement sa mission, il ne doit pas rencontrer d'obstructions venant des dirigeants sociaux. Toutefois, l'AUDSCGIE ne prévoit pas de sanction à l'encontre du dirigeant qui gênerait la réalisation de la mission de l'expert.

C. Sort de l'expertise

33. Le législateur OHADA énonce l'obligation d'adresser le rapport d'expertise « au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration ». Cette disposition ne permet pas de savoir qui procède à cette communication du rapport. L'expertise ayant été ordonnée par le juge, il semble que c'est à lui que l'expert doit présenter son rapport. Ensuite, le juge se chargera de le communiquer aux destinataires prévus à l'article 160. En droit français, il est prévu que le rapport est déposé au greffe du tribunal du commerce et le greffier en assure la communication.

En tout état de cause, quel que soit le mode de communication, ce rapport permettra à ses destinataires d'être mieux informés sur les opérations de gestion en cause. À partir de là, il peut conforter les demandeurs dans la conviction de l'existence de fautes de gestion et leur permettre d'introduire une action en justice ou, au moins de faire corriger les modalités de gestion de la société.

34. Mais, le plus important est que le rapport de l'expertise de gestion doit être mis à la disposition des organes sociaux pour qu'ils en tirent les conséquences.

Cette réalisation de l'expertise de gestion dans la perspective d'une amélioration, le cas échéant de la gestion de la société, semble justifier que la rémunération de l'expert soit à la charge de la société. En effet, aux termes de l'article 160, « les honoraires des experts sont supportés par la société ». Ceci implique que, même si c'est un associé qui demande la désignation d'un expert de gestion, il appartient à la société de payer les honoraires de l'expert. Ainsi, il ne peut y avoir d'obstacle financier à la mise en œuvre de l'expertise.

Mbissane NGOM

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

E

Expert

- Désignation, 12
- Honoraires, 15
- Mission, 14
- Nombre, 13
- Pouvoirs, 14
- Rapport, 15

Expertise de gestion

- Champ d'application, 4
- Définition, 4
- Demande collective, 8
- Demandeur individuel, 5
- Intérêt social, 13

- Juridiction compétente, 9

O

Opération de gestion

- Dirigeants sociaux, 10
- Notion, 10
- Tiers, 11

R

Rapport d'expertise

- Destinataires, 15
- Sort, 15

FILIALE, SUCCURSALE, GROUPE DE SOCIÉTÉS

Table des matières

Introduction n° 1

Section 1 - La filiale, une société juridiquement

indépendante sous contrôle au sein d'un groupe n° 2 à 19

§1 - Indépendance juridique de la filiale n° 3 à 5

A - Possession de la pleine capacité d'une société n° 4

B - Distinction entre filiale et succursale n° 5

§2 - Techniques d'affiliation n° 6 à 19

A - Acquisition du contrôle des filiales n° 7 à 14

I - Modalités d'acquisition du contrôle des filiales n° 8 à 13

a - Acquisition de parts du capital n° 9 à 11

b - Affiliation issue des rapports personnels n° 12 à 13

II - Types de filiales n° 14

B - Exercice du contrôle des filiales par les sociétés mères n° 15 à 19

I - Contrôle de direction n° 16

II - Contrôle de vérification n° 17 à 19

a - Vérification par la mise en œuvre du droit d'information de l'associé n° 18

b - Vérification par l'établissement des comptes consolidés n° 19

Section 2 - Les autres structures de groupe des sociétés sans contrôle n° 20 à 32

§1 - Participations n° 21 à 29

A - Critères d'appréciation des participations n° 22 à 25

I - Détention d'au moins dix pour cent du capital n° 23 à 24

II - Détention effective et durable des actions n° 25

B - Types de participations n° 26 à 29

I - Participations simples n° 27

II - Participations réciproques n° 28 à 29

§2 - Groupes à structures contractuelles n° 30 à 32

A - Conventions d'union n° 31

B - Contrats d'intégration n° 32

Bibliographie

- POUYOUÉ (P.G.), NGUEBOU TOUKAM (J.), ANOUKAHA (F.), « Commentaire sur l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », *OHADA, Traité des actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 3^e éd., 2008.
- ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUYOUÉ (P.G.), SAMB (M.), *OHADA, Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, 2002.
- MODI KOKO (B.), « Le contrôle de la gestion des filiales par la société mère dans le droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, p. 845 et s.

Introduction

1. Les sociétés commerciales sont tournées vers l'économie, la conquête du marché et la recherche de la compétitivité, en vue de faire face à la rudesse de la concurrence que les lois ont d'ailleurs toujours voulu libre pourvu qu'elle soit loyale. Dans cet élan, elles ont recours à diverses techniques, certaines relevant de la pure pratique des affaires, en tout cas la plupart constituant de véritables mécanismes de relations juridiques entre sociétés. Le droit des sociétés consacre la situation de liens de droit entre sociétés dont la caractéristique majeure en droit OHADA est la liaison en capital. Ces liens permettent aux sociétés de constituer des groupes, de véritables géants économiques, même si au plan fonctionnel, la réalité demeure le contrôle des unes sur les autres. C'est justement le propre de la relation société mère et filiale où la pre-

mière est réputée détenir le pouvoir effectif au sein de la seconde, à travers sa participation de plus de 50 % dans le capital de celle-ci. Cette situation cache deux réalités : d'une part, il s'agit de deux sociétés juridiquement autonomes et d'autre part, il s'agit d'une inféodation économique de la société mère sur la filiale. Les entrepreneurs recourent aussi parfois aux succursales. À quelques égards près, la succursale est une pseudo-filiale. Elle est constituée comme une société. Elle est immatriculée au registre de commerce et du crédit mobilier. Elle a une communauté patrimoniale avec une personne physique ou morale propriétaires. Elle est surtout dotée d'une certaine autonomie de gestion. Peut-on dès lors confondre la filiale avec la succursale ? Quel lien existe-t-il alors entre filiale, succursale et groupe de sociétés ? Ce lien est évidemment nuancé, en ce qu'il rapproche la filiale et le groupe de sociétés, d'une part et qu'il exclut la succursale du champ de l'une comme de l'autre, d'autre part.

Il est pourtant vrai que les trois entités participent

d'une recherche de compétitivité à travers un déploiement centrifuge vers les marchés.

Le phénomène d'affiliation et partant de groupe de sociétés, vise la concentration entre entreprises du groupe, mais en fait la maîtrise d'un marché plus large (Modi Koko Bebey, « *Le contrôle de la gestion des filiales par la société mère dans le droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique* », In Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges Guyon, Dalloz, 2003, p. 845). Le groupe existe entre sociétés étrangères les unes à l'égard des autres.

La succursale, elle, est une technique de déconcentration du centre de décision d'une entreprise, pour la poursuite de l'activité dans un autre espace géographique. La succursale peut appartenir à une personne physique ou à une personne morale étrangères.

La filiale, la succursale et le groupe de sociétés doivent en tout état de cause se démarquer en raison d'une caractéristique qui unit filiale et groupe de société, à savoir l'indépendance juridique des membres du groupe, et qui fait défaut à la succursale. La filiale est donc une société, sous contrôle dans un groupe mais qui est juridiquement autonome.

Vu l'importance des groupes de sociétés et des filiales, le débat portera donc sur ce rapport de contrôle des unes sur les autres, à travers lequel il sera possible de caractériser la succursale. Cependant il faudra faire remarquer que la notion de groupe de sociétés peut être envisagée au sens de la doctrine, dans un rapport, reprenant l'autonomie juridique, mais excluant l'existence forcément d'un contrôle.

La structure de cette étude va donc présenter un bipode. D'une part, l'indépendance juridique de la filiale, pour pouvoir la distinguer de la succursale (Section 1) et d'autre part les autres structures de groupe sans contrôle (Section 2).

Section 1 - La filiale, une société juridiquement indépendante sous contrôle au sein d'un groupe

2. L'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ne donne pas de définition directe de la filiale. Tout au plus, l'on déduit que celle-ci repose sur un lien en capital permettant à une société dite mère d'exercer son contrôle sur la première. Cette réalité résulte d'une série de définitions proposées par l'Acte uniforme sur le groupe de sociétés, la notion de contrôle et le rapport société mère et filiale.

Le groupe de sociétés est un ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres (art. 173). La notion de groupe de société relève justement du

Livre IV qui traite des liens de droit entre sociétés, et le législateur communautaire semble réduire le groupe à la relation société mère et filiale. En effet, pour parler de groupe de sociétés, l'Acte uniforme exige l'existence d'un contrôle de l'une des sociétés sur les autres.

La définition qu'il donne alors du contrôle d'une société est *la détention effective du pouvoir de décision au sein de celle-ci* (art. 174). Cette détention du pouvoir de décision elle-même doit s'entendre à l'égard d'une personne physique ou morale d'une part, de la détention directement ou indirectement ou par personne interposée, de plus de la moitié des droits de vote d'une société et d'autre part, de la disposition de plus de la moitié des droits de vote d'une société en vertu d'un accord ou d'accords conclus avec d'autres associés de cette société. En réalité, ces deux séries de conditions ne sont pas cumulatives. Mais c'est précisément la réalisation de l'une d'elles au moins qui crée la filiale.

En effet, lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre, cette dernière est appelée filiale de la première qui est alors société mère (art. 179). La détention du capital ainsi réalisée implique qu'aucune décision extraordinaire ne puisse être prise dans la filiale sans l'accord de la société mère. On dit alors que la filiale est contrôlée par la société mère. C'est l'une des caractéristiques d'un groupe de sociétés, l'existence du contrôle de l'une sur les autres (art. 173). Mais un tel contrôle n'emporte pas aliénation de la personne morale de la filiale, puisque cette dernière doit justement jouir de la pleine capacité juridique pour que la relation avec la société mère puisse exister. À défaut, il s'agirait certainement d'une succursale, c'est-à-dire, un simple établissement commercial appartenant à une société ou à une personne physique (art. 116 et s.).

Vont être examinées successivement, cette indépendance juridique de la filiale et les techniques par lesquelles les filiales sont créées.

§1 - Indépendance juridique de la filiale

3. L'indépendance juridique de la filiale postule qu'elle possède la pleine capacité d'une société (A), ce qui permet de la distinguer de la succursale (B).

A - Possession de la pleine capacité d'une société

4. La filiale est une société comme les autres. Elle possède donc la pleine capacité juridique et les attributs qui en découlent, de manière aussi complète que si elle était indépendante sur le plan économique. Cela est également vrai pour la société mère. Les sociétés d'un groupe sont donc autonomes les unes des autres. Une telle autonomie peut se comprendre à partir du moment

où le groupe de sociétés dont la relation société mère et filiale est un exemple, n'a pas de personnalité morale. Il s'agit d'une simple situation de fait.

Chacune d'elle a alors une dénomination, un siège, une nationalité et un objet qui peuvent parfois n'être pas le même pour tout le groupe. La filiale est constituée sous l'une des quatre formes de sociétés prévues par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

La filiale possède tous les organes qui existent normalement dans la forme de société qu'elle a adoptée. C'est donc une société à part entière même dans l'hypothèse de filiale constituée sous forme d'une société unipersonnelle (*Guyon, op. cit., n° 614*), cette dernière n'étant pas une forme particulière de société, mais une simple modalité de SARL (*art. 309*) ou de SA (*art. 385*). L'autonomie juridique qui s'exprime ainsi entre les sociétés du groupe est, en principe, aussi préservée à l'égard des tiers.

Cela exclut très certainement l'extension des situations affectant par exemple la société mère aux filiales. Ainsi par exemple, les interdictions ou les incompatibilités applicables à la société mère ne s'étendent pas à la filiale (*en ce sens, CA Ndjaména, civ. & com. 5 mai 2000, SDV Cameroun et SDV Tchad c/ Star International, Juriscope.org ; Cass. com. 13 juin 1995, JCP, 1995, II, 22522, note Guyon*). De même, l'assignation en justice signifiée à la société mère n'est pas opposable à la filiale, les procédures collectives sont indépendantes, sauf dans ce dernier cas, si en cas de cessation des paiements d'une filiale il peut être prouvé que la société mère s'est comportée comme un dirigeant de fait dans la filiale (*Modi Koko Bebey, op. cit., p. 849 et suiv. ; Cass. com. 1^{er} déc. 2009, Rev. Lamy droit des affaires N° 45, janv. 2010, Actualités, n° 2647, p. 15, note Faussurier ; voir Notté (G.), « Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé », Th. Paris I, 1978 ; Legros (J.P.), « Redressement ou liquidation du dirigeant », Rev. soc., N° 4, avril 2009, commentaire n° 81, p. 38*).

Au plan de la gestion, le président du Conseil d'administration de la société mère n'a pas qualité pour représenter la filiale. Dans le même sens, la société mère ne saurait en principe être tenue pour les obligations contractées par la filiale. La filiale possède ainsi et surtout, son propre patrimoine, sur lequel peuvent être exécutées ses dettes (*Contin et Hovasse, « L'autonomie patrimoniale des sociétés, réflexion sur la finalité d'une organisation juridique des groupes », D., 1971, p. 197*).

Cependant, le droit fiscal et le droit comptable arrivent souvent à ignorer cette indépendance juridique. En effet, les résultats du groupe sont souvent pris en compte tel qu'ils ressortent des comptes consolidés ou combinés (*art. 74 et suiv. de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit comptable*). De même, le patrimoine de la société mère est souvent directement imposé pour les bénéfices réalisés par la filiale.

L'autonomie juridique de la filiale permet de la distinguer de la succursale.

B - Distinction entre filiale et succursale

5. La distinction entre une filiale et une succursale est importante car la confusion n'est pas absente, les deux entités ayant en commun d'être en relation avec une société dominante. Seulement, la personnalité juridique autonome et distincte de celle de la société mère, qui caractérise la filiale, fait défaut à la succursale.

La succursale n'est qu'un *établissement commercial ou industriel ou de prestation de services appartenant à une société ou à une personne physique, mais dotée d'une certaine autonomie de gestion* (*art. 116 AUDSC et GIE, CA Ndjaména, 5 mai 2000, précité*). Elle n'a ni autonomie juridique, ni autonomie patrimoniale.

En effet, aux termes de l'article 117 de l'AUDSC et GIE « *la succursale n'a pas de personnalité juridique autonome, distincte de la société ou de la personne physique propriétaire. Les droits et obligations qui naissent à l'occasion de son activité ou qui résultent de son existence sont compris dans le patrimoine de la société ou de la personne physique propriétaire* ».

La succursale peut être l'établissement d'une société ou d'une personne physique étrangère. En droit interne comme en droit international, les commerçants et les industriels ont justement besoin d'étendre leurs activités et leur marché par délocalisation, sans nécessairement procéder par la technique de l'affiliation.

Par cette dernière d'ailleurs, les sociétés mères qui contrôlent les filiales ne sont pas toujours propriétaires de celles-ci. Il arrive même parfois que la société mère n'exerce plus aucune activité industrielle ou commerciale directe, se contentant de détenir des actions qui lui assurent la maîtrise du groupe. C'est ce que la pratique des affaires appelle *sociétés holding* (*Couret (A.) et Martin (D.), La société holding, PUF, coll. Que sais-je ?, 1991*). Dans une filiale pluripersonnelle par exemple, l'activité appartient à tous les associés de manière égale sauf différence catégorielle, relativement à la participation au capital.

La succursale permet donc au propriétaire de rester maître de son activité, partout où elle s'exerce. Elle doit alors et seulement fonctionner selon le droit de l'État partie dans lequel elle est située, sous réserve des conventions internationales ou de dispositions législatives contraires. À cet égard justement, quand la succursale appartient à une personne étrangère, elle doit être apportée à une société de droit préexistante ou à créer, de l'un des États membres de l'OHADA, deux ans au plus tard après sa création, sauf dispense par un arrêté du ministre chargé du commerce de l'État en question où elle est située (*art. 120 AUDSC et GIE, lire BOISSEAU CHARTRAIN, « Quel avenir pour les succursales des sociétés dans l'OHADA ? », RDAI, N° 3, 2000, p. 358*).

La succursale est immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier, conformément aux dispositions régissant ce registre (*art. 119 AUDSC et GIE*). Contrairement au cas de la filiale, l'immatriculation

de la succursale n'a pas pour objet de lui conférer la personnalité morale, mais simplement de lui conférer une existence juridique.

Contrairement à la relation société mère et filiale, il n'existe pas un rapport de dépendance entre la succursale et son propriétaire, mais plutôt un rapport d'appartenance. Il ne s'agit que d'une déconcentration de la même société dans la conquête du marché. La filiale elle, procède, dans cette perspective, d'une invasion d'une société sur les autres.

Les techniques d'affiliation décrivent en fait des mécanismes brutaux de prise de contrôle et d'exercice de celui-ci par les sociétés mères au sein des filiales.

§II - Techniques d'affiliation

6. Les techniques d'affiliation décrivent la manière dont une société mère acquiert le contrôle d'une filiale (A) et comment ce contrôle est exercé (B).

A - Acquisition du contrôle des filiales

7. Les modalités d'acquisition du contrôle (I) permettent de réaliser au moins deux montages de filiales (II).

I - Modalités d'acquisition du contrôle des filiales

8. La prise de contrôle des filiales se fait généralement par acquisition de parts du capital de celles-ci par les sociétés mère (a). Toutefois, sans que le lien en capital soit absent, l'affiliation peut aussi résulter directement de liens personnels entre associés ou dirigeants (b).

a - Acquisition de parts du capital

9. L'acquisition du capital de la filiale, n'est certainement pas l'expression idoine ici. Mais elle permet au moins de fédérer deux procédés de création du lien d'affiliation par le rapport financier. À cet égard, un premier procédé consiste à créer la filiale par les seuls apports réalisés par la ou les sociétés mères. Il s'agit certainement de filiale à 100 %. Ce procédé est licite si l'opération rentre dans l'objet social de la société mère ou s'il y a connexité entre cet objet et celui de la filiale qui vient d'être créée. Un second procédé est celui par lequel la société mère en devenir acquiert la majorité des titres émis par la société à affilier. La pratique parle improprement de *Rachat de société*. Mais il n'en est rien car, le rachat s'il en est ne porte pas sur la personne morale elle-même, mais sur les titres qu'elle a émis. L'on parle donc mieux de *Cession de contrôle*. Sur un plan comparatif, les cessions de contrôle sont plus pratiques que les cessions de fonds de commerce, car d'une part, elles assurent une continuité à l'égard des tiers (créanciers et débiteurs extérieurs à la

société) et d'autre part, sur le plan fiscal, les transmissions d'actions sont moins imposées que les cessions portant sur le fonds de commerce lui-même.

10. Les cessions de contrôle ont donc plus d'intérêt pour cette étude. Elles doivent être envisagées différemment selon qu'elles portent sur les sociétés cotées ou non.

Les cessions de contrôle dans les sociétés cotées en bourse sont réalisées par deux procédés, s'agissant de sociétés admises à la négociation sur un marché réglementé.

D'une part le contrôle s'acquiert de manière progressive par achat continu de titre. Ce procédé ne pose pas de problème de sa légalité. Certes l'incertitude du marché boursier en Afrique ne permet pas d'apprécier la portée de cette technique que la pratique des affaires dénomme « *Ramassage* ». La société mère démontre ainsi son intention de prendre le contrôle de la filiale par cette méthode rampante (V. J.J. Daigre, « *La prise de contrôle rampante* », Cah. Dr. Entr. 2000, N° 6, p. 3). Cela permet aux autorités de régulation de mettre en place un système de protection des entreprises nationales (Par ex. Schmidt (D.), « *La protection des entreprises nationales contre les prises de contrôle par les multinationales étrangères* », Rev. soc., 1975, p. 573).

En droit français par exemple, le ramassage d'une fraction de capital significative doit être déclaré à l'autorité boursière. De l'autre côté, lorsque l'entreprise acquéreur de titres en possède déjà au moins 33 %, elle doit nécessairement recourir à une offre publique d'achat (OPA), de manière à ce que le contrôle des autorités soit efficace notamment dans l'hypothèse où plusieurs acquéreurs pourraient agir de concert pour envahir le capital d'une société. Du coup c'est l'efficacité du ramassage en tant que procédé de prise de contrôle qui est sujette à caution. Il peut être très long, notamment si le volume des échanges n'est pas important et coûteux, puisque les achats systématiques de titres entraînent fatalement une baisse du cours de l'action. Les opérateurs peuvent donc recourir au procédé plus complexe des OPA ou OPE.

D'autre part, les sociétés entendent acquérir le contrôle de manière instantanée. Cette modalité de prise de contrôle des sociétés cotées doit satisfaire à une OPA ou OPE. Le sigle OPA (offre publique d'achat) désigne l'opération par laquelle, une personne agissant seule ou de concert avec d'autres, fait connaître publiquement aux actionnaires d'une société qu'elle se porte acquéreur de leur titre à un prix qui sera réglé en espèces. Lorsque le prix représente d'autres actions en échange, il s'agit d'une OPE (*offre publique d'échange*).

11. Le législateur français pour sa part a réglementé ces deux procédés dans son Code monétaire et financier (*art. L. 433-1 et s.*) et par une loi du 15 mai 2001, sur les nouvelles régulations économiques.

L'essentiel qu'on en tire est que :

- Le déroulement de l'offre doit respecter l'égalité entre les actionnaires de la société cible. C'est ce qui justifie d'ailleurs que les transactions n'aient lieu que dans un marché réglementé pour éviter que certains actionnaires ne vendent leurs titres plus cher que les autres.
- L'OPA ne doit pas perturber le fonctionnement du marché, elle doit nécessairement être d'une durée limitée.
- La société auteur de l'OPA doit être de bonne foi. Son offre doit tendre au but déclaré et non rechercher une finalité secondaire plus ou moins dissimulée.
- Les dirigeants de la société dont les actions font l'objet de l'offre, dite société cible, doivent particulièrement veiller à l'intérêt des associés en général et non à leurs intérêts particuliers. Ils doivent par exemple leur déconseiller d'accepter une offre désavantageuse pour la société.

Les sociétés cibles elles-mêmes peuvent recourir aux offres publiques de vente. L'OPV est surtout utilisée lors de l'introduction d'une valeur en cote. La mise en vente de titre à un prix fixe permettant d'éviter des trop grandes fluctuations des cours. Les OPV sont très utilisées lors de privatisations des sociétés du secteur public. Leurs effets sont néanmoins atténués par le souci de sauvegarder les intérêts nationaux et de favoriser l'actionnariat populaire, qui les fait combiner avec les cessions hors marché boursier.

Dans les sociétés non cotées, les cessions de titres quelle qu'en soit la quantité sont assimilées à des cessions ordinaires. Il n'existe pas de réglementation spécifique. Seuls sont mis en œuvre les droits traditionnels des actionnaires, tels que le droit préférentiel de souscription.

À côté de l'affiliation par acquisition de parts du capital d'une autre société, qui caractérise les groupes financiers, l'opération peut découler des liens personnels au départ.

b - Affiliation issue des rapports personnels

12. L'affiliation tient, certes, toujours au lien en capital. Mais il arrive que ce lien soit incident et découle de relations personnelles entre associés ou dirigeants. La doctrine a appelé cet autre mode de filialisation, *groupe personnel*.

Un groupe personnel est un ensemble de sociétés dont l'unité de décisions résulte uniquement d'une communauté d'associés ou de dirigeants (GUYON (Y.), *Groupes personnels*, *Rev. soc.*, 1975, p. 496.). L'hypothèse la plus courante est la situation des membres d'une même famille ou d'un même groupe financier qui prennent l'initiative de contrôler des sociétés exerçant les activités les plus diverses. Au sommet, il y a une étroitesse remarquable des rapports personnels. L'originalité de ce système réside dans le fait que la fraction de capital nécessaire pour exercer le contrôle, est détenue, dans chaque société par les mêmes personnes, que celles

dans les autres sociétés. Cet ensemble contrôlé est dit *sociétés sœurs*. Toutefois, les formules rencontrées dans les différents groupes personnels ne sont pas faciles à décrypter. Surtout lorsqu'il faut prendre en considération non seulement les dirigeants sociaux de droit connu, mais aussi les dirigeants sociaux de fait et toutes les personnes interposées qui interviennent dans la gestion sociale. Les difficultés s'accroissent lorsque la collectivité de dirigeants qui a été à l'origine du groupe crée parfois d'autres liens entre les sociétés de nature à rapprocher leurs objets pour devenir complémentaires, lorsque leurs sièges se retrouvent dans les mêmes locaux pour faciliter la gestion ou lorsque les liens financiers se créent, etc.

13. Dans les rapports entre les associés du groupe, chaque société garde son indépendance juridique malgré la réalité de l'unité économique. Mais cette situation ne satisfait pas les tiers qui auront intérêt à ce qu'il n'y ait pas dispersion des biens du groupe. Le regroupement des biens dans un seul patrimoine du groupe garantit à ces derniers, une chance de se voir désintéressé, l'insolvabilité d'un associé ne pouvant pas entraîner du même coup celle du groupe.

En réalité, les difficultés que présente le groupe personnel tiennent en particulier au mutisme du législateur. En effet le législateur communautaire OHADA s'est contenté de présenter le groupe de sociétés comme un ensemble de sociétés liées entre elles par des liens divers qui permettent le contrôle. Point de précisions sur la nature des liens ou encore sur la situation d'un groupe existant, bien qu'uni mais à qui il manque un pouvoir de contrôle. Il existe justement des situations de groupe où le contrôle au sens du législateur OHADA, est absent. C'est le cas des participations, des contrats d'intégration ou d'union entre sociétés (infra). Le constat qui se dégage de cette situation réside dans les imperfections juridiques, mais le groupe personnel demeure une réalité économique.

II - Types de filiales

14. À part la considération du pourcentage de participation au capital, qui distingue les filiales allant par exemple de 66 % à 100 %, il existe divers montages de filiales. Ainsi la filiale peut appartenir à une seule société mère, mais elle peut également appartenir à plusieurs sociétés mères. La filiale appartenant à une seule société mère n'appelle pas de commentaires particuliers.

En revanche, la filiale commune à plusieurs sociétés mères fait l'objet de dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. En effet, selon l'article 180 de cette législation, une société peut être la filiale commune de plusieurs sociétés mères lorsque son capital est possédé par lesdites sociétés.

Pour que cette opération se réalise, les sociétés mères doivent remplir les conditions suivantes :

- Posséder chacune, dans la filiale commune, une frac-

tion du capital suffisante pour qu'aucune décision extraordinaire ne puisse être prise sans leur accord. L'Acte uniforme exige donc que la possession du capital soit séparée entre les diverses sociétés mères. Elle peut être directe ou indirecte par l'intermédiaire de personnes morales. Ainsi, la société mère ne peut détenir indirectement que par d'autres sociétés actionnaires. Il peut s'agir, dans cette hypothèse, de sociétés elles-mêmes contrôlées par la société désireuse de participer au contrôle de la filiale commune. La participation doit suffire pour permettre la consultation de la société mère lors de décisions extraordinaires. Une remarque est déjà à faire qu'à deux au moins, il n'est plus possible pour les sociétés mères de détenir chacune plus de la moitié du capital de la filiale. Chacune devra donc avoir au moins le quart des actions pour pouvoir imposer sa volonté aux assemblées spéciales. Le quart de voix est vraiment le minimum pour la tenue d'une assemblée générale extraordinaire quelles que soient les difficultés de réunion de quorum.

- Les sociétés mères doivent, chacune, participer à la gestion de la filiale commune. Cette deuxième condition est redondante car la filialisation ne s'analyse que lorsque la détention du capital est faite dans un but de contrôler la société et non dans un but simplement de participation. C'est ce qui distingue la filialisation des participations. Certes, peut-on croire qu'en raison de l'impossibilité pour chacune des sociétés mères de la filiale commune de réunir plus de la moitié du capital de celle-ci (*pour permettre d'en présumer le contrôle effectif*), le législateur veut palier cette insuffisance par des actes matériels de contrôle. Chacune des sociétés mères ne sera donc réputée contrôler la filiale, qu'en participant à sa gestion.

B - Exercice du contrôle des filiales par les sociétés mères

15. Les sociétés mères exercent au sein des filiales un contrôle à double volet. Celui-ci prend les aspects d'un contrôle de direction (I) et d'un contrôle de vérification (II).

I - Contrôle de direction

16. Le contrôle de direction suppose que la société mère participe à la gestion de la filiale et peut orienter les décisions de celle-ci. Détenant plus de la moitié du capital de la filiale, la société mère dispose de la majorité requise pour emporter les votes dans les diverses assemblées. L'intérêt de cette réalité réside dans le fait que la société mère est un associé ordinaire et majoritaire, à qui il ne peut être opposé aucune limitation quant à la participation aux décisions collectives.

Au-delà, en tant que majoritaire, la société mère

peut diriger de droit ou de fait la filiale. Son poids économique au sein de la filiale lui permet de désigner le ou les dirigeants. Dans toutes les sociétés de l'Acte uniforme de l'OHADA, à part la SARL, une personne morale peut être désignée gérant. La loi n'impose même pas que la personne morale nommée désigne à son tour, une personne physique pour assurer la gestion effective de la société.

Le cas des SA est toutefois à réserver. En effet, dans ces sociétés, la société mère qui obtient le mandat d'administrateur doit expressément désigner une personne physique en qualité de représentant permanent au sein du conseil d'administration de la filiale.

Mais dans la pratique en général, c'est un organe de la société mère éventuellement désignée qui dirigera la filiale en nom collectif, en commandite simple ou anonyme (*pour toutes ces questions, Modi Koko Bebey (H.D.), art. précité, p. 848 à 849*).

La société mère pourra également vérifier la gestion lorsqu'elle ne jugera pas utile de gérer elle-même.

II - Contrôle de vérification

17. Le contrôle de vérification est celui qui va de soi dans les sociétés mères et filiales. En tant qu'associée, la société mère dispose d'un droit légal d'information reconnu à tout associé pour contrôler la gestion de la filiale (a). Mais les mécanismes plus techniques des comptes consolidés ou combinés en ajoutent à cette faculté (b).

a - Vérification par la mise en œuvre du droit d'information de l'associé

18. Tout associé a droit à une information comptable et financière qu'il exerce hors la tenue d'une assemblée générale. Dans toutes les sociétés de l'OHADA, les associés se sont vus reconnaître le droit de communication qui leur permet de consulter, deux fois par an au siège social, tous les documents et pièces comptables, ainsi que les procès-verbaux des délibérations et des décisions collectives. Ils peuvent d'ailleurs en prendre copies à leurs frais.

Pour l'exercice de ce droit de communication, les associés doivent informer le gérant de leur intention quinze jours à l'avance, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, télex ou télécopie.

La société mère peut ainsi déclencher l'alerte. L'alerte est une procédure qui permet aux associés de poser des questions par écrit au dirigeant de la société, sur tout fait de nature à compromettre l'exploitation. Le dirigeant ainsi saisi doit répondre, dans le délai d'un mois, par écrit comportant des explications et des détails. Ils peuvent exercer cette faculté deux fois par exercice.

Lorsque la situation financière de la filiale lui paraît

critique, la société mère peut encore provoquer l'expertise de gestion. C'est la procédure par laquelle un ou plusieurs associés, représentant au moins le cinquième du capital social, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demandent au président de la juridiction compétente du siège social, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Ledit rapport devra être présenté au demandeur et aux organes de gestion. La société mère réunit largement la fraction de capital nécessaire pour déclencher l'alerte.

b - Vérification par l'établissement des comptes consolidés

19. Les groupes financiers ont l'obligation d'établir des comptes consolidés. Ces comptes consolidés sont imposés à toute société mère ayant son siège dans l'un des États parties à l'OHADA (*art. 74 de l'Acte uniforme relatif au droit comptable*). La consolidation se fait par intégration globale ou proportionnelle et par mise en équivalent.

Si la consolidation permet de donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'ensemble du groupe, elle présente un intérêt certain pour la société mère qui peut alors s'assurer de la santé financière du groupe. En revanche, elle lui permet de prendre des mesures de restructuration.

Lorsqu'il s'agit de certifier les comptes dans chacune des filiales l'article 97 de l'Acte uniforme suscite, impose aux sociétés entrant dans la consolidation de faire parvenir à la société consolidante, les informations nécessaires à l'établissement des comptes consolidés. En suite, c'est l'article 100 qui donne un véritable pouvoir d'investigation aux commissaires aux comptes de la société consolidante. Ils exercent ce pouvoir auprès de leurs confrères des entreprises entrant dans la consolidation, sans que ces derniers puissent leur opposer le secret professionnel (*H. D. Modi Koko, art. préc., p. 857*). Pareilles prérogatives constituent en fait un véritable contrôle de vérification de la part de la société mère sur les filiales.

L'approbation des comptes à l'assemblée générale de la société mère ainsi que le prévoit l'article 101, permet à celle-ci d'affiner son contrôle de vérification.

Les groupes de sociétés peuvent également exister sans ce contrôle de droit.

Section 2 - Les autres structures de groupe des sociétés sans contrôle

20. Si la relation principale dans les groupes de sociétés concerne la filiale en raison sans doute de la

volonté de la société mère d'en contrôler la gestion, la doctrine considère d'autres relations entre les sociétés qui visent d'autres objectifs que le contrôle. Cela se vérifie en ce qui concerne par exemple les groupes de sociétés dont les relations sont fondées sur le capital comme les filiales, les participations, même si les critères en sont différents (§1). Cela se vérifie également avec certaines organisations fondées sur les relations contractuelles (§2).

§1 - Participations

21. La participation ou encore la prise de participation est l'action par laquelle une société rentre de façon volontaire et durable dans le capital d'une autre société en possédant des actions égales ou supérieures à dix pour cent du capital. Au sens de l'article 176 de l'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, lorsqu'une société possède dans une autre, une fraction de capital égale ou supérieure à 10 %, la première est considérée comme ayant une participation dans la seconde. Le lien entre les sociétés se fonde sur les relations financières car en réalité, la société qui participe doit détenir une partie d'actions ou de parts sociales qui devrait être limitée pour permettre de distinguer d'avec l'affiliation.

Cette relation de groupe est à distinguer de la société en participation que l'article 854 de l'AUDSCGIE définit comme « *une société dans laquelle les associés conviennent qu'elle ne sera pas immatriculée au Registre du commerce et du crédit immobilier (RCCM) et qu'elle n'aura pas la personnalité morale (...)* ». Cette différence très fondamentale nous permet d'apporter les précisions sur les différents types de participation (B) après avoir identifié les principaux critères d'appréciation (A).

A - Critères d'appréciation des participations

22. Au sens de l'article 176 de l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, il y a participation « *lorsqu'une société possède dans une seconde une fraction de capital égale ou supérieure à 10 pour cent dans la seconde* ». Cette définition rassemble deux éléments qui permettent d'analyser une participation dans une relation de groupe de société. Il s'agit notamment de la précision du seuil de participation (I) et la détention effective des actions (II).

I - Détention d'au moins dix pour cent du capital

23. La caractéristique principale de la participation est la limitation du seuil de participation. Ce seuil, faut-il le rappeler, se situe entre 10 et 50 pour cent du capital

social de la société qui reçoit la participation, pour éviter de tomber dans le lien d'affiliation (*GUYON (Y.)*, *op. cit.*, p. 622). Cette limitation ne ressort cependant pas expressément des dispositions de l'article 176 de l'Acte uniforme. Le texte se borne seulement, à préciser le seuil à partir duquel on peut retenir la participation.

Il est vrai que la distinction entre participation et affiliation tient compte de l'élément moral, à savoir la volonté de contrôler qui doit être présente chez la société mère et incompatible avec toute participation à des fins de placement. Cependant, intention de contrôler ou non, le dépassement du plafond de 50 % du capital dans une société, constitue *ipso facto* le lien d'affiliation. En tout cas, c'est ce critère que le législateur OHADA des sociétés commerciales a retenu en son article 179. L'on doit donc pouvoir déduire que la participation existe entre seuil de 10 % et le plafond de 50 % du capital d'une autre société.

D'ailleurs, le législateur demeure également silencieux en ce qui concerne la nature juridique d'une relation, unissant deux sociétés lorsqu'une première détient une fraction de capital inférieure à 10 pour cent dans la seconde. Dans cette hypothèse, a priori, il est évident qu'on ne puisse pas retenir la qualification de participation, le législateur ayant précisé qu'il n'y a lieu à participation que lorsque le seuil égal ou supérieur à 10 pour cent a été atteint. En deçà de ce seuil, la relation ne présentera probablement pas la participation au sens voulu par le législateur communautaire OHADA.

La limitation du pouvoir de contrôle ne répond pas à la question de la nature juridique de la relation qui lie la première société à la deuxième lorsque le montant de participation est inférieur à 10 pour cent. S'agit-il d'une relation autre que la participation, évidemment, la réponse ne peut être qu'affirmative même si la question de la nature juridique de la relation reste en suspens.

24. Par contre, les difficultés sont moindres en ce qui concerne la détention d'un montant supérieur à 10 pour cent du capital social. L'article 176 du texte suscite précise que le montant peut être égal ou supérieur à 10 pour cent. Cela sous-entend que la participation peut être retenue pour tous les seuils du capital dès lors qu'ils seraient au moins égaux à 10 pour cent et inférieur au montant défini. Ce cantonnement n'est pas prévu par l'article 176 de l'Acte uniforme, mais un bref regard dans les dispositions de l'article 175 du même Acte uniforme permet d'avoir les précisions sur la question. Ce texte précise les modalités de contrôle. Il rappelle justement qu'il y a contrôle dans deux cas :

- Lorsqu'une personne physique ou morale détient indirectement ou directement ou par personne interposée plus de la moitié des droits de vote.
- Lorsqu'elle dispose de plus de la moitié des droits de vote d'une société.

Même si cela ne ressort pas clairement de ce texte, il transparaît à l'analyse que le montant de la partici-

pation est compris entre 10 et 50 pour cent. (*Pougoué (P.-G.)*, *Nguebou-Toukam (J.)*, *Anoukaba (F.)*, *Commentaire sur l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE*, in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, juriscopes*, 3^e éd. 2008, p. 380, V. art. L.233-2 du Code de commerce français). Au-delà de ce seuil, la relation n'est plus une participation, mais constitue au contraire une relation de contrôle et certainement une filiale.

En réalité, il faut dire que peu importe le montant détenu dans le capital social par une société. On peut contrôler une société après avoir seulement acquis 20 pour cent du capital. Cela est possible par la signature des pactes entre actionnaires possédant les titres relatifs aux votes lors de l'assemblée générale (*Dans ce cas on parlera de pseudo-filiale, c'est-à-dire une situation mal caractérisée. Blin-Franckomme (M.P.)*, « Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires », *Th.*, Toulouse 1998 ; *Le Nebasque (H.)*, « Recherche sur le contenu de la notion de contrôle en droit des sociétés », In *L'entreprise nouveaux apports*, p. 111, *Economica*, 1987). Dans la distinction filiale et participation, ce qu'il faut justement éviter dans la participation, c'est la dépendance d'une société par rapport à l'autre avec la possibilité pour l'une d'imposer à l'autre les décisions. Au-delà du débat sur la limitation du montant, il faut encore détenir effectivement les actions et ce, de manière durable pour que la participation devienne effective.

II - Détention effective et durable des actions

25. L'autre caractéristique de la participation est la détention effective et durable des actions par la première société dans la seconde. Cette seconde, dite société doit avoir non seulement intégré le capital de la société participée, mais y demeurer aussi longtemps que possible. Cette condition n'est pas expressément posée par le législateur communautaire OHADA. Certainement parce qu'il s'agit d'une évidence, la limitation du montant étant précédé d'abord par l'existence au préalable de cette somme. Toutefois, à titre de droit comparé, l'article 20 du décret français du 29 novembre 1983 prévoit expressément que « *la participation suppose une détention durable des actions en liaison avec l'activité de la société détentrice* ».

Malgré les difficultés que pose la qualification d'une relation de groupe de participation, (*notamment avec la notion de filiale lorsqu'on prend en considération l'hypothèse selon laquelle une participation minoritaire au capital n'empêche pas une domination par les pactes de vote, supra*), au regard de la personne habilitée à déterminer le montant d'aliénation ou d'affectation du capital, il faut relever qu'il s'agit d'un acte de gestion courante qui relèverait de la compétence du dirigeant social. Mais cela peut aussi intéresser le conseil d'administration ou, dans une certaine mesure, lorsque le montant est susceptible d'influencer la société, néces-

siter l'autorisation de l'assemblée générale. Les deux conditions sus-évoquées auxquelles on pourrait certainement ajouter celles de droit commun de formation de tous les contrats du code civil (*Article 1101*), sont indispensables pour qu'une relation entre les groupes financiers puisse être qualifiée de participation.

B - Types de participations

26. De manière classique, on distingue deux formes de participations : les participations simples (I) et les participations réciproques (II).

I - Participations simples

27. Les participations simples sont celles qui sont prises par une société dans une autre pour une fraction de capital dont le montant est compris entre 10 et 50 pour cent. Elles s'opposent à la prise commune de capital par deux sociétés. Le plus important, est qu'une seule société puisse détenir la fraction de capital indiquée et qu'elle ne soit pas supérieure à 50 pour cent. L'objectif est bien sûr d'empêcher que la société qui prend la participation influence la seconde par le contrôle ou en lui imposant des décisions dans la gestion quotidienne des affaires courantes.

Toutefois, il y a lieu de s'intéresser aux modalités de cession ou d'acquisition de cette fraction du capital. Notamment en ce qui concerne les formalités légales de publicité, le législateur communautaire OHADA est resté muet sur la question. Mais dans la pratique, l'obligation d'information s'impose à la société qui acquiert une participation. Cette obligation passe d'abord par la divulgation de la participation dans le rapport de gestion qui devra être présenté à l'assemblée générale des actionnaires. Mais cette voie ne se révélera pas importante puisque dans tous les cas, l'opération sera prise en compte dans la phase de la consolidation des comptes du groupe.

Cette obligation passe aussi par la divulgation dans le rapport de gestion de l'identité de la société qui acquiert la participation. Cette obligation se révèle importante puisqu'elle consiste à informer les actionnaires sur la clef de répartition des bénéfices. Ces modalités d'acquisition, suffisamment éclairées dans le Code de commerce français (*Art. L.233-6 et L. 233-13*) permettent en réalité d'informer suffisamment les actionnaires sur la gestion du patrimoine de la société.

Dans le secteur bancaire, lorsqu'un établissement de crédit par exemple a dépassé le seuil de la participation, il est tenu de réduire sa participation, sinon la COBAC peut le condamner à payer les amendes après avoir procédé à la réduction de cette participation. (V. le règlement COBAC R-893/11 relatif aux participations d'établissement de crédit dans le capital d'entreprises qui limite la participation de chaque établissement de crédit

à 15 % de ses fonds propres nets et l'ensemble des participations ne peut excéder 45 % des fonds propres nets).

Mais la question se pose autrement en ce qui concerne les participations réciproques.

II - Participations réciproques

28. Contrairement aux participations simples qui nécessitent l'action d'une seule société, les participations réciproques ou croisées sont l'œuvre de deux sociétés. En effet, on parle de participation croisée, lorsque deux sociétés possèdent mutuellement une fraction de leur capital. En d'autres termes, l'hypothèse de participation croisée, suppose que la première société possède une fraction de capital comprise entre 10 et 50 pour cent dans la deuxième et que la deuxième possède la même proportion dans la première.

Cette opération présente plusieurs inconvénients. Tout d'abord, les participations croisées entraînent la fictivité du capital social et risquent de provoquer la diminution de l'actif réel des sociétés. La raison est qu'en réalité la participation de chaque société est indirectement représentée par ses propres actions dans le capital de l'autre. Parfois, ces accords n'aboutissent pas à une libération effective du capital, l'opération se limitant à la compensation sans encaissement réel.

L'autre inconvénient réside dans ce que la pratique financière appelle le *verrouillage*, c'est-à-dire le fait pour deux personnes de contrôler en même temps les deux sociétés. En fait, l'opération qui permet la manœuvre est simple. Il suffit que le dirigeant social de la première société acquière les actions de l'autre société et indirectement de la société intéressée à partir des fonds sociaux. Cela lui permet d'exercer désormais le contrôle de la société. De même à partir des voix qu'il obtiendra de l'autre société les administrateurs communs sont certains de s'assurer de leur réélection. En fait ces combinaisons financières peuvent aboutir au contrôle des sociétés au même titre que le contrôle qu'exerce la société mère sur la filiale. Ce qui dénote de la complexité que présentent les groupes de sociétés.

29. Pour éviter que le contrôle soit une réalité dans la participation croisée, le législateur communautaire OHADA l'a réglementée de manière restrictive. Aussi les articles 177 et 178 de l'AUDSCGIE font-ils interdiction formelle à toute société anonyme ou société à responsabilité limitée de détenir les actions ou des parts sociales d'une autre société détenant déjà plus de 10 pour cent de son propre capital. Au cas où la société ne respecte pas cette interdiction, les associés ont l'obligation de procéder à la régularisation de la situation. Cela passe par la réduction ou par la cession des actions ou parts sociales dans l'optique d'éviter le contrôle. La violation de cette règle a pour conséquence d'empêcher les actions ou dividendes concernés de

participer au vote ou de bénéficier des dividendes jusqu'à leur cession aux fins de régularisation.

Ce sont des mêmes mesures prévues par le législateur français (*Art. L. 233-29 code de commerce*), à la seule condition qu'il impartit aux associés un délai d'un an pour procéder à la régulation (*Art. L. 233-30., Guyon (Y.), op. cit., p. 626*), ce qui a été omis par le législateur OHADA. Toutefois, en se limitant à la réglementation des participations croisées, le législateur a totalement ignoré ce que M. Guyon appelle les participations circulaires, c'est-à-dire, une opération triangulaire qui permet à une première société de contrôler la deuxième, laquelle peut contrôler la troisième qui va contrôler à son tour la première. L'influence que tente d'éviter le législateur dans les participations croisées se rencontre bien évidemment dans les participations circulaires (*V. Guyon (Y.), op. cit., p. 626*).

Le contrôle imposé par le législateur aux sociétés qui effectuent les opérations de participation, afin de diminuer leur influence sur les sociétés recevant les participations, peut les inciter à se tourner vers les autres relations de groupes où ils pourront nouer d'autres liens que les liens financiers.

§2 - Groupes à structures contractuelles

30. Si la constitution d'un groupe est généralement fondée sur une situation de subordination d'une ou de plusieurs sociétés juridiquement indépendantes, mais dépendantes économiquement, il faut aussi admettre que la plupart des groupes de sociétés peuvent se constituer sous la forme d'un conglomérat c'est-à-dire des regroupements qui exercent leurs activités dans les domaines totalement différents et qui souhaitent répartir les risques de leur exploitation. Aussi, ces divers autres liens qui se créent peuvent-ils s'appuyer sur des relations contractuelles, ayant la forme des conventions d'union (A) ou des contrats d'intégration (B).

A - Conventions d'union

31. Les *contrats d'union* favorisent les actions concertées en limitant dans plusieurs cas les abandons de souveraineté. Cette formule se rencontre dans les travaux publics où les sociétés se regroupent autour d'un *consortium* ou de *cotraitance* (*contrat dans lequel les différentes entreprises sont parties au marché lui-même et s'engagent conjointement et solidairement. Mercadal (V. B.), Contrat et droit de l'entreprise, 2^e éd. Francis Lefebvre, Paris, 2000, n° 3120, p. 444.*), afin de réunir leurs moyens et de les consacrer autour d'une seule société dite société pilote qui se présentera comme étant le mandataire des autres dans leur rapport avec le maître de l'ouvrage. Dans les rapports de droit avec les tiers, ceux-ci, s'ils ont connaissance de cette relation, peuvent engager la responsabilité indéfinie et solidaire

de chaque société signataire du consortium. Par contre entre les signataires, c'est le pacte social qui organise leur rapport (*Art. 1134 du Code civil*).

Les conventions d'union qui créent de véritables relations de groupe entre sociétés, ne permettent donc pas le contrôle des unes sur les autres. Dans tous les cas, il ne s'agira pas d'un contrôle de droit, mais seulement de fait, au regard des objectifs commun définis. Stratégiquement, certaines sociétés abandonnent le centre de décision à l'une d'elles ou à l'une d'entre elles, qui est généralement la plus notoirement connue dans le domaine commun d'exploitation. Cette notoriété lui permet d'accéder plus facilement aux financements, aux informations et aux marchés.

La situation est plus accentuée dans les contrats d'adhésion.

B - Contrats d'intégration

32. Les groupes contractuels peuvent aussi résulter de la conclusion des contrats d'intégration. Ce sont des contrats ayant pour objet d'intégrer l'activité d'un entrepreneur juridiquement indépendant à l'entreprise d'un partenaire dominant et pour effet de placer l'intégré en situation de dépendance économique par rapport à l'intégrateur (*De Boüard (F.), La dépendance économique née d'un contrat, Préf. G. Viney, LGDJ, Paris, 2007, n° 16, p. 10; Chazal (J.P.), De la puissance économique en droit des obligations, Thèse Grenoble II, 1996; Labordes (V.), Les contrats déséquilibrés, PUAM 2000; G. Virassamy, Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1986*). Ces contrats se rencontrent d'abord dans la concession commerciale. En effet dans la concession commerciale, une société productrice confie la vente de ses produits ou services à une autre société distributrice et ce, avec une clause d'exclusivité. (*Ferrier (D.), Droit de la distribution, 3^e éd., Litec, 2002; Amiel-Cosme (L.), Les réseaux de distributions, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1995*). Les contrats d'intégration englobent aussi les contrats de sous-traitance. Dans cette phase contractuelle, une société dite donneur d'ordre, confie à une autre dite sous-traitant, le soin d'exécuter pour elle et selon un cahier des charges préétablies une partie des actes de production et de service dont elle conserve la responsabilité (*Neret (J.), Le sous-contrat, LGDJ 1979, p. 5; Y. Dousset, La sous-traitance, thèse, Clermont-Ferrand, 1971, dir. J. Stoufflet; C. R. Seppala, « Le nouveau modèle FIDIC de contrat international de sous-traitance relatifs aux marchés de génie civil », RDAI, 1995, n° 6, p. 659 et s.; Level (P.), « La loi française de 1975 va avoir vingt ans », Échanges internationaux, Dossiers sous-traitance, 1999, p. 30; Benabent (A.), Droit civil : les contrats spéciaux, Montchrestien, 2^e éd., Paris, 1995*). On y retrouve enfin les contrats de franchise qui se présentent comme un système de collectivité entre deux

entreprises juridiquement distinctes, mais liées par un contrat en vertu duquel l'une d'elles, le franchiseur, concède à l'autre, le franchisé, moyennant le paiement d'une redevance, le droit d'exploiter une marque ou une formule commerciale, tout en lui assurant aussi une aide et des services réguliers destinés à faciliter cette exploitation. (*Bessis (Ph.), Le contrat de franchisage, LGDJ, 1990 ; Leloup (J.-M.), La franchise : Droit et pratique, Delmas, 2000*).

Il existe certes une dépendance économique de l'entreprise intégrée à l'égard de l'entreprise intégratrice et qui autorise généralement le contrôle de cette dernière sur la première, mais il ne s'agit pas d'un contrôle de droit comme le prévoit la législation OHADA sur les groupes de sociétés. Le contrôle dans les contrats d'intégration est un contrôle de fait. Détenant le pres-

tige d'une marque, l'entreprise intégratrice qui en cède l'exploitation est amenée à s'ingérer quelquefois dans la gestion de l'entreprise intégrée à l'effet de vérifier si les normes, en usage chez elle, sont respectées et au besoin en indiquer les directives. L'entreprise intégrée ne peut s'y soustraire au risque d'encourir la résiliation du contrat qui parfois est sa seule source de revenus ou de bénéfices commerciaux.

Le groupe contractuel peut enfin donner lieu à des conventions d'assistance technique ou financière. Toutes ces formules envisagées ne peuvent aboutir à un véritable groupe de sociétés que si une seule société a le pouvoir de contrôler effectivement l'activité et la gestion de l'une ou des autres sociétés du groupe.

Jean GATSI

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

C

Capacité 2, 3, 4
Cession de contrôle 9
Contrats de franchise 32
Contrats d'intégration 13, 30, 32
Contrôle de direction 15, 16
Contrôle de vérification 17, 19
Contrôle des filiales 8, 15
Convention d'union 30, 31

D

Détention (effective) des actions 22
Droit (à) ou d'information 17

E

Établissement des comptes consolidés 19
Exercice de contrôle 15

F

Filiale
- Techniques d'affiliation 5, 6
- Types de filiales 14
Filiale 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 14, 16, 17, 18, 20, 24, 25, 28
- Indépendance juridique 1, 2, 3, 4, 13

G

Gestion 1, 5, 14, 16, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29
- Types de participation 21
Participations réciproques 26, 27, 28
Participations simples 26, 27, 28

P

Prise de contrôle 5, 8, 10

S

Société(s) mère(s) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 24, 28
Société cible 11
Succursale 1, 2, 3, 4, 5

FONDS DE COMMERCE

Table des matières

Introduction n° 1-4

Chapitre 1 : **Éléments constitutifs et la nature juridique du fonds de commerce** n° 5-69

Section 1 - **Éléments constitutifs du fonds de commerce** n° 7-64

§1 - Éléments obligatoires : le fonds commercial n° 8-38

A - Clientèle n° 9-32

I - Définition de la clientèle n° 10-14

II - Interrogations à propos de la clientèle n° 15-32

a - Notion de « clientèle » embrasse-t-elle un ou plusieurs clients ? n° 16-17

b - Clientèle est-elle un élément constitutif du fonds de commerce ou plutôt la résultante ? n° 18-21

c - Clientèle est-elle l'élément essentiel du fonds commercial ? n° 22-29

d - À partir de quel moment existe une clientèle ? n° 30-32

B - Éléments autres que la clientèle n° 33-38

I - Nom commercial n° 34-36

II - Enseigne n° 37-38

§2 - Éléments facultatifs du fonds de commerce n° 39-52

A - Éléments incorporels n° 40-45

I - Droit au bail n° 41-42

II - Licences d'exploitation n° 43

III - Propriétés industrielles n° 44-45

B - Éléments corporels n° 46-52

I - Installations, aménagements et agencements n° 47-49

II - Matériel et le mobilier n° 50-51

III - Marchandises en stock n° 52

§3 - Éléments exclus du fonds de commerce n° 53-64

A - Immeubles n° 54-60

B - Valeurs liquides, obligations, documents comptables n° 61-64

Section 2 - **Nature juridique du fonds de commerce** n° 65-69

§1 - Théorie de l'universalité n° 66-68

A - Théorie de l'universalité de droit n° 67

B - Théorie de l'universalité de fait n° 68

§2 - Véritable nature juridique du fonds de commerce n° 69

Chapitre 2 : **Exploitation du fonds de commerce** n° 70-202

Section 1 - **Exploitation directe du fonds de commerce** n° 71-160

§1 - Exploitation personnelle du fonds de commerce n° 72-75

A - Accomplissement des actes de gestion par le propriétaire du fonds de commerce n° 73

B - Réalisation des actes de commerce par un gérant salarié n° 74-75

§2 - Co-exploitation du fonds de commerce entre époux n° 76-100

A - Problématique de l'exploitation en commun d'un fonds de commerce par des époux n° 77-81

B - Fondements de l'attribution de la qualité de commerçant aux deux conjoints n° 82-96

I - Reconnaissance d'une société de fait entre époux n° 84-89

II - Application des règles élémentaires du droit commercial n° 90-94

III - Application de la théorie de l'apparence n° 95-96

C - Conséquences de l'accès à la commercialité par deux conjoints n° 97-100

Section 2 - **Exploitation indirecte : la location-gérance** n° 101-202

§1 - Rappel historique n° 102-106

§2 - Conditions de mise du fonds de commerce en location-gérance n° 107-172

A - Conditions de fond de la location-gérance n° 108-136

I - Présentation des différentes durées n° 109-121

a - Durée d'exercice de l'activité commerciale n° 110-116

b - Durée d'exploitation du fonds à mettre en gérance libre n° 117-121

II - Existence de quelques interrogations n° 122-136

a - Activité antérieure de la personne doit-elle forcément appartenir au même domaine que celle à mettre en gérance libre ? n° 123-130

b - Délais doivent-ils porter sur des périodes consécutives ? n° 131-136

1 - Hypothèse d'exploitation à des époques différentes n° 132

2 - Hypothèse de changement d'espace d'exploitation n° 133-136

B - Conditions de forme de la location-gérance n° 137-172

I - Options quant à la forme du contrat n° 138-146

a - Caractère consensuel du contrat de location-gérance n° 139-141

b - Preuve du contrat de location-gérance n° 142-146

II - Publicité du contrat de location-gérance n° 147-172

a - État de la question n° 148-156

b - Manifestations de la libéralisation n° 157-172

1 - Libéralisation dans la publication par voie de « journal » n° 158-162

- 1.1 - Caducité de la publication au journal officiel n° 159
- 1.2-Maintien de la publication dans un journal d'annonces légales n° 161-162
- 2 - Publicité par voie d'indication sur les documents d'affaires n° 163-166
- 3 - Publicité par l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier n° 167-172

§3- Effets de la location-gérance n° 173-202

- A - Effets entre les parties n° 174
- B - Effets à l'égard des tiers n° 175-202
 - I - Date limite de solidarité n° 177-183
 - a - État du droit par rapport au délai n° 178-182
 - b - Motivations de la réduction de la période de solidarité n° 183
 - II- Portée du recul de la période de solidarité n° 184-191
 - a - Engagement né après la date limite n° 185-188
 - b - Engagement né avant mais avec des effets au-delà de la date limite n° 189
 - III - Modalités de l'obligation n° 192-202
 - a - Objet de la dette n° 193-195
 - b - Étendue de la solidarité n° 196-202

Chapitre 3 : Disposition du fonds de commerce n° 203-235

Section 1 - Aliénation du fonds de commerce n° 204-220

- §1 - Vente du fonds de commerce n° 205-218
 - A- Conditions de validité de la vente du fonds de commerce n° 206-210
 - I- Conditions de fond n° 207
 - II- Conditions de forme n° 208-210
 - B - Effets de la vente n° 211-218
 - I - Effets à l'égard du vendeur n° 212-214
 - a - Obligations du vendeur n° 213-214
 - b - Protection du vendeur du fonds : les privilèges n° 215-218
 - II- Effets à l'égard de l'acquéreur n° 217
 - III- Effets de la vente à l'égard des créanciers du vendeur n° 218

§2 - Apport du fonds de commerce en société n° 219-220

Section 2 - Utilisation du fonds de commerce à titre de garantie n° 221-235

- §1 - Nantissement du fonds de commerce n° 222-225
 - A - Conditions du nantissement du fonds de commerce n° 223
 - B - Effets du nantissement n° 224-225
- §2 - Nantissement du matériel et des stocks n° 226-235
 - A - Conditions du nantissement du matériel et des stocks n° 227-232
 - I - Conditions du nantissement du matériel n° 227-230
 - II - Conditions du nantissement des stocks n° 231-232
 - B - Effets du nantissement du matériel et des stocks n° 233-235
 - I- Effets du nantissement du matériel n° 233-234
 - II- Effets du nantissement des stocks n° 235

Bibliographie

- AFANA BINDOUGA (M.), « La société de fait » dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, Mémoire de DEA, Yaoundé II, 2000, 60 pages.
- ERNST & YOUNG, OHADA, *Droit des sociétés commerciales et du GIE, commentaires*, Édicef, éd. FFA, 1998, 328 pages.
- FÉNEON (A.) et GOMEZ (J.R.), *Droit commercial général, commentaires*, Édicef, 1999, 170 pages.
- FOKO (A.), « Contribution à une étude juridique de la clientèle (À propos de l'avenir de la notion) », *Revue internationale de droit africain*, EDJA, 2009, n° 82, p. 9 et s. ; « Radiscopie des organes de gestion des Sociétés anonymes depuis l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *Verfassung und Recht in Übersee, Law and politics in Africa, Asia and Latin America*, 1999, p. 346 et s. ; « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA », *Penant*, 2007, n° 859, p. 195 et s. ; « Le droit OHADA et les droits nationaux des États parties : une complémentarité vieille de plus d'une décennie », *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 2008/4, p. 445 et s.
- ISSA-SAGHEH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), *OHADA, Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit uniforme africain », UNIDA, Juriscope, 2002, 245 pages.
- KANGAMBEGA (E. L.), « Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA », *Penant*, 2000, n° 824, p. 304 et s.
- KENFACK DOUAIJINI (G.), « Les conditions de la création dans l'espace OHADA d'un environnement juridique favorable au développement », *RJPIC*, 1998, p. 39 et s. ; « L'abandon de souveraineté dans le traité OHADA », *Penant*, 1999, n° 830, p. 125 et s.
- MAMADOU KONE, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, comparaisons avec le droit français*, LGDJ, 2003, 416 pages.
- NGO NDJIGUI (R.Y.), « Les intermédiaires de commerce dans l'Acte uniforme OHADA portant droit commercial général », Mémoire de DEA, Dschang, 1998, 100 pages.
- NGUEBOU TOUKAM (J.), « Les sociétés créées de fait entre époux en droit camerounais », *Revue trimestrielle de l'École supérieure des sciences économiques et commerciales*, 1989, n° 8, p. 66 et s. ; « La participation d'un époux à l'activité professionnelle de l'autre », Thèse de Doctorat d'État, Yaoundé 2, 1993 ; « L'entreprise familiale, étude de droit camerounais », *Juridis Info*, 1995, n° 21, p. 59 et s. ; « L'entreprise familiale, étude de droit camerounais (suite et fin) », *Juridis Info*, 1995, n° 22, p. 91 et s. ; *Le Droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, 1998, 249 pages.
- NKOU MVONDO (P.), « La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone, étude des causes du "divorce" entre la justice et les justiciables », *Penant*, 1997, n° 824, p. 208 et s.
- NYAMA (J. M.), « Commentaire de l'arrêté n° 045/CAB/MINDIC du 15 novembre 1991 réglementant le commerce ambulants », *Juridis Info*, 1992, n° 10, p. 30 et s. ; « Commentaire de la loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun », *Juridis Info*, 1991, n° 5, p. 10 et s. ; « Décret n° 93/720 du 22 novembre 1993 fixant les modalités d'application de la loi n° 90/031 du

- 10 août 1990 : de la raison à la démesure », *Juridis Info*, 1994, n° 18, p. 61 et s.
- POUYOUÉ (P.-G.), « L'OHADA en perspectives », Communication au colloque des 20-21 septembre 2005 à Bordeaux (Université Montesquieu-Bordeaux IV) sur l'harmonisation du droit sur les continents africain et européen).
 - POUYOUÉ (P.-G.) et FOKO (A.), *Le Statut du commerçant dans l'espace OHADA*, PUA, coll. « Vademecum », 2006, 263 pages.

- SANTOS (A. P.), « Commentaire de l'AUDCG », *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 3^e éd., 2008.
- SANTOS (A. P.) et YADO TOE (J.), *OHADA, Droit commercial général*, Bruxelles, Bruylant, UNIDA, Juriscope, coll. « Droit uniforme africain », 2002, 478 pages.
- SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Bruylant, UNIDA, Juriscope, coll. « Droit uniforme », 2002, 444 pages.

Introduction

1. Le fonds de commerce qui constitue de nos jours une véritable institution fait partie intégrante des notions « dont il est difficile, voire impossible de proposer une définition certaine » (*G. Decocq, Droit commercial, Hypercours, Dalloz, 2003, p. 215*). Né d'une certaine pratique qui s'était rendue compte qu'il représentait une importante valeur économique susceptible de faire l'objet de divers types de « contrats juteux », le fonds de commerce n'a acquis sa forme contemporaine qu'à la fin du XIX^e siècle.

En effet, dans sa version originelle, le code de commerce de 1807 était muet à ce sujet. Le premier texte qui évoque la notion a d'ailleurs non une nature commerciale, mais plutôt fiscale, en l'occurrence, la loi du 28 février 1872 relative à la cession du fonds de commerce dont l'objectif fut de soumettre la mutation de la clientèle à un tarif particulier.

Le second texte est la loi du 1^{er} mars 1898 portant sur le nantissement du fonds de commerce qui avait les mêmes caractéristiques que la précédente. On comprend alors que ni l'une, ni l'autre n'aient proposé de définition précise à cette institution.

Devenue le texte référentiel en ce domaine, la loi du 17 mars 1909, dite « loi Cordelet » (nom du sénateur français initiateur de ce texte) relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce n'a pas cru non plus devoir combler la douloureuse lacune en énonçant une définition du fonds de commerce. Elle s'est limitée à une énumération des différents éléments qui le composent en ses articles 1 alinéa 2 et 9 alinéa 2.

2. Par la suite, plusieurs autres textes sont intervenus pour l'organiser sur divers aspects : les mentions à insérer sur son acte de vente (*loi du 29 juin 1935*) ; sa location-gérance (*décret n° 53-874 du 22 septembre 1953 relatif à la location-gérance du fonds de commerce, JCP, 1953, III, 1853, remplacé quelques années plus tard par la loi n° 56-277 du 20 mars 1956 relative à la location-gérance du fonds de commerce et des établissements artisanaux, JCP, 1956, III, 21099*) ; le droit au renouvellement du bail lorsque le preneur exploite

un fonds de commerce (*loi du 30 juin 1926 réglant les rapports entre locataires et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyers d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel, D., 1926, p. 33 et s. ; décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyers d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, JCP, 1953, III, 18201*).

Jusqu'à une date récente, les textes régissant le fonds de commerce étaient nombreux et dispersés. Et comme on a eu à le souligner à juste titre, pour l'essentiel, ils ne traitaient que des opérations juridiques portant sur cette institution ou de sa gestion par un locataire-gérant. En revanche, ils ne se prononçaient pas nettement sur sa définition, sur sa notion (*Voir M. Pédamon, Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats de commerce, précis Dalloz, 2^e éd., Paris, 2000, n° 338, p. 197*).

Par conséquent, en ce domaine, ce sont la jurisprudence et la doctrine qui ont réalisé une incommensurable œuvre créatrice.

3. Dans l'espace OHADA, avant l'entrée en vigueur du droit nouveau, la loi du 17 mars 1909, alors texte de base en matière de fonds de commerce avait été rendue applicable outre-mer de diverses manières en vertu de son article 38. À propos du cas spécifique du Cameroun, voir décret du 26 juillet 1932 relatif à la vente et au nantissement des fonds de commerce dans les territoires placés sous mandat de la France. Et pour d'autres pays : Mauritanie, Guinée, Côte d'Ivoire, Bénin, Burkina Faso, Niger, DRAP du 10 mars 1936 ; Centrafrique, Tchad, Gabon, Congo, DRAP du 19 mars 1935 ; Togo, DRAP du 10 août 1965 ainsi que Madagascar, DRAP du 10 novembre 1927.

Seuls le Sénégal et le Mali s'étaient dotés de législations nouvelles, fortement inspirées du texte français de 1909 en matière de vente et de nantissement du fonds de commerce.

Le premier pays cité avait adopté son Code des obligations civiles et commerciales en deux phases : la 1^{re} partie à travers la loi n° 66-70 du 13 juillet 1966 (*qui traitait de la vente*) et la 2^e partie au moyen de la loi

n° 76-60 du 12 juin 1976. Le second pays quant à lui avait adopté un code de commerce, entré en vigueur par l'effet de la loi n° 86-13 du 21 mars 1986.

L'actuelle législation, applicable depuis le premier janvier 1998 organise le fonds de commerce principalement aux articles 103 à 136 (*Voir Titre II du Livre III*) de l'Acte uniforme portant Droit commercial général (AUDCG). *Il importe toutefois de mentionner une importante et profonde modification de cet Acte uniforme à Lomé au Togo en date du 14 décembre 2010, par le Conseil des Ministres de l'OHADA. La nouvelle version de l'Acte uniforme aborde le régime du fonds de commerce en ses articles 135 à 168.*

Ces textes comportent plusieurs innovations : sur le plan de la forme, il y a une réduction significative de la disparité des dispositions applicables et sur le fond, on note une définition plus claire et précise du fonds de commerce (*Voir Paragraphe 1, titre 2 du Livre 3*) ; une distinction nette opérée entre le fonds de commerce et le fonds commercial (*Article 104 AUDCG. Mais, l'expression « fonds commercial » a été purement et simplement supprimée lors de la réforme sus-référée*) ; un allègement sensible des modalités d'exploitation du fonds de commerce par voie de location-gérance (*Articles 106 et s. (nouveaux articles 136 et s.) AUDCG*) et une réglementation rigoureuse de la vente du fonds (*Articles 115 et s. (nouveaux articles 147 et s.) AUDCG*).

4. En somme, l'arsenal juridique nouvellement mis sur pied dans le périmètre OHADA comporte un nombre important d'originalités. Celles-ci méritent d'être examinées autour des trois points suivants :

- les éléments constitutifs et la nature juridique du fonds de commerce (Chapitre 1) ;
- l'exploitation du fonds de commerce (Chapitre 2) ;
- la disposition du fonds de commerce (Chapitre 3).

Chapitre 1 : Éléments constitutifs et la nature juridique du fonds de commerce

5. Il est assez difficile de donner une définition unitaire du fonds de commerce. À cet égard, on a imaginé plusieurs approches possibles : le plus petit dénominateur commun entre commerçants ; première approche de l'entreprise (mais il faut en réalité le distinguer de l'entreprise et de la société commerciale. Alors que l'entreprise se présente en même temps comme un groupement de biens et un groupement de personnes, le fonds de commerce ne se présente que comme un groupement de biens. Alors que la société commerciale acquiert la personnalité juridique à compter de son immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier - et à ce titre dispose normalement d'un fonds de commerce, à l'instar du commerçant personne physique -, le fonds de

commerce est dépourvu de la personnalité juridique) ; une organisation complexe en ce sens que les commerçants n'ayant pas choisi la forme sociétaire y cristallisent les mêmes intérêts que ceux qui ont une société ; une fiction incorporelle, une réalité patrimoniale et financière faisant l'objet de règles juridiques particulières ; un moyen de transmission d'un capital accumulé au fil des ans par le commerçant qui a la possibilité de tirer une ultime valeur ajoutée lors de sa cession ; une sécurité aussi bien pour le commerçant dans la mesure où on lui reconnaît la propriété d'un bien à partir duquel il peut effectuer des opérations juridiques à l'exemple de la vente et du legs, que pour les créanciers chez qui c'est une sorte de gage, de garantie contre le non-paiement des dettes (*Voir J. Bussy, Droit des affaires, 2^e éd., Presses de sciences Po et Dalloz, 2004, p. 119.*

6. À l'article 103 (*Voir nouvel article 135*) AUDCG, il est normalement annoncé la définition du fonds de commerce. Mais à regarder de près, on peut noter que le législateur OHADA ne s'est pas beaucoup éloigné de la logique retenue dans la loi du 17 mars 1909 sus-citée qui se contentait de faire à plusieurs reprises une énumération des principaux éléments constitutifs de cette institution. Précisément, à travers une formule originale, l'art. 103 (*Voir nouvel article 135*) AUDCG définit le fonds de commerce à partir de son assiette et de sa finalité qu'il convient d'étayer (Section 1). La question de sa nature juridique n'a pas été abordée de façon expresse par les rédacteurs des textes OHADA. Mais, eu égard à son importance, il est de bonne méthode de puiser dans les nombreuses propositions doctrinales et jurisprudentielles pour la mettre en exergue, surtout qu'elle est nécessaire pour une meilleure assimilation des choix opérés dans le contexte africain (Section 2).

Section 1 - Éléments constitutifs du fonds de commerce

7. Aux termes de l'article 103 (2) AUDCG, le fonds de commerce regroupe différents éléments mobiliers, corporels et incorporels (*Il faut noter que cet alinéa a été supprimé à l'article 135 du nouveau texte, probablement en raison de son caractère superflu. Il ferait double emploi avec l'article 137 qui énumère les éléments constitutifs du fonds de commerce. D'ailleurs l'alinéa 2 du premier texte a été fondu à l'alinéa 1 du second*). L'article 104 de cet Acte uniforme est plus précis lorsqu'il dispose que le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial (*Néanmoins, plus explicite est la formule du récent texte où l'article 136 est ainsi rédigé : « Le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial, sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom commercial ». Ici, le terme « nécessairement » a été substitué au terme « obligatoirement ». Mais au fond, ils ont la même signification.*

Cette indication est complétée par une liste non exhaustive présentée par l'article 105 (*Voir nouvel art. 137*) du même Acte uniforme. De l'analyse des différentes dispositions, on peut retenir que tous les fonds de commerce ne comportent pas nécessairement chacun des éléments envisagés par la loi. Leurs éléments constitutifs sont très variables et dépendent notamment de la nature des activités exercées, de la situation géographique, de la forme juridique de l'exploitation. Pour présenter les différents éléments du fonds, les rédacteurs des textes OHADA ont choisi une démarche simple, mais pertinente consistant à mettre en relief d'une part, les éléments obligatoires (§1) et d'autre part, les éléments facultatifs (§2).

§1- Éléments obligatoires : le fonds commercial

8. À titre préliminaire, il faut rappeler que l'expression « fonds commercial » qui marquait l'une des originalités du Droit OHADA a été supprimée dans la récente réforme. L'alinéa 1 de l'article 104 de l'AUDCG qui la contenait n'a pas été reconduit à l'art. 136, son équivalent dans le nouvel Acte uniforme. Il est possible que les rédacteurs du nouveau texte aient voulu éviter la confusion qu'elle pouvait entraîner avec la notion de « fonds de commerce ».

Les éléments obligatoires sont énumérés comme il vient d'être souligné à l'article 104 (*Voir nouvel art. 136*) AUDCG. Ils sont constitués de la clientèle (A) et d'autres éléments (B).

A - Clientèle

9. Cet élément fondamental du fonds de commerce demande à être bien défini (1). Il suscite par ailleurs un certain nombre d'interrogations (2).

I - Définition de la clientèle

10. En interrogeant « le Robert quotidien », dictionnaire pratique de la langue française, (*Voir éd. 1996, p. 334*), on reçoit exactement cinq sens du mot « clientèle » : ensemble des clients d'un praticien ; ensemble des gens qui soutiennent un parti politique, qui fréquentent habituellement un milieu ; fait d'être client, d'acheter ; ensemble de clients qui recourent, moyennant rétribution, aux services d'une même personne (clientèle d'un médecin) ; ensemble d'acheteurs (attirer la clientèle). Les deux derniers sens ont un caractère juridique et demandent à être mieux explicités.

Selon le lexique des termes juridiques (*Voir le mot « clientèle » dans le Lexique des termes juridiques par R. Guillien et J. Vincent. Voir aussi J. Bussy, Droit des affaires, 2^e éd., Presses de sciences po et Dalloz, op. cit., p. 123*), on peut retenir de la clientèle que c'est un ensemble de personnes qui sont en relations d'affaires

avec le représentant d'une profession libérale (*avocat, officier ministériel, médecin*) ou avec un commerçant dont ils acquièrent la marchandise ou requièrent les services.

11. Il ressort clairement de cette définition que la notion de clientèle est utilisable aussi bien pour les professions civiles que pour les professions commerciales. C'est la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce (*Voir Universités francophones, Droit commercial et des sociétés en Afrique, 1988, Édicef, p. 23 et s.*) qui évoque pour la première fois son régime juridique en matière commerciale. Cette évocation est faite au niveau de deux dispositions : les articles 1^{er}, al. 2 et 9, al. 2 de ladite loi, devenus respectivement les articles L.141-5, al. 2 et L.142-2, al.3 du Code de commerce français. L'article L.141-5 énonce globalement que le privilège du vendeur d'un fonds de commerce « ne porte que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription, et à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage ». L'article L.142-2, al. 3 quant à lui édicte des prescriptions à caractère supplétif, en soulignant qu'« à défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage ».

12. Reprenant les dispositions de la loi de 1909 pour le cas spécifique du Cameroun, le décret du 26 juillet 1932 relatif à la vente et au nantissement des fonds de commerce dans ce territoire placé sous mandat de la France (*Voir G.-J. Bouvenet et R. Bourdin, Codes et lois du Cameroun, t. II, 1956, p. 406 et s.*) dispose d'une part, en son article premier : « Dans le territoire du Cameroun, le privilège du vendeur d'un fonds de commerce n'a lieu que si la vente a été constatée par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, et que s'il a été inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de première instance de Douala. Il ne porte que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription et à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage [...] ».

D'autre part, en son article 9 : « Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis aux dispositions du présent décret comme faisant partie d'un fonds de commerce : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds. À défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage ».

13. Ces textes constituent dans leurs grandes lignes, une reproduction fidèle des dispositions du code de com-

merce français. Réagissant à leur formulation, la doctrine s'est attelée à donner un sens à la distinction des termes clés constitués par « la clientèle » et « l'achalandage », même si certains auteurs ont jugé l'opération superflue (Voir *Derruppé, obs. sous Paris, 9 juin 1987, RDC, 1987, p. 496*). De manière générale, les auteurs (Voir notamment *J. Nguebou, Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, 1998, PUA, p. 40*; *A. P. Santos et J. Yado Toé, OHADA, Droit commercial général, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, UNIDA, Juriscope, p. 205*) soutiennent que la clientèle désigne les personnes qui s'approvisionnent habituellement auprès d'un fonds de commerce en raison de la compétence et du savoir-faire du commerçant (*Cass. com., 3 fév. 1970, D., 1970, jur., 626*). En revanche, l'achalandage est une sorte de clientèle de passage. Elle est constituée par l'ensemble des personnes attirées par la commodité ou la proximité de l'établissement.

14. Allant un peu plus loin, on a admis que l'achalandage préexiste à l'ouverture d'une entreprise alors que la clientèle ne peut se manifester que postérieurement à la mise en service de celle-ci. Mais cette thèse a été réfutée par la Cour de cassation française qui a opté en faveur de la précédente (*Cass. com., 27 fév. 1973, 1^{re} espèce, D., 1974, p. 284*).

De nos jours, la tendance est à la confusion des deux notions. Il faut considérer comme « clientèle », l'ensemble des personnes qui entrent en relation d'affaire avec une entreprise. Dans cette logique, l'Acte uniforme relatif au droit commercial général n'utilise nulle part le terme « achalandage ».

II - Interrogations à propos de la clientèle

15. Au sujet de la clientèle, il est possible de se poser quatre questions à énumérer au fur et à mesure.

a - Notion de « clientèle » embrasse-t-elle un ou plusieurs clients ?

16. Les deux hypothèses ont été admises en doctrine. Par rapport à la première, selon Bruno Boccara qui reprenait la thèse de M. Toujas (Voir *M. Toujas, « Du démembrement du fonds de commerce », JCP, 1943, I, 386*) à son propre compte, le fonds de commerce qui comporte plusieurs branches et plusieurs activités, bien qu'en apparence unique peut s'analyser en une série de « fonds superposés ou juxtaposés ». Ces fonds « plus ou moins étroitement liés, placés sous une direction unique, n'en deviennent pas moins distincts [...] ». Et « certains éléments seront communs à ces divers fonds. Le même droit au bail leur appartiendra, le même matériel en permettra l'exploitation, l'enseigne sera commune. Mais il est un élément essentiel du fonds de commerce qui le caractérise [...] pluralité de clientèles, pluralité de fonds ».

17. Ce point de vue a été confirmé par deux importantes décisions de justice rendues par la Cour de cassation française, respectivement le 22 mai 1968 et le 24 novembre 1988. L'arrêt rendu en 1968 (*Cass. civ., 22 mai 1968, JCP, 1969, II, 15784, note Boccara*) consacre l'application du raisonnement en matière de sécurité sociale. L'arrêt rendu en date du 24 novembre 1988 par la troisième chambre de la Cour de cassation (*Cass. 3^e civ., 24 nov. 1988, JCP, 1988, II, 21025, note Boccara*) est plus explicite : « lorsqu'une convention de location-gérance d'un fonds de commerce autorise l'adjonction d'une part, de branches connexes au fonds préexistant qui resteront acquises au propriétaire de ce fonds, et d'autre part, de branches commerciales distinctes dont le gérant libre pourra disposer en fin de location, les juges du fond après avoir apprécié souverainement que ces branches distinctes avaient une clientèle propre, ont pu en déduire qu'il y a eu création d'un nouveau fonds, ne se confondant pas avec le fonds originaire ».

Pour ce qui est de la seconde hypothèse, il est admis que d'un point de vue théorique (Voir *Jurisclasseur, Entreprise individuelle et fonds de commerce, 1998, Fascicule 1060, « Biens de l'exploitation », p. 5*), une clientèle puisse être constituée d'un seul client. Sur le plan pratique, une entreprise peut valablement prospérer avec un client unique et l'expérience des entreprises liées par un contrat de sous-traitance intégré en est une parfaite illustration. D'après la Cour de cassation (*Cass. com., 7 déc. 1965, Bull. civ., IV, n° 630*), l'administration de l'enregistrement a pu décider à l'occasion d'un redressement de droits, que peut être assimilée à une cession de clientèle, la cession d'une position contractuelle, à propos du contrat de manufacture exclusive pour un fournisseur exclusif (*Cass. com., 10 juin 1986, Bull. civ., IV, n° 121*). Dans le même sens, la haute juridiction française a eu à admettre la validité d'une cession de clientèle constituée d'un client unique (Voir *M. Sorbier, La clientèle commerciale : cession, location et partage, éd. L'harmattan, 2003, p. 39*).

De ce qui précède, il reste hors de doute que sur le plan des effectifs, la clientèle peut être constituée d'un seul ou de plusieurs clients.

b - Clientèle est-elle un élément constitutif du fonds de commerce ou plutôt la résultante ?

18. La réponse à cette importante interrogation a particulièrement nourri la doctrine et donné lieu à plusieurs décisions de justice en droit français. Examinée à la lumière du droit OHADA, elle laisse apparaître plutôt une certaine tergiversation, ce qui est bien critiquable pour une législation postérieure à la controverse. Afin de ne pas éluder cette dernière, deux thèses opposées étaient soutenues.

La première, favorable à la clientèle, appréhendée comme élément constitutif du fonds prenait appui sur

deux paramètres fondamentaux : la lettre de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce, qui citait expressément en ses articles 1^{er} et 9, la clientèle parmi les éléments incorporels du fonds de commerce ; la position d'une jurisprudence constante (*La seule dérogation serait constituée par les spéculateurs en bourse. Ceux-ci sont considérés par les tribunaux comme des commerçants, nonobstant le fait qu'ils n'ont pas de clientèle, eu égard à ce qu'ils agissent sur un marché inorganisé où ils sont sûrs de trouver des contreparties. Voir Paris, 13 janv. 1976, JCP, 1977, II, 18576, note Boitard*) selon laquelle de tous les éléments du fonds, « la clientèle représente le plus essentiel, celui sans lequel un fonds de commerce ne saurait exister » (*Cass., 15 fév. 1937, S., 1937, I, 169, note H. Rousseau ; Grands arrêts, 98, obs. P. Bourel et B. B. ; Com., 29 mai 1953, D., 1953, 599 ; Com., 23 mai 1960, Bull. civ. III, n° 192 ; Civ. 3^e, 18 mai 1978, Bull. civ. III, n° 205, p. 159*). Depuis de longues dates, la plupart des pays de la zone franc étaient fixés dans cette conception (*Voir Mamadou Koné, Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, comparaisons avec le droit français, 2003, LGDJ, p. 357*).

La seconde, manifestement hostile à cette place attribuée à la clientèle était plutôt accrochée à un argument capital, à savoir que celle-ci n'est pas un bien au sens juridique du terme. En effet, le commerçant n'a aucun droit sur ses clients et ceux-ci sont libres de s'approvisionner là où bon leur semble. « Le marché est le terrain de chasse du commerçant. La clientèle est le gibier qu'il capture », a-t-on (*Y. Guyon, Droit des affaires, droit commercial général et des sociétés, 11^e éd., 2001, t. I, p. 734*) peint la situation. Les partisans (*Il faut ajouter les praticiens du notariat. Voir 60^e Congrès des Notaires, 1962, Rapport de conclusion de Me Thibierge, RDC, 1962, p. 590 et s.*) de cette thèse soulignent que la clientèle est à qui sait la prendre ; dans un système d'économie de marché, elle n'appartient à personne. Georges Ripert (*Voir RDC, 1962, 605*), particulièrement, la définit comme une « possibilité de contrats futurs et renouvelés » ; elle n'est pas un élément du fonds. Elle sert de lien aux différents éléments réunis par le chef d'entreprise ; elle donne sa cohésion à l'ensemble, mais elle n'en fait pas partie. Dans le prolongement logique de cette idée, Georges Decoq ajoute : « Dans la mesure où le commerçant ne peut s'approprier les clients qui demeurent libres de s'approvisionner où bon leur semble, la clientèle ne saurait être considérée juridiquement comme un bien. Dès lors, (elle) se présente davantage comme le résultat de la mise en commun des différents éléments qui composent réellement le fonds de commerce ou du moins comme la finalité de cette mise en commun » (*G. Decoq, Droit commercial, op. cit., p. 216*).

19. Au-delà du débat, la quasi-totalité des auteurs s'accordent à reconnaître qu'il existe un nécessaire lien de complémentarité entre les deux éléments : l'existence

de la clientèle conditionne celle du fonds de commerce, affirme la doctrine presque à l'unanimité (*P. Colomb, « La clientèle du fonds de commerce », RDC, 1979, I, n° 8 ; J. Derruppé, « Fonds de commerce et clientèle », Études A. Jauffret, 1974, 231*).

20. À travers ses articles 103 et 104 (*articles 135 et 136 du nouveau texte*), l'Acte uniforme portant droit commercial général envisage la question. Il l'aborde dans un sens doublement novateur. D'une part, il y a une définition de manière claire et précise de la notion de fonds de commerce qui est appréhendé par l'article 103 (*Voir nouvel article 135*) comme « un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle ». Les articles 104 et 105 (*nouveaux articles 136 et 137*) interviennent pour indiquer un certain nombre d'éléments que peut comporter un fonds de commerce. D'autre part, l'Acte uniforme innove en distinguant soigneusement le fonds de commerce du fonds commercial ; celui-ci désignant les éléments qui constituent obligatoirement le fonds, en l'occurrence, la clientèle, l'enseigne ou le nom commercial (*on a en effet déjà souligné que l'expression « fonds commercial » a fait les frais de la réforme de l'AUDCG*).

21. Au regard de l'Acte uniforme, ces trois éléments forment « le noyau dur, le minimum incompressible du fonds de commerce » (*A. Fénéon et J. R. Gomez, OHADA, Droit commercial général, commentaires, 1999, éd. FFA, Édicef, p. 75*). Ce dernier ne saurait exister indépendamment d'eux.

À l'analyse, on se rend aisément compte que le législateur OHADA consacre les deux théories contradictoires. Lorsqu'il définit le fonds de commerce à l'article 103 (*nouvel article 135*) de l'AUDCG, il fait usage de la seconde thèse qui considère que la clientèle n'est pas un bien au sens juridique du terme. Il le fait en soulignant qu'il est le but poursuivi par un commerçant au moment où il crée un fonds de commerce (*Dans le même sens, voir A. P. Santos, Commentaire sous article 103 de l'AUDCG, in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 3^e éd., Juriscope, 2008*). Par contre, quand il énumère les éléments constitutifs du fonds de commerce à l'article 104 (*nouvel article 136*) du même Acte uniforme, il fait une application fidèle de la thèse défendue par les partisans de la clientèle, regardée comme élément du fonds.

À dire vrai, le plus important n'est pas de chercher à tout prix à classer de manière absolue la législation OHADA dans l'un ou l'autre camp. Les deux positions ne sont pas cloisonnées et d'ailleurs, elles sont appelées à se compléter en fonction de l'objectif recherché. Tantôt la balance pourrait peser du côté de la première lorsqu'il est question de définir la notion dont il s'agit, tantôt, elle pèserait en faveur de la seconde si l'ambition est d'aboutir à la détermination des différentes composantes du fonds.

c - Clientèle est-elle l'élément essentiel du fonds commercial ?

22. Force est de le souligner, le débat sur la place réellement occupée par la clientèle au sein du fonds de commerce demande à être transporté sur un autre terrain, celui de savoir si une fois acquis qu'elle mérite de faire partie des composantes du fonds de commerce, il est permis de conclure qu'en toute occurrence, elle en constitue l'élément primordial.

23. En empruntant au droit comptable (Voir A. Sayag, *Lamy droit commercial*, éd. 1997, n° 142, p. 80) la notion de « fonds commercial », noyau dur du fonds de commerce, basé particulièrement sur la clientèle, le législateur OHADA semble ériger cette dernière en élément capital du fonds. Il en est ainsi pour deux raisons principales : premièrement, à l'article 104 (*nouvel article 136*) de l'AUDCG, elle est présentée comme un élément obligatoire (*désormais « nécessaire », encore que les deux termes sont synonymes*) permanent, susceptible d'être complété, soit à la fois par les deux autres que sont le nom commercial et l'enseigne, soit simplement par l'un d'eux.

Deuxièmement, à l'article 105 (*Voir nouvel article 137*) du même Acte uniforme, on énumère les éléments facultatifs (*L'énumération est loin d'être exhaustive*). Mais le fonds de commerce ne saurait comprendre les créances et les dettes du commerçant en raison de leurs caractères personnels. (Voir A. P. Santos, *Commentaire de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général*, in OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, op. cit., p. 256) du fonds à travers une formule simple : « Le fonds de commerce peut comprendre en outre, à condition qu'ils soient nommément désignés, les éléments suivants : [...] ». (*Le nouvel article 137, tout en précisant que le fonds de commerce peut comprendre différents éléments mobiliers, corporels et incorporels, n'exige pas que les éléments facultatifs soient « nommément désignés »*. Cette condition semble aller de soi).

En principe, on pourrait conclure sur ce point en mentionnant que la clientèle constitue l'élément indispensable du fonds ; celui-là même dont la réserve ou la cession aurait pour effet de faire considérer que le fonds n'a pas ou a été cédé. Cette conclusion rentretrait en droite ligne de la position de la jurisprudence française (*Req.*, 23 oct. 1934, *S.*, 1934, I, 392 ; 15 fév. 1937, *DH*, 1937, 179 ; *Com.*, 29 mai 1953, *JCP*, 1953, II, 7720, *note Cohen*). Mais il ne faut pas tomber dans le piège de la facilité d'une position hâtive. Elle doit être relativisée parce que discutable. Selon une certaine doctrine (*G. Ripert et R. Roblot par M. Germain, Traité de droit commercial, commerçants, actes de commerce, entreprise commerciale, fonds de commerce, sociétés commerciales*, 16^e éd., LGDJ, 1994, n° 526 ; *Y. Guyon, Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, op. cit., n° 691 ; *Y. Reinhard, Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce*, 5^e éd.,

Litec, 1998, n° 355), la clientèle étant par ailleurs le but de l'exploitation, il est difficile qu'elle fasse partie des éléments du fonds et *a fortiori*, en constitue l'élément essentiel. « Finalement, plus qu'un élément du fonds, la clientèle est le but poursuivi par le commerçant. Tous les autres éléments sont des moyens de parvenir à cette fin, en attirant, en retenant ou en développant la clientèle », déclare en ce sens Yves Guyon (*Voir Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, op. cit., p. 735).

24. En nous inscrivant en faux contre cette thèse, nous sommes d'accord qu'il n'est pas facile de déterminer l'élément principal du fonds de commerce. Il serait même délicat d'identifier un élément considéré comme tel en toutes circonstances. L'élément indispensable d'un fonds de commerce est en réalité variable en fonction de la nature de l'activité exercée. Sur le plan pratique, il est conseillé de le rechercher parmi les éléments déterminants pour la conservation de la clientèle (*Cass. com.*, 3 mars 1992, *RJDA*, 1992, 463 ; *Amiens*, 13 mai 1976, *Banque*, 1977, 602 ; *Colmar*, 28 mai 1952, *D.*, 1952, p. 528). Ainsi, on a pu écrire justement qu'il y a « cession de fonds dès lors qu'il y a cession de l'élément caractéristique qui retient la clientèle ». Par contre, « si la clientèle n'est pas cédée, il n'y a que cession d'éléments isolés et non pas du fonds » (*F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, Droit commercial, activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 5^e éd., Montchrestien, 1998, n° 300).

Précisément, les juges français ont eu à décider que la cession du droit au bail équivaut à la cession du fonds pour un garage (*Rép.*, 9 nov. 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, 2, 913). Même le matériel de travail a pu être considéré comme élément essentiel dans l'intérêt du créancier nanti à propos d'un cas où tous les autres éléments étaient perdus (*Cass. com.*, 2 août 1949, *D.*, 1950, 775 ; *S.*, 1950, 1, 81, *note A. Cohen, JCP*, 1949, 2, 5188, *note Saint-Alary*).

En vérité, la nature d'un tel élément est fonction du type d'exploitation. On peut ainsi citer pour une entreprise de transport routier, la cession de la carte de transporteur (*Cass. com.*, 23 mai 1949, *JCP*, 1949, II, 4958) ; pour un débit de boissons, la cession de la licence (*Voir J. Derruppé, « Fonds de commerce et clientèle », Études A. Jauffret, Aix-en-Provence, 1974, p. 231 et s., n° 17*) ; pour un exploitant forain, la cession du manège (*Cass. com.*, 1^{er} fév. 1966, *GP*, 1966, 2, 13) et pour une station de distribution d'essence, la cession de l'autorisation d'exploitation (*Cass. com.*, 6 déc. 1982, *JCP*, 1984, II, 20158).

25. La place prétendue prépondérante de la clientèle dans le fonds de commerce est d'autant plus discutable, qu'il n'est pas rare de trouver dans le paysage commercial et en grand nombre, une catégorie *sui generis* de professionnels appelés « commerçants sans fonds de commerce ». La systématisation de ces derniers a permis de les classer en deux catégories : les commerçants

exploitant une clientèle « dépendante » et ceux qui attirent et retiennent une « clientèle illicite » (Voir *F.-X. Vincensini, La commercialité (recherche sur l'identification d'une activité)*, PUA, 1998, p. 109 et s.)

26. Par rapport à la première catégorie, la règle applicable est que sans clientèle autonome, c'est-à-dire personnelle à l'exploitant, il n'y a pas fonds de commerce. La clientèle doit être réellement attirée par le fonds : la qualité des marchandises vendues et/ou des prestations de services proposées, ou la notoriété du commerçant notamment. À titre d'exemple, le commerçant qui ne fait que bénéficier de la clientèle d'un autre, parce qu'il est situé à proximité n'est pas titulaire d'un fonds de commerce (*Amiens, 26 juin 1978, RDC, 1979, 94, obs. J. Derruppé; Com., 23 mars 1981, RTD com., 1981, 717; Civ. 3^e, 27 nov. 1991, Bull. civ., III, n° 289, p. 170; Civ. 3^e, 24 janv. 1996, RJDA, 1996, n° 464*). En conséquence, il ne peut se prévaloir des avantages suivants : droit de jouir de la prescription courte ; bénéfice de la liberté des preuves ; soumission à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ; droit d'être électeur et éligible aux tribunaux de commerce et aux chambres de commerce et d'industrie ; droit de donner son fonds de commerce en location-gérance ; droit de tirer bénéfice de la propriété commerciale ; droit d'insérer dans son contrat une clause compromissaire (Voir *P.-G. Pougoué et A. Foko, Le statut du commerçant dans l'espace OHADA, collection Vademecum, 2006, PUA, p. 235*).

Il en est autrement des contraintes dont les principales sont : l'accomplissement des mesures de publicité légale avec pour exigence la plus connue, l'immatriculation au registre du commerce ; le respect des règles de la libre et de la loyale concurrence ; l'ouverture d'un compte en banque ou d'un compte courant postal ; la tenue d'une comptabilité et en droit camerounais, par exemple, la déclaration d'existence auprès de la Caisse nationale de prévoyance sociale, de l'administration des impôts, du Crédit foncier du Cameroun, du Fonds national de l'emploi et des services extérieurs territorialement compétents des Ministères chargés du Commerce et du Travail notamment.

De toute évidence, la dépendance peut être géographique ou économique. Dans le dernier cas, un exploitant, généralement de taille financière plus faible est situé à proximité physique d'un autre de qui il tire ou avec qui il partage les clients. C'est le cas d'une buvette installée dans l'enceinte d'un hippodrome. À ce propos justement, la haute juridiction française a eu à se prononcer sur une intéressante espèce dont les faits sont d'une extrême simplicité : l'exploitant d'une buvette et la société de course se disputaient la propriété commerciale. Alors que le cafetier revendiquait le bénéfice des baux commerciaux, le propriétaire de l'hippodrome le lui contestait au motif qu'il n'avait pas de clientèle propre ; ses clients étant constitués entièrement de turfistes venus assister aux différentes courses. La Cour d'appel alla dans le sens de la société de course

en prenant appui sur deux arguments : la situation géographique de la buvette et le fait que les jours et heures d'ouverture étaient ceux du champ de course. Interpellée par le restaurateur, l'assemblée plénière de la Cour de cassation n'a pas hésité à rejeter son pourvoi en date du 24 avril 1970, sur le fondement que le problème de l'autonomie de la clientèle est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges de fond (Voir *Ass. plén., 24 avril 1970, D., 1970, p. 381, note R. L. ; JCP, 1970, II, 16489, note B. Boccarà*).

27. Un tel débat qui a connu une amplification avec la multiplication des centres commerciaux n'épargnera pas les pays membres de l'OHADA, si ce n'est déjà le cas (Voir *Civ. 3^e, 9 juillet 1979, D., 1980, 64 ; Civ. 3^e, 5 avr. 1995, Rec Dalloz, 1997, somm., com., p. 306*). Les plans d'urbanisation calqués sur les modèles occidentaux constituent des champs fertiles à cet effet. La situation pourrait être parfois suffisamment complexe avec la conjugaison de la dépendance économique.

En effet, cette dernière qui constitue le second cas de dépendance, conduit à se demander si les concessionnaires, les franchisés et autres distributeurs intégrés peuvent être propriétaires d'un fonds de commerce (Voir notamment *R. Y. Ngo Ndjigui, Les intermédiaires de commerce dans l'Acte uniforme OHADA portant droit commercial général, Mémoire de DEA, Dschang, 1998, 90 p. ; E. N. Azangué Bavoua, Les réseaux de distribution commerciale, Mémoire de Maîtrise, Ngaoundéré, 1999, 52 p.*). En principe, la propriété du fonds de commerce est reconnue aux distributeurs (*Com., 21 oct. 1970, JCP, 1970, II, 16632, aff. Prénatal ; Versailles, 24 mars 1988, D., 1988, IR, 124*). Mais quelques décisions sont en sens contraires : dans une affaire « Honda », la Cour de cassation, considérant que la clientèle est principalement attachée à la marque du concédant, décidait que le concessionnaire n'était pas propriétaire du fonds de commerce exploité, et par conséquent, ne pouvait avoir de clientèle propre (*Com., 3 janv. 1982, JCP, 1983, II, 20105, note J.H.*).

Dans le même ordre d'idées, le 6 février 1996, la Cour d'appel de Paris posait que « le locataire franchisé ou concessionnaire d'une marque qui revendique la propriété d'un fonds de commerce doit apporter la preuve de ce qu'il a une clientèle liée à son activité personnelle indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur ou du concédant ou bien [...] que l'élément du fonds, le droit au bail, attire la clientèle de manière telle qu'elle prévaut sur la marque [...]. À défaut, il est privé du droit au statut des baux commerciaux » (*Paris, 6^e, ch., 6 fév. 1996, RTD com., 1996, p. 237, obs. J. Derruppé, Defrénois, 15-30 août 1996, p. 926, note P. Le Cannu*).

28. La seconde catégorie de commerçants d'un genre particulier, celle qui exploite une clientèle illicite, est soumise aux mêmes restrictions : l'illicéité de la clientèle fait obstacle à la qualification de fonds de

commerce, les moyens mis en œuvre pour l'attirer et la conserver. A titre d'illustration, le tenancier d'une maison de tolérance est un simple commerçant de fait (Voir F.-X. Vincensini, *La commercialité (recherche sur l'identification d'une activité)*, op. cit., p. 111, n° 201). En raison du caractère illicite de ses activités, une telle maison close par le propriétaire ne peut être qualifiée de fonds de commerce et donner lieu à l'application des règles régissant le renouvellement du bail (Paris, 3 nov. 1938, DH, 1939, 58), ce qui n'est pas le cas d'un « sex-shop », exploitation non prohibée qui a une clientèle licite, et donc, un fonds de commerce (A. Viandier et J. Vallansan, *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, 2^e, éd., 1992, PUF, n° 195).

29. En somme, il est délicat de proclamer de façon absolue que la clientèle constitue l'élément indispensable de chaque fonds de commerce. Mais de par la volonté du législateur OHADA, elle forme l'élément central du fonds commercial et en définitive, celui du fonds de commerce. Cette règle doit toutefois être relativisée dans certaines hypothèses. Surtout, la situation peut devenir complexe en raison de la nécessité de déterminer réellement le début d'existence de la clientèle.

d - À partir de quel moment existe une clientèle ?

30. La clientèle constitue avec l'enseigne et/ou le nom commercial, le « cœur du fonds de commerce ».

Au même titre que l'enseigne, le nom commercial est l'objet au profit du premier utilisateur, d'un droit de propriété incorporelle qui peut être cédé ou loué avec le fonds de commerce. Le début de leur existence ne pose pas de problème particulier car il appartient simplement de vérifier s'ils sont utilisés dans le cadre d'un nouveau ou d'un ancien fonds. Pareille conclusion serait hâtive au sujet du troisième élément du fonds commercial : la clientèle.

En effet, à partir de quel moment celle-ci peut-elle être considérée comme existante ? Deux tendances se sont développées en doctrine. Certains auteurs soutiennent que la simple sollicitation devrait suffire à remplir la condition de clientèle, nécessaire à l'existence du fonds de commerce (Voir A. Colomer, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I ; « *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux* », éd. Rép. Not. Def., 1977, p. 88 ; Derruppé, « *Fonds de commerce et la clientèle* », in *Mélanges A. Jauffret*, p. 234 et s., D., 1974, p. 284 ; J. Hémar, note sous Trib. civ., Lille, 14 déc. 1949, JCP, éd. G., 1950, II, 5337 et note sous Bordeaux, 18 oct. 1948, JCP, 1949, II, 4706). Par contre, selon d'autres doctrinaires, ce n'est qu'à partir du moment où une personne est servie qu'on peut parler de la clientèle, et par conséquent, de véritable existence du fonds de commerce. À cet effet, le Professeur Alfred Jauffret écrit : « l'existence de la clientèle est réelle dès que la première pratique est adressée à l'exploitant »

(Voir A. Jauffret, obs. in RTD com., 1950, p. 206). En droite ligne de cette idée, A. Cohen précise : « Pour que la clientèle puisse être juridiquement retenue comme une valeur patrimoniale actuelle, encore faut-il qu'elle trouve son fondement dans un commencement de réalisation, qu'elle puise sa justification dans les affaires déjà traitées ; alors seulement elle acquiert suffisamment de réalité pour pouvoir être érigée en un élément, voire l'élément essentiel du fonds de commerce » (Voir A. Cohen, note sous Cass. civ., 30 janv. 1954, JCP, 1954, II, 8118).

La jurisprudence s'est fixée dans la direction de la seconde solution. Depuis 1962, elle affirme nettement que la clientèle doit être réelle et certaine et qu'une clientèle simplement virtuelle ou potentielle ne suffit pas à révéler l'existence d'un fonds de commerce (Cass. com., 15 fév. 1962, Bull. civ. III, n° 71, p. 59 ; Cass. com., 13 mars 1962, JCP, III, n° 158 ; Cass. com., 27 fév. 1973, JCP, 1973, II, n° 17463, AS ; D., 1974, 283, note Derruppé).

31. Pour préciser davantage ces notions, la clientèle doit exister de façon actuelle ; elle doit réunir trois autres conditions : être personnelle au commerçant, avoir un caractère commercial et être licite. Sur le premier caractère, la clientèle doit être réellement attirée par le fonds. La jurisprudence française récente semble toutefois assouplir les exigences en décidant que le franchisé qui tire pourtant bénéfice de la marque et du savoir-faire du franchiseur, est néanmoins titulaire d'un fonds de commerce, dès lors que « la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé » (Voir Paris, 4 oct. 2000, D., 2001, p. 1718, note H. Kenfack ; Civ., 3^e, 27 mars 2002, JCP N, 2002, n° 1575, note F. Auque. Voir aussi M. Asselain, *La distinction des actes civils et de commerce (contribution à l'étude du concept de commercialité)*, Thèse, Bordeaux IV, 1998, p. 1 et 2).

Pour ce qui est du deuxième caractère, le fonds doit être exploité par un commerçant avec pour objet de réaliser des actes de commerce, ce qui n'est pas le cas de la clientèle civile des membres des professions libérales (Voir Req., 13 mars 1905, DP, 1907, 1, 15^e ; Limoges, 10 juin 1980, D., 1981, 573, à propos de la clientèle d'une agence matrimoniale). Enfin, au sujet du troisième caractère, l'activité exercée doit être autorisée par la loi. Tel n'est par exemple pas le cas de l'exploitant d'un débit de boisson ou d'une maison de jeux non autorisé. Autant elle peut exister dès l'ouverture du commerce (Com., 1^{er} fév. 1973, Bull. civ., IV, n° 52, p. 43 ; RTD com., 1984, 655, note Derruppé ; Rép. Defrénois, 1985, 1378, note J. Honorat), autant elle ne saurait survivre à la cession de l'exploitation (Civ. 3, 18 mai 1978, RTD civ., 1978, 559, note Derruppé). Mais la jurisprudence française apporte une légère nuance en décidant que le gérant d'une station-service par exemple, n'est pas titulaire d'un fonds de commerce à défaut de clientèle. Si celle-ci s'est présentée dès l'ouverture de la station, cela signifie qu'elle préexistait

et par conséquent, qu'elle appartenait à la compagnie pétrolière, et non au gérant de la station qui ne l'a pas attirée, cependant, l'a trouvée (*Com.*, 27 fév. 1973, *D.*, 1974, p. 283, note J. Derruppé).

32. Dans l'aire géographique OHADA, cette problématique n'a pas été abordée par le législateur. À notre connaissance, aucune jurisprudence n'a non plus été rendue dans ce cadre. À partir de cette constatation, une question devient évidente : quelle position retenir ? Un auteur (*Mamadou Koné, Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, comparaisons avec le droit français, op. cit.*, p. 361) soutient que dans chaque État, il faut s'en tenir à la jurisprudence antérieure. Mais à notre humble avis, en temps opportun, il faudrait pencher en faveur de la seconde solution, celle adoptée par la jurisprudence française. Elle semble mieux indiquée et est de nature à permettre de résoudre avec efficacité les difficultés pouvant se soulever, sur ce plan (*Voir A. Foko, Contribution à une étude juridique de la clientèle (À propos de l'avenir de la notion), Revue internationale de droit africain EDJA, 2009, n° 82, p. 9-34*).

B - Éléments autres que la clientèle

33. L'article 104 (*dorénavant, art. 136 AUDCG*) mentionne comme faisant partie des éléments obligatoires outre la clientèle, le nom commercial (1) et/ou l'enseigne (2).

I - Nom commercial

34. C'est l'appellation sous laquelle un commerçant personne physique ou morale exerce son activité. Il peut s'agir d'un nom de fantaisie, du nom patronymique du commerçant ou de celui d'un tiers ou de l'un des associés, lorsqu'il s'agit d'un commerçant personne morale (*Voir G. Decocq, Droit commercial, ouvrage, op. cit.*, p. 218). Ici, on parle précisément de « dénomination sociale » (*Voir dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, respectivement les articles 272 pour les sociétés en nom collectif ; 294 pour les sociétés en commandite simple ; 310 pour les sociétés à responsabilité limitée et 386 pour les sociétés anonymes*).

Le nom commercial à l'instar de la clientèle peut faire l'objet de plusieurs opérations juridiques et notamment la cession. Cette caractéristique est l'élément important qui l'individualise du nom civil qui ne peut faire l'objet d'aucune cession.

35. En droit français, il est acquis depuis l'importante affaire des éditions Bordas (*12 mars 1985, Cass. com.*, *D.*, 1985, p. 471, note Ghestin) que le nom patronymique cédé en même temps que le fonds de commerce « devient un signe distinctif qui s'est détaché de la personne phy-

sique qui le portait pour s'appliquer à la personne morale qu'il distingue ». Autrement dit, lorsqu'un commerçant utilise son nom patronymique au titre de nom commercial et qu'il vient à céder celui-ci, il lui est désormais interdit d'utiliser le même nom à des fins commerciales.

Dans le cas contraire, le titulaire du nom pourrait être sanctionné pour concurrence déloyale. Si la personne tient à faire usage de son nom, cette latitude lui est offerte à condition qu'elle y ajoute un signe distinctif.

36. En droit français, le nom est protégé de deux façons : d'une part, à travers les dispositions de l'article L. 217-1 qui sanctionne pénalement les altérations ou suppositions de nom sur les produits fabriqués ; d'autre part, et cette voie est également offerte dans notre contexte, à travers la possibilité d'agir au civil sur le fondement de l'action en concurrence déloyale. La victime peut à cet effet obtenir réparation en prenant appui sur les dispositions de l'article 1382 du code civil.

II - Enseigne

37. C'est un signe extérieur qui permet d'individualiser un fonds de commerce. Elle peut être constituée par un nom de personne : « chez Arly » qui n'est pas nécessairement celui de l'exploitant. Elle peut aussi être constituée par une dénomination de fantaisie : « Au bon marché », « au grand chic ». Elle peut par ailleurs être constituée par un emblème : « La vache qui rit » ; par une appellation rappelant l'emplacement du commerce : « Call box de la guérite », « Café de l'hôtel de ville » ; ou enfin par une image à l'instar de celle d'un animal, d'une silhouette ou d'un objet quelconque (*Voir G. Decocq, Droit commercial, op. cit.*, p. 220. *Dans le même sens, voir J. Bussy, Droit des affaires, préc.*, p. 122).

38. Au même titre que le nom commercial, l'enseigne est susceptible d'être cédée avec le fonds de commerce. Mais rien n'interdit qu'elle fasse l'objet d'une cession isolée. Pareillement, toute imitation ou utilisation abusive d'une enseigne peut justifier le déclenchement et la responsabilité de l'auteur de cet usage sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

§2 - Éléments facultatifs du fonds de commerce

39. Énumérés par l'article 105 (*Voir nouvel article 137*) AUDCG, ils sont constitués d'éléments incorporels (A) et d'éléments corporels (B).

A - Éléments incorporels

40. À condition qu'ils soient nommément désignés (*exigence désormais supprimée. Dès lors que ces éléments*

sont retenus comme faisant partie du fonds de commerce, ils sont nécessairement désignés) les éléments suivants peuvent également faire partie du fonds de commerce : le droit au bail (I), les licences d'exploitation (II) et les propriétés industrielles (III).

I - Droit au bail

41. Il est quelques commerçants qui sont propriétaires des immeubles dans lesquels ils exercent leur activité professionnelle. Tel est le cas de la plupart des entreprises industrielles et des grands magasins. Mais le plus souvent, le professionnel de commerce (commerçant) n'est pas propriétaire du local dans lequel il exploite son activité et se doit alors de conclure une convention dite « bail commercial » avec une autre personne (le bailleur). Étant donné qu'il s'agit avant tout d'un bail, il faut en entendre un contrat par lequel une personne, « le bailleur » met à la disposition d'une autre personne dénommée « preneur » ou « locataire » et lui en confère la jouissance contre le paiement d'un certain prix appelé « loyer » et pendant un certain temps, un local à des fins civiles ou autres (*Il est nécessaire de noter que dans la réforme de l'Acte uniforme portant Droit commercial général du 14 décembre 2010, l'expression « bail commercial » a été remplacée par celle de « bail à usage professionnel ». Voir entrée Bail à usage professionnel*).

42. Dans le cas spécifique du commerçant qui prend à bail un local ou un immeuble pour les besoins de son activité professionnelle, le droit qu'il acquiert à cet égard fait partie des éléments constitutifs de son fonds de commerce et peut valablement être cédé avec le fonds dans les conditions prévues aux articles 115 et s. (*Voir nouveaux art. 147 et s.*) AUDCG.

II - Licences d'exploitation

43. La Révolution française de 1789 a entraîné d'importants bouleversements dans le domaine du droit commercial : la suppression des corporations à travers la loi le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 ; la promulgation du Code de commerce du 15 septembre 1807, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1808 et avant tout la proclamation de la liberté du commerce et de l'industrie par le biais du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

L'article 7 de ce décret était ainsi libellé : « À compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire telle négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon. Mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ».

On peut le constater aisément, la liberté était reconnue d'exercer une activité commerciale de son choix. Mais

en même temps, cette liberté était assortie de restrictions dans la mesure où certaines activités ne pouvaient être menées qu'à la condition que le promoteur satisfasse à plusieurs exigences. C'est dans cette perspective que tout professionnel de commerce désireux de développer son activité dans certains secteurs doit au préalable obtenir une forme de permission appelée tantôt autorisation administrative, tantôt agrément, tantôt licence d'exploitation. Ainsi peut-on citer à titre illustratif pour les autorisations administratives au Cameroun, le décret n° 93-720 du 22 novembre 1993 fixant les modalités d'application de la loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun ; l'arrêté n° 045/CAB/MINDIC du 15 novembre 1991 réglementant le commerce ambulancier ; et relativement, en ce qui concerne les étrangers, l'article 9 de la loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale. Pour les licences d'exploitation, les décrets n° 90/1467 et 90/1468 du 9 novembre 1990 sur les Établissements de tourisme.

Ces autorisations font normalement partie du fonds de commerce lorsqu'elles sont rattachées à celui-ci et non à la personne.

III - Propriétés industrielles

44. Cette expression n'est pas utilisée expressément par le législateur OHADA. Mais, dans son souci de procéder à une énumération détaillée, il énonce à l'article 105 (*Voir nouvel art. 137*) AUDCG plusieurs éléments dont le dénominateur commun est qu'ils forment les propriétés industrielles. Selon la doctrine (*A. P. Santos et J. Yado Toé, Droit commercial général, op. cit., 2002, p. 208*) les propriétés industrielles sont des monopoles d'exploitation.

45. On leur assimile le droit de propriété littéraire et artistique, les secrets de fabrication, le savoir-faire et le droit de se prévaloir des récompenses officielles et médailles obtenues dans l'exercice du commerce. Les éléments ciblés par le législateur OHADA sont les suivants : les brevets d'invention. Il s'agit des droits limités dans les temps conférés par l'État à l'inventeur d'une création nouvelle. (Ces droits sont protégés si et seulement si leur titulaire les exploite effectivement *on les protège à travers l'action en contrefaçon*) ; les marques de fabrique et de commerce (*signes visibles utilisés ou que l'on se propose d'utiliser pour distinguer les produits d'une entreprise quelconque*).

Les marques sont protégées non seulement pour apposition sur des produits identiques ou similaires mais également sur des produits distincts, le risque de confusion nuisible à l'entreprise originelle étant élevé ; les dessins et modèles : ils confèrent comme les brevets un monopole d'exploitation mais sur la forme nouvelle donnée à un produit existant et non sur découverte. Ils font l'objet d'un dépôt simplement déclaratif et non

constitutif d'un droit qui fait de même présumer la propriété de leur titulaire

L'article 105 (*nouvel art. 137*) AUDCG *in fine* énumère autres droits de propriété intellectuelle comme faisant partie des éléments du fonds de commerce. Ceux-ci constituent également des monopoles d'exploitation. Ils s'exercent sur les œuvres des auteurs normalement pendant la vie de ceux-ci et 50 ans après leur décès (*Article 7, convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques cité par A.P. Santos et J. Yado Toé, Droit commercial général, ouvrage, op. cit., p. 209*).

C - Éléments corporels

46. Habité par l'ambition de marquer son originalité par rapport à la loi du 7 mars 1909, le législateur OHADA a choisi d'aller dans les détails pour présenter comme faisant partie des éléments corporels, à condition qu'ils soient nommément désignés, les installations, aménagements et agencements d'une part (I), d'autre part, le matériel et le mobilier (II) et enfin les marchandises en stock (III).

I - Installations, aménagements et agencements

47. *A priori*, cette présentation des rédacteurs de l'article 105 (*nouvel art. 137*) AUDCG peut paraître intéressante. Mais en réalité, elle est superflue dans la mesure où en interrogeant le Robert quotidien, dictionnaire de la langue française (*Voir éd. 1996*), on se rend compte qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre les différents concepts et que les uns sont définis à partir des autres. Ainsi, l'installation se définit comme un aménagement, un arrangement, bref un ensemble de ce qui est installé en vue d'un usage déterminé. Exemple : installation de sanitaires, installation d'électricité.

48. L'aménagement quant à lui est une action, manière d'aménager, d'agencer, de disposer ou d'organiser. Exemple : aménagement d'une maison.

49. L'agencement enfin est l'action, la manière d'agencer ; l'arrangement résultant d'une combinaison.

Ces trois éléments dont la distinction est véritablement assez subtile constituent alors des éléments du fonds de commerce et peuvent faire l'objet des opérations autorisées pour le fonds.

II - Matériel et le mobilier

50. Le matériel peut se comprendre comme l'ensemble des objets, instruments, machines utilisées dans un service, dans une exploitation. Exemple : matériel de bureau, matériel informatique, matériel commercial.

51. En revanche, le mobilier est un ensemble de meubles destinés à l'usage et à l'aménagement d'une habitation ou d'une structure quelconque. Exemple : le mobilier de bureau.

Ces deux catégories de biens font aussi partie des éléments corporels du fonds de commerce de par la volonté du législateur OHADA. Mais il faut que ceux-ci soient réellement affectés à l'exploitation de l'activité professionnelle du commerçant et non à sa vie privée.

III - Marchandises en stock

52. La marchandise en stock consiste en des biens destinés à être vendus. La distinction entre la marchandise et le matériel n'est pas toujours évidente. Mais on peut retenir qu'alors que la marchandise est destinée à être vendue, soit en l'état, soit après transformation, le matériel n'a pas la même vocation. Il peut certes faire l'objet d'une cession dans l'optique de permettre au commerçant d'acquérir un nouveau matériel parce que l'ancien est usé ou est devenu caduc. Mais, la vente ne constitue pas la raison d'être de son acquisition.

§3 - Éléments exclus du fonds de commerce

53. Le législateur OHADA n'indique pas directement et expressément les éléments exclus du fonds de commerce. Ce n'est qu'à partir de l'analyse du régime de certains éléments en droit étranger qu'on peut déduire la position du droit africain. Ainsi, les immeubles (A), tout comme les valeurs liquides, les obligations et les données comptables (B) ne font pas partie des éléments constitutifs du fonds de commerce.

A - Immeubles

54. Les immeubles sont traditionnellement rattachés au droit civil (*A. Fénon et J. R. Gomez, Droit commercial général, Édicef, op. cit., p. 31*). Et un auteur (*F. Steinmetz, Les ventes immobilières et le droit commercial à la suite des lois du 13 juillet 1967 et du 9 juillet 1970, RTD com., 1973, p. 471, n° 1*) l'a rappelé en ces termes : « Les étudiants en droit apprenaient naguère encore que les immeubles étaient exclus du droit commercial. Ce souvenir était sans doute parmi les plus gravés dans leur mémoire. Le droit commercial, enseignait-on, ne concerne que les opérations mobilières ». L'exclusion visait plusieurs types d'opérations : l'activité d'achat et de vente d'immeubles exercée même habituellement par des personnes physiques ou morales (*J. Frossard, L'immeuble et le droit commercial (Étude de jurisprudence), RTD com., 1966, p. 535 ; Req., 4 juin 1850, I, 163 ; Civ., 18 avril 1882, DP, 1883, I, 64 ; Req. 29 avril 1885, DP, 1885, I, 225 ; Paris, 28 novembre 1851, DP, 1854, II, 191 ; Aix, 22 novembre 1855, DP, 1956, II, 208 ;*

Paris, 24 mai 1854, DP, 1854, II, 216 ; Paris, 15 février 1868, II, 208 ; Poitiers, 30 janvier 1889, S., 1889, II, 80 ; l'activité d'achat ou de location d'immeubles pour les louer. Elle s'est même étendue aux activités de manufacture portant sur des immeubles (Paris, 8 mars 1889, D., 1890, 2, 233, note Boistel).

55. Au total, les divers contrats susceptibles d'être conclus en matière immobilière n'étaient pas des actes de commerce et les marchands de ce genre de biens n'étaient donc pas des commerçants (Y. Guyon, *Droit commercial, ouvrage, op. cit.*, p. 59, n° 66). Deux types d'arguments étaient invoqués pour justifier cette situation (Voir D. Lefebvre, *La spécificité du droit commercial, Réflexion sur la place tenue en droit privé par le droit commercial par rapport au droit civil*, RTD com., 1976, p. 285) : les uns d'ordre textuel et les autres d'ordre technique.

56. À propos des premiers arguments, deux dispositions étaient visées, les articles 632 et 639 du Code de commerce. Par rapport à l'article 632, l'on a soutenu que les termes « denrées et marchandises » contenus dans ce texte traduisaient la volonté de ses auteurs de laisser de côté les immeubles. Cette thèse était confortée par deux autres justifications : la célèbre déclaration de Portalis « la distinction des immeubles et des choses mobilières nous donne l'idée des choses proprement civiles et des choses proprement commerciales », et le Littré qui ne considérait comme marchandises que les choses mobilières.

Relativement à l'article 639, il a été soutenu que pour fixer la compétence des juridictions consulaires, il ne se referait qu'aux seules valeurs en principal, ce qui dans les anciens textes de procédure civile renvoyait uniquement aux valeurs appliquées à des meubles, alors qu'en matière immobilière, l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1838 fixait le dernier ressort plutôt en fonction du revenu.

57. Quant aux seconds arguments dits d'ordre technique, deux thèses étaient soutenues même s'ils avaient fait pareillement que les précédents, l'objet de vives critiques (Voir notamment, J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *Traité de droit commercial, t. I*, Dalloz, 1966, n° 154-3^e ; F. Steinmetz, *Les ventes immobilières et le droit commercial à la suite des lois du 13 juillet 1967 et du 9 juillet 1970*, RTD com., op. cit., p. 471, n° 1). D'une part, l'on faisait état de ce que le principe de la liberté des preuves si cher au droit commercial est incompatible avec les opérations immobilières. En effet, alors que certains actes relatifs aux immeubles, à l'instar de la constitution d'hypothèque exigent la forme authentique et que les autres sont toujours en fait passés par-devant notaire, ce formalisme serait incompatible avec la simplicité et la rapidité du droit commercial.

D'autre part, l'on ajoutait que la qualification des juges consulaires n'était pas suffisante pour leur permettre de trancher les complexes et difficiles problèmes d'ordre civil que poseraient les opérations immobilières.

Mais à regarder de près, l'exclusion de ces opérations

du domaine commercial n'avait aucune base juridique solide. C'est la raison pour laquelle, comme l'a déclaré excellemment un auteur, les justifications étaient plutôt d'ordre sociologique. En effet, « la raison profonde, la raison des raisons résidait dans la tradition et dans l'histoire. L'adage *res mobilis* aidant, on était parvenu au sentiment que commercialiser les opérations immobilières eut signifié mobiliser les immeubles au sens de la distinction des biens, c'est-à-dire en faire des meubles » (P. Didier, *La terre et le droit commercial, Mélanges H. Cabrillac, Librairies techniques*, 1968, p. 153).

58. Sur le plan jurisprudentiel, la tendance était défavorable à la commercialisation des opérations immobilières. Quand bien même un tribunal a eu le courage de reconnaître la qualité de commerçant (afin de la mettre en faillite) à une personne (Req., 4 juin 1850, D., 1850, 1, 163, *Affaire Sauvigny c/ Pautrot*), en l'occurrence un géomètre en chef du cadastre qui se livrait habituellement à l'acquisition et à la revente d'immeubles, la Cour de cassation n'a pas hésité à censurer sa décision, motif pris de ce que « les biens fonds et immeubles résistent par leur nature aux conditions sous lesquelles une chose peut être réputée marchandise ».

La position était constante. Toutes les opérations immobilières effectuées à titre principal étaient écartées de la sphère commerciale : constitutions de droits réels immobiliers, locations et ventes. Il est vrai qu'à travers la théorie de l'accessoire, l'on a admis de manière indirecte que les locations immobilières pouvaient devenir commerciales (Voir J. Frossard, *L'immeuble et le droit commercial (Étude de jurisprudence)*, RTD com., 1966, op. cit., p. 540). Mais, les constitutions de droits réels immobiliers et surtout les opérations de ventes immobilières bien qu'accomplies par une société commerciale par la forme ont résisté à la théorie sus-évoquée (Nancy, 30 juin 1960, D., 1960, 679 ; RTD civ., 1961, 541, obs. Hébraud pour un litige relatif à une vente immobilière. Cass., 29 juillet 1926, S., 1926, 1, 372 pour une constitution de servitude).

Les tribunaux de commerce étaient donc incompétents pour connaître des litiges pouvant s'élever de ces activités, tout comme leurs auteurs ne pouvaient être soumis au droit de la faillite (Req. 4 juin 1850, op. cit. ; Poitiers, 30 janvier 1889 précité). Quelques Cours d'appel ont certes rendu des décisions dissidentes (Colmar, 30 décembre 1845, DP, 1846, 47 ; Paris, 21 avril 1849, DP, 1849, 230 ; Nancy, 18 mai 1849, DP, 1850, 2, 90). Mais, elles étaient toutes antérieures aux arrêts de la Cour de cassation mettant fin à la controverse (Voir les arrêts cités supra).

Le caractère civil des achats et ventes des immeubles n'a pas été remis en cause durant toute la première moitié du xxe siècle. C'est le législateur fiscal qui à travers la loi du 13 juillet 1925 a à nouveau ressuscité la controverse (L'art. 35 du c. gén. imp. Sur le plan fiscal, le marchand de biens était donc commerçant. Limoges, 1^{er} juin 1928, D., 1930, 2, 296). En effet, il a soumis à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux les

« marchands de biens », entendus comme ceux qui font profession d'acheter les immeubles pour les revendre.

Le tournant décisif a été amorcé avec la dépréciation monétaire qui à son tour, a accentué la spéculation immobilière. L'ampleur de ce phénomène, l'importance des capitaux mis en œuvre, les profits réalisés par les marchands de biens, le caractère énorme des dettes et créances en ce domaine ne pouvaient laisser indifférents. Une faillite ici ne devait-elle pas dégénérer facilement en scandale immobilier ? Il s'avérait tout naturellement nécessaire de soumettre ces marchands d'un genre spécial aux règles plus efficaces du droit commercial et pour tout dire, leur reconnaître la qualité de commerçant.

59. Fortement soutenue par la doctrine (*J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, Traité de droit commercial, t. I, op. cit., n° 181 ; Ripert et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, t. I, n° 153 et n° 314 ; J. Frossard, L'immeuble et le droit commercial (Étude de jurisprudence), RTD com., 1966, op. cit., p. 549*), la commercialisation des opérations d'achat d'immeubles en vue de les revendre a été réalisée en France par la loi n° 67/563 du 13 juillet 1967 modifiant l'article 632 du code de commerce. Qualifiée de véritable révolution par la doctrine (*Voir tous les auteurs qui ont écrit sur la question*), l'article 632 nouveau réputait désormais acte de commerce, « tout achat de biens immeubles en vue de les revendre ».

60. Cette réforme du droit français restait propre à ce pays, car comme déjà souligné, c'est la version originelle du Code de commerce de 1807 qui est restée en vigueur dans la quasi-totalité des États membres de l'OHADA jusqu'à la mise en œuvre du droit communautaire (*La Guinée était toutefois en avance. Ici, les actes de commerce étaient énumérés par les articles 8, 9 et 10 de l'ordonnance n° 63-87 du 29 juillet 1987 qui prévoyait en effet : « l'achat de biens immeubles en vue de les revendre », à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments pour les revendre en bloc ou par locaux*). Or, les difficultés et les risques connus en France n'épargnaient pas les États sus-désignés. Avec l'évolution et surtout l'option en faveur des politiques de libéralisation des économies, accentuée par la crise économique qui a frappé plusieurs États africains dans les années 1980, les spéculations sur les opérations d'achat et de vente d'immeubles sont une réalité un peu partout. C'est donc à juste titre que le législateur communautaire OHADA n'a pas raté l'occasion à lui donnée de commercialiser les opérations d'achat de biens immeubles en vue de leur revente.

Il l'a fait en énonçant ainsi à l'article 3 (*le nouvel article 3 dit la même chose*) de l'AUDCG : est réputé commercial : « l'achat de biens [...] immeubles, en vue de leur revente ». En procédant ainsi, il a davantage ouvert les portes pour l'acquisition de la qualité de commerçant.

En dépit de ce clin d'œil en direction des immeubles, le législateur OHADA n'a pas cru devoir intégrer ceux-ci

parmi les éléments constitutifs du fonds de commerce. Ceci est bien dommage dans la mesure où l'immeuble abritant les fonds de commerce peut être la propriété du commerçant. Refuser d'intégrer ce dernier parmi les éléments du fonds pourrait réduire sa valeur lorsqu'il s'agit de procéder à sa cession ou de l'utiliser comme garantie pour un prêt.

B - Valeurs liquides, les obligations, les documents comptables

61. Cette exclusion que la loi ne mentionne pas non plus de manière expresse se justifie parfaitement.

Les valeurs liquides renvoient de manière générale aux fonds en caisse, effets de commerce, chèques. Leur libre cessibilité n'est pas toujours autorisée (*Pour les lettres de change, voir articles 86, 87, 88 et 89 du règlement CEMAC relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2004 conformément aux dispositions de son article 282. Pour le billet à ordre, l'article 161 du même règlement. La circulation du warrant s'effectue comme tous les effets de commerce par voie d'endossement. Mais il existe des warrants sans dépossession dont le warrant agricole introduit par la loi du 18 juillet 1898, actuellement art. L.342-1 à L.342-12 du code rural français ; le warrant hôtelier autorisé par la loi du 8 août 1913, dispositions intégrées dans le code commerce français aux articles L.523-1 et s. ; le warrant pétrolier créé par une loi du 21 avril 1932, actuellement réglementé par les articles L. 524 – 1 et s. du code de commerce ; le warrant industriel institué par une loi du 12 septembre 1940, modifiée par une ordonnance du 6 août 1945 et par un décret du même jour. Pour le chèque, voir en droit comparé l'article L.-131 – 19 du Code monétaire et financier français*).

62. Les obligations sont également exclues de ce périmètre tout simplement parce que le droit civil n'autorise pas aisément leur libre cessibilité.

Les documents comptables regroupent les livres comptables de tenue obligatoire et les livres comptables de tenue facultative. À propos des livres de tenue obligatoire, l'article 13 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises contient en son alinéa premier quatre types de livres comptables et autres supports dont la tenue est exigée : le livre journal, le grand-livre, la balance générale et le livre d'inventaire. Ils correspondent exactement aux mêmes documents que ceux énumérés à l'article 13 de l'Acte uniforme portant droit commercial général (*Voir article 13 nouveau, AUDCG qui désormais ne reprend pas leur énumération et dispose simplement : « Tout commerçant personne physique ou morale, doit tenir tous les livres de commerce conformément aux dispositions de l'Acte uniforme relatif à l'organisation et à l'harmonisation des comptabilités des entreprises.*

Il doit en outre respecter, selon le cas, les dispositions

prévues par l'Acte uniforme relatif à l'organisation et l'harmonisation des comptabilités des entreprises et à l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique »).

Ces divers livres comptables que doivent absolument tenir tous ceux à qui incombe l'obligation, qu'ils soient commerçants ou non, ont été parfaitement explicités en ces termes : le livre-journal est un document qui enregistre jour après jour, opération par opération, dans l'ordre de leur date de valeur comptable, tous les mouvements affectant le patrimoine de l'entreprise. La date de valeur comptable est, soit celle de l'émission par l'entreprise de la pièce justificative de l'opération, soit celle de la réception des pièces d'origine externe. Les opérations de même nature, réalisées en un même lieu et au cours d'une même journée peuvent toutefois, être récapitulées sur une pièce justificative unique.

Le grand-livre quant à lui est constitué par l'ensemble des comptes de l'entreprise. On y reporte, inscrit simultanément au livre-journal, compte par compte, les différents mouvements de l'exercice. Normalement, il doit y avoir relation d'égalité entre les totaux des écritures des deux livres que sont le livre journal et le grand-livre.

La balance générale des comptes pour sa part, s'entend comme un état récapitulatif faisant apparaître à la clôture de l'exercice, pour chaque compte, le solde débiteur ou le solde créditeur, à l'ouverture de l'exercice, les cumuls depuis l'ouverture de celui-ci des mouvements débiteurs et créditeurs ainsi que le solde à la date considérée.

Le livre d'inventaire enfin, est un document sur lequel sont transcrits le bilan et le compte de résultat de chaque exercice, ainsi que le résumé de l'opération d'inventaire.

63. Les divers livres comptables et autres supports ne sont pas laissés à l'appréciation des intéressés. Afin d'éviter les fraudes, ils doivent être tenus de la même manière, quel que soit le débiteur de l'obligation.

L'article 20 de l'Acte uniforme relatif à l'organisation et à l'harmonisation des comptabilités des entreprises (AUOHC) qui en parle, précise qu'ils doivent être tenus sans blanc ni altération d'aucune sorte (*L'article 14 in fine de l'AUDCG dit exactement la même chose pour le livre-journal et le livre d'inventaire. La nouvelle version de l'article 14 de l'AUDCG se veut toutefois plus brève : « Les livres de commerce doivent mentionner le numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier ». Le contenu de ce texte est alors limité à l'ancien alinéa 1 de l'art. 14*). Toute correction d'erreur doit s'effectuer exclusivement par inscription en négatif des éléments erronés, l'enregistrement exact étant opéré ensuite. L'Acte uniforme portant Droit commercial général a institué des exigences supplémentaires applicables au livre-journal et au livre d'inventaire. Il est impératif que ceux-ci soient cotés et paraphés par le président de la juridiction compétente, ou par le juge délégué à cet effet (*En droit français, l'idée est presque identique à celle qui prévaut en Droit OHADA. Mais,*

les modalités de tenue s'en éloignent considérablement. En effet, l'article 1^{er} alinéa 2 du décret n° 83-1020 du 29 novembre 1983 pris en application de la loi n° 83-353 du 30 avril 1983 relative aux obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés dispose : « [...] Le livre-journal et le livre d'inventaire sont cotés et paraphés, dans la forme ordinaire et sans frais, par le greffier du tribunal de commerce, ou le cas échéant, du tribunal de grande instance statuant en matière commerciale, au registre duquel le commerçant est immatriculé. Chaque livre reçoit un numéro d'identification répertorié par le greffier sur un registre spécial »).

Cette obligation a été instituée dans l'optique d'éviter toute suppression ou substitution de feuillet. Dans le même sens, l'on peut en déduire que l'emploi de registre à feuillets mobiles ne serait pas conforme aux exigences légales (*Pour la France, Rép. Ministre de la Justice ; JO. déb. Sénat, 5 févr. 1974, p. 88, question n° 13736, RDC, 1974, 65, obs. A. Jauffret, cité par J. Derruppé, dans sa chronique intitulée « Livre de commerce. Autorité compétente pour coter et parapher les livres de commerce » RDC, 1977, 480, n° 7*).

64. Les livres facultatifs quant à eux sont laissés à la libre appréciation de chaque entreprise. Leur établissement est donc subordonné au bon vouloir des différents assujettis aux obligations comptables. Ils varient non en fonction de la nature civile ou commerciale de l'entreprise, mais plutôt suivant l'importance de l'activité exercée. C'est ce qui résulte de l'article 19 al. 2 de l'AUDHC. Ce texte énumère à titre illustratif, les documents ci-après : les journaux et livres auxiliaires ou les supports en tenant lieu (livres-brouillards, livres de caisse, livres d'échéances). Leur tenue est destinée à faciliter l'établissement du livre-journal et du grand-livre de façon périodique et au moins une fois par mois. C'est ce que se doit donc de faire toute entreprise qui opte pour la tenue des livres facultatifs, documents lui permettant d'organiser au mieux ses livres obligatoires.

Du moment où ces documents doivent être conservés par le commerçant pendant 10 ans (*Voir article 24 AUOHC*), on comprend alors que, susceptibles d'être utilisés comme moyen de preuve (*Voir articles 15 AUOHC et 68 24 AUOHC*), ils soient rattachés au commerçant et non à son fonds de commerce.

Section 2 - Nature juridique du fonds de commerce

65. Chacun des biens compris dans le fonds de commerce conserve sa nature juridique propre et son statut juridique. Mais, la réunion de tous les éléments en vue d'un objet unique (exploitation du fonds) et d'un but précis (conserver la clientèle) constitue un ensemble distinct soumis à des règles différentes de celles des éléments qui le composent. Or, comment expliquer juridiquement cette situation ? Se pose alors la question

de la nature juridique du fonds de commerce. À cet effet, les opinions sont partagées. Au-delà des thèses construites autour de la notion de l'universalité (§1), il faudrait s'intéresser à la thèse que consacre la véritable nature juridique du fonds de commerce (§2).

§1 - Théorie de l'universalité

66. Selon certains auteurs, le fonds de commerce est une universalité juridique constituant un patrimoine à part (A). D'autres pensent plutôt qu'il s'agit d'une simple universalité de fait (B).

A - Théorie de l'universalité de droit

67. D'après cette théorie, le fonds de commerce serait une masse de biens unis par une affectation commune avec un actif et un passif. Il constituerait non seulement un patrimoine comptable et fiscal, mais également un patrimoine à part affecté au commerce, c'est-à-dire un patrimoine d'affectation. Le commerçant aurait alors deux patrimoines :

- un patrimoine civil ;
- un patrimoine commercial représenté par son fonds de commerce (Voir *G. Ripert et R. Roblot, Droit commercial, t. I, op. cit., n° 528* ; *P. Le Floch, Le fonds de commerce, Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites, Paris, LGDJ, 1986, n° 35*).

Bien qu'adoptée par certains commercialistes allemands, cette théorie ne saurait être admise en droit français et par conséquent en droit OHADA. La raison en est que notre droit consacre traditionnellement le principe de l'unicité du patrimoine et ne reconnaît pas de patrimoine d'affectation. Les créanciers du commerçant ont donc action sur tous ses biens. Il n'y a pas de droit de préférence accordé aux créanciers commerciaux par rapport aux créanciers civils. Au décès du créancier, il y a transmission de l'ensemble de son patrimoine à ses héritiers.

B - Théorie de l'universalité de fait

68. Pour les partisans de cette théorie, le fonds de commerce ne serait qu'un groupement d'éléments réunis par un simple lien de fait en vue de l'affectation à un but commun : l'exercice d'un commerce déterminé (Voir *J. Escarra et J. Rault, Principes de droit commercial, 1934, I, n° 472* ; *J. Carbonnier, Droit civil, Les biens, t. III, PUF, 1988, p. 103*). Étant de pur fait, ce groupement serait dépourvu de toute espèce d'individualité juridique. Par conséquent, chaque élément conserverait son individualité propre sans disparaître dans un patrimoine d'ensemble unique. Ainsi pourrait-il faire l'objet de transaction particulière à l'instar du nantissement

(Voir *Com., 26 oct. 1993, RTD com., 1994, p. 36, obs. J. Derruppé*).

Cette théorie a été aussi critiquée dans la mesure où l'universalité de fait constate un état plutôt qu'elle ne l'explique (Voir *Pédamon, Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats de commerce, op. cit., p. 197* ; *G. Decocq, Droit commercial, op. cit., p. 22*). Elle n'a pas de sens juridique précis et ne permet pas de faire comprendre par exemple comment le fonds de commerce peut être cédé ou donné en garantie en son ensemble selon des règles et des formalités différentes de celles des éléments qui le composent.

§2 - Véritable nature juridique du fonds de commerce

69. Le fonds de commerce étant constitué de la clientèle en tant qu'élément central, il constitue une propriété incorporelle. De même, il a une nature mobilière dans la mesure où ses éléments constitutifs excluent les immeubles. Il a enfin une nature commerciale car il est mis sur pied dans l'optique d'exploiter une activité commerciale et toute opération dont il peut faire l'objet est un acte de commerce en vertu de la théorie de l'accessoire. En somme, le fonds de commerce est un meuble incorporel de nature commerciale.

Chapitre 2 : Exploitation du fonds de commerce

70. Un fonds de commerce suppose l'existence d'une clientèle qui est l'un de ses éléments essentiels. La clientèle qui fait ainsi partie des éléments obligatoires ne peut être attirée et conservée conformément à l'article 103 (*nouvel art. 135*) AUDCG que si le fonds est exploité. L'article 106 (*nouvel art. 138*) AUDCG a prévu deux modes d'exploitation du fonds de commerce : une exploitation directe qui peut être le fait d'un commerçant ou d'une société commerciale (Section 1) et une exploitation indirecte assurée dans le cadre d'un contrat de location-gérance (Section 2).

Section 1 - Exploitation directe du fonds de commerce

71. Le plus souvent, cette exploitation est assurée à titre personnel par le commerçant (§1). Mais parfois, elle est mise en œuvre à travers le procédé de la co-exploitation du fonds par deux époux (§2).

§1 - Exploitation personnelle du fonds de commerce

72. Dire que le commerçant exploite personnellement son fonds de commerce signifie que de façon générale, il accomplit au quotidien les actes de gestion nécessaires (A). La qualification demeure celle de la gestion personnelle au sens de la doctrine quand bien même les actes de gestion sont réalisés par un gérant qui reçoit en contrepartie de ses prestations une rémunération appelée salaire (B).

A - Accomplissement des actes de gestion par le propriétaire du fonds de commerce

73. Dans cette hypothèse, il faut en réalité discriminer deux cas de figure qui résultent du fait que le fonds de commerce peut être mis sur pied par une personne physique ou par une personne morale.

Le premier cas est relatif à l'exploitation du fonds sous la forme individuelle. Ici, le propriétaire des éléments retenus dans l'optique d'attirer et de conserver la clientèle accomplit lui-même son exploitation. Il est habilité à accomplir ces actes dans la mesure où, immatriculé au RCCM, il a la qualité de commerçant et répond d'ailleurs des risques de son exploitation.

Le second cas de figure concerne l'exploitation sous la forme commerciale. Ici, ce sont les organes sociaux qui accomplissent les actes juridiques et matériels nécessités par la mise en œuvre du fonds. Ces organes sont faut-il le rappeler, le gérant dans les sociétés de personnes (*Sociétés en nom collectif, Sociétés en commandite simple*) et les Sociétés à responsabilité limitée.

En dépit de ce que les actes de gestion sont accomplis par l'intermédiaire des représentants, la doctrine estime à l'unanimité qu'il y a exploitation directe dans la mesure où elle est l'œuvre des organes statutaires de la société (*Voir A. P. Santos, Commentaire de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général adopté le 17 avril 1997, in Actes uniformes commentés et annotés, op. cit., p. 214; G. Decocq, Droit commercial, ouvrage, op. cit., p. 237*).

B - Réalisation des actes de commerce par un gérant salarié

74. Le propriétaire du fonds de commerce a aussi la latitude de confier l'accomplissement des actes nécessités par l'exploitation de son fonds à une tierce personne qu'il rémunère. Le plus souvent, l'exploitation est attribuée à un gérant lié au propriétaire du fonds par un contrat de travail et implique une double subordination entre les deux personnes : une subordination économique en ce sens qu'en contrepartie de ses prestations, le gérant a droit à une rémunération et une subordination juridique dans la mesure où le gérant agit conformément

aux instructions reçues du propriétaire du fonds (*Voir article premier de la loi n° 92/007 du 14 août 1992 portant Code de travail du Cameroun*).

75. On rencontre aussi la gérance salariée lorsque le fonds, en raison d'une saisie, d'un litige ou même d'une liquidation consécutive à une succession est confié à un tiers appelé salarié (généralement un administrateur provisoire). Ce n'est pas ce dernier qui a la qualité de commerçant mais bien le propriétaire du fonds.

Le dénominateur commun dans toutes ces hypothèses est que les risques de l'exploitation sont supportés par le propriétaire tout comme il est le premier bénéficiaire en cas de résultat positif.

§2 - Co-exploitation du fonds de commerce entre époux

76. La question de la co-exploitation, de l'exploitation en commun d'un fonds de commerce par des époux a suscité plusieurs interrogations aussi bien en droit comparé qu'en droit OHADA (A). À cette question, une réponse péremptoire a été donnée par le législateur (B), ce qui a entraîné un certain nombre de conséquences (C).

A - Problématique de l'exploitation en commun d'un fonds de commerce par des époux

77. Deux conjoints qui exploitent en commun un fonds de commerce peuvent-ils avoir chacun la qualité de commerçant ? Cette question est d'importance capitale. Il s'agit pour l'essentiel, de savoir si le législateur OHADA a opté pour cette voie libérale et en guise de conséquence (*Voir J. Beauchard, Les difficultés d'application du nouvel article 4 du Code de commerce, DS, 1984, chron., p. 148*), d'être fixé sur le point de savoir, d'une part, si les créanciers du commerce ont le droit de poursuivre le paiement de leur créance contre les deux époux travaillant ensemble, ou seulement contre celui d'entre eux qui est réputé commerçant, et d'autre part, si une procédure collective d'apurement du passif peut être ouverte contre les deux conjoints pour l'exploitation d'un même commerce.

78. En consultant le droit comparé et précisément français, l'on pourrait, dire d'emblée que le problème ne concerne pas les non-mariés, en l'occurrence les concubins. En effet, lorsque deux personnes ayant ce statut exploitent en commun une activité commerciale, on leur applique les règles de droit commun soit des sociétés, soit du commerce individuel (*Voir B. Demain, La liquidation des biens des concubins, Thèse, Paris, 1965, LGDJ, 1968, cité par J. Nguebou Toukam, in La participation d'un époux à l'activité professionnelle de l'autre, Thèse de Doctorat d'État, Yaoundé II, 1994, p. 321*). En revanche, lorsque ce sont des gens mariés

qui exploitent ensemble une activité commerciale, la réponse semble négative. L'article L. 121-3 du Code de commerce (ancien article 4 al. 2) dispose : « Le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux ».

79. Pendant longtemps, se fondant sur cette disposition, certains juges ont refusé de reconnaître conjointement la qualité de commerçant aux deux époux. Selon cette jurisprudence, dite restrictive de la Chambre civile, l'article 4 al. 2 sus-cité posait une présomption irréfragable dans la mesure où la loi civile disposait que le mari est le chef de famille (*Cass. civ.*, 27 janv. 1875, *DP*, 1875, I, 297; 11 août 1884, *S.*, 1884, I, 416; *Cass. civ.*, 23 janv. 1912, *S.*, 1912, I, 148). À cet égard, les risques de l'activité commerciale étant pour le mari, la femme ne pouvait, en dehors de l'exercice d'un commerce séparé, être tenue pour commerçante (*J. Weil, L'exploitation d'un fonds de commerce par la femme mariée sous le régime de la communauté, Thèse, Strasbourg, 1931*; *Ch. Barat, La femme mariée commerçante, Thèse, Paris, 1945*; *J. Richard, La femme mariée commerçante, JCP*, 1966, éd. CI, 79751; *J. Prévault, note sous Cass. 27 mai 1972, D.*, 1973, p. 155).

Cette solution semblait d'autant plus justifiée, que trois statuts étaient offerts aux conjoints de commerçants (et même d'artisans) travaillant dans l'entreprise familiale : celui de collaborateur, celui de salarié et celui d'associé (*Voir par exemple D. Martin, Le conjoint de l'artisan ou du commerçant (statut professionnel, fiscal, social matrimonial et successoral), collection Sirey, 1984*; *D. Randoux, Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé (Loi n° 82-596 du 10 juillet 1982), JCP*, 1983, I, 3103; *D. Martin, La coopération conjugale dans l'entreprise familiale (commentaire de la loi n° 82-596 du 10 juil. 1982), D.*, 1982, *chron.*, p. 293).

80. Mais, une bonne frange de la doctrine (*J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, Traité de droit commercial, op. cit.*, p. 49 et s.; *G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, op. cit.*, p. 168 et s., n° 275) et de la jurisprudence (*Dans une espèce où la femme était inscrite au registre de commerce, le mari participait à la gestion. La Cour de cassation a appliqué sans réserve la présomption de commercialité de la femme, lui demandant d'apporter la preuve du contraire. Voir Cass. com.*, 10 juil. 1967, *Bull. civ. III*, p. 275, obs. Houin; *RTD com.*, 1968, p. 126, n° 3; 23 juin 1969, *Bull. civ. IV*, n° 238, p. 226, R. Houin; *RTD com.*, 1970, p. 1094, n° 9. *Dans une autre espèce, c'est plutôt le mari qui avait officiellement la qualité de commerçant. Cette qualité a également été reconnue à la femme eu égard à sa participation active. Voir Cass. com.*, 17 juin 1958, *Bull. civ. III*, n° 251, p. 206; *Gaz. Pal.*, 1958, II, 136; *Cass. com.*, 6 juillet 1961, *RTD com.*, 1962, 114) était plutôt en sens contraire, et soutenait que deux époux qui exercent en commun un fonds de

commerce pouvaient avoir la qualité de commerçant. Une telle position s'appuyait sur la règle de l'égalité entre l'homme et la femme, ainsi que sur les dispositions de l'article 1^{er} du code de commerce qui déclare commerçant, « celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle », sans aucune autre précision. Si les époux exploitent alors dans les mêmes conditions et avec la même autorité un commerce en commun, ils font alors tous les deux des actes de commerce à titre de profession habituelle, et doivent tous deux avoir la qualité de commerçant en application de l'article 1^{er} sus-cité. Le juge se doit par conséquent de rechercher simplement si les différents éléments sont réunis sans aucune autre complication. Il n'a par exemple pas à rechercher si l'activité principale est incompatible avec l'activité commerciale (*Voir Barabé-Bouchard, Commentaire sous Cass. com.*, 4 octobre 1994, *DS*, 1995, *jur.*, p. 457).

81. Le souci d'égalité dans la condition juridique des époux qui participent à l'exploitation d'un fonds de commerce est désormais évident, que l'on se situe en droit français ou en droit OHADA. Dans la rédaction de l'article 7 (*Voir art. 7 nouveau qui n'a rien changé*) alinéa 2 de l'AUDCG, il y a une bilatéralisation certaine des critères de la commercialité. Le législateur africain s'est naturellement inspiré du régime institué en France par la loi du 10 juillet 1982. Mais, il a sciemment omis d'offrir à la femme travaillant dans l'entreprise familiale, le choix entre les trois statuts : celui de collaborateur, de salarié ou d'associé. À notre sens, cette omission n'est pas un fait du hasard. La tentation est grande de conclure qu'il a voulu dans un souci de libéralisme, permettre autant que possible aux deux conjoints d'acquérir la qualité de commerçant. Cette solution est de nature à susciter quelques interrogations sur ses véritables fondements.

B - Fondements de l'attribution de la qualité de commerçant aux deux conjoints

82. Avant la réforme de 1982 qui a introduit en droit français le nouvel article 4 alinéa 2 du Code de commerce, la Chambre des requêtes, contrairement à la Chambre civile de la Cour de cassation avait une position extensive. La nouvelle législation a même fait dire par un auteur qu'il y avait la « fin d'une jurisprudence » (*B. Maubru, La fin d'une jurisprudence : Le nouvel article 4 du code de commerce, JCP*, 1983, I, 3109. *Il n'était d'ailleurs pas seul à soutenir le caractère désormais irréfragable de la présomption de l'art. 4 al. 2. Voir aussi D. Martin, La coopération conjugale dans l'entreprise familiale, op. cit. Mais, contra, Randoux, Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale, op. cit.*). Cette jurisprudence extensive née de l'interprétation de l'ancien article 4 alinéa 2 du Code de commerce (*La femme « n'est pas réputée commerçante si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari : elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait*

un commerce séparé») estimait que la présomption de la commercialité du mari en cas d'exploitation conjointe du commerce était susceptible de preuve contraire (*Pas de présomption irréfragable. Voir Req., 5 mai 1857, DP, 1, 303; 5 novembre 1900, S., 1901, p. 278; 12 décembre 1933, DH, 1934, 118; 21 octobre 1901, S., 1901, 520; 24 février 1926, S., 1927, 1, 101. Voir d'ailleurs, Rép. min. n° 12467, JO Sénat Q, 13 oct. 1983, p. 1438; Rép. min., n° 34274, JOAN Q, 21 nov. 1983, p. 5029*).

83. La plupart des juridictions d'Appel étaient dans le même sens en faisant triompher les faits sur le droit. Selon par exemple le tribunal de Besançon confirmé par la Cour d'appel, la présomption de l'article 4 n'était qu'une simple présomption basée sur ce qui se pratique ordinairement et sur le principe de l'autorité maritale, mais, n'excluant pas de preuve contraire (*Cass. civ., 27 janvier 1875, D., 1975, I, 297, note anonyme*). Cette reconnaissance de la qualité de commerçant aux deux époux en cas d'exploitation conjointe mérite l'avons-nous dit, d'être retenue dans l'espace OHADA. Mais, se pose le problème de la justification de cette solution sur le plan juridique. La doctrine (*J. Nguebou Toukam, L'entreprise familiale, étude de droit camerounais, Juridis Info, 1995, n° 21, p. 75*) a essayé de passer trois arguments en revue : la reconnaissance d'une société de fait (I), l'application des règles élémentaires du droit commercial (II) et la théorie de l'apparence (III).

I - Reconnaissance d'une société de fait entre époux

84. L'exploitation d'un fonds de commerce par deux conjoints, encore appelée exploitation en commun, volontaire ou par ingérence (*Sur l'immixtion d'un conjoint dans l'activité commerciale de l'autre, voir M. L. Ngankou Minko, L'activité commerciale entre époux, Mémoire de Maîtrise, Yaoundé II, 1984, p p. 33 et s.*), peut leur permettre de devenir tous des commerçants. Peu importe d'ailleurs que l'immatriculation au registre de commerce soit prise par l'un ou l'autre ou par tous les deux (*J. Nguebou Toukam, Thèse, op. cit., p. 321*). Dès lors qu'ils exercent sur un pied d'égalité tels des associés, leurs créanciers peuvent se permettre de poursuivre leurs créances sur les biens des deux époux en essayant d'établir entre eux l'existence d'une société de fait. Cette expression a été utilisée pour la première fois dans un arrêt de la Cour de Paris rendu en date du 8 mars 1825. La jurisprudence y a fait recours pour refuser les conséquences de la rétroactivité de l'annulation. Il s'agissait alors de protéger les tiers ayant eu des rapports avec la société en leur permettant de faire produire les effets escomptés en dépit de l'annulation. En application de la théorie de la société de fait, l'annulation ne devait produire ses effets que pour l'avenir.

85. Ce concept a connu une évolution par la suite. Une distinction a vu le jour, opposant deux hypothèses :

celle des sociétés formellement constituées mais frappées d'une cause de nullité ou de dissolution et celle des sociétés, qui à leur nullité, pour défaut de publicité, joignaient l'absence d'écrit. Ce sont ces dernières catégories qui selon un auteur (*J. Hémar, Traité et pratique des nullités des sociétés de fait, 1^{re} éd., 1912*) devaient recevoir la dénomination de « société de fait ». La « société créée de fait » quant à elle devait s'entendre d'une société voulue comme telle, ayant donné lieu à un acte de société, mais qui a été annulé pour irrégularité de constitution. Il s'agit comme l'a décrit avec pertinence un auteur, d'une société dans laquelle les associés « se sont mis en société comme on se met en ménage [...] sans déranger les notaires et hommes de lois » (*Voir C. Champaud, Sociétés commerciales, RTD com., 1968, p. 1065, cité par J. Nguebou Toukam, in Les sociétés créées de fait entre époux en droit camerounais, Revue camerounaise de management, Revue trimestrielle de l'École Supérieure des Sciences Économiques et Commerciales, n° 8, 1989, p. 66. Voir aussi avec intérêt la distinction faite par M. Afana Bindounga à propos de « La société de fait » dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, Mémoire de DEA, Yaoundé II, 2000, p. 10*).

86. L'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSG) a consacré tout son « Livre VI » à ce type de société. Selon certains commentateurs de l'AUDSG, bien que le Livre VI soit intitulé « Société de fait », il faut en entendre en réalité la « Société créée de fait ». Aux deux hypothèses des articles 864 et 865, il faudrait ajouter celle qu'en donne l'article 115 (société constituée sans acte écrit) (*Voir P. G. Pougoué, F. Anoukaba et J. Nguebou, Commentaire de l'Acte du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA, in Traité et Actes uniformes commentés et annotés, op. cit.*). Heureusement que la distinction société de fait et société créée de fait, ne semble pas avoir un grand intérêt pratique et les deux notions recouvrent pratiquement la même situation (*Voir Ernst & Young, OHADA, Droit des sociétés commerciales et du GIE, commentaires, éd. FFA, 1998, p. 307*).

Mais deux hypothèses doivent être soigneusement distinguées : il y a société de fait, dispose l'article 864 de l'AUDSG, lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles des sociétés prévues par l'Acte uniforme (*Société en nom collectif, Société en commandite simple, Société à responsabilité limitée, Société anonyme*). L'article 865 indique quant à lui qu'il y a société de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par l'Acte uniforme mais, n'ont pas accompli les formalités légales constitutives ou ont constitué entre elles une société non reconnue par l'Acte.

Dans la première définition, c'est-à-dire celle de

l'article 864, n'est pris en considération que le comportement des personnes. C'est la situation susceptible d'être rencontrée assez souvent. C'est justement celle dans laquelle peuvent se trouver les membres d'un couple exploitant en commun un commerce. Dès lors que l'existence d'une société de fait est reconnue par le juge (*Aux termes de l'article 867 de l'AUDSG, « L'existence d'une société de fait est prouvée par tous moyens »*), les règles de la société en nom collectif leur sont applicables. Les associés de fait sont assimilés à des associés en nom, explicite un auteur (*R. Houin, Encycl. Dalloz, Rép. sociétés, 2^e éd., V^o Faillite, n^o 212*). Ces associés ayant le statut de commerçants, et sont solidairement et indéfiniment responsables des dettes sociales, il est possible d'y voir là le fondement de la commercialité des deux époux qui exploitent en commun un commerce.

87. La jurisprudence française a eu à appliquer cette solution de la double commercialité dans plusieurs espèces (*Com.*, 5 déc. 1967, *Bull. civ. III*, n^o 404, p. 381 ; *RTD com.*, 1968, 389, obs. *Houin* ; 23 juin 1969, *Bull. civ. IV*, n^o 238, p. 226 ; *D.*, 1970, *somm.* 11 ; *RTD com.*, 1969, 1094, obs. *Houin* ; 16 déc. 1975, *RTD com.*, 1976, 340, obs. *Jauffret*). Dans un arrêt du 17 juin 1958, la Chambre commerciale admettait que les deux époux auraient pu être mis en faillite si la Cour d'appel avait prononcé la faillite de la société de fait ayant existé entre eux (*Cass. com.*, 17 juin 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, II, 136, obs. *R. Houin*, p. 821. Voir aussi *Com.*, 4 janv. 1967, *Bull. civ. III*, n^o 11, p. 16, obs. *R. Houin*, *RTD com.*, 1967, p. 860). Il est vrai qu'une autre décision en date du 5 décembre 1967 exigeait qu'il y ait bien société, c'est-à-dire non seulement un apport de chaque associé, mais également une participation des deux époux aux bénéfices et aux pertes (*Com.*, 5 déc. 1967, *Bull. civ. III*, n^o 404, *RTD com.*, 1968, 389, obs. *R. Houin précité*).

Mais, la chambre commerciale a insisté sur sa position, à savoir que deux conjoints peuvent être mis en faillite en qualité d'associés de fait (*Com.*, 23 juin 1969, *Bull. civ. IV*, n^o 238, *D.*, 1970, *somm.* 11 ; *RTD com.*, 1969, 1094, obs. *Houin, op. cit.*). Dans une autre espèce du 19 mai 1982, Mme Guarnieri c/ Caisse centrale de crédit hôtelier commercial et industriel (*Bull. civ. IV*, n^o 192, p. 168), cette chambre a maintenu sa position à travers une décision qui a inspiré l'admiration d'un auteur (*G. Champenois, Chronique de jurisprudence générale, Defrénois, 1983, p. 470, n^o 35*). Les faits étaient les suivants : des époux, mariés sous le régime de la séparation des biens exploitaient ensemble un fonds de commerce. Une dette avait été contractée par le mari pour les besoins de l'exploitation. N'ayant pas pu honorer ses engagements, la femme fut condamnée à payer solidairement avec lui, le solde débiteur (*soit la somme de 97 116 F*) d'un compte qu'il avait ainsi ouvert à la Caisse centrale de crédit hôtelier commercial et industriel. Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi qui prenait appui sur plusieurs griefs : en l'absence

de société de fait et de tout engagement pris par la femme, on ne peut la condamner à payer les dettes de son mari sans violer l'article 1134 du Code civil ; la détermination du titulaire de fonds de commerce litigieux n'a été ni précisée, ni discutée ; la Cour d'appel ne pouvait appliquer d'office les règles de la gestion d'affaires, d'autant plus qu'elle s'est abstenue de vérifier si les engagements pris par le mari constituaient des dépenses utiles ou nécessaires pour la femme.

La Chambre commerciale a réfuté toutes ces critiques et donné purement et simplement raison à la Cour d'appel. Les constatations suivantes faites par cette dernière Cour ont été jugées satisfaisantes : 1^o) la femme a concouru à l'exploitation avec son mari en y prenant une part habituelle et non subordonnée ; 2^o) la dette litigieuse a été contractée pour les besoins de cette exploitation.

88. De tout ce qui précède, il ressort clairement que chaque fois qu'il y a « exploitation en commun » (collaboration non occasionnelle d'un conjoint ; deux époux travaillant sur un pied d'égalité), les deux conjoints ont la qualité de commerçant. C'est ce qu'a de nouveau décidé la chambre commerciale le 15 août 1991 (*Vescovi c/ Belluard*) (*Voir DS, 1991, IR, p. 246. Dans le même sens, voir 4 janv. 1994, Bull. civ. IV, n^o 1. Contra, CA Rouen, 12 nov. 1992, RJDA, 1993, n^o 343*). En l'espèce, elle a rejeté le pourvoi formé contre la décision d'une Cour d'appel (*Chambéry, 20 juin 1989. Selon cette Cour, le conjoint du commerçant était aussi commerçant pour avoir de manière indépendante, exercé des actes de commerce et en avoir fait sa profession habituelle*) qui avait retenu que le conjoint d'un commerçant était lui aussi commerçant car non seulement il entretenait avec les clients du magasin de son épouse des relations suivies et fréquentes et avait une procuration sur le compte bancaire du commerce, mais, surtout, avait conclu le contrat d'assurance du magasin, avec son nom figurant comme celui de l'épouse sur la publication de la structure.

La théorie de la société de fait présente une utilité indéniable. Elle permet de trouver des solutions idoines aux problèmes tels que ceux que nous venons de présenter. Mais, parfois, elle est d'application difficile. Premièrement, pour faire jouer la règle et donc reconnaître la commercialité aux deux époux, il faut que soient réunies, outre les conditions générales de formation de tout contrat (*art. 1108 du Code civil*), les trois conditions spécifiques du contrat de société : l'apport, la recherche et le partage des bénéfices et des pertes, ainsi que l'*affectio societatis*.

89. En dépit de ce que l'article 867 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique permet de prouver par tous moyens l'existence d'une société de fait, ce n'est pas aussi évident. Comment apporter facilement la preuve d'une intention ? Par ailleurs, l'existence de la société de fait entraîne comme conséquence, la reconnaissance de la

responsabilité indéfinie et solidaire des deux conjoints par rapport au passif social. Or, d'après l'article 9 de l'AUDSG, deux époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment et solidairement (*Les époux ne peuvent alors être ensemble associés d'une société en nom collectif ou tous deux commandités d'une société en commandite simple. Mais, ils peuvent être actionnaires d'une société anonyme, associés d'une société à responsabilité limitée ou commanditaires d'une société en commandite simple. Avec ces qualités, leurs responsabilités sont limitées au montant de leurs apports*).

La théorie de la société de fait n'est donc pas adéquate pour servir de fondement à la commercialité des deux conjoints, encore que la jurisprudence française l'a même déjà abandonnée (*J. Beauchard, Les difficultés d'application du nouvel art. 4 du code de commerce, DS, 1984, chron., p. 148*). Pour cette raison, il a été proposé de faire simplement appel aux règles élémentaires du droit commercial.

II - Application des règles élémentaires du droit commercial

90. Le principal défenseur de cet argument est B. Maubru (*Voir La poursuite conjointe en règlement judiciaire ou en liquidation des biens de deux époux exploitant un commerce en commun, JCP, 1976, I, 20804, n° 35*). Il a reçu notamment le soutien de P. Pétel (*Le nouvel article 4 du code de commerce dix ans après, article, op. cit., p. 368*) qui a même estimé que l'article 4 est inutile. Cet argument prend appui sur l'article 1^{er} du Code de commerce, équivalent de l'article 2 de l'AUDCG selon lequel : « Sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce et en font leur profession habituelle » (*Dans un souci de clarté, le nouvel article 2, AUDCG comporte une légère nuance : « Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession »*). Il s'agit alors de vérifier dans la personne de chacun des époux si les conditions posées par cet article sont réunies.

Pendant l'exploitation en commun d'un fonds de commerce, chaque conjoint peut bel et bien acquérir la qualité de commerçant, soutiennent les partisans de cette thèse. Il suffit d'admettre que parce qu'une personne intervient aux côtés d'une autre personne dans l'exercice de l'activité qui confère à cette dernière la qualité de commerçant, elle doit avoir la même qualité par identité de motif qui rend inutile un nouvel examen de la situation individuelle (*B. Maubru, La poursuite conjointe en règlement judiciaire ou en liquidation des biens de deux époux exploitant un commerce en commun, op. cit. Voir aussi A. Colomber, Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, L. 10 juillet 1982, Defrénois, 1982, 32954 ; R. Houin, RTD com., 1972, n° 212*).

Pour étayer davantage la situation, P. Pétel a comparé

deux situations. Dans la première, dit-il, le conjoint du commerçant est un simple auxiliaire qui se cantonne à des tâches subalternes telles que la réception de la clientèle en l'absence de son conjoint, ou la tenue de la comptabilité. Dans ce cas conclut-il, il n'est pas commerçant parce que son comportement ne correspond pas aux critères de la commercialité tels que définis par les articles 1 et 632 du Code de commerce. En effet, il n'exerce pas en toute indépendance une profession commerciale.

91. Dans la deuxième situation, il imagine un conjoint qui participe à la direction du fonds en prenant des risques (« *le risque est l'âme du commerce* ». *L'exercice du négoce, toujours périlleux fait redouter l'échec et sa kyrielle de sombres prolongements juridiques et financiers. Voir D. Martin, La coopération conjugale dans l'entreprise familiale, article, op. cit., p. 294*) et des responsabilités. Dans ce cas, tire-t-il une conclusion logique et presque naturelle, il est commerçant (*comme son conjoint*) parce qu'il exerce une profession commerciale sans être subordonné à quiconque, c'est-à-dire avec l'indépendance que l'article 1^{er} du code de commerce requiert implicitement de toute personne désireuse de bénéficier du statut de commerçant.

92. La jurisprudence est dans le même sens. Dans un arrêt en date du 14 octobre 1974 (*RTD com., 1976, 68, note Jauffret, JCP, 1974, IV, 389*), la Chambre commerciale prenait clairement position à propos d'une affaire dont les faits étaient simples : inscrite au registre du commerce pour l'exploitation d'un commerce d'hôtel-restaurant, Dame Clément exerçait son activité avec son mari. La participation de ce dernier, sans être équivalente à celle de sa femme, n'en était pas moins effective. Outre une participation dans la gestion interne, il n'avait pas protesté lorsque les créanciers du fonds se sont adressés à lui pour le paiement de leurs créances. C'est sur cette base que les juges de fond ont déduit qu'il n'y avait pas besoin d'investigation spéciale pour conclure qu'il avait aussi la qualité de commerçant. Josette Nguebou dont la thèse nous semble parfaitement soutenable, l'exploitation en commun débouche sur l'identité de solution juridique qui justifie l'application des mêmes règles aux deux époux (*Voir Thèse, op. cit., p. 328*). La constatation de l'exploitation en commun est alors suffisante pour justifier qu'il soit prononcé contre le mari la liquidation des biens encourue par sa femme.

Naturellement, la seule immixtion ne suffit pas pour reconnaître la qualité de commerçant au conjoint qui procède à l'ingérence. Étant donné qu'elle peut être occasionnelle, le conjoint qui agit ainsi peut engager les biens de l'autre sans acquérir la commercialité (*Généralement, l'immixtion rentre dans le devoir conjugal d'assistance. Cette obligation d'entraide est édictée par l'article 212 du Code civil : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance »*). Mais, lorsque l'immixtion de l'époux non commerçant aux affaires de l'autre dépasse très largement le seuil de l'entraide conjugale, le conjoint

collaborateur acquiert la qualité de commerçant. En définitive, l'élément fort est la notion d'exploitation en commun d'un commerce. Par rapport à la théorie de la société de fait ou à celle de l'immixtion, elle est à l'abri de critique. Pour son application, peu importe le régime matrimonial applicable aux époux. Peu importe également que ce soit le mari ou la femme qui ait rejoint l'autre dans l'exploitation de l'activité. Mais, en réalité, la reconnaissance de la qualité de commerçant à l'époux qui participe à l'exercice de la profession de son partenaire est une question de fait laissée à l'appréciation des juges de fond. Il faut toutefois que certaines conditions soient remplies :

- l'effectivité d'une exploitation en commun ;
- le fait que l'un des époux participe à l'exploitation commune entraîne indiscutablement la qualité de commerçant. À cet égard, il faut d'abord examiner la situation individuelle de chacun d'eux.
- le fait que la participation à l'exploitation commerciale ne doit pas laisser de doute sur l'identité de situation des participants afin que l'on soit rassuré que ce qui est vérifié par rapport à l'un est acquis par rapport à l'autre.

93. En somme, la participation à l'exploitation en commun d'un fonds de commerce doit être conforme aux exigences de profession, d'habitude et d'indépendance qui sont requises de toute personne physique commerçante (*Cass. com.*, 28 novembre 1972, *Bull. civ. IV*, n° 314 ; 14 octobre 1974, *RTD com.*, 1976, 68, note *Jauffret*, *JCP*, 1974, *IV*, 389 ; 6 juin 1977, *D.*, 1977, *IR*, 430, obs. *A. Honorat* ; 28 avril 1981, *JCP*, 1982, éd. *CI*, II, 13807, éd., *N.*, II, p. 94, note *Y. Guyon* ; *Cass. com.*, 10 février 1981, *GP*, 1981, II, 475, note *Dupichot*). Pour s'exprimer avec un auteur camerounais, « il faut qu'il y ait entre les époux, un concours effectif aux actes de commerce, une réelle participation, de telle sorte qu'on ait un faisceau d'actes de commerce ambigus, équivoques quant à leur auteur, pouvant être mis au compte de l'un quelconque des époux. Cette implication pourrait entraîner que chacun d'eux supporterait les conséquences de l'exploitation » (*Voir J. Nguebou Toukam, Thèse, op. cit.*, p. 321).

94. À l'instar du législateur français, son homologue de la zone OHADA a bilatéralisé les conditions d'exercice de l'activité commerciale par les membres d'un couple marié. Ce faisant, il a placé les époux sur un pied d'égalité (le texte parle de conjoint). Il s'est agi comme l'a déclaré à juste titre P. Pétel, de mettre de côté l'ancien article 4 du Code de commerce qui « comportait des relents de sexisme, et par conséquent, indigne d'une société prônant l'égalité des sexes » (*Article précité, p. 368*). Du coup, la femme qui travaille hors du ménage (*Les tâches assumées par la femme dans sa maison sont multiples : cuisinière, femme de ménage, blanchisseuse (avec ou sans machine à laver), repasseuse, lingère, couturière, tricoteuse de layette, intendance (elle se rend parfois chez divers fournisseurs pour ses achats, vérifiant les comptes*

et contrôlant les livraisons), mère de famille (elle élève et surveille les petits, fait réciter les leçons aux plus grands et examine leurs carnets de notes, donne les soins à tous et console les écopés. Voir R. Nerson, Le travail ménager de la femme mariée, Études de Droit du travail offertes à André Brun, Librairie sociale économique, 1974, p. 411), et en l'occurrence, exploite un fonds de commerce commun avec son mari peut facilement acquérir la qualité de commerçant au même titre que ce dernier. Il suffit qu'elle réunisse les critères de l'article 2 de l'AUDCG, équivalent de l'article 1^{er} de code de commerce français. Or, ce texte ne fait aucune discrimination de sexe sur la qualité de commerçant. L'application des règles élémentaires du droit commercial est donc un fondement simple et réaliste pour expliquer la reconnaissance de la qualité de commerçant à deux conjoints exploitant en commun un commerce. Mais, la théorie de l'apparence ne doit non plus être négligée parmi les fondements.

III - Application de la théorie de l'apparence

95. Enfin, est-on en droit de se poser la question de savoir si l'apparence peut fonder la qualité de commerçant à des époux exploitant en commun un commerce. La réponse à cette importante question a divisé la doctrine. Selon certains auteurs, répondre par l'affirmative n'est pas une solution suffisante. En effet, les époux étant des gens mariés, leur situation fait forcément l'objet de mentions au registre de commerce. Les créanciers ainsi avertis ne devraient pas être fondés à invoquer une erreur légitime car il n'y aurait pas équivoque sur l'organisation des pouvoirs des conjoints (*Voir notamment, B. Maubru, op. cit., J. P., note sous Cass. com.*, 27 mai 1972, *JCP*, 1973, II, 17306).

Pour d'autres auteurs plutôt favorables à la réponse affirmative, la commercialité des deux époux peut valablement être justifiée par l'apparence créée par l'ingérence du mari (*J. David, observations sur l'ingérence maritale en régime légal, RTD civ.*, 1974, 1 ; *C. Croizat, Exploitation d'un fonds de commerce par deux époux ; G. Lagarde, S.*, 1933, I, 121, tous cités par *J. Nguebou dans sa Thèse, op. cit.*, p. 331. *La jurisprudence était aussi en ce sens : Com.*, 30 mai 1961, *Bull. civ. III*, n° 250, p. 216, *RTD com.*, 1961, 922, obs. *Houin* ; 6 juil. 1961, *Bull. civ. III*, n° 317, p. 275 ; *RTD com.*, 1962, 114, obs. *Houin* ; 16 mars 1970, *Bull. civ. IV*, n° 102, p. 96. *RTD com.*, 1970, 778, obs. *Houin* ; 11 juin 1976, *D.*, 1978, 125, note *Le Guidec. Sur l'ingérence de la femme dans les affaires de son époux conduisant à l'acquisition de la qualité de commerçant par les deux conjoints, voir ; Com.* 6 juin 1977, *Gaz. Pal.*, 1977, 2, *Pan*, p. 328 ; *D.*, 1977, *IR*, 430, obs. *A. Honorat* ; *RTD com.*, 1977, 714, obs. *Derruppé*).

Accorder la qualité de commerçant à ce dernier, c'est assurer la protection des tiers non pas contre une fausse apparence soigneusement aménagée par les époux, mais contre une apparence qui naît de leur comportement

naturel. La femme exerce normalement une activité commerciale. Elle accomplit régulièrement des actes de commerce à titre de profession habituelle, en son nom et pour son propre compte. Son mari collabore avec elle à son activité en vertu de l'obligation d'assistance qu'impose l'article 212 du code civil. Très souvent, il conclut des contrats avec des tiers dans l'intérêt du commerce de sa femme. Mais, dans ses rapports avec ces tiers, il peut arriver qu'il ait eu un comportement tel qu'ils ont pu être convaincus qu'il était personnellement commerçant. N'est-il pas permis de le considérer comme tel en vertu de la théorie de l'apparence ? La seule apparence suffit à produire des effets à l'égard des tiers, qui par suite d'une erreur légitime, ont ignoré la réalité, dit Gérard Cornu (*Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 3^e éd., PUF, 1992*).

96. L'apparence peut donc intervenir comme fondement de la reconnaissance de la qualité de commerçant au mari à condition d'être vraiment constituée. Il doit avoir accompli des actes juridiques en relation avec des tiers (immixtion extérieure). Ces actes doivent par leur nombre et leur importance excéder ceux qu'un collaborateur occasionnel ou auxiliaire peut accomplir (*Req., 21 octobre 1901 ; Com., 6 juillet 1961 ; Douai, 3 décembre 1953, JCP, 1954, IV, 59 ; Paris, 4 juillet 1967, DS, 1968, somm., 58*).

Au total, l'existence d'une société de fait entre époux, l'application des règles de base du droit commercial et la théorie de l'apparence sont les principaux fondements de la reconnaissance de la qualité de commerçant à deux époux exploitant en commun un fonds de commerce. Mais, l'on peut s'interroger sur les incidences de l'acquisition de la commercialité par deux conjoints.

C - Conséquences de l'accès à la commercialité par deux conjoints

97. Admettre que deux conjoints puissent simultanément avoir la qualité de commerçant implique que chacun bénéficie des droits et supporte toutes les obligations qui en découlent. Ainsi, le conjoint co-exploitant ayant lui aussi la qualité de commerçant, doit normalement être immatriculé en cette qualité au registre du commerce. Lorsque cette question a été soulevée en France à l'entrée en vigueur de l'article 4 du Code de commerce qui bilatéralisait les conditions d'exercice de l'activité commerciale par les gens mariés, le Ministère de la Justice a donné une réponse péremptoire : « le registre du commerce et des sociétés étant destiné [...] à recevoir notamment, l'immatriculation de toute personne physique ayant la qualité de commerçant, rien ne paraît interdire dorénavant, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, à deux époux qui souhaitent exploiter en commun un même fonds de commerce, d'être tous deux immatriculés à ce registre si chacun d'eux remplit les conditions posées par l'article 1^{er} du

Code de commerce qui définit les commerçants » (*Rép. min. n° 12467 : JO déb. Sénat, 13 oct. 1983, 1438. Rép. min. n° 34274 : JO déb. Ass. nat., 21 nov. 1983, 5029*). Cette position a été consacrée par la jurisprudence (*Cass. com., 18 déc. 1984, Bull. civ. IV, n° 351, p. 286 ; RTD com., 1986, 71, obs. Derruppé*).

98. En cas de défaillance, soutient un auteur (Voir Y. Guyon, *op. cit.*, p. 62), il appartient à celui qui a intérêt dans la reconnaissance de cette qualité, de prouver que le conjoint s'est considérablement immiscé dans la gestion du fonds. Heureusement, la preuve de cette immixtion n'est pas très compliquée. Il suffit de démontrer que le seuil d'ingérence a excédé celui de l'obligation conjugale d'assistance, et que l'intrusion est, par exemple constante (*Com., 28 avril 1981, JCP, 1982, II, 19740, note Guyon ; 15 octobre 1991, Bull. civ. IV, n° 286, p. 199. Mais, voir A. Jauffret, commentaire sous cour de Lyon, 6 novembre 1973, RTD com., 1976, p. 340, n° 6 : « Cette notion d'ingérence est très délicate à préciser [...]. La Cour de Lyon, à juste titre, refuse de considérer comme un cas d'ingérence de fait, prétendu, que le mari aurait puisé dans la caisse de sa femme pour les besoins du ménage ou même pour ses besoins propres [...]. Mais, il y aurait en revanche ingérence si le mari avait participé à la gestion en réglant les fournisseurs ou en encaissant des factures de clients »).*

En revanche, la situation devient suffisamment complexe lorsque le conjoint qui s'est immiscé dans l'exploitation du fonds exerce, par ailleurs, une autre activité professionnelle. Il faut alors rechercher si l'immixtion est de proportion à le transformer en commerçant de fait (*Com., 4 oct. 1994, D., 1995, 456, note, V. Barabé*).

Le conjoint co-exploitant encore appelé « co-commerçant » (*J. Amiel-Donat, La femme du boulanger, dix ans plus tard... Mélanges offerts à André Colomer, Litec, 1993, p. 8*) peut également être soumis à une procédure collective ouverte contre son époux. Il ne s'agit bien évidemment pas de le faire alors qu'il n'a que le statut de conjoint collaborateur (*CA Rouen, 2^e ch. civ., 12 novembre 1992, Mabire c/ Lemoire ès. qual., RJDA, n° 4, 1993, n° 343*). La jurisprudence est fermement établie dans le sens de cette soumission des co-commerçants à la procédure collective, ce qui est parfois douloureux (*Cass. com., 27 mai 1986, JCP, 1986, IV, 228, RTD com., 1986, 514, obs. Derruppé ; Cass. com., 15 juillet 1987, RTD com., 1988, 421, obs. Derruppé*).

Par le passé, c'est-à-dire avant la loi du 10 juillet 1982, en déclarant que « la femme n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari », il semble bien que l'objectif de base était de préserver la famille du commerçant des conséquences de l'échec éventuel de son entreprise, à l'exploitation de laquelle son conjoint aurait apporté son concours. Plus concrètement, a soutenu avec fermeté un auteur, « l'intention véritable de la loi était, par-delà la référence faite à la femme, d'empêcher que le ménage fût corps et biens exposé au péril de la déconfiture

commerciale » (*D. Martin, Le conjoint de l'artisan ou du commerçant, op. cit., p. 104*).

99. Mais, en réalité, il faut faire attention. Lorsqu'un fonds de commerce ne peut plus être exploité pour cause de cessation des paiements, la procédure collective mérite d'être ouverte contre les deux époux non seulement en vue de les protéger eux-mêmes, mais spécialement les tiers avec qui ils ont traité. C'est fort de cet argument que la jurisprudence a toujours tranché en ce sens. En guise d'exemple, la Chambre des requêtes a eu à juger que le mari et la femme pouvaient être mis simultanément en faillite si la femme exploitait personnellement le commerce et s'il était prouvé qu'il s'était immiscé dans le commerce d'une manière habituelle, avec donc un statut de commerçant (*Req., 20 octobre 1901, S., 1901; Req., 21 octobre 1901, DP, 1901, I, 527*).

La Chambre civile a abondé dans cette voie en admettant que la mise en liquidation judiciaire simultanée du mari et de la femme était légalement fondée du moment que sont constatés des actes d'immixtion de celui-là dans le commerce exploité par celle-ci. Ces actes, suffisants pour faire attribuer au mari la qualité de commerçant, n'ont pu faire perdre la même qualité à la femme exerçant réellement son négoce (*Cass. civ., 20 févr. 1926, S., 1927, I, 101, Com., 28 avril 1981, B. IV, n° 191, JCP, 1982, II, 19740, note Y. Guyon; 18 avril 1985, B. IV, n° 115; Com., 19 mai 1982, IV, B. IV, n° 192; D., 1983, IR, 346; JCP, 1985, II, 20335, note R. Le Gudec*).

La Chambre commerciale n'a pas dit le contraire. Dans un arrêt du 30 juin 1961 (*Com., 30 mai 1961, Bull. civ. III, p. 216, n° 250, RTD com., 1961, 922, obs. Houin, op. cit.*), elle décidait que la faillite du mari pouvait bel et bien être étendue à sa femme après que la Cour d'appel ait établi que le mari « s'est immiscé dans le commerce de son épouse en s'y conduisant comme le véritable maître de l'affaire, sans se borner à être un simple auxiliaire de la Dame D. qui en réalité ne s'occupait pas du fonds ; Qu'il avait la haute main sur les opérations commerciales effectuées dans le fonds ; Qu'il passait lui-même les commandes de marchandises et acceptait des traites sur lui-même à l'adresse du fonds ; Qu'assigné personnellement en paiement des fournitures de marchandises audit fonds, il a fait en son nom personnel, et sans protester, toute la procédure nécessaire en défense ».

À partir de cette décision appréciable, il est permis de donner son soutien à la solution consistant à enclencher la procédure collective à l'égard des deux conjoints qui exploitent en commun un fonds de commerce. Les cas sont certainement nombreux dans lesquels un conjoint n'est que le prête-nom de l'autre. Pourquoi ne pas les soumettre au même sort ? « En agissant sous le couvert d'une autre personne, il est sûr que le maître de l'affaire emprunte les caractères de cette personne. Il doit être considéré comme commerçant et en état de cessation des paiements, au moins jusqu'à preuve du contraire, si cette personne, en l'occurrence sa

femme l'est elle-même » (*J. Nguebou Toukam, Thèse, op. cit., p. 319*).

C'est en quelque sorte à juste titre que la Chambre criminelle s'est conformée à la position des autres Chambres dans un arrêt rendu en date du 12 octobre 1960 (*Cass. crim., 12 octobre 1960, in Le quotidien Juridique, 31 janvier 1961*) dont on peut retenir ceci : « Attendu que l'arrêt attaqué constate qu'en l'absence constante de son mari, la Dame Humbert gérât en fait, le fonds de commerce, qu'elle tenait la comptabilité auxiliaire, s'occupait de la gestion financière du commerce, signait les chèques, et avait à cette occasion, été poursuivie pour émission de chèque sans provision ; Qu'elle avait de fréquents "constats" avec les fournisseurs et était considérée comme "l'animatrice" du commerce.

Attendu qu'en déclarant, en conséquence, qu'elle avait la qualité de commerçante, et en précisant en ce qui concerne la demanderesse que la cessation des paiements résultait de divers éléments et circonstances qu'ils ont exposés, les juges du fond ont donné une base légale à leur décision ».

100. Dans le prolongement de cette jurisprudence, il y a lieu d'apporter les précisions suivantes : même dans l'espace juridique OHADA, chaque fois que deux conjoints auront simultanément la qualité de commerçant, chacun d'eux sera investi de la latitude de bénéficier des prérogatives liées au statut. En revanche, il devra également être assujéti aux contraintes y afférentes. Une telle solution nous semble aller de soi. Elle paraît évidente car l'option prise par les rédacteurs des instruments OHADA d'ouvrir davantage l'enceinte occupée par les commerçants à un nombre plus accru de personnes mariées n'aurait véritablement aucun sens si tous ne pouvaient se voir soumis à un même régime juridique.

Section 2 - Exploitation indirecte : la location-gérance

101. Un commerçant a la latitude d'exploiter son fonds de commerce, soit directement par lui-même, soit de manière indirecte en utilisant le procédé dit de la location-gérance. Celle-ci est une convention par laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location à un gérant personne physique ou morale, qui l'exploite à ses risques et périls (*Voir art. 106 (nouvel article 138) al. 3 de l'AUDCG; CA d'Abidjan, Chambre civile et commerciale, arrêt, n° 512 du 23 avril 2004, Société Texaco-CI, Conseil SCPA F.D.K.A. c/ Kouassi Yao Samuel, Ohadata J-05-318*). Le gérant qui assure ainsi l'exploitation pour son compte, le fait moyennant le paiement d'une redevance au propriétaire. Encore appelée gérance libre, la location-gérance a fonctionné sous plusieurs moules juridiques dont la maîtrise est un préalable nécessaire (§1) pour une bonne appréciation du système actuel qui met l'accent sur les conditions (§2) et les effets (§3) de cette institution.

§1 - Rappel historique

102. D'abord utilisé par les mineurs n'ayant pas la capacité légale de faire le commerce et par les personnes à qui l'exercice du commerce fut interdit, ou encore dont la profession fut incompatible avec l'activité commerciale, ce mode d'exploitation du fonds de commerce a connu un essor particulier après la deuxième guerre mondiale (Voir *Exposé des motifs du décret n° 53-874 du 22 septembre 1953 relatif à la location-gérance de fonds de commerce*). Il a pris une grande extension et fut de plus en plus fréquemment employé par des détenteurs de capitaux qui ne voulaient ou ne pouvaient exploiter eux-mêmes tout en recherchant uniquement des avantages inhérents à la propriété d'un fonds de commerce. Dans le cadre de l'assainissement des professions commerciales et industrielles (*La loi n° 47-1635 du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles (JCP, 1947, III, 12506) avait déjà été prise en ce sens*), la nécessité de mettre de l'ordre dans la situation ambiante a trouvé sa concrétisation dans le décret n° 53-874 du 22 septembre 1953 relatif à la location-gérance du fonds de commerce (*JCP, 1953, III, 18153*), mis en application par l'effet de la loi n° 53-611 du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier.

En raison d'un certain nombre de lacunes très rapidement décelées (Voir *exposé des motifs du décret du 30 septembre 1953* : « *Le décret n° 53-874 du 22 septembre 1953 comportait une lacune que le présent texte tend à combler. L'article 4 du décret susvisé prévoyait, en effet, que seules les personnes physiques ou morales ayant exploité une entreprise commerciale depuis plus de sept années, ou ayant exercé une activité dans telle entreprise pouvaient donner leur fonds en location-gérance. Cette disposition laissait à un commerçant la possibilité de mettre en location-gérance des fonds de commerce n'ayant aucun rapport avec son activité professionnelle propre, sans aucune restriction, et lui permettrait ainsi d'effectuer des opérations purement spéculatives, que le texte interdit, d'autre part, à toute personne non-commerçante. Le présent décret a pour objet de limiter le droit pour une personne commerçante de mettre en location-gérance un fonds possédé par elle dans le cadre de son activité professionnelle antérieure* »), l'article 4 de ce décret connut sa première modification juste huit jours plus tard, à travers le décret n° 53-963 du 30 septembre 1953 relatif à la location-gérance du fonds de commerce. Dans l'ensemble, ces textes ont institué d'importantes réformes.

103. Malheureusement, comme l'a déclaré un auteur (*F. Givard, L'agonie de la gérance libre, D., 1953, chron., p. 31*), ces réformes « trop hâtivement préparées et par des hommes qui n'ont pas toujours une connaissance suffisante de l'ensemble du système juridique français » n'ont pu conduire qu'à « l'agonie de la gérance libre » (*Selon F. Givard, ibid., La combinaison des deux décrets devait conduire à une disparition progressive des gérances. Non seulement en droit, ce contrat ne pouvait plus selon lui*

être pratiqué que dans des hypothèses assez rares, mais en fait, ceux même qui devaient avoir le droit d'y recourir devaient hésiter devant les graves risques qu'il comporte).

104. Fort heureusement, sa « résurrection » (*R. Maus, La résurrection du contrat de gérance, DS, 1956, chron., p. 14*) est intervenue juste quelques années plus tard, dans le cadre de la loi n° 56-277 du 20 mars 1956, relative à la location-gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux (*JCP, 1956, III, 20955*), rectifiée à son tour quelque temps plus tard (*Loi n° 56-277 du 20 mars 1956 relative à la location-gérance du fonds de commerce et des établissements artisanaux (rectificatif), JCP, 1956, III, textes, 21099*).

En dépit de nombreuses lacunes (*J. Nguebou Toukam, Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, op. cit., p. 54. Selon Betty Laborrier, cette loi avait provoqué « le renchérissement des fonds, grevant le coût de la distribution et contribuant à la hausse du coût de la vie ». Voir Gérance de fonds de commerce, Éditions du Juris-classeur, 1999, 2, fasc. 20, p. 4 ; « Bien qu'elle ait amélioré sensiblement la législation antérieure, en permettant une plus large application de la technique de la gérance, et en allégeant la responsabilité du propriétaire du fonds, la loi du 20 mars 1956 pêche encore par une rédaction défectueuse et l'incertitude de certaines de ses dispositions », ajoutèrent G. Ripert et R. Roblot, in *Traité de droit commercial, t. I, op. cit., 1998, p. 431*) que comportait la loi n° 56-277, il faut lui reconnaître beaucoup d'innovations, et ceci globalement dans le sens de la souplesse (« *La loi du 20 mars 1956 tout en refusant le droit de consentir un contrat de gérance à ceux qui voudraient acheter des fonds de commerce pour y trouver exclusivement un placement avantageux, l'admet dans un grand nombre de cas, en raison des services qu'il peut rendre, [...]. Il appartient d'ores et déjà à l'interprète de constater qu'elle fait revivre un contrat dont le régime antérieur avait provoqué la disparition* », conclut René Maus dans son article précité, p. 72).*

À titre d'exemple, le contrat de location-gérance n'est plus l'apanage des seuls commerçants et des anciens commerçants, comme sous l'empire du décret du 22 septembre 1953. Dans la loi nouvelle, il faut avoir été « commerçant ou artisan ». « Les personnes physiques ou morales qui concèdent une location-gérance doivent avoir été des commerçants ou artisans pendant sept années ou avoir exercé pendant une durée équivalente les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique, et avoir exploité pendant deux années au moins le fonds ou l'établissement artisanal mis en gérance », dispose l'article 4 de la loi sus-citée. Au niveau des personnes concernées, cette loi était donc assez libérale. Elle avait quelque peu vulgarisé le statut des commerçants car un instrument qui jusque-là leur était réservé, était dorénavant ouvert à d'autres types de professionnels, et en l'occurrence, les artisans.

105. Avant l'entrée en vigueur du droit OHADA, le

texte régissant la location-gérance du fonds de commerce au Cameroun était cette loi n° 56-277 du 20 mars 1956 (Voir J. Nguebou Toukam, *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, ouvrage, op. cit., p. 54). Dans les autres pays signataires du Traité OHADA, bien que couramment pratiquée, cette institution n'était réglementée que dans trois États : le Sénégal, le Mali et la Côte d'Ivoire (*Universités francophones, Droit commercial et des sociétés en Afrique, Édicef, op. cit., p. 26*). Au Sénégal et en Côte d'Ivoire justement, la réglementation n'était limitée qu'à « la gérance libre » alors qu'au Mali, elle s'étendait également à la « gérance salariée » (*Encore dénommée gérance proprement dite, c'est un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce, tout en conservant les risques de l'exploitation, percevant les bénéfices et supportant les pertes, charge un tiers de gérer, c'est-à-dire de diriger l'exploitation, sous son contrôle (par exemple, les succursales ont un gérant). Ici, c'est le propriétaire du fonds qui a la qualité de commerçant. Voir A Fénéon et J. R. Gomez, Droit commercial général, commentaires, ouvrage précité, p. 79*).

106. Un regard attentif sur les différentes règles qui organisaient le régime de la location-gérance permet de faire au moins deux constats : le premier est que les commerçants avaient le droit d'exploiter leur fonds de commerce en utilisant ce procédé. Mais, la latitude n'était pas offerte de manière démocratique. Bien plus souples que les normes édictées par le décret du 22 septembre 1953 comme déjà souligné, celles en vigueur demeuraient rigides, aussi bien au niveau des conditions à réunir que des effets que devait produire la location-gérance. À titre d'exemple, en dehors du Sénégal où la durée minimale était de deux ans, dans tous les autres pays, le propriétaire d'un fonds de commerce ne pouvait le mettre en gérance libre que s'il avait exercé la profession de commerçant ou s'il avait assuré la direction d'une entreprise commerciale depuis au moins trois ans.

Le second constat est que même après la conclusion et la publication du contrat, le propriétaire du fonds ne pouvait nullement être serein. Il subsistait une solidarité entre lui et le nouvel exploitant par rapport aux dettes contractées à l'occasion de l'exploitation. Cette solidarité allait bien jusqu'à un délai de six mois, même si la Cour de cassation interprétait ce principe de façon restrictive (*Cass. com., 6 juin 1972, 2 arrêts, DS, 1972, 580, JCP, 1972, 2, 17332, note A. S., RDC, 1973, obs. Jauffret ; 26 mai 1992, RJDA, 1992, 675*).

Dans l'arsenal juridique OHADA, le législateur n'a pas fait table rase de ces différentes règles. Il a repris la plupart parmi elles. Mais, dans un sens substantiellement libéral.

§2- Conditions de mise du fonds de commerce en location-gérance

107. La régularité de la mise du fonds de commerce en gérance libre suppose la réunion de plusieurs condi-

tions (*Les conditions s'appliquent également en cas de sous-location. Voir N. Houasse, Fonds de commerce, Defrénois, 1994, p. 1546. Bien évidemment, il appartient au loueur de prouver qu'il remplit les conditions exigées. Voir Cass. com., 18 avr. 2000, D., 2000, act. jurispr. p. 255, obs. Anne-Laurence Monéger-Dupuis. Mais, ces conditions ne s'imposent pas lorsque le fonds doit être mis en location-gérance par certaines personnes énumérées à l'article 111 (nouvel article 143) de l'AUDCG : l'État, les collectivités locales, les établissements publics, les incapables en ce qui concerne le fonds dont ils étaient propriétaires avant la survenance de leur incapacité, les héritiers ou légataires d'un commerçant décédé en ce qui concerne les fonds exploités par ce dernier, les mandataires de justice chargés à quelque titre que ce soit de l'administration d'un fonds de commerce lorsqu'ils ont été autorisés par la juridiction compétente et lorsqu'ils ont satisfait aux mesures de publicité prévues*). Un peu plus rigoureuses par le passé, celles-ci ont connu un assouplissement remarquable dans l'espace OHADA. Plus concrètement, cet assouplissement est passé par le réaménagement des conditions de fond (A), et par le relâchement des conditions de forme (B).

A - Conditions de fond de la location-gérance

108. La validité du contrat de location-gérance suppose que soient réunies les conditions générales de validité de tout contrat. À cet effet, il faut se référer à l'article 1108 du Code civil qui donne des précisions par rapport au consentement, la capacité, l'objet et la cause.

En plus de ces conditions et dans le souci d'éviter des locations de fonds par des spéculateurs, un commerçant (*Contrairement au droit en vigueur au Sénégal jusqu'à l'entrée en vigueur de l'AUDCG et au droit français, le droit OHADA n'a pas prévu la location du fonds artisanal. En effet, l'article 616 du COCC sénégalais était ainsi libellé : « le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal peut le louer en tout ou en partie à un gérant qui l'exploitera, à ses risques et périls, moyennant une redevance librement fixée par les parties ». L'art. 1^{er} de la loi française n° 56-277 du 20 mars 1956 quant à lui dispose : « Nonobstant toute clause contraire, tout contrat ou convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls [...] ». Or, l'art. 106 (nouvel article 138) alinéa 3 de l'AUDCG énonce simplement que « La location-gérance est une convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale [...] ») désireux de mettre son fonds en exploitation par le canal de la location-gérance doit remplir un certain nombre de conditions édictées par l'article 109 (*Voir nouvel art. 141*) de l'AUDCG.*

Ce texte, à l'instar de l'article 4 de la loi n° 56-277 du 20 mars 1956 relative à la location-gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux (*Voir JCP, 1956, III, 20955 précité*) qui l'a inspiré, met un accent particulier sur d'importants délais devant précéder l'opération. En effet, toute personne désireuse de donner son fonds de commerce en location-gérance doit au préalable faire preuve d'une certaine expérience dans le domaine commercial. Elle doit ainsi avoir, non seulement exercé l'activité commerciale pendant un certain temps, mais aussi avoir exploité le fonds soumis à l'opération durant un délai donné. (*De façon quelque peu révolutionnaire, les rédacteurs du nouvel Acte uniforme portant droit commercial général ont procédé à une profonde réforme des conditions juridiques jusque-là exigées. À l'article 141, al. 1, il est ainsi mentionné : « La personne physique ou morale qui concède une location-gérance doit avoir exploité, pendant deux ans au moins en qualité de commerçant, le fonds mis en gérance »*).

Une bonne méthode commande de présenter d'abord les durées (I), avant de s'appesantir sur les interrogations qu'elles suscitent (II).

I - Présentation des différentes durées

109. Les différentes durées exigées sont relatives, tantôt à l'exercice de la profession commerciale (a), tantôt à l'exploitation du fonds (b).

a - Durée d'exercice de l'activité commerciale

110. Sous la législation antérieure, hormis l'État, les collectivités locales, les Établissements de crédit de statut légal spécial dont l'objet social est de consentir des prêts à moyen et à long terme, les autres entreprises industrielles et commerciales ; les interdits, aliénés internés ou les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, en ce qui concerne le fonds dont ils étaient propriétaires avant la survenance de leur incapacité ; les héritiers ou légataires d'un commerçant ainsi que les bénéficiaires d'un partage d'ascendant en ce qui concerne le fonds recueilli, le propriétaire d'un fonds de commerce ne pouvait le mettre en gérance libre que s'il avait exercé la profession de commerçant ou de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une entreprise commerciale pendant au moins sept années. Dans les pays où s'appliquait la loi n° 56-277 du 20 mars 1956 à l'instar du Cameroun, cette durée était d'au moins trois ans au Mali et cinq ans en Côte d'Ivoire (*Le Sénégal qui avait une législation particulièrement souple ne l'exigeait pas*).

L'exigence de ce délai visait à éviter que la mise en location-gérance ne soit utilisée par des spéculateurs qui pouvaient acheter les fonds de commerce pour les louer aussitôt (*Rép. quest. écrite, n° 7006, JCP N., 1978, p. 549 ; F. Pasqualini-Salerno, note sous Cass.*

com., 4 fév. 1997, D., 1998, jur., p. 153 ; G. Ripert et R. Roblot, ouvrage, op. cit., p. 431). Autrement dit, il avait pour objectif d'empêcher que l'opération ne soit utilisée par des personnes n'ayant pas témoigné d'une vocation commerciale par une qualification professionnelle prolongée (*J. Derruppé, Location-gérance, RTD com., 1978, p. 97*).

111. La jurisprudence avait toujours fait preuve de rigueur dans l'exigence de cette condition. Ainsi, la Chambre commerciale (*Cass. com., 13 novembre 1963, JCP, 1964, II, 13801, obs. R. Castro*) n'avait-elle pas hésité à décider que le délai de l'article 4 devait être couvert personnellement par le loueur (*et non par une autre personne (son conjoint)*), qui « se trouvait présent et était en mesure d'exercer un contrôle direct et continu sur l'exploitation », et d'autre part, qu'il n'était pas démontré, « qu'il ait voulu confier [...] la gérance du fonds à son épouse ». C'est cette position antérieurement prise par la Cour d'Aix (*La sanction était tirée de l'art. 11 al. 1 de la loi du 20 mars 1956 : « Tout contrat de location-gérance ou toute autre convention comportant des clauses analogues, consenti par le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ne remplissant pas les conditions prévues est nul ; toutefois, les contractants ne peuvent invoquer cette nullité à l'encontre des tiers »*) que la Cour de cassation devait entériner en rejetant le pourvoi de Dame Paris (*Pour la Cour de cassation, si deux époux sont copropriétaires indivis d'un fonds de commerce, ils doivent satisfaire tous les deux, les conditions légales de durée d'exercice de l'activité commerciale, afin de pouvoir conclure une convention de location-gérance. Voir Cass. com., 9 juin 1992, BRDA 15-16/92, p. 18*).

112. Qualifiée d'assez sévère par la doctrine (*R. Castro, obs. sous Cass. com., 13 novembre 1963, JCP, 1964, II, 13801 ; A. Jauffret, Location-gérance, RTD com., 1964, p. 754*) en raison de ce qu'il paraissait que la femme avait effectivement joué un rôle important dans l'exploitation du commerce, cette solution était pourtant conforme au droit. Pour abonder dans le sens d'un auteur ayant autorité en ce domaine (*A. Jauffret, Location-gérance, ibid.*), la loi exigeait pour la validité d'un contrat de location-gérance, que le propriétaire du fonds ait été commerçant pendant sept années, ou ait exercé pendant une durée équivalente, les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique. Or, cette condition faisait défaut dans la mesure où, d'une part, la femme, exploitant le fonds en collaboration avec son mari, ne pouvait en vertu de l'article 4, alinéa 2 du Code de commerce, avoir la qualité de commerçant, et d'autre part, par rapport à la gérance, la Cour d'Aix a pu constater que bien que malade, c'est son mari qui continuait à l'assurer.

113. Cette solution est également un prolongement de la jurisprudence antérieure. En effet, dans un arrêt rendu en date du 29 avril 1960 (*Cass. com., 29 avril 1960,*

Hilbert c/Pouplard, Bull. III, 137), la juridiction suprême française cassait un arrêt de la Cour de Rennes parce que celle-ci avait déclaré sous l'empire de l'article 4 du décret du 22 septembre 1953, modifié le 30 septembre de la même année, qu'une Dame Hilbert n'avait pas exercé une « activité commerciale » pendant une durée de sept ans au sens du texte, au seul motif qu'avant 1930, divers fonds de commerce tenus par son seul mari, commerçant « avaient fait l'objet de ses soins et services sous forme de collaboration ».

L'appréciation rigoureuse de la condition de sept ans visait aussi les personnes morales. À cet égard, les associations de la loi du 1^{er} juillet 1901 n'étant pas commerçantes, ne peuvent donner de fonds de commerce en location-gérance. (*Il n'en serait autrement que si l'exploitation d'un fonds de commerce devient une activité exclusive ou prend une importance de nature à « primer l'objet statutaire »*. Voir com., 12 févr. 1985, RTD com., 1986, 67, n° 1). C'est du reste ce qu'a décidé avec force la Cour de cassation dans un cas (*Cass. com.*, 19 janvier 1988, Bull. Joly, 1988, 788, Rev. Soc., 1988, 565. note Castro, RDC, 1988, 420, obs. Derruppé, et 465, obs. Alfandari et Jeantin ; Defrénois, 1988, 594, note J. Honorat) dont il serait intéressant de rappeler les faits : une association dite Foyer Léo Lagrange, régulièrement constituée conformément à la loi du 1^{er} juillet 1901 avait donné en location-gérance, un fonds de commerce à usage de café-restaurant qu'elle exploitait parallèlement dans les locaux affectés à ses activités principales orientées vers la culture, les sports et les loisirs.

Alors que les juges de fond avaient admis la validité de ce contrat en faisant valoir que bien que l'association ne fût pas inscrite au registre du commerce, elle exploitait depuis 1947 ce bar restaurant dont elle était propriétaire, achetait des marchandises pour les revendre grâce à un personnel adéquat, à des consommateurs, qui étaient ou non ses membres et que la réalisation de ces actes de commerce constituait une part importante de ses recettes, la Cour de cassation n'a pas hésité à censurer leur décision pour une raison évidente : « En se déterminant ainsi, alors que l'article 4 de la loi du 20 mars 1956 interdit la conclusion d'une location-gérance aux personnes morales qui ne justifient pas avoir été commerçantes pendant sept années [...] au moins, le fonds [...] mis en gérance, et alors que la nullité instituée par l'article 11 de cette loi est d'ordre public, la Cour d'appel, qui a relevé que l'association était régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, n'a pas tiré les conséquences légales de cette constatation ».

114. Cette solution de la juridiction suprême était ferme, mais ne violait nullement la loi. N'étant pas commerçant, l'association n'avait pas qualité pour donner son fonds en location-gérance. Pour les magistrats de la Cour d'Aix (*Aix*, 10 septembre 1991, RJD, 1991, 860), quand bien même il s'agirait d'une société commerciale, celle-ci n'aurait pu donner son fonds de commerce

en location-gérance, si elle avait été immatriculée au registre du commerce pendant au moins sept ans avant la conclusion du contrat. En revanche, devaient ajouter les magistrats de la juridiction suprême française, la condition de sept ans est remplie lorsqu'une personne a acquis un droit au bail pour y transférer un fonds de commerce lui appartenant, situé auparavant dans un autre local qu'elle louait et lorsque le transfert n'a pas eu pour effet de créer une nouvelle clientèle compte tenu de la proximité des deux établissements. Les dix-neuf années d'exploitation personnelle du fonds ayant précédé la conclusion du contrat de location-gérance étaient donc largement suffisantes pour justifier la légalité de son opération (*Cass. 3^e civ.*, 15 juin 1994, Defrénois, 1994, art. 35917-D).

La possibilité de mettre un fonds de commerce en gérance libre par un commerçant existait donc incontestablement dans l'espace OHADA. Mais, elle n'était pas facile à mettre en œuvre eu égard à la difficulté de couvrir les sept années d'expérience exigées. Afin de faciliter quelque peu les choses, des possibilités de dispense partielle ou totale étaient prévues à l'article 5 de la loi du 20 mars 1956. D'après ce texte, le délai de sept ans (ainsi que celui de deux ans comme on le verra) pouvait être supprimé ou réduit par ordonnance du Président du Tribunal compétent, rendue sur simple requête de l'intéressé, le Ministère public entendu notamment lorsque le requérant justifiait qu'il se trouve dans l'impossibilité d'exploiter son fonds personnellement ou par l'intermédiaire de préposés (*Lyon*, 8 juin 1971, D., 1971, somm. 71, RDC, 1972, 52, obs. A. Jauffret, Gaz. Pal., 1971, 2, 720 ; Versailles, 18 janvier 1988, DS, 1988, IR, 77 ; Paris, 1^{er} décembre 1994, P. A, 25 août 1995, note, Marot. Dans le même sens, Montauban, civ., 9 septembre 1989, RDC, 1986, 394, JCP, 1986, 2, 20706, note, Raffray).

115. Cette solution était d'une utilité certaine (*M. Pédamon, Droit commercial, ouvrage, op. cit.*, p. 237, n° 312 ; A. Fénéon et J. R. Gomez, *Commentaires de l'AUDCG, op. cit. p. 81*), surtout qu'en utilisant l'adverbe « notamment », le législateur n'avait pas voulu indiquer limitativement les cas dans lesquels le délai prévu pouvait être réduit ou supprimé (*L'article 5 de la loi du 20 mars 1956, dans une formule défectueuse avait parlé uniquement du « délai prévu à l'article 4 »*. Or, cet article énonçait deux délais : l'un relatif à la nature et la durée de l'activité professionnelle de l'exploitant, et l'autre à la durée d'exploitation du fonds mis en gérance. Selon la doctrine, il ne fallait pas faire la distinction entre les deux délais. Voir R. Maus, *La résurrection du contrat de gérance, article précité, p. 70, col. 1* ; Cohen, *Le nouveau statut de gérance libre (loi du 20 mars 1956)*, JCP, 1956, I, 1031, n° 25 ; Houin, *Le nouveau régime de la location-gérance de fonds de commerce*, RTD com., 1956, p. 203. La jurisprudence était, elle aussi favorable à une interprétation large. D'après elle, la formule devait intégrer les deux délais

de l'article 4. Voir Cass. civ., 9 avril 1970, JCP, 1970, 2, 16477 ; Grenoble, 17 mars 1965, DS, 1965, 419, JCP, 1965, 2, 14199. Contra, Paris, 18 mars 1961, D., 1961, 335, note anonyme. Cette solution défavorable à la largesse se fondait sur deux arguments : l'un de forme, l'emploi du singulier par l'article 5, lequel ne semblait viser qu'un délai ; l'autre de fond, à savoir que la condition de l'octroi de la dispense, l'impossibilité d'exploiter le fonds de commerce personnellement ou par préposé, se rapporterait à l'exploitation du fonds et non à une profession commerciale).

Elle aurait ainsi pu permettre de régler les situations dans lesquelles le commerçant se trouverait malade, dans l'impossibilité de vendre, d'avoir un gérant ou aurait l'intention d'établir un enfant. Mais, sa portée était manifestement limitée car l'examen des conditions de dérogation relevait du pouvoir souverain du juge du fond (*Ceci était vrai dans la quasi-totalité des États signataires du Traité OHADA. Voir Universités francophones, Droit commercial et des sociétés en Afrique, op. cit., p. 27*).

116. Afin d'éviter les inconvénients ainsi présentés par le régime antérieur, les rédacteurs de l'AUDCG ont opté pour une solution simple. Un peu de manière révolutionnaire, ils ont ramené le délai d'expérience à deux ans. L'article 109 de l'Acte uniforme sus-cité dispose à cet égard : « Les personnes physiques ou morales qui concèdent une location-gérance doivent : - avoir été commerçantes pendant deux années, ou avoir exercé pendant une durée équivalente, des fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une société ». Dans la fixation de ce nouveau délai, le législateur n'a pas cherché très loin ; il a simplement retenu la durée en vigueur au Sénégal (*La loi du 12 juin 1976 portant troisième partie du Code des obligations civiles et commerciales de ce pays avait fixé le délai concerné à deux ans*).

Cette durée permet dorénavant à un nombre plus accru de commerçants de pouvoir faire exploiter leurs fonds de commerce par voie de location-gérance (*Seulement, le nouvel article 141 de l'AUDCG a conservé le même délai d'expérience de deux années, mais l'a limité au cas où la personne physique ou morale qui concède une location-gérance a exploité en qualité de commerçant, le fonds mis en gérance. Autrement dit, l'expérience acquise aux fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une société ne compte plus*).

La situation est d'autant plus facilitée, que la durée d'exploitation du fonds à mettre en location-gérance a également été revue à la baisse.

b - Durée d'exploitation du fonds à mettre en gérance libre

117. Pour mettre son fonds de commerce en location-gérance, le commerçant devait l'avoir exploité

pendant un délai donné. Au Cameroun, ce délai était de deux années conformément aux dispositions de l'article 4 de la loi n° 56-277 du 20 mars 1956. Ce délai ne s'ajoutait pas au premier, en l'occurrence, celui de sept ans. Au contraire, il entrait en ligne de compte dans le calcul dudit délai (*A. Cohen, Le nouveau statut de la gérance, op. cit., n° 17*). En ce sens, un commerçant ayant d'abord exercé pendant cinq années un commerce d'épicerie dans un fonds déterminé, avait la latitude, au cas où il parvenait à acquérir un second fonds de même nature ou même de nature différente, à l'instar d'un débit de boissons, de le donner valablement en location-gérance, après l'avoir exploité personnellement pendant deux ans. Il était considéré comme remplissant les deux conditions dans la mesure où il avait été commerçant pendant sept années et avait exploité personnellement pendant deux années le fonds donné en location-gérance.

118. À l'instar du délai de sept ans, celui de deux ans était exigé avec rigueur même s'il pouvait être réduit (*Art. 5, loi du 20 mars 1956 : « Le délai prévu par l'art. 4 peut être supprimé ou réduit par ordonnance du Président du Tribunal civil rendue sur simple requête de l'intéressé, le Ministère public entendu, notamment lorsque celui-ci justifie qu'il est dans l'impossibilité d'exploiter son fonds personnellement ou par l'intermédiaire de préposés »*. Voir Tribunal civil de Villefranche-sur-Saône, 30 nov. 1953, D., 1954, jur, p. 51 ; TGI Montauban, ord. Prés., 12 sept. 1985, JCP, 1986, jur., 20706, obs. Jean Guirec Raffray. Contra, Tribunal civil de Briançon, 5 janv. 1954, D., 1954, jur., p. 51. Pour un contrat annulé parce que la dérogation est obtenue après sa signature, voir Cass. com., 4 févr. 1997, D., 1998, jur., p. 153, note F. Pasqualini et V. Pasqualini-Solerno).

Ainsi, fallait-il, par exemple, que la condition soit remplie de manière personnelle. En effet, cette exigence visait le témoignage de la volonté du propriétaire du fonds de commerce d'exercer réellement une activité commerciale, et non de spéculer sur l'acquisition d'un droit au bail ou d'un fonds (*Observation anonyme sous Cass. com., 15 juin 1994, n° 1093 P, SCI Saint-Pierre c/ Lair, RJDA, 10/94, n° 1018*). Cela signifie donc que le fonds devait avoir été exploité sous la seule autorité du loueur, et à ses risques et périls. Il pouvait à cet égard avoir accompli les actes d'exploitation, soit en qualité de propriétaire, d'usufruitier ou de locataire-gérant, soit par l'intermédiaire d'un préposé, mandataire ou préposé agissant sous sa responsabilité.

119. Selon la jurisprudence, la condition de deux ans n'était pas remplie lorsqu'un propriétaire exploitait son fonds par l'intermédiaire d'un locataire-gérant (*Rép. min. n° 11676 : JOAN Q 2 mai 1954, p. 2077 ; JCP N, 1954, IV, 1802*). D'ailleurs, c'est dans la personne de ce dernier qu'il fallait apprécier la condition lorsque c'est lui qui devait conclure une telle convention avec une tierce personne (*Cass. com., 18 oct. 1994, JCP G., 1994,*

IV, n° 2554; JCPN, 1995, p. 611. D., 1995, p. 231, note M.F. Coutant; RJDA, 2/95, n° 138, D., 1994, IR, p. 252; JCP E, 1994, pan. n° 1362). Une personne qui acquérait un fonds déjà donné en location-gérance pendant deux ans, ou plus, devait absolument l'exploiter également pendant au moins deux années avant de le donner à son tour en gérance libre (CA Colmar, 2^e civ., 17 janv. 1992, *Juris-Data*, n° 044176; CA Paris, 16^e ch. A, 12 juil. 1988; *Loyers et Copr.*, 1988, n° 502).

Un auteur l'a bien relevé, exiger que l'acquéreur du fonds satisfasse les conditions prévues à l'article 4 de la loi du 20 mars 1956 semble relever de l'absurde car parmi ces conditions figure celle d'avoir exploité pendant deux ans au moins le fonds mis en gérance. À moins d'être gérant lui-même (ce qui supprime le problème), voire un ancien gérant ou un ancien propriétaire, soutient cet auteur, il est évident que l'acquéreur ne peut jamais satisfaire à cette exigence (Voir J. Derruppé, *Location-gérance*, RTD com., 1985, p. 85. Heureusement, voir TGI Gueret, 22 févr. 1989, *Cerbellaud où la critique de J. Derruppé semble avoir eu un écho favorable. Dans ce tribunal, il a été décidé que la poursuite d'une gérance libre d'un fonds de commerce par l'acquéreur de ce fonds n'est pas soumise aux dispositions de l'article 4 de la loi du 20 mars 1956, et que la dispense prévue par l'article 5 de la même loi « est inutile dès lors qu'il ne s'agit pas de concéder une location-gérance, mais de poursuivre un contrat déjà en cours ».* Voir J. Derruppé, *Location-gérance*, RTD com., 1989, p. 647).

Bien évidemment, le fait qu'un fonds portant le même nom que celui que l'on veut mettre en location-gérance ait été exploité dans une localité différente par le conjoint n'était pas suffisant pour justifier l'accomplissement de la condition de deux ans (*Cass. civ. 3, 25 juin 1974, Bull. civ. IV, p. 165, n° 205*).

120. Au total, être en conformité avec cette condition de deux années n'était pas du tout facile. La doctrine et la jurisprudence (Voir *Tribunal civil de Villefranche-sur-Saône, 30 nov. 1953, D., 1954, jur., p. 51*; *TGI Montauban, ord. Prés., 12 sept. 1985, JCP, 1986, jur., 20706, obs. Jean Guirec Raffray. Contra. Tribunal civil de Briançon, 5 janv. 1954, D., 1954, jur., p. 51. Pour un contrat annoté parce que la dérogation est obtenue après sa signature, voir Cass. com., 4 févr. 1997, D., 1998, jur., p. 153, note F. Pasqualini et V. Pasqualini-Solerno) ont même milité en faveur d'un assouplissement de la situation à travers une extension à cette hypothèse, de la possibilité d'obtenir une dispense telle que le prévoyait l'article 5 de la loi du 20 mars 1956 (« *Le délai prévu par l'article 4 peut être supprimé ou réduit par ordonnance du Président du tribunal civil rendue sur simple requête de l'intéressé, le Ministère public entendu, notamment lorsque celui-ci justifie qu'il est dans l'impossibilité d'exploiter son fonds personnellement ou par l'intermédiaire de préposés* »).*

Mais, il importe de le rappeler, la possibilité de donner des fonds de commerce restait difficile parce que la

décision de dispense était laissée à la discrétion du juge. Or, « beaucoup de justiciables, sont convaincus, à tort ou à raison, que sur les affaires qui lui sont soumises, la justice tranche en faveur du riche contre le pauvre, de l'habitant de la ville contre celui de la campagne, du lettré contre l'analphabète, de l'homme contre la femme » (V. E. Bokalli, *Justice et État de droit au Cameroun, Leçon inaugurale prononcée à l'occasion des cérémonies solennelles de la Rentrée Académique 2000-2001 et de la remise des diplômes aux lauréats de l'Université de Ngaoundéré*, p. 17).

En plus, il faut reconnaître que la justice elle-même fait peur et n'est pas facile à aborder : les hommes de la justice, avait déclaré un auteur (P. Nkou Mvondo, *La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone : étude des causes du divorce entre la justice et les justiciables*, *Penant*, 1997, n° 824, p. 210), « habillés de noir et quelque fois de rouge, représentent de mauvais symboles et sont de ce fait repoussant pour les justiciables : le noir, couleur de deuil, le rouge, couleur de sang ; autant de choses qu'il n'est pas bon d'approcher ».

Enfin, lorsqu'on parvient à dominer la peur pour saisir une juridiction, les procédures et les textes applicables sont tellement complexes que même « le juriste confirmé y perd parfois son latin ». Pour illustrer cette affirmation, le Professeur V. E. Bokalli (*article précité p. 16*), prend un exemple en matière de contentieux administratif, celui de l'épineux problème de la détermination de l'autorité habilitée à recevoir le recours gracieux préalable qu'un auteur respectable (M. Kamto, *Droit administratif personnel du Cameroun, PUC, 1990, p. 153*) a qualifié de « casse-tête du contentieux administratif camerounais ». Dans une espèce restée célèbre au Cameroun (*CS/AP, 13 juin 1985. Aff. Guiffo Jean Philippe c/ État du Cameroun*) : Le sieur Guiffo, alors Enseignant de droit public est renvoyé suite à une décision du Conseil d'administration de l'ex-Université de Yaoundé pour insuffisance académique. Il adresse alors son recours gracieux préalable au Ministre de l'Éducation Nationale, autorité de Tutelle de l'Université au moment des faits, au lieu du Chancelier, chef de l'institution universitaire. Son recours en annulation fut par la suite rejeté par la Chambre administrative à cause de cette confusion.

121. Afin d'éviter de tels blocages, et donc garantir un nécessaire équilibre entre le souci de barrer la voie aux éventuels spéculateurs, et permettre aux commerçants de pouvoir exploiter en toute efficacité, leur fonds de commerce par voie de location-gérance, le législateur OHADA a une fois de plus apporté un assouplissement au deuxième délai, à savoir la durée d'exploitation du fonds à mettre en gérance libre. L'article 109 de l'AUDCG dispose à cet égard : « Les personnes physiques ou morales qui concèdent une location-gérance doivent : avoir exploité, pendant une année au moins en qualité de commerçant, le fonds mis en gérance ». Après la résurrection qu'a connue la location-gérance avec la loi n° 56-277 du 20 mars 1956 (R. Maus, *La résurrection*

du contrat de gérance, *op. cit.*), il est permis de dire aujourd'hui qu'elle a connu une libéralisation remarquable en droit OHADA.

Néanmoins, il est regrettable qu'à l'article 141 du nouvel Acte uniforme portant droit commercial général, le législateur ait choisi de revenir à la durée de 2 ans. En tout état de cause, l'AUDCG n'ayant pas pu réparer toutes les lacunes que présentait la législation antérieure (*J. Nguebou Toukam, Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, ouvrage, op. cit., p. 54*), il subsiste quelques points sur lesquels l'on ne peut s'empêcher de s'interroger.

II - Existence de quelques interrogations

122. L'article 109 de l'AUDCG dispose, sans précision supplémentaire, que toute personne physique ou morale qui concède une location-gérance doit avoir été commerçante pendant deux années ou avoir exercé pendant une durée équivalente des fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une société, et avoir exploité pendant une année au moins, en qualité de commerçant, le fonds mis en gérance. En dépit du souci de clarté ayant guidé l'action du législateur dans la formulation de cette disposition, subsistent un certain nombre de points d'ombre que l'on peut regrouper autour de deux interrogations. La première, spécifique à l'exigence liminaire consiste à savoir si l'activité antérieure de la personne doit absolument appartenir au même domaine que celle dont elle désire poursuivre l'exploitation par voie de location-gérance (a). La seconde, commune aux deux conditions porte sur la computation des différents délais. Ceux-ci doivent-ils forcément couvrir des périodes consécutives (b) ?

a - Activité antérieure de la personne doit-elle forcément appartenir au même domaine que celle à mettre en gérance libre ?

123. Le bailleur doit avoir été commerçant au moins pendant deux années. L'on sait que la notion de « commerçant » est un terme générique désignant toute personne qui accomplit des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. C'est donc une personne qui exerce l'activité commerciale (*J. M. Nyama, Commentaire de la loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun, Juridis Info, 1991, n° 5, p. 10*). Celle-ci s'entend comme « toute activité de production et/ou d'échanges de biens et services, exercée par toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant conformément aux dispositions du Code de commerce » (*Art. 2, Loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun*).

Divers types d'activités rentrent dans cette rubrique dont : l'achat des biens meubles ou immeubles en vue

de leur revente ; les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage d'assurance et de transit ; l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles ; les opérations de location de meubles, ainsi que les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication (*Voir art. 3 de l'AUDCG*).

Toute personne qui exerce à titre professionnel l'une de ces activités a le droit de donner son fonds de commerce en gérance libre, si elle a été commerçante pendant au moins deux ans. La question consiste ici à savoir, si elle ne doit avoir exercé que dans le domaine de son activité actuelle. Pour prendre quelques exemples, un commerçant qui accomplit depuis plus de deux années les opérations d'achats des biens meubles en vue de les revendre, et qui change d'activité par la suite, peut-il donner en location-gérance un autre fonds de commerce spécialisé dans l'achat des biens immeubles en vue de leur revente ? Un autre, qui pendant une durée d'un an, pratique les opérations de location de meubles, et pendant une autre année, accomplit les opérations de manufacture, de transport ou de télécommunication peut-il valablement mettre son dernier fonds de commerce en gérance libre ?

124. À l'époque du décret n° 53 - 963 du 30 septembre 1953 relatif à la location-gérance de fonds de commerce, la réponse était négative. Afin d'éviter les opérations purement spéculatives ; afin de détruire les velléités de tout commerçant qui serait tenté de mettre en location-gérance un fonds de commerce n'ayant aucun rapport avec son activité professionnelle propre (*Voir Exposé des motifs du décret n° 53-953 du 30 septembre 1953 relatif à la location-gérance de fonds de commerce, JCP, 1953, III, 18222*), l'article 4 du décret sus-cité n'offrait la possibilité de donner leur fonds de commerce en location-gérance qu'aux « [...] personnes physiques ou morales ayant, depuis plus de sept années, exploité une entreprise commerciale ainsi que les personnes physiques ayant exercé pendant la même durée une activité commerciale. Ces personnes ne pouvaient donner en location-gérance que des fonds du ressort de leur activité professionnelle antérieure ». L'intention du législateur était louable. Mais, l'expression « du ressort de [...] » l'activité professionnelle antérieure du propriétaire-bailleur était, comme l'a déclaré si justement un auteur (*F. Givard, L'agonie de la gérance libre, op. cit., p. 162*), assez vague et susceptible d'interprétations variées (*L'expression « du ressort de [...] », bien évidemment imprécise et qui « laisse beaucoup à désirer » ne doit pas être confondue avec celle de « commerce similaire ». En effet, celle-ci est beaucoup moins large que celle-là*).

Un fonds de boucherie, par exemple, est-il du ressort de l'activité d'un épicier dans la mesure où la boucherie et l'épicerie sont toutes deux du commerce de l'alimentation ? Répondre par l'affirmative serait critiquable : le problème ne consiste pas à rechercher si la clientèle

peut être commune en tout ou en partie, mais bien de s'interroger sur la qualification professionnelle du bailleur (*R. Houin, Location-gérance de fonds de commerce et communauté d'exploitation, RTD com., 1954, p. 32*). Un fonds n'est du ressort de l'activité antérieure que lorsqu'il est en rapport avec la compétence de l'exploitant. C'est le cas d'un fonds de pâtisserie pour un boulanger, d'un fonds de triperie ou de charcuterie pour un boucher.

Cette exigence n'était pas de nature à faciliter les choses. Elle contenait une bonne dose de subjectivité. Nombreux sont les commerçants qui n'auraient pas pu donner leurs fonds en location-gérance, alors qu'ils remplissaient les conditions prévues, ou à l'inverse, qui auraient pu réussir à le faire alors que normalement ils n'en avaient pas le droit. Un tel anachronisme pouvait donner lieu à une jurisprudence imprécise, donc variable et dangereuse (*Voir R. Maus, La résurrection du contrat de gérance, op. cit., p. 70. Désormais, les choses sont plus précises car d'après le nouvel art 141, AUDCG, la personne doit avoir exploité pendant deux ans au moins, le « fonds mis en gérance ». Ce texte est même allé très loin pour supprimer l'expérience que la personne pouvait cumuler en assumant « les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une société » qui était de nature à susciter un certain nombre d'interrogations*).

125. C'est certainement dans l'optique d'éliminer cet inconvénient que dans la loi n° 56-277 du 20 mars 1956, toute allusion à l'expression « du ressort de [...] » a été éliminée : l'article 4 de ce texte dispose simplement que : « *Les personnes physiques ou morales qui concèdent une location-gérance doivent avoir été commerçants, ou artisans pendant sept années ou avoir exercé pendant une durée équivalente, les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique [...]* ».

C'est la même formule qu'a utilisée le législateur OHADA qui n'a procédé qu'à une simple réduction des délais. Au regard du maintien de la mise à l'écart de l'expression « ressort », il est permis de conclure que l'essentiel pour la personne désireuse de donner un fonds en location-gérance est d'apporter la preuve qu'elle a été commerçante pendant au moins deux ans. Peu important les domaines dans lesquels elle a exercé ses précédentes activités. Elle accomplissait les opérations d'achats et de revente des biens meubles, elle peut mettre en location-gérance un fonds destiné aux opérations d'achat des biens immeubles en vue de leur revente. Dans le même sens, si pendant une année elle accomplissait les opérations de location de meubles, a par la suite changé d'activité, pour se consacrer pendant une autre année, plutôt aux opérations de manufacture, de transport ou de télécommunication, rien ne l'empêche de donner le fonds qu'elle exploite au dernier moment en location-gérance. Elle est valablement expérimentée tel que l'exige le législateur.

L'expérience requise peut être suppléée par l'exercice pendant la même durée, c'est-à-dire deux ans, « des

fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une société » (*Art. 109 AUDCG*). Mais, cette possibilité peut susciter au moins deux interrogations. La première, qui vient immédiatement à l'esprit est de savoir de quel type de société il s'agit. Accomplie par exemple dans une société civile, la fonction de gérant est-elle suffisante pour permettre à l'intéressé, de mettre un fonds de commerce en gérance libre ? Autrement dit, une personne qui a exercé pendant deux années les fonctions de gérant d'une société autre qu'une société commerciale (*Le Gérant de société se définit comme un « Mandataire chargé de l'administration des affaires sociales (dans les sociétés civiles, les sociétés en participation [...]) et nommé par les statuts ou les délibérations des associés [...]* ». *Voir G. Cornu, vocabulaire juridique, op. cit., p. 384*). Par exemple, peut-elle donner un fonds de commerce lui appartenant en gérance libre ? En procédant à une interprétation littérale du texte en vigueur dans l'espace OHADA, on serait tenté de répondre par l'affirmative car l'article 109 de l'AUDCG donne la latitude de concéder une location-gérance, simplement aux personnes physiques ou morales ayant exercé pendant deux années les « fonctions de gérant [...] d'une société ».

126. Mais, à notre sens, une telle interprétation doit être désapprouvée. Seuls doivent avoir la possibilité de mettre leur fonds de commerce en gérance libre (bien entendu après une année d'exploitation), les personnes ayant exercé pendant deux années les fonctions de gérant d'une société commerciale. Seulement, doit-on rester attaché à la politique libérale du législateur, en permettant à tout ancien « gérant » ou « directeur commercial ou technique » d'une société commerciale ayant eu une certaine expérience (deux ans), de mettre en location-gérance tout fonds de commerce, y compris celui qui par son objet est éloigné de son activité antérieure ? Certes, il est possible de redouter l'action spéculative d'un certain nombre de personnes concernées, mais, il nous semble que celles-ci remplissent l'expérience nécessaire dans le domaine commercial.

Par ailleurs, le législateur n'a parlé expressément que des fonctions de « gérant ». Or, il ne fait pas de doute que cette dénomination n'est utilisée que pour désigner les personnes qui dirigent certains types de société. C'est le cas de la société en nom collectif (*Art. 276 AUDSG*), de la société en commandite simple (*Art. 298 AUDSG*), de la société à responsabilité limitée, (*Art. 323 AUDSG*) de la société en participation (*Art. 857 AUDSG*) et de la société de fait (*Art. 868 AUDSG*). L'on peut, dès lors se demander si les dirigeants de la société anonyme peuvent bénéficier de la même possibilité, et en l'occurrence, donner un fonds de commerce en location-gérance en se fondant sur deux années d'exercice de leurs fonctions au sein de leurs sociétés.

D'après l'article 414 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, il est nécessaire de distinguer deux types de sociétés anonymes : la société anonyme avec Conseil d'admi-

nistration, et la société anonyme avec Administrateur général (Voir: *A. Foko, Radioscopie des organes de gestion des sociétés Anonymes depuis l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, Verfassung und Recht in übersee, Law and Politics in Africa, Asia and Latin America, 1999, op. cit., p. 346*). Dans le premier type, la structure est dirigée, soit par un Président-directeur général (P-DG), soit par un Président du Conseil d'administration (PCA) et un Directeur général (DG). Dans le second type, en revanche, la société est dirigée par un Administrateur général.

127. À notre avis, il faudrait admettre que ces différentes personnes puissent se fonder sur les fonctions par elles assurées dans une Société anonyme pour mettre un fonds de commerce en location-gérance. D'une part, à l'instar du gérant, elles sont investies du pouvoir de conduire les destinées de leurs structures à un niveau suprême. D'autre part, il nous semble que c'est à titre indicatif que le législateur OHADA a utilisé le terme « gérant ». Il n'y aurait aucun inconvénient à lui assimiler toutes les autres personnes ayant la responsabilité d'assurer les actes de gestion de leurs sociétés. Selon la Cour de cassation française, la possibilité n'est d'ailleurs pas limitée aux gérants de droit. Les personnes ayant assuré leurs fonctions pendant le délai requis en qualité de gérants de fait sont considérées comme remplissant les conditions, et donc peuvent donner un fonds en gérance libre (*Cass. com., 19 nov. 1979, pourvoi n° 78-10493, Rev. Lid. Hebd, n° 1716, cité par B. Labovrier, Gérance de fonds de commerce, Location-gérance ou gérance libre, op. cit., p. 11*).

128. La seconde question toujours en rapport avec la nécessité d'avoir été commerçant pendant deux années ou d'avoir exercé pendant une durée équivalente les fonctions de gérant ou de directeur commercial d'une société est toute simple, mais comporte deux branches : Dans le calcul de la durée de deux ans, un commerçant peut-il prendre en compte le temps effectivement passé à la direction d'une société ? À l'inverse, le dirigeant d'une société a-t-il la possibilité de retenir la période où il était commerçant pour pouvoir mettre en gérance le fonds de commerce appartenant à la société ?

129. En ce qui concerne la première branche, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour l'addition des durées passées, tantôt à la direction de la société, tantôt pour exercer personnellement l'activité commerciale. Il ne faut pas, répondait justement un Ministre français à une question identique (*Rép. min. n° 42382 : JOAN 11 févr. 1978, p. 528 : JCPN, 1978, prat. 7006-2*), que l'on interprète de manière restrictive le texte, en imposant au propriétaire du fonds de commerce qui veut le mettre en location-gérance, l'alternative d'avoir été pendant la durée exigée (deux ans en OHADA), soit commerçant, soit directeur commercial ou technique. En dépit de ce

que la rédaction du texte soit peu précise et donc susceptible de conduire plutôt à une conclusion inverse : « avoir été commerçant pendant deux années ou avoir exercé pendant une durée équivalente les fonctions de [...] », il faut rester attaché à la finalité du texte (*J. Derruppé, Location-gérance, RTD com., 1978, p. 96*).

Le délai exigé vise à éviter les manœuvres spéculatives de ceux qui seraient tentés de donner des fonds en location-gérance sans avoir témoigné d'une vocation commerciale par une qualification professionnelle suffisante. Il serait excessif, déclare à juste titre Jean Derruppé (*Il corroborait purement et simplement la position du Ministre français en charge de la Justice dans la réponse sus-citée*), d'exiger que l'activité commerciale se soit exercée exclusivement, que soit à titre de commerçant individuel, soit à titre de dirigeant d'une entreprise sociale. La garantie contre les opérations de spéculation attendue de la période des deux ans est la même, quel que soit le mode d'exercice de l'activité. Il suffit que celle-ci soit effective contrairement au texte de 1953 qui se contentait de l'exercice « d'une activité commerciale » (*Art. 4 du décret n° 53-874 du 22 septembre 1953 relatif à la location-gérance de fonds de commerce modifié par le décret n° 53-963 du 30 septembre 1953 : « Ne peuvent donner leur fonds en location-gérance que les personnes physiques ou morales ayant, depuis plus de sept années, exploité une entreprise commerciale ainsi que les personnes physiques ayant exercé pendant la même durée une activité commerciale »*), ajoute-t-il.

Le texte de 1956, « inspireur » de la disposition équivalente dans l'AUDCG, au moyen d'une rédaction plus précise (*La rédaction est particulièrement précise dans la mesure où parmi les personnes qui participent à l'exploitation d'une société commerciale, seuls sont admis à faire jouer cette possibilité, pour donner un fonds de commerce en gérance libre, le gérant, le directeur commercial ou technique à l'exclusion de tout autre responsable*), parle de la profession de « commerçant » ou « des fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique ». Il est donc justement raisonnable et logique d'admettre qu'un commerçant puisse satisfaire au délai de deux ans en ajoutant à la période où il a eu cette qualité, celle où il a été soit gérant, soit directeur commercial ou technique d'une société ayant une activité commerciale. L'agrandissement du cercle des bénéficiaires de la possibilité de mettre un fonds de commerce en location-gérance, corollaire de la libéralisation du statut du commerçant est à ce prix.

130. Pour ce qui est de la seconde branche de la question, à savoir si le dirigeant d'une société a la possibilité de retenir la période où il a été commerçant pour pouvoir mettre en gérance le fonds de commerce appartenant à la personne morale, la réponse doit plutôt être prudente, sinon négative. Le problème est différent de celui que nous venons d'analyser. Ce qui importe n'est pas le seul calcul du délai. Mais, il convient de savoir qui doit satisfaire cette exigence légale. La société ou

ses dirigeants ? La réponse est évidente et ne fait l'objet d'aucun doute. En effet, l'article 109 de l'AUDCG est clair : ce sont les personnes physiques ou morales qui concèdent une location-gérance qui doivent « avoir été commerçantes pendant deux années ou avoir exercé pendant une durée équivalente les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une société ». Il appartient donc à la société de remplir elle-même cette condition en ayant pendant le délai fixé, soit exploité le fonds, comme société commerciale, soit exercé l'une des fonctions ci-dessus énumérées (*Rien n'empêche que la direction d'une personne morale soit assurée par une autre personne morale. Voir les dispositions pertinentes de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et au GIE*).

Si le fonds appartient à la société, précise opportunément un auteur (*J. Derruppé, Location-gérance, RTD com., 1978, op. cit., p. 97*), c'est la société qui doit elle-même satisfaire à la prescription légale. Elle doit donc avoir au moins deux années d'existence, sinon il serait trop facile de tourner l'exigence légale en constituant, par exemple une société aux fins d'acheter un fonds, de confier la gérance de la structure à un commerçant complaisant (qui satisfait personnellement à l'exigence de deux ans), et de mettre, enfin ce fonds en gérance libre. Y aurait-il meilleure spéculation que celle-là ? Toutes choses que les différents législateurs ont tenu à combattre à travers la réglementation de la location-gérance.

b - Délais doivent-ils porter sur des périodes consécutives ?

131. La personne qui concède une location-gérance doit, d'une part, avoir été commerçante pendant deux années, ou avoir exercé pendant une durée équivalente les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une société, et d'autre part, avoir exploité, durant une année au moins, en qualité de commerçant, le fonds mis en gérance, dispose l'article 109 de l'AUDCG. De ce texte, il se dégage une obligation de remplir deux délais : l'un de deux ans, et l'autre d'un an. La question peut toutefois se poser de savoir si chaque délai doit nécessairement être couvert de manière continue. Autrement dit, est-il possible d'additionner deux délais séparés par un vide ? Apparemment simple, cette question on ne peut plus pertinente, invite à discerner plusieurs cas de figures.

1 - Hypothèse d'exploitation à des époques différentes

132. L'interrogation est valable pour les deux durées. Par rapport au délai de deux ans, qu'en est-il d'un commerçant qui exerce son activité pendant une année, par exemple, passe ensuite une ou plusieurs autres années à vide avant de renouer avec la profession commerciale à laquelle il se consacre à nouveau pendant un an ? Relativement au délai d'un an, un commerçant qui exploite,

par exemple un fonds de commerce pendant six mois, le met en vente, le rachète deux années après et l'exploite encore pendant six mois, peut-il être considéré comme remplissant la condition qui lui permet de mettre ledit fonds en gérance libre ? (*Question également valable pour la durée de deux ans du nouvel article 141, AUDCG*).

À notre sens, la réponse doit être affirmative. Les rédacteurs de l'Acte uniforme n'ont nullement fait allusion à l'expression « période continue » ou à une notion équivalente. Selon un auteur (*R. Maus, La résurrection du contrat de gérance, op. cit., p. 70*) qu'il nous plaît de soutenir, ce serait ajouter au texte du législateur que d'imposer cette exigence. Des périodes séparées, même lointaines et qui, ajoutées l'une à l'autre, parviennent à faire le délai requis (deux ans ou un an selon les cas) satisfont au vœu du législateur (*À propos du décret du 22 sept. 1953, RTD com., 1955, p. 56, n° 12. Mais, contra, trib. civ. Mont-de-Marsan, 24 sept. 1954, DS, 1955, somm., 18 ; Gaz. Pal., 1954, 2, 316*).

L'époque de l'exploitation est donc indifférente. Il n'est par conséquent pas nécessaire que les délais aient été continus et aient précédé immédiatement le contrat par lequel est concédé le fonds en location-gérance (*Cass. com., 7 févr. 1995, JCP G, 1995, IV, 857 ; n° II, p. 1317 ; RJDA, 6/95, n° 712 ; JCP G, 1995, pan. n° 422 ; RJDA, 6/95, n° 712 ; BRDA, 5/95, p. 9 ; D., 1995, inf. rap., p. 73 ; D., 1995, p. 489, note M.-F. Coutant*).

Naturellement, une personne qui remplit les conditions ici requises a le droit de donner un fonds en gérance successivement à plusieurs locataires. À la question qui vient immédiatement à l'esprit de savoir s'il n'y a aucune limitation dans cette latitude, il est permis de dire que la possibilité est ouverte à l'infini. Le législateur n'ayant fixé aucune borne, l'on peut en déduire que dès lors qu'une personne a accompli les délais respectifs de deux et d'un an, elle est considérée comme nantie de l'expérience nécessaire pour consentir des locations-gérences autant de fois qu'elle le voudrait.

2 - Hypothèse de changement d'espace d'exploitation

133. La notion d'espace d'exploitation de l'activité commerciale comporte une double dimension. La première renvoie au territoire national et la seconde au local occupé à l'intérieur de ce territoire.

En considération de la première dimension, l'on peut se demander si une personne ayant exercé l'activité commerciale, ou assuré les fonctions de directeur commercial, ou technique à l'étranger a le droit de se prévaloir de cet « acquis » pour concéder une location-gérance dans un État membre de l'OHADA.

134. Lorsqu'on parle d'un État étranger, cette qualification ne concerne aucun des seize États membres de l'OHADA (*Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée-Bissau, Guinée Équatoriale, Guinée, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo. Plusieurs États anglophones (le*

Ghana et l'Éthiopie), en l'occurrence sont intéressés par le droit OHADA et examinent l'opportunité d'intégrer tout ou partie des Actes uniformes dans leur droit interne. La République démocratique du Congo, la République de Djibouti, l'Angola et le Mozambique s'y intéressent également. Madagascar à adopter purement et simplement une législation nouvelle conforme à certains Actes uniformes. Voir A. Fénéon, *Bilan et perspectives de l'OHADA*, RJPIC, 2001, p. 250), mais bien au regard de l'ensemble de la zone (G. Kalgong'bé Ganbi, *La liberté de commerce et d'industrie au Cameroun*, Mémoire, op. cit., p. 15). Les Actes uniformes étant directement applicables et obligatoires à l'intérieur de l'espace OHADA, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure (Article 10, *Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique*), aucun problème particulier ne se pose à propos d'une personne qui a accumulé son expérience dans cette zone.

En réalité, le problème ne concerne donc que ceux qui auraient fait leur preuve hors de la zone concernée. Lorsqu'une question similaire s'est posée en France à partir de la loi du 20 mars 1956, le Ministre du commerce et de l'artisanat a donné la réponse suivante : il n'est pas possible d'admettre pour le calcul du délai (même au bénéfice d'un ressortissant communautaire), l'addition du délai d'exercice du commerce à l'étranger et en France, la loi du 20 mars 1956 ne pouvant être que d'application territoriale. Comme porte de sortie, le Ministre a préconisé la saisine des tribunaux de l'ordre judiciaire, car ils ont la possibilité d'accorder des réductions de délais, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce. Une telle solution permettrait aux étrangers de faire valoir qu'ils ont acquis hors de la France, une compétence équivalente de celle qui résulterait d'un exercice dans l'espace français (*Rép. min. n° 26580, JOAN Q 9 juin 1980, p. 2358, JCPN, 1980, prat. 7728*).

135. En se prononçant ainsi, le Ministre interpellé s'est surtout fondé sur un argument, le fait qu'il existe une grande différence entre les pratiques commerciales et les régimes juridiques applicables dans les divers États, dont les ressortissants désirent s'établir en France. Mais, à notre sens, cet argument ne saurait prospérer dans l'espace OHADA. Le plus souvent, un expatrié qui s'établit dans l'un des États membres est ressortissant de l'ancienne puissance colonisatrice. C'est le cas d'un français qui s'installe au Cameroun, en Côte d'Ivoire ou au Sénégal. Le droit OHADA ayant été largement inspiré de l'arsenal juridique français, Il serait manifestement illogique de prétendre, par exemple, qu'une personne, ayant été commerçante, ou qui a assuré les fonctions de directeur commercial, ou technique dans l'environnement dont est issu le moule du droit africain, n'a pas d'expérience suffisante pour donner un fonds en location-gérance. Bien plus, quel que soit le système juridique, il existe des principes généraux gouvernant l'activité commerciale. Le commerçant est foncièrement

une personne qui exerce sa profession dans le but d'en tirer profit pour survivre. Il se distingue d'autres professionnels en ce qu'il ne pose, ni les actes de bienfaisance, ni les actes de générosité. Dès lors qu'une personne apporte la preuve qu'elle a eu une expérience en ce sens, y compris à l'étranger, l'on devrait la transposer purement et simplement dans l'espace OHADA.

À propos de la seconde dimension, l'on peut se demander si la condition d'un an est remplie lorsqu'un commerçant a d'abord exploité son fonds ailleurs, mais toujours sur le territoire national. Selon la doctrine, lorsqu'une personne a acquis un droit au bail pour y transférer un fonds de commerce lui appartenant situé auparavant dans un autre local loué par elle, et lorsque le transfert du lieu d'exploitation n'a pas eu pour effet de créer la nouvelle clientèle, compte tenu de la proximité des deux établissements, elle dispose du droit, de la possibilité de mettre le fonds en location-gérance dans les nouveaux locaux (*Laborrier, Gérance de fonds de commerce, Location-gérance ou gérance libre, op. cit., p. 11*). Le simple transfert sans création d'un fonds nouveau est donc sans impact négatif s'il n'y a pas eu création d'une nouvelle clientèle en raison de la proximité des locaux (*Cass. civ., 3, 15 juin 1994, RJDA, 10/94, n° 1018*).

136. En tout état de cause, le constat général auquel l'on peut aboutir est qu'il y a eu un raccourcissement substantiel de la période expérimentale. Cette réduction des durées préalables à respecter par toute personne habitée par la volonté de concéder une location-gérance a indubitablement une portée ambivalente. Elle présente d'incontestables avantages au commerçant comme au locataire-gérant. En effet, ils peuvent user de ce procédé pour améliorer assez rapidement leurs situations socio-économiques. A l'inverse, il est possible qu'une utilisation non mûrie ou bien affinée de cette technique conduise plutôt à enfoncer le propriétaire du fonds. Ceci est sans oublier la fâcheuse éventualité dans laquelle les spéculateurs véreux peuvent faire main basse sur diverses activités commerciales, diminuant par là même l'espace qu'auraient pu exploiter les « jeunes débrouillards ». Dans tous les cas, le législateur OHADA a fait son choix dans le sens d'un assouplissement de la « loi du 20 mars 1956 » qui s'appliquait par le passé dans la quasi-totalité des pays africains de la zone franc. Il ne s'est d'ailleurs pas limité à cet aspect du régime de la location-gérance, il a également consacré un relâchement des conditions formelles de l'opération.

B - Conditions de forme de la location-gérance

137. En plus des conditions de fond, la validité du contrat de location-gérance est en principe subordonnée à un certain nombre de formalités. Mais, au regard du nouvel arsenal juridique mis en œuvre à cet égard dans le cadre de l'OHADA, il apparaît que le législa-

teur a laissé une importante marge de manœuvre aux parties. Il leur a laissé une option quant à la forme de leur contrat (I), alors que le régime de publicité mis en place peut se heurter à un problème d'effectivité (II).

I - Options quant à la forme du contrat

138. L'Acte uniforme portant droit commercial général a organisé le régime de la location-gérance aux articles 106 à 114 (*art. 138 à 146 du nouvel AUDCG*). Une lecture attentive de ces différentes dispositions permet de se rendre compte qu'aucune allusion n'a été faite à la forme que doit revêtir le contrat. L'article 107 alinéa 3 de cet Acte uniforme se contente d'énoncer que : « Tout contrat de location-gérance doit être publié, dans la quinzaine de sa date, sous forme d'extrait dans un journal habilité à recevoir les annonces légales ». (*Même le nouvel article 139 al. 3 ajoute seulement que « Tout contrat de location-gérance doit en outre être publié, par la partie la plus diligente et aux frais du locataire-gérant, dans la quinzaine de sa date, sous forme d'extrait dans un journal habilité à publier les annonces légales et paraissant dans le lieu où le fonds de commerce est inscrit au Registre du commerce et du crédit mobilier »*).

Quelques précisions sont apportées par rapport au régime des mesures de publicité. Mais, l'on reste sur sa faim à propos de la présentation matérielle du contrat. Par rapport à un problème aussi important que celui de la forme, les rédacteurs des Actes OHADA ayant opté pour le mutisme, il ne nous semble pas trahir leur pensée que de conclure qu'ils ont voulu en laisser la charge à l'appréciation des deux parties. Le contrat de location-gérance se présente alors comme un modèle de contrat consensuel (a) qui peut poser un important problème de preuve (b).

a - Caractère consensuel du contrat de location-gérance

139. Sous le droit en vigueur avant l'entrée en vigueur de la réforme OHADA, la location-gérance devait faire l'objet d'un écrit (notarié ou sous seing privé), destiné à être enregistré et déposé au greffe du tribunal compétent (*Universités francophones, UREF, Droit commercial et des sociétés en Afrique, Édicef, op. cit., p. 26*). En outre, dans la législation sénégalaise, les éléments devant obligatoirement être contenus dans l'acte étaient clairement indiqués : désignation des parties et du fonds ou de la partie du fonds louée, origine de la propriété, état des sûretés grevant éventuellement le fonds, durée de la location-gérance, clauses relatives à la propriété des équipements et des stocks, etc.

140. À la question de savoir quelle forme doit effectivement revêtir le contrat de location-gérance, en raison du mutisme du législateur OHADA, l'on a deux

interprétations doctrinales : la première estime que le contrat doit toujours être constaté par un écrit, acte authentique, ou sous seing privé dûment enregistré et contenant des mentions obligatoires (*Voir A. Fénéon et J. R. Gomez, OHADA, Droit commercial général, commentaires, Édicef, éd. FFA, op. cit., p. 82*). À l'inverse, l'autre tendance à laquelle nous adhérons entièrement, soutient qu'en ce qui concerne la forme, l'Acte uniforme portant droit commercial général « n'impose pas de forme écrite pour le contrat de location-gérance » (*J. Nguebou Toukam, Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, ouvrage, op. cit., p. 55*). Il se forme donc par le seul échange de volonté entre les parties. On parle alors de contrat consensuel (*C'est cette approche qu'avait choisi le législateur malien qui dans le Code de commerce de ce pays, n'avait pas prévu de manière expresse l'obligation de rédiger un écrit*).

Dire que le contrat de location-gérance a un caractère consensuel signifie qu'il se forme par le seul accord de volonté entre les parties. À la condition d'être effectif, cet accord est suffisant pour la formation et la validité du contrat. Peu importe la forme sous laquelle il se présente. La rédaction d'un écrit n'est donc pas nécessaire. Les parties demeurant libres de choisir la forme qui leur plaît, le contrat n'en est pas moins valable s'il est verbal et il oblige les parties de la même manière qu'un contrat écrit, à condition que son existence ne souffre pas d'incertitude (*Req., 6 nov. 1933, Gaz. Pal., 1934, 1, p. 78*).

Lorsque les parties auraient opté pour un contrat verbal, il est difficile de supputer sur ses conditions de forme. Le débat ne peut avoir lieu en réalité que sur le terrain de la preuve. Par contre, lorsqu'elles auraient plutôt choisi la forme écrite, l'obligation d'établir l'acte en respect d'un certain nombre de paramètres est indiscutable. Si elles ont choisi de se contenter de la forme sous seing privé qui présente l'avantage d'être moins onéreuse, aucune forme de rédaction n'est imposée. Elles peuvent élaborer à leur guise un document manuscrit, dactylographié ou imprimé.

141. En revanche, au cas où elles auraient préféré passer leur contrat par-devant notaire (acte authentique), (*La forme notariée est généralement considérée comme présentant plusieurs avantages. A titre d'exemple, elle fait foi jusqu'à ce que réussisse une procédure en inscription de faux contre le notaire. Voir B. Laborrier, gérance de fonds de commerce, op. cit., p. 3*) l'acte doit forcément respecter les conditions de validité des actes notariés. Il doit par exemple, être rédigé dans un seul et même texte, sans abréviation, lacune, blanc ni interligne. Chaque rature des mots et des renvois doit être approuvée à la fois par les notaires et les parties et si l'acte est écrit en tout ou en partie, autrement qu'à la main, chaque feuille doit être paraphée par le notaire et les parties (*Voir M. Robinault, La location-gérance de fonds de commerce, op. cit., p. 153*).

Si un tel acte venait à être annulé pour cause de

défaut de forme, il peut valablement servir comme un acte sous seing privé. Mais, pourrait précisément se poser le délicat problème de la preuve.

b - Preuve du contrat de location-gérance

142. Le caractère consensuel du contrat de location-gérance l'avons-nous dit, implique que le contrat soit valablement formé à partir du seul accord de volonté entre les parties. La liberté dont elles bénéficient à la formation de leur contrat déteint sur le régime de la preuve de cet acte. La location-gérance d'un fonds de commerce fait partie intégrante des actes de commerce énoncés à titre indicatif à l'article 3 de l'Acte uniforme portant Droit commercial général. Cet article dispose en effet : « Ont le caractère d'actes de commerce notamment [...] les opérations des intermédiaires de commerce, telles que commission, courtages, agences, ainsi que les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de sociétés commerciales ou immobilières [...] ».

La commercialité de la location-gérance est donc fortement établie. Par conséquent, les règles de preuve auxquelles obéit une telle opération sont fonction à la fois de son caractère consensuel et de son caractère commercial. En vertu de ce dernier caractère, la location-gérance doit être jugée conformément aux règles de preuve spécifiques au droit commercial. Or, on sait qu'en ce domaine, « les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à l'égard des commerçants » (*Article 5 de l'AUDCG. Cet article est une reprise de l'article 109 du Code de commerce français dans sa version modifiée par la loi du 12 juillet 1980* : « À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens, à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ». *Avant cette loi, le critère de la liberté de la preuve était l'acte de commerce. Désormais, le critère retenu est la qualité de commerçant des parties. L'article 5, nouveau est plus détaillé* : « Les actes de commerce se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants. Tout commencement de preuve par écrit autorise le commerçant à prouver par tous moyens contre un non-commerçant. Les livres de commerce tenus en application des dispositions du présent Acte uniforme sont admis par le juge pour constituer une preuve dans les conditions prévues ci-dessus. Les livres de commerce et les états financiers de synthèse constituent des moyens de preuve. Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres de commerce et des états financiers de synthèse peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le litige »).

143. Avant de poursuivre les développements, il importe de préciser que la commercialité des parties à un contrat de location-gérance ne devrait, en principe,

soulever aucune difficulté. Si l'on se situe premièrement du côté du loueur, hormis celui qui met le fonds en location-gérance alors qu'il ne l'a jamais exploité (*Tel est le cas des mineurs héritiers ou des personnes exerçant des activités incompatibles avec l'activité commerciale*), c'est très souvent un commerçant propriétaire du fonds qui conclut un tel contrat. Peu importe qu'il le fasse alors qu'il se prépare à prendre sa retraite. En se plaçant, en second lieu du côté du locataire-gérant, l'analyse s'avère plus facile. Sa commercialité doit être admise en vertu de la théorie de l'anticipation. Étant donné que le contrat qu'il serait amené à conclure a pour objectif immédiat l'exercice d'une profession commerciale, il nous semble parfaitement logique de lui reconnaître par anticipation la qualité de commerçant afin de permettre de résoudre le litige né de son contrat (*Voir Com., 19 juin 1972, JCP, 1973, II, 17356, note Calais-Auloy*).

Pour revenir au principe de la liberté de preuves (*Voir G. Parléani, Un texte anachronique : le nouvel article 109 du Code de commerce, D., 1983, p. 65 ; Y. Chartier, La preuve commerciale après la loi du 12 juillet 1980, Études M. De Juglart, 1985, p. 95 ; F. Chamoux, La loi du 12 juillet 1980, une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, JCP, 1981, I, 3008*). Celle-ci a surtout pour fondement la rapidité et le caractère répétitif des opérations commerciales. Le plus souvent, ces dernières sont conclues dans les mêmes conditions et entre les mêmes personnes. Dans ce contexte, un écrit signé par les deux parties serait une formalité superflue. (*Voir Y. Guyon, Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés, t. I, op. cit., p. 72 ; M. De Juglart et B. Ippolito, Cours de Droit commercial avec travaux dirigés et sujets d'examen, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce et effets de commerce, 1^{er} vol., 10^e éd., Montchrestien, 1992, p. 114*).

Applicable à la location-gérance, il convient de rappeler que la liberté des preuves entraîne de nombreuses et importantes conséquences. Alors qu'en matière civile, l'article 1341 du Code civil impose la preuve écrite pour tout litige dont l'intérêt est au moins égal à 5 000 francs (français) (*Disposition du Code civil dans sa version applicable au Cameroun. En France, la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques a repris la rédaction initiale de l'article 1341. L'une des principales innovations a été la fixation de la nouvelle limite à partir de laquelle un écrit est exigé. Le texte de 1804 mentionnait directement ce seuil à 150 francs de l'époque. Ce seuil a été relevé à plusieurs reprises : 500 francs en application de la loi du 1^{er} avril 1928 ; 5 000 francs suite à la loi du 21 février 1948 ; somme convertie en celle de 50 francs en vertu de l'ordonnance n° 58-1341 du 27 décembre 1958 instituant une nouvelle unité monétaire. Actuellement ce montant est de 750 euros*), en matière commerciale, par contre, le commerçant peut justifier ses allégations par tous moyens possibles. Il peut donc recourir même aux moyens les plus modernes : télex, disquettes informatiques, bandes magnétiques, photocopies, microfilms, etc. La

règle de la liberté des preuves ne saurait donc au nom du caractère consensuel du contrat, être par exemple, limitée par l'obligation de rédiger le contrat par écrit. Cette obligation offre simplement l'avantage de faciliter la preuve du contrat et des obligations qui en découlent pour chacune des parties à l'opération.

Par ailleurs, les parties contractantes ne sont pas tenues aux formalités prescrites par le droit civil pour la validité des contrats synallagmatiques rédigés en la forme, sous seing privé. En matière civile justement, lorsque l'acte est rédigé sous cette dernière forme, il doit être établi en double exemplaire à raison d'un par partie, pour pouvoir constituer un titre régulier. Le locataire-gérant et son bailleur ne sont une fois de plus pas concernés par cette exigence car ils bénéficient de la liberté des preuves.

Celle-ci les met enfin à l'abri des prescriptions des articles 1325 et 1326 du Code civil. En effet, l'article 1325 dispose : « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables, qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits [...] ».

L'article 1326 dispose à son tour : « Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable doit être écrit en entier de la main de celui qui souscrit, ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose ; excepté le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de service ».

144. En droit français, on dit la même chose en d'autres termes : « L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement, ainsi que la mention écrite par lui-même de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres en cas de différence. L'acte sous seing privé vaut la somme écrite en toutes lettres » (*Cette nouvelle formulation est l'œuvre de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, modifiée par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000. Tout en poursuivant la même finalité, cette loi a mis fin à la célèbre formule du « bon pour... » qu'imposait l'article 1326 dans la rédaction d'origine. En outre, elle a fait disparaître l'exception qu'elle comportait. Bien évidemment, elle a utilisé des expressions plus modernes*).

Si la location-gérance avait un caractère civil, les parties seraient tenues de se conformer à ces conditions. Mais, comme tel n'est pas le cas, si le propriétaire reconnaît à travers un écrit avoir reçu du locataire-gérant à titre de cautionnement une certaine somme d'argent qu'il

s'engage à lui restituer à la fin du contrat, le « bon pour [...] » ne sera pas exigé. La jurisprudence (*Com.*, 19 mars 1980 ; *Bull. civ. IV*, n° 136 ; 11 déc. 1984. *Bull. civ. IV*, n° 338) et la loi (*Loi du 12 juillet 1980. Les cautionnements commerciaux peuvent se prouver par tous moyens. Mais, ce cautionnement doit émaner du commerçant. Lorsqu'ils émanent des non-commerçants, même s'ils sont commerciaux, les cautionnements doivent respecter les prescriptions de l'article 1326 du code civil : « être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement, ainsi que la mention écrite de sa main, de la somme [...] en toutes lettres et en chiffres »*). Il y a d'ailleurs unanimité sur ce point. Voir *Com.* 21 juin 1988, *JCP*, 1989, II, 21170, note Ph. Delebecque ; *Com.*, 10 mai 1988, *Banque*, 1988, p. 1163, obs. Rives-Lange ; *Com.*, 21 juin 1988, *D.*, 1988, IR, 195. *Le but de cette formalité est d'assurer la protection du cocontractant civil*) françaises sont acquises depuis longtemps à cette thèse.

145. Sur un autre plan, il se peut que les parties n'aient pas rédigé d'écrit. Elles peuvent alors recourir à d'autres modes de preuve tels que, la preuve testimoniale, recevable quel que soit le montant de l'acte ou par simple présomption (*Cass.*, req. 6 nov. 1933, *DH*, 1933, p. 571, *Gaz. Pal.*, 1934, I, p. 78). Il est également possible de recourir à la correspondance échangée entre les parties, aux livres qu'elles tiennent (*Com.*, 12 oct. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 312, p. 265), aux copies et à toutes les formes de présomptions. Ainsi peut-on se demander, si l'écrit au cas où il existe, a prééminence sur les autres modes de preuve. Assurément pas, le corollaire de la théorie de la liberté des preuves est celle de l'égalité des différents modes. En dépit de ce que l'une des parties se fonde sur un écrit pour justifier ses prétentions, son adversaire peut valablement réussir à faire triompher sa position sans produire d'écrit. Ainsi par exemple, a-t-il été décidé qu'en présence d'un bon de commande écrit portant mention d'un prix, l'acheteur était admis à prouver que le vendeur lui avait accordé verbalement une remise sur ce prix (*Com.*, 3 mai, 1984, *Bull. civ. IV*, n° 145).

Enfin, les règles relatives à la date certaine des actes juridiques (*Article 1328 du code civil*) ne sont pas applicables au contrat de location-gérance. Ce contrat a pour date certaine, celle qui y figure, sans besoin de remplir les formalités du code civil (*Com.*, 25 avril 1983, *D.*, 1984, p. 1, note Jourdin).

146. En définitive, la commercialité du contrat de location-gérance conduit à lui appliquer un régime de preuve particulièrement libéral. C'est bien à cela qu'a voulu aboutir le législateur OHADA lorsqu'il a opté pour la simplicité en l'intégrant expressément parmi les actes ayant le caractère d'acte de commerce. En effet, sous le Code de commerce de 1807 applicable dans la quasi-totalité des États membres de l'OHADA avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, aucune allusion n'était expressément faite à la « location-gérance », réputée acte de commerce. En le faisant, le législateur OHADA s'est

quelque peu démarqué de la rédaction de cette disposition en droit français. L'article L. 110-1 du Code de commerce (*Version résultant de la codification à droit constant de l'année 2000*) dispose simplement que : « La loi répute acte de commerce : 1° - Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre ; 2° - Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ; 3° - Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières ; 4° - Toute entreprise de location de meubles ; 5° - Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ; 6° - Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ; 7° - Toute opération d'échange, banque et courtage ; 8° - Toutes opérations de banques publiques ; Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ; 10° - Entre toutes personnes, les lettres de change ».

Par rapport à la forme du contrat, le bailleur et le locataire-gérant disposent donc d'une importante marge de manœuvre. Ils sont libres de choisir la forme qui leur convient mieux, bien entendu en ayant présent à l'esprit le souci d'une certaine sécurité. C'est pareil souci que les rédacteurs des instruments OHADA ont eu en prévoyant la publicité de l'opération. Au regard du symbolisme adopté, il est toutefois à se demander si cet objectif peut efficacement être atteint.

II - Publicité du contrat de location-gérance

147. Pour mieux apprécier l'ampleur de la libéralisation, il serait de bonne méthode de faire d'abord un rappel historique (a), avant de déboucher sur le système actuel (b).

a - État de la question

148. L'exigence de la publicité n'a pas toujours existé. Jusqu'à la loi n° 49-483 du 9 avril 1949 relative au Bulletin officiel du registre du commerce et des métiers (*J O français, 10 avril 1949, p. 3655*), aucune disposition légale n'avait imposé une publicité déterminée du contrat de location-gérance. L'article 3 de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce n'avait soumis à la publicité que les contrats consacrant la mutation de propriété de fonds de commerce, et précisément la mutation à la suite de la vente du fonds de commerce, ce qui n'était pas le cas des contrats de location-gérance. Ainsi, n'était-elle pas concernée par cette publicité (*Civ., 8 mars 1938, Rec. Sirey, 1938, I, p. 390 ; Civ., 13 mars 1944, Rec Sirey, 1944, I, p. 83, Gaz. Pal., 1944, I, p. 263. Ces arrêts se sont voulus clairs en énonçant : « Attendu que*

les dispositions de ces articles (ceux de la loi du 17 mars 1909) sont applicables en dehors du cas de mutation de la propriété ou de l'ensemble des éléments essentiels qui constituent le fonds de commerce [...] ». Dans le même sens, voir Trib. com., Marseille, 3 déc. 1930, Rec Marseille, 1931, 1, 8 ; Trib. com., Narbonne, 22 juillet 1932, Gaz. jud. com., Lyon 1932. 319 ; Paris, 20 janv. 1934, Gaz. trib., 22 mars 1934 ; Paris, 18 nov. 1935, Gaz. Pal., 1936, I, p. 61).

149. C'est par la loi du 18 mars 1919 sur le registre de commerce, que l'on commence à établir un rapport entre la location-gérance et une mesure de publicité, en l'occurrence, le registre de commerce. Mais, il s'agit non pas de publier l'opération afin que les tiers et particulièrement les fournisseurs puissent en avoir connaissance, mais plutôt d'obliger le locataire-gérant en sa qualité de commerçant à se faire inscrire au registre du commerce. Et s'il était déjà commerçant, faire une déclaration modificative de son inscription, étant donné qu'il exploite un nouvel établissement. Cette formalité avait une force pratiquement limitée dans la mesure où la sanction de son inobservation ne consistait qu'en une peine d'amende à la charge du contrevenant (*Article 18 de la loi du 18 mars 1919, DP, 1920, IV, p. 86*). Pour tout dire, sa valeur juridique se résumait en l'inopposabilité et non en l'annulation du contrat.

En l'absence de texte, la pratique avait suppléé le vide en instituant une publicité du contrat de location-gérance par insertion dans un journal d'annonces légales du lieu où le fonds était exploité. Naturellement, s'était posée la question de savoir ce qui adviendrait à un propriétaire, au cas où il n'aurait pas satisfait à cette mesure. Autrement dit, se posait le problème de la valeur juridique de la publicité. Avait-elle une force obligatoire, susceptible d'entraîner la responsabilité du propriétaire défaillant ? Celui qui s'en était acquitté pouvait-il s'exonérer de toute responsabilité vis-à-vis de ses créanciers ?

150. Il y a eu en jurisprudence et en doctrine des réponses qu'un auteur (*Voir M. Robinault, La location-gérance de fonds de commerce, ouvrage, op. cit.*) s'est donné le devoir de bien systématiser.

La jurisprudence s'est montrée particulièrement indécise. Certaines décisions déniaient aussi bien la force obligatoire que toute valeur juridique à cet usage (*Trib. com., Pontoise, 8 nov. ; Paris, 26 janv. 1932, Gaz. Pal., 1932, I, p. 951 ; Nancy, 15 janv. 1929, Rec. Sirey, 1930, II, p. 26, note Rousseau ; Trib. com., Seine, 3 mai 1929, Gaz. Trib., 11 févr. 1930, 20 janv. 1932, Gaz. Pal., 1932, 2, p. 960, sous note b ; Paris, 25 mars 1933, Gaz. Pal., 1933, II, p. 131 ; Trib. com. Seine, 4 mai 1933 ; Gaz. Pal., 1933, II, p. 132 ; Paris, 13 juin 1933, Gaz. Pal., 1933, Gaz. Pal., 1933, II, 132 ; Paris, 13 juin 1933, Gaz. Pal., 1933, II, p. 496 ; Trib. com., Seine, 13 janv. 1934, Gaz. Pal., 1934, I, p. 633*). D'autres se bornaient à déclarer qu'en l'absence de texte, le propriétaire du fonds ne

pouvait encourir de responsabilité délictuelle à cause du non-accomplissement d'une publicité (*Grenoble, 13 juin 1935, Gaz. Pal., 1935, II, p. 561, Rec. Sirey, 1936, II, p. 35, note H.-R.*).

À l'inverse, une dernière catégorie de décisions y reconnaissait la valeur juridique, et la sanctionnait (*Paris, 29 mars 1930, Gaz. Pal., 1932, I, p. 960, sous note a ; 7 juin 1930, Gaz. Pal., 1932, I, p. 958 ; 8 juillet 1930, DH, 1930 ; p. 530 ; 11 juin 1931, Sem. Jurid. 1934, p. 314, sous note ; 10 mars 1932, Gaz. Pal., 1932, I, p. 950, sous note b ; 14 mars 1932, Gaz. Pal., 1932, I, p. 948 ; Trib. com., Charleville, 11 mai 1932, Gaz. Pal., 1934, II, p. 296-Paris, 7 janv. 1933, Gaz. Trib., 7 mars 1933-Amiens, 8 mai 1934, Rec. Sirey, 1934, II, p. 171 ; Paris, 18 nov. 1935, Gaz. Pal., 1936, I, p. 61 ; Trib. com. Fécamp., 8 janv. 1936, Gaz. Pal., 1936, I, p. 638 ; Rouen, 24 février 1937, Revue des fonds de commerce, 1937, p. 192).*

La Cour de cassation a nettement pris position en affirmant la responsabilité du propriétaire qui n'avait pas procédé à la publicité du contrat de location-gérance. Mais, c'était après quelques hésitations. Dans un premier arrêt rendu en date du 6 décembre 1938, elle avait en relevant que le propriétaire avait pris soin de publier le contrat de location-gérance, reconnu implicitement la valeur juridique de la publicité effectuée. Eu égard à l'absence de déclaration expresse, ce n'est qu'à travers une interprétation *a contrario* de la décision qu'il était permis de supposer que la solution aurait été différente si le propriétaire avait négligé de rendre public le contrat (*Req., 6 déc. 1938, DP, 1940, I, p. 5, Rec. Sirey, 1939, I, p. 9*). Dans une deuxième espèce connue le 22 février 1939, alors que le pourvoi reprochait le défaut de publication du contrat à un propriétaire qui se serait ainsi rendu coupable d'un dol par réticence ou du moins d'une négligence susceptible d'induire les tiers en erreur, la haute Cour s'était dérobée. Elle s'était contentée de rejeter le pourvoi, en déclarant simplement que ce moyen mêlé de fait et de droit, n'avait pas été soumis au juge du fond, ce qui lui interdisait de statuer (*Req., 22 févr. 1939, DP, 1940, I, p. 5, Gaz. Pal., 1939, I, p. 780, Rec. Sirey, 1939, I, p. 39*).

C'est seulement dans un arrêt rendu le 26 juin 1944 qu'elle avait reconnu de manière claire et nette qu'un propriétaire qui n'avait pas effectué une publicité efficace où en l'occurrence, la radiation de son inscription au registre du commerce était responsable et que les tiers étaient en droit de se fier aux mentions figurant dans le registre (*Civ., 26 juin 1944, D., 1945, jur., p. 141, note G. Rec. Sirey, I, p. 11, Gaz. Pal., 1944, II, p. 24*). Cette décision présentait un double intérêt : d'abord, l'admission de la responsabilité du propriétaire à cause d'un problème de publicité. Ensuite, l'admission de cette responsabilité sur le fondement d'une faute par omission. Comme conséquence, les juges de fond avaient la latitude, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil de condamner le propriétaire en cas d'absence ou d'insuffisance de publicité.

La position de la Cour de cassation a été réaffirmée

dans un arrêt rendu en date du 7 novembre 1944. Dans cette décision, les hauts magistrats avaient rappelé que ces tribunaux avaient l'obligation de préciser la nature des fautes commises par le propriétaire et qu'il était insuffisant de se limiter à déclarer qu'il n'avait pas fait le nécessaire pour prévenir les tiers. Elle faisait donc entendre clairement que l'omission d'une publicité efficace pouvait constituer un quasi-délit (*Civ., 7 nov. 1944, D., 1945, jur., p. 141*).

151. La doctrine était également divisée et l'on pouvait recenser trois positions : une partie déniait toute efficacité à cette publicité qui faut-il le rappeler, devait se réaliser par voie d'insertion dans un journal d'annonces légales du lieu où s'exploitait le fonds, le propriétaire devant apporter la preuve que les fournisseurs ont effectivement eu connaissance de cette publicité (*A. Rival, De la responsabilité du propriétaire du fonds à raison des dettes contractées à l'égard des fournisseurs par le preneur dans la gérance libre ou bail de fonds de commerce, Sem. jurid., 1939, étude doctrinale, II, p. 89 ; J. Escarra et J. Rault, Principes de droit commercial, t. I, Paris, 1934, p. 514*).

Une autre catégorie estimait en revanche que le propriétaire qui s'était acquitté de cette obligation devait être exonéré, que les fournisseurs en aient eu connaissance, ou non (*H. Lalou, La mise en gérance des fonds de commerce, DH, 1928, chron., p. 25 ; P. Voirin, Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation, spécialement dans le bail de fonds de commerce, RTD civ., 1931, p. 299 ; G. Cendrier, Le fonds de commerce. Traité général théorique et pratique avec formulaire, 6^e éd., par Robert-Martin et René Maus, Paris, 1934, n° 633 ; A. Cohen, Traité théorique et pratique des fonds de commerce, 1^{re} éd., 1937, p. 609 ; 2^e éd., 1948, p. 580, n° 1032 ; H.-R., note sous Amiens, 8 mai 1934, Rec. Sirey, 1934, II, p. 171*).

Un dernier groupe d'auteurs considérait que la publicité était purement facultative et qu'un propriétaire ne pouvait être rendu responsable de son défaut d'accomplissement (*A. Buisson, Le statut légal du fonds de commerce, Paris, 1934, p. 208 ; R. Gil-Baer, Des quasi-aliénations des fonds de commerce. Louage-gérance et gérance-vente, Thèse, Paris, 1929, p. 42 ; F. Montier et G. Faucon, De la vente et du nantissement des fonds de commerce, 4^e éd., n° 573 ; P. Raynaud, Le contrat de location d'un fonds de commerce, Rev. crit., 1936, p. 586 ; P. Zarka, Responsabilité des bailleurs de fonds de commerce envers les créanciers de leur locataire, Thèse Aix, 1942, p. 192*).

La loi du 9 avril 1949 est le premier texte qui a rendu obligatoire la publicité du contrat de location-gérance. Elle a eu le mérite de faire cette consécration, la publication ayant été instaurée par la pratique. Dans cette œuvre, elle a reçu le soutien du décret du 22 juillet 1950 (*Décret n° 50-860 du 22 juillet 1950, JCP, 1950, III, 15373*) portant Règlement d'administration publique et de son texte d'application dont l'article 8 était ainsi libellé : « Dans les cas visés à l'article 5 de la loi du 9 avril 1949, l'avis indiquera que la nouvelle immatriculation a pour cause la mise à exécution d'un contrat de location-gérance ».

Mais, en réalité, cette prescription avait une portée limitée car la formalité dont il s'agit n'était pas envisagée comme une condition de validité, mais seulement comme une condition de l'inopposabilité du contrat aux tiers (*M. Robinault, La location-gérance du fonds de commerce, op. cit., p. 162*).

152. Heureusement que dans le décret n° 874 du 22 septembre 1953 relatif à la location-gérance du fonds de commerce, pris en application de la loi n° 53-611 du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier, il y a eu une réorganisation des mesures de publicité de la location-gérance. Afin de garantir les droits des tiers, il fallait porter à leur connaissance la conclusion du contrat. Ceci devait se réaliser à travers, d'abord son enregistrement, l'inscription du locataire-gérant au registre de commerce, ainsi que la modification de l'immatriculation du propriétaire au même registre ; ensuite, la publication du contrat dans un journal d'annonces légales et au bulletin officiel du registre de commerce ; enfin, l'indication sur les papiers de commerce de l'exploitant de sa qualité de locataire-gérant.

On peut le constater, sous le texte de 1953, l'intérêt des tiers était au-dessus de toute autre considération. Il fallait les protéger, y compris en multipliant les prescriptions strictes auxquelles les parties à un contrat de location-gérance devaient se conformer. Ainsi, la réglementation pouvait être dite rigoureuse et le statut du commerçant, dit rigide. Les marges de manoeuvres étaient soigneusement canalisées surtout que les prescriptions étaient assorties de sanctions. En guise d'exemple, tout locataire-gérant qui n'avait pas fait figurer cette qualité sur les documents relatifs à la formation ou à l'exécution de ses obligations commerciales, lettres, bons de commandes et factures pouvait en cas de faillite, être déclaré banqueroutier simple.

À cause de son caractère trop rigide, le texte de 1953 a provoqué ce qu'un auteur a qualifié d'« agonie de la gérance libre » (*F. Givard, L'agonie de la gérance libre, op. cit., p. 31*). C'est en quelque sorte dans l'optique de sauver cette institution que le législateur a adopté la loi n° 56-277 du 20 mars 1956 relative à la location-gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux (*Voir JCP, 1956, III, 20955*). Cette loi a été modifiée juste quelques jours plus tard par la loi n° 56-277 du 20 mars 1956 relative à la location-gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux (*rectificatif, JCP, 1956, III, 21029*) qui a assuré sa « résurrection » (*R. Maus, La résurrection du contrat de gérance, op. cit., p. 14*).

153. En vigueur dans la plupart des États membres de l'OHADA dont le Cameroun (*Le Sénégal avait son texte propre (loi du 12 juin 1976 portant troisième partie du code des obligations civiles et commerciales de ce pays), alors que la location-gérance du fonds de commerce était inconnue dans certaines législations africaines à l'instar de celle du Togo. Voir P. Santos, commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au Droit*

commercial général, OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, op. cit., p. 142) avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, ce texte organisait la publicité du contrat de location-gérance sous trois formes : l'insertion dans un journal d'annonces légales, l'immatriculation du loueur au registre du commerce et des sociétés, et la mention sur tous les documents commerciaux du loueur.

154. La publicité dans un journal d'annonces légales devait intervenir dans les quinze jours de la conclusion du contrat sous forme d'extrait. Le défaut de cette formalité entraînait une sanction indirecte et particulièrement lourde : le loueur et le locataire-gérant étaient solidairement responsables des dettes nées de l'exploitation non seulement tant que la publication n'avait pas été accomplie, mais aussi pendant un délai de six mois à compter de cette publication. Le propriétaire avait donc intérêt à faire publier le contrat le plus rapidement possible pour être déchargé des éventuelles dettes. C'était alors tant pis dans les hypothèses, où à cause des empêchements subjectifs (*Problème de disponibilité du programme par exemple*) ou objectifs (*Cas de force majeure tels la maladie ou l'indisponibilité de plage dans le journal d'annonces légales*) il ne pouvait le faire avec célérité.

La fin du contrat de location-gérance devait être publiée de la même manière que le début de l'opération. Les parties n'avaient un relatif répit que lorsque le contrat était renouvelé par tacite reconduction. Dans ce cas seulement, il n'était pas nécessaire de procéder à une nouvelle publicité du contrat, dès lors que la nature de l'exploitation et l'identité de l'exploitation étaient restées inchangées par rapport à la première publication (*Com., 7 juil. 1966, JCP, 1966, II, 14842, note Nectoux, D., 1966, p. 555, RDC, 1966, p. 908, obs. Jauffret ; 3 mars 1992, Bull. cass., n° 104, p. 4, Defrénois, 1992, 1365, obs. Le Cannu, RDC, 1992, p. 788, obs. Derruppé ; 16 janv. 1996, D. Aff., 1996, p. 346*).

155. Quant à l'immatriculation du loueur au registre du commerce et des sociétés, elle devait se traduire, soit en l'inscription de ses nom, prénom, domicile ainsi que les dates du début et du terme de l'opération, soit en la modification de son inscription personnelle avec la mention expresse de la mise en location-gérance (*Article 2, alinéa 3 de la loi du 20 mars 1956*).

156. Concernant enfin la mention sur les documents commerciaux, l'article 3 de la loi du 20 mars 1956 prescrivait au locataire-gérant sous peine d'amende, l'obligation d'indiquer sur tous ses documents commerciaux ainsi que sur toutes pièces signées par lui ou par son représentant, sa qualité, son numéro d'immatriculation au registre du commerce, la qualité, les nom, prénom, adresse et numéro d'immatriculation du loueur.

L'arsenal de publicité ainsi mis sur pied en 1956 était manifestement plus souple que celui du passé. En droit comparé, le législateur français a donné un important

coup d'accélérateur à cette option d'assouplissement à travers le décret du 14 mars 1986. Ce texte a en effet introduit deux réformes très significatives : d'une part, l'abrogation de l'article 2 alinéa 3 de la loi de 1956 qui imposait au loueur (commerçant) l'obligation, soit de se faire inscrire au registre du commerce, soit de faire modifier son inscription personnelle avec la mention expresse de la mise en location-gérance (*Avant ce texte, la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire avait déjà posé que si un fonds de commerce est exploité par un locataire-gérant, le propriétaire bénéficie, par exemple, de la réglementation des baux commerciaux sans besoin de justifier son immatriculation (art. 229)*).

D'autre part, l'article 3 de la loi du 20 mars 1956 qui faisait obligation au locataire-gérant de procéder à des mentions sur un certain nombre de documents tel que sus-indiqué (*Il convient de noter tout de même que le décret du 30 mai 1984 sur le registre du commerce continue à exiger que le locataire-gérant précise sa qualité de locataire-gérant sur ses documents commerciaux (art. 72). Même le décret n° 97-497 du 16 mai 1997 relatif au numéro unique d'identification des entreprises qui a été pris pour modifier le texte du 30 mai 1984 n'a pas mis un terme à cette exigence*).

Le législateur africain dont on connaît l'habitude à emboîter le pas à son homologue français a-t-il suivi ce mouvement jusqu'au bout ? Pour une fois, on ne peut pas répondre par l'affirmative. Mais, il convient de relever qu'une analyse profonde des modes de publicité prévues ne laisse aucun doute, sur leur parfum commun constitué par la libéralisation. C'est dire qu'il y a plusieurs aspects de cette libéralisation.

b - Manifestations de la libéralisation

157. Avant l'entrée en vigueur du droit OHADA, la publicité du contrat de location-gérance devait s'effectuer d'au moins trois manières obligatoires en Afrique noire francophone : l'immatriculation au registre de commerce et des sociétés ; l'insertion d'un extrait de contrat dans un journal d'annonces légales ; et la mention sur les documents commerciaux. Mais, il y avait des formalités spéciales dans certains pays telle la publication au journal officiel au Sénégal. Les choix du législateur OHADA sont suffisamment clairs. Dans un élan d'assouplissement du droit en vigueur, il n'a retenu que les trois principales formes de publicité que sont la publication dans un journal (1), l'indication sur les documents d'affaires (2), et l'immatriculation au Registre du commerce et au crédit mobilier (3).

1 - Libéralisation dans la publication par voie de « journal »

158. Sous le vocable « journal », il faut entendre, d'une part, le journal officiel (1.1), et d'autre part, le journal d'annonces légales (1.2).

1.1 - Caducité de la publication au journal officiel

159. Au Sénégal par exemple, des formes spécifiques de publicité avaient été organisées. Outre l'insertion de la location-gérance dans un journal d'annonces légales, le greffier avait des obligations supplémentaires. Il était tenu non seulement d'aviser par lettres recommandées les créanciers inscrits ou nantis du propriétaire, mais aussi, il devait ordonner une autre publication au journal officiel. Dans le nouvel arsenal consacré à la location-gérance, le législateur OHADA n'a pas cru devoir intégrer ces prescriptions. Deux raisons fondamentales peuvent avoir justifié son choix : la fidélité à son système libéral et le réalisme normatif.

Par rapport à la première justification, elle cadrerait parfaitement avec le souci qu'ont eu les rédacteurs des instruments OHADA, d'atténuer les contraintes de la réglementation chaque fois que c'était nécessaire. Mais, à notre sens, la valeur d'une telle justification serait quelque peu relative, si on la met sur la balance avec les objectifs de base des mesures de publicité. En effet, celles-ci visent à porter le contrat à la connaissance des tiers qui peuvent y avoir intérêt. C'est le cas des fournisseurs dont les prestations ne seraient, par exemple, pas encore payées. Or, ce n'est qu'à travers la diffusion la plus large possible que ces objectifs ont des chances d'être efficacement atteints.

À la vérité, le second argument, c'est-à-dire le réalisme normatif serait plus convaincant. On le sait et certains auteurs l'ont déclaré avec raison, hier comme aujourd'hui, « certains pays ne publient plus leur journal officiel, ou le font avec beaucoup de retard (plusieurs années parfois) » ; lorsqu'ils sont publiés, ils sont d'exploitation difficile : « Les journaux comportent rarement une table chronologique, et plus rarement encore, une table alphabétique ou analytique » (*J. Issa-Sayegh et J. Loboues-Oblé, OHADA, harmonisation du droit des affaires, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, UNIDA, Juriscope, op. cit., p. 42*).

160. S'étant probablement rendu compte de la difficulté à faire respecter partout la forme de publicité par voie d'insertion au journal officiel, le législateur OHADA n'a pas cru devoir étendre la solution sénégalaise. Il s'agit dans le cadre de ce pays, d'une forme de déréglementation, signe d'un assouplissement. Adoptée par les rédacteurs des instruments OHADA, cette solution nous semble parfaitement admissible. En effet, il ne sert à rien de maintenir des exigences alors que l'on est persuadé qu'il y a de fortes chances qu'elles ne soient pas respectées. L'institution du journal officiel étant hors de la compétence des parties au contrat de location-gérance, tout comme d'ailleurs, de celle du greffier qui (en droit sénégalais) devait ordonner une publication supplémentaire au journal officiel, il est normal que l'on ait perçu la nécessité de les mettre à l'abri « des tracasseries » qu'ils auraient pu avoir inutilement. Le législateur OHADA n'a toutefois pas eu la même réaction à propos de la publication dans un journal d'annonces légales.

1.2-Maintien de la publication dans un journal d'annonces légales

161. Tout contrat de location-gérance doit être publié dans la quinzaine de sa date, sous forme d'extrait dans un journal habilité à recevoir les annonces légales (*Article 107 (nouvel art. 139), alinéa 3 de l'AUDCG*). Le défaut de cette publicité est indirectement sanctionné. Par le passé, la sanction consistait en une solidarité entre le propriétaire et le gérant à propos des dettes de ce dernier jusqu'à la publication, et pendant un délai de six mois qui suivait l'accomplissement de la formalité (*Article 8 de la loi du 20 mars 1956. Voir nos développements supra y relatifs. Cette disposition est encore en vigueur en droit français. Voir F. Dekeuwer Defossez, Droit commercial, Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, op. cit., p. 360. Son application a donné lieu à une jurisprudence plurielle dont : Com., 19 nov. 1975, JCP, 1976, II, 12300 ; Com., 15 juin 1993, RTD com., 1994, p. 244, obs. J. Derruppé ; Com., 8 janv. 1980, JCP, 1980, II, 19358 ; Com., 16 janv. 1996, D., 1996, IR, p. 4 ; Com., 17 oct. 1995, Bull. civ. IV, n° 238, D. Aff., 1995, p. 127, Rép. Defr., 1996, p. 242, obs. Le Cannu*). Il y avait en quelque sorte une forte pression exercée sur la personne qui donnait son fonds de commerce en location-gérance. Elle avait intérêt pour être déchargée des dettes du loueur, à publier le contrat le plus rapidement possible.

162. Désormais, cette responsabilité solidaire n'est plus valable que « jusqu'à la publication du contrat de location-gérance » (*Article 113 (nouvel art. 145) de l'AUDCG*), ce qui lève alors un pan de voile sur la situation assouplie du locataire-gérant. Du moment où la pression qui s'exerçait sur ce dernier a été allégée, il va sans dire que très souvent, chaque propriétaire fera tout ce qui est possible afin que la publicité se fasse dans les meilleurs délais. Mais, conscient de ce qu'une fois cette formalité accomplie, il n'est plus solidairement responsable des dettes de l'exploitant, le loueur, plus serein, peut le faire au moment qui lui semble plus adéquat. Par le passé, on pouvait assister à plusieurs choses regrettables sur le plan pratique. Étant donné la rareté des journaux habilités à recevoir les annonces légales, d'un côté, et de l'autre, la pression d'une longue période de solidarité, ceux qui donnaient leurs fonds de commerce en location-gérance pouvaient se trouver contraints de se livrer à la « corruption » (*Au Cameroun, plusieurs expressions sont utilisées : gombo, makala pati, motivation, etc.*) aux fins de faire publier assez rapidement leurs actes. Il y a espoir que la responsabilité solidaire, étant limitée à la date de la publication, les actes de corruption, à défaut de disparaître complètement ne constituent que des cas isolés. Reste néanmoins à redouter que cette réduction de délai ne produise plutôt un effet boomerang.

Par souci de se décharger assez rapidement, il n'est pas exclu qu'un certain nombre de propriétaires se

lancent plutôt de manière irrésistible à la recherche des alternatives dans l'optique de contourner la procédure normale (parfois lente en Afrique) conduisant à la publication d'un acte au journal habilité à recevoir les annonces légales. La balle serait alors du côté des personnes investies du pouvoir de procéder à cette publication. Si elles jouent franc jeu en résistant à tout appât, on tirerait alors un coup de chapeau au législateur OHADA d'avoir perçu la nécessité d'introduire une bonne dose de règles libérales dans le nouvel ordonnancement juridique. Est-ce une bonne chose par rapport à l'indication en tête des documents d'affaires du locataire-gérant ?

2 - Publicité par voie d'indication sur les documents d'affaires

163. Sous la loi du 20 mars 1956 (*Universités francophones, UREF, Droit commercial et des sociétés en Afrique, Édicef, op. cit., p. 26*) comme en droit OHADA, le gérant libre a l'obligation d'indiquer sur tous papiers commerciaux et financiers avec son numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier, sa qualité de locataire-gérant du fonds (*Article 108 (nouvel art. 140) de l'AUDCG. Voir aussi article 38 (nouvel art. 59) du même Acte uniforme*). Par rapport à la sanction encourue en cas de défaillance, le législateur OHADA n'a pas pris véritablement ses responsabilités. Dans tous les Actes uniformes d'ailleurs, l'OHADA s'est contenté de définir les infractions. Elle s'est interdite de fixer les sanctions de ces infractions. (*Voir Article 5 alinéa 2 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique : « Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues » ; E. L. Kangambéga, Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA, Penant, 2000, n° 834, p. 331 ; A. Foko, Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA, Penant, 2007, n° 859, p. 195-239*).

En rapport avec ces développements, ici le législateur s'est contenté d'indiquer que « toute infraction à cette disposition (*Article 108 (nouvel art. 140) de l'AUDCG*) sera punie par les dispositions de la loi pénale spéciale nationale ». Concrètement, il faudrait distinguer soigneusement deux hypothèses : celle dans laquelle l'infraction existait antérieurement en droit interne, et celle où elle n'existait pas. Ici, il faut simplement prendre une disposition spéciale pour maintenir la sanction existante (*J. Issa-Sayegh et J. Lohoues-Oblé, OHADA, harmonisation du droit des affaires, op. cit., p. 141*). Là-bas par contre, un texte pénal s'avère nécessaire pour créer l'infraction, soit *ex nihilo*, soit par renvoi exprès à une disposition pénale existant déjà dans l'arsenal juridique.

En limitant ses prérogatives à la fixation des incriminations comme c'est le cas par rapport à la mention sur les documents d'affaires du commerçant, le législateur

OHADA a voulu éviter l'« *espace sensible et glissant* » des sanctions pénales, domaine étroitement lié à la souveraineté des États. Ceci est bien dommage, car les mêmes États ont abandonné leur souveraineté sur un double plan : législatif et judiciaire.

164. Au plan législatif, le traité OHADA a enlevé aux parlements et aux organes exécutifs nationaux, leur pouvoir législatif et réglementaire. Pour s'en convaincre, il suffit de jeter un coup d'œil sur la procédure d'élaboration et d'adoption des « Actes uniformes », lesquels constituent les règles substantielles communes, applicables en matière de droit des affaires dans les États parties : le Secrétariat permanent de l'OHADA prépare et finalise les projets qu'il transmet aux États parties. Ceux-ci les examinent à travers les Commissions nationales d'experts créées à cet effet. Le projet est enfin transmis par les soins du Secrétariat permanent à la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) pour avis. Il appartient en définitive au Conseil des Ministres de délibérer et d'adopter l'Acte qui entre en vigueur conformément aux modalités prévues.

165. Au plan judiciaire, le Traité a institué une Cour commune de justice et d'arbitrage qui aux termes de l'article 14 dudit traité, « [...] assure dans les États parties, l'interprétation et l'application commune du [...] traité, des règlements pris pour son application et des Actes uniformes [...]. Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par la juridiction d'appel des États parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements prévus [...]. Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des États parties dans les mêmes contentieux. En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond ».

La CCJA est alors une juridiction supranationale dont les décisions ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire sur le territoire de chacun des États parties. Les pouvoirs de cette juridiction internationale sont très importants. Les Cours suprêmes, ou Cours de cassation nationales sont dépouillées de leur pouvoir de dire le droit, lorsque l'application du droit des affaires est en cause. En outre, elle constitue un troisième degré de juridiction car à la différence des juridictions suprêmes nationales, elle a le pouvoir, en cassation, d'évoquer l'affaire et de statuer au fond (Voir *G. Kenfack Douajni, L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA, Penant, n° 830, mai-août 1999, p. 126; G. Kenfack Douajni, Les conditions de la création dans l'espace OHADA d'un environnement juridique favorable au développement, RJPIC, 1998, p. 39 et s.; G. Talé, Le pourvoi en cassation avec le Traité OHADA, Mémoire de Maîtrise, Ngaoundéré, 2001; P. G. Pougoué, L'OHADA en perspectives, communication au colloque des 20-21 septembre 2005 à Bordeaux (Université Mon-*

tesquieu-Bordeaux IV) sur l'harmonisation du droit sur les continents africain et européen).

Il est toutefois permis de se demander si le législateur avait suffisamment mesuré la portée d'une telle décision. On a l'impression qu'il s'est livré à une opération « trompe œil », une opération sans contenu réel. Hormis le risque d'assister à des déséquilibres par rapport au quantum des peines dans les États membres de l'OHADA, il a complètement perdu de vue qu'il fallait donner un nouveau souffle au droit pénal des affaires en harmonisant, et les incriminations, et les sanctions (Voir *A. Foko, Le droit OHADA et les droits nationaux des États parties : une complémentarité vieille de plus d'une décennie, Revue de droit international et de droit comparé, n° 2008/4, p. 445-490*).

166. La question qui reste posée est celle de l'effectivité des sanctions pénales qui conditionnent l'atteinte des principaux objectifs poursuivis. Or, « sauf à espérer un sursaut, la pratique africaine observée jusque-là est caractérisée par l'ineffectivité quasi complète des sanctions pénales » (*F. M. Sawadogo, OHADA, Droit des entreprises en difficulté, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, UNIDA, Juriscope, 2002, p. 358*). Face à ce constat, comment conclure autrement que de dire qu'en se limitant aux incriminations, le législateur OHADA n'a eu aucune envie de chasser complètement le spectre de la libéralisation ?

En tout cas, sans sanction effective, ne respectera la formalité de mention sur les documents d'affaire que celui qui le voudra bien. Telle est notre modeste avis qui sera davantage confirmé à l'issue de l'examen des normes régissant l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier.

3 - Publicité par l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier

167. En sa qualité de commerçant, le locataire-gérant est tenu de se conformer aux dispositions réglementant l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier. Il a l'obligation d'indiquer en tête de ses bons de commande, factures et autres documents à caractère financier ou commercial, avec son numéro d'immatriculation au registre du commerce et du droit mobilier (Voir *article 108 (nouvel art. 140) de l'AUDCG*). Le registre du commerce a pour objet : « De recevoir l'immatriculation des personnes physiques ayant la qualité de commerçant [...] ; des sociétés commerciales et des autres personnes morales assujetties à l'immatriculation, ainsi que des succursales des sociétés étrangères exerçant sur le territoire de l'État partie. Il reçoit également les inscriptions et les mentions constatant les modifications survenues depuis leur immatriculation, dans l'état et la capacité juridique des personnes physiques et morales inscrites » (*Article 19 (nouvel art. 34) de l'AUDCG*).

168. Sous le droit antérieur à l'OHADA et précisément le règne de la loi du 18 mars 1919. L'institution du registre de commerce remonte à la période des corporations. Elle avait disparu en France avec leur suppression. Les commerçants ne pouvaient alors être dénombrés qu'à partir des patentes ou des listes électorales des tribunaux et chambres de commerce. Lorsque l'on a voulu recenser les entreprises afin de découvrir la nationalité des exploitants avant la Première Guerre mondiale, l'on a été sérieusement confronté à un problème d'insuffisance de la documentation officielle. Avec le retour des Départements de l'Alsace-Lorraine qui connaissaient ce registre, le législateur français a été incité à réintroduire ce procédé dans toute la France. La loi du 18 mars 1919 sur le Registre de commerce est la manifestation concrète de cette volonté politique. Bien entendu, c'est ce texte qui s'appliquait dans la plupart des États membres de l'OHADA avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Mais l'inscription au Registre du commerce n'entraînait aucune conséquence juridique particulière.

Exception faite au Sénégal, au Gabon, au Mali, au Niger et en Guinée qui avaient adopté une nouvelle législation consacrant des innovations fondamentales, d'une part, l'immatriculation au registre du commerce ne pouvait être obtenue que sur présentation des justificatifs de ce que les conditions requises pour exercer l'activité commerciale étaient bien remplies (agrément ou autorisation) ; d'autre part, en Guinée, au Sénégal et au Mali, l'accomplissement de cette formalité faisait présumer la qualité de commerçant et les mentions qui y étaient portées étaient opposables aux tiers qui pouvaient aussi se prévaloir de cette inopposabilité si leurs intérêts l'exigeaient, sauf si la preuve de leur connaissance de la situation était apportée.

Simple répertoire des commerçants et d'un certain nombre d'informations les concernant en ce sens que le registre de commerce servait juste à dénombrer les commerçants personnes physiques et personnes morales établis dans le ressort du tribunal où il était tenu et également de donner des renseignements utiles sur l'état et la capacité des commerçants à ceux qui en demandaient des extraits, sa valeur juridique était limitée, ce qui fait qu'elle était appliquée dans certains États de l'Afrique noire « avec beaucoup de laxisme » (*Universités francophones, UREF, Droit commercial et des sociétés en Afrique, Éditec, op. cit., p. 20*).

169. Les rédacteurs des instruments OHADA ont sorti cette institution des abîmes dans lesquelles elle se trouvait pour la hisser à un niveau respectable. Désormais, elle a une importante valeur juridique. Toute personne immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier est présumée, sauf preuve contraire (*Il s'agit donc d'une présomption simple. Cette preuve doit être apportée par les tiers. Il ne revient pas à la personne immatriculée d'apporter la preuve contraire et donc d'écarter le statut qu'elle avait acquis par son inscription au registre. Voir Cass. com., 17 mars 1981, Bull. cass., 1981, 4, n° 143,*

RDC, 1982, p. 517, obs. Derruppé), avoir la qualité de commerçant. Lorsque les personnes assujetties n'ont pas requis leur immatriculation dans les délais prévus, elles ne peuvent se prévaloir, jusqu'à accomplissement de ladite formalité, de leur qualité de commerçant (*Article 39 (nouvel art. 60) de l'AUDCG. En droit français, Voir Cass. com., 2 mars 1993, RDC, 1993, p. 283, obs. Derruppé; Cass. com., 25 mars 1997, Bull. cass., 1997, p. 4, n° 83; D. Aff., 1997, p. 541*). Elles ne peuvent pas, par exemple, invoquer le caractère commercial des actes qu'elles accomplissent, par application de la théorie de l'accessoire pour revendiquer la compétence du tribunal de commerce (*Pantoise civ., 13 oct. 1964, RDC, 1965, p. 85, obs. Jauffret*).

Elles ne peuvent non plus invoquer le bénéfice de la législation sur les baux commerciaux, ni demander à être admise au bénéfice du redressement judiciaire (*Cass. com., 25 mars 1997, Bull. cass., 1997, p. 4, n° 83; D. Aff., 1997, p. 541*). Dans le même sens, elles ne peuvent pas invoquer leur défaut d'inscription au registre du commerce pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes à cette qualité. « Si elle ne peut bénéficier des règles propres aux commerçants, elle en supporte les charges » (*G. Ripert et R. Roblot, Traité de Droit commercial, actes de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle, concurrence, sociétés commerciales, op. cit., p. 166*).

170. Pendant l'exercice de leurs activités commerciales, les personnes assujetties à l'immatriculation au registre du commerce ne peuvent pas opposer aux tiers et aux administrations publiques, les faits et actes sujets à mention qui n'ont pas été publiés. Cependant, ces derniers peuvent s'en prévaloir contre elles (*Article 40 (nouvel art. 61) alinéa 1 de l'AUDCG qui est une reprise du droit français que présentait G. Ripert et R. Roblot dans leur Traité, op. cit., p. 167. Voir à titre illustratif: Rouen, 30 nov. 1967, Gaz. Pal., 1968, I, p. 267, RDC, 1968, p. 641, obs. Jauffret; Cass. com., 1^{er} oct. 1996, Bull. Joly, 1997, 37, note Le Cannu; 10 déc. 1996, Bull. Joly, 1997, § 89, p. 238, note Le Cannu*). Cette latitude est toutefois tempérée, car si les assujettis parviennent à établir qu'au moment où ils ont traité, les tiers ou administrations en cause avaient connaissance des faits et actes dont il s'agit, la règle de l'inopposabilité devra jouer en leur faveur (*Bordeaux, 24 mars 1993, JCP, 1993, IV, 1771; Paris, 15 sept. 1995, BRDA, 1995, n° 22, Bull. Joly, 1996, p. 50, obs. Le Cannu; Cass. com., 23 mai 1995, Bull. cass., 1995, IV, n° 156; 14 oct. 1997, D. Aff., 1997, 1290*).

L'octroi d'une valeur toute particulière à la formalité de l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier est donc indubitable au regard de ce qui vient d'être dit. Malheureusement, le législateur OHADA a monté ce bel édifice sur du sable mouvant. En effet, afin de garantir le respect scrupuleux des normes ainsi mises sur pied, l'article 43 de l'AUDCG dispose : « Toute personne tenue d'accomplir une des formalités prescrites

[...] et qui s'en est abstenue ou encore qui aurait effectué une formalité par fraude, sera punie des peines prévues par la loi pénale nationale, ou encore le cas échéant par la loi pénale spéciale prise par l'État partie [...] » (*Le nouvel article 69 reprend exactement les mêmes éléments en son alinéa 1. Mais il est ajouté en son alinéa 2 que « S'il y a lieu, la juridiction qui prononce la condamnation ordonne la rectification des mentions et transcriptions inexactes ». Il s'agit en quelque sorte d'une conséquence logique des exigences posées à l'alinéa précédent*).

171. Comme nous l'avons relevé un peu plus haut, se posent l'éternel problème de l'effectivité du respect des injonctions de l'OHADA par les législateurs nationaux et celles de ces derniers par les juges. À notre sens, s'il est vrai que les sanctions civiles à l'instar de l'inopposabilité des actes et faits non publiés peuvent être parfois prononcées, nous avons de sérieux doutes pour ce qui est des sanctions pénales. Aussi, à peine croyait-on être sorti du trou en donnant une valeur juridique à l'immatriculation au registre du commerce, qu'on y a replongé en évitant d'organiser les sanctions pénales applicables en cas de faute (abstention ou fraude). Certains commerçants malhonnêtes ne peuvent-ils se sentir heureux par rapport à ce choix ?

La tentation de répondre par l'affirmative est grande. Vivement, que le législateur OHADA n'hésite pas, dans le cadre d'une éventuelle réforme à donner un souffle nouveau aux infractions qu'il a érigées en adjoignant directement les sanctions aux incriminations. Sinon, la conclusion est que pour le moment, le statut du commerçant a un caractère assez libéral. Ce libéralisme s'est traduit dans le domaine de l'exploitation du fonds de commerce par la voie indirecte, à travers un assouplissement considérable des conditions de l'opération. Les délais préalables d'exercice de l'activité commerciale afin d'obtenir le droit de réaliser la location-gérance ont été raccourcis. De leur côté, les mesures de publicité ont été relâchées.

172. Que reste-il alors des exigences rigides d'avant le droit OHADA ? Presque plus rien. La voie choisie a-t-elle été la bonne ? Ne risque-t-on pas d'assister à une autre « agonie » de la location-gérance ? L'option en faveur de la libéralisation n'est pas en soi une mauvaise chose. Mais, pour qu'elle soit efficace et ne produise pas des effets pervers, il est important de prendre un certain nombre de précautions. C'est le lieu pour nous de réitérer une fois de plus qu'il est nécessaire que l'OHADA prenne en main la fixation des peines par rapport aux infractions qu'elle érige. Le respect des autres normes telle la responsabilité solidaire du loueur du fonds est à ce prix.

§3 - Effets de la location-gérance

173. On peut relever des effets entre les parties (A) et à l'égard des tiers (B).

A - Effets entre les parties

174. Le locataire-gérant est tenu de payer les loyers ou les redevances prévues, de continuer les contrats de travail qui avaient été conclus. Il ne peut disposer du fonds, ni le vendre ni le donner en nantissement. Le contrat étant conclu *intuitu personae*, il ne peut sous-louer le fonds ni le céder à un tiers sans l'accord du bailleur.

Le loueur quant à lui a l'obligation de délivrer au locataire gérant tous les éléments du fonds dont il est titulaire. Il a également l'obligation de garantie et ne doit ni troubler le gérant dans sa jouissance, ni lui faire concurrence. Il est tenu enfin d'éviter de modifier unilatéralement les conditions d'exploitation prévues au contrat initial.

B - Effets à l'égard des tiers

175. L'opération de location-gérance est particulièrement délicate. À l'occasion de sa réalisation, il peut y avoir entremêlement de plusieurs intérêts : celui du loueur, celui du locataire-gérant et celui des tiers. Afin d'assurer une protection efficace à ces derniers, plusieurs mesures ont été prévues. Outre l'information qui leur est donnée à travers les mesures de publicité sus-présentées (*L'article 108 (nouvel art. 140) de l'AUDCG renforce la mesure de publicité en disposant en des termes non ambigus que : « Le locataire-gérant est tenu d'indiquer en tête de ses bons de commande, factures et autres documents à caractère financier ou commercial, avec son numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier, sa qualité de locataire-gérant du fonds »*), les créanciers du propriétaire bénéficient d'une protection spécifique.

Les dettes du loueur du fonds donné en location-gérance peuvent être déclarées immédiatement exigibles par la juridiction compétente si elle estime que le locataire-gérant met en péril leur recouvrement, dispose l'article 112 (*nouvel art. 144* de l'AUDCG). L'article suivant, c'est-à-dire le numéro 113 (*nouvel art. 145*) ajoute, qu'il y a une certaine solidarité entre le propriétaire du fonds, et le gérant à propos des dettes de ce dernier (*L'art. 114 (nouvel art. 146) va toujours dans le sens de la protection des tiers : l'expiration du contrat de location-gérance à son terme normal ou anticipé rend immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation du fonds contractées par le locataire pendant la gérance*).

176. Dans le souci d'assurer une protection optimale des intérêts des tiers, les rédacteurs des textes antérieurs au droit OHADA avaient prévu une période pendant laquelle, en dépit de la publication du contrat de location-gérance, le commerçant propriétaire du fonds demeurerait solidairement responsable des dettes contractées par le locataire. Fidèle à son option d'assouplir les contraintes du commerçant, le législateur communautaire a subs-

tantiellement reculé la date limite à laquelle le loueur n'est plus tenu. L'importance de cette innovation justifie qu'elle soit préalablement présentée (I), avant qu'un examen de sa portée soit effectué (II), pour achever avec les modalités de l'obligation (III).

I - Date limite de solidarité

177. Dans nombre de pays membres de l'OHADA, le propriétaire du fonds était solidairement responsable avec le locataire-gérant, non seulement jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, mais aussi durant une période de six mois à compter de la publication. Faisant table rase du passé, le législateur OHADA a supprimé purement et simplement la solidarité qui courrait après la publication de l'opération (a). On peut toutefois s'interroger sur les réelles motivations de cette suppression (b).

a - État du droit par rapport au délai

178. Avant la loi du 20 mars 1956, le décret du 22 septembre 1953 était moins exigeant. L'article 8 de ce dernier texte était ainsi libellé : « jusqu'à la publication de l'inscription du locataire-gérant au registre du commerce, le propriétaire est solidairement responsable avec le gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds [...] ». Ce décret était assez dur. D'une part, il rendait le bailleur responsable des dettes du locataire tant que la publicité n'avait pas été régulièrement effectuée. D'autre part, il associait le bailleur aux aléas de l'entreprise en faisant une sorte de caution du locataire dans la limite de la valeur du fonds. Bien entendu, cette solution avait fait l'objet de vives critiques (Voir Houin, *Le nouveau régime de la location-gérance de fonds de commerce*, RTD com., 1956, p. 206).

179. La première attaque est qu'elle était injuste. En effet, elle se justifiait moins par le souci de protéger les intérêts des créanciers du locataire que par celui d'aggraver la situation du bailleur, afin de diminuer l'intérêt que celui-ci pouvait avoir au contrat et de réduire le nombre de location-gérance dans un but d'économie dirigée. En outre, la disposition était d'autant plus injuste qu'elle s'appliquait dans les hypothèses exceptionnelles où la location-gérance était encore autorisée et où par conséquent, elle reposait sur des motifs reconnus légitimes par le législateur (Voir exposé des motifs du décret n° 53-874 du 22 septembre 1953 relatif à la location-gérance de fonds de commerce, op. cit., 1953, III, 18153).

180. La seconde critique est que la mise en œuvre de la responsabilité solidaire soulevait des problèmes de technique judiciaire difficiles à résoudre. Comme l'a bien souligné un auteur (R. Houin, *Location-gérance de fonds de commerce et communauté d'exploitation*,

RTD com., 1954, p. 44), il n'était pas facile de trouver le fondement de la « responsabilité » du bailleur. En utilisant le terme « responsable », le décret de 1953 ne créait-il pas plutôt une garantie solidaire à la charge du bailleur et au profit des créanciers du locataire-gérant ? En effet, il s'agissait de la « responsabilité » dans son sens technique, le bailleur ne pouvait sans doute pas prouver l'absence de faute car le défaut de publicité constituait précisément une faute. Cependant, il pouvait apporter la preuve que les créanciers du locataire-gérant avaient connaissance de la qualité de celui-ci et que le préjudice par eux invoqué n'était donc pas rattaché par un lien de causalité à la faute du bailleur.

En revanche, s'il s'agissait d'une garantie solidaire, elle était due en toute hypothèse par le bailleur (Voir R. Houin, *Location-gérance de fonds de commerce et communauté d'exploitation*, op. cit., p. 44). En tout cas, selon R. Houin qui a pris une position bien compréhensible, l'expression « responsable » n'avait pas été prise dans son sens technique, mais plutôt dans celui d'« obligé ». C'était donc une « garantie » et non une « responsabilité » que le législateur avait bien entendu mis à la charge du bailleur. Pour preuve, même après accomplissement des formalités de publicité, il restait responsable des dettes du locataire à concurrence de la valeur du fonds.

Dans la loi du 20 mars 1956, le législateur a fait disparaître complètement cette responsabilité limitée du bailleur, mais a conservé sa responsabilité solidaire. Elle s'est d'ailleurs montrée un peu plus rigide à son endroit car l'article 8 du texte sus-cité disposait : « Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci, à l'occasion de l'exploitation du fonds » (Article 8, loi n° 56-277 du 20 mars 1956 relative à la location-gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux). Ce régime était valable notamment au Sénégal, au Bénin, en Côte d'Ivoire et au Cameroun (A. Fénéon, J. R. Gomez, OHADA, *Droit commercial général*, ouvrage précité, p. 83).

181. Rompant radicalement avec cette situation, le législateur OHADA a fait marche arrière pour ressusciter la position en vigueur en 1953. À l'article 113 (*nouvel art. 145*) de l'AUDCG, il a maintenu le principe de la solidarité et le juge n'a pas hésité à le reconnaître (CA d'Abidjan, 25/02/2005, arrêt n° 263, B.K. c/K.K.B., *Le Juris-Obada*, n° 4/2006, p. 34, ObadataJ-07-32). Mais, il l'a cantonné à la période couvrant au maximum jusqu'à la publication du contrat : « Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, le propriétaire du fonds est solidairement responsable », dispose concrètement ce texte. La période pendant laquelle le propriétaire est solidaire des dettes du locataire-gérant a donc fait l'objet d'une importante réduction. Elle a été amputée d'un délai de six mois, de quoi inciter un nombre plus

accru de commerçants à conclure des contrats de location-gérance.

182. Y a-t-il meilleure manière d'atténuer les obligations de la personne qui donne son fonds en gérance libre ? Convaincu que dès la publication du contrat, il ne court aucun risque à payer les dettes du loueur de son fonds, quel commerçant qui y trouve un intérêt financier pourrait-il hésiter à exploiter son fonds à travers ce canal ? Cette voie est d'autant plus judicieuse que le contrat doit être absolument publié dans la quinzaine de sa date (*Le délai de quinze jours était valable dans tous les États d'Afrique francophone. Voir Universités francophones, UREF, Droit commercial et des sociétés en Afrique, ouvrage précité, p. 26*), sous forme d'extrait dans un journal habilité à recevoir les annonces légales (*Art. 107 (nouvel art. 139, al. 3) AUDCG. Au Cameroun, l'acte peut valablement être publié dans le quotidien « Cameroon Tribune »*). Se pose néanmoins le problème des motivations de cette réduction.

b - Motivations de la réduction de la période de solidarité

183. La responsabilité solidaire du loueur avec le locataire-gérant, des dettes contractées par ce dernier à l'occasion de l'exploitation du fonds n'est instituée que dans l'intérêt des tiers, en l'occurrence, les créanciers (*Cass. com., 16 janv. 1996, DS, 1996, IR, p. 49*). La réduction de la période de solidarité perd tout son effet pour les tiers, mais profite grandement au propriétaire par rapport à ce qui était admis sous la loi de 1956. La solution de l'article 113 (*nouvel art. 145*) de l'AUDCG qui n'envisage désormais la solidarité que jusqu'à la publication du contrat semble normale car rien ne justifiait que le propriétaire reste tenu des dettes qu'il n'a pas contractées, alors surtout qu'il a donné le fonds à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls (*J. Nguebou Toukam, Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, op. cit., p. 56*).

Par le passé, l'on justifiait l'extension de la solidarité à six mois suivant la publication du contrat en invoquant l'idée qu'elle visait à permettre aux créanciers de bénéficier d'une période légale qui leur éviterait le risque qu'ils pourraient courir de n'avoir pas été mis au courant de la mise en location-gérance du fonds (*A. Fénéon et J. R. Gomez, op. cit., p. 83*). Mais, à dire vrai, un tel argument prenait appui sur des bases fragiles, dans la mesure où la publication était faite conformément aux exigences de la loi, il n'y aurait plus lieu d'être inquiet.

La position du législateur OHADA est donc parfaitement réaliste. Elle est une concrétisation de l'idée selon laquelle, il n'est pas juste de maintenir une épée de Damoclès sur la tête du propriétaire par rapport aux dettes pour lesquelles il est complètement étranger. Les formalités de publicité étant réalisées, il est normal de le mettre à l'abri et par conséquent, de n'exiger le paiement de la dette que du seul loueur.

II - Portée du recul de la période de solidarité

184. En reculant la durée de la période de solidarité, le législateur OHADA a opté pour une position souple. Certaines situations, bien que très pertinentes n'ont pas attiré son attention. C'est celle de l'engagement né après la date limite et de l'engagement né avant, mais avec des effets au-delà de la date limite. Doit-on les traiter avec souplesse de la même manière que l'hypothèse expressément organisée par le législateur ? La réponse passe par une analyse minutieuse de chacune des situations.

a - Engagement né après la date limite

185. Le propriétaire du fonds n'est solidairement responsable des dettes contractées par le locataire-gérant que jusqu'à la publication du contrat dans un journal destiné à recevoir les annonces légales (*Art. 113 (nouvel art. 145) AUDCG*). Or, cette publication doit avoir lieu dans un délai maximum de quinze jours à compter de la conclusion du contrat. Cette fourchette est alors celle pendant laquelle les engagements du locataire obligent également le loueur. Qu'en est-il des dettes contractées au-delà de la date limite, c'est-à-dire après le quinzième jour ?

Lorsque la publicité est effectuée au plus tard à l'expiration du délai de quinze jours, le bailleur cesse complètement d'être tenu des dettes du gérant. Mais, l'exonération ne joue que pour les nouvelles dettes de ce dernier. À propos des dettes non encore apurées, les créanciers conservent le droit de continuer à s'adresser au bailleur, car ils ont acquis le bénéfice du recours au moment où leur créance est née.

186. La question peut toutefois se poser de savoir quel est le régime applicable aux contrats de location-gérance de courte durée, renouvelables par tacite reconduction. La doctrine était divisée à cet égard. Selon Albert Cohen (*Note sous Aix, 6 juin 1961, JCP, 1961, II, 12316*), il n'est pas nécessaire d'assurer à nouveau la publicité en cas de renouvellement tacite du contrat. Mais, d'après F. Derrida (*Rép. com. V° Location-gérance des fonds de commerce, n° 93. Voir aussi R. Houin, Le nouveau régime de la location-gérance de fonds de commerce, RTD com., 1956, p. 207*), la publication doit être renouvelée si le contrat de location-gérance est reconduit expressément ou tacitement, la reconduction tacite donnant naissance à un nouveau contrat.

187. La jurisprudence comportait également des divergences. Certains juges étaient favorables au renouvellement de la mesure de publicité : selon eux, l'on a affaire à un nouveau contrat. La formalité de publicité dans un journal d'annonces légales doit être renouvelée et le bailleur tenu de recommencer à être solidairement responsable des dettes du gérant jusqu'à accomplissement de ladite formalité (*Civ., 16 nov. 1929, S., 1930,*

1, 383. *civ.* 28 juil. 1941, *Gaz. Pal.*, 1941, 2, 295). Mais, dans un arrêt de la Cour de cassation rendu en date du 7 juillet 1966, la haute juridiction a dit le contraire (*Cass. com.*, 7 juillet 1966, *DS* 1966, *jur.*, p. 555, *note anonyme*). Les faits ne posaient aucun problème de compréhension : une structure, la société Royal Nice, avait par deux actes des 3 novembre 1953 et 24 mai 1955, donné en location-gérance respectivement à Puffaud et Misset pour une durée d'une année, d'une part, la branche « restaurant » et d'autre part, le bar salon de thé de l'hôtel qu'elle exploitait à Nice sous l'enseigne d'Hôtel Royal. Ces locations, objet de publicité régulière et d'une inscription au registre du commerce s'étaient poursuivies par tacite reconduction jusqu'en mai 1958, mais sans qu'aucune nouvelle publicité n'ait été effectuée.

À la suite de la déclaration des gérants en état de règlement judiciaire, la société Boucherie de Halles Pastorelli ainsi que quarante et un autres créanciers de la gérance, assignèrent la société Royal Nice, propriétaire du fonds en paiement de leurs créances, ce qu'avait accordé la Cour d'appel d'Aix le 9 janvier 1964 (*D.*, 1964, 390 ; *S.*, 1964, 329), en infirmant un jugement du tribunal de commerce de Nice du 18 juin 1962 (*Gaz. Pal.*, 1962, 2, 237 ; *RTD com.*, 1962, 637, n° 15).

Interpellés à se prononcer sur la décision des juges de la Cour d'appel à qui on faisait le reproche de n'avoir pas pris en compte le fait qu'aucune mesure de publicité n'ayant été accomplie lors du renouvellement par tacite reconduction des deux locations-gérances, le propriétaire était solidaire des dettes nées du chef du locataire, les hauts magistrats ont été clairs : « Attendu que les articles 2 et 8 de la loi du 20 mars 1956 qui imposent l'obligation de publier le contrat de location-gérance et qui prévoient pendant les six mois qui suivent cette publication la responsabilité solidaire du propriétaire du fonds pour les dettes résultant de l'exploitation du gérant, n'imposent pas, en cas de tacite reconduction du contrat, une nouvelle publicité et n'instituent pas non plus une nouvelle période de six mois pour la responsabilité du bailleur, aucune modification n'était dans ce cas intervenue dans la nature de l'exploitation, ni dans la personne de l'exploitant depuis la publication initiale ».

188. Cette solution, approuvée d'ailleurs par la doctrine, a été réitérée dans un arrêt de cassation rendu en date du 3 mars 1992, Rouzier c/ SA De Dietrich, inédit. Comme l'a si bien déclaré un auteur (*P. Le Canmu, note sous Cass. com.*, 3 mars 1992, *Rouzier c/ S.A. Dietrich, inédit, Defrénois*, 1992, p. 1365), la solidarité (limitée dans le temps) ne s'impose au loueur du fonds que dans la mesure où ses relations d'affaires peuvent mettre un certain temps à s'acclimater au changement d'exploitant. Lors de la reconduction, l'exploitant ne change pas, ses caractéristiques financières non plus. En soi, la gérance ne fait qu'être prolongée. Ce n'est pas un événement tel qu'il doive entraîner une protection spécifique des créanciers.

Afin de contourner toute difficulté, les parties peuvent user d'une technique simple : conclure dès l'origine, un

contrat de longue durée, résiliable chaque année, par exemple, à l'initiative de l'une, ou de l'autre partie. Dans ce cas, les formalités de publicité ne doivent pas être reprises chaque année. Par conséquent, la responsabilité solidaire du loueur ne peut non plus courir chaque année. Celle-ci ne peut jouer qu'une seule fois au moment de la conclusion du contrat. Tout engagement pris après la mesure de publicité ne lierait alors que le locataire. Il en est de même de toute dette contractée au cours de l'exploitation et cela tant que le contrat n'est pas résilié. Pareille technique peut facilement être exploitée par tout commerçant désireux d'exploiter son fonds de commerce par voie de gérance libre. Il gagnerait non seulement par rapport aux loyers que doit lui payer régulièrement son locataire, mais également en raison de ce que tant que dure le contrat, il n'est nullement tenu des dettes du gérant. Bien entendu, lorsqu'il s'agit de contrats successifs, il en est autrement. La publicité doit être réalisée par rapport à chaque contrat. C'est du reste ce qui ressort clairement d'un important Arrêt de la Cour de cassation rendu, en date du 13 déc. 1971. Il en a été ainsi décidé à propos d'un établissement confié en location-gérance par trois contrats successifs : les 8 juin 1967, 16 février et 22 avril 1968 : la publicité doit être réalisée en dépit de ce que le contrat soit conclu entre les mêmes parties, agissant en la même qualité et pour le même fonds de commerce (*Voir Cass. com.*, 13 déc. 1971, *DS*, 1972, p. 421, *note anonyme*).

b - Engagement né avant mais avec des effets au-delà de la date limite

189. Le propriétaire du fonds de commerce reste-il tenu des dettes payables au-delà de la date limite ? La responsabilité solidaire du propriétaire du fonds prend naissance à la conclusion du contrat. Les dettes du locataire peuvent parfaitement s'échelonner dans le temps : qu'elle porte sur trois, quatre, voire cinq années, le propriétaire en reste solidairement tenu. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation dans un arrêt du 19 novembre 1975, Demoiselle Guimard c/ « Omni cine » invitée à se prononcer. Les faits de l'affaire étaient les suivants : demoiselle Guimard avait donné un fonds de commerce dont elle était propriétaire en gérance libre à Dame Avoine. Cette dernière avait contracté auprès de la société « Publi-omni ciné » des dettes relatives aux prestations publicitaires commandées le 7 juillet 1966 par la gérante, mais dont la fourniture devait s'échelonner sur une durée de trois années. Le locataire n'ayant pas pu honorer ses engagements, Demoiselle Guimard, propriétaire fut condamnée à payer solidairement la dette. Celle-ci introduisit un pourvoi en cassation en reprochant à la Cour d'appel d'avoir ainsi statué, alors que selon elle, la responsabilité solidaire du loueur ne couvre que les créances nées et exigibles dans le délai de six mois qui suivent la publication du contrat de location-gérance. Ce sont ces arguments que

la juridiction suprême a balayés en énonçant que pour entraîner la responsabilité solidaire du loueur, il était juste en vertu de l'article 8 de la loi du 20 mars 1956, alors applicable, de retenir la date de naissance de la dette litigieuse et non celle de son échéance.

190. Mais, pour la doctrine (*A.S., Observations sous Cass. com., 19 nov. 1975, Demoiselle Guimard c/ « omni ciné », JCP, 1976, II, 18300*), une telle interprétation, bien que conforme à la lettre de la loi n'était pas respectueuse de son esprit. En posant que le loueur et son locataire étaient solidairement responsables de certaines dettes, le législateur entendait protéger les tiers pendant la période transitoire en raison de ce qu'ils pouvaient ignorer le changement du mode d'exploitation (*Cass. Rép. Séance du 22 novembre 1955; JO Déb. parl. 1955, p. 2693*). Il ne s'agissait donc pas d'une responsabilité devant courir sans limite. Dans la loi du 20 mars 1956, le délai de la solidarité se situait en principe entre la date de conclusion du contrat et la fin de la période de six mois. Un tel texte étant une norme d'exception, il était recommandé de lui réserver une interprétation restrictive. Et la doctrine soutenue par les praticiens (*Voir Mme Rubellin Derrichi qui avait dénoncé dans une note de jurisprudence publiée au Sirey 1967, page 326, la responsabilité des six mois comme « une disposition souvent critiquée aujourd'hui ». Les notaires de France avaient exprimé la même opinion à leur 60^e congrès. Enfin, la commission de réforme du Code de commerce avait proposé à l'article 98 du projet de refonte de la loi du 17 mars 1909, le maintien de « la responsabilité du loueur exclusivement jusqu'au jour de la publicité »*) avait émis le vœu de voir la jurisprudence s'orienter dans l'application de l'article 8, vers une interprétation plus conforme à l'esprit dans lequel il avait été conçu (*Cohen, note, op. cit., JCP, 1961, II, 12316*).

191. Dans l'Acte uniforme de l'OHADA portant Droit commercial général, le délai de solidarité court en théorie jusqu'à la publication de l'acte. Ne faut-il pas en déduire avec A.S. (*A.S., Observations sous Cass. com., 19 nov. 1975, op. cit.*) que dans l'esprit du législateur, pour engager la responsabilité solidaire du loueur, la dette du gérant devrait, non seulement être née, mais encore être exigible dans le délai indiqué et qu'à son expiration, le loueur se trouverait dégagé de toute responsabilité ? Telle est du moins la position qu'il est assez tentant de soutenir. Un délai n'a de sens que lorsque l'on connaît aussi bien le *dies a quo* que le *dies ad quem*, sans que ce dernier soit abandonné aux circonstances.

Pour respecter l'intention fondamentale du législateur, afin que le loueur ne soit pas surpris à l'échéance de la location-gérance (*L'expiration du contrat de location-gérance à son terme normal ou anticipé rend immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation du fonds contractées par le locataire du fonds pendant la gérance*), nous pensons que la solidarité des

dettes du loueur devrait se limiter aux dettes exigibles à la publication de l'acte. En attendant qu'à l'occasion d'une éventuelle réforme de l'AUDCG, le législateur le dise de manière claire et précise, les juges devraient davantage trancher les éventuels litiges en ce sens.

III - Modalités de l'obligation

192. Le législateur OHADA a institué que le propriétaire du fonds et le locataire-gérant sont solidairement responsables. Peuvent se poser des questions relatives à l'objet de la dette (a), et à son étendue (b).

a - Objet de la dette

193. Pendant l'exercice de son activité, le locataire-gérant peut avoir plusieurs types de dettes : achat à crédit de marchandises, dettes fiscales, arriérés de salaires, charges diverses (électricité, téléphone, fax), etc. Cela se comprend aisément puisque le plus souvent, il est difficile de développer une activité économique en honorant tous ses engagements financiers au moment où ils naissent.

Le passif du locataire-gérant ayant des natures variées, l'on peut se demander quel type lie véritablement le propriétaire du fonds. En dépit du mutisme du législateur OHADA à cet égard, il est permis de dire avec la jurisprudence (*Voir DS, 1972, jur., p. 581*) et la doctrine (*Note anonyme sous Cass. com., 6 juin 1972 (2 arrêts), DS, 1972, jur., p. 581*), qu'il ne s'agit que des dettes liées à l'exploitation du fonds. Selon les juges qui ont opté pour une interprétation restrictive (*La responsabilité solidaire du propriétaire du fonds constitue une dérogation au principe général de la relativité des conventions. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation interprète à juste titre de manière restrictive la disposition y relative. Voir G. Ripert et R. Roblot, Traité de Droit commercial, t. I, op. cit., p. 440*), donc favorable au loueur du fonds, ne constituent par exemple, pas les dettes contractées à l'occasion de l'exploitation du fonds, les sommes restant dues sur le montant de prêt que le locataire-gérant avait contractées pour obtenir la gérance (*Cass. com., 19 févr. 1969, D., 1969, somm., 82*).

La même solution a été retenue à propos des fonds empruntés pour payer le cautionnement : « Mais, attendu que la Cour d'appel ne s'est pas contredite en retenant que si la responsabilité solidaire du loueur, et de son gérant, peut être engagée, même à l'égard des dettes antérieures à la date du contrat de location-gérance, encore faut-il que ces dettes aient été contractées à l'occasion de l'exploitation du fonds, ce qui n'est pas le cas du paiement par le gérant d'un cautionnement exigé par le propriétaire » (*Cass. com., 6 juin 1972, DS, 1972, jur., p. 580*).

Déjà, avait-on précisé à la suite d'un arrêt rendu en date du 8 févr. 1972 par la Chambre commerciale : Le dépôt de garantie par le bailleur du locataire-gérant d'un

fonds de commerce, pour habituel qu'il soit, constitue une dépense préalable, et en quelque sorte, antérieure à l'exploitation du fonds. Il ne répond à aucune nécessité propre de celle-ci, et en conséquence, n'en résulte pas. La responsabilité du loueur du fonds ne peut donc être recherchée sur le fondement de l'article 8 de la loi du 20 mars 1956 (*Voir Cass. com.*, 8 févr. 1972, *Soc. Anon. des Établ. Lucas c/ Époux Touzery*, DS, 1972, *somm.*, *jur.*, p. 143 ; ou même *Cass. com.*, 19 févr. 1969, *Association sportive des étudiants et des scolaires « Paris Université Club » c/ Établissement Lucas et autres*, DS, 1969, p. 82). La jurisprudence a retenu la même solution pour l'achat d'un comptoir à crédit. Un tel achat constitue un acte patrimonial d'investissement dont le contrat ne saurait être exercé par le loueur du fonds et non un acte d'exploitation de celui-ci, c'est-à-dire, soit une prestation de service, soit un achat de marchandise pour la revendre en l'état ou après transformation (*Voir Trib. com. de Chaumont*, 6 nov. 1970, DS, 1971, *somm.*, p. 140).

Enfin, constitue une dette strictement personnelle du gérant, la dette de cotisations de retraite vieillesse que celui-ci devait payer. En effet, celle-ci n'est pas considérée comme une nécessité propre de l'exploitation du fonds : « Mais, attendu que le tribunal a retenu à bon droit que la cotisation de la retraite vieillesse d'un commerçant constitue une dette strictement personnelle de ce dernier, et non une nécessité propre à l'exploitation du fonds ; qu'il a pu en déduire que le loueur n'a pas à répondre d'une dette du gérant ne résultant pas de l'exploitation du fonds ; Que le moyen est dépourvu de fondement » (*Cass. com.*, 6 juin 1972, DS, 1972, *jur.*, p. 580).

194. Il en est toutefois autrement des dettes de sécurité sociale des salariés. Vu leur lien avec l'exploitation du fonds, le propriétaire du fonds est tenu à leur paiement (*Voir note anonyme sous Cass. com.*, 6 juin 1972, *op. cit.*, p. 581). Dans ses observations sous *Cass. com.*, 8 janv. 1980 ; *Société DICOMA c/ Maraux* (JCP, 1980, II, 19358), A. S. discrimine soigneusement à propos des dépenses les plus variées celles qui pourraient être imputées au loueur et celles qui devraient rester à la charge du gérant. Il classe à titre d'exemple dans le premier groupe, les fournitures de farine faites à un boulanger par un meunier (*Cass. com.*, 6 juin 1972, *Bull. civ. IV*, n° 179, p. 173) ; le paiement du foyer d'une machine à café installée dans un restaurant (*Cass. com.*, 25 juin 1974, *Bull. civ. IV*, n° 206, p. 266) ; le coût d'annonces publicitaires projetées sur l'écran d'un cinéma (*Cass. com.*, 19 nov. 1975, *Bull. civ. IV*, n° 277, p. 229) et la fourniture de viande à une boucherie de détail (*Cass. com.*, 19 févr. 1979, *Bull. civ. IV*, n° 67, p. 52).

Dans le même sens, si les dettes du locataire ont un caractère frauduleux, et que le créancier est de mauvaise foi, la responsabilité solidaire doit être écartée (*Trib. com.*, *Chaumont*, 6 nov. 1970 *précité*). L'illustration la plus connue de cette solution est offerte par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 6 juin 1972, affaire *Brionnet c/ Rambaud* (DS, 1972, *jur.*, p. 581 *précité*).

Les faits de l'espèce étaient d'une particulière simplicité : le sieur Rambaud avait par un contrat du 14 septembre 1968 régulièrement publié, confié la gérance libre de son fonds de commerce de boulangerie-pâtisserie au sieur Lafont. À partir du 31 octobre 1968, ce dernier avait cessé de régler le montant des diverses fournitures à lui faites par le sieur Brionnet. Au lieu d'agir avec prudence comme l'exige une telle situation, ce dernier avait préféré continuer à lui fournir à crédit des livraisons particulièrement importantes, et avait attendu le 5 février 1969, date proche des six mois, alors fixés à l'article 8 de la loi du 20 mars 1956, pour exiger le paiement comptant des fournitures.

Selon la Cour d'appel dont la décision avait fait l'objet du pourvoi, les livraisons postérieures au 31 octobre 1968, avaient été faites de mauvaise foi et les dettes énormes ainsi contractées par le gérant avaient un caractère frauduleux. Par conséquent, ces dettes ne pouvaient engager la responsabilité solidaire du loueur du fonds (*Rion*, 9 févr. 1971). C'est cette décision que la juridiction suprême a entérinée en rejetant purement et simplement le pourvoi (*Il y a là une juste application de la maxime « fraus omnia corrumpit », et la Cour de cassation a bien fait d'être vigilante. Voir A. S., observation sous 1^{er} Cass. com.*, 6 juin 1972, *Caisse nationale retraite de l'industrie hôtelière c/ Zentar* ; 2^e *Cass. com.*, 6 juin 1972, *Brionnet c/ Rambaud*, JCP, 1973, II, 17332).

195. Une telle décision mérite d'être approuvée. Un commerçant qui donne son fonds en location-gérance doit être protégé autant que possible. Si des précautions suffisantes ne sont pas prises, il risque de se retrouver dans une situation difficile où il répond des engagements que le gérant aurait contractés en sachant pertinemment qu'il ne pouvait honorer. Il faut donc éviter que la technique d'exploitation du fonds par voie de gérance libre soit regardée avec crainte. Une meilleure définition de l'étendue de la solidarité contribuerait à coup sûr à envisager l'opération en toute quiétude.

b - Étendue de la solidarité

196. Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, le propriétaire du fonds est solidairement responsable des dettes de nature commerciale de son locataire-gérant. La solidarité a pour conséquence que, vis-à-vis du créancier, chacun des débiteurs est tenu à l'égal de l'autre pour la totalité de la dette (*Observations sous Cass. com.*, 22 janvier 1991, n° 223 p., *Sté Ricard c/ Chapuzet*, RJDA/91, n° 396, p. 351). Mais, il se peut que le montant de la dette soit inférieur ou supérieur à la valeur du fonds. La question se pose de savoir jusqu'à quel seuil, le propriétaire du fonds est tenu. Aucune solution n'ayant été offerte par le droit OHADA, l'interprète ne peut s'inspirer que du droit comparé et notamment français, pour savoir la conduite à tenir. En effet, il y a eu évolution ici.

197. Sous le décret n° 53-874 du 22 septembre 1953 relatif à la location-gérance du fonds de commerce, il fallait distinguer deux périodes : jusqu'à la publication de l'inscription du locataire-gérant au registre du commerce, formalité qui incombait à la fois au propriétaire et au gérant, Celui-là était tenu solidairement de la totalité des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds ; une fois les mesures de publicité entièrement accomplies, le propriétaire restait responsable en cas de non-paiement par le locataire-gérant, mais seulement dans la limite de la valeur du fonds (*Art. 8 décret n° 53-874 du 22 septembre 1953 relatif à la location-gérance du fonds de commerce*).

Cette disposition avait été instituée en vue de protéger les droits des tiers (*Voir exposé des motifs du décret du 22 septembre 1953 sus-cité*). Mais, comme l'a déclaré un auteur (*R. Maus, La résurrection du contrat de gérance, op. cit., p. 71*), il en résultait une insécurité juridique d'autant plus redoutable que la valeur du fonds est une chose assez difficile à chiffrer. Pour y parvenir, une expertise était parfois nécessaire avec tous les aléas qu'elle comporte (*D'après l'alinéa 2 de l'article 8 du décret du 22 septembre sur la location-gérance, les contestations relatives à la valeur du fonds de commerce devaient être tranchées par le tribunal de commerce compétent. Celui-ci devait statuer après expertise contradictoire s'il y a lieu*). En plus, la date de l'évaluation était incertaine. Fallait-il retenir celle du contrat de gérance ? Celle de la naissance de la dette ? Celle de la poursuite ou alors celle à laquelle le tribunal statue ? On peut le constater, rien n'était évident, ce qui a justifié la réforme en 1956.

198. L'article 8 de la loi n° 56-277 du 20 mars 1956 relative à la location-gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux s'est voulu précis. Il a maintenu pendant une première période, celle antérieure à la publicité dans un journal d'annonces légales, le principe de la responsabilité totale. La même responsabilité devait exister pendant un délai de six mois à compter de la formalité de publicité : « Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds », disposait exactement cet article 8. Pour reprendre l'heureuse formule d'un auteur, depuis 1956, la dette était limitée dans le temps, mais illimitée dans son étendue (*A. S. obs. sous Cass. com., 8 janv. 1980; Société DICOMA c/ Maraux, JCP, 1980, II, 19358*).

199. Par rapport au temps, il ne fallait toutefois pas interpréter le délai imparti comme un délai de prescription ou un délai préfix. En d'autres termes, l'action des créanciers contre le bailleur ne devrait pas être intentée forcément à peine d'irrecevabilité avant l'expiration du délai fixé par la loi. L'intention du législateur était de restreindre l'obligation du bailleur aux seules dettes

contractées par le locataire pendant la période transitoire. Les créanciers avaient alors la latitude d'invoquer la solidarité du bailleur par rapport à toute créance contractée par le gérant dans le délai prévu par la loi à l'occasion de l'exploitation du fonds. Il en était ainsi même si la poursuite se situait à l'expiration du délai.

200. La non-limitation dans l'étendue impliquait une chose simple : l'obligation du bailleur pouvait être invoquée par les créanciers du gérant, quelle que soit l'importance du fonds loué par ce dernier, dès lors qu'il se rattachait à l'exploitation du fonds. En raison de ce que la solidarité était expressément édictée par la loi, les créanciers n'avaient d'ailleurs aucune obligation de poursuivre préalablement leur débiteur principal (*A. Cohen, Le nouveau statut de la gérance libre (Loi du 20 mars 1956), JCP, 1956, I, 1301*).

Toutes les incertitudes relatives à l'évolution de la valeur du fonds étaient désormais levées. Les commerçants pouvaient donc valablement concéder des locations-gérances, sans beaucoup redouter qu'on leur impose des dettes éventuellement mal appréciées. Telle était la position améliorée en vigueur dans nombre de pays d'Afrique francophone où s'appliquait la loi du 20 mars 1956.

201. Pour sa part, le législateur OHADA a préféré une formule laconique : « Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, le propriétaire du fonds est solidairement responsable ». À notre sens, il faudrait faire à cet article 113 (*nouvel art. 145*) de l'AUDCG, la même interprétation que celle en vigueur jusque-là. Il faudrait alors en déduire que le locataire-gérant est solidairement responsable avec le bailleur de la totalité des dettes contractées à l'occasion de l'exploitation du fonds. Il faut donc bien se dire qu'il est tenu *ad infinitum*. Autrement dit, sa solidarité peut être invoquée quel que soit le montant du passif, quand bien même il excéderait la valeur du fonds donné en gérance.

En dépit de ce que sur le plan des apparences, l'on peut avoir l'impression qu'il y a une aggravation de la situation du loueur, il faut surtout retenir que, plus les incertitudes sont levées, mieux la personne qui donne son fonds en location-gérance sait à quoi s'en tenir. On est donc très loin du « danger permanent qui existait auparavant » (*R. Maus, La résurrection du contrat de gérance, article précité, p. 71*).

Les parties étant avant tout liées par un contrat qui est une manifestation d'autonomie de la volonté individuelle (*Voir G. Cornu, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 202*), rien n'empêche d'ailleurs que la convention contienne des clauses permettant un contrôle strict des dépenses du gérant. Afin d'éviter de fâcheuses surprises (*A. S., observation sous Cass. com., 8 janv. 1980, Société DICOMA c/ Maraux, JCP, 1980, II, 19358*), on peut imaginer une interdiction de certains engagements ou des engagements d'un certain seuil. En effet, bien que liées à l'exploitation du fonds, il existe des dettes qui ne sont pas

forcément nécessaires à son exploitation. En supposant même qu'elles soient utiles, certaines dépenses peuvent, selon les circonstances, se révéler excessives, superflues ou même seulement inopportunes. Pourquoi les parties n'imagineraient-elles pas des garanties restituables après la période de la responsabilité solidaire ?

Qu'est ce qui empêcherait un propriétaire désireux d'échapper à l'obligation illimitée, de fixer l'entrée en jouissance de son locataire-gérant au jour de l'entier accomplissement des formalités de publicité ? Pour tout dire, un commerçant désireux de donner son fonds en gérance libre a plusieurs astuces pour tempérer, à défaut de faire disparaître son éventuelle responsabilité.

202. Il ressort péremptoirement des développements réalisés par rapport à l'exploitation du fonds de commerce par la voie indirecte, ou plus exactement à travers le procédé de la location-gérance, qu'au regard du droit antérieur, le législateur OHADA n'a ménagé aucun effort pour rendre l'instrument visé, plus que jamais démocratique. Jusqu'au 1^{er} janvier 1998, date d'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant droit commercial général, seuls trois États actuellement membres de l'OHADA avaient des législations propres en la matière : le Sénégal, la Côte d'Ivoire et le Mali. Un peu partout ailleurs, s'appliquaient les dispositions de la loi française n° 56-277 du 20 mars 1956 relative à la location-gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux.

Fort de cela, nombre de commerçants peuvent désormais tirer profit de ce mode d'exploitation du fonds de commerce. Seulement, on pourrait malheureusement assister à la prolifération des opérations de spéculation, phénomène qu'avait voulu éradiquer le législateur en instituant des délais minimums.

La probabilité d'assister à l'essor de cet inconvénient est assez élevée. Elle l'est d'autant plus que plusieurs autres facilités sont offertes : Il ne faut pas nécessairement que l'activité antérieure de la personne (commerçant) appartienne au même domaine que celle à mettre en gérance libre ; que les différents délais couvrent les périodes consécutives ou aient été couverts dans le même espace géographique notamment.

Chapitre 3 : Disposition du fonds de commerce

203. Le fonds de commerce régulièrement constitué fait la propriété de son initiateur. À ce titre, la personne est libre de donner une destination quelconque à celui-ci ou de l'utiliser à des fins diverses.

On pourrait simplement dire que le propriétaire d'un fonds de commerce peut en disposer à sa guise en l'aliénant (Section 1) ou en l'utilisant sous forme de garantie par rapport à une certaine opération (Section 2).

Section 1 - Aliénation du fonds de commerce

204. L'aliénation du fonds de commerce constitue l'acte de disposition le plus connu. Il s'agit pour son propriétaire, de le faire soit dans le cadre d'une opération de vente (§1), soit au titre d'apport dans le capital d'une société commerciale (§2).

§1 - Vente du fonds de commerce

205. Avant l'entrée en vigueur du droit OHADA, la vente du fonds de commerce était au centre d'une législation spéciale : la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce et celle du 29 juin 1935 qui est venue affiner le régime juridique de la vente. Actuellement, cette opération est régie par les articles 115 et s. (*nouveaux art. 147 et s.*) AUDCG dans le cadre d'un chapitre intitulé « La cession du fonds de commerce ». L'arsenal juridique ainsi institué met particulièrement l'accent sur deux choses : les conditions de validité de la vente d'une part (A), et d'autre part, les effets de cette opération (B).

A - Conditions de validité de la vente du fonds de commerce

206. Il faut distinguer les conditions de fond (I) des conditions de forme (II).

I - Conditions de fond

207. De l'article 115 (*nouvel art. 147*) AUDCG, on peut retenir que les conditions à réunir à l'occasion de la vente d'un fonds de commerce sont d'abord celles de droit commun (*Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n° 984, OK-RAIDS du 12/12/2001, Obadata.J-04-03*). Mais un corps de règles spécifiques a été fixé pour tenir compte de la particularité d'une telle opération. À cet effet, partant de l'idée que la cession à titre onéreux du fonds de commerce est un contrat, il est nécessaire que les exigences ci-après soient respectées :

- la capacité : la personne qui acquiert le fonds de commerce doit avoir l'aptitude de faire le commerce par elle-même car il s'agit du premier acte de la vie commerciale. Il y a là en réalité une application de la théorie de l'anticipation pour reconnaître la qualité de commerçant à l'acquéreur du fonds de commerce (*Voir Com., 19 juin 1972, JCP, 1973, II, 17356, note Calais-Aulois*)

Le mineur quant à lui ne peut procéder à la vente de son fonds de commerce qu'à travers son tuteur et avec l'autorisation du Conseil de famille (*Voir A.P. Santos et J. Yado Toé, OHADA, Droit commercial général, ouvrage, op. cit., p. 220*). Dans le même sens, la vente d'un fonds

de commerce par l'administrateur de la communauté doit d'abord recueillir l'accord de l'autre époux.

- le consentement : il doit être exempt de vice (*Voir article 1108 C. civ.*). En matière de vente, la doctrine estime que l'erreur est le vice le plus susceptible de se réaliser dans la mesure où il est possible et même facile de se tromper sur la valeur incorporelle du fonds et précisément sur celle de la clientèle qui n'est pas facilement quantifiable.

Le dol est aussi susceptible d'être commis en ce sens que des manœuvres frauduleuses à l'instar des informations utiles recelées par le vendeur peuvent entacher le consentement émis par l'acheteur.

La violence quant à elle sous la forme physique ou morale est moins susceptible de se réaliser. En effet, on ne comprend pas comment une personne pourrait être contrainte d'acheter ou de vendre un fonds de commerce.

- l'objet de la vente doit obligatoirement intégrer le fonds commercial (*on a déjà mentionné la suppression de celui-ci à l'article 136 du nouvel AUDCG*), c'est-à-dire la clientèle, l'enseigne ou le nom commercial. C'est une prescription forte de l'article 116 (*nouvel art. 148*) AUDCG. Le propriétaire du fonds a la latitude conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de cet article, d'intégrer d'autres éléments (corporels ou incorporels) dans la vente à condition de les préciser expressément dans l'acte de cession. Lorsque les parties indiquent soigneusement les éléments rentrant dans la vente, elles se doivent de dire également quel est le prix de l'opération et ce dernier est librement fixé. Sous l'ancienne législation (décret du 26 juillet 1937), il était exigé que le prix soit décomposé en 3 éléments : un prix pour les éléments incorporels, un prix pour le matériel et le mobilier et un prix pour les marchandises. L'AUDCG n'a pas repris cette décomposition et la doctrine (*Voir J. Nguebou, Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, collection droit uniforme, op. cit., p. 47*) pense que l'essentiel est que le prix de vente soit déterminé ou déterminable.

- La cause : c'est la raison pour laquelle les parties concluent leur contrat. En raison du mutisme de la législation spéciale OHADA sur ce point, il faut se référer au droit commun qui ne suscite pas de développements particuliers dans la mesure où l'absence ou l'illicéité de la cause sont très rares en matière de vente d'un fonds de commerce.

II - Conditions de forme

208. En principe, la vente d'un fonds de commerce ne devrait être assortie d'aucune condition spéciale (écrit). Avant la loi du 29 juin 1935, une telle opération était réputée être un acte consensuel dont la preuve pouvait être rapportée par tous moyens. Cette loi est venue imposer un formalisme strict dont le but fondamental était d'assurer la protection de l'acquéreur du fonds en lui

permettant de s'engager en toute connaissance de cause grâce aux informations que le vendeur se devait de lui communiquer. Les rédacteurs de l'AUDCG sont allés dans le même sens et se sont voulu être d'ailleurs plus précis. À l'article 117 (*nouvel art. 149*) de cet Acte uniforme, il est énoncé que « la vente d'un fonds de commerce peut être réalisée soit par un acte sous-seing privé, soit par un acte authentique ». L'article 118 du même Acte uniforme renchérit en indiquant les différentes énonciations de tout acte constatant pareille vente. Ce sont :

1°) l'état civil complet du vendeur et de l'acheteur pour les personnes physiques ; les noms, dénomination sociale, forme juridique, adresse du siège social, et objet social du vendeur et de l'acheteur pour les personnes morales ;

2°) leurs numéros d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier ;

3°) s'il y a lieu, l'origine de la propriété du chef du précédent vendeur ;

4°) l'état des privilèges, nantissements et inscriptions grevant le fonds ;

5°) le chiffre d'affaires réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation, ou depuis son acquisition, si le fonds n'a pas été exploité depuis plus de trois ans ;

6°) les résultats commerciaux réalisés pendant la même période ;

7°) le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant s'il y a lieu ;

8°) le prix convenu ;

9°) la situation et les éléments du fonds vendu ;

10°) le nom et l'adresse de l'établissement bancaire désigné en qualité de séquestre si la vente a lieu par acte sous-seing privé (*L'article 150 de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 a reconduit les mêmes éléments. Mais a ajouté un 11^e constitué par « Les activités du vendeur et de l'acheteur ». Il s'agirait vraisemblablement de savoir s'ils ne sont pas sous le cours des incompatibilités ou interdictions*).

209. L'omission ou l'inexactitude de ces énonciations destinées foncièrement à renseigner l'acquéreur sur la valeur réelle du fonds et les tiers sur l'identité des parties peut entraîner la nullité de la vente. Mais il faut que l'acquéreur sollicite cette nullité dans un délai d'un an à compter de la date d'établissement de l'acte. Il faut aussi qu'il apporte la preuve que cette omission ou cette inexactitude a substantiellement affecté la consistance du fonds cédé et qu'il en est résulté un préjudice.

Tout acte constatant une cession de fonds de commerce doit être déposé en deux copies certifiées conformes par le vendeur et l'acquéreur au RCCM (*L'article 152 du nouvel Acte uniforme a réduit le dépôt en « une copie certifiée conforme par le vendeur ou l'acquéreur au RCCM ». L'objectif visé serait la réduction des coûts de l'opération*).

Il appartient à chacune des parties en ce qui la concerne de faire procéder à la mention modificative

correspondante. Dans un délai de 15 jours francs à compter de sa date, tout acte constatant la cession du fonds de commerce doit être publié à la diligence de l'acquéreur sous forme d'avis dans un journal habilité à recevoir des annonces légales et paraissant dans le lieu où le vendeur est inscrit au RCCM.

210. Mais, au cas où un créancier du vendeur souhaite formuler une opposition, il doit à peine de nullité de son opposition, notifier celle-ci par acte extrajudiciaire (*Le souci de clarification à l'article 159 de la nouvelle version de l'AUDCG a amené à parler d'une notification « par acte d'huissier ou par tout moyen permettant d'en établir la réception effective »*) :

1°) au notaire ou à l'établissement bancaire désigné en qualité de séquestre ;

2°) à l'acquéreur, à son adresse telle que figurant dans l'acte ;

3°) au greffe de la juridiction où est tenu le RCCM où est inscrit le vendeur, à charge pour le greffe de procéder à l'inscription de cette opposition au RCCM.

L'acte d'opposition doit énoncer le montant et les causes de la créance, et contenir élection de domicile dans le ressort de la juridiction où est tenu le RCCM. L'acte d'opposition produisant un effet conservatoire (*Voir article 128 (nouvel art. 160) AUDCG*), il appartient à l'opposant de saisir la juridiction compétente – qui n'est toutefois pas le juge des référés (*Voir Cour d'appel de Dakar, Chambre civile et commerciale, 1, arrêt n° 237 du 13/04/2001 civil, référé Samba Ba (Me Guédél Ndiaye et associés) c/ La S.G.B.S. Le Gie Bysance et Me Papa Samaré Diop, Ohadata.J-06-86*) – pour faire constater sa créance et recevoir le paiement de celle-ci. L'opération de vente réalisée, se dégageant plusieurs effets.

B - Effets de la vente

211. La vente régulièrement réalisée produit des effets à l'égard du vendeur (I) et de l'acheteur (II).

I - Effets à l'égard du vendeur

212. L'opération réalisée entre le vendeur et l'acheteur du fonds de commerce entraîne un certain nombre d'obligations vis-à-vis du vendeur (a). Mais en même temps, elle lui confère plusieurs privilèges (b).

a - Obligations du vendeur

213. La cession du fonds de commerce se traduit par un transfert de propriété du vendeur vers l'acquéreur. Ce transfert fait générer deux types d'obligations : l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie.

La première impose au vendeur de mettre à la disposition de l'acquéreur, l'ensemble des éléments du

fonds cédés dans l'acte de vente. Il s'agit en quelque sorte de permettre à l'acheteur d'entrer en possession des éléments visés et de commencer à en jouir. Sur le plan pratique, l'opération de délivrance consiste à remettre à l'acquéreur les clés des locaux où est situé le fonds. Mais cette obligation peut s'accompagner aussi d'autres formalités telles la nécessité de présenter l'acquéreur à la clientèle ainsi qu'aux divers fournisseurs après remise des documents comptables des trois dernières années.

D'après l'article 122 (*art. 122 nouveau*) alinéa 2 AUDCG, si le paiement du prix a été prévu au contrat, le vendeur n'est tenu, sauf convention contraire entre les parties, de mettre l'acheteur en possession du fonds qu'à la date du complet paiement.

Lorsque la vente du fonds intègre la cession de certains éléments incorporels, la doctrine enseigne que l'opération doit s'accompagner de l'inscription à la structure nationale tenant lieu d'antenne de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI). Il en est ainsi pour les brevets d'invention, les dessins ; les modèles, les marques de fabrique et de commerce qui sont transférés conformément au droit les régissant et non spécialement par le vendeur (*Voir A. P. Santos et J. Yado Toé, OHADA, Droit commercial général, ouvrage, op. cit., p. 224*).

La seconde, en l'occurrence, l'obligation de garantie est simple : en application du droit commun, le vendeur est tenu à une double obligation de garantie : une garantie contre les évictions émanant des tiers et une garantie contre les vices cachés.

214. En ce qui concerne les évictions, la garantie est d'abord relative à son fait personnel et l'article 123 (*nouvel art. 155*) AUDCG prescrit que le vendeur s'abstienne de tout acte qui serait de nature à gêner l'acquéreur dans l'exploitation du fonds vendu.

Cette garantie est également relative au fait des tiers et l'article 123 (*nouvel art. 155*) al. 3 AUDCG impose que l'acquéreur bénéficie sous la couverture du vendeur d'une possession paisible de la chose vendue et qu'en particulier ce dernier le garantisse contre les droits que d'autres personnes prétendraient faire valoir sur le fonds vendu.

Sur les vices cachés, le vendeur est garant des vices affectant le fonds et un auteur (*Voir G. Decocq, Droit commercial, ouvrage, op. cit., p. 260*) cite pour exemple la vente d'une charcuterie située dans un quartier où on ne consomme pas la viande du porc et l'acquéreur ne fait pas les recettes promises. Cette protection résulte implicitement de l'article 124 AUDCG qui organise les sanctions encourues par le vendeur qui ne se conforme pas à ses obligations.

Ce texte dispose en effet : « Si l'acquéreur est évincé partiellement, ou s'il découvre des charges qui n'étaient pas déclarées dans l'acte de vente, ou encore si le fonds de commerce est affecté de vices cachés, il peut demander la résolution de la vente, mais seulement si la

diminution de jouissance qu'il subit est d'une importance telle qu'il n'aurait pas acheté le fonds s'il en avait eu connaissance ». (*Le nouvel article 156 AUDCG prévoit les sanctions pour vices cachés ou défaut de conformité. Le vice relève de l'obligation spéciale de garantie. Il s'agit d'un défaut qui nuit au bon fonctionnement de la chose. Tandis que le défaut de conformité est une différence apparente entre la chose telle que le contrat l'a promise et la chose effectivement livrée. Généralement, la garantie des vices cachés est due même en l'absence de fautes alors que la non-conformité est une faute dans l'exécution du contrat.*)

b - Protection du vendeur du fonds : les privilèges

215. Lorsque le vendeur ne respecte pas ses obligations de délivrance et de garantie, se livre à des actes de trouble de jouissance ou de concurrence déloyale, sa mauvaise foi peut être sanctionnée par l'attribution des dommages-intérêts à l'acquéreur (*Voir Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n° 984, OK-RIDS c/LATIL du 12/12/2001 précité*).

216. Le vendeur a essentiellement quelques privilèges et peut notamment exercer l'action résolutoire. Au titre de privilèges, il est permis au vendeur d'inscrire son avantage au RCCM dans les conditions fixées par les articles 47 (*nouvel art. 166 et s. AUS*) et suivants AUDCG. Ce privilège confère le droit d'être payé sur la valeur du fonds par préférence aux autres créanciers. Cet avantage lui confère également un droit de suite qui implique qu'en cas de non-paiement, le vendeur peut saisir le fonds, quelles que soient les mains entre lesquelles il se trouve.

Sur l'action résolutoire, celle-ci permet selon les règles de droit commun l'anéantissement du contrat de vente dans les conditions fixées par l'Acte uniforme. En ce sens, l'article 50 alinéa 2 AUDCG dispose : « [...] Toute demande tendant à la résolution judiciaire de la vente d'un fonds de commerce peut faire l'objet d'une prénotation au Registre du commerce et du crédit mobilier, conformément aux dispositions prévues à cet effet par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés » (*A l'article 168 du nouvel AUS, le ton est impératif : « Toute demande tendant à la résolution amiable, judiciaire ou de plein droit de la vente du fonds de commerce doit faire l'objet d'une prénotation au Registre du commerce et du crédit mobilier à l'initiative du vendeur. Cette prénotation est autorisée par la juridiction compétente du lieu où la vente a été inscrite, par décision sur requête, à charge de lui en référer. La prénotation faite, la validité des inscriptions ultérieures est subordonnée à la décision à intervenir sur la résolution de la vente »*).

Ce texte renvoie en réalité aux articles 75 et 76 AUS conçus respectivement de la manière suivante : article 75 : « Toute demande tendant à la résolution amiable, judiciaire ou de plein droit de la vente du

fonds de commerce peut faire l'objet d'une prénotation au Registre du commerce et du crédit mobilier à l'initiative du vendeur. Cette prénotation est autorisée par le Président de la juridiction du lieu où la vente a été inscrite, par décision sur requête, à charge de lui en référer. La prénotation faite, la validité des inscriptions ultérieures est subordonnée à la décision à intervenir sur la résolution de la vente ». Article 76 : « Lorsque la vente a été résolue à l'amiable, judiciairement ou en vertu d'une clause résolutoire de plein droit, la résolution doit être publiée au Registre du commerce et du crédit mobilier ».

II - Effets à l'égard de l'acquéreur

217. L'acquéreur du fonds a également des obligations et des privilèges.

À propos des obligations, il se doit de prendre livraison du fonds et l'article 125 (*nouvel art. 157*) AUDCG prescrit l'extinction de cette obligation après celle de payer le prix au jour et au lieu fixés dans l'acte de vente entre les mains du notaire ou de tout établissement bancaire désigné d'un commun accord par les parties à l'acte.

Étant donné que l'acquéreur devient commerçant à l'issue de l'opération, il se doit d'accomplir les formalités de son immatriculation au RCCM.

Pour ce qui est de ses privilèges, l'acquéreur est protégé contre les éventuelles fraudes du vendeur : majoration abusive du prix, éviction, concurrence déloyale notamment. Les privilèges de l'acheteur sont en quelque sorte constitués des obligations imposées au vendeur.

III - Effets de la vente à l'égard des créanciers du vendeur

218. Dans le souci d'éviter la distraction du prix de la vente du fonds, l'article 125 (*nouvel art. 157*), AUDCG fait obligation à l'acheteur de payer le prix de l'opération entre les mains d'un notaire ou d'un établissement bancaire désigné comme séquestre d'un commun accord entre les parties à l'acte. Ce séquestre est tenu de conserver lesdits fonds dans un délai de 30 jours à compter de la vente du fonds dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. Au terme de ce délai, si aucune opposition n'a été notifiée au séquestre, celui-ci devra tenir le prix de vente à la disposition du vendeur. Mais si une ou plusieurs propositions sont notifiées pendant ce délai, le prix de vente ne sera disponible pour le vendeur que sur justification de la mainlevée de toutes les oppositions.

§2 - Apport du fonds de commerce en société

219. Le fonds de commerce qui constitue un bien meuble incorporel de nature commerciale peut au lieu

d'être cédé, être plutôt apporté à une société déjà existante. La volonté de passer d'une exploitation individuelle à une exploitation sociale du fonds de commerce peut avoir plusieurs justifications : la limitation de la responsabilité du commerçant ; la soustraction de son patrimoine personnel aux risques de l'exploitation ; la recherche des financements ou même la préparation d'une succession.

L'apport du fonds de commerce en société est organisé aussi bien par les dispositions de l'AUDCG que par celles de l'AUDSGIE. À cet égard, l'article 117 (*nouvel art. 149*) (2), AUDCG précise que les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout acte constatant une cession de fonds de commerce consentie même sans conditions y compris en cas d'apport d'un fonds de commerce à une société (*En principe, elles ne s'appliquent ni à la fusion, ni à la cession des parts sociales. Mais en sens contraire, voir A. Fénéon et J. R. Gomez, Droit commercial général, ouvrage, op. cit., p. 85*).

220. De façon générale, l'apport du fonds de commerce en société est soumis aux mêmes règles générales que les apports en nature. Il opère un transfert de propriété comme la vente. Mais, à la différence de celle-ci, en contrepartie de l'apport d'un fonds de commerce en société, l'apporteur reçoit non pas le prix mais plutôt des droits sociaux (*actions pour les sociétés anonymes ou parts sociales pour les autres sociétés*).

Section 2 - Utilisation du fonds de commerce à titre de garantie

221. Le fonds de commerce peut servir de garantie ou de gage à un prêt. On parle alors de nantissement. Il peut également consolider le privilège du vendeur qui se fait consentir un nantissement sur le fonds.

En droit commun, lorsqu'il y a gage, le débiteur est tenu de remettre l'objet engagé aux créanciers ou à un tiers convenu dans quel cas on dit qu'il y a desaisissement.

Or, en droit commercial, le commerçant qui emprunte le fait pour continuer son exploitation. S'il donne son fonds en nantissement, il entend ne pas s'en dessaisir. Cette forme de gage sans dépossession qui fonctionne comme une véritable hypothèque était régie dans le contexte français par la loi du 17 mars 1909 rendue applicable par le décret du 26 juillet 1932. Actuellement, il faut se référer d'une part, aux articles 44 à 55 (*Voir les dispositions relatives au nantissement dans le nouvel Acte uniforme portant droit des sûretés car celles-ci ont été supprimées dans le nouvel AUDCG*), 131 et 132 (*nouveaux art. 163 et 164*) AUDCG ainsi qu'aux articles 63 et suivants de l'Acte uniforme portant Droit des sûretés (AUS) pour les appréhender.

De manière générale, ces textes traitent du nantissement du fonds de commerce proprement dit (§1) et du nantissement du matériel et des stocks (§2).

§1 - Nantissement du fonds de commerce

222. Les articles 69 et 70 (*Voir nouveaux art. 162 et 164*) AUS constituent des textes référentiels en la matière (*Aux termes du nouvel article 162 AUS, «Le nantissement du fonds de commerce est la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation, les éléments incorporels constitutifs du fonds de commerce à savoir la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial».* On l'a relevé à juste titre : avec cette nouvelle définition, les éléments essentiels à l'existence d'un fonds de commerce susceptibles d'être apportés en nantissement sont dorénavant identiques à ceux prévus par la définition des éléments constitutifs d'un fonds de commerce selon les dispositions de l'AUDCG, c'est-à-dire son article 104 (*Voir O. Fille-Lambie et A. Marceau-Cotte, Les sûretés sur les meubles incorporels : le nouveau nantissement de l'Acte uniforme sur les sûretés, Droit et patrimoine, 2010, n° 197, p. 74*)). Ceux-ci mettent l'accent tour à tour sur les conditions (A) et sur leurs effets (B) du nantissement.

A - Conditions du nantissement du fonds de commerce

223. Elles sont variables selon qu'on a affaire à un nantissement conventionnel ou judiciaire.

Le nantissement conventionnel est celui qui est consenti par contrat entre un commerçant propriétaire d'un fonds de commerce et son fournisseur qui lui octroie des délais de paiement ou son banquier qui lui consent une ouverture de crédit. L'assiette du nantissement est fixée par l'article 69 et le socle de cette assiette est le fonds commercial (*Voir nouvel art. 162, al. 1*). Dans tous les cas, le nantissement doit faire l'objet d'un acte écrit authentique ou sous seing privé pour enregistrer comptant un certain nombre d'éléments obligatoires à peine de nullité (*Mais dans l'optique d'assurer l'assouplissement des modalités de constitution et de réalisation du nantissement du fonds de commerce, la validité de ce nantissement, bien que toujours soumise à la constitution d'un acte écrit, ne nécessite plus l'enregistrement dans la nouvelle législation (Voir art. 163)*). Précisément, d'après ce texte, le nantissement doit être constitué par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré. Il doit à peine de nullité, comporter les mentions suivantes :

1°) les prénoms, noms et domiciles du créancier, du débiteur et du constituant du nantissement si celui-ci est un tiers ;

2°) le numéro d'immatriculation des parties au Registre du commerce et du crédit mobilier si elles sont assujetties à cette formalité ;

3°) la désignation précise et le siège du fonds et, s'il y a lieu, de ses succursales ;

4°) les éléments du fonds nanti ;

5°) le montant de la créance garantie ;

6°) les conditions d'exigibilité de la dette principale et des intérêts ;

7°) l'élection de domicile du créancier dans le ressort de la juridiction où est tenu le Registre du commerce et du crédit mobilier (*Il faut insister sur le fait que les mentions obligatoires qui doivent être portées à l'acte constitutif ont été allégées dans le nouvel AUS. Seules ont été conservées celles qui assurent le respect du principe général de spécialité des sûretés. Au nombre de quatre, ce sont aux termes de l'art. 163 AUS : « 1°) la désignation du créancier, du débiteur et du constituant du nantissement si celui-ci n'est pas le débiteur ; 2°) la désignation précise et le siège du fonds et, s'il y a lieu, de ses succursales 3°) les éléments du fonds nanti ; 4°) les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évaluation, sa durée et son échéance »*).

224. Le nantissement judiciaire a été institué par la loi du 12 novembre 1955 dans l'optique de permettre à un créancier menacé par les risques d'insolvabilité de son débiteur de demander en urgence à la justice de lui accorder un nantissement sur le fonds (*En Droit français, il est actuellement régi par les articles 77 à 79 de la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures d'exécution et son décret d'application du 31 juillet 1992*). Le jugement rendu autorise donc le créancier à inscrire sa sûreté dans les mêmes conditions que le nantissement conventionnel. Un tel nantissement constitue une mesure conservatoire dans la mesure où le débiteur commerçant ne peut plus donner le fonds à bail, sauf autorisation judiciaire, ni constituer d'autres nantissements sur celui-ci et encore moins le céder.

Par le passé, il n'était connu que pour le fonds de commerce. Mais, l'Acte uniforme portant Droit des sûretés l'a étendu à d'autres domaines : le nantissement des actions et parts sociales du débiteur. L'article 72 (*nouvel art. 165*) AUS souligne qu'un tel nantissement produit effet après décision autorisant l'opération et surtout après inscription définitive, prise à l'issue du jugement qui aura statué sur le cas litigieux et qui sera passé en force de chose jugée. L'inscription définitive rétroagit alors au jour de l'inscription.

C - Effets du nantissement

225. Le nantissement, qu'il soit conventionnel ou judiciaire produit des droits conservatoires au profit des créanciers et d'autre part, il génère des droits de suite et de préférence à l'égard des créanciers nantis.

À propos des droits conservatoires des créanciers chirographaires, ils les protègent contre certains dangers de dépréciation du fonds en l'occurrence, l'inscription d'un nantissement postérieurement à leur commerce avec pour objet l'exploitation du fonds ou la vente des éléments du fonds affecté à la sûreté du créancier nanti.

L'article 85 AUS dit précisément que les créanciers chirographaires peuvent obtenir en justice la

déchéance du terme en cas d'inscription d'un nantissement postérieurement à leurs créances ayant pour cause l'exploitation du fonds ou lorsque les éléments du fonds affectés à la sûreté du créancier nanti sont vendus (*Le nouvel article 174 est plus clair : « En cas de vente ou de réalisation du fonds, les créanciers chirographaires peuvent obtenir en justice la déchéance du terme de leurs créances pour concourir à la distribution du prix »*).

Pour ce qui est des droits de suite et de préférence des créanciers nantis, un créancier inscrit qui rencontre l'insolvabilité du commerçant après sommation à payer a la latitude de s'adresser au tribunal compétent pour solliciter la mise en vente du fonds aux enchères publiques ; alors après l'opération, il bénéficie d'un droit de préférence et d'un droit de suite. D'après l'article 149 AUS, les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre suivant :

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

2°) aux créanciers des frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt des créanciers dont le titre est antérieur en date ;

3°) aux créanciers de salaires super-privilégiés ;

4°) aux créanciers garantis par un gage selon la date de constitution du gage ;

5°) aux créanciers garantis par un nantissement ou un privilège soumis à publicité, chacun selon le rang de son inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier ;

6°) aux créanciers munis d'un privilège spécial, chacun suivant le meuble sur lequel porte le privilège ; en cas de conflit entre créances assorties d'un privilège spécial sur le même meuble, la préférence est donnée au premier saisissant ;

7°) aux créanciers munis d'un privilège général non soumis à publicité selon l'ordre établi par l'article 107 AUS ;

8°) aux créanciers chirographaires munis d'un titre exécutoire lorsqu'ils sont intervenus par voie de saisie ou d'opposition à la procédure de distribution.

En cas d'insuffisance de deniers pour désintéresser les créanciers désignés aux 1°, 2°, 3°, 6°, 7°) et 8°) venant à rang égal, ceux-ci concourent à la distribution dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc. (*L'article 226, d'écriture récente apporte quelques nuances dont la plus saillante est à l'alinéa 1. D'après cette disposition, la distribution des deniers est faite « sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement »*).

§2 - Nantissement du matériel et des stocks

226. Cette opération suppose la réunion d'un certain nombre de conditions (A). Celles-ci réunies, se dégagent plusieurs effets (B).

A - Conditions du nantissement du matériel et des stocks

I - Conditions du nantissement du matériel

227. Le nantissement du matériel est celui qui ne porte que sur certains éléments corporels du fonds de commerce. Il présente une grande utilité pratique : il offre aux industriels, l'opportunité de s'équiper et aux vendeurs de matériels dont les prix sont généralement assez élevés de pouvoir les placer à crédit.

Cette opération tire sa genèse de la loi du 18 janvier 1951, inspirée des textes applicables en matière de nantissement du fonds de commerce (*Voir Universités francophones, UREF, Droit commercial et des sociétés en Afrique, Édicef, op. cit., p. 28*).

228. Dans le contexte OHADA, il faut se référer d'abord à l'article 91 (*Voir nouvel art. 118*) AUS, ensuite aux articles 51 et 52 de l'AUDCG (*Comme déjà souligné, dans la nouvelle organisation du RCCM, il y a eu un renvoi aux nouvelles dispositions de l'AUS, ce qui a entraîné une modification substantielle des dispositions de l'AUDCG dont les art. 51 et 52. Voir rapport sur l'AUS au Secrétariat permanent de l'OHADA du 15/11/09, p. 8*).

Le texte du droit des sûretés prévoit que le matériel ou l'outillage servant à l'équipement de l'acheteur pour l'exercice de sa profession, qu'il soit neuf ou usagé, peut faire l'objet d'un nantissement au bénéfice du vendeur. La même sûreté peut être consentie au tiers ayant garanti les engagements de l'acquéreur envers le vendeur par cautionnement, aval ou tout autre engagement ayant le même objet, ainsi qu'à toute personne ayant prêté les fonds nécessaires à l'achat (*Voir Paris, 29 avril 1977, RJ com., 1978, 206, note Chartier*).

229. Sur le plan formel, le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles est consenti dans la vente ou le prêt par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré (*Voir art. 94 AUS ; décision du Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement civil, n° 1999 du 13/12/2003, la SFC ex Sogeca c/ Bara Diop, Ohadata J-04-276. Si l'inscription du nantissement au RCCM ne porte que sur certains véhicules seulement, la réalisation ne sera ordonnée que pour ces véhicules. Voir article 195 de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution. Dans le même sens, jugement du Tribunal régional hors classe du 10/07/2002, Société Financière d'Équipement c/ Cheikh Fall*). À peine de nullité, l'Acte de nantissement doit comporter les mentions ci-après :

1°) les prénoms, domiciles et professions des parties et, s'il y a lieu, du tiers requérant l'inscription ;

2°) une description du matériel engagé permettant de l'identifier, l'indication de son emplacement et la mention, si nécessaire, que ce matériel est susceptible d'être déplacé ;

3°) le montant de la créance garantie ;

4°) les conditions d'exigibilité de la dette principale et des intérêts ;

5°) pour la transmission du privilège du vendeur, en cas d'émission d'effets négociables, une clause prévoyant ce mode de paiement ;

6°) l'élection de domicile des parties dans le ressort de la juridiction où est tenu le Registre du commerce et du crédit mobilier.

Les autres textes, les articles 51 et 52 de l'AUDCG indiquent soigneusement les formalités à accomplir par le créancier auprès du greffier compétent pour obtenir l'inscription de sa sûreté. Ainsi, en cas de nantissement d'un matériel professionnel appartenant à une personne physique ou morale assujettie à l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier, le créancier nanti présente au greffe de la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est immatriculé l'acquéreur :

1°) le titre constitutif du nantissement en original s'il est sous seing privé, ou en expédition s'il est constitué en minute ou par une décision judiciaire autorisant le créancier à prendre cette inscription ;

2°) un formulaire d'inscription en quatre exemplaires portant mention :

a) des noms, prénom, dénomination sociale, domicile ou siège social des parties, ainsi que le numéro d'immatriculation de l'acquéreur contre lequel est requise l'inscription ;

b) de la nature et date du ou des actes déposés ;

c) d'une description des biens objet du nantissement permettant de les identifier et de les situer, et la mention si nécessaire que ce bien est susceptible d'être déplacé ;

d) du montant des sommes dues au dernier jour précédant l'inscription, le cas échéant, les conditions d'exigibilité de la dette ;

e) de l'élection de domicile du créancier nanti dans le ressort de la juridiction où est tenu le Registre du commerce et du crédit mobilier.

230. Pour le cas spécifique des véhicules assujettis à une déclaration de mise en circulation ou à une immatriculation administrative, le vendeur présente au greffe de la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est immatriculé l'acquéreur :

1°) le titre constitutif du nantissement s'il est sous-seing privé, ou en expédition s'il est constitué par une décision judiciaire autorisant le créancier à prendre son inscription ;

2°) un formulaire d'inscription en quatre exemplaires portant mention : des nom, prénom, dénomination sociale, domicile ou siège social des parties, ainsi que le numéro d'immatriculation de l'acquéreur contre lequel est requise l'inscription ;

a) de la nature et la date du ou des actes déposés ;

b) d'une description du bien objet du nantissement permettant de l'identifier ;

c) du montant des sommes dues au dernier jour précédant l'inscription, le cas échéant, les conditions d'exigibilité de la dette ;

d) de l'élection de domicile du créancier nanti dans le ressort de la juridiction où est tenu le Registre du commerce et du crédit mobilier.

Le législateur n'ayant pas donné une définition précise de la notion de véhicule, la doctrine estime avec raison qu'il faut y englober notamment les tracteurs et cyclomoteurs (*Voir A.P. Santos, commentaire sous art. 52 AUDCG, in OHADA, traité et actes uniformes commentés et annotés, op. cit.*).

II - Conditions du nantissement des stocks

231. Aux termes de l'article 100 AUS, « les matières premières, les produits d'une exploitation agricole ou industrielle, les marchandises destinées à la vente peuvent être nantis sans dépossession par l'émission d'un bordereau de nantissement, à condition de constituer un ensemble déterminé de choses fongibles avant l'émission du titre » (*Voir désormais le nouvel art. 121, AUS*).

Le nantissement des stocks peut porter sur des objets déterminés restant en la possession du débiteur. Mais, il peut aussi porter sur des choses fongibles telles les matières premières (mines, hydrocarbures) ; les produits d'une exploitation agricole (récoltes) ou d'une exploitation industrielle (véhicules non immatriculés, machines) ; les marchandises destinées à la vente (conserves, appareils électroménagers) à condition de constituer un ensemble déterminé de choses, c'est-à-dire qui puisse être localisé et individualisé (*Voir J. Issa Sayegh, Commentaire sous article 100 AUS, in OHADA, traité et actes uniformes commentés et annotés, op. cit.. Voir aussi Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, t. II, par Delebecque et Germain, n° 2609*).

232. Les conditions de constitution, d'inscription et de publicité du nantissement des stocks sont identiques à celles prévues pour les autres nantissements sans dépossession. À cet effet, l'article 101 AUS précise : le nantissement des stocks est constitué par un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré. À peine de nullité, l'acte constitutif de nantissement doit comporter les mentions suivantes :

1°) les prénoms, noms, domiciles et professions des parties et s'il y a lieu, le numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier du débiteur qui constitue le nantissement ;

2°) une description précise du bien engagé permettant de l'identifier par sa nature, sa qualité, sa quantité, sa valeur et sa situation ;

3°) le nom de l'assureur qui assure contre l'incendie et la destruction, le stock nanti ainsi que l'immeuble où il est entreposé ;

4°) le montant de la créance garantie ;

5°) les conditions d'exigibilité de la dette principale et de ses intérêts ;

6°) le nom du banquier chez lequel le bordereau de nantissement est domicilié.

B - Effets du nantissement du matériel et des stocks

Ils sont similaires mais avec des nuances

I - Effets du nantissement du matériel

233. Le nantissement du matériel et des véhicules automobiles ne produit effet que s'il est inscrit au Registre du commerce et du crédit mobilier. L'inscription conserve les droits du créancier pendant cinq années à compter de sa date. Son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai (*Article 95 AUS*).

Le créancier nanti sur le matériel professionnel a un droit de préférence qu'il exerce selon les dispositions de l'article 149 (*Voir nouvel art. 226*) AUS telles que mentionnées plus haut.

234. On a l'impression que le champ d'application du droit de préférence a été relativement rétréci. En effet, par le passé (*Voir loi du 18 janvier 1951, DRAP du 30/9/1953*) le créancier nanti sur le matériel disposait également d'un droit de préférence vis-à-vis des créanciers inscrits sur le fonds de commerce. Il avait même droit à l'égard du vendeur privilégié lorsque ce nantissement lui avait été signifié. Bien plus, ce droit était opposable aux créanciers hypothécaires, ce qui présentait un intérêt considérable lorsque le matériel était un immeuble par destination (*Voir J. Nguebou, Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, op. cit., p. 61*).

En outre, le créancier nanti sur le matériel disposait d'un droit de suite nonobstant les prescriptions de l'article 2279 du Code civil, s'il avait pris soin d'apposer sur l'outillage ou sur le matériel une plaque mentionnant l'existence du nantissement. Ce sont toutes ces garanties qui ont été ramenées seulement à un droit de préférence exercé selon les dispositions de l'article 149 (*Voir nouvel art. 226*) AUS.

II - Effets du nantissement des stocks

235. Le nantissement des stocks produit effet à la condition d'être inscrit au registre du commerce et du crédit mobilier. L'inscription conserve les droits du créancier nanti pendant une année à compter de sa date, son effet prenant fin s'il n'a pas été renouvelé avant l'expiration du délai d'un an fixé (*Article 102 AUS*).

À défaut de paiement de la dette à l'échéance, le créancier ou le porteur du bordereau de nantissement procède à la réalisation du stock nanti conformément aux dispositions de l'article 56-1 de l'Acte uniforme portant Droit des sûretés.

Le créancier ou le porteur du bordereau de nantissement a sur les stocks engagés, un droit de préférence qu'il exerce selon les dispositions de l'article 149 (*dorénavant art. 226*) AUS telles que précitées.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Achalandage 11, 12, 13, 14
Acte authentique 12, 140, 141, 208, 223, 229, 232
Acte de commerce 59, 69, 142, 146
Acte sous seing privé 141, 144
Apparence 16, 83, 94, 95, 96, 201

B

Baux commerciaux 26, 27, 156, 169

C

Capacité 102, 108, 167, 168, 207
Cession de fonds de commerce 209, 219
Clientèle civile 31
Commerçant de fait 28, 98
Conjoints (co-exploitants ou collaborateurs) 77, 84
Conseil d'administration 120, 126
Contrat de société 88
Contrat de travail 74
Cour Commune de Justice et d'Arbitrage 164, 165

D

Directeur Général 126
Droit au bail 11, 16, 24, 27, 40, 114, 118, 135
Droit des Affaires 5, 10, 18, 23, 37, 134, 143, 159, 163, 165

E

Enseigne 38, 213

F

Faillite (s) 58, 87, 99, 152
Femme mariée 79, 94
Femme mariée commerçante 79
Fonds commercial 3, 8, 20, 23, 29, 30, 208, 223

G

Gérance salariée 75, 105

Grand livre 62, 64
Greffe 12, 139, 210, 229, 230

H

Habitude

I

Incapacité 107, 110
Interdiction 201, 208
Intermédiaires 27, 73, 114, 118, 119, 120, 142, 146

J

Journal 62, 138, 149, 151, 152, 153, 154, 157, 158, 160, 162, 182, 185, 187, 198, 209, 218

L

Livres comptables 62, 63
Livres de commerce 63, 142
Location-gérance (de fonds de commerce) 2, 17, 101, 102, 104, 105, 107, 113, 114, 115, 117, 123, 124, 129, 132, 135, 141, 150, 152, 151, 178, 186, 197, 198
Location
- d'immeubles 54, 142
- de meubles 123, 125, 146

M

Marchandises 26, 46, 56, 82, 98, 99, 113, 193, 207, 231
Mineur (s) 102, 143, 207
Modes d'exploitation 70

N

Nantissement (s) 1, 3, 11, 12, 18, 68, 148, 151, 174, 205, 208, 221, 222, 223, 232, 234
Nom commercial 7, 11, 20, 23, 30, 33, 38, 207, 202
Nullité 85, 111, 113, 209, 223, 229, 232

O

Objet social 110, 208
OHADA
- espace 3, 26, 83, 107, 114, 125, 134, 165
- traité 105, 115, 164, 165

P

Parts sociales 219, 220, 224
Président-directeur général 126
Président du conseil d'administration 126
Profession libérale 10
Propriété commerciale 26
Publicité
- journal d'annonces légales 149, 151, 152, 153, 154, 158, 160, 187, 198

R

Radiation 150, 169
Redressement judiciaire 169
Registre du commerce 5, 26, 63, 92, 97, 113, 138, 148, 149, 150, 153, 155, 157, 163, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 175, 187, 197, 208, 216, 223, 225, 229, 230, 232, 233, 235

S

Société de fait 83, 84, 85, 86, 87, 89, 92, 96, 126
Société en commandite simple 86, 89, 126
Société en nom collectif 86, 89, 126
Société en participation 126

W

Warrant 61

Z

Zone franc 18, 136

FUSIONS, SCISSIONS ET APPORTS PARTIELS D'ACTIFS

Table des matières

Introduction

- I- Sources du droit des fusions, scissions et apports partiels d'actif n° 1-2
- II- Définitions n° 3-6

Chapitre I : Champ d'application des fusions, scissions et apports partiels d'actif n° 7-27

- Section I - **Personnes pouvant participer aux fusions, scissions et apports partiels d'actif** n° 8
 - § I- Société à risque limité n° 9-11
 - § II- Sociétés de personnes n° 12-14
 - § III- Sociétés en liquidation n° 15-19
 - §IV- Groupements d'intérêt économique et entreprises publiques n° 20-21
- Section II - **Différentes opérations possibles** n° 22
 - § I- Fusions, scissions et apports partiels d'actif entre sociétés de formes différentes n° 23-24
 - § II- Fusions, scissions et apports partiels d'actifs entre sociétés d'États différents n° 25-27

Chapitre II : Préparation de l'opération n° 28-63

- Section I - **Rapprochement** n° 29-39
- Section II - **Projet de fusion, de scission et d'apport partiel d'actif** n° 40
 - §I- Élaboration du projet n° 41-45
 - § II- Publicité du projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actifs n° 46-54
- Section III - **Contrôle des commissaires à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actifs** n° 55-56
 - § I- Désignation du commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actifs n° 57-60
 - § II- Mission du commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif n° 61-62
 - §III- Responsabilité du commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actifs n° 63

Chapitre III : Réalisation de l'opération 64-94

- Section I - **Information des associés** n° 65-67
- Section II - **Approbation de l'opération** n° 68
 - § I- Principes généraux n° 69-73
 - § II- Modalités d'approbation n° 74-81
- Section III - **Publicité de la réalisation de l'opération** n° 82-85

- Section IV - **Nullité de l'opération** n° 86
 - § I- Causes de nullité n° 87-89
 - § II- Action en nullité et régulation n° 90-91
 - § III- Décision d'annulation et effets de la nullité n° 92-94

Chapitre IV : Effets de l'opération n° 95

- Section I - **Date d'effet de l'opération** n° 96-99
- Section II - **Effets sur les sociétés participantes** n° 100
 - §I- Transmission universelle de patrimoine n° 101
 - A- Actif transmis n° 102-107
 - B- Passif transmis n° 108-111
 - §II- Dissolution et augmentation de capital n° 112-113
- Section III - **Effets sur les organes sociaux** n° 114-116
- Section IV - **Droits des créanciers, des salariés et des associés** n° 117
 - § I- Créanciers non-obligataires n° 118-123
 - § II- Créanciers obligataires n° 124-131
 - § III- Droits des salariés n° 132-136
 - § VI- Échange des titres des associés ou des actionnaires n° 137-139
- Section V - **Fiscalités des fusions, scissions et apports partiels d'actifs** n° 140
 - §I- Absence d'uniformisation des régimes fiscaux dans l'OHADA n° 141
 - §II- Soumission des fusions, scissions et apports partiels d'actifs à la législation fiscale de l'État partie du siège social n° 142

Bibliographie

- F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF *et al.*, *Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant/Juriscope, 2002 ;
- B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Le Droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, 2009, 2^e édition.
- B. MARTOR et S. DIEYE, *Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*, éd. Cabinet Aziz DIEYE, 3^e édition, 2008.
- M. N. MBAYE, « Fusions, scissions et apports partiels d'actif transfrontaliers en Afrique », Thèse, Nanterre, 2006.
- O. SAMBE et M. I. DIALLO, *Guide pratique OHADA des sociétés commerciales et du GIE*, Éditions Comptables et juridiques, 2^e édition, 2008.
- SANTOS A. P., TOE J. Y., *OHADA Droit commercial général*, Paris, AUF-Bruxelles, Bruylant, 2002.
- THOUVENOT, « La fusion des sociétés issues du droit OHADA », *RDAI*, 2002, n° 1, p. 47 et s.

Introduction

I - Sources du droit des fusions, scissions et apports partiels d'actif

1. Les dispositions générales et certaines spéciales régissant les opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actifs sont contenues dans l'AUSC-GIE. En effet, ces opérations trouvent la majorité des règles composant leur régime juridique dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSC-GIE) :

- Règles générales : articles 189 à 199
- Règles particulières aux SARL : articles 382 et 383
- Règles particulières applicables aux SA : articles 670 à 689

2. Outre les dispositions de l'AUSC-GIE applicables à ces opérations, d'autres viennent les régir, en fonction essentiellement du secteur d'activité concerné. En effet, dans certains domaines comme celui bancaire ou celui des assurances, des dispositions particulières applicables aux seules sociétés du secteur sont prévues.

Exemple : Dans le cadre de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA), les articles 20 et 39 de la loi portant réglementation bancaire du 28 juillet 2008 (Sénégal) remplaçant celle du 26 juin 1990 (article 29) subordonnent la réalisation de l'opération de fusion ou de scission à l'autorisation préalable du Ministre des finances sous peine de retrait d'agrément.

II - Définitions

3. La fusion est l'opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule, soit par création d'une société nouvelle (fusion par création de société nouvelle que les comptes dénomment fusion-réunion), soit par absorption de l'une par l'autre (fusion-absorption). Elle se manifeste par une transmission universelle du patrimoine de la ou des sociétés apporteuses à la société bénéficiaire préexistante ou nouvelle. Elle peut avoir lieu au sein d'un groupe de sociétés et sert donc comme technique de restructuration ou entre sociétés totalement concurrentes.

L'AUSC-GIE ne prend en compte que la fusion entre deux sociétés (article 189 al 1 AUSC-GIE). Mais, il fixe le nombre minimum de sociétés participant à l'opération. Par conséquent, rien ne s'oppose à la réalisation d'une fusion entre trois sociétés ou plus.

Il faut cependant préciser que ne constituent pas une fusion la plus simple prise de participation ou l'acquisition par une société de toutes les actions d'une autre

société ou la prise de contrôle, l'absorption par une société nouvelle créée à cet effet d'une société préexistante, l'apport d'une participation plus connu sous le nom de « *fusion à l'anglaise* ». La prise de participation ou de contrôle peut cependant être le préalable à une opération de fusion.

4. La scission est l'opération par laquelle une société (la société scindée) transmet la totalité de son patrimoine à deux ou plusieurs sociétés préexistantes ou nouvelles dénommées sociétés bénéficiaires et disparaît (*article 190 al 1 et 2 de l'AUSC-GIE*). Elle équivaut à un éclatement, une division de l'entreprise en deux ou plusieurs entités juridiquement distinctes. En outre, la scission est quasiment soumise au régime juridique de la fusion qui constitue l'opération de référence tant sur le plan juridique que sur le plan fiscal.

5. L'apport partiel d'actif est l'opération par laquelle une société fait apport d'une branche autonome d'activité à une société préexistante ou nouvelle. La notion de branche autonome d'activité n'est pas définie par l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et les GIE. Il s'agit d'une notion plus économique que juridique qui varie selon les circonstances de fait propres à chaque espèce. Certains auteurs la définissent comme une division, un département, voire un ensemble homogène constitutif d'une sous-entreprise. C'est l'ensemble des éléments (*droits, obligations, biens, contrats*) qui constituent une exploitation autonome susceptible de fonctionner de ses propres moyens : c'est une universalité de biens. Ainsi, pour qu'une branche d'activité soit qualifiée d'autonome et complète, il faut qu'elle puisse être gérée de manière autonome et donc se suffire à elle-même en tant qu'entreprise au sens économique du terme. Elle peut être appréciée comme une succursale, un établissement.

L'apport partiel d'actif se distingue de la scission par le fait que la société apporteuse ne disparaît pas du fait de cet apport. Il est un procédé juridique usité essentiellement lorsque la société souhaite isoler dans une entreprise distincte et autonome une partie de son activité (apport partiel à une société nouvelle) ou encore céder une partie de son activité à une autre entreprise (apport partiel d'actif à une société préexistante)

6. L'apport partiel d'actif est soumis au régime juridique des scissions (article 195 de l'AUSC-GIE). Dès lors, tout apport en nature, dont l'objet n'est pas une branche autonome et complète d'activité, est soumis au régime de droit commun des apports en nature.

Il n'existe donc, dans le cadre de l'OHADA, ni un régime juridique aux apports partiels d'actif, ni la faculté d'option comme en droit français (articles L 236-22 et L 236-24 Code de commerce) ouverts aux apports partiels d'actif effectués entre sociétés par actions, entre SARL, ou entre SARL et sociétés par actions.

Chapitre I : Champ d'application des fusions, scissions et apports partiels d'actifs

7. Il est apprécié à travers la détermination des personnes pouvant participer aux opérations de fusion, de scission et d'apport partiel d'actifs (champ d'application *ratione personae*) et des différentes opérations réalisables entre sociétés (champ d'application *ratione materiae*).

Section I - Personnes pouvant participer aux fusions, scissions et apports partiels d'actifs

8. Toutes les sociétés qui jouissent de la personnalité morale, quelle que soit leur forme sociale ou leur taille, peuvent réaliser des opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif. Mais, si les sociétés de capitaux sont expressément autorisées à réaliser ces opérations entre elles et avec d'autres personnes morales (*articles 382 et 383 AUSC-GIE pour les SARL et articles 670 à 689 AUSC-GIE les SA*), la situation se présente autrement pour certaines sociétés de personnes. En outre, l'AUSC-GIE accentue la faveur faite aux opérations de concentration en autorisant les sociétés en liquidation à y participer.

§ I - Sociétés de capitaux

9. Les sociétés de capitaux sont, par essence, les sociétés les plus enclines à fusionner, à se scinder. C'est la raison pour laquelle dans toutes les législations, elles sont expressément autorisées à effectuer des opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif.

10. Sociétés par actions par essence, les SA sont les plus à même d'utiliser les opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif. Dans le cadre de l'OHADA, l'AUSC-GIE, en dehors des règles générales (articles 189 à 199 AUSC-GIE) applicables à toutes les sociétés, prévoit des dispositions particulières des articles 671 à 689 régissant la fusion, la scission ou l'apport partiel d'actif entre sociétés anonymes et entre sociétés anonymes et sociétés à responsabilité limitée (article 670 AUSC-GIE).

11. La SARL est une société classée parmi les sociétés de capitaux même si, certains auteurs en font une société hybride. Lorsque les SARL réalisent une opération de fusion, de scission et d'apport partiel d'actif, elles sont soumises aux dispositions générales (articles 189 à 199 AUSC-GIE) mais également aux dispositions particulières des articles 382 et 383 de l'AUSC-GIE. Lorsque ces opé-

rations sont réalisées entre SARL, les articles 672, 676, 679, 688 et 689 leur sont applicables (article 382 al 1 AUSC-GIE). Par ailleurs, lorsque la société bénéficiaire est une SARL, les dispositions de l'article 676 de l'AUSC-GIE restent applicables.

§ II- Sociétés de personnes

12. Ayant la personnalité juridique, elles peuvent participer à une opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif.

13. Les sociétés de personnes ne sont pas expressément autorisées par l'AUSC-GIE à réaliser des fusions, des scissions ou des apports partiels d'actifs. Il n'existe aucune disposition particulière prévoyant de manière expresse, comme c'est le cas pour les SA et les SARL, leur possibilité de réaliser des opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif.

Mais, les règles générales applicables à toutes les sociétés commerciales comportent les règles générales relatives aux fusions, scissions et apports partiels d'actif (articles 189 à 199 AUSC-GIE). Ces dispositions générales sont applicables aux sociétés de personnes et assurent à celles-ci une autorisation, ne serait-ce qu'implicite, de participer à une opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif.

14. Bien qu'elles soient autorisées à participer à des opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, les sociétés de personnes ne sont pas enclines à réaliser des opérations d'une telle nature. En effet, étant entendu qu'elles constituent des sociétés fermées, il sera rare de voir une société de personnes participer à une opération de concentration qui ouvrirait de plein droit ses portes à de nouveaux associés.

§ III- Sociétés en liquidation

15. Les sociétés en liquidation pouvant participer à une opération de concentration sont les sociétés qui jouissaient de la personnalité morale (*SA, SARL, SNC, SCS*), qui sont dissoutes et liquidées à l'amiable, mais dont la liquidation n'est pas encore clôturée. Pendant cette période qui va de la décision de dissolution à la clôture de la liquidation, elles conservent la personnalité morale – condition essentielle pour la réalisation des opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif - pour les besoins de la liquidation.

Sont donc exclues du champ d'application des fusions, scissions et apports partiels d'actif les sociétés commerciales faisant l'objet d'une liquidation dans le cadre d'une procédure collective (article 203 AUSC-GIE).

16. Les sociétés, même en liquidation, peuvent être absorbées par une autre société ou participer

à la constitution d'une société nouvelle par voie de fusion (article 189 alinéa 2 AUSC-GIE). C'est le seul cas dans lequel elle peut connaître une nouvelle vie (*M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés, Juris Classeur, édit. LITEC, 16^e édit. 2003, n° 547 ; J. P. HAEHL, Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté, thèse Paris, 1982, n° 302*). Selon ce dernier auteur, et à juste titre, la fusion constitue une technique de renflouement des entreprises en difficulté et non seulement une technique de développement. Ce principe ne constitue pas une nouveauté dans la législation des États parties. En effet, à titre indicatif, l'article 1454 du Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal l'avait introduit dans la définition des fusions, scissions et apports partiels d'actif : « *Une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion...* » (article 1454 alinéa 1 abrogé du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal).

Mais, comme les dispositions nationales qu'il remplace, l'acte uniforme ne donne aucune précision sur les sociétés en liquidation pouvant participer à une opération de fusion. Toutefois, il reconduit promptement la précision liée à la place de la société en liquidation dans l'opération de fusion.

17. La lumière des textes nationaux semble cependant, dans certains cas, être remplacée par le laconisme et l'obscurité de textes communautaires issus de l'unification du droit des sociétés.

En effet, si le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal poursuivait sa définition en ces termes : « *elle (la société, même en liquidation) peut aussi faire apport de tout ou partie de son patrimoine à des sociétés existantes ou participer avec celle-ci à la constitution de sociétés nouvelles, par voie de fusion-scission. Elle peut enfin faire apport de son patrimoine à des sociétés nouvelles, par voie de scission* » (article 1454 alinéa 2 et 3 abrogé du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal), l'acte uniforme, lui, est resté silencieux sur la possibilité pour les sociétés en liquidation de participer à une opération de scission ou d'apport partiel d'actif.

L'appréciation négative de cette omission mérite d'être relativisée si l'on sait que l'article 215 de l'AUSC-GIE relatif à la liquidation admet la réalisation de telles opérations par les sociétés en liquidation.

18. Si elle est autorisée à participer à une opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, la société en liquidation n'en est pas pour autant autorisée à continuer sa vie sociale comme si elle n'avait jamais été dissoute. C'est la raison pour laquelle, elle ne peut être bénéficiaire dans l'opération, qu'il s'agisse d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif. Elle doit toujours être celle qui apporte son patrimoine dans le cadre de l'opération.

C'est la seule condition expressément exigée par

l'AUSC-GIE pour que la société en liquidation puisse valablement réaliser une opération de fusion.

19. La question qui se pose est celle de savoir pendant combien de temps la possibilité de participer à une opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif est ouverte à une société en liquidation.

À défaut de précision, on pourrait admettre que cette possibilité subsiste tant que la société n'a pas été radiée du registre du commerce et du crédit mobilier, donc même lorsque les éléments d'actif de la société ont fait l'objet d'un commencement de répartition.

Le principe de la dévolution universelle du patrimoine caractérisant la fusion, la scission et l'apport partiel d'actif, semble en réelle contradiction avec la réalisation d'une opération de concentration par une société en liquidation dont les éléments d'actif ont fait l'objet d'un début de répartition. C'est notamment la position de l'article L 236-1 du Code de commerce français. L'AUSC-GIE n'exige pas une telle condition et offre la possibilité de réaliser une opération de cet ordre à une société en liquidation sans aucune réserve.

§IV - Groupements d'intérêt économique et entreprises publiques

20. Le GIE est une personne morale prévue par l'AUSC-GIE qui se distingue de la société. (*Voir Entrée Groupement d'intérêt économique*). Elle remplit la condition essentielle pour participer à une opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, à savoir la jouissance de la personnalité morale. Mais, étant entendu que le GIE peut être avec ou sans capital, la question s'est posée de savoir s'il pouvait participer à une fusion, une scission ou un apport partiel d'actif.

L'AUSC-GIE reste silencieux sur cette question. Mais, le capital social occupant une place importante dans les modalités de réalisation de ces opérations, le GIE sans capital ne devrait pas participer à ces opérations. Seuls pourraient donc participer aux fusions, scissions et apports partiels d'actif, les GIE avec capital.

21. Les entreprises publiques étudiées ici sont les sociétés dans lesquelles un État ou une personne morale de droit public est associé. Elles sont soumises à l'AUSC-GIE. Dès lors, les sociétés à capital public dont l'État ou une personne morale de droit public détient tout ou partie du capital ou les sociétés d'économie mixte avec une participation de l'État au capital sont soumises aux dispositions de l'AUSC-GIE et peuvent participer à une opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif à moins qu'elles ne soient soumises à un régime particulier (article 916 AUSC-GIE).

Section II - Différentes opérations possibles

22. Les dispositions générales applicables aux fusions, scissions et apports partiels d'actif permettent la réalisation de ces opérations à des sociétés jouissant de la personnalité morale, peu importe leur forme sociale ou le lieu de situation de leur siège social.

§I - Fusions, scissions et apports partiels d'actif entre sociétés de forme différente

23. La forme sociale n'est pas un obstacle à la participation aux opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif. Les sociétés jouissant de la personnalité morale peuvent réaliser ces opérations entre elles. Ce principe résulte de l'article 196 de l'AUSC-GIE. Les opérations de fusion, de scission et d'apport partiel d'actif peuvent donc intervenir entre des sociétés de forme différente. Aucune disposition de l'Acte uniforme n'est contraire à ce principe.

Toutefois, l'AUSC-GIE organise, avec des dispositions particulières, les opérations entre SARL, les opérations entre SA et les opérations entre SA et SARL.

24. La forme sociale des sociétés participantes n'est pas indifférente dans la réalisation de l'opération. En effet, les modalités de réalisation de l'opération dépendent de la forme sociale des sociétés participantes.

Lorsque les sociétés participantes sont de même forme, la réalisation de l'opération ne présente aucune difficulté. En revanche, lorsque l'opération à réaliser entraîne une augmentation des engagements des associés ou actionnaires, les modalités de réalisation de l'opération tiennent compte de cet effet (article 197 alinéa 2 AUSC-GIE). C'est le cas notamment lorsqu'une société en nom collectif absorbe une société anonyme ou une société à responsabilité limitée.

§II- Fusions, scissions et apports partiels d'actif entre sociétés d'États différents

25. Les fusions, scissions ou apports partiels d'actif peuvent être réalisés par des sociétés d'États différents. Cette possibilité est prévue par l'article 199 de l'AUSC-GIE.

De telles opérations sont appelées fusions, scissions ou apports partiels d'actif transfrontaliers ou internationaux. Lorsqu'elles sont réalisées dans le cadre d'une communauté d'États disposant d'une même réglementation, elles sont qualifiées d'intracommunautaires.

26. L'article 199 de l'AUSC-GIE dispose : « *La fusion, la scission et l'apport partiel d'actifs peuvent concerner des sociétés dont le siège social n'est pas situé sur le territoire d'un même État partie. Dans ce cas, chaque société concernée est soumise aux dispositions du présent acte uniforme dans l'État partie de son siège social* ».

Il résulte de ce texte que le régime juridique des opérations intracommunautaires OHADA est celui prévu pour les opérations domestiques ou internes à un État partie. Dans le cadre de l'OHADA, les opérations intracommunautaires sont assimilées aux opérations internes. (*Sur ce point, voir Mayatta Ndiaye MBAYE, Fusions, scissions et apports partiels d'actif transfrontaliers en Afrique, Thèse, Nanterre, 2006*).

27. L'AUSC-GIE encadre les seules opérations intracommunautaires. Il reste silencieux sur les opérations internationales dont la question de la possibilité de leur réalisation demeure sans réponse comme dans les législations nationales. Ce silence ne doit cependant pas être apprécié comme un refus mais plutôt comme une admission implicite. Dès lors, les fusions, scissions et apports partiels d'actif réalisés entre une société de l'espace OHADA et une société hors de cet espace (fusions, scissions et apports partiels d'actif transfrontaliers) tombent dans la sphère du droit international privé car soulevant un conflit entre les *lex societatis* en présence. (*Sur ce point, voir Mayatta Ndiaye MBAYE, Fusions, scissions et apports partiels d'actif transfrontaliers en Afrique, Thèse, Nanterre, 2006*).

L'admission des fusions, scissions et apports partiels d'actif transfrontaliers pose l'épineuse question des succursales des sociétés étrangères notamment en ce qui concerne la limitation de la durée de vie de la succursale par l'article 120 de l'AUSC-GIE. (*Sur ce point, voir Entrée : « Filiales, succursales, groupes de sociétés »*).

Chapitre II : Préparation de l'opération

28. La préparation de l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif est très importante. Elle se déroule en deux phases obligatoires pour une réalisation régulière de l'opération :

- une phase essentiellement laissée à la liberté des sociétés participantes : c'est la phase conventionnelle appelée rapprochement ;
- une phase rigoureusement encadrée par le législateur : c'est la phase légale composée par le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif.

Section I - Rapprochement

29. Le rapprochement est la phase de préparation de l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif laissée à la liberté des sociétés participantes. C'est ce qui justifie la rareté des dispositions qui s'intéressent à cette phase. Il est lui-même composé de plusieurs sous-étapes relatives à la prise de contact entre les dirigeants des sociétés participantes, l'évaluation

des sociétés participantes, la négociation effectuée par leurs dirigeants et l'établissement et la signature d'un protocole d'accords.

30. Elle est obligatoire dans tous les cas où les sociétés participantes n'entretiennent aucun rapport, si ce n'est de concurrence. Elle est superflue dès lors que les sociétés participantes entretiennent des rapports étroits notamment lorsqu'elles sont société mère et filiale ou lorsqu'il s'agit de filiales d'une même société mère ou encore de sociétés contrôlées par la même personne physique.

En tout état de cause, elle permet d'avoir l'accord de principe des dirigeants des sociétés participantes en vue de la réalisation de l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif.

31. Sans évaluation, l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif est irréalisable. Elle est la source des données, essentiellement financières, qui constituent la base des négociations. Elle peut prendre un temps relativement long et couvre plusieurs domaines (comptable, social, juridique, fiscal).

L'évaluation effectuée permet de déterminer la valeur globale des sociétés participantes à laquelle est subordonnée la détermination de la valeur unitaire des titres des sociétés participantes. Sans la détermination de la valeur unitaire, le rapport d'échange ne peut être fixé.

32. Les critères d'évaluation doivent revêtir certaines qualités. En effet, les méthodes d'évaluation utilisées doivent être concordantes pour toutes les sociétés concernées (article 671 alinéa 4 AUSC-GIE). L'évaluation doit se référer à des comptes arrêtés à la même date, même si l'AUSC-GIE (article 193 alinéa 2, 5°) parle de « *dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés* ». En outre, les méthodes d'évaluation doivent être adéquates à la détermination de la valeur des sociétés (article 672 alinéa 3, 2°) et être sélectionnées de façon à ne pas faire double emploi entre elles.

33. La valeur d'apport est la valeur à laquelle les biens sont transmis de la société apporteuse à la société bénéficiaire. Elle peut être déterminée selon plusieurs méthodes. Il en est ainsi de la valeur comptable, la valeur vénale, la valeur globale de l'entreprise concernée ou la combinaison des trois méthodes précitées. (*Pour une étude détaillée, voir Entrée « Associés »*).

34. La parité ne peut être déterminée que par le biais d'une évaluation des sociétés participantes dans leur ensemble. Évaluer c'est chercher à se rapprocher au maximum de la valeur représentative de la réalité économique des sociétés. C'est donc une comparaison tendant à fixer la valeur des sociétés participant à l'opération. L'évaluation permet d'établir la parité de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif qui, elle, fixe la parité unitaire par titre ou rapport d'échange. L'AUSC-GIE ne prévoit aucune disposition spécifique à

l'évaluation des sociétés et à l'établissement de la parité. Mais, dans certaines de ses dispositions, quelques indications pour l'évaluation des sociétés et l'établissement de la parité apparaissent (articles 671 alinéa 4 et 672 alinéa 3 AUSC-GIE).

35- Le rapport d'échange est la parité unitaire par action ou part sociale qui permet de déterminer le nombre de titres à émettre par la société bénéficiaire au profit des associés ou actionnaires de la ou des sociétés dont le patrimoine est apporté.

Pour obtenir la parité d'échange ou rapport d'échange, la valeur globale des sociétés participantes est divisée par le nombre d'actions ou de parts sociales qui composent son capital social. Ensuite, les valeurs unitaires des titres de chacune des sociétés sont comparées. Cette technique permet non seulement de maîtriser la réalité économique des sociétés participantes, mais aussi de bien calculer, le cas échéant, la soulte, la prime ou les rompus.

36. La valeur réelle des titres de la société bénéficiaire peut être supérieure à leur valeur nominale (apport initial réalisé par l'actionnaire ou l'associé). La prime apparaît lorsque la valeur du patrimoine apporté est supérieure au montant de l'augmentation du capital de la société bénéficiaire, à la valeur nominale des titres émis. Elle est constituée surtout pour ne pas modifier la parité établie entre les sociétés participantes et est donc inscrite au passif de la société bénéficiaire des apports. L'AUSC-GIE ne dit rien sur la prime si ce n'est que le projet doit mentionner le montant prévu de la prime de fusion ou de scission (article 193 alinéa 2, 7° AUSC-GIE). Sa constitution est laissée à la liberté des sociétés participantes ; mais, il s'agit là d'une liberté contrôlée.

37. Le rapport d'échange ne permet pas toujours d'attribuer aux associés de la société apporteuse un nombre entier d'actions ou de parts sociales pour chaque part ou action ancienne. Or, il ne doit pas porter atteinte ni à l'égalité des actionnaires ou associés, ni au droit pour tout titulaire d'actions de rester actionnaire de la société. C'est la raison pour laquelle tous les titres des associés ou actionnaires doivent être pris en compte dans l'échange des titres occasionné par la réalisation de l'opération de concentration. Ce qui peut faire apparaître des rompus.

Les rompus sont les titres des associés ou actionnaires de la société apporteuse qui ne permettent pas d'obtenir, dans le cadre de l'échange un titre émis par la société bénéficiaire. Ils doivent être effacés par une cession gratuite ou onéreuse entre associés ou actionnaires de la société apporteuse.

38. La soulte est un complément d'échange, les associés ou actionnaires de la société apporteuse pouvant recevoir, en échange de leurs apports, une soulte dont le montant ne peut dépasser 10 % de la valeur d'échange

des parts ou actions (article 191 alinéa 2 AUSC-GIE). Elle doit également figurer dans le projet (article 193 alinéa 2, 6° AUSC-GIE).

39. La phase de négociation n'est soumise à aucun formalisme juridique précis et ne répond à aucune condition particulière de délai. Elle est souvent secrète et se matérialise par la signature d'un protocole d'accord qui ne fait pas office de projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, ni de contrat définitif. Le protocole d'accord ou lettre d'intention est un document précontractuel, un avant-contrat qui arrête les conditions financières de l'opération.

Section II - Projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif

40. L'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif est un contrat. Toutefois, elle a ceci de spécifique que sa conclusion est subordonnée à une préparation légalement exigée. En effet, c'est un contrat dont la conclusion exige un avant-contrat pour sa validité. Cet avant-contrat est le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif qui doit être établi, publié et, dans certains cas rigoureusement contrôlé.

§I - Élaboration du projet

41. Toutes sociétés qui participent à une opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif établissent un projet qui est le point de départ officiel des opérations (article 193 alinéa 1 AUSC-GIE) et qui est susceptible de modification. En effet, les sociétés participantes peuvent renoncer à l'opération qui est à l'état de projet, puisque, le contrat n'est pas encore conclu définitivement et que chaque partie dispose de la faculté de rompre le rapprochement. Cependant, il vaudrait mieux que la rupture se passe à l'amiable, notamment en cas de constat d'une probabilité croissante de difficultés de gestion de la société nouvelle qui va naître du fait de la réalisation de l'opération. La partie qui a rompu unilatéralement et abusivement les négociations peut être poursuivie pour rupture abusive. D'ailleurs, le protocole d'accord prévoit généralement une clause pénale qui s'applique en cas de rupture abusive des négociations.

42. Le projet initiant l'opération est arrêté selon le cas par le conseil d'administration ou l'administrateur général pour les SA ou par les gérants pour les SARL, les SNC et les SCS (article 193 alinéa 1 AUSC-GIE). Les sociétés doivent nécessairement respecter les règles gouvernant la convocation et la réunion de l'organe chargé d'établir le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif.

Lorsque les dirigeants des sociétés participantes ont

arrêté les termes du projet, ils doivent, le cas échéant, accorder une délégation au représentant légal de la société ou à toute autre personne habilitée à cet effet pour procéder à la signature du projet. Si l'une des sociétés participantes est une société en liquidation, son représentant légal est le liquidateur.

43. Relativement à l'élaboration du projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, se pose le problème de l'existence de dirigeants communs. En effet, dans le cas d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif entre sociétés ayant des dirigeants communs, l'opération à réaliser risque d'être soumise à la procédure d'autorisation préalable et d'approbation des conventions réglementées (articles 350 et s. AUSC-GIE pour les SARL et articles 438 et s. AUSC-GIE pour les SA) ; (pour une étude approfondie de cette procédure spéciale, voir *Entrée Conventions réglementées*).

L'AUSC-GIE est resté silencieux sur la question de l'applicabilité de la procédure des conventions réglementées au projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif. Mais, nous pouvons relever que la jurisprudence française s'est déjà prononcée en faveur d'une non-soumission du projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif à la procédure d'autorisation préalable des conventions réglementées (Com., 7 juin 1963, JCP 1963 II n° 13374).

Afin de pallier toute idée de mauvaise foi, il est recommandé de mentionner dans le projet la présence de dirigeants communs et, le cas échéant, celle de conventions réglementées. (*Sur la procédure spéciale des conventions réglementées, voir Entrée « Dirigeants sociaux »*).

44. La forme du projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif n'est pas réglementée par l'AUSC-GIE et il n'existe aucune règle nationale d'application des actes uniformes prévue en ce sens.

Nonobstant ce vide juridique, l'écrit est obligatoire. En effet, le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif peut être rédigé sous la forme sous seing privé ou authentique. Toutefois, la forme authentique est obligatoire après son approbation par les assemblées concernées si le patrimoine apporté comporte des immeubles. Il peut s'agir d'un acte dressé par le notaire ou d'un acte sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire. Cette exigence a pour but de permettre l'accomplissement des formalités de publicité foncière. La forme authentique est également obligatoire lorsque la réalisation de l'opération se matérialise par la création d'une société nouvelle (fusion par création de société nouvelle et scission ou apport partiel d'actif au bénéfice d'une société nouvelle).

Le projet est établi en un nombre d'exemplaires qui varie en fonction de l'opération. Il est destiné en principe aux sociétés participantes, aux commissaires à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif, au greffe de la juridiction compétente chargée des affaires commerciales

du siège social des sociétés participantes et à tout autre organisme exigeant des formalités particulières notamment l'organe de protection des brevets et marques.

45. Le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif doit comporter les mentions suivantes (article 193 al 2 AUSC-GIE) :

1°) la forme, la dénomination et le siège social de toutes les sociétés participantes ;

2°) les motifs et les conditions de la fusion, de la scission ou de l'apport partiel d'actif (l'apport partiel d'actif étant soumis au régime de la scission : article 195 AUSC-GIE) ;

3°) la désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue ;

4°) les modalités de remise des parts ou actions et la date à partir de laquelle ces parts ou actions donnent droit aux bénéficiaires, ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit, et la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée ou scindée seront du point de vue comptable, considérées comme accomplies par la ou les sociétés bénéficiaires des apports ;

5°) les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées utilisés pour établir les conditions de l'opération ;

6°) le rapport d'échange des droits sociaux et, le cas échéant, le montant de la soulte ;

7°) le montant prévu de la prime de fusion ou de scission ;

8°) les droits accordés aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ainsi que le cas échéant tous avantages particuliers.

Ces mentions sont obligatoires mais leur omission peut faire l'objet d'une régularisation. Le projet peut en outre contenir d'autres dispositions ou clauses tendant à régler le sort des personnes, des biens ou de contrats de nature particulière.

§II- Publicité du projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif

46- Le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif doit faire l'objet d'une publicité. Cette publicité consiste en une information interne et externe aux sociétés participantes.

47. Le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif est déposé au greffe de la juridiction compétente chargée des affaires commerciales du siège des sociétés participant à l'opération (article 194 alinéa 1 AUSC-GIE). Ce dépôt doit intervenir un mois au moins avant la date de la première assemblée générale appelée à statuer sur l'opération (article 194 alinéa 3 AUSC-GIE).

48. Après la signature du projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif et un mois au moins avant la

date de la première assemblée générale appelée à statuer sur l'opération, le projet doit faire l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir des annonces légales pour chacune des sociétés participantes dans le ressort de son siège social, à moins qu'elles n'aient leur siège social dans le même ressort (article 194 AUSC-GIE).

49. L'avis doit contenir les indications suivantes (article 194 AUSC-GIE) :

1°) la dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme, l'adresse du siège, le montant du capital et les numéros d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier de chacune des sociétés participant à l'opération ;

2°) la dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme, l'adresse du siège et le montant du capital de la ou des sociétés nouvelles qui résulteront de l'opération ou le montant de capital des sociétés existantes ;

3°) l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue ;

4°) le rapport d'échange des droits sociaux ;

5°) le montant prévu de la prime de fusion ou de scission.

50. Le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif doit être mis à la disposition des associés ou actionnaires au siège social de la société participant à l'opération. Il doit être déposé au siège social des sociétés participantes quinze jours au moins avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet. Par ailleurs, tout associé ou actionnaire peut obtenir, à ses frais, sur simple demande, copie intégrale ou partielle du projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif (*article 674 alinéa 2 AUSC-GIE*).

51. L'information des actionnaires de la SA est complétée par un rapport sur l'opération envisagée établi par les dirigeants mis, lui aussi, à la disposition des associés ou actionnaires dans les mêmes conditions que le projet (article 671 alinéas 3 et 4 AUSC-GIE). Ce rapport explique et justifie le projet, de manière détaillée, du point de vue juridique et économique, notamment en ce qui concerne le rapport d'échange des actions et les méthodes d'évaluation utilisées, qui doivent être concordantes pour les sociétés concernées ainsi que, le cas échéant, les difficultés particulières d'évaluation.

Ce rapport n'est cependant pas exigé lorsqu'il s'agit d'une fusion simplifiée, c'est-à-dire une fusion dans laquelle une société mère absorbe sa filiale détenue à 100 % (*article 676 AUSC-GIE*).

52. En dehors du projet et du rapport écrit établi par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, d'autres documents sont mis à la disposition des associés ou actionnaires afin qu'ils puissent

statuer en toute connaissance de cause sur l'opération envisagée notamment (article 674 AUSC-GIE) :

- états financiers de synthèse approuvés par les assemblées générales, accompagnés des rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés participantes.
- rapport écrit du commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif.
- un état comptable établi selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel, arrêté à une date qui, si les derniers états financiers de synthèse se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à la date du projet de fusion ou de scission, doit être antérieure de moins de trois mois à la date de ce projet.

53. Le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif doit faire l'objet de publicités spéciales différentes selon les secteurs en cause.

Ainsi, dans le cadre de la protection du libre jeu de la concurrence, une notification préalable du projet à l'organe de contrôle de la concurrence est exigée. C'est le cas notamment dans le cadre de l'UEMOA et de la CEMAC.

Par ailleurs, dans le secteur bancaire, une demande d'autorisation préalable doit être adressée au Ministre des finances et déposée auprès de la Banque Centrale (*exemple : article 39 Loi portant réglementation bancaire UMOA*).

54. Le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif doit faire l'objet d'une consultation de l'assemblée générale extraordinaire des créanciers obligataires de la société apporteuse sauf si le remboursement sur demande est proposé aux obligataires (article 678 AUSC-GIE).

Section III - Contrôle des commissaires à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif

55. Les commissaires aux comptes des sociétés participantes ne participent pas directement à la réalisation de l'opération. Cependant, dans le cadre de la mission qui leur est confiée au sein de la société, ils peuvent contribuer à une meilleure appréhension de la réalité économique de la société qu'ils contrôlent et de l'opération (articles 710 et s. AUSC-GIE). En effet, ils devront apprécier la régularité de la traduction comptable de l'opération et de la société, assurer l'égalité entre associés notamment en informant les dirigeants et les associés des risques de surévaluation d'apport.

56. La mission des commissaires aux apports n'est pas sans intérêt dans le processus de réalisation des opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, l'AGE devant statuer sur l'approbation des apports en nature (article 675 AUSC-GIE). Ils apprécient sous leur

responsabilité la valeur des apports en nature et des avantages particuliers et déposent leur rapport huit (8) jours au moins avant la tenue de l'AGE au siège social. Ce rapport est tenu à la disposition des actionnaires ou associés et leur permet de statuer en toute connaissance de cause sur l'approbation d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier (articles 621 et s. AUSC-GIE).

Le commissaire aux apports peut être le commissaire aux comptes de la société (article 620 AUSC-GIE). Son intervention à titre individuelle n'est pas obligatoire dans la réalisation de l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif et sa mission peut être confiée au commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif (article 673 alinéa 1 AUSC-GIE).

§I - Désignation du commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif

57. Les dispositions des articles 670 à 683 de l'AUSC-GIE s'appliquant à la scission (article 684 AUSC-GIE), un ou plusieurs commissaires à la fusion ou à la scission doivent être désignés lorsque l'opération met en présence des sociétés anonymes uniquement (article 672 alinéa 1 AUSC-GIE). L'obligation de désignation d'un commissaire à la fusion ou à la scission est également valable pour les opérations réalisées entre SARL (article 382 alinéa 1 AUSC-GIE) et donc, entre SARL et SA. Cette obligation doit également être appliquée aux apports partiels d'actif (article 195 AUSC-GIE).

58. Cependant, lorsque l'une des sociétés participantes détient la totalité du capital de la ou des autres sociétés participantes, il n'y a pas lieu à la désignation d'un commissaire à l'opération : c'est la fusion simplifiée. En effet, le rapport à établir par le commissaire à la fusion n'étant pas obligatoire (article 676 AUSC-GIE), la désignation de celui-ci ne l'est pas non plus.

59. Le commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif est désigné dans les conditions prévues aux articles 619 et suivants de l'AUSC-GIE (article 673 alinéa 1 AUSC-GIE). Cependant, les conditions générales de sa désignation figurent aux articles 694 et suivants relatifs aux commissaires aux apports.

Il est désigné soit parmi les experts comptables inscrits à l'ordre des experts-comptables de l'État partie du siège social de la société s'il en existe (article 695 AUSC-GIE), soit sur une liste établie par une commission siégeant auprès d'une cour d'appel dans le ressort de l'État partie du siège social de la société (*article 696 alinéa 1 AUSC-GIE*).

En tout état de cause, le commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif est désigné sur requête du conseil d'administration, de l'administrateur général ou du gérant, selon le cas, par le président du tribunal compétent du lieu du siège social (*articles 619 et 672 alinéa 1 AUSC-GIE*).

Il peut être procédé à la désignation d'un commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif pour toutes les sociétés participantes par la même autorité judiciaire sur requête conjointe de toutes les sociétés participantes (*article 673 alinéa 2 AUSC-GIE*).

60. Dans l'AUSC-GIE, rien ne s'oppose à la désignation d'un commissaire aux comptes de l'une des sociétés participantes comme commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif.

Toutefois, les règles déontologiques gouvernant la profession de commissaire aux comptes ne permettent véritablement pas à un commissaire aux comptes de l'une des sociétés participantes d'être commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif.

§II - Mission des commissaires à la fusion ou à la scission

61. La mission du commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif est fixée par l'article 672 de l'AUSC-GIE. Il est tenu :

- d'établir un rapport écrit sur les modalités de la fusion, de la scission ou de l'apport partiel d'actif ;
- de vérifier que les valeurs relatives attribuées aux titres sociaux sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable ;
- d'apprécier, sous sa responsabilité, la valeur des apports en nature et des avantages particuliers, s'il est en même temps commissaire aux apports.

Dans sa mission, le commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif peut obtenir auprès de chacune des sociétés participantes communication de tous les documents utiles au bon accomplissement de sa mission. Pour ce faire, il dispose d'un pouvoir d'investigation.

62. L'accomplissement de la mission du commissaire à la fusion ou à la scission se matérialise par l'établissement d'un rapport écrit sur les modalités de la fusion ou de la scission.

Ce rapport doit indiquer (*article 672 AUSC-GIE*) :

- 1) la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé ;
- 2) si cette ou ces méthodes sont adéquates en l'espèce et les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduit, un avis étant donné à cette ou ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue ;
- 3) les difficultés particulières d'évaluation, s'il en existe.

Lorsque la désignation a lieu sur requête conjointe, il n'est établi qu'un rapport même s'il a été désigné plusieurs commissaires à la fusion ou à la scission. Par contre, si chaque société participante a son propre commissaire à la fusion ou à la scission, chacun établit un rapport sous sa responsabilité (*article 673 alinéa 2 AUSC-GIE*). Ce rapport est mis à la disposition des actionnaires.

En outre, lorsque le commissaire à la fusion ou à la scission est en même temps commissaire aux apports, il doit établir un rapport sur la valeur des apports en nature et des avantages particuliers qui doit être déposé huit (8) jours au moins avant la tenue de l'AGE au siège social et au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du lieu du siège social (*article 622 AUSC-GIE*).

§III - Responsabilité des commissaires à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif

63. Les commissaires à la fusion ou à la scission établissent, sous leur responsabilité, un rapport écrit sur les modalités de l'opération et, le cas échéant, un rapport écrit sur la valeur des apports en nature et des avantages particuliers s'il est en même temps commissaire aux apports. Leur responsabilité est calquée sur celle des commissaires aux comptes (*art 725 à 727 AUSC-GIE*). (*Pour une étude approfondie, voir Entrée « Commissaires aux apports et commissaires aux comptes »*)

Chapitre III : Réalisation de l'opération

64. La réalisation de l'opération passe par l'information des associés, l'approbation de l'opération et la publicité de la réalisation de l'opération. L'irrespect de cette procédure entraîne la nullité de l'opération.

Section I - Information des associés et actionnaires

65. Tous les associés ou actionnaires ont droit à une information claire et précise sur la situation de leur société. Afin de pouvoir statuer en toute connaissance de cause sur le projet, ils doivent disposer d'un certain nombre d'informations, ordinaires ou spécifiques à l'opération envisagée.

66. Le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif doit être déposé au greffe de la juridiction chargée des affaires commerciales du lieu du siège social de la société et un avis le concernant doit être inséré dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. Les dispositions générales applicables à ces opérations ne prévoient pas d'autres formalités d'information et de publicité.

Cependant, les dispositions particulières aux SA réglant ces opérations prévoient que la SA participant à une opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif doit mettre à la disposition de ses actionnaires au siège social, quinze (15) jours au moins avant la

date de l'AGE appelée à se prononcer sur le projet les documents suivants (article 674 AUSC-GIE) :

- le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif.
- le rapport du conseil d'administration de la société qui explique et justifie ce projet. Il n'est exigé que lorsque l'opération ne concerne que des SA. Ce rapport est obligatoire sauf lorsqu'il s'agit d'une fusion simplifiée où la société mère absorbe une filiale détenue à 100 %.
- le ou les rapports des commissaires à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif sauf lorsqu'il s'agit d'une fusion simplifiée.
- les états financiers de synthèse approuvés par les assemblées générales ainsi que les rapports de gestion des trois (3) derniers exercices des sociétés participantes.
- un état comptable établi selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel, arrêté à une date qui, si les derniers états financiers de synthèse se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six (6) mois à la date du projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, doit être antérieure de moins de trois (3) mois à la date de ce projet.
- le rapport relatif à la valeur des avantages particuliers ou des apports en nature lorsque le patrimoine apporté comporte de tels avantages ou apports dans les 8 jours au moins avant la date de réunion de l'AGE.

67. Outre les dispositions spécifiques, l'information des associés dans le cadre d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif est assurée par les règles au droit de communication applicables à la société participante. Il en est ainsi notamment des articles 344 et 345 de l'AUSC-GIE pour les SARL et des articles 525 alinéas 3 et suivants de l'AUSC-GIE pour les SA. (*Pour une étude approfondie, voir Entrée « Associés »*).

Section II - Approbation de l'opération

68. La fusion, la scission et l'apport partiel d'actif sont des décisions extraordinaires qui modifient les statuts ; d'où l'application de la procédure de la modification des statuts (article 197 alinéa 1 AUSC-GIE).

§I - Principes généraux

69. La décision approuvant l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif doit être prise dans les mêmes conditions que pour les modifications des statuts. Elle est en principe prise à la majorité. L'opération est décidée dans les SARL par les associés représentant au moins $\frac{3}{4}$ du capital social (article 358 AUSC-GIE) alors que dans les SA, l'AGE statue à la majorité des $\frac{2}{3}$ des

voix exprimées (article 554 alinéas 1 et 2 AUSC-GIE) (voir Entrée « *Assemblées des sociétés et décisions collectives* »).

70. Dans les SNC, la décision approuvant l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif est prise à l'unanimité des associés. Pour les SCS, l'opération est décidée à l'unanimité des associés commandités et à la majorité des associés commanditaires. Les clauses édictant des conditions plus strictes de majorité sont réputées non écrites (articles 305 AUSC-GIE).

L'unanimité est également requise en cas d'augmentation des engagements des associés ou actionnaires (article 197 alinéa 2 AUSC-GIE). Il en est ainsi notamment lors de ou en cas du transfert du siège social de la société.

71. Lorsque l'une des sociétés participant à l'opération ne comprend qu'un seul associé ou actionnaires, la décision approuvant l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif est prise par l'associé ou l'actionnaire unique (article 558 et s. AUSC-GIE). (*Voir Entrée « Société unipersonnelle »*).

72. Si le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif doit être signé par le liquidateur, la décision d'approbation de l'opération, elle, doit résulter de la même procédure d'approbation que celle des modifications des statuts (article 215 et 235 AUSC-GIE).

73. La dispense d'approbation de l'opération pour l'une des sociétés existe dans le cadre d'une fusion simplifiée et dans le cadre d'une opération par création de société nouvelle.

Fusion simplifiée : Lorsque la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine détient la totalité du capital de la société apporteuse depuis le dépôt du projet initiant l'opération au greffe de la juridiction chargée des affaires commerciales et jusqu'à la réalisation de l'opération, les assemblées générales de celles-ci n'ont pas à approuver le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif (article 676 AUSC-GIE).

Opération par création d'une société nouvelle : Lorsque la fusion, la scission ou l'apport partiel d'actif sont réalisées par voie de création d'une société nouvelle, celle-ci peut être constituée sans autres apports que ceux des sociétés participantes. Dans tous les cas, le projet de statuts de la ou des sociétés nouvelles est approuvé par l'assemblée générale extraordinaire de chacune des sociétés apportuses. Il n'y a pas lieu à approbation de l'opération par l'assemblée générale de la société nouvellement créée à l'occasion de l'opération (article 677 AUSC-GIE).

§II - Modalités de l'approbation

74. L'approbation du projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif est de la compétence de l'AGE

de chacune des sociétés participantes. Elle statue dans les conditions requises pour la modification des statuts.

75. Lorsque l'opération a pour objet la transmission universelle du patrimoine d'une société à une ou plusieurs sociétés préexistantes, la ou les sociétés apporteurs doivent respecter également les conditions requises pour leur dissolution tandis que la ou les sociétés bénéficiaires doivent tenir compte, en principe, des conditions relatives à l'augmentation de capital (article 197 alinéa 1 AUSC-GIE).

76. Lorsque l'opération occasionne la création d'une société nouvelle bénéficiaire de l'opération, la constitution de celle-ci doit répondre aux exigences générales et particulières de constitution de la forme sociale choisie.

Cependant, en ce qui concerne son capital social, la société nouvelle peut être constituée sans autres apports que ceux de la ou des sociétés participantes (articles 383, 671 alinéa 1 et 685 alinéa 1 AUSC-GIE).

Toutefois, le projet de statuts de la société nouvelle n'est approuvé que par l'assemblée générale de la ou des sociétés apporteurs. Il n'y a pas lieu à approbation de l'opération par l'assemblée générale de la société nouvelle (articles 677 alinéa 2 et 685 AUSC-GIE).

77. En cas d'absorption d'une filiale détenue à 100 % par sa société mère, il n'y a pas lieu à approbation de la fusion par l'AGE de la société absorbée (article 676 AUSC-GIE). Cette disposition s'appliquant également aux scissions, lorsqu'une filiale commune est scindée entre ses sociétés mères, son AGE n'a pas à approuver l'opération de scission.

Cette simplification de la réalisation est accompagnée de la dispense offerte aux dirigeants des sociétés participantes d'établir dans ce cas un rapport pour expliquer et justifier le projet de fusion ou de scission.

78. Apports en nature et avantages particuliers : L'AGE de la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine doit statuer sur l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers (article 675 AUSC-GIE). Les associés ou actionnaires évaluent les apports en nature (article 49 al 1 AUSC-GIE).

Pour les SA, cette évaluation doit être contrôlée par un commissaire aux apports (art 619 et s. AUSC-GIE).

Quant aux SARL, l'évaluation des apports en nature et des avantages financiers est effectuée par un commissaire aux apports dès lors que la valeur de l'apport ou l'avantage financier considéré ou que la valeur de l'ensemble des apports ou avantages financiers est supérieure à cinq millions (5 000 000) de francs CFA (article 312 AUSC-GIE).

79. La fusion, la scission ou l'apport partiel d'actif est, le cas échéant, soumis dans chacune des sociétés participant à l'opération, à la ratification des assemblées

spéciales d'actionnaires. L'assemblée spéciale réunit les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée. La fusion, la scission ou l'apport partiel d'actif ne peuvent être définitifs qu'après approbation de l'opération par les assemblées spéciales des actionnaires (articles 555 et 556 AUSC-GIE ; pour les SA faisant appel public à l'épargne, voir art 831 AUSC-GIE). Pour une étude approfondie, (*voir Entrée « Assemblées des associés et décisions collectives »*).

80. Le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif est en principe soumis aux assemblées d'obligations des sociétés apporteurs (articles 678 et 686 AUSC-GIE).

81. L'AUSC-GIE est silencieux sur l'application des clauses d'agrément incluses dans les statuts aux associés ou actionnaires de la ou des sociétés apporteurs dans le cadre d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif. Mais, celles-ci ne sauraient s'appliquer aux associés ou actionnaires de la ou des sociétés apporteurs. Une telle solution se justifie par le fait que la transmission universelle de patrimoine est rémunérée par l'attribution de droits sociaux aux associés ou actionnaires de la société apporteur.

Par contre, dans le cadre de l'apport partiel d'actif, les clauses d'agrément figurant dans les statuts de la société bénéficiaire s'appliquent aux associés ou actionnaires de la société apporteur. Cette solution se justifie par la survie de la société apporteur.

Section III - Publicité de la réalisation de l'opération

82. Comme pour sa préparation, la fusion, la scission ou l'apport partiel d'actif nécessitent, après leur réalisation, l'accomplissement de certaines formalités de publicité.

83. Les sociétés participant à une fusion, une scission ou un apport partiel d'actif doivent déposer au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du lieu de leur siège social dans un délai d'un (1) mois à compter de la tenue de l'assemblée une déclaration de régularité et de conformité. Cette déclaration récapitulative de tous les actes effectués doit contenir également l'affirmation par les sociétés participantes de la réalisation de l'opération en conformité avec la réglementation. L'absence de déclaration de régularité et de conformité peut entraîner la nullité de l'opération (article 198 AUSC-GIE).

La déclaration doit être signée par le représentant légal de chacune des sociétés participantes et accompagnée de la copie certifiée conforme de la délibération qui a approuvé l'opération (article 264 AUSC-GIE).

Le greffier doit s'assurer, sous sa responsabilité, du contenu de la déclaration qui doit être déposée avec

la demande d'inscription modificative au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du siège social de la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine. Une copie certifiée conforme doit être déposée au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales de chacune des sociétés participant à l'opération.

84. Les journaux habilités à recevoir des annonces légales sont énumérés par l'article 257 de l'AUSC-GIE.

La décision des assemblées générales ayant approuvé l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif doit faire l'objet d'un avis inséré dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans l'État partie du siège social des sociétés participantes. L'avis est signé par le notaire qui a reçu ou dressé l'acte modifiant les statuts ou par l'associé unique ou les associés (pour le contenu de l'avis, voir les articles 262 et 263 de l'AUSC-GIE). L'insertion doit être effectuée dans le mois qui suit la décision de la dernière assemblée ayant approuvé l'opération.

85. Autres formalités de publicité : Chacune des sociétés participantes doit accomplir des formalités supplémentaires en fonction de la situation de la société dans l'opération.

Pour toutes les sociétés qui disparaissent, les règles de publicité applicables sont celles en vigueur pour la dissolution de société, abstraction faite des mentions relatives à la liquidation. En effet, en raison de la transmission universelle de patrimoine consécutive à la dissolution de la ou des sociétés apporteurs dans le cadre d'une fusion ou d'une scission, toutes les mentions relatives à la liquidation sont écartées.

Par contre, pour les sociétés bénéficiaires de la transmission universelle de patrimoine, les formalités à accomplir sont celles imposées lors de l'augmentation de capital ou de la constitution de société, le cas échéant.

Lorsque la fusion, la scission ou l'apport partiel d'actif comporte un apport de fonds de commerce, les formalités exigées en matière de vente de fonds de commerce (articles 115 et s. AUDCG ; voir Entrée « *Fonds de commerce* ») n'ont pas à être respectées. Cette solution se justifie par le fait que ces formalités ont pour but la protection des créanciers du fonds de commerce. Or, celle-ci est assurée par les règles gouvernant les opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif qui prévoit un droit d'opposition pour les créanciers.

Section IV - Nullité de l'opération

86. L'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif peut être annulée. Cette nullité est rigoureusement encadrée en ce sens qu'elle ne peut être prononcée que dans certains cas, selon certaines modalités et produit des effets spécifiques.

§ I - Causes de nullité

87. Dispositions générales : Les dispositions générales relatives à la nullité des sociétés et des actes sociaux sont applicables en matière de fusion, scission et d'apport partiel d'actif.

Dès lors, la nullité de la fusion, de la scission ou de l'apport partiel d'actif ne peut résulter que d'une disposition expresse de l'AUSC-GIE ou des règles de droit des obligations régissant la nullité des contrats en général dans l'État partie du siège de la société en question ou la nullité du contrat de société en particulier (article 242 alinéa 1 AUSC-GIE).

88. Défaut de déclaration de régularité et de conformité : La déclaration de régularité et de conformité est requise à peine de nullité. Les sociétés participantes sont tenues de déposer au greffe de la juridiction compétente chargée des affaires commerciales de leur siège social une déclaration relatant tous les actes effectués en vue de la réalisation de l'opération et confirmant la conformité de l'opération aux dispositions de l'AUSC-GIE (article 198 AUSC-GIE).

L'absence de cette déclaration peut entraîner la nullité de l'opération. Cette sanction ne vise que le défaut de dépôt de la déclaration de régularité et de conformité et ne s'étend pas aux irrégularités éventuellement contenues dans cette déclaration. De telles irrégularités peuvent faire l'objet d'une régularisation (article 198 AUSC-GIE).

89. Il existe trois causes essentielles de nullité des délibérations des assemblées ayant statué sur l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif :

- D'abord, les cas de nullité prévus par l'AUSC-GIE notamment la violation des règles de publicité pour les délibérations des SNC et des SCS (article 245 AUSC-GIE), le non-respect des règles de quorum et de majorité.
- Ensuite, les nullités résultant des dispositions générales qui régissent la nullité des contrats notamment le consentement de l'un des associés si l'unanimité est requise.
- Enfin, l'abus de majorité.

§ II - Action en nullité et Régularisation

90. L'action en nullité d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif se prescrit par six (6) mois à compter de la date de la dernière inscription au RCCM rendue nécessaire par l'opération (article 251 alinéa 3 AUSC-GIE). Ce délai de prescription relativement court permet de répondre au besoin de célérité dans la réalisation de l'opération.

91. L'AUSC-GIE prévoit une procédure de réguli-

sation des irrégularités relevées dans la réalisation des opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif. En effet, l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité disparaît le jour où le tribunal doit statuer sur le fond (article 246 AUSC-GIE). La régularisation peut se faire dans les deux mois qui suivent l'introduction de l'instance, le juge ne pouvant se prononcer qu'à l'expiration de ce délai. Ce délai peut être augmenté lorsque la régularisation exige une nouvelle délibération de l'assemblée (article 247 AUSC-GIE).

§III - Décision d'annulation et effets de la nullité

92. La décision prononçant la nullité de la fusion, de la scission ou de l'apport partiel d'actif doit être publiée dans un délai d'un (1) mois à compter du jour où elle acquiert l'autorité de la chose jugée (article 254 alinéa 1 AUSC-GIE).

93. La décision prononçant la nullité de la fusion, de la scission ou de l'apport partiel d'actif demeure sans effets sur les obligations à la charge ou au profit des sociétés auxquelles le ou les patrimoines sont transmis entre la date à laquelle prennent effet l'opération et celle de la publication de la décision prononçant la nullité (article 254 alinéa 2 AUSC-GIE). La nullité n'est donc pas rétroactive ; elle ne vaut que pour l'avenir.

Toutes les sociétés ayant participé à l'opération sont solidairement responsables de l'exécution des obligations nées pendant cette période et à la charge de la ou des sociétés bénéficiaires (article 254 alinéas 3 et 4 AUSC-GIE). Cette mesure tient à sécuriser les rapports entre les sociétés participant à l'opération et les tiers.

Chacune des sociétés auxquelles le patrimoine est transmis répond des obligations à sa charge nées entre la date de prise d'effet de la scission et celle de la publication de la décision prononçant la nullité (article 254 alinéa 5 AUSC-GIE).

94. La société ou ses associés ne peuvent pas se prévaloir de la nullité de la fusion, de la scission ou de l'apport partiel d'actif à l'égard des tiers de bonne foi. Toutefois, lorsque la nullité de l'opération résulte d'un vice du consentement ou d'une incapacité, elle est opposable, même aux tiers de bonne foi, par l'incapable ou par son représentant légal ou par la personne dont le consentement a été vicié (article 255 AUSC-GIE).

95. Responsabilité résultant de la nullité de l'opération : Les associés et les dirigeants sociaux auxquels la nullité de l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif est imputable peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les tiers de l'annulation de la société.

L'action en responsabilité fondée sur l'annulation de l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel

d'actif se prescrit par trois (3) ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée.

La disparition de la cause de nullité ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action en responsabilité tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la délibération ayant approuvé l'opération était entachée. Cette action se prescrit par trois (3) ans à compter du jour où la nullité a été couverte (article 256 AUSC-GIE).

Chapitre IV : Effets de l'opération

96- Dès que l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actifs est réalisée, elle engendre des effets sur le patrimoine, sur le capital, sur les organes sociaux, sur les créanciers, sur les salariés, les titres et la fiscalité des sociétés participantes

Section I - Date d'effet de l'opération

97. La date de réalisation définitive de l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif diffère selon que l'opération entraîne ou non la création d'une ou de plusieurs sociétés nouvelles.

98. La fusion, la scission ou l'apport partiel d'actif par création d'une ou de plusieurs sociétés nouvelles sont définitivement réalisés à la date d'immatriculation au RCCM de la nouvelle société ou de la dernière d'entre elles (article 192, 1^o AUSC-GIE).

Cette date est impérative et ne souffre d'aucun tempérament. Les sociétés participantes ne bénéficient d'aucune marge de manœuvre dans la détermination de la date de réalisation définitive de l'opération.

Chacune des sociétés créées est constituée selon les règles gouvernant la constitution des sociétés dans la forme sociale choisie (article 192, 1^o AUSC-GIE).

99. La fusion, la scission ou l'apport partiel d'actif entre sociétés préexistantes, donc sans création de sociétés nouvelles, prennent effet à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé les opérations (article 192, 2^o AUSC-GIE). Il s'agit toutefois d'une règle supplétive à laquelle les sociétés participantes peuvent déroger en donnant à l'opération un effet rétroactif ou un effet différé.

100. Les sociétés participant à une fusion, une scission ou un apport partiel d'actif entre sociétés préexistantes peuvent prévoir que l'opération prend effet à une date antérieure (effet rétroactif) ou postérieure (effet différé) à celle de la dernière assemblée ayant approuvé l'opération.

Toutefois, la date choisie ne doit être ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des

sociétés apportées, ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires (article 192, 2° AUSC-GIE).

Si l'effet rétroactif est surtout utilisé en matière de fusion, l'effet différé est, lui, le plus souvent, usité en matière de scission ou d'apport partiel d'actif.

Cette possibilité offerte aux sociétés participantes de choisir une date autre que celle de la dernière assemblée ayant approuvé l'opération a un fondement essentiellement comptable.

Section II - Effets sur les sociétés participantes

101. L'opération de fusion, de scission et d'apport partiel d'actifs entraîne transmission universelle de patrimoine d'une part suivi de la dissolution puis de l'augmentation de capital d'autre part.

§I - Transmission universelle de patrimoine

102. La fusion ou la scission entraîne la transmission universelle de patrimoine des sociétés apportées aux sociétés bénéficiaires dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération (articles 189 alinéa 3, 190 alinéa 3 et 191 AUSC-GIE). Cette transmission universelle se fait de plein droit et concerne tous les biens de la société qui disparaît.

Quant à l'apport partiel d'actif, il entraîne transmission universelle du patrimoine de la société apportée lié à la branche autonome d'activité apportée à une société préexistante ou nouvelle. La société apportée survit et détient le reste de son patrimoine. La transmission universelle concerne donc aussi bien le passif que l'actif de la société apportée.

A - Actif transmis

103- Actif transmis : L'actif transmis est composé de l'ensemble des éléments d'actif de la société apportée pour les fusions et les scissions et des éléments d'actif liés à la branche autonome et complète d'activité transférée pour les apports partiels d'actif.

Dès lors, il ne sera pas question ici d'étudier tous les éléments d'actif transférés, ceux-ci étant déterminés au cas par cas.

L'étude de l'actif transmis revient à appréhender le transfert de certains éléments d'actif faisant l'objet d'une certaine spécificité.

104. Les parts ou actions détenues par la société apportée dans le capital d'autres sociétés sont transmises de plein droit à la ou aux sociétés bénéficiaires. Les clauses d'agrément dans les statuts de ces sociétés tierces à l'opération ne peuvent pas s'appliquer à la société bénéficiaire

sauf si elles avaient expressément prévu leur application au cas de fusion ou de scission. Le cas échéant, la procédure est à respecter dans la phase préparatoire de l'opération qui peut être également approuvée sous condition suspensive de l'obtention de l'agrément de la société bénéficiaire par la société émettrice des titres.

105. Les créances et les contrats de la société apportée sont en principe transmis de plein droit à la société bénéficiaire de l'opération sauf les contrats intuitu personae ou encore les contrats administratifs dont la transmission est subordonnée au consentement du cocontractant.

Il en est également ainsi de l'autorisation administrative permettant l'activité de la société qui disparaît. Cette autorisation étant nominative, la société bénéficiaire de l'opération devra la solliciter auprès de l'autorité administrative compétente. C'est le cas également lorsque la société qui disparaît disposait d'un contrat de concession, d'une autorisation d'exploitation ou d'un agrément issu d'une convention d'investissement. Dans tous les cas, les contrats sont transmis sans novation.

106. Lorsque le patrimoine transmis à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif comporte un fonds de commerce, celui-ci est transmis de plein droit à la société bénéficiaire. La procédure de cession de fonds de commerce n'a pas à être respectée. En effet, même si l'article 117 alinéa 2 de l'AUSC-GIE soumet toute cession de fonds de commerce à cette procédure, la fusion, la scission et l'apport partiel d'actif ne sont pas analysés comme entraînant une cession de fonds de commerce.

107. La transmission du bail commercial à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif doit, sous peine d'inopposabilité au bailleur, être signifiée à ce dernier par acte extrajudiciaire ou par tout autre moyen écrit. La signification doit contenir l'identité complète de la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine (articles 86 et 87 AUDCG). Dans le mois qui suit cette signification, le bailleur peut user de son droit d'opposition et saisir la juridiction compétente en exposant les motifs sérieux et légitimes qui pourraient s'opposer à cette transmission (article 88 alinéa 1 AUDCG).

108. Les immeubles de la société qui transmet son patrimoine sont transmis à la société bénéficiaire de l'opération. Les formalités relatives à la publicité foncière devront être accomplies selon les règles applicables dans l'État partie du lieu de situation de l'immeuble.

B - Passif transmis

109. La fusion ou la scission opère transfert à côté de l'actif, du passif de la société qui disparaît. Le passif est

transmis selon des modalités différentes qu'il s'agisse d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif. Dans tous les cas, la transmission du passif n'emporte pas novation à l'égard des créanciers. La ou les sociétés bénéficiaires sont donc les continuatrices de la ou des sociétés apporteurs quant aux engagements aussi bien contractuels que délictuels qu'elles ont souscrits. C'est le cas de l'obligation de non-concurrence ou des accords d'entreprise conclus par la société apporteur qui doivent être repris par la société bénéficiaire.

110. Dans la fusion, la société bénéficiaire des apports devient débitrice des créanciers de la ou des sociétés apporteurs (article 679 alinéa 1 AUSC-GIE).

111. Dans la scission, les sociétés bénéficiaires deviennent en principe débitrices solidaires des créanciers de la société scindée au lieu et place de celle-ci (article 688 AUSC-GIE). Ce principe peut être écarté par les sociétés participantes. En effet, il leur est permis de stipuler dans le contrat de scission que les sociétés bénéficiaires de la scission ne seront tenues que de la partie du passif de la société scindée mise à leur charge respective et sans solidarité entre elles. Dans ce cas, les créanciers des sociétés participantes peuvent former opposition à la scission (article 689 AUSC-GIE).

112. Dans l'apport partiel d'actif, la société bénéficiaire devient débitrice solidaire de la société apporteur pour les dettes liées à la branche autonome et complète d'activité transférée. Cette solution se justifie par le fait que la société apporteur, à l'origine de ces dettes, survit à l'opération.

Il faut préciser que l'AUSC-GIE reste silencieux sur ce point, cette position du législateur étant déduite de l'article 688 de l'AUSC-GIE applicable aux apports partiels d'actif.

§II- Dissolution et augmentation de capital

113. La fusion et la scission entraînent la dissolution sans liquidation de la société apporteur (article 191 AUSC-GIE). La fin de la société apporteur a lieu à la date de réalisation définitive de l'opération. La ou les sociétés qui disparaissent doivent respecter les règles gouvernant leur dissolution. Les règles relatives à la liquidation ne sont pas applicables.

En cas d'apport partiel d'actif, la société apporteur ne disparaît pas (article 195 AUSC-GIE). Elle devient associée de la société bénéficiaire sauf si elle distribue les titres qu'elle a reçus en rémunération de son apport à ses associés ou actionnaires. Dans ce dernier cas, elle doit procéder à la réduction de son capital social.

114. Pour la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine, l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif se traduit en principe

par une augmentation de son capital social. Ce principe souffre d'exceptions.

D'abord, il n'y a pas lieu à augmentation de capital de la société bénéficiaire lorsque celle-ci détient avant l'opération la totalité du capital social de la société apporteur. Il n'y a donc pas d'augmentation de capital dans la fusion simplifiée (article 191 alinéa 3 AUSC-GIE).

Ensuite, l'augmentation du capital social de la société bénéficiaire est limitée à un certain seuil dans le cas où les sociétés participantes avaient des liens de capital entre elles (article 191 alinéa 3 AUSC-GIE).

Enfin, il n'y a pas d'augmentation de capital dans une opération par création de société nouvelle, l'effet de cette opération étant ici la constitution d'une société nouvelle.

Section IV - Effets sur les organes sociaux

115. Ces effets ne concernent pas toutes les sociétés. Ils n'intéressent que les SA dont le nombre de membre du conseil d'administration ou l'organe de direction et d'administration peuvent changer avec la réalisation de l'opération réalisée. Les SARL, les SNC et les SCS ne sont donc pas concernées par les effets sur les organes sociaux. L'AUSC-GIE reste silencieux sur le sort de l'organe dirigeant des autres formes sociales.

116. Lorsque la SA est administrée par un conseil d'administration, ce dernier est composé de trois (3) membres au moins et de douze (12) au plus (article 416 AUSC-GIE). Mais avec l'opération de fusion, le nombre de ses administrateurs peut provisoirement dépasser jusqu'à concurrence du nombre total des administrateurs en fonction depuis plus de six (6) mois dans les sociétés participantes sans pouvoir être supérieur à vingt-quatre (24) (article 418 alinéa 1 AUSC-GIE).

Les nouveaux administrateurs peuvent être nommés par l'AGE ayant approuvé l'opération de fusion (article 419 alinéa 3 AUSC-GIE).

Les administrateurs décédés, révoqués ou démissionnaires ne peuvent être remplacés. En sus, il n'est pas possible de nommer de nouveaux administrateurs. De telles interdictions ne peuvent être levées que lors de la réalisation d'une nouvelle fusion ou si le nombre des administrateurs a été ramené à douze (12) (article 418 alinéa 2 AUSC-GIE).

Il faut préciser que l'AUSC-GIE ne prévoit aucun délai fixe pour le dépassement provisoire du nombre légal maximum d'administrateurs qui composent le conseil d'administration. Mais, la durée du mandat des administrateurs ne pouvant excéder six (6) ans en cas de nomination en cours de vie sociale et deux (2) ans en cas de désignation par les statuts ou l'assemblée générale constitutive (article 420 AUSC-GIE), il infère de cette disposition que le dépassement ne peut durer plus de six (6) ans en cas de fusion-absorption et plus de deux (2) ans en cas de fusion par création de société nouvelle.

Le dépassement du nombre légal d'administrateurs ne s'applique ni à la scission, ni à l'apport partiel d'actif.

117. L'opération de fusion peut nécessiter une modification du mode d'administration et de direction de la SA. Il en est ainsi lorsqu'une SA unipersonnelle absorbe une SA avec conseil d'administration et se retrouve avec plus de quatre (4) actionnaires. Dans ce cas, il lui est exigé un conseil d'administration alors qu'elle est dirigée par un administrateur général (articles 416 et 417 AUSC-GIE). (*Pour une étude détaillée, voir Entrée « Dirigeants sociaux »*).

Section V - Droits des créanciers, des salariés et des associés

118. Les opérations de fusion, scission et d'apport partiel d'actifs influent à la fois sur les droits des créanciers qu'ils soient obligataires ou non sur ceux des salariés et sur les titres des associés.

§I - Créanciers non-obligataires

119. Substitution de débiteur : En cas de fusion, la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine devient débitrice des créanciers non-obligataires de la société apporteuse (article 679 alinéa 1 AUSC-GIE).

En cas de scission, les sociétés bénéficiaires deviennent débitrices solidaires des créanciers non-obligataires de la société scindée au lieu et place de celle-ci (article 688 AUSC-GIE). En cas d'apport partiel d'actif, la société bénéficiaire devient débitrice solidaire avec la société apporteuse des créanciers non-obligataires de celle-ci.

Dans tous les cas, la substitution n'emporte pas novation à l'égard des créanciers. Les créances sont reprises sans modifications. Les conditions du remboursement ainsi que les garanties sont maintenues.

Ces dispositions, même si elles figurent dans les règles particulières applicables aux fusions ou scissions entre SA uniquement, s'appliquent à toutes les opérations de fusion ou de scission, abstraction faite de la forme sociale concernée.

120. Le créancier peut exiger le remboursement immédiat de sa créance en cas de fusion ou de scission de la société débitrice avec une autre société dès lors qu'un tel remboursement est autorisé par une convention entre la société et le créancier (article 680 AUSC-GIE). Les dispositions des articles 679 et 688 de l'AUSC-GIE ne peuvent en aucun cas faire obstacle à l'application d'une telle convention et le créancier n'a, dans ce cas, pas besoin de faire opposition (article 680 AUSC-GIE).

121. Les créanciers non-obligataires des sociétés participantes peuvent former opposition au projet de fusion

ou de scission devant la juridiction compétente dans un délai de trente (30) jours à compter de la publicité du projet dans un journal habilité à recevoir les annonces légales du lieu du siège social des sociétés participantes (articles 679 alinéa 2 et 682 AUSC-GIE).

122. Les créanciers non-obligataires des sociétés participantes qui disposent d'un droit d'opposition au projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif sont ceux dont la créance est antérieure à la publicité du projet initiant l'opération (article 679 alinéa 2 AUSC-GIE). Tous les autres créanciers ne disposent pas de droit d'opposition, leurs créances étant transmises de plein droit à la société bénéficiaire dès la réalisation définitive de l'opération, à moins qu'il existe un obstacle conventionnel ou un autre obstacle légal à cette transmission de plein droit.

123. Le président de la juridiction compétente peut soit rejeter l'opposition, soit ordonner le remboursement des créances ou la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. Si les créanciers ayant formé opposition n'ont ni reçu remboursement de leurs créances, ni obtenu la constitution de garanties suffisantes, l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif leur est inopposable (article 679 alinéa 3 AUSC-GIE).

L'opposition n'est donc pas aussi efficace comme protection pour les créanciers non-obligataires en ce sens qu'elle n'a pas pour conséquence d'interdire la poursuite de la réalisation de l'opération (article 679 alinéa 4 AUSC-GIE).

124. En principe, les garanties doivent suivre le sort de la dette. La caution reste donc tenue dans la société bénéficiaire mais elle ne garantit que les dettes antérieures à la réalisation de l'opération sauf convention contraire. Au jour de la réalisation de l'opération, l'obligation de règlement est maintenue de plein droit alors que l'obligation de couverture ne peut être maintenue qu'avec l'accord de la caution. La caution peut donc accorder expressément sa garantie à la société bénéficiaire : dans ce cas, l'obligation de la caution continue dans les mêmes conditions qu'avec la société apporteuse sauf modification des modalités pour les dettes postérieures à l'occasion du nouvel accord.

Il faut relever que l'AUSC-GIE et l'AUS restent silencieux sur cette question qui a fait l'objet d'un riche contentieux, notamment en France, confrontant l'originalité de l'opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif avec la nature du contrat de cautionnement.

§II - Créanciers obligataires

125- La société apporteuse dispose, en cas de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, d'une option à l'égard de ses obligataires : consulter les obligataires

sur le projet, s'abstenir de les consulter mais à la seule condition de leur proposer le remboursement de leurs obligations sur simple demande de leur part (articles 678 alinéa 1 et 686 alinéa 1 AUSC-GIE).

126. L'assemblée des obligataires se tient dans les conditions prévues aux articles 795 et suivants de l'AUSC-GIE. (*Voir sur ce point, Entrée « Titres et valeurs mobilières »*).

C'est l'AGE des obligataires qui est compétente pour délibérer sur les opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, de telles opérations étant considérées comme tendant à la modification du contrat d'emprunt (article 804 AUSC-GIE).

127. Si le projet est approuvé par l'AGE des obligataires, les obligataires de la société apporteuse deviennent obligataires de la ou des sociétés bénéficiaires, y compris ceux qui ont émis un vote défavorable au projet. Rien ne s'oppose à ce que la société offre aux obligataires « dissidents » le remboursement de leurs obligations.

Les obligataires peuvent même devenir associés ou actionnaires de la société bénéficiaire par conversion de leurs obligations en actions ou parts sociales.

128. Lorsque l'AGE des obligataires de la société apporteuse n'approuve pas le projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, la société apporteuse dispose de deux solutions :

- se conformer à la décision des obligataires et renoncer à l'opération ;
- passer outre au refus d'approbation et poursuivre la réalisation de l'opération (article 810 alinéa 1 AUSC-GIE). Dans ce cas, le représentant légal de la société apporteuse doit en informer le représentant de la masse des obligataires par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (article 810 alinéa 2 AUSC-GIE). Les obligataires conservent cependant leur qualité dans la ou les sociétés bénéficiaires (article 810 alinéa 1 AUSC-GIE).

Il s'agit là plus d'un avis consultatif que d'une approbation dans la mesure où, peu importe la décision des obligataires, le dernier mot revient à la société apporteuse et à ses dirigeants.

129. La masse des obligataires de la société apporteuse peut faire opposition à l'opération auprès de la juridiction compétente dans un délai d'un (1) mois à compter de la date de publicité de l'opération (articles 683 et 810 alinéa 3 AUSC-GIE). Le président de la juridiction compétente peut rejeter l'opposition ou ordonner le remboursement des obligations ou la constitution de garanties si la société apporteuse en offre et si elles sont jugées suffisantes (article 810 alinéa 4 AUSC-GIE).

130. La société apporteuse ne peut imposer à ses

créanciers obligataires le remboursement anticipé de leurs obligations. Ce remboursement ne peut avoir lieu que s'il est prévu par une convention expresse (article 814 AUSC-GIE).

131. L'offre faite par la société apporteuse du remboursement de leurs titres aux obligataires sur simple demande de leur part suppose la non-consultation de l'assemblée des obligataires. Elle doit être publiée dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'État partie du siège social de la société émettrice (article 678 alinéa 3 AUSC-GIE).

Dans la fusion, la société bénéficiaire devient débitrice des obligataires de la société apporteuse qui demande le remboursement de leurs obligations (*article 678 alinéa 2 AUSC-GIE*).

Dans la scission, les sociétés bénéficiaires deviennent débitrices solidaires des obligataires de la société scindée qui demandent le remboursement (*article 686 alinéa 2 AUSC-GIE*).

Les obligataires ne demandant pas le remboursement de leurs obligations conservent leur qualité dans la société bénéficiaire aux conditions fixées par le contrat réalisant l'opération (article 678 alinéa 4 AUSC-GIE).

132. Les assemblées d'obligataires de la ou des sociétés bénéficiaires de la fusion, de la scission ou de l'apport partiel d'actif ne sont pas consultées (articles 681 alinéa 1 et 687 AUSC-GIE). Cependant, elles peuvent donner mandat aux représentants de la masse de former opposition à l'opération. L'opposition répond aux mêmes conditions que celle formée par les créanciers non-obligataires.

§III- Effets à l'égard des salariés

133. L'AUSC-GIE n'a rien prévu sur les effets de la fusion, de la scission ou de l'apport partiel d'actif sur les salariés des sociétés participantes en général, de la société apporteuse en particulier.

Il convient dès lors de se reporter aux dispositions du droit du travail de chacun des États parties en attendant l'adoption de l'Acte Uniforme sur le droit du travail. (*Voir sur ce projet, Entrée « Actes uniformes OHADA »*).

134. Le droit du travail de chacun des États parties prévoit des effets spécifiques à la modification dans la situation juridique de l'employeur.

Le changement d'employeur par le biais d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif entraîne la continuation des contrats de travail conclus par la société apporteuse par la ou les sociétés bénéficiaires. Les contrats sont alors maintenus et les salariés de la société apporteuse deviennent salariés de la ou des sociétés bénéficiaires.

Cette protection des salariés se retrouve notamment dans les codes du travail du Niger (articles 90 et 91),

du Mali (article L 57), du Tchad (articles 136 et 375), du Burkina Faso (article 39) et du Sénégal (article L 66). Ainsi, les bénéfices de l'ancienneté acquise et de tous les droits basés sur celle-ci sont maintenus.

135. Le maintien des contrats de travail n'est pas incompatible avec la possibilité de procéder à des licenciements à l'occasion de l'opération, surtout de fusion. En pratique, c'est le plus souvent la société apporteuse qui élabore un plan social. Mais, si la compression des effectifs est l'œuvre de la société bénéficiaire, celle-ci doit être accompagnée du paiement des indemnités dues aux salariés compte tenu des droits acquis dans la société apporteuse.

136. Les conventions et accords collectifs conclus par la société apporteuse avec ses salariés peuvent faire l'objet d'un maintien à la condition qu'ils soient plus favorables aux salariés que ceux conclus par la société bénéficiaire avec ses propres salariés. Ce maintien ne peut être que provisoire.

Dans le cadre des apports partiels d'actif, le maintien s'applique aussi, le cas échéant, à la convention la branche autonome d'activité transmise.

137. L'opération peut entraîner des conséquences à l'égard des organes représentatifs du personnel (*voir droit du travail des États parties*).

§VI - Échange des titres des associés ou des actionnaires

138. Dans le cadre d'une fusion ou d'une scission, les titres des associés ou des actionnaires de la société apporteuse sont échangés avec des titres de la ou des sociétés bénéficiaires.

Cet échange peut donner lieu à la constitution d'une prime de fusion ou de scission ou à un calcul des rompus. Par ailleurs, en échange de leurs apports, les associés ou des actionnaires de la société apporteuse peuvent éventuellement recevoir une soulte dont le montant ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale des parts ou actions attribuées par la société bénéficiaire (article 191 alinéa 2 AUSC-GIE).

Dans le cadre de l'apport partiel d'actif, c'est la société apporteuse qui devient associée de la société bénéficiaire sauf si elle répartit les titres reçus entre ses associés ou actionnaires. Le cas échéant, elle procède à une réduction de capital.

139. Lorsque les titres sont détenus directement ou indirectement par la société bénéficiaire ou la société apporteuse, l'échange de parts ou actions de la société bénéficiaire contre des parts ou actions de la société apporteuse ne peut avoir lieu (article 191 alinéa 3 AUSC-GIE) : c'est le principe de la fusion-renonciation.

La fusion-renonciation est l'opération par laquelle la

société bénéficiaire limite l'augmentation de son capital et se contente d'émettre le nombre de titres strictement nécessaire à la rémunération des associés ou actionnaires de la société apporteuse autres qu'elle-même.

Mais, les sociétés participant à l'opération peuvent faire disparaître la participation de la société bénéficiaire dans la société apporteuse juste avant la réalisation de l'opération : c'est la technique de la fusion-allotissement. La société bénéficiaire est alors réputée sortir du capital de la société apporteuse avant l'opération par le biais d'une réduction du capital de celle-ci. Cette technique n'est plus utilisée dans la pratique en raison des inconvénients fiscaux. Les techniques précitées sont réservées à la fusion-absorption.

140. La fusion ou la scission entraînent acquisition par les associés ou actionnaires de la société apporteuse de la qualité d'associé ou d'actionnaire de la société bénéficiaire. L'acquisition de cette qualité est réalisée dans les conditions prévues par le contrat de fusion ou de scission (article 191 alinéa 1 AUSC-GIE).

En cas de fusion ou de scission par création de société nouvelle, les associés de la société apporteuse sont considérés comme fondateurs de la société nouvelle bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine.

Dans le cadre d'un apport partiel d'actif, la société apporteuse devient associée ou actionnaire de la société bénéficiaire sauf si elle répartit les titres reçus à ses associés ou actionnaires. C'est la raison pour laquelle l'apport partiel d'actif est considéré comme un mécanisme de constitution de groupe de sociétés.

Section V - Fiscalité des fusions, scissions et apports partiels d'actif

141. En l'absence d'uniformisation des régimes fiscaux, les opérations de fusions, scissions et apport partiel d'actifs sont soumises à la législation de l'État partie du siège social

§I - Absence d'uniformisation des régimes fiscaux dans l'OHADA

142. Absence d'uniformisation des régimes fiscaux dans l'OHADA : L'AUSC-GIE ne prévoit rien sur la fiscalité des fusions, scissions et apports partiels d'actif. En effet, la fiscalité ne fait pas partie du champ de compétence *ratione materiae* de l'OHADA même si son uniformisation permettrait de lever tout obstacle à la réalisation des fusions, scissions et apports partiels d'actif intracommunautaires OHADA (*Voir sur ce point, Mayatta Ndiaye MBAYE, Fusions, scissions et apports partiels d'actif transfrontaliers en Afrique*, Thèse, Nanterre, 2006).

§II- Soumission des fusions, scissions et apports partiels d'actif à la législation fiscale de l'État partie du siège social

143. Pour les fusions, scissions et apports partiels d'actif internes ou domestiques (entre sociétés ayant leur siège social dans le même État partie), le problème de leur régime fiscal ne se pose pas. En effet, ils sont soumis à la législation fiscale de l'État partie du siège social des sociétés participantes. Ces opérations bénéficient d'un régime fiscal de faveur.

Pour les fusions, scissions et apports partiels d'actif intracommunautaires, le Niger est en avance relativement à la fiscalité des opérations transfrontalières car

il prévoit que le régime fiscal de faveur s'applique à toutes les sociétés de la zone Franc. De même, la République Centrafricaine étend le champ d'application de son régime fiscal de faveur à toutes les sociétés ayant leur siège social dans l'UDEAC/CEMAC.

Contrairement à ces États, la Côte d'Ivoire, ou encore le Sénégal, limitent le champ d'application de leur régime fiscal de faveur aux sociétés dont le siège social est sur leur territoire. Cela signifie que le régime fiscal de faveur n'est appliqué qu'aux opérations dans lesquelles la société bénéficiaire est implantée sur leur territoire.

Mayatta Ndiaye MBAYE

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Augmentation de capital 111
Apport partiel d'actif, définition 5
Apport partiel d'actif, régime juridique 6
Apport partiel d'actif transfrontalier 25 et s.

C

Créanciers non obligataires 115 et s.
Créanciers obligataires 54, 121 et s.
Commissaire à la fusion, à la scission ou à l'apport partiel d'actif 55
- Désignation 57 et s.
- Mission 61 et s.
- Responsabilité 63
Commissaire aux apports 56

D

Dissolution sans liquidation 110

E

Échange de titres 134
Effets de l'opération 95 et s.
- Actif 100 et s.
- Date d'effet de l'opération 95 et s.
- Passif 106 et s.
- Transmission universelle de patrimoine 99 et s.
Entreprises publiques 21
Évaluation 31 et s., 77

F

Fiscalité 137 et s.
Fusion, définition 3
Fusion simplifiée 76
Fusion transfrontalière 25 et s.

G

GIE 20

N

Nullité 85 et s.
- Action en nullité 89 et s.
- Causes 86 et s.
- Effets 91
- Opposabilité 93
- Responsabilité 94

O

Organes sociaux 112 et s.

P

Parité d'échange 34
Personnalité morale 8
Prime de fusion 36
Projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif 40 et s.
- Contenu 45
- Élaboration 41 et s.
- Forme 44
- Information des associés ou actionnaires 54, 121 et s.

- Publicité 46 et s.
Protocole d'accord 39

R

Rapport d'échange 35
Rapprochement 29 et s.
Réalisation de l'opération 67 et s.
- Approbation 67 et s., 78
- Déclaration de régularité et de conformité 82
- Publicité 81 et s.
Rompus 37

S

Salariés 129 et s.
Scission, définition 4
Scission transfrontalière 25 et s.
Sociétés de capitaux 9 et s.
Société en liquidation 15 et s.
- Autorisation de réalisation de l'opération 16
- Modalités 17 et s.
- Notion 15
Sociétés de personnes 12 et s.
Soulte 38
Sources du droit des fusions 1, 2

GAGE

Table des matières

Introduction n° 1 à 3

Chapitre I : Régime général du gage n° 4 à 46

Section 1 - Formation du contrat de gage n° 5 à 22

§1- Conditions n° 6 à 12

A - Créance garantie n° 7

B - Objet du gage n° 8 et 9

C - Parties au contrat n° 10 à 12

§2 - Formalités n° 13 à 22

A - Exigence d'un écrit n° 14

B - Dépossession ou l'inscription du contrat au RCCM n° 15 à 22

I - Dépossession n° 16 à 18

II - Inscription du contrat au RCCM n° 19 à 22

Section 2 - Effets du gage n° 23

§1 - Prerogatives et obligations des parties n° 34 à 37

A - Prerogatives du créancier gagiste n° 25 à 29

I - Droit de rétention n° 26 et 27

II - Droit de suite n° 28

III - Droit de préférence n° 29

B - Obligations du créancier gagiste et du constituant n° 30 à 37

I - Non-usage n° 31

II - Obligation de conservation n° 32 à 35

III - Obligation de restitution n° 36 et 37

§2 - Réalisation du gage n° 38 à 43

A - Vente forcée n° 39 et 40

B - Attribution judiciaire du gage n° 41

C - Attribution conventionnelle du gage n° 42

D - Réalisation du gage en cas de procédure collective n° 43

§3 - Extinction du gage n° 44 à 46

A - Extinction à titre accessoire n° 45

B - Extinction à titre principal n° 46

Chapitre 2 : Régimes Spéciaux du Gage n° 47 à 65

Section 1 - Gage des véhicules automobiles n° 48 à 52

§1 - Domaine n° 49

§2 - Constitution n° 50

§3 - Réalisation n° 51 à 52

Section 2 - Gage de matériel professionnel n° 53 à 57

§1 - Domaine n° 54 à 55

§2 - Constitution n° 56

§3 - Réalisation n° 57

Section 3 - Gage des stocks n° 58 à 65

§1 - Domaine n° 60

§2 - Constitution n° 51

§3 - Obligations et prerogatives du constituant n° 62 à 64

§4 - Réalisation n° 62 à 64

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.), *Le Droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA*, Yaoundé, PUA, coll. « Droit uniforme », 1998, 75 pages.
- ANOUKAHA (F.), « Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA au regard de l'évolution mondiale du droit des affaires. Recherche effectuée à l'institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) », *Revue Unidroit*.
- ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA-SAYEGH (J.), NDIAYE (I.Y.), SAMB (M.), *OHADA Sûretés*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 279 pages.
- CHIFFLOT BOURGEOIS (F.), « Les garanties de paiement, l'effort des sûretés dans l'espace OHADA », *Revue de droit bancaire et financier*, janvier-février 2011, p. 16 à 24.
- CROCQ P., « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA. Droit et patrimoine*, n° 197, novembre 2010, p. 52 et s. spéc.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Acte uniforme portant organisation des sûretés. Commentaires », *ÉDICEF/ÉDITIONS FFA*, 1999.
- KALIEU ELONGO (Y.), *Droit et Pratique des sûretés réelles OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, 2010.
- MARCEAU COTTE (A.) et LAISNEY (L. J.), « Vers un nouveau droit du gage OHADA », *Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA. Droit et patrimoine*, n° 197, novembre 2010, p. 66 et s.
- MINKOA SHE (A.), « Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA », t. II, *Les Garanties réelles*, éd. Dianoïa.
- POUGOUÉ (P.G.) et TEPPI KOLLOKO (F.), *La Saisie immobilière dans l'espace OHADA*, PUA, coll. « Vademecum », 2^e éd., 2010.

1. L'acte uniforme original du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés régit la matière dans ses articles 44 à 62. L'acte uniforme révisé du 15 décembre 2010 reprend la question dans ses articles 92 à 124, en apportant quelques modifications en rapport avec le nantissement. C'est donc l'acte uniforme révisé qui constitue la toile de fond de la présente étude.

Le gage est le contrat par lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien meuble corporel ou un ensemble de biens meubles corporels, présents ou futurs (art. 93 AUS). Cette définition se rapproche sensiblement de celle retenue en droit français où, depuis la réforme des sûretés intervenue en mars 2006, le gage est désormais défini à l'article 2333 nouveau du code civil comme : « une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs ». Le gage ainsi défini s'oppose au nantissement que l'article 125 AUS révisé définit comme l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables (*Comparer avec l'article 2355 nouveau C. Civ. qui définit le nantissement comme l'affectation en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou à venir. Sur le nouveau droit français du gage, lire : Legeais, D., Le gage de meubles corporels, in Jurisclasseur périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n° 20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p. 12 et s.*). Le critère de la distinction est désormais la nature corporelle ou incorporelle de l'objet de la sûreté.

2. Le gage est donc une sûreté réelle, particulièrement une sûreté mobilière contrairement à l'hypothèque qui est une sûreté immobilière. Il est plus précisément une sûreté mobilière corporelle. Depuis la réforme de l'AUS, le gage ne peut porter que sur un bien corporel ou un ensemble de biens corporels, peu importe que ces biens soient présents ou futurs, alors qu'antérieurement à la réforme, le gage pouvait porter sur les biens corporels ou incorporels aussi divers et variés que les fonds de commerce ou les parts sociales. Le gage peut garantir des créances présentes ou futures. Il confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose objet du gage par préférence aux autres créanciers.

3. À côté du régime général du gage, il est prévu des règles spéciales pour certaines formes de gage.

Chapitre 1 : Régime général du gage

4. Avant d'être une sûreté, le gage est d'abord un contrat, ce qui justifie que l'on s'intéresse à sa formation (section 1). Ce contrat emporte des conséquences à l'égard des parties à travers ses effets qu'il faut également examiner (section 2) ainsi que son extinction (section 3).

Section 1 - Formation du contrat de gage

5. La constitution du gage requiert certaines conditions et doit suivre certaines formalités.

§1 - Conditions

6. Elles ont trait à la créance garantie à l'objet du gage, et aux parties.

A - Créance garantie

7. Une créance doit être le support nécessaire du gage. Le gage est nul, faute de créance à garantir et s'éteint avec elle. Aux termes de l'article 93 à l'AUS révisé, le gage peut être constitué en garantie d'une ou de plusieurs créances, peu importe qu'elles soient présentes ou futures. La garantie de créances futures est une innovation introduite dans l'AUS puisque seules les créances présentes pouvaient être garanties. Pour certains auteurs, la garantie des créances futures inclut aussi celles des créances éventuelles qu'envisageait l'article 45 AUS avant la réforme (*En ce sens : MARCEAU-COTTE A. et LAISNEY L.J., Vers un nouveau droit du gage OHADA in, « Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA », Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 66 et s.*). La seule limite à la garantie des créances futures est qu'elles soient déterminées ou déterminables. La créance peut exister à l'égard du constituant ou d'un tiers dont le constituant se porte caution réelle.

B - Objet du gage

8. Tout bien mobilier corporel, pourvu qu'il soit dans le commerce, qu'il ne soit pas inaliénable et indisponible, peut être donné en gage. Le bien peut être présent ou futur. Lorsque le gage porte sur des biens présents, ces biens doivent appartenir au constituant. À défaut, le créancier gagiste de bonne foi, peut, en application de l'article 95 AUS révisé, s'opposer à la revendication du véritable propriétaire dans les conditions prévues par l'article 2279 C. Civ. s'agissant du possesseur de bonne foi. Par contre, lorsque le gage porte sur un bien ou un ensemble de biens futurs, l'article 96 prévoit que le droit du créancier s'exerce

sur le bien gagé aussitôt que le constituant en acquiert la propriété, sauf convention contraire.

9. Le gage peut porter sur un bien isolé ou sur un ensemble de biens. Le gage peut également porter, aux termes de l'article 94 sur des sommes ou des valeurs déposées à titre de consignation par les fonctionnaires, les officiers ministériels ou toute autre personne pour garantir les abus dont ils pourraient être responsables et les prêts consentis pour la constitution de cette consignation.

Du fait de leur nature, certains biens font l'objet de dispositions particulières quant à leur mise en gage. Il en est ainsi pour les choses fongibles. Les articles 101 et 102 de l'AUS révisé imposent des mesures particulières quant à leur conservation (*voir infra*, n° 33).

C - Parties au contrat

10. Le contrat de gage est formé entre le créancier gagiste et le constituant.

I - Créancier gagiste

11. Toute personne, à partir du moment où elle est créancière, peut se faire consentir un gage pourvu qu'elle ait la capacité de s'engager c'est-à-dire de passer un contrat.

II - Constituant

12. Toute personne peut donner un bien en gage pour sa dette ou pour la dette d'un tiers. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une caution réelle dont le régime est mixte c'est-à-dire que les règles applicables sont aussi bien celles relatives aux sûretés réelles que celles qui concernent les sûretés personnelles (*Atangana Malongue M.T., Le cautionnement réel en OHADA, Penant, n° 872, p. 227*). La constitution du gage est subordonnée aux exigences du droit commun. Le constituant doit avoir la capacité d'aliéner le bien et le pouvoir de constituer une sûreté. Le pouvoir du débiteur peut être réduit lorsqu'il est en difficultés. Ainsi, la décision de règlement préventif interdit au débiteur de constituer des sûretés ; il ne peut donc pas consentir un gage. De même, en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, le débiteur ne peut constituer de sûreté qu'avec l'assistance du syndic et en cas de liquidation des biens, le débiteur ne peut pas consentir de sûreté, seul le syndic pourrait le faire si la nécessité s'impose ce qui est rare parce que l'entreprise est appelée à disparaître. L'absence de capacité entraîne la nullité relative du contrat. Dans certains cas, le gage constitué peut être déclaré inopposable à la masse s'il s'avère qu'il l'a

été au cours de la période suspecte qui court entre le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens et la date de la cessation de paiement.

Le mandat donné pour consentir un gage doit être exprès.

§2 - Formalités

13. Il s'agit d'une part de l'exigence d'un écrit et d'autre part de la dépossession du constituant ou de l'inscription du contrat au RCCM. L'exigence de l'enregistrement du contrat a disparu alors qu'elle constituait une formalité importante du contrat de gage (*Voir par exemple en ce sens : Cour d'Appel d'Abidjan, arrêt n° 107 du 20 mars 2002, société Delbeau c/ CFAO-CI, ohadata J-04-173 ; le juris-obada, n° 1/2004, janvier-mars 2004, p. 59 où le juge décide que le gage ne peut être considéré comme constitué en l'absence de remise de la chose au créancier gagiste et d'enregistrement du contrat de gage. Également : Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 895 du 12 juillet 2002, N. et G. c/ P F : défaut d'enregistrement du contrat de gage*).

A - Exigence d'un écrit

14. L'article 96 AUS révisé dispose « À peine de nullité, le contrat de gage doit être constaté dans un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature ». Antérieurement à la réforme, l'écrit n'était qu'un élément de preuve et l'article 49 AUS inibide in fine prévoyait que l'écrit n'était pas nécessaire dans le cas où la loi nationale admettait la liberté de preuve en raison du montant de l'obligation (*voir en ce sens : Anoukaba F. et al., Ohada Sûretés, Bruylant, Bruxelles, p. 85, n° 225*).

L'écrit n'est plus seulement une condition de preuve du gage, mais une condition de validité. C'est d'ailleurs la seule condition de validité. Il est exigé à peine de nullité du gage (*dans le même sens : Marceau-Cotte A. et Laisney L.J., Vers un nouveau droit du gage OHADA, in « Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA », Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 66 et s. not. p. 67*).

B - Dépossession ou l'inscription du contrat au RCCM

15. Aux termes de l'article 97 AUS révisé, le contrat de gage est opposable aux tiers, soit par l'inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier, soit par la remise du bien gagé entre les mains du créancier gagiste ou d'un tiers convenu entre les parties.

Antérieurement à la réforme, l'article 18 AUS disposait que : « le contrat de gage ne produit effet que si la chose gagée est effectivement remise au créancier ou

à un tiers convenu ». La dépossession a donc, pendant longtemps, été considérée comme l'élément caractéristique du gage. En l'absence de remise, il n'y avait pas de gage, tout au plus il pouvait y avoir promesse de gage et il en résultait une obligation de transférer ultérieurement la possession. Désormais, la dépossession du constituant n'est qu'une modalité du gage, une condition d'opposabilité qui peut être remplacée par l'inscription du contrat au RCCM.

I - Dépossession

16. En matière de gage, la dépossession remplit plusieurs fonctions. Elle donne au créancier l'assurance de pouvoir faire valoir ses droits sur le bien gagé le moment venu ; elle permet de prévenir le public que le bien est grevé d'un droit au profit d'un tiers ; elle délimite l'assiette de la sûreté surtout pour les choses de genre ; elle évite le risque de détournement du gage et surtout, elle attire l'attention du constituant sur la gravité de son acte. En l'absence de paiement de la dette garantie, le bien engagé peut, à terme, sortir du patrimoine du constituant. La dépossession joue ici un rôle équivalent à celui de l'acte notarié dans l'hypothèque ou de la mention manuscrite dans le cautionnement.

17. Quant aux modalités de la dépossession, elle résulte de la remise de la chose qui est faite entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. On parle dans le second cas d'entiercement. L'entiercement présente des avantages dans la mesure où il permet de constituer plusieurs gages sur le même bien (*Dans le même sens : Anoukaba F. et al., OHADA Sûretés, Bruylant, Bruxelles, p. 85, n° 225*). Dans ce cas, le rang respectif des créanciers sera déterminé par la date de naissance de leurs droits. Il permet également d'éviter le détournement du gage par le créancier. Le tiers peut être un particulier ou un professionnel, il détient le bien pour le compte des parties.

Qu'elle soit faite entre les mains du créancier ou d'un tiers, la remise est elle-même réalisée par la tradition c'est-à-dire la remise manuelle de la chose au gagiste ou au tiers. Elle doit être effective, apparente et non équivoque. Le gage ne saurait naître de la seule apposition sur le bien d'une plaque ou d'une pancarte indiquant qu'il est mis en gage. Il peut arriver exceptionnellement que la dépossession se fasse sans remise matérielle parce que les parties en ont aménagé autrement les modalités. Il en est ainsi lorsque le gagiste se fait consentir par le débiteur un bail sur le local où sont entreposées les marchandises données en gage.

18. Le créancier gagiste ou le tiers reste en possession du bien jusqu'à sa restitution après paiement de la dette en principal, intérêts et accessoires ou sa réalisation en cas de non-paiement. Ceci entraîne comme conséquence que la restitution volontaire au propriétaire entraîne la

disparition du gage mais les parties peuvent prévoir une remise provisoire. De même, aux termes de l'article 94 de l'AUS révisé, les parties peuvent prévoir la possibilité de substitution en cours d'exécution de la chose gagée par une autre. Ceci permet par exemple d'éviter le déperissement lorsque le gage porte sur des biens périssables.

II - Inscription du contrat de gage au RCCM

19. C'est la seconde modalité d'opposabilité du gage ou mieux l'alternative à la dépossession du constituant. L'institution de cette modalité fait disparaître le caractère réel du contrat de gage (*En ce sens, lire également : Legeais D., Le gage de meubles corporels, in Jurisclasseur périodique, éd. générale, supplément au n° 20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p. 12 et s.*). C'est donc avec raison que certains auteurs affirment qu'« Alors que le contrat de gage était quasiment le dernier spécimen de la famille des contrats réels, il s'en détourne à son tour » (*Albiges C. et Dumond-Lefrand M.P., Droit des sûretés, Dalloz, p. 225, n° 382*). Le gage peut donc être constitué sans dépossession (*sur les avantages de cette nouvelle forme de gage sans dépossession, lire, Marceau-Cotte A. et Laisney L.J., Vers un nouveau droit du gage OHADA, in « Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA », préc., p. 66 et s.*).

20. S'agissant des modalités d'inscription, celle-ci sera faite suivant les règles prévues pour l'inscription des sûretés au RCCM, conformément aux articles 51 et suivants de l'AUS révisé. L'inscription est prise par le constituant, le créancier ou l'agent des sûretés auprès de la juridiction compétente sur présentation des différents documents exigés par la loi. L'inscription est maintenue et reste valable tant que le créancier n'a pas été complètement désintéressé c'est-à-dire tant qu'il n'a pas reçu le paiement de la dette en principal, intérêts et autres accessoires. C'est pourquoi l'article 98 de l'AUS révisé interdit au constituant d'exiger la radiation de l'inscription tant que ce paiement n'est pas intervenu. L'inscription du gage produit un effet particulier à l'égard des ayants cause à titre particulier du constituant qui ne peuvent être regardés comme des possesseurs de bonne foi. Par conséquent, le créancier gagiste peut exercer son droit de suite à leur rencontre (article 97 AUS révisé).

21. Des mesures particulières ont été prises pour protéger le créancier gagiste contre les risques qu'il encourt du fait de l'absence de dépossession du constituant (sur ces mesures, voir infra, n° 34).

22. Lorsque plusieurs gages successifs sans dépossession ont été constitués sur le même bien, le rang des créanciers est déterminé par l'ordre de leur inscription (art. 107). Par contre, lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet

d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il a été régulièrement publié et ce, nonobstant le droit de rétention de ce dernier (art. 107 al. 2).

Section 2 - Effets du gage

23. Avant la réalisation du gage, le créancier gagiste ou le constituant suivant le cas sont tenus des diverses obligations et bénéficient de quelques prérogatives. En cas de non-paiement de la dette à l'échéance, le gage sera réalisé.

§1 - Obligations et prérogatives des parties

24. Les parties au contrat de gage bénéficient de plusieurs prérogatives mais sont également tenues de certaines obligations relatives au bien remis ou conservé à titre de gage. Si les obligations et prérogatives concernent principalement le créancier gagiste qui a reçu le bien objet du gage, elles concernent aussi, dans le cas du gage sans dépossession, le constituant du gage.

A - Prérogatives

25. Elles concernent surtout le créancier gagiste qui bénéficie du droit de rétention, du droit de suite et du droit de préférence.

I - Droit de rétention

26. Cette prérogative est reconnue expressément au gagiste par l'article 99 AUS révisé qui dispose que « Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le créancier gagiste peut, sous réserve de l'application de l'article 107, alinéa 2 du présent Acte uniforme, opposer son droit de rétention sur le bien gagé, directement ou par l'intermédiaire du tiers convenu, jusqu'au paiement intégral en principal, intérêts et autres accessoires, de la dette garantie ». L'article 100 de l'AUS révisé ajoute que « s'il a été dessaisi contre sa volonté, le créancier peut revendiquer la chose gagée comme un possesseur de bonne foi ». Le droit de rétention peut être opposé au constituant même si le bien est entre les mains d'un tiers. Il peut l'être également aux acquéreurs de la chose ou aux créanciers du constituant. Mais le droit de rétention n'est pas opposable au créancier gagiste sans dépossession lorsque son droit est antérieur à celui du créancier gagiste avec dépossession (article 107 al. 2 AUS révisé). Par contre, il est opposable au créancier gagiste sans dépossession dont le droit est né postérieurement.

27. Le droit de rétention est indivisible en ce sens

que le créancier peut retenir la chose tant qu'il n'a pas été intégralement payé, alors même qu'un paiement partiel aurait été effectué et que la chose donnée en gage pourrait être divisée (article 114 AUS révisé). Le droit de rétention du gagiste est en principe invincible en l'absence du paiement, même dans les procédures collectives ; l'article 149 AUPCAP prévoit à cet effet que le gage ne peut être retiré en cas de liquidation des biens que contre paiement de la dette (*sur le régime du gage en cas de procédures collectives, voir Kalieu Elongo Y., Droit et pratique des sûretés réelles, p. ; Minkoa SHE Adolphe, Droit des garanties et des sûretés du crédit, t. II, les garanties réelles, p. 97, n° 590 et s.*).

II - Droit de suite

28. Le créancier gagiste, en cas de dépossession, bénéficie d'un véritable droit de suite comme le créancier hypothécaire. En tant que possesseur, il peut aussi opposer son droit aux acquéreurs successifs et, surtout, s'il est dépossédé involontairement de la chose, il peut la revendiquer comme un possesseur de bonne foi. C'est ce que prévoit l'article 100 AUS révisé.

III - Droit de préférence

29. Le créancier gagiste bénéficie du droit de préférence sur le prix de la chose vendue (article 104 AUS révisé). Ce droit de préférence se reporte sur l'indemnité qui lui est substituée en cas de perte ou de destruction de l'objet du gage. Ce droit de préférence couvre non seulement le principal de la dette mais aussi les intérêts et les frais. Il s'exerce conformément à l'article 226 AUS révisé dont il ressort que les créanciers gagistes sont classés en quatrième position sur le prix de vente des meubles après les frais de justice, les frais de conservation et les créances de salaire superprivilégiés. Entre les créanciers gagistes, l'ordre de paiement dépend de l'ordre d'inscription du gage et, en l'absence d'inscription, de l'ordre de constitution des différents gages.

B - Obligations des parties

30. Les parties au contrat de gage et principalement le créancier gagiste sont tenus de différentes obligations. Ces obligations sont l'interdiction d'user du bien remis en gage, l'obligation de le conserver et surtout de le restituer.

I - Non-usage

31. Lorsque le gage emporte dépossession, le créancier gagiste ne peut user de la chose donnée en gage

ni en percevoir les fruits. La solution est fondée sur l'article 103 AUS révisé qui rapproche le créancier gagiste du dépositaire qui reçoit une chose en dépôt. La règle n'est cependant pas d'ordre public. S'il est autorisé à percevoir les fruits, il doit les imputer sur les intérêts qui peuvent lui être dus et à défaut sur le capital de la dette.

II - Obligation de conservation

32. Elle pèse aussi bien sur le créancier gagiste ou le tiers en cas de gage avec dépossession que sur le constituant en cas de gage sans dépossession.

33. Le créancier gagiste ou le tiers doit conserver et en bon état, le bien qui lui est remis et ce, dans les mêmes conditions qu'un dépositaire rémunéré (art. 108 AUS révisé). Cela s'explique par le fait qu'à l'échéance et en cas de paiement, il est tenu de restituer le bien au propriétaire. De ce fait, il est tenu responsable en cas de perte ou de détérioration de la chose due à sa faute (ex. du fait de la négligence). Il doit conserver la chose et lui apporter les soins qu'elle nécessite. S'il a une obligation de conservation, il ne supporte pas en principe les frais qui en découlent puisqu'il doit être remboursé des dépenses utiles et nécessaires faites pour la conservation qu'on appelle aussi les impenses (article 113 AUS révisé). La conservation n'emporte pas nécessairement l'obligation de faire assurer la chose. La méconnaissance des obligations de conservation entraîne la responsabilité du créancier gagiste. Cependant, exceptionnellement, si la chose menace de périr, le créancier ou le tiers convenu peut la faire vendre et exercer son droit de préférence sur le prix. Mais, il lui faudra pour cela, obtenir l'autorisation de la juridiction compétente. Cette autorisation devra être notifiée au constituant.

Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, l'article 101 AUS révisé impose des obligations particulières au créancier. Celui-ci doit, sauf clause contraire, les tenir ou les faire tenir séparées des choses de même nature détenues par lui. À défaut, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts. La même obligation est imposée au tiers convenu. Lorsque la convention dispense le créancier de cette obligation, il devient propriétaire des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes. En cas d'entièrement, la propriété ainsi acquise par le créancier peut s'exercer sur des biens de même espèce et de même qualité détenus par le tiers convenu.

34. Lorsque le gage est constitué sans dépossession, le constituant est tenu d'une obligation de conservation au même titre que le créancier gagiste. Il ressort de l'art. 108 de l'AUS révisé que lorsque le constituant est resté en possession du bien gagé, il doit le conserver en bon père de famille et, notamment, l'assurer contre les risques de perte et de détérioration totale ou partielle. Toutefois,

l'article 102 de l'AUS révisé prévoit que lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le contrat de gage peut permettre au constituant de les aliéner à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. Cette autorisation donnée au constituant vaut renonciation par le créancier à l'exercice de son droit de suite à l'encontre du tiers acquéreur de ces biens. Si le constituant ne respecte pas son obligation de conservation, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme ou solliciter un complément de gage (art. 109 AUS révisé).

35. L'obligation de conservation est renforcée par l'obligation de maintenir la valeur du bien lorsqu'il s'agit de choses fongibles, que le gage soit constitué avec ou sans dépossession. Cette obligation est imposée à peine de déchéance du terme. Le créancier peut s'assurer que cette valeur a été maintenue en exigeant un état des biens gagés ainsi qu'une comptabilité des opérations les concernant.

III - Obligation de restitution

36. Elle ne s'impose qu'en cas de gage avec dépossession. Le créancier gagiste ou le tiers convenu est tenu de restituer la chose lorsque, à l'échéance, la créance garantie a été entièrement payée en capital, intérêts et accessoires (*article 113 AUS révisé*). Le constituant doit alors rembourser au créancier gagiste ou au tiers convenu les dépenses utiles et nécessaires éventuellement engagées pour la conservation du gage. En raison de l'indivisibilité du gage, qui joue même en cas de division successorale de la dette ou de la créance entre les héritiers du débiteur ou du créancier, le paiement partiel n'entraîne pas restitution partielle du gage même s'il s'agit de choses divisibles par nature (*article 114 AUS révisé*).

La restitution porte sur les biens remis ainsi que les accessoires et les fruits ou produits perçus sur le bien et sur les sommes venues en remplacement ou les objets substitués. S'il s'agit de choses fongibles, le créancier doit remettre la même quantité de choses de même nature.

37. Le défaut de restitution, la restitution incomplète ou le retard dans la restitution entraîne la responsabilité contractuelle du créancier ou du tiers convenu. Le défaut de restitution peut également être sanctionné pénalement pour détournement de gage par application de certaines dispositions pénales (*Voir par exemple : article 402 du code pénal ivoirien, article 319 (1) 4 du code pénal camerounais, article 383 du code pénal sénégalais*).

§2 - Réalisation du gage

38. Lorsque le débiteur ne paye pas à l'échéance, le créancier peut continuer à exercer son droit de rétention

lorsque le gage a été constitué avec dépossession. Mais, pour obtenir paiement, il doit réaliser le gage. Il bénéficie pour cela d'une option : faire vendre la chose ou en demander l'attribution judiciaire. Les parties peuvent également, dans certains cas, convenir de l'attribution conventionnelle du bien au créancier.

A - Vente forcée

39. Elle est prévue par l'article 104 AUS révisé qui dispose : « Faute de paiement à l'échéance, le créancier gagiste muni d'un titre exécutoire peut faire procéder à la vente forcée de la chose gagée, huit jours après une sommation faite au débiteur et, s'il y a lieu, au tiers constituant du gage dans les conditions prévues par les dispositions organisant les voies d'exécution auxquelles le contrat de gage ne peut déroger ». La procédure prévue ne diffère pas de celle antérieurement admise (*Sur la procédure antérieure, lire par ex. Anoukaba F. et al., OHADA Sûretés, Bruylant-Bruxelles, p. 93, n° 249. Pour quelques applications, voir par ex. Tribunal de Première Instance de Cotonou, 1^{re} chambre civile moderne, jugement n° 26/03-1^{re} CCIV du 7 mai 2003, F.E. c/T.G. et autres, ohadata J-06-152. ; Tribunal de Première Instance de Cotonou, jugement par défaut, n° 81/02 - 1^{re} CCIV du 30 octobre 2002, L'État béninois représenté par l'agent judiciaire du trésor c/ sté S.B. Sarl, A.H.G., ohadata J-06-147 (réalisation d'un permis d'habiter aboutissant à la mise en vente de l'immeuble) ; Tribunal Régional hors classe de Dakar, jugement civil n° 1975 du 2 décembre 2008, SFE c/ M.S. A.D.B. D., ohadata J-04-274). Il est expressément rappelé aux parties l'interdiction de déroger aux règles prévues par l'AUPSRVE c'est-à-dire que la clause de voie parée est interdite (*voir dans le même sens s'agissant du droit français, Albiges C. et Dumont-Lefrand M.P., Droit des sûretés, Dalloz, p. 236, n° 421*).*

Lorsque la vente est réalisée, le créancier exerce son droit de préférence sur le prix de la chose vendue, dans les conditions de l'article 226 AUS.

B - Attribution judiciaire du gage

41. L'article 104 al. 2 AUS révisé permet au créancier gagiste de faire ordonner en justice que le bien grevé lui demeurera en paiement jusqu'à due concurrence du solde de sa créance après une estimation faite par expert ou suivant les cours pour les biens qui font souvent l'objet de transactions sur les marchés internationaux tels que les matières premières. Cette estimation est destinée à éviter la sous-évaluation du bien. Elle ne s'impose donc pas lorsque le gage porte sur des espèces c'est-à-dire sur une somme d'argent. Si la valeur du bien est supérieure au montant de la créance, le gagiste est tenu de verser la différence au débiteur. Si à l'inverse, la valeur du bien est inférieure

au montant de la créance, il reste créancier chirographaire pour le reliquat c'est-à-dire que l'attribution ne libère pas le débiteur.

En cas de pluralité de gagistes sur un même bien, il faut admettre que seul le gagiste de premier rang peut demander l'attribution judiciaire.

C - Attribution conventionnelle du gage

42. Le pacte comissoire, clause qui autorise à l'avance le créancier à conserver de plein droit l'objet du gage en paiement, était jusque-là interdit en matière de gage (*voir Kalieu Elongo, ouvrage précité, p. 97; Anoukaba et al., ouvrage précité, p. 94, n° 254*). La réforme de l'AUS autorise désormais les parties à convenir que le bien pourra être attribué en paiement au créancier gagiste, faute de paiement. Toutefois, l'article 104 al. 3 DE L'AUS révisé qui pose le principe, apporte quelques restrictions à son application. Elle n'est possible que dans deux cas. D'abord, l'attribution conventionnelle n'est admise que si le bien gagé est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle. Ensuite, l'attribution conventionnelle n'est possible, quelle que soit la nature du bien, que lorsque le débiteur de la dette garantie est un débiteur professionnel. Mais, dans ce cas, le bien n'est attribué qu'après estimation faite, au jour du transfert, par un expert désigné à l'amiable ou par voie judiciaire. Toute clause contraire est réputée non écrite. Si la valeur du bien attribué est supérieure au montant de la créance, le créancier doit consigner la somme représentant la différence au cas où il existe d'autres créanciers gagistes sur le même bien. S'il n'en existe pas, cette somme est versée au constituant (*art. 105 AUS révisé*). Toute clause contraire est réputée non écrite.

D - Réalisation du gage en cas de procédure collective

43. Lorsqu'une procédure collective est ouverte contre le débiteur et particulièrement en cas de liquidation des biens, il y a suspension des poursuites individuelles des créanciers et dessaisissement du débiteur. Le créancier ne peut plus entreprendre ou poursuivre la réalisation du gage dont le sort dépend de la décision du syndic. L'article 149 AUPCAP prévoit que le syndic, autorisé par le juge-commissaire, peut, en remboursant la dette, retirer le bien mis en gage. La créance étant payée et le bien restitué, le gage s'éteint. Mais, si dans le délai de trois mois suivant la mise en liquidation le syndic n'a pas retiré le gage ou entrepris la vente du bien gagé, le créancier gagiste peut exercer ou reprendre les poursuites individuelles en vue de faire vendre le bien. Il sera néanmoins tenu dans ce cas de rendre compte au syndic.

Cette procédure ne concerne cependant que l'hypothèse du gage avec dépossession qui était la seule

prévue antérieurement à la réforme de l'AUS. L'institution du gage sans dépossession devrait entraîner une modification des conditions de réalisation du gage. Une réforme de l'AUPCAP a déjà été envisagée.

Section 3 - Extinction du gage

44. Le gage peut s'éteindre par voie principale ou par voie accessoire.

§1 - Extinction par voie principale

45. L'article 117 AUS révisé prévoit l'extinction à titre principal du gage avec dépossession indépendamment de l'obligation garantie dans trois hypothèses :

- en cas de restitution volontaire de la chose au constituant par le créancier gagiste ;
- en cas de perte de la chose du fait du créancier gagiste. Par contre, la perte fortuite de la chose (*par ex. du fait d'un incendie survenu au local abritant les biens gagés*) n'entraîne pas l'extinction du gage. Elle emporte subrogation du créancier dans l'indemnité d'assurance s'il en existe, conformément à l'article 106 ;
- lorsque la juridiction compétente ordonne la restitution de la chose pour faute du créancier gagiste à moins qu'un séquestre ait été désigné.

Dans toutes ces différentes hypothèses, le créancier gagiste devient un créancier chirographaire.

§2 - Extinction par voie accessoire

46. Accessoire d'une créance dont il garantit l'exécution, le gage s'éteint lorsque la créance est totalement éteinte en principal, intérêts et accessoires. C'est ce que prévoit l'article 116 de l'AUS révisé. Cette extinction de la créance peut intervenir par le paiement, la compensation, la remise de dette, etc. De même, l'anéantissement de la créance par annulation ou résolution devrait emporter l'extinction du gage et donc la restitution du gage dans l'hypothèse où il est constitué avec dépossession.

Chapitre 2 : Régimes particuliers de gages

47. L'AUS révisé contient des règles particulières applicables à certains gages. Ces règles concernent le matériel professionnel, les véhicules automobiles et les stocks. En réalité, ces biens faisaient l'objet, antérieurement à la réforme, de nantissement. Mais, la nouvelle définition du nantissement qui ne concerne que les biens incorporels et celle du gage qui porte uniquement sur les biens corporels a eu pour conséquence de faire

rentrer ces biens dans la catégorie des gages. Cette nouvelle définition du gage justifie également que le gage sur créances ait disparu pour être remplacé par un nantissement de créances.

Section 1 - Gage de véhicules automobiles

48. Cette sûreté, à l'origine, était destinée à favoriser la vente à crédit des véhicules automobiles en accordant une protection particulière au vendeur de véhicules automobiles. Mais, par la suite, elle est devenue une sûreté de droit commun pouvant garantir toutes sortes de créances faute de précision particulière de l'AUS sur les créances garanties. L'article 118 de l'AUS révisé précise que le gage des véhicules automobiles est régi par les articles 92 à 117 AUS révisé relatives au droit commun du gage. Seules quelques dispositions particulières sont prévues par les articles 118 et 119 AUS révisé.

§1 - Domaine

49. Le gage de véhicules automobiles porte, aux termes de l'art. 118 AUS révisé, sur tous les véhicules automobiles qu'ils soient assujettis ou non à une déclaration de mise en circulation et à une immatriculation. Antérieurement à la réforme, l'article 93 AUS révisé imposait que le véhicule soit assujetti à une déclaration de mise en circulation et à une immatriculation. Le gage peut également être constitué sur tout véhicule ou engin qu'il soit neuf ou d'occasion, qu'il soit utilisé pour des besoins privés ou professionnels. Malgré son imprécision, le terme véhicule englobe tous les véhicules terrestres à moteur ce qui inclut les tracteurs et les cyclomoteurs, mais exclut les engins aériens ou maritimes soumis à des législations spéciales en matière de sûreté.

S'agissant des bénéficiaires du gage, tout créancier peut se faire consentir un gage automobile. Cette solution découle implicitement du silence de l'AUS qui ne précise pas les bénéficiaires. Les rédacteurs de l'AUS révisé se sont probablement inspirés à cet effet de la solution désormais retenue en droit français où la sûreté est devenue également une sûreté conventionnelle (*en ce sens : Albiges C. et Dumond-Lefrand M.P., Droit des sûretés, Dalloz, p. 240, n° 434*). La sûreté pourra être consentie par exemple au profit du vendeur à crédit du véhicule automobile ou de celui qui a fourni le crédit pour l'acquérir, du cessionnaire de la créance du prix de vente, de l'escompteur d'effet de commerce émis pour le règlement de l'achat et même de l'avaliseur de cet effet.

§2 - Constitution

50. Le gage de véhicules automobiles est constitué sous les mêmes conditions que les gages de droit com-

mun. Il doit donc être établi par écrit et faire l'objet d'une inscription au RCCM puisqu'il est généralement un gage sans dépossession. Sous la législation antérieure, il était admis qu'en l'absence d'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier, il ne pouvait y avoir lieu à réalisation du nantissement (*en ce sens : Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement civil n° 1999 du 3 décembre 2003, la SFE ex SOGECA c/ Bara Diop, obadata J-04-276 ; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement du 10 juillet 2002, SFE c/ C.F., obadata J-03-45*). Cette inscription conserve les droits des créanciers pour la durée convenue par les parties. Mais cette durée ne saurait excéder dix ans à compter de l'inscription.

En plus de l'inscription, l'article 119 de l'AUS révisé prévoit que le gage doit être mentionné sur le titre administratif portant autorisation de circuler et immatriculation. En pratique, la mention « gage » doit être portée sur la carte grise du véhicule par les services administratifs des transports. Cette mention permet que l'existence du gage soit connue en cas de transfert éventuel de carte grise par exemple lors d'une vente. Ainsi, l'acquéreur d'un véhicule d'occasion peut se faire délivrer un certificat de non-gage par le greffe du tribunal où a lieu l'immatriculation. Toutefois, l'article 119 in fine précise que l'absence de cette mention ne remet pas en cause la validité ou l'opposabilité du gage dès lors que l'inscription a été régulièrement prise ce qui peut faire douter de l'utilité et de l'efficacité de cette mention. En droit français par contre, l'efficacité du gage automobile est renforcée en ce que celui-ci n'est opposable aux tiers que s'il a fait l'objet de déclaration à l'autorité administrative. Cette déclaration donne lieu à la délivrance d'un reçu remis au créancier qui est dès lors réputé avoir conservé le véhicule en sa possession. Autrement dit, la loi lui confère expressément un droit de rétention fictive sur le véhicule, ce qui fait du gage de véhicule automobile un gage avec dépossession (*En ce sens, Legeais D., Le gage de meubles corporels, préc., p. 16*). Il résulte de cette possession fictive que le bénéficiaire de la sûreté a un droit de suite qui lui permet de saisir le véhicule entre les mains des tiers.

§3 - Réalisation

51. Faute de paiement de la créance à l'échéance, le créancier bénéficiaire d'un gage sur véhicule automobile procède à la réalisation de la sûreté. Il dispose pour cela et conformément au droit commun de trois possibilités : faire procéder à la vente forcée du véhicule, demander l'attribution judiciaire ou obtenir l'attribution en propriété du véhicule si les parties en avaient convenu dans le contrat et si le débiteur est un débiteur professionnel et ce, conformément à l'article 104 AUS révisé (*sur la réalisation du nantissement du gage automobile sous l'empire du droit antérieur, voir par exemple : Tribunal*

régional hors classe de Dakar, jugement civil définitif n° 1971 du 2 décembre 2003, la SFE ex SOGECA c/ Sidy Samb, obadata J-04-273 ; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement civil n° 1970 du 2 décembre 2003, la SFE ex SOGECA c/ Madieng Dieng, obadata J-04-265). Sous la législation antérieure, il a été décidé que lorsque l'attribution du véhicule au créancier nanti ne suffit pas pour couvrir sa créance, le débiteur reste tenu de la différence (*en ce sens : Tribunal de première instance de Gagnoa, jugement n° 154 du 5 mai 2005, affaire SIDACC c/ S., Le Juris Obada n° 2/2007, p. 27 ; obadata J-08-77*).

52. Le gage sur véhicule automobile étant constitué généralement sans dépossession, le droit du créancier peut se heurter à celui d'un détenteur effectif, à l'exemple du garagiste auquel le débiteur a confié le véhicule en vue de le réparer. Les droits du créancier sont reportés en cas de perte sur l'indemnité d'assurance s'il en existe.

Section 2 - Gage de matériel professionnel

53. Le gage de matériel professionnel est régi par les règles de droit commun à savoir les articles 92 à 117 AUS. La seule règle spécifique contenue à l'article 118 est celle qui prévoit que le matériel professionnel faisant partie d'un fonds de commerce peut être nanti en même temps que les autres éléments du fonds, conformément aux dispositions des articles 162 à 165 de l'AUS. Avant la réforme, il s'agissait d'un nantissement spécial qui était tantôt qualifié de nantissement de biens d'équipement professionnel, de nantissement de l'outillage et du matériel ou tout simplement de nantissement de matériel professionnel. Ce gage est utile en ce qu'il permet de favoriser l'investissement mais il n'est pas très utilisé dans la pratique parce qu'il subit la concurrence du crédit-bail et de la réserve de propriété.

§1 - Domaine

54. Le gage de matériel professionnel est une sûreté spéciale par rapport aux biens grevés. En effet, il ne peut s'agir que des biens d'équipement professionnel, c'est-à-dire outillages et matériels à l'exclusion des marchandises et autres biens de consommation. Ces biens doivent être utilisés dans l'exercice de la profession. Peu importe que le matériel soit neuf ou d'occasion. Le terme profession doit être entendu ici au sens large. Il ne se limite donc pas uniquement à la profession commerciale, mais s'étend également à toutes les autres professions telles que les professions libérales, industrielles, voire artisanales. C'est donc le critère subjectif de la destination professionnelle qui détermine le champ d'application de la sûreté et qui en conditionne la validité. Par exemple, un ordinateur

acheté par un expert-comptable ou un avocat pour les besoins de sa profession sera qualifié, au regard de cette sûreté, de matériel professionnel. Il en est de même de l'équipement médical d'un cabinet de médecin. La sûreté ne peut toutefois pas porter sur un bien qui constitue certes un matériel professionnel, mais qui fait l'objet d'une réglementation spécifique par la loi, à l'exemple des véhicules automobiles.

55. S'agissant des créances garanties, il semble que la réforme de l'AUS ait fait disparaître la spécificité de cette sûreté. Faute de précisions dans le texte, les bénéficiaires du gage de matériel professionnel ne sont plus limités. Peuvent donc être garanties non seulement les créances nées d'opérations d'achat à crédit de matériel mais également toutes les créances du propriétaire de matériel. En droit français par contre et en dépit de la réforme du droit des sûretés, ce gage reste une sûreté spéciale qui ne peut être consentie que pour garantir le paiement du prix d'acquisition du matériel et de l'outillage professionnels (*en ce sens : Albiges C. et Dumond-Lefrand M.P., Droit des sûretés, Dalloz, p. 251, n° 467*).

§2 - Constitution

56. La constitution du gage de matériel professionnel est régie par les dispositions du droit commun du gage. Il doit être établi par écrit à peine de nullité et faire l'objet d'une inscription au RCCM pour être opposable. À défaut d'inscription, le matériel doit être remis au créancier gagiste. Mais cette modalité devrait être rare dans la pratique.

Les formalités particulières qui étaient contenues dans les dispositions antérieures de l'acte uniforme et qui visaient à assurer la protection du créancier n'ont pas été reprises. A fortiori, l'apposition d'une plaque sur le matériel gagé dans le but d'en informer les tiers n'est pas prévue, même à titre facultatif, par l'AUS (*sur le rôle de cette formalité en droit français, lire par ex. Albiges C. et Dumond-Lefrand M.P., Droit des sûretés, Dalloz, p. 252, n° 472*).

§3 - Réalisation du gage

57. Le créancier bénéficie des droits reconnus à tout créancier gagiste ; il a un droit de suite et un droit de préférence et le droit de rétention si le gage a été constitué avec dépossession. Le droit de suite lui permet de saisir le bien pour procéder à la vente en cas de non-paiement de la dette. Le droit de préférence lui permet d'être payé par priorité par rapport à d'autres créanciers sur le prix de vente du matériel. Conformément à l'article 226 AUS révisé, le bénéficiaire du gage sur le matériel est inscrit au quatrième rang.

Section 3 - Gage des stocks

58. Le gage des stocks se caractérise par la fongibilité des biens sur lequel il porte, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une quantité de choses d'égale valeur et interchangeables (*ex. pétrole, café, blé, sucre*) qui s'opposent aux corps certains qui sont individualisés dès l'origine. Le stock se caractérise plus par sa valeur que par la quantité de biens qui le composent à un moment donné puisque, par hypothèse, il est appelé à se renouveler. Pourtant, cette caractéristique ne semble pas avoir été prise en compte par les rédacteurs de la réforme qui ont assimilé le stock aux biens qui le composent, ce qui explique qu'ils en ont fait un gage de meuble corporel. L'existence du gage de stocks ne s'oppose d'ailleurs pas à la possibilité de mise en gage des biens suivant les règles applicables au gage des biens corporels fongibles.

59. Le régime du gage des stocks est, à quelques exceptions près, le régime de droit commun du gage.

§1 - Domaine

60. Reprenant la législation antérieure, l'article 120 AUS révisé prévoit que quatre catégories de biens distincts peuvent faire l'objet de nantissement de stocks. Il s'agit :

- **des matières premières** c'est-à-dire les richesses naturelles provenant pour la plupart du sol et surtout du sous-sol. C'est le cas de tous les minerais et des produits pétroliers (*ex. les producteurs de produits pétroliers peuvent donner en gage des stocks de ces produits*) ;
- **des produits de l'exploitation agricole**, c'est-à-dire les récoltes. Ces produits s'opposent au matériel et produits servant à l'exploitation elle-même tels que les semences, les engrais, les animaux servant à la reproduction ;
- **des produits de l'exploitation industrielle**. Il s'agit de tous les biens qui résultent de l'activité industrielle, c'est-à-dire de la fabrication à partir des matières premières qu'il s'agisse de produits finis ou semi-finis, de produits en cours de fabrication (*ex. voitures produites en série, pièces détachées, etc.*).
- **des marchandises destinées à la vente**. Ce sont tous les biens acquis par le débiteur et non fabriqués par lui-même et destinés à la revente.

§2 - Constitution

61. En application de l'article 120 AUS révisé qui renvoie aux règles de droit commun, le gage des stocks est constitué par écrit sous peine de nullité et doit faire l'objet, pour son opposabilité d'une remise de la chose objet du gage au créancier ou de l'ins-

cription du gage au RCCM suivant les règles prévues par les articles 51 et s. de l'AUS. Bien que les deux modalités soient prévues, le gage des stocks sera très souvent constitué sous forme de gage sans dépossession, se rapprochant ainsi du régime du nantissement des stocks qu'organisait la législation antérieure (*en droit français, le législateur a expressément consacré le caractère de gage sans dépossession du gage des stocks qui est d'ailleurs une sûreté qui ne peut être consentie que dans le cadre professionnel*). C'est probablement la raison pour laquelle les rédacteurs de la réforme de l'AUS ont prévu des règles particulières lorsque le gage est fait sans dépossession. Il résulte ainsi de l'article 121 AUS révisé que lorsque le gage est constitué suivant cette modalité, il peut donner lieu à l'émission par le greffier ou par le responsable de l'organe compétent de l'État partie, d'un bordereau de stock. Dans ce cas, l'écrit constitutif du gage doit comporter, à peine de nullité, outre les mentions prévues par l'article 96 AUS révisé, le nom de l'assureur qui couvre les stocks gagés contre les risques de vol, d'incendie et de détérioration totale ou partielle ainsi que la désignation de l'établissement domiciliaire du bordereau de gage de stocks.

Après l'inscription du gage au RCCM, le bordereau est remis au débiteur. Il doit comporter les éléments suivants : la mention « gage de stocks » ; la date de délivrance qui est celle de l'inscription au RCCM ; le numéro d'inscription au registre chronologique des dépôts ; la signature du débiteur. La mise en gage du stock se fera donc en réalité par la remise du bordereau au créancier gagiste par voie d'endossement signé et daté. En l'absence de remise du bordereau, le créancier gagiste ne peut se prévaloir de la seule inscription de la sûreté au RCCM. Le bordereau peut ensuite être endossé et avalisé dans les mêmes conditions qu'un billet à ordre avec les mêmes effets. L'endossement confère au porteur du bordereau la qualité et les droits d'un créancier gagiste. À défaut de convention contraire, la durée de validité du bordereau est de cinq ans à compter de la date de son émission, sauf renouvellement.

§3 - Obligations et prérogatives du constituant

62. Ces obligations et prérogatives sont fortement influencées par la nature fongible des biens engagés.

63. S'agissant des obligations, la première qui pèse sur le constituant est l'obligation de maintenir la valeur du stock. Il ne s'agit pas d'une obligation propre au gage de stock mais d'une obligation qui s'impose à tous les constituants de gages portant sur les choses fongibles (*art. 110 al. 1 AUS révisé*). Ainsi, comme les biens faisant partie du stock sont par nature des choses fongibles, il bénéficie implicitement d'une faculté de

remplacement c'est-à-dire qu'il peut utiliser les biens, pourvu qu'il les remette aussitôt. Cette interdiction de ne pas diminuer la valeur du stock est renforcée par l'obligation qui lui est faite de tenir constamment à la disposition du créancier et du banquier domiciliaire du bordereau l'état des biens gagés ainsi qu'une comptabilité de toutes les opérations les concernant. Il s'agit également d'une obligation commune à tous les constituants de gages sur les biens fongibles. La diminution de la valeur des stocks a pour conséquence la déchéance du terme de la dette garantie. À défaut, le créancier peut solliciter un complément de gage (*art. 109 AUS révisé*). La seconde obligation qui pèse sur le constituant est celle d'assurer les stocks. Mais, contrairement à l'obligation générale d'assurer le bien qui pèse sur tous les créanciers en cas de gage sans dépossession, l'obligation d'assurance est ici plus étendue puisque le constituant doit assurer le bien contre les risques de vol, d'incendie et de détérioration totale ou partielle. Il doit également assurer l'immeuble où sont entreposés les stocks. Le nom de l'assureur doit d'ailleurs figurer dans l'acte constitutif du gage. En cas de destruction des stocks, les droits du créancier gagiste devraient se reporter sur l'indemnité d'assurance. Ces deux obligations se résument finalement en une obligation générale, celle qui est faite au débiteur de conserver les stocks gagés.

64. Quant aux prérogatives du constituant, la principale qui lui est reconnue est qu'il conserve, conformément à l'art. 124 AUS révisé, le droit de vendre les stocks nantis. Cela peut même être avantageux pour le créancier bénéficiaire dans le cas où le gage porte sur des biens sujets à dépérissement rapide. Mais, pour protéger les droits du créancier dont le gage risque d'être perdu du fait de la vente du bien, la loi prévoit que le débiteur ne peut livrer les biens vendus qu'après consignation du prix chez le banquier domiciliaire. Cette limite était déjà contenue dans la législation antérieure.

§4 - Réalisation du gage

65. Lorsque le débiteur ne remplit pas ses obligations relativement au paiement de la dette à l'échéance, le créancier gagiste ou le porteur du bordereau peut procéder à la réalisation du stock mis en gage. Il bénéficie des mêmes prérogatives que les autres créanciers gagistes à savoir qu'il bénéficie d'un droit de suite et d'un droit de préférence. Il peut également comme tout gagiste, demander l'attribution judiciaire et s'il en a été convenu dans le contrat et que les conditions en sont réunies, se voir attribuer la propriété des stocks. En droit français, cette attribution conventionnelle est expressément refusée au créancier gagiste.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Attribution 38, 41, 42, 51, 65

C

Contrat de gage 10, 13, 14, 15, 19,
24, 30, 35, 40

Créancier gagiste 8, 10, 13, 15, 18,
20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 31,
32, 33, 36, 39, 41, 42, 45 56, 57,
61, 63, 65

Constituant 1, 7, 8, 10, 12, 13, 15,
16, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 32, 33,
34, 36, 40, 42, 45, 63, 64

D

Droit de rétention 22, 25, 26, 27, 38,
50, 57

Droit de suite 20, 25, 28, 34, 50, 57,
65

Droit de préférence 22, 25, 29, 33,
40, 57, 65

E

Extinction 4, 44, 45, 46

G

Gage de matériel professionnel 53,
54, 55, 56

Gage des stocks 58, 59, 60, 61

Gage des véhicules automobiles 48

I

Inscription 13, 15, 20, 22, 29, 50,
56, 61

R

Restitution 18, 33, 36, 37, 45

Réalisation 18, 23, 39, 43, 50, 51, 65

GARANTIE ET CONTRE-GARANTIE AUTONOMES

Table des matières

Introduction n° 1 à 4

Section I - **Nature et forme de la lettre de garantie ou de contre-garantie autonome** n° 5 à 18

§I - Nature juridique de la lettre de garantie ou de contre-garantie autonomes n° 6 à 13

A - Typologie de garanties ou des contre-garanties autonomes n° 7 à 9

B - Qualification de la lettre de garantie ou de la contre-garantie de l'OHADA n° 10 à 13

§II - Forme de la lettre de garantie ou de contre-garantie n° 14 à 18

A - Exigence d'une forme écrite n° 15 à 16

B - Mentions obligatoires n° 17 à 18

Section II - **Effets de la garantie ou de la contre-garantie autonomes** n° 19 à 56

§I - Engagement des signataires n° 20 à 36

A - Qualité des signataires n° 21 à 24

B - Irrévocabilité de la garantie ou de la contre-garantie n° 25

C - Inopposabilité des exceptions n° 26 à 27

D - Durée de la garantie ou de la contre-garantie n° 28 à 32

E - Transmissibilité de la garantie ou de la contre-garantie n° 33

F - Montant de la garantie ou de la contre-garantie n° 34 à 36

§II - Réalisation de la garantie ou de la contre-garantie n° 37 à 51

A - Justification de la demande de paiement n° 38 à 43

B - Opposition à la demande de paiement n° 44 à 51

§III - Contentieux de la mise en œuvre de la garantie ou de la contre-garantie n° 52 à 56

A - Recours du garant ou du contre-garant n° 52 à 54

B - Recours du donneur d'ordre n° 55 à 56

Bibliographie

- AGBOYIBOR (P.K.), « La consécration législative de la lettre de garantie constitue-t-elle un progrès ou une régression pour la pratique des garanties indépendantes dans la zone OHADA ? », *Penant*, n° 840, juillet-septembre 2002, p. 263 et s.
- BRIZOUA-Bi (M.), « Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA », *Droit et patrimoine*, n° 197, novembre 2010, p. 60 et s.
- CROCQ (P.), « Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Droit et patrimoine*, n° 197, novembre 2010, p. 78 et s.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Organisation des sûretés. Cahiers juridiques et fiscaux », *CFCE*, 1998, n° 2, p. 351 et s.
- Lamy Droit du financement, coll. « Lamy Droit civil », 2008.
- Lamy Droit des sûretés, coll. « Lamy Droit civil », 2007.
- MARTOR (B.), « Comparaison de deux sûretés personnelles : le cautionnement et la lettre de garantie ». *La Semaine juridique entreprises et affaires*, n° 5, supplément à la *Semaine juridique* n° 44 du 28 octobre 2004, p. 21 et s.
- MBA-OWONO (Ch.), « Le régime juridique des lettres de garantie dans l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés », *Penant*, n°835, janv.-avril 2001, p. 56 et s.
- NEVRY (R.), « La garantie autonome à première demande. Droit OHADA, Droit français », *RDAI*, 2007, n°3, p. 313 et s.
- OUTOUMOU (J.-C.), « La lettre de garantie OHADA », *RDAI*, n° 4, 1999, p. 425 et s.
- SAMB (M.), « La lettre de garantie, OHADA Sûretés », *Jurisclope*, Bruylant, coll. « Droit uniforme », 2002, p. 45 et s.
- TIGER (P.), « La lettre de garantie », *Penant*, n° 840, juillet-septembre 2002, p. 310 et s.

1. La garantie autonome originellement consacrée en droit OHADA sous la dénomination de lettre de garantie est une innovation remarquable de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS), singulièrement par rapport à son originalité. Originalité par rapport aux droits nationaux antérieurs qui ignoraient totalement cette forme de garantie, mais également par rapport au droit positif d'inspiration française qui ne lui consacrait aucun cadre juridique et ne la connaissait, qu'à travers la pratique des affaires comme une garantie de financement des opérations internes. Il a fallu attendre l'ordonnance du 23 mars

2006 pour voir le Code civil français (art. 2321) consacrer la garantie autonome par une définition formelle « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme à première demande, ou suivant les modalités convenues. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie » (Ordonnance n° 2006-346 du

23 mars 2006, *Journal officiel du 24 mars 2006*). On peut donc retenir que le droit positif OHADA avait, concernant la consécration de la garantie autonome, pris une avance sur le droit français.

2. En consacrant la garantie autonome sous la dénomination de lettre de garantie et en lui donnant un cadre juridique, à la fois formel et précis, l'OHADA (articles 28 à 38 de l'AUS de 1997) faisait ainsi une œuvre pionnière. En fait, il s'était agi, en vérité, de légaliser une pratique déjà connue, en Afrique francophone, par les banques et établissements financiers qui procédaient chacun selon ses usages, tant en ce qui concerne la dénomination (garantie indépendante, garantie à ou sur première demande, garantie autonome, garantie de bonne fin, garantie documentaire, garantie sur demande, garantie personnelle, etc.) que la forme dans la rédaction.

3. L'intérêt du recours par la pratique bancaire et les acteurs économiques à ce type de garantie a été expliqué par le déclin du cautionnement, du fait du caractère subsidiaire de l'engagement souscrit et la désaffection des créanciers à l'égard d'une sûreté accordant à la caution une protection un peu trop excessive (*Ch. Mba-Owono, Le régime juridique des lettres de garanties dans l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisations des sûretés, Revue Penant n° 835, janvier-avril 2001, p. 57 et s.*). En vérité, les rédacteurs de l'AUS ont simplement entendu donner une touche de modernité au nouveau droit des sûretés en consacrant à côté du cautionnement, une garantie de plus en plus usitée aussi bien dans les relations économiques internationales que dans les transactions commerciales internes.

4. En 1997, le droit OHADA de la garantie autonome a été largement inspiré par les « Règles uniformes relatives aux garanties sur première demande » de la Chambre de commerce Internationale (*Publication n° 458 de la Chambre de commerce internationale, voir M. Vasseur, Les nouvelles règles de la C.C.I. pour les garanties sur demande, RDAI 1992, p. 259 et s., J.P. Mattout et A. Prim, Les règles uniformes de la C.C.I. pour les garanties sur demande, Banque et Droit 1993, n°30, p. 3 et s.*)

Dans le même sillage, l'Acte uniforme sur les sûretés révisé (AUSr), adopté par le Conseil des ministres en décembre 2010 (*Journal officiel de l'OHADA du 15 février 2011*) harmonise les règles existantes avec les nouvelles Règles uniformes relatives aux garanties sur première demande (RUGD 758) publiées par la Chambre de commerce internationale en juillet 2010 (*Pierre Crocq, Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, Droit et patrimoine n° 197, novembre 2010, p. 78 et s.*). Les rédacteurs de l'AUSr, sans doute pour éviter les contestations et les incertitudes, ont renforcé la rigueur dans la formalisation, tant en ce qui concerne la nature et les formes (Section 1) que les effets (Section 2) de la garantie ou contre-garantie autonome.

Section I - Nature et forme de la lettre de garantie ou de contre-garantie autonomes

5. Les rédacteurs de l'AUSr n'ont voulu laisser aucun doute sur la nature de la garantie (§I) et ont voulu être aussi précis que possible sur les formes que doit revêtir l'instrumentum (§II).

§I - Nature juridique de la lettre de garantie ou de contre-garantie autonomes

6. Avant de qualifier juridiquement la lettre de garantie ou de contre-garantie OHADA (B) il convient de montrer le choix fait par l'OHADA, à travers une typologie des divers types de lettres de garantie rencontrés dans les pratiques commerciales interne et internationale (A).

A - Typologie de garanties ou des contre-garanties autonomes

7. Les garanties et contre-garanties autonomes sont nées des usages et pratiques du commerce international à partir du début des années 1970 (*P. Tiger, La lettre de garantie, Revue Penant n° 840, juillet-septembre 2002, p. 310 et s.*). Avec une garantie équivalente à un dépôt de fonds remis au bénéficiaire et détenu par celui-ci jusqu'au dénouement des relations contractuelles, la garantie souscrite par le débiteur ou son garant permettait, au bénéficiaire, d'éviter les incertitudes du cautionnement et de s'assurer de la complète et parfaite exécution des obligations contractuelles (bonne fin). On comprend donc qu'elle ait eu le succès constaté aussi bien en Europe qu'aux États-Unis. (*Yves Pouillet, Les garanties contractuelles dans le commerce international, Droit et pratique du commerce international, 1979, p. 337 et s.*)

8. La garantie vise à satisfaire à diverses demandes de couverture d'opérations commerciales ou financières au niveau international ou domestique. Elle est, cependant, plus couramment usitée en matière bancaire sous la dénomination de « caution bancaire sur marchés ». Dans ce cas l'entreprise, qui soumissionne à un marché de travaux publics, de fournitures ou de services, sollicite l'intervention de sa banque, moyennant le paiement d'une commission et/ou des frais, consistant à signer une lettre de garantie en faveur du maître d'ouvrage ou de l'acquéreur de biens ou services et, bien souvent, à la demande de celui-ci. Selon les termes de la lettre de garantie, la banque peut être sollicitée à diverses étapes de l'exécution du marché : soit à la soumission (garantie de soumission) soit au début de l'exécution (garantie de retenue ou garantie de restitution d'acompte) soit au moment de l'exécution (garantie de découvert local)

soit à la fin du contrat (garantie de bonne fin, garantie de paiement des droits de douane).

9. Relativement à la mise en œuvre de la garantie, on peut constater plusieurs variantes selon les modalités prévues pour l'appel en garantie :

- La garantie à première demande justifiée dans laquelle le bénéficiaire doit indiquer les motifs de son appel en garantie ;
- La garantie documentaire exigeant que le bénéficiaire précise les documents indiqués dans la lettre de garantie pour obtenir le paiement de la garantie ;
- La garantie à première demande pure et simple avec laquelle le bénéficiaire doit se faire payer, sur premier appel, sans aucune justification ni document à fournir, à la seule condition que la demande soit présentée dans les délais requis, dépouillée de tout abus ou fraude de la part du bénéficiaire.

B - Qualification de la lettre de garantie ou de la contre-garantie de l'OHADA

10. L'AUS (art. 28 al 1) ne laissait aucun doute sur la nature contractuelle de la lettre de garantie ou de contre-garantie en les définissant comme une convention, conclue pour ce qui concerne la lettre de garantie entre le garant et le bénéficiaire créancier, et pour la lettre de contre-garantie entre le garant et le contre-garant. L'AUSr (art. 39) reformule cette définition et semble remettre en cause la qualification contractuelle en définissant la garantie et la contre-garantie autonomes comme un simple « *un engagement* » par lequel le garant et le contre-garant s'obligent.

11. Contrairement à ce qu'une certaine doctrine avait pu affirmer en analysant la qualification de la garantie autonome, (voir *Ch. Gavalda et J. Stoufflet, La lettre de garantie internationale, R.T.D. Com. 1980 p. 1 et s.*), la lettre de garantie ou de contre-garantie n'est pas un acte abstrait ou non causé. Relativement au modèle adapté par l'OHADA, deux arguments justifient cette affirmation. D'une part, la définition légale (AUSr art. 39) précise aussi bien pour la garantie que la contre-garantie que le garant et le contre-garant s'obligent « en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instructions de ce donneur d'ordre. ». Ce qui signifie que le garant et le contre-garant ne s'engagent pas *in solo*, mais sur **instructions** du donneur d'ordre. D'autre part, l'AUSr (art. 41) fait figurer parmi les mentions obligatoires qui doivent être contenues dans l'écrit « la convention de base, l'action ou le fait, en considération desquels la garantie ou la contre-garantie autonome sont émises. ».

12. Cependant, fondamentalement, la garantie et la contre-garantie autonomes demeurent des engagements autonomes du contrat de base qui peut lui servir de support causal ou économique (J.C. Otoumou, *La lettre*

de garantie OHADA, RDAI n° 4 p. 425 et s.). Cette particularité est expressément rappelée par l'AUSr (art. 40 al. 2) qui dispose « Elles créent des engagements autonomes, distincts des conventions, actes et faits susceptibles d'en constituer la base » (*L'AUSr n'a voulu laisser aucun doute sur l'autonomie en remplaçant la dénomination originelle de « lettre de garantie » par celle plus explicite de « garantie et contre-garantie autonomes », mettant l'accent plus sur le negotium que sur l'instrumentum*). L'autonomie est analysée doublement comme une autonomie à la fois matérielle et intellectuelle (C. Mba-Owono, *op. cit. p. 60 et s.*).

L'autonomie matérielle se manifeste par le fait que la garantie et la contre-garantie sont fournies par un garant ou un contre-garant, sur instructions du donneur d'ordre, pour offrir une sûreté au bénéficiaire. L'opération réalisée confère au donneur d'ordre une signature lui permettant d'obtenir un marché ou de constituer un dépôt de garantie. En pratique, la souscription de la garantie est, souvent, la conséquence d'instructions, parfois seulement verbales, adressées par le donneur d'ordre à sa banque qui accepte de s'engager. Mais la garantie proprement dite est une relation autonome qui se crée entre le garant ou le contre-garant et le créancier-bénéficiaire.

L'autonomie est intellectuelle en ce qu'elle dérive du fait que le garant ou le contre-garant s'engagent eux-mêmes, sans confondre leur engagement à la dette initiale, à payer une somme déterminée au bénéficiaire. Autrement dit, à la différence de la caution, le garant ne s'engage pas à payer la dette d'autrui mais plutôt à exécuter une prestation personnelle sous la forme d'une obligation nouvelle de payer une dette qui lui est propre, sur première demande justifiée du bénéficiaire.

13. La qualification de la garantie ou contre-garantie doit donc se baser sur cette autonomie de l'engagement du garant ou du contre-garant par opposition au cautionnement qui, dans toutes ses formes (solidaire ou simple) reste une garantie accessoire au contrat principal. Le juge serait admis à requalifier une convention qui porterait une dénomination de garantie ou contre-garantie autonome alors que l'engagement du garant n'aurait pas une telle autonomie. (*voir en France Cass. civ., 6 juillet 2004, D.2004 Act. jurispr. p. 2373*)

§II - Forme de la lettre de garantie ou de contre-garantie

14. Le formalisme qu'impose l'AUS (AUSr art. 41) est très rigoureux : « Les garantie et contre-garantie autonomes ne se présument pas. Elles doivent être constatées par écrit. » (*En France, l'appel à la garantie n'est en principe soumis à aucune forme particulière même si certains auteurs préconisent l'usage de la lettre recommandée avec accusé de réception, v. Lamy Droit du financement 2008, n° 3711*). La forme écrite est donc prescrite, de

manière substantielle (A) ; elle est complétée par l'exigence de mentions obligatoires, à peine de nullité (B).

A - Exigence d'une forme écrite

15. L'expression « lettre de garantie », qui avait été retenue par les rédacteurs de l'AUSr pour désigner la garantie et la contre-garantie autonomes, était suffisamment révélatrice de la volonté du législateur OHADA de soumettre l'acte de garantie ou de contre-garantie à une forme écrite puisque l'*instrumentum* servait lieu de désignation au *negotium*. L'exigence d'une forme écrite est confirmée par l'AUSr (art. 41) avec la précision que les garantie et contre-garantie autonomes « (...) doivent être constatées par un écrit (...) ».

16. La sanction de la violation ou de l'omission de cette exigence est aussi très sévère puisqu'en l'absence d'un écrit, l'engagement est considéré purement et simplement comme nul. Aucune précision n'est cependant faite quant à la nature de l'écrit exigé. L'interprète peut alors se référer à la solution retenue par la Convention des Nations Unies (*Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 11 décembre 1995 « Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by »*) (art. 7-2) qui dispose qu'un engagement de garantie peut être souscrit « sous toute forme préservant un engagement complet du texte dudit engagement et permettant une authentification de sa source par des méthodes généralement adoptées ou selon une procédure convenue entre le garant/émetteur et le bénéficiaire ». On peut en déduire qu'une lettre de garantie ou de contre-garantie par télécopie ou par fichier attaché à un e-mail serait parfaitement valable dès lors que la signature en serait authentifiée, conformément aux usages qui prévalent en matière bancaire.

B - Mentions obligatoires

17. Le formalisme écrit est renforcé par l'exigence d'y insérer des mentions obligatoires (AUSr, art. 41). La garantie et la contre-garantie doivent, à peine de nullité, contenir les mentions suivantes : la dénomination de garantie ou de contre-garantie autonome, le nom du donneur d'ordre, le nom du bénéficiaire, le nom du garant ou du contre-garant, la convention de base, l'acte ou le fait justifiant la garantie, le montant maximum de la somme garantie, la date ou le fait entraînant l'expiration de la garantie, les conditions de la demande de paiement s'il y a lieu, l'impossibilité pour le garant ou le contre-garant de bénéficier des exceptions de la caution. Il n'est donc pas douteux que les rédacteurs de l'AUSr ont voulu donner à la lettre de garantie ou de contre-garantie

la précision nécessaire à la sécurité que doit donner un tel titre, relativement à l'identité du souscripteur, l'étendue de son engagement et son autonomie par rapport à la convention de base.

18. La rigueur affichée, l'AUSr est sans équivoque tant en ce qui concerne la forme écrite que les mentions prescrites. Elle est sanctionnée par la nullité pure et simple de l'engagement et son dépouillement de tout effet. La jurisprudence est même allée, à tort pensons – nous, jusqu'à s'abstenir de requalifier un document dénommé lettre de garantie mais ne contenant pas la dénomination expresse exigée, à peine de nullité, par l'ancien article 30 de l'AUS, à savoir « lettre de garantie à première demande ». En l'espèce, le document établi par la Société Ivoirienne des banques (SIB) disposait que « la SIB s'est portée caution solidaire en faveur de la société ZMB international pour le compte de la société CORECA. Qu'elle s'est aussi engagée à régler à première demande écrite, toute somme jusqu'à concurrence de son cautionnement contre remise par le bénéficiaire d'une lettre spécifiant que CORECA n'a pas respecté ses engagements... » (Cour d'Appel d'Abidjan, arrêt n° 184 du 21 février 2003, SIB c/Société CORECA, Ohadata J-03-230, ohada.com, observations J.I. Sayegh) : il est vrai que l'exigence de la mention manuscrite en matière de cautionnement s'opposait à la qualification en cautionnement, la même sanction de nullité étant retenue dans ce cas.

Section II - Effets de la garantie ou de la contre-garantie autonomes

19. Les effets de la garantie ou de la contre-garantie touchent aux engagements des signataires (§I) à la mise en jeu de la garantie ou de la contre-garantie (§II) et au contentieux qui peut en résulter (§III).

§I - Engagement des signataires

20. Avant de dégager le régime juridique de l'engagement des signataires, il convient de préciser la qualité requise pour le signer.

A - Qualité des signataires

21. Les garanties ou la contre-garantie autonomes ne peuvent pas être souscrites, à peine de nullité, par des personnes physiques. Cette exclusion semble être une originalité du droit OHADA qui se démarque ainsi du droit positif français (*La validité des garanties auto-*

nomes souscrites par des personnes physiques est, en effet, reconnue par la jurisprudence française v., par exemple, CA Paris, 12 février 1993, D.1993, I.R., p. 121, RTD com. 1993, p. 155, obs. Cabrillac M. et Teyssié B. ; CA Paris, 5 avril 1994, JCP G 1994, IV, n° 2452, note Piédelièvre S., v. également Cass ; com., 13 décembre 1994, n° 92-12.626, D.1995, jur. p. 209, rapp. LeDauphin H ; et note Aynés L., JCP G 1995, I, n° 3851 spec. n°11) et des règles uniformes internationales, y compris celles de la Convention des Nations Unies. Il résulte, en effet, des dispositions de cette Convention (art. 2-1) que le souscripteur de garantie indépendante « peut être une banque ou une autre institution ou personne ».

22. L'exclusion des personnes physiques serait justifiée par le souci du législateur OHADA d'éviter une banalisation des garanties indépendantes (Ch. Mba-Owono, *op. cit.*, p. 65) ou de protéger les patrimoines des personnes physiques contre les abus des bénéficiaires de garanties (*P. Tiger, La lettre de garantie, op. cit.*, p. 320). L'extension de la possibilité de souscription n'a pas finalement, peut-être pour ces raisons, été retenue dans la révision de l'AUSr.

23. Cependant, la garantie ou la contre-garantie autonomes ne sont pas conçues comme une opération relevant du ressort exclusif des établissements bancaires, même si, dans la pratique des cautions de marchés et des contre garanties internationales, la signature d'une banque ou d'un établissement financier est la plus usitée. L'engagement peut être souscrit par toute personne morale de droit privé ou de droit public, à la condition d'observer le formalisme qui lui est applicable en matière de prise d'engagement de garantie de cette nature. Il en est ainsi du respect de la procédure d'autorisation préalable des cautions, avals et garanties souscrites au nom des sociétés anonymes pour les dettes des tiers (*art. 49 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ; sur l'application de l'article 449 de l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales et au GIE aux banques et établissements financiers v. Bassirou Ba, La garantie des engagements de tiers par les banques, Remarques sur l'avis consultatif n° 02/200 de la CCJA du 26 avril 2000 Ohadata D-03-10, Ohada.com*). Relativement aux sociétés qui ne sont ni des SA ni des SARL, une impossibilité de les engager par garantie existe et tient très souvent à la définition de l'objet social lui-même (*v. Lamy Droit des sûretés, n° 135-53*).

24. Enfin, la protection des personnes physiques serait limitée à l'interdiction de souscrire une garantie ou une contre-garantie autonome et ne s'étend pas à la possibilité laissée à un particulier, client d'une banque, de donner l'ordre à sa banque de souscrire une garantie ou une contre-garantie au profit d'un bénéficiaire. Cette hypothèse est, au demeurant, fréquente dans la

pratique des cautions de marchés souscrites par les banques au profit d'opérateurs économiques, qualifiés de commerçants.

B - Irrévocabilité de la garantie ou de la contre-garantie

25. L'AUS originel (art. 32 al. 2) disposait que les instructions du donneur d'ordre, la lettre de garantie et de contre-garantie sont irrévocables « sauf clause contraire expresse », ce qui faisait comprendre que l'irrévocabilité est une disposition légale supplétive. L'insertion dans la convention d'une faculté de révocation de l'engagement de garantie ou de contre-garantie pouvait bien être interprétée comme une condition de nature potestative, donc « un engagement nul, par application de l'article 1174 du Code civil ». En effet, le bénéficiaire serait ainsi privé de son droit du fait de l'usage par le garant de la faculté de révocation unilatérale, ce qui priverait la sûreté de toute son essence.

L'AUSr (art. 43 al. 2 et 3) modifie cette disposition en faisant une subtile distinction entre le cas d'une garantie ou contre-garantie à durée déterminée et celui d'une garantie ou contre-garantie à durée indéterminée. Dans le premier cas, les instructions du donneur d'ordre, la garantie et la contre-garantie sont irrévocables. Dans le second cas, elles peuvent être révoquées par le garant ou le contre-garant respectivement.

C - Inopposabilité des exceptions

26. Le principe de l'inopposabilité des exceptions est consacré par l'AUSr (art. 41) qui énumère parmi les mentions obligatoires que doit contenir l'écrit constatant l'engagement, « l'impossibilité pour le garant ou le contre-garant de bénéficier des exceptions de la caution ». Cette affirmation est, du reste, une conséquence de l'autonomie affirmée par l'article 40 al. 2 qui dispose que les garantie et contre-garantie autonomes « créent des engagements autonomes, distincts des conventions, actes et faits susceptibles d'en constituer la base ».

Le garant ou le contre-garant, à la différence de la caution, doivent, le cas échéant, exécuter leur engagement sans pouvoir opposer au bénéficiaire aucune exception tirée du lien juridique de base. Sur ce point, l'OHADA consacre une solution jurisprudentielle constante en droit français mais également la pratique connue de renonciation expresse à invoquer les exceptions fondées sur la dette initiale. L'absence de la mention relative à l'impossibilité d'exciper des exceptions de la caution entraînerait la nullité pure et simple de la lettre de garantie ou de contre-garantie.

27. Sur la question de savoir si l'inopposabilité des exceptions, dont peut se prévaloir le bénéficiaire de la

lettre de garantie ou de contre-garantie, est similaire à celle dont bénéficie le délégué envers le délégataire, la doctrine était divisée. Pour certains auteurs, cette similitude peut être retenue, les garanties indépendantes étant une simple application de la technique juridique de délégation. Pour d'autres, cette assimilation doit être écartée car, à la différence de la délégation qui est une convention triangulaire nécessitant la rencontre des volontés de trois personnes, la garantie est émise, le plus souvent, sous une forme unilatérale, sans que soit exigée l'acceptation préalable du bénéficiaire. (Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *op. cit.*, p. 7)

D - Durée de la garantie ou de la contre-garantie

28. Le régime juridique de la garantie et de la contre-garantie autonomes est précisé par l'AUSr tant ce qui concerne la date de prise d'effet de l'engagement que son expiration.

29. Concernant la prise d'effet de la garantie, l'AUSr (art. 43 al. 1) est très précis : « Les garantie et contre-garantie autonomes prennent effet à la date où elles ont été émises sauf stipulation d'une prise d'effet à une date ultérieure. ». L'OHADA adopte ainsi la solution de principe retenue antérieurement aussi bien par les Règles uniformes de la CCI que par la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes, à savoir la prise d'effet à la date de l'émission. Toutefois, l'on constate qu'elle laisse aux parties la possibilité de fixer une date postérieure.

On en tire la conséquence que l'émission devient effective à partir du moment où l'engagement cesse d'être sous le contrôle du garant/contre-garant émetteur intéressé. Cette solution reprise de l'article 7 de la Convention des Nations Unies est interprétée comme le moment où le garant ou le contre-garant se dessaisissent du document qui contient l'engagement au profit du bénéficiaire (J. Stoufflet, *op. cit.*, p. 2, Ch. Mba-Owono, *op. cit.*, p. 72).

30. Concernant la durée de vie de la garantie, elle est limitée dans le temps, une garantie permanente ou à durée indéterminée seraient nulles et de nul effet. C'est la solution que semblait imposer l'article 30 de l'AUS qui prévoyait, parmi les mentions obligatoires à porter sur la lettre de garantie ou de contre-garantie, « la date d'expiration ou le fait entraînant l'expiration de la garantie ». Le terme peut donc correspondre, soit à un jour calendaire spécifié ou à l'expiration du délai prévu, soit à la réalisation d'un fait ou événement dont le moment de survenance n'est pas connu à l'avance. Si la date d'expiration ou le fait d'expiration surviennent un jour non ouvrable, il convient de retenir l'expiration au premier jour ouvrable qui suit (art. 12 de la Convention des Nations Unies).

L'AUSr, tout en maintenant la mention précitée parmi

les mentions obligatoires énumérées à l'article 41, admet cependant que les garanties ou contre-garanties peuvent être stipulées à durée indéterminée (art. 43 al. 3). Il semble qu'il y a donc une certaine contradiction entre le fait d'exiger comme mention obligatoire la précision de la date ou du fait entraînant l'expiration de la garantie et d'admettre que la garantie ou la contre-garantie peuvent être à durée indéterminée. Il est certain que, dans la pratique, la garantie autonome est généralement souscrite pour une durée déterminée (*Lamy Droit des sûretés*, n° 135-64).

31. Bien que, comme précisé plus haut, la garantie ou contre-garantie autonomes soient indépendantes du contrat de base, il reste que la date d'expiration est le plus souvent déterminée en fonction de ce contrat. Aussi une garantie de soumission expirera normalement à la date de l'adjudication, une garantie de restitution d'acompte à la date prévue pour la réception des travaux correspondants, une garantie d'exécution après la réception définitive des ouvrages.

32. Enfin, l'article 49 de l'AUSr rappelle que la garantie peut cesser, soit au jour calendaire spécifié ou à l'expiration du délai prévu, soit à la présentation au garant ou au contre-garant des documents libératoires spécifiés dans la lettre, soit sur déclaration écrite du bénéficiaire libérant le garant ou le contre-garant de leur obligation.

E - Transmissibilité de la garantie ou de la contre-garantie

33. Le droit à la garantie du bénéficiaire est accordé *intuitu personae* et, en conséquence, n'est pas donc cessible. Toutefois, une modification importante a été apportée à l'AUS à ce niveau pour éviter toute confusion sur l'autonomie de la garantie par rapport au contrat de base. Le nouveau texte de l'article 42 de l'AUSr précise que l'incessibilité du droit de garantie ne supprime en rien le droit du bénéficiaire de céder la créance dont il aurait droit « à la suite de la présentation d'une demande conforme au titre de garantie ».

F - Montant de la garantie ou de la contre-garantie

34. La détermination du montant de l'engagement est une question cruciale parce qu'elle permet de mesurer les limites de la garantie ou de la contre-garantie. Aussi le montant de la somme garantie figure-t-elle parmi les mentions obligatoires de la lettre énumérées par l'article 41 de l'AUSr.

35. Le principe de la détermination est posé par l'AUSr (art. 44 al. 1) disposant que « Le garant et le

contre-garant ne sont obligés qu'à concurrence de la somme stipulée dans la lettre de garantie ou de contre-garantie sous déduction des paiements antérieurs faits respectivement par le garant ou le donneur d'ordre conformément aux termes de leur engagement ». Ce texte supprime la référence qui était faite dans la rédaction initiale de l'AUS (art. 33 al 1) aux « paiements non contestés par le bénéficiaire ».

Il résulte de ce texte l'exigence d'un chiffrage pour ce qui concerne le maximum de la garantie, les parties ne peuvent donc se référer simplement à un renvoi à la dette garantie ou à un pourcentage de celle-ci.

36. Par ailleurs, l'AUSr (art. 44 al 2) laisse les parties libres de stipuler la réduction progressive de la somme prévue à la garantie ou contre-garantie pour « un montant déterminé ou déterminable à des dates précisées ou contre présentation au garant ou au contre-garant de documents indiqués à cette fin dans l'engagement. » Il s'agit ici d'une consécration, des garanties dites « glissantes » ou « réductibles » prévues, du reste, par l'article 8 des règles uniformes de la CCI.

Si le maximum du montant garanti doit figurer en chiffres dans l'acte de garantie, il reste que le bénéficiaire devra ajuster sa demande en paiement au montant de la dette restant due. Ainsi le montant d'une garantie d'exécution diminuera lors de la réception partielle, faite sans réserves, par le bénéficiaire, et le montant garanti sera ajusté aux travaux non encore livrés. Le montant de la somme exacte que le bénéficiaire pourra demander au garant ou au contre-garant ne sera déterminé, avec précision, qu'au moment de la réalisation de la garantie.

§II - Réalisation de la garantie ou de la contre-garantie

37. L'exécution de la garantie ou de la contre-garantie obéit à des règles précisées par l'AUSr. Ces règles concernent aussi bien la justification de la demande de paiement (A), les modalités de l'appel en garantie, (B) que les recours du garant (C).

A - Justification de la demande de paiement

38. À la différence du cautionnement, la garantie ou la contre-garantie autonome sont l'avantage de donner au bénéficiaire une facilité dans l'exécution de la garantie qui lui est offerte. La garantie est ainsi dénommée « garantie sur ou à première demande » parce qu'elle doit, en principe, être exécutée dès que le bénéficiaire en exprime la demande. L'OHADA ne retient pas cette variante de garantie, sans doute pour ne pas exposer le garant et le donneur d'ordre aux abus d'appel en garantie, de la part de bénéficiaires peu scrupuleux, qui seraient la source de contentieux interminables. L'AUSr a préféré

encadrer la demande en paiement en la soumettant à des règles formelles précises.

39. D'abord, la demande de paiement doit être présentée avec diligence : l'article 34 al. 3 de l'AUS de 1997 disposait, en effet, que « toute demande de paiement au titre de la lettre de garantie doit être faite, au plus tard, à la date d'expiration de celle-ci ». Dans le cas où la lettre de garantie prévoit, par une clause expresse, la possibilité de révocation de la garantie, par exemple par une faculté de dénonciation, dans un certain délai précédent chaque échéance annuelle ; la demande en paiement serait irrecevable si elle est effectuée après la dénonciation. L'AUSr (art. 45 al. 2) supprime toute référence à la date à laquelle la demande en paiement doit être effectuée mais tout laisse croire qu'elle doit être faite avant l'expiration de la garantie, à moins qu'il ne s'agisse d'une garantie ou contre-garantie autonomes à durée indéterminée, non résiliée au jour de la demande en paiement. Par ailleurs, l'AUSr (art. 45 al. 3) précise que la demande en paiement doit être présentée, sauf clause contraire, au lieu d'émission de la garantie autonome ou, en cas de contre-garantie, au lieu d'émission de la contre-garantie autonome.

40. Ensuite la demande de paiement est soumise à un formalisme rigoureux. Aux termes de l'article 45 al. 1 de l'AUSr, « la demande de paiement doit résulter d'un écrit du bénéficiaire accompagné de tout autre document prévu dans la garantie. Cette demande doit indiquer le manquement reproché au donneur d'ordre dans l'exécution de l'obligation en considération de laquelle la garantie a été souscrite ». L'AUSr consacre ainsi la formule de la « garantie documentaire justifiée », qui subordonne l'appel en garantie, d'une part à la présentation des documents spécifiés au contrat, d'autre part à la justification par la preuve de l'inexécution par le donneur d'ordre de ses obligations.

41. Le garant ou le contre-garant ne peuvent, sans doute, pas se donner le pouvoir de contrôler l'exactitude de la justification présentée par le bénéficiaire et se faire ainsi « juge de l'exécution du contrat de base » ; mais ils ne peuvent payer sans « transmettre une copie de la demande du bénéficiaire et de tous les documents accompagnant celle-ci au donneur d'ordre ou, en cas de contre-garantie au contre-garant, à charge pour ce dernier de les transmettre au donneur d'ordre » (AUSr art. 46 al 2). Dans l'affaire SIB/CORECA, la Cour d'appel d'Abidjan a sévèrement, voire excessivement, sanctionné (elle avait déjà retenu la nullité du document pour l'absence de la dénomination prévue par l'article 30 de l'AUS) l'absence d'information et de transmission des documents au donneur d'ordre en jugeant qu'« *en remettant immédiatement les fonds à la société ZMB, dès réception de sa lettre de dénomination de ses relations avec CORECA, sans même en aviser cette dernière, la SIB a transgressé ladite loi et fait un mauvais paiement*

qui entraîne nécessairement le remboursement des sommes prélevées auprès du Crédit Lyonnais, contre-garant constitué par la société CORECA au profit de la SIB». (Arrêt précité, Cour d'appel d'Abidjan arrêt n° 184 du 21 février 2003, voir observations de Kassia Bi Oula, Ohadata J-05-126).

42. Avant de transmettre la demande de paiement et les documents au donneur d'ordre, le garant ou le contre-garant doivent, néanmoins, procéder à l'examen de la conformité de la demande en paiement aux termes de la garantie ou de la contre-garantie autonomes. Cependant si la vérification ne doit pas retarder le paiement, il reste que le garant ou le contre-garant doivent disposer d'un délai pour examiner la conformité de la demande. Contrairement à la rédaction initiale de l'AUS (art. 35 al 1) qui faisait référence à « un délai raisonnable », dont l'interprétation devait revenir au juge de fond, l'AUSr (art. 46 al 1) donne au garant ou au contre-garant un délai de cinq jours ouvrables pour examiner la conformité de la demande en paiement aux termes de la garantie ou de la contre-garantie autonomes. Cette précision a l'avantage d'éviter que la double vérification « de forme » par le garant ou le contre-garant et de « fond » par le donneur de la demande en paiement n'aboutisse à allonger indûment les délais de paiement.

43. Bien que les textes ne le précisent pas, le bénéficiaire dispose d'une action en paiement contre le garant ou le contre-garant qui refusent d'exécuter la garantie, en dépit d'une demande en paiement justifiée, documentée et présentée dans les délais requis. La demande en paiement peut toutefois se heurter à une opposition formulée par le donneur d'ordre.

B - Opposition à la demande de paiement

44. En s'engageant à payer une somme déterminée sur demande justifiée du bénéficiaire, le garant ou le contre-garant acceptent de couvrir un risque qui, selon la nature des rapports des parties au contrat principal, consiste en la non-conclusion d'un marché projeté par le soumissionnaire déclaré adjudicataire, la non-restitution d'un acompte précédemment versé, ou la mauvaise exécution d'un marché par le donneur d'ordre. De sorte que, si le risque ne se réalise pas, on peut considérer que le bénéficiaire est sans droit contre le donneur d'ordre.

45. En outre, le bénéficiaire est sans droit lorsqu'il a créé lui-même, volontairement et de mauvaise foi, le fait ou l'événement qui a pu entraîner la réalisation du risque. Le donneur d'ordre est alors en droit de s'opposer au paiement et le garant ou le contre-garant en droit de refuser le paiement. Toutefois, cette opposition n'est admise que si la demande de paiement est manifeste-

ment abusive ou frauduleuse, en vertu des alinéas 1 et 2 de l'article 47 de l'AUSr, qui disposent que le donneur d'ordre ne peut faire défense de payer au garant ou au contre-garant que si la demande de paiement du bénéficiaire est manifestement abusive ou frauduleuse. Le contre-garant dispose de la même faculté à l'encontre du garant dans les mêmes conditions.

46. L'opposition au paiement peut, d'abord, être justifiée par l'usage abusif de son droit par le bénéficiaire. Si, en effet, l'on doit admettre que le bénéficiaire a le droit de réaliser la garantie qui lui confère la lettre de garantie ou de contre-garantie, sans que l'on ait à se préoccuper immédiatement de ce que le débiteur doit ou ne doit pas, il n'est pas possible en revanche d'admettre que le bénéficiaire puisse volontairement utiliser son droit de mise en œuvre de la garantie, pour se procurer des sommes qui ne lui sont pas dues.

47. Le blocage peut également être justifié par la fraude manifeste de la part du bénéficiaire de mauvaise foi. La fraude tient ici à la seule conscience de causer un préjudice, caractérisé par le comportement du bénéficiaire qui met en œuvre la garantie alors qu'il sait parfaitement qu'il n'est pas en situation de le faire légitimement. Dans ce cas, on peut considérer que l'appel en garantie est non seulement abusif mais aussi frauduleux. Il reste que, souvent, différence est faite entre un appel abusif et un appel frauduleux. L'appel est abusif lorsque, de manière indubitable, il apparaît que le donneur d'ordre a entièrement exécuté ses obligations à l'égard du bénéficiaire ou s'il est certain que le contrat de base ne pourra plus être exécuté. En revanche, l'appel est frauduleux lorsque le bénéficiaire, par son comportement, cherche à légitimer la mise en œuvre de la garantie, alors que la réalité ne correspond pas à la situation évoquée ou que l'appel n'a d'autre objectif que de faire pression sur le donneur d'ordre pour lui extorquer un avantage non prévu initialement.

48. L'abus constitue le mauvais exercice d'un droit, alors que la fraude est le détournement d'une règle juridique dans le dessein d'acquiescer un droit dont on était privé. En d'autres termes, l'abus affecte l'exercice du droit pour le bénéficiaire d'appeler la garantie alors que la fraude suppose une manœuvre aboutissant à un résultat inadmissible. La distinction est plus nette si l'on met en exergue les critères d'appréciation : l'abus est déterminé à partir des conditions d'exercice du droit alors que la fraude est caractérisée par des manœuvres effectuées en vue d'obtenir le paiement.

Pour éviter toute confusion dans l'interprétation, les rédacteurs de l'AUS auraient pu, cependant, être plus précis sur la définition des notions d'abus et de fraude ou procéder à une énumération des cas où l'opposition en paiement est justifiée, à l'instar de la Convention des Nations Unies (art. 19-2) qui cite les hypothèses dans

lesquelles une demande de paiement n'est pas justifiée (*Ch. Mba-Owono p. 82 n° 41*).

49. Il convient de préciser par ailleurs que, dans tous les cas, seuls un abus ou une fraude apparaissant d'emblée et de manière irréfutable peuvent réellement tenir en échec la mise en jeu d'une lettre de garantie ou de contre-garantie. (*voir Simler Ph., n° 986*). De manière précise, cela signifie que les éléments de preuve produits pour justifier le blocage du paiement doivent avoir une valeur instantanée, immédiate, manifeste, rendant superflue toute mesure d'instruction complémentaire ou tout appel de tiers à la cause, et une valeur suffisante pour que l'absence de droit au titre du contrat de base, mais aussi et surtout, la connaissance qu'en a le bénéficiaire de la garantie, soit établie de manière absolument certaine et incontestable (*Lamy Droit des Sûretés, sous la direction de L. Aynés, n° 135-83*).

50. Le blocage du paiement, pour appel abusif ou frauduleux du bénéficiaire, pourrait être plus difficile à obtenir en présence d'une contre-garantie. Dans ce cas, le seul abus du bénéficiaire final de l'opération de garantie ne saurait suffire pour justifier le blocage de la contre-garantie appelée par le garant de premier rang, le donneur d'ordre doit établir soit une fraude propre au garant de premier rang, soit une collusion frauduleuse entre le bénéficiaire et ce garant de premier rang, sous la forme d'une entente ou du moins une complicité (*Cass. com., 12 déc. 1984, n° 83-15. JCP E 1985, II, n° 14*).

51. Le plus souvent, c'est le donneur d'ordre qui prend l'initiative du déclenchement de l'opposition au paiement, le garant, lorsque c'est une banque, veillant à sauvegarder sa réputation et à honorer sa signature. On peut regretter le silence de l'AUSr sur la forme que doit revêtir l'opposition au paiement et sur la juridiction compétente. Ce silence ouvre la voie à diverses interprétations, il peut laisser croire qu'une simple injonction extrajudiciaire de ne pas payer, adressée au garant ou au contre-garant, peut suffire à faire obstacle à l'exécution de la garantie. (*Ch. Mba-Owono, op. cit., p. 84 n° 44*). Il appartiendra à la CCJA de clarifier la question de la forme et de la juridiction compétente. Elle pourra s'inspirer de la solution largement admise en France que le donneur d'ordre doit passer par la voie du référé pour recourir directement au juge et lui demander d'adresser à la banque garante une *défense de payer*. Dans la plupart des États parties de l'OHADA, une telle mesure peut être obtenue du juge des référés ou du président de la juridiction compétente, dans le cadre des mesures conservatoires qu'il est habilité à ordonner pour prévenir un dommage imminent. De toute manière, en cas d'abus ou de fraude manifeste du bénéficiaire, le garant ou le contre-garant sont censés refuser de payer avant même qu'un juge le lui ordonne, sauf à perdre le droit de réclamer ensuite son remboursement au donneur d'ordre.

§III - Contentieux de la mise en œuvre de la garantie ou de la contre-garantie

A - Recours du garant ou du contre-garant

52. Le garant ou le contre-garant qui a payé le bénéficiaire le fait pour exécuter les instructions du donneur d'ordre, il libère ce dernier de sa dette. Aussi est-il légitimement fondé à réclamer son remboursement au donneur d'ordre. L'article 37 de l'AUS consacre ce droit en disposant que « le garant ou le contre-garant qui fait un paiement utile au bénéficiaire disposent des mêmes recours que la caution contre le donneur d'ordre ». Ce texte assimile donc les droits du garant ou du contre-garant *solvens* à ceux de la caution qui dispose en fait d'un double recours : un recours personnel et un recours subrogatoire.

53. Le recours personnel est prévu par l'article 32 de l'AUSr relatif au cautionnement selon lequel « La caution qui a payé a, également, un recours personnel contre le débiteur principal pour ce qu'elle a payé en principal, en intérêts de cette somme et en frais engagés depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle. Elle peut, en outre, réclamer des dommages-intérêts pour réparation du préjudice subi du fait des poursuites du créancier. » Dans la pratique des garanties autonomes, les banques procèdent à un remboursement automatique par prélèvement sur le compte du donneur d'ordre ou en exigeant des sûretés ou contre-garanties. Le donneur d'ordre peut cependant résister à la demande en remboursement ou au recours du garant, en démontrant qu'il avait fait défense de payer, suite à une demande abusive ou manifestement frauduleuse.

54. En ce qui concerne le recours subrogatoire de la caution, l'article 31 de l'AUSr dispose que : « La caution est subrogée dans tous les droits et garanties du créancier poursuivant pour tout ce qu'elle a payé à ce dernier ». En attribuant au garant ou au contre-garant *solvens* « les mêmes recours que la caution », l'AUS consacre ainsi la subrogation de plein droit au profit du garant ou du contre-garant qui a payé, subrogation dont l'extension était discutée par une partie de la doctrine française avant d'être établie par la jurisprudence (*J. Mestre, La subrogation personnelle, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1979, t. 160*).

B - Recours du donneur d'ordre

55. Bien que le texte de l'AUSr ne le prévoie pas expressément, il est indiscutable que le donneur d'ordre dispose d'un recours aussi bien contre le bénéficiaire que contre le garant ou le contre-garant.

Le donneur d'ordre peut se retourner contre le bénéficiaire s'il est établi que celui-ci a obtenu un paiement indu, par la preuve de l'exécution de ses propres obligations contractuelles ou par celle de l'imputabilité de

l'inexécution du contrat de base à la faute du bénéficiaire de la garantie, ou par la nullité du contrat de base, et ce sans avoir à justifier d'une fraude ou d'un abus manifeste. La possibilité de ce recours peut se concevoir comme une simple application du droit des obligations s'apparentant à une action en répétition de l'indu, supposant que le donneur d'ordre démontre qu'il ne devait rien au bénéficiaire.

56. Après exécution de la garantie et inscription du montant au débit de son compte, le donneur d'ordre peut se retourner contre le garant ou le contre-garant s'il est établi que ce dernier a payé la garantie, alors qu'il

avait connaissance des éléments attestant le caractère abusif de l'appel du bénéficiaire, ou si le paiement a été fait sans information préalable et transmission des documents accompagnant la demande du bénéficiaire au donneur d'ordre ou au contre-garant pour transmission au donneur d'ordre (*art. 35 al. 2*). La même solution peut être étendue aux hypothèses où la garantie était expirée, appelée à un montant supérieur à celui prévu ou pour la couverture d'un risque autre que celui garanti.

Moussa SAMB

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abus 9, 22, 38, 49, 50, 55
Acte abstrait 11
Autonomie 12, 13, 17, 26, 33

C

Contentieux 19, 38

D

Durée 25, 30, 39

E

Effets 4, 19
Examen de la conformité 42

F

Formes 4, 5, 13
Fraude 1, 9, 47, 48, 49, 50, 51, 55

I

Irrévocabilité 25
Inopposabilité des exceptions 26, 27

O

Opposition au paiement 46, 51

Q

Qualification 10, 11, 13, 18

R

Règles uniformes, 4, 21, 29, 36

S

Signataires 19, 20

T

Transmissibilité 33

GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE

Table des matières

Introduction n° 1-4

Chapitre I : **Constitution du GIE** n° 5

Section I - **Modalités de constitution du GIE**
n° 6-7

Section II - **Conditions de fond** n° 8-11

Section III - **Conditions de forme** n° 12-14

Chapitre II - **Organisation du GIE** n° 15

Section I - **Membres du GIE** n° 16

§I - Situation Individuelle des membres n° 17

A - Droit des membres n° 18-24

B - Obligations des membres n° 25-28

§II- Situation collective des membres n° 29-32

Section II - Organes de direction du GIE n° 33-36

Section III - Organes de contrôle du GIE n° 37-39

Chapitre III : **Disparition du GIE** n° 40

Section I- Transformation du GIE n° 41-42

Section II- Dissolution du GIE n° 43-46

Bibliographie

- B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Le Droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, 2^e édition, 2009.
- F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF *et al.*, *Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant/Juriscope, 2002.
- A. DIEYE, *Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*, éd. Cabinet Aziz DIEYE, 3^e édition, 2008.
- O. SAMBE et M. I. DIALLO, *Guide pratique OHADA des sociétés commerciales et du GIE*, Éditions Comptables et juridiques, 2^e édition, 2008.
- SANTOS A. P., TOE J. Y., *OHADA Droit commercial général*, Paris, AUF-Bruxelles, Bruylant, 2002.
- H. EPESSE, L. HOMMAN-LUDIYE, « La société anonyme unipersonnelle et le groupement d'intérêt économique. Deux nouvelles formes originales », *Cahiers juridiques et fiscaux, CFCE*, n° 2, 1998, p. 303.

Introduction

1. Les Groupes d'Intérêts Économiques (GIE) constituent une catégorie de l'ensemble des groupements de personnes à but économique à côté des sociétés (civiles, commerciales, coopératives, mutualistes...) et des associations. Ils ont pour but de fournir aux entreprises un nouvel instrument de coopération pour une meilleure compétitivité. Ce sont des instruments de collaboration entre des entreprises préexistantes, plus simple que la société et plus efficace que l'association (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés, JurisClasseur, édit. LITEC, 22^e édit. 2009, n° 1312*). C'est d'ailleurs ce qui justifie leur prolifération dans les États parties.

2. Le GIE est réglementé par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), principalement en ses articles 869 à 885. Toutefois, des dispositions de l'AUDCG s'appliquent au GIE. En effet, le GIE dont le principal établissement ou le siège est situé sur le territoire d'un État partie est soumis à l'AUDCG (article 1 alinéa 1 AUDCG).

3. Le GIE est une personne morale qui a pour but exclusif de mettre en œuvre pour une durée déterminée, tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité (article 869, alinéa 1 AUSC-GIE).

Il suppose que ses membres, personnes physiques ou morales, exercent déjà une activité économique. En effet, son activité doit se rattacher essentiellement à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci (article 869 alinéa 2 AUSC-GIE).

4. Le GIE est doté de la personnalité juridique qui résulte de son immatriculation au RCCM (*article 872 AUSC-GIE*). Il n'est ni une société, ni une association.

Plusieurs points différencient le GIE de la société :

- D'abord, le GIE n'a pas pour vocation de faire des bénéfices (article 870 alinéa 1 AUSC-GIE) alors que cet aspect des sociétés découle directement de la définition légale de la société (article 4 AUSC-GIE).
- Ensuite, le GIE peut être constitué avec ou sans capital (article 870 alinéa 2 AUSC-GIE) alors que le capital social est obligatoire pour la société, même s'il s'agit d'un faible montant (notamment

1 franc CFA). Il faut tout de même préciser que le montant du capital constitue, dans une certaine mesure, un critère de crédibilité de la société. (*Voir sur ce point Entrée « Capital social »*).

- Enfin, la structure du GIE est plus souple que celle des sociétés dans la mesure où elle prend plus en compte la liberté contractuelle de ses membres.

Cette différence entre le GIE et la société se manifeste par une divergence de régime juridique. En effet, le GIE a un régime juridique spécifique même si, sur certains points, il est soumis aux dispositions gouvernant les sociétés commerciales.

Chapitre I : Constitution du GIE

5. La constitution du GIE est organisée par l'AUSC-GIE et l'AUDCG. Elle comporte des formalités à accomplir, identiques à celles exigées pour la constitution de société commerciale. Il en est ainsi de l'écrit et de l'immatriculation au RCCM (article 876 alinéa 4 AUSC-GIE).

Le GIE peut résulter d'une création initiale de personne morale ou de la transformation d'une personne morale préexistante.

Section 1 - Modalités de constitution du GIE

6. Le GIE résulte d'un contrat liant ses membres. Il ne peut résulter d'un acte unilatéral en ce sens qu'il ne peut être constitué que par deux ou plusieurs personnes physiques ou morales (article 871 alinéa 1 AUSC-GIE). Dès lors, comme pour l'acte de société, l'acte de GIE doit remplir les conditions générales de formation des contrats. En outre, il doit remplir les conditions spécifiques exigées.

7. Le GIE peut naître d'une personne morale préexistante. En effet, toute société ou association dont l'objet correspond à la définition du GIE peut être transformée en GIE sans donner lieu à dissolution ou à création d'une personne morale nouvelle (article 882 alinéa 1 AUSC-GIE). Cette transformation résultera d'une modification du contrat ou des statuts de la société ou association avec l'accord des associés ou sociétaires.

Une fois le contrat modifié, les formalités de publicité du GIE devront être respectées. Il s'agira essentiellement d'accomplir les formalités exigées dans le cadre d'une modification de l'acte constitutif.

Section 2 - Conditions de fond

8. Le GIE a un domaine plus large que les sociétés commerciales. Il peut accomplir toute activité qui

touche à l'économie. Il peut regrouper des entreprises, qu'elles soient commerciales ou non. Il est civil ou commercial en fonction de l'activité qu'il exerce et indépendamment de la qualité de ses membres.

Le GIE est constitué pour faciliter ou développer l'activité économique de ses membres, améliorer ou accroître les résultats de cette activité (article 869 AUSC-GIE). Dès lors, il est le prolongement de l'activité des membres. Il ne se substitue pas à ses membres, ces derniers continuant à exercer leur activité propre. Ses membres conservent leur individualité. Le GIE est donc une structure auxiliaire permettant à ses membres de réaliser certaines actions communes. Il ne doit pas avoir n'importe quel objet : son activité doit être compatible avec celle de ses membres.

9. Le GIE est toujours constitué pour une durée déterminée (article 869 AUSC-GIE). La durée doit être précisée dans l'acte constitutif. À son expiration, le GIE est dissous de plein droit (article 883 1° AUSC-GIE).

Toutefois, le contrat constitutif du GIE peut prévoir la prorogation de la durée fixée. Dans ce cas, il doit en préciser les conditions. La prorogation de la durée du GIE est de la compétence de l'assemblée générale des membres du GIE qui est tenue de respecter les conditions déterminées par le contrat (article 877 alinéa 1 AUSC-GIE).

La durée initialement prévue pour le GIE peut également être réduite par une décision de l'assemblée générale des membres portant dissolution anticipée, dans les conditions prévues par le contrat constitutif (article 877 alinéa 1 AUSC-GIE).

10. Le GIE peut être constitué sans capital (article 870 alinéa 2 AUSC-GIE). Le capital représentant le montant des apports, les apports ne sont donc pas obligatoires pour la constitution d'un GIE. C'est une différence fondamentale entre le GIE et la société, cette dernière exigeant pour sa constitution régulière et quelle que soit sa forme, des apports, un capital.

Le caractère facultatif du capital dans la constitution du GIE a pour corollaire l'insertion du GIE dans la catégorie des personnes morales à risque illimité. En effet, les membres du GIE sont tenus des dettes du groupement sur leur patrimoine propre et ce, en principe solidairement (*article 873 AUSC-GIE*). Le GIE est donc une personne morale semblable aux sociétés de personnes dans lesquelles la garantie des créanciers de la personne morale se trouve essentiellement dans le patrimoine de ses associés.

11. Pour créer un GIE, les membres doivent remplir un certain nombre de conditions :

- D'abord, ils doivent être au moins deux personnes, physiques ou morales. Il peut s'agir de personnes physiques commerçantes ou non (avocats, notaires, experts comptables, etc.), de personnes morales commerçantes de par leur forme (SA,

SARL, SNC ou SCS) ou de par leur objet, de personnes morales de droit privé non commerçantes telles que désignées notamment par l'AUSC-GIE (sociétés civiles professionnelles, associations, autre GIE, etc.). Il faut préciser que l'AUSC-GIE n'écarte pas expressément les personnes morales de droit public de la possibilité d'être membre de GIE, notamment les établissements publics à caractère commercial (article 871 alinéa 1 AUSC-GIE).

- Ensuite, ils doivent exercer une activité économique, à améliorer par le GIE dont la constitution est envisagée. Il peut s'agir de commerçants ou de non commerçants (article 869 alinéa 1 AUSC-GIE).
- Enfin, ils ne doivent pas être frappés d'incapacité, de faillite personnelle ou d'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise quels qu'en soient la forme ou l'objet (article 884 AUSC-GIE). Ainsi, le mineur ne peut être membre d'un GIE, que le groupement ait ou non une activité commerciale. Cela constitue une manifestation de l'ordre public de protection consistant à écarter le mineur de toute personne morale dans laquelle les membres sont indéfiniment et solidairement responsables de ses dettes. En outre, le fondement de l'exigence de la capacité d'exercice peut être recherché dans la nature contractuelle de l'actif constitutif du GIE. De même, deux époux ne sauraient être membres d'un GIE qui aurait la qualité de commerçant en raison de son activité (article 7 AUDCG et art. 9 AUSCGIE). Cette interdiction devrait également s'étendre au GIE non commerçant dans la mesure où sa finalité est de préserver un pan du patrimoine familial.

Le membre peut participer à la constitution du GIE ou entrer dans le groupement en cours de vie. En effet, au cours de la vie sociale, le GIE peut accepter de nouveaux membres dans les conditions fixées par le contrat (article 876 alinéa 2 AUSC-GIE). Cette entrée de nouveaux membres peut notamment être effectuée par le biais d'une augmentation du capital du GIE par de nouveaux apports. Leur date d'adhésion au groupement peut influencer sur leurs droits et leurs obligations.

Section 3 - Conditions de Forme

12. Quelle que soit la modalité de constitution choisie, la création d'un GIE doit se faire par écrit (article 876 alinéa 4 AUSC-GIE). Il s'agit d'un contrat.

L'AUSC-GIE reste toutefois silencieux sur la forme de l'écrit exigé : s'agit-il d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé ? Mais, par un raisonnement par analogie permettant de puiser les compléments du régime juridique du GIE dans celui des sociétés commerciales, nous pouvons admettre que l'écrit peut être un acte notarié ou sous seing privé. Si c'est un acte sous seing privé, il doit être établi en autant d'originaux que de membres.

13. L'acte constitutif du GIE est rédigé par écrit et soumis aux mêmes conditions de publicité que les sociétés commerciales (article 876 alinéa 4 AUSC-GIE).

Il contient notamment les indications suivantes (article 876 alinéa 5 AUSC-GIE) :

- 1°) la dénomination du groupement d'intérêt économique ;
- 2°) les nom, raison sociale ou dénomination sociale, forme juridique, adresse du domicile ou du siège social et, s'il y a lieu, le numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier de chacun des membres du groupement d'intérêt économique ;
- 3°) la durée pour laquelle le groupement d'intérêt économique est constitué ;
- 4°) l'objet du groupement d'intérêt économique ;
- 5°) l'adresse du siège du groupement d'intérêt économique.

6°) le mode de fonctionnement (tenue des assemblées, calcul des majorités, obligations et prérogatives des membres...)

L'acte constitutif du GIE peut être complété, sur le plan organisationnel, par un règlement intérieur non publié. Celui-ci peut préciser les arrangements entre membres du GIE et non divulgués au tiers portant notamment sur la politique de prix, les modalités de financement de leurs activités économiques, la répartition du marché ou encore les sanctions de la violation de tels arrangements. Ce règlement intérieur suit les préceptes de tout contrat.

14. L'acte constitutif du GIE doit faire l'objet de mesures de publicité, et ces mesures sont celles des sociétés (article 876 alinéa 4). Il en est ainsi notamment de l'enregistrement au bureau des impôts du siège du GIE.

S'il y a modifications du contrat, ces modifications doivent être établies et publiées sous les mêmes formes que le contrat (article 876 alinéa 6).

Le GIE doit être immatriculé. Mais l'immatriculation ne fait pas naître une présomption de commercialité. En effet, l'AUDCG exclut expressément le GIE de la présomption de la qualité de commerçant résultant de l'immatriculation au RCCM (article 38 alinéa 2 AUDCG).

L'immatriculation du GIE ne confère donc que la personnalité morale (article 872 AUSC-GIE ; *TRHCD, GIE Diop et frères c/El Hadj Malick Sall, 10 juillet 2002*). Et le juge vérifie cette immatriculation puisque c'est d'elle que découle la capacité juridique du GIE (*TRHCD, COFRIDAK SA c/GIE International Trading, 11 février 2004*).

La qualité de commerçant ou non du GIE découle de la nature de son activité : c'est l'application de la théorie de la commercialité objective.

Le « *GIE de fait* » n'est pas une notion reconnue et prévue par l'AUSC-GIE. Le défaut d'immatriculation se traduit par la non-jouissance de la personnalité juridique et, donc, par l'inexistence juridique du GIE. Les membres d'un GIE non immatriculé qui agiraient comme si le GIE était régulièrement constitué seraient alors considérés, au plus, comme des associés d'une société de fait.

Toutefois, le TRHCD, dans l'affaire Abdel Aziz Mouzala c/Youcef Aoudene jugée le 9 avril 2004, a estimé que lorsque des personnes physiques ou morales se comportent comme des membres d'un GIE, c'est-à-dire mettent en œuvre tous les moyens propres à faciliter ou à développer (...), à améliorer ou à accroître leur activité ou les résultats de cette activité, elles constituent un « *GIE de fait* ». Le juge sénégalais s'est, en l'espèce, fondé sur des documents que les « membres » ont rapportés comme preuve de l'existence du groupement. Sur le fondement de cette position jurisprudentielle, la preuve de l'existence d'un GIE peut être constituée par le seul contrat constitutif du GIE, ce qui enlèverait tout son sens à l'immatriculation. Or, l'AUSC-GIE semble réserver à l'immatriculation du GIE une place et une force particulières.

Chapitre II : Organisation du GIE

Section 1 - Membres du GIE

15. Le GIE est composé d'au moins deux membres. Le statut de ceux-ci résulte non seulement de l'AUSC-GIE mais également de l'acte constitutif lui-même. Il comporte deux volets : le volet relatif à la situation individuelle de chaque membre et le volet relatif à la situation collective des membres du GIE.

§1 - Situation individuelle des membres du GIE

16. Les droits et les obligations des membres sont déterminés selon les modalités convenues dans l'acte constitutif.

A - Droits des membres

17. Les droits des membres du GIE ne peuvent être représentés par des titres négociables (article 871 alinéa 2 AUSC-GIE). Il s'agit là d'une règle d'ordre public à laquelle l'acte constitutif du GIE ne peut déroger. En effet, toute clause contraire à cette prescription légale est réputée non écrite (article 871 alinéa 2 AUSC-GIE). Cela traduit l'importance de l'*intuitu personae* dans la GIE. Les droits des membres peuvent donc être représentés par des parts sociales. Dans tous les cas, les modalités de représentation des droits des membres du GIE sont à déterminer par l'acte constitutif.

Cette interdiction de rémunérer les droits des membres du GIE avec des titres négociables ne signifie pas que le GIE ne peut pas émettre des titres négociables. En effet, le groupement d'intérêt économique peut émettre des obligations, qui sont des titres négociables, aux

conditions générales d'émission de ces titres s'il est lui-même composé exclusivement de sociétés autorisées à émettre des obligations (article 875 AUSC-GIE). Il en est ainsi notamment lorsque tous les membres du GIE sont des SA faisant appel public à l'épargne.

(Pour les conditions générales d'émission des obligations, voir Entrée « Titres et valeurs mobilières ».)

18. C'est le but principal recherché par les membres du GIE (article 869 alinéa 1 AUSC-GIE). Dès lors, l'activité du GIE doit profiter à tous ses membres quelle que soit la part que leur confère le contrat. Notons que le contrat peut quand même déterminer le niveau de jouissance de chacun.

19. Les membres du GIE disposent du droit de participer aux décisions collectives. En principe, chaque membre dispose d'une voix. Mais, le contrat constitutif peut attribuer à chaque membre du GIE un nombre de voix différent de celui attribué aux autres (article 877 alinéa 3 AUSC-GIE). Dans tous les cas, le contrat constitutif ne saurait priver un membre de droit de vote.

20. Le GIE a un fondement contractuel qui donne à ses membres une certaine marge de manœuvre. Ainsi, la liberté qu'ils ont de participer à la constitution du GIE a pour corollaire celle qu'ils ont de se retirer de celui-ci.

En effet, tout membre du GIE peut se retirer du groupement. Ce droit de retrait est exercé dans les conditions prévues par le contrat constitutif (article 876 alinéa 3 AUSC-GIE). Il est donc clair que, même si l'AUSC-GIE n'exige pas expressément l'indication des conditions de retrait d'un membre dans le contrat constitutif, celui-ci doit les contenir pour fixer les modalités du retrait. À défaut, le droit serait prévu par l'AUSC-GIE sans que ses conditions d'exercice ne soient déterminées.

L'exercice du droit de retrait par un membre du GIE n'est pas seulement subordonné à l'indication de ses conditions dans l'acte constitutif mais également à l'exécution de toutes ses obligations par le membre qui se retire (article 876 alinéa 3 AUSC-GIE). En effet, le retrait n'est admis que si le membre accomplit ses obligations résultant de sa qualité dans le groupement. Il en est ainsi notamment de sa contribution aux dettes du groupement antérieures à son retrait.

21. L'exclusion ne saurait être appréciée comme un droit pour le membre ; elle est ici étudiée pour une comparaison d'avec le retrait d'un membre.

L'AUSC-GIE ne comporte pas expressément une disposition relative à l'exclusion d'un membre du GIE. Toutefois, il est admis que le contrat constitutif puisse contenir une clause d'exclusion d'un membre pour des motifs déterminés. Dans ce cas, le contrat doit prévoir une procédure d'exclusion pour éviter tout arbitraire. Lorsque l'exclusion présente un caractère disciplinaire, le principe du contradictoire doit être respecté.

Trois hypothèses d'exclusion de membre sont tout

de même prévues, de manière implicite, par l'AUSC-GIE : c'est lorsqu'un membre est frappé :

- d'incapacité,
- de faillite personnelle
- ou d'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise quelle qu'en soit la forme ou l'objet.

En effet, dans l'un de ces cas, le GIE est dissous à moins que sa continuation ne soit prévue par le contrat ou que les autres membres ne le décident à l'unanimité (article 884 AUSC-GIE). Le GIE ne pouvant compter parmi ses membres une personne dans l'une des situations précitées, sa continuation est subordonnée à l'exclusion du membre concerné. L'exclusion d'un membre peut donc être, soit organisée par contrat de GIE, soit décidée à l'unanimité par l'assemblée générale composée des autres membres du groupement. Il s'agit d'une exclusion automatique et licite car ayant une cause objective.

Comme pour le retrait, l'exclusion d'un membre du GIE ne doit pas exonérer le membre exclu de l'exécution de toutes ses obligations (article 876 alinéa 3 AUSC-GIE).

22. La dissolution du GIE entraîne sa liquidation. Dans le cadre de celle-ci, l'excédent d'actif, après paiement des dettes, est réparti entre les membres du groupement dans les conditions prévues par le contrat. À défaut, la répartition est faite par parts égales (article 885 alinéa 3 AUSC-GIE).

23. En cours de la vie sociale, le groupement peut, comme pour les sociétés, accepter de nouveaux membres dans les conditions fixées par le contrat (article 876 alinéa 2 AUSC-GIE). Cela peut se faire notamment dans le cadre d'une augmentation du capital du GIE avec l'apport de nouveaux membres.

Dans ce cas, les droits des nouveaux membres sont déterminés par le contrat constitutif et peuvent être différents de ceux dont jouissent les membres fondateurs. Cette analyse résulte de l'article 873 alinéa 1 de l'AUSC-GIE.

B - Obligations des membres

24. Le GIE est une personne morale à risque illimité. Ses membres exposent leur patrimoine propre pour le paiement de ses dettes (article 873 alinéa 1 AUSC-GIE).

Leur responsabilité est non seulement illimitée mais également solidaire (article 873 alinéa 2). Toutefois, si la règle de la responsabilité illimitée est d'ordre public, celle de la solidarité est une règle supplétive. En effet, elle peut être écartée par une clause, non pas du contrat de GIE, mais plutôt du contrat liant le GIE au tiers contractant, source de la dette (article 873 alinéa 2 AUSC-GIE).

Chacun des membres n'est responsable que du passif propre au GIE et non du passif personnel de chacune des entreprises participantes.

25. Lorsqu'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est ouverte contre le GIE, elle produit ses effets à l'égard de ses membres du fait qu'ils sont indéfiniment et solidairement responsables du passif du groupement (article 33 alinéa 3 AUPCAP).

En droit français, depuis la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, la règle selon laquelle l'ouverture d'une procédure collective contre le GIE a pour conséquence l'ouverture automatique d'une procédure contre ses membres est supprimée.

26. La responsabilité indéfinie et solidaire est valable pour tous les membres du GIE. Toutefois, l'étendue de cette responsabilité peut différer selon que le membre était tiers au groupement ou membre de celui-ci au moment de la naissance de la dette. Cette possibilité de donner un statut particulier au nouveau membre du groupement doit figurer dans le contrat de GIE qui fixe librement la contribution de chaque membre aux dettes (article 876 alinéa 1 AUSC-GIE).

En effet, le membre qui entre dans le groupement en cours de vie, notamment par le biais d'une augmentation de capital, peut, si le contrat le permet, être exonéré des dettes nées avant son entrée (article 873 alinéa 1 AUSC-GIE). En application de ce texte, le contrat de GIE peut donc faire supporter à un nouveau membre des dettes antérieures à son entrée dans le groupement, ce, sans porter atteinte à l'égalité des membres du groupement.

La décision d'exonération émane de l'assemblée générale des membres (article 877 alinéa 1 AUSC-GIE). Le pouvoir d'exonérer le nouveau membre des dettes antérieures à son entrée dans le groupement peut également être conféré par le contrat ou, à défaut, par l'assemblée générale des membres, aux administrateurs du groupement (article 879 alinéa 2 AUSC-GIE). Dans tous les cas, la décision d'exonération doit, pour être opposable au tiers, être publiée (article 873 alinéa 1 AUSC-GIE).

27. Comme pour les SNC, les créanciers du GIE bénéficient du patrimoine des membres du groupement comme garantie de leur paiement. Les membres ne peuvent toutefois être poursuivis qu'en cas de défaillance du GIE.

En effet, le créancier ne peut poursuivre le paiement des dettes contre un membre du groupement qu'après avoir vainement mis en demeure le groupement par acte extrajudiciaire (article 874 AUSC-GIE). Précisons tout de même que l'article de 874 parle d'*associé* et non de *membre*. Ce qui ne peut être apprécié que comme un *lapsus calami*.

Les conditions de cette mise en œuvre se limitent à l'exigence d'une mise en demeure infructueuse du GIE par le créancier. Dès lors, pour les compléter, il faut tenir compte des mêmes exigences requises pour engager la responsabilité d'un associé d'une SNC pour des dettes de la société.

Pour une étude détaillée sur ce point, voir Entrée « *Société en nom collectif* ».

En tout état de cause, la part contributive de chaque membre est fixée par le contrat de GIE. À défaut, chaque membre supporte une part égale (article 876 alinéa 1 AUSC-GIE). Lorsque la solidarité n'est pas écartée dans le contrat avec le créancier, ce dernier peut poursuivre n'importe quel membre pour le paiement de l'intégralité de la dette. En revanche, si la solidarité est écartée dans le contrat, le créancier ne peut poursuivre les membres du groupement qu'au prorata de leur part contributive (article 873 alinéa 2 AUSC-GIE). L'organisation contractuelle de la contribution aux dettes n'est donc opposable au tiers que pour les dettes issues d'un contrat écartant la solidarité entre les membres du GIE.

§II - Situation collective des membres du GIE

28. Outre les droits individuels dont ils bénéficient, les membres du GIE disposent, comme pour les associés d'une société, du droit d'agir en collégialité. En effet, ils disposent du droit de participer aux délibérations collectives de l'assemblée générale qu'ils constituent.

L'assemblée générale des membres est un organe participant au fonctionnement du GIE non seulement en tant qu'organe de décision, mais également en tant qu'organe de contrôle de la gestion et de l'administration du GIE. Son existence reflète la vie collective dans le groupement.

29. L'assemblée générale des membres du GIE est habilitée à prendre toute décision dans les conditions déterminées par le contrat (article 877 alinéa 1 AUSC-GIE). Ses attributions sont nombreuses et l'AUSC-GIE ne semble pas vouloir en fixer les limites. Seul le contrat peut en tracer les contours, l'AUSC-GIE laissant une grande marge de manœuvre au contrat.

Quelques attributions de l'assemblée générale des membres résultent de l'AUSC-GIE :

- Au point de vue de la durée de vie du GIE, l'assemblée générale des membres est compétente pour décider de la dissolution anticipée, de la prorogation de la durée du GIE (article 877 alinéa 1 AUSC-GIE) ou encore de la continuation du groupement lorsqu'un de ses membres est frappé d'incapacité, de faillite personnelle ou d'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise quels qu'en soient la forme ou l'objet (article 884 AUSC-GIE).
- Au niveau de l'administration du groupement, devant le silence du contrat, elle organise librement l'administration du groupement et nomme les administrateurs dont il détermine les attributions, les pouvoirs et les conditions de révocation (article 879 alinéa 2 AUSC-GIE).
- En ce qui concerne les organes de contrôle du GIE, elle nomme le ou les commissaires aux comptes (article 880 alinéa 4 AUSC-GIE) ainsi que le ou les contrôleurs de gestion (article 880 alinéa 2 AUSC-GIE).
- Dans le cadre de la liquidation du GIE consécutive à

sa dissolution, elle nomme un liquidateur lorsque le contrat est silencieux sur cette nomination (article 885 alinéa 2 AUSC-GIE).

30. L'organisation du GIE est déterminée par le contrat (article 876 alinéa 1 AUSC-GIE). À cet effet, l'assemblée générale des membres est convoquée et se réunit dans les conditions prévues par le contrat.

Toutefois, elle est obligatoirement convoquée à la demande d'un quart au moins des membres du GIE en nombre (article 878 AUSC-GIE).

Les décisions de l'assemblée sont prises dans les conditions prévues par le contrat. Celui-ci peut prévoir que toutes les décisions ou certaines d'entre elles seront prises aux conditions de quorum et de majorité qu'il fixe. Mais, dans le silence du contrat et en raison de l'*intuitu personae* qui préside au GIE, les décisions sont prises à l'unanimité (article 877 alinéa 2 AUSC-GIE).

Section 2 - Organes de direction du GIE

31. Administration du GIE : L'organisation du GIE est déterminée par le contrat (article 876 alinéa 1 AUSC-GIE). Celui-ci organise librement l'administration du GIE. À défaut, l'organisation de l'administration du GIE est de la compétence de l'assemblée générale des membres du groupement (article 879 alinéa 2 AUSC-GIE).

32. Le GIE est administré par une ou plusieurs personnes physiques ou morales. Si l'administrateur désigné est une personne morale, elle désigne un représentant permanent qui encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il était administrateur en son nom propre (article 879 alinéa 1 AUSC-GIE). La personne morale peut donc être désignée administrateur d'un GIE avec la même exigence que pour la SA avec conseil d'administration. (Voir sur ce point Entrée « *Société anonyme avec conseil d'administration* »).

L'AUSC-GIE reste silencieux sur la qualité de membre ou non de l'administrateur. Dès lors, l'administrateur peut être membre du groupement ou tiers à celui-ci.

33. Selon le cas, l'instrument ou l'organe qui organise l'administration du groupement détermine le statut des administrateurs qui comporte trois phases :

- D'abord, les administrateurs du GIE sont nommés par le contrat ou, à défaut, par l'assemblée générale des membres (article 879 alinéa 2 AUSC-GIE).
- Ensuite, leurs attributions et pouvoirs sont déterminés dans les mêmes conditions que leur nomination (article 879 alinéa 2 AUSC-GIE).
- Enfin, la révocation de l'administrateur est organisée par le contrat ou par l'assemblée générale des membres qui l'a nommé (article 879 alinéa 2 AUSC-GIE). L'administrateur est en principe révoqué *ad nutum*. Toute révocation contraire aux conditions prévues est nulle (*TRHCD, Louise Preira Rosa c/Pas-*

cal Rodriguez, François Guessou et Albousseynou Ba, 14 mai 2003).

L'AUSC-GIE reste silencieux sur la possibilité pour l'administrateur d'être salarié du groupement. Ce cumul peut être possible, dans les mêmes conditions que dans les sociétés, c'est-à-dire que le contrat de travail correspond à un travail effectif.

34. L'administrateur est le représentant légal du groupement. Il engage le GIE pour tous ses actes qui entrent dans l'objet de celui-ci, et toute limitation de pouvoir est inopposable aux tiers (article 879 alinéa 3). Tous les actes de l'administrateur qui n'entrent pas dans l'objet du groupement engagent sa responsabilité vis-à-vis des tiers.

La responsabilité peut être civile ou pénale. Ainsi, dans le cas d'émission d'obligations par le GIE, la répression des infractions relatives aux obligations est applicable aux dirigeants du GIE ainsi qu'aux personnes physiques dirigeant les sociétés membres ou représentants permanents des personnes morales dirigeants de ces sociétés (article 881 AUSC-GIE).

Section 3 - Organes de contrôle du GIE

35. Le contrôle du GIE est organisé par le contrat. Il est de deux ordres : le contrôle des états financiers de synthèse et le contrôle de gestion (article 880 alinéa 1 AUSC-GIE). Le premier est effectué par les commissaires aux comptes, et le second par les contrôleurs de gestion.

36. Ce sont des personnes physiques ou morales choisies sur la liste officielle des commissaires aux comptes. Leur nomination est de la compétence de l'assemblée générale des membres et est obligatoire. Leur mandat est de six exercices renouvelables (article 880 alinéa 4 AUSC-GIE).

Les commissaires aux comptes ont pour mission de contrôler les états financiers de synthèse du GIE (article 880 alinéa 4 AUSC-GIE). Au-delà, ils ont le même statut, les mêmes attributions et les mêmes responsabilités que les commissaires aux comptes de société anonyme (article 880 alinéa 5 AUSC-GIE).

(Pour une étude détaillée sur les commissaires aux comptes, voir Entrée « *Commissaires aux apports et commissaires aux comptes* ».)

37. Les Contrôleurs de gestion, à la différence des commissaires aux comptes, ne peuvent être que des personnes physiques. Ils peuvent être membres ou non du GIE. Leur désignation n'est pas en principe obligatoire. Toutefois, lorsque le GIE émet des obligations, un ou plusieurs contrôleurs de gestion doivent être nommés par l'assemblée générale des membres (article 880 alinéa 2 AUSC-GIE). Lorsqu'ils sont nommés, la durée de leurs fonctions et leurs pouvoirs sont déterminés par le contrat (article 880 alinéa 3 AUSC-GIE).

La mission du contrôleur de gestion consiste, selon

l'AUSC-GIE, à contrôler la gestion du GIE. Il joue donc un rôle de surveillant, de censeur pour une meilleure gestion du groupement.

Chapitre III : Disparition du GIE

38. Le GIE peut disparaître par sa transformation en une personne morale d'une autre forme ou par sa dissolution pure et simple.

Section 1 - Transformation du GIE

39. L'AUSC-GIE permet à d'autres personnes morales de devenir GIE au cours de leur vie (société ou association ; article 882 alinéa 1 AUSC-GIE) mais également au GIE de devenir une autre personne morale en cours de vie. Cependant, la marge de manœuvre laissée aux membres du GIE pour la transformation de leur groupement en une autre personne morale est différente. En effet, le GIE ne peut se transformer qu'en SNC (article 882 alinéa 2 AUSC-GIE).

Cette transformation ne donne lieu ni à la dissolution du groupement, ni à la création d'une personne morale nouvelle (article 882 alinéa 2 AUSC-GIE). Toutefois, elle met fin au GIE qui va continuer sa vie sous la forme d'une SNC dans laquelle les membres du groupement deviennent associés. C'est la raison pour laquelle une telle transformation est analysée comme une hypothèse de disparition du GIE en tant que forme d'organisation spécifique.

La transformation du GIE en SNC s'opère par le biais d'une modification du contrat de GIE qui doit être établie et publiée dans les mêmes conditions que le contrat lui-même (article 876 alinéa 6 AUSC-GIE).

40. La transformation du GIE en société autre que la SNC entraîne la dissolution et la liquidation du groupement et la création d'une personne morale nouvelle. Cette transformation est analysée comme une cessation d'entreprise.

Mais, serait-il alors possible pour le GIE de se transformer ensuite en SNC à titre transitoire et de se retransformer en SA ou SARL ? Dans quel délai la seconde transformation serait-elle possible ? L'AUSC-GIE reste silencieux sur ces questions, laissant ainsi une certaine liberté aux membres du GIE quant à la forme sociale à choisir et au délai à respecter pour la seconde transformation.

Section 2 - Dissolution du GIE

41. L'AUSC-GIE laisse une marge de manœuvre aux membres du GIE pour l'organisation de la vie du

groupement. Mais, pour la dissolution de celui-ci, il fixe un certain nombre de règles impératives. La liberté contractuelle qui caractérise le GIE recule donc en ce qui concerne l'organisation de la fin du groupement.

42. Les causes de dissolution du GIE sont limitativement énumérées par l'AUSC-GIE. Le contrat ne peut en prévoir d'autres.

Le groupement d'intérêt économique est dissous (article 883 AUSC-GIE) :

1°) par l'arrivée du terme ;

2°) par la réalisation ou l'extinction de son objet ;

3°) par la décision de dissolution anticipée prise par l'assemblée générale des membres ;

4°) par décision judiciaire, pour justes motifs (Exemples : mésentente des membres troublant le fonctionnement du GIE (*TRHCD, Abdel Aziz Mouzala c/ Youcef Aoudene, 9 avril 2004*) ; (*non-fonctionnement du GIE pendant un longue période (TGI Ouagadougou, jugement n° 44 du 26 janvier 2000, Zare Souleymane dit Zato c/ GIE GIPCA*) ;

5°) par décès d'une personne physique ou dissolution d'une personne morale membre du GIE, sauf clause contraire du contrat.

6°) par l'incapacité, la faillite personnelle ou l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise quelle qu'en soit la forme ou l'objet frappant l'un des membres, à moins que la continuation du groupement ne soit prévue par le contrat ou que les autres membres ne le décident à l'unanimité (article 884 AUSC-GIE).

43. La dissolution du GIE peut se heurter à la volonté de ses membres de continuer « l'aventure économique ». Ceci est expressément prévu par l'AUSC-GIE. Il peut s'agir :

- de la prorogation de la durée du groupement (article 877 alinéa 1 AUSC-GIE) ; cette prorogation n'est pas à décider à l'expiration du terme, celle-ci entraînant une dissolution de plein droit du groupement ;
- de la continuation du groupement après décès d'une personne physique ou dissolution d'une personne morale membre du GIE (article 883 5° AUSC-GIE) ;
- de la continuation du groupement après l'incapacité, la faillite personnelle ou l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise quelle qu'en soit la forme ou l'objet frappant l'un des membres (article 884 AUSC-GIE).

44. La dissolution du GIE entraîne sa liquidation. Comme pour les sociétés, la personnalité du groupement subsiste pour les besoins de sa liquidation (article 885 alinéa 1 AUSC-GIE).

La liquidation est organisée par le contrat de GIE. À défaut, un liquidateur est nommé par l'assemblée générale des membres du GIE ou, si l'assemblée n'a pu procéder à cette nomination, par décision du président de la juridiction compétente (article 885 alinéa 2 AUSC-GIE).

Le boni de liquidation est réparti entre les membres du GIE dans les conditions prévues par le contrat, à défaut, par parts égales (article 885 alinéa 3 AUSC-GIE).

Mayatta Ndiaye MBAYE

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Activité économique 1, 3, 8, 13
Administrateur 34, 35
Administration 33 et s.
Apports 12
Assemblée générale des membres
29 et s.
Association 7
Augmentation de capital 27

B

Bénéfices 4
Boni de liquidation 23

C

Capital 4, 12
Commerçant 8
Commissaires aux comptes 38
Conditions de fond de constitution
du GIE 8 et s.
Conditions de forme de constitution
du GIE 14 et s.
Continuation 45
Constitution 5 et s.
Contrat constitutif de GIE 6
Contrôle 37 et s.
Contrôleurs de gestion 39
Créanciers 28

D

Disparition 40 et s.
Dissolution 43 et s.
Dissolution anticipée 9
Droit de retrait 21

Droit de vote 20, 32
Durée 9

E

Écrit 14
Exclusion 22

F

Faillite personnelle 13, 22

G

GIE 1 et s.
- Constitution 5 et s.
- Définition 3
- Généralités 1
- GIE de fait 11
- Nature 4
- Sources 2

I

Incapacité 13, 22
Immatriculation 8, 10, 11
Interdiction 13, 22
Intuitu personae 18

L

Liberté contractuelle 4, 45
Liquidation 46

M

Membres du GIE 13, 17 et s.
- Droits 18 et s.
- Nouveaux membres 13, 24, 27

- Obligations 25 et s.
- Rémunération 18
- Responsabilités 25 et s.

O

Objet du GIE 8
Obligations 18

P

Parts sociales 18
Procédures collectives 26
Prorogation 9, 45
Publicité 16

R

RCCM 8, 10, 11
Règlement intérieur 15
Responsabilités des membres 25 et
s., 36
Responsabilité des administrateurs

S

SA 42
Salarié 35
SARL 42
SNC 7, 28, 41, 42
Société 7
Société de fait 11
Solidarité des membres 28

T

Titres négociables 18
Transformation du GIE 5, 7, 41, 42

HYPOTHÈQUE

Table des matières

Introduction n° 1 à 5

Chapitre 1 - Régime de droit commun n° 6 à 69

Section 1 - Caractères de l'hypothèque n° 7 à 11

§1 - Indivisibilité n° 8

§2 - Spécialité n° 9 à 11

Section 2 - Constitution de l'hypothèque n° 12 à 41

§1 - Parties au contrat d'hypothèque n° 14 à 30

A - Créancier n° 15

B - Constituant n° 16 à 20

§2 - Formation du contrat d'hypothèque n° 21 à 30

B - Inscription du contrat d'hypothèque n° 22

§3 - Objet de l'hypothèque n° 31 à 41

A - Droits immobiliers susceptibles d'hypothèque n° 32 à 39

I - Nature des droits n° 33 à 36

a - Droit de propriété n° 34

b - Droits réels démembrés n° 35

c - Droits immobiliers spécifiques n° 36

II - Situation des droits n° 37 à 39

a - Cas des droits conditionnels n° 38

b - Cas des droits indivis n° 39

B - Immeubles susceptibles d'hypothèque n° 40 à 41

Section 3 - Effets de l'hypothèque n° 42 à 57

§1 - Dans les rapports entre le créancier et le constituant n° 43 à 54

A - Effets avant la réalisation de l'hypothèque n° 44

B - Effets lors de la réalisation de l'hypothèque n° 45 à 54

I - Vente par voie de saisie immobilière n° 46 à 48

II - Attribution judiciaire n° 49 à 51

III - Attribution conventionnelle n° 52 à 54

§2 - Dans les rapports entre le créancier hypothécaire et les autres créanciers : le droit de préférence n° 55

§3 - Dans les rapports entre le créancier hypothécaire et les tiers détenteurs : le droit de suite n° 56 à 57

Section 4 - Transmission de l'hypothèque n° 58 à 62

§1 - Transmission à titre accessoire n° 59

§2 - Transmission à titre principal n° 60

A - Cession d'antériorité n° 61

B - Subrogation dans la sûreté n° 62

Section 5 - Extinction de l'hypothèque n° 63 à 69

§1 - Extinction à titre accessoire n° 64

§2 - Extinction à titre principal n° 65

A - Renonciation à l'hypothèque n° 66

B - Péremption de l'inscription de l'hypothèque n° 67

C - Purge de l'hypothèque n° 68

D - Perte du droit hypothéqué n° 69

Chapitre 2 : Hypothèques forcées n° 70 à 97

Section 1 - Hypothèques légales n° 71 à 82

§1 - Hypothèque légale du vendeur d'immeuble, du copartageant ou de l'échangiste n° 72 à 76

A - Hypothèque du vendeur d'immeuble et de l'échangiste n° 73-74

B - Hypothèque du copartageant n° 75 à 76

§2 - Hypothèque légale des architectes et entrepreneurs n° 77 à 81

A - Bénéficiaires n° 78

B - Travaux concernés n° 79

C - Montant garanti n° 80

D - Mise en œuvre n° 81

§3 - Hypothèque légale de la masse n° 82

Section 2 - Hypothèque judiciaire n° 83 à 97

§1 - Conditions n° 85

§2 - Mise en œuvre n° 86 à 96

A - Autorisation judiciaire n° 87 à 89

B - Inscription provisoire n° 90 à 93

C - Demande au fond n° 94 à 96

§3 - Sort de l'hypothèque judiciaire en cas de procédure collective n° 97

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.), « Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA au regard de l'évolution mondiale du droit des affaires. Recherche effectuée à l'institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) », *Revue Unidroit*.
- ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA SAYEGH (J.), NDIAYE (I.Y.), SAMB (M.), *OHADA Sûretés*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 279 pages.
- BRIZOUA-BI (M.), « L'attractivité du nouveau droit OHADA des hypothèques », *Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA*, Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 60 et s.
- BROU KOUAKOU (M.), « Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire », *Penant*, n° 856, juillet-septembre 2006, p. 273, ohadata D-06-53.
- CROCQ (P.), « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA*, Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 52 et s.
- DECKON (F.K.), « L'interdiction de l'hypothèque des biens à venir », *Penant*, n° 844, juillet-septembre 2003, p. 331.
- GRIMALDI (M.), « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés in L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », n° spécial, *Petites affiches*, n° 205, 13 octobre 2004, p. 30 et s.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Acte uniforme portant organisation des sûretés », Commentaires, ÉDICEF/ÉDITIONS FFA, 1999.

- ISSA-SAYEGH (J.), « Organisation des sûretés. Cahiers juridiques et fiscaux », *CFCE*, n° 2, 1998, p. 351 ; « Présentation générale de l'Acte uniforme sur le droit des sûretés (AUS) », *Répertoire quinquennal OHADA*, 2000-2005, 2010, p. 93.
- KALIEU ELONGO Yvette, *Droit et Pratique des sûretés réelles OHADA*, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé, 2010.
- KUATE TAMEGHE (S.S.) et KENDA NANA (D.), « L'efficacité des sûretés judiciaires dans le droit issu de l'OHADA », *Revue de droit africain*, n° 42, avril-juin 2007.
- MESSANVI FOLI (L.), « Présentation de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », www.ohada.com/faq/php.
- POUGOUÉ (P.G.) et TEPEI KOLLOKO (F.), *La Saisie immobilière dans l'espace OHADA*, PUA, collection Vademecum, 2^e éd., 2010.
- YONDO BLACK (L.), « L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés. Un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA*, Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 45 et s.

Introduction

1. L'hypothèque est une sûreté immobilière qui porte sur un immeuble ou généralement sur un droit immobilier. Elle n'emporte pas la dépossession immédiate du propriétaire contrairement à l'antichrèse qui est une autre sûreté réelle immobilière emportant dépossession du débiteur. L'antichrèse n'a pas été réglementée par le droit OHADA. Ainsi, les juges, saisis dans une espèce, ont décidé à juste titre qu'en application de l'article 150 AUS, l'antichrèse n'existe plus en droit ivoirien (En ce sens, Tribunal de première instance de Bouaflé, jugement n° 37 du 2 mars 2006, affaire Nguessan Jacques-Nguessan Goore Charles c/ La coopérative agricole de Zegata, ohadata J-08-197). Par contre, le droit français, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, organise cette sûreté aux articles 2387 à 2392 nouveaux du code civil.

2. L'hypothèque est définie à l'article 190 nouveau de l'AUS comme « l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou de plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables ». C'est une sûreté qui confère à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence. Puisqu'il n'y a pas dépossession immédiate du débiteur, l'affectation du bien à la garantie s'opère au moyen d'une mesure de publicité qui informe suffisamment les tiers des droits accordés au créancier bénéficiaire.

3. L'hypothèque est une garantie très utilisée - particulièrement dans les États de l'OHADA - pour plusieurs raisons :

- Le constituant en premier lieu y trouve avantage : il conserve l'utilité et la maîtrise totale de l'immeuble puisque cette garantie n'emporte pas dépossession. La seule limite à sa liberté est d'éviter de diminuer la valeur de l'immeuble. L'absence de dépossession a pour avantage qu'il peut obtenir plusieurs crédits dans la limite de la valeur totale du bien ;

- Les tiers et les autres créanciers trouvent également avantage à l'hypothèque : ils en sont informés par la publicité qui en est faite ;
- Le classement entre les créanciers hypothécaires est simple, puisqu'il repose sur l'ancienneté par rapport à la date d'inscription ;
- Enfin, le créancier bénéficiaire trouve avantage à l'hypothèque car elle lui confère un droit de préférence bien classé, il vient en troisième position dans l'ordre en cas de vente de l'immeuble.

4. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés, en ses articles 190 à 223 - qui se substituent aux anciens articles 117 et suivants -, constitue le texte de base en matière de réglementation de l'hypothèque. Mais ce texte doit être complété sur certains points par les législations nationales auxquelles l'Acte uniforme a expressément renvoyé (Voir par exemple les articles 195, 201 et 202 AUS). Il s'agit surtout des lois nationales qui organisent la publicité foncière. En plus, il faut y ajouter les dispositions relatives à la saisie immobilière contenues dans l'AUPSRVE et les dispositions en matière de procédures collectives contenues dans l'AUPCAP (par exemple pour ce qui est de la constitution d'une hypothèque après l'ouverture d'une procédure collective ou du sort réservé au créancier bénéficiaire d'une hypothèque en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre le débiteur). L'article 4 al. 4 de l'AUS exclut de son champ d'application les hypothèques dites mobilières qui ont pour assise les meubles dont la fixité permet de les assimiler aux immeubles. Il s'agit des hypothèques sur les navires (hypothèques maritimes), sur les bateaux (hypothèques fluviales) ou sur les aéronefs (hypothèques aériennes) qui peuvent faire l'objet de législations particulières. Le régime d'inscription de ces hypothèques est parfois calqué sur celui des hypothèques immobilières. La raison est que, ces biens, quoique n'étant pas des immeubles mais des meubles, ont une fixité qui permet de les assimiler aux immeubles. On peut à cet égard signaler par exemple le code CEMAC de la marine marchande applicable

dans les États de la CEMAC membres de l'OHADA que sont le Cameroun, le Congo-Brazaville, le Gabon, la Guinée Équatoriale, la République Centrafricaine et le Tchad. Les articles 87 à 99 de ce code comportent des dispositions applicables aux hypothèques maritimes (*sur la question, lire : KALIEU ELONGO Y.R., Droit et pratique des sûretés réelles, PUA, 2010, p. 17*).

Toutefois, l'Acte uniforme n'est pas applicable aux hypothèques conclues avant son entrée en vigueur. Celles-ci restent soumises à la législation antérieure. En ce sens : CCJA, arrêt n° 18/2003 du 19 octobre 2003, Sté Afrocom c/ CSSPPA, Le juris-Ohada, n° 4/2003, p. 10, note Brou Kouakou Mathurin ; Recueil de jurisprudence CCJA, n° 2, juillet-décembre 2003, p. 30 ; arrêt n° 29 du 15 juillet 2004, affaire : Fadiga Nadiani c/ Boa-ci, Le juris-Ohada, n° 3/2004, juillet-octobre 2004, p. 35, note Brou Kouakou Mathurin ; jurisprudence commentée de la CCJA, n° 1, octobre 2005, obs. Félix Onana Etoundi, p. 7, ohadata J-04-387 ; Cour d'appel du Centre (Cameroun), arrêt n° 414/civ du 2 juillet 2003, la société CERAC SARL c/ la société de recouvrement des créances du Cameroun (SRC), Ohadata J-04-202 ; Tribunal Régional hors classe de Dakar, ordonnance du 7 octobre 2002, A. G. c/ Crédit Lyonnais et Sénégal auto, ohadata J-05-50 et ohadata J-03-217 ; Tribunal régional hors classe de Dakar, audience du 4 février 2003, jugement n° 253, E.S. et C.D. c/ SCP Tall et associés, ohadata J-05-34 ; Cour d'appel de Dakar, Chambre civile et commerciale 1, arrêt du 16 février 2001, M. c/ S. M. M., ohadata J-06-121 et J-02-165 ; Cour d'appel de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), Chambre civile et commerciale, arrêt n° 81 du 5 mai 2003, BIB c/ O. K. et O. D., ohadata J-04-193 ; Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 106 du 23 janvier 2004, la société havraise de commerce c/ la BACI, ohadata J-04-487.

5. Le régime de droit commun est celui de l'hypothèque conventionnelle, mais il y a également des régimes spéciaux propres aux hypothèques légales et à l'hypothèque judiciaire. Ces hypothèques dites spéciales ne le sont que sur les points qui dérogent au régime de droit commun conformément à l'article 191 qui dispose : « Sauf disposition contraire, les règles applicables aux hypothèques conventionnelles s'appliquent également aux hypothèques forcées ».

Chapitre 1 - Régime de droit commun

6. Ce régime sera présenté en quatre points : les caractères de l'hypothèque, la constitution de l'hypothèque, les effets de l'hypothèque et la transmission de l'hypothèque.

Section 1 - Caractères de l'hypothèque

7. L'hypothèque a deux caractères principaux qu'il convient de préciser : elle est indivisible et elle est spéciale.

§1 - Indivisibilité

8. Ce caractère est précisé par l'art. 193 AUS qui dispose : « L'hypothèque est indivisible par nature et subsiste totalement sur les immeubles affectés jusqu'à complet paiement et malgré la survenance d'une succession ». Cette indivisibilité protège le créancier qui seul peut l'invoquer et peut seul y renoncer. L'indivisibilité concerne l'assiette de la garantie d'une part et d'autre part la créance elle-même.

Quant à l'assiette, l'indivisibilité signifie que tous les immeubles désignés et chaque fraction de l'immeuble répondent de la totalité de la dette. En conséquence, le créancier peut saisir la portion qu'il désire. En cas de partage, chaque héritier qui reçoit une part de l'immeuble est tenu de la totalité de la dette. Chaque immeuble, en cas de pluralité d'immeubles hypothéqués, répond de la totalité de la dette. Le créancier peut donc saisir l'un quelconque pour son paiement.

Quant à la créance, l'indivisibilité peut être envisagée activement et passivement. L'indivisibilité active de la créance, par exemple suite au décès du créancier, permet à chacun des nouveaux créanciers (héritiers) de saisir la totalité de l'immeuble l'hypothéqué. L'indivisibilité passive de la dette notamment en cas du décès du débiteur, n'affecte en rien la situation du créancier hypothécaire. Si l'immeuble grevé est affecté à un seul héritier qui ne supporte pourtant que sa quote-part de la dette, il demeure néanmoins tenu du tout en raison de l'hypothèque quitte à se retourner pour le surplus contre les autres cohéritiers. En cas de paiement partiel, l'hypothèque demeure pour garantir le paiement du solde si minime soit-il.

§2 - Spécialité

9. Il y a spécialité quant à l'assiette de la sûreté et quant à la créance garantie.

10. La spécialité quant à l'assiette découle d'abord de l'article 190 précité qui dispose que « l'hypothèque est l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant, à la garantie d'une créance... ». Ce texte est complété par l'article 192 qui prévoit que « seuls les immeubles présents peuvent faire l'objet d'hypothèque ». Comme conséquence du principe de spécialité, le contrat d'hypothèque doit préciser les immeubles ou parties d'immeuble sur lesquelles s'exercent les droits du créancier. En pratique

il sera donné dans l'acte d'hypothèque une description des caractéristiques de l'immeuble ou des immeubles : lieu de situation, nature, superficie, numéro de titre foncier.

Mais, le principe de spécialité de l'hypothèque est désormais relativisé. Non seulement, il n'est plus exigé expressément la mention dans le contrat d'hypothèque des caractéristiques de l'immeuble ou des immeubles mais aussi et surtout, l'article 203 prévoit que l'hypothèque conventionnelle peut être consentie sur des immeubles à venir. Trois hypothèses sont prévues :

- La première concerne le cas où le constituant ne possède pas d'immeubles présents et libres ou qu'il n'en possède pas en quantité suffisante pour la sûreté de la créance. Dans ce cas, il peut consentir, dans le contrat d'hypothèque, que chacun des immeubles qu'il acquerra par la suite sera affecté en garantie du paiement de la créance au fur et à mesure de leur acquisition ;
- La seconde correspond au cas où l'immeuble présent assujéti à l'hypothèque a péri ou subi des dégradations telles qu'il est devenu insuffisant pour la sûreté de la créance. Dans ce cas, le constituant peut, sans préjudice du droit pour le créancier de poursuivre dès à présent son remboursement, consentir une hypothèque sur un immeuble futur ;
- La troisième renvoie à la possibilité donnée à celui qui possède un droit réel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui, sur le domaine public ou sur le domaine national d'hypothéquer les bâtiments et ouvrages dont la construction est commencée ou simplement projetée ; en cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement.

11. La spécialité quant aux créances garanties signifie que l'hypothèque ne saurait garantir n'importe quelle créance du créancier à l'égard du débiteur. Toutefois, la créance garantie peut être déterminée ou seulement déterminable. C'est en ce sens que l'article 204 dispose que : « L'hypothèque conventionnelle doit être consentie pour une somme déterminée ou au moins déterminable en principal (...) ». La créance garantie peut même être future pourvu qu'elle soit déterminable conformément à l'article 190 AUS. C'est le cas de l'hypothèque garantissant le solde d'un compte courant. Les éléments permettant de rendre la créance déterminable sont par exemple le montant maximal garanti ou la durée de l'octroi du crédit. Cette extension du domaine des créances garanties qui résulte de la réforme de l'hypothèque est à même, selon certains, d'améliorer l'attractivité de l'hypothèque (*en ce sens : BRIZOUA-BIM., L'attractivité du nouveau droit OHADA des hypothèques, Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 86*).

Section 2 - Constitution de l'hypothèque

12. L'hypothèque est un contrat conclu entre le créancier qui bénéficie de la sûreté et le constituant qui la concède sur un ou plusieurs de ses immeubles. Il peut s'agir du débiteur ou d'un tiers. On parle, dans ce dernier cas, de caution réelle et plus précisément de caution hypothécaire dont le régime emprunte aussi bien à celui du cautionnement qu'à celui de l'hypothèque (*BROU KOUAKOUM., Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire, Penant, n° 856, juillet - septembre 2006, p. 273*).

L'hypothèque est constituée pour garantir une créance. La créance garantie est le plus souvent une créance présente c'est-à-dire concomitante à la constitution de l'hypothèque. Il peut également s'agir d'une créance future (art. 190) ou d'une créance antérieure. Mais, dans cette dernière hypothèse, la constitution de l'hypothèque peut donner lieu à quelques difficultés si le débiteur fait l'objet d'une procédure collective. Il résulte de l'article 68 de l'AUPCAP que l'hypothèque consentie par le débiteur pour dette antérieure est déclarée inopposable lorsqu'elle l'a été pendant la période suspecte.

13. La constitution de l'hypothèque est soumise aux conditions générales de formation des contrats et surtout à des conditions particulières qui concernent les parties au contrat et le contrat lui-même.

§1 - Parties au contrat d'hypothèque

14. Le contrat d'hypothèque se forme entre le créancier hypothécaire et le constituant.

A - Créancier

15. La situation du créancier hypothécaire n'appelle pas d'observation particulière. Tout créancier peut se faire consentir une hypothèque pour sûreté de sa créance. Il faut toutefois réserver les cas où la demande de constitution est formulée alors que le débiteur est en difficulté. La sûreté constituée pourrait être annulée pour constitution en période suspecte.

B - Constituant

16. Le constituant est celui qui consent une hypothèque sur l'immeuble lui appartenant. Il peut s'agir du débiteur ou d'un tiers, qui est alors appelé caution réelle. Pour un cas où le juge a déclaré valable l'hypothèque constituée par un tiers, voir : Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n° 446 du 9 mai 2001, Bank of Africa c/ N. P. K. et autres, ohadata J-04-05 où le juge admet que l'hypothèque peut être constituée sur l'immeuble d'un tiers si celui-ci accepte de consentir la garantie sur son bien.

17. Le constituant doit être titulaire du droit hypothéqué. L'article 203 de l'AUS dispose à cet effet que « l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par celui qui est titulaire du droit réel immobilier régulièrement inscrit et capable d'en disposer ». Lorsqu'il s'agit d'un droit de propriété, il doit apporter la preuve de la propriété c'est-à-dire, en pratique, fournir le titre foncier qui constitue la preuve de propriété dans la plupart des droits nationaux. L'hypothèque constituée sur la chose d'autrui est nulle sauf si le tiers est détenteur d'un mandat donné par acte notarié lorsque cette forme est exigée pour la constitution de l'hypothèque (*Voir en ce sens : Cour d'appel de Bobo - Dioulasso, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 81 du 5 mai 2003, BIB c/ O. K. et O. D., ohadata J-04-193*).

18. Le constituant doit avoir la capacité et le pouvoir de constituer l'hypothèque.

19. S'agissant de la capacité, la conclusion d'un contrat d'hypothèque peut, en cas de non-paiement de la dette, aboutir à la vente de l'immeuble et donc à la diminution de son patrimoine. C'est pourquoi la loi pose quelques règles pour protéger le constituant. On applique ici les règles générales d'incapacité pour les mineurs et les majeurs sous protection. La plupart des législations prévoient que le tuteur ne peut hypothéquer les biens du mineur ou du majeur sous protection sans autorisation du conseil de famille ou du juge. Exemples : Cameroun : article 457 C. Civ. ; République Centrafricaine : article 657 du code de la famille, Burkina Faso : article 604 du code des personnes et de la famille.

20. Quant au pouvoir pour constituer une hypothèque, le problème se pose surtout en matière de régimes matrimoniaux, de droit des sociétés et dans l'hypothèse d'une entreprise en difficultés.

Pour ce qui est des régimes matrimoniaux et en ce qui concerne l'hypothèque donnée par un époux sur les biens communs dans le régime de la communauté, il faut ici se référer aux règles applicables dans les différents États parties en la matière. Le pouvoir de l'un des époux ou du mari de constituer seul une hypothèque sur les immeubles de la communauté varie suivant les différentes législations nationales. Exemples : au Cameroun, il résulte des articles 1421 et 1426 C. Civ. que le mari en tant que chef de famille (conformément à l'article 213 C. Civ.) administre les biens de la communauté et peut hypothéquer seul les immeubles alors que la femme ne peut engager la communauté qu'avec le consentement du mari. Toutefois, les juges ont récemment décidé dans une espèce que l'article 1421 C. Civ. qui autorise le mari à administrer seul les biens de la communauté viole la Convention sur l'élimination de toutes formes de violence à l'égard des femmes qui a été ratifiée par le Cameroun ainsi que l'article 45 de la Constitution qui reconnaît la supériorité des traités et Conventions régulièrement ratifiées sur les lois internes.

En l'espèce, une vente d'un immeuble appartenant aux époux communs en biens a été annulée faute pour le mari d'avoir requis et obtenu le consentement de son épouse. On pourrait donc en déduire a fortiori qu'une hypothèque consentie sans le consentement de l'épouse serait également nulle. (*CA du Centre, arrêt n° 615/civ/06-07 du 17 octobre 2007, Mme Yonkeu née SEI Christine c/ Liman Saibou, Mamadou Saibou, inédit*). On peut espérer que cette jurisprudence ne restera pas isolée. En Côte d'Ivoire, il résulte de l'article 81 de la loi du 7 octobre 1964 relative au mariage telle que modifiée par la loi du 2 août 1983 que bien que le mari ait le pouvoir d'administrer seul la communauté, il ne peut grever les immeubles communs d'une hypothèque sans le concours de l'épouse. En République Centrafricaine, l'article 382 du code de la famille exige l'accord des époux pour constituer une hypothèque sur un immeuble commun alors qu'au Burkina Faso, l'article 331 du code des personnes et de la famille exige également l'accord des époux pour constituer une hypothèque sur un immeuble commun. Lorsque l'hypothèque porte sur un immeuble constituant le logement familial, des règles particulières sont parfois prévues. Par exemple, au Burkina Faso, l'article 305 du code des personnes et de la famille dispose que « les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille (...) Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation (...) ». Pour une application, voir : Cour d'appel de Ouagadougou, chambre civile et commerciale, arrêt n° 42 du 2 avril 2004, T. A. c/ Société Générale des banques du Burkina Faso, ohadata J-05-226 où les juges décident qu'en vertu de la loi nationale, en cas d'hypothèque conventionnelle consentie par un époux sur les biens servant de logement familial sans le consentement de l'autre, celui-ci peut demander la nullité de cette hypothèque. L'article 256 du code de la famille de la République centrafricaine admet une solution identique.

S'agissant du droit des sociétés, le problème pourra se poser notamment à l'égard des dirigeants sociaux ; il faut parfois déterminer s'ils ont le pouvoir d'engager les biens sociaux et par conséquent de les donner en garantie.

En cas de procédures collectives, les pouvoirs pour constituer une hypothèque sont également affectés. En cas de règlement préventif, la décision de suspension provisoire des poursuites individuelles qui ouvre la procédure interdit au débiteur la constitution des sûretés (article 11 AUPCAP). En cas de redressement judiciaire, les pouvoirs du débiteur étant limités, l'assistance du syndic est nécessaire pour continuer l'activité et donc pour conclure certains actes tels que la constitution de l'hypothèque (article 52 AUPCAP). Dans l'hypothèse de liquidation des biens, le syndic se substitue au débiteur qui ne peut plus agir (article 53) ; par conséquent, celui-ci n'a plus le pouvoir de consentir une hypothèque. Seul le syndic dans l'hypothèse où la

continuation de l'activité est autorisée pourrait consentir éventuellement une hypothèque si l'obtention d'un crédit est nécessaire. Mais on peut douter de l'utilité pratique de ce pouvoir car l'entreprise est appelée à être liquidée.

§2 - Formation du contrat d'hypothèque

21. Le contrat d'hypothèque doit être établi par écrit et il doit être inscrit.

A - Exigence de l'écrit

22. Aux termes de l'article 205 AUS, l'hypothèque conventionnelle peut être établie sous diverses formes, mais dans tous les cas il s'agira d'un acte écrit dont la nature dépend des dispositions nationales applicables et plus particulièrement de la loi du lieu de situation de l'immeuble.

L'écrit, c'est-à-dire le contrat d'hypothèque, peut prendre suivant les cas, trois formes différentes :

- **acte authentique établi par le notaire territorialement compétent.** C'est la solution retenue par la plupart des pays :

* Cameroun : article 8 de l'ordonnance de 1974 portant régime foncier et domanial. Les praticiens restent partagés sur la question de savoir si l'acte doit être passé par un seul notaire, par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins. Faut-il s'en tenir au texte de l'Acte uniforme ou s'en référer aux dispositions de l'article 2127 du code civil d'après lequel : « l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique, devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins » ou encore aux dispositions relatives aux actes notariés tels qu'organisés par le décret du 24 février 1995 portant statut et organisation de la profession de notaire ou le décret du 21 juillet 1932 instituant au Cameroun le régime foncier de l'immatriculation ?

* Congo : article 65 de la loi du 30 décembre 2000 sur le régime de la propriété foncière ;

* Guinée : article 200 du code foncier et domanial ;

* Mali : articles 74 et 108 du code domanial et foncier.

- **acte authentique établi par une autorité administrative ou judiciaire habilitée à faire de tels actes.** Certains pays admettent cette solution en plus de l'acte authentique notarié. C'est le cas de la Guinée dont l'article 200 du code foncier et domanial dispose : « l'hypothèque conventionnelle peut aussi être consentie par acte authentique passé devant un greffier-notaire ».

- **acte sous seing privé dressé suivant un modèle agréé par la conservation de la propriété foncière.** Quelques pays l'admettent. Exemple : le Mali : article 74 du code domanial et foncier précité.

Quelle que soit la forme de l'écrit, il devra comporter les éléments relatifs à l'identité des parties, notamment le constituant de l'hypothèque, à la créance garantie et à l'assiette de la garantie (tout en notant que la sûreté peut porter sur les immeubles futurs).

B - Inscription du contrat d'hypothèque

23. L'inscription assure la publicité de l'hypothèque. Cette publicité est utile pour les éventuels acquéreurs de l'immeuble qui, à travers elle, peuvent se renseigner sur la situation de l'immeuble, pour les prêteurs de deniers qui peuvent s'assurer de la situation réelle de l'immeuble que l'emprunteur leur donne en garantie et éventuellement pour tous les tiers.

L'inscription de l'hypothèque est une formalité obligatoire prévue par l'article 195 de l'AUS pour les hypothèques conventionnelles et judiciaires. Cette inscription est faite conformément aux règles de publicité édictées par l'État partie où est situé le bien grevé. Elle sera généralement prise au livre foncier suivant les règles de publicité foncière prévues dans chaque État (Voir par exemple : Burkina Faso : loi du 23 mai 1996 portant réorganisation agraire et foncière ; Congo : loi du 17 décembre 2000 sur le régime de la propriété foncière ; Cameroun : ordonnance du 6 juillet 1974 fixant le régime foncier ; Mali : code domanial et foncier du 22 mars 2000 ; Guinée : code foncier et domanial de 1999).

24. L'inscription étant une formalité nécessaire et suffisante, il n'est donc pas nécessaire pour le créancier de conserver le titre foncier du débiteur ou du constituant si ce titre lui a été remis aux fins d'accomplissement de ces formalités ou d'exiger la remise ou le dépôt du titre. Pourtant, dans la pratique - surtout bancaire - de certains pays de l'OHADA, la rétention ou la remise des titres fonciers est d'un usage courant. Cette pratique consiste, pour le créancier - généralement une banque - à conserver le titre foncier en plus ou parfois en l'absence de l'inscription de l'hypothèque sur l'immeuble du débiteur. Elle a parfois donné lieu à des litiges en cas de perte du titre ou de refus de sa restitution par le créancier (*Pour le cas du Cameroun, voir par ex. CA du Littoral, arrêt n° 214/CIV du 1^{er} février 2006, aff. SRC liquidateur banque Méridien BIOA Cameroun c/ Kuimo Joseph, inédit*).

La valeur juridique d'une telle pratique est douteuse. Elle ne peut se substituer à l'inscription de l'hypothèque en l'absence de réalisation de cette formalité substantielle. Le créancier non inscrit sera considéré comme chirographaire et primé par ceux qui auront procédé à l'inscription. Elle est inefficace en cas de non-renouvellement de l'inscription lorsque celle-ci est périmée. Si une procédure collective notamment de redressement judiciaire ou de liquidation des biens intervient alors que l'inscription n'est pas prise, malgré la rétention, le créancier ne peut plus inscrire la sûreté. Lorsque l'ins-

cription a été prise, la rétention du titre ne modifie pas le rang du créancier. Elle ne peut pas être constitutive d'un véritable droit de rétention en sa faveur car ses conditions ne sont pas réunies.

Elle porte une grave atteinte au crédit du titulaire de l'immeuble qui ne peut pas ainsi consentir d'autres sûretés sur le même immeuble. Dans le même temps, elle confère certains avantages au créancier. Ainsi, le créancier négligent qui n'aura pas fait inscrire son hypothèque sera protégé et ne sera pas primé par d'éventuels créanciers qui auraient inscrit leurs droits si le titre était resté en possession du débiteur. De même, en cas de non-renouvellement de l'inscription, il ne perdra pas le rang de la sûreté lorsqu'il procédera de nouveau à l'inscription.

En définitive, elle n'est fondée que sur la convention des parties qui fait leur loi mais le débiteur peut s'opposer à cette rétention, le seul risque étant éventuellement le refus du financement par la banque. Elle constitue de même un moyen de pression sur le débiteur qui se verra obligé de rembourser le crédit dans le délai pour reprendre la possession de son titre. Mais dans tous les cas, si la dette n'est pas remboursée, le créancier ne pourra procéder à la réalisation sans respecter les formalités légales de la saisie immobilière. En cas de perte du titre, le créancier engage sa responsabilité.

25. Aux termes de l'article 206 de l'AUS et s'agissant de l'hypothèque conventionnelle, « tant que l'inscription n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est inopposable aux tiers et constitue entre les parties une promesse synallagmatique qui les oblige à procéder à la publicité ». Par ailleurs, en l'absence d'inscription de l'hypothèque consentie, le créancier reste chirographaire.

26. Lorsque l'hypothèque porte sur un démembrement du droit de propriété, l'inscription doit être notifiée par acte extrajudiciaire aux titulaires d'autres démembrements à savoir le propriétaire, le tréfoncier ou le bailleur (art. 195, al. 4).

27. Certains événements peuvent empêcher que la sûreté régulièrement obtenue soit inscrite. Ainsi, en est-il de la survenance d'une procédure collective. Il ressort de l'article 73 AUPCAP que la décision d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens arrête le cours des inscriptions des sûretés. Par conséquent, l'hypothèque ne peut plus être inscrite. Toutefois, l'inscription d'une hypothèque régulièrement prise peut être renouvelée malgré l'ouverture de la procédure. Par ailleurs, sont inopposables de droit lorsqu'elles sont faites pendant la période suspecte, les inscriptions provisoires d'hypothèques c'est-à-dire les hypothèques judiciaires.

28. L'inscription donne généralement lieu à la délivrance au requérant, d'un certificat d'inscription. Quant aux tiers, ils peuvent avoir accès à l'état d'inscription des hypothèques en se faisant délivrer, par les services

de la conservation foncière, un extrait ou des copies des inscriptions. Il est généralement délivré à cet effet, contre paiement des droits y afférents, soit un certificat d'inscription des droits ou charges, soit un relevé des droits immobiliers.

29. Quant à ses effets, l'inscription de l'hypothèque lui confère un rang à compter du jour où elle est prise. Autrement dit, l'hypothèque régulièrement publiée prend rang du jour de l'inscription (art. 196 al. 4). Quant à la durée de l'inscription, celle-ci n'a pas un caractère perpétuel. L'inscription a une durée déterminée qui doit être fixée par la convention ou la décision de justice. Cette durée ne peut excéder trente ans à compter du jour où la formalité a été accomplie sauf disposition contraire d'une loi nationale. Il s'agit d'une innovation introduite dans l'AUS (*sur celle-ci, lire : BRIZOUA-BIM., L'attractivité du nouveau droit OHADA des hypothèques, préc., p. 87*). L'effet de l'inscription cesse et on dit qu'il y a péremption, si l'inscription n'est pas renouvelée avant l'expiration de la durée pour laquelle elle était consentie (*sur l'absence de renouvellement et ses conséquences, voir par ex. : TPI Yaoundé Centre administratif, ord. n° 632/C du 2 juin 2002, Aff. Mme veuve Ayissi Tsogo née Eboudou Zambo c/ CFC et autres, obadata J-04-413*).

Le renouvellement, lorsqu'il intervient, doit l'être pour une durée déterminée. Il permet de conserver le rang de la sûreté c'est-à-dire que c'est la date de première inscription qui est prise en compte, les événements qui interrompent l'inscription n'ayant pas d'effet comme par exemple la survenance d'une procédure collective.

Il faut toutefois préciser que la durée de l'inscription est différente de la durée de l'hypothèque qui, elle, peut être indéterminée.

30. Les formalités prévues pour l'inscription doivent être également respectées pour tous les actes relatifs à l'hypothèque c'est-à-dire la transmission, le changement de rang, la subrogation et l'extinction de l'hypothèque (art. 201 de l'AUS).

§3 - Objet de l'hypothèque

31. Si l'hypothèque grève nécessairement un immeuble, l'immeuble, en tant qu'une chose peut lui-même faire l'objet de différents droits immobiliers. À travers l'immeuble, ce sont en réalité ces droits qui sont hypothéqués.

Il convient donc de faire des précisions sur les droits immobiliers susceptibles d'hypothèque et sur les immeubles susceptibles d'être hypothéqués.

A - Droits immobiliers susceptibles d'hypothèque

32. Il faut distinguer suivant la nature du droit et suivant la situation juridique des droits.

I - Nature des droits

33. Tous les droits réels immobiliers sont susceptibles d'hypothèque. C'est ce que l'on peut déduire de l'article 192 de l'AUS qui dispose que : « Peuvent faire l'objet d'hypothèque (...) les droits réels immobiliers régulièrement inscrits selon les règles de l'État partie ». Ainsi, le droit de propriété et les démembrements du droit de propriété peuvent être hypothéqués. Mais on peut s'interroger sur le sort de certains droits immobiliers spécifiques.

a - Droit de propriété

34. C'est le droit réel immobilier par excellence qui est défini comme le droit de jouir et de disposer d'un bien de la manière la plus absolue ; c'est pourquoi l'hypothèque porte généralement sur le droit de propriété. Dans la pratique, la quasi-totalité des hypothèques sont constituées sur le droit de propriété.

b - Droits réels démembrés

35. L'hypothèque sur les démembrements du droit de propriété se déduit de l'art. 195 de l'AUS. L'art. 122 AUS prévoit expressément que l'hypothèque peut porter sur différents droits démembrés :

- l'usufruit qui est le droit d'user et de jouir d'un bien à charge d'en conserver la substance. Dans ce cas, l'hypothèque n'est valable que pendant la durée de l'usufruit ;
- le droit de superficie qui confère au bénéficiaire le droit de posséder des constructions, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui ou d'être autorisé à le faire.
- le bail emphytéotique, encore appelé emphytéose et qui est un bail dont la durée est généralement comprise entre 18 et 99 ans. La durée de l'hypothèque est égale, au maximum, à celle du bail.
- ou le bail à construction, bail de longue durée qui confère au preneur un droit réel immobilier avec l'obligation d'édifier des constructions sur le terrain loué, ces édifices devant être transférés en tout au partie au bailleur.

En plus de cette énumération légale, on pense que l'hypothèque peut porter aussi sur la nue-propriété. En revanche, elle ne peut être établie ni sur un droit d'usage (qui est le droit de se servir d'un bien immeuble et d'en percevoir les fruits dans la limite de ses besoins et de ceux de sa famille), ni sur une servitude active, ni sur un droit de mitoyenneté car ils ne peuvent pas être détachés du fonds dominant et vendus séparément. Dans la plupart des pays de l'OHADA, peu d'hypothèques sont constituées sur les droits réels démembrés. Lorsqu'elle est constituée sur un droit réel démembré, l'inscription de l'hypothèque doit être notifiée par acte extrajudi-

ciaire au titulaire du droit réel autre que celui objet de l'hypothèque : le propriétaire en cas d'hypothèque sur l'usufruit, le tréfoncier en cas d'hypothèque sur le droit de superficie, le bailleur pour l'hypothèque sur le bail emphytéotique ou le bail à construction.

c - Droits immobiliers spécifiques

36. Il s'agit des droits qui ne sont pas constitutifs de droits réels immobiliers classiques mais qui confèrent aux bénéficiaires des prérogatives qui s'en rapprochent plus ou moins. C'est le cas des bénéficiaires de concession sur le domaine national. Il faut, pour connaître la situation de ces droits, s'en référer aux législations nationales qui les organisent et qui proposent des solutions parfois différentes. Lorsqu'ils sont accordés, le problème s'est généralement posé de savoir s'ils pouvaient faire l'objet de constitutions de sûretés en particulier d'hypothèques. Les solutions législatives sont différentes dans les pays de l'OHADA (*Lire particulièrement sur cette question, MIENDJIEM I.L., La situation des occupants du domaine national, thèse, Université de Yaoundé 2 Soa, 2008*).

Certains pays admettent la constitution d'hypothèques ou de droits immobiliers en général. Par exemple, au Gabon, l'article 60 de la loi de 1963 considère que les permis d'occuper et l'obligation de mise en valeur sont assimilables à un droit de superficie et en cela sont susceptibles d'hypothèques. Cette loi prévoit également que le bénéficiaire d'une concession provisoire peut constituer une promesse d'hypothèque afin de garantir le prêt consenti en vue de la mise en valeur de ce terrain. Cette promesse d'hypothèque doit être inscrite à un registre spécial tenu par le conservateur. Au Congo, l'article 70 de la loi du 30 décembre 2000 portant régime de la propriété foncière prévoit que : « L'hypothèque résultant d'une promesse consentie pour garantir un prêt accordé en vue de réaliser la mise en valeur d'un terrain concédé à titre provisoire prend rang après la date de dépôt de l'acte contenant ladite promesse inscrite dans un registre tenu par le conservateur ». Au Burkina Faso, la loi du 23 mai 1996 portant réorganisation agraire et foncière prévoit que les terres du domaine national donnent lieu à la délivrance de certains titres tels que l'arrêté de mise à disposition (art. 55), le permis urbain d'habiter (art. 57) ou le permis d'exploiter (art. 58). Elle ajoute expressément que les titulaires de ces titres peuvent affecter leurs droits à la garantie d'emprunts de sommes d'argent ou de toute autre obligation (art. 61). Ces opérations sont soumises à l'immatriculation préalable. On déduit de cela que ces titres peuvent être hypothéqués.

Parfois aussi, la loi interdit expressément que ces droits puissent faire l'objet de constitution de droits immobiliers. Par exemple, l'article 39 du code foncier et domanial de la Guinée dispose que sont propriétaires : « (...) Les occupants, personnes physiques ou morales

titulaires du livret foncier, permis d'habiter et autorisation d'occuper (...). Mais la loi prévoit que dans ce cas, le titre ne peut faire l'objet d'hypothèque.

D'autres législations sont plus imprécises. C'est le cas de la Côte d'Ivoire où la loi de 1998 relative au domaine foncier rural, prévoit que les certificats fonciers délivrés sur les terres du domaine coutumier peuvent donner lieu à immatriculation. Le certificat foncier peut être cédé en tout ou en partie, par acte authentifié par l'autorité administrative (art. 17). On peut en déduire qu'il peut faire l'objet d'hypothèque.

II - Situation des droits

37. Il faut préciser ici la situation des titulaires de droits conditionnels et celle de ceux des droits indivis.

a - Cas des droits conditionnels

38. L'article 194 dispose : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit soumis à condition, résolution, ou rescision régulièrement publiées ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions, résolutions ou rescisions ».

L'hypothèque peut donc être constituée sur des droits conditionnels, des droits soumis à résolution ou des droits susceptibles de rescision. Elle se trouve dans ce cas affectée de la même condition suspensive ou résolutoire que le droit lui-même lorsque la condition se réalise. Par exemple, lorsque l'hypothèque est constituée sur un bail emphytéotique soumis à une condition résolutoire, la réalisation de cette condition anéantit rétroactivement l'hypothèque constituée sur ce droit.

b - Cas des droits indivis

39. L'hypothèque peut être également consentie sur les droits indivis. L'indivision suppose que le bien appartient à plusieurs personnes, chacune ayant droit à une quote-part du bien mais sans avoir de droit privatif sur une part tant que le partage n'a pas eu lieu. L'indivision n'empêche pas, si les autres conditions sont réunies, que le bien soit hypothéqué. L'article 194 nouveau de l'AUS comporte des innovations sur l'hypothèque des biens indivis, contrairement à l'article 121 de l'AUS dans sa version antérieure qui prévoyait que l'hypothèque ne pouvait être consentie que par tous les coindivisaires (*sur ces innovations, lire : BRIZOUA-BIM., L'attractivité du nouveau droit OHADA des hypothèques, Droit et patrimoine, préc., p. 87*).

Il faut distinguer plusieurs hypothèses :

1° L'hypothèque consentie par tous les indivisaires sur un immeuble indivis. Dans ce cas, l'hypothèque conserve son effet quel que soit le résultat du partage, si elle a été consentie par tous les indivisaires.

2° L'hypothèque consentie par un indivisaire sur un immeuble indivis. Dans ce cas, l'hypothèque ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti de l'immeuble indivis ou, lorsque l'immeuble est licité à un tiers, si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation.

3° L'hypothèque d'une quote-part dans un ou plusieurs immeubles indivis. Dans cette dernière hypothèse, l'hypothèque ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ; elle le conserve alors dans toute la mesure de cet allotissement, sans être limitée à la quote-part qui appartenait à l'indivisaire qui l'a consentie ; lorsque l'immeuble est licité à un tiers, elle le conserve également si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation. Pour un auteur, « cette faculté reconnue à un seul indivisaire de consentir une hypothèque sur sa quote-part de l'immeuble indivis constitue une avancée notable dans la sécurisation de la situation du créancier d'un héritier coindivisaire » (*BRIZOUA-BIM., préc., p. 87*).

B - Immeubles susceptibles d'hypothèque

40. L'hypothèque ne peut porter que sur un immeuble par nature, bâti (maison, usine, etc.) ou non bâti (terrain nu, plantation, etc.). L'immeuble par destination c'est-à-dire un meuble affecté à un immeuble auquel il s'incorpore ne peut pas, pris isolément, être grevé d'une sûreté. Cet immeuble doit être dans le commerce c'est-à-dire être disponible. Ne peuvent donc être hypothéqués les immeubles inaliénables ou insaisissables (exemples : immeubles du domaine public, biens de famille, immeubles frappés d'une clause d'inaliénabilité). L'immeuble doit être également immatriculé conformément à l'article 192 qui dispose que : « sauf disposition contraire, seuls les immeubles présents et immatriculés peuvent faire l'objet d'hypothèque ».

41. La sûreté immobilière peut s'étendre aux accessoires grevant l'immeuble s'ils sont réputés immeubles et s'ils appartiennent au même propriétaire (servitudes actives, droits de mitoyenneté, immeubles par destination). De même, les fruits et les produits tant qu'ils sont pendants (fruits non détachés) sont grevés par la sûreté. La sûreté immobilière s'étend également aux termes de l'art. 192 de l'AUS, aux améliorations et constructions survenues à l'immeuble. Est amélioration tout ce qui est ajouté au support fondamental originaire. Exceptionnellement, l'art. 197 al. 3 prévoit que la sûreté peut porter sur les biens substitués ou sur les sommes représentant la valeur de l'immeuble (exemples : l'indemnité versée en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'indemnité versée par l'assureur en cas d'incendie de l'immeuble hypothéqué lorsqu'une assurance-incendie a été souscrite).

Section 3 - Effets de l'hypothèque

42. Ils doivent être envisagés successivement dans les rapports entre le créancier et le constituant, dans les rapports entre le créancier hypothécaire et les autres créanciers et enfin dans les rapports entre le créancier hypothécaire et le tiers détenteur.

§1 - Dans les rapports entre le créancier et le constituant

43. Tant que la valeur de l'immeuble grevé n'est pas apparue ou que la réalisation de cet immeuble n'est pas amorcée, le créancier est protégé contre les actes du constituant qui diminueraient la valeur du droit grevé. Lorsque la réalisation forcée de l'immeuble est engagée, des obligations plus importantes pèsent sur le constituant dans le but de préserver les droits désormais acquis du créancier. Il faut donc distinguer les effets avant et après la réalisation.

A - Effets avant la réalisation de l'hypothèque

44. Deux principes contradictoires gouvernent cette période : d'une part, il faut réduire au maximum la gêne du constituant qui reste en possession de l'immeuble afin qu'il puisse l'exploiter ; d'autre part, il faut préserver la valeur du bien, puisqu'elle est affectée au créancier en garantie de sa créance. Le débiteur ne doit rien faire qui diminue cette valeur. Ses prérogatives seront désormais limitées. Il doit jouir du bien en bon père de famille. Son abus est limité par l'interdiction d'aliéner les produits ou de détruire les biens. Ainsi, le propriétaire de l'immeuble :

1. peut continuer à habiter ou à exploiter l'immeuble, en percevoir les revenus (ex : loyers et revenus locatifs) et les fruits naturels (récoltes d'une plantation) ;
2. peut consentir les baux mais d'une durée limitée ;
3. ne doit pas entreprendre les travaux qui diminueraient la valeur de l'immeuble ou entreprendre tout acte ayant le même effet : extraction de gravier s'il s'agit d'une carrière ; coupe de bois s'il s'agit d'une forêt.

En fin de compte, le propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne peut, au détriment des droits du créancier, faire aucun acte de disposition matérielle ou juridique qui, directement ou par sa nature, aurait pour conséquence de diminuer la valeur de l'immeuble. Le créancier peut surveiller les actes matériels du constituant et solliciter toutes les mesures conservatoires lui permettant d'éviter que des fractions d'immeuble ne disparaissent ou que leur prix ne soit versé au constituant.

Mais les actes de vente ou de constitution des droits réels postérieurs à l'hypothèque ne peuvent nuire au créancier qui bénéficie du droit de suite et du droit de préférence. Dans la pratique pourtant, les créanciers interdisent parfois aux débiteurs l'accomplissement de

tout acte postérieur à la constitution d'hypothèque tels que la constitution de bail, la délégation des loyers, la constitution de nouvelles sûretés, etc. Il s'agit parfois de clauses abusives qui pourraient être dénoncées par le débiteur ou le constituant.

B - Effets lors de la réalisation de l'hypothèque

45. Le créancier non payé met en œuvre la sûreté dont il bénéficie. Alors que l'AUS dans sa version antérieure ne prévoyait qu'un seul mode de réalisation à savoir la vente sur saisie immobilière, le créancier dispose désormais de trois moyens différents de réalisation : la vente par voie de saisie immobilière, l'attribution conventionnelle et l'attribution judiciaire de l'immeuble.

I - Vente par voie de saisie immobilière

46. La saisie de l'immeuble hypothéqué en vue de sa réalisation est le principal moyen offert au créancier lorsque le débiteur ne s'exécute pas. Le produit de la réalisation servira à désintéresser le créancier hypothécaire et éventuellement d'autres créanciers.

47. La procédure de saisie proprement dite relève des voies d'exécution telles qu'organisées par l'AUPSRVE aux articles 246 et suivants (Sur cette procédure, lire par ex. ANOUKAHA F. et TJOUEA A.D., Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, PUA, Yaoundé, 1999 ; POUYOUÉ (P.G.) et TEPEI KOLLOKO (F.), La saisie immobilière dans l'espace OHADA, PUA, Yaoundé, 2^e éd., 2010). L'article 198 précité précise que les parties ne peuvent déroger, dans la convention d'hypothèque, aux règles de la saisie immobilière. C'est la règle du « tout ou rien ». Si le créancier choisit la saisie immobilière, il doit se soumettre à toutes les règles qui l'organisent. Est ainsi rappelée l'interdiction de la clause de voie parée qui prévoit que la vente sera réalisée suivant les conditions déterminées par les parties et non suivant la procédure de saisie immobilière. Cette convention porte généralement atteinte aux intérêts du débiteur parce que la vente conventionnelle ne permettra pas de réaliser le bien à un meilleur prix.

48. L'ouverture d'une procédure collective modifie les conditions de réalisation de l'hypothèque prévues par l'AUPSRVE.

Si le débiteur fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, les conditions de réalisation sont modifiées. Ainsi, le créancier hypothécaire est soumis à la suspension des poursuites individuelles c'est-à-dire qu'il ne peut plus engager ou continuer les poursuites en vue de la réalisation de l'immeuble. Il est soumis à la discipline collective imposée aux créanciers et doit produire sa créance. Il lui est toutefois possible de reprendre les poursuites au bout de

trois mois si le syndic n'a pas entrepris la vente. Lorsque le concordat de redressement emporte cession partielle d'actif et englobe les biens grevés de sûretés réelles comme par exemple les immeubles hypothéqués, non seulement cette cession ne peut être homologuée que si le prix suffit à désintéresser les créanciers munis de sûreté, mais aussi et surtout, la cession emporte purge de ces sûretés si les créanciers titulaires ont été désintéressés, ce qui est une protection pour eux.

Lorsque le débiteur est admis au règlement préventif, le créancier hypothécaire en subit également les effets. Il peut se voir imposer la suspension des poursuites individuelles si sa créance fait partie de celles désignées par le débiteur. Il est soumis aux délais et remises concordataires. Il ne peut toutefois réaliser librement l'hypothèque. Il ne peut y procéder qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat préventif. Mais, même dans ce cas, la réalisation de la sûreté n'est pas automatique si un délai a été accordé au débiteur pour exécuter le concordat, ce qui repousse encore le moment où le créancier pourra réaliser l'hypothèque.

II - Attribution judiciaire

49. L'article 198 issu de la réforme de l'AUS dispose que « À moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les règles de la saisie immobilière, auxquelles la convention ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement ». Le droit OHADA admet donc que le créancier impayé puisse obtenir en justice l'attribution de l'immeuble hypothéqué comme en matière de gage.

50. Cette solution s'inspire largement de celle admise en droit français (article 2458 du code civil) depuis la réforme des sûretés de mars 2006 (*sur le droit français, lire : DELEBECQUE P., « L'hypothèque » in Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JCP éd. G., suppl. au n° 20, 17 mai 2006, p. 29-32 ; ALBIGES C., DUMOND-LEFRAND M.P., Droit des sûretés, Dalloz, collection HyperCours, 2007, n° 613*). Elle a déjà suscité des réserves de la part des auteurs en raison des risques qu'elle comporte pour le débiteur (DELEBECQUE P., préc. p. 30, n°s 9 et 10) même si certains y ont vu un moyen de rendre plus attractif le régime de l'hypothèque en droit OHADA en facilitant « la réalisation de la garantie hypothécaire » (BRIZOUA-BI M., L'attractivité du nouveau droit OHADA des hypothèques in « Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA », Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 45 et s. not. p. 86 et s.). Les avantages de cette procédure devraient être la célérité dans la réalisation et l'allègement du coût de cette réalisation mais on peut en douter.

51. La condition préalable à l'attribution judiciaire est l'évaluation de l'immeuble par un expert. Celui-ci sera

désigné soit à l'amiable par le débiteur et le créancier, soit par le juge saisi par l'un des parties (art. 200 de l'AUS).

La seule limite à l'attribution judiciaire concerne le cas où l'immeuble objet de l'hypothèque constitue la résidence principale du constituant, c'est-à-dire sert de logement pour lui et sa famille.

En dehors de cette exception, tout créancier hypothécaire peut demander l'attribution judiciaire de l'immeuble donné en garantie. Le juge saisi est en principe tenu de la prononcer sans pouvoir juger de l'opportunité de la demande. L'immeuble est attribué au créancier à concurrence de sa créance. C'est la raison pour laquelle l'article 200 nouveau al. 2 prévoit que si la valeur excède le montant de la créance garantie, le créancier doit au constituant une somme égale à la différence et s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, la somme doit être consignée. On peut toutefois s'interroger sur les moyens qui garantiront le paiement de cette différence au constituant.

III - Attribution conventionnelle

52. Elle est prévue et organisée par l'article 199 nouveau de l'AUS qui dispose : « À condition que le constituant soit une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au Registre du commerce et du crédit mobilier et que l'immeuble hypothéqué ne soit pas à usage d'habitation, il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. À l'issue d'un délai de trente jours suivant une mise en demeure de payer par acte extrajudiciaire demeuré sans effet, le créancier pourra faire constater le transfert de propriété dans un acte établi selon les formes requises par chaque État partie en matière de transfert d'immeuble ». Cette disposition est quasiment identique à l'article 2459 C. Civ. français tel qu'issu de l'ordonnance du 23 mars 2006.

Le droit OHADA admet donc désormais le pacte commissaire qui est la convention selon laquelle les parties décident que le bien sera attribué au créancier en cas de défaillance du débiteur. Elle était déjà reconnue en matière mobilière.

53. Il résulte de l'article 199 précité, les précisions quant au domaine et aux modalités de l'attribution.

S'agissant du domaine et contrairement à l'attribution judiciaire qui peut être mise en œuvre par tous les créanciers, l'attribution conventionnelle est doublement limitée quant aux constituants et aux immeubles concernés. Pour ce qui est des constituants, cette procédure ne peut concerner que les constituants (débiteurs ou tiers) qui sont des personnes morales ou des personnes physiques immatriculées (commerçants ou entrepreneurs). Précisément, seuls les immeubles donnés en hypothèque par ces personnes peuvent faire l'objet d'attribution judiciaire. Elle ne peut donc être mise en œuvre sur les immeubles des autres débiteurs ou constituants personnes physiques. Pour ce qui est des immeubles concernés ou précisé-

ment de leur destination, l'attribution conventionnelle ne peut pas porter sur des immeubles à usage d'habitation. Ceci exclut non seulement ceux servant de résidence du constituant (qu'il s'agisse de la résidence principale ou secondaire) mais aussi tous les autres immeubles destinés à l'habitation qu'ils soient ou non occupés, ou qu'ils soient occupés par des tiers (cas des immeubles mis en location). Seule importe donc la destination de l'immeuble (comparer avec l'article 2459 C. Civ. français qui parle plutôt de « résidence principale du débiteur »).

Pour ce qui est des modalités ou de la mise en œuvre, l'attribution conventionnelle comprend plusieurs étapes. Elle doit d'abord être convenue préalablement dans la convention d'hypothèque. Elle ne saurait donc résulter d'une convention ultérieure ou d'un avenant à la convention principale – contrairement à l'attribution judiciaire pour laquelle le créancier peut opter seulement après la défaillance du débiteur. C'est sur la base de cette convention que le créancier pourra, en cas de défaillance, opter soit pour la saisie, soit pour l'attribution de l'immeuble. Ensuite, le créancier doit, en cas de défaillance, adresser une mise en demeure de payer au débiteur. Il ne peut agir que si cette mise en demeure est restée sans effet à l'issue d'un délai de trente jours. Enfin, le créancier doit faire constater le transfert de propriété. Autrement dit, un acte de propriété doit être établi en son nom suivant les formes requises par la loi nationale en matière de transfert d'immeuble. Dans la plupart des pays de l'OHADA, le transfert de propriété s'établissant par un acte notarié, le notaire devra intervenir de nouveau pour établir le titre de propriété au nom du créancier. Il faut ajouter que, comme en ce qui concerne l'attribution judiciaire, l'intervention de l'expert est nécessaire pour l'évaluation de la valeur de l'immeuble. Il pourra être désigné soit d'accord partie soit judiciairement. Cette intervention peut être source de coût et de longueur supplémentaire de la procédure. Comme en matière d'attribution judiciaire, l'attribution conventionnelle de l'immeuble si elle éteint la créance, peut rendre le créancier hypothécaire débiteur de la somme si la valeur de l'immeuble qui lui a été transféré est supérieure à la somme qui lui était due.

54. Si cette nouvelle procédure peut faciliter la réalisation de l'hypothèque, elle peut être source d'abus comme on l'a déjà relevé en droit français (DELEBECQUE P., préc., p. 31) et sa mise en œuvre peut donner lieu à des difficultés que le texte n'envisage pas. Il en est ainsi si la clause est mise en œuvre dans le cadre d'une procédure collective.

§2 - Dans les rapports entre le créancier hypothécaire et les autres créanciers : le droit de préférence

55. L'hypothèque confère à son titulaire un droit de préférence par rapport aux autres créanciers (art. 197). Aux termes de l'art. 225 3° de l'AUS, le créancier hypo-

thécaire vient en troisième rang sur le prix de vente de l'immeuble ; il est primé par le privilège des frais de justice et les créances de salaires superprivilégiées, mais il prime lui-même d'autres créanciers, notamment les créanciers chirographaires. Entre les créanciers hypothécaires, tous bénéficiaires d'une créance hypothécaire, c'est la date d'inscription qui est prise en compte pour le classement des créanciers et non la date de naissance de la créance garantie. En cas d'inscription de l'hypothèque le même jour, la préférence devrait être accordée au titre le plus ancien. Mais, dans la pratique parfois, puisque l'on ne mentionne pas l'heure de l'inscription, les inscriptions effectuées le même jour viennent en concours sans considération de l'ancienneté du titre.

Le droit de préférence s'exerce sur le prix de la vente de l'immeuble. Peu importe que la vente soit amiable ou faite aux enchères. Il s'exerce aussi sur toute somme représentant la valeur de l'immeuble telle qu'une indemnité d'assurance ou d'expropriation. Le droit de préférence garantit le principal, les frais et trois ans d'intérêts au même rang. Pour les intérêts non couverts, le créancier peut prendre des inscriptions particulières portant hypothèques à compter de leurs dates.

§3 - Dans les rapports entre le créancier hypothécaire et les tiers détenteurs : le droit de suite

56. Le droit de suite prévu par l'article 197 de l'AUS signifie que le créancier hypothécaire inscrit, tant qu'il n'a pas été payé totalement de sa créance, peut faire saisir l'immeuble entre les mains de celui auquel il a été cédé pour le faire vendre et se faire payer sur le prix. Aux termes de l'art. 223 al. 2 AUS, « le droit de suite s'exerce contre tout tiers détenteur de l'immeuble dont le titre est publié postérieurement à l'hypothèque ». Le tiers détenteur est généralement un acquéreur, c'est-à-dire un acheteur, un donataire ou un légataire particulier. Il peut s'agir aussi d'un ayant cause à titre universel tel un héritier non tenu personnellement à la dette et dont le droit est né après la constitution de l'hypothèque.

Si la cession a été faite à titre onéreux et que le prix n'a pas encore été payé c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une vente de l'immeuble faite à crédit, au lieu de saisir l'immeuble, le créancier pourrait plutôt chercher à se faire payer en priorité selon son rang sur le montant qui est dû par l'acquéreur au vendeur. Dans ce cas, c'est la mise en œuvre du droit de préférence qui lui permet en réalité d'être payé.

Dans certains cas, la loi décide que le droit de suite ne s'exerce pas contre le tiers acquéreur. Il en est ainsi en cas de vente sur saisie immobilière ou de vente aux enchères qui emporte automatiquement purge des hypothèques. Le droit de suite est également exclu en cas d'aliénation d'éléments séparés de l'immeuble qui deviennent alors meubles par nature. Exemple : les récoltes coupées ou les matériaux issus de la démolition de l'immeuble.

57. La mise en œuvre du droit de suite prend obligatoirement la forme d'une procédure de saisie immobilière mais qui connaît quelques aménagements destinés à protéger le tiers acquéreur : il est protégé contre la vente forcée, il peut mettre en œuvre la procédure de purge et il peut délaisser l'immeuble.

La protection contre la vente forcée. Le tiers acquéreur est protégé contre la vente forcée que lui impose le créancier hypothécaire :

- Il peut invoquer les exceptions et moyens de défense liés à la dette garantie (paiement, prescription, nullité) ou à l'hypothèque ;
- Il peut également opposer l'exception de garantie que peut lui devoir le créancier poursuivant, puisque « qui doit garantie ne peut évincer » ;
- Il peut opposer le bénéfice de discussion. Le tiers détenteur peut retarder les poursuites contre lui jusqu'à la preuve que le débiteur n'a pas d'autres immeubles hypothéqués à la même dette susceptibles de saisie. Mais, cette protection est limitée, ses conditions de mise en œuvre étant restrictives ;
- Il peut invoquer la faculté de payer qui lui est faite au début de la procédure en se fondant sur l'article 223 al. 2 de l'AUS qui permet au tiers détenteur de désintéresser le créancier poursuivant du montant intégral de sa créance en disposant que : « Bien que le tiers détenteur ne soit pas personnellement obligé à la dette, il peut désintéresser le créancier poursuivant du montant intégral de sa créance, en capital, intérêts et autres accessoires, en se subrogeant à lui ». Le tiers adoptera cette solution s'il n'a pas encore payé le débiteur vendeur du montant de la créance et si celui-ci suffit pour payer les créanciers. Il pourra même payer une seconde fois si l'opération est plus avantageuse pour lui. Et lorsqu'il a payé, il est subrogé, dans les droits du créancier principal contre le débiteur et bénéficie des sûretés que le créancier s'était fait éventuellement consentir.

La faculté de délaisser l'immeuble. S'il ne veut pas ou ne peut pas payer la dette, le tiers détenteur peut délaisser l'immeuble c'est-à-dire faire abandon de la détention mais le délaissement n'est possible que si le prix est insuffisant pour payer les créanciers. Il peut donc être rétracté à tout moment contre le paiement des créanciers jusqu'à l'adjudication.

La procédure de purge. Elle permet de libérer l'immeuble des sûretés qui le grèvent. Par cette procédure, l'acquéreur paie aux créanciers, de manière anticipée dès l'acquisition de l'immeuble ou après l'exercice du droit de suite, les sommes représentant la valeur réelle de l'immeuble ce qui lui permet de garder l'immeuble et d'obtenir ainsi l'extinction et la radiation de toutes les hypothèques. Elle suppose évidemment que le prix n'ait pas déjà été payé au débiteur. Elle est obtenue même si le prix offert ne permet pas de désintéresser tous les créanciers.

Section 4 - Transmission de l'hypothèque

58. En sa qualité d'accessoire à la créance, l'hypothèque suit normalement le sort de cette dernière. Elle est donc transmise en principe à titre accessoire mais elle peut l'être également à titre principal et dans ce cas, elle permet d'affecter la sûreté à la garantie d'une autre créance.

§1 - Transmission à titre accessoire

59. L'hypothèque se transmet normalement avec la créance, transmission qui peut être à titre universel ou à titre particulier, par exemple en cas de legs ou de cession de créance. La transmission peut également se faire par subrogation légale ou conventionnelle. Quant à la formalité de transmission, l'art. 201 de l'AUS prévoit qu'elle peut se faire par acte notarié ou par acte sous seing privé suivant un modèle conforme aux règles de l'État partie concerné. La transmission doit être également publiée.

§2 - Transmission à titre principal

60. Elle peut se faire par plusieurs procédés qui relèvent des mécanismes classiques de transmission des obligations mais la subrogation et la cession d'antériorité sont des mécanismes assez particuliers.

A - Cession d'antériorité

61. C'est la convention par laquelle deux créanciers inscrits sur le même immeuble décident d'intervir leurs rangs respectifs. Une telle convention qui ne saurait nuire aux tiers ne peut donc valoir que dans la limite de la plus faible des deux sommes garanties. Ainsi, le cessionnaire n'est classé au rang avantageux qu'il a acquis que dans la mesure où la créance du cédant n'est pas éteinte et seulement dans la limite de son montant et dans la limite du montant de sa propre créance. Si la somme due au cessionnaire est inférieure à la créance du cédant, ce dernier est colloqué au rang qu'il a cédé pour la différence.

La cession d'antériorité n'est soumise à aucune formalité particulière sauf qu'elle doit être passée dans la même forme que le contrat constitutif d'hypothèque et qu'elle doit être publiée conformément à l'article 201 de l'AUS.

B - Subrogation dans la sûreté

62. C'est la convention par laquelle le titulaire de la sûreté concède les droits qui en découlent à une autre personne pour garantir une autre créance qu'a

cette dernière sur le propriétaire de l'immeuble grevé. Il ne s'agit donc pas d'une véritable subrogation réelle, mais de la mise à la disposition du subrogé de la sûreté réelle appartenant au subrogeant, d'une substitution dans le bénéfice de cette sûreté. La convention n'est soumise à aucune formalité particulière mais doit être passée dans les mêmes formes que l'acte constitutif d'hypothèque et publiée (article 201 de l'AUS). Les droits du subrogé sont subordonnés à la créance du subrogeant qui reste le support de la sûreté. Il ne peut donc faire valoir son droit de préférence au-delà de la somme due à ce dernier. Si la créance du subrogeant s'éteint, les droits du subrogé s'éteignent corrélativement.

Section 5 - Extinction de l'hypothèque

63. L'hypothèque conventionnelle ou judiciaire peut s'éteindre accessoirement à l'extinction de la créance garantie. Elle peut s'éteindre également à titre principal.

§1 - Extinction à titre accessoire

64. La créance garantie peut s'éteindre par le paiement ou par tout autre moyen. Dans ce cas, l'hypothèque, en tant qu'accessoire de la créance, s'éteint par extinction de l'obligation principale. Mais il faut rapporter la preuve de ce paiement, à défaut, l'hypothèque n'est pas éteinte. En ce sens : Tribunal de grande instance du Mfoundi, jugement civil n° 179 du 23 janvier 2002, Y. A. M. et autres c/ Standard Chartered Bank, ohadata J-04-423 où le juge décide que faute pour les héritiers d'un défunt de prouver que la créance du de cujus est éteinte, l'hypothèque consentie par celui-ci n'était pas éteinte avant son décès.

Le paiement pur et simple sans subrogation éteint la créance et donc l'hypothèque mais ce paiement doit être total car l'indivisibilité de l'hypothèque impose son maintien en cas de paiement partiel pour le reliquat. De même, tout acte ou événement qui a pour effet d'éteindre la créance garantie, que son titulaire obtienne ou non satisfaction fait disparaître l'hypothèque. Il en est ainsi de la prescription, de la compensation, de la remise de dette, etc.

§2 - Extinction à titre principal

65. L'hypothèque peut s'éteindre indépendamment de la créance principale pour plusieurs raisons dont les principales, énumérées par l'article 201 de l'AUS sont : la renonciation à l'hypothèque, la péremption de l'inscription et la purge de l'hypothèque. On peut y ajouter la perte du droit hypothéqué.

A - Renonciation à l'hypothèque

66. Le créancier peut renoncer à l'hypothèque sans renoncer à sa créance. La renonciation peut s'expliquer par exemple par l'inutilité de la sûreté. C'est un acte unilatéral qui requiert de son auteur la libre disposition de la créance garantie et la capacité d'aliéner le droit immobilier. La renonciation doit être établie dans la même forme que l'acte constitutif de l'hypothèque et publiée (art. 201 AUS).

B - Péremption de l'inscription de l'hypothèque

67. L'inscription de l'hypothèque n'est pas perpétuelle. Elle est prise pour une durée déterminée qui ne peut pas être supérieure à trente ans sauf disposition contraire d'une loi nationale. Son non-renouvellement entraîne sa péremption. Même lorsque l'inscription a été prise pour une durée indéterminée, elle se périmé au bout de trente ans. Cette péremption doit être attestée, sous sa responsabilité, par le conservateur du registre de la publicité immobilière. L'attestation doit mentionner qu'aucune prorogation ou nouvelle inscription n'affecte la péremption.

Quant à son effet sur l'existence de l'hypothèque, la péremption ne vaut pas extinction de l'hypothèque mais seulement inopposabilité de celle-ci. Le créancier pourrait procéder à une nouvelle inscription dont le rang ne rétroagit pas toutefois à celle de la première inscription.

C - Purge de l'hypothèque

68. L'hypothèque est éteinte en cas de purge. Celle-ci doit résulter du procès-verbal d'adjudication sur expropriation forcée et du paiement ou de la consignation de l'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique. Peu importe que le prix ou l'indemnité obtenus soient suffisants pour désintéresser tous les créanciers inscrits.

D - Perte du droit hypothéqué

69. Cette cause d'extinction est difficilement envisageable lorsque le droit hypothéqué est le droit de propriété mais elle est possible pour d'autres droits comme l'usufruit, le droit de superficie ou le bail emphytéotique qui peuvent avoir une durée limitée. De même, l'annulation de la convention à l'origine de ces droits peut entraîner leur perte et par conséquent l'extinction de l'hypothèque qui était constituée.

Par contre, il n'y a pas perte de droit en cas de destruction ou de dégradation des constructions ayant pour effet de rendre l'immeuble hypothéqué insuffisant pour garantir la créance. L'article 222 de l'AUS prévoit que,

dans ce cas, le créancier peut obtenir soit la déchéance du terme, soit une autre hypothèque.

Chapitre 2 : Hypothèques forcées

70. L'article 209 de l'AUS définit l'hypothèque forcée comme « celle qui est conférée, sans le consentement du débiteur, soit par la loi, soit par une décision de justice ». On distingue deux types d'hypothèques forcées : les hypothèques forcées légales et les hypothèques forcées judiciaires. La réforme de l'AUS qui est intervenue n'a pas affecté les règles applicables aux hypothèques judiciaires.

Section 1 - Hypothèques légales

71. L'Acte uniforme a retenu et réglementé uniquement trois types d'hypothèques légales : l'hypothèque légale du vendeur d'immeuble, du copartageant et de l'échangiste, l'hypothèque légale des architectes, entrepreneurs et assimilés ainsi que l'hypothèque légale de la masse.

Pourtant, il en existe d'autres comme l'hypothèque légale des incapables ou l'hypothèque légale de la femme mariée ou des époux. En application de l'article 209 précité en son alinéa 2 qui prévoit que « Les hypothèques forcées autres que celles prévues par le présent Acte uniforme sont régies par les dispositions particulières de la loi nationale de chaque État partie », ces hypothèques relèvent des dispositions nationales des différents États membres (*sur les règles applicables à l'hypothèque légale des incapables et à l'hypothèque légale du conjoint ou de la femme mariée dans les pays de l'OHADA, lire : KALIEU ELONGO Y., Droit et pratique des sûretés réelles OHADA, préc., p. 64 et s.*). On peut citer également l'hypothèque légale parfois accordée à l'administration fiscale (*Voir par exemple : le code général des impôts du Cameroun qui prévoit que : « pour le recouvrement des impositions de toute nature et amendes fiscales qui relèvent de la compétence du receveur des impôts, l'administration fiscale bénéficie d'une hypothèque légale sur les biens immeubles du débiteur »*). On peut toutefois se demander si les législations nationales peuvent créer d'autres hypothèques légales en dehors de celles qui existaient déjà au moment de l'avènement du droit uniforme. Nous pensons que cela reste possible. Le problème – qui n'est pas déjà résolu pour celles qui existent – se posera pour ce qui est de la classification des nouvelles hypothèques légales créées mais la date d'inscription devrait permettre d'effectuer le classement (*V. sur la question : ISSA SAYEGH (J.), Note sous les hypothèques forcées légales in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^e éd., 2008, p. 730*).

§1 - Hypothèque légale du vendeur d'immeuble, du copartageant ou de l'échangiste

72. Cette hypothèque est organisée par l'article 211 C. Civ. L'hypothèque accordée au vendeur d'immeuble suit quasiment le même régime que celui de l'échangiste alors que l'hypothèque du copartageant comporte quelques particularités.

A - Hypothèque du vendeur d'immeuble et de l'échangiste

73. Le vendeur d'immeuble bénéficie, en droit commun, en sa qualité de vendeur, de certaines garanties. Lorsqu'il n'a pas été payé du prix, il peut mettre en œuvre l'exception d'inexécution qui lui permet de ne pas délivrer la chose vendue ou l'action en résolution pour non-paiement du prix qui aboutit à la restitution de la chose. L'hypothèque légale n'est donc qu'une protection supplémentaire accordée au vendeur lorsque la vente porte sur un immeuble. Cette hypothèque profite également à l'échangiste et au prêteur de deniers.

L'hypothèque légale bénéficie au vendeur que la vente soit amiable ou aux enchères, qu'elle soit au comptant ou à terme mais il doit s'agir d'une vente d'immeuble par nature, ce qui exclut la vente d'immeubles par destination ou de meubles par anticipation. Le vendeur bénéficie dans ce cas plutôt du privilège du vendeur de meubles. Le prêteur de deniers ayant servi à l'acquisition de l'immeuble peut également se prévaloir de l'hypothèque. Mais, il ne peut bénéficier de l'hypothèque que s'il est authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que la somme était destinée à l'achat de l'immeuble et que le paiement a été fait avec les deniers empruntés.

L'hypothèque porte essentiellement sur l'immeuble vendu ou échangé et garantit le paiement total ou partiel du prix de vente ou de la soulte lorsqu'il s'agit de l'échange.

74. S'agissant du fonctionnement, bien que l'hypothèque soit qualifiée de légale, elle n'existe pas d'office. Le vendeur ou l'échangiste peut, aux termes de l'article 211 AUS, « exiger de l'autre partie à l'acte une hypothèque pour garantir le paiement total ou partiel du prix. À défaut de stipulation d'hypothèque conventionnelle, le vendeur, l'échangiste peuvent en vertu d'une décision de la juridiction compétente obtenir l'hypothèque forcée sur lesdits immeubles ».

Lorsqu'elle est obtenue judiciairement, cette hypothèque doit être publiée dans les mêmes conditions que l'hypothèque conventionnelle. Elle emporte comme celle-ci le droit de préférence au même rang.

B - Hypothèque du copartageant

75. Le partage, surtout lorsqu'il porte sur une succes-

sion, peut faire naître des obligations entre les parties. L'égalité étant l'âme du partage, il arrive parfois que cette égalité ne soit pas respectée parce que l'un des cohéritiers – surtout lorsque la succession comporte des biens en nature – a reçu des biens d'une valeur supérieure à celle des autres. Pour rétablir l'égalité, il doit leur verser une soulte qui représente une somme d'argent. C'est le paiement de cette soulte qui est garanti par une hypothèque légale sur l'immeuble ou les immeubles de celui qui en est débiteur et qui sont compris dans le partage. Cette hypothèque bénéficie au copartageant pour tout partage incluant un ou des immeubles quelle que soit la source de l'indivision (indivision successorale, dissolution des sociétés) et quelle que soit la forme du partage (amiable ou judiciaire). Le régime de cette hypothèque est le même que celui de l'hypothèque du vendeur d'immeuble.

76. L'hypothèque peut être mise en œuvre dans différentes hypothèses, son étendue est alors variable et elle doit être déterminée aussi bien par rapport aux créances garanties que relativement aux immeubles grevés.

- **1^{er} cas :** L'hypothèque est consentie pour garantir la soulte c'est-à-dire la somme due au copartageant qui reçoit les biens d'une valeur inférieure à sa part dans l'indivision. Dans ce cas, elle ne greève les immeubles que lorsque la soulte est due par tous les autres.

- **2^e cas :** l'hypothèque est consentie pour garantir le recours du copartageant évincé d'un bien meuble ou immeuble mis dans son lot. Il faudrait dans ce cas que la cause d'éviction soit antérieure au partage. L'hypothèque est alors assise sur les immeubles mis aux lots des autres copartageants car la créance de celui qui est évincé est une créance divisée dès sa nature.

§2 - Hypothèque légale des architectes et entrepreneurs

77. À défaut d'hypothèque conventionnelle, l'article 212 AUS prévoit que les architectes, entrepreneurs et autres personnes employées pour la construction d'un bâtiment peuvent obtenir par jugement une hypothèque forcée sur l'immeuble ayant fait l'objet des travaux.

A - Bénéficiaires

78. S'agissant des bénéficiaires, l'hypothèque est accordée à ceux qui effectuent des travaux relativement aux bâtiments, c'est-à-dire aussi bien ceux qui ont un lien avec le maître d'ouvrage (architectes, entrepreneurs) que ceux qui sont seulement employés par l'architecte ou l'entrepreneur (sous traitants, manœuvres et ouvriers). L'hypothèque bénéficie aussi au prêteur de deniers qui a fourni les sommes pour payer ou rembourser les entrepreneurs, les architectes et les personnes employées à

la double condition qu'il soit formellement constaté que l'emprunt était destiné à cet emploi et que la quittance délivrée aux créanciers mentionne que le paiement a été effectivement fait avec les sommes empruntées.

B - Travaux concernés

79. Pour ce qui est des travaux concernés, deux précisions sont contenues dans les textes.

D'abord, les travaux doivent être relatifs aux bâtiments, ce qui exclut par exemple les travaux relatifs au traitement du sol ou du sous-sol.

Ensuite, pour ce qui est de la nature des travaux, il peut s'agir des travaux d'édification, c'est-à-dire de constructions nouvelles, des travaux de réparation ou encore des travaux de reconstruction, c'est-à-dire ceux relatifs à l'amélioration des bâtiments qui existent déjà.

C - Montant garanti

80. L'hypothèque est inscrite pour « la somme qui sera estimée due » ce qui correspond, en pratique, à la somme qui ressort du devis initialement présenté par l'architecte ou l'entrepreneur. Si la somme définitive est supérieure à celle-ci, l'hypothèque ne couvrira que la somme correspondant au devis. Pour le surplus, l'architecte ou l'entrepreneur sera considéré comme chirographaire.

D - Mise en œuvre

81. Le mécanisme de cette hypothèque est assez particulier. Tel que cela ressort de l'article 212, elle ne peut être accordée que si, avant le début des travaux, le créancier ne s'est pas fait consentir une hypothèque conventionnelle. Il doit alors, dès la fin des travaux, saisir le juge pour obtenir l'inscription de cette hypothèque sur l'immeuble ou les immeubles ayant fait l'objet des travaux. L'hypothèque est inscrite provisoirement et prend rang à sa date. L'inscription est valable à compter cette date jusqu'à un mois après l'achèvement des travaux. Cet achèvement doit être constaté par un huissier. Si l'inscription devient ensuite définitive par accord des parties ou par décision judiciaire pour tout ou partie de la somme estimée due, elle conserve sa date c'est-à-dire que l'inscription définitive rétroagit au jour de l'inscription provisoire. Comme toute hypothèque, elle emporte droit de suite et droit de préférence.

§3 - Hypothèque légale de la masse

82. Cette hypothèque n'est réglementée que partiellement par l'Acte uniforme sur les sûretés dont l'article 210 renvoie aux dispositions de l'AUPCAP. Ceci s'explique par le fait que la masse est un organe

des procédures collectives (*Sur la question, lire : POU-GOUÉ P.G. et KALIEU Y.R., Les procédures collectives d'apurement du passif OHADA, PUA, 1999*). Les dispositions consacrées à l'hypothèque légale de la masse dans l'AUPCAP sont les articles 74 et 135.

L'hypothèque légale de la masse n'est mise en œuvre qu'en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens et ne concerne donc pas le règlement préventif. L'article 210 dispose que la sûreté doit être inscrite dans le délai de dix jours à compter de la décision d'ouverture d'une procédure collective à la requête du greffier ou du syndic.

Contrairement aux deux hypothèques légales précédentes qui portent sur des biens déterminés, cette hypothèque porte sur tous les immeubles du débiteur non seulement sur les immeubles présents mais aussi sur les immeubles à venir ce qui suppose que des inscriptions complémentaires seront prises en tant que de besoin ultérieurement.

Section 2 - Hypothèque judiciaire

83. À défaut d'hypothèque conventionnelle ou légale, le créancier chirographaire peut obtenir, sur autorisation du juge, une hypothèque sur les immeubles de son débiteur : c'est l'hypothèque judiciaire (*KUATE TAMEGHE S.S. et KENDA NANA D., L'efficacité des sûretés judiciaires dans le droit issu de l'OHADA, Revue de droit africain, n° 42, avril-juin 2007*). L'institution de cette hypothèque qu'on appelle encore hypothèque conservatoire a deux justifications : d'une part, elle est un palliatif de la lenteur des procès et, d'autre part, elle permet la protection du créancier contre l'insolvabilité que le débiteur pourrait organiser pendant l'instance en cours contre lui. Cette hypothèque permet donc de compenser, pour le créancier obligé de recourir à la justice, l'allongement des procédures judiciaires et d'éviter, même en dehors de toute procédure, que le débiteur n'organise son insolvabilité. Seulement, elle ne doit pas devenir un moyen de pression et même de chantage pour les créanciers contre les débiteurs récalcitrants.

84. Elle est réglementée par l'article 231 de l'AUS. Il faut en déterminer les conditions ainsi que la mise en œuvre.

§1 - Conditions

85. Elle est soumise à une triple condition.

Il convient d'abord de signaler que l'octroi de l'hypothèque judiciaire suppose que le créancier ne bénéficie pas déjà d'une hypothèque légale ou d'une hypothèque conventionnelle. Elle est accordée par le juge et la juridiction compétente est celle du domicile du débiteur ou du ressort dans lequel sont situés les immeubles à saisir.

Ensuite, et même si cela ne ressort pas des textes, il faut que la créance soit fondée dans son principe et que son recouvrement soit menacé (*comparer avec la loi française du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution qui est plus précise. En ce sens, ALBIGES et DUMOND-LEFRAND, préc., n° 582*). Pour que l'hypothèque judiciaire soit accordée, la créance doit être certaine, liquide et exigible. C'est en ce sens que s'est prononcée la CCJA (*Arrêt n° 013/2002 du 18 avril 2002, Bicici c/ d'O. B., Boucherie moderne de Côte d'Ivoire, OHADA Recueil de jurisprudence, PUA, Yaoundé 2003, p. 147 et s.*) ainsi que certaines juridictions nationales (*par ex. : Cour d'appel de Port Gentil, 28 avril 1999, EFG c/ C., ohadata J-02-44, obs. J. ISSA SAYEGH ; Tribunal régional hors classe de Dakar, audience publique ordinaire du 25 janvier 2000, n° 231, Cbao c/ M.B., ohadata J-04-475*).

Enfin, l'hypothèque judiciaire ne peut porter que sur les immeubles du débiteur. Contrairement à l'hypothèque conventionnelle, ces immeubles doivent être déterminés.

§2 - Mise en œuvre

86. Elle est mise en œuvre en trois étapes : il faut d'abord une autorisation judiciaire qui aboutit ensuite à l'inscription provisoire avant que la procédure au fond ne soit éventuellement organisée.

A - Autorisation judiciaire

87. Le créancier qui désire inscrire une hypothèque judiciaire doit obtenir par voie de requête, une autorisation donnée par ordonnance sur requête par le président du tribunal compétent, c'est-à-dire celui du domicile du débiteur ou celui du ressort dans lequel sont situés les immeubles à saisir. C'est ce que prévoit l'article 213 AUS. L'application de cette disposition a donné lieu à des difficultés sur lesquelles s'est prononcée la Cour d'appel d'Abidjan (En ce sens : CA d'Abidjan, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 492 du 14 avril 2000, Actualités juridiques, n° 32, p. 15 ; ohadata J-03-75).

88. L'ordonnance est accordée si la créance paraît fondée dans son principe tout en étant menacée dans son recouvrement. Elle doit comprendre obligatoirement certaines mentions notamment l'indication de la somme pour laquelle l'hypothèque est autorisée, la fixation du délai pendant lequel le créancier doit former l'action en validité de l'hypothèque ou la demande au fond ainsi que le délai pendant lequel le créancier ne peut pas saisir la juridiction du fond.

La fixation de ces différents délais, les conséquences de l'absence de fixation des délais ou le non-respect des délais fixés ont donné lieu à plusieurs décisions de justice rendues sous l'empire de l'Acte uniforme de 1997. (*Sur la sanction de l'inobservation du délai prescrit au*

créancier pour saisir la juridiction de fond, voir : CCJA, 2^e chambre, arrêt n° 07 du 30 mars 2006, affaire SCGL c/ AC, obadata J-07-14 ; Le juris-obada, n° 3/2006, p. 23, *Les grandes décisions de la CCJA, L'Harmattan, 2010, p. 225, observations SOUPGUIE. : « Attendu qu'il résulte des dispositions sus-énoncées (article 136) que la sanction de l'inobservation du délai prescrit pour saisir la juridiction du fond est la rétractation éventuelle de la décision ayant autorisé l'inscription provisoire de l'hypothèque par la juridiction qui l'a ordonnée ; qu'en l'espèce, au cas où le délai de 15 jours prescrit à la société A21C n'aurait pas été respecté, l'ordonnance serait exposée à la rétractation par la juridiction présidentielle du Tribunal de première instance d'Abidjan qui l'a rendue ; qu'il suit que l'arrêt critiqué (...) ne viole en rien les dispositions de l'article 136 précité (...) ».* Sur la contestation des délais fixés, voir par ex. : Tribunal de grande instance de la Menoua (Cameroun), jugement n° 30/ Civ du 12 septembre 2005, affaire COFINEST c/ B.J.R., obadata J-07-47 où le juge décide que les contestations relatives au non-respect du délai pour former l'action en validité d'hypothèque provisoire relèvent de la compétence de la juridiction qui a autorisé l'hypothèque. Sur la non-fixation des délais par le juge et les sanctions de cette omission, voir : TPI Port Gentil (Gabon), ordonnance de référé n° 21/98-99 du 27 novembre 1998, SCI Les Bougainvillées c/ BGFI, obadata J-02-149 ; Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement n° 1602 du 28 août 2001, obadata J-02-199).

89. Préalablement au prononcé de la décision, l'article 214 prévoit que le juge peut obliger le créancier à justifier de sa solvabilité suffisante ou à défaut, à donner caution par acte déposé au greffe ou entre les mains d'un séquestre avec ou sans obligation d'observer les règles concernant la réception des cautions.

L'ordonnance est exécutoire sur minute nonobstant opposition ou appel (article 215 AUS).

B - Inscription provisoire

90. Le créancier doit ensuite prendre une inscription provisoire d'hypothèque sur présentation de l'ordonnance (article 216 AUS). Cette inscription se fait à la conservation foncière. Cette procédure conditionne l'action en validité de l'hypothèque (*Pour une décision rendue sous l'empire de la loi antérieure, voir : Tribunal de grande instance du Mfoundi, jugement civil n° 371 du 26 février 2003, affaire B. c/ T.M., Inédit : « Mais attendu (...) Qu'il résulte de l'article 136 de l'Acte uniforme OHADA sur les sûretés que pour former l'action en validité d'hypothèque, le créancier doit au préalable sur autorisation résultant d'une décision de justice prendre une inscription provisoire d'hypothèque sur les immeubles de son débiteur ; Que pour n'avoir pas accompli cette formalité ou rapporté la preuve de ce que cette formalité a été accomplie, l'action en vali-*

dité d'hypothèque (...) manque de base légale (...)). Le créancier doit agir dans les délais indiqués dans l'ordonnance et relativement à la demande en validité de l'inscription ou de la demande au fond. Si l'inscription n'est pas prise dans ce délai, l'action au fond devient inutile et l'ordonnance caduque.

91. Les formalités d'inscription qui sont celles prévues par la législation foncière nationale sont les mêmes que celles de l'hypothèque conventionnelle. Seulement, le créancier doit présenter la décision d'autorisation contenant entre autres : la désignation du créancier, la date de la décision, la cause et le montant de la créance garantie, la désignation des immeubles sur lesquels l'inscription a été ordonnée.

92. Le créancier doit notifier la décision ordonnant l'hypothèque judiciaire en délivrant l'assignation en vue de l'instance en validité ou de l'instance au fond. Il doit également notifier l'inscription dans la quinzaine de cette formalité et il doit élire domicile dans le ressort de la juridiction compétente ou de la conservation foncière (art. 217 AUS). La CCJA a décidé dans une espèce rendue que la notification dans la quinzaine et l'élection de domicile ne sont pas d'ordre public (En ce sens : CCJA, 2^e chambre, arrêt n° 07 du 30 mars 2006, affaire SCGL c/ A C, obadata J-07-14 ; Le juris-obada, n° 3/2006, p. 23 : « Mais attendu que (...) les formalités prescrites aux articles 139 et 140 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, notamment l'élection de domicile du créancier et le défaut de notification dans la quinzaine de l'inscription hypothécaire ne sont pas d'ordre public au regard de l'Acte uniforme précité et ne sauraient être relevées d'office par le juge, ni justifier de plein droit une mainlevée de l'inscription de l'hypothèque autorisée (...) »).

93. À partir de ce moment, le débiteur, qui jusque-là n'a pas pris part à l'instance, peut contre-attaquer. Ainsi, en application de l'article 218 AUS, il peut obtenir en référé, du président du tribunal qui l'a autorisé, la mainlevée ou la réduction de l'hypothèque. Il doit cependant au préalable consigner les sommes représentant le montant garanti en principal y compris les intérêts et les frais entre les mains d'un séquestre (*En ce sens : Tribunal régional de Kaolack (Sénégal), jugement du 11 septembre 2000, A.W. c/ S.Y.K., obadata J-03-221*). La mainlevée ou la réduction sont demandées dans le mois de la notification de l'assignation.

L'article 219 AUS prévoit que la mainlevée pourra être obtenue si le débiteur justifie de motifs légitimes et sérieux (*En ce sens : Tribunal de première instance de Douala-Bonanjo, ordonnance n° 432 du 21 février 2000, affaire T.M.A. c/ Crédit Foncier du Cameroun, cité par KUATE TAMEGHE S.S. et KENDA N.D. in L'efficacité des sûretés judiciaires dans le droit issu de l'OHADA, revue de droit africain, n° 42, avril-juin 2007*). La mainlevée est une mesure urgente qui est de la compétence du juge

des référés (*En ce sens : Tribunal régional hors classe de Dakar, ordonnance de référé n° 7 du 6 janvier 2003, MBS c/ SBGS, obadata J-03-178*).

Par contre, il y a lieu seulement à réduction si le débiteur justifie que la valeur des immeubles est doublement supérieure au montant des sommes inscrites (art. 220 AUS). Il pourra alors indiquer les immeubles sur lesquels il souhaite faire inscrire la garantie.

Il s'agit, dans tous les cas, d'une mesure provisoire qui peut être rapportée à tout moment par le juge des référés ou par la juridiction de fond.

C - Demande au fond

94. Dans la troisième phase de la procédure, le créancier, par une demande au fond, peut soit faire valider l'inscription, soit obtenir un jugement de condamnation au paiement de la créance en principal, intérêts et frais. Dans les deux cas, le tribunal, au cas où l'action est fondée, transformera l'hypothèque provisoire en hypothèque définitive prenant rang à la date de l'inscription conservatoire ou provisoire (art. 221). (*En ce sens : Tribunal Régional hors classe de Dakar, audience publique ordinaire du 25 janvier 2000, jugement n° 231, CBAO c/ M.B., obadata J-04-475*).

95. La demande au fond est en principe indépendante de la procédure de référé mais elle va avoir des conséquences sur l'hypothèque provisoire. Ainsi, la décision qui statue sur le fond peut maintenir partiellement ou totalement l'hypothèque si la créance est reconnue (*En ce sens : Tribunal Régional hors classe de Dakar, jugement civil n° 2375 du 24 décembre 2003, B.S.T. c/ A.B., obadata J-04-280 ; Tribunal de première instance de Cotonou (Bénin), Première Chambre civile moderne, audience publique du 21 mai 2003, B.T.M. c/ M.A.A.,*

obadata J-05-298). Le jugement peut même consentir une hypothèque complémentaire.

96. Dans les six mois suivant le jour où cette décision a acquis l'autorité de la chose jugée, le créancier doit requérir l'inscription de l'hypothèque conformément à la législation nationale en matière de publicité foncière. Ce qui a été maintenu prend rang à la date de l'inscription provisoire ; l'hypothèque prend rang à la date de l'inscription définitive.

Faute d'inscription définitive dans le délai fixé ci-dessus, ou si la créance n'est pas reconnue par une décision passée en force de chose jugée, la première inscription devient rétroactivement sans effet et sa radiation peut être demandée par toute personne intéressée, aux frais de l'inscrivant, à la juridiction qui a autorisé ladite inscription (art. 221 AUS).

§3 - Sort de l'hypothèque judiciaire en cas de procédure collective

97. L'hypothèque judiciaire, comme l'hypothèque conventionnelle, est affectée par l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre le débiteur et cela de trois manières :

- L'interdiction d'inscrire les sûretés après l'ouverture de la procédure devrait s'étendre également à l'inscription de l'hypothèque judiciaire tout au moins en ce qui concerne l'inscription provisoire. Partant, l'inscription définitive prise à ce moment alors que l'inscription provisoire est antérieure devrait être valable ;
- L'inopposabilité de droit des inscriptions provisoires d'hypothèques judiciaires prises pendant la période suspecte qui va de la cessation des paiements au jour du jugement d'ouverture (article 68, 6° AUPCAP) ;
- La suspension des poursuites individuelles dès l'ouverture de la procédure collective qui s'impose aux créanciers s'étend aux créanciers bénéficiaires d'hypothèques judiciaires.

Yvette Rachel KALIEU ELONGO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Antichrèse 1,
Attribution

- Judiciaire 45, 51, 53
- Conventionnelle 45, 53

C

Créancier hypothécaire 8, 14, 15, 42,
46, 48, 49, 51, 53, 55, 56, 57

D

Droit de suite 1, 44, 56, 57, 81
Droit de préférence 2, 3, 44, 55, 56,
62, 74, 81
Droits immobiliers 28, 31, 33, 36
Droits réels 33, 35, 36, 44
Droits conditionnels 37, 38
Droits indivis 37, 39

H

Hypothèque
- Définition 2
- Caractères 6, 7
- Types 70, 71

- Constitution 4, 6, 12
- Extinction 30, 57, 63, 64, 67, 69
- Renonciation 65, 66

I

Immeuble 1, 2, 3, 4, 8, 10, 12, 16,
19, 20, 22, 23, 24, 31, 35, 38, 39,
40, 41, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 51,
52, 53, 55, 56, 57, 61, 62, 69, 71,
72, 73, 74, 75, 76, 77, 81, 82, 83,
85, 87, 90, 91, 93
Inscription 3, 4, 23, 24, 25, 26, 27,
28, 29, 30, 55, 65, 67, 71, 81, 82,
86, 88, 90, 91, 92, 94, 96, 97
- Formalités 24, 30, 91, 92
- Effets 29
- Renouvellement 24, 29, 67

P

Pacte comissoire 52
Procédure collective 4, 12, 24, 27,
29, 48, 54, 82, 97
Publicité 2, 3, 4, 23, 67, 96
Purge 48, 56, 57, 65, 68

S

Saisie immobilière 4, 24, 45, 47, 49,
56, 57,
Subrogation 30, 59, 60, 62, 64

T

Tiers détenteur 42, 56, 57

V

Vente forcée 57

IMAGE FIDÈLE DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE

Table des matières

Bibliographie

Introduction n° 1-2

A - Double qualité de l'image fidèle n° 3

I - Pertinence n° 4-5

a - Recherche de l'adéquation de la comptabilité avec la réalité économique n° 6-7

b - Bonne information n° 8-13

II - Fiabilité n° 14

a - Respect du système conventionnel n° 15-16

b - Adaptabilité n° 17-21

B - Deux principes généraux comptables n° 22

I - Impératifs de la sincérité n° 23

a - Préférence à la réalité économique n° 24-25

b - Devoir de collaboration n° 26-27

II - Impératifs de la régularité n° 28

a - Règle fondamentale de fidélité n° 29-30

b - Règle fondamentale de continuité n° 31-32

c - Règle de l'importance significative ou relative n° 33

d - Règle fondamentale de prudence n° 34-35

e - Règle fondamentale du coût historique ou du nominalisme n° 36-37

f - Règle fondamentale de spécialisation des exercices n° 38

g - Règle fondamentale de permanence des méthodes comptables n° 39-41

- AMVENE SUKUTU (J.), *Comptabilité des sociétés commerciales avec aspects juridiques et fiscaux*, éditions La colombe.
- Ernst & Young International, « Acte uniforme sur la comptabilité », Actes uniformes OHADA. *Les Études pratiques de Ernst & Young en Afrique*, éditions FFA, 1^{re} édition, octobre 2006, p. 427 à 544.
- GOVOEI (B.D.), *Précis de comptabilité générale. Droit et système comptable OHADA. Contribution à l'amélioration et à la vulgarisation du système de convergence des normes comptables internationales IAS/IFRS*, éd. Etudis Abidjan-Cotonou.
- GUEYE MAMA ADAMA, NDIAYE (P.), SAKHO (A.), *Acte uniforme dans les États de l'UEMOA*, Dakar, Synergie Experts, 500 pages.
- JOHSON FRANK (K.A.), « Rappel des principes comptables », Flash n° 4 de la *Revue des experts associés*, n° 1, juillet 2005 ; « Droits et garanties du contribuable en cas de contrôle fiscal », Flash n° 3 de la *Revue des experts associés*, n° 2.
- NEMEDEU (R.) : « Une présentation critique de l'Acte uniforme Ohada du 24 mars 2000, portant organisation des comptabilités des entreprises par rapport au plan comptable OCAM-CEMAC », *Juridis Périodique*, n° 58, avril-juin 2004, p. 94.
- NGUE REMY (E.), « Les états financiers OHADA ».
- NJAMPIEP (J.), *Maîtriser le droit et la pratique du système comptable OHADA ?*, Éditions Publibook Université (EPU), Paris.
- SAWADOGO FILIGA (M.), SERE (S.), *Droit comptable. Système comptable ouest africain*, Ouagadougou, éditions Découverte du Burkina, 2002, 159 pages.
- WAHA (J.P.), « Système comptable OHADA : Analyse critique de certaines dispositions légales », *Juridis Périodique*, n° 48, oct.-nov.-déc. 2001, p. 97-100.

1. L'Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises (AUDC) convoque ce concept d'image fidèle en ces termes :

Article 8 : « Les états financiers annuels comprennent le Bilan, le Compte de résultat, le Tableau financier des ressources et des emplois, ainsi que l'État annexé.

Ils forment un tout indissociable et décrivent de façon régulière et sincère les événements, opérations et situation de l'exercice pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situations financière et du résultat de l'entreprise.

Ils sont établis et présentés conformément aux dispositions des articles 25 à 34 ci-après, de façon à permettre leur comparaison dans le temps, exercice par exercice,

et leur comparaison avec les états financiers annuels des autres entreprises dressés dans les mêmes conditions de régularité, de fidélité et de comparabilité ».

Article 9 : « La régularité et la sincérité des informations regroupées dans les états financiers annuels de l'entreprise résultent d'une description adéquate, loyale, claire, précise et complète des événements, opérations et situations, se rapportant à l'exercice.

La comparabilité des états financiers annuels au cours des exercices successifs nécessite la permanence dans la terminologie et dans les méthodes utilisées pour retracer les événements, opérations et situations présentées dans ces états ».

Article 10: « Toute entreprise qui applique correctement le Système comptable OHADA est réputée donner, dans ses états financiers, l'image fidèle de sa situation et de ses opérations exigée en application de l'article 8 ci-dessus.

Lorsque l'application d'une prescription comptable se révèle insuffisante ou inadaptée pour donner cette image, des informations complémentaires ou des justifications nécessaires sont obligatoirement fournies dans l'état annexé ».

2. Il ressort de l'analyse de ces dispositions que donner une image fidèle de la situation et des opérations de l'entité est l'unique objectif de la comptabilité. C'est par des messages financiers construits lors de la phase d'agrégation que l'image fidèle sera véhiculée, qu'elle sera donnée. Si l'image fidèle est pour ainsi dire un objectif, les moyens pour y parvenir emprunteront deux principes généraux comptables : celui de la régularité et celui de la sincérité. Le concept d'image fidèle et les principes généraux sont donc indissociables, la première étant en quelque sorte l'âme des seconds.

L'image fidèle convoque une double qualité (la pertinence et la fiabilité) et procède par le respect de deux autres principes pour sa concrétisation (sincérité et régularité).

A - Double qualité de l'image fidèle

3. Le concept d'image fidèle trouve son origine dans les conceptions anglo-saxonnes de la « *true and fair view* ». Cette notion apparaît aussi aux États-Unis mais son appellation est différente : « *present fairly* » (S.-Zeff, « *La normalisation aux États-Unis* », *RF compt.* n° 265, mars 1995, p. 61). L'image fidèle est le principe comptable britannique le plus important. Le droit comptable OHADA a intégré aussi le principe mais sans lui donner une définition claire. Par référence au droit britannique, un auteur a défini l'image fidèle comme « une vision réelle par une traduction loyale de ce qu'est l'entreprise » (J.-M. Matt et A. Mikol, « *L'image fidèle, la doctrine et la loi* », *RF compt.* n° 174, décembre 1986, p. 47).

Cette définition se révèle très nettement insuffisante pour cerner les implications de cette notion. Il faut donc se référer aux réflexions de l'IASB (*International Accounting Standards Board*) pour déterminer les implications de cette notion à travers les deux qualités qu'elle impose à la comptabilité : la qualité de pertinence et la qualité de fiabilité.

I - Pertinence

4. La pertinence de la comptabilité va être conditionnée par le message qu'elle diffuse. Pour l'IASB, la

comptabilité « possède la qualité de pertinence lorsqu'elle influence les décisions économiques des utilisateurs en les aidant à évaluer des événements passés, présents ou futurs ou en confirmant ou corrigeant leurs évaluations passées » (IASB, *Cadre pour la préparation et la présentation des états financiers*, n° 26). On retrouve cette idée dans l'article 8 al. 2 AUDC : « Ils forment (les états financiers annuels) un tout indissociable et décrivent de façon régulière et sincère les événements, opérations et situations de l'exercice pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise ».

5. À partir de ces deux textes, on déduit deux impératifs autour desquels la pertinence s'articulera : la recherche de l'adéquation de la comptabilité avec la réalité économique et la notion de bonne information.

a - La recherche de l'adéquation de la comptabilité avec la réalité économique

6. L'adéquation la plus fidèle entre la réalité économique et la vision de cette réalité que retranscriront les comptes permettra de qualifier la comptabilité de pertinente. L'utilisation du verbe « donner » dans l'article 8 al. 2 suscitée, traduit ce souci d'adéquation. Ce verbe implique une certaine action du rédacteur des comptes à laquelle il n'était jusqu'alors pas habitué.

En droit français, l'introduction de la notion d'image fidèle par une loi du 30 avril 1983 avait suscité des commentaires. Certaines auteurs avaient exprimé les mêmes idées comme M. Lauriol : « Fidèle, c'est fidèle à quoi ? C'est fidèle à la vérité, par conséquent à la réalité » (« *L'image fidèle, miroir ou mirage ?* », *Revue des commissaires aux comptes*, n° 2, 1984, p. 11) ; ou B. d'Illiers : « Les mots d'image fidèle » n'ont aucune importance en eux-mêmes. Le mot important, le mot-clé, c'est le verbe donner » (« *L'image fidèle, miroir ou mirage ?* » *Revue des commissaires aux comptes*, n° 2, 1984, p. 7). La Commission des Opérations de Bourse (COB) de l'époque, dans son rapport annuel pour 1983 au Président de la République, avait mis l'accent sur le verbe « donner » plutôt que sur « l'image fidèle ». Elle considérait comme indissociable du verbe « donner » l'expression « image fidèle ». Bien que cela n'eût l'air de rien, la COB avait considéré qu'il traduisait l'amorce d'une révolution. Mais il faut dire qu'avant cette loi, « les seules exigences étaient que les comptes soient établis en se conformant à certaines règles ; ces exigences portaient sur la façon d'établir les comptes, mais aucune obligation n'était formulée quant à la pertinence de l'image de l'entreprise qu'ils donnaient au lecteur » (Rapport annuel de la COB de 1983, p. 44).

On déduit alors de cet article 8 AUDC que le rédacteur des comptes OHADA doit donner, par son appréciation de la situation financière, du patrimoine et du résultat, une image aussi réaliste que possible de l'entité. Cette

pertinence se jugeant par rapport à la réalité économique de l'entité, le rédacteur des comptes se doit de l'apprécier.

7. L'adéquation avec la réalité économique est une nécessité. On peut même dire qu'il s'agit d'une condition sine qua non, toutefois insuffisante, pour que la pertinence soit atteinte. Il faut aussi que la description et la communication de cette réalité respectent certaines qualités qu'on regroupe sous le vocable « bonne information » (*Chr. de Lauzainghein, J.-L. Navarro, D. Nechelis, Droit comptable, précis Dalloz, 3^e édition 2004, p. 326 et s.*). Ainsi, l'image fidèle exige une bonne information.

b - Bonne information

8. L'image fidèle imposera quatre qualités afin que l'information soit qualifiée de bonne : claire, comparable, vérifiable, récente. On ne saurait tout de même pas oublier sa dimension qualitative.

9. L'information doit être claire : ceci impose que les informations comptables fondamentales, nécessaires à l'appréhension de la réalité économique de l'entité ne doivent être ni tronquées, ni dissimulées dans la masse des chiffres, sinon la transmission de la vision réelle de ce qu'est l'entité serait brouillée.

L'exigence de clarté impose au rédacteur des comptes de sélectionner et de mettre en avant les informations financières les plus significatives de la réalité économique de l'entité. Cette qualité est un élément constitutif de l'image fidèle qui oblige à ne pas tenir compte de tous les facteurs affectant les comptes mais seulement ceux dont l'impact est significatif. Cette idée s'exprime pleinement en droit britannique à travers le principe de « *materiality* », d'après lequel la comptabilité doit apporter une information et des documents clairs, dans leur présentation et leur lisibilité, par la sélection des données significatives.

La sélection des données significatives n'est pas l'unique tâche imposée au rédacteur des comptes. Il doit aussi compléter les informations sélectionnées, voire mises en évidence, dès lors qu'elles s'avèrent insuffisantes à traduire par elles-mêmes la réalité économique de l'entité. C'est dans ce sens que l'article 10 al. 2 AUDC dispose que « *lorsque l'application d'une prescription comptable se révèle insuffisante ou inadaptée pour donner cette image, des informations complémentaires ou des justifications nécessaires sont obligatoirement fournies dans l'État annexé* ». C'est en toute logique que l'article 29 al. 4 AUDC dispose que « *l'état annexé complète et précise l'information donnée par les autres états financiers annuels* ». En d'autres termes, l'annexe comporte toutes les informations d'importance significative destinées à compléter et à commenter celles données par le bilan et par le compte de résultat.

C'est un appel à l'abandon de la commodité (que constitue la règle écrite) pour rechercher le signifiant (l'information et la traduction qu'en attend le lecteur des états financiers). Ces compléments peuvent prendre tout simplement la forme de commentaires.

Cependant, une précaution est à prendre. Cette possibilité de fournir des informations supplémentaires en annexe ne doit pas être détournée afin d'y dissimuler certaines données. Un auteur rappelle que d'après le Ministère britannique du commerce, le rejet en annexe d'informations pouvant être traduites directement dans les états financiers constitue un abus (*J.-L. Lagarrigue, Réflexions sur l'image fidèle, RF compt., n° 134 et 144*). L'article 130-4 du PCG 99 français s'inscrit dans cette logique : « *Une inscription dans l'annexe ne peut se substituer à une inscription dans le bilan et le compte de résultat* ».

10. L'information comptable doit être comparable. Cette exigence apparaît dans de l'article 8 al. 3 AUDC : « *Ils (états financiers annuels) sont établis et présentés conformément aux dispositions des articles 25 à 34 ci-après, de façon à permettre leur comparaison dans le temps, exercice par exercice, et leur comparaison avec les états financiers annuels des autres entreprises dressés dans les mêmes conditions de régularité, de fidélité et de comparabilité* ».

La comparabilité doit permettre des comparaisons d'états financiers d'une période à une autre. Les utilisateurs pourront ainsi mieux apprécier les tendances de la situation financière de l'entité tout comme ses performances. Cette logique impose une permanence dans le temps de l'évaluation et de la présentation de l'effet financier de transactions et événements semblables.

La comparabilité doit aussi permettre des comparaisons d'états financiers d'une entreprise à une autre. Cependant, pour que cette comparaison soit réelle, toutes les entreprises du secteur doivent avoir mis en place la comptabilité OHADA. Cela implique, dans leur comptabilité, qu'elles respectent une terminologie et des principes directeurs communs, qu'elles aient mis en œuvre des conventions, des méthodes et de procédures normalisées, éventuellement par secteur professionnel, ainsi qu'une organisation répondant à tout moment aux exigences de collecte, de tenue, de contrôle, de présentation et de communication des informations comptables se rapportant aux opérations de l'entreprise (article 4 AUDC). Mais l'intérêt de la comparabilité se situe principalement sur des éléments significatifs rejoignant sur ce point la qualité de clarté.

La doctrine comptable adjoint à cette qualité de comparabilité celle de quantifiabilité (*Chr. de Lauzainghein, J.-L. Navarro, D. Nechelis, Droit comptable, préc. p. 338, n° 367*). La quantifiabilité s'attache à la forme de retranscription de l'information. Il faut que cette forme permette les sommations et les comparaisons. Seule l'utilisation d'une unité de mesure permettra le respect de ces exigences. Cette unité de mesure est

généralement la monnaie, sans pour autant exclure la diffusion d'informations complémentaires au moyen d'unités physiques.

11. L'information comptable doit être vérifiable. La qualité de vérifiabilité doit garantir indirectement aux utilisateurs la véracité de l'information diffusée. Indirectement, dans le sens où la qualité de vérifiabilité ne s'attache pas à l'information en elle-même mais aux techniques qui ont abouti à son élaboration (à la fois les techniques d'enregistrement et celles qui permettent la construction des documents diffusant une information financière). La vérifiabilité doit permettre à tout professionnel indépendant et compétent d'aboutir, en examinant les mêmes éléments de base, aux mêmes informations et indirectement aux mêmes conclusions. Ainsi définie, cette qualité s'écarte de la notion de preuve dont la fonction est de prouver l'existence d'un droit. La vérifiabilité n'a pas cette fonction. Il faut donc en déduire aussi qu'il en va de même pour l'image fidèle.

12. L'information comptable doit être récente. Pour respecter cette dernière qualité, il faut, tout d'abord, une diffusion rapide de la comptabilité afin de répondre aux besoins des utilisateurs. Même si la comptabilité produit une description claire, comparable et vérifiable de la réalité économique de l'entité, il va de soi que sa diffusion tardive réduit considérablement l'intérêt pratique de cette description (*L'IASB confirme l'importance de la célérité : cadre pour la préparation et la présentation des états financiers*, n° 43). Plus précisément, les états financiers perdraient 80 % de leur pertinence à cause du non-respect de la publication en temps opportun (*R. Ball et P. Brown, « An Empirical Evaluation of Accounting Income Numbers », Journal of Accounting Research, automne 1968*). Par ailleurs, cette qualité impose aussi d'adapter la fréquence de la diffusion de l'information comptable aux besoins des utilisateurs. Ceux-ci conditionnent la fréquence de diffusion, ce qui peut justifier des fréquences différentes suivant le type d'utilisateur choisi. Ainsi, si en règle générale, la périodicité est d'un an, certains documents, en particulier ceux concernant les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, ont une périodicité plus courte comme le trimestre ou le semestre.

13. Dimension qualitative. Pour qu'une information soit qualifiée de bonne, elle doit respecter quatre impératifs : décrire de manière claire, comparable et vérifiable la réalité économique de l'entité et être récente, à savoir accessible avec célérité et suivant une fréquence appropriée. Le respect de l'ensemble de ces qualités doit permettre à la réalité économique de l'entité de transparaître à la lecture des comptes. La vision de la réalité économique ainsi véhiculée par la comptabilité facilitera la prise de décision des utili-

sateurs, ou plus généralement, favorisera le jugement des destinataires sur l'entité. La comptabilité apparaît alors comme un vecteur d'information en direction des utilisateurs. L'impératif d'une bonne information doit garantir la qualité de cette comptabilité (*S. Doyen, « La fiabilité des comptes sociaux, réflexions sur la notion de fidélité », Gaz. Pal., 27 janvier 1981*). La nécessité de pertinence apporte donc à la comptabilité une dimension qualitative par rapport à son contenu, à travers l'impératif d'adéquation avec la réalité économique, et par rapport à sa diffusion, à travers l'impératif de bonne information.

Mais cette unique dimension n'est pas suffisante pour que la comptabilité atteigne son objectif d'image fidèle. Il faut, en plus, qu'elle soit fiable.

II - Fiabilité

14. La fiabilité s'appréciera par rapport à ce que la comptabilité est censée représenter ou ce qu'on pourrait s'attendre à la voir représenter (*IASB, Cadre pour la préparation et la présentation des états financiers*, n° 32). Les utilisateurs s'attendent à ce que la comptabilité soit pertinente. Ils s'attendent à une représentation récente, vérifiable et comparable de la réalité économique de l'entité. C'est donc par rapport à la pertinence que la fiabilité s'appréciera, plus précisément, par rapport aux moyens de l'atteindre. Ainsi, si la nécessité de pertinence impose certaines contraintes sur l'information comptable en tant que telle, la nécessité de fiabilité imposera certaines contraintes sur les moyens permettant de construire cette information. La nécessité de fiabilité impose le respect du système conventionnel de la comptabilité (1°), ainsi qu'une obligation d'adaptation (2°).

a - Respect du système conventionnel

15. Le respect du système conventionnel comptable n'est pas une option, mais une obligation (*F. Pasqualini, Principe de l'image fidèle en droit comptable, Litec, Paris, 1992, n° 31, p. 27*). En conséquence, le non-respect du droit conduit à des sanctions. La réponse est aussi indiscutable en droit de la comptabilité. L'image fidèle impose tout autant le respect des règles afin, tout simplement, que les destinataires des comptes puissent comprendre le message qui leur est transmis. La comptabilité diffuse un message obéissant à des conventions. La comptabilité est un langage, et comme pour n'importe quel langage dès lors que l'on ne respecte plus ses règles, on ne le comprend plus. C'est l'accord général sur les règles qui permet de comprendre le message diffusé. Ainsi, même si l'absence de système conventionnel permet, peut-être, une adéquation optimale de la comptabilité avec la réalité économique, elle conduirait, aussi, à l'impossibilité de comprendre ce que représente la comptabilité, et donc, au non-respect de la nécessité de fiabilité.

Peu importe, la comptabilité doit respecter son système conventionnel. Pour que la comptabilité soit fiable, le rédacteur des comptes devra, certes, prendre en compte des réalités économiques mais dans la limite du système conventionnel. L'image fidèle n'a pas pour prétention la traduction, par la comptabilité, de l'exacte vérité économique, mais, uniquement, une prise en compte de cette réalité dans l'utilisation du système conventionnel (G. Gélard, « Pour une recherche conceptuelle en vue de la pertinence de l'information financière », *RF compt.*, n° 266, avril 1995, p. 51). Des décalages entre la réalité économique et sa retranscription sont inévitables. Tant qu'ils demeurent négligeables, ils restent tolérables. Par contre, s'ils deviennent significatifs, le système conventionnel se doit de réagir. Si la comptabilité les maintenait, elle se détournerait de son objectif d'image fidèle en n'étant plus pertinente.

16. La réduction de ces décalages apparaît donc comme une obligation. Cette réduction passera par le dépassement du système conventionnel, par son adaptation. L'IASB exprime cette idée ainsi : « Si l'information doit représenter fidèlement les transactions et autres événements qu'elle vise à représenter, il est nécessaire qu'ils soient comptabilisés et présentés conformément à leur substance et à la réalité économique et non seulement selon leur forme juridique » (J.-M. Matt et A. Mikol, *op. cit.*, p. 46)

b - Adaptabilité

17. L'adaptabilité du système comptable est une nécessité puisque l'image fidèle conditionne la pertinence à l'adéquation avec la réalité économique. Cette réalité évoluant, il faut procurer au système conventionnel une souplesse, une faculté d'adaptation, pour pouvoir retranscrire au mieux ces évolutions. Il faut être conscient qu'aucun système conventionnel, aussi performant soit-il, ne peut avoir prévu toutes les évolutions possibles. Ainsi, sans possibilité d'adaptation, face à une réalité économique nouvelle, les règles comptables peuvent se trouver en défaut, dans l'impossibilité de retranscrire cette réalité, donc dans l'impossibilité de respecter l'image fidèle. En conséquence, la faculté d'adaptabilité apparaît comme totalement indissociable de l'image fidèle (F. Pasqualini, *op. cit.*, n° 33, p. 29 ; J.-F. Ramolino, in « Débats des membres du comité de la Revue de droit comptable », *RDcompt.* n° 87-1, 1987, p. 52). Certains auteurs expliquent même l'absence de définition légale de cette notion par cet aspect évolutif (M. Gallion, « L'image fidèle, miroir ou mirage ? », *Revue du commissaire aux comptes*, n° 2, 1984, p. 6 ; P. Kienast, « Le nouveau plan comptable – Lecture et analyse financières », *Banque*, n° 420, septembre 1982, p. 1071).

18. Mais cette possibilité d'évolution est subordonnée à l'évolution du système conventionnel. De plus, l'image

fidèle n'a pas pour objectif la retranscription de l'exacte vérité, ce qui serait illusoire, puisque des décalages sont inévitables. Seuls les décalages significatifs, à savoir trop importants pour être négligés sans compromettre l'image fidèle justifieront une adaptation du système conventionnel. On déduit de l'importance d'un décalage significatif deux types d'adaptabilité.

19. En présence d'un décalage certes significatif, donc qui ne peut être négligé, mais tout de même faible, c'est-à-dire sans pour autant remettre en cause totalement la règle (ou un ensemble de règles) censée permettre la retranscription de cette réalité économique, l'adaptation passera simplement par la présentation d'information complémentaire, sous une forme rédactionnelle ou chiffrée. Le système conventionnel n'est pas réellement dépassé. Cette fourniture d'informations complémentaires doit être rattachée à l'impératif de bonne information et plus particulièrement à l'exigence de la qualité de clarté. L'article 10 al. 2 AUDC traduit parfaitement cette idée : « Lorsque l'application d'une prescription comptable se révèle insuffisante ou inadaptée pour donner cette image, des informations complémentaires ou des justifications nécessaires sont obligatoirement fournies dans l'état annexé ».

20. En présence de décalages significatifs importants, c'est-à-dire d'un écart dirimant (J.-F. Cormaille de Valbray, « Du bon usage de la convention de continuité d'exploitation », *RFcompta.* n° 150, octobre 1984, p. 135) ne pouvant pas être réduit par la simple fourniture d'informations supplémentaires, l'image fidèle exige obligatoirement le dépassement du système conventionnel (J.-M. Matt et A. Mikol, *op. cit.*, p. 45). Le droit de la comptabilité devra réagir en se dépassant.

Deux cas peuvent se présenter caractérisant deux adaptations possibles suivant le phénomène à l'origine du décalage significatif important :

- Si le phénomène économique à l'origine du décalage est de grande amplitude à la fois dans le temps et dans l'espace (beaucoup d'entités sont concernées et pour longtemps, autrement dit, le décalage est généralisé et ne devrait pas disparaître), il faut donc impérativement retrouver une meilleure adéquation avec la réalité économique. En cas d'absence de règle, par l'utilisation des règles fondamentales comptables, une nouvelle règle doit être élaborée. En cas de règles existantes, par l'interprétation de ces règles, et plus généralement, des règles comptables fondamentales, il conviendra de les faire évoluer, dans leurs conséquences, en corrélation avec la réalité économique de l'entité. Ce pouvoir d'adaptation appartiendrait au législateur ;
- Par contre, si cette fois-ci, le phénomène économique à l'origine du décalage est très spécifique (il ne concerne qu'une entité donnée), il va de soi, et le bon sens le commande, que l'adaptabilité ne peut pas passer par la création d'une nouvelle

règle ou par l'interprétation d'une règle, ceci uniquement pour une entité. Il s'agit d'une adaptabilité « à pied » (*Chr. de Lauzainghein, J.-L. Navarro, D. Nechelis, Droit comptable, préc. p. 343, n° 374*). L'article 40 AUDC traduit cette idée en ces termes : « *La cohérence des évaluations en cours des exercices successifs implique la permanence dans l'application des règles et des procédures les concernant* » ; ou encore à l'article 41 AUDC : « *Toute exception à la permanence visée à l'article 40 ci-dessus doit être justifiée par la recherche d'une meilleure information ou par des circonstances impératives [...]* Toutes informations nécessaires à la compréhension et à l'appréciation des changements intervenus sont données dans l'état annexé, conformément aux dispositions de l'article 33 ci-dessus ». Le débiteur de cette obligation d'adaptabilité est le rédacteur des comptes. C'est à lui seul de prendre la décision de dérogation. Le respect de l'image fidèle lui impose de le faire, puisque s'il ne réagit pas, la comptabilité ainsi rédigée ne décrira pas la réalité économique de l'entité.

« *Le concept d'image fidèle se dégage à cet égard du droit positif pour relever de l'esprit du droit puisqu'il est à l'origine d'une remise en cause des principes qui en forment la substance ou de l'introduction de nouvelles règles appelées à compléter les anciennes ou à se substituer à elles* ». Cette opinion est très largement répandue en Grande-Bretagne (*J.-Lagarrigue, op. cit., p. 40 et s.*). Certains auteurs britanniques y voient même une dimension philosophique (*D. Flint, « True and fair and ED 24 : Director's and Auditor's Dilemma », The Accountant's Magazine, n° 880, octobre 1979, p. 417*).

21 Il faut aussi le relever, la portée de ce principe fut longtemps l'objet de nombreuses controverses. Il fut traduit par la primauté de la réalité économique sur l'apparence juridique. C'était oublier l'esprit du principe et cela conduisait à une mauvaise compréhension de la relation entre les trois termes : réalité, d'apparence et prééminence. L'argument principal en faveur de cette thèse réside dans l'article 124 al. 3 C. com. français : « *Si dans un cas exceptionnel, l'application d'une prescription se révèle impropre à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ou du résultat, il doit y être dérogé ; cette dérogation est mentionnée à l'annexe et dûment motivée, avec l'indication de son influence sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise* ». On ne saurait perdre de vue qu'il ne s'agit que d'une dérogation à un principe général en comptabilité qui voudrait qu'elle respecte le système conventionnel. En somme, les nécessités de pertinence et de fiabilité sont indissociables. C'est par l'interaction des différents impératifs découlant de ces nécessités que l'objectif d'image fidèle sera atteint. Autrement dit, l'image fidèle s'apprécie en retenant à la fois la réalité juridique et la réalité économique. Ces deux dimensions sont indissociables.

B - Deux principes généraux comptables

22. Pour mieux apprécier la place de ces deux notions, procédons par un raisonnement a contrario : des comptes annuels non réguliers et ou non sincères pourraient-ils donner une image fidèle ? Une réponse négative et de bon sens semble s'imposer. En conséquence, il faut donc considérer la régularité et la sincérité comme des principes dont les impératifs conduiront à l'image fidèle.

Le droit comptable OHADA l'a bien assimilé. Les deux notions sont utilisées pour qualifier le concept de l'image fidèle. Aux termes de l'article 3 AUDC, « *La comptabilité doit satisfaire, dans le respect de la règle de prudence, aux obligations de régularité, de sincérité et de transparence inhérentes à la tenue, au contrôle, à la présentation et à la communication des informations qu'elle a traitées* ». L'article 9 al. 1 AUDC dispose : « *La régularité et la sincérité des informations regroupées dans les états financiers annuels de l'entreprise résultent d'une description adéquate, loyale, claire, précise et complète des événements, opérations et situations se rapportant à l'exercice* ».

La sincérité et la régularité vont conditionner toute la logique comptable en apportant leurs conséquences non seulement sur la comptabilité elle-même (par la manière d'utiliser le système conventionnel et par le contenu de ce système conventionnel), mais aussi sur le rédacteur des comptes. Il s'agit de véritables propositions directrices, caractéristiques, auxquelles tout développement ultérieur doit être subordonné. Si leurs interventions ne se situent pas sur le même niveau, elles demeurent parfaitement complémentaires afin que la comptabilité donne une image fidèle de l'entité. Implicitement, le droit de la comptabilité confirme ce nécessaire respect simultané en n'accordant dans aucune de ses dispositions la primauté d'un des deux principes sur l'autre. Il convient à présent d'étudier les impératifs découlant de la sincérité, puis de la régularité.

I - Impératifs de la sincérité

23. L'AUDC convoque la sincérité sans procéder à sa définition. Le PCG 82 du droit français définit la sincérité comme « *l'application de bonne foi de ces règles et procédures en fonction de la connaissance que les responsables des comptes doivent normalement avoir de la réalité et de l'importance des opérations, événements et situations* ». Il se déduit de cette définition que le rôle de la sincérité en droit de la comptabilité est centré sur l'utilisation du système conventionnel. L'utilisation sincère du système conventionnel impose, tout d'abord, une application correcte et de bonne foi des règles comptables, ensuite une application en fonction de la réalité et de l'importance des événements enregistrés. Ces deux conditions d'applicabilité s'expliquent par

l'existence dans le corps de règles, de dispositions ne considérant que la réalité des opérations et des événements et d'autres ne considérant que l'importance de l'opération et de l'événement. L'apport de la sincérité à la logique comptable se fait à travers deux attributs : la préférence à la réalité économique dans la limite de l'application correcte et de bonne foi des règles comptables (a) et un devoir de collaboration (b).

a - Préférence à la réalité économique

24. La notion d'image fidèle est intimement liée à la réalité économique de l'entité. E. Du Pontavice le résumait en ces termes : « *La sincérité (...) c'est entre deux règles légales également admissibles, le choix de celle qui reflète la situation de la société* » (in « *La notion d'image fidèle dans les comptes annuels des sociétés françaises, depuis la mise en harmonie de la loi sur les sociétés commerciales avec la quatrième directive* », *Association des comptables*, n° 498, premier trimestre 1986). On en déduit qu'il ne peut y avoir image fidèle sans prise en compte des réalités économiques. Cette adéquation nécessaire entre la réalité économique passera par le rédacteur des comptes. C'est lui qui favorisera ou non cette adéquation par son utilisation des possibilités du système conventionnel. Ces possibilités s'imposent à lui. Ne pas les utiliser conduirait au non droit.

25. La notion de sincérité s'intègre dans cette logique en imposant la prise en considération systématique des réalités économiques dès que le système conventionnel le permet. Il ne s'agit donc pas de primauté des réalités économiques sur les réalités juridiques mais d'une préférence de la dimension économique dans les limites du système conventionnel comptable. La sincérité, c'est donc une application correcte des règles, car le système conventionnel doit être respecté, mais aussi une application de bonne foi car la dimension économique préside aux choix des règles ou à leur interprétation.

La sincérité va également imposer la bonne foi au rédacteur des comptes. Son action, ou son inaction, sont déterminantes dans la recherche de la meilleure adéquation possible entre la réalité économique et la comptabilité.

L'analyse de l'article 8 de la loi pénale camerounaise de 2003 traduit parfaitement cette exigence. Cet article « *punit d'un emprisonnement d'un à cinq ans, d'une amende de 1 000 000 FCfa à 10 000 000 FCfa, les dirigeants sociaux qui ont sciemment, même en l'absence de toute distribution de dividendes, publié ou présenté aux actionnaires ou associés, en vue de dissimuler la véritable situation de la société, des états financiers de synthèse ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle des opérations de l'exercice, de la situation financière et de celle du patrimoine de la société, à l'expiration de cette période* ».

Le législateur met un point d'honneur sur l'élément

moral qui suppose la mauvaise foi, c'est-à-dire l'intention coupable et un mobile déterminé (avoir agi en vue de dissimuler la véritable situation de la société). La bonne foi suppose une utilisation correcte des règles et des méthodes. Par contre, si l'erreur est possible, l'intention coupable n'existera pas. Les juges examineront, dans chaque espèce, le nombre et la gravité des irrégularités. Il n'y a pas de bilan exact, il n'y a peut-être pas davantage de bilan sincère. Le mobile consiste, pour sa part, à chercher la dissimulation de la véritable situation de l'entité. *A contrario*, le rédacteur des comptes, pour ne pas être incriminé, doit chercher à révéler la véritable situation de l'entité. Sa bonne foi, ou son honnêteté, s'apprécieront par rapport à ceci. La bonne foi suppose donc aussi la recherche de la véritable situation. La bonne foi du rédacteur des comptes passe donc par une application correcte des règles et recherche de la véritable situation de l'entité.

Mais l'apport de la sincérité à la logique comptable s'étend également vers un devoir de collaboration.

b - Devoir de collaboration

26. Celui-ci s'exprime par le système conventionnel compte tenu de la définition que nous donnons de la sincérité qui met en relief le double lien (lien avec la réalité des événements enregistrés, lien avec l'importance relative de ces événements). Cet aspect de la sincérité passe par l'application correcte et de bonne foi de règles. Ainsi, le droit de la comptabilité contient un certain nombre de dispositions retenant l'importance relative des opérations. Elles sont principalement consacrées à la présentation des informations comptables. Leur application correcte et de bonne foi, conséquemment sincère, participe à une « bonne » description des opérations et des événements concernant l'entité, au-delà de leur réalité économique ou juridique. La bonne information est également un impératif. Pour la comprendre, analysons les dispositions comptables, qui peuvent être divisées en deux catégories :

Les dispositions comptables conditionnées par l'importance de l'opération peuvent être divisées en deux catégories :

- celles des règles précises imposant la fourniture d'informations clairement identifiées par l'intermédiaire des documents comptables informatifs joints ou annexés sous forme de tableaux ou notes. Concernant ces règles, l'apport de la sincérité est minime. Il se résume à leur simple application correcte et de bonne fin. ;

- celles des règles imposant non seulement la fourniture de toutes les informations d'importance significative, c'est-à-dire celles pouvant avoir une importance dans le jugement que l'utilisateur peut avoir de l'entité, mais aussi la mise en valeur des informations les plus importantes. L'article 33 al. 2 AUDC s'inscrit dans cette logique : « *L'état annexé comporte tous les éléments de caractère significatif qui ne sont pas mis en évidence dans les autres états*

financiers et sont susceptibles d'influencer le jugement que les destinataires des documents peuvent porter sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise ». Il va de soi que la réglementation peut imposer de retenir le caractère significatif d'une opération pour l'application d'une règle, mais elle ne peut pas définir précisément, et surtout systématiquement, ce caractère. En dehors, bien sûr des informations jugées significatives pour toutes les entités et donc obligatoirement fournies, il s'agit de considérations de fait spécifiques à chaque entité. L'application correcte et de bonne foi, en un mot, sincère, de ces règles, dépasse le contenu de la réglementation pour se rapprocher de l'esprit de l'image fidèle, en particulier de son impératif de bonne information. Cet espace purement subjectif est occupé par la sincérité. Celle-ci obligera le rédacteur des comptes à un devoir de collaboration avec les utilisateurs. L'objectif de cette collaboration est d'améliorer la qualité de l'image de l'entité considérée.

L'implication du rédacteur des comptes a un caractère général. Il se doit de fournir toutes les informations significatives qu'elles soient demandées ou non. L'information, pour être bonne, doit être claire. La comptabilité sera alors qualifiée de sincère et reflétera l'image fidèle du patrimoine de l'entreprise.

27. En somme, la sincérité doit être appréciée à deux niveaux. Elle consiste, tout d'abord, en une application correcte et de bonne foi des règles comptables. Elle consiste ensuite et peut-être surtout, à utiliser les espaces de liberté et de libre appréciation laissés par le système conventionnel afin d'accorder la préférence à la réalité économique et d'améliorer l'information fournie aux utilisateurs. La sincérité s'attache à l'utilisation des règles comptables. La construction de ces règles obéit pour sa part à un autre principe : celui de la régularité.

II - Impératifs de la régularité

28. Le principe de la régularité impose le respect du contenu du système conventionnel. Pour qu'une comptabilité soit régulière, elle doit être conforme aux règles et procédures en vigueur. Autrement dit, la régularité s'appréciera par référence au corps de règles du droit de la comptabilité, y compris, bien sûr et surtout, par référence à ses règles fondamentales que certains appellent abusivement principes (*Chr. de Lauzainghein, J.-L. Navarro, D. Nechelis, Droit comptable, préc. p. 343, n° 387*). Ces règles constituent les fondements conceptuels des règles techniques qui représentent, en nombre, l'essentiel du corps de règles du droit de la comptabilité. Leur importance est donc considérable, et constitue l'essence même de la régularité, les règles techniques n'étant que des expressions de ces règles fondamentales. D'une manière générale, elles conditionnent toutes les évolutions du droit de la comptabilité et pour certaines d'entre elles peuvent même les provoquer. Ces règles

sont l'expression qualitative de la régularité. Elles sont au nombre de huit et concernent la fidélité, la continuité, la non-compensation, l'importance significative ou relative, la prudence, la valeur historique, la spécialisation des exercices et la permanence des méthodes.

a - Règle fondamentale de fidélité

29. Le système conventionnel permet au rédacteur des comptes d'être pertinent, de coller à la réalité économique et de fournir la bonne information. La sincérité sous-tend l'esprit du concept d'image fidèle mais reste limitée aux possibilités du système conventionnel, autrement dit à la régularité. La régularité est l'outil de l'image fidèle. C'est parce que la comptabilité est régulière qu'elle pourra être sincère et que l'objectif d'image fidèle pourra être atteint. Sincérité et image fidèle sont liées par une profonde adéquation. Il ne peut en être autrement. N'oublions pas que la sincérité s'attache à l'utilisation du système conventionnel et la régularité impose le respect de ce même système. La fidélité s'inscrit dans cette démarche en imposant l'adaptabilité du système conventionnel aux réalités économiques. Elle se traduit par la recherche permanente de réduction des décalages entre la traduction comptable d'une opération et sa réalité économique.

30. L'importance de la fidélité dans la logique comptable conduit à affirmer sa prépondérance sur les autres règles fondamentales. Cela semble aller de soi chez certains auteurs (*Chr. de Lauzainghein, J.-L. Navarro, D. Nechelis, Droit comptable, préc. p. 343, n° 390*). Ces autres règles ne peuvent pas être des obstacles infranchissables vers l'image fidèle. Elles ne doivent pas empêcher une adaptation qui conduirait à écarter la comptabilité de son objectif. Mais de nouveau, la modération doit être la règle. Cette prépondérance ne signifie pas la possibilité de remettre en cause systématiquement les autres règles fondamentales sous prétexte de fidélité. Le résultat serait une déliquescence de ce droit qui n'obéirait plus qu'à une logique pragmatique, opportuniste.

b - Règle fondamentale de continuité

31. La notion de continuité de l'exploitation apparaît d'abord dans les textes anglo-saxons et internationaux. En 1971 un texte anglais (*Statements of Standard Accounting Practice n° 2*) et un texte américain (*Accounting Principles Board, Statement n° 4*) en font les premières mentions. L'IASB le reprend formellement au niveau international en ces termes : « *Les états financiers doivent être établis sur une base de continuité d'exploitation* » (IASB, Norme n° 1, n° 23). Ce principe consacré en droit OHADA a tardé à l'être sur le plan mondial.

Il prête cependant à un raisonnement a contrario. Dans une situation de non-continuité, les conséquences

de cette notion nous semblent particulièrement significatives et plus claires. La répercussion d'une situation de non-continuité sur la forme des états comptables ainsi que sur l'existence de nombreuses possibilités comptables serait directe. Sans la continuité, la forme et la structure des documents comptables seraient complètement différentes de ce qu'elles sont actuellement. Au même titre que la règle fondamentale de fidélité et de prudence, la notion de continuité oriente une grande partie de la logique de la comptabilité. « *L'idée de continuité est directement au cœur des principaux traits de notre comptabilité traditionnelle* » (F. Pasqualini, *op. cit.*, n° 137, p. 111 ; J.-F. Cormaille de Valbray, « *Difficultés particulières du nouveau droit comptable : du bon usage de la convention de continuité de l'exploitation* », *RF compt.* n° 150, octobre 1984, p. 395 ; J. Burner, « *Le principe de continuité de l'exploitation. Application par les entreprises et contrôle par le commissaire aux comptes* », *Informations et débats*, n° 12, juin 1984, p. 15).

32. L'article 34 al. 3 AUDC dispose que « *toute compensation, non juridiquement fondée, entre postes d'actif et postes de passif dans le bilan et entre postes de charges et postes de produits dans le compte de résultat est interdite* ». La portée de cette règle est essentiellement pratique car elle s'attache uniquement à la présentation des documents comptables informatifs. Elle favorise la mise à disposition d'une information plus pertinente, en particulier, mieux vérifiable.

c - Règle de l'importance significative ou relative

33. Cette règle apporte son influence à la fois sur le contenu des informations mises à la disposition des utilisateurs mais aussi sur la présentation de certains documents informatifs comptables. Elle représente en particulier le fondement conceptuel de toutes les règles imposant la fourniture d'informations obligatoires dans l'annexe. Le concept d'image fidèle s'inscrit dans cette logique à travers l'impératif de bonne information. Mais son influence ne se limite pas à la fourniture d'informations obligatoires. Cette règle ne se résume pas à une dimension quantitative. Elle a aussi une dimension qualitative que traduit l'aspect significatif ou relatif que doivent revêtir les informations qui doivent obligatoirement être fournies. Seules les informations ayant une importance significative ou relative doivent être mises à disposition et surtout mises en évidence.

Cette règle est aussi à la base des possibilités offertes par le système conventionnel pour utiliser des présentations simplifiées, en particulier pour les comptes annuels et, *a contrario*, celles permettant d'ouvrir toutes les subdivisions des comptes nécessaires à l'enregistrement des opérations de l'entité. Cette règle participe incontestablement à l'impératif de bonne information composant de l'image fidèle. Elle se rapproche aussi

de la sincérité en lui permettant de remplir son rôle par l'espace de liberté que certaines de ces règles ouvrent.

d - Règle fondamentale de prudence

34. Aux termes de l'article 3 AUDC, « *la comptabilité doit satisfaire, dans le respect de la règle de prudence, aux obligations de régularité, de sincérité et de transparence inhérentes à la tenue, au contrôle, à la présentation et à la communication des informations qu'elle a traitées* ». Aussi, l'article 6 al. 1 AUDC dispose quant à lui : « *L'application du Système comptable OHADA implique que : - la règle de prudence soit en tous cas observée, à partir d'une appréciation raisonnable des événements et des opérations à enregistrer au titre d'exercice (...)* ».

35. L'objectif de la règle fondamentale de prudence est d'éviter la surestimation ou la sous-estimation du bilan et du compte de résultat. Son application ne doit pas conduire à une sous-estimation systématique de l'actif et une surestimation automatique du passif. La limite de ce jugement doit être recherchée dans le qualificatif « raisonnable » ou, pour utiliser la terminologie actuelle, « prudent » (H. Giot, « *Prudence et rattachement* », *RF compt.* n° 257, juin 1994, p. 14).

Le rédacteur des comptes, en dehors des cas expressément définis par la loi, doit se fier à son jugement afin d'apprécier l'application de la règle fondamentale de prudence. Cette application doit être faite de manière raisonnable ou prudente, c'est-à-dire sans rechercher une sous- ou une surestimation systématique du patrimoine ou du résultat de l'entité. L'excès de prudence, s'orientant vers « la sous-estimation systématique de l'actif et la sur estimation du passif », ne remplit plus la fonction comptable attachée à cette règle. Cette notion touche donc au comportement général, véritable guide pour le rédacteur des comptes. Certains auteurs l'ont même qualifiée d'éthique, rejoignant sur ce point la notion de sincérité.

e - Règle fondamentale du coût historique ou du nominalisme

36. L'article 35 AUDC présente cette règle en ces termes : « *La méthode d'évaluation des éléments inscrits en comptabilité est fondée sur la convention du coût historique et sur l'application des principes généraux de prudence et de continuité de l'exploitation. Cependant, il peut être procédé à la réévaluation des éléments dans des conditions fixées par les autorités compétentes, et dans le respect des dispositions des articles 62 à 65 ci-après* ».

Cette règle impose le respect de la valeur nominale de la monnaie, les variations de pouvoir d'achat de la monnaie n'étant pas prises en compte. Elle est basée sur la stabilité monétaire. Immédiatement, on remarque le problème que peut poser l'inflation sur

la validité d'une telle règle. Au surplus, le principe dit de la valeur historique conserve encore la faveur de la totalité des systèmes comptables en vigueur dans les pays industrialisés ou en voie de le devenir, en raison de ses vertus de praticité et de l'impossibilité de lui trouver une méthode simple de substitution. Le juriste ne s'étonnera pas d'une telle logique s'attachant au nominalisme de la monnaie. De nombreuses autres dispositions légales en font état dont la plus connue reste celle de l'article 1895 C. civ. : « *L'obligation qui résulte d'un prêt d'argent, n'est toujours que la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement* ». La règle du coût historique ne fait que respecter une logique largement répandue dans notre droit, malgré les problèmes qu'elle véhicule.

L'évaluation dont il est question dans cet article 35 AUDC peut emprunter diverses méthodes :

- le coût historique : coût d'acquisition ou de production ; le principe de prudence conduit à lui substituer la valeur vénale à la date de clôture des comptes lorsqu'elle lui est inférieure ;
- le coût historique indexé : valeur à la date de l'inventaire qui est constituée normalement, dans le cadre de la continuité de l'exploitation, par la valeur vénale pour l'entreprise et, dans ce cas contraire, par la valeur liquidative.

37. Le législateur OHADA a plutôt porté son choix sur la convention du coût historique qui est aussi retenue dans les normes internationales, en raison de sa fiabilité. Elle conserve les flux pour leurs montants d'origine, dans les valeurs d'entrée. Le système comptable OHADA applique ainsi le concept du maintien du capital de l'entreprise en francs courants, à l'exclusion des gains pouvant provenir de la détention de monnaies étrangères, d'instruments financiers, de compensation partielles en matière de titres ou de dettes/créances libellées en monnaie étrangères sous certaines conditions. Comme l'indiquent les dispositions de cet article, la méthode n'interdit pas la réévaluation des biens mais celle-ci doit se faire dans des conditions fixées par les pouvoirs publics : il peut s'agir d'une réévaluation légale dont la mise en œuvre et les modalités techniques sont strictement définies ; ou d'une réévaluation libre, à l'initiative de l'entreprise, dans les conditions prescrites. En raison du principe de prudence, la valeur nette au bilan est la plus faible entre la valeur d'entrée et la valeur actuelle.

Cette valeur doit refléter la juste valeur du bien (Y. Berheim, « *De l'opportunité d'évaluation à la « juste valeur* » », *RF compt.* n° 299, avril 1998, p. 58 et s.). L'information sur la juste valeur permet d'établir des comparaisons entre des instruments financiers ayant en substance les mêmes caractéristiques économiques, indépendamment de leur but, de leur date d'émission

ou d'acquisition, de leur émetteur ou acquéreur. L'utilisation de la juste valeur fournit une base neutre pour apprécier la gestion des administrateurs en indiquant les conséquences des décisions d'achat, de vente ou de détention d'actifs financiers et pour engager, maintenir ou sortir des passifs financiers.

f - Règle fondamentale de spécialisation des exercices

38. La règle de spécialisation des exercices ou d'autonomie ou d'indépendance des exercices apparaît clairement à l'article 29 AUDC :

« *Le Bilan décrit séparément les éléments d'actif et les éléments de passif constituant le patrimoine de l'entreprise. Il fait apparaître de façon distincte les capitaux propres.*

Le Compte de résultat récapitule les produits et les charges qui font apparaître, par différence, le bénéfice net ou la perte nette de l'exercice.

Le Tableau financier des ressources et des emplois retrace les flux de ressources et les flux d'emplois de l'exercice.

L'état annexé complète et précise l'information donnée par les autres états financiers annuels.

Elle est en relation directe avec celle de continuité mais demeure beaucoup moins bien explicitée pour des non initiés. De cette règle, on en déduit deux autres que l'on peut exprimer comme suit :

- la règle de périodicité : la vie de l'entité est découpée en période de douze mois. Ce découpage s'explique par deux points. Tout d'abord par un impératif de gestion : il n'est pas concevable d'attendre la liquidation pour dégager un résultat. Ensuite par une obligation légale découlant de l'article 17-6 AUDC : « *Le contrôle par inventaire de l'existence et de la valeur des biens, créances et dettes de l'entreprise (...)* » ;
- la règle de rattachement : considérant la règle de périodicité, elle oblige l'imputation à un exercice donné de l'ensemble des opérations, et celles-ci seulement, le concernant. Le respect de cette règle conduit, en pratique, à l'utilisation de comptes de régularisation.

g - Règle fondamentale de permanence des méthodes comptables

39. Cette règle demeure l'une des règles les plus importantes du droit comptable par ses implications à la fois pratiques et théoriques. La crédibilité des documents comptables dépend directement de l'application de cette règle, ce qui explique la difficulté d'y déroger et l'importance des informations justificatives à fournir dans le cas d'une dérogation.

Cette règle, en droit OHADA est affirmée par les articles suivants :

- article 34 al. 4 AUDC : « La présentation des états financiers est identique d'un exercice à un autre » ;
- article 40 AUDC : « La cohérence des évaluations au cours des exercices successifs implique la permanence dans l'application des règles et des procédures les concernant » ;
- article 41 AUDC : « Toute exception à la permanence visée à l'article 40 ci-dessus doit être justifiée par la recherche d'une meilleure information ou par des circonstances impératives. (...) Toutes les informations nécessaires à la compréhension et à l'appréciation des changements intervenus sont données dans l'état annexé, conformément aux dispositions de l'article 33 ci-dessus ».

40. La nécessité de cette règle tient à l'idée que, à l'aide des comptes annuels qui comportent dorénavant les chiffres de l'exercice en cours et de ceux de l'exercice précédent, il faut que le lecteur puisse réaliser des comparaisons fiables.

De plus, la difficulté de déroger à cette règle lui donne une grande force. D'après l'article 41 al. 2 AUDC, toute exception à la permanence doit être justifiée par la recherche d'une meilleure information ou par des circonstances impératives. « Il en est ainsi : en cas de changement exceptionnel aussi bien dans la situation de l'entreprise que du fait de l'environnement juridique, économique ou financier dans lequel elle évolue ;

À la suite de modifications ou de compléments apportés à la réglementation comptable ». D'après l'article 8 AUDC, « la comparabilité des états financiers annuels au cours des exercices successifs nécessite la permanence dans la terminologie et dans les méthodes utilisées pour retracer les événements, opérations et situations présentés dans ces états ».

À partir de cet ensemble, on peut cerner les implications de cette règle fondamentale. Le terme « méthodes comptables » s'applique à la fois aux méthodes et règles d'évaluation et aux méthodes et règles de présentation des comptes.

41. Le changement de méthodes comptables n'est envisagé que dans deux circonstances : soit un changement exceptionnel dans la situation de l'entité que du fait de l'environnement juridique, économique ou financier dans lequel elle évolue ; soit à la suite de modifications ou de compléments apportés à la réglementation.

On peut en déduire que la décision de changer de méthodes comptables n'est pas discrétionnaire, elle résulte de circonstances qui rendent ce changement nécessaire car l'adoption d'une autre méthode prévue par les règles comptables fournit une meilleure information financière.

Le respect de tous ces principes permet de parvenir à une image fidèle du patrimoine de l'entreprise.

Robert NEMEDEU

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Adaptabilité 17, 20, 29

B

Bonne foi 23, 25, 26, 27

C

Comptabilité 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 20, 21, 22, 23, 25, 26
Compte 2, 9, 15, 24, 26, 32, 35, 36, 38
Continuité 20, 28, 30, 31, 36, 38
Coût historique 36, 37

D

Décalage 18, 19, 20
Droit comptable 3, 7, 10, 15, 17, 20, 22, 28, 30, 31, 39

E

États financiers 1, 4, 9, 10, 12, 14, 22, 25, 26, 31, 38, 39, 40

Exercice 1, 4, 10, 34, 38, 39, 40

F

Fiabilité 2, 3, 13, 14, 21, 37
Fidélité 1, 10, 13, 28, 29, 30, 31

I

Image fidèle 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 15, 17, 18, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 29, 30, 33, 41
Importance 6, 9, 12, 18, 23, 26, 28, 30, 33, 39,
Information 1, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 22, 26, 27, 29, 31, 33, 37, 38, 39

M

Méthodes comptables 40, 41

N

Nominalisme 36

P

Périodicité 12, 38
Permanence 1, 10, 20, 28, 39, 40
Prudence 22, 28, 31, 34, 35, 36, 37

R

Réalité économique 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 29
Régularité

S

Sincérité 1, 2, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 33, 34
Système conventionnel 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 33

INFRACTIONS RELATIVES À LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ

Table des matières

Introduction n° 1

I - Dissolution de la société au cas où les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital n° 2-6

a - Condition préalable : perte de la moitié du capital n° 3

b - Éléments constitutifs de l'infraction n° 4-6

1 - Élément matériel

2 - Élément moral

II - Liquidation de la société n° 7-12

a - Désignation du liquidateur n° 8

b - Mission du liquidateur n° 9-12

1 - Omissions n° 10-11

2 - Actes de commission n° 12

Bibliographie

- AGBOYIBOR (P.K.), « Nouveau droit uniforme des sociétés », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 1998.
- POUGOUÉ (P.G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), *Le Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, PUA, Yaoundé, 1998.
- TAPIN (D.), « Droit des sociétés commerciales et du GIE », *Penant*, n° 827, 1998, p. 136 et s.

1. L'objectif poursuivi ici est la protection des victimes des malversations à toutes les étapes de la vie de la société, y compris durant ses derniers jours. De manière plus précise, les textes de droit pénal applicables ici visent à protéger les personnes dont les intérêts sont menacés par la dissolution de la société. Les principales dispositions à rappeler ici sont les articles 901 et suivants de l'AUSC qui visent toutes les sociétés commerciales pour encadrer les deux étapes de la dissolution.

La première est antérieure à la dissolution et est particulièrement dangereuse : la perte de plus de la moitié du capital social qui devrait conduire à la dissolution de la société.

La seconde est postérieure à la dissolution et correspond à la liquidation de la société

I - Dissolution de la société au cas où les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital

2. Lorsque certaines conditions sont réunies, le législateur impose des formalités devant déboucher, le cas échéant sur une dissolution anticipée. De la sorte, l'infraction reprochée aux dirigeants vise à réprimer le fait de ne pas avoir accompli certains actes à la suite de certaines constatations qu'il convient de présenter comme condition préalable.

a - Condition préalable : la perte de plus de la moitié du capital

3. L'unique cause de dissolution appréhendée est la perte de plus de la moitié du capital social. Il s'agit des capitaux propres de la société qui tombent sous cette proposition. Rappelons ici que, l'article 736 de l'AUSC prévoit à côté des causes de dissolution communes à toutes les sociétés dans les conditions et sous les effets prévus aux articles 200 et 201, une cause particulière aux sociétés anonymes : la perte partielle d'actifs dans les conditions prévues aux articles 664 à 668 de l'AUSC. En effet, si les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, le Conseil d'Administration ou le Directeur, selon le cas, *est tenu* de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider, s'il y a lieu, la dissolution anticipée de la société.

L'article 901 assure la mise en œuvre de ces formalités sous la menace de sanctions pénales. Mais la perte de la moitié du capital social constitue en fait une condition préalable à la réalisation du délit. Cette précision nous conduit à déterminer les éléments constitutifs de l'infraction.

b - Éléments constitutifs de l'infraction

4. Comme pour toute infraction, on évoquera les éléments matériel et moral.

1 - Élément matériel

5. La perte de la moitié du capital impose des obligations particulières à certains responsables. C'est en quelque sorte le manquement à ces obligations qui constitue une infraction à la réglementation de la liquidation des sociétés. De manière plus précise, l'élément matériel de l'infraction consiste en une omission caractérisée par le fait pour les dirigeants sociaux d'une société dont l'actif net est devenu inférieur à la moitié du capital social, du fait des pertes constatées dans les états financiers de synthèse, de n'avoir pas accompli l'une des deux formalités prévues par la loi.

La première concerne le défaut de consultation des associés ou de convocation de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires, afin de décider de la dissolution anticipée éventuelle de la société. La seconde, vise le défaut de publicité de la décision qui sera reproché aux dirigeants (article 901 AUSC). Ces deux formalités sont prévues par le législateur qui impose de :

- convoquer, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des états financiers de synthèse ayant fait apparaître ces pertes, l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider, s'il y a lieu, la dissolution anticipée de la société ;
- déposer la dissolution anticipée de la société au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales, inscrire au registre du commerce et du crédit mobilier et publier dans un journal habilité à recevoir les annonces légales.

2 - Élément moral

6. Il ne fait aucun doute que le délit est intentionnel. Cet aspect apparaît clairement dans l'utilisation de l'adverbe « sciemment ». Il est d'ailleurs permis de dire que l'intention est en l'occurrence des plus aisées à établir, car résultant quasi automatiquement de la matérialité des faits et aussi de la qualité des auteurs de l'omission. Si bien que ce délit est tout aussi matériel qu'intentionnel ou même de négligence. C'est un exemple saisissant de convergence des trois grands types de fautes pénales.

II - Liquidation de la société

7. Les précautions prises à ce stade de fin de vie de la société sont dictées par le fait que nous sommes en réalité dans une situation criminogène. La liquidation de la société permet en effet de régler le passif et de convertir les éléments d'actif en argent (en liquide) pour procéder au partage entre les associés de l'actif net subsistant. Et s'il n'y a pas d'actif la liquidation déterminera la part

de chaque associé dans le passif (*V. ph. Merle, Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 8e éd, 2001, n° 116*).

Il est évident que toutes ces opérations peuvent donner prise à de nombreux comportements frauduleux de la part du liquidateur, que celui-ci soit un associé ou un tiers (administrateur judiciaire ou mandataire liquidateur). On comprend alors que la situation soit qualifiée de criminogène.

Ainsi le législateur a-t-il édicté plusieurs incriminations qui peuvent se regrouper autour de deux thèmes : la désignation du liquidateur et l'office du liquidateur.

a - Désignation du liquidateur

8. Étant donné la délicatesse des fonctions assignées au liquidateur, le législateur a souvent entouré son choix de plusieurs précautions, seul gage d'une bonne gouvernance en ce domaine. C'est par exemple le cas en droit français où la loi (*C.comme., art. L.237-4*) interdit de nommer liquidateur les personnes auxquelles l'exercice des fonctions de directeur général, d'administrateur, de gérant de société, de membre du directoire ou du conseil de surveillance est interdit ou qui sont déchues du droit d'exercer ces fonctions. Il s'agit là d'une précaution élémentaire dont l'efficacité est assurée par l'article L.247-5, alinéa I du Code de commerce, texte punissant d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9 000 euros le fait de contrevenir à l'interdiction d'exercer les fonctions de liquidateur.

Le législateur OHADA semble avoir retenu une solution moins contraignante en ne prévoyant pas de conditions particulières pour être désigné liquidateur. Ce qui est sanctionné ici, c'est le fait, après que cette désignation ait eu lieu, de ne pas avoir procédé à la publicité d'un tel acte. L'article 902-1 incrimine de ce fait l'attitude de celui qui « sciemment, n'aura pas, dans le délai d'un mois à compter de sa nomination, publié dans un journal habilité à recevoir les annonces légales du lieu du siège social, l'acte le nommant liquidateur et déposé au registre du commerce les décisions prononçant la dissolution ».

b - Mission du liquidateur

9. Contrairement au droit français qui fait appel au droit pénal dès le départ en prévoyant les conditions requises pour être nommé liquidateur, le législateur OHADA a retenu une approche libérale au départ et intervient, après nomination et publicité de celle-ci, pour imposer des obligations aux liquidateurs. C'est donc après la nomination et la publicité que la situation devient un terrain privilégié pour le droit pénal. En effet l'office du liquidateur, essentiel pour un partage satisfaisant et donc pour une fin de vie optimale pour la société, est le siège de la plupart des incriminations. Deux périls doivent être conjurés : la passivité du liquidateur (1) et sa malhonnêteté (2).

1 - Omissions

10. Plusieurs injonctions sont faites au liquidateur. Le non-respect de celles-ci doit conduire à retenir des poursuites à son encontre. Ces injonctions conduiront en fait à lui reprocher le fait :

- de ne pas avoir présenté, dans les six mois de sa nomination un rapport sur la situation active et passive de la société et sur la poursuite des opérations de la liquidation, et de ne pas solliciter les autorisations nécessaires pour les terminer ;
- de ne pas établir les comptes annuels en vue de l'inventaire et un rapport écrit dans lequel il rend compte des opérations de liquidation au cours de l'exercice écoulé, dans les trois mois de la clôture de chaque exercice ;
- de ne pas déposer à un compte ouvert dans un établissement de crédit au nom de la société en liquidation dans le délai de quinze jours à compter de la décision de répartition, les sommes affectées aux répartitions entre les associées et les créanciers ;
- de ne pas permettre aux associés d'exercer, en période de liquidation, leur droit de communication des documents sociaux dans les meilleures conditions qu'antérieurement ;
- de n'avoir pas convoqué les associés, au moins une fois par an, pour leur rendre compte des états financiers de synthèse en cas de continuation de l'exploitation sociale ;
- de ne pas déposer à la Caisse des dépôts et consignations dans le délai d'un an à compter de la clôture de la liquidation, les sommes attribuées à des créanciers ou à des associés et non réclamées par eux.

Ces omissions sont toutes intentionnelles, ainsi qu'il résulte de l'usage de l'adverbe sciemment. On peut cependant se féliciter de ce que la constatation de cette intention ne soulèvera pas de difficultés particulières. En effet, l'intention sera pratiquement et automatiquement présumée par la constatation de l'omission. Ainsi le prévenu ne saurait invoquer des retards ou des erreurs imputables à des tiers, alors qu'il est un professionnel particulièrement averti des obligations pesant sur tout dirigeant de société (*Cass. Crim.*, 7 mars 1994 : *Juris-Data* n° 1994-000778 ; *Bull. Crim.*, n° 90 ; *Rev. Sociétés* 1994, p. 506 ; note B. Bouloc).

11. Toutefois, la bonne foi avérée de la personne poursuivie peut l'exonérer : il a par exemple été jugé, au sujet de la dernière incrimination, qu'elle ne peut s'appliquer à un gérant liquidateur qui a pu légitimement croire au moment de la répartition qu'un créancier avait renoncé à cette qualité (*CA Paris*, 23 avr. 1990 : *Juris-Data* n° 1990-022728 ; *Dr. Sociétés*, 1991, comm. n° 8).

2 - Actes de commission

12. Ces actes de commission sont prévus à l'article 904 AUSC et visent plus particulièrement les malversations. À travers ces incriminations, le législateur a cherché à lutter contre les soustractions d'actif dont pourraient se rendre coupables les liquidateurs. Deux types de comportements sont visés par la loi :

- le premier comportement consiste dans le fait pour le liquidateur de faire de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société en liquidation, un usage qu'il sait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement. Il s'agit là d'un délit en tous points comparable à l'abus de biens sociaux dont il est une copie conforme.
- le second comportement consiste dans le fait pour un liquidateur de mauvaise foi, de céder tout ou partie de l'actif de la société en liquidation à une personne ayant eu dans la société la qualité d'associé en nom, de commandité, de gérant, d'administrateur, de directeur général, de membre du conseil d'administration, de commissaire aux comptes. Toute cession à de telles personnes est donc interdite, qu'elle soit directe ou même indirecte. Ainsi il a été jugé que le texte s'applique en cas d'interposition de personne : il s'agissait en l'occurrence d'un rachat moyennant une rente viagère, par le liquidateur, de l'immeuble qu'il avait cédé ès qualité à sa tante (*Cass. crim.*, 8 déc. 1999 : *Juris-Data* n° 1999-004834 ; *Bull. crim.*, n° 299 ; *D* 2001, p. 1091, note Cohen ; *Bull. Joly* 2000, p. 498, note J.-F. Barbiéri ; *Rev. Sociétés*, 2000, p. 571, note B. Bouloc).

Spener YAWAGA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

B

Bonne foi 11

C

Capital social 3 et s.

D

Dissolution de la société 3

L

Liquidation de la société 7 et s.

INFRACTIONS RELATIVES À LA FORMATION DU CAPITAL

Table des matières

Introduction n° 1-3

I - Infractions relatives à la recherche

du capital social : la simulation des souscriptions
ou versements, leur publication et celle de faits faux
n° 4-16

A - Éléments constitutifs des délits n° 5

I - Éléments matériels n° 6

a - Élément matériel du délit de simulation
des souscriptions et des versements n° 7-8

b - Élément matériel du délit de publication
des souscriptions, des versements et de faits
faux n° 9-10

II - Élément moral commun aux deux délits n° 11

B - Répression des délits relatifs à la souscription
du capital n° 12-16

II - Infractions relatives à l'affirmation du capital social n° 17-25

A - Délit de fausse déclaration dans le certificat
du dépositaire et majoration frauduleuse
des apports en nature n° 18

I - Élément matériel des deux délits n° 19

a - Élément matériel de la fausse déclaration
dans le certificat du dépositaire n° 19

b - Élément matériel du délit de majoration
frauduleuse des apports en nature n° 20

II - Élément moral commun aux deux délits
n° 21-22

B - Répression des infractions relatives à
l'affirmation du capital n° 23-25

Bibliographie

- DELABRIERE (A.), « Le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace OHADA », *Penant, numéro spécial*, 840, juillet-septembre 2002 p. 373 et s.
- FOKO (A.), « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA », *Penant*, n° 859, p. 202.
- KANGAMBEGA (E.L.), « Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA », *Penant*, 2000, p. 313.
- KENFACK DOUJANI (G.), « L'abandon de souveraineté dans le traité OHADA », *Penant*, 1999, p. 125.
- MAHOUE (M.), « Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin », *Penant*, n° 846, janvier-mars 2004, p. 87 à 96.
- NDONTSA FONE (A.M.), « À propos de l'extension de la compétence pénale OHADA », *R.A.S.J.*, vol. V, n° 1, 2008, p. 77 à 91.
- NGUEBOU TOUKAM (J.), *Le Droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998.
- POUGOUÉ (P.G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU-TOUKAM (J.), *Le Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998.
- POUGOUÉ (P.G.) et KALIEU ELONGO (Y.R.), *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2008.
- SOCKENG (R.), *Droit pénal des affaires OHADA*, Presses MINSI LE COMPETING, coll. « Lebord », 1^{re} éd.
- SOH FOGNO (D.R.), « L'assainissement de la profession commerciale dans l'espace de l'OHADA », *Penant*, 2008, p. 90 à 110.

1. Le capital social est l'un des éléments essentiels qui conditionnent l'existence de la société commerciale. À l'exception de la société unipersonnelle, toutes les autres sociétés ont besoin de la mise en commun des apports faits par les différents associés, ceci implique pour ces derniers qu'ils consentent au pacte social, ce consentement n'est valable que s'il est libre et éclairé. Il s'agit non seulement de protéger la liberté contractuelle des éventuels associés, mais surtout, de faire prévaloir la moralité dans la conduite des affaires. À cet égard, le législateur OHADA a édicté un certain nombre d'informations relatives à la formation du capital social. Compte tenu en effet du défi que représente le financement d'une société en constitution, il arrive parfois que les fondateurs fassent recours à des artifices, pour collecter auprès du public les fonds dont ils ont besoin pour la constitution de la société, soit par des simulations, soit par des informations fausses. Les infractions relatives à

la formation du capital ont été prévues par l'article 887 de l'AUSCGIE.

2. Leur répression pendant relève de la compétence des législateurs nationaux conformément à l'article 5 al 2 du traité OHADA (« les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incriminations pénales. Les États parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues »). Dans l'hypothèse où les infractions prévues par le droit uniforme n'existaient pas antérieurement en droit interne, le législateur national devrait tout simplement adopter un texte pénal pour créer la sanction, soit en édictant une nouvelle peine, soit en renvoyant à la peine d'une infraction pénale préexistante. En revanche, au cas où les infractions du droit uniforme existant déjà en droit interne, le législateur devrait dans la loi spéciale, soit maintenir les mêmes peines, soit en modifier la nature

ou le quantum en fonction des objectifs à atteindre prévus dans sa politique criminelle. La même conduite devrait être adoptée par le législateur national lorsque les infractions préexistantes en droit interne ont subi des modifications de qualification en droit uniforme (A. FÉNÉON, *Bilan et perspectives de l'OHADA*, RJPIC, 2002, p. 249 ; E. L. KANGAMBEGA, *Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA*, Penant, 2000, p. 313 ; F. M. SAWADOGO, *OHADA, droit des entreprises en difficulté*, Collection droit uniforme, Bruylant-Bruxelles, *juriscope*, 2002, p. 141, cités par A. FOKO, *Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA*, Penant, n° 859, p. 202). Malheureusement, depuis l'entrée en vigueur des Actes uniformes, le domaine pénal est celui dans lequel les législateurs nationaux ont brillé par beaucoup d'indolence (A. FOKO, *Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA*, Penant, n° 859, p. 201).

3. Se démarquant de cette pratique observée dans les États membres de l'OHADA, seuls deux États parties au Traité ont à ce jour (septembre 2010) adopté une législation interne portant détermination des peines : l'État camerounais par la loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA (*Juridis Périodique* N° 55, juillet-septembre 2003, p. 51 et s), et l'État sénégalais par la loi n° 98/22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'AUSCGIE (*Journal officiel de la République du Sénégal*, 25 avril 1998, p. 303 et 304). Comme on peut le constater, la loi camerounaise a un domaine d'application plus étendu puisqu'elle aménage des peines aux infractions prévues dans quatre Actes uniformes (AUDCG, AUSCGIE, AUPCAP, AUCE), alors que la loi sénégalaise a réduit son domaine d'application au seul AUSCGIE.

Certaines de ces infractions sont relatives à la recherche du capital social. Il en est ainsi de la simulation des souscriptions ou versements, de la publication de ces souscriptions et versements, et de faits faux (I). D'autres infractions concernent l'affirmation du même capital social. C'est le cas de la déclaration notariée mensongère et de la majoration frauduleuse des apports en nature (II).

I - Infractions relatives à la recherche du capital social : la simulation des souscriptions ou versements, leur publication et celle de faits faux

4. Ces différents comportements répréhensibles ont été décrits dans l'article 887 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt

économique, notamment les alinéas 3 et 4. L'alinéa 3 déclare responsables « ceux qui sciemment, par simulation de souscription ou de versement ou par publication de souscription ou de versement qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, auront obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ». L'alinéa 4 du même article indexe « ceux qui, sciemment, pour provoquer des souscriptions ou des versements auront publié les noms de personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque [...] ». À ces différentes infractions (A), un même régime de la répression a été prévu par le législateur camerounais. Il en est de même du législateur sénégalais qui a cependant prévu des peines d'emprisonnement plus sévères que celles de la loi camerounaise (B).

A - Éléments constitutifs de ces délits

5. Malgré la diversité des éléments matériels, toutes ces infractions ont le même élément moral.

I - Éléments matériels

6. Il s'agit d'une part de la simulation des souscriptions et versements ; et d'autre part de la publication de ces souscriptions et versements et des faits faux.

a - Éléments matériels du délit de simulation des souscriptions et des versements

7. Les différents aspects de ce comportement sont décrits dans l'alinéa 3 de l'article 887 de l'AUSCGIE. Les simulations sont des mensonges particuliers qui tendent à représenter comme sincères et véritables des souscriptions fictives ou à représenter comme réels et définitivement acquis à la société des versements inexistantes. Ces mensonges exercent sur les souscripteurs éventuels une influence particulièrement dolosive. Peu importe, par conséquent, la méthode utilisée : déclarations verbales, reçus de complaisance, passation d'écriture. Peu importe également que la simulation soit antérieure, concomitante ou postérieure à la constitution de la société et destinée pour le dernier cas à déterminer le versement des trois derniers quarts (*Cour de cassation française*, 31 mai 1935, *D. H.* 1935, p. 398). Peu importe encore que les souscriptions ou versements présentés faussement comme réels, soient purement apparents ou imaginaires. Il suffit que les simulations portent soit sur des souscriptions, soit sur des versements. Ces conditions ne sont pas cumulatives. L'infraction est constituée si un versement réel a été fait à la suite d'une souscription fictive. Il en est de même lorsqu'une souscription réelle n'a pas été suivie d'un versement effectif (*J. LARGUIER et P. CONTE, Droit pénal des affaires*, 10^e édition Armand Colin, n° 357).

8. Il y a simulation sur les souscriptions lorsque la personne n'existe pas, ou quand elle existe bien, mais n'a pas l'intention d'adhérer au pacte social, ou encore lorsqu'elle est insolvable. La simulation sur les versements intervient lorsqu'en l'absence de tout versement, on affirme le contraire. C'est aussi le cas lorsqu'on est en présence d'un simulacre de versement, d'un versement provisoire suivi d'un retrait immédiat ou en cas de paiement par compensation. Les cas de simulation sur les versements sont plus rares en raison de l'obligation faite par la loi aux fondateurs de déposer les fonds à la Caisse des dépôts et consignations, chez un notaire ou à la banque (W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Précis Dalloz, 4^e édition, 2000, n° 242).

b - Élément matériel du délit de publication des souscriptions, des versements et des faits faux

9. Au même titre que ceux qui simulent des souscriptions ou des versements, la loi punit ceux qui, en vue d'obtenir des souscriptions ou des versements, recourent à la publication, soit de ces souscriptions et versements, soit des faits faux. Une telle publication suppose, dans la plupart des cas, une simulation préalable. Elle peut aussi se réaliser indépendamment de tout acte extérieur, par la simple publication, dans un document quelconque, de souscriptions et de versements inexistantes. La loi suppose à juste titre que de telles publications doivent attirer de nombreux souscripteurs (*Cour d'appel d'Aix en France*, 7 mars 1939, *Rev. Soc.* 1939. 203).

Il y a publication lorsque le fait est porté à la connaissance du public. Une simple communication personnelle ne suffit pas. Sont considérés comme publications les cas d'un avis diffusé par la presse, les déclarations à la radio ou à la télévision, les affiches, les prospectus ou les lettres circulaires (*Cour de cassation française*, *Crim.* 26 juin 1978, *B.* 212).

10. Le fait faux peut être défini comme étant toute affirmation portant sur des éléments susceptibles d'attester la prospérité actuelle ou prochaine de la société. C'est le cas de la publication des souscriptions ou des versements qui n'existent pas. L'alinéa 4 de l'article 887 a prévu une autre hypothèse de publication de faits faux. Peut en être coupable celui qui publie les noms des personnes désignées contrairement à la vérité comme étant attachées ou devant être attachées à la société à un titre quelconque. Constituent aussi des faits faux tous les autres types de mensonge. On peut citer en exemple l'annonce de prétendues garanties de remboursement accordées au souscripteur (*Cour de cassation française*, *Crim.* 20 juillet 1937, *bull. N° 170*), l'affirmation inexacte que la société a été régulièrement constituée, que son capital est intégralement souscrit et légalement libéré (*Cour d'appel de Paris*, 15 mai 1935, *Rev. Trim. Soc.* 1935, 367).

II - Élément moral commun aux deux délits

11. L'élément moral est l'intention frauduleuse qui s'analyse en de la mauvaise foi. De simples imprudences, de simples négligences ne pourraient être constitutives du délit.

Il s'agit d'abord du dol général, c'est-à-dire, la volonté de commettre l'infraction avec la conscience qu'on est entrain d'enfreindre une disposition légale. Il y a aussi exigence du dol spécial qui ici s'analyse en la recherche et l'obtention des souscriptions ou des versements. C'est dire qu'il n'y a pas infraction lorsqu'on poursuit un autre but. Par contre, il y a infraction si les moyens frauduleux ont pour but de provoquer un versement complémentaire après la libération du premier quart, ou la transformation en souscription définitive d'une souscription provisoire. Il y a également infraction lorsque la simulation a abouti à la vente des actions fictivement souscrites ou faussement présentées comme libérées, alors que ladite vente n'a été que le moyen de se procurer des fonds pour compléter le capital social.

La tentative est punissable et se traduit par des actes non équivoques impliquant la recherche des souscriptions ou versements. Comme pour l'élément moral, la répression est la même pour les deux délits en ce qui concerne chacun des deux pays.

B - Répression des délits relatifs à la souscription du capital

12. L'Acte uniforme renvoie au droit interne pour la peine. L'article 5 de la loi camerounaise du 10 juillet 2003 punit les coupables de ces infractions d'une peine d'emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 500 000 à 5 000 000 de francs CFA ou de l'une de ces deux peines seulement.

13. L'article 2 de la loi sénégalaise n° 98/22 du 26 mars 1998, portant sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, a prévu une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans et l'amende de 100 000 à 1 000 000 de francs CFA, ou l'une de ces deux peines seulement. On constate que la peine d'emprisonnement est plus sévère dans la loi sénégalaise que celle de la loi camerounaise alors que la peine d'amende est plus sévère dans le texte camerounais que celle prévue dans le texte sénégalais.

14. Les auteurs du délit sont ceux qui, même étrangers à l'administration de la société, ont participé sciemment aux simulations ou aux publications de faits faux en vue de réunir le capital.

La complicité est également punissable et concerne par exemple l'architecte qui aurait établi de faux rapports, le gérant du journal qui aurait diffusé les fausses publications, les démarcheurs qui auraient sciemment

contribué à la divulgation des faits faux, les banquiers qui, en connaissance de cause, auraient prêté leur concours à l'émission.

15. La prescription est de trois ans. Elle court, en cas de tentative punissable, à partir du jour où chacun des actes qui, sous forme de souscriptions ou de versements simulés, a eu pour effet de provoquer d'autres souscriptions ou versements. Pour l'infraction consommée, les commercialistes soutiennent que la prescription part non du jour où les souscriptions ou versements ont été obtenus, mais de celui où l'assemblée générale a ratifié les opérations constitutives de la société. Ils estiment que jusque-là, les souscriptions n'ont qu'un caractère conditionnel, et ne sont pas encore définitivement obtenues.

16. L'action publique est mise en mouvement par le ministère public, soit d'office, soit sur plainte des victimes. Les victimes peuvent se porter parties civiles devant le tribunal correctionnel pour la réparation du préjudice causé. Ces victimes sont d'abord la société elle-même qui a intérêt à ce que ses dirigeants se comportent honnêtement et qui subit un préjudice au moins moral. Elle doit justifier d'un dommage personnel découlant directement de l'infraction commise par exemple par un dirigeant. Cette action sociale, dite « *ut universi* », peut être exercée par le conseil d'administration, les gérants ou le liquidateur (*Cour de cassation française, Crim. 1^{er} févr. 1972, B. 28, JCP. 1973, II, 17304, note BURST*). À défaut d'exercice de l'action par la société elle-même, les actionnaires peuvent l'exercer. L'action sociale est dite alors « *ut singuli* ». Pour l'exercer, les actionnaires se regroupent et désignent un mandataire. Les victimes sont aussi et surtout les souscripteurs eux-mêmes, qui ont été amenés à donner leur adhésion au pacte frauduleux. Elles peuvent également agir en réparation au pénal, si elles souffrent d'un dommage permanent et direct (*Cour de cassation française, Crim. 25 nov. 1975, B. 257, J.C.P. 1975, II, 18476, note DELMAS-Marty*).

À côté des infractions relatives à la recherche du capital, le législateur a aménagé d'autres infractions qui peuvent être commises lors de l'affirmation dudit capital.

II - Infractions relatives à l'affirmation du capital social

17. Deux catégories d'incriminations principales sont visées par l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique. Il s'agit de la fausse déclaration dans le certificat du dépositaire (A) et la répression des infractions relatives à l'affirmation du capital (B).

A - Délits de fausses déclarations dans le certificat du dépositaire et de majoration frauduleuse des apports en nature

18. La loi stigmatise sous cette rubrique deux types de comportements complémentaires commis frauduleusement. Ils sont prévus dans l'article 887 de l'AUSCGIE qui rend responsables dans son alinéa 1 « ceux qui, sciemment, par l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement ou du certificat du dépositaire, auront affirmé sincères et véritables des souscriptions qu'ils savaient fictives ou auront déclaré que les fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société ont été effectivement versés », et dans son alinéa 2 « ceux qui auront remis au notaire ou au dépositaire, une liste des actionnaires ou des bulletins de souscription et de versement mentionnant des souscriptions fictives ou des versements de fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société ». Par ailleurs, le délit de majoration frauduleuse des apports en nature est prévu par l'al. 4 Ce délit est prévu par l'al. 4 *in fine* de l'article 887 de l'AUSCGIE. En sont coupables ceux qui auront, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle. Il s'agit des faits perpétrés en connaissance de cause et c'est pourquoi l'élément moral est intentionnel.

I - Élément matériel des deux délits

a - Élément matériel de la fausse déclaration dans le certificat du dépositaire

19. L'infraction est constituée, dans un premier temps, lorsqu'un fondateur de société ou un mandataire aura, lors de l'établissement de la déclaration notariée, affirmé sincères et véritables des souscriptions qu'il savait fictives, ou déclaré que les fonds ont été versés alors que ceux-ci n'ont pas été mis à la disposition de la société.

La formalité de la déclaration notariée est très importante. Sa solennité a pour but d'attirer l'attention des fondateurs ou des dirigeants sur la priorité de la souscription intégrale et de la libération effective du capital social. Les souscripteurs doivent être habités de l'*affectio societatis*. À défaut, la société ne serait qu'artifice conçu pour le plaisir exclusif d'animateurs occultes (W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires, op. cit., n° 244*). À titre d'exemple, la souscription n'est pas régulière lorsque les actions sont libérées à l'aide des fonds fournis par un actionnaire important et que l'intervention des souscripteurs est temporaire et aléatoire, ces derniers ayant consenti à cet actionnaire une promesse de vente de leurs actions avec rétrocession immédiate à des tiers agréés par lui (*Cour de cassation française, crim. 16 mars 1981, B. n° 94. Rev. Soc. 1982, 544, note Bouloc*). Dans un deuxième cas de figure, qui est complémentaire du précédent, il s'agit de la remise

au dépositaire d'une liste des actionnaires mentionnant des souscriptions fictives ou des versements de fonds qui n'ont pas été définitivement mis à la disposition de la société.

b - Élément matériel du délit de majoration frauduleuse des apports en nature

20. Il consiste à faire attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle. C'est la pratique dite du « mouillage » des apports, terme traduit du mot anglais « *watering* » (J. LARGUIER et P. CONTE, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n° 359). Les auteurs de ce délit sont les dirigeants de sociétés ou les apporteurs eux-mêmes. Ils ont pour complices les experts.

Pour savoir si l'apport a été majoré, on doit tenir compte de la valeur que les apports peuvent représenter pour la société, et non la valeur marchande ou objective. C'est une question d'appréciation sur laquelle les tribunaux statuent souverainement. Dans l'affaire Agache-Willot, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française a décidé que les commissaires aux apports ne sauraient être autorisés à dissimuler volontairement les éléments d'appréciation de nature à entraîner une réduction importante des biens. Or en l'espèce la valeur retenue était de 148 millions alors que la valeur réelle était de 80 millions de francs. Pour réaliser la fraude, les commissaires aux apports avaient dissimulé les récentes évaluations des actions apportées, de loin inférieures aux chiffres qu'ils ont retenus (*Cour de cassation française, Crim. 12 avril 1976, JCP 1977, II, 18523, note Guyon ; Rev. Soc. 1997, 293, note Bouloc*). De même, sont coupables de ce délit le commissaire aux apports et l'apporteur qui, lors de la constitution d'une société à responsabilité limitée, ont dissimulé en connaissance de cause l'existence des sûretés grevant le fonds de commerce apporté (*Crim. 22 janv. 1990, Rev. Trim. Dr. Com. 1990, p. 417, Obs. REINHARDT, Rev. Soc. 1990, 456, note Bouloc*).

II - Élément moral commun aux deux délits

21. La loi ne réprime ici, ni la négligence, ni la légèreté, mais la fraude. Il y a donc exigence du dol. C'est pourquoi la loi emploie le terme « sciemment ». Il s'agit du dol général, car contrairement aux infractions de simulation des souscriptions et des versements dont le but est d'obtenir d'autres souscriptions et versement, le but poursuivi ici est différent. Il n'y a pas de dol spécial. Tel est aussi le cas en ce qui concerne le délit de majoration frauduleuse des apports en nature.

22. Le délit suppose une intention frauduleuse. Il faut que la surévaluation ait été faite sciemment. La loi exige qu'il y ait eu des manœuvres frauduleuses. On

peut remarquer que la loi n'incrimine pas la tentative, car si malgré l'utilisation des manœuvres, la majoration n'a pas été atteinte, le fait, si blâmable soit-il, ne sera pas punissable.

B - La répression des infractions relatives à l'affirmation du capital

23. Pour les deux délits, la peine est la même au Cameroun : c'est-à-dire l'emprisonnement de trois mois à trois ans et l'amende de 500 000 à 5 000 000 de francs ou l'une de ces deux peines seulement (*article 5 de la loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003, précitée*). La loi sénégalaise a retenu les mêmes peines d'emprisonnement d'un à cinq ans, mais l'amende est de 100 000 à 1 000 000 de francs CFA (*article 2 de la loi du 26 mars 1998, précitée*). C'est d'ailleurs la même peine qui a été prévue dans chacune des deux législations pour les infractions de simulation de souscriptions et versements, leur publication ainsi que celle des faits faux.

Mais contrairement à ces dernières infractions, la tentative sera difficilement constatée, s'agissant des fausses déclarations et de la surévaluation des apports en nature

24. En ce qui concerne les auteurs des délits, ce sont, pour le délit de fausse déclaration dans le certificat de dépositaire, un fondateur ou son mandataire. Pour cette qualification, la complicité n'est pas punissable puisqu'il n'est pas possible qu'un tiers puisse être associé à sa commission. Par contre, en ce qui concerne la qualification de majoration frauduleuse des apports en nature, la complicité peut être établie à l'encontre des commissaires aux apports et des experts, les auteurs de l'infraction étant les dirigeants des sociétés anonymes, des sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés en commandite par action.

25. La prescription est de trois ans. Elle court, comme pour toutes les autres infractions relatives à la recherche du capital, non du jour où les affirmations ou la majoration ont été faites, mais de celui où l'assemblée générale a ratifié les opérations constitutives de la société.

L'action publique est mise en mouvement par le ministère public, soit d'office, soit sur plainte des victimes. Les victimes peuvent se porter parties civiles devant le tribunal correctionnel pour la réparation du préjudice causé. Elles peuvent exercer pour la société l'action sociale dite « *ut universi* », ou alors « *ut singuli* » (Voir supra le (B) de la Première partie de ce travail). Les victimes sont aussi et surtout les créanciers sociaux qui ont été amenés à faire confiance au pacte frauduleux. Ils peuvent également agir en réparation au pénal, s'ils souffrent d'un dommage permanent et direct.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

F

Fausse déclaration 17, 24

M

Majoration frauduleuse des apports
3, 18, 21, 24

Élément matériel 7, 9, 19, 20

Élément moral 11, 21

P

Prescription 15, 25

Publication des souscriptions,
versements et faits faux

- Élément matériel 7, 9, 19, 20

- Élément moral 11, 21

R

Répression 2, 3, 4, 11, 17, 23

- Délit de simulation 7

- Majoration frauduleuse des
apports 3, 18, 21, 24

INFRACTIONS RELATIVES À LA GESTION DES SOCIÉTÉS

Table des matières

Introduction n° 1-4

Section préliminaire - Responsabilité des dirigeants sociaux n° 5-15

§1 - Dirigeant social : auteur de l'infraction n° 6-15

A - Imputabilité n° 7

B - Culpabilité n° 8

I - Auteur principal n° 9-11

II - Complice n° 12

a - Élément matériel, un acte positif n° 13-14

b - Élément moral n° 15

Section 1 - Comptabilité des sociétés n° 16-22

§2 - Existence de la comptabilité n° 23-35

A - Condition préalable : documents comptables obligatoires n° 24

I- Inventaire n° 25

II- États financiers annuels n° 26-30

III- Rapport de gestion n° 31

IV- Bilan social n° 32

V- Problème de la comptabilité dans les groupes de sociétés n° 33

B - Élément matériel n° 34

C - Élément moral n° 35

§2 - Exactitude de la comptabilité n° 36-57

A- Condition préalable commune aux deux infractions : états financiers infidèles n° 37

I- États financiers n° 38

II- Effets financiers annuels inexacts ou infidèles n° 39

a - Erreurs matérielles n° 40

b - Erreurs de classement n° 41

c - Erreurs d'évaluation n° 42

B - Éléments constitutifs de l'établissement et de la communication d'états financiers inexacts n° 43

I - Éléments matériels n° 44

a - Établissement n° 45

b - Communication des comptes infidèles n° 46

1 - Destinataires de la communication n° 47

2 - Acte de communication n° 47

II - Élément moral n° 49

C - Publication ou publication d'effets financiers infidèles n° 50

I- Élément matériel : publication ou présentation n° 51

a - Publication n° 52

b - Présentation des effets financiers infidèles n° 53-54

II- Élément moral n° 55

a - Dol général n° 56

b - Dol spécial n° 57

Section 2 - Répartition des dividendes fictifs n° 58-82

§1 - Conditions préalables n° 60-75

A - Première condition préalable n° 61

I - Absence d'inventaire n° 62-63

II - Inventaire frauduleux n° 64

a - Inventaire frauduleux par majoration de l'actif n° 65

b - Inventaire frauduleux par minoration du passif n° 66

B - Deuxième condition préalable : la fictivité de dividende n° 67

I - Modalité d'établissement des dividendes n° 68-69

II - Dividende fictif et réserves n° 70-75

§2 - Éléments constitutifs n° 76

A - Élément matériel n° 77

I - Notion de répartition des dividendes fictifs n° 78

II - Moment de la répartition n° 79

B - Élément moral n° 80

I - Mauvaise foi caractérisée n° 81

II - Mauvaise foi non caractérisée n° 82

Section 3 - Abus des biens et du crédit de la société n° 83-111

§1 - Contenu de l'article 891 AUDSCGIE 86-98

A- Notion de biens et de crédit n° 87

I - Biens n° 87-88

II - Crédit n° 89

B - Usage contraire à l'intérêt social n° 90

I - Notion d'usage n° 91

a - Actes de commission n° 92

b - Abus par abstention n° 93

II- Caractère contraire à l'intérêt social n° 94-95

a - Rémunération indue n° 96

b - Prise en charge des dettes personnelles du dirigeant n° 97

C - Faveur consentie à une entreprise où le dirigeant est personnellement intéressé n° 98

§2 - Culpabilisé n° 99-111

A - Élément intentionnel n° 100

I - Dol général n° 101

II - Dol spécial n° 102

B - Concours entre l'article 891 et les dispositions de droit interne n° 103-107

C - Personnes pouvant être poursuivies n° 108-109

D - Prescription n° 110-111

Section 4 - Infraction relatives aux assemblées des sociétés n° 112-114

§1 - Élément matériel n° 113

§2 - Élément moral n° 114

Bibliographie

- MOUTHIEU NJANDEU (M.A.), *L'Intérêt social en droit des sociétés*, Paris, L'Harmattan, coll. « Études africaines », 2009.
- NDOKO (N.C.), *La Culpabilité en droit pénal camerounais*, LGDJ, Bibliothèque sciences criminelles, 1984.

1. Les infractions relatives à la gestion et à la direction des sociétés peuvent être conçues de plusieurs manières.

Ou bien s'en tenir au libellé du Titre II de la troisième Partie de l'Acte uniforme sur les sociétés et étudier seulement les trois infractions qui y sont comprises. Cela est tentant, mais ne recouvre qu'une partie de l'activité de gestion et de direction des sociétés.

Ou bien, avoir une vue excessivement large du fait de gestion et d'administration et y faire entrer pratiquement toutes les infractions en matière de sociétés, ensuite celles relatives aussi bien à l'Acte uniforme sur les comptabilités, qu'à l'Acte uniforme sur les procédures collectives. Cette conception ne peut pas être retenue non plus, car elle éloignerait du domaine imparti à ce thème.

Par contre la solution médiane, raisonnable, et retenue est celle de considérer les activités d'administration, de gestion et de direction qui sont menées pendant la durée de vie d'une société. Cette conception va amener à ne pas se contenter du seul Acte uniforme sur les Sociétés. Notamment, certaines infractions commises pendant la gestion résultant de la comptabilité qui est une activité quotidienne et obligatoire dans toute entreprise commerciale et qui conditionne même la consommation des infractions prévues dans l'Acte uniforme sur les Sociétés. On peut alors considérer que les infractions de l'Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, font partie intégrante des actes répréhensibles commis dans la gestion et la direction des sociétés.

2. Il s'agit de comportements des dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions dont le résultat est de porter préjudice à la société. Ce sont les infractions contre la société, notamment les atteintes directes aux biens et au patrimoine de la société.

Ces agissements sont de plusieurs ordres et concernent plusieurs domaines d'activité de la société.

L'activité quotidienne obligatoire est la tenue des livres de comptes qui permettent à toute entreprise de suivre au jour le jour l'évolution de ses activités et d'évaluer les tendances à la baisse ou à la hausse de l'entreprise. C'est une exigence du droit des affaires moderne, les comptes devront donc exister et être d'une certaine qualité et exactitude (Section D).

3. Ces comptes, permettent également de mesurer la prospérité de l'entreprise, afin de pouvoir dégager des bénéfices qui pourront être distribués aux asso-

- POUGOUÉ (P.G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), *Le Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, OHADA, PUA, 1998.

ciés et actionnaires sans entamer le capital. Il est alors strictement interdit de répartir des faux bénéfices ou dividendes fictifs qui présentent un danger parfois de « mort » pour la structure (Section II).

L'infraction « phare » dans la catégorie des infractions commises par les dirigeants sociaux est l'abus des biens sociaux. C'est l'infraction la plus courante de droit pénal des sociétés mais aussi la plus dangereuse pour l'entreprise pour diverses raisons.

D'abord, dans la recherche légitime des profits, le législateur et les statuts voulant laisser les coudées franches aux dirigeants sociaux pour ne pas brider leur imagination dans la recherche des solutions, leur concèdent de très grands pouvoirs. Or, et c'est humain, il est toujours tentant d'abuser des pouvoirs que l'on possède, et d'en être tellement enivré qu'on ne distingue plus le patrimoine social et le patrimoine personnel.

On a l'impression qu'en Afrique cette attitude est plus banale encore, dès lors que quelqu'un est « chef », « patron » ses penchants sociologiques le conduisent à agir comme un « chef traditionnel », et à se comporter comme s'il n'avait de compte à rendre à personne. Cela entraîne une banalisation des comportements infractionnels et le sentiment d'impunité pour les dirigés. (Section III).

4. Enfin, le législateur porte un intérêt en fonction des assemblées. Aussi innove-t-il en organisant une infraction relative aux assemblées des sociétés (section IV). Toutes ces infractions ont cependant comme dénominateur commun d'être commise par des dirigeants sociaux, (*voir pour étude détaillée l'entrée Dirigeants sociaux*). Il convient donc de préciser la responsabilité pénale de ces derniers avant d'analyser les infractions contre la société (section préliminaire).

Section préliminaire : Responsabilité pénale des dirigeants sociaux

5. Le Traité OHADA n'a pas retenu la responsabilité pénale des personnes morales. Ce que l'on peut regretter et qui témoigne d'un classicisme frileux, voire d'un conservatisme assumé du législateur africain. Il a plutôt opté pour le principe de la responsabilité pénale du fait personnel.

La responsabilité pénale doit exister dans le chef des dirigeants sociaux, personnes physiques. Elle obéit alors aux principes généraux de droit pénal. Tout délinquant participe à l'infraction de deux manières, ou comme auteur principal ou coauteur ou comme complice.

§1 - Dirigeant social : auteur de l'infraction

6. Quelle que soit la conception ou la terminologie retenue, la responsabilité pénale comporte généralement deux éléments qui sont :

- D'une part l'imputabilité qui est l'état d'une personne et qui doit exister chez tout agent pénal, quelles que soient la nature et la gravité de l'infraction commise.
- D'autre part la culpabilité, la faute, qui est le lien qui unit l'auteur à l'acte et qui varie selon la nature intentionnelle ou non de la faute. (*Sur ces développements la Culpabilité en droit pénal camerounais par Nicole Claire NDOKO, LGDJ, 1984, Bibliothèque sciences criminelles, n° 24*).

A - Imputabilité

7. Chaque État pourra lui donner la définition qu'il veut. Toujours est-il que c'est une notion qui a la particularité d'être définie, de manière négative, c'est-à-dire par les causes qui la suppriment. Le code pénal italien lui a donné une définition qui fait consensus, à savoir « la faculté de comprendre et de vouloir ».

Cette faculté n'existe pas si la capacité de comprendre, c'est-à-dire le discernement n'existe pas, ou pas encore. Il en est ainsi en cas de facultés mentales altérées par la démence, ou immatures pour cause de minorité. Chaque législation aura certainement son point de vue sur la question et le contenu pourra donc être variable. (*Âge de la majorité pénale, sort des déments, des anormaux mentaux, ou des intoxiqués*).

- La faculté de vouloir est assimilée à la contrainte. Souvent dans les législations, seule est prise en compte la contrainte matérielle irrésistible, mais il n'est pas impossible de reconnaître également l'influence de la contrainte morale, sous certaines conditions, sur la faculté de vouloir.
- Le résultat est que pour relever du droit pénal, pour être agent pénal, il faut être imputable quelle que soit l'infraction reprochée.

B - Culpabilité

8. L'infraction peut être le fait d'une seule personne, ou bien avoir nécessité la participation de plusieurs agents à des titres divers « Si plusieurs personnes ont à égalité participé à la réalisation de l'infraction, elles sont coauteurs de celle-ci. Leur situation individuelle

ne diffère pas de celle de l'auteur principal ayant agi seul » (*Michèle Laure Rassat, Droit pénal général – Coll. cours magistral Ellipses 2006, n° 351*). L'autre mode de participation à plusieurs, est la complicité. Dans ce cas « une personne a fait matériellement quelque chose dans la perspective de l'accomplissement de l'infraction par autrui mais sans réaliser, en sa personne, les éléments constitutifs de celle-ci. C'est un complice » (*Michèle Laure Rassat, op. cit.*). Beaucoup de codes pénaux le disent également dans des termes similaires.

Dans le droit pénal des sociétés de l'OHADA, et surtout en ce qui concerne la gestion et la direction, la qualification de l'infraction dépend souvent de la qualité de l'auteur principal.

I - Auteur principal

9. Le droit pénal, d'une manière générale, ne limite pas la qualité d'auteur à certaines catégories de personnes, ce qui n'est pas le cas de l'OHADA, pour les infractions portant atteinte aux biens et au patrimoine de la société, il faut être un dirigeant social sinon l'acte posé ne peut être qualifié de l'incrimination OHADA en question.

En principe, il n'y a pas de difficulté à déterminer qui est le dirigeant social légal puisque sa liste est dressée par le législateur.

10. Cependant, le droit des affaires n'est pas souvent aussi limpide que cela. « l'une des caractéristiques criminologiques de la délinquance d'affaires, et l'une de ses difficultés propres est l'utilisation de prête-noms, hommes ou femmes de paille ». (*M. Delmas-Marty Droit pénal des affaires Tome I, p. 52 ; Éd. PUF, Col Thémis, Droit 1990*).

Cette tendance est d'autant plus courante en Afrique Noire, qu'en raison de l'origine douteuse de l'acquisition de certains capitaux notamment par voie de corruption ou de détournement, ou des incompatibilités entre par exemple la qualité de fonctionnaire et celle d'homme d'affaire, d'interdictions de certaines professions en guise de sanctions, de la révocation ou de l'expiration de ses mandats dans la société, ou encore de l'application du non-cumul de plus de trois mandats comme président-directeur général ou même par choix délibéré pour ne pas répondre directement devant le fisc, les véritables investisseurs préfèrent rester dans l'ombre et utiliser des paravents.

Ces animateurs véritables de sociétés peuvent alors choisir des prête-noms souvent parmi les membres de la famille, par exemple les vieux parents ou un frère désœuvré ou sans caractère, ou même un enfant sans aucune indépendance. Mais parfois ce rôle est joué par un employé dévoué ou obligé, souvent sans grande envergure, à une échelle très moyenne dans la société (*secrétaire, employé de bureau*), ou même aucune

(*chauffeur, magasinier, femme de ménage*). Mais le meilleur spécimen est « la femme de paille, l'épouse, la concubine, la petite amie, qui se contente de signer et ne met jamais les pieds dans l'entreprise » (*M. Delmas-Marty, op. cit., p. 53*).

Le prête-nom a donc pour objectif de dissimuler le véritable animateur, le vrai propriétaire des fonds ou des actions, qui est en réalité le dirigeant de fait de l'entreprise.

11. Contrairement au droit français issu de la loi du 24 juillet 1966, assimilant le dirigeant de droit, au dirigeant de fait, en considérant comme dirigeant de droit, toute personne qui « directement ou par personne interposée, aura, en fait exercé la direction, l'administration ou la gestion d'une société sous le couvert ou en lieu et place de leurs représentants légaux », le droit pénal OHADA n'y fait aucune allusion. Il faut alors considérer que seuls les dirigeants sociaux légaux seront considérés comme les auteurs principaux, donc les prête-noms. Les dirigeants de fait eux, devront recevoir la qualification de complice. Ce qui peut paraître injuste pour les hommes de paille souvent ignorants tout de la marche de l'affaire. »

En raison de l'application restrictive de la loi pénale, il ne pourra en être autrement qu'en matière de banqueroute car l'art. 230, dernier alinéa de l'A.U., du 10 avril 1998 sur les Procédures Collectives, dispose que « les dirigeants visés au présent article s'entendent de tous les dirigeants de droit ou de fait de toute personne physique ayant directement ou par personne interposée, géré ou liquidé la personne morale sous le couvert ou aux lieu et place de ses représentants légaux ».

II - Complice

12. Le droit pénal des affaires et particulièrement des sociétés est un terrain propice pour des affaires techniquement complexes voire embrouillées. Les infractions y afférentes nécessitent alors souvent la participation de complices. En l'absence d'exigence particulière du droit OHADA, leur traitement tombe sous le coup du droit commun qui est évidemment propre à chaque État. Mais notre culture juridique commune de base, le droit français, qui apparaît comme en filigrane dans la plupart des législations africaines, permet de considérer comme acquis les éléments constitutifs de la complicité.

Évidemment comme condition préalable, il faut l'existence d'un fait principal punissable puisque c'est l'emprunt de criminalité qui est le principe communément retenu. Il n'est cependant pas nécessaire qu'il y ait la poursuite effective de l'auteur principal dont les causes subjectives d'impunité, comme la démence, sont sans influence sur le caractère punissable de l'infraction principale.

Sinon la complicité nécessite un élément matériel et un élément moral.

a - Élément matériel : acte positif

13. L'abstention ne devrait pas normalement constituer la complicité. Mais en raison de l'intervention nécessaire de certains professionnels, la jurisprudence se montre particulièrement sévère, et assimile à un acte positif certaines abstentions, traduisant un laisser-faire professionnel. Ce sera souvent le cas pour les notaires qui ont une obligation de conseil aussi bien dans la négociation que dans la rédaction de l'acte et doivent éclairer les parties sur leurs droits et obligations, et s'assurer que l'acte n'est pas passé en fraude des droits des tiers car « aucune réserve d'ordre déontologique n'exige du notaire qu'il s'abstienne, dans un souci de discrétion vis-à-vis de ses clients, de vérifier la régularité et le caractère non frauduleux de l'acte. » (*Crim. 18 oct. 1982, D 1983-157 note Robert et Tixier ; 22 déc. 1986, Bull 382, D 1987, 327, note Tixier*).

Une certaine sévérité s'est également développée à l'encontre des banquiers dans la mesure où de plus en plus, ils interviennent dans toutes les transactions, honnêtes ou pas, réelles ou fictives. Leur rôle est souvent retenu dans les retraits de fonds ou l'exode des capitaux précédant des fuites à l'étranger des opérateurs économiques malhonnêtes. C'est le cas du banquier de la société, victime de la banque, et qui par son inaction a permis des transferts anormaux de fonds (*Crim. 23 oct. 1997 - Jurisdata n° 1997, 004624*).

Ces cas de complicité par abstention s'observent également à l'encontre du membre du conseil d'administration sur qui pèse une obligation professionnelle lui imposant une action ou une intervention précises et qui, par son inaction, laisse son président commettre une infraction (*Crim 28 mai 1980, D. 1981, Inf. rap. p. 177, Obs. G. Roujou de Boubée*).

14. L'acte de complicité doit avoir été accompli avant ou pendant l'infraction. L'acte réalisé après n'entre pas dans les prévisions de la complicité. Souvent les législateurs nationaux en ont fait des infractions spécifiques de recel. Mais les Actes uniformes ne l'ont pas fait.

Enfin l'acte de complicité doit faire partie de la liste établie par la loi.

Il s'agit pour les actes antérieurs de la provocation qui peut se faire par des dons, des promesses, des menaces, des abus d'autorité ou de pouvoir, ou d'autres machinations ou artifices coupables, ou des instructions pour commettre l'infraction.

Il y a aussi des actes de complicité qui sont concomitants à la réalisation de l'infraction. Ce sont les actes d'aide, d'assistance et de facilitation.

Malgré la tendance de la jurisprudence à élargir la notion de coaction, ce ne sera pas souvent possible pour les infractions contre la société, car il faut avoir la qualité de dirigeant social. Les autres participants ne peuvent être que des complices même si ce sont eux les donneurs d'ordre et les bénéficiaires de ces actes.

b - Élément moral

15. La complicité requiert l'intention. Il faut accomplir les actes de complicité en toute connaissance de cause.

L'imprudence et la négligence ne sont pas constitutives d'actes de complicité, sauf le raidissement de la jurisprudence qui vient d'être examiné au sujet des professionnels des affaires, comme les notaires, les banquiers ou les hauts responsables de la société.

Section I - Comptabilité des sociétés

16. La notion de comptabilité de l'entreprise a beaucoup évolué dans le temps. Comme l'ont fait observer certains auteurs (*Notamment M. Delmas-Marty. Droit Pénal des Affaires, tome II, p. 309 ; Thémis-Droit. Éd. PUF, 3^e éd. 1990*), « au sens étroit, la comptabilité est seulement une technique d'enregistrement des mouvements de valeurs qui se produisent dans les éléments de l'entreprise ; elle consiste en la figuration chiffrée de toutes les opérations qui ont été faites. Au sens large, la comptabilité devient un moyen utile pour déterminer les résultats obtenus et apprécier la possibilité de résultats futurs, donc pour interpréter et, éventuellement, orienter la vie financière de l'entreprise ».

Avec le développement des affaires, leur complexification voire leur internalisation, la comptabilité a changé de visage. Elle est devenue un instrument de direction, de gestion financière et de gestion économique (*H. Matsopoulou, Infractions comptables, Rép. Dalloz. Sociétés, Tome III, n° 1*).

17. En effet, aussi longtemps que remonte la vie des affaires ou plus précisément le commerce, les commerçants ont toujours tenu des livres, bien avant que cela ne devienne obligatoire. Ils l'ont fait pour des intérêts purement privés, afin de se retrouver à titre personnel, sur l'état de leur caisse, de leurs marchandises, et se souvenir des opérations réalisées. À ces intérêts d'ordre purement privé, sont venus se greffer des intérêts d'ordre public ou général. L'accélération a d'ailleurs été donnée par la législation fiscale qui a pris comme base de l'impôt le chiffre d'affaires ou les bénéfices réalisés. Le moyen le plus commode d'en avoir une idée exacte a été trouvé dans l'examen des livres de l'entreprise. C'est la même comptabilité (*les livres de commerçant ou de la société.*) qui permettra de connaître les raisons de la « faillite » d'une entité économique, et d'envisager la mise en place d'un plan des difficultés qu'il s'agit de continuer l'activité, de la céder ou de la liquider.

Même lorsque la société commerciale s'est développée on s'en est tenu pour l'essentiel à son aspect financier en accordant une grande importance aux

comptes d'actif et de passif, décrivant la structure de l'entreprise. Mais ce bilan était principalement au service de l'entreprise et ne pouvait servir de base à des poursuites pénales pour faux en écriture en cas d'inexactitude.

18. La solution n'était pas satisfaisante, car le bilan, résumé de l'inventaire et de la comptabilité permet aux actionnaires et aux tiers (*fournisseurs, banquiers, créanciers*), d'avoir une vision de la prospérité de l'entreprise et de s'engager en toute connaissance de cause.

C'est ainsi que progressivement la comptabilité a cessé d'être une affaire purement privée, l'État y faisant entendre de plus en plus les préoccupations d'ordre public et le législateur français a très tôt imaginé des infractions spécifiques dans la loi du 24 juillet 1867, modifiée par les décrets de 1935, pour finalement refondre le tout et prendre la loi du 24 juillet 1966, notamment en ce qui concerne les sociétés de capitaux. La constance voire l'accélération dans la période contemporaine, est que la société commerciale est toute puissante, et constitue de plus en plus le droit commun des affaires puisqu'on trouve même la société unipersonnelle. Elle ne peut se constituer sans capitaux, et est tout entière axée vers la recherche du profit. La société est plus que jamais un lien privilégié pour les finances. Elle brasse souvent d'énormes masses d'argent, s'emploie à intéresser un public de plus en plus large et est alors soumise à la tentation d'adopter de nombreux comportements indéliques qui peuvent induire des répercussions fâcheuses et même catastrophiques pour elle-même, ses actionnaires et associés, ses divers partenaires du monde économique. L'organisation d'une comptabilité moderne s'est donc imposée, et reflète chez le législateur moderne la volonté d'assurer dans un climat propice à une direction et à la gestion moralisées de l'entreprise, le meilleur moyen d'avoir une information précise voire la bonne information sur la situation financière et économique de l'entreprise. Le législateur OHADA a emboîté le pas au législateur français et de manière générale au droit moderne en affichant la particulière importance qu'il accorde à la comptabilité des sociétés de deux manières au moins.

19. D'abord quant à la forme en consacrant un Acte uniforme spécial à cette matière. En effet, plus de deux années après l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales du 17 avril 1997, et alors qu'il y dédie un chapitre entier aux états financiers de synthèse annuels (articles 137 à 141), il a pris un Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises le 24 mars 2000 qui comprend 113 articles.

20. Quant au fond, cet Acte Uniforme reprend les grands principes modernes sur l'exigence de l'existence et de certaines qualités requises de la comptabilité des entreprises. Il en dresse les normes et régleme dans

le détail, les éléments qu'elle doit contenir pour avoir la qualification de comptabilité moderne et acceptable au plan de l'éthique économique voire la bonne information sur la situation financière et économique de l'entreprise. « Puissant adjuvant de ce dispositif, le droit pénal a paru naturellement destiné à en garantir l'application. » (*W. Jeandidier – Préc.*, n° 288, p. 376.). En droit français les incriminations en matière de comptabilité des sociétés sont nombreuses et disparates.

21. Le législateur OHADA, s'est inspiré largement de ce droit français tout en conservant sa méthode en matière de droit pénal des sociétés.

D'abord l'esprit de regroupement pour éviter des incriminations disparates et éparses. Ainsi, ces infractions s'appliquent-elles indifféremment à tous les dirigeants sociaux sans distinguer les diverses sortes de sociétés. (*de capitaux, de personnes*) et même les entrepreneurs individuels pour ce qui est de l'article 111 de l'Acte Uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises.

22. Ensuite et surtout, elle n'a pas prévu une multitude d'infractions en matière de comptabilité. Il y a essentiellement l'infraction de non-établissement des états financiers annuels (*article 111 alinéa 1 Acte uniforme sur la comptabilité.*) et l'infraction d'établissement de comptes inexacts entraînant une déformation des résultats de l'entreprise (*article 111 alinéa 2 Acte uniforme portant sur la comptabilité, l'article 890 de l'Acte uniforme sur les sociétés.*) Il est vrai que certaines autres règles de droit comptable sont sanctionnées sous la qualification de banqueroute (*article 228 4^e, article 229, 1-1^{er}; article 229-2-1^{er}; article 231-5^e de l'Acte uniforme du 10 avril 1998, portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*). Tout comme toutes les obligations relatives à l'exigence de confection de présentation, et de présentation des comptes n'ont pas paru nécessiter une sanction pénale expresse. (*associés article 140, Assemblée générale – article 345, etc.*), de même les infractions pénales retenues alors que les Actes Uniformes exigent l'établissement des comptes consolidés pour les groupes de sociétés, ne font pas allusion à leur omission parmi les actes répréhensibles.

En dernière analyse, il convient alors d'examiner les deux comportements répréhensibles sous peine de sanction pénale. La comptabilité doit non seulement être établie mais elle doit aussi refléter fidèlement la situation de l'entreprise.

- L'existence de la comptabilité.
- L'exactitude de la comptabilité.

§2 - Existence de la comptabilité

23. Aux termes de l'article 111 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises : « encourent une sanction pénale les

entrepreneurs et les dirigeants sociaux qui : n'auront pas pour chaque exercice social dressé l'inventaire et établi les états financiers annuels ainsi que, le cas échéant le rapport de gestion et le bilan social. ». Cette infraction vise à sanctionner les pratiques qui tendent à échapper à l'obligation astreignante de tenir une comptabilité. Il s'agit alors d'une infraction qui comporte une condition préalable qui est constituée par les divers documents rendus obligatoires par la loi, ensuite un élément matériel et un élément moral.

A - Condition préalable : documents comptables obligatoires

24. L'article 111 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, énumère les documents comptables que chaque entreprise doit établir à chaque exercice, c'est-à-dire annuellement. Il s'agit de l'inventaire, des états financiers annuels, pour toutes les entreprises même individuelles. Dans les sociétés, il faut également dresser un rapport de gestion et éventuellement un bilan social.

I - Inventaire

25. L'inventaire ne fait pas l'objet d'une définition précise dans l'Acte uniforme comme les autres documents comptables. C'est une absence qui a toujours été relevée, pourtant ce terme est utilisé dans l'incrimination. On peut définir l'inventaire comme « un relevé de tous les éléments d'actif et de passif au regard desquels sont mentionnées la quantité et la valeur de chacun d'eux à la date du document. » (*W. Jeandidier – Préc.*, n° 294, p. 384).

C'est certainement à l'inventaire que renvoie l'article 42 de l'Acte uniforme sur les comptabilités qui dispose que chaque entreprise à la clôture de l'exercice, doit « procéder au recensement et à l'évaluation de ses biens, créances et dettes à leur valeur effective du moment dite valeur actuelle. ».

L'article 43 alinéa 1 renchérit en considérant que « la valeur d'inventaire est la valeur actuelle à la clôture de l'exercice. »

De manière prosaïque, l'inventaire peut donc être considéré comme le récapitulatif et l'estimation de l'intégralité des éléments constituant l'actif et le passif de l'entreprise.

À chaque exercice, qui correspond généralement à une année, l'entreprise quelle que soit sa nature, sa taille, doit dresser inventaire, et c'est le premier élément cité par l'article 111, Acte uniforme sur les comptabilités et l'article 899 de l'Acte uniforme sur les sociétés.

L'inventaire ne suffit pas, il est exigé des documents beaucoup plus techniques et contraignants quant à leur établissement. Ce sont les états financiers annuels.

II - États financiers annuels

26. Ils apparaissent dans les deux Actes Uniformes sur les sociétés et sur les comptabilités. Mais c'est surtout l'Acte Uniforme sur les comptabilités qui les explicite. Le constat que l'on peut faire est que l'établissement de ces états financiers est également une obligation pour toutes les unités économiques : entreprises personnelles, sociétés commerciales même s'il existe des exigences particulières pour certaines catégories notamment les sociétés de capitaux. L'article 8, de l'Acte Uniforme sur les comptabilités énumère les divers états financiers annuels requis dans les entreprises. Ils comprennent le bilan, le compte de résultat, le tableau financier des ressources et des emplois, ainsi que l'état annexé.

Allant plus loin, l'article 29 du même Acte uniforme donne une définition synthétique de chacun de ces documents comptables et les articles 30 à 32 décrivent avec précision chacun d'entre eux.

27. Cet article 29 décrit séparément les éléments de l'actif et les éléments du passif constituant le patrimoine de l'entreprise. Il fait apparaître de façon distincte les capitaux propres. L'article 30 qui suit détaille les différentes rubriques qui doivent figurer dans ce bilan tant en ce qui concerne l'actif (actif immobilisé, actif d'exploitation attaché aux activités ordinaires et actif de trésorerie.) ; que le passif (*capitaux propres et ressources assimilées, financiers, passif d'exploitation attache aux activités ordinaires, passif hors activités ordinaires et passif de trésorerie.*).

28. L'article 29, alinéa 2 considère que « le compte de résultat récapitule les produits et les charges qui font apparaître par différence, le bénéfice et la perte nette de l'exercice. »

Pour étayer cette définition, l'article 31 procède à l'énumération des rubriques que doit contenir ce compte de résultat. Il doit faire apparaître les produits et les charges selon qu'ils concernent les opérations d'exploitation attachées aux activités ordinaires, les opérations financières et les opérations hors activités ordinaires. En réalité, ce compte de résultat a pour finalité d'établir les soldes de gestion qui sont nécessaires pour connaître les bénéfices et les charges de l'entreprise.

29. Encore appelé « tafire », le tableau celui des ressources financiers et des emplois « retrace les flux de ressources et les flux d'emplois de l'exercice. » (Article 8 alinéa 3). Précisant son contenu, l'article 32 indique qu'il doit faire « apparaître pour l'exercice, les flux d'investissement et de financement, les autres emplois, les ressources financières et la variation de la trésorerie ».

30. D'après l'alinéa 4 de l'article 8 de l'Acte uniforme sur les comptabilités. « L'état annexé complète et précise l'information donnée par les autres états financiers annuels ».

Il ne s'agit pas d'un document dont la composition est arrêtée une fois pour toutes comme les autres effets financiers annuels. Il sert de complétude pour les autres états financiers, lorsque toutes les informations y afférentes n'ont pas pu trouver de place à l'intérieur, notamment du fait du formalisme rigide du plan comptable qu'il faut souvent respecter.

L'article 33 de l'Acte uniforme sur les comptabilités pour sa part donne une vue d'ensemble de l'état annexé qui « comporte tous les éléments de caractère significatif qui ne sont pas mis en évidence dans les autres états financiers et qui sont susceptibles d'influencer le jugement que les destinataires des documents peuvent porter sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise. ».

Ainsi tous les engagements pris par l'entreprise doivent figurer à l'État annexé notamment lorsque le suivi est assuré par l'entreprise dans le cadre de son organisation comptable.

Un exemple est donné à l'article 139 de l'Acte Uniforme sur les sociétés, qui exige que l'État annexé contienne d'une part un état des sûretés personnelles tels que « des cautionnements, avals et garanties données par la société. » et d'autre part « un état des sûretés réelles qui grèvent la société. ».

Après les rapports financiers de synthèse, dans les sociétés commerciales, les dirigeants sociaux doivent établir un rapport de gestion qui est décrit de manière identique dans les deux Actes Uniformes.

III - Rapport de gestion

31. À l'article 138 de l'Acte Uniforme sur les sociétés, où il est écrit que : « le gérant, ou le conseil d'administration ou l'administration général selon le cas, établit et arrête un rapport de gestion dans lequel il expose la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible et en particulier les perspectives de continuation de l'activité, l'évolution de la situation de trésorerie et le plan de financement. ».

L'article 71 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur les comptabilités définit le rapport de gestion de manière strictement identique et avec les mêmes termes.

Comme son nom l'indique, il ne s'agit pas d'un état financier, mais plutôt d'un rapport sur la marche de la société au quotidien et ses perspectives d'avenir dans lequel, le dirigeant doit relever notamment les événements importants qui sont survenus dans la vie de la société entre la date de clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi.

IV - Bilan social

32. Aucun des Actes uniformes n'en donne une définition. D'après le lexique des termes juridiques, il s'agit d'un « document chiffré, établi par le chef d'entreprise

après consultation des représentants du personnel et faisant apparaître la situation de l'entreprise dans le domaine social. » et si on tient compte de la méthodologie du législateur OHADA, chaque État partie possédant à l'heure actuelle son droit social propre, il faudrait donc s'y référer pour connaître les conditions exigées pour la production d'un bilan social.

V - Problème de la comptabilité dans les groupes de sociétés

33. Comme pour les entreprises isolées, l'Acte uniforme sur les comptabilités exige l'établissement et la publication des états financiers consolidés, à la « charge des organes d'administration de direction ou de surveillance de l'entreprise dominante de l'ensemble consolidé dit entreprise consolidante. » (*Article 75 Acte uniforme sur les comptabilités.*).

Les comptes consolidés comprennent à peu près les mêmes éléments que les comptes financiers de synthèse des entreprises isolées : « le bilan, le compte de résultats, le Tableau des ressources et des emplois de l'exercice ainsi que l'état annexé. » (*Article 79*), ils forment également un tout indissociable et sont aussi présents, « Conformément aux modèles fixés par le système OHADA pour les comptes personnels des entreprises » (*Article 79 alinéa 3.*).

Cependant, l'article 111 sur les incriminations est muet sur les comptes consolidés alors que le droit français dispose à l'article 481 alinéa 1^{er} de la loi du 24 juillet 1966 modifiée que le non-établissement de ces comptes consolidés constitue une infraction pénale.

L'article 111 de l'Acte uniforme sur les comptabilités pourra-t-il être invoqué en cas d'omission d'établissement de comptes consolidés dans un groupe de sociétés ? Le principe de la légalité impose une réponse négative notamment si on invoque son corollaire qui est l'interprétation restrictive des règles pénales. Il peut aussi être rétorqué que contrairement aux incriminations contenues dans l'Acte uniforme sur les sociétés et où on fustige les dirigeants sociaux à propos de leur gestion de « la société » qu'ils dirigent. (*Article 890-891, etc.*) dans l'Acte uniforme sur les comptabilités, il n'en est pas fait mention mais plutôt de l'exercice social sans précision. Si le juge veut se montrer sévère il pourra appliquer cette disposition au groupe de sociétés, mais s'il veut respecter l'orthodoxie du droit pénal, il peut décider que cette situation n'entre pas dans les prévisions de la qualification pénale de l'article 111 alinéa 1^{er} et considérer que cette hypothèse a été dépenalisée.

B - Élément matériel

34. Il s'agit d'une infraction d'omission qui est consommée par le fait, pour chaque exercice, de ne

pas dresser l'inventaire, de ne pas établir les comptes financiers annuels, et le cas échéant le rapport de gestion et le bilan social. L'établissement de ces documents est obligatoire et la périodicité de leur confection est l'exercice c'est-à-dire l'année. C'est le principe posé par l'article 137 de l'Acte uniforme sur les sociétés d'après lequel « A la clôture de chaque exercice, le gérant ou le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, établit et arrête les états financiers de synthèse conformément aux dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des comptabilités ».

Il s'agit donc d'un principe qui indique une prescription obligatoire traduisant la finalité directive du droit des sociétés et justifie que l'inobservation de cette obligation soit pénalement sanctionnée à l'article 111 alinéa 1^{er} Acte uniforme sur les comptabilités.

L'énumération de l'article 111 alinéa 1^{er} peut suggérer qu'elle est cumulative et qu'il n'y a infraction que si tous les documents ont été omis ou font défaut. La doctrine dans sa majorité (*W. Jeandidier Préc. N° 289; Rebut infractions en matière de sociétés – Rép Sociétés Dalloz Préc. N° 73, A. Lepage, P. Maistre de Chambon, R Salomon. Préc. N° 808*) estime que l'infraction est constituée dès qu'il manque une seule pièce comptable. Les juges semblent partager ce point de vue.

Aucun délai n'est en principe imposé aux dirigeants pour établir les documents sociaux. Néanmoins, ceux-ci doivent être présentés pour approbation à l'Assemblée générale « qui doit obligatoirement se tenir dans les six mois de la clôture de l'exercice. » (*Article 140 alinéa 2, Acte Uniforme sur les sociétés.*).

Cette absence d'inventaire est en outre, une des conditions préalables de l'infraction plus grave de répartition de dividendes fictifs.

C - Élément moral

35. La loi n'exige pas un élément moral particulier. Cette infraction est consommée par la seule absence de confection de documents comptables.

L'élément moral se réduit donc à la seule imputabilité, celui qui n'est ni dément, ni contraint, ni infans, comprend ce qu'il fait, donc le veut. Malgré la méthode du législateur OHADA, les États Parties, ne pouvant créer des infractions, il est donc nécessaire de déterminer les caractéristiques de la faute dans cette infraction. Ce qui est sûr, il ne s'agit pas d'infraction qui exige une faute d'intention, ni une faute d'imprudence ou de négligence. C'est ce type d'incrimination que l'on qualifie parfois le « délit matériel » ou « délit contraventionnel ». La structure de sa faute est discutée (*voir Nicole Claire Ndoko, La culpabilité en droit pénal camerounais Préc. p. 177 et suivantes*). Les opinions sont partagées et ont évolué dans le temps. Depuis le départ, beaucoup d'auteurs y ont vu tantôt une faute présumée, tantôt une absence de faute, et plus récemment des auteurs ont considéré que la faute était incluse dans les faits.

Les auteurs africains pourront recourir à l'une ou l'autre des conceptions. Ce qui est constant est que l'absence de documents se suffit à elle-même pour que l'infraction existe.

§2 - Exactitude de la comptabilité

36. Comme toute législation moderne, le droit OHADA exige non seulement que les documents financiers soient confectionnés, mais a fait sienne la notion anglo-saxonne de « *true en fair view* » en imposant pour qu'ils soient pris en considération que ces comptes soient exacts. C'est-à-dire qu'ils donnent « *une image fidèle du patrimoine* ». Cette exigence de fidélité, de transparence, de sincérité constitue d'ailleurs la trame de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises. C'est donc naturellement qu'on y trouve une incrimination visant l'établissement et la communication des états financiers.

L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique avait déjà incriminé dans son article 890, le fait pour les dirigeants sociaux de publier ou de présenter des états financiers inexacts dans le but de dissimuler la situation réelle de la société. Ces deux infractions ont certaines caractéristiques communes notamment l'existence des comptes inexacts comme condition préalable. Elles diffèrent cependant par leurs éléments constitutifs, l'élément matériel, mais surtout l'élément moral qui est certes l'intention mais plus exigeante dans l'infraction décrite dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés que dans celle qui figure dans le droit comptable, sans compter que la première est propre aux sociétés tandis que la seconde peut se réaliser dans tous les types d'entreprises.

A - Condition préalable commune aux deux infractions : états financiers infidèles

37. Cette condition préalable se dédouble en réalité en deux. D'une part des états financiers, d'autre part des états financiers infidèles.

I - États financiers

38. Ces infractions ne reprennent pas comme l'infraction précédente une variété de documents comptables (*bilan, états financiers, rapport de gestion et bilan social*.)

Elles s'en tiennent aux états financiers de l'exercice, ou états financiers de synthèse annuels (*formule utilisée dans les deux Actes uniformes*). Ces documents comptables, qui sont les effets financiers et annuels (*bilan, compte de résultat, tableau financier des ressources et emplois ainsi que l'état annexé*) « forment un tout indissociable et décrivent de façon régulière

et sincère les événements, opérations et situations de l'exercice pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'exercice. » (*Article 8 alinéa 2 Acte uniforme sur les comptabilités*). Ils constituent des pièces essentielles car, ils renseignent les dirigeants sociaux, les associés et les tiers sur la situation de la société commerciale. (*Conf. les développements sur l'infraction d'omission d'établissement des documents comptables*).

II - Effets financiers annuels inexacts ou infidèles

39. Ces documents pourtant essentiels doivent être exacts. C'est-à-dire réguliers, sincères et donner une image fidèle de la situation de l'entreprise.

La notion d'infidélité recouvre alors des manquements à l'obligation de régularité et de sincérité. L'infidélité des effets financiers ne se confond pas avec les inexacitudes portant sur le résultat, et peut être caractérisée même si le résultat est exact ou encore s'il présente la situation de la société plus mauvaise qu'elle ne l'est en réalité.

L'infidélité des effets financiers résulte de toute irrégularité ou non sincérités relatives à l'un des postes (*deux erreurs complémentaires peuvent même se compenser, si l'on s'en tient au résultat final*), qu'elle soit d'ordre matériel ou relève du classement ou de l'évaluation.

a - Erreurs matérielles

40. Elles sont les plus rares dans la mesure où les contrôles de comptabilité les révèlent facilement. Il s'agit d'abord des omissions d'écritures. Ce peut être aussi des omissions comptables comme un défaut de provision au sujet d'une créance (*Crim. 19 juin 1997, Revue Société 1998, p 41, Obs. F. Ranucci*), un bilan faisant apparaître un bénéfice, alors que la société enregistre des pertes importantes. (*Crim. 14 déc. 1966, Bull. 1966, n° 291*) ; une omission de certaines recettes occultes destinées à alimenter la caisse noire de la société par falsification des quantités d'articles inscrits à l'inventaire (*Crim. 8 avr. 1991, Bull n° 166; Rev. Sociétés, 1991, p. 776 note B. Bouloc*), mention à l'actif de créances fictives, dissimulation de dettes ou d'engagements (*Crim. 26 juin 1978, Bull. n° 212*.) ; omission d'une provision pour dépréciation des stocks (*Crim. 9 nov. 1992 Bull. n° 364; Rev. Sociétés 1993, 429, note Bouloc*).

b - Erreurs de classement

41. Elles sont délicates à découvrir car elles supposent des chiffres exacts mais une désignation incorrecte des différents postes ou encore un déplacement de postes dans le temps au mépris des prescriptions de l'article 9 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur les comptabilités qui dis-

pose que « la comparativité des états annuels au cours des exercices successifs nécessite la permanence dans la terminologie et dans les méthodes utilisées pour retracer les événements, opérations et situations présentés dans ces états ». On peut alors trouver un glissement de poste à poste au sein de la colonne actif ou de la colonne passif. Ce sera le fait de classer une dette à court terme, dans la rubrique des dettes à moyen terme ou à long terme, de méconnaître le principe de la spécialisation des exercices ou de classer une créance de recouvrement douteux dans la rubrique « effet de commerce. ». L'infidélité peut aussi consister en une violation de l'interdiction de compensations entre les postes d'actif et du passif du compte de bilan, ou entre les postes de charges ou de produits du compte de résultat.

c - Erreurs d'évaluation

42. Les inexactitudes dans les évaluations constituent les irrégularités les plus fréquentes car elles sont plus aisées à commettre et plus difficiles à détecter et ont donc « la grande faveur des fraudeurs » (*W. Jeandidier. Préc. n° 290, p. 381.*) Il peut s'agir de minoration des éléments du passif (*réserves, provisions pour risques et charges, dettes certaines et dettes conditionnelles*) ou majoration des éléments d'actif (*immobilisation, actif circulant*).

B - Éléments constitutifs de l'établissement et de la communication d'états financiers inexacts

43. C'est l'infraction punie à l'article 111 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur les comptabilités d'après lequel, encourent une sanction pénale, les dirigeants lato sensu, qui « auront récemment établi et communiqué des états financiers ne délivrant pas une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'exercice ».

L'élément matériel de cette infraction est l'établissement et la communication d'effets financiers infidèles. En outre il s'agit d'une infraction intentionnelle qui requiert un dol général.

I - Élément matériel

44. Il s'agit de deux actes distincts : l'établissement et la communication.

a - Établissement

45. Il s'agit ici de confectionner des effets financiers qui ne reflètent pas la situation fidèle du patrimoine de l'entreprise. C'est la seule fabrication d'effets finan-

ciers avec des erreurs qui est incriminée. Comme pour l'omission d'établissement, il n'est pas nécessaire que tous les effets financiers présentent des inexactitudes. Comme ils constituent un tout indissoluble, l'infidélité de l'un rejaillit sur l'image du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'exercice qu'il fausse. En tout cas qui devient infidèle.

C'est la gravité des conséquences de tels documents qu'il convient d'éviter en interdisant, sous la menace de sanction pénale, de telles tentations souvent si fascinantes surtout lorsque le dirigeant a commis des erreurs de gestion, et qu'il veut camoufler la situation inquiétante de l'entreprise. C'est donc une incrimination qui doit être classée dans la catégorie des infractions « formelles », c'est-à-dire celle dans laquelle l'infraction existe par la seule considération des moyens utilisés indépendamment du résultat à atteindre et dont la survenance est même de nature à modifier l'infraction. Dans les infractions formelles « les moyens parlent d'eux-mêmes, mettant à nu le but poursuivi et qui compte tenu de la mise en danger qu'ils représentent, sont appréhendés dès leur utilisation ou même dès leur détention sans en attendre le résultat ».

L'élément matériel se réalise aussi par l'utilisation, plus précisément par le fait de porter ces documents à la connaissance d'autres personnes par voie de communication.

b - Communication des comptes infidèles

46. Il est aussi interdit de communiquer des effets financiers inexacts.

Il se pose alors deux problèmes. Celui de l'acte de communiquer et celui des destinataires de la communication.

En matière de société, la communication est un droit pour les associés, les actionnaires, et les commissaires aux comptes. Ce droit est commun à toutes les catégories de sociétés et pour prouver son importance, l'Acte uniforme sur les sociétés le rappelle sans cesse. À titre d'illustration on peut citer l'article 140 qui ordonne la communication des états financiers annuels aux commissaires aux comptes 45 jours au moins avant la date de l'assemblée générale.

1 - Destinataires de la communication

47. Mais dans les sociétés c'est un droit reconnu aux associés et actionnaires et qui se traduit de la même manière à savoir la communication des effets financiers 15 jours avant assemblée générale : les articles 288 et 289 pour les sociétés en nom collectif ; les articles 306 et 307 pour les sociétés un commandite simple ; les articles 345 pour la SARL et 525 pour les sociétés anonymes.

C'est un droit qui fait même l'objet de développements appropriés pour les sociétés à risque limité

comme la SARL pour laquelle le droit de communication fait l'objet de toute une sous-section, et la Société Anonyme à laquelle est consacrée une section entière à la communication des documents.

Mais à côté de ces destinataires statutaires les comptes peuvent être communiqués à des tiers notamment pour les amener à prendre des participations ou à devenir partenaires de la société.

2 - Acte de communication

48. Normalement ces dossiers ne restent pas dans les tiroirs des dirigeants, ils sont portés à la connaissance des tiers de diverses manières. Il s'agit d'abord de l'acte de communiquer les effets, c'est les faire sortir de la société et les mettre à la disposition des personnes autres que les dirigeants qui les établissent et surtout en dehors des gestionnaires de la société.

La loi utilise les deux notions qui ne sont pas forcément synonymes, c'est d'ailleurs la raison qui explique qu'elles figurent comme élément matériel de deux infractions distinctes. Et si on s'en tient à l'exégèse, on peut considérer que la présentation stricto sensu est la soumission des documents à l'assemblée générale des associés pour approbation, bien que leur décision soit indifférente et que la communication se réalise par tout autre moyen de mise à disposition par les dirigeants sociaux des effets financiers annuels.

Le droit français a tendance à assimiler les deux actes et semble considérer que présentation et communication veulent dire la même chose. La doctrine est d'ailleurs du même avis (*M. Delmas-Marty. Préc.*, p. 113 *W. Jeandidier-29*, p. 381 ; *Rebut Préc n° 75-77 A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon Préc. n° 827, etc.*).

Ce n'est pas l'option prise par le législateur OHADA et nous allons respecter le principe de la légalité, résultant de l'utilisation de deux concepts distincts dans deux infractions, pour tenter de les étudier séparément dans la mesure du possible.

Pour l'infraction de l'article 111 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur les comptabilités on va se contenter de la communication. Il s'agit de toute communication des documents aux actionnaires et associés. L'article 140 de l'Acte uniforme sur les sociétés exige que ces documents soient communiqués aux actionnaires et associés. La communication peut aussi consister dans la mise à disposition de ces documents aux actionnaires et associés au siège pour y être consultés. Cela vaut notamment contrôle des associés dans les sociétés de personnes comme la société en nom collectif. (*Article 289*), ou la société en commandite simple (*article 307*) qui autorise les associés commanditaires et les associés commandités à obtenir, deux fois par an, communication des livres et des documents sociaux et de poser par écrit des questions sur la gestion sociale, auquel il doit être répondu par écrit.

Cette communication doit également être faite aux commissaires aux comptes de la Société Anonyme et de la Société à Responsabilité Limitée à qui sont adressés les états financiers de synthèse et le rapport quarante-cinq jours au moins avant la date de l'Assemblée Générale ordinaire. (*Article 140 Acte uniforme sur les sociétés*). La communication s'adresse donc aux personnes énumérées dans les différents Actes uniformes qui sont soit les propriétaires de l'entreprise, soit les contrôleurs de la gestion de cette entreprise.

III - Élément moral

49. L'alinéa 2 de l'article 111 de l'Acte uniforme sur les comptabilités, ne réprime que les dirigeants qui ont sciemment établi ou communiqué des comptes infidèles. Il n'exige pas un acte accompli sciemment pour atteindre un résultat.

L'intention ici sera donc pour le dirigeant la connaissance de l'inexactitude des effets financiers annuels. Celle-ci est facile et résulte par exemple de la gravité des inexactitudes (*Crim 8 déc. 1968, Bull n° 42 ; 9 août 1989 Rev. Sociétés 1990, 63 note B. Bouloc.*), de l'existence de plusieurs jeux de bilans destinés à différents partenaires tels que les actionnaires, les banques, le fisc, d'importants biens sociaux profitables au dirigeant social (*Crim. 8 févr. 1969 Bull, n° 42*). D'autres situations peuvent caractériser ce dol général. Par exemple l'inscription d'une somme devant revenir à un associé au crédit du compte du gérant (*Crim. 22 mars 1982, Bull Joly, 1982, 503*) ; de même les manipulations informatiques pour modifier de manière significative le résultat de l'exercice (*Crim. 26 mars 1990, Bull n° 133*) ou encore une implication personnelle dans une déconsolidation fictive destinée à berner les commissaires aux comptes.

Conformément à une démarche classique en droit pénal des affaires, la seule qualité de dirigeant social pèsera lourd et anéantira tout système de défense axé sur l'imprudence et la négligence. Spécialement en cas de fausse évaluation pourvu que les juges du fond motivent correctement leur décision en évitant d'affirmer par exemple, qu'il y a une présomption de mauvaise foi. Ce que ne dit pas le texte de loi.

C - Publication ou présentation d'effets financiers infidèles

50. On peut penser que les deux infractions indiquées dans cette section sont identiques. Il n'en est rien. La lecture attentive de l'article 890 de l'Acte uniforme sur les sociétés en est une preuve lorsqu'il prévoit une incrimination pour les dirigeants sociaux « qui auront sciemment même en l'absence de toute distribution de dividendes, publié ou présenté aux actionnaires ou associés, en vue de dissimuler la véritable situa-

tion de la société, des états financiers de synthèse ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle des opérations de l'exercice, de la situation financière et de celle du patrimoine de la société à l'expiration de cette période ».

Il se distingue de l'infraction de l'article 111 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur les comptabilités de deux points de vue. D'une part, leur élément matériel n'est pas identique. D'autre part, l'élément moral ici compte plus d'exigences.

Sinon la condition préalable est identique.

I - Élément matériel : publication ou présentation

51. La division de l'élément matériel des deux infractions peut paraître artificielle, mais nous verrons qu'il ne s'agit pas d'une simple fantaisie.

Tout d'abord c'est une infraction qui ne s'applique qu'aux entreprises organisées sous forme de sociétés commerciales et non aux autres formes.

Deux actes peuvent donc entraîner l'infraction : la publication ou la présentation.

a - Publication

52. Selon la jurisprudence française, la publication consiste en « tout procédé ayant pour but et pour effet de faire connaître le bilan aux tiers dans le cadre de l'administration de la société et des besoins de celle-ci. » (*C. A. Paris 12 juil. 1969*; *G.P. 1969 2, p. 270*). D'après une autre décision d'une juridiction du fond « par la généralité des termes le texte pénal n'exclut, pour la réalisation de la publicité des (*comptes sociaux*), aucun procédé de diffusion » (*C. A. Paris 12 juil. 1969 GP 1969, 2 270*). Il peut s'agir de modes écrits de publication aussi divers que le dépôt des comptes au greffe du Tribunal, une publication au Bulletin des annonces légales (quand il existe dans un État partie.), des articles dans la presse, des circulaires, des affiches, des prospectus. Il peut s'agir aussi des modes oraux, comme une conférence de presse. En revanche, la communication d'un bilan à l'acquéreur de la majorité du capital de la société, sans diffusion à d'autres personnes, ne peut s'analyser comme une publication (*Crim. 5 oct. 1990, BRDA 12/1990*). La publication et la communication sont deux infractions distinctes et n'ont pas la même prescription. Elles peuvent se survivre l'une à l'autre.

Les juges du fond ont également considéré à propos de la publication de bilan exact que celle-ci pouvait résulter de sa reproduction au verso de bons de caisse émis par la société alors même que ces bons ne faisaient pas l'objet d'une émission publique et a affirmé à cette occasion que « la publication du bilan doit s'entendre de tout procédé ayant pour but et pour effet de le faire connaître aux tiers, fût-ce individuellement dans le cadre

d'une administration de la société et pour les besoins de celle-ci. » (*Paris 12 juil. 1969-GP 1969-2-270*).

b - Présentation des effets financiers infidèles

53. Au sens strict la présentation des effets financiers doit se faire au cours de l'Assemblée Générale des associés ou des actionnaires « qui doit obligatoirement se tenir dans les six mois de la clôture de l'exercice. ». Ces rapports sont soumis à l'approbation de l'Assemblée Générale (*Article 288 pour les sociétés en nom collectif*; *306 pour les sociétés en commandite simple*; *article 140 pour les SA et les SARL*).

54. C'est donc la présentation de ces documents pendant les sessions de l'Assemblée Générale qui constitue véritablement le délit. Mais, que penser de la mise à disposition de ces documents ? Est-ce une communication ou bien est-on toujours dans les prévisions de la loi en matière de présentation ? Mais ce serait avoir une vue trop restrictive de ce délit et le vider de son efficacité car tout le monde sait comment se passent souvent les Assemblées Générales surtout pour les grosses entreprises et le peu de cas qui est parfois fait de l'opinion des petits porteurs. Il faut donc écarter cette conception qui paraît trop étriquée. Le droit français qui ne réprime pas la communication de manière autonome l'assimile à la présentation donnée lors de l'Assemblée Générale, la mise à la disposition des actionnaires qui en est faite dans les quinze jours précédant l'Assemblée Générale surtout au regard de l'objectif poursuivi par les dirigeants sociaux. La présentation des effets financiers annuels va donc se réaliser, par toute communication aux actionnaires et aux associés : dépôt d'inventaire et d'effets financiers de synthèse annuels au siège social dans le délai de quinze jours qui précède la réunion de l'Assemblée Générale, l'envoi de ces documents aux actionnaires et associés qui en font la demande (*article 289 pour la société en nom collectif*, *article 307 pour les sociétés en commandite simple*; *article 338 et 340 pour les sociétés à responsabilité limitée*; *525 et 526 pour les sociétés anonymes de l'Acte uniforme sur les sociétés*). La présentation est ainsi réalisée dès la mise à disposition des comptes annuels aux actionnaires en vue de l'Assemblée Générale destinée à les approuver. (*Paris 12 juin 1984, Gaz Pal 1984, 2, Juris., p. 587*). Peu importe qu'aucun actionnaire n'ait exercé cette prérogative dès l'instant où la présentation des effets financiers inexacts n'implique nullement leur connaissance par cet actionnaire. Le délit de présentation des comptes infidèles est alors consommé, même si l'inexactitude a été supprimée avant que l'Assemblée Générale ne statue. Pour en revenir au droit pénal général, il s'agit du repentir actif qui est sans influence sur la faute. En revanche, il n'y a pas d'acte de présentation si la communication est postérieure à l'Assemblée Générale ou si les pièces comptables sont communiquées à d'autres personnes que les associés

ou actionnaires sauf dans l'hypothèse où le mode de présentation revêt la forme d'une publication (*Crim. 16 fév. 1987 Bull. n° 77*).

Il s'agit d'une infraction instantanée et son point de départ court dès l'établissement ou la présentation. Encore que la présentation de documents financiers infidèles, permettra de rendre visible l'établissement de ces documents et servira de point de départ du délai de prescription. Comme cela est prévu à l'Acte uniforme sur les sociétés en matière de responsabilité civile pour l'action individuelle ou sociale contre les dirigeants sociaux (*article 164, 170.*).

II - Élément moral

55. Il existe une dualité de l'élément moral dans l'établissement et la publication de documents infidèles, et c'est ce qui fait la différence principale entre les deux infractions concernant l'inexactitude des effets financiers annuels de synthèse. Il faut un dol général, mais aussi et surtout un dol spécial.

a - Dol général

56. Il s'agit du même dol général que l'infraction d'établissement et de communication d'effets financiers infidèles. Les développements faits valent aussi pour la présente infraction. Il s'agit de la connaissance de l'inexactitude des états.

b - Dol spécial

57. Ce seul dol général ne suffit pas car il doit être complété par un dol spécial qui consiste en la volonté de dissimuler la véritable situation de la société.

Le dol spécial peut se présenter de plusieurs manières. La société peut être présentée sous un meilleur jour, notamment lorsque le dirigeant social cherchera à obtenir du crédit de ses partenaires. La société peut au contraire être présentée sous un très mauvais jour en particulier lorsque le dirigeant escomptera provoquer, une baisse des cours des titres de sa société avant de les racheter à bas prix. Une telle volonté de dissimulation existera lorsque le dirigeant a agi pour éviter la révélation publique d'une situation financière compromise en dépit d'une apparente prospérité (*Crim. 12 janv. 1981, Bull 1981, n° 10 ; Rev. Sociétés 1981, p. 612, note B. Bouloc ; D 1981, p. 612 note Cosson ; JCP 1981, 19 660 note Y. Guyon.*) ; ou pour présenter une situation financière de la société conforme aux objectifs annoncés aux actionnaires (*Crim. 15 sept. 1999, Jurisdata. N° 1999-003941*) ; ou pour dissimuler aux actionnaires un risque de pertes lourdes. (*Paris- 13 déc. 2000, Jurisdata n° 2000- 135 880.*)

La volonté de dissimuler la situation réelle doit être

rapporté sinon l'infraction d'établissement et de présentation d'effets financiers inexacts n'est pas caractérisée. (*Crim. 1977. Bull. 1977, n° 266 ; Crim. 12 janv. 1981. Bull 1981, n° 10.*)

Le mobile est indifférent. Peu importe que le dirigeant ait agi pour échapper aux conséquences fiscales de ses dissimulations.

Toutefois l'exigence de ce dol spécial est plus formelle que réelle. Le caractère formel de cette exigence ramène plutôt au dol général. En effet, il est difficilement concevable que l'établissement et la présentation des comptes infidèles aient été réalisés dans un autre but que la dissimulation de la véritable situation de la société.

Exceptionnellement, certains auteurs dont l'opinion n'est pas corroborée par la jurisprudence pensent que le dol spécial peut se distinguer du dol général, quand la communication du bilan inexact cherche à dissimuler la véritable situation de la société, non aux associés mais à des tiers.

Toutes ces infractions en matière de comptabilité vont permettre la réalisation de l'infraction de répartition de dividendes fictifs.

Section 2 - Répartition des dividendes fictifs

58. Cette infraction est définie par l'article 889 de l'A.U. du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

Aux termes de cet article, sont punis d'une sanction pénale « *les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux auront, sciemment opéré entre les actionnaires et les associés la répartition de dividendes fictifs* ».

Il s'agit là d'un acte particulièrement dangereux pour la société commerciale, car il a pour conséquence de porter atteinte à son capital qui est intangible par principe puisque malgré les possibilités d'augmentation et de réduction qui sont prévues l'article 67 de l'AU énonce in limine que « *le capital social est fixe* ».

Une société commerciale qui attribue aux associés et actionnaires un dividende, alors qu'elle n'a pas réalisé de bénéfices pose un acte dont l'ampleur et la gravité du danger se révèlent au travers de catégories variées de victimes qu'il entraîne dans son sillage.

- La première victime est constituée par les créanciers. En effet distribuer des dividendes alors qu'on n'a pas réalisé de bénéfices, revient à restituer le capital social aux associés et actionnaires en violation de leur engagement envers les créanciers dont c'est le gage et à qui on donne une fausse image de la prospérité de la société.
- L'autre victime est la société elle-même, dont le capital se trouve frauduleusement mais nécessairement

entamé, ce qui entraîne des conséquences réelles dans son activité et peut lui être fatal.

- La dernière catégorie de victime, ce sont les tiers qui en présence d'une prospérité fallacieuse des affaires de la société seraient tentés de devenir à leur tour actionnaires ou associés et même prêteurs bref de s'engager avec elle sur la foi des apparences.

59. À l'analyse, et comme l'ont souligné certains auteurs, cette infraction apparaît comme un abus de confiance à l'égard de la société et une escroquerie à l'égard des créanciers (*J. Larguier et P. Conte, n° 400 ; D. Rebut, n° 64*) et généralement les peines adoptées par les États parties sont pratiquement les mêmes que pour ces deux délits.

À la lecture de l'article 889, il s'agit d'une infraction à la structure complexe.

- Elle est constituée matériellement par l'acte de répartition de dividendes fictifs. Cet acte ne peut se réaliser qu'en présence d'existence de dividendes fictifs qui eux-mêmes résultent de l'absence d'inventaire ou d'inventaire frauduleux.

En définitive, c'est donc une infraction qui requiert deux conditions préalables : un élément matériel et un élément moral.

§1 - Conditions préalables

60. La répartition de dividendes fictifs nécessite la conjonction de deux conditions préalables. Cette infraction, pour exister, suppose que l'on est en présence d'un dividende qualifié fictif (B) parce que les dirigeants sociaux n'ont pas fait d'inventaire ou que celui qu'ils ont confectionné est frauduleux. (A).

A - Première condition préalable

61. Il s'agit de l'absence ou de l'inexactitude de l'inventaire

I - Absence d'inventaire

62. À titre de rappel, et sans qu'on en trouve une définition particulière dans les Actes uniformes comme à l'article 6, alinéa 1^{er} du décret français n° 83 – 1020 du 29 nov. 1983, l'inventaire est un relevé de tous les éléments d'actif et de passif au regard desquels sont mentionnées la quantité et la valeur de chacun d'eux, à la date du document, que le droit OHADA désigne sous le vocable « valeur actuelle ». La Jurisprudence française définit pour sa part l'inventaire comme le tableau descriptif et estimatif du passif. (*Crim. 14 déc. 1960, D 1961, p. 402 note A. Dalsace.*)

L'article 889 de l'Acte uniforme sur les sociétés prévoit

l'inventaire comme condition préalable de l'incrimination de répartition de dividendes fictifs, soit qu'il est absent, soit qu'il est frauduleux. Ce document a déjà fait l'objet d'observation à propos des comptes sociaux examinés précédemment. Il s'agit d'une pièce qui n'est pas portée à la connaissance des associés, comme les états financiers annuels qui leur sont obligatoirement communiqués. Il est vrai, les associés peuvent en prendre connaissance au siège, où il doit être tenu à leur disposition, quinze jours avant l'Assemblée générale (Article 288 pour les Sociétés en Nom Collectif ; 306 pour la Société en Commandite simple, 345 pour les Sociétés à Responsabilité Limitée ; 525 pour les Sociétés Anonymes). Il faut néanmoins observer que la jurisprudence a depuis longtemps assimilé l'inventaire au bilan (*Crim 11 juin 1925 Bull n° 179*), qui est considéré comme son résumé ou plus exactement tout état suffisamment complet et détaillé pour permettre aux actionnaires d'apprécier la consistance de l'actif et du passif social. (*Crim. 23 juin 1883, D.P. 1883, 1, p. 475 in Droit Pénal des Affaires – Agathe Lepage – P. Maistre de Chambon, R. Salomon, Préc. n° 847.*) Seront alors considérées comme inventaire, les balances semestrielles suffisamment étayées. (Besançon, 17 mars 1897, Rev. Société 1897, p. 478.), mais non un simple carnet présentant de façon trop générale les résultats mensuels d'une opération (*C.A. Lyon 16 mars 1899, D.P. 1900, II, p. 139*) ou un état de situation présentant des erreurs grossières (*C.A. Lyon 12 mars 1885 ; D.P. 1886 ; II, p. 136*).

63. L'absence totale d'inventaire sera rare dans la pratique. Une telle situation va nécessairement attirer l'attention de l'administration fiscale comme une société qui serait entraîné de se soustraire de ses obligations. Lorsque l'exercice comptable a une durée supérieure à un an, le défaut d'inventaire est consommé à l'expiration de l'exercice comptable.

Si l'absence d'inventaire est rare, l'inventaire inexact se rencontre plus facilement.

II - Inventaire frauduleux

64. Pour la jurisprudence, un tel inventaire est « celui qui révèle une inobservation volontaire des prescriptions comptables ayant une incidence sur le résultat et de nature à créer un bénéfice artificiel. » (*Crim. 4 mars 1954, Bull crim. 1954, n° 159.*)

L'inexactitude du bilan va consister au moment de sa présentation, à faire apparaître un bénéfice qui n'existe pas ou qui est plus important que le bénéfice réel. Tantôt l'actif est majoré, tantôt c'est le passif qui est minoré.

a - Inventaire frauduleux par majoration de l'actif

65. La majoration : elle peut s'obtenir par une surélévation des actifs réels : comme par exemple, la surélévation

des stocks (*Crim. 10 nov. 1942, Bull. crim. n° 108, JCP 1943, II 2332, note D. Bastian*) ; l'élévation exagérée en portefeuille représenté par des actions d'une filiale artificiellement valorisée (*Tribunal Correctionnel Seine, 25 juin 1951, Gaz. Pal 1952, 2, p. 425.*) ; ou encore la majoration de la valeur de titres en portefeuille (*Crim 23 juin 1883 ; D.P. 1883, I, p. 425.*). Mais elle peut prendre d'autres formes, comme des amortissements insuffisants, l'inscription des frais généraux comme des frais de premier établissement, ou bien encore, la simulation d'éléments d'actifs qui n'existent pas en réalité, le maintien à l'actif de créances devenues non recouvrables (*Crim. 25 juil. 1927, Bull. crim. 1927, n° 155 ; 11 juil. 1930. B. 1930, n° 198 ; D.P. 1932, I, p. 145, note P. Cordonnier ; 5 mai 1949, B. 1949, n° 159.*) ou encore l'inscription de créances appartenant à l'exercice suivant en violation du principe de spécialisation des exercices.

b - Inventaire frauduleux par minoration du passif

66. C'est la démarche inverse de la précédente. Cette minoration peut consister notamment en une sous-évaluation des dettes ou des charges (*Crim. 3 août 1938 Préc. Bull. 1938, n° 194*) ou bien l'omission d'un risque de perte, ou encore de majoration des résultats par comptabilisation de chantiers non entrepris. Mais parfois, la charge est purement et simplement omise, comme le fait de ne pas inscrire une dette résultant d'une condamnation judiciaire.

B - Deuxième condition préalable : fictivité du dividende

67. La deuxième condition préalable est « l'existence » de dividendes fictifs ou plus exactement de faux bénéfices.

Il appartient à l'Assemblée Générale des associés ou actionnaires de décider de l'affectation du résultat dégagé à la fin de chaque exercice, notamment la détermination du bénéfice distribuable. Elle est pour ce faire astreinte à respecter un certain nombre d'opérations préalables. Ce qui est sûr est que le dividende ne saurait être distribué sur le capital. Ce qui explique les précautions prises pour l'établir. En outre l'autre question qui pose problème est celle des réserves.

L'existence des réserves permet-elle de distribuer les dividendes ?

I - Modalités d'établissement des dividendes

68. Tout d'abord il ne peut s'agir que du bénéfice de l'exercice considéré, dès lors qu'il est question d'approbation des états financiers annuels de synthèse.

En effet, aux termes de l'article 137 de l'Acte uniforme sur les sociétés « *A la clôture de chaque exercice,*

le gérant ou le Conseil d'Administration, ou l'administrateur général, selon le cas, établit et arrête les états financiers de synthèse ».

L'établissement de ces états financiers annuels est une obligation pénalement sanctionnée. L'examen de ces états permet d'établir le bénéfice distribuable. Les éléments entrant dans sa composition sont énumérés par l'Acte uniforme.

Il faut cumulativement :

- l'approbation du résultat de l'exercice examiné. Cela est normal puisqu'en amont il s'agit d'une opération qui fait partie de l'ordre du jour de l'Assemblée Générale annuelle au cours de laquelle on examine les comptes de synthèse. Ces comptes font état de la situation financière de la société avec son actif et son passif ;
- si au cours de l'exercice précédent, l'Assemblée générale avait effectué un report bénéficiaire, celui-ci est inclus à l'actif de l'exercice en cours ;
- de même si des pertes antérieures avaient été constatées précédemment, celles-ci entrent en diminution du résultat de l'exercice examiné.

69. La constatation du bénéfice distribuable suppose donc que les comptes annuels ont été approuvés et que l'Assemblée Générale a procédé à diverses répartitions qu'elle juge nécessaires pour l'intérêt de la société. C'est ainsi qu'elle peut déduire de ces bénéfices soit des dotations pour les réserves facultatives, soit un montant pour un éventuel report évidemment bénéficiaire.

Par la suite, elle dégage la part de bénéfice à distribuer à chaque part sociale ou à chaque action. C'est cette part à distribuer qui est qualifiée dividende.

L'existence de dividende suppose donc que le bénéfice de l'exercice soit effectif. Il ne suffit pas qu'il y ait des assurances quant à sa concrétisation, il faut qu'il soit complètement réalisé, qu'il soit le résultat d'une opération accomplie. (*Crim. 11 juin 1930, Droit Pénal 1932, I-145 note cordonnier*).

C'est le bénéfice distribué en violation des règles énoncées, c'est-à-dire sur des sommes non distribuables qui constituent un dividende fictif ce qui est le cas à l'évidence du dividende prélevé sur le capital.

L'Acte uniforme dans son article 143 alinéa 3 affirme de manière non équivoque que « *sauf en cas de réduction de capital, aucune distribution ne peut être faite aux associés lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient à la suite de cette distribution, inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer.* ». Cela traduit surabondamment le caractère dangereux de la distribution de dividende fictif qui peut être une catastrophe pour la survie de la société commerciale.

II - Dividende fictif et réserves

70. La question ici est de savoir si l'existence de réserves permet de justifier la distribution de dividendes.

Il convient alors de distinguer selon les diverses catégories de réserves possibles.

Il ne peut avoir répartition de dividendes sur la réserve légale et la réserve statutaire qui sont intangibles ; puisqu'elles sont assimilées au capital pour constituer des capitaux propres. Le délit de répartition de dividendes fictifs est alors constitué dans ce cas.

Si l'Assemblée générale par précaution avait décidé, au cours des exercices précédents de faire des réserves facultatives ou libres, le montant de ces réserves peut entrer dans le calcul du bénéfice distribuable. En effet aux termes de l'article 143 alinéa 2 « *l'Assemblée Générale peut, dans les conditions éventuellement prévues par les statuts, décider de la distribution de tout ou partie des réserves, à la condition qu'il ne s'agisse pas des réserves stipulées indisponibles par la loi ou les statuts* ».

71. Il faut distinguer la réserve légale qui est assimilée au capital qui comme on le sait, est intangible donc ne peut en aucun cas être entamé par le biais d'un calcul de dividende à répartir entre les parts sociales et les actions. De même il faut lui ajouter les réserves que les statuts peuvent prévoir. Parmi ces réserves statutaires, il y en a qui sont soumises à la même intangibilité que le capital et les réserves légales. Il en existe aussi, qui sont dites libres et qui peuvent être distribuées à deux conditions :

1- Que les capitaux propres ne deviennent pas inférieurs au capital augmenté des réserves indisponibles parce que prévues par la loi et les statuts qui les qualifient ainsi. Qu'il s'agisse de réserves faites par l'Assemblée générale de manière volontaire et qui ne sont pas soumises aux mêmes restrictions que les précédentes.

2- Que l'Assemblée Générale indique, pour cette répartition, les postes de réserve sur lesquels les prélèvements seront effectués.

72. Un autre type de réserves est protégé par l'incrimination, il s'agit des réserves de réévaluation. Elles constituent seulement un procédé comptable qui ne peut être assimilé à l'existence d'un bénéfice. Elles permettent de traduire en comptabilité l'augmentation de valeur d'un bien tout en maintenant l'inscription du bien à sa valeur d'origine. La technique de réévaluation n'est porteuse d'aucun enrichissement car elle ne fait que rétablir au niveau comptable la valeur d'un ou plusieurs biens jusqu'alors sous-évalués. L'article 65 de l'Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises est catégorique « *l'écart de réévaluation ne peut être incorporé au résultat de l'exercice de réévaluation. Il n'est pas distribuable ; il peut être incorporé en tout ou partie au capital* ». Même si le droit fiscal de certains États parties assimile les plus-values de réévaluation à des bénéfices imposables, il ne s'agit au regard du droit pénal que de bénéfices fictifs. En conséquence tout dividende prélevé sur les réserves de réévaluation doit être considéré comme dividende fictif.

73. Les réserves libres soulèvent souvent quelques difficultés ainsi que les réserves dites occultes.

Les réserves libres proviennent de bénéfices réalisés lors d'un exercice précédent que l'Assemblée Générale n'a pas voulu distribuer pour des raisons diverses comme le fait de prévoir de faire des investissements par la voie de l'autofinancement, une provision pour des difficultés de trésorerie ; le souci de régulariser le rendement, la considération de la situation générale, etc.

L'article 143 alinéa 2 de l'A.U. prévoit que l'Assemblée Générale peut décider légalement de distribuer de telles réserves car elles sont à sa seule disposition et n'entament pas le capital. Elle doit cependant indiquer expressément les postes de réserve sur lesquels ces prélèvements sont effectués.

Il ne faut cependant pas cesser de rappeler que les dividendes restent prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice.

74. Peut-on parler de réserves distribuables, lorsqu'il s'agit de réserves occultes c'est-à-dire celles qui n'apparaissent pas au bilan ? Elles peuvent être d'origines diverses.

Elles peuvent provenir d'une décision volontaire qui majore délibérément le chiffre d'un poste d'actif ou minore celui d'un poste passif.

Elles peuvent aussi être involontaires et résulter de l'augmentation de valeur d'un poste d'actif non compensée au bilan par une réserve de réévaluation (*réserves potentielles latentes*).

Dans la mesure où les réserves occultes dissimulent une partie du bénéfice, on peut imaginer, dans la conception la plus étroite des réserves qu'elles puissent donner lieu à des distributions de dividendes à condition que la décision obéisse aux conditions de forme prévues par l'Acte uniforme Un vieil arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation française du 17 juin 1942 (S. 1944 - I 141 note légale ; JCP - 1943 II 2120 note Bastian) avait écarté la qualification de dividendes fictifs dans l'affaire Moreau où le bénéfice distribué excédait le bénéfice inscrit au bilan, mais avait une contrepartie dans des réserves occultes. Par contre, le délit devrait être constitué lorsque les réserves occultes proviennent d'une plus-value qui aurait dû faire l'objet d'une réserve de réévaluation qui constitue un procédé comptable qui ne peut être assimilé à l'existence d'un bénéfice.

La distribution des réserves occultes peut impliquer une dissimulation des bénéfices, généralement dans le but de fraude fiscale, éventuellement constitutive de l'infraction de présentation d'un bilan inexact.

75. En revanche, les bénéfices futurs ne peuvent faire l'objet d'une répartition, car la réalité du bénéfice suppose non seulement, en principe, une constatation annuelle, mais encore une existence actuelle. Il faut que le bénéfice, procède d'une opération accomplie et non d'une hausse toujours réversible et soit d'un encaissement sûr et prochain.

§2 - Éléments constitutifs

76. La consommation de l'incrimination de répartition des dividendes fictifs suppose un élément matériel qui est l'acte de répartition des dividendes, et un élément moral qui est l'intention délictueuse.

A - Élément matériel

77. Cette infraction est souvent abusivement dénommée distribution de dividendes fictifs. L'Acte Uniforme emploie le terme répartition. Celle-ci doit être caractérisée et le moment de sa réalisation déterminé.

I - Notion de répartition des dividendes fictifs

78. L'élément matériel est l'acte de répartition. Cette précision terminologique n'est pas sans intérêt. En effet la répartition est plus extensive que la distribution.

La distribution de dividendes suppose que les actionnaires ou les associés aient effectivement perçu les dividendes or la répartition est caractérisée dès qu'il y a mise à disposition des dividendes à leur profit.

Elle a fait l'objet d'une définition judiciaire précise. Pour la Chambre Criminelle de la Cour de cassation française « *le délit de distribution de dividendes fictifs est consommé dès que le dividende a été mis à la disposition des actionnaires par une décision ouvrant à leur profit un droit privatif dont la valeur entre aussitôt dans leur patrimoine* ». (Cass. Crim. 28 mars 1936, D.H. 1936-270).

En l'absence de répartition, le délit n'est pas consommé. Si les dividendes sont le plus souvent versés en espèces, ils peuvent aussi l'être par voie de remise gratuite d'actions faisant suite à une incorporation de réserves au capital, par voie d'attributions d'obligations, par voie de compensation ou par voie de virement bancaire.

II - Moment de la répartition

79. La mise à disposition du dividende au profit des actionnaires peut être le fait de l'Assemblée Générale, lorsqu'elle vote les modalités de mise en paiement des dividendes.

L'article 146 de l'Acte uniforme prévoit que l'Assemblée Générale peut déléguer ce droit aux dirigeants sociaux ; selon le cas au gérant pour la Société à Responsabilité Limitée, au Président-Directeur Général, ou directeur général pour les sociétés anonymes avec Conseil d'Administration, et à l'administrateur général pour les autres sociétés anonymes.

Le plus souvent, ce sera donc la décision de ces dirigeants sociaux de mettre les dividendes en paiement qui va réaliser, du point de vue pénal, la répartition.

Évidemment, le Conseil d'Administration aussi pourra prendre une délibération en ce sens, puisque le terme

« dirigeants sociaux » englobe aussi les administrateurs. En effet, à partir de cette répartition, le bénéficiaire n'est plus un revenu social, mais un revenu personnel, propre à chaque actionnaire ou associé. C'est donc ce jour qui est le point de départ du délai de prescription de l'action publique.

Néanmoins, la seule décision de répartition prise par l'Assemblée Générale, sur proposition des administrateurs, n'a pas été jugée suffisante par la jurisprudence pour constituer le délit, car sans doute la répartition « *décidée* » n'a pas été considérée comme opérée au sens du texte, parce que les dirigeants sociaux, peuvent encore s'abstenir d'exécuter la décision de l'Assemblée Générale, sauf si elle comporte un ordre de paiement au guichet de la société ou d'une banque. L'Assemblée Générale peut revenir sur sa décision et ajourner la date du paiement tant que la mise en paiement du dividende n'a pas été ordonnée par les dirigeants.

La survenance de certains événements comme le quitus donné par l'Assemblée Générale à la gestion des dirigeants, l'approbation par cette Assemblée Générale de l'opération de répartition (Crim. 10 novembre 1942 JCP 43 - II 2332) ou l'annulation ultérieure par la juridiction civile de la délibération litigieuse, ne font pas obstacle à la réalisation matérielle de l'infraction.

B - Élément moral

80. La répartition des dividendes fictifs est une infraction intentionnelle. D'après l'article 889 de l'Acte Uniforme l'infraction doit avoir été accomplie sciemment, c'est-à-dire par des personnes connaissant le caractère fictif du dividende distribué et l'absence d'inventaire ou son inexactitude. Il s'agit donc de ce qu'on désigne classiquement *dol général*. Cela signifie que la mauvaise foi doit être caractérisée sinon il n'y a pas infraction.

I - Mauvaise foi caractérisée

81. La preuve de la mauvaise foi n'est pas dans la plupart des cas difficile à établir car les fraudes sont souvent symptomatiques. Ainsi, la mauvaise foi doit être constatée lorsque le dividende fictif procède d'un bilan inexact. Par contre, elle pourrait être simplement présumée si aucun inventaire n'a été dressé. Comme pour le délit de présentation ou de publication de bilan inexact, l'exigence d'un tel élément intentionnel permettra d'éviter que le délit ne soit constitué seulement par la répartition des dividendes fictifs en présence d'un bilan qui n'a pas généralement été matériellement établi par les personnes poursuivies pour distribution de dividendes fictifs.

Dans la pratique, la preuve de la mauvaise foi, une fois encore ne sera pas difficile à établir. Certaines preuves particulièrement graves emportent nécessairement la mauvaise foi. Les juges prendront alors en considération

la nature des fonctions exercées par le dirigeant dans la société, le rôle qu'il a joué dans la décision de répartition des bénéficiaires, mais aussi, comme souvent en matière d'infractions comptables, le nombre et la gravité des fraudes ainsi que leur caractère apparent ou non (*C.A. Paris – 14 juin 1995 Droit sociétés, comm. – 219 obs. – D. Vidal*). En outre, la jurisprudence tend à caractériser l'intention coupable à partir de la qualité des prévenus et des connaissances comptables qu'ils devraient avoir, quant à la situation financière de la société (*Cass Crim 30 mai 1930, Rev sociétés 1930 – p. 326*). Ici encore la négligence des professionnels sera aisément assimilée à la connaissance constitutive de mauvaise foi.

En application du principe de la responsabilité pénale personnelle, l'élément intentionnel doit être établi à l'encontre de chacun des dirigeants. Enfin, le mobile est sans influence sur la culpabilité. On ne tiendra pas compte du fait que la distribution de dividendes tendait à maintenir le fonctionnement d'une société en difficulté (*C.A. Grenoble, 6 décembre 1934 ; RTD soc 1935 – p. 40*), ou que la distribution de dividendes avait été réalisée en dehors de tout profit personnel. L'infraction est constituée même en cas de quitus voté par l'Assemblée Générale ou de décision approuvant la répartition.

II - Mauvaise foi non caractérisée

82. L'élément intentionnel fera défaut si la bonne foi du prévenu est établie. Certaines circonstances spécifiques plaideront ainsi en faveur de certains prévenus, comme dans une espèce où les administrateurs n'avaient pas obtenu communication des inventaires et bilans frauduleux, le président exerçant dans la société une dictature de fait (*Crim 1^{er} mars 1945, D 1946, 129 note Chéron*).

De même l'administrateur qui n'avait pas siégé à la réunion du conseil ayant opéré la répartition des dividendes (*C.A. Paris 24 juin 1885, Rev sociétés 1885 – p. 540*) à moins qu'il soit possible d'établir son adhésion antérieure à la décision par l'envoi d'une procuration, caractérisant ainsi un acte de complicité par aide et existence au délit (*W. Jeandidier – 296 – p. 387*).

Le doute sur la mauvaise foi du dirigeant n'emporte donc pas constitution de l'infraction et, il en résulte que « si les experts désignés par la cour ont fait preuve de légèreté en ne s'assurant pas de la sincérité des documents communiqués par le commissaire aux comptes ad hoc et qu'il ne bénéficiait pas d'une certitude suffisante sur la situation patrimoniale de l'entreprise pour se permettre de proposer le versement d'un acompte sur les dividendes, il reste que la preuve n'est pas indubitablement rapportée que la distribution ait préjudicié aux intérêts de la société ni que, partant, le prévenu ait eu conscience d'agir contre les intérêts de la société. » (*C.A. Paris 14 juin 1995, Droit sociétés 1995, Comm. 219 – note D. Vidal*).

Section 3 - Abus des biens et du crédit de la société

83. Commençons par rappeler l'importance de cette infraction en droit pénal des sociétés. L'incrimination des comportements visés est en effet venue combler un vide juridique dans certains systèmes juridiques, tels que celui du Cameroun où pendant longtemps, il était seulement question soit du crime de détournement de l'article 184 du code pénal camerounais, soit simplement de l'abus de confiance, bien que ce soit sous sa forme aggravée (*article 321 du même code*). L'interprétation stricte des textes prévoyant ces infractions conduisait alors à déceler des vides qui permettaient aux dirigeants sociaux d'adopter des comportements préjudiciables à la société et ce, sans qu'une sanction ne soit prononcée.

84. En effet, comme le fait remarquer L. Godon, l'essor de sociétés de grande envergure concentrant des capitaux très importants ainsi que la survenance de scandales financiers retentissants ont révélé l'inadaptation du Code pénal et du texte sur l'abus de confiance à réprimer les abus de gestion commis par les dirigeants de sociétés faute d'une incrimination propre au droit des sociétés (*Laurent Godon, Abus de confiance et abus de biens sociaux, Revue des sociétés 1997, Chroniques, p. 289 ; V. également : LABOULANGER, L'abus frauduleux du mandat social en droit pénal, thèse, Lyon, 1938, p. 11 et s. ; J.-M. VERDIER, L'abus du mandat social. Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, 1955, p. 181 et s.*).

Le caractère étroit de la notion d'abus de confiance telle que définie par l'ancien article 408 du Code pénal français applicable (*qui fut transposé en droit pénal des pays francophones d'Afrique*), apparaissait en effet inapproprié à de nombreux cas d'abus rencontrés dans l'administration des sociétés. On sait par exemple que la liste limitative des contrats préalables à l'abus de confiance ne contenait pas le contrat de société lui-même, ce qui a conduit les juges à un effort d'interprétation extensive en voyant à travers un tel contrat un *mandat général* donné par l'ensemble des associés à ceux qui ont pour mission de diriger la société (5) ; qualification contestable dans le cadre d'une conception institutionnelle de la société qui considère les dirigeants plutôt comme des organes légaux de la personne morale (*Sur ces forçages, V : Sur la considération des dirigeants d'une société comme les mandataires des associés, et cela quelle que soit la forme sociale. Voir au sein d'une société de fait (Cass. crim. 13 janv. 1970, Bull. crim., p. 18). V., pour les administrateurs d'une SA, l'arrêt de principe : Cass. crim. 5 mars 1937, Gaz. Pal. 1937.2.69. Et pour d'autres exemples d'application V., en cas d'augmentation de capital, Crim. 6 mai 1969, JCP 1969, CI, n° 86633 ; pour le détournement d'une somme qui devait être remise sur un compte bloqué : Cass. crim. 16 mars 1987, Bull. crim., n° 122, p. 342,*

RTD com. 1988.130, obs. Bouzart ; ou pour le détournement de fonds versés à titre d'apport à une société en formation : *Cass. crim.* 10 mai 1993, *Bull. Joly* 1993.849, note P. LE CANNU ; J.-J. DAIGRE, « Réflexions sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes », *Rev. sociétés* 1981.497).

Une autre hésitation provenait des notions de détournement et de dissipation qui ne pouvaient que difficilement s'apparenter à un simple *usage* par les dirigeants des biens de la société. Quant aux choses détournées ou dissipées, elles ne pouvaient être que des biens corporels mobiliers laissant hors de la protection de l'article 408 les immeubles et les biens incorporels pourtant constitutifs d'une partie importante du patrimoine des sociétés.

Face à ces hésitations, L. Godon a pu écrire : « *Au final, l'état du droit était caractérisé par une incertitude suscitant de longs procès en raison des multiples querelles de qualification portant sur les divers éléments du délit, faute pour les magistrats de disposer d'un texte précis pour fonder leurs condamnations. À terme, l'inadéquation de la répression de droit commun risquait de compromettre le développement des sociétés de capitaux largement tributaires de l'épargne publique, laquelle n'afflue que si un dispositif protecteur existe, surtout dans les grandes sociétés dont la structure n'offre pas toujours en pratique les moyens de contrôler véritablement la conduite des affaires. Pour ces raisons, autant moralisatrices qu'économiques, il devenait impossible que les pouvoirs publics n'interviennent pas pour adapter le droit pénal au contexte de la gestion des sociétés et créer ainsi le délit spécifique d'abus de biens sociaux par un décret-loi du 8 août 1935 repris par la loi du 24 juillet 1966 ; article précité, p. 289* ».

85. Dans ces conditions, le législateur OHADA se devait d'édicter des textes spéciaux, d'où l'article 891 AUSC.

Il convient cependant de préciser que l'intervention du législateur OHADA, malgré les intentions des rédacteurs des Actes Uniformes applicable en ce domaine, ne pourra pas mettre un terme à l'application, dans certains cas, des législations nationales. Dans la plupart des cas, on se trouvera en fait en présence d'un concours idéal et, étant donné la possibilité offerte aux états de compléter les incriminations OHADA, nombreuses sont des dispositions de droit interne pouvant intervenir (*Sur cette question, V. M. KOM KAMSU, Le droit pénal des sociétés commerciales dans l'actes uniforme OHADA, Mémoire de DEA, Université de DSCHANG, 1999 ; R. SOCKENG, Droit pénal des affaires OHADA, op. cit., P.G. POUGOUÉ, ANOUKAHA F. et NGUEBOUJ., Le droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique, OHADA, PUA, 1998*). Il convient également de signaler que l'incrimination spéciale d'abus de biens n'étant prévue qu'à l'égard de certaines personnes, la concurrence avec les dispositions de l'abus de confiance sera maintenue.

Quoi qu'il en soit, il convient d'abord de scruter le contenu de l'article 891 de l'AUSC incriminant l'abus des biens sociaux, avant d'envisager la diversité de solutions pénales pouvant découler du recours aux dispositions de droit pénal interne incriminant les mêmes faits.

§1 - Contenu de l'article 891 AUSC

86. Rappelons ici que l'incrimination de l'abus des biens sociaux consiste tout simplement en la transposition en droit africain des dispositions applicables en droit pénal des affaires en France et qui vise des comportements identiques à ceux prévus par ce texte. Étant donné la rareté de la jurisprudence africaine sur cette question, on s'inspirera de la jurisprudence française qui est très dense sur la même question.

L'article 891 de l'AUSC incrimine des abus portant sur des valeurs patrimoniales que représentent les biens sociaux ou le crédit de la société. En fait, il dispose que les dirigeants de sociétés commerciales « qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement, encourrent une sanction pénale ».

L'on retiendra que contrairement à certaines législations, notamment au droit pénal français, le législateur OHADA a retenu une conception restrictive de ce délit. En effet, l'article 425 de la loi française du 24 juillet 1966 et l'article 1502-3° et 4° étendent cette incrimination aux abus relatifs aux prérogatives exercées par les dirigeants sociaux dans le cadre de leur mission, à savoir les pouvoirs et les voix dont ils disposent. Ce qui n'est pas le cas du législateur OHADA qui, en son article 891 AUSC, ne retient que l'abus des biens et du crédit. La compréhension de cette disposition nécessite que soient précisés les éléments matériel et moral de cette infraction. Mais avant cela, il convient de s'arrêter sur la notion même de biens et de crédit sur lesquels pourra porter l'abus.

A - Notions de biens et de crédit

I - Biens

87. La notion de bien doit s'entendre d'une façon classique et dans son sens le plus large. On comprend alors que cette notion puisse s'appliquer à l'ensemble des biens qui appartiennent à la société, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels. L'on devra également, et ceci à titre de condition préalable, indiquer que ces biens sont la propriété de la société de sorte que le délit d'abus de biens sociaux n'est pas constitué dès lors les fonds ne sont pas la propriété de la société, les primes détournées ayant par exemple

été attribuées au dirigeant personnellement, à charge d'en faire un emploi déterminé (*Paris, 12 janv. 1990, Dr. Pén. 1990, comm. 271*).

À cet effet, il convient de rappeler la jurisprudence camerounaise qui, dans des affaires restées célèbres, s'est appesantie sur l'appartenance des biens objet d'abus. Ce fut le cas dans un jugement du 27 septembre 2007 (*TGI du MFOUNDI, jugement n° 880/crim. MP et Société Immobilière du Cameroun « SIC » C/ Bélinga Gilles Roger et Cie*). Ayant constaté que les biens objet de l'abus appartiennent à la Société Immobilière du Cameroun et que cette société est une société d'économie mixte, les juges se sont refusés d'appliquer les textes relatifs à l'abus des biens sociaux. Cette solution avait déjà été consacrée quelques mois auparavant par la Cour Suprême camerounaise (*CS : n° 26/P du 22 janvier 2007 (inédit) Affaire ETONDE EKOTO Edouard*) où les accusés se sont prévalus de la non-appartenance du terrain abritant le Port Autonome de Douala à l'État du Cameroun (*et donc de son appartenance au Port Autonome de Douala*) pour revendiquer une qualification particulière.

L'attendu y relatif était alors formel sur la question :

« Attendu que ledit terrain de la gare routière CEMAC appartient à l'État du Cameroun et non au Port Autonome de Douala... ».

Bien que le moyen ait eu pour but d'éviter l'application des dispositions relatives au crime d'escroquerie foncière, il visait également, bien que de manière implicite, à obtenir, dans la suite de la procédure l'application de l'article 891 de l'AUSC.

88. Précisons également que dans la pratique, la notion de biens renverra aux biens sociaux les plus exposés que sont des fonds de la société, sous toute leur forme, dont le dirigeant abuse lorsqu'il s'en sert indûment. Il y a abus portant sur les fonds sociaux en cas de ponctions dans la caisse de la société (*cass. crim. 8 mars 1967, Bull. crim. N° 94°*), mais aussi en cas d'affectation de dépendances personnelles à la société (*Cass. crim. 26 juin 1978, JCP IV. 273, au sujet de la rémunération d'un domestique*), d'octroi de rémunérations et avantages injustifiés (*V. entre autres nombreux exemples, Cass. crim. 19 oct. 1971, Bull. crim., n° 272 pour des salaires*). Il n'est pas nécessaire que l'abus ait donné lieu à appropriation des biens sociaux, la simple utilisation de ces biens pouvant être contraire à l'intérêt social (*V. supra, n° 43*).

II - Crédit

89. Comme la notion de biens, celle de crédit de la société fait l'objet d'une interprétation très large. Si une définition classique le présente comme étant le « crédit qui s'attache à l'établissement en raison de son capital, de la nature de ses affaires, de la bonne marche de l'entreprise » (*M. PATIN, M. AYDALOT, P. CAUJOLLE et*

J.M., ROBERT, Droit pénal général et législation pénale appliquée aux affaires, 1961, 3^e éd., PUF, p. 249), la réalité démontre que le crédit abusé ne porte pas sur le seul renom moral de la société, mais sur sa capacité financière telle qu'elle apparaît pour le tiers. En ce sens malgré certaines nuances : (*Cass. crim. 1955, Bull. crim., n° 234 ; 4 déc. 1956, Bull. crim., n° 199 ; 13 mars 1975, Bull. crim. ; n° 78 CA Montpellier, 7 janv. 1980, Gaz. Pla. 1980.1.362*). L'essentiel n'est cependant pas d'être en présence d'un bien, encore faut-il qu'il y ait usage contraire à l'intérêt social

B - Usage contraire à l'intérêt social

90. Deux concepts méritent d'être étudiés ici : le concept d'usage et le caractère contraire à l'intérêt social.

I - Notion d'usage

91. La notion d'usage peut être analysée de deux manières, si on l'envisage de manière plus ou moins large. Une telle conception a conduit la doctrine à envisager cette notion tant positivement que négativement. De là, la nécessité de conduire la réflexion en terme d'actes de commission ou d'omission.

a - Actes de commission

92. Dans un premier temps, il convient de voir dans l'usage, un acte positif conduisant à l'appropriation ou à la dissipation d'un bien. On se rapproche ainsi de l'élément matériel du délit d'abus de confiance avec lequel cette infraction se confond souvent. Comme exemple fréquemment cité pour illustrer cette notion, on évoquera le cas du dirigeant disposant à son profit personnel de sommes revenant à la société, en s'octroyant des rémunérations abusives ou des avantages en nature, etc. (*Crim. 25 nov. 1975 : Bull. crim. n° 257 ; JCP., 1976, II, 18476 note Delmas-Marty*).

L'usage n'implique cependant pas forcément que l'auteur de l'infraction ait procédé à l'intervention de la possession : la simple utilisation, le simple acte d'administration suffisent et c'est en cela que le délit d'abus des biens et de crédit s'éloigne de l'abus de confiance. En effet, l'indétermination qui caractérise la notion d'usage dans l'abus de confiance ne se retrouve pas dans l'élément matériel de l'abus de biens sociaux. Celui-ci est défini au moyen du terme « usage », lequel a une signification positive marquée (*V. Didier Rebut, L'abus de biens par abstention, Recueil Dalloz 2005, Chroniques p. 1290*).

Cette signification découle de sa définition littérale dont il ressort qu'il peut seulement s'agir d'une action. De ce fait, il est souvent affirmé que l'abstention semble même en être le contraire, laquelle suppose un non-

usage. C'est précisément l'analyse que fait la doctrine, laquelle refuse traditionnellement que l'abus de biens sociaux puisse punir des abstentions. L'analyse s'observe dans les premières études consacrées au délit qui limitaient son application à des actions. L'abus de biens sociaux y était présenté comme punissant des actes de disposition et d'administration, ce qui excluait les abstentions, lesquelles, par hypothèse, ne donnent pas lieu à disposition ou administration. L'abstention, indiquait-on, n'est jamais constitutive de l'abus de droit ni du détournement de pouvoirs (J. Escarra, E. Escarra et J. Rault, *Les sociétés commerciales*, t. IV, Sirey, 1959, n° 1695 ; V. aussi F. Goyet, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., par M. Rousselet et M. Patin, Sirey, 1958, n° 997 ; C. Pinoteau, *Législation pénale en matière économique et financière*, LGDJ, 1959, n° 348 ; M. Patin, P. Caujolle, M. Aydalot et J.-M. Robert, *Droit pénal général et législation pénale appliquée aux affaires*, PUF, p. 325). Systématisant cette solution, la doctrine affirmait alors : « Il n'est pas à craindre, contrairement à ce qui a été dit, que seuls les inactifs soient à l'abri de la prison : la méconnaissance de l'intérêt social n'est répréhensible que si elle a été consciente et surtout l'acte ne peut être abusif que si, en contrepartie, un intérêt personnel a été poursuivi » (J.-M. Verdier, *L'abus de mandat social*, in *Le droit pénal des sociétés anonymes*, Dalloz, 1955, p. 181, spéc. p. 210).

Cette conception s'impose de moins en moins et, depuis un certain temps, on commence à envisager le délit sous sa forme négative.

b - Abus par abstention

93. Les actes de commission ne posant pas de problèmes particuliers, c'est autour des abstentions que le débat s'est aujourd'hui focalisé. Ce débat n'est d'ailleurs pas nouveau car, en 1972 déjà, la Chambre criminelle avait pu caractériser le délit d'abus de pouvoirs par une abstention (V. à ce sujet : Didier Rebut, *L'abus de biens par abstention*, op. cit. ; C. Mascala qui considère que « ce sens (...) est concevable » (in *Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires*, D. 2004, Chron. p. 3050, spéc. 3051)).

La haute juridiction a eu à considérer que le dirigeant qui s'abstenait de réclamer le paiement d'une créance sociale réalisait un abus de pouvoirs (Cass. crim. 15 mars 1972, Bull. crim., n° 107 ; Rev. sociétés 1973, p. 357, note B. Bouloc). Mais la solution n'a pas été répétée, ce qui pouvait permettre de s'interroger sur sa pérennité. Le débat allait alors rebondir dans un arrêt du 28 janvier 2004. Les termes de l'arrêt ne sont cependant pas clairs, car celui-ci n'a pas expressément caractérisé l'usage contraire à l'intérêt social par une abstention. L'abstention réprimée n'y est pas qualifiée d'usage. Cette qualification est peut-être apparue trop manifestement contraire à la définition même de l'usage. Aussi la Chambre criminelle a-t-elle préféré ne pas assimiler une abstention à l'usage constitutif de l'élément matériel. Elle a choisi de la punir

au titre d'un acte à l'origine de ce même usage. Ce faisant, elle a ajouté un élément matériel à l'abus de biens sociaux. Si elle ne s'est pas faite au prix d'une atteinte au principe de l'interprétation stricte, la répression d'une abstention a donné lieu à une violation du principe de la légalité, puisqu'il en ressort une modification substantielle de la constitution de l'abus de biens sociaux. On peut voir dans cette analyse de Didier Rebut (op. cit.), un déplacement de l'objet du débat, car, dans la réalité, l'arrêt tend à admettre la possibilité de retenir le délit par abstention.

Le moyen du pourvoi, de même que la réponse de la Cour nous conduit à retenir cette solution. Alors qu'elle était saisie d'un moyen qui contestait expressément qu'une abstention correspondît à l'élément matériel de l'abus de biens sociaux, la Chambre criminelle a répondu que « l'usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt de celle-ci peut résulter non seulement d'une action, mais aussi d'une abstention volontaire » (Cass. crim. 28 janv. 2004, Rev. sociétés 2004, p. 722, note B. Bouloc ; Bull. Joly 2004, p. 861, note J.-F. Barbièri). La solution peut sembler habile, laquelle ne qualifie pas formellement l'abstention d'usage. Elle pose cependant clairement que joint à d'autres éléments, l'abstention pourra déboucher sur un abus.

La doctrine a, à bon droit déduit de cet arrêt que l'usage ne semble plus correspondre à un acte et que le délit d'abus de biens sociaux peut être caractérisé à l'observation d'une situation qui est imputée au dirigeant à raison d'une action ou abstention antérieure à celle-ci (Didier Rebut, op. cit.).

De fait, cet arrêt a approuvé la condamnation de dirigeants sur le fondement d'une abstention ayant consisté à ne pas empêcher une atteinte à l'intérêt social qu'ils n'avaient pas personnellement commise. Ils ont en effet été punis au motif qu'ils s'étaient abstenus d'empêcher une erreur d'écriture bancaire à laquelle ils n'avaient pris aucune part. C'est donc bien sur le fondement d'une abstention, fut-elle distincte de l'usage contraire à l'intérêt social qu'ils ont été condamnés pour abus de biens sociaux.

Condamnée, au motif qu'il s'agit d'ajout d'un élément nouveau au délit et non d'une consécration d'abus de biens sociaux par abstention, cette solution pourra trouver un fondement complémentaire dans la théorie générale de la complicité.

La Chambre criminelle a d'ailleurs déjà puni pareille abstention sur le fondement de la complicité (Cass. crim. 28 mai 1980, D. 1981, IR p. 137, obs. G. Roujou de Boubée). L'innovation ici est que, ce relais devient désormais inutile, puisque l'arrêt du 28 janvier 2004 permet d'appliquer directement le délit au dirigeant qui ne s'oppose pas aux abus d'un autre dirigeant. Dans tous les cas, c'est une véritable hypothèse de commission par omission qui est réprimée par la Chambre criminelle, dès lors qu'elle admet que le délit d'abus de biens sociaux peut être indifféremment réalisé par une action et l'abstention d'y faire obstacle.

II - Caractère contraire à l'intérêt social

94. Cette contrariété à l'intérêt social doit être constaté et la jurisprudence décide que : « *Manque de base légale et doit être annulé l'arrêt qui prononce une condamnation pour abus de biens sociaux, sans préciser en quoi l'usage fait des biens de la société était contraire à l'intérêt social* » (Crim. 11 mars 1971 : Bull. Crim. N° 86 ; Rev. Sociétés 1971. 600, note Bouloc).

L'usage fait par un dirigeant social du crédit de la société est contraire aux intérêts de la société lors que, sans contrepartie, il expose l'actif à un risque de perte, par le fait de la volonté frauduleuse de son auteur (Crim. 8 déc. 1972. 514 ; Bull. Crim. n° 346. Rev. sociétés 1972, 514, note. Bouloc).

Cette condition est entendue largement en jurisprudence. C'est ainsi que la Cour de cassation avait jugé que l'usage de biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite (Crim. 22 avr. 1992 Bull. Crim n° 169 ; Rev. Sociétés 1993. 154, note Bouloc). Peuvent être déclarés coupables d'abus des biens sociaux les gérants qui ont usé de leur qualité de dirigeants pour prélever des fonds afin de commettre des délits, but qui ne peut coïncider avec l'intérêt social (Même arrêt. V. Aussi Paris, 1^{er} avr. 1994 ; Dr. sociétés 1996, n° 216, obs. Vidal).

95. Étant donné la diversité des situations dans lesquelles un usage peut être déclaré contraire à l'intérêt social, il nous semble opportun d'illustrer ces cas à travers des exemples précis. Ce qui, s'inspirant de la jurisprudence française très riche en ce domaine, nous conduit à retenir les rémunérations indues, la prise en charge des dettes personnelles du dirigeant, la faveur consentie à une entreprise où le dirigeant est personnellement intéressé.

a - Rémunérations indues

96. Se rend coupable d'abus de biens sociaux le Président-Directeur Général d'une société anonyme qui s'est attribué, de son propre chef, des rémunérations qu'il savait excessives eu égard aux ressources et à la situation de la société dont les pertes excédaient de trois fois le montant du capital social. (Crim. 9 mai 1973 : préc. Note 24. V. aussi. Paris, 15 déc. 1994 : Dr. sociétés 1995, n° 63, obs. Vidal).

Il en est de même du Président d'une société qui s'était attribué, avec une autorisation partielle du conseil d'administration, des rémunérations excessives, alors que la société n'ayant qu'une activité réduite, leur versement n'a été possible que grâce à des emprunts générateurs de frais financiers importants et que ces rémunérations, fixées en fonction d'un train de vie qu'il s'agissait de maintenir, étaient hors de proportion avec le travail réellement fourni. Crim. 6 oct. 1980, Rev. Sociétés, 1981. 133, note Bouloc.

Du Président d'une société d'économie mixte, qui a perçu des indemnités et des remboursements de frais, correspondant à des prestations fictives, de telle sorte que sa rémunération devenait manifestement excessive au regard de son activité effective dans l'entreprise, quand bien même ces prélèvements délictueux auraient reçu l'assentiment du conseil d'administration et de l'assemblée générale des actionnaires. (Crim. 12 déc. 1994 : Bull. Joly 1995. 427. – V. aussi. Crim. 22 sept. 2004 : Dr. pénal 2004, n° 177, note J.-H. Robert ; Bull. Joly 2005. 45, note J.-F. Barbiéri ; Rev. Sociétés 2005. 200, note Bouloc. Paris, 30 nov. 1995 : Dr. Sociétés 1996, n° 106).

Du versement sans la moindre justification, d'importantes sommes au titre de frais kilométriques et d'indemnités de déplacement au profit de collaborateurs ou associés. La cour a pu proclamer que : « C'est sans insuffisance ni contradiction qu'une cour d'appel caractérise le délit d'abus de biens sociaux, en constatant l'importance des dépenses de frais kilométriques ou indemnités de déplacement versées au profit de collaborateurs ou associés, sans la moindre justification, et qui avaient un caractère personnel » (V. crim. 1^{er} juin 2005 : Rev. Sociétés 2006. 145, note Bouloc).

Est justifiée la condamnation pour abus de biens sociaux du président-directeur général d'une société qui, pendant la période visée par la prévention, a perçu à son profit personnel les redevances provenant de la cession de brevets dont les dépenses de recherches, de mise au point et de construction de prototypes avaient été supportées par la société à une époque antérieure à celle qui a été retenue par la prévention. (Crim. 14 nov. 1973 : Bull. crim. n° 415 ; Rev. Sociétés 1974. 550, note Bouloc).

Constitue un abus de biens sociaux le fait, pour des dirigeants de société, par un protocole secret, de consentir au précédent président de la société, dont ils redoutaient qu'il puisse leur nuire, des rémunérations ne correspondant à aucune activité effective. (Crim. 28 mars 1996 : Bull. crim. N° 142 ; Rev. Sociétés 1997. 141, note Bouloc).

Se rend coupable de complicité d'abus de biens sociaux le président du directoire d'une société qui, moyennant rémunération, prépare et facilite les agissements illicites d'un associé majoritaire et membre du directoire. (Crim. 5 sept. 1988 : Rev. Sociétés 1989. 76n note Jeandidier). C'est en vain qu'il invoque son manque d'expérience pour échapper à l'incrimination. Même arrêt.

L'on doit cependant indiquer que l'appréciation de l'abus est une question de pure fait, relevant par voie de conséquence de l'appréciation souveraine des juges de fond. La Cour de cassation a d'ailleurs eu à rappeler le pouvoir souverain des juges du fond pour apprécier le caractère abusif d'une rémunération, (V. crim. 19 juin 1997 : préc. Note 19 ter). Cette vision des pouvoirs souverains des juges de fond a conduit la Chambre criminelle à ne pas censurer un arrêt écartant l'abus de

biens sociaux, aux motifs que les dirigeants, qui avaient perçu une rémunération excessive au vu de la situation de la société, avaient exercé une activité effective au sein de celle-ci et contribué à son financement au moyen d'investissements importants, (*V. paris, 14 sept. 2005 : JCP E 2006, n° 38, p. 1580, obs. Muller*).

b - Prise en charge des dettes personnelles du dirigeant

97. La prise en charge des dettes personnelles du dirigeant peut constituer un délit d'abus de biens sociaux et de crédit. C'est ainsi qu'il a été jugé que : Se rend coupable d'abus de biens sociaux le président-directeur général d'une société anonyme qui s'est approprié des sommes d'argent en réalisant des ventes sans facture et qui a mis en circulation, sous le couvert de la société qu'il dirigeait, des effets de complaisance entièrement étrangers à l'activité sociale et ne concernant que ses affaires personnelles, la société ayant dû supporter de ce fait des frais d'agios qui ne lui incombent pas et ayant couru un risque auquel son actif ne devait pas être exposé. (*Crim. 16 mars 1970*).

La Cour affirme également que c'est à bon droit qu'a été condamné pour usage abusif du crédit de la société, le président d'une société anonyme qui, en souscrivant un billet à ordre et une lettre de change au profit de ses propres créanciers, a transféré à la société la charge de ses dettes dont le total était de beaucoup inférieur au solde créditeur de son compte courant légalement exigible à tout moment, alors que s'il lui était loisible de prélever sur la caisse sociale dans les limites de son compte courant les sommes dont il avait personnellement besoin, pourvu toutefois que la société ne fût pas en état de cessation de paiements, sa situation de créancier de la société ne l'autorisait aucunement à user du crédit de celle-ci dans des conditions qui l'exposaient à un risque de perte et qui devaient, en fait, consommer sa ruine (*Crim. 10 nov. 1964 : Bull. crim. n° 291 ; D. 1965. 43*). Pour la condamnation d'un directeur général ayant fait prendre en charge par la société le paiement de ses cotisations de retraite, son impôt sur le revenu et la pension alimentaire versée à sa mère, *V. crim. 29 oct. 1998 : Rev. Sociétés 1999. 180, note Bouloc*.

Il y a incontestablement usage des biens sociaux dès lors qu'il ressort des rapports présentés à l'assemblée générale que diverses sommes ont été versées à titre d'honoraires aux conseils des administrateurs et à des experts. Le fait que lesdits administrateurs aient cru devoir rembourser ces sommes postérieurement ne constitue qu'un simple repentir actif, par conséquent sans incidence sur la responsabilité pénale. Amiens, 11 juil. 1962 : préc. Note 21. Cet usage est bien contraire à l'intérêt social, puisque la dépense ainsi effectuée si elle a pour but d'assurer la défense des administrateurs inculpés d'infractions susceptibles de nuire à l'ensemble des actionnaires. Même arrêt. En outre, cet usage est fait

dans un but personnel aux administrateurs puisque les poursuites pénales n'étaient dirigées que contre chacun d'eux à titre personnel et qu'ils auraient dû supporter les frais de leur défense si la société ne s'était pas substituée à eux pour le paiement de ces dettes. Même arrêt.

Commet un abus de biens sociaux le Président du Conseil d'Administration qui, condamné à payer diverses amendes pour infractions au code de la route impose en connaissance de cause à la trésorerie de la société le paiement de sommes auxquelles il a été personnellement condamné. (*Crim. 3 févr. 1992 : Bull. Joly 1992. 745 ; Rev. Sociétés 1992. 535, note Bulloc ; Gaz. Pal. 1992. 2. 687, note Doucet. - V. aussi : Grenoble, 25 févr. 1998 : Gaz. Pal. 1999. 2. Somm. 568, obs. Fagot et Manseur-Rivet*).

Le délit d'abus de biens sociaux est établi à l'encontre du P.-D.G. de filiales à objet immobilier d'un groupe, dès lors qu'il leur a fait supporter – sans contrepartie comptable, économique ou financière – les dépenses liées à la sécurité privée du P.-D.G. de la société mère sous couvert de factures falsifiées permettant de ventiler leur montant et de les présenter comme des charges afférentes à des travaux réalisés conformément à leur objet social. De son côté, le P.-D.G. de la société mère doit être regardé comme receleur de ces abus de biens sociaux. (*Paris, 23 mars 1999 : BICC 1999, n° 1083 ; JCP E 1999, n° 42, p. 1657, conf. Par. Crim. 13 déc. 2000 : RJDA 2001, n° 458 ; Bull. Joly 2001. 386, note Barbièri*).

c - Faveur consentie à une entreprise où le dirigeant est personnellement intéressé

98. Ce cas de figure apparaît souvent lorsque le bénéficiaire de l'abus est une autre personne morale, et non un dirigeant. Les juges décident en effet que commet un abus de biens sociaux, le président-directeur général d'une société anonyme, qui, par des affirmations mensongères, contraint cette société à consentir à une société à responsabilité limitée, qu'il a créée, des commissions injustifiées et exorbitantes. (*Crim. 14 févr. 1974 : D. 1974. Somm. 32*).

Le prévenu qui après avoir créé une société civile immobilière pour l'achat d'un château, en a cédé l'exploitation à une société à responsabilité limitée qu'il dirigeait de fait, avec un bail de longue durée et l'engagement de réaliser les travaux de rénovation doit être condamné pour abus de biens sociaux et banqueroute (*Paris, 18 janv. 1995 : Dr. Sociétés 1995, n° 100, obs. Chaput...*) Commet aussi un abus de biens sociaux le dirigeant qui a usé de ses pouvoirs de président du Conseil d'administration pour organiser une fusion-absorption contraire à l'intérêt de la société et avantageuse pour lui-même et d'autres sociétés dans lesquelles il était intéressé directement ou indirectement. (*Crim. 10 juil. 1995 : Bull. crim. n° 253 ; Rev. Sociétés 1996. 313, note Bouloc ; D. 1995. I.R. 246 ; Bull. Joly 1995. 1048, note Couret et*

Le Cannu ; JCP 1995. 11. 22572, note Paillusseau ; Dr. Et patr., mars 1996. 18, note Bertrel. – V. Vettwiller, Rev. Sociétés 1996. 747 ; NONorgue, Dr. Et patr., mars 1999. 42 ; Le Nabasque, RJDA 1996, p. 432 ; Gerschel, JCL F 1996.1.602 (risque fiscal). – sur les risques pénaux et fiscaux, V. aussi Paillusseau, D. 2000, n° 35, p. 1).

Pour la condamnation d'un dirigeant ayant prélevé, dans la trésorerie sociale, au profit d'une holding contrôlée par lui, des sommes destinées à rembourser l'emprunt contracté pour le rachat des actions de la société sur laquelle les prélèvements ont été opérés et à l'achat des titres d'une société tierce, (V. *Crim.* 5 mai 1997 : D. Affaires 1997. 971 ; Bull. Joly 1997.953, note J.-F. Barbièri).

Le montage consistant pour un président à faire verser par les sociétés dont il est le dirigeant, au profit d'une autre société qui n'est pas dans le périmètre de consolidation et dont il est avec son fils le seul propriétaire, des redevances lui permettant de dégager un bénéfice substantiel, sans réelle valeur ajoutée pour les sociétés débitrices de la redevance, est constitutif du délit d'abus de biens sociaux (*Versailles*, 30 juin 2005 : D. 2005. A.J. 1942, obs. Lienhard ; Dr. Sociétés 2005, n° 202, note R. Salomon ; Bull. Joly 2006. 54, note J.-F. Barbièri, conf. Par. Com. 25 oct. 2006 : Bull. Crim., n° 254 ; D 2006. A.J. 2736, obs. Lienhard ; Dr. sociétés 2007, n° 16, note R. Salomon ; Bull. Joly 2007. 243, note J.-F. Barbièri).

§2 - Culpabilité

99. On recherchera tour à tour l'élément intentionnel, le concours entre l'article 899 et les dispositions de droit interne, les personnes pouvant être poursuivies, la prescription

A - Élément intentionnel

100. L'article 891 de l'AUSC qui prévoit cette condition vise la « mauvaise foi de l'auteur de l'abus ». En scrutant ce passage, l'on sera amené à constater l'existence d'un dol général, propre à toutes infractions, suivi de celui d'un dol spécial devant résulter de la poursuite de fins personnelles.

I - Dol général

101. L'intention frauduleuse des dirigeants est un élément constitutif de l'infraction à défaut duquel celle-ci ne serait pas caractérisée ; si la négligence ou le défaut de surveillance peuvent être retenus à la charge des gérants, c'est à la condition que ceux-ci aient connu les agissements délictueux qu'ils pouvaient empêcher. *Crim.* 19 déc 1973 : D.1974. I.R. 24 ; *Gaz. pal.* 1974. 1. Somm. 110 ; *Rev. Société* 1974.363, note Bouloc. V. aussi cassant des décisions n'ayant pas suffisamment caractérisé les

éléments constitutifs du délit. *Crim.* 15 oct 1990 *Rev. sociétés* 1991. 378, note Bouloc ; *Bull. Joly* 1991. 75 ; *Dr. Pen.* 1991, n° 58, obs. J.-H. Robert. *Comp.* Déduisant la mauvaise foi du prévenu du fait qu'il ne pouvait ignorer que la situation de la société holding, à laquelle il avait cédé de créances mobilisées appartenant à SARL, était irrémédiablement compromise : *Crim.* 8 août 1995 : *Gaz. Pal.* 1995. 2. Somm. 575 ; *JCPE* 1996.1541, n° 15, obs. Viandier et Caussain.

L'idée qui s'impose ici est que : l'infraction suppose que le dirigeant ait su que son acte était contraire à l'intérêt social. Autrement dit, le comportement incriminé est une infraction intentionnelle caractérisée par la conscience que l'usage du bien ou du crédit de la société est contraire à l'intérêt de celle-ci.

II - Dol spécial

102. Cette condition désigne le but d'intérêt personnel qui peut être entendu de deux façons. En effet, l'article 891 vise aussi bien l'usage à des fins personnelles donc direct (*ce qui pouvait être sanctionné par le crime de détournement de l'article 184 du code pénal camerounais en ce qui concerne les sociétés d'État ou parapubliques, ou alors le crime d'abus de confiance aggravé de l'article 321 du même code*), que la faveur accordée à d'autres personnes (*ce qui n'était pas facile à prendre en considération par les textes du code pénal, d'où l'intérêt de ce texte*).

L'intérêt personnel recherché par le dirigeant peut être, selon les cas, pécuniaire et direct, professionnel et/ou moral. C'est ainsi que, pour illustrer ce dernier exemple, l'intérêt personnel d'un gérant a pu être retenu à l'égard d'un acte dont le but était d'entretenir des relations d'amitié avec un tiers, ou encore de la volonté de consolider une situation au sein de la société et d'entretenir des relations avantageuses avec des personnes influentes (*Crim.* 16 déc. 1975, *Rev. Sociétés* 1976, 335.)

L'intérêt poursuivi peut également être indirect et consister par exemple dans un abus commis pour favoriser une autre personne morale dans laquelle les dirigeants en cause étaient intéressés directement ou indirectement. Ce sera souvent le cas lorsque la société victime et la société bénéficiaire n'ont en fait aucun rapport économique. Cette situation permet alors d'établir plus facilement l'intention d'abuser, puisque le délit sera considéré comme réalisé s'il est avéré que le dirigeant utilise indifféremment selon les opportunités du moment, les biens de l'une au profit de l'autre.

B - Concours entre l'article 891 et les dispositions de droit interne

103. La constatation des faits ci-dessus énumérés devrait, comme l'ont fait les juges français, conduire à l'application de l'article 891 de l'AUSC. S'il est permis

de s'attendre à de telles solutions de la part des juges sénégalais, tel n'est pas le cas dans tous les pays régis par le droit OHADA. L'exemple qu'il convient de citer pour illustrer cette émancipation du droit Uniforme est le droit camerounais où les juges ont déjà eu à préférer la législation interne.

Les faits reprochés aux dirigeants sociaux dans les récentes affaires connues au Cameroun sous le nom de l'opération « épervier » sont en effet les mêmes que ceux qui ont donné lieu aux décisions françaises ci-dessus commentées. C'est le cas du recrutement d'un personnel supplémentaire pour sa résidence, des décaissements injustifiés, des gratifications injustifiées ou des frais de missions exorbitants qui correspondent trait pour trait à ceux que nous avons qualifiés de « rémunérations indues » dans l'analyse de la jurisprudence française et qui ont été constatés dans les Affaires Port Autonome de Douala (*TGI du Wouri, jugement des 12 et 13 décembre 2007, Affaire ETONDE EKOTO et Cie ; Société Immobilière du Cameroun, Affaire BELINGA Gilles Roger et Cie, jugement n° 880 Crim. du 27 septembre 2007 ; MP et FEICOM C/ ONDO NDONG Emmanuel et Cie, TGI du Mfoundi, jugement n° 371/Crim. du 27 juin 2007*).

C'est également le cas du règlement des honoraires d'avocat pour des affaires sans aucun rapport avec la société comme ce fut le cas dans l'affaire BELINGA Gilles Roger et Cie (sus-citée), du paiement des dettes personnelles diverses que l'on retrouve dans les deux autres affaires sus-citées et qui correspondent également trait pour trait à ceux qui furent qualifiés de « prise en charge des dettes personnelles » par la jurisprudence française.

Il en est de même enfin du recrutement pour le compte d'un autre organe, d'un personnel supplémentaire (recrutement par les dirigeants de la Société Immobilière du Cameroun d'un personnel pour le Ministère de la ville) et qui correspond au cas de figure dont ont eu à connaître les juges français (*Crim. 14 févr. 1974 : D. 1974. Somm. 32*) et qui apparaît souvent lorsque le bénéficiaire de l'abus est une autre personne morale, et non un dirigeant, ou encore des dons divers à certaines organisations qui apparaissent dans toutes les affaires ci-dessus et qui correspondent trait pour trait à ceux que la doctrine française a qualifié de « *faveur consentie à une entreprise ou le dirigeant est personnellement intéressé* ».

Ces constats auraient donc dû conduire les juges camerounais à appliquer les dispositions de l'article 891 incriminant l'abus de biens sociaux, suivi de celles de la loi de 2003 prévoyant les sanctions y relatives.

C'est d'ailleurs l'argument soutenu par les mises en cause dans ces affaires, particulièrement dans l'affaire MP et SIC contre Bélinga Roger Giles et Cie. La démarche des accusés a en effet consisté à réfuter le droit interne au profit du droit OHADA, droit plus souple. Pour mieux comprendre la démarche des accusés, il convient de reprendre leurs arguments qui, pour l'essentiel se

résumant en « *l'exception de qualification erronée des faits de la cause* ».

De manière plus précise, l'exception de qualification erronée des faits, soulevée par BELINGA Gilles Roger et Cie, à travers leurs Conseils, ont en substance consisté à démontrer que c'est à tort que le parquet a qualifié les malversations relevées en crime de détournement de deniers publics ;

104. Le raisonnement était alors le suivant : La SIC étant une société commerciale, ses biens ne sauraient être des deniers publics que leurs clients auraient détournés.

Pour démontrer la commercialité de la SIC, les accusés ont exposé que celle-ci résulte de sa forme même de société anonyme, acquise depuis l'harmonisation de ses statuts avec l'Acte uniforme OHADA du 17/04/1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt Économique, harmonisation intervenue le 10/04/2001 par-devant Notaire.

Furent alors cités pour mieux soutenir cette démarche, les articles 1^{er} et 6 dudit Acte uniforme, aux termes desquels :

Articles 1^{er}

« *Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un État ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des États parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des Affaires en Afrique est soumise aux dispositions de l'Acte uniforme* » ;

Article 6 :

« *Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet.*

Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandites simple, les sociétés à responsabilité limitées et les sociétés anonymes » ;

Au vu de ce qui précède, la défense a soutenu que les biens de la S.I.C. sont des biens privés, et non des deniers publics :

La défense a relevé à cet effet que la SIC étant une société commerciale de par sa forme, ses biens sont privés et que par conséquent, ils ne sauraient donc être des deniers publics.

Pour mieux soutenir cette allégation, les Conseils de la défense ont évoqué les articles 2 alinéa 6 et 4 de la loi N° 99/016 du 22/12/1999 portant statut général des Établissements Publics et des Entreprises du Secteur Publics et Parapublic aux termes desquels :

Article 2 alinéa 6 :

« *La société d'économie mixte est une personne morale de droit privé, dotée de l'autonomie financière et d'un capital-actions détenus partiellement, d'une part, par l'État, les collectivités territoriales décentralisées ou les sociétés à capital public, et d'autre part, par les personnes morales ou physiques de droits privés* » ;

Article 4 :

« *Les biens du domaine privé de l'État transféré en*

propriété et notamment par apport pour la formation du capital, sont intégrés de façon définitive dans le patrimoine de l'entreprise bénéficiaire » ;

Il fut également rappelé que l'article 8 alinéa 2 des statuts harmonisés de la S.I.C. reprend intégralement les dispositions de l'article 4 alinéa 2 de la loi N° 99/016 du 22/12/1999 sus-citée en ces termes : « *Les biens du domaine privé de l'État transférés en propriété notamment par apport pour la formation du capital sont intégrés de la manière définitive dans le patrimoine de la Société Immobilière du Cameroun* » ;

Ces arguments tendent en fait à transposer en droit camerounais, la solution retenue en droit français qui consiste à appliquer aux sociétés d'économie mixte, les règles régissant les sociétés commerciales de droit privé, sans que les liens les unissant à la puissance publique ne puissent constituer une situation dérogatoire.

L'exemple le plus palpable de cette démarche se trouve rappelé par la chambre criminelle en matière de banqueroute. Il est alors affirmé : « *Le fait qu'une société d'économie mixte locale, personne morale de droit privé régie par les articles L.1521-1 et suiv. du Code général des collectivités territoriales, relevant également des dispositions de la loi du 24 septembre 1966 et de celle du 25 janvier 1985, poursuive un intérêt général et que la majorité de son capital soit détenue par une collectivité locale ou un groupement des communes, n'exclut pas que ses dirigeants soient poursuivis pour banqueroute, dès lors que cette société exerce, comme en l'espèce, une activité économique* » (Cass. Crim. 2 juin 1999 : juris-data n° 1999-002462, JCP G 1999. IV.2774).

105. Forte de ce qui précède, la défense a conclu que les biens appartenant à la S.I.C., personne morale de droit privé, ne sauraient être des derniers publics, la nature des biens étant attachés à la personne du titulaire du droit de propriété sur le bien en cause ; et que dans ces conditions le droit applicable en l'espèce n'est pas l'article 184 du Code Pénal relatif au détournement de deniers publics, mais plutôt la loi N° 2003/008 du 10/07/2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes Uniformes OHADA.

Au soutien d'un tel choix la défense a avancé une « série de sources » :

«— D'abord de l'article 3 alinéa 3 de la loi n° 99/016 du 22/12/1999 portant statut général des Établissements Publics et des Entreprises du Secteurs Public et Parapublic, avec laquelle les statuts de la S.I.C. ont été également harmonisés ;

— Que ce texte édicte que :

Les sociétés à capital public et les sociétés d'économies mixtes sont créées et exercent leurs activités conformément aux lois, règlements et usage régissant les sociétés anonymes...

— Que la 2^{nde} source est le principe de la « supra-légalité des Traités Internationaux ratifiés » et de

« l'applicabilité directe et obligatoire des Actes uniformes dans les États Parties au Traité »...

— *Que ce principe tranche le conflit né entre l'Acte uniforme OHADA, en sa loi n° 2003/008 du 10/07/2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA, et la loi n° 99/016 du 22/12/1999 portant statut général des Établissements Public et Parapublic, à laquelle les statuts de la S.I.C. ont donc été également harmonisés ;*

— *Que la supra-légalité des Traités internationaux ratifiés, et l'applicabilité directe et obligatoire des Actes Uniformes dans les États Parties au dit Traité sont dictées par la Constitution de la République du Cameroun, d'une part et d'autre part, par l'article 2 alinéa 1^{er} du Code Pénal Camerounais et l'article 10 du Traité OHADA portant Acte Uniforme ;*

— *Que l'article 45 de la Constitution du Cameroun du 18/01/1996 dispose que :*

Les Traités ou Accord internationaux régulièrement approuvés ou ratifiés ont, de leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ;

— *Qu'en ratifiant le traité OHADA, le Cameroun a accepté que les dispositions de ce traité international aient une suprématie par rapport au droit interne ;*

— *Que l'article 2 alinéa 1^{er} du Code Pénal, quant à lui, énonce que :*

Les règles de droit international ainsi que les traités dûment promulgués et publiés s'imposent au présent Code ainsi qu'à toute disposition pénale ;

S'agissant de l'article 10 du Traité OHADA portant Acte Uniforme, il dispose que :

Les Actes Uniformes sont directement applicable et obligatoires dans l'État Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure

— *Que la 3^e source de l'applicabilité exclusive de la loi N° 2003/008 du 10/07/2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes Uniformes OHADA, s'évince de l'article 4 alinéa 1^{er} du Code Pénal, qui relève que :*

Toute disposition pénale nouvelle et moins rigoureuse s'applique aux infractions non définitivement jugées au jour de son entrée en vigueur ;

— *Que sur le point, l'article 184 du Code Pénal, qui punit le détournement de deniers publics, prévoit des peines plus sévères que celles de la loi n° 2003/008 du 10/07/2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes Uniformes OHADA.*

— *Que cette dernière loi, plus récente et qui prévoit des qualifications différentes et des peines plus légères, a abrogé l'article 184 du Code Pénal, plus ancien ;*

— *Qu'à la lumière de ces développements la qualification légale convenable des malversations décriées est celle définie par la loi n° 2003/008 du 10/07/2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes Uniformes OHADA.*

— *Qu'il est donc question, dans cette affaire, d'abus de biens et du crédit de la société et autres délits prévus par ce récent texte ».*

106. Ces multiples arguments ne parviendront cependant pas à convaincre les juges qui n'ont pas manqué de souligner leur impertinence.

La démarche consista alors à réfuter chacun des deux principaux arguments avancés. De là, une démarche en deux temps :

Tout d'abord, il est relevé que la SIC n'est pas qu'une société commerciale, c'est une entreprise publique

« — Attendu que si, de par sa forme de société anonyme et en vertu de l'article 6 de l'Acte Uniforme OHADA du 17/04/1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêts Économique, la Société Immobilière du Cameroun est une société commerciale, il reste que la participation majoritaire de l'État du Cameroun dans son capital social et à concurrence de 86 % confère à cette société de capitaux une particularité certaine et incontestable ;

— Que cette particularité de la Société Immobilière du Cameroun, société Commerciale, transparaît expressément au travers de ses statuts mêmes ;

— Qu'ainsi, l'article 1^{er} desdits statuts stipule que : La Société Immobilière du Cameroun est régie par les lois et règlements au Cameroun sur les sociétés anonymes et sur les entreprises du Secteur Public et Parapublic, ainsi que par les dispositions de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêts Économique et par les statuts ;

— L'article 2 des mêmes statuts, traitant de son objet, stipule que :

La société a pour objet la mise en œuvre de la politique du logement définie par les Pouvoirs Publics.

À ce titre, elle est chargée... de réaliser, en concertation avec tous les autres organismes chargés de l'application de la Politique de l'Habitat du Gouvernement..., la construction de tous terrains, des services communs, ou équipements collectifs de toute nature (centres sociaux, dispensaires, centres commerciaux, groupes scolaires, bâtiments pour services publics, équipements sportifs, etc.) ;

— Qu'en l'article 6, ces statuts relèvent que :

La Société Immobilière du Cameroun est placée sous la tutelle technique du Ministre Chargé de la Ville et sous la tutelle financière du Ministre chargé des Finances ;

La tutelle étant définie, suivant la loi n° 99/016 du 22/12/1999 portant statut général des Établissements Publics et des Entreprises du Secteur Public et Parapublics, comme étant « le pouvoir dont dispose l'État pour définir et orienter la Politique du Gouvernement dans le secteur où évolue l'entreprise en vue de la sauvegarde de l'intérêt général ;

— Que l'article 57 des mêmes statuts précise que :

La Société Immobilière du Cameroun, société anonyme est soumise aux textes législatifs et réglementaires en vigueur sur les Marchés Publics ;

— Qu'il s'agit là d'autant de singularités inconnues dans une société commerciale ordinaire et qui font de la société immobilière du Cameroun non seulement

une société commerciale, mais aussi et surtout, une entreprise publique ;...

Ces arguments tirés des textes en vigueur seront d'ailleurs étayés par des arguments doctrinaux. Il fut alors rappelé :

— Que Georges VEDEL et Pierre DELVOVE qualifient ce type de société de « véritables commerçants publics » (Cf. « DROIT ADMINISTRATIF », tome II, de Georges VEDEL et Pierre DELVOVE, p. 383).

— Que le Professeur Paul Gérard POUYOUÉ abonde dans le même sens de particularité d'une telle société, qu'il baptise du reste de « société d'État ». (Cf. « LES SOCIÉTÉS D'ÉTAT À L'ÉPREUVE DU DROIT OHADA », par Paul Gérard POUYOUÉ, JURIDIS, p. 99).

— Qu'il en est de même du Professeur LEKENE NDONFACK, qui trouve aussi dans ce type de société, appelée « société d'économie mixte » par la loi n° 99/016 du 22/12/1999 sus-citée, les critères de l'« entreprise publique » ; (Cf. « FINANCES PUBLIQUES CAMEROUNAISES. » LEKENE NDONFACK, p. 400 et s ;

Ce qui leur permet de décider que les biens de la SIC sont des deniers publics

Ici également, la démarche a consisté à prendre le contre-pied des arguments avancés par la défense. De là, les attendus suivants :

— Attendu que la position de ces Conseils suivant laquelle les Biens de la SOCIÉTÉ IMMOBILIÈRE DU CAMEROUN ne sont pas des deniers publics manque également de pertinence ;

— Qu'en effet, s'il est vrai que l'article 10 du Traité OHADA dispose que les Actes Uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure, le législateur OHADA lui-même ménage les sociétés soumises à un régime particulier ;

— Que cela ressort des dispositions de l'article 916 alinéa 1^{er} de l'Acte Uniforme du 17/04/1997 relatif au droit des Sociétés Commerciales et d'Groupement d'Intérêt Économique ;

— Que ce texte édicte que :

Le présent acte uniforme n'abroge pas les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier ;

— Que la Jurisprudence et la Doctrine s'accordent à expliquer que cet article 916 alinéa 1^{er} décide que ne sont pas abrogées les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier, en l'occurrence les Banques, les Assurances, les Sociétés Nationales ou d'économie mixte comme en l'espèce ;

— Que pour ce qui est de la Jurisprudence, en effet, la COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE de l'OHADA (C.C.J.A.) a émis sur la question, un Avis qui fait école ;

— Qu'il s'agit de l'Avis n° 001/2001/EP séance du 30/04/2001, suite à cette demande d'Avis consultatif, devenue célèbre, de la République de Côte d'Ivoire formu-

lée par lettre n° 137/MJ/CAB-3/KK/MB du 11/10/2000, et ainsi libellé :

Les dispositions de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Économique étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, régissent les sociétés soumises à un régime particulier entrant dans le cadre juridique ainsi défini.

Toutefois, à l'égard de ces sociétés, l'article 916 alinéa 1^{er} de l'Acte Uniforme précité laisse également subsister les dispositions législatives auxquelles lesdites sociétés sont soumises » ; (Cf. OHADA, « CINQ ANS DE JURISPRUDENCE DE LA COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE DE L'OHADA », p. 145)

— Que l'ensemble de la Doctrine s'est aligné derrière cette compréhension de l'article 916 alinéa 1^{er} de l'Acte Uniforme ;

— Qu'ainsi, Félix ONANA ETOUNDI, Magistrat et Assistant Juriste à la COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE DE L'OHADA, Maître Jean Michel MBOCH BIUMLA, Avocat à Douala, et les Professeurs Marie Joseph DE BOIDREFFRE et Claire MOORE DICKERSON conviennent avec Joseph ISSA SAYEGH commentant cet Avis de la COUR, que :

Avec les précisions de la COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE DE L'OHADA, on peut convenir que le droit interne des affaires d'un État partie se compose d'une part, des dispositions des Actes Uniformes et, d'autre part, de celles du droit interne ayant le même objet que ces Actes qui ont survécu.

Il y aurait lieu toutefois de soupçonner le caractère purement subsidiaire de ces dispositions du droit national, qui n'intègrent l'ordre juridique communautaire qu'à titre supplétif, ou pour combler les points sur lesquels le droit OHADA renvoie à la législation nationale... ; (Cf. OHADA, CINQ ANS DE JURISPRUDENCE DE LA COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE DE L'OHADA, p. 133)

— Que dans la même lancée, le Professeur Paul Gérard POUYOUÉ affirme :

La présence de l'État dans le capital social de ce type de société commerciale confère nécessairement à ces sociétés des spécificités qui amènent à ranger celles-ci parmi les sociétés visées par l'article 916 alinéa 1^{er} cité... ;

Le régime particulier de ces sociétés ne concerne par conséquent que des points spécifiques tenant à l'origine publique d'une fraction au moins du capital social de ce genre. Il s'agit donc d'un indispensable "complètement" des dispositions du droit OHADA et non d'une éventuelle dérogation à celle-ci,

Ainsi, les règles spécifiques du droit national peuvent, par exemple préciser la participation minimum de l'État au Conseil des Administrations des Sociétés d'État, l'approbation des statuts des sociétés d'État par décret présidentiel, la soumission de ces sociétés au contrôle de l'État (contrôle technique et contrôle financier) en plus du contrôle institué par le droit OHADA, l'assimilation des fonds des sociétés d'État aux deniers publics... ;

(Cf. LES SOCIÉTÉS D'ÉTAT A L'ÉPREUVE DU DROIT OHADA, par Paul Gérard POUYOUÉ, JURIDIS, p. 100).

— Qu'à la lumière de ces développements, les législations internes régissant la SOCIÉTÉ IMMOBILIÈRE DU CAMEROUN, société d'économie mixte, ont survécu aux Actes Uniformes OHADA relatifs au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique, et restent applicables...

Pour finir, les juges ont énuméré un nombre important de textes ayant survécu à l'OHADA et ont désigné l'article 184 du code pénal comme texte applicable en l'espèce. Ce texte dispose en effet :

Quiconque par quelque moyen que ce soit obtient ou retient frauduleusement quel que bien que ce soit, ... appartenant, destiné ou confié... à l'État, à une coopérative, collectivité ou établissement, ou public ou soumis à la tutelle administrative de l'État, ou dont l'État détient directement ou indirectement la majorité du capital ».

107. Il en résulte en effet que les biens de la Société Immobilière du Cameroun sont des deniers publics, puisque l'État détient dans le capital de cette société, directement 86 % des actions, et indirectement, c'est-à-dire au travers de la Communauté Urbaine de Douala et de la Société de Recouvrement des Créances du Cameroun (S.R.C.), 96 % des parts ;

Comment ne donc pas conclure que ces textes particuliers qui ont survécu à l'OHADA, font des biens de la Société Immobilière DU Cameroun des deniers publics et que, par voie de conséquence, l'exception de qualification erronée des faits de la cause soulevée par le groupe d'accusés est non fondée, et doit être rejetée ?

Bien que cette argumentation n'ait pas paru convaincante pour la défense qui a multiplié les voies de recours, il sera difficile, juridiquement, de soutenir, bien qu'on soit en présence des mêmes faits, l'application de l'article 891. Ainsi donc se trouve démontrée l'exclusion du droit OHADA dans certains domaines. Cette exclusion pourra également être constatée à travers l'étude des personnes poursuivables.

C - Personnes pouvant être poursuivies

108. Revenant au délit d'abus des biens sociaux, on peut dire que la détermination des personnes poursuivables ne devrait pas poser de difficultés particulières, étant donné la clarté des termes de l'article 891 AUSC. Cet article dispose : « Encourent une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le Président-Directeur Général, le Directeur Général, l'Administrateur Général ou l'Administrateur Général adjoint ».

Cette liste pourra s'allonger, du simple fait de l'application de la théorie générale de la complicité. On a vu par exemple que pouvait se rendre coupable de complicité par abstention de l'abus de biens sociaux

le Directeur Général d'une banque qui n'intervient pas, alors qu'il en avait par ses fonctions la possibilité, pour s'opposer aux infractions commises par l'auteur principal, Président Directeur Général de la banque. Paris, 18 sept. 1996 : Dr. Sociétés 1997, n° 64.

Se rend également coupable de complicité et de recel d'abus de biens sociaux le gérant d'une SARL imprimant des revues éditées par une association qui accepte de verser aux dirigeants d'une société, sous couvert de fausses factures et par l'intermédiaire de comptes bancaires suisses ouverts par des sociétés taxi basées à Jersey, des commissions ayant indûment majoré le coût des prestations fournies par sa société (Crim. 11 juil. 2001 : JCP E 2001, n° 45, p. 1744).

Pour la complicité d'un Administrateur provisoire, par instructions données au dirigeant ayant perçu un salaire abusif sans contrepartie effective, (V. crim. 19 juin 1997 : préc. note 19 ter, d'un Directeur de banque de la société victime, V. crim. 23 oct. 1997 : Dr. Sociétés 1998, n° 79, obs Vidal. V. aussi note 30).

Se rend coupable de complicité d'abus de biens sociaux, abus de confiance et banqueroute, l'expert-comptable des sociétés concernées qui a, en toute connaissance de cause, masqué les détournements de fonds sociaux et établi des procès – verbaux d'assemblées générales autorisant certaines des opérations reprochées. Ces actes qui apparaissent non comme des faux mais seulement comme des « régularisations » constituent des actes de complicité ayant facilité la préparation ou la consommation des délits. (Crim. 19 mai 1999 : Bull. Joly 1999. 559, note J.-F. Barbièri).

En revanche, la complicité d'abus de biens sociaux ne peut être retenue contre l'expert-comptable qui n'a fait que retranscrire fidèlement dans les écritures la réalité d'opérations mettant en évidence les prélèvements opérés par le dirigeant. Crim. 6 sept. 2000 : D. 2001. Somm. 2350, obs. Roujou de Boubée ; RJDA 2001, n° 39 ; Dr. Pénal 2000, n° 138, obs. J.-H. Robert ; Bull. Joly 2001. 17, note Roca.

109. On le voit, la liste des personnes pouvant être poursuivies, bien que très limitée, étant donné que le texte ne vise que les personnes exerçant certaines fonctions, pourra être élargie du fait du recours aux notions de complicité et de recel qui semblent avoir un sens particulier ici.

À cette extension, il convient d'ajouter celle résultant des textes de droit interne qui, bien que visant les mêmes faits, sanctionnent ceux-ci sans référence aux fonctions des mises en cause. C'est le cas, ainsi que nous l'avons souligné dans le contexte camerounais, de l'article 184 du code pénal sanctionnant le détournement des deniers publics.

Les autres textes de droit interne sanctionnant les atteintes aux biens pourront également faire concurrence à l'article 891 de l'AUSC et allonger, par voie de conséquence la liste des personnes pouvant être poursuivies. Il en est ainsi des textes réprimant l'escroquerie,

étant donné que les procédés utilisés pour abuser des biens d'une entreprise pourront, dans certains cas être qualifiés de manœuvres frauduleuses.

Mais dans la pratique, ce seront surtout les textes réprimant l'abus de confiances qui viendront faire concurrence avec le délit d'abus de biens sociaux. La doctrine souligne d'ailleurs « une telle situation ne saurait surprendre car l'abus de biens sociaux n'est autre qu'un dérivé de l'infraction d'abus de confiance dont il est une forme particulière conçue pour l'administration des sociétés », (V. Laurent Godon, *Abus de confiance et abus de biens sociaux*, op. cit.).

D - Prescription

110. L'infraction d'abus de biens sociaux étant un délit, elle devrait se prescrire par trois ans. La détermination du point de départ de la prescription d'une infraction est souvent fonction de la nature de celle-ci. Le délit d'abus de biens sociaux étant une infraction instantanée, elle sera réputée être consommée lors de chaque usage abusif des biens de la société. • (Crim. 8 oct. 2003 : Bull. crim., n° 184 ; D. 2003. A.J. 2695, obs. Lienhard ; JCP E 2004. II. 10028, note Jacopin ; Rev. société 2004. 155, note Bouloc ; Dr. Et part. janv. 2004. 91, obs. Renucci ; Bull. Joly 2004. 54, note J.-F. Barbièri ; Dr. Sociétés 2004, n° 68 note R. Salomon. – V. Mayaud, D. 2004. Chron. 194).

L'usage contraire à l'intérêt social résulte non des conventions litigieuses [conventions d'assistance prévoyant le versement d'une rémunération disproportionnée] mais de leurs modalités d'exécution et, celles-ci devant faire l'objet, à la fin de chaque exercice, d'un rapport spécial des commissaires aux comptes, le point de départ du délai de prescription est constitué par la présentation aux assemblées générales de ce rapport spécial.

Les juges ne peuvent, pour déclarer prescrits les faits d'abus de biens sociaux et de complicité et débouter partiellement les parties civiles de leurs demandes, retenir que le ministère public a eu la possibilité de constater les infractions en cause, en consultant au greffe du tribunal de commerce les comptes sociaux annuels qui y ont été déposés, sans rechercher à quelle date les agissements délictueux ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique (Crim. 14 déc. 1995 : D. Affaires 1996. 495). Il s'agit en fait de l'application d'une solution très ancienne que la jurisprudence retenait dans les poursuites pour abus de confiance.

On en déduit alors qu'en matière d'abus de biens sociaux, le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où ce délit est apparu et a pu être constaté. (Crim. 10 août 1981 : Rev. sociétés 1983. 368, note Bouloc ; Gaz. Pal. 1981. 2. 696, note J.C. 13 févr. 1989 : préc. Note 37. 6 sept. 2000 : Bull. Joly 2001. 61, note Dezeuze. 11 juil. 2001).

Le délai de prescription de l'action publique court à compter du jour du délit, et si ce point de départ peut, en matière d'abus de biens sociaux, en raison de la nature spéciale de cette infraction, être retardé jusqu'au jour où le délit est apparu et a pu être constaté, c'est à la condition que cette date ne soit pas hypothétique. (*R.M. 13 janv. 1970 : D. 1970.474, note J.-M.R. ; Rev. sociétés 1970. 345, note J.H. 25 nov. 1975 : ibid. 1976.655, note Bouloc*).

111. Cette solution ne surprend pas car, outre la tendance générale à repousser le point de départ de la prescription, certaines notions telles : la dissimulation, de clandestinité dont l'imprécision conduit à rendre imprescriptible certaines infractions figure en bonne place parmi les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux (*sur cette question, V. C. Freyria, Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires ?*, JCP 1996.241 ; J.-F. Renucci, *Infractions d'affaires et prescription de l'action publique*, D 1997, chron., p. 23 ; M. Veron, *Les infractions clandestines*, Dr. pénal 1998, chron. 16 ; Y. Mayaud, *Pour une approche cohérente de l'abus de biens sociaux*, D 2004, chron., p. 194 ; B. Bouloc, *Remarques sur l'évolution de la prescription de l'action publique*, dans *Mélanges Gavalda*, p. 57).

La rigueur qui caractérise la politique criminelle appliquée en ce domaine conduit à retenir tous les arguments à même de faciliter la répression. L'on rappellera à cet égard que dès 1935 (*Cass. crim. 4 mars 1935, Gaz. Pal. 1935, 1, p. 353 ; cette Revue 1936, obs. Carrive*), la Chambre criminelle a décidé, en matière d'abus de confiance, que « la dissimulation des agissements masquant le moment de la violation du contrat servant de base à la poursuite retarde le point de départ de la prescription jusqu'au jour où le détournement est apparu et a pu être constaté... », (*Dominique Noëlle Commare, Point de départ du délai de prescription de l'action publique : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme législative d'ensemble, Revue de science criminelle 2004, Chroniques p. 897*).

Notons également que les liens étroits entre cette infraction et l'abus de confiance ne peuvent que contribuer à repousser le point de départ de la prescription. En effet, comme le souligne Dominique Noëlle Commare, « *parce que le délit d'abus de biens sociaux constitue une variété d'abus de confiance commise par des mandataires sociaux, qu'il se prête également à la dissimulation dans la mesure où la présentation des comptes, malgré la présomption de transparence qui s'y attache, peut ne pas jouer le rôle de révélateur du délit et où certaines pratiques de comptabilité occulte, des factures non causées, la clandestinité de la prise en charge de dépenses personnelles, la conclusion d'accords secrets sans autorisation de l'organe social compétent objectivent la dissimulation, la Cour de cassation a transposé la règle de report introduite en matière d'abus de confiance à cette infraction à partir de 1967* » (op. cit.).

Section 4 - Infractions relatives aux assemblées des sociétés

112. La qualité d'associé confère un certain nombre de droits dont la méconnaissance peut conduire à l'application de sanctions pénales. Il s'agit essentiellement des droits des actionnaires dans les sociétés par actions. Ces dispositions sont également applicables aux sociétés à responsabilité limitée, sociétés en nom collectif, et en commandite simple. Mais généralement les actionnaires ne peuvent intervenir dans la vie sociale qu'en leur qualité de membre de l'assemblée générale. Ce sont alors leurs droits au sein de celle-ci qui doivent être pénalement garantis. Ces droits sont nombreux et divers, allant de la convocation de l'assemblée à la tenue de celle-ci, en passant par l'exercice du droit de vote et l'accès à l'assemblée.

Il convient cependant de regretter que l'Acte uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales n'ait incriminé que l'obstacle à l'accès à l'assemblée. La doctrine a pu se demander s'il s'agit d'un souci de décriminaliser après avoir apprécié l'impertinence de sanctionner pénalement des actes de convocation (*En ce sens : F. ANOUKAHA, A. CISSE et coll. Sociétés commerciales et GIE, op. cit., n° 461*). Rappelons tout simplement que le Titre III qui ne comprend que l'article 892 dispose : « encourent une sanction pénale ; ceux qui, sciemment, auront empêché un actionnaire ou un associé de participer à une assemblée générale ».

La lecture de ce texte amène à constater qu'on est en présence d'une infraction unique : l'entrave à la participation qu'il convient d'étudier à travers ses éléments matériel et intentionnel.

§1 - Élément matériel

113. Ainsi qu'il résulte de l'article 892, l'élément matériel du délit consiste à empêcher un actionnaire ou un associé à participer à une assemblée générale. Cette protection s'applique y compris aux personnes mandatées par les actionnaires.

La loi ne précise pas les moyens par lesquels cette entrave peut être faite. De ce fait, la notion d'entrave devra recevoir une interprétation très large, intégrant tant les actes de commission que les omissions. Pourront par exemple être retenues comme acte pouvant produire de tels effets, la non communication d'une information relative aux assemblées ou la communication tardive de celle-ci si ce retard empêche la présence d'un membre à l'assemblée. L'assemblée des actionnaires étant le lieu de prise de décisions importantes, il s'est posé la question de savoir si le délit pouvait être retenu, alors même qu'aucune décision n'a été prise.

La jurisprudence décide que « l'infraction sera

constituée même si aucune décision n'est prise par l'assemblée : il est en effet possible que les faits d'entrave aient pour but de faire obstacle à l'existence d'un quorum » (J. Larguier, op. cit., p. 354).

§2 - Élément moral

114. Cet élément est expressément prévu par la loi qui emploie l'expression « sciemment ». Le juge ne saurait donc entrer en voie de condamnation sans avoir constaté que le prévenu a agi « sciemment ». Autrement dit, la personne poursuivie devra avoir agi en connaissance de cause.

Nicole Claire NDOKO
Spener YAWAGA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abus des biens sociaux 3, 85, 86, 87, 94, 108
- Usage contraire à l'intérêt social 89, 93, 110

C

Caractère contraire à l'intérêt social 90, 94
- Rémunérations indues 95, 103
- Prise en charge des dettes personnelles du dirigeant 95, 97
Comptabilité des sociétés ; documents comptables obligatoires 18, 20
- Inventaire 18, 23, 24, 25, 34, 40, 54, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 80, 81, 82
- États financiers annuels 26
- Communication des comptes infidèles 46

Destinataires de la communication 46, 47

Acte de communication 48
- Rapport de gestion 23, 30, 31, 34, 38
- Bilan social 24, 32, 34, 38

D

Dirigeant social 9, 14, 49, 57
- Auteur de l'infraction 6, 92
- Imputabilité 6, 7, 36
- Culpabilité 6, 35, 81
Auteur principal 5, 8, 12, 108
Complice 5, 8, 11, 12, 14
Dividendes 3, 34, 50, 57, 58, 59, 60, 62, 67, 70, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81
Dol général 56, 57
Dol spécial 55 57 10

E

Élément moral 13, 15, 23, 35, 36, 49, 50, 55, 59, 80
Élément matériel 12, 23, 36, 43, 45, 48, 50, 51, 59
Effets financiers annuels inexacts ou infidèles 39
- Erreurs de classement 41
- Erreurs d'évaluation 42
- Présentation des effets financiers infidèles 54

R

Répartition des dividendes fictifs 58, 76, 80, 81
- Absence d'inventaire 34, 58, 59, 63, 80
- Inventaire frauduleux 58, 59
- Par majoration de l'actif 65,
- Par minoration du passif 66

INFRACTIONS RELATIVES À LA MODIFICATION DU CAPITAL DES SOCIÉTÉS ANONYMES

Table des matières

Bibliographie

Introduction n° 1

I - Augmentation du capital n° 2-8

a - Émission d'actions nouvelles n° 3

b - Sauvegarde de droit préférentiel de souscription n° 4-8

1 - Droit préférentiel des actionnaires n° 5-7

2 - Droit préférentiel des obligataires n° 8

II - Réduction du capital n° 9-11

1. Suivant les contingences de la vie des affaires, il pourra arriver que l'on porte atteinte au principe d'intangibilité du capital. Deux types d'opérations contraires pourront alors s'opérer : l'augmentation et la réduction du capital.

I - Augmentation du capital

2. L'augmentation du capital social peut s'effectuer suivant plusieurs procédés : nouveaux apports en nature, incorporation de réserves, souscription nouvelle, concessions d'obligation en action. Mais quel que soit le procédé, l'augmentation implique une émission d'actions nouvelles qui risque de nuire aux anciens actionnaires. Dès lors, comme lors de la constitution, tous les intéressés doivent être protégés. C'est ainsi que l'émission d'action est compensée par le droit préférentiel de souscription.

a - Émission d'actions nouvelles

3. Les textes relatifs à la constitution des sociétés sont applicables aux augmentations de capital. Mais, il existe des incriminations attachées à l'émission d'actions ou de coupures d'actions au moment de l'augmentation du capital (article 893 AUSC). Par contre, des exceptions sont prévues dans le cas où les actions sont régulièrement émises par conversion d'obligations convertibles à tout moment ou par l'utilisation de bons de souscription ou si les actions sont remises en paiement de dividendes.

Comme pour toute infraction, ce délit suppose l'existence d'un élément matériel, l'émission d'actions ou de

- AGBOYIBOR (P.K.), « Nouveau droit uniforme des sociétés », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 1998.
- POUGOUÉ (P.G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), *Le Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998.
- TAPIN (D.), « Droit des sociétés commerciales et du GIE », *Penant*, n° 827, 1998, p. 136 et s.

coupures d'action et un élément moral, une simple faute d'imprudence. Le texte requiert en plus l'existence d'irrégularités que l'on peut présenter ici comme constituant des conditions préalables de l'infraction.

b - Sauvegarde de droit préférentiel de souscription

4. Une augmentation du capital se traduit par l'entrée de nouveaux actionnaires dans la société, où ils viendront concurrencer les anciens associés. C'est donc pour protéger leurs droits acquis sur les réserves et les bénéfices que la loi leur accorde un droit préférentiel de souscription. Cette protection est assurée à travers les articles 894 et 895 de l'AUSC.

Les articles 894 et 895 de l'AUSC organisent la protection du droit préférentiel de souscription qui est reconnu soit aux actionnaires, soit aux obligataires.

1 - Droit préférentiel des actionnaires

5. Aux termes de l'article 573 de l'AUSC, « les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit irréductible de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital ». Par contre, l'article 586 de l'AUSC prévoit la possibilité pour « l'assemblée générale de supprimer le droit préférentiel de souscription ». Ces deux aspects du droit des actionnaires, à savoir sa reconnaissance et sa suppression sont pénalement contrôlés.

6. La reconnaissance du droit préférentiel est expressément prévue par l'article 894-1 et 3 de l'AUSC qui incrimine l'attitude de certains dirigeants sociaux lors d'une augmentation de capital.

De manière concrète, l'infraction consiste en une omission : ne pas réserver aux actionnaires un délai de 20 jours, à dater de l'ouverture de la souscription, pour l'exercice de leur droit, ne pas faire bénéficier des actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions, d'un droit de préférence à la souscription des actions en numéraire, etc.

7. En vue de la suppression du droit de préférence des actionnaires, l'AUSC prévoit l'exigence d'un rapport en son article 588, et l'article 589 en fixe le contenu dans le but de mieux protéger les bénéficiaires de ce droit. C'est ainsi que l'article 895 de l'AUSC punit les dirigeants sociaux qui auront donné ou confirmé des indications inexactes dans les rapports présentés à l'assemblée générale appelée à décider de la suppression du droit préférentiel de souscrire. Mais l'infraction suppose la mauvaise foi, car devant être commise « sciemment ». Seulement, l'article 895 ne vise pas les commissaires aux comptes, alors que ceux-ci peuvent être amenés à faire un rapport au même titre que le conseil d'administration ou l'administrateur général (article 588).

Donc vraisemblablement, les commissaires aux comptes devraient pouvoir être sous la menace de cette infraction.

2 - Droit préférentiel des obligataires

8. Contrairement aux apparences, ce ne sont pas tous les obligataires qui sont protégés par la loi. Ce sont seulement ceux qui possèdent des obligations convertibles qui sont prises en compte par le droit pénal de l'OHADA, à l'exclusion des obligations échangeables. Par contre, ces dernières sont prises en considération par le droit étranger, notamment la loi de 1966 en son article 450-6°.

Quant aux obligations convertibles, l'article 894 ne semble protéger que le droit préférentiel de souscription des actionnaires et non leurs droits dans le capital social. En effet, l'article 894-4° incrimine de la part des dirigeants sociaux le fait de ne pas réserver les droits de titulaires de bons de souscription.

II - Réduction du capital

9. C'est une situation qui, bien que très rare, est susceptible de se présenter dans un contexte fort différent d'une entreprise à l'autre. Souvent annonciatrice de difficultés financières, elle peut, dans d'autres cas, apparaître comme une mesure d'assainissement de la situation. C'est la technique dite du « coup d'accordéon » qui se traduit par une réduction à zéro du capital de la société, immédiatement suivie d'une augmentation par émission d'actions nouvelles.

Cette opération de réduction du capital doit cependant être distinguée d'une opération voisine, l'amortissement du capital défini par l'article 651 comme l'opération par laquelle la société rembourse aux actionnaires tous les produits de la liquidation future de la société. L'amortissement ne fait cependant pas l'objet d'une protection pénale dans le cadre de la loi uniforme.

10. Selon l'article 627, la réduction résulte de la diminution du nombre des actions. Exceptionnellement, l'article 639 prévoit une possibilité de réduire le capital social par le rachat ou la prise en gage par la société de ses propres actions. Mais l'AUSC ne prévoit aucune sanction à propos de cette opération. Toujours est-il que la diminution du montant nominal ou du nombre des actions en vue de réduire le capital est valable à condition de respecter les conditions de forme et de fond prévues par les articles 629 et s. dont l'inobservation entraîne, conformément à l'article 896, l'application d'une sanction pénale aux administrateurs et au président-directeur général de mauvaise foi.

La condition de fond est relative au non-respect de l'égalité des actionnaires, alors que la condition de forme concerne l'omission de communiquer le projet de réduction du capital social aux commissaires aux comptes quarante-cinq jours au moins avant la réunion de l'assemblée appelée à statuer.

11. L'on aurait souhaité voir le législateur incriminer de façon plus large les comportements dangereux pouvant être observés lors d'une telle opération, mais contrairement à l'article 453-3° de la loi française, l'AUSC ne vise pas l'omission d'assurer la publicité de la décision de réduction du capital au registre du commerce ou dans un journal d'annonces légales.

Spener YAWAGA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Actionnaires 10

C

Capital

- Augmentation 2 et s.
- Réduction 9

D

Droit préférentiel 4 et s.

O

Obligataires 8

P

Publicité 11

INFRACTIONS RELATIVES AU CONTRÔLE DE LA GESTION

Table des matières

Introduction n° 1 à 2

§I - Non-respect des incompatibilités n° 3 à 4

§II - Obstacles au contrôle n° 5 à 10

A - Obstacle à la désignation ou à la convocation des commissaires aux comptes n° 6 à 7

B - Obstacle aux vérifications ou refus de communication de documents n° 8 à 10

I - Élément matériel n° 9

II - Élément intentionnel n° 10

§III - Obligation de sincérité n° 11 à 23

A - Transmission des informations mensongères n° 12 à 15

I - Élément matériel n° 13 à 14

II - Élément intentionnel n° 15

B - Obligation de dénoncer n° 16 à 23

I - Élément matériel n° 17 à 19

II - Élément moral n° 20 à 23

a - Connaissance des faits délictueux n° 20 à 22

b - Respect du secret professionnel n° 23

Bibliographie

- HOMMAN LUDIYE (L.) et DJEDJE (P.), « Le contrôle de la gestion des SA et des SARL. Cahier juridiques et fiscaux », *CFCE*, n° 2, 1998, p. 317 et s.
- TAPIN (D.), « Droit des sociétés commerciales et du GIE », *Penant*, n° 827, 1998, p. 136.
- TIGER (Ph.), *Le Droit des affaires en Afrique (OHADA)*, Que sais-je ? PUF, 1999.

1. Déterminés à ne pas observer les règles de bonne gouvernance, les dirigeants sociaux, ou certains d'entre eux, s'efforceront sans doute d'éviter que ne soient découverts leurs agissements, quitte à ce que, du même coup, soit retardé le point de départ de la prescription. Même s'ils n'ont pas d'aussi noirs desseins, ces dirigeants peuvent souhaiter agir à l'abri d'un contrôle que certains hommes d'affaires jugent toujours trop pesant. De là des dispositions légales obligeant ces dirigeants à constituer trace de certaines délibérations, et à permettre l'action des commissaires aux comptes. C'est l'objet des articles 694 et 898 de l'AUSC.

L'article 694 de préciser que « le contrôle est exercé dans chaque société anonyme par un ou plusieurs commissaires aux comptes ». Toutefois, ces commissaires aux comptes ne peuvent exercer leur fonction au mépris d'incompatibilité. En effet, l'acte uniforme interdit à certaines personnes de devenir contrôleur de la société, par exemple les apporteurs en nature, les administrateurs, certains parents ou alliés de ces personnes, etc.

L'article 898 quant à lui condamne tout individu qui, en son nom personnel ou à titre d'associé d'une société, aura sciemment accepté, exercé ou conservé les fonctions de commissaires aux comptes, nonobstant les incompatibilités légales. Une précision s'impose cependant : ne sont visées ici que les incompatibilités et non les incapacités. L'infraction suppose que l'acceptation, l'exercice ou la conservation des fonctions ait eu lieu en connaissance de cause.

2. En plus des infractions visant à faire observer le respect des incompatibilités, le législateur, à travers le Titre V, aborde la question du contrôle sous un double aspect : d'une part la répression des infractions au contrôle, commises par les dirigeants de la société et qui constituent alors un obstacle à ce contrôle, d'autre part les infractions commises par les commissaires aux comptes eux-mêmes, dans l'exercice de leur fonction et qui se présentent sous forme d'un refus de contrôle.

Il résulte de ce qui précède que trois types de comportements sont visés par le législateur. Il s'agit : du non-respect des incompatibilités, de l'obstacle au contrôle et du refus de contrôle.

§I - Non-respect des incompatibilités

3. Le respect des règles de la bonne gouvernance comptable conduit à instituer des incompatibilités dans l'exercice de la fonction de commissaire aux comptes. Les textes OHADA ne sont malheureusement pas clairs sur cette question car, loin d'énumérer les personnes pouvant exercer cette fonction, il a plutôt procédé de manière indirecte, pour instituer des incompatibilités. Cette approche semble cependant normale, la liberté étant le principe.

C'est donc ce qui explique que, partant de l'idée selon laquelle toutes les personnes remplissant certaines conditions peuvent exercer cette fonction, le législateur ait instauré des incompatibilités.

D'après l'article 697 de l'AUSC « les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles :

1) Avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance ;

2) Avec tout emploi salarié. Toutefois, un commissaire aux comptes peut disposer un enseignement se rattachant à l'exercice de sa profession ou occuper un expert-comptable.

3) Avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée ».

4. L'article 898 de l'AUSC prévoit des sanctions pénales pour toute personne qui, soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société, le commissaire aux comptes, aura sciemment accepté, exercé ou conservé des fonctions de commissaire aux comptes, nonobstant les incompatibilités légales.

L'article 898 ne fait pas allusion aux interdictions. Pourtant les articles 698 et 699 de l'AUSC prévoient plusieurs hypothèses d'interdictions.

On peut, face au silence du législateur, penser que la jurisprudence appliquera aux interdictions les sanctions pénales prévues pour incompatibilités. Cela ne sera cependant pas conforme au sacro-saint principe de la légalité des délits et des peines.

§2 - Obstacle au contrôle

5. L'obstacle au contrôle est une infraction fréquemment commise par les dirigeants sociaux. Ce comportement est en effet consécutif aux manœuvres par eux entreprises dans la société et qui vise à dissimuler leurs actes délictueux en s'opposant à tout acte tendant à vérifier la régularité de leurs activités. Deux principaux groupes d'actes sont visés par le législateur : l'obstacle à la désignation ou à la convocation des commissaires aux comptes et l'obstacle aux vérifications ou le refus de communication de documents.

A - Obstacle à la désignation ou à la convocation des commissaires aux comptes

6. Le moyen le plus radical souvent utilisé par les dirigeants sociaux pour éviter un contrôle qu'ils jugent souvent embarrassant consiste en un refus de désigner les commissaires aux comptes. C'est la raison pour laquelle le législateur a pris la peine de prévoir cette désignation par les statuts de la société ou lors de la constitution de celle-ci, par l'assemblée constitutive, ou encore, la société étant déjà constituée, par l'assemblée générale ordinaire.

Étant donné l'importance des commissaires aux comptes dans l'instauration d'une bonne gouvernance

sociale, le législateur a assorti les dispositions les imposant d'une sanction pénale. C'est la raison pour laquelle le législateur incrimine le fait pour les dirigeants sociaux qui par leur volonté ou leur négligence n'auront pas satisfait à ces obligations. Cela apparaît clairement à l'article 897 aux termes duquel : « Encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui n'auront pas provoqué la désignation des commissaires aux comptes de la société ou ne les auront pas convoqués aux assemblées générales ».

7. Pour ce qui est du défaut de convocation des commissaires aux comptes visé par ce texte, il n'est répréhensible, bien que le texte ne soit pas suffisamment explicite à ce sujet, qu'à condition d'être poursuivi dans le cadre d'une assemblée ordinaire ou extraordinaire.

De même, ce ne sont pas toutes les sociétés qui sont tenues d'avoir des commissaires aux comptes. Celles qui sont obligées d'en avoir sont principalement les sociétés anonymes et certaines SARL limitativement énumérées.

B - Obstacle aux vérifications ou refus de communication de documents

8. Ces infractions sont prévues à l'article 900 de l'AUSC aux termes duquel : « Encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux ou toute personne au service de la société qui, sciemment auront mis obstacle aux vérifications ou au contrôle des commissaires aux comptes ou qui auront refusé la communication, sur place, de toutes les pièces utiles à l'exercice de leurs missions et notamment de tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux ».

Comme pour toute infraction, ce délit implique des éléments matériel et intentionnel.

I - Élément matériel

9. L'article 900 vise ceux qui auront mis un obstacle aux vérifications ou au contrôle des commissaires aux comptes, ou encore, ceux qui auront refusé de leur communiquer sur place toutes les pièces utiles à l'exercice de leur mission. L'on constatera d'ailleurs que, contrairement aux textes précédents, celui-ci a un champ d'application très vaste, car visant, outre les dirigeants sociaux, toute personne au service de la société.

II - Élément intentionnel

10. Cet élément doit être constaté dans toute décision prononçant une condamnation. Cette obligation résulte des formules du législateur. Il résulte clairement de l'article 900 que le délit concerne ceux qui « sciemment auront mis obstacle aux vérifications ou au contrôle des commissaires aux comptes ou qui auront refusé la communication (...) de toutes les pièces utiles à l'exercice

de leurs missions ». Dans la pratique cet élément est entendu de manière très large, car il est déductible de l'élément matériel (*En ce sens, Crim. 14 janv. 1981, G.P. 25-26 mars 1981*).

§3 - Obligation de sincérité

11. Cette obligation se déduit des devoirs qui pèsent sur les commissaires aux comptes et dont le respect peut induire des sanctions pénales.

À ce sujet, il convient de rappeler les dispositions de l'article 716 AUSC aux termes duquel : « le commissaire aux comptes signale les irrégularités et les inexactitudes relevées par lui ou au cours de l'accomplissement de sa mission, à la plus proche assemblée générale ».

En outre, il révèle au ministère public les faits délictueux dont il a eu connaissance, sans que sa responsabilité puisse être engagée par cette révélation. Il suit de là que le commissaire aux comptes est investi d'une mission permanente de contrôle de la situation comptable de la société (*N. Stolowy, in La responsabilité pénale des commissaires aux comptes, Rev. des sociétés, juillet-septembre 1998, p. 521*). À la lecture de l'article 716, on est amené à dire que le délit imputable aux commissaires aux comptes peut être commun activement, en donnant ou confirmant des informations mensongères, ou passivement, en ne révélant pas les faits délictueux connus de lui. Ceci débouche, dans les faits, à la constatation de deux types d'infractions : la transmission des informations mensongères et la non-révélation des faits délictueux.

A - Transmission des informations mensongères

12. Cette interdiction résulte de l'article 710 l'AUSC qui définit les obligations du commissaire aux comptes lorsqu'il dispose que : « le commissaire aux comptes certifie que les états financiers de synthèse sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice ».

Cette disposition fait écho à celle de l'article 899 de l'AUSC qui punit « Tout commissaire aux comptes qui, soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de commissaire aux comptes, aura sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ».

La combinaison des deux dispositions conduit à dire que la réalisation de cette infraction nécessite que soit constaté un élément matériel suivi d'un élément intentionnel

I - Élément matériel

13. La lecture de l'article 889 conduit à constater le dédoublement de l'élément matériel. Il faut qu'il y ait

une information mensongère se rapportant à la fonction de commissaire aux comptes suivi de sa communication aux associés ou aux tiers.

L'article 899 AUSC parle tout simplement d'informations mensongères sur la situation de la société. Reconduisant les imprécisions du législateur français qui l'a inspiré, cette disposition crée un flou sur le contenu des informations mensongères. Interprétant ce flou juridique, deux tendances se sont dessinées. Pour une première tendance, l'objet du mensonge doit être compris de façon restreinte, et ne viser que la situation financière et comptable de la société. Dans ses rapports à l'assemblée, le commissaire aux comptes doit se limiter à cela et ne devrait point s'immiscer dans la gestion de la société contrôlée et n'a donc pas à informer les actionnaires de cette gestion.

La seconde tendance soutient une conception plus large de l'objet du mensonge. Il ne doit pas être limité à la seule situation financière et comptable de la société, étant donné qu'il peut parfois paraître difficile de distinguer une information ayant un caractère financier de celle qui n'en a pas. La doctrine dominante semble militer en faveur de cette conception large. Mais, par souci de cantonner ces informations à des données bien précises, la doctrine a estimé que celles-ci ne doivent pas être relatives aux vagues pronostics concernant l'avenir de la société.

14. L'information mensongère ne constitue une infraction que si elle est communiquée aux associés ou aux tiers. L'article 899 utilise l'expression « donné ou confirmé » des informations mensongères. Cette communication peut prendre plusieurs formes : écrite, orale, publique ou privée.

La transmission de l'information suppose en principe un acte positif pour la constitution de l'infraction.

L'objectif poursuivi par l'incrimination étant de faire en sorte que les associés et les tiers ne soient pas induits en erreur sur la situation réelle de la société, on s'est demandé, s'inspirant ainsi de la réticence dolosive de droit civil, si on ne pouvait pas retenir des omissions. Lorsque le commissaire aux comptes s'abstient de démentir une information fautive, donnée par les dirigeants sociaux, sa réticence est logiquement assimilée aux mensonges ; l'abstention, le silence équivalent à des affirmations pouvant causer l'infraction. Et la jurisprudence estime dans ce cas qu'il y a infraction. Il sera néanmoins difficile de distinguer le « silence éloquent » de l'abstention de bonne foi ; il se pose là, le problème de l'intention.

II - Élément intentionnel

15. Le délit ne se conçoit pas sans intention de le commettre. Avant d'entrer dans la voie de la condamnation, les juges devront constater l'existence de cet élément. Cette exigence résulte clairement de l'article 899 de l'AUSC qui ne sanctionne que le commissaire aux

comptes ayant agi « sciemment » c'est-à-dire en donnant ou confirmant des informations qu'il savait mensongères, et dont il avait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions auprès de la société.

L'appréciation de cette intention étant une question de pur fait, divers éléments pourront permettre aux juges d'induire l'existence de l'intention frauduleuse. C'est ainsi qu'ils ont pu juger que, tombe sous le coup de l'infraction d'informations mensongères, le commissaire aux comptes qui a certifié la régularité et la sincérité d'un bilan dont il connaissait la fausseté pour avoir participé à son élaboration ; le juge peut également s'appuyer sur le fait pour les commissaires aux comptes de ne pas assortir sa certification de réserves lorsqu'il présente son rapport à l'assemblée générale ordinaire.

B - Obligation de dénoncer

16. Par dénonciation, il convient d'entendre tout acte conduisant une tierce personne à informer les autorités de l'existence d'une infraction. La dénonciation se distingue ainsi de la plainte en ce que celle-ci ne peut émaner que de la victime. Dans le cadre de la recherche de la bonne gouvernance en droit des sociétés, le législateur OHADA en son article 899 AUSC impose une obligation particulière aux commissaires aux comptes : celle de dénoncer au Procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance à l'occasion de l'accomplissement de leurs fonctions dans la société. Une obligation spécifique est ainsi imposée aux commissaires aux comptes et peut se résumer par le devoir de parler surtout d'écrire au procureur de la République pour révéler les faits délictueux.

L'analyse de cette infraction soulève cependant quelques difficultés résultant plus précisément de l'imprécision qui entoure la notion de faits délictueux. L'on constatera d'ailleurs qu'elle (fait délictueux) semble renvoyer à celle qui caractérise la responsabilité délictuelle de l'article 1382 C. civ. Cette conception doit cependant être exclue, car les faits pouvant être dénoncés ne peuvent être que de nature pénale, surtout qu'il s'agit de porter une information à la connaissance du procureur de la République. Ces précisions faites, il convient à présent d'étudier les éléments constitutifs de l'infraction.

I - Élément matériel

17. L'élément matériel suppose l'existence des faits délictueux. Cet élément apparaît en fait comme une condition préalable de l'infraction, avec toutefois la nuance que les conditions préalables des infractions sont le plus souvent des faits licites ; ce qui n'est pas le cas des faits à dénoncer qui, dans le cas présent, sont délictueux.

Dans ces conditions, le commissaire aux comptes

a pour obligation de révéler tous les faits susceptibles de constituer des infractions pénales. S'il est admis de tous que les faits à dénoncer sont ceux constituant des infractions pénales, force est également de constater le doute qui peut planer quant à la détermination des infractions visées. À juste titre, la doctrine s'est demandée si la formule « tout fait délictueux », vise toute infraction, quelle que soit sa nature.

La doctrine dominante pense que les faits délictueux visés ici, doivent être relatifs aux infractions ayant une incidence directe sur les comptes, la situation patrimoniale de la société ou même sur la constitution ; il peut s'agir des infractions de droit commun telles que le faux en écriture privée ou de commerce, de l'escroquerie, de recel ou plus fréquemment d'infractions propres au droit pénal des sociétés, telles que l'abus des biens sociaux, la répartition des dividendes fictifs, la présentation de comptes inexacts et même les infractions fiscales.

En limitant les faits délictueux aux actes de constitution et de gestion de la société, la doctrine et la jurisprudence ont fait une juste et stricte interprétation de l'article 899 de l'AUSCIE

18. Il aurait été étonnant de demander au commissaire aux comptes de révéler tout fait délictueux, même si celui-ci n'a aucun rapport avec la gestion et la production de la société. Mais, en limitant les faits délictueux à ceux ci-dessus cités, on créerait également une distinction là où le législateur n'en a pas créé. La formule « tout fait délictueux » permet en effet que soient retenues toutes les infractions connues des commissaires aux comptes et qui ont une incidence directe sur le compte et la situation patrimoniale de la société.

C'est d'ailleurs cette dernière précision qui a permis d'exclure du champ du délit, la non-dénonciation d'une bagarre entre deux employés ou entre un employé et l'employeur.

De même le vol du portefeuille d'un employé ou d'un téléphone portable constitue des faits délictueux, mais dont l'obligation de dénoncer n'incombe pas particulièrement au commissaire aux comptes.

Bien plus, la doctrine n'exclut certains faits relatifs à la gestion, parce que ceux-ci ne sont pas des faits significatifs et délibérés (*N. Stolowy, op. cit., p. 535*).

19. Pour ce qui est du moment de la dénonciation, cela constitue une question de pur fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. En tout état de cause, celle-ci ne doit pas être tardive. La dénonciation doit intervenir dès lors que le commissaire aux comptes a eu connaissance des faits délictueux. C'est ainsi qu'il a été jugé que « se rend coupable du délit de non-révélation des faits délictueux, le commissaire aux comptes qui, ayant eu connaissance de la sous-évaluation des stocks de la société qu'il contrôlait, ne dénonça le délit que cinq mois plus tard » (*Affaire du Comptoir national du logement, Crim. 8 février 1968, Bull. crim., n° 42*).

II - Élément moral

Cet élément se présente sous une double facette, car conduisant à constater, non seulement la connaissance des faits délictueux, mais aussi le fait de ne pas « sciemment les dénoncer ».

a - Connaissance des faits délictueux

20. Le commissaire aux comptes ne doit révéler que les faits délictueux dont il aura eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

Quelques difficultés se posent néanmoins sur l'étendue de la connaissance. Il y a d'abord, une sorte de présomption qui pèse sur les commissaires aux comptes en tant que professionnels ; ils ne peuvent donc pas se contenter des faits portés à leur connaissance par les dirigeants sociaux ; la loi leur demande de rechercher ce qu'on dissimule à travers leur contrôle ; ils peuvent même exiger la communication des documents. Par voie de conséquence, ils ne pourront pas se réfugier derrière l'erreur de droit pour échapper aux poursuites c'est-à-dire en invoquant leur ignorance des faits délictueux ; ils sont des Professionnels avertis et spécialisés en droit des sociétés ; ils peuvent prétendre ignorer la loi pénale. En fin de compte, le commissaire aux comptes ne pourra échapper aux poursuites que s'il prouve que l'exercice normal de sa mission ne lui a pas permis d'être au parfum des faits délictueux.

21. Il y a ensuite le fait que les commissaires aux comptes ne peuvent pas prétendre qu'ils ne maîtrisaient pas la qualification pénale des faits ; on peut facilement rétorquer qu'ils ne sont pas censés ignorer la loi en tant que professionnels, et que le procureur de la République est là pour leur apporter des éclaircissements juridiques nécessaires. Dans tous les cas où leur complaisance est établie, on doit conclure à la volonté de non-révélation.

22. Malgré la présomption de connaissance qui pèse sur le commissaire aux comptes en tant que professionnel, la doctrine souligne qu'on ne saurait pousser la logique très loin et le retenir dans les liens de la prévention pour les faits que raisonnablement il ne pouvait découvrir ; il s'en suit que la mauvaise foi du commissaire aux comptes est exigée pour retenir sa culpabilité ; la mauvaise foi doit concerner non seulement l'existence des faits, mais aussi leur caractère délictueux.

Toutefois, et ceci par application du droit commun, l'erreur de droit et le mobile ne peuvent être invoqués pour écarter la responsabilité pénale des commissaires aux comptes.

b - Respect du secret professionnel

23. Cette exigence constitue une limite à l'obligation de dénoncer. L'article 717 de l'AUSC dispose à cet effet que « sous réserve des dispositions de l'article 716 du présent Acte uniforme, le commissaire aux comptes, ainsi que ses collaborateurs, sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions ».

De par sa fonction, le commissaire aux comptes a accès à de nombreux documents et informations confidentiels de la société. Deux dispositions légales lui donnent le droit et même lui imposent le devoir de communiquer ou de révéler ces informations. Il est évident qu'en dehors de ces communications autorisées par le législateur, si le commissaire aux comptes communique des informations relatives à la société aux tiers ou à une société concurrente, il tomberait sous le coup de la violation du secret professionnel et peut être réprimé.

Spener YAWAGA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Assemblée 6-7

D

Dénonciation 16

G

Gouvernance 1, 3, 16

I

Incompatibilités 1,2
Information mensongère 13,14
Intention 10-11
Interdiction 4

M

Mauvaise foi 15

S

Secret professionnel 23

INFRACTIONS RELATIVES AUX ACTIONS

Table des matières

Bibliographie

Introduction n° 1-2

§1 - Délit d'émission d'actions n° 3-28

A - Conditions préalables n° 4

I - Irrégularités commises lors de la constitution de la société n° 5-15

a - Irrégularité relative à l'immatriculation au registre du commerce n° 6

1 - Irrégularité relative à l'immatriculation au RCCM n° 7

2 - Irrégularités relatives au défaut de souscription du capital n° 8-11

3 - Irrégularités au versement du capital n° 12

4 - Irrégularités à la déclaration notariée n° 13

5 - Irrégularités liées à la conversion prématurée des actions de numéraire en actions au porteur n° 14

6 - Irrégularités relatives aux actions d'apport n° 15

b - Irrégularités commises en cas d'appel public à l'épargne n° 16

II - Irrégularité commises en cas lors de l'émission de nouvelles actions ou lors de l'augmentation du capital n° 17-18

B - Éléments constitutifs du délit d'émission d'action n° 19

I - Élément matériel : l'émission d'actions n° 20-22

II - Élément moral n° 23-24

C - Répression du délit d'émission d'actions n° 25-29

§2 - Délit de négociation d'actions n° 30-34

A - Éléments constitutifs du délit de négociation n° 31

I - Aspects matériels du délit de négociation d'actions n° 32

II - Élément moral du délit de négociation n° 33

B - Répression du délit de négociation d'actions n° 34

- DELABRIERE (A.), « Le registre du commerce et du Crédit Mobilier, instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace OHADA », *Penant*, numéro spécial 840, juillet-septembre 2002 p. 373 et s.
- FOKO (A.), « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA », *Penant*, n° 859, p. 202.
- KANGAMBEGA (E.L.), « Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA », *Penant*, 2000, p. 313.
- KENFACK DOUAJNI (G.), « L'abandon de souveraineté dans le traité OHADA », *Penant*, 1999, p. 125.
- MAHOUE (M.), « Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin », *Penant*, n° 846, janvier-mars 2004, p. 87 à 96.
- NDONTSA FONE (A.M.), « À propos de l'extension de la compétence pénale OHADA », *R.A.S.J.*, vol. V, n° 1, 2008, p. 77 à 91.
- NGUEBOU TOUKAM (J.), *Le Droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, Yaoundé, Yaoundé, 1998.
- POUGOUÉ (P.G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU-TOUKAM (J.), *Le Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Yaoundé, P.U.A., 1998 ;
- POUGOUÉ (P.G.) et KALIEU ELONGO (Y.R.), *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2008.
- SOCKENG (R.), *Droit pénal des affaires OHADA*, Presses MINSI LE COMPETING, coll. « Lebord », 1^{re} éd.
- SOH FOGNO (D.R.), « L'assainissement de la profession commerciale dans l'espace de l'OHADA », *Penant*, 2008, p. 90 à 110.

1. Lors de la constitution des sociétés commerciales, les fondateurs sont tenus de respecter les règles fixées par la loi concernant aussi bien la recherche et la formation du capital social, que l'émission des actions. Il s'agit pour le législateur OHADA de protéger les différents intérêts en jeu par l'aménagement des mesures répressives, tout comme son homologue français au lieu du contrôle préalable prévu dans certaines législations. Ainsi, lorsque la constitution de la société est entachée d'irrégularités, le législateur OHADA incrimine l'émission et les négociations d'actions. Cette incrimination

sanctionne indirectement l'irrégularité commise lors de la constitution de la société (*J. LARGUIER et P. Le CONTE, Droit pénal des affaires, 10^e éd., Armand Colin, n° 346*).

2. Dans l'espace OHADA, seuls deux États parties au Traité ont jusque-là adopté une législation interne portant détermination des peines : l'État camerounais par la loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA (*Juridis Périodique* n° 55, juillet-septembre 2003, p. 51 et s.), et l'État sénégalais par la loi n° 98/22 du

26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (Journal officiel de la République du Sénégal, 25 avril 1998, p. 303 à 304). La loi camerounaise a un domaine d'application plus étendu puisqu'elle aménage des peines aux infractions prévues dans quatre Actes uniformes (AUDCG, AUSCGIE, AUPCAP, AUCE), alors que la loi sénégalaise a réduit son domaine d'application au seul AUSCGIE. Mais les qualifications pénales sont les mêmes dans les deux pays puisque les comportements interdits sont définis dans l'Acte uniforme. Seules les sanctions peuvent varier d'un État à l'autre aussi bien en ce que concerne le délit d'émission (I) que celui de négociation d'actions (II). La jurisprudence étant rare en la matière dans l'espace OHADA, on utilisera le plus souvent les décisions des juges français.

§1 - Délit d'émission d'actions

3. Il y a délit d'émission d'actions lorsque les actions sont émises alors que certaines formalités prévues par la loi n'ont pas été respectées. La loi ne punit pas l'émission d'actions, mais les irrégularités commises qui ont précédé cette émission. Ces irrégularités constituent en fait des conditions préalables (A) au délit qui comporte en plus, comme toutes les infractions, des éléments constitutifs (B). Les lois camerounaise et sénégalaise précitées, prises en application de l'article 5 du traité OHADA, ont prévu des sanctions en cas d'émission d'actions alors que les différentes formalités prévues n'ont pas été respectées (C).

A - Conditions préalables

4. Les conditions préalables susceptibles d'occasionner la réalisation du délit lorsqu'il y a par la suite émission d'actions peuvent être regroupées en trois catégories. Ces dernières correspondent aux trois types de délits d'émission prévus par la loi : les irrégularités commises lors de la constitution de la société, les irrégularités commises lorsque la société a fait un appel public à l'épargne et les irrégularités commises en cas d'augmentation du capital social.

I - Irrégularités commises lors de la constitution de la société

5. Le Livre I de la Première partie de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales organise les modalités de constitution des sociétés commerciales. Le non-respect de l'une de ces formalités peut être individuellement

sanctionné. En plus, constitue une condition préalable du délit d'émission d'actions. D'après l'article 886 de l'Acte uniforme : « *Est constitutif d'une infraction pénale, le fait, pour les fondateurs, le président-directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint d'une société anonyme, d'émettre des actions avant l'immatriculation ou à n'importe quelle époque lorsque l'immatriculation est obtenue par fraude ou que la société est irrégulièrement constituée* ».

Certaines de ces irrégularités sont communes à toutes les S.A. (a) et d'autres sont commises en cas d'appel public à l'épargne (b)

a - Irrégularités communes à toutes les S.A.

6. Elles sont relatives à l'immatriculation de la société au registre de commerce. D'autres concernent la souscription du capital social, le versement du quart du capital, la déclaration notariée, la conversion prématurée des actions de numéraire en actions au porteur, les actions d'apport.

1. Irrégularité relative à l'immatriculation au registre de commerce

7. L'irrégularité consiste ici en un défaut d'immatriculation dans les formes prévues ou lorsque cette immatriculation a été obtenue par fraude (Le défaut d'immatriculation ou l'immatriculation avec fraude constituent déjà une infraction prévue par l'article 43 de l'AUDCG. (Voir Philippe KEUBOU et Fabius Corneille KAMLA FOKA, *La sanction pénale du non-respect de l'obligation d'immatriculation au RCCM dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun, article en voie de publication*). L'émission d'actions suite à cette irrégularité est constitutive de l'élément matériel du délit.

2. Irrégularité relative au défaut de souscription du capital social

8. La société n'est pas régulièrement constituée si son capital social n'est pas entièrement souscrit. De plus, chaque actionnaire doit verser le quart au moins du montant des actions ou coupures d'actions qu'il a souscrites (*article 389 de l'AUSCGIE*).

Il est indispensable qu'une société en voie de constitution soit assurée de pouvoir disposer de toutes les ressources nécessaires à son démarrage. Il y va de l'intérêt des tiers qui ne traitent avec la société qu'en considération de son capital. Il y va aussi de l'intérêt des souscripteurs qui ne s'engagent que sous la condition que le capital soit intégralement souscrit.

Pour que la souscription des actions soit intégrale, il faut que le capital, divisé en coupures d'un montant égal, soit entièrement couvert par les souscripteurs.

9. La doctrine et la jurisprudence ont dégagé plusieurs hypothèses dans lesquelles il y a défaut de souscription :

- Une souscription successive ne peut pas être considérée comme intégrale. Dans cette hypothèse, la société, au lieu de constituer dès l'origine son capital normal, a commencé par se créer avec un faible capital dans la perspective de procéder à des augmentations ultérieures de capital. Dans ce cas, la société est nulle, et par conséquent, l'émission des actions est illicite ;
- La souscription ne peut pas être intégrale si en cas d'insuffisance, les fondateurs se bornent à ramener le capital au chiffre effectivement souscrit. En principe, lorsque le capital prévu n'est pas entièrement atteint, il faut restituer à chacun sa mise parce que la constitution de la société a échoué. Mais, exceptionnellement, si les statuts avaient prévu le cas, l'unanimité ou la majorité des actionnaires peuvent valablement décider de réduire le capital au chiffre effectivement recueilli (*Cour de cassation française, 3 novembre 1907, D. 1909, 1, 65*) ;
- On ne peut pas non plus parler de souscription intégrale lorsque les actions sont émises en dessous du pair, soit d'une manière ostensible soit par des ristournes consenties, par exemple sous forme de commissions à des souscripteurs (*Cour de cassation française, 15 mai 1936, J. S. 1937. 536*) ;
- La souscription n'est toujours pas intégrale lorsqu'une société a racheté elle-même à l'aide des fonds sociaux une partie des actions non souscrites, à moins que ces fonds ne proviennent des bénéfices ou des réserves. Le rachat des actions par la société au moyen des fonds sociaux aboutit à réduire clandestinement le capital social qui, de ce fait, n'est plus intégralement souscrit (*Cour de cassation française, 15 mai 1927, G.P. 1927. 2. 352*) ;
- L'intégralité de la souscription n'est pas réalisée lorsque les souscriptions sont nulles ou annulables. Il s'agit non seulement de la nullité d'ordre public (par exemple lorsque le notaire qui reçoit l'acte de société a souscrit), mais aussi de la nullité simplement relative si celle-ci n'a pas été couverte avant l'émission des actions. Cependant le dol n'annule pas la souscription. Il est en effet de règle que le dol ne peut être invoqué qu'à l'encontre de ses auteurs. Or en matière de société, le dol est généralement l'œuvre des fondateurs. En conséquence, l'engagement obtenu par dol continue de produire les effets, et celui qui en est victime n'a d'autres recours que des actions personnelles contre ceux qui l'ont trompé ;
- Une autre hypothèse de la non-intégralité de la souscription est celle dans laquelle les conditions de forme énumérées par les articles 390, 391 et 392 de l'AUSCGIE n'ont pas été respectées. En vertu de ces dispositions, le contrat de souscription doit être constaté par un bulletin de souscription établi en deux exemplaires originaux l'un pour la société et l'autre pour le notaire comportant les mentions énumérées

par ce texte. D'autre part, le bulletin de souscription doit être signé par le souscripteur lui-même ou par son mandataire ;

- Enfin, la souscription cesse d'être intégrale lorsque, à défaut de souscriptions sincères, des actions sont attribuées à des souscripteurs de complaisance. On parle ici des souscriptions fictives. La loi exige que les souscripteurs du capital social soient sincères et réellement attachés à la société. Une société, par définition, ne peut se former qu'entre personnes ayant le désir véritable de mettre en commun des biens à l'effet de les faire fructifier, de courir ensemble des risques de pertes et des chances de gain, et de partager les bénéfices éventuels. Le contrat de société suppose, chez ceux qui y participent, l'intention de collaborer d'une façon « *active, consciente et égalitaire* », selon la formule du doyen RIPERT, en vue de la réalisation d'un bénéfice à partager. C'est cette intention, cette forme particulière de consentement au contrat de société, que les juristes appellent l'*affectio societatis*. La société n'existe pas si certains des participants ne sont là que pour la forme et ne prennent pas réellement et sincèrement une part effective aux risques communs de pertes et de gains que comporte l'entreprise. C'est pourquoi la loi oblige les fondateurs à annexer à la déclaration notariée (son rôle est de constater la souscription du capital) la liste des souscripteurs.

10. De nombreuses décisions ont déclaré non sincères, donc fictives, des souscriptions faites par des comparses ou des prête-noms, par des personnages de complaisance venus pour jouer un rôle, même si leurs souscriptions ont été libérées, alors que cette libération est l'œuvre de ceux qui ont fait agir ces personnages en leur lieu et place, afin de dissimuler leur propre personnalité.

On peut citer l'arrêt rendu dans l'affaire ROCHETTE (*Cour d'appel de ROUEN, 28 juillet 1912, D. 1916. 2. 113*) ainsi que celui rendu par la Cour de Paris dans l'affaire de la Foncière (*Paris, 15 mai 1935, Rev. Trim. Soc. 1935-357*), qui propose le raisonnement suivant : « *Considérant qu'en prescrivant, pour la constitution d'une société commerciale par action, la souscription de la totalité du capital, la loi a voulu que cet acte initial fût, à peine de nullité, sérieux et sincère ; qu'elle a exclu les souscriptions fictives, c'est-à-dire des souscriptions de ceux qui n'ont ni la volonté, ni les moyens de réaliser leurs engagements, et aussi celles qui, tout en étant autre chose qu'une simple apparence, seraient faites pour autrui par prête-nom ; que la loi, en imposant qu'une liste des souscripteurs soit annexée à la déclaration notariée, a voulu que les tiers puissent être renseignés d'une manière exacte sur la provenance des capitaux et sur la personnalité des souscripteurs* ».

La Cour de Paris a encore statué en termes analogues dans l'affaire de la Holfra (*19 janvier 1933, G.P. 1933.1. 412*) et dans celle de la Holding commerciale de France (*Paris, 11 mars 1937, G.P. 1937, 1. 943*).

11. Cependant un arrêt de la Cour d'appel de Paris et un autre de la Cour de cassation ont décidé que la souscription doit être considérée comme sincère toutes les fois qu'elle est assortie du versement des fonds correspondant, même s'il y a eu des prête-noms (*Paris, 26 févr. 1937, J. Soc. 1937, 670; Cass. com. 30 janv. 1961, J.C.P. 1962, II, 12527, note LEGALCHER BARON*).

Ces deux derniers arrêts, qui ne correspondent pas à la jurisprudence ordinairement suivie, ni d'ailleurs à l'opinion de la majorité de la doctrine, se fondent sur l'idée qu'une société par actions ne serait en quelque sorte qu'un groupement de capitaux, et que la personnalité des souscripteurs y serait indifférente pourvu que les capitaux existent.

3. Irrégularités relatives au versement du capital

12. Il s'agit du non-respect des prescriptions établies en vue de la libération du capital. L'Acte uniforme exige dans l'article 389 que, préalablement à la constitution de la société, chaque actionnaire doit verser en espèce un quart au moins du montant des actions ou coupures d'actions souscrites par lui. Les fonds doivent être déposés, préalablement à la déclaration notariée, soit chez le notaire, soit dans une banque domiciliée dans l'État partie du siège de la société en formation avec la liste des souscripteurs et l'indication des sommes versées par chacun d'eux (*art. 393 de l'AUSCGIE*). Le non-respect de l'une de ces formalités constitue une irrégularité.

4. Irrégularités de la déclaration notariée

13. Indépendamment des graves peines encourues par les auteurs de la déclaration notariée au cas où elle serait mensongère (*pour ces peines, voir article 887, alinéas 1 et 2 de l'AUSCGIE et supra : nos développements sous le thème des « infractions relatives à la formation du capital »*), les irrégularités de cette déclaration, même involontaires, font obstacle à l'émission des actions. Il en est ainsi lorsque la déclaration est faite alors que les souscriptions n'ont pas été recueillies, ni les versements opérés. C'est aussi le cas lorsque la déclaration n'a pas été faite par les personnes désignées à cet effet par la loi.

5. Irrégularités liées à la conversion prématurée des actions de numéraire en actions au porteur

14. La loi exige que les actions restent nominatives jusqu'à leur entière libération. Une société qui convertit prématurément des actions incomplètement libérées est considérée comme irrégulièrement constituée. Les actions peuvent être converties individuellement dès qu'elles sont libérées et au fur et à mesure de leur libération.

La circonstance qu'une partie du capital n'est encore libérée que du quart ne met pas obstacle à ce que celles des actions dont la libération est intégrale soient mises au porteur (*Cour de cassation française, 19 mai 1926, J. Soc. 1928, 280*).

6. Irrégularités relatives aux actions d'apport

15. Deux irrégularités sont visées ici :

- Premièrement, les actions d'apport, comme les actions en numéraire, doivent être souscrites entièrement. Mais à la différence de ces dernières, les actions d'apport doivent être intégralement libérées lors de la constitution de la société (*art. 45 (2) de l'AUSCGIE*). La libération ne doit pas se limiter au quart, elle doit être intégrale. Elle ne doit pas porter sur des apports fictifs ou sur des apports non susceptibles de libération immédiate, tels des apports en industrie (*Cour d'appel de Caen, 26 juin 1912, Rev. Soc. 1913, 232*) ;
- En second lieu, elles ne doivent être détachées de la souche et ne sont négociables que 2 ans après la constitution définitive de la société (*art. 749 (2) de l'AUSCGIE*).

b - Irrégularités commises en cas d'appel public à l'épargne

16. Ici, on se situe toujours au moment de la constitution de la société, lorsque la société anonyme, faisant un appel public à l'épargne, a émis des valeurs mobilières offertes au public. Des irrégularités propres aux formalités d'appel public à l'épargne peuvent être relevées qui constituent d'autres conditions préalables au délit d'émission d'actions. L'article 905, paragraphe 1 de l'AUSCGIE a prévu les quatre irrégularités suivantes :

- Le défaut d'insertion d'une notice susmentionnée sur les prospectus et les circulaires, et l'absence de la mention de l'insertion de cette notice au journal habilité à recevoir des annonces légales avec référence au numéro dans lequel elle a été publiée ;
- Le défaut de reproduction des mêmes énonciations ou tout au moins, d'un extrait des énonciations avec référence à ladite notice, indication du numéro du journal habilité à recevoir les annonces légales dans lequel elles ont été publiées sur les affiches et les annonces dans les journaux ;
- Les affiches et les annonces dans les journaux n'ont pas reproduit les mêmes énonciations ou tout au moins, un extrait de ces énonciations avec référence à ladite notice, indication du numéro du journal habilité à recevoir les annonces légales dans lequel elle a été publiée ;
- Les affiches, les prospectus et les circulaires n'ont pas mentionné la signature de la personne ou du représentant de la société dont l'offre émane et n'ont

pas précisé si les valeurs offertes sont cotées ou non et, dans l'affirmative, à quelle bourse.

II - Irrégularités commises lors de l'émission de nouvelles actions

17. Contrairement aux deux premières catégories d'irrégularités qui concernent la constitution de la société, cette dernière ne peut être perpétrée que si la société envisage une augmentation de capital. Parmi les formalités qui doivent être accomplies, on remarquera que certaines sont les mêmes que celles qui doivent être accomplies lors de la constitution de la société. D'après l'article 893 de l'AUSCGIE, il y a irrégularité lorsque les nouvelles actions ont été émises :

- avant que le certificat du dépositaire ait été établi ;
- sans que les formalités préalables à l'augmentation du capital aient été régulièrement accomplies ;
- sans que le capital antérieurement souscrit de la société ait été intégralement libéré ;
- sans que les nouvelles actions d'apport aient été intégralement libérées avant l'inscription modificative au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- sans que les actions nouvelles aient été libérées d'un quart au moins de leur valeur nominale au moment de la souscription ;
- sans que l'intégralité de la prime d'émission ait été libérée au moment de la souscription ;
- sans que les actions en numéraire aient été maintenues sous forme nominative jusqu'à leur entière libération.

18. La condition préalable du délit d'émission d'actions est réalisée en présence de l'une des irrégularités ci-dessus énumérées. Mais elle n'est pas suffisante, il faut que les éléments constitutifs du délit soient constatés pour que les sanctions puissent être appliquées.

B - Éléments constitutifs du délit d'émission d'actions

19. Le délit d'émission d'actions a un élément matériel qui est l'émission des actions et un élément moral qui est une faute.

I - Élément matériel : l'émission des actions

20. L'émission des actions est l'élément caractéristique du délit, celui par lequel l'infraction se consomme. La loi ne punit pas ici en elles-mêmes les irrégularités dans la constitution de la société. Elle n'intervient que le jour où les titres sont émis, et où, par conséquent, les actions sont susceptibles d'être répandues dans le public et d'y faire l'objet de transactions. Elle oblige les dirigeants sociaux à s'assurer de la régularité de la société au moment où les titres vont ainsi être matériellement créés.

On entend par « émission », selon la formule adoptée par la Cour de cassation et reprise par la Cour de Paris dans l'affaire de la Holfra, « le détachement des titres de la souche et leur remise aux ayants droit » (Paris 19 janv. 1933 ; G.P. 1933. 1, 412).

21. Ce qui caractérise le délit, c'est la création matérielle des titres et leur délivrance aux titulaires. Il n'est pas nécessaire que ces derniers aient appréhendé les titres. L'émission est réalisée dès que les titres, détachés de la souche, ont été classés dans leur dossier. Mais cette définition de l'émission des titres n'est plus acceptable en France où il y a eu généralisation du système de dématérialisation des titres par la loi du 30 décembre 1981 (article 94-II) et le décret du 2 mai 1983. Désormais dans ce pays, les titres ne sont plus émis que par une inscription en compte au nom de leur propriétaire sur les livres d'un intermédiaire financier habilité. Ils se transmettent par virement de compte à compte (J. LARGUIER et P. LE CONTE, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 348 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Précis Dalloz, 4^e édition, n° 252).

22. Pour que le délit soit consommé, il suffit que quelques titres aient été émis, alors même que ces titres sont réguliers en soi et se rapportent à des souscriptions régulières, du moment où, par ailleurs, il existe des souscriptions irrégulières, ou des irrégularités dans la constitution de la société.

Il y a délit quelle que soit la date des irrégularités, même s'il s'agit d'une augmentation de capital alors que les irrégularités ont été commises dès la constitution de la société, car la loi n'a pas prévu de date.

Par contre, l'émission devient licite lorsque les irrégularités initialement constatées ont cessé par l'effet d'une régularisation. Mais l'émission intervenue avant la régularisation demeure illicite (*Cour de cassation française*, 12 nov. 1925, G.P. 1926, 1, 182).

II - Élément moral

23. Le délit d'émission est une infraction purement matérielle qui ne comporte pas d'élément intentionnel. L'infraction se caractérise, en dehors de toute intention coupable, par la seule émission des titres, alors que la société a été irrégulièrement constituée. Il est vrai que toute infraction suppose, à défaut d'une intention dolosive, une faute. Mais ici la faute est incluse dans la constatation même des faits constitutifs du délit. Elle consiste en la méconnaissance, de la part des dirigeants sociaux, de l'obligation qu'ils ont de vérifier, au moment où ils procèdent à l'émission, si la société est constituée dans des conditions régulières.

Cette faute se présume. Il n'est pas nécessaire que les tribunaux s'efforcent d'en préciser les éléments. L'arrêt ou le jugement qui déclare que les formalités prescrites par la loi n'avaient pas été observées au moment où les

actions ont été émises constate par là même l'existence de la faute (*Cour de cassation française, 25 juin 1927, G.P. 1927. 2. 276*).

24. De plus, les mis en cause peuvent n'avoir pas participé à la création de la société, ni même à l'émission des actions. Ce qui leur est reproché, c'est d'avoir laissé se réaliser l'émission alors que la société n'était pas régulièrement constituée. C'est de n'avoir pas fait les vérifications nécessaires. C'est ainsi que la condamnation est suffisamment justifiée lorsqu'il est constaté que les prévenus étaient en fonction au moment de la délivrance des actions (*Cour de cassation française 31 mai 1933, B. 70*). C'est dire que l'excuse d'ignorance ou de bonne foi n'est pas admise, sauf si, selon la formule de la Cour française de cassation, il faut « *qu'il se soit trouvé dans l'impossibilité absolue de prévoir et d'empêcher l'infraction* » (Cass. 12 décembre 1925, J. Soc. 1926.446).

C - Répression du délit d'émission d'actions

25. Les différents aspects du délit ont été punis aussi bien par la loi camerounaise que la loi sénégalaise. À l'examen, on remarque cependant que les peines de la loi camerounaise sont plus sévères que celles prévues par la loi sénégalaise qui a affecté à la plupart des infractions de simples peines d'amende.

D'après l'article 4 de la loi camerounaise n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA, et en application de l'article 886 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, l'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société irrégulièrement constituée est punie d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 500 000 à 5 000 000 de francs CFA, ou de l'une de ces deux peines seulement. L'article 1^{er} de la loi sénégalaise a prévu pour cette infraction une simple peine d'amende de 100 000 à 1 000 000 de francs CFA.

26. En ce qui concerne les sociétés faisant appel public à l'épargne, l'article 23 de la loi camerounaise, en application de l'article 905 du même Acte uniforme, punit l'infraction d'émission des valeurs mobilières de la même peine d'emprisonnement de trois mois à trois ans, mais d'une peine d'amende plus réduite de 100 000 à 1 000 000 de francs. Cette réduction du taux de l'amende est surprenante. En effet, le législateur camerounais a divisé la peine d'amende par cinq, alors qu'on se serait attendu à ce qu'il augmente le taux de toutes les peines, s'agissant des sociétés faisant appel public à l'épargne, qui ont une plus grande taille que les autres (*le capital de la SA peut être de 10 000 000 ou plus alors que celui de la SA faisant un appel public à l'épargne ne peut être inférieur à 100 000 000 de francs : respectivement articles 387 et 824 de l'AUSCGIE*). Le législateur sénégalais, tout en restant dans sa logique de punir

l'émission d'une peine d'amende, en a cependant doublé le taux lorsqu'il s'agit d'une société faisant appel public à l'épargne. L'article 20 de la loi sénégalaise a prévu la peine d'amende de 200 000 à 2 000 000 de francs CFA.

Les personnes qui pourraient être considérées comme complices, c'est-à-dire celles qui auront servi d'intermédiaires à l'occasion de la cession des valeurs mobilières, sont incriminées séparément et punies des mêmes peines.

27. Quant au délit d'émission d'actions nouvelles en cas d'augmentation du capital de l'article 893 de l'AUSCGIE, la peine retenue par l'article 11 de la loi camerounaise est l'emprisonnement de trois mois à trois ans et l'amende de 100 000 à 1 000 000 de francs CFA, ou l'une de ces deux peines seulement pour toutes hypothèses d'irrégularités. Elle est toujours plus sévère que celle de la loi sénégalaise qui a retenu, dans son article 8, deux catégories de peines : une simple peine d'amende de 100 000 à 1 000 000 de francs CFA pour les six premières irrégularités, puis, l'emprisonnement d'un mois à un an et l'amende de 100 000 à 1 000 000 de francs pour ceux qui n'auront pas maintenu les actions de numéraire sous leur forme nominative jusqu'à leur entière libération.

28. C'est au moment de l'émission, au moment de la délivrance des titres aux intéressés qu'il faut se placer pour rechercher les auteurs responsables de l'infraction qui peuvent être les fondateurs, le président-directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint d'une société anonyme. En conséquence, les administrateurs qui étaient en fonction lorsque les irrégularités ont été commises ne peuvent pas être tenus pour auteurs du délit, s'ils n'étaient plus en fonction lorsque les titres ont été émis (*Cour de cassation française 28 févr. 1913 J. Soc. 1915. 161*). Cependant ces derniers pourraient être poursuivis comme complices (*Cour de cassation française 31 mai 1935, D. H. 1935. 398*). Il en est de même des souscripteurs fictifs, des directeurs d'agences, des démarcheurs ou des employés supérieurs, s'ils ont prêté un concours conscient aux auteurs de l'infraction (*Cour de cassation française 31 mai 1933, J. Soc. 1933. 529*).

La prescription est de trois ans au Cameroun comme au Sénégal. Elle commence à courir non point du jour où les irrégularités ont été commises, mais à partir du jour où les titres ont été émis puisque c'est à cette date que se consomme le délit.

29. Les victimes de l'infraction, c'est-à-dire la société elle-même ou un groupe d'actionnaires, peuvent respectivement exercer *ut universi* ou *ut singuli*, une action civile en réparation du préjudice causé (Voir supra, nos développements sous le thème des « infractions relatives à la formation du capital »). Il en est de même de tout tiers justifiant d'un intérêt. Il est cependant assez délicat de déterminer quel préjudice l'émission des actions d'une société irrégulière peut causer. Il est difficile de

concevoir que le fait de l'émission de titres irréguliers ait en lui-même pu causer un préjudice, si cette émission n'a pas été suivie d'autres opérations frauduleuses. On peut à peine affirmer que l'émission a mis les tiers en confiance et les a persuadés de la régularité des opérations constitutives, alors que si les titres n'avaient pas été créés, ils auraient pu avoir des doutes. Il y a préjudice plus grave lorsque l'irrégularité est susceptible d'entraîner la nullité de la société.

Mais si l'émission a été suivie d'opérations frauduleuses, et notamment des placements irréguliers de titres, la responsabilité des administrateurs qui ont autorisé les émissions, même de bonne foi, peut être particulièrement lourde. En effet, en raison de la connexité existant entre l'émission des titres et les agissements frauduleux qui ont suivi, les administrateurs responsables de l'émission des titres peuvent être solidairement tenus des réparations civiles afférentes aux délits qui ont suivi l'émission et auxquels ils sont demeurés étrangers, tel que le délit de négociation d'actions. Il en a été ainsi décidé dans l'affaire de la Holding commerciale de France (*Cass. 11 mars 1937, G.P. 1937, précitée*).

§2 - Délit de négociation d'actions

30. L'article 888 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales énumère les cas dans lesquels il y a délit de négociation d'actions. À la différence du délit d'émission d'actions, le délit de négociation d'actions ne concerne pas uniquement les dirigeants d'une société considérés en cette qualité. Il vise en général tout porteur ou négociateur d'actions, tous ceux qui ont sciemment participé à ces négociations irrégulières.

La constatation de la réalisation des éléments constitutifs du délit aboutit à l'application de la peine encourue.

A - Éléments constitutifs du délit de négociation

31. L'élément matériel du délit revêt plusieurs aspects tandis que l'élément moral est invariable.

I - Aspects matériels du délit de négociation d'actions

32. Tous ces aspects matériels ont un dénominateur commun : la négociation des actions. Cette négociation n'est répréhensible que si elle est faite en dehors des hypothèses prévues par l'Acte uniforme. Mais que veut dire « négociation » ? La loi n'a pas défini ce terme. La doctrine et la jurisprudence lui ont donné une interprétation large. Le terme négociation peut être défini comme étant tout mode de transmission en

usage dans le commerce (*J. LARGUIER et P. LE CONTE, Droit pénal des affaires, op. cit. n° 355 ; W. JEANDIDIER, Droit pénal des affaires, Précis Dalloz, op. cit., n° 253*), c'est-à-dire l'endossement pour les valeurs à ordre, le transfert pour les titres nominatifs, la remise matérielle pour les titres au porteur, et la vente de gré à gré (*Cour de cassation française, 25 oct. 1934, D.H. 1934, 574*).

D'après cette interprétation, seules les cessions civiles ne rentrent pas dans la définition du terme « négociation ». Il s'agit des cessions réalisées par donation, testament ou cession de créance d'après les formes prévues par l'article 1690 du Code civil. Contrairement à l'article 14 de la loi de 1867 qui a prévu six hypothèses dans lesquelles le délit est constitué, l'article 888 de l'Acte uniforme n'en a retenu que trois. La négociation est répréhensible lorsqu'elle porte sur des actions présentant les aspects suivants :

- les actions de numéraire (il convient ici de signaler que l'Acte uniforme a improprement utilisé le terme « nominatives » à la place de « numéraire ». La loi camerounaise a copié la même erreur. Mais la loi camerounaise n'a pas repris la même erreur dans l'article 11(2) relatif à l'augmentation du capital, et a bien précisé « les actions de numéraire qui sont restées sous la forme nominative jusqu'à leur entière libération ». Voir aussi Wilfrid JEANDIDIER, ouvrage précité, n° 253) qui ne sont pas demeurées sous la forme nominative jusqu'à leur entière libération ;
- les actions d'apport qui ont été détachées de la souche avant le délai prescrit par la loi, c'est-à-dire deux ans après la constitution définitive de la société ;
- les actions de numéraire pour lesquelles le versement du quart n'a pas été effectué.

Il s'agit d'une interdiction totale qui concerne toutes les actions, même si certaines sont individuellement libérées.

II - Élément moral du délit de négociation

33. La seule réunion des éléments de fait, en dehors de toute intention ne suffit pas à caractériser le délit. Si l'intention frauduleuse n'est pas toujours exigée, il faut que les circonstances de la cause laissent apparaître des négligences coupables à la charge de ceux qui participent à la négociation. Mais le tiers entièrement étranger qui participe aux négociations ne peut être pénalement responsable que dans l'hypothèse où il a été au courant des irrégularités.

B - Répression du délit de négociation d'actions

34. En application de l'article 888 de l'AUSCGIE, les législateurs camerounais et sénégalais ont affecté des peines à cette infraction. D'après l'article 6 de la loi camerounaise n° 2003/008 du 10 juillet 2003, le délit

de négociation d'actions est punissable de la même peine que celui d'émission d'actions, c'est-à-dire la peine d'emprisonnement de trois mois à trois ans et l'amende de 500 000 à 5 000 000 de francs CFA ou l'une de ces deux peines seulement.

La loi sénégalaise du 26 mars 1998 a prévu des peines moins sévères. Son article 3 punit le délit de négociation d'actions de la peine d'emprisonnement d'un à six mois et l'amende de 100 000 à 1 000 000 de francs CFA.

Les auteurs du délit sont non seulement les fon-

dateurs et les dirigeants de la société anonyme, mais aussi les titulaires ou porteurs d'actions, et toute autre personne qui aura, en connaissance de cause, participé aux négociations.

La prescription qui est de trois ans commence à courir au moment de la remise du titre. L'action civile peut être portée devant la juridiction répressive accessoirement à l'action publique.

Philippe KEUBOU

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

E

Émission d'actions 1, 9, 13, 19, 20, 24

I

Irrégularités 3, 4, 5, 12, 15, 16, 17,
18, 20, 22, 27, 28, 33

- Actions d'apport 6, 15, 17, 32
- Déclaration notariée 6, 9, 10,
12, 13
- Défaut de souscription 8, 9
- Émission de nouvelles actions
17
- Versement du capital 12

N

- Négociation d'actions 2, 29, 30, 32,
34
- Délit de négociation 29, 30, 31,
33, 34
- Élément matériel 7, 19, 31
- Élément moral 19, 31

INFRACTIONS RELATIVES AUX PROCÉDURES COLLECTIVES

D'APUREMENT DU PASSIF

Tables des matières

Introduction n° 1 à 2

A - Banqueroute n° 3 à 16

I - Conditions préalables n° 4 à 11

a - Qualité de l'agent n° 5 à 7

1 - Personnes physiques n° 6

2 - Personnes morales n° 7

b - Cessation de paiements n° 8 à 11

II - Éléments proprement constitutifs n° 12

a - Banqueroute simple n° 13 à 14

b - Banqueroute frauduleuse n° 15 à 16

B - Infractions connexes n° 27 à 28

I - Délits assimilés n° 18 à 24

a - Délits assimilés à la banqueroute simple n° 19 à 21

b - Délits assimilés à la banqueroute frauduleuse
n° 22 à 24

1 - Délits commis par les dirigeants n° 23

2 - Délits commis par les tiers n° 24

II - Autres infractions n° 25 à 28

a - Infractions commises par les parents ou par les
tuteurs

du débiteur n° 26

b - Infractions commises par le syndic n° 27

c - Infractions commises par les créanciers n° 28

Bibliographie

- GIOANNI (R). « La cessation des paiements dans l'infraction de banqueroute », D. 1994, chron. 53.
- POUGOUÉ (P.G.) et KALIEU (Y.R.), *L'Organisation des procédures collections d'apurement du passif OHADA*, PUA, coll. « Droit uniforme », 1999.
- SAWADOGO (M.F.), *OHADA. Droit des entreprises en difficultés*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit uniforme africain », 2002.

1. Certains actes du commerçant deviennent répréhensibles alors que ses affaires vont mal. Dans ce cas, il arrive souvent que, commerçant, cherchant à sauver son affaire, ce dernier se livre à des manœuvres qui, destinées à redresser la situation ou à retarder le moment où l'entreprise va tomber, vont le plus souvent aggraver les choses et sacrifier définitivement les intérêts déjà menacés des créanciers.

2. Parfois aussi, la faillite peut même, indépendamment de la fraude, constituer un danger, non seulement pour l'entreprise elle-même, pour les intérêts particuliers des créanciers et spécialement des salariés, mais aussi, selon l'importance et la nature de l'entreprise en difficultés financières, pour l'économie d'une région, voire du pays tout entier. C'est pourquoi le législateur a estimé nécessaire de prendre des mesures dont la violation est souvent pénalement sanctionnée.

Il s'agit de la banqueroute et des infractions assimilées.

A - Banqueroute

3. La banqueroute est souvent invoquée dans le cadre de la procédure de redressement ou de liquidation d'une société qui connaît des difficultés. Cette procédure comporte normalement des sanctions civiles à l'encontre de certaines personnes qui peuvent y être impliquées. Étant donné la nature de certains faits accomplis dans cette période et surtout la similitude existant entre ces faits et ceux souvent réprimés par les dispositions pénales de droit commun, la législation spéciale que constitue le droit pénal des affaires ne saurait se transformer en un lieu de dépénalisation des comportements dangereux. Bien plus, le recours aux lois pénales spéciales devrait contribuer à renforcer la répression. C'est cette idée qui a animé le législateur OHADA qui prévoit, sous l'incrimination de la banqueroute, de sanctionner certains comportements.

Ainsi, lorsqu'une société est en état de cessation des paiements, définie par l'article 25 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) comme la situation de la personne (commerçante) qui est dans l'impossibilité « de faire face à son passif exigible avec son actif disponible », toute personne physique qui se livre à certains actes incriminés est passible des peines de la banqueroute. Cette association de textes de nature civile et de textes pénaux doit nécessairement nous conduire à envisager l'existence de conditions préalables distinctes des éléments proprement constitutifs.

I - Conditions préalables

4. L'étude des conditions préalables de cette infraction conduit à traiter de la qualité des banqueroutiers et des circonstances dans lesquelles ces personnes agissent. De la sorte, on traitera de la qualité de l'agent et de l'ouverture d'une procédure collective ou plus exactement de l'existence d'une situation de cessation des paiements.

a - Qualité de l'agent

5. La détermination des banqueroutiers varie selon qu'on est en présence d'une personne physique commerçante ou d'une personne physique dirigeant une personne morale.

1 - Personnes physiques

6. Aux termes de l'article 227 de l'AUPCAP, la banqueroute s'applique « aux commerçants, personnes physiques et aux associés des sociétés commerciales qui ont la qualité de commerçants ».

Il résulte de cette disposition que le juge pénal ne peut condamner sans constater la qualité de commerçant du prévenu. Mais, peut-il l'apprécier ? la réponse négative semble l'emporter en droit français depuis la réforme de 1985. En effet, les poursuites pénales étant désormais subordonnées à l'ouverture d'une procédure judiciaire, le juge pénal sera pratiquement lié par l'appréciation faite au cours de cette procédure, car on imagine mal une contrariété de décisions sur cette question. Cette solution peut cependant ne plus s'imposer, étant donné l'autonomie de plus en plus affirmée du juge pénal. Sauf hypothèse formelle de questions préjudicielles au jugement, la juridiction pénale pourra toujours apprécier l'ensemble des éléments de l'infraction qui lui est soumise. Cette approche permet de dire qu'il pourrait arriver que la qualité de commerçant soit retenue par le juge répressif. Se fondant sur cette approche, la doctrine admet, en général, qu'une personne à qui les règles de sa profession interdisent l'exercice du commerce

(*incompatibilités des avocats, des fonctionnaires, etc.*) pourrait être déclarée banqueroutier si elle se livrait à ces actes de commerce au mépris de ces interdictions.

2 - Personnes morales

7. Contrairement à ce que cet intitulé tend à faire faire croire, il ne s'agit pas de retenir des personnes morales comme banqueroutières. Cette approche ne se conçoit d'ailleurs pas en droit OHADA qui n'a pas consacré la responsabilité pénale des personnes morales. Ce sont en réalité les dirigeants et représentants sociaux qui peuvent commettre cette infraction. À cet effet, l'article 230 de l'AUPCAP vise les « personnes physiques dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives et les personnes physiques représentantes permanentes de personnes morales dirigeantes de personnes morales ». Dès lors, il n'est pas nécessaire que la personne morale soit elle-même commerçante, le seul exercice d'une activité économique suffit. En outre, la personne morale peut ne pas être une société car le texte s'applique également aux GIE,

L'article 230 précise aussi qu'il peut s'agir de dirigeants de droit ou de fait ou plus généralement « de toute personne ayant directement ou par personne interposée, administré, géré ou liquidé la personne morale sous le couvert ou aux lieux et places de ses représentants légaux ».

b - Cessation des paiements

8. La cessation des paiements qui est la deuxième condition préalable de l'infraction signifie « l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible ». Le délit de banqueroute suppose, selon les articles 228 et 229 de l'AUPCAP, un état de cessation des paiements. Il n'est donc pas nécessaire que cet état soit constaté par une juridiction commerciale ou civile. Les tribunaux répressifs sont donc amenés à apprécier dans chaque cas l'existence même et le moment de la cessation des paiements. Le législateur OHADA a ainsi pris ses distances avec le législateur français qui l'a pourtant inspiré pour retenir une conception plus large que celle retenue en droit français où le délit de banqueroute suppose l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation, c'est-à-dire qu'il faut certes la cessation des paiements, mais celle-ci doit être constatée par le tribunal compétent. Avec les formules du législateur OHADA, la cessation des paiements pourra être retenue de manière plus souple.

9. En bref, avec l'AUPCAP, c'est la cessation des paiements qui constitue une condition de la banqueroute, alors qu'en France, c'est le jugement constatant cette cessation, ce qui constitue une solution soutenable, car permettant aux victimes d'intervenir à temps. L'on

notera que même en France, la délicate solution choisie par la loi de 1985 s'impose de moins en moins. De plus en plus, le juge pénal s'impose pour décider de l'existence d'un état de cessation des paiements sans plus attendre la position des juridictions normalement compétentes (voir P. GIOANNI « La cessation des paiements dans l'infraction de banqueroute », *D. 1994, chron. 53*).

10. Force est en effet de constater que, très vite, la chambre criminelle a repris sa liberté d'appréciation antérieure. Certes, elle impose au juge du fond l'obligation de fixer une date de cessation des paiements pour déclarer constitué le délit de banqueroute. Mais, elle reconnaît au juge répressif le pouvoir de retenir « en tenant compte des éléments soumis » son appréciation, une date de cessation des paiements autre que celle déjà fixée par la juridiction consulaire » (*Cass. crim. 18 novembre 1991, Bull. crim. n°415, 2 arrêts; Gaz. Pal. 1992.2.515, 1^{er} arrêt, note P.P. Marchi*). Cette solution a été depuis lors confirmée à maintes reprises et autorise le juge à apprécier des actes commis antérieurement à la date fixée par la juridiction consulaire dans le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires (*Cass. crim. 10 mai 1993, Bull. crim. n° 168-21 juin 1993, Bull. n° 217*).

11. Il n'en demeure pas moins que le juge doit impérativement fixer la date de cessation des paiements pour retenir la qualification de banqueroute et la Cour de cassation n'hésite pas à censurer les décisions de condamnation insuffisamment motivées (*sur ce point, Cass. crim. 18 mai 1992, C.G., pourvoi n° 91-80-260*). En effet, si la société concernée est encore in bonis, les mêmes actes matériels de détournement d'actif ou d'aggravation du passif ne constituent pas le délit de banqueroute, mais celui d'abus de biens sociaux (*Cass. crim. 23 juillet 1996, AP, pourvoi n° p. 95 85-331*).

II - Éléments proprement constitutifs

12. Les éléments constitutifs de la banqueroute sont fonction du type de banqueroute retenu.

Le critère de distinction des types de banqueroute retenu par le législateur OHADA est la gravité de la faute commise par la personne poursuivie. Se fondant sur ce critère, le législateur OHADA, rompant ainsi avec le système français, a pu distinguer de façon classique la banqueroute simple de la banqueroute frauduleuse.

a - Banqueroute simple

13. La banqueroute simple est applicable à toute personne physique en état de cessation des paiements qui se trouve dans un des cas suivants prévus par l'article 228 de AUPCAP :

1°. Le commerçant a contracté sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop importants eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés.

2°. Le commerçant, dans l'intention de retarder la constatation de sa cessation des paiements a fait des achats en vu d'une revente au-dessus du cours ou, si dans la même intention, a employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds.

3°. Le commerçant, sans excuse légitime ne fait pas au greffe du tribunal compétent la déclaration de son état de cessation des paiements dans le délai de 30 jours.

4°. La comptabilité est incomplète ou irrégulièrement tenue ou non conforme aux règles comptables et aux usages reconnus de la profession eu égard à l'importance de l'entreprise

5°. Le commerçant a été déclaré deux fois en état de cessation de paiement dans un délai de 5 ans, cette procédure étant à chaque fois clôturée pour insuffisance d'actif.

14. On peut relever que par rapport aux anciennes dispositions du code de commerce en la matière, l'AUPCAP, n'introduit plus de distinction entre la banqueroute simple obligatoire et la banqueroute simple facultative. La banqueroute simple est obligatoire dans tous les cas et le pouvoir du tribunal ne porte ici que sur la constatation des faits.

Le délit n'implique pas une fraude du débiteur, il suffit qu'il y ait eu faute relevée indépendamment des constatations relatives ou acte matériel reproché aux commerçants.

b - Banqueroute frauduleuse

15. Les cas de banqueroute frauduleuse sont plus nombreux et sont souvent évoqués en cas de détournement de tout ou partie de l'actif et l'augmentation frauduleuse du passif.

Suivant l'énumération faite à l'article 229 de l'AUPCAP qui énumère en quelque sorte les éléments matériels de cette infraction, la banqueroute frauduleuse pourra viser :

1°. Le commerçant qui a soustrait sa comptabilité

2°. Le commerçant qui a détourné ou dissimulé tout ou partie de son actif

3°. Le commerçant qui s'est frauduleusement reconnu débiteur des sommes qu'il ne devait pas soit dans ses écritures soit par des actes publics ou des engagements sous seing privé, soit dans son bilan.

4°. Le commerçant qui a exercé la profession commerciale contrairement à une interdiction prévue par des actes uniformes ou par la loi de chaque État partie.

5°. Le commerçant qui, après la cessation des paiements, a payé un créancier du préjudice de la masse.

6°. Le commerçant qui a stipulé avec un créancier des avantages particuliers à raison de son vote dans

les délibérations de la masse, ou qui a fait avec un créancier un traité particulier duquel résulterait pour ce dernier un avantage à la charge de l'actif du débiteur, à partir du jour de la décision d'ouverture.

7°. Le commerçant qui a, de mauvaise foi, à l'occasion d'une procédure de règlement préventif, présenté ou fait présenter un compte de résultat ou un bilan ou un état de créances et des dettes ou un état actif et passif des privilèges et sûretés inexact ou incomplet.

8°. Le commerçant qui a, sans autorisation du président du tribunal compétent et à l'occasion d'une procédure de règlement préventif :

- Payé, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision de suspension de poursuite individuelle et visées par celles-ci.
- Fait un acte de dispositions étranger à l'exploitation normale de l'entreprise ou consenti une sûreté ;
- Désintéressé les cautions qui ont acquitté les créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles.

16. La banqueroute frauduleuse suppose également un élément intentionnel. Cet élément sera caractérisé dès lors qu'étant en cessation des paiements, le débiteur a eu conscience de porter préjudice à ses créanciers en posant l'acte prohibé par la loi, même s'il a agi sans intention de nuire.

B - Infractions connexes

17. L'AUPCAP a prévu à côté de la banqueroute, d'autres séries d'infractions qui sont connexes à celle-ci. C'est ainsi que les articles 230 à 239 traitent des infractions assimilées aux banqueroutes alors que les articles 240 à 246 visent les autres infractions. Dans cette deuxième catégorie, on retrouve des infractions commises par des tiers ou des parents du débiteur et qui sont punies des mêmes peines que la banqueroute frauduleuse. Ce qui semble signifier que ces infractions sont également assimilées, comme celles qui les précèdent, à la banqueroute. Par contre, les autres infractions peuvent être punies de peines différentes, car la loi renvoie seulement aux peines en vigueur dans chaque État partie.

I - Délits assimilés

18. Ces infractions peuvent être commises par les dirigeants sociaux, mais également par des tiers ou des parents du débiteur. Mais l'AUPCAP distingue les infractions assimilées à la banqueroute simple et celles qui *sont* assimilées à la banqueroute frauduleuse.

a - Délits assimilés à la banqueroute simple

19. L'assimilation résulte ici du renvoi aux peines applicables aux banqueroutiers. Ces délits sont le fait des dirigeants des sociétés soumises aux procédures collectives. Il s'agit de tout dirigeant de fait ou de droit qui a administré, géré ou liquidé la personne morale (art. 230 AUPCAP). Ces délits sont de deux catégories.

20. La première requiert, bien qu'on soit dans le cadre de la banqueroute simple, la mauvaise foi de ceux qui auront :

- consommé des sommes appartenant à la personne normale en faisant des opérations de pur hasard ou des opérations fictives ;
- dans l'intention de retarder la constatation et la cessation des paiements de la personne normale, fait des achats en vue d'une revente au-dessus du coût ou, dans la même intention, employé, des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;
- après cessation des paiements de la personne, payé ou faire payer un créancier au préjudice de la masse ;
- fait contracter par la personne morale, pour le compte d'autrui, sans qu'elle reçoive des valeurs en échange, des engagements jugés trop importants eu égard à sa situation lorsque ceux-ci ont été contractés ;
- tenu ou fait tenir ou laisser tenir irrégulièrement ou incomplètement la comptabilité de la personne morale dans les conditions prévues par l'article 228-4° ci-dessus ; ou omis de faire au greffe du tribunal compétent, dans le délai de 30 jours, la déclaration de l'état de cessation des paiements de la personne morale ;
- en vue de soustraire tout ou partie de leur patrimoine aux poursuites de la personne morale en état de cessation des paiements ou à celles des associés de la personne normale, détourné ou dissimulé, tenté de détourner ou de dissimuler une partie de leurs biens ou qui se sont frauduleusement reconnus débiteurs des sommes qu'ils ne devaient.

L'article 232 du même acte n'ajoute que « dans les personnes morales comportant des associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes de celles-ci, les représentants légaux ou de faits sont coupables de banqueroute simple si, sans excuses légitimes, ils ne font pas au greffe du tribunal compétent dans le délai de 30 jours, la déclaration de leur état de cessation des paiements ou si cette déclaration ne comporte pas la liste des associés solidaires avec l'indication de leurs noms et domiciles ».

21. Quant à la deuxième catégorie, elle reprend l'absence de déclaration de l'état de cessation des paiements ou l'omission de joindre à la déclaration la liste des associés avec l'indication de leurs noms et domicile, dans le cas des sociétés comportant des associés indéfiniment et solidairement responsables de dettes de celles-ci.

b - Délits assimilés à la banqueroute frauduleuse

22. Ces délits peuvent être le fait de deux catégories de personnes en relation directe ou indirecte avec la société en difficultés : les dirigeants, les tiers.

1 - Délits commis par les dirigeants

23. L'article 233 de l'AUPCAP reprend exactement pour le compte des dirigeants les faits incriminés prévus à l'article 229, qui visent toute personne à l'exception du paiement à un créancier, au préjudice de la masse. Ce sont donc les mêmes cas de banqueroute frauduleuse qui sont repris comme des délits assimilés lorsqu'ils sont commis par des dirigeants.

La doctrine affirme que l'intérêt d'une telle distinction n'est pas très perceptible car une condition préalable à la banqueroute est la qualité de dirigeant d'une personne morale. Les articles 234 et suivants réglementent la poursuite des infractions de banqueroute et de délits assimilés. Ce qui les distingue des autres infractions auxquelles appartiennent celles commises par les tiers et les parents du débiteur qui pourtant semblent être assimilés, elles aussi à la banqueroute frauduleuse.

2 - Délits commis par les tiers

24. L'article 240 AUPCAP punit des peines de la banqueroute frauduleuse les personnes qui interviennent dans la gestion de la société en difficultés à un titre indéterminé : les tiers. Il s'agit en fait de toute personne accomplissant l'un des trois actes incriminés à l'article 240. Il s'agit du recel des biens du débiteur et de la supposition de créances.

En effet, le législateur sanctionne « les personnes convaincues d'avoir, dans l'intérêt du débiteur, soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles ». Ce qui n'empêche toutefois pas d'autres sanctions pénales car l'article précise : « Le tout sans préjudice des dispositions pénales relatives à la complicité. Autrement dit, il n'est pas exclu que, mettant de côté le principe de la spécialité, l'on en vienne à retenir le principe de la plus haute expression pénale.

L'article 240 incrimine la supposition de créances. Celle-ci résulte du fait des personnes convaincues d'avoir frauduleusement produit dans la procédure collective des créances supposées, quelle qu'en soit la manière : soit en leur nom, soit par l'interposition ou supposition de personne. Cette infraction ne constitue pas un cas de complicité. Il n'est pas nécessaire que le coupable ait agi dans l'intérêt du débiteur, encore moins qu'il ait agi en accord avec ce dernier.

II - Autres infractions

25. Les articles 241 et suivants prévoient des infractions dont le cadre est, certes la société assujettie aux procédures collectives mais qui se distinguent de la banqueroute. Elles relèvent plutôt du droit pénal en vigueur dans chaque État partie. Malgré leur diversité, elles sont commises soit par les parents ou par le conjoint du débiteur, soit par le syndic, soit par les créanciers.

a - Infractions commises par les parents ou par le conjoint du débiteur

26. L'article 241 AUPCAP incrimine le fait du conjoint, ou des ascendants, descendants, collatéraux, alliés du débiteur qui auraient détourné, diverti ou recélé des effets dépendant de l'actif de celui-ci lorsqu'il est soumis à une procédure collective. Mais les auteurs de tels actes ne doivent pas être de connivence avec le débiteur car l'article précise : « à l'insu du débiteur ». S'ils avaient agi de concert avec le débiteur, celui-ci serait coupable de banqueroute et eux, de complicité.

Dans ce cas, comme dans celui des infractions commises par des tiers, et même s'il y a relaxe des prévenus, l'article 242 AUPCAP précise que la juridiction statue sur les dommages-intérêts et sur la réintégration dans le patrimoine du débiteur, des biens, droits ou actions soustraits.

b - Infractions commises par le syndic

27. L'article 243 de l'AUPC incrimine le fait pour tout syndic d'exercer une activité professionnelle sous le couvert de l'entreprise du débiteur masquant ses agissements, de disposer du crédit ou des biens du débiteur comme des siens propres, de dissiper les biens de celui-ci.

En plus, est sanctionné, le syndic qui poursuit abusivement et de mauvaise foi, soit directement, soit indirectement, une exploitation déficitaire de l'entreprise du débiteur, ou qui se rend acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, des biens du débiteur

c - Infractions commises par les créanciers

28. L'article 244 AUPCAP sanctionne d'abord le créancier qui, après la cessation des paiements de son débiteur, aura stipulé avec lui ou avec toute autre personne, des avantages particuliers, ensuite qui aura fait un traité particulier qui met à la charge de l'actif du débiteur un avantage.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

B

Banqueroute 2, 3, 6, 8, 10, 11, 12,
13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 23, 24,
25, 26
Banqueroute frauduleuse 12, 15, 16,
17, 18, 23, 24
Banqueroute simple 12, 13, 14, 18, 20

C

Cessation de paiements 13
Complicité 24, 26
Créancier 1, 2, 15, 16, 20, 23, 25, 28

D

Débiteur 14, 15, 16, 17, 18, 20, 23,
24, 25, 26, 27, 28
Décision d'ouverture 15
Dommages-intérêts 26

I

Interdiction 1, 15

M

Masse 15, 20, 23

R

Réintégration 26

S

Supposition de créances 24

T

Tiers 17, 18, 22, 23, 24, 26

INJONCTIONS DE PAYER, DE DÉLIVRER OU DE RESTITUER

Table des matières

Introduction n° 1-10

Section 1 - **Éloignement des deux procédures** n° 11-49

§1 - Conditions d'application de l'injonction de payer n° 12-41

A - Créance de nature contractuelle n° 14-35

I - Créance certaine n° 15

a - Notion n° 15

b - Cause contractuelle n° 16-17

c - Créances délictuelles n° 18

d - Créances quasi contractuelles n° 19-21

e - Nature du contrat n° 22-23

f - Preuve de la créance n° 24-27

II - Créance liquide n° 28

a - Notion n° 28-30

b - Applications n° 31

1 - Honoraires n° 31

2 - Caution n° 32

c - Montant de la créance n° 33

III - Créance exigible n° 34-35

B - Créance constatée dans un titre n° 36

I - Warrant n° 37

II - Chèque n° 38-40

C - Utilisation de la procédure en marge des conditions légales n° 41

§2 - Conditions d'application de la procédure simplifiée tendant à la délivrance ou à la restitution d'un bien meuble déterminé n° 42-49

A - Titulaire de l'action n° 43

B - Obligation de délivrance et de restitution n° 44

I - Obligation de délivrance n° 44-46

II - Obligation de restitution n° 47-49

Section 2 - **Parallélisme affiché des deux procédures** n° 50-294

§1 - Débiteur poursuivi n° 50-56

A - Localisation du débiteur n° 51-55

B - Débiteur sain n° 56

§2 - Requête n° 57-84

A - Jurisdiction compétente n° 57

I - Compétence d'attribution (rationae materiae) n° 57-60

II - Compétence territoriale (rationae loci) n° 61-64

III - Caractère d'ordre non public n° 65

IV - Règlement des incidents de compétence n° 66

B - Contenu de la requête n° 67-74

I - Désignation des parties n° 68-70

II - Détermination de l'objet de la demande n° 71-73

III - Élection de domicile n° 74

C - Présentation de la requête n° 75

I - Forme de la demande n° 76-77

II - Mise en demeure préalable n° 78

III - Représentation n° 79

IV - Pièces justificatives n° 80-83

V - Effets sur la prescription n° 84

§3 - Ordonnance portant injonction n° 85-194

A - Instruction de la requête n° 86

B - Décision du président de la juridiction n° 87-101

I - Motivation de la décision n° 87

II - Options offertes au magistrat n° 88

a - Rejet de la requête n° 89-93

b - Admission de la requête n° 94

1 - Acceptation totale n° 95

2 - Acceptation partielle n° 96-100

c - Conservation de l'ordonnance et de la requête n° 101

C - Suites de l'ordonnance n° 102

I - Signification de l'ordonnance n° 102

a - Généralités n° 102

b - Importance de la signification n° 103-104

c - Forme et contenu de la signification n° 105

1 - Ministère d'huissier n° 105-107

2 - Objet de la signification n° 108

3 - Mentions obligatoires n° 109-114

4 - Modalités de signification n° 115

5 - Effet de la signification n° 116-117

6 - Nullité de l'acte de signification n° 118-119

II - Options du débiteur n° 120

a - Exécution spontanée n° 121

b - Silence du débiteur n° 122

1- Nécessité d'une demande n° 123-125

2 - Forme de la demande n° 126

3 - Délai n° 127

4 - Demande à l'avance n° 128-131

5 - Effets de l'ordonnance devenue exécutoire n° 132-135

6 - Restitution des copies certifiées des documents produits n° 136

7 - Voies de recours ouvertes contre l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire n° 137-138

7.1 - Appel n° 139

7.2 - Pourvoi en cassation n° 140-147

7.3 - Tierce opposition n° 148

c - Opposition du débiteur n° 149

1 - Importance et nature de l'opposition n° 149

1.1 - Importance de l'opposition n° 149

1.2 - Nature de l'opposition n° 150-153

1.3 - Effets de l'opposition n° 154-156

2 - Recevabilité de l'opposition n° 157

2.1 - Qualité de l'opposant n° 157

2.2 - Jurisdiction compétente n° 158

2.3 - Acte d'opposition n° 159-162

2.4 - Destinataire de l'opposition n° 163-165

2.5 - Délai d'opposition n° 166-175

- 3 - Procédure après opposition n° 176
 - 3.1 - Conciliation n° 177
 - 3.1.1 - Essai de conciliation des parties n° 178-181
 - 3.1.2 - Constatation de la conciliation n° 182-187
 - 3.2 - Jugement proprement dit n° 188-193
 - 3.3 - Voies de recours n° 194

Conclusion n° 195-200

Bibliographie

- ASSI-ESSO (A.-M.), « Commentaire sous Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », Livre vert,
- ASSOGBAVI KOMLAN (J.), « La nouvelle procédure d'injonction de payer dans l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », *Juridis Périodique*, n° 40, octobre-novembre-décembre 1999 ; p. 95 et s.
- POUGOUÉ (P.G.), « Commentaires sous loi n° 89/021 du 29 décembre 1989, fixant une procédure simplifiée de recouvrement des créances », *Juridis Info*, n° 3 spécial [juillet-août-septembre 1990], p. 37 et s.

Introduction

1. Le Livre premier de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution intitulé « procédures simplifiées de recouvrement » comporte deux titres : un titre 1^{er} dénommé « *injonction de payer* » et un titre 2 intitulé « *procédure simplifiée tendant à la délivrance ou à la restitution d'un bien meuble déterminé* ». On s'interroge sur l'intérêt que le législateur OHADA avait à ne pas tout simplement baptiser ce titre 2 « *injonction de délivrer ou de restituer* » puisque, d'après les articles 19 à 27 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE), c'est ce qu'institue ce titre 2. L'interrogation est d'autant plus fondée que les deux formes d'injonction ont la même articulation, soit par rédaction similaire des articles des institutions (*dépôt de la requête, décision du juge, signification, opposition, etc.*), soit par renvoi dans la seconde procédure aux dispositions de la première (*ainsi de l'opposition dans l'injonction de délivrer ou de restituer pour laquelle l'article 26 renvoie aux articles 9 à 15, de même pour l'apposition de la formule exécutoire pour laquelle l'article 27 renvoie aux articles 17 et 18*).

2. L'injonction de payer est une procédure qui permet à un créancier dont la créance porte sur une somme d'argent, d'obtenir la délivrance d'un titre exécutoire, rapidement, de façon non contradictoire et avec un minimum de frais. En effet, dépourvu de titre exécutoire, un créancier risque de se heurter à la mauvaise foi de son débiteur : en demeurant sourd aux sollicitations de son créancier, en ne répondant à aucune lettre simple ou recommandée dans l'espoir que son créancier renonce à poursuivre l'obtention d'un titre exécutoire selon les voies du droit commun, dans la mesure où il en résulterait des lenteurs et des frais disproportionnés au montant de la créance. De là, l'opportunité de la procédure d'injonction de payer qui autorise le juge à enjoindre au débiteur d'avoir à exécuter son obliga-

tion dans un certain délai à peine de voir - à défaut de réaction - un titre exécutoire délivré contre lui.

3. En France, la procédure d'injonction de payer a été instituée par le décret-loi du 25 août 1937 (*DP 1937.4.244*), modifié par le décret-loi du 14 juin 1938 (*DP 1938.4.314*), sous le nom de « procédure simplifiée pour le recouvrement des petites créances commerciales », à la demande des chambres de commerce qui dénonçaient comme préjudiciable au crédit l'absence d'une procédure de recouvrement simplifiée et qui réclamaient l'introduction en France d'une procédure simple et rapide. À l'origine, le domaine d'application de cette procédure était limité. Seules pouvaient être recouvrées au moyen de la procédure d'injonction de payer les créances commerciales, dont le montant modique pouvait faire craindre que les frais d'un procès ordinaire ne fussent hors de proportion avec la somme à recouvrer. Fixé à la somme de 1 500 anciens francs par le décret-loi du 25 août 1937, le montant des créances commerciales susceptibles de recouvrement au moyen de la procédure d'injonction de payer fut successivement porté à la somme de 6 000 anciens francs par la loi du 6 août 1941 (*DA 1941.422*), puis à la somme de 60 000 anciens francs par la loi n° 51-686 du 24 mai 1951 (*D. 1951.250*), enfin à la somme de 250 000 anciens francs par le décret n° 53-965 du 30 septembre 1953 (*D. 1953.400*), lequel supprima toute limitation de somme lorsque l'engagement résultait d'un effet de commerce accepté ou d'un billet à ordre.

Le décret du 25 août 1937 sera rendu applicable aux États d'Afrique sous tutelle de la France, au Cameroun (Décret du 18 septembre 1954) et au Togo. Mais après les indépendances, chaque pays adoptera une législation propre en matière. Au Cameroun le texte le plus récent la loi n° 89/021 du 29 décembre 1989 fixant une procédure simplifiée de recouvrement des créances (*commentaires P.G. Pougoué, Juridis Info n° 3 spécial [juillet-août-septembre 1990] p. 37 et s.*). Avec l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution,

les pays membres de l'OHADA disposent désormais d'une même législation pour ce qui est de la procédure d'injonction de payer.

4. La procédure d'injonction de payer représente la solution adaptée à un besoin constant des usagers du droit : comment contraindre son cocontractant à s'exécuter ? Comment le contraindre, dans la majorité des cas, à régler sa dette ? La réponse passe fatalement par l'obtention d'un titre exécutoire. En effet, pour vaincre la carence de son débiteur, le créancier a besoin d'un titre exécutoire qui lui permette d'engager la procédure d'exécution forcée. Or, sauf si le débiteur consent à s'engager devant le notaire, le créancier devra obtenir une grosse du jugement de condamnation qui constitue un titre exécutoire. Mais l'obtention d'un jugement de condamnation implique la mise en œuvre de procédures judiciaires souvent complexes, la plupart de temps incompréhensibles pour le non initié, et génératrices, par conséquent, des coûts importants.

Cette procédure permet au requérant d'obtenir le titre exécutoire sans la lourdeur et le coût d'une comparution devant une juridiction (*procédure écrite, unilatérale, diligentée par simple requête*). Tout au plus, le requérant est-il soumis au délai de réponse des magistrats en charge d'instruire les dossiers présentés. Elle vise, en rendant une décision en faveur du créancier, à forcer l'autre partie, par inversion du contentieux, à se découvrir, à se reconnaître débiteur. En effet, selon la procédure décrite dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, le créancier forme une requête en injonction de payer. Après avoir examiné l'apparent bien-fondé de la requête, le président de la juridiction compétente rend une décision portant injonction de payer. Si l'ordonnance lui est favorable, le créancier dispose d'un délai de trois mois pour la signifier au débiteur. Ce dernier a alors lui-même un délai de quinze jours, à compter de la signification, pour contester l'ordonnance, en formant opposition. Mais en l'absence d'opposition, la décision pourra être revêtue de la formule exécutoire, à la demande du créancier. Ainsi, dès le début de la procédure d'injonction « le créancier se trouve placé en quelque sorte dans une position de force qui a pour effet d'obliger le prétendu débiteur à sortir de son mutisme », de telle manière que « le silence cesse d'être le refuge du mauvais payeur pour devenir la providence du créancier » (R. Perrot, *obs. sous Civ. 2^e, 13 octobre 1976, RTD civ. 1977. 197*). La procédure revêt ainsi un « caractère provocatoire » (G. Cornu, et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 1996, n° 190) et « comminatoire » (S. Amrani-Mekki, *le temps et le procès civil, préf. L. Cadiet, Dalloz Coll. « Nouvelle Bibl. de thèses », 2002, p. 500*), en concordance avec l'origine du mot « injonction », qui dérive du latin *injungere* (« infliger, imposer »), dont la racine est commune avec le mot « jugum », le joug (A. Rey (*dir.*), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, V. « injonction »).

5. La procédure simplifiée tendant à la délivrance ou à la restitution d'un bien meuble déterminé semble spécifique à l'espace OHADA. À notre connaissance, aucun autre système ne la connaît sous la forme instituée par l'Acte uniforme. De fait, la France connaît la procédure d'injonction de faire introduite dans son droit par le décret n° 88-209 du 4 mars 1988. Ce texte a modifié le titre IV du livre III du nouveau code de procédure civile, désormais intitulé « Les procédures d'injonction », et dont les articles 1425-1 à 1425-9 régissent la procédure d'injonction de faire.

Les dispositions de l'article 1142 du code civil, selon lesquelles « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », ont été traditionnellement interprétées comme empêchant que le débiteur récalcitrant d'une obligation de faire ou de ne pas faire puisse être contraint à s'exécuter : seuls des dommages et intérêts pourraient sanctionner son inexécution. Mais ce principe s'est très rapidement vu limité et des exceptions de plus en plus nombreuses lui ont été portées.

En droit français, le temps est désormais loin où l'article 1142 du code civil pouvait encore être invoqué pour critiquer l'« injonction de faire ». D'ailleurs, l'appellation d'injonction de faire a été retenue pour désigner de nouvelles procédures en d'autres matières. L'injonction de faire a, notamment, vu son champ d'application s'étendre en droit des affaires, où son avènement s'illustre tout aussi bien par la diversification des cas d'injonction que par leur importance. Certes, l'injonction de faire bénéficiait là de précédents considérables. La loi française n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales prévoyait déjà l'ordre du juge sous astreinte de régulariser la constitution défectueuse d'une société et, avec le décret n° 67-236 du 23 mars 1967, de communiquer sous astreinte les documents prévus à l'actionnaire. L'injonction trouvait aussi à s'appliquer en matière de moyens de paiement - comme l'interdiction d'émettre d'autres chèques que ceux permettant exclusivement le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré, ou de chèques certifiés (*injonction des art. 8 et 16 de la loi n° 72-10 du 3 janv. 1972, relative à la prévention et à la répression des infractions en matière de chèques et encore plus largement, pour les injonctions des autorités administratives indépendantes (V. N. DECOOPMAN, Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes [JCP 1987. I. 3303])*).

Mais c'est à partir des années 2000 que l'injonction connaît un essor véritable en droit français. Celui-ci se manifeste, notamment, à travers la codification de l'injonction en tant que telle dans le code de commerce et le code monétaire et financier. Depuis lors, le code de commerce français prévoit l'injonction de déposer des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés à son article L. 123-5, de communiquer à son article L. 238-1, d'informer à l'article L. 238-2, de faire figurer des mentions obligatoires sur les actes et

documents sociétaires à son article L. 238-3, d'établir un procès-verbal de réunion à ses articles L. 238-4 et L. 238-5. Le code civil français prévoit dans son article 1843-3 l'injonction d'appeler le capital souscrit et non libéré. Pareillement, il est désormais prévu par l'article L. 163-6 l'injonction adressée par le tribunal à la personne condamnée pour infraction à la législation sur les chèques de restituer au banquier qui les avait délivrés les formules en sa possession ou en celle de ses mandataires. Enfin, les articles L. 430-5, L. 430-6, L. 442-6, III, L. 462-5, L. 462-6, L. 464-1 et L. 464-2, I du code de commerce français envisagent les injonctions susceptibles de répondre à des pratiques anticoncurrentielles, ententes illégales, exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, refus de vente ou de prestation de services, pratiques discriminatoires et concentrations. L'intérêt pour les injonctions en ces matières ne semble pas encore devoir s'essouffler, comme l'illustre, par exemple, la loi française n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, qui a introduit un nouvel article L. 611-2, II du code de commerce rédigé en ces termes : « Lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le président du tribunal peut leur adresser une injonction de le faire à brefs délais sous astreinte ».

Il ne faut pas non plus ignorer le pouvoir d'injonction que l'article 197 du Règlement n° 02/03-CEMAC-UMAC-CM du 4 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement donne au tiré qui n'a pas payé un chèque faute de provision suffisante, d'enjoindre le titulaire du compte, par lettre recommandée avec accusé de réception ou tout moyen laissant trace, d'une part de restituer à tous les établissements assujettis (établissements de crédit, services des chèques postaux, Trésor public, BEAC, autres établissements agréés qui émettent des moyens de paiement) dont il est le client les formules de chèque ainsi que les cartes de paiement en sa possession et en celle de ses mandataires, d'autre part, de ne plus émettre de chèques et de ne plus utiliser les cartes de paiement.

Avec ce renouveau des injonctions de faire, l'article 51 du décret français n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, permet de mentionner dans la requête les dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution de l'injonction. Malgré toute cette évolution, on doit retenir que les conditions d'application de l'injonction de faire comme sa procédure demeurent régies par les textes issus du décret du 4 mars 1988.

La place de l'injonction dans le droit aujourd'hui tend à montrer l'existence et le développement d'une technique d'exécution originale. L'injonction poursuit une finalité spécifique. Elle n'est pas seulement un commandement. Elle impose une charge, une obligation de faire ou de ne pas faire à une personne, contraignant celle-ci à accomplir une action qu'elle n'a pas faite et,

dans certains cas, qu'elle ne voulait pas faire. Son but est d'assurer l'exécution d'une norme.

6. À l'injonction de faire, le législateur OHADA a préféré l'injonction de délivrer ou de restituer : « *Celui qui se prétend créancier d'une obligation de délivrance ou de restitution d'un bien meuble corporel déterminé* ». En d'autres termes alors que dans le droit français l'injonction de faire constitue une exception à l'article 1142 du Code civil, le législateur OHADA fait de sa procédure un mécanisme de mise en œuvre de l'une des obligations principales qui pèse sur le vendeur, à savoir celle de délivrer (articles 1603 du Code Civil, 219 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général). Elle n'est que l'une des composantes de l'autre obligation principale du vendeur à savoir la restitution suite à l'action réhibitoire (articles 1644 du Code Civil, 270 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général).

Plus précisément, l'article 218 de l'AUPSRVE autorise l'appréhension en vertu d'un titre exécutoire :

« *Les biens meubles corporels qui doivent être délivrés ou restitués ne peuvent être appréhendés qu'en vertu d'un titre exécutoire constitué, le cas échéant, d'une injonction de la juridiction compétente devenue exécutoire* ».

L'article 219 de l'AUPSRVE ajoute que :

« *Un commandement de délivrer ou de restituer est signifié à la personne tenue de la remise. Ce commandement contient à peine de nullité :*

1) *la mention du titre exécutoire en vertu duquel la remise est exigée ainsi que les noms, prénoms et adresses du créancier et du débiteur de la remise de la chose et, s'il s'agit d'une personne morale, ses forme, dénomination et siège social ;*

2) *l'indication que la personne tenue de la remise peut, dans un délai de huit jours, transporter à ses frais le bien désigné en un lieu et dans les conditions indiqués ;*

3) *l'avertissement qu'à défaut de remise dans ce délai, le bien pourra être appréhendé à ses frais ;*

4) *l'indication que les contestations pourront être portées devant la juridiction du domicile ou du lieu où demeure le destinataire de l'acte ;*

5) *élection de domicile dans le ressort territorial juridictionnel où s'effectue la saisie si le créancier n'y demeure pas ; il peut être fait, à ce domicile élu, toute signification ou offre* ».

On peut donc légitimement penser que c'est l'obtention du titre exécutoire visé aux articles 218 et 219 de l'AUPSRVE qui peut être recherchée par la procédure simplifiée tendant à la délivrance ou à la restitution d'un bien meuble déterminé, régie par les articles 19 et suivants de l'AUPSRVE.

C'est ici le lieu de faire le rapprochement entre cette procédure et l'injonction de faire. L'injonction de faire est née du besoin de régler de façon rapide et simple les petits litiges du droit de la consommation où le professionnel est tenu à l'égard du consommateur à une obligation de faire. Elle vise, autrement dit, à par-

venir rapidement et simplement à ce que le créancier soit satisfait par la livraison sans retard de la chose vendue, par la fourniture des travaux, par l'exécution de la prestation de services objets du contrat.

7. Il est difficile à l'heure actuelle, d'avancer le nombre de requêtes déposées, et parmi elles, celles acceptées en tout ou partie et celles rejetées. En effet, le registre prévu à l'article 18 de l'AUPSRVE qui doit être spécifique aux procédures simplifiées, n'existe pas auprès des juridictions auprès desquelles les recherches ont été faites pour les besoins des présentes recherches. Afin de montrer l'importance de ce registre, il est utile de reproduire le texte de l'article 18 de l'AUPSRVE, applicable aux types d'injonction :

« Il est tenu au greffe de chaque juridiction un registre, coté et paraphé par le président de celle-ci, et sur lequel sont inscrits les noms, prénoms, professions et domiciles des créanciers et débiteurs, la date de l'injonction de payer ou celle du refus de l'accorder, le montant et la cause de la dette, la date de la délivrance de l'expédition, la date de l'opposition si elle est formée, celle de la convocation des parties et de la décision rendue sur opposition ».

8. Il n'est pas non plus possible de dégager les tendances jurisprudentielles applicables aux procédures portant injonction. La plupart des décisions rendues jusqu'à présent, telles qu'elles sont citées par les auteurs dans les ouvrages consacrés à la matière, sont rendues par les tribunaux et les cours d'appels nationaux. Il n'est pas certain que les solutions qu'elles contiennent soient partagées par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. C'est pourquoi de telles décisions n'ont été citées qu'en cas d'extrême nécessité.

9. Une précision importante mérite d'être faite. Singulièrement en ce qui concerne la procédure d'injonction de payer, il faut rappeler que le législateur OHADA a considérablement emprunté au droit français. Pour preuve le texte de plusieurs dispositions qui est le même. Cette similitude de rédaction autorise dès lors que la jurisprudence et la doctrine françaises soient utilisées à titre d'illustration. En effet, personne ne comprendrait que devant des textes pareillement rédigés, le texte applicable aux États membres de l'OHADA reçoive une interprétation différente de celle définitivement consacrée en droit français.

10. Classiquement, dans le système français, la procédure d'injonction de payer fait l'objet d'une étude distincte de celle de la procédure d'injonction de faire. Pour autant, les concepteurs du Dictionnaire ont fait le choix de traiter les deux injonctions dans une même étude. L'idée était séduisante au départ, il paraissait simple de mettre ensemble les ressemblances d'un côté, les dissemblances de l'autre côté.

La procédure l'injonction de délivrer ou de restituer

a entendu profiter du succès, de longue date, de l'injonction de payer sur laquelle elle a partiellement été calquée tout en s'en éloignant par de nombreux aspects pour tenir compte des particularités de l'obligation de délivrance et de restitution et des difficultés auxquelles se heurte son exécution forcée. L'injonction de délivrer ou de restituer est ainsi apparue comme une procédure hésitante, oscillant entre un parallélisme affiché avec l'injonction de payer (2) et une frilosité qui tend à l'en éloigner (1).

Section 1 - Éloignement des deux procédures

11. Les deux procédures d'injonction s'éloignent singulièrement par les conditions d'application.

§1- Conditions d'application de l'injonction de payer

12. Dérogatoire au droit commun, la procédure d'injonction de payer ne peut être utilisée que sous certaines conditions relatives à la créance dont le recouvrement est poursuivi ou au titre qui la constate et à la personne du débiteur poursuivi.

13. Les conditions relatives à la créance à recouvrer ne peuvent être bien appréhendées que si les articles 1^{er} et 2 de l'AUPSRVE sont lus ensemble. En effet, alors que l'article 1^{er} pose la règle générale que « *Le recouvrement d'une créance certaine, liquide et exigible peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer* », l'article 2 s'intéresse à la nature de la créance.

En ce que l'article 1^{er} de l'AUPSRVE exige que la créance ait les mêmes caractères qu'une créance contenue dans un titre exécutoire (article 31 de l'AUPSRVE) les caractères exigés à l'article 1^{er} seront appréciés en fonction de la nature de la créance, selon qu'elle a une cause contractuelle ou que l'engagement résulte de l'émission ou de l'acceptation de tout effet de commerce, ou d'un chèque dont la provision s'est révélée inexistante ou insuffisante.

A - Créance de nature contractuelle

14. La première puce de l'article 2 de l'AUPSRVE exige une créance incontestée, donc incontestable : « *Le recouvrement d'une créance peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer lorsque : 1° la créance a une cause contractuelle* ». C'est pourquoi la créance doit être certaine et liquide mais elle devra également être exigible.

I - Créance certaine

a - Notion

15. Selon le vocabulaire juridique du Doyen Gérard Cornu, une créance certaine est celle dont l'existence est incontestable et qui permet à son titulaire de pratiquer une saisie. Même au titre de mesure d'exécution, la règle que la créance doit être certaine connaît quelques assouplissements, notamment en matière de saisie conservatoire, où une créance apparemment fondée dans son principe suffit. De plus la saisie peut, en principe, être poursuivie sur le fondement d'un titre exécutoire par provision (article 32 alinéa 2 de l'AUPSRVE). Il s'ensuit que même une saisie peut être pratiquée en vertu d'une créance qui n'est pas absolument certaine.

Malgré cette règle, l'article 1^{er} de l'AUPSRVE soumettant le recours à la procédure d'injonction de payer à la condition que la créance soit certaine, il y a lieu de déterminer à quoi correspond cette créance certaine.

Il convient de noter que, même en cette matière, le caractère certain de la créance doit être nuancé puisqu'il suffit que la créance paraisse fondée pour que le juge fasse droit à la requête. Celui-ci se prononce au vu d'une connaissance non seulement incomplète par intensité – superficielle car fondée sur l'apparence de bien-fondé – mais surtout incomplète par extension – partielle au sens premier du terme, car nourrie par *une seule* partie au procès. Mais la procédure peut ne pas s'arrêter à l'obtention de la décision parce que le débiteur a formé opposition. Le tribunal devra alors s'assurer que la créance était certaine dès l'origine.

Qu'est-ce donc qu'une créance certaine dans la procédure d'injonction de payer ? Une juridiction a dit qu'il s'agit d'une créance dont l'existence ne souffre d'aucune contestation (TGI Ouagadougou (*Burkina Faso*), n° 155, 5-5-2004 : *SODEGRAIN-SA c/ STCK-SA*, *www.obada.com*, *Obadata J-05-246*). On voit bien que cette juridiction se remet à la définition classique.

Poursuivant l'analyse on se rend compte que les juridictions s'attachent plutôt à dire ce que n'est pas une créance certaine (définition négative). Pour parvenir à cette conclusion, elles s'attachent particulièrement aux questions de preuve.

C'est ainsi qu'une créance a été déclarée certaine parce que le débiteur qui n'apporte aucune preuve de ce qu'il s'est libéré de sa dette, en conteste seulement le mode de calcul et d'établissement des factures, sans s'expliquer sur les règlements partiels déjà effectués (*CCJA*, N° 21, 17-6-2004 : *SDV-CÔTE D'IVOIRE C/Société RIAL TRADING*, *Le Juris Obada*, n° 3/2004, juillet-octobre 2004, p. 11, note *BROU Kouakou Mathurin* ; *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 3, janvier-juin 2004, p. 130 ; *www.obada.com*, *Obadata J-04-382*).

En revanche, il a été jugé que la créance n'était pas certaine lorsque :

- Elle est fondée sur un prétendu contrat de location de porte chars dont la preuve n'est pas rapportée

(*CA Abidjan*, n° 234, 10-2-2004 : *ETCBETF c/ Amidou Sylla*, *www.obada.com*, *Obadata J-04-501*) ;

- Elle résulte d'une lettre de commande qui ne comporte pas la signature du débiteur alors que celui-ci devait y porter la mention « *bon pour accord* », le dater et le signer (*CA Abidjan*, n° 101, 31-1-2003 : *M. ADOU ASSALE c/ Le Cabinet ROUGEOT Conseil en Management Ingénierie Financière*, *www.obada.com*, *Obadata J-03-283*) ;
- Elle est fondée sur un contrat de sous-traitance, en vertu duquel la réception des travaux devait se faire par les parties et donner lieu à l'établissement d'un procès-verbal de réception ; en l'absence du procès-verbal de réception, la créance ne peut être recouvrée au moyen de la procédure d'injonction de payer (*CA Abidjan*, n° 824, 2-7-2002 : *COVEC c/ BMS-CI*, *www.obada.com*, *Obadata J-03-20*) ;
- Elle est invoquée par un banquier, en l'absence de preuve par lui de la clôture du compte de son client et de la production d'un arrêté de compte définitif, (*TGI Mfoundi*, n° 696, 18-9-2003 : *SIDI c/ Commercial Bank of Cameroon*, *Greffier en chef TGI*, *www.obada.com*, *Obadata J-04-430*) ;
- Le créancier ne justifie pas que la créance tire son origine d'un contrat ou résulte de l'émission ou de l'acceptation d'un effet de commerce ou d'un chèque dont la provision s'est révélée inexistante ou insuffisante (*CA Daloa*, n° 154, 8-5-2002 : *K c/ dit N*, *Le Juris Obada* n° 1/2005, janvier-mars 2005, p. 39, *www.obada.com*, *Obadata J-05-195*).

b - Cause contractuelle

16. Il ressort de l'article 2 de l'AUPSRVE que la créance à recouvrer doit avoir une cause contractuelle. En posant la règle que la procédure d'injonction de payer est applicable au recouvrement des créances ayant une cause contractuelle, le législateur a autorisé la mise en œuvre de la procédure d'injonction de payer pour le recouvrement de la plupart des créances qui résultent de la vie quotidienne des affaires, puisque la notion de « contrat » est particulièrement générique. Bien évidemment, le contrat de vente sera l'exemple type d'un contrat susceptible de sanction par application de cette procédure simplifiée.

17. L'existence d'un écrit n'est pas exigée. La procédure d'injonction de payer peut donc être utilisée pour le recouvrement de factures résultant de contrats écrits ou verbaux, pourvu que leur existence et leur objet résultent suffisamment des pièces produites par le créancier à l'appui de sa demande d'ordonnance d'injonction de payer. Un titre nul, tel une lettre de change non valable comme titre cambiaire en raison de l'absence du nom du bénéficiaire à la date de présentation, peut aussi servir de preuve de l'existence du contrat sur lequel est fondée la requête en injonction de payer. De façon générale, les

juridictions admettent le plus souvent comme preuve de l'existence d'une obligation contractuelle la simple production d'une facture. Rappelons qu'un contrat peut être verbal. La difficulté juridique d'une telle situation résultera de la preuve de l'existence de l'accord des parties sur les obligations réciproques.

c - Créances délictuelles

18. En posant la règle que la procédure d'injonction de payer est applicable au recouvrement des créances ayant une cause contractuelle, le législateur a entendu expressément écarter les créances délictuelles ou quasi délictuelles (en bref, une demande en dommages-intérêts) du domaine d'application de la procédure d'injonction de payer (*TGI Mfoundi*, n° 231, 21-2-2002 : *Assureurs Conseils Camerounais c/ Mme veuve MBASSI née EDOA Émilienne*, www.obada.com, *Obadata J-04-427*, *Obadata J-04-460* ; *CA Centre*, n° 371/Civ., 25-9-2002 : *Mme NOUNTCHONGOUÉ KAMSU Marie Thérèse c/ FOSSO Jean*, www.obada.com, *Obadata J-04-471*, *Obadata J-04-430*).

Ces créances ne résultent pas, en effet, d'un accord entre les parties et peuvent donc susciter des contestations. Les créances fondées sur un délit, un quasi-délit sont donc à proscrire du cadre de la procédure simplifiée d'obtention d'un titre exécutoire (*ASSOGBAVIKOMLAN : la nouvelle procédure d'injonction de payer dans l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ; Juridis Périodique* n° 40, octobre-novembre-décembre 1999 ; p. 95 et s.).

Une ordonnance d'injonction de payer rendue sur le fondement d'un accident de la circulation sera donc rétractée (*CA Abidjan*, n° 221, 20-2-2001 : *SAFA c/.*, *Le Juris-Obada*, n° 4/2003, octobre-décembre 2003, p. 42, note *BROU Kouakou Mathurin*, www.obada.com, *Obadata J-04-125*).

d - Créances quasi contractuelles

19. Compte tenu de la notion de « cause contractuelle » les demandes fondées sur une gestion d'affaires (absence de contrat), ou un enrichissement sans cause (*Cass. 2^e civ.*, 4 déc. 1986 : *D* 1969, *jurispr.* p. 182 ; *RTD civ.* 1969, p. 392, *obs. P. Raynaud*) ou dans la répétition de l'indu, doivent être exclues du domaine d'application de la procédure d'injonction de payer.

Deux raisons majeures militent pour cette exclusion : tout d'abord, et naturellement, la notion de « cause contractuelle » de l'article 2 de l'AUPSRVE et ensuite l'exigence d'une créance certaine de l'article 1^{er} de l'AUPSRVE. Cette seconde exigence s'accorde mal, en effet, avec l'action en recouvrement de dommages-intérêts qui ne peuvent être déterminés, par définition, qu'après appréciation par les magistrats du préjudice subi.

20. Mais peut-on imaginer procéder au recouvrement de « dommages-intérêts » lorsque la cause en est une inexécution contractuelle ? Peut-on, dans le cadre de la procédure d'injonction de payer, se faire octroyer par le magistrat des dommages-intérêts pour « résistance abusive et injustifiée », par exemple ? La réponse est négative. Bien que procédant d'un environnement initialement contractuel, une telle demande relève bien de l'idée de l'indemnisation d'un préjudice. Une telle créance ne fait plus, dès lors, partie du domaine d'application de la procédure d'injonction de payer (*Cass. com.*, 4 déc. 1967 : *Rev. buissiers* 1968, p. 588 ; *JCP* 1968, II, n° 15373, *Cass. 2^e civ.*, 23 nov. 1994, n° 92-21.766, *Chevrier c/ Combiens*).

Dans le même ordre d'idées, la demande en paiement d'une somme correspondant à une indemnité pour utilisation sans titre d'un matériel loué (l'utilisation effective dépassant la durée initiale prévue dans le contrat de location) sera rejetée comme ne relevant pas d'une cause contractuelle (*Cass. com.*, 16 juil. 1985, n° 84-11.416 : *Bull. civ. IV*, n° 214 ; *JCP* 1985, IV, n° 332).

21. Certaines créances quasi-contractuelles peuvent cependant s'inscrire dans le cadre de l'exécution d'un contrat, de bail par exemple et la question se posera de savoir si elles peuvent être recouvrées par la procédure d'injonction de payer ? Une telle demande relève plus du dédommagement d'un préjudice subi que de l'application de ce contrat initial (la location). En effet, la demande de réparation locative nécessite non seulement la preuve des dégâts occasionnés (état des lieux) mais également l'estimation du préjudice subi. Si, dans le cadre du contrat de bail, on peut tout à fait imaginer diligenter une procédure d'injonction de payer en recouvrement des loyers impayés, du dépôt de garantie, des charges locatives, ou d'une clause pénale pour l'inexécution de telle obligation contractuelle, en revanche, on ne peut recouvrer la créance relative à ces réparations locatives qui nécessiteront une décision d'un magistrat dans le cadre d'une procédure contentieuse. Ainsi, non seulement une telle demande relève plus de la notion de dommages-intérêts que de celle de créances ayant une cause contractuelle, mais, en plus, le montant s'avère, au regard des dispositions de l'article 1^{er} de l'Acte uniforme, « indéterminé ».

Toutefois, en s'appuyant sur la notion de « créance ayant une cause contractuelle » on doit admettre que la procédure d'injonction de payer est applicable au recouvrement d'une clause pénale, clause contractuelle par excellence. Il a été jugé que la clause pénale édicte une « indemnité » avec une méthode déterminée de calcul rend applicable la procédure simplifiée au recouvrement d'une telle créance (*CA Versailles*, 1^{re} ch., 2^e sect., 22 mai 1998, n° 96/4284, *Broutin c/ Mullor : clause pénale prévoyant une « indemnité d'occupation conventionnelle » égale à deux fois le loyer quotidien jusqu'à complet déménagement et restitution des clefs*).

e - Nature du contrat

22. Traditionnellement réservée au recouvrement des créances qui ont leur origine dans un contrat civil ou commercial, la procédure d'injonction de payer ne peut avoir son origine dans un contrat administratif (*Cass. 3^e civ., 26 juin 1985 : Bull. civ., III, n° 104, recouvrement des redevances dues par les usagers des réseaux publics d'assainissement*).

23. De même dans les législations dans lesquelles une juridiction particulière et une procédure spécifique sont prévues pour régler les différends nés de la conclusion, de l'exécution et de la fin du contrat de travail, le recouvrement des salaires impayés par la procédure d'injonction de payer n'est pas envisageable (*CA Abidjan, n° 126, 23-2-2001 : SDA c/ Kouassi Tiémélé Marc et deux autres, www.obada.com, Obadata J-02-160 ; voir aussi CA Abidjan, n° 236, 23-2-2001 : SDA c/ KOUASSI TIEMELE Marc et deux autres, Actualités Juridiques n° 35 - 2003, www.obada.com, Obadata J-03-79*).

f - Preuve de la créance

24. Il ne suffit pas de prétendre que la créance a une cause contractuelle ; encore faut-il en apporter la preuve. Cette preuve doit porter aussi bien sur l'accord des parties sur la chose et sur le prix. À cet égard, les règles de preuve seront différentes suivant que la matière est civile ou commerciale.

25. En matière civile, l'article 1341 du Code civil prescrit l'exclusion de la preuve testimoniale ou des présomptions de l'homme (*article 1353 du Code civil*) pour tout litige portant sur une somme ou valeur supérieure à 5 000 francs (français). Mais l'alinéa 2 du texte fait une réserve expresse au faveur des « dispositions des lois relatives au commerce », ce qu'on traduit généralement en déclarant que l'article 1341 du code civil n'est pas applicable en matière commerciale.

26. En matière commerciale, bien que l'article 109 du Code de Commerce ne vise que les achats et les ventes, on admet la preuve testimoniale sans restriction, quel que soit l'intérêt en litige. Cette règle se justifie par la célérité avec laquelle se concluent les opérations commerciales. À côté de la preuve testimoniale, et parfois même à l'exclusion de celle-ci, le Code de commerce ou les lois postérieures au Code ont prescrit la preuve par écrit, soit qu'il s'agisse de la preuve par écrit au sens des articles 1341 et suivants du Code civil, soit qu'il s'agisse de procédés de preuve particuliers au Droit commercial, comme les livres de commerce, les bordereaux d'agent d'affaire ou de courtier, dûment signés par les parties. Même en ce qui concerne la preuve par écrit, le Droit commercial a apporté un certain nombre de dérogations au droit commun, fourni

par la loi civile : dispense de la formalité du double et du « bon pour » (articles 1325 et 1326 du Code civil) ; exception faite aux règles relatives à la date certaine (*article 1328 du Code civil*) ; et, surtout, admission de procédé de preuve spéciale tels que bordereaux, factures, livres de commerce ; le rôle de la lettre missive en matière commerciale est très étendu.

27. Toutefois, même en matière commerciale, dans le contrat de vente, la production d'une simple facture n'apporte pas la preuve tangible de l'accord du « consommateur » sur la chose livrée (*ou la prestation*) et sur le montant facturé, pas plus qu'une offre de crédit. Il convient donc de rappeler les principes élémentaires de prudence en la matière : il faut toujours concrétiser le contrat par la rédaction d'un contrat écrit (*surtout si la prestation est à exécution successive*) ou, pour le moins, faire signer un « bon de commande » qui déterminera :

- la chose vendue ;
- son prix ;
- éventuellement les conditions de vente et de règlement.

Un bon de commande daté et signé constitue la preuve tangible de l'existence du contrat. Jamais une facture n'aura cet effet, parce qu'émanant, unilatéralement, d'une partie au contrat, laquelle aura, de plus, par définition, la qualité de « demandeur » dans le cadre de l'action judiciaire, partie à laquelle incombe la charge de la preuve en vertu de l'article 13 de l'AUPSRVE.

II - Créance liquide

a - Notion

28. La créance contractuelle doit avoir un montant déterminé, c'est-à-dire fixé et arrêté avec précision. Selon le vocabulaire juridique du Doyen Gérard Cornu, une créance liquide est « celle qui porte sur une somme d'argent dont le montant est déjà chiffré ». Ainsi, une créance est liquide lorsque son montant en argent est connu et déterminé. Il est donc essentiel que le montant de la créance soit exprimé en argent ou, tout au moins, que les indications du titre constatant la créance permettent de procéder sans difficulté et de manière sûre à l'évaluation en argent de la créance. Si la créance, cause de la saisie, n'est pas une créance de somme d'argent, la procédure d'exécution ne peut être menée à son terme qu'après la liquidation en argent.

29. L'une des justifications de la règle, en ce qui concerne les voies d'exécution, tient à la nécessité d'éviter la saisie de biens dont la valeur est hors de proportion par rapport au montant de la créance qui motive la procédure d'exécution. Dès le début de celle-ci, il n'est donc pas indifférent de connaître ledit montant. Cependant, il est évident que c'est au moment de la distribution des deniers provenant de la vente consécutive à la saisie

qu'il est indispensable que la condition de liquidité soit remplie. Si l'on ajoute à cela que la règle obligeant le créancier à attendre la liquidation de sa créance expose celui-ci au risque que le débiteur devienne insolvable pendant la période d'attente, l'on comprend sans peine les limitations de la règle examinée.

C'est ainsi tout d'abord que cette dernière ne s'applique pas en matière de saisie conservatoire. La condition de liquidité n'est donc pas requise pour pratiquer une telle saisie. De plus, en matière immobilière, la saisie peut avoir lieu en vertu d'un titre exécutoire par provision, ou pour une créance en espèces non liquidée ; mais l'adjudication ne peut être effectuée que sur un titre définitivement exécutoire et après la liquidation (*article 247 alinéa 2 de l'AUPSRVE*). En outre, et plus généralement, il est permis d'engager une procédure de saisie sur le fondement d'une créance non encore liquidée, sous réserve d'une suspension de son exécution jusqu'à la liquidation.

En dehors de la dérogation et du tempérament qui viennent d'être indiqués, la liquidité de la créance est exigée pour pratiquer une saisie. La question est cependant de savoir si une créance, quel que soit son montant, et donc même si celui-ci est peu élevé, peut toujours justifier une saisie.

Traditionnellement, la réponse de principe à cette question est affirmative. Toutefois, on conçoit que l'application de la solution puisse engendrer des abus : entendue rigoureusement, la règle risque en effet de permettre à un créancier qui se prévaut d'une obligation dont le montant est minime de faire saisir des biens de grande valeur. Ce risque a été pris en compte par le législateur. On peut ainsi citer notamment la disposition de l'article 265 de l'Acte uniforme, dont il résulte qu'en matière immobilière, la saisie peut être suspendue par la juridiction, « *si le débiteur justifie que le revenu net et libre de ses immeubles pendant deux années suffit pour le paiement de la dette en capital, frais et intérêts, et s'il en offre la délégation au créancier* ».

30. En procédure simplifiée, la notion de « (créance) liquide » peut paraître restrictive : elle semble, en effet, de prime abord, interdire le recouvrement de créances dont le montant est « déterminable » dans le cadre contractuel, ou susceptible d'être « modifié » (*notamment la clause pénale dont les effets peuvent être modulés par le magistrat saisi en vertu des articles 1152 et 1231 du Code Civil*).

En résumé, toute stipulation contractuelle permettant de déterminer le montant de la créance en dehors de toute volonté unilatérale des parties au contrat entrera dans cette notion de « (créance) liquide ». Non seulement ce montant devra être déterminé mais il est impératif de le déterminer dans la requête présentée au magistrat. Ceci implique :

- un calcul détaillé et justifié de la créance à recouvrer dans la requête ;
- une créance liquide et exigible.

L'exigence d'une créance liquide s'accorde mal, par exemple, avec l'hypothèse de créances soumises à la réalisation d'une condition suspensive.

b - Applications

1 - Honoraires

31. N'est pas déterminé en vertu des stipulations du contrat le montant des honoraires d'un expert qui réclame une somme supérieure à celle que son cocontractant avait estimée comme amplement justifiée en commandant l'expertise (*Cass. 2^e civ., 20 mars 1985 ; Bull civ. II. n° 72 ; JCP G 1985. IV. p. 197*). En revanche, la présentation d'une convention d'honoraires non chiffrée mais accompagnée d'une facture correspondante peut valablement fonder une requête en injonction de payer. Cependant, en cas de contestation du montant des sommes réclamées, un problème de preuve pourra se poser : il est important que soit rapportée la preuve de l'existence et de la portée du contrat servant de fondement à la demande (*Cass. 2^e civ., 12 juil. 1971 ; Bull civ. II. n° 256*).

2 - Caution

32. Il a été jugé que le recouvrement de la créance d'une banque sur une caution garantissant l'ensemble des engagements financiers d'une société ne peut être effectué par la procédure d'injonction de payer lorsque le montant est seulement déterminable par l'examen des relevés bancaires du débiteur principal. Ce montant ne peut en effet être considéré comme déterminé en vertu des seules stipulations du contrat de cautionnement (*Cass. 2^e civ., 8 févr 1989 ; Bull civ. II. n° 34*). La présentation d'une requête en injonction de payer fondée sur un contrat de caution est cependant recevable et fondée lorsque le contrat de caution renvoi de façon complète et détaillée au contrat principal et qu'un décompte précis des sommes dues est joint à la requête.

c - Montant de la créance

33. Les législations nationales plafonnaient le montant de la créance pouvant être recouvrée par la procédure d'injonction de payer. Au Cameroun ce montant était celui prévu par le décret du 25 août 1937 instituant pour les créances commerciales une procédure de recouvrement simplifiée, c'est-à-dire 250 000 (deux cent cinquante mille) francs. L'Acte uniforme ne fixe aucune limite quant au montant de la créance dont le recouvrement peut être demandé par la procédure d'injonction de payer. En conséquence, une créance, même d'un montant très conséquent, pourra faire l'objet de recouvrement par la procédure simplifiée d'injonction de payer.

III - Créance exigible

34. Selon le vocabulaire juridique du Doyen Gérard Cornu, une créance exigible est celle « qui peut être aussitôt exigée ; qui est due sans terme ni condition ; se dit aussi bien de la créance ou de la dette dont le paiement peut être immédiatement réclamé (*au besoin en justice*) sans attendre l'échéance d'un terme ou l'avènement d'une condition, que de la prestation qui peut être exigée » (*Vocabulaire juridique*). Ainsi, une créance est exigible lorsque le créancier peut demander immédiatement le paiement. Il est bien évident que tant que cette condition n'est pas remplie, une procédure ne saurait valablement être menée (*la condition ne s'impose pas, en revanche, lorsqu'il s'agit simplement d'une procédure conservatoire*).

En conséquence, une créance à terme (dès lors naturellement que ce terme n'est pas échu) ne peut justifier une mesure d'exécution. On sait que le terme peut résulter de la convention, de la loi (il faut tenir compte de certains moratoires légaux) ou d'une décision de justice (il convient de citer la disposition de l'article 39 de l'AUPSRVE qui, eu égard à « *la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier* » permet au juge « *dans la limite d'une année* », de « reporter ou échelonner le paiement des sommes dues »). Si le terme fait obstacle à ce que soit engagée (ou poursuivie) une procédure d'exécution, il convient de ne pas négliger cependant les cas dans lesquels le débiteur est déchu du bénéfice du terme. L'article 1188 du Code civil vise en effet deux hypothèses de déchéance : celle où le débiteur a fait faillite et celle où il a, par son fait, diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.

35. Ce sont ces règles empruntées aux mesures d'exécution qui sont étendues à la procédure d'injonction de payer. Une créance est exigible lorsque le débiteur ne peut se prévaloir d'aucun délai ou condition susceptible d'en retarder ou d'en empêcher l'exécution. La créance litigieuse est exigible dès lors que le débiteur ne se prévaut ni d'un terme conventionnel ni d'un moratoire, la convention ayant prévu qu'en cas de retard de paiement, la totalité des comptes devienne immédiatement exigible (*CCJA, N° 21, 17-6-2004 : SDV-CÔTE D'IVOIRE C/Société RIAL TRADING, Le Juris Obada, n° 3/2004, juillet-octobre 2004, p. 11, note BROU Kouakou Mathurin ; Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 3, janvier-juin 2004, p. 130 ; www.obada.com, Obadata J-04-382*).

B - Créance constatée dans un titre

36. Le recouvrement d'une créance peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer lorsque l'engagement résulte de l'émission ou de l'acceptation de tout effet de commerce, ou d'un chèque dont la pro-

vision s'est révélée inexistante ou insuffisante (art. 2.2 de l'AUPSRVE). La formule « *tout effet de commerce* » montre le caractère non limitatif de l'énumération mais des précisions utiles méritent d'être faites en ce qui concerne le warrant et le chèque.

I - Warrant

37. L'article 2.2 de l'AUPSRVE ne vise pas le warrant. Ainsi, même si un warrant peut être considéré comme une forme de billet à ordre, l'utilisation de la procédure d'injonction de payer pour en obtenir le paiement n'apparaît pas possible.

II - Chèque

38. Le recouvrement du montant du chèque peut toujours se faire par la procédure d'injonction de payer (*TPI Bafoussam, N° 84/Civ, 16-6-2006 : Sagne Boubou Cylaine c/ First Trust Savings and Loan, www.obada.com, Obadata J-07-61*).

39. Cette solution se trouve à l'opposé de ce qui est prévu en droit français (*article 1405 NCPC, CA Orléans 26-10-1976 : JCP G 1978.II.18896*). C'est que la législation OHADA est antérieure à celles des zones comme la CEMAC où un texte spécifique organisant le recouvrement du chèque bancaire impayé a été introduit, rendant la procédure simplifiée moins intéressante.

Dans les pays des zones où s'applique une telle législation, le recours à la procédure d'injonction de payer pour le recouvrement du chèque, devient de moindre importance. En effet, dans la zone CEMAC, l'article 199 du Règlement n° 02/03-CEMAC-UMAC-CM du 4 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement organise une procédure particulièrement rapide d'obtention du titre. Cet article met en place un système de traitement des chèques dont la provision s'est révélée inexistante ou insuffisante :

« *À défaut de régularisation de l'incident, soit par paiement du chèque dans le délai de trente jours à compter de sa première présentation, soit par constitution de la provision dans le même délai, le tiré délivre, sur sa demande, un certificat de non-paiement au porteur du chèque.*

À l'expiration de ce délai, et en cas de rejet après une nouvelle présentation, le tiré adresse un certificat de non-paiement au porteur du chèque.

La notification effective ou, à défaut, la signification du certificat de non-paiement au tireur par ministère d'huissier ou par toute personne légalement en charge de l'exécution vaut sommation de payer.

Le notaire, l'huissier de justice ou la personne légalement en charge de l'exécution, qui n'a pas reçu justification du paiement du montant du chèque et des frais dans un délai de 15 jours à compter de la récep-

tion de la notification ou de la signification, constate le non-paiement. Le certificat de non-paiement notifié est remis au greffier en chef de la juridiction compétente ou à l'autorité judiciaire compétente de l'État, qui sans autre acte de procédure et sans frais, y appose la formule exécutoire. Le certificat de non-paiement ainsi revêtu de la formule exécutoire constitue le titre exécutoire permettant de procéder à toute voie d'exécution dans un délai maximum de 8 jours.

Les frais de toute nature occasionnés par le rejet d'un chèque sans provision sont à la charge du tireur. »

40. Il convient néanmoins de signaler que certains chèques demeurés impayés ne peuvent être recouvrés dans ce cadre spécifique. C'est ainsi qu'un chèque retourné pour les motifs « sans provision » mais qui n'a pas fait l'objet d'une seconde présentation (dans le but d'obtenir un certificat de non-paiement) avant sa prescription, ne permettra pas l'application des dispositions susvisées. Dans cette hypothèse, la créance pourra faire l'objet d'un recouvrement par injonction de payer. La Cour de cassation a ainsi retenu la coïncidence entre le montant des chèques impayés et des factures émises, produites à l'appui de la requête, comme un élément nécessaire et suffisant démontrant la nature contractuelle de la créance et fixant le montant de cette créance en vertu des stipulations contractuelles (*Cass. com., 1^{er} avr. 1997, n° 93-21.265, Legangneux c/ Roosen ; CA Orléans, 28 oct. 1976 : Rev. buissiers 1978, jurispr., p. 829, note Lescaillon*).

C - Utilisation de la procédure en marge des conditions légales

41. L'énumération des cas dans lesquels la procédure d'injonction de payer peut être utilisée est limitative. Toute requête présentée dans une hypothèse où la procédure d'injonction de payer n'est pas applicable doit être déclarée irrecevable, tant il est vrai que la méconnaissance de ces conditions constitue « une véritable fin de non-recevoir » (*H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, t. III, Procédure de première instance, 1991, Sirey, n° 1397, in fine, p. 1192*) recevable en tout état de cause. Par ailleurs, le moyen tiré du recours à cette procédure en dehors des cas prévus par l'article 2 de l'AUPSRVE constitue une exception d'incompétence, qui doit être soulevée avant toute défense au fond.

§2 - Conditions d'application de la procédure simplifiée tendant à la délivrance ou à la restitution d'un bien meuble déterminé

42. Aux termes de l'article 19 de l'AUPSRVE, « Celui qui se prétend créancier d'une obligation de délivrance ou de restitution d'un bien meuble cor-

porel déterminé, peut demander au président de la juridiction compétente d'ordonner cette délivrance ou restitution ».

Cet article pose deux règles : l'une relative au titulaire de l'action, l'autre relative à l'obligation.

A - Titulaire de l'action

43. L'action n'est pas ouverte à n'importe qui. Elle n'est ouverte qu'au créancier de l'obligation : « Celui qui... ». L'action doit être entendue comme impliquant que l'obligation soit commerciale, civile ou mixte. Il n'est pas exclu que le contrat lie deux personnes qui auraient toutes deux la qualité de commerçant et contracteraient à ce titre. Autrement dit, l'obligation peut résulter d'un acte de commerce entre commerçants.

B - Obligation de délivrance et de restitution

I - Obligation de délivrance

44. L'article 250 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général révisé énonce les obligations du vendeur sans donner de précisions particulières sur les modalités de leur mise en œuvre :

« Le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et au présent Livre, à livrer les marchandises, et à remettre s'il y a lieu les documents et accessoires nécessaires à leur utilisation, à la preuve de l'accord de l'achat et à la prise de livraison.

Il est tenu, en outre de s'assurer de la conformité des marchandises à la commande et d'accorder sa garantie ».

45. Face à ce silence, il convient de recourir au droit commun pour apprécier comment se réalise la délivrance. L'article 1604 du Code civil définit la délivrance comme « Le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ». Aux termes de l'article 1606 du code civil : « la délivrance des effets mobiliers s'opère : ou par la tradition réelle, ou par la remise des clés des bâtiments qui les contiennent, ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas se faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre ». Ce texte pose donc essentiellement trois modes de délivrance des meubles corporels. C'est par rapport à ces modes qu'il faudra apprécier le bien-fondé de la réclamation.

46. Il faut pourtant relever que la procédure ne doit être envisagée que lorsque les conditions sont réunies. En particulier l'article 1604 du Code civil dispose que : « Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paie pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement ».

Cet argument peut donc être développé pour former opposition.

II- Obligation de restitution

47. L'article 297 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général révisé porte que « *La partie qui a exécuté totalement ou partiellement ses obligations peut obtenir la restitution par l'autre partie de ce qu'elle a fourni ou payé en exécution du contrat* ».

48. Nonobstant les termes des articles 1629, 1630 et 1644 du Code civil qui autorisent la restitution du prix, il a été jugé qu'une somme d'argent ne peut faire l'objet de la procédure d'injonction de délivrer prévue par l'article 19 de l'AUPSRVE ; une somme d'argent n'est pas un meuble corporel (*CA Daloa, n° 112, 7-5-2003 : FLEG c/ CO PAVA - BIAO Daloa, Le Juris Obada, n° 2/2005, p. 29, www.obada.com, Obadata J-05-363*).

49. Mais ainsi qu'on l'a vu, l'obligation de restitution peut résulter d'un contrat civil. Les obligations de conserver et de restituer une chose résultent de contrats aussi divers que le louage de chose (pour le preneur), le prêt, le dépôt, le gage, le louage d'ouvrage portant sur la chose d'autrui (exemple : garagiste).

Section 2 - Parallélisme affiché des deux procédures

§1 - Débiteur poursuivi

50. Aucune injonction ne peut être accordée, si elle doit être signifiée à l'étranger ou si le débiteur n'a pas de domicile ou de résidence connus dans le pays où l'ordonnance doit être signée. Les articles 3 de l'AUPSRVE pour l'injonction de payer et 20 pour l'injonction de délivrer ou de restituer, édictent les règles de compétence régissant la procédure. Ce faisant, ils imposent une condition relative au domicile du débiteur pour la mise en œuvre de la procédure : « *La demande est formée par requête auprès de la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure effectivement le débiteur ou l'un d'entre eux en cas de pluralité de débiteurs* » (art. 3, al. 1^{er} de l'AUPSRVE) ; « *La demande de délivrance ou de restitution est formée par requête déposée ou adressée au greffe de la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure effectivement le débiteur de l'obligation de délivrance ou de restitution* » (art. 20 de l'AUPSRVE).

A - Localisation du débiteur

51. La demande en recouvrement doit être portée devant le tribunal du lieu où demeure le débiteur. Des interrogations ont surgi au sujet de la notion de

« demeure ». Cette notion correspond-elle au concept habituel de résidence ? Doit-on différencier ce concept de celui de domicile ? En complément de ses premières interrogations, on peut se demander si la procédure d'injonction pourra être diligentée à l'encontre d'un débiteur domicilié à l'étranger, voire sans domicile ni résidence connus. Il semble nécessaire de discerner une évolution des concepts de domicile ou de résidence. En matière personnelle, l'article 8 du Code de procédure civile et commerciale (*tel qu'appliqué au Cameroun*) dit que le défendeur est assigné devant le tribunal de son domicile ; ce n'est que s'il n'a pas de domicile qu'il doit être assigné devant le tribunal de sa résidence.

52. Avec le terme de « demeure » utilisé dans les articles 3 et 20 de l'AUPSRVE, la notion de résidence paraît supplanter celle de domicile. La « demeure » est le résultat d'un fait objectif : habiter en un lieu. Une quelconque volonté de s'établir pendant une période relativement longue n'est nullement sous-entendue par cette notion. De droit commun, le lieu de la demeure pour une personne physique est celui de son domicile ou de sa résidence, et, pour une personne morale, celui où elle est établie, soit lieu de son siège social, soit celui de l'une de ses succursales. Si, antérieurement, on a pu voir rejeter des requêtes en injonction de payer présentées par-devant le tribunal dans le ressort duquel la personne morale n'avait qu'une succursale et non son siège social, il semble à l'heure actuelle que la jurisprudence soit établie et constante, acceptant dans le domaine d'application de l'injonction de payer, la jurisprudence habituelle dite des « gares principales ».

53. Cependant, il sera nécessaire de caractériser le fait pour la société de « demeurer » en un lieu autre que son siège social (*Cass. 2^e civ., 27 mai 1988, n° 86-19.606 : Bull. civ. II, n° 123 : nécessité de précision dans les éléments déterminant la compétence rationae loci « attendu que pour passer outre à cette exception l'arrêt se borne à énoncer que les actes de la procédure ont été diligentés à Lamanon au domicile de M. Martin reconnu par la Somafer comme responsable de son agence sud-est paraissant implantée dans la localité où M. Martin est domicilié ; qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser dans quelle mesure la société demeurerait dans le ressort du tribunal de Tarascon, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »*).

54. Le concept de résidence se révèle beaucoup plus large que celui de domicile autorisant notamment la signification de l'injonction à la succursale d'une personne morale voire à la résidence provisoire du débiteur domicilié à l'étranger. On peut ainsi tout à fait accepter l'idée de requérir une injonction de payer contre un étranger, domicilié à l'étranger, mais résidant au pays au moment des diligences à accomplir. Le tribunal territorialement compétent sera celui du lieu de cette résidence.

Cette demeure, distincte du domicile, doit être entendue comme une simple résidence. Ainsi, la procédure d'injonction peut être mise en œuvre à l'encontre d'un débiteur dont le domicile est situé à l'étranger, dès lors qu'il possède une résidence dans la ville du pays où la décision est sollicitée (V. *T. paix Saint-Malo*, 3 févr. 1958, D. 1958.124, RTD civ. 1958.311, obs. P. Raynaud; *T. com. Seine*, 18 févr. 1965, Gaz. Pal. 1965.1.406).

55. Dans le même sens, et en cas de pluralité de débiteurs, dont certains domiciliés à l'étranger, on pourra requérir l'ordonnance d'injonction de payer également contre ces derniers, l'ordonnance sera rendue par le tribunal du domicile ou de la résidence du débiteur domicilié au pays où se pratique l'injonction (« *la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure effectivement le débiteur ou l'un d'entre eux en cas de pluralité de débiteurs* »). Mais cette notion, aussi compréhensive soit-elle, repose sur une condition intrinsèque : l'effectivité de la présence du débiteur au lieu indiqué dans la requête. Les articles 3 et 20 de l'AUPSRVE visent bien le lieu où demeure le débiteur. Ce présent ne souffre aucun imparfait ! On n'envisage nullement ici le lieu où demeurerait le débiteur ni qu'il puisse être présenté une requête en injonction de payer par-devant la juridiction du dernier domicile connu. Pourquoi cette remarque ? Tout simplement, en droite ligne des règles du code de procédure civile (*modalités de signification d'un acte à mairie dans l'hypothèse d'un domicile ou d'une résidence inconnus*). On pourrait, en effet, concevoir de présenter une requête par-devant le tribunal du dernier domicile ou de la dernière résidence connus du débiteur : le fait qu'un débiteur soit sans domicile ni résidence connus ne constitue pas, en soi, un obstacle à la bonne fin de la procédure. Une telle mise en œuvre pourrait d'ailleurs se révéler fort utile, contrairement à ce que l'on pourrait croire : en effet, par l'obtention d'une ordonnance d'injonction de payer, on bénéficie de tous les avantages de l'obtention d'un titre exécutoire : éviter la prescription de la créance (*la prescription de cette créance devenant trentenaire*). Mais les termes explicites de l'article 3 de l'AUPSRVE interdisent une telle démarche.

On doit, en résumé, retenir que le débiteur doit demeurer effectivement dans le ressort du tribunal saisi de la requête au moment du dépôt de ladite requête (*juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure effectivement le débiteur*). Cela interdit, non seulement une requête contre une personne physique sans domicile ni résidence connus, mais également contre une personne morale qui aurait abandonné toute présence, toute activité, au lieu de son siège social, et sans aucun établissement secondaire ou succursale connus.

B - Débiteur sain

56. La décision de suspension des poursuites individuelles rendue par le Président de la juridiction compétente,

dans le cadre du règlement préventif (articles 8 et 9 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif) et la décision d'ouverture du redressement judiciaire et de la liquidation des biens (article 75 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif) suspendent ou interdisent toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances. Pour que la procédure d'injonction soit valablement utilisée, il ne faut donc pas que le débiteur défaillant ait été admis au bénéfice du règlement préventif ou déclaré en redressement judiciaire ou en liquidation des biens. Sinon, des poursuites individuelles ne peuvent plus être engagées et la créance doit être déclarée entre les mains du syndic. Le créancier a donc intérêt, avant d'engager la procédure contre un débiteur commerçant, à se renseigner au greffe du tribunal ou au registre de commerce et du crédit mobilier sur la situation financière exacte de celui-ci.

§2 - Requête

On examinera successivement la juridiction compétente, puis la requête elle-même et enfin la décision de la juridiction.

A - Juridiction compétente

Il s'agit de la compétence matérielle et de la compétence territoriale.

I- Compétence d'attribution (*rationae materiae*)

57. Aux termes des articles 3, alinéa 1^{er} et 20 de l'AUPSRVE, la juridiction compétente devant laquelle la demande doit être portée est laissée à l'organisation judiciaire de chaque pays. Dans l'organisation judiciaire de la plupart des pays membres de l'OHADA, la séparation entre les juridictions civile et commerciale n'est pas toujours étanche, chacune des juridictions constituant une chambre du tribunal. Cependant, dans les pays où la division est claire, il convient d'être prudent. La nature de l'acte, source du contentieux, la nature de la créance civile ou commerciale, détermineront la répartition de compétence entre ces deux juridictions.

58. Au Cameroun, cette question est réglée par la loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire. Au regard de cette loi, deux juridictions ont compétence. Aux termes de l'article 15-1 (b) premier tiret : « le tribunal de première instance est compétent pour connaître, en matière civile, commerciale ou sociale, des actions en recouvrement, par procédure simplifiée, des créances civiles et commerciales certaines, liquides et exigibles n'excédant pas dix (10) millions de francs CFA ». Aux termes de l'article 18-1 (b) troisième tiret : « le

tribunal de grande instance est compétent pour connaître, en matière civile, commerciale ou sociale, des demandes de recouvrement par procédure simplifiée, des créances civiles ou commerciales certaines, liquides et exigibles d'un montant supérieur à dix (10) millions de francs CFA ainsi que des créances commerciales certaines, liquides et exigibles quel qu'en soit le montant, lorsque l'engagement résulte d'un chèque, d'un billet à ordre ou d'une lettre de change ». Les mots « ou sociale » ne doivent pas tromper car le recouvrement des créances sociales obéit à une procédure spéciale réglée par le Code de travail. Ces créances ne peuvent donc pas être recouvrées par la procédure d'injonction de payer.

On voit bien que le législateur camerounais n'a pas déterminé de manière aussi précise comme il l'a fait pour l'injonction de payer, la juridiction compétente pour connaître de l'injonction de délivrer ou de restituer. Dans un tel cas, il va de soit que le tribunal de première instance ou le tribunal de grande instance seront compétents en fonction du montant des obligations dont la délivrance ou la restitution est sollicitée.

59. Dans les pays où le tribunal de commerce est détaché du tribunal civil, il convient de noter un « piège » à éviter dans la gestion quotidienne d'un portefeuille de créances. Il ne faut pas s'arrêter au fait que le cocontractant soit un commerçant pour immédiatement en conclure que la requête doit être présentée par-devant le président du tribunal de commerce. C'est oublier, ce faisant, que tout un chacun peut également devenir un simple consommateur. Un débiteur commerçant ayant contracté la dette dans le cadre de son activité commerciale relèvera de la compétence de la juridiction commerciale. Ce même débiteur, inscrit professionnellement comme commerçant, ayant contracté dans le cadre privé, relèvera de la compétence de la juridiction civile. La dissociation entre actes professionnels et actes privés n'est pas toujours aussi simple qu'il y paraît.

60. Il y a lieu, enfin, de remarquer une « subtilité » dans la composition des juridictions qui accueillent la requête : la requête est formée auprès de la juridiction compétente (*et non pas devant son président*).

II- Compétence territoriale (*rationae loci*)

61. Aux termes des articles 3, alinéa 1^{er} et 20 de l'AUPSRVE, le juge territorialement compétent est celui du *domicile ou du lieu où demeure effectivement le débiteur ou l'un d'entre eux en cas de pluralité de débiteurs*. Le groupe de mots « *ou l'un d'entre eux en cas de pluralité de débiteurs* » n'est pas repris à l'article 20 de l'AUPSRVE mais il n'empêche que la situation est susceptible de se présenter là aussi.

Spécifique aux injonctions, cette règle a pour conséquence que seul le tribunal du lieu où demeure le débiteur a vocation à connaître de la demande en recouvrement.

Par suite, le prétendu créancier ne saurait revendiquer le bénéfice de règles spéciales de compétence pour soustraire le débiteur à la compétence de la juridiction du lieu où il demeure, que ces règles spéciales de compétence résultent du droit commun ou de règles spécifiques à certaines matières, dussent-elles être marquées au coin de l'ordre public. Ainsi, un créancier ne saurait, sur le fondement des dispositions du code de procédure civile et commerciale, porter la demande devant le tribunal du lieu de la livraison effective de la chose ou de l'exécution de la prestation (*CA Poitiers, 9 avr. 1986, D. 1986, IR 319*). C'est ce qui explique qu'une ordonnance d'injonction de payer rendue par une juridiction incompétente comme n'étant pas celle du domicile du débiteur a été rétractée (*TPI Bafoussam, n° 44, 15-4-2005 : N. M. W. F. c/ T. A., www.obada.com, Ohadata J-07-62*).

Pour lever toute ambiguïté que la règle de la compétence de la juridiction du lieu de la demeure du débiteur aurait pu engendrer, le législateur a estimé utile de préciser que, en cas de pluralité de débiteurs, le prétendu créancier dispose, comme en droit commun, de la faculté de saisir - à son choix - la juridiction du lieu où se trouve située la demeure de l'un d'eux (article 3, alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE).

62. On notera que le législateur OHADA utilise à la fois la notion de demeure du débiteur et la notion de domicile. Ce choix est riche de conséquences. Tout d'abord, lorsqu'elle est dirigée contre un débiteur personne physique, la demande en recouvrement peut être portée devant le tribunal du lieu de son domicile ou le tribunal du lieu de sa résidence. La résidence comme chef de compétence postule toutefois une résidence réelle du débiteur (personne physique) dans le ressort de la juridiction saisie. Ensuite, lorsqu'elle est dirigée contre un débiteur personne morale, la demande en recouvrement peut être portée devant le tribunal du lieu de son siège social (lieu où celle-ci est établie) ou le tribunal du lieu de l'une de ses succursales ou de celui de son établissement qui a traité l'affaire. Ici l'application de la jurisprudence des « gares principales » recouvre toute son ampleur. Ainsi, une succursale ou une agence peuvent constituer le lieu où est établie une personne morale (*Cass. 2^e civ., 27 mai 1988, Bull. civ. II. N° 123 ; JCP G 1988. IV, p. 267*). La Cour de cassation a censuré un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence lequel, pour rejeter l'exception d'incompétence soulevée par le débiteur qui avait formé opposition à l'ordonnance portant injonction de payer délivrée à son encontre, énonçait que les actes de procédure ont été diligentés au lieu du domicile d'une personne physique reconnue par le débiteur comme le responsable de son agence du sud-est, sans caractériser dans quelle mesure le débiteur était établi dans le ressort de la juridiction saisie (*Cass. 2^e civ. 27 mai 1988, Bull. civ. II, n° 123*).

63. Autant l'établissement comme chef de compétence postule toutefois un établissement réel du débiteur (per-

sonne morale) dans le ressort de la juridiction saisie, autant la résidence comme chef de compétence postule une résidence réelle du débiteur (personne physique) dans le ressort de la juridiction saisie. La Cour de cassation a censuré un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux lequel, pour rejeter l'exception d'incompétence soulevée par le débiteur qui avait frappé de contredit (terme approprié à l'époque) l'ordonnance portant injonction de payer délivrée à son encontre, énonçait qu'il résulte des pièces produites que le débiteur avait acheté une maison dans la ville où le juge avait délivré l'injonction de payer, qu'il y avait effectué plusieurs séjours de sorte qu'il ne saurait valablement soutenir qu'il n'avait jamais vécu à cet endroit, retenant ainsi pour justifier la compétence du juge saisi, de simples faits de résidence intermittente (*Cass. 2^e civ. 4 juin 1984, D. 1984, IR 365, Gaz. Pal. 1984.2, panor. 313*).

64. Il n'est donc pas possible d'avoir recours aux procédures simplifiées lorsque le débiteur n'a ni domicile ni résidence dans le pays où la procédure est engagée. Des bureaux ou un logement peuvent cependant constituer une résidence au sens des articles 3, alinéa 1^{er} et 20 de l'AUPSRVE et fonder la compétence de la juridiction du pays concerné à l'encontre d'un débiteur étranger. Toutefois, de simples faits de résidence intermittente ne suffisent pas à caractériser le lieu où demeure le débiteur (*Cass. 2^e civ., 4 juin 1984 ; D. 1984, inf. rap. p. 365, Gaz. Pal. 1984.2, panor. 313*).

III- Caractère d'ordre non public

65. La règle impérative de la compétence de la juridiction du lieu où demeure le débiteur peut toutefois être écartée par une disposition spéciale dans la mesure où elle vise de manière expresse la procédure d'injonction. Les articles 3, alinéa 2 et 20 de l'AUPSRVE permettent aux parties de déroger à ces règles de compétence au moyen d'une élection de domicile prévue au contrat. Ces articles 3, alinéa 2 et 20 de l'AUPSRVE en portant que « *Les parties peuvent déroger à ces règles de compétence au moyen d'une élection de domicile prévue au contrat* » ont entendu que les règles relatives à la compétence ne soient pas d'ordre public. Il en résulte que les parties à un contrat peuvent convenir de modifier, par voie de convention, les règles de compétence établies, qu'il s'agisse des règles relatives à la compétence territoriale ou des règles relatives à la compétence d'attribution.

IV- Règlement des incidents de compétence

66. Contrairement au droit commun, le juge, en matière d'injonction, doit relever d'office son incompétence territoriale en vertu des dispositions des articles 3,

alinéa 2 et 20 de l'AUPSRVE. Cette obligation faite au juge de relever son incompétence trouve son fondement dans le particularisme de la procédure d'injonctions dont la première phase se déroule en l'absence du débiteur. Toutefois, si le juge ne relevait pas son incompétence, le prétendu débiteur pourrait encore, selon les règles du droit commun, soulever l'exception d'incompétence dans le cadre de l'instance sur opposition... à l'ordonnance d'injonction que le débiteur devrait prendre le soin de former. Toute exception d'incompétence devant être soulevée *in limine litis*, le défendeur à une injonction qui n'a pas formé opposition, est irrecevable à invoquer ce moyen pour la première fois devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

B - Contenu de la requête

67. La forme de la requête doit être particulièrement respectée, et la présentation du dossier justificatif de la demande particulièrement soignée. En effet, de cette présentation matérielle dépendra l'essentiel de l'acceptation ou du rejet de la demande par le magistrat. L'efficacité de la gestion des dossiers pourra se jouer dès ce stade de la procédure. La requête doit contenir les précisions sur les parties et l'objet de la demande. L'absence de précision sur ces éléments risque d'être sanctionnée par le rejet de la requête.

I - Désignation des parties

68. Aux termes des dispositions du 1) de l'article 4 de l'AUPSRVE, la requête en injonction de payer doit contenir *à peine d'irrecevabilité*, les noms, prénoms, profession et domiciles des créancier et débiteur ou, pour les personnes morales, leurs forme, dénomination et siège social. C'est le même texte que reprend l'article 21 de l'AUPSRVE pour les procédures en injonction de délivrer ou de restituer : « *À peine d'irrecevabilité, la requête contient les noms, prénoms, professions et domiciles des parties et, pour les personnes morales, leur dénomination, leur forme et leur siège social* »

69. On ne saurait trop insister sur la nécessité absolue de parfaitement connaître la personnalité juridique de son débiteur. On rejoint là une préoccupation d'ordre général en matière de recouvrement de créances : bien connaître son cocontractant ! Si, en amont, une telle connaissance relève plus de la gestion du risque d'impayés, « en aval » parfaitement connaître l'identité de son débiteur avant d'introduire une action judiciaire, évitera bien des déboires. Combien de fois, au quotidien, on doit constater l'impossibilité d'exécuter une décision de justice parce que cette dernière n'a pas été diligentée à l'encontre de la bonne personne. Il ne faut surtout pas confondre ainsi enseigne et raison sociale. Le risque est d'autant plus grand dans le cadre

de la procédure d'injonction de payer que la « décision judiciaire » intervient sans signification préalable au débiteur d'un acte quelconque. Ce type d'erreur se révèle souvent, en effet, lors de la signification d'un tel acte (mise en demeure). Mais, en l'occurrence, il sera trop tard pour rectifier l'action, la décision du magistrat étant déjà rendue. Il y aura lieu, dès lors, de reprendre la procédure à ses débuts.

70. Pour éviter de tels déboires, avant tout dépôt de la requête, il y aura lieu de contrôler parmi les documents justificatifs si l'action doit être diligentée :

- pour des particuliers : à l'encontre de l'un des époux, ou à l'encontre des deux époux conjointement ;
- pour des commerçants ou artisans : à l'encontre d'une personne physique ou morale.

Dans cette dernière hypothèse, il sera nécessaire de requérir un extrait de l'inscription du débiteur auprès des diverses institutions pouvant être concernées par son activité professionnelle (greffe du tribunal du siège social de la société, préfecture du siège de l'association, etc.). Afin d'éviter également les risques d'homonymie en ce qui concerne les personnes physiques, on ne saurait trop conseiller de faire figurer dans les renseignements « administratifs » collectés lors de la constitution des pièces contractuelles, en sus de la profession, des nom et prénoms du cocontractant, ses date et lieu de naissance. Ces données, collectées de façon systématique, lors de la gestion des clients, se révéleront, par ailleurs, très précieuses dans le cadre du recouvrement de la créance.

II - Détermination de l'objet de la demande

71. Aux termes des dispositions du 2) de l'article 4 de l'AUPRSVE, la requête doit contenir à peine d'irrecevabilité, l'indication précise du montant de la somme réclamée avec le décompte des différents éléments de la créance ainsi que le fondement de celle-ci. Le créancier doit présenter de manière précise le fondement de sa créance et le décompte de ses différents éléments. Il est bon de rappeler que la procédure étant écrite, le juge ne dispose pour apprécier le bien fondé et le montant de la créance que des éléments contenus dans la requête. Il peut parfois décider de demander des explications supplémentaires mais peut plus simplement rejeter la requête. C'est pourquoi il est important de préciser notamment, par exemple, les factures dont il est demandé le paiement, quels sont les acomptes qui ont été versés, quel est le montant de l'éventuelle clause pénale, les frais dont il est demandé paiement, et selon quelles modalités les intérêts sont calculés.

72. Aux termes des dispositions du 2) de l'article 21 de l'AUPRSVE, la requête doit contenir à peine d'irrecevabilité, *la désignation précise du bien dont la remise est demandée.*

73. Ce travail de présentation du dossier est primordial pour la bonne fin de la demande. Singulièrement dans la requête en injonction de payer, il y aura lieu de présenter le plus clairement possible sa demande car le magistrat aura à cœur de contrôler les conditions de recevabilité de la demande et l'exactitude des comptes. À cet égard, on doit garder présente l'idée que, dans la conception du droit français duquel s'est inspiré le législateur OHADA, le juge n'est pas appelé à rendre un véritable jugement sur le fond. Il se borne à autoriser le créancier à délivrer une injonction à son prétendu débiteur. Une telle conception autorise sans conteste le juge à faire montre d'une relative souplesse dans l'appréciation des pièces justificatives qui doivent accompagner la requête.

Conseil pratique :

Il est donc important de préciser notamment, par exemple, les factures dont il est demandé le paiement, quels sont les acomptes qui ont été versés, quel est le montant de l'éventuelle clause pénale, les frais dont il est demandé paiement, et selon quelles modalités les intérêts sont calculés.

III - Élection de domicile

74. Lorsque la requête émane d'une personne non domiciliée dans l'État dont la juridiction compétente est saisie, elle doit contenir, à peine d'irrecevabilité, élection de domicile dans le ressort de cette juridiction.

Conseil pratique :

Il est donc important de vérifier ces éléments avant de présenter la requête, pour éviter, au mieux une demande de précision de la part du juge, au pire un rejet pur et simple de la requête.

C - Présentation de la requête

75. Il est certain que le Président ne peut rendre une ordonnance portant injonction que si, effectivement, il a été saisi d'une requête.

I - Forme de la demande

76. La demande en recouvrement comme la demande de délivrance ou de restitution est formée par voie de requête remise ou adressée au greffe de la juridiction compétente par le créancier ou par tout mandataire (article 4 alinéa 1 et 20 de l'AUPRSVE).

77. L'exigence, sans autre alternative, du dépôt d'une requête interdit que la procédure puisse être diligentée par simple déclaration au greffe de la juridiction saisie, forme que l'on retrouve dans le cadre de certaines autres procédures contentieuses. En revanche, on peut noter que l'envoi postal de cette requête est tout à fait admis, le dépôt ne constituant qu'une des deux modalités de

remise de la requête. Une telle souplesse permet ainsi la gestion d'un contentieux sur l'ensemble du territoire national sans aucune difficulté matérielle, ni coût de représentation, l'introduction des dossiers pouvant être effectuée par simple envoi postal. La requête devant être accompagnée des pièces justificatives, en original, il est conseillé d'adresser le pli au tribunal saisi par lettre recommandée afin de limiter les risques de pertes.

II - Mise en demeure préalable

78. Certaines juridictions rejettent les requêtes qui n'ont pas été précédées d'une sommation de payer ou d'une lettre recommandée valant mise en demeure au sens de l'article 1139 du Code civil (*291 acte uniforme relatif au droit commercial général révisé*). À tort selon nous, car aucun texte n'impose au créancier de faire précéder le dépôt d'une requête en injonction de payer d'une mise en demeure préalable. En revanche, une mise en demeure préalable devrait être exigée dans l'injonction en délivrance ou de restitution. Par hypothèse, le but de la procédure est d'obtenir remise de ce que le détenteur a refusé de remettre spontanément.

III - Représentation

79. La requête peut être présentée soit par le créancier lui-même, soit par « *son mandataire autorisé par la loi de chaque État partie à le représenter en justice* ». Il convient dès lors de se reporter aux lois nationales pour rechercher solution à la question de représentation par mandataire. Au Cameroun, les articles 2 et 3 de la loi n° 90/59 du 19 décembre 1990 portant organisation de la profession d'avocat, fixent les conditions et modalités de représentation en justice.

Article 2 : L'Avocat a le monopole de la représentation des parties devant les juridictions.

Article 3 : Par dérogation aux dispositions de l'article 2 ci-dessus :

1°) *Toute personne peut, sans l'assistance d'un avocat, se présenter elle-même devant toute juridiction, à l'exception de la Cour suprême pour postuler et plaider, soit pour elle-même, soit pour un conjoint, soit pour ses ascendants et descendants, ses collatéraux privilégiés, soit pour un pupille.*

2°) *Toute personne physique peut se faire également assister ou représenter par tout autre mandataire de son choix, muni d'une procuration dûment légalisée, lorsque, dans le ressort de la juridiction saisie, le nombre de Cabinets d'avocats est inférieur à quatre (4)*

3°) *Les administrations publiques peuvent se faire représenter devant toutes les juridictions par un fonctionnaire désigné par l'autorité compétente.*

Le mandataire doit donc s'assurer lors du dépôt de la requête qu'il remplit les conditions fixées par la loi. Il doit, notamment s'il n'est pas avocat et qu'il veut présenter

la demande à un tribunal dans le ressort de laquelle le nombre de Cabinets d'avocats est inférieur à quatre (4), joindre parmi les pièces une procuration dûment légalisée.

Le texte tel que rédigé commande que les requêtes des personnes morales soient présentées par un avocat.

IV - Pièces justificatives

80. À peine d'irrecevabilité (*V. CA Rouen, 16 janv. 1956, JCP 1956. II. 9403, note E.M.*), la requête doit être accompagnée des pièces justificatives en originaux ou en copies certifiées conformes, lesquelles doivent être propres à établir la réalité et la cause de la créance et à justifier du montant de la somme réclamée. Dans la procédure d'injonction de payer l'essentiel est que le juge dispose des éléments de nature à lui permettre de présumer - de manière raisonnable l'existence de la créance dans son principe et dans sa quotité. Quelle sera la nature de ces documents justificatifs ? Tant l'article 4 que l'article 5 de l'AUPRSVE visent les « documents justificatifs » et les « documents produits ». Cette notion de « document » est relativement laxiste. Cela ne signifie pas que l'on exige la production d'un titre au sens juridique du terme. En revanche cela sous-entend naturellement un écrit. Il est nécessaire que ces pièces écrites fassent ressortir le caractère contractuel de la créance, c'est-à-dire l'accord du débiteur sur la chose et le prix puisque aussi bien la procédure d'injonction de payer s'appliquera essentiellement dans le cadre d'un contrat. Une simple lettre émanant du débiteur peut suffire à cet égard. En revanche, la production d'une facture de la part du demandeur, même commerçant, peut paraître insuffisante pour que le magistrat accueille la demande. Il sera judicieux, dans ce cas, de l'étayer de documents prouvant, par exemple, la réalité du travail effectué, ou de la livraison. L'essentiel est que le juge dispose des éléments de nature à lui permettre de présumer - de manière raisonnable - l'existence de la créance dans son principe et dans sa quotité. Il a cependant été jugé que saisi sur opposition, le tribunal doit rechercher si ces pièces sont de nature à justifier la demande initiale (*Cass. 2° civ., 10 janv. 1990 ; Bull. civ. II. N° 8*). La plus grande précision est donc recommandée. Il est par exemple préférable de produire, outre éventuellement le contrat initial, l'ensemble des factures et décomptes afférents à la créance. Lorsque les documents contractuels ne sont pas établis au nom du débiteur poursuivi, des explications sur cette discordance paraissent indispensables pour éviter le rejet de la requête. Il faudra notamment :

1. Dresser une liste exhaustive des pièces justificatives, en les numérotant si besoin est ;

2. Toujours transmettre lesdites pièces justificatives en original ou en copies certifiées conformes (l'article 4 de l'AUPRSVE refuse la production de simples copies) ;

3. Porter en évidence dans les pièces justificatives le

document principal constituant la preuve de la nature contractuelle de votre créance ;

4. Ne pas hésiter à souligner les dispositions contractuelles dont l'exécution est réclamée (exemple : application d'une clause pénale) ;

5. Établir un décompte détaillé de la créance reprenant de manière exhaustive la totalité des sommes dues et la totalité des acomptes éventuellement reçus du débiteur ;

6. Être le plus précis possible dans la désignation des divers postes de la créance (principal, actualisation du principal, intérêts échus, clause pénale, etc.) ;

La plus grande précision est recommandée. Il est par exemple préférable de produire, outre éventuellement le contrat initial, l'ensemble des factures et décomptes afférents à la créance.

81. La preuve est beaucoup plus légère dans l'injonction de délivrer ou de restituer, puisque l'article 21 in fine de l'AUPRSVE se contente de poser la règle qu'« *Elle (la requête) est accompagnée de l'original ou de la copie certifiée conforme de tout document justifiant cette demande* ».

82. Bien que cela ne transparaissent pas à la lecture des articles 4 et 21 de l'AUPRSVE, il est d'usage commun, comme en général dans tout domaine de décision gracieuse, de rédiger non seulement la requête mais également le projet d'ordonnance (*décision du magistrat*). Dans l'injonction de payer on laissera bien évidemment, en blanc, les postes de créances afin de laisser au magistrat l'opportunité de sa décision. Il ne faut pas oublier qu'en cas de rejet de la requête la décision du magistrat sera sans recours pour le requérant (articles 5 et 22 de l'AUPRSVE). Il est donc déterminant de gérer avec beaucoup de sérieux cette préparation du dossier. La présentation obscure, voire désordonnée de la demande, conduira inmanquablement à un rejet qui contraindra le requérant créancier, dès lors, à assigner en droit commun ; procédure beaucoup plus lourde et coûteuse.

83. Les copies certifiées conformes des pièces produites sont conservées au greffe (article 6 alinéa 1 de l'AUPRSVE). Dans l'injonction de délivrer ou de restituer et aux termes de l'article 23 de l'AUPRSVE « *La décision portant injonction de délivrer ou de restituer, accompagnée des copies certifiées conformes des pièces produites à l'appui de la requête, est signifiée par acte extrajudiciaire à celui qui est tenu de la remise, à l'initiative du créancier.* » Le débiteur pourra, après signification de l'ordonnance d'injonction de payer, consulter auprès du greffe, les documents que le créancier aura présenté à l'appui de sa requête (article 8 dernière puce de l'AUPRSVE). La pertinence des documents produits peut donc permettre de convaincre non seulement le président de la juridiction compétente mais encore le débiteur et éviter ainsi une opposition à l'ordonnance.

V - Effets sur la prescription

84. La présentation de la requête devant le juge est un acte non contradictoire qui n'est pas opposable au débiteur. Elle n'a donc aucun effet sur la prescription. La prescription n'est pas interrompue par la présentation de la requête. Seule la signification de l'ordonnance portant injonction interrompt la prescription éventuellement encourue. La date à laquelle l'ordonnance portant injonction sera prise par le président de la juridiction compétente et la date à laquelle cette décision pourra être signifiée sont aléatoires. Dans de telles conditions, seule une assignation selon les règles de procédure de droit commun permet de sauvegarder les droits du créancier.

§3 - Ordonnance portant injonction

85. Alors que saisi d'une requête en injonction de payer l'article 5 alinéa 1^{er} de l'AUPRSVE donne la possibilité au magistrat de rendre une décision d'acceptation partielle ou totale de la demande : « *Si, au vu des documents produits, la demande lui paraît fondée en tout ou partie, le président de la juridiction compétente rend une décision portant injonction de payer pour la somme qu'il fixe* », saisi d'une requête en injonction de délivrer ou de restituer, l'article 23 de l'AUPRSVE lui permet seulement de rendre l'ordonnance ou de rejeter la requête : « *Si la demande paraît fondée, le président de la juridiction compétente rend une décision au pied de la requête portant injonction de délivrer ou de restituer le bien litigieux* ».

A - Instruction de la requête

86. L'AUPRSVE ne le dit pas, mais la requête doit être étudiée « à tête reposée » ; ce qui laisse entendre, sans doute qu'il est souhaitable que le président l'examine dans le silence de son cabinet, à l'écart des agitations de l'audience. On en retiendra alors que la procédure d'information a un caractère secret. Mais on observera surtout que, dans la phase initiale de l'instruction, la procédure a un caractère essentiellement écrit, en ce sens que le président trouve les premiers éléments de sa décision dans les pièces et documents annexés à la requête. Souvent d'ailleurs, ce premier examen suffit à l'éclairer. En conclusion, on retiendra l'extrême souplesse des formes et la grande liberté qui règne en matière d'instruction.

B - Décision du président de la juridiction

L'ordonnance d'injonction relève de la juridiction gracieuse.

I - Motivation de la décision

87. Comme toute ordonnance rendue sur requête, le magistrat n'a pas d'obligation de motiver sa décision (*Cass. 2^e civ. 29 nov. 1990, Bull. civ. II, n^o 103 ; JCP D 1990, IV, p. 270*). La décision relève pleinement de l'imperium, c'est-à-dire du libre arbitre du magistrat. Cette décision purement gracieuse ne souffre aucun recours. On a pu dénoncer les effets critiquables de ce pouvoir discrétionnaire ; certains juges se montrant très réticents à satisfaire de telles demandes unilatérales en ayant le sentiment de « condamner sans débat contradictoire » (*v. Lescaillon, L'injonction de payer : Rev. huissiers, 10 nov. 1979, p. 649*). Ce sentiment n'est pas fondé puisque le fait d'obtenir une injonction de payer n'établit pas une présomption au bénéfice du créancier (*v. Perrot, L'injonction de payer, Conférence Poitiers, mars 1980*).

II - Options offertes au magistrat

88. Deux possibilités s'ouvrent au juge saisi de la requête : soit il rejette la demande, soit il l'admet, en totalité ou en partie pour ce qui de la requête en injonction de payer.

a - Rejet de la requête

89. Si, au vu des documents produits, la demande lui paraît mal fondée, le juge rejette la requête. Ce rejet est sans recours possible pour le créancier, sauf à celui-ci à poursuivre selon les voies du droit commun (*art. 5 al. 2 ; 22*). Pour lui permettre d'agir en ce sens, la requête et les documents produits sont restitués au requérant (*art. 6 al. 2. 24*). La décision de rejet peut cependant résulter d'une absence de justificatifs ou d'explications. Dans un tel cas, certains magistrats, avant de rejeter une requête, adressent une demande de renseignements au créancier. Le juge peut également indiquer en quelques mots sur la requête les motifs de son rejet pour permettre au créancier de produire, le cas échéant, dans une nouvelle requête, les pièces réclamées.

90. Dans la pratique des ordonnances sur requêtes, la décision de rejet ne prend pas toujours la forme d'une ordonnance. Souvent, le Président avise officieusement l'avocat et, après explications verbales, l'invite à retirer sa requête, ce qui le dispense d'avoir à la rejeter au sens formel du terme. À supposer qu'une ordonnance de rejet soit effectivement rendue, il est extrêmement rare qu'elle soit motivée. Dans bien de cas, la Président se borne à inscrire, au pied de la requête, la simple mention « N'y a lieu ». De toute manière, une ordonnance de rejet de la demande rendue par le magistrat saisi n'a pas autorité de chose jugée. À ce titre, il est tout à fait légitime, pour le requérant débouté de saisir la juridiction

compétente en droit commun pour voir statuer sur sa demande. C'est d'ailleurs ce qui est prévu à l'article 5 alinéa 2 de l'AUPRSVE précise, à ce titre, que : « *Si le président de la juridiction compétente rejette en tout ou en partie la requête, sa décision est sans recours pour le créancier sauf à celui-ci à procéder selon les voies de droit commun* » et à l'article 22 de l'AUPRSVE dispose « *Si la juridiction saisie rejette la requête, sa décision est sans recours pour le créancier sauf à celui-ci à procéder selon les voies de droit commun* ». Cette action possible en droit commun est en étroite corrélation avec la nature même de cette ordonnance de rejet. Relevant du domaine gracieux, une telle décision n'a pas autorité de chose jugée et n'interdit donc nullement le recours aux voies de droit commun. En un mot, ce rejet total met fin, purement et simplement, à la procédure d'injonction. En effet, si le magistrat rejette la totalité de la demande, il n'y a pas lieu de signifier cette ordonnance de rejet si elle est rédigée.

91. Mais le rejet n'est pas sans conséquences juridiques importantes : compte tenu des délais de réponse du magistrat, le demandeur peut voir son action prescrite ; en revanche, les mesures conservatoires préalables peuvent être sauvegardées

92. En l'absence d'un texte particulier, et compte tenu des dispositions de l'article 2247 du code civil, l'ordonnance de rejet n'a aucun effet interruptif de prescription, au contraire du certificat d'injonction accueillant la demande. Il est dès lors primordial de se montrer vigilant :

- en amont, en évitant de présenter une requête de cet ordre pour une créance susceptible d'être prescrite rapidement ;
- en aval, à la suite de cette ordonnance de rejet, en assignant, au plus vite, la partie adverse devant la juridiction compétente en droit commun pour éviter cette même menace de prescription.

93. Au regard de l'article 61 de l'AUPRSVE la requête en injonction de payer est considérée comme une « saisine » du juge du fond. En cas de rejet de cette requête présentée nécessairement dans le mois suivant la mesure conservatoire, le délai est reporté d'un mois à compter de l'ordonnance de rejet afin de permettre au demandeur d'attirer la partie adverse devant le juge du fond. Ces dispositions particulières consacrent donc incidemment cette nature de saisine, même particulière dans son expression, du juge du fond, de la requête en injonction de payer.

b - Admission de la requête

94. L'acceptation de la demande par le magistrat peut être totale. Mais en matière d'injonction de payer, elle peut aussi n'être que partielle.

1 - Acceptation totale

95. Si, au vu des documents produits, la demande lui paraît fondée en tout ou partie, le juge rend une ordonnance portant injonction de payer pour la somme qu'il retient (*article 5, al. 1^{er}, 23 de l'AUPRSVE*). Dans cette hypothèse, le créancier devra alors poursuivre la procédure et, notamment, confier l'ordonnance à un huissier de justice aux fins de signification. L'ordonnance et la requête sont conservées à titre de minute entre les mains du greffier. De même, les documents originaux produits à l'appui de la requête sont restitués au demandeur et leurs copies certifiées conformes sont conservées au greffe (*article 5, al. 1^{er} de l'AUPRSVE*).

2 - Acceptation partielle

96. Cette acceptation partielle n'est permise que pour l'injonction de payer. Elle n'est pas possible dans l'injonction de délivrer ou de restituer.

97. Les dispositions de l'article 5 alinéa 2 de l'AUPRSVE sont particulièrement explicites sur ce point et n'appellent pas de commentaires particuliers : dans le cas où le juge ne retient la requête que pour partie, sa décision est sans recours, sauf au créancier à ne pas signifier l'ordonnance et à procéder selon les voies du droit commun. Le législateur OHADA a ainsi pris acte des difficultés qui survenaient auparavant dès lors que le magistrat ne pouvait rendre une ordonnance partielle d'injonction de payer, notamment au regard de l'application de clauses pénales contractuelles. En revanche, cette « nouvelle » hypothèse d'acceptation partielle de la demande nécessite une précision quant au recours possible. Ainsi qu'il résulte de l'alinéa 2 de l'article 5 de l'AUPRSVE : « *Si le président de la juridiction compétente rejette en tout ou en partie la requête, sa décision est sans recours pour le créancier sauf à celui-ci à procéder selon les voies de droit commun* ». On devrait, au regard de l'alinéa 2 de l'article 5 de l'AUPRSVE conclure que dans l'hypothèse d'une acceptation partielle de la demande, une option reste ouverte au créancier requérant qui peut ne pas signifier l'ordonnance et procéder selon les voies de droit commun. Cette analyse est d'autant plus exacte que la décision portant injonction de payer est non avenue si elle n'a pas été signifiée dans les trois mois de sa date (*article 7 alinéa 2 de l'AUPRSVE*).

98. L'option ouverte au créancier est grave de conséquences. Dans la mesure où l'ordonnance portant injonction de payer a vocation à devenir un jugement contradictoire en dernier ressort, revêtu de l'autorité de la chose jugée comme un véritable jugement contentieux définitif, le créancier qui poursuivrait l'exécution pour la somme retenue par le juge serait privé, par application des principes qui gouvernent l'autorité de la chose jugée, de la faculté de poursuivre pour le surplus selon

les voies du droit commun. La signification de l'ordonnance, dans cette hypothèse, implique acquiescement par le créancier à la décision du magistrat. On ne pourra en aucun cas imaginer un recours, en droit commun pour le complément de la demande. Il importe donc de parfaitement analyser l'étendue du rejet partiel du magistrat avant de décider de la poursuite ou de l'arrêt de la procédure simplifiée par cette signification de l'ordonnance. L'autorité de la chose jugée de nature à prohiber au créancier le recouvrement du surplus de sa créance postule l'existence d'un véritable jugement contentieux définitif, en l'occurrence une ordonnance portant injonction de payer revêtue de la formule exécutoire. Par suite, le créancier qui aurait pris la décision de faire signifier une ordonnance portant injonction de payer à son débiteur, alors que sa requête n'est admise que partiellement, pourra toujours se raviser en renonçant à solliciter, dans le délai imparti, l'apposition de la formule exécutoire qui, seule, a pour effet de faire produire à l'ordonnance portant injonction de payer les effets d'un jugement contradictoire (*article 17, al. 2 de l'AUPRSVE*). Le non-avènement qui, en pareille occurrence, frappe l'ordonnance portant injonction de payer est, sans conteste, de nature à permettre au créancier de poursuivre le recouvrement de l'intégralité de sa créance selon la procédure du droit commun, voire selon la procédure particulière de l'injonction de payer.

99. On doit toutefois demeurer perplexe devant un état du droit dans le cadre duquel, faute d'une claire explicitation de la solution retenue dans le texte de l'article 5 de l'AUPRSVE, la préservation des intérêts du créancier dépend de l'inobservation - volontaire ou involontaire - par ce dernier des prescriptions légales qui imposent le respect d'un délai... inobservation qui aura pour conséquence que la requête en injonction (*articles 7 alinéa 2 et 25 de l'AUPRSVE*) ou l'ordonnance portant injonction (*article 17 alinéa 2 de l'AUPRSVE*) seront non avenues, le créancier recouvrant de la sorte la faculté d'agir par la voie du droit commun.

100. Le président de la juridiction compétente peut accorder des délais de paiement. Cette possibilité résulte de l'article 39 de l'AUPRSVE. Il semble cependant nécessaire que le magistrat soit en mesure d'apprécier la situation du débiteur et les besoins du créancier. La procédure n'étant pas contradictoire au stade de la présentation de la requête, le débiteur n'a pas l'occasion de faire état de ses éventuelles difficultés financières. L'octroi de délais de grâce d'office ne peut donc être qu'exceptionnel.

c - Conservation de l'ordonnance et de la requête

101. L'ordonnance portant injonction de payer et la requête sont conservés à titre de minute au greffe (*article 6 alinéa 1 et 23 de l'AUPRSVE*)

C - Suites de l'ordonnance

I- Signification de l'ordonnance

a - Généralités

102. Les articles 6, 7, 8 et 17 de l'AUPRSVE organisent le suivi « administratif » de l'ordonnance d'injonction de payer : l'ensemble du dossier (requête, ordonnance, pièces justificatives produites) est conservé au greffe du tribunal saisi (*article 6 alinéa 1^{er} et 23 de l'AUPRSVE*). Dans l'hypothèse d'une ordonnance de rejet, le dossier est à restituer en sa totalité au requérant, ceci pour la raison simple, outre qu'une telle ordonnance met un point final à la procédure d'injonction de payer, que le requérant peut toujours introduire une action en droit commun et aura, en conséquence, la nécessité d'être en possession des pièces justificatives précédemment produites (*article 6 alinéa 2 et 24 de l'AUPRSVE*).

b - Importance de la signification

103. Pour permettre au débiteur de se déterminer, il importe de porter l'ordonnance d'injonction de payer rendue par le juge à sa connaissance. Pour ce qui est de l'injonction de payer, aux termes de l'article 7, alinéa 1^{er} de l'AUPRSVE, une copie certifiée conforme de la requête et de l'ordonnance est signifiée, à l'initiative du créancier, à chacun des débiteurs. Pour ce qui est de l'injonction de délivrer ou de restituer l'article 25 de l'AUPRSVE porte que « *La décision portant injonction de délivrer ou de restituer, accompagnée des copies certifiées conformes des pièces produites à l'appui de la requête, est signifiée par acte extrajudiciaire à celui qui est tenu de la remise, à l'initiative du créancier.* » En matière d'injonction, la signification revêt une importance capitale, dans la mesure où elle autorise à donner un sens au silence du débiteur, un silence qui, parce que le débiteur aura été informé de l'injonction délivrée à son encontre et des conséquences qui peuvent en résulter pour lui, légitime l'émanation d'un titre exécutoire en l'absence de toute contradiction.

104. Surtout, par la signification de l'ordonnance accueillant partiellement ou totalement la requête, le créancier informe le débiteur de l'action diligentée contre lui. La procédure, jusqu'alors totalement unilatérale, et inconnue du débiteur, devient sinon contradictoire, du moins potentiellement contentieuse, ainsi qu'il résulte des articles 8 et 9 de l'AUPRSVE, le débiteur peut s'opposer à l'ordonnance portant injonction de payer. On comprend, compte tenu de l'importance des conséquences juridiques de l'absence de contestation de la part du débiteur intimé, le souci particulièrement grand, exprimé par le législateur, au travers de toutes ces dispositions des articles 6 et suivants et 25 de l'AUPRSVE. En effet, il veut assurer la pleine information du débiteur intimé.

c - Forme et contenu de la signification

1 - Ministère d'huissier

105. Les articles 7 et 25 de l'AUPRSVE disent que la décision du juge est portée à la connaissance du débiteur par acte extrajudiciaire. Madame Anne-Marie Assi-ESSO, analysant la notion d'acte extrajudiciaire y range les actes d'huissier de justice, mais aussi la lettre recommandée avec accusé de réception (*commentaire sous article 7 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, Livre vert*). Nous ne partageons pas cette interprétation. Le recours à un huissier de justice est indispensable. Les articles 7 et 25 de l'AUPRSVE parlent bien de « signification ». La terminologie employée interdit la notification de cette copie par lettre recommandée, cette dernière ne pouvant se substituer à la signification par huissier de justice (*TGINîmes, 29 juin 1982 : D. 1983, note Pansier*). Pour assurer une meilleure information du débiteur, le législateur a généralisé le principe de la notification de l'ordonnance d'injonction par un huissier de justice auquel il a confié la tâche d'appeler l'attention du débiteur sur les effets attachés à l'ordonnance portant injonction et sur les conséquences de l'absence d'opposition. Il y a donc lieu pour le créancier, dès réception de la requête et de l'ordonnance du greffe du tribunal, d'en transmettre une copie à un huissier de justice territorialement compétent de la juridiction où demeure le débiteur intimé, pour signification. Dans l'hypothèse où plusieurs débiteurs sont concernés par la même ordonnance, et que ces derniers résident dans des lieux sur lequel l'huissier de justice territorialement compétent de la juridiction ne peut agir, il conviendra pour le créancier d'avoir recours, simultanément, à autant d'officiers ministériels différents qu'il y aura de ressorts territoriaux différents.

106. On peut remarquer à cet égard que cette signification est laissée à l'initiative du créancier requérant et demeure donc optionnelle (*articles 7 et 25 de l'AUPRSVE*). Dans la pratique, il arrive parfois que le règlement de la dette par le débiteur intervienne avant même que l'ordonnance d'injonction de payer ne soit rendue, à la suite de relances amiables fructueuses. Dans cette hypothèse, la créance étant recouvrée, il n'y aura plus d'utilité à continuer la procédure diligentée et à respecter les obligations inhérentes aux articles 7 et suivants de l'AUPRSVE. Il peut arriver pendant ce même temps que la délivrance ait lieu.

107. Quelle sera la sanction du défaut de signification de cette ordonnance ? Tout simplement sa caducité, prévue par les articles 7 alinéa 2 et 25 in fine de l'AUPRSVE aux termes duquel l'ordonnance portant injonction est non avenue si elle n'a pas été signifiée dans les 3 mois de sa date. La Cour de cassation ajoute d'ailleurs que si, en vertu de l'article 1206 du code civil, les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent

la prescription à l'égard de tous, la signification de l'ordonnance d'injonction de payer à l'un seul d'entre eux est non avenue à l'égard des autres si elle ne leur a pas été signifiée dans les délais (*Cass. 1^{er} civ., 30 mars 2004, n° 01-14.562, Guimard C/ Finaref et al.*). Il conviendra de se prémunir des effets d'une caducité dans la gestion courante des dossiers. Ceci implique notamment :

- de ne pas différer la signification de l'ordonnance au point d'être atteint par ce délai de caducité, même dans l'hypothèse d'un plan de règlement amiable concédé au débiteur et susceptible d'excéder cette période de 3 mois ;
- de relancer systématiquement les greffes des tribunaux par-devant lesquels le créancier a adressé une requête, afin de détecter les éventuelles pertes dans la transmission des ordonnances. En effet, ce n'est bien évidemment pas la date de réception effective de l'ordonnance par le créancier qui constitue le point de départ du délai de trois mois, mais la date à laquelle a été rendue l'ordonnance à signifier (« ... dans les trois mois de sa date »),

2 - Objet de la signification

108. Dans l'injonction de payer, c'est une copie certifiée conforme de l'expédition de la requête et de la décision d'injonction de payer qui est signifiée (*article 7 de l'AUPRSVE*). Dans l'injonction de délivrer c'est la décision portant injonction de délivrer ou de restituer, accompagnée des copies certifiées conformes des pièces produites à l'appui de la requête qui est signifiée (*article 25 de l'AUPRSVE*)

3 - Mentions obligatoires

109. En ce qui concerne l'injonction de payer, le contenu de la signification est donné à l'article 8 de l'AUPRSVE. À peine de nullité, l'acte de signification de l'ordonnance portant injonction de payer contient, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, sommation d'avoir, soit payer au créancier, le montant de la somme fixée par l'ordonnance, ainsi que les intérêts et frais de greffe dont le montant est précisé, soit, si le débiteur a à faire valoir des moyens de défense, à former opposition à l'ordonnance afin de saisir le tribunal de l'ensemble du litige. Sous la même sanction, l'acte de signification doit encore : 1° indiquer le délai dans lequel l'opposition doit être formée, le tribunal devant lequel elle doit être portée et les formes selon lesquelles elle doit être faite ; 2° avertir le débiteur qu'il peut prendre connaissance au greffe *de la juridiction compétente dont le président a rendu la décision d'injonction de payer*, des documents produits par les créanciers et que, à défaut d'opposition dans le délai indiqué, il ne pourra plus exercer aucun recours et pourra être contraint par toutes voies de droit de payer les sommes réclamées.

110. En ce qui concerne l'injonction de délivrer ou de restituer, le contenu de la signification est donné à l'article 25 de l'AUPRSVE. La signification contient, à peine de nullité, sommation d'avoir, dans un délai de quinze jours : – soit à transporter, à ses frais, le bien désigné en un lieu et dans les conditions indiqués, – soit, si le détenteur du bien a des moyens de défense à faire valoir, à former opposition au greffe de la juridiction qui a rendu la décision, par déclaration écrite ou verbale contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, faute de quoi la décision sera rendue exécutoire.

111. Ce formalisme paraît justifié car la signification représente bien « la pierre angulaire de la procédure » (*v. Perrot, L'injonction de payer, Conférence de Poitiers, mars 1980*). Le débiteur est, par cet acte, et cet acte seulement, informé de la requête présentée et de l'ordonnance rendue. Il est alors incité soit à s'exécuter, soit à contester la demande. Une signification qui n'aboutirait pas à informer d'une manière certaine et effective le débiteur, se révélerait particulièrement dangereuse, le silence de ce dernier valant, dans le cadre spécifique de la procédure d'injonction, acceptation de la demande formulée à son encontre.

112. On doit cependant admettre que le délai pour formuler opposition à une ordonnance d'injonction de payer ne doit être rappelé que dans l'acte de signification de cette ordonnance et non dans les actes postérieurs au procès-verbal de signification. C'est ainsi que ce rappel n'a pas lieu de figurer dans une dénonciation de saisie-attribution, même en l'absence de signification à personne des actes précédant cette saisie-attribution (*Cass. 1^{er} civ., 8 mars 2001, n° 99-14.411 : Bull. civ. II, 11° 45*). En l'espèce, la Cour de cassation rappelle, à bon droit, qu'aucun texte n'exige que le délai pour faire opposition à une ordonnance d'injonction de payer soit mentionné sur un autre acte que celui portant signification de cette ordonnance. C'est pourquoi le formalisme des articles 8 et 25 de l'AUPRSVE ne perdure pas pour les actes postérieurs au procès-verbal de signification de l'ordonnance portant injonction de payer.

113. On connaît la portée relative d'une telle sanction de nullité de forme, en matière d'actes de procédure. Cependant, il est bien évident, en la matière, que l'irrespect d'un des éléments formels prescrits par ces articles 8 et 25 de l'AUPRSVE aboutira toujours au prononcé de la nullité de l'acte comportant ce vice de forme. Par nature, en effet, un tel vice entraîne un préjudice pour l'intimé n'ayant pas bénéficié de l'information pleine et entière. L'existence de ce préjudice confortera le prononcé de la sanction. On a pu, ainsi, à l'extrême, juger qu'un acte de signification était nul pour avoir causé grief au débiteur en le privant de la connaissance du montant exact de sa dette. En effet, l'acte ne comportait pas le montant des intérêts échus mais seulement la mention « plus les intérêts

de droit dont le compte définitif sera établi lors de votre règlement » (*CA Versailles, 1^{er} ch., sect. B, 21 mai 1999, n° 97/3925, Loca Din c/ Totier*). On doit, cependant, s'étonner d'une telle rigueur. La méthode de calcul des intérêts donnée dans l'acte de signification, permettait en effet au débiteur de connaître le montant de sa dette.

114. L'existence d'un préjudice causé par cette « carence » d'information paraît peu plausible. Une telle jurisprudence paraît extrême, voire « extrémiste ». Les dispositions des articles 8 in fine et 25 de l'AUPRSVE requièrent bien de l'adversaire qui invoque la nullité de l'acte d'apporter la preuve du grief que lui cause l'irrégularité commise. C'est ainsi qu'il a pu être considéré que la signification d'une ordonnance d'injonction de payer ne comportant pas toutes les mentions requises n'était pas nulle si le débiteur avait bien fait opposition dans les délais (*Tcom. Dieppe, 28 juin 2002, Cedilla c/ Internet.fr*). La signification de l'ordonnance d'injonction de payer est ainsi devenue, au travers de l'AUPRSVE, particulièrement formaliste.

4 - Modalités de signification.

115. La signification de l'ordonnance portant injonction de payer est réalisée selon les règles habituelles : en principe, à la personne du débiteur ou si la signification à personne s'avère impossible à son domicile ou à sa résidence. En cette matière, la signification à personne revêt toutefois une importance particulière. Lorsque la signification de l'ordonnance d'injonction est réalisée à la personne du débiteur, elle a pour effet de faire courir le délai de quinze jours pendant lequel le débiteur peut former opposition à compter du jour de la signification de l'acte (*article 16 de l'AUPRSVE*). Par ailleurs, aux termes des articles 7, alinéa 2 et 25 de l'AUPRSVE, la signification de l'ordonnance portant injonction au débiteur doit intervenir dans les trois mois de sa date à peine de non-avènement.

Conseil pratique :

L'huissier de justice devra tout particulièrement privilégier la signification à la personne du débiteur, pour permettre de faire courir le plus tôt possible les délais pendant lesquels des voies de recours sont ouvertes à ce même débiteur.

5 - Effet de la signification

116. Qu'elle ait été réalisée à la personne du débiteur, à son domicile ou à sa résidence, la signification de l'ordonnance portant injonction de payer constitue une citation en justice interruptive de prescription au sens de l'article 2244 du Code civil. Elle vaut en outre mise en demeure. À ce titre, elle a pour effet de faire courir les intérêts moratoires (*C. civ., art. 1153*).

117. La signification de l'ordonnance d'injonction de payer emporte, en outre, des effets spécifiques en fonction de l'attitude adoptée par le débiteur. En premier lieu, quelles que soient ses modalités, la signification de l'ordonnance d'injonction de payer fait courir le délai de quinze jours à l'expiration duquel, en l'absence d'opposition, le créancier peut demander l'apposition de la formule exécutoire sur l'ordonnance rendue (*article 16, alinéa 1 et 27 de l'AUPRSVE*). En second lieu, à la condition qu'elle ait été réalisée à la personne du débiteur, la signification de l'ordonnance d'injonction fait courir le délai de quinze jours pendant lequel le débiteur peut former opposition (*article 10, alinéa 1 de l'AUPRSVE*). Enfin, on se doit de remarquer que l'ordonnance rendue par le magistrat et signifiée par un huissier de justice ne constitue pas encore un titre exécutoire autorisant le recours à la procédure d'exécution. Elle est, en effet, soumise à l'expiration de ce délai d'opposition. Il y aura donc lieu, afin de rendre cette ordonnance exécutoire, de se plier au formalisme édicté par les articles 16 et 27 de l'AUPRSVE, le délai d'opposition expiré. En revanche, l'ordonnance d'injonction rendue par le magistrat constitue bien une « décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire » au regard des articles 16 et 27 de l'AUPRSVE. En ce sens, cette ordonnance semble permettre toute mesure conservatoire sans autorisation préalable du juge de l'exécution, en vertu des dispositions de l'article 68 de l'AUPRSVE.

6 - Nullité de l'acte de signification

118. En tout état de cause, et la jurisprudence ne s'est jamais démentie sur ce point, l'irrégularité de la signification implique que le délai d'opposition (*quinze jours après signification de l'acte*) n'a pas couru ; même si l'ordonnance est devenue, depuis, exécutoire. La voie d'opposition est donc toujours ouverte au défendeur. Le pourvoi en cassation est d'ailleurs exclu.

119. Nous n'avons, à ce stade de nos commentaires, analysé que le déroulement de la procédure simplifiée dans son cadre unilatéral, écartant dès lors l'hypothèse de la survenance d'une telle opposition dans les délais.

II - Options du débiteur

120. Le débiteur, auquel l'ordonnance portant injonction de payer a été notifiée par un huissier de justice, peut adopter trois attitudes : il peut s'exécuter, il peut garder le silence comme il peut faire opposition.

a - Exécution spontanée

121. Le débiteur peut décider de s'exécuter. S'exécuter dans l'injonction de payer consiste à payer au créancier

la somme fixée par l'ordonnance, ainsi que les intérêts et le montant des frais de greffe. Dans l'injonction de délivrer ou de restituer, s'exécuter consiste à transporter, à ses frais, le bien désigné en un lieu et dans les conditions indiqués. Dans cette première hypothèse, la procédure a atteint son but à peu de frais.

b - Silence du débiteur

122. Le débiteur peut encore choisir de ne pas réagir, de ne pas s'exécuter, de ne pas former opposition. Dans cette deuxième hypothèse, le créancier peut solliciter l'apposition de la formule exécutoire sur l'ordonnance portant injonction (article 16 et 27, alinéa 1 de l'AUPRSVE).

1 - Nécessité d'une demande

123. L'apposition de la formule exécutoire ne peut intervenir qu'à la demande du créancier. Cette demande doit être formulée par le créancier au plus tard dans les deux mois suivant l'expiration du délai d'opposition ; autrement dit, dans le délai de 2 mois à compter du jour de la signification, par acte d'huissier de justice, de l'ordonnance d'injonction (*ou le désistement du débiteur*). La sanction de l'expiration de ce délai est la caducité de l'ordonnance (*article 17 alinéas 1 et 2 de l'AUPRSVE*).

Elle doit, en outre, intervenir dans des limites de temps rigoureuses.

La demande tendant à l'apposition de la formule exécutoire - qui postule que le débiteur poursuivi n'a pas formé opposition - ne peut être présentée que, à l'expiration du délai de quinze jours qui suit la signification de l'ordonnance portant injonction de payer. En revanche, dès lors que ce délai est expiré sans que le débiteur ait formé opposition, cette demande est recevable, quelles que soient les modalités de la signification (*article 16, alinéa 1 de l'AUPRSVE*).

Pareille solution ne manquera pas de surprendre. Il est pour le moins étrange de permettre au créancier de faire apposer la formule exécutoire, alors que l'ordonnance portant injonction de payer - dès lors qu'elle n'a pas été signifiée à la personne du débiteur - peut encore être frappée d'opposition. Toutefois, dans la mesure où, par application des dispositions de l'article 10, alinéa 2 de l'AUPRSVE, lorsque l'ordonnance d'injonction a été signifiée au domicile ou à la résidence du débiteur avec remise de la copie de l'acte à toute personne présente, au gardien de l'immeuble ou à un voisin, voire en mairie, l'opposition est encore recevable, la solution s'imposait... tant il est vrai que l'exécution forcée postule l'existence d'un titre exécutoire (*V. Cass. 2^e civ. 13 nov. 1974, Bull. civ. II, n° 299, Gaz. Pal. 1975.1.139, RTD civ. 1975.378, obs. R. Perrot ; 22 févr. 1977, Bull. civ. II, n° 60, D. 1977, IR 230, obs. P. Julien ; 16 juil. 1979, Bull. civ. II, n° 224 ; 22 oct. 1980, Bull. civ. II, n° 219,*

Gaz. Pal. 1981.2.465, note J. Viatte ; 27 avr. 1981, Gaz. Pal. 1981.2, panor. 340).

124. On ne saurait trop attirer l'attention du créancier sur la nécessité, afin d'éviter une telle caducité :

- de contrôler le retour de l'acte par l'huissier de justice requis, ceci afin d'éviter que l'acte n'ait été signifié, provoquant l'écoulement de ce délai, sans avoir été retourné au créancier, l'empêchant ainsi de présenter cette demande dans le délai prescrit ;
- de formuler cette demande dès que possible, dans la pratique lors de la réception de l'original de l'acte délivré par l'huissier de justice.

125. On doit toutefois réserver l'hypothèse où, suite à la signification de l'ordonnance portant injonction, le débiteur poursuivi a formé opposition dont il s'est ultérieurement désisté dans les conditions prévues à l'article 16, alinéa 1 de l'AUPRSVE. Dans cette hypothèse, l'apposition de la formule exécutoire peut être sollicitée immédiatement, le désistement de l'opposition emportant acquiescement à l'ordonnance portant injonction de payer.

2 - Forme de la demande

126. L'article 17 alinéa 1^{er} de l'AUPRSVE n'impose pas de formalisme particulier sur ce point. La demande, par laquelle le créancier sollicite l'apposition de la formule exécutoire peut être formée par simple déclaration écrite ou verbale adressée au greffe du tribunal ayant rendu l'ordonnance d'injonction (*article 17, alinéa 1 de l'AUPRSVE*). Cette demande qui postule que le débiteur poursuivi n'a pas formé opposition, ne peut être présentée que, à l'expiration du délai de quinze jours qui suit la signification de l'ordonnance portant injonction de payer. En revanche, dès lors que ce délai est expiré sans que le débiteur ait formé opposition, cette demande est recevable, quelles que soient les modalités de la signification (*article 16, alinéa 1 de l'AUPRSVE*). À cette demande sera bien évidemment joint l'acte de signification de l'ordonnance.

3 - Délai

127. La demande tendant à l'apposition de la formule doit intervenir dans le délai de deux mois suivant l'expiration du délai d'opposition ou le désistement du débiteur. À défaut pour le créancier de demander l'apposition de la formule exécutoire dans ce délai, l'ordonnance portant injonction de payer est non avenue (*article 17, alinéa 2 de l'AUPRSVE*). Pour éviter ce non-avènement, le créancier doit impérativement présenter sa demande dans le délai qui lui est imparti. En revanche, la date à laquelle la formule exécutoire sera apposée sur l'ordonnance portant injonction n'a

pas à être prise en considération (*Cass. com.* 7 juil. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 183). Ainsi, par un arrêt en date du 8 mars 2001 (*Procédures, mai 2001, comm. 104, obs. crit. R. Perrot*), la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que l'article 1423 du nouveau code de procédure civile français n'imposait aucun délai pour apposer la formule exécutoire, de sorte qu'une ordonnance portant injonction de payer a pu être revêtue de la formule exécutoire deux années après qu'elle eût été signifiée au débiteur ! Par ailleurs, la Haute juridiction considère aussi que, lorsque la formule exécutoire est délivrée, il y a présomption que la demande a été présentée dans les délais (*V. Cass. 2^e civ. 5 mai 1978, Bull. civ. II*, n° 119 ; *16 janv. 1980, Bull. civ. II*, n° 13).

4 - Demande à l'avance

128. Pour prévenir le risque de non-avènement de l'ordonnance portant injonction, le créancier peut-il saisir le greffier par anticipation d'une demande tendant à ce que, en l'absence d'opposition dans le délai, il appose sur l'ordonnance la formule exécutoire ? La lecture combinée des articles 16 et 17 de l'AUPRSVE laisse croire à l'impossibilité de demander l'apposition de la formule exécutoire par anticipation (*avant l'expiration du délai d'opposition*).

129. Mais cette solution n'est pas satisfaisante. En France, les articles 1422 et 1423 du nouveau code de procédure civile, organisent une chronologie de procédure à la manière des articles 16 et 17 de l'AUPRSVE. Rien ne permet d'affirmer dans ces textes une prohibition d'une telle demande. Par un arrêt en date du 23 janvier 1991, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a estimé qu'aucune disposition légale n'interdisait au créancier de saisir à l'avance le greffier d'une demande tendant à ce que, en l'absence d'opposition dans le délai, il appose sur l'ordonnance la formule exécutoire (*Bull. civ. II*, n° 29, *D. 1992, somm. 124* [3^e esp.], *obs. P. Julien, Rev. huissiers 1991.237, obs. R.S., RTD civ. 1991.177, obs. crit. R. Perrot ; dans le même sens, V. Cass. 2^e civ. 28 juin 2001, n° 99-18.491*). L'arrêt précité, de la Cour de cassation, est d'ailleurs clair à ce propos : « *attendu qu'il n'existe aucune disposition interdisant au créancier de saisir à l'avance le greffier d'une demande tendant à ce que, en l'absence d'opposition dans le délai, il appose sur l'ordonnance la formule exécutoire* ».

130. La Cour de cassation s'est montrée constante en la matière, admettant ces demandes anticipées formulées dès le retour de la signification de la requête et du certificat d'injonction de payer avant même l'expiration du délai d'opposition. La cour rappelle, d'ailleurs à cet égard que, pour le demandeur, la date à retenir quant à la formulation de la requête est la date de la déclaration au greffe ou du cachet du bureau d'émission lors d'un envoi

postal, et qu'une telle date ne peut être confondue avec une date de réception ou de traitement de la demande par les services du greffe (*Cass. 2^e civ., 28 juin 2001, n° 99-18.491, Marcadon c/ CRCAM du Centre EST*). C'est dans le même sens, qu'une ordonnance d'injonction de payer a pu être revêtue de la formule exécutoire près de 2 ans après la demande sans aucune sanction particulière (*Cass. 2^e civ., 8 mars 2001, n° 99-15.089, Carre c/ Covefi*). L'article 17 de l'AUPRSVE n'imposant aucun délai pour apposer la formule exécutoire.

131. Fort de cette jurisprudence, nous conseillons, au contraire, de formuler cette demande d'apposition de la formule exécutoire au greffe dès le retour de l'acte de signification de l'ordonnance d'injonction de payer, puisque, aussi bien, cela constitue déjà un « traitement obligé » du dossier pour le règlement de la prestation de l'huissier de justice, et la prise en compte de la date de signification dans la gestion de la procédure.

5 - Effets de l'ordonnance devenue exécutoire

132. Revêtue de la formule exécutoire, l'ordonnance portant injonction produit tous les effets d'un jugement contradictoire en dernier ressort (*article 16 alinéa 2 de l'AUPRSVE*) : « Celle-ci (l'ordonnance) produit tous les effets d'une décision contradictoire et n'est pas susceptible d'appel ». Elle possède l'autorité de la chose jugée comme un véritable jugement contentieux définitif. L'autorité, qui s'attache à une telle ordonnance, prohibe que l'on puisse contester la validité du contrat qui a servi de fondement à l'ordonnance portant injonction (*Cass. 2^e civ. 29 mai 1979, Bull. civ. II*, n° 167) ou prétendre que la créance est inexistante (*Cass. 2^e civ. 14 avr. 1961, Bull. civ. II*, n° 271), qu'elle présente un caractère éventuel (*Cass. 1^{re} civ. 7 mars 1995, n° 93-04.130, inédit*) ou qu'elle est atteinte par la prescription (*Cass. 2^e civ. 24 mai 1978, Bull. civ. II*, n° 140).

133. L'ordonnance revêtue de la formule exécutoire... produit tous les effets d'une décision contradictoire (*article 16 de l'AUPRSVE*). Elle peut donc immédiatement faire l'objet d'une exécution forcée. Cela explique la pratique, devenue courante, de la signification par un seul et même acte de cette ordonnance et d'un commandement de payer par l'huissier de justice requis pour procéder à l'exécution. Dans le même ordre d'idée, cette ordonnance revêtue de la formule exécutoire, bien qu'ultérieurement frappée d'une opposition, demeure un titre exécutoire « provisoire » « jusqu'à expiration du délai d'opposition, ou, en cas d'opposition, jusqu'au jugement du tribunal ». En ce sens, et en application des dispositions de l'article 32 de l'AUPRSVE, ce titre provisoire autorise l'exécution forcée, nonobstant opposition. L'exécution est alors poursuivie au risque du créancier qui, si le titre est ultérieurement modifié, devra restituer le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent.

134. Pour être mise à exécution, l'ordonnance portant injonction de payer, revêtue de la formule exécutoire, doit être signifiée au débiteur. Lorsqu'elle est signifiée au débiteur, l'ordonnance légitime le créancier à poursuivre l'exécution de la décision obtenue au même titre qu'un jugement ordinaire. À ce stade, dès lors que l'ordonnance portant injonction peut encore, si elle n'a pas été signifiée à la personne du débiteur, faire l'objet d'une opposition, l'exécution forcée de l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire n'en demeure pas moins problématique. Inextricable par le secours des textes qui régissent la matière, la réponse à apporter à cette délicate question peut consister à trancher entre deux solutions extrêmes : soit que l'on considère que l'opposition formée par le débiteur fait perdre toute force exécutoire à l'ordonnance portant injonction de payer, de sorte que la mainlevée de la saisie attribution pratiquée s'impose comme une conséquence naturelle de la voie de droit mise en œuvre ; soit que l'on estime que l'opposition formée par le débiteur a pour seule conséquence de transformer l'ordonnance portant injonction de payer en un titre provisoire dont, par application des dispositions de l'article 32 de l'AUPRSVE, l'exécution peut être poursuivie jusqu'à son terme.

135. La Cour de cassation a été sollicitée pour donner son avis dans une espèce semblable. Ainsi, par une demande formulée le 27 décembre 1995, le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Blois a sollicité l'avis de la Haute juridiction pour connaître le sort qu'elle estimait devoir être réservé à une saisie-attribution pratiquée en vertu d'une ordonnance portant injonction de payer revêtue de la formule exécutoire mais frappée d'une opposition... opposition qui, dans la mesure où la signification de l'ordonnance portant injonction de payer n'a pas été faite à la personne du débiteur, demeure recevable jusqu'à l'expiration du délai suivant le premier acte signifié à personne ou, à défaut, suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponible en tout ou partie les biens du débiteur. La Haute juridiction a apporté « une réponse de sagesse et de bon sens » à la question posée. Elle répond que cette opposition ne peut pas conduire à ordonner la mainlevée de la saisie-attribution pratiquée, mais fait obstacle, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'opposition par la juridiction compétente, au paiement au créancier des sommes rendues indisponibles (*Cass. avis 8 mars 1996, D. 1996, somm. 360 [2^e esp.], obs. P. Julien, Procédures, juillet-août 1996, comm. 215, obs. R. Perrot, RTD civ. 1996.714 obs. R. Perrot ; rapp. Cass. 2^e civ. 24 sept. 1997, Bull. civ. II, n° 238, RTD civ. 1997.994, obs. R. Perrot*). De la sorte, quels que puissent être les aléas qui affectent la signification à personne de l'ordonnance portant injonction, même si ceux-là sont de nature à créer une inégalité entre les débiteurs dont la cause risque de ne pas toujours être légitime, il est permis de croire que les intérêts du débiteur qui, faute d'avoir eu le loisir de former opposition dans le délai parce que la signification

n'aura pas été réalisée à sa personne, devra subir une mesure d'exécution, sont préservés... sans méconnaître les intérêts non moins légitimes du créancier.

6 - Restitution des copies certifiées des documents produits

136. Dès apposition de la formule exécutoire, le créancier peut solliciter la restitution des pièces certifiées conforme en application de l'article 17 alinéa 3 de l'AUPRSVE :

Les copies certifiées conformes des documents produits par le créancier et conservés provisoirement au greffe lui sont restituées sur sa demande dès l'opposition ou au moment où la décision est revêtue de la formule exécutoire.

7 - Voies de recours ouvertes contre l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire

137. La question des voies de recours ouvertes contre l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire est délicate. En prélude, on observera que, puisque la demande d'apposition de la formule exécutoire peut être présentée quel que soit le mode de signification de l'ordonnance portant injonction de payer, même lorsque la signification n'a pas été réalisée à la personne du débiteur, l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire peut être frappée d'opposition. Cette opposition ne constitue pas une voie de recours au sens premier du terme. Tout d'abord, par application des dispositions de l'article 10, alinéa 2 de l'AUPRSVE, lorsque la signification n'a pas été réalisée à personne, le débiteur peut former opposition jusqu'à l'expiration du délai de quinze jours qui suit le premier acte signifié à personne ou, à défaut, la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponible en tout ou partie les biens du débiteur. Ensuite, lorsque la signification de l'ordonnance portant injonction est entachée d'une irrégularité, dans la mesure où une signification irrégulière n'est pas de nature à faire courir le délai d'opposition, le débiteur peut former opposition. Cette opposition constitue la seule voie de droit par l'entremise de laquelle le débiteur aura loisir de dénoncer le vice qui entache la notification réalisée.

138. La question des voies de recours, dont est susceptible l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire, doit donc être circonscrite à l'hypothèse où la signification de l'ordonnance portant injonction ayant été réalisée à sa personne, le débiteur n'a pas formé opposition. Le débiteur qui n'a pas mis en œuvre la voie de droit à lui ouverte pour faire valoir ses moyens de défense peut-il, par l'entremise d'une voie de recours, remettre en cause le titre exécutoire délivré à son encontre ?

7.1 - Appel

139. L'ordonnance revêtue de la formule exécutoire peut-elle être entreprise par la voie de l'appel ? La réponse à cette question est clairement tranchée par le dernier alinéa, in fine, de l'article 16 de l'AUPRSVE, l'ordonnance « n'est pas susceptible d'appel ». Nous sommes donc en présence d'une décision assimilée à un jugement contradictoire en dernier ressort. En ce sens, c'est à bon droit qu'un créancier peut se prévaloir de l'absence de voie de recours, constitutive d'une fin de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public, pour soulever l'irrecevabilité d'un appel formulé à l'encontre d'une ordonnance devenue exécutoire (*CA Versailles, 1^{re} ch., sect. B, 14 mai 1999, n° 9713200, Sté des eaux de l'Essonne c/ Plantard*).

7.2- Pourvoi en cassation

140. L'ordonnance revêtue de la formule exécutoire peut-elle être entreprise par la voie du pourvoi en cassation ? En général les décisions rendues en dernier ressort bien qu'elles ne soient pas susceptibles d'appel, peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Mais ici la question mérite d'être posée lorsqu'on sait que les pourvois en cassation pour les matières relevant des actes uniformes sont portés devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), d'une part, que la CCJA n'est saisie qu'à la suite d'un arrêt rendu par la Cour d'Appel, d'autre part. Il se posera donc un problème de procédure, dès lors que l'article 16 alinéa 2 de l'AUPRSVE porte que l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire n'est pas susceptible d'appel. On en déduira donc que le pourvoi en cassation contre l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire ne sera pas recevable. Mais il s'agira là d'une erreur qu'il conviendra de corriger. Les procédures de la CCJA ne peuvent pas avoir pour effet de priver un citoyen d'un droit que sans elles, il aurait pu faire valoir dans son pays.

141. À cet argument de procédure, on doit opposer un autre émanant de la Cour de Cassation française. Sous l'empire de la législation ancienne, la recevabilité du pourvoi en cassation était admise. Au bénéfice de l'idée que la voie de droit ouverte au débiteur (à l'époque contredit) - suffisante pour contester la créance - pouvait ne pas être « *le moyen normal pour critiquer l'injonction elle-même, par exemple si elle a été accordée dans les cas où la loi l'interdit* », la Haute juridiction avait admis que l'ordonnance portant injonction de payer était susceptible d'un pourvoi en cassation par l'entremise duquel le débiteur avait loisir de dénoncer le « vice fondamental » qui pouvait entacher la décision en dernier ressort rendue à son encontre (*Cass. com. 12 juil. 1961, Bull. civ. IV, n° 331, Banque 1961.678, obs. X. Marin, RTD com. 1961.823, obs. M. Boitard, et 1961.823, obs. E. Becque et H. Cabrillac, JCP, éd. A, 1962. IV. 4043,*

obs. J. Argenson, RTD civ. 1962.547, obs. P. Hébraud). Le pourvoi en cassation paraissait ainsi être le vecteur par l'entremise duquel le débiteur (qui n'avait pas formé contredit) était autorisé à dénoncer une violation des conditions de recevabilité de la procédure d'injonction de payer (par exemple, l'absence de cause contractuelle de la créance), conditions de recevabilité qui devaient, cependant, être distinguées des conditions de compétence, dont la violation ne pouvait être dénoncée que par la voie du contredit.

142. Mais, par un arrêt en date du 24 décembre 1968 (*Cass. com. 24 déc. 1968, JCP, éd. A, 1969. IV. 5457, obs. J. Argenson, RTD civ. 1969.380, obs. P. Hébraud, et 1969.394, obs. P. Raynaud ; Cass. 2^e civ. 19 mai 1980, Bull. civ. II, n° 119, RTD civ. 1981.221, obs. R. Perrot*), la chambre commerciale de la Haute juridiction modifia sa position. Aux termes de cette décision, elle estime que tous les moyens de défense que le débiteur souhaite faire valoir doivent emprunter la seule voie du contredit, même si le moyen invoqué est afférent à une condition de recevabilité de la procédure d'injonction de payer, par exemple la nature de la créance comme dans l'espèce soumise à la Haute juridiction. Cette solution qui érige le contredit au rang de seule voie de droit ouverte au débiteur pour contester l'ordonnance portant injonction de payer rendue à son encontre, semblait devoir conduire à la consécration de l'absence de recours contre l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire.

Par une autre décision en date du 13 novembre 1974 (*Cass. 2^e civ. 13 nov. 1974, Bull. civ. II, n° 299, Gaz. Pal. 1975.1.139, RTD civ. 1975.378, obs. R. Perrot ; 22 févr. 1977, Bull. civ. II, n° 60, D. 1977, IR 230, obs. P. Julien ; 16 juil. 1979, Bull. civ. II, n° 224 ; 22 oct. 1980, Bull. civ. II, n° 219, Gaz. Pal. 1981.2.465, note J. Viatte ; 27 avr. 1981, Gaz. Pal. 1981.2, panor. 340*), la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a cependant jugé que, si le contredit constitue la seule voie de recours contre l'ordonnance portant injonction de payer, le visa du juge qui confère à l'ordonnance tous les effets d'un jugement contradictoire non susceptible d'appel, constitue un acte de l'autorité judiciaire tranchant un litige en dernier ressort susceptible, dès lors, de pourvoi en cassation. De là, les doutes qui ont pu être nourris relativement à la question de savoir si, sous l'empire de la législation nouvelle, compte tenu de la suppression du visa du juge, l'ordonnance portant injonction de payer revêtue de la formule exécutoire pourrait encore être frappée d'un pourvoi en cassation.

Sous l'empire du décret du 28 août 1972 (décret n° 2-790 du 28 août 1972 ; D. 1972.486), la faculté reconvenue au débiteur de former un pourvoi en cassation à l'encontre de l'ordonnance d'injonction de payer revêtue de la formule exécutoire trouvait son fondement dans l'existence du visa du juge que la Cour de cassation analysait comme un acte de l'autorité judiciaire tranchant un litige en dernier ressort susceptible, dès lors, de pourvoi en cassation. Par la suite, en l'absence de

visa du juge, il était permis de conclure que désormais l'ordonnance d'injonction de payer revêtue de la formule exécutoire ne pourrait être entreprise par la voie du pourvoi en cassation. Cette conclusion pouvait être lourde de conséquences, dès lors que les éventuelles irrégularités inhérentes à l'apposition de la formule exécutoire risquaient de demeurer sans sanction. Elle apparaissait, néanmoins, comme la logique conséquence de la suppression du visa du juge, en d'autres termes, de l'apposition de la formule exécutoire par le greffier « car si l'on conçoit un pourvoi en cassation contre la décision d'un juge, on ne saurait l'admettre contre la décision d'un greffier » (*H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, t. III, Procédure de première instance, 1991, Sirey, n° 1444, p. 1229*).

143. Pour éviter que les irrégularités commises dans la délivrance de la formule exécutoire ne demeurent sans sanction, la Cour de cassation a maintenu la faculté pour le débiteur, voire du créancier (*lequel peut se heurter au refus obstiné du greffier de délivrer la formule exécutoire parce que, à tort ou à raison, il estime que les conditions de sa délivrance ne sont pas remplies*) de frapper l'ordonnance d'injonction de payer revêtue de la formule exécutoire de pourvoi en cassation. Par un arrêt en date du 7 avril 1987, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que, après l'apposition de la formule exécutoire, l'ordonnance portant injonction de payer est une décision judiciaire en dernier ressort qui, en l'absence de texte interdisant le pourvoi en cassation, est sujette à cette voie de recours (*Bull. civ. II, n° 84, Gaz. Pal. 1988.1.180, note M.R., RTD civ. 1987.609, obs. R. Perrot*).

Pour opportune qu'elle ait pu apparaître, la solution dégagée recelait un danger. Dans la mesure où le pourvoi en cassation a désormais pour objet l'ordonnance elle-même, non plus la seule décision de visa comme sous l'empire de la législation antérieure, il était à craindre que le pourvoi en cassation ne se transforme en une planche de salut pour le débiteur qui aurait omis de faire opposition en temps utile. Force est toutefois de reconnaître que la Haute juridiction a su prévenir ce type de débordement. Par un arrêt en date du 23 janvier 1991, la deuxième chambre civile de Cour de Cassation (*Bull. civ. II, n° 27, Rev. buissiers 1991.237, obs. R.S., RTD civ. 1991.411, obs. R. Perrot*) a jugé que l'on ne peut, par la voie de la cassation contre l'ordonnance portant injonction de payer, que contester sa « régularité formelle ». Cette décision a suscité beaucoup de critique dès lors qu'elle était de nature à laisser sans sanction les contestations qui n'ont pas pour objet la « régularité formelle ». Pour lever les hésitations engendrées, par un arrêt en date du 5 avril 1993, cette même formation de la Cour de cassation (*Bull. civ. II, n° 145, RTD civ. 1993.657, obs. R. Perrot*) a précisé que, mobilisée à l'encontre d'une ordonnance portant injonction de payer rendue exécutoire, la voie du recours en cassation ne permet de critiquer que les conditions d'apposition de

la formule exécutoire ou la régularité de l'ordonnance au regard des prescriptions des articles 454 et 456 du nouveau code de procédure civile (français).

144. Cette nouvelle formule n'était pas non plus exempte de reproches. Elle laissait entière la question de savoir par l'entremise de quelle voie de recours doit être dénoncée l'irrégularité qui affecte les conditions dans lesquelles la formule exécutoire a été apposée, singulièrement, lorsque la voie de l'opposition demeure ouverte au débiteur : soit que le débiteur conserve la faculté de former opposition jusqu'à l'expiration du délai de quinze jours qui suit le premier acte signifié à personne ou, à défaut, la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponible en tout ou partie les biens du débiteur, parce que la signification de l'ordonnance portant injonction de payer n'a pas été réalisée à personne ; soit que le débiteur conserve la faculté de former opposition dont le délai n'a pas couru, parce que la signification de l'ordonnance portant injonction de payer réalisée est entachée d'une irrégularité. Certes, sur le fondement du principe de subsidiarité selon lequel les voies de recours extraordinaires ne peuvent être exercées que si les voies de recours ordinaires sont fermées, on devait admettre que, quand bien même il a pour objet les conditions d'apposition de la formule exécutoire, un tel grief doit être dénoncé par la voie de l'opposition (*Cass. 2^e civ. 5 mai 1975, Bull. civ. II, n° 133; 16 oct. 1975, Bull. civ. II, n° 263; 15 mars 1976, Bull. civ. II, n° 105; 2 avr. 1997*). Dans une espèce où, faute de signification régulière de l'ordonnance portant injonction de payer, la voie de l'opposition demeurait ouverte, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait, néanmoins, admis la recevabilité du pourvoi en cassation diligenté pour dénoncer l'irrégularité de l'apposition de la formule exécutoire (*V. Cass. 2^e civ. 21 juin 1979, Bull. civ. II, n° 195, Gaz. Pal. 1979.2.560, note J. Viatte, D. 1980, IR 50, obs. P. Julien, RTD civ. 1980.174, obs. R. Perrot*). Était-ce à dire que les diverses irrégularités relatives aux conditions d'apposition de la formule exécutoire pouvaient être dénoncées par la voie du pourvoi en cassation quand bien même l'opposition demeurait ouverte, dès lors que le débiteur ne contestait pas la forme ou la substance de l'ordonnance rendue ? On ne pouvait que se refuser à l'admettre.

145. Pour mettre un terme à ces incertitudes, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a une nouvelle fois modifié sa position. Par quatre décisions en date du 29 novembre 1995, dont deux ont été rapportées au Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation (*2 arrêts, Bull. civ. II, n° 292, Procédures, févr. 1996, comm. 38, obs. R. Perrot, RTD civ. 1996.471, obs. R. Perrot, Justices 4/1996, p. 257, note J. Héron*), cette formation a précisé que, lorsque le délai de l'opposition est expiré, l'ordonnance portant injonction de payer revêtue de la formule exécutoire est susceptible d'un pourvoi en cassation à seule fin de critiquer les conditions d'ap-

position de la formule exécutoire sur l'ordonnance... à l'exclusion de la régularité de l'ordonnance au regard des prescriptions des articles 454 et 456 du nouveau code de procédure civile (français).

146. Pour faire simple, on doit dire que tout motif de contestation qui aurait pu être soulevé dans le cadre de l'opposition doit être écarté comme moyen de cassation. De la même façon, si l'ordonnance d'injonction de payer demeure susceptible d'opposition, un tel pourvoi est irrecevable. L'hypothèse visée, à ce stade de la procédure, sera celle de l'article 10, alinéa 2 de l'AUPRSVE : « toutefois, si le débiteur n'a pas reçu personnellement la signification de la décision portant injonction de payer, l'opposition est recevable jusqu'à l'expiration du délai de quinze jours suivant le premier acte signifié à personne ou, à défaut, suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponible en tout ou en partie les biens du débiteur. » On se trouve bien, en effet, déjà en possession d'une ordonnance revêtue de la formule exécutoire, susceptible cependant d'être frappée d'opposition par le débiteur. Dès lors qu'une voie de recours demeure ouverte, le pourvoi en cassation, en tant qu'il constitue une voie de recours extraordinaire, doit nécessairement céder la place à l'opposition dont le règne se trouve exceptionnellement prolongé. Dans le même sens, tant qu'une opposition peut être formulée, le pourvoi en cassation ne peut être recevable à l'encontre d'une ordonnance d'injonction de payer même revêtue de la formule exécutoire (*Cass. 2^e civ., 14 juin 2001, n° 00-12.678, Latour c/ Harrois*). En l'espèce, la société condamnée par ordonnance d'injonction de payer, devenue exécutoire, au paiement d'une somme d'argent, formulait un pourvoi en cassation considérant que le greffier refusant de prendre en compte son opposition formulée dans les délais au motif qu'elle était notifiée par lettre simple et non par lettre recommandée, avait « dénaturé » une pièce de procédure en apposant la formule exécutoire sur l'ordonnance. La Cour évince la demande, constatant simplement que l'ordonnance d'injonction de payer pouvait toujours être attaquée par la voie de l'opposition, que dès lors cela rendait le moyen formulé irrecevable puisque dépourvu d'intérêt, le jugement à intervenir devant se substituer à l'ordonnance attaquée.

147. Incontestablement, l'opposition s'avère constituer la seule voie de recours ouverte à l'encontre d'une ordonnance d'injonction de payer. À défaut d'une telle opposition, la procédure simplifiée garde son caractère unilatéral de procédure gracieuse, et autorisera au créancier requérant la mise en œuvre de tout moyen d'exécution forcée en vertu d'un titre exécutoire définitif. Mais le défaut de signification « à personne » de l'ordonnance d'injonction de payer fera perdurer cette « épée de Damoclès » de l'opposition jusque dans la phase d'exécution du titre, provoquant la mutation

de la procédure, en procédure contentieuse de droit commun.

7.3- Tierce opposition

148. L'ordonnance revêtue de la formule exécutoire peut-elle être entreprise par la voie de la tierce opposition ? Dans la mesure où, revêtue de la formule exécutoire, l'ordonnance portant injonction est assimilée à un jugement contradictoire en dernier ressort, la mise en œuvre d'une tierce opposition ne se heurte à aucune objection de principe. Par une décision en date du 10 décembre 1991 (*Cass. 1^{re} civ. 10 déc. 1991, Bull. civ. I, n° 348 [1^{re} esp.], RTD civ. 1992.649, obs. R. Perrot*), la Cour de cassation a admis la recevabilité de la tierce opposition formée par une caution solidaire à l'encontre de l'ordonnance d'injonction de payer rendue contre le débiteur principal, au bénéfice de la fraude commise par ce débiteur, lequel avait omis de former opposition et avait négligé « à dessein » de faire valoir un moyen de prescription.

c - Opposition du débiteur

1 - Importance et nature de l'opposition

Il convient de relever la nature et les effets de l'opposition, lesquels révèlent son importance

1.1 - Importance de l'opposition

149. Le débiteur peut, enfin, choisir de contester l'ordonnance portant injonction en formant opposition. Il est normal que le débiteur ait à sa disposition une voie de droit pour contester l'ordonnance rendue à son encontre, sur la seule requête de son créancier, sans qu'il ait été entendu. Aux termes de l'article 9 de l'AUPRSVE, le débiteur peut s'opposer à l'ordonnance portant injonction.

1.2 - Nature de l'opposition

150. Quel que puisse être l'objet de la contestation que souhaite élever le débiteur, qu'elle soit afférente aux conditions de recevabilité de la procédure mise en œuvre, à la compétence du juge saisi, à la régularité formelle de l'ordonnance rendue à la créance dont le paiement a été ordonné ou encore le bien meuble corporel déterminé dont la délivrance ou la restitution a été ordonnée, il doit former opposition à l'ordonnance portant injonction rendue à son encontre. Toute autre voie de droit est irrecevable. Comme le dit l'article 9 de l'AUPRSVE « *Le recours ordinaire contre la décision d'injonction de payer est l'opposition* ». Cette opposition a pour objet de permettre l'instauration d'un débat contradictoire au premier degré qui conduira à l'émanation

d'un jugement contentieux revêtu de l'autorité de la chose jugée, lequel pourra être entrepris par les voies de recours traditionnelles, puisque, en application de l'article 14 de l'AUPRSVE « *La décision de la juridiction saisie sur opposition se substitue à la décision portant injonction de payer* ».

151. Quoi qu'il puisse en être, il est important de souligner la transformation de la conception de l'instance sur opposition consacrée par le législateur OHADA. Sur un plan législatif, il existe deux manières de concevoir l'instance sur opposition. Dans un premier système, on peut considérer que l'opposition a pour effet de restituer à la procédure particulière de l'injonction les caractéristiques d'une procédure ordinaire, offrant aux parties les mêmes garanties et les mêmes possibilités que si l'instance avait été introduite par voie d'assignation. Cette conception qui a, sans conteste, le mérite de sauvegarder les intérêts du débiteur (*lequel aura ainsi loisir de former toute demande incidente, qu'il s'agisse d'une demande reconventionnelle ou d'une demande en intervention*) est, toutefois, de nature à nuire à l'efficacité de la procédure d'injonction de payer. Si l'opposition du débiteur suffit à soumettre le litige à l'empire de la procédure de droit commun, la procédure d'injonction apparaît comme un prélude inutile et coûteux. De là, un second système dans le cadre duquel la procédure sur opposition est organisée de manière plus expéditive, avec un particularisme marqué destiné à en accroître l'efficacité et la rapidité.

Dans cette conception, la juridiction saisie de l'opposition a pour seule mission de se livrer à une appréciation de l'injonction délivrée, qu'il confirmera ou qu'il annulera selon que la contestation élevée par le débiteur lui apparaît ou non fondée. Cette mission lui prohibe de connaître des demandes incidentes pouvant être formées par le prétendu débiteur, du moins celles qui auraient pour effet de retarder à l'excès l'issue du procès. Avec un tel système, le créancier qui met en œuvre la procédure d'injonction a la certitude que, quand bien même le prétendu débiteur forme opposition, la contestation sera vidée de manière rapide. Il reste cependant que cette rapidité risque de conduire à un sacrifice critiquable des intérêts du débiteur.

152. Face à ces deux systèmes, le législateur OHADA a pris le parti de consacrer la conception selon laquelle l'opposition a pour effet de restituer à la procédure particulière de l'injonction de payer les caractéristiques d'une procédure ordinaire. Cela semble être intrinsèquement attaché à la nature même de ce recours spécifique, une sorte de « recours en rétractation » : le terme même de « voie de recours » s'avère peu approprié : en effet, l'ordonnance d'injonction ne représente qu'une mise en demeure conditionnelle du débiteur. Au même titre que dans le cadre d'une contestation d'ordonnances rendues sur requêtes, on pourrait considérer l'opposition comme une voie de rétractation, si ce n'est que la

juridiction saisie du recours peut ne pas être celle qui a rendu la décision contestée... (*v. à propos du contredit mais transposable : Dietsch, La procédure de recouvrement simplifiée de certaines créances, thèse, université de Paris, 29 mai 1959, p. 66 et 67*).

153. En tout état de cause, l'opposition visée par l'article 9 de l'AUPSRVE constitue la voie de contestation spécifique prévue dans le cadre de la procédure simplifiée. À ce titre, elle ne peut qu'être exclusive de tout autre moyen de contestation. Cette solution résulte également des dispositions de l'article 16 de l'AUPSRVE qui exclut les voies de recours ordinaires (*appel et opposition*) à l'encontre de l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire, laquelle n'est rendue que par hypothèse d'un défaut d'opposition.

1.3 - Effets de l'opposition

154. L'opposition a pour objet de saisir la juridiction, « *de la demande initiale du créancier et de l'ensemble du litige* » (*article 8 de l'AUPSRVE*). Cet article 8 n'ayant pas été étendu à l'injonction de délivrer ou de restituer on se demande si le juge saisi sur opposition pourra connaître l'ensemble du litige. La réponse doit être affirmative au regard du choix du législateur OHADA qui a pris le parti de consacrer la conception selon laquelle l'opposition a pour effet de restituer à la procédure particulière de l'injonction de payer les caractéristiques d'une procédure ordinaire.

155. L'opposition provoque donc un retour vers la procédure contentieuse de droit commun. C'est ainsi que, quelle que soit la décision, le jugement rendu se substituera à l'ordonnance portant injonction de payer (devenue caduque...) (*article 14 de l'AUPSRVE*). Mais attention, si l'opposition entraîne la caducité de l'ordonnance, elle n'entraîne absolument pas la caducité de la procédure en cours. Ainsi, la caducité de l'ordonnance ne « couvre » pas pour autant les irrégularités des actes antérieurs à cette opposition. La Cour de cassation sanctionne dès lors une cour d'appel qui passe outre la signification tardive de l'ordonnance d'injonction de payer au motif de l'opposition formulée (*Cass. 2^e civ., 8 juil. 2004, n° 02-19.504, Renuccis et a. c/ Namur assurances du crédit*). En ce sens, une cour d'appel, quelle que soit la solution donnée au litige, ne peut statuer par voie de confirmation d'une ordonnance d'injonction de payer qui n'existe plus (*Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2003, n° 00-20.146 : Bull. civ. I, n° 115*). Elle doit, dans cette hypothèse, infirmer le jugement de première instance rendu sur opposition et condamner par un arrêt la partie défenderesse.

156. La procédure d'injonction de payer proprement dite prend donc fin lors de la formulation de l'opposition par le débiteur. Les règles de droit commun retrouvent donc vocation à s'appliquer. Dans le même sens, l'opposition à l'ordonnance d'injonction restaure le principe

du débat contradictoire dans le cadre de la procédure contentieuse. C'est ainsi que la Cour de cassation casse le jugement rendu à l'encontre du débiteur qui ne respectait pas ce principe, rappelant à bon droit l'application des règles de droit commun de la procédure civile à la suite d'une opposition à injonction de payer (*Cass. 2^e civ.*, 21 sept. 2000, n^o 99-10.209, *Touzard c/ Ass. Castors France Nord*, en l'espèce, ne pas aviser le débiteur de la poursuite de l'instance, de la date d'audience des débats, à la suite du dépôt du rapport d'expertise ordonnée par la juridiction, enfreint un tel principe du respect du contradictoire).

2 - Recevabilité de l'opposition

2.1 - Qualité de l'opposant

157. Le débiteur peut s'opposer à l'ordonnance portant injonction (*article 16 de l'AUPRSVE*). Seul le débiteur peut s'opposer à l'ordonnance portant injonction. Son épouse, dès lors qu'elle n'est pas partie à l'ordonnance portant injonction, ne peut valablement, sans pouvoir spécial, former opposition. Lorsque l'auteur de l'opposition n'avait pas la capacité de former opposition, le débiteur peut opérer une régularisation. Il doit cependant le faire dans les quinze jours de la signification de l'ordonnance, c'est-à-dire dans le délai d'opposition.

2.2 - Juridiction compétente

158. L'opposition est portée devant la juridiction compétente dont le président a rendu l'ordonnance portant injonction de payer, c'est-à-dire devant le tribunal qui a rendu l'ordonnance (*article 9 alinéa 1 de l'AUPRSVE*). L'opposition portée devant une juridiction autre que celle dont le président a rendu l'ordonnance portant injonction de payer est sans effet : elle est réputée ne pas avoir été formée.

2.3 - Acte d'opposition

159. Aux termes des dispositions de l'article 9, alinéa 2 de l'AUPRSVE, l'opposition doit être formée par acte extrajudiciaire. La doctrine pense que l'opposition doit pouvoir être formulée par lettre recommandée avec accusé de réception (Mme Anne-Marie ASSI-ESSO, *commentaire sous article 9 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, Livre vert*). Nous ne partageons pas cette interprétation. Pour deux raisons au moins. Tout d'abord, l'article 11 de l'AUPRSVE fait obligation à l'opposant de servir dans le même acte que celui de l'opposition assignation à comparaître devant la juridiction compétente à une date fixe qui ne saurait excéder le délai de trente jours à compter de l'opposition. Cette obligation est faite à peine de déchéance. Ensuite Gérard CORNU, sous « acte extrajudiciaire » écrit « Par

opposition à acte judiciaire, acte d'un auxiliaire de justice notifié en dehors de toute instance judiciaire par acte d'huissier de justice, tendant à l'exercice ou à la conservation d'un droit » (*Vocabulaire juridique, PUF*). Cette définition de l'acte extrajudiciaire permet d'exclure la déclaration contre récépissé et la lettre recommandée, qui sont employées dans le droit français parce qu'expressément prévues par le législateur (*NCPC, article 1415*).

160. L'assignation est ainsi utilisée dans le cadre de l'opposition, qui est faite dans les formes prévues pour les demandes en justice devant la juridiction qui a rendu la décision. En général, l'assignation est réglementée dans les Codes de procédure. Au Cameroun, l'article 6 (3) du Code de procédure civile et commerciale prévoit que l'assignation contiendra l'objet de la demande, l'exposé sommaire des moyens. Le terme « assignation » ainsi utilisé permet d'affirmer que l'opposition doit être motivée. Mais la motivation peut être légère. Il suffit que le débiteur manifeste son intention de contester la dette. Par un arrêt en date du 14 janvier 1987, la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation a rappelé ce principe pour en déduire que le débiteur, qui avait cru devoir motiver l'opposition formée à une ordonnance portant injonction de payer, était néanmoins fondé à soulever une exception de procédure en l'occurrence une exception d'incompétence (*Cass. 2^e civ. 14 janv. 1987, Bull. civ. II, n^o 10, RTD civ. 1987.411, obs. R. Perrot ; rapp. TGI Tlemcen, 19 janv. 1962, D. 1962, somm. 108*).

161. Il a même été jugé qu'un débiteur qui se borne à « solliciter les plus larges délais pour s'acquitter d'une dette », n'a pas fait opposition au motif qu'une telle demande ne peut être assimilée à une contestation de la dette (*Cass. com., 23 juin 1982, n^o 81-12.411 : Bull. civ. IV, n^o 247 ; Rev. huissiers, 1^{er} mai 1985, jurispr., p. 555, note Lescaillon*). Cette jurisprudence ne paraît pas transposable à notre droit. À la différence du contredit du droit français (décret du 28 août 1972), l'opposition dans l'AUPRSVE a pour effet de renvoyer le litige devant une juridiction qui statuera en « droit commun » (article 8 de l'AUPRSVE), « celle-ci (l'opposition) ayant pour objet de saisir la juridiction, de la demande initiale du créancier et de l'ensemble du litige ». Ainsi, la procédure simplifiée s'achève là où commence la procédure contradictoire sur opposition. Dans ces conditions, une demande de délais paraît tout à fait recevable dans un tel contexte, où l'opposition n'a d'autre effet que de saisir une juridiction de l'ensemble des demandes, initiales, incidentes, et reconventionnelles (*v. en sens contraire : À propos de l'injonction de payer, Gaz. Pal. N^o 348 à 349, 13-14 déc. 2000, chron., p. 2, obs. C. Sirof*).

162. On ne saurait, cependant, trop attirer l'attention du défendeur, contestataire, sur un nécessaire formalisme « minimum » de son opposition. Il est indispensable que

ce dernier formule clairement son intention de faire opposition à une ordonnance d'injonction de payer dont il devra impérativement rappeler les références (*date de l'ordonnance, identité du demandeur*) dans l'opposition qu'il adressera au greffe de la juridiction ayant rendu la décision contestée. À défaut, il faut craindre que sa démarche ne soit pas retenue comme telle, même si les magistrats peuvent restituer aux demandes des parties leur exacte qualification (*Cass. 2^e civ., 9 nov. 2000, n^o 97-22.623, Ellena c/ Dubreuil : en l'espèce, une « opposition » à la somme due et non à l'ordonnance rendue est acceptée par la Cour comme opposition à l'ordonnance d'injonction de payer*).

2.4 - Destinataire de l'opposition

163. Aux termes des dispositions de l'article 11 de l'AUPRSVE, l'opposant est tenu, à peine de déchéance, et dans le même acte que celui de l'opposition – *de signifier son recours à toutes les parties et au greffe de la juridiction ayant rendu la décision d'injonction de payer*.

164. Une erreur survient parfois dans la pratique : le débiteur intimé qui reçoit l'information de l'existence de l'injonction de payer par acte signifié par un huissier de justice, formule ses observations, réserves, ou contestations, auprès de cet officier ministériel. Une telle démarche ne constitue en rien la formulation d'une opposition. Il résulte de l'article 9 de l'AUPRSVE que l'opposition est portée devant la juridiction compétente dont le président a rendu la décision d'injonction de payer.

165. Plus rare demeure l'hypothèse d'un recours formulé auprès d'une juridiction étrangère à la procédure : dans cette hypothèse, on a pu se poser la question des effets d'une telle saisine. N'y aurait-il pas, par incidence, l'ouverture d'un nouveau point de départ du délai de prescription, à l'instar de la saisine d'un tribunal incompétent ? La réponse est négative (*IT Melun, 27 janv. 1981, Oustrière c/ Assurances mutuelles de Seine-et-Marne : Rev. huissiers, mai 1981, jurispr., p. 301, note Lescaillon : « Attendu que les dispositions de l'article 2246 du code civil ne sont pas applicables aux délais de procédure, qu'en effet les délais de procédure n'ont pas la même nature juridique que la durée d'une prescription ; qu'une assignation interruptive de prescription formée devant un tribunal incompétent, saisit ce tribunal qui rend un jugement d'incompétence lequel constitue un nouveau point de départ de la prescription, qu'au contraire un contredit formé devant un tribunal qui n'est pas saisi de l'affaire ne peut aboutir à aucune décision »* : sous l'empire du décret du 28 août 1972 mais transposable). Formée devant une autre juridiction, l'opposition serait dépourvue de toute existence légale. Elle n'aurait même pas pour effet d'interrompre le délai imparti au débiteur pour former opposition. En bref, dans les deux cas, une opposition adressée au mauvais destinataire est tout simplement réputée inexistante.

2.5 - Délai d'opposition

166. Le point de départ de ce délai diffère selon que la signification de l'ordonnance portant injonction de payer a été réalisée à la personne du débiteur ou à son domicile ou encore à sa résidence.

167. Lorsque l'ordonnance portant injonction a été réalisée à la personne du débiteur le délai de quinze jours commence à courir du lendemain du jour de la signification réalisée (*article 10, alinéa 1 de l'AUPRSVE*).

168. Si la signification n'a pas été faite à personne, l'opposition est recevable jusqu'à l'expiration du délai de quinze jours suivant le premier acte signifié à personne ou, à défaut, suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponible en tout ou en partie les biens du débiteur (*article 10, alinéa 2 de l'AUPRSVE*). Ainsi, lorsque la signification de l'ordonnance portant injonction a été réalisée au domicile ou à la résidence du débiteur le point de départ du délai pendant lequel le débiteur peut former opposition ne commence à courir qu'à compter du premier acte signifié à personne ou de la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponibles en tout ou partie les biens du débiteur. Le délai de quinze jours imparti au débiteur pour former opposition peut ainsi avoir pour point de départ tout acte, postérieur à la signification de l'ordonnance portant injonction de payer, délivré à la personne du débiteur, par exemple l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire ou le commandement de payer qui précède une saisie. À défaut, si aucun acte antérieur n'a pu être signifié à la personne du débiteur, le point de départ ultime du délai pour former opposition sera le jour de la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponibles en tout ou partie les biens du débiteur.

169. Les dispositions de l'article 10 de l'AUPRSVE, écartent ainsi, dans la seconde hypothèse, des actes susceptibles de provoquer l'ouverture du délai d'opposition, le commandement de payer ou toute tentative infructueuse d'exécution. C'est ainsi qu'une saisie-attribution qui, en application des articles 154 et 157 de l'AUPRSVE a « pour effet de rendre indisponibles les sommes saisies entre les mains du tiers saisi » ou une saisie-vente qui a « (...) pour effet de rendre indisponibles les meubles saisis (*article 103 de l'AUPRSVE*) constitue bien la « première mesure d'exécution » point de départ du délai ouvert au débiteur pour former opposition à l'ordonnance d'injonction de payer non signifiée à personne. Une opposition formulée plus de quinze jours après la date de ces actes d'exécution devra, en toute logique, être déclarée tardive et irrecevable.

170. Plus délicate est la solution dans l'hypothèse de saisie-attribution, première mesure d'exécution constituant le point de départ de la computation du délai de

l'opposition. Le délai court-il à compter de la saisie-attribution signifiée entre les mains du tiers saisi ou à compter de la dénonciation de cet acte d'exécution au débiteur ? Les dispositions de l'article 154 de l'AUPSRVE (*droit français : article 43 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991*) en vertu desquelles l'acte de saisie-attribution emporte attribution immédiate au profit du saisissant, de la créance saisie disponible entre les mains du tiers laissent croire, sans ambages, que c'est bien l'acte de saisie et non l'acte de dénonciation qui entraîne computation du délai d'opposition. Pourtant, contre toute attente, la Cour de cassation française, aux termes d'un avis, a rendu une réponse contraire, privilégiant l'information effective du débiteur à la cohérence des textes (*Cass. Avis, 16 sept. 2002, n° 02-00. 003 : Bull. civ. Avis, n° 4*). Pour la Cour de cassation, en l'absence de signification « à personne » de l'ordonnance d'injonction de payer, le délai pour former opposition court, en cas de saisie-attribution, à compter du jour de la dénonciation de la saisie au débiteur. En toute logique, c'est en ce sens que la CCJA devrait orienter sa jurisprudence.

171. Une tentative d'exécution qui s'est avérée infructueuse ne constitue pas la première mesure d'exécution, point de départ du délai ouvert au débiteur pour formuler opposition à l'ordonnance d'injonction de payer non signifiée à personne. Un procès-verbal de carence (*aux lieu et place d'une saisie-vente*), une saisie-attribution infructueuse, ne permettent pas la computation du délai d'opposition !

172. Plus subtil, une saisie-vente qui porterait sur des biens corporels n'appartenant pas au débiteur poursuivi ne constituerait pas le point de départ de ce délai d'opposition puisqu'il n'a pas abouti à rendre indisponible en tout ou en partie les biens du débiteur (*article 10 alinéa 2 in fine de l'AUPSRVE*).

173. Cette précision de texte accroît les facultés dilatoires ouvertes au débiteur bien au-delà de la volonté initiale du législateur, car, à l'origine de ces dispositions, il s'agissait de définir l'acte d'exécution retenu pour permettre la computation du délai d'opposition, afin d'éviter les contestations jurisprudentielles qui s'étaient faites jour quant à la nature du commandement.

174. Une ordonnance portant injonction de payer même revêtue de la formule exécutoire sera susceptible d'opposition dans la limite des conditions prévues à l'article 10 de l'AUPSRVE (*Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1998, n° 96-22.782 : Bull. civ. I, n° 330*). La voie de l'opposition reste ouverte si une irrégularité de la signification de l'ordonnance n'a pas fait courir le délai d'opposition (*Cass. 2^o civ., 2 avril 1997 ; D 1997, jurispr. p. 410, note P. Julien, erreur dans la signification, de la date à laquelle l'ordonnance avait été rendue*). L'opposition formée tardivement doit être déclarée irrecevable. Il a été jugé que la juridiction qui se prononce sur cette

irrecevabilité doit mentionner le point de départ du délai d'opposition et la date de l'opposition (*Cass. 2^o civ., 6 nov. 1991, Bull. civ. II, n° 294*). À cette fin, en l'absence de mesure d'exécution, elle doit également préciser si la signification a été ou non faite à personne (*Cass. 2^o civ., 1^{er} juil. 1992 : Bull. civ. II, n° 188*).

175. Les règles de computation des délais dans le cadre de la procédure civile sont applicables au délai d'opposition. Le délai expirant un jour férié ou chômé est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. C'est ce qui ressort de l'analyse combinée des dispositions des articles 10 et 335 de l'AUPSRVE. L'article 335 de l'AUPSRVE dit que « *Les délais prévus dans le présent Acte uniforme sont des délais francs* ». Le délai de quinze jours imparti pour faire opposition à une ordonnance d'injonction de payer est un délai franc. Ni le premier jour (*dies ad quo*), ni le dernier jour (*dies ad quem*), ne doivent être pris en compte dans la computation des délais. Lorsque le dernier jour est un jour férié, le terme du délai est reporté au lendemain à minuit. C'est pourquoi il a été jugé qu'une cour d'appel qui déclare irrecevable l'opposition formée le 17-4-2001 contre une ordonnance d'injonction de payer rendue le 29-3-2001 et signifiée à personne le 30-3-2001, au motif qu'elle est intervenue hors délais légaux, alors que le lundi 16-4-2001 était un jour férié a violé les articles 10 et 335 de l'AUPSRVE (*CCJA, N° 041/2005, 7-7-2005 : Sté BENIS c/ Ets. KOUASSI N'DAH, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 6, juin-décembre 2005, p. 65. - Le Juris-Ohada, n° 1/2006, p. 2, www.ohada.com, Ohadata J-06-40*). En d'autres termes, appliquée à l'opposition à injonction de payer, le délai de quinze jours prévu par l'article 10 de l'AUPSRVE expire normalement le seizième jour ouvrable suivant celui de la notification de l'ordonnance (*CA Abidjan, n° 438, 24-4-2001 : Adiko Adrien c/ Adjé Kadjo Valentin, ECODROIT, n° 10, avril 2002, p. 49, observations anonymes ; www.ohada.com, Ohadata J-02-91, obs. J. ISSA-SAYEGH*).

176. La formule exécutoire doit être apposée dès lors que la preuve est faite que l'opposition à l'ordonnance d'injonction est formée hors délai. Lorsque l'opposition hors délai est constatée plutôt par le tribunal, la sanction est la forclusion (*TPI Douala Ndokoti, n° 83, 8-5-2002 : Dr Jean-Marie NGANKO Ets PESCADO c/ Sté SOTTRANS, Me Guy EFON, huissier de justice, et Le greffier en chef TPI Douala, www.ohada.com, Ohadata J-04-435*).

3 - Procédure après opposition

177. La phase contentieuse, initiée par la formulation de l'opposition, demeure originale en ce qu'elle devrait commencer par une phase de conciliation. Le respect du contradictoire constitue l'un de ces principes fondamentaux qui ne peut tolérer d'être transgressé dans le cadre de cette phase de la procédure redevenue

contradictoire du seul fait de l'opposition formulée par le débiteur. De même, les règles de recours de droit commun auront vocation à s'appliquer à la suite de cette décision contentieuse, le jugement rendu pouvant être susceptible d'appel « *La décision rendue sur opposition est susceptible d'appel dans les conditions du droit national de chaque État partie* » (article 15 de l'AUPSRVE). Dans l'examen de l'opposition proprement dit, une phase de conciliation judiciaire est instaurée. Ce n'est que si celle-ci échoue que la juridiction reprend son imperium.

3.1 - Conciliation

178. La lecture attentive de l'article 12 de l'AUPSRVE permet de déceler dans la mission de conciliation que le juge détient deux fonctions distinctes : la première est la faculté de tenter personnellement la conciliation des parties ; la seconde est l'obligation de la constater sur demande des parties au cas d'accord réalisé.

3.1.1 - Essai de conciliation des parties

179. Lorsque la loi se mêle de conciliation, c'est, tantôt, pour en proposer la possibilité procédurale aux parties, tantôt, pour l'ériger en préalable obligatoire comme en matière de divorce (*C. civ, articles 234 et suivants*), en matière sociale (*au Cameroun, article 139 du Code du travail*). L'AUPSRVE ne fait rien de tel. Il se contente, de dire d'une part que « *La juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation* » et d'autre part que « *Si celle-ci (la conciliation) aboutit, le président dresse un procès-verbal de conciliation signé par les parties, dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire* ».

180. La conciliation judiciaire ne date pourtant pas d'aujourd'hui. Le Code de procédure civile de 1806 la connaissait déjà. Le Code de procédure civile et commerciale tel qu'il est appliqué au Cameroun lui consacre les articles 3 et 4. Elle était au cœur de l'activité des justices de paix. Le législateur OHADA n'a pas manqué de recueillir cet héritage.

181. Concilier est une des fonctions du juge au même titre que celle de trancher les litiges. Concilier, du latin *conciliare*, signifie mouvoir ensemble, c'est-à-dire rapprocher. Selon Robert, c'est amener des personnes divisées d'opinion ou d'intérêt à s'entendre. La conciliation s'entend alors comme un arrangement auquel parviennent des personnes en désaccord. Le résultat peut être obtenu par discussion et entente entre les intéressés. Il l'est le plus souvent grâce à l'intervention d'une tierce personne.

182. La première phrase de l'article 12 de l'AUPSRVE « *La juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation* » indique qu'il n'est pas question pour le juge d'imposer conciliation. Elle ne peut être que tentée puisqu'elle implique l'accord des parties. Il

n'est pas question non plus, dans ce principe général d'imposer au juge de recourir à cette procédure de tentative. C'est une simple faculté pour lui qui implique qu'il puisse très bien ne pas y recourir. Cette conciliation implique de toute façon l'accord des parties et a fortiori leur audition par le juge.

3.1.2 - Constatation de la conciliation

183. Le second paragraphe de l'article 12 de l'AUPSRVE règle le problème de la constatation de la conciliation : « *... Si celle-ci (la tentative de conciliation) aboutit, le président dresse un procès-verbal de conciliation signé par les parties, dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire.*

Si la tentative de conciliation échoue, la juridiction statue immédiatement sur la demande en recouvrement, même en l'absence du débiteur ayant formé opposition, par une décision qui aura les effets d'une décision contradictoire ».

À l'issue de la conciliation, la solution du litige peut donc emprunter différentes formes. Il n'est pas impossible qu'elle consiste dans la renonciation unilatérale, par l'une des parties à ses prétentions : l'acte de solution est alors abdicatif, comme peuvent l'être l'acquiescement et le désistement dans les procédures judiciaires. Elle peut encore prendre la forme d'une révision conventionnelle du rapport d'obligation litigieux ou d'un engagement unilatéral. Mais la transaction reste l'issue naturelle de la conciliation.

184. La conciliation est donc un procédé de solution du litige impliquant un accord de volontés. Alors qu'un jugement a pour effet de trancher un litige, d'énoncer une décision qui risque de nuire à l'une des parties au moins, la conciliation emporte l'acceptation des deux partenaires de la solution proposée au juge par les parties ou par le juge aux parties. Il est toujours préférable d'aboutir à un accord amiable plutôt qu'à une décision imposée : « *Suggérer aux parties un arrangement est toujours préférable au meilleur procès* » (Garsonnet et Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. II, n° 156, p. 256).

185. Puisque le recours à la tentative de conciliation est une faculté, l'échec n'a pas à être constaté. La procédure suit son cours (elle n'a d'ailleurs pas été interrompue). Seule la réussite mérite constat, qu'elle soit partielle ou totale.

186. Il est nécessaire, en effet, au cas de succès de pouvoir disposer d'un document écrit indiquant les éléments de l'accord. La conciliation sur l'ensemble de points litigieux a pour effet de mettre fin à l'instance, ou plus exactement la conciliation fait disparaître l'objet litigieux et par voie de conséquence éteint le lien juridique d'instance. La conciliation sur certains points litigieux éteint le différend sur cette part qui devient hors du débat mais laisse subsister l'instance pour le surplus.

Dans les deux cas, il convient de constater les éléments et la portée de l'accord. C'est dans un procès-verbal que le juge constatera la conciliation totale ou partielle.

187. Jusqu'en 1935, on considérait que les conventions des parties insérées au procès-verbal n'avaient qu'une force « d'obligation privée » (V. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, n° 435). L'AUPSRVE a conféré force exécutoire à ce procès-verbal. Les procès-verbaux dressés dans ce cadre ont la même valeur qu'un acte notarié. Si par hasard les engagements pris n'étaient pas respectés, l'autre partie pourrait, en vertu du titre, procéder à une mesure d'exécution sans avoir besoin d'obtenir un jugement sur ces points.

188. Deux autres problèmes sont résolus par l'AUPSRVE. Le premier est relatif à la signature du procès-verbal par les parties. Il ne fait aucun doute qu'elles doivent le signer (article 12 alinéa 1^{er}). Si l'une refuse, la conciliation ne peut être constatée. Le second concerne le pouvoir du juge lorsque les parties lui demandent de constater leur accord. Il paraît certain que le juge a le pouvoir de s'assurer de la qualité de l'accord et de vérifier que la convention ne heurte aucune disposition d'ordre public. Son pouvoir de contrôle ne paraît faire aucun doute. Le juge appose, lui aussi, sa signature sur le procès-verbal : en faisant cela, il remplit sa mission de conciliateur et éteint en tout ou en partie l'instance. Cet acte du juge est un simple constat destiné à formaliser un accord dont le fondement exclusif reste la volonté des parties. La constatation faite par le juge n'a donc pas de valeur juridictionnelle et n'est pas susceptible de recours. Par ailleurs, le procès-verbal de conciliation n'a pas à être signifié : une saisie-exécution a pu être régulièrement pratiquée sans être signifiée dès lors qu'elle a été valablement précédée d'un commandement de payer (*CA Paris, 21 janv. 1991 : D. 1991, inf. rap. p. 67*).

3.2 - Jugement proprement dit

189. L'article 12, alinéa 2 de l'AUPSRVE se contente de poser la règle que « *Si la tentative de conciliation échoue, la juridiction statue immédiatement sur la demande en recouvrement, même en l'absence du débiteur ayant formé opposition, par une décision qui aura les effets d'une décision contradictoire* ». En dehors du désistement, de ce qu'aucune partie ne peut plus faire défaut et de l'étendue des débats, l'AUPSRVE ne dit rien sur l'absence de toutes les parties, sur le défaut du débiteur ou du créancier. Il faut donc recourir aux textes portant organisation judiciaire et/ou au Code de procédure civile ou commerciale.

190. Le législateur n'a pas voulu que le jugement rendu sur opposition soit un jugement de défaut. C'est pourquoi, même en l'absence du débiteur ayant formé opposition, la décision rendue a les effets d'une déci-

sion contradictoire. Le « même » dont il s'agit ici vise le cas extrême où le débiteur ne se serait pas présenté à l'audience, parce que c'est lui qui a à dire. Il est vrai que le créancier, demandeur à l'injonction, conserve la qualité de demandeur à l'instance et doit faire la preuve. Concrètement, si le créancier ne comparait pas, il est néanmoins statué sur le fond, mais le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée. Le créancier doit donc fonder sa demande en fait et en droit. Il faut rappeler qu'en France, une jurisprudence aujourd'hui abandonnée énonçait que le simple défaut de contestation de la créance par l'opposant constituait un motif de maintien de l'ordonnance d'injonction de payer (*Cass. 2^e civ., 13 oct. 1976 ; Bull. civ. II. n° 276*).

191. L'opposition provoquant un retour dans une procédure contentieuse de droit commun, il est acquis, au travers d'une jurisprudence constante en la matière, que le débiteur ayant formulé le recours à l'encontre de l'ordonnance d'injonction de payer demeure « défendeur » à l'instance, le créancier requérant demeurant, quant à lui, « demandeur ». Cette position de « demandeur » du créancier explique notamment les règles procédurales suivantes applicables devant les greffes :

- l'opposition formulée par le débiteur est reçue sans frais par le greffier ;
- mais, en revanche, le créancier est appelé à consigner les frais d'opposition entre les mains de ce même greffe.

Cette position procédurale de « demandeur » du créancier s'avère d'un impact beaucoup plus large qu'on ne le pense.

1^o La charge de la preuve n'est ainsi nullement inversée et demeure imputable au créancier. C'est ainsi que l'article 13 de l'AUPSRVE) dispose que « *Celui qui a demandé la décision d'injonction de payer supporte la charge de la preuve de sa créance* ». On a pu voir sanctionnée une décision qui, fort de la non-comparution du débiteur à l'audience, l'avait condamné, sans vérifier la justification de la demande initiale du requérant (*Cass. 2^e civ., 26 juin 1985, n° 84-10.389 : Bull. civ. II. N° 116 ; RTD civ. 1986, p. 195, note Perrot ; Cass. 2^e civ., 12 mars 1986, n° 84-17.830 : Bull. civ. II, n° 37 ; Rev. buissiers, doct., juin 1988, p. 883, chrono Lescaillon, La procédure d'injonction de payer en jurisprudence depuis le 1^{er} janvier 1982*). Dans le même sens, la Cour de cassation rappelle que la charge de la preuve incombe toujours au requérant créancier, confirmant un arrêt de cour d'appel qui avait déclaré bien fondée l'opposition d'un débiteur contre une ordonnance d'injonction de payer. La Cour insiste sur le fait que s'il appartient à celui qui se prétend libéré de justifier de son paiement, il appartient au créancier, défendeur à l'opposition, mais demandeur à l'injonction, de prouver la réalité et l'étendue de sa créance (*Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2000, n° 97-14.653 : Bull. civ. I, n° 80*). À l'inverse, le créancier « demandeur » ne comparait pas en audience

faisant suite à l'opposition, le débiteur « défendeur. » pourra requérir un jugement sur le fond à l'encontre de ce dernier (*TI Guingamp, 15 déc. 1983 : Gaz. Pal. 1984, n° 1, somm., p. 195, note Lescaillon. préc., p. 883*).

2° La caducité de l'ordonnance d'injonction de payer permet au créancier de recouvrer sa créance dans le cadre d'une procédure de droit commun. Elle n'éteint pas l'action. L'arrêt de la Cour de cassation du 21 septembre 2000 peut être considéré, à juste titre, comme un arrêt de principe en ce domaine. Les faits sont classiques, une société obtient la condamnation de son débiteur par ordonnance d'injonction de payer rendue par le président du tribunal de commerce. La demande n'a été accueillie que partiellement par cette juridiction. À la suite de la signification de cette ordonnance, le débiteur formule opposition. La société créancière ne consigne pas la provision pour frais d'opposition requise par l'article 1425 du nouveau code de procédure civile. En revanche, elle diligente une procédure de référé afin de voir condamner, par provision, son débiteur au paiement intégral de sa demande initiale. La cour d'appel, saisie à la suite de cette nouvelle procédure déclare irrecevable les demandes de la société au motif que l'article 1409, alinéa 3 du nouveau code de procédure civile dispose que si le juge ne retient la requête que pour partie, sa décision est sans recours pour le créancier sauf à celui-ci à ne pas signifier l'ordonnance et à procéder selon les voies de droit commun. C'est à cet arrêt que la Cour de cassation rappelle que la caducité de la demande initiale, encourue du fait de l'absence de provision, rend inapplicable à l'espèce l'ensemble des dispositions des articles 1405 et suivants du nouveau code de procédure civile. Il en résulte que le demandeur initial recouvre dès lors l'entière liberté de diligenter une procédure de droit commun pour recouvrer une créance qui n'a fait l'objet d'aucune décision ayant autorité de chose jugée (*Cass. 2° civ., 21 sept. 2000. n° 99-10.011 : Bull. civ. II. N° 128*).

192. L'article 16 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE prévoit que « en cas de désistement du débiteur qui a formé opposition, le créancier peut demander l'apposition de la formule exécutoire sur cette décision », l'article 17 alinéa 2 de l'AUPSRVE ajoute que « la décision est non avenue si la demande du créancier n'a pas été présentée dans les deux mois suivant l'expiration du délai d'opposition ou le désistement du débiteur ». On en déduit qu'en cas de désistement du débiteur qui a formé opposition, le créancier peut, dans le délai de deux mois qui suit ce désistement, demander l'apposition de la formule exécutoire sur l'ordonnance portant injonction de payer. Le débiteur peut donc se désister de son opposition, même si le créancier a formé des demandes incidentes.

193. Les rédacteurs de l'AUPSRVE ont, en outre, souhaité conférer à l'instance sur opposition, l'examen des demandes incidentes. À cet égard, l'article 8, alinéa 2,

de l'AUPSRVE précise que l'opposition a pour objet de saisir la juridiction de la demande initiale du créancier et de l'ensemble du litige. Le tribunal statue donc sur la demande en recouvrement et connaît ainsi de la demande initiale et de l'ensemble du litige (*demandes incidentes et défenses au fond*). La recevabilité des demandes incidentes demeure, cependant, soumise aux conditions du droit commun. Pour être recevables, les demandes incidentes (*demandes additionnelles, demandes reconventionnelles, demandes en intervention volontaire ou forcée*) doivent satisfaire aux conditions de fond et de forme requises par les dispositions générales sur l'organisation judiciaire des États-membres. Ainsi, au Cameroun, les demandes additionnelles et les demandes reconventionnelles doivent se rattacher aux prétentions originelles par un lien suffisant.

194. La juridiction saisie de l'opposition statue sur la demande en recouvrement et sur les demandes incidentes dont elle peut être saisie. Le juge doit trancher le litige qui lui est soumis (*Cass. 2° civ. 17 juin 1987 [Bull. civ. II, n° 134] : doit être cassé le jugement d'un tribunal d'instance qui, pour rétracter une ordonnance d'injonction de payer frappée d'opposition, énonce que, antérieurement à l'injonction de payer, la prétendue créance avait fait l'objet, en exécution d'une ordonnance de référé, d'un rapport d'expertise et qu'il incombait aux parties d'assigner en « lecture de rapport », alors qu'il appartenait au juge, saisi dans les limites de sa compétence d'attribution, de se prononcer sur le fond de la demande au vu du rapport d'expertise que les parties lui avaient soumis*), sans en modifier l'objet (*Cass. 2° civ. 24 avr. 1989 [Bull. civ. II, n° 97] : doit être cassé pour avoir modifié les termes du litige le jugement d'un tribunal d'instance qui, alors que, dans l'acte d'opposition à une ordonnance d'injonction de payer, l'opposante soutenait un moyen de défense et contestait la créance alléguée, énonce, sans constater que l'opposante avait renoncé à ses prétentions à l'audience, qu'en s'en rapportant à justice elle ne formulait aucune contestation*), conformément aux règles de droit qui lui sont applicables (*Cass. 2° civ. 19 janv. 1983 [Bull. civ. II, n° 10] : doit être cassé le jugement d'un tribunal d'instance qui, pour déclarer partiellement fondé le contredit formé contre une ordonnance d'injonction de payer, énonce que, dans un souci d'apaisement et devant l'impossibilité d'examiner en connaissance de cause les prétentions contraires des parties, les frais d'une expertise pouvant être plus élevés que le montant du litige, il y a lieu de condamner le débiteur à ne régler que la moitié de la somme à lui réclamée*). Si la juridiction saisie estime que l'opposition formée par le débiteur n'est pas fondée, il la rejette. À cette occasion, le juge peut condamner le débiteur aux entiers dépens qui comprennent les dépens du jugement et les dépens de l'opposition (*Cass. 2° civ. 12 mars 1986, Bull. civ. II, n° 37*). La portée de la décision rendue sur opposition est fonction de son contenu. Ainsi, un tribunal qui déclare irrecevable une opposition à une ordonnance d'injonction de payer formée hors délai, n'a pas à statuer

sur les demandes accessoires de l'opposant (*CA Reims, 25 nov. 1991, JCP 1992. II. 21924, note I. Levy*).

3.3 - Voies de recours

195. Le jugement rendu sur opposition du débiteur est susceptible d'une voie de recours ordinaire ou d'une voie de recours extraordinaire selon les conditions du droit commun. Le tribunal statue à charge d'appel. C'est en ce sens que l'article 15 de l'AUPSRVE dispose que :

« La décision rendue sur opposition est susceptible d'appel dans les conditions du droit national de chaque État partie. Toutefois, le délai d'appel est de trente jours à compter de la date de cette décision ».

Conclusion

196. La procédure d'injonction de payer est la protection subsidiaire mise en place par l'État afin de permettre un traitement définitif, selon les formes accélérées et simplifiées, des affaires portant sur des créances apparemment fondées. Initialement réservée aux petites créances en matière commerciale, cette protection s'est élargie, pour des raisons de politique juridique, à toutes les créances civiles ou commerciales, sans plafond de montant ; la modicité du montant n'est plus considérée comme une condition. On comprend dès lors, l'importance de la mise en œuvre d'une telle procédure dans le schéma général du recouvrement de créances : le recours à la procédure d'injonction de payer est facultatif. Le créancier peut préférer agir par les voies de droit commun : assignation par exemple.

De son côté, la procédure d'injonction de délivrer ou de restituer constitue une procédure simplifiée pour celui veut récupérer un bien détenu par son créancier ou son débiteur.

197. Il ne faut cependant pas prêter à ces procédures plus qu'elles ne sont appelées à donner. Il y aura lieu de s'assurer constamment qu'on se trouve bien dans les conditions de leur application, notamment en ce qui concerne la nature de la créance, la désignation précise du bien dont la remise est demandée ou le domicile du débiteur. Dans le même sens, il faudra se garder de diligenter une procédure d'injonction lorsque l'on suppose une contestation de la part du débiteur. Outre qu'on se place théoriquement en cette hypothèse, en dehors du champ d'application de la procédure simplifiée, il est bien évident qu'un tel choix est inopportun : en effet, la contestation attendue aura pour conséquence directe (*mais non immédiate...*) un retour de la procédure en contentieux de droit commun. Tout le temps passé à

diligenter la procédure simplifiée pour aboutir à cette contestation sera, en conséquence, du temps de perdu.

198. Il est particulièrement important, au stade même du choix de la procédure à mettre en œuvre, de gérer certains « risques », notamment celui de la prescription de la créance. Il faudra, en effet, se montrer très prudent si l'expiration imminente du délai de prescription constitue pour le créancier, une menace réelle. Dans cette hypothèse, il vaut mieux, par simple prudence, choisir la voie de l'assignation devant la juridiction de droit commun.

199. Le dépôt de la requête à fin d'injonction n'interrompt pas la prescription. La procédure débute certes par le dépôt d'une requête par-devant la juridiction compétente. Il s'avère cependant qu'une telle requête ne peut être analysée en une demande en justice emportant interruption de la prescription. L'action n'est tenue pour engagée, que par la signification au débiteur de l'ordonnance d'injonction et non par la présentation d'une requête en injonction. Dans l'hypothèse où le magistrat saisi répond à la demande par une ordonnance de rejet, alors qu'entre-temps le délai pour agir est expiré, l'action se trouve prescrite, interdisant, ce faisant, un recours au droit commun. D'autre part, l'ordonnance d'injonction interrompt la prescription. En effet, il est unanimement admis qu'une ordonnance d'injonction de payer signifiée constitue un acte interruptif de prescription (*hypothèse où le magistrat a accueilli favorablement la requête présentée*). La signification de l'ordonnance portant injonction constitue une citation en justice. Sans doute, la signification de cette ordonnance n'implique pas forcément connaissance personnelle par l'intéressé d'une telle décision (*exemple : l'hypothèse d'une signification en mairie*) mais, on doit reconnaître à cette signification des effets interruptifs de prescription : il n'est nullement exigé une connaissance personnelle du débiteur dans le délai requis mais seulement l'existence de la diligence requise.

200. On ne saurait trop, dès lors, attirer l'attention sur les dangers à vouloir appliquer les procédures simplifiées quelles que soient les circonstances de l'espèce. Certes, la procédure d'injonction de payer, bien que spécifique, a vocation à s'appliquer dans de nombreux domaines. Il n'en demeure pas moins vrai que les conditions d'application de cette procédure sont rigoureusement limitatives.

201. La délivrance et la restitution ne sont que des modalités de l'obligation de faire. Dès lors, il est hautement souhaitable que le titre de l'AUPSRVE qui porte injonction de délivrer ou de restituer soit remplacé par la procédure, plus large, d'injonction de faire.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

C

Caution 32, 148
Chèque 5, 13, 15, 36, 38, 40
Conciliation 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 187, 188
Contrat 6, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 27, 31, 33, 43, 47, 65, 80, 132
Créance 2, 3, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 21, 24, 28, 30, 33, 34, 40, 55, 56, 57, 69, 71, 80, 92, 98, 106, 132, 141, 142, 150, 169, 189, 190, 193, 195, 196
Créancier 2, 6, 15, 17, 29, 34, 42, 43, 56, 61, 68, 71, 73, 76, 79, 82, 87, 89, 95, 97, 98, 99, 100, 103, 105, 107, 109, 117, 121, 122, 123, 124, 127, 129, 133, 134, 135, 139, 143, 147, 151, 154, 161, 188, 189, 190, 192, 195, 197

D

Débiteur 2, 4, 15, 29, 32, 35, 50, 54, 55, 56, 61, 63, 65, 68, 80, 84, 98, 103, 106, 107, 111, 113, 115, 117, 120, 123, 125, 133, 134, 137, 141, 143, 146, 149, 152, 156, 161, 164, 166, 168, 169, 170, 177, 183, 189, 191, 195, 197, 199

Défendeur 51, 66, 118, 162, 191
Demandeur 27, 80, 91, 93, 95, 130, 162, 190, 191

F

Formule exécutoire 1, 4, 39, 98, 117, 122, 123, 125, 127, 128, 129, 130, 136, 137, 139, 140, 142, 144, 145, 148, 153, 168, 174, 176, 183, 192
Injonction de faire 5, 9, 201
Juridiction compétente 4, 6, 39, 42, 50, 55, 56, 57, 58, 60, 74, 76, 83, 85, 90, 92, 97, 100, 109, 135, 158, 159, 164, 199

O

Opposition 1, 4, 7, 15, 46, 62, 66, 80, 83, 109, 112, 114, 119, 120, 122, 125, 126, 133, 135, 137, 138, 143, 146, 148, 151, 155, 157, 161, 165, 168, 175, 177, 182, 190, 192, 194, 195
Ordonnance d'injonction de payer 17, 18, 55, 61, 83, 102, 106, 112, 117, 130, 143, 146, 147, 155, 162, 169, 175, 190, 194, 199

Ordonnance de rejet 90, 92, 93, 102, 199

P

Pièces justificatives 73, 77, 80, 102
Prescription 40, 55, 84, 92, 107, 116, 132, 148, 165, 198, 199
Procès-verbal de conciliation 188

R

Requête 1, 4, 6, 15, 17, 30, 40, 41, 50, 55, 56, 59, 67, 68, 70, 71, 74, 78, 80, 83, 85, 86, 88, 102, 111, 191, 199

S

Signification 1, 4, 39, 54, 69, 83, 84, 95, 98, 104, 105, 107, 109, 114, 115, 117, 123, 137, 144, 155, 170, 191, 199

T

Titre exécutoire 2, 4, 6, 14, 15, 29, 39, 55, 103, 117, 123, 133, 138, 147

INTERMÉDIAIRES DE COMMERCE

Table des matières

Introduction n° 1 à 2

Section 1 - Régime général des intermédiaires de commerce n° 3 à 10

§1 - Existence d'un contrat de mandat n° 4 à 6

§2 - Contenu du mandat de l'intermédiaire de commerce n° 7 à 8

§3 - Cessation du mandat de l'intermédiaire n° 9-10

Section 2 - Commissionnaire n° 11 à 93

Introduction n° 11 à 14

§1 - Identification du commissionnaire n° 15 à 25

A - Identification par la profession (critères généraux d'identification du commissionnaire) n° 16 à 20

B - Identification par le domaine d'intervention (types de commissionnaires en droit OHADA) n° 21 à 24

§2- Obligations du commissionnaire n° 25 à 52

A - Obligation d'exécuter l'opération objet du contrat de commission n° 29 à 31

B - Obligation de suivre les instructions du commettant n° 32 à 38

C - Obligations relatives aux marchandises expédiées en commission n° 39 à 41

D - Obligation de loyauté n° 42 à 46

E - Obligations relatives à l'information et à la reddition des comptes n° 47 à 52

§3 - Responsabilité du commissionnaire n° 53 à 69

A - Règles générales de responsabilité n° 54 à 58

B - Régimes spécifiques de responsabilité n° 59 à 69

I - Responsabilité du commissionnaire du croire n° 60 à 64

II - Responsabilité du commissionnaire de transport n° 65 à 67

III - Responsabilité du commissionnaire agréée en douane n° 68 à 69

§4 - Prérogatives du commissionnaire n° 70 à 93

A - Droits du commissionnaire n° 71 à 79

I - Droits extrapatrimoniaux n° 72 à 73

II - Droits patrimoniaux n° 74 à 79

B - Garanties du commissionnaire n° 80 à 93

I - Droit de rétention du commissionnaire n° 83 à 89

II - Privilège du commissionnaire n° 90 à 93

Section 3 - Courtier n° 94 - 206

Introduction n° 94 à 101

§1 - Qualification juridique du courtier n° 102 à 146

A - Courtier et professions voisines n° 103 à 106

B - Courtier : un commerçant par détermination de la loi n° 10 à 114

C - Typologie des courtiers visés par l'OHADA n° 115 à 146

§2 - Statut juridique du courtier n° 147 à 206

A - Accès et exercice de la profession de courtier n° 148 à 160

B - Règles d'application commune aux intermédiaires de commerce n° 161 à 171

C - Règles spécifiques à l'activité du courtier n° 172 à 206

Section 4 - Agents commerciaux n° 207 à 274

Introduction n° 207 à 208

§1- Qualité d'agent commercial n° 209 à 215

A - Critères définissant l'agent commercial n° 209 à 213

I - Agent commercial, un mandataire lié par un mandat commercial d'intérêt commun n° 210

II - Agent commercial, un mandataire professionnel n° 211 à 212

III - Agent commercial, un mandataire professionnel non salarié n° 213

B - Fonctions de l'agent commercial n° 214 à 221

§2 - Statut de l'agent commercial n° 222 à 274

A - Droits de l'agent commercial n° 224 à 237

I - Droit à la rémunération de l'agent commercial n° 230 à 237

a - Droit à la commission de l'agent commercial en cours d'exécution du mandat n° 238 à 250

b - Droit à une indemnité compensatrice à l'occasion de la cessation du mandat de l'agent n° 239 à 245

II - Droits extrapatrimoniaux de l'agent commercial n° 246 à 250

a - Droit à l'information et à la communication de l'agent commercial n° 251 à 267

b - Droit au préavis de l'agent commercial n° 252 à 258

B - Obligations de l'agent commercial n° 259 à 267

I - Obligations découlant de la qualité de partie au contrat de l'agent commercial n° 252 à 258

a - Obligation de loyauté n° 253 à 256

b - Obligation d'information de l'agent commercial n° 257 à 258

II - Obligations particulières de l'agent commercial n° 259 à 267

a - Exécution professionnelle du mandat de l'agent commercial n° 260

b - Obligation au secret de l'agent commercial n° 261 à 264

c - Obligation de restitution des objets reçus par l'agent commercial n° 265

d - Obligation de non-concurrence de l'agent commercial n° 266 à 267

C - Responsabilité de l'agent commercial n° 268 à 274

I - Responsabilité pour fait personnel et fait du sous-mandataire n° 269 à 271

II - Responsabilité pour mauvaise exécution et inexécution totale n° 272 à 274

Bibliographie

- BEHIRA EHI (M.), « Le nouveau droit des opérations commerciales, les contrats commerciaux », Actes, colloque Association Henri Capitant, Abidjan, 2 avril 2001, sur « Le nouvel environnement juridique des entreprises dans la zone franc. Quel bilan ? », p. 84.
- CARTON (A.M.), « La responsabilité des courtiers en information », *Penant*, n° 831, septembre-décembre 1999.
- FÉNÉON (A.) et GOMEZ (Y.R.), *Droit commercial général OHADA, Acte uniforme et commentaires*, Paris, ÉDICEF/Éditions FFA, ERNST et YOURG, 1999.
- NGUEBOU TOUKAM (J.), *Le Droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998, 249 pages.
- POUGOUÉ (P.G.) et KUATE TANEGUE (S.S.), (sous la dir. de) *Les Grandes Décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2010.
- SANTOS (A.P.) et YADO TOE (Y.), *OHADA, Droit commercial général*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit uniforme africain », n° 5, 2002, 478 pages.
- NYAMA (J.M.), *Éléments de droit des affaires, Cameroun-OHADA*, Presses de l'UCAC, coll. « Apprendre », 2001.
- SANTOS (A.P.), « Commentaire de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général », *OHADA. Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2002.

1. L'intermédiaire de commerce est une personne physique ou morale qui a le pouvoir d'agir ou entend agir habituellement et professionnellement, pour le compte d'une autre personne, commerçante ou non, afin de conclure avec un tiers un acte juridique à caractère commercial. (article 169 AUDEG révisé le 15 décembre 2010).

Les intermédiaires de commerce jouent un rôle de tout premier plan dans la vie économique. Aussi le législateur OHADA leur accorde-t-il une attention particulière (*Livre IV, articles 137 à 201, de l'Acte uniforme initial du 17 avril 1997 et Livre VII, article 169 à 233, de l'AUDCG révisé le 15 décembre 2010*). L'évolution de la réglementation se mesure à l'aune de l'importance croissante de ces professionnels.

2. Dans la législation en vigueur dans les pays de la zone franc avant l'avènement de l'OHADA, l'on parlait d'auxiliaires de commerce, régis par le code de commerce français tel qu'étendu par le décret du 6 août 1901 pour l'AOF et le décret du 15 janvier 1910 pour l'AEF, l'appellation évoquant en réalité un ensemble composite de personnes aux statuts juridiques variés. Seuls deux types d'auxiliaires de commerce avaient été retenus par le code de commerce, mais séparément : le commissionnaire et le courtier. Il n'y avait donc pas une vue d'ensemble de ces agents actifs de la vie commerciale.

Au lendemain des indépendances, certains États ont légiféré en la matière (notamment, le Cameroun, le Sénégal). Mais, dans l'ensemble, ces législations nationales restaient incomplètes et manquaient de vision globale.

Le législateur OHADA comble ces insuffisances. Il regroupe, dans l'appellation nouvelle d'intermédiaires de commerce, les professionnels de la vie des affaires présentant la caractéristique commune de ne pas agir de façon autonome mais dans le cadre général d'un produit ou d'un type de services (*Dekeuwer-Défossez (F), Droit commercial, Précis Domat, 7^e éd, Paris, Monchrestien, n° 254, p. 211*). Le législateur OHADA s'inspire à la fois

de la convention de Genève du 11 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandise, de la directive européenne du 18 décembre 1986 et du code sénégalais des obligations civiles et commerciales. Pour la première fois, une approche d'ensemble fait de ces intermédiaires des commerçants soumis à des obligations générales communes. Mais, le législateur s'en tient à de types de professionnels bien précis. Il ne vise pas les auxiliaires n'ayant pas la qualité de commerçant comme les voyageurs de commerce, représentants et placiers (VRP) qui sont des salariés très particuliers, les distributeurs de biens ou les intermédiaires civils ou sociaux. Il retient seulement trois types d'intermédiaires dont chacun, tout en répondant à un régime général, relève d'une réglementation propre : le commissionnaire, le courtier, les agents commerciaux.

Section 1 - Régime général des intermédiaires de commerce

3. L'intermédiaire de commerce peut être une personne physique ou morale. La position de principe de départ est qu'il est un commerçant. Les dispositions de l'Acte uniforme s'appliquent à l'intermédiaire inscrit au RCCM de l'un des États parties ou encore agissant sur le territoire d'un des États parties ou enfin comme conséquence de la mise en œuvre des règles du droit international privé. En tant que commerçant, il doit avant tout remplir les conditions prévues à cet effet par les articles 6 à 12 de l'AUDCG aussi bien initial que révisé. Les opérations qu'il effectue sont des actes de commerce au sens de l'article 3 de l'AUDCG.

La réglementation des intermédiaires de commerce est d'application immédiate dès lors que les critères autonomes d'applicabilité qu'elle fixe sont réunis, il suffit que le lien territorial avec l'espace OHADA tel

que prévu (inscription de l'intermédiaire au registre d'un État partie ou exercice d'une activité dans un tel État) soit établi.

Pour le reste, l'AU détermine un certain nombre de règles communes à tous les intermédiaires de commerce, nonobstant les règles particulières à chaque catégorie d'intermédiaires. Ces règles communes rappellent celles du mandat. L'intermédiaire n'est pas subordonné ni juridiquement ni économiquement. Encore faut-il, afin d'avancer, préciser le champ d'application de ces règles. Il sera alors aisé par la suite d'analyser la mission de ce mandataire, puis sa cessation de fonction.

§1 - Existence d'un contrat de mandat

4. Les articles 141 et 142 de l'AU initial et les articles 171 à 174 de l'AUDCG révisé précité déterminent clairement le champ d'application des règles applicables. L'intermédiaire de commerce conclut avec son cocontractant un contrat de mandat. Le champ d'application de la réglementation s'étend ainsi à tout acte de nature à aboutir à l'échange de consentements et aux actes juridiques et matériels permettant de réaliser la prestation caractéristique du contrat de mandat, que l'intermédiaire agisse en son nom propre (commissionnaire, courtier) ou au nom du représentant (agent commercial). Les dispositions sur les intermédiaires sont suscrites au RCCM de l'un des États partie, qu'il s'agit sur le territoire d'un État partie ou que les règles de droit international prévu conduisent à l'application de l'AUDEG. Toutefois, les dispositions de l'AU ne s'appliquent pas à la représentation résultant d'une habilitation légale ou juridique d'agir pour des personnes qui n'en ont pas la capacité juridique ; à la représentation par toute personne effectuant une vente aux enchères, ou par autorité administrative ou de justice ; à la représentation légale dans le droit de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions ; aux dirigeants des sociétés, associations et autres groupements dotés de la personnalité juridique qui en sont les représentants légaux, (courtier) ou au nom du représenté (agent commercial). Les dispositions sur des intermédiaires de commerce sont également applicables dès lors que l'intermédiaire est inscrit au RCCM de l'un des États parties, qu'il s'agit sur le territoire d'un État partie ou que les règles de droit international privé conduisent à l'application de l'AUDCG.

5. L'accroissement de l'activité commerciale se traduit incontestablement par la multiplication des mandats professionnels et rémunérés. Il est donc compréhensible que le législateur ait voulu encadrer certains comportements.

Les règles du mandat s'appliquent aux relations entre l'intermédiaire, le représentant et le tiers. Mais il faut y ajouter un certain nombre de dispositions particulières relevant de l'AU. L'objectif principal de cette réglementation est de protéger le tiers dans ses relations avec l'intermédiaire, mandataire professionnel.

Cependant la finalité de l'opération est aussi importante : elle consiste à prendre contact avec un tiers en vue de le voir conclure un rapport juridique qui va rejaillir sur le patrimoine du mandant. L'opération est à trois personnes : l'intermédiaire a pour rôle de prendre contact avec un tiers et de servir d'interlocuteur pour le compte de celui qui lui a attribué la mission. Cette dernière crée des rapports internes avec le donneur de mission et son partenaire, mais aussi des rapports externes dès que le chargé de mission prend contact avec le tiers. Il y a ainsi une superposition de cadres juridiques, qui entraîne la superposition du droit commun sur certains points.

6. La formation du contrat de mandat n'est soumise à aucune formalité. Le mandat de l'intermédiaire peut donc être écrit ou verbal. L'intermédiaire peut même agir de façon occulte. Tout est question de preuve. Celle-ci est libre : en l'absence de l'écrit, le mandat peut être prouvé par tout moyen, y compris par témoin.

§2 - Contenu du mandat

7. L'intermédiaire est tenu d'exécuter sa mission et de rendre compte. Entant que mandataire, il doit respecter la confiance que le mandant a placée en lui ; il a donc une obligation de fidélité, de diligence et de reddition des comptes. Mais en contrepartie, il doit au terme du mandat être rémunéré de son travail et remboursé par le mandant des frais exposés à cette occasion.

Mandataire professionnel, l'intermédiaire de commerce voit ses obligations renforcées. Il a à l'égard du donneur d'ordre une obligation de fidélité : il s'agit pour lui de respecter la mission qui lui a été confiée. N'étant pas subordonné au mandant, il peut dans les limites qui lui ont été tracées, choisir librement les moyens les plus conformes en vue d'atteindre le but recherché par le représenté. En tant que professionnel, l'appréciation de son action peut dépendre des usages de sa profession : l'article 145 de l'AUDCG initial et repris par l'article 177 de l'acte uniforme de AUDEG révisé dispose à cet effet que « le représenté et l'intermédiaire d'une part, l'intermédiaire et le tiers d'autre part, sont liés par les usages dont ils avaient ou devaient avoir connaissance, et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des rapports de représentation de même type, dans la branche commerciale considérée. Ils sont également liés par les pratiques qu'ils ont établies entre eux ».

Le mandat donné à l'intermédiaire peut être conçu en termes généraux ou spéciaux. Cela se détermine à partir des instructions reçues. Lorsqu'elles sont imprécises quant à la nature des actes à accomplir, le mandat est général. On ne peut alors pas manifestement reprocher au mandataire un abus de fonction. Mais les instructions données peuvent aussi concerner l'exécution de la mission. Lorsque le mandat est évasif, il laisse le mandataire

apprécier la conduite à tenir. Mais lorsque la mission est définie avec précision le mandat est spécial et le mandataire est alors débiteur d'une double obligation : exécuter toute mission qui lui est impartie et ne pas s'écarter des limites que lui impose la précision des ordres reçus. Ainsi, si les instructions sont claires et précises, le mandataire est censé avoir reçu des instructions impératives (*article 147 de l'AUDCG initial et 177 de l'AUDCG révisé*). En somme, lorsque l'intermédiaire reçoit des instructions précises, il a pratiquement une obligation de résultat. Des ordres ayant été donnés, il doit s'y conformer et s'abstenir de les transgresser. Mais l'article 147 comme l'art. 177 précités disposent qu'il peut se dégager en établissant que les circonstances ne lui ont pas permis de rechercher l'autorisation du représenté, lorsqu'il y a lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisé s'il avait été informé de la situation. Doit-on y voir une cause étrangère seule capable d'exonérer une personne à qui incombe une obligation de résultat ? Ou simplement la preuve de l'absence de faute de la part de l'intermédiaire ? Il semble qu'en cas de méconnaissance des instructions relatives à l'exécution de sa mission, le mandant n'est tenu par l'acte que dans la mesure de l'utilité qu'il en attendait. Il ne pouvait que consentir s'il en avait été intimé. Quoi qu'il en soit, au-delà du respect des instructions, il est tenu d'une obligation de diligence : en fait, l'intermédiaire doit non seulement persévérer dans la réalisation concrète des instructions qu'il a reçues, mais encore, il doit suggérer à son cocontractant des solutions propres à l'éclairer. C'est ce qui peut se déduire de l'article 150 de l'AUDCG initial et de l'article 182 de l'AUDCG révisé qui affirment que l'intermédiaire est responsable envers le représenté de la bonne et fidèle exécution du mandat. Cette obligation le poursuit même jusqu'au-delà du contrat de mandat. En effet, l'art. 159 de l'AUDCG initial repris par l'article 191 de l'AUDCG révisé prévoit que « Nonobstant la cessation du mandat, l'intermédiaire demeure habilité à accomplir pour le compte du représenté et de ses ayants droit les actes nécessaires et urgents de nature à éviter tout dommage ».

8. L'appréciation de la nature des instructions données est primordiale, car il peut y avoir lieu d'examiner les conséquences d'une transgression et le sort des actes qui ont été accomplis en méconnaissance des instructions reçues. L'article 1998 du code civil déclare d'abord que le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné ; ensuite, il affirme que le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. Il s'ensuit que le principe est celui du non-engagement. Dès lors que le mandataire a excédé ses pouvoirs, le mécanisme de la représentation ne peut pas jouer, et le mandant reste extérieur à l'acte accompli par le mandataire. Cet acte ne peut pas créer d'obligation à la charge du mandant en l'absence d'une ratification. Ces règles sont reprises par l'AUDCG initial dans les articles 151 à 153 et l'AUDCG

révisé dans les articles 183 à 185. L'article 151 al 2 précité (*même sens, article 183 al 2 précité*) précise toutefois que lorsque le comportement du représenté conduit le tiers à croire raisonnablement et de bonne foi, que l'intermédiaire a le pouvoir d'agir pour le compte du représenté, ce dernier ne peut se prévaloir à l'égard du tiers du défaut de pouvoir de l'intermédiaire. L'article 152 al 2 AUDCG initial précité (*dans le même sens, art. 184 al 2 de l'AUDCG révisé précité*), ajoute que le représenté peut ratifier l'acte accompli par le représentant sans pouvoir. Et enfin, l'article 153 de l'AUDCG initial précité prévoit l'indemnisation du tiers qui subit cette absence ou dépassement de pouvoir du représenté, sauf si le tiers savait ou devait savoir que l'intermédiaire n'avait pas de pouvoir ou agissait au-delà de son pouvoir (*dans le même sens, l'article 185 de l'AUDCG révisé précité*).

L'intermédiaire a aussi une obligation de reddition de compte : cette obligation découle de l'article 155 de l'AUDCG initial qui dispose que l'intermédiaire doit en tout temps et à la demande du représenté lui rendre compte de sa gestion (*dans le même sens, article 187 de l'AUDCG révisé précité*). Il est par conséquent tributaire d'un devoir d'information portant aussi bien sur le déroulement de sa mission que sur le résultat obtenu. Le mandant peut alors se rendre compte que le mandataire a travaillé avec toute la diligence et la loyauté attendues de lui. Et si tel n'est pas le cas, le mandataire peut voir sa responsabilité engagée. L'obligation de rendre compte s'impose à l'intermédiaire quand bien même il se serait substitué une autre personne dans l'exécution de sa tâche (*cf. article 150 al 3 de l'AUDCG initial précité et l'article 182 al 3 de l'AUDCG révisé sur les conditions de cette substitution*). Il doit tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration et cela quand bien même, dit l'art. 1993 du code civil, ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. C'est en ce sens, que l'art. 155 al 2 précité précise qu'il doit l'intérêt des sommes pour le versement desquels il est en retard.

§3 - Cessation du mandat

9. Les articles 156 à 159 de l'AUDCG initial organisent la cessation du mandat de l'intermédiaire (*dans le même sens articles 188 à 191 AUDCG révisé*). Outre les causes normales de la cessation (*accord des parties, exécution de la mission, révocation ou renonciation*), l'AU, tout comme le code civil d'ailleurs, insiste sur les causes d'expiration du mandat qui reposent sur le caractère d'intuitu personae du contrat : décès, incapacité ou ouverture d'une procédure collective contre l'une quelconque des parties. Compte tenu de la confiance particulière qui gouverne les relations contractuelles entre représenté et représentant, l'intérêt commun qui est à la base du mandat qui les lie, la loi dispose que tout abus dans la faculté de résiliation par volonté unilatérale est sanctionné (*articles 156 al 2 et 3 de l'AUDCG initial ; articles 188 al 2 et 3 de l'AUDCG révisé*). En effet, en vertu de la

théorie du mandat d'intérêt commun à laquelle l'AU fait référence, le mandat ne pouvait à l'origine être révoqué unilatéralement, mais seulement d'un commun accord, pour une cause légitime ou selon les stipulations contractuelles (cf. *Civ. 13 mai 1885, DP 1885, I, 350*) ; ainsi, la révocation sans cause légitime exposait le mandant à devoir payer une indemnité au mandataire révoqué. Cette règle a été reprise et bilatéralisée par l'AU.

Les droits du tiers sont sauvegardés dans la mesure où l'art. 158 ancien et l'art. 190 nouveau de l'AUDCG disposent que la cessation du mandat donné à l'intermédiaire est sans effet à son égard. Il en irait autrement s'il connaissait ou devait connaître cette cessation.

10. Au terme du mandat, le représenté est engagé à l'égard du représentant. En vertu de l'art. 154 ancien et 186 nouveau de l'AUDCG, il doit lui rembourser en principal et intérêts, les avances et frais que ce dernier a engagé pour l'exécution régulière du mandat et le libérer des obligations contractées. Le mandat est par conséquent débiteur du tiers avec lequel le représentant a contracté. L'AUDCG ne mentionne pas la rémunération du représentant. Sans doute est-ce parce que le mandat est en principe gratuit. Pourtant dans divers domaines et notamment dans les secteurs professionnels, il y a une inversion de la tendance qui a pour résultat que la détermination de la rémunération est un élément fondamental du mandat. On en veut pour preuve que l'AUDCG lui-même met cette obligation à la charge du donneur d'ordre dans les contrats d'intermédiaires qu'il a réglementés, à savoir le commissionnaire, le courtier, les agents commerciaux.

Section II : Commissionnaire

Introduction

11. L'intermédiation, et notamment la commission, est, semble-t-il, une des conséquences du fort développement des transactions commerciales lors de la Renaissance. À cette époque, l'on a observé une évolution des techniques commerciales qui aurait participé à l'apparition des commissionnaires dès le xv^e siècle. Concrètement, l'intensification des échanges aboutit sur le développement concomitant du mandat commercial et du « contrat de commande », ce dernier renvoyant à une convention par laquelle une personne agit en son nom propre pour le compte de son commettant. Mais la pratique distinguait encore mal le mandataire du commissionnaire dont la spécificité était difficilement perceptible au-delà de la nature essentiellement commerciale de son activité. Le commissionnaire y était très souvent perçu comme un simple mandataire commercial et confondu au mandataire ordinaire.

12. En dépit de cette incertitude originelle sur son statut juridique, le rôle du commissionnaire n'a cessé de croître en pratique. L'intérêt de cet acteur du commerce réside en ce que les entreprises gagnent en efficacité, en célérité et parfois en discrétion (secret des affaires) lorsque, sans supporter tous les frais connexes à une transaction, elles parviennent à réaliser leurs activités en ayant recours à un spécialiste qui prend sur lui de négocier en leur lieu et place. Les facettes actuelles des relations des entreprises ne font d'ailleurs que conforter l'importance du rôle que joue ce mandataire particulier dans la vie des affaires. Bien plus, les commissionnaires se sont diversifiés et spécialisés. Selon leur domaine d'intervention, l'on distingue principalement de nos jours la commission à la vente ou à l'achat de la commission de transport et de celle sur les valeurs mobilières. Une constance se dégage cependant de la pratique : elle fédère les usages et tend à favoriser un consensus sur le statut commun de ces acteurs et sur les règles auxquelles sont soumises leurs activités.

13. Interpellé par la pratique, le législateur a fini par s'appesantir sur la question, contribuant à l'édification du statut juridique des mandats commerciaux, et partant, du régime juridique applicable au commissionnaire.

Dans la plupart des États membres de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), les premières codifications sont héritées des droits coloniaux, et en ce qui concerne spécifiquement les États francophones, du droit français, dans toute son évolution jusqu'aux indépendances.

Historiquement, en France, après le silence maladroit de l'Ordonnance de 1673 sur le commerce, ce sont les rédacteurs du code de commerce de 1807 qui, les premiers, vont tenir compte des usages les plus accrédités pour fixer dans les articles 91 et 92 dudit code le régime juridique applicable au commissionnaire. Suite aux modifications qu'apportera la loi du 23 mai 1963 (DP 63. 4. 73) dans la structuration de ce code, ces dispositions seront ultérieurement consignées dans ses articles 94 et 95 (*P. CHAUVEL, « Commissionnaire », Rép. Com. Dalloz, 2003, n° 3*).

Mais depuis, les activités du commissionnaire ont encore évolué. Les exigences des parties se sont accrues, et ont eu pour conséquence la spécialisation de ce mandataire. Dans l'ensemble, les intermédiaires de commerce se sont multipliés pour s'adapter aux mutations qu'ont connues les techniques commerciales contemporaines. Ces mutations ont ramené à l'ordre du jour le problème de la définition du commissionnaire.

14 Soucieux de répondre aux sollicitations de la pratique des affaires, les États africains au sud du Sahara se devaient de tableer à leur tour sur le statut et le régime juridique applicable au commissionnaire, ce qu'ils ont fait à travers le système juridique institué sous l'égide de l'OHADA. En effet, lors de l'élaboration de son « Droit commercial général », le législateur de l'OHADA a

consacré, dans son Livre III sur les intermédiaires du commerce, un chapitre à cet auxiliaire. Ce faisant, le législateur communautaire prend en considération non seulement l'importance de cet intermédiaire, mais surtout, l'urgence qu'il y avait, dans les États membres, à clarifier les contours du contrat de commission et, partant, à asseoir les critères d'identification du commissionnaire.

Concrètement, à travers les dispositions de ses articles 160 à 175, l'Acte uniforme de l'OHADA portant droit commercial général (AUDCG) de 1998 avait défini le commissionnaire, précisé ses droits et ses obligations et fixé le régime juridique de sa responsabilité. En le modifiant en décembre 2010, le législateur de l'OHADA a repris pour l'essentiel les mêmes dispositions en y apportant toutefois de légères mais opportunes améliorations consignées dans les nouveaux articles 192 à 207 de l'AUDCG modifié. Ce faisant, l'identification du commissionnaire était facilitée.

§1 - Identification du commissionnaire

15. Plusieurs professionnels ont pour rôle, soit d'aider des commerçants ou des particuliers à la conclusion d'opérations commerciales ou civiles, soit de conclure pour eux ces opérations. Ces acteurs sont également qualifiés d'intermédiaires de commerce, dans la mesure où leurs activités consistent essentiellement à entremettre entre leurs clients et les tiers pour rendre aisée la conclusion de contrats, ou tout simplement, pour en conclure (V. « *Intermédiaire* » *supra*). Le droit de l'OHADA n'a ciblé que trois de ces intermédiaires de commerce dont il a uniformisé le statut et le régime juridique, tranchant par la même occasion avec les législations nationales, pour la plupart désuètes ; il s'agit du commissionnaire, du courtier et de l'agent commercial.

Le commissionnaire, en ce qui le concerne, a été originellement défini par l'article 160 de l'AUDCG de 1998 comme celui qui, en matière de vente et d'achat, se charge d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de marchandises moyennant une commission. Il en découlait qu'en droit OHADA, cet intermédiaire s'identifiait non seulement au regard à sa profession (l'entremise), mais également par rapport à son domaine d'intervention (vente et achat). Les réajustements du 15 décembre 2010 ont conservé, malgré l'apport appréciable en ce qui concerne la définition du commissionnaire, les mêmes critères d'identification de cet acteur du commerce.

A- Identification par la profession (critères généraux d'identification du commissionnaire)

16. À la lecture des dispositions de l'article 3 de l'AUDCG, il ne fait aucun doute que les opérations des intermédiaires de commerce, et partant celles du commissionnaire, sont des actes de commerce par nature.

L'on en déduit que si cet acteur est un intermédiaire, à la différence du mandataire en droit commun, il est avant tout un professionnel commerçant dont l'autonomie et la spécificité découlent principalement du fait qu'il agisse en son nom propre.

17. D'abord, en droit OHADA, le commissionnaire est un intermédiaire de commerce, dans ce sens où il a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, le représenté ou commettant, pour conclure avec un tiers un contrat (cf. article 137 AUDCG ; V. « *Intermédiaire* » *supra* ; PEROZZETTO (S.) et DILOY (C.), « *Intermédiaires* », Répertoire Dalloz droit International, 2003, n° 1 et s.). C'est, en d'autres termes, un mandataire ou un auxiliaire de commerce professionnel. L'insistance du législateur sur la nature habituelle et professionnelle de son activité doit s'apprécier à sa juste valeur. À s'en tenir à la lettre de l'article 137 de l'AUDCG, on peut affirmer qu'un acte d'entremise spontané et isolé ne saurait être suffisant pour établir sans équivoque la qualité de commissionnaire. La certitude de la qualité et du statut de commissionnaire naîtra de l'habitude, de la régularité dans la réalisation d'opérations d'entremise de même nature.

Toutefois, l'exigence d'une intervention à titre professionnel vient relativiser, tout en l'affirmant, l'importance de l'habitude comme critère d'identification du commissionnaire. D'une part, elle la remet en cause dans la mesure où le respect des conditions d'accès à la profession de commissionnaire dans une catégorie donnée suffit à conférer cette qualité aux personnes concernées (*par exemple, jouira juridiquement de la qualité de commissionnaire de transport toute personne qui aura rempli les exigences édictées soit par le Règlement n° 03/2008/CM/UEMOA du 28 mars 2008 relatif aux conditions d'exercice des professions d'intermédiaires de transport maritime en droit de l'UEMOA, soit par l'Acte n° 3/98-UDEAC-648-CE-33 du 5 février 1998 portant réglementation des conditions d'exercice des professions maritimes et professions auxiliaires des transports en droit CEMAC, soit en droit camerounais, par loi n° 2001/015 du 23 juillet 2001 régissant les professions de transporteur routier et d'auxiliaire des transporteurs routiers et par le Décret d'application n° 2004/0607/PM du 17 mars 2004 fixant les conditions d'accès aux professions de transporteur routier et d'auxiliaire des transports routiers*). Celles-ci n'ont nullement besoin d'accomplir plusieurs actes d'entremise pour s'en prévaloir.

D'autre part, elle en réaffirme l'importance en ce sens où l'exercice d'une activité à titre habituel a souvent été présenté en droit commercial général comme l'un des critères de la nature professionnelle de l'activité commerciale. Dans ce sens, l'habitude permettra de qualifier de « *commissionnaire de fait* » toute personne qui, sans respecter les conditions générales et ou spécifiques d'accès à la profession, se sera lancée dans l'accomplissement régulier d'actes d'entremise spécifiques à une catégorie de commissionnaire. Calquée sur la théorie

du commerçant de fait, cette hypothèse est d'autant plus vraisemblable que le commissionnaire en droit OHADA est un commerçant à part entière.

18. Ensuite, le commissionnaire est juridiquement un commerçant, c'est-à-dire une personne physique ou morale qui, selon les termes de l'article 2 de l'AUDCG, accomplit des actes de commerce, et en fait sa profession habituelle. Par conséquent, il se doit de respecter toutes les conditions relatives au statut de commerçant telles définies par les articles 6 et suivants de l'AUDCG (V. « *Commerçant* »). Particulièrement, il doit non seulement être immatriculé au Registre du commerce et du crédit mobilier, mais encore, pour obtenir une licence spécifique, il doit l'être dans le registre des commissionnaires de la catégorie dans laquelle il exerce (*Registre des commissionnaires agréés en douane par exemple*). Dès lors, l'inobservation des conditions d'accès à la profession aboutira sur le refus de la qualité de commissionnaire. Il est vrai qu'en pratique, celui qui exercera irrégulièrement la profession sera traité comme un commerçant de fait (V. « *Commerçant* » *supra*).

Il convient toutefois de préciser que, en tant que critère d'identification du commissionnaire la commercialité est rattachée à l'activité menée et non aux opérations accomplies. En effet, c'est l'entremise qui est, au sens du droit OHADA, un acte de commerce par nature, et non l'opération ou le contrat qui constitue le fondement ou la finalité de la commission. Les opérations réalisées par un commissionnaire peuvent donc indifféremment être de nature civile ou commerciale. Il arrive d'ailleurs que, selon son domaine de spécialisation, un commissionnaire n'accomplisse que des actes de nature civile. Les actes civils ainsi passés seront certes envisagés sous le prisme de la commercialité « subjective », parce qu'accomplis à titre professionnel.

19. Enfin, le commissionnaire opère en son propre nom : c'est un mandataire indépendant. Le nom propre auquel il est fait allusion peut être soit le nom patronymique, soit le nom commercial du commissionnaire personne physique, soit, tout simplement, le nom social du commissionnaire personne morale. Juridiquement, c'est par ce troisième critère que le commissionnaire se distingue fondamentalement d'un certain nombre d'intervenants ou d'acteurs de l'entremise commerciale.

Premièrement, le fait d'agir *proprio nomine* est aujourd'hui unanimement admis comme étant l'un des critères d'attribution de la qualité de commissionnaire et, partant, d'application du régime juridique spécial prévu par la loi. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. Dans les systèmes juridiques inspirés du droit français, une importante controverse a jadis opposé les auteurs. Deux conceptions du commissionnaire s'opposaient, à savoir la conception extensive et la conception restrictive. Selon la première, la commission étant simplement la forme commerciale du mandat classique, le commissionnaire n'est qu'un mandataire commercial ; peu importe qu'il

agisse en son propre nom ou au nom de son commettant. À l'opposé, selon la conception restrictive, ne pouvait se voir conférer la qualité de commissionnaire que les intermédiaires de commerce qui agissaient en leur nom propre, ceux agissant au nom du commettant n'étant juridiquement que des mandataires, le fait qu'ils soient de fait appelés « commissionnaire » restant indifférent dans la détermination de leur statut juridique réel. L'intérêt de la controverse résidait dans le bénéfice ou dans l'attribution du privilège de l'article 95 du code de commerce français d'antan. Finalement, à la suite des premiers commentateurs dudit code de commerce et de la jurisprudence, la doctrine moderne a opté pour la conception stricte : la qualité de commissionnaire n'est attribuée qu'à l'intermédiaire qui agit en son nom. Autrement dit, l'absence de représentation est le trait original de la commission (*cf. COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, n° 663*).

En second lieu, le fait d'agir en son nom propre facilite la distinction entre le commissionnaire et les autres intermédiaires de commerce. Le fondement de la distinction est la nature et l'étendue des obligations assumées par ce dernier du fait de la « représentation imparfaite » inhérente à son intervention (*cf. Malaurie et Aynes, Les contrats spéciaux, 11^e éd. Cujas, 1998, n° 538*). Le commissionnaire jouit d'une indépendance relative dans la réalisation de ses missions et dans l'exécution des instructions du commettant auquel il n'est nullement subordonné. Il doit avoir l'entière maîtrise des opérations ou des négociations qu'il réalise. Il se distingue dès lors du préposé qui est rattaché à son employeur par un lien de subordination et qui doit se conformer aux directives que lui donne ce dernier ; du courtier dont la mission se limite à mettre en rapport les parties qui l'ont sollicité et de les laisser contracter elles-mêmes (V. « *Courtier* » *infra*) ; du concessionnaire qui certes agit en son nom propre, mais pour son compte ; et bien évidemment, du mandataire commercial ordinaire ou agent commercial qui conclut au nom du mandant, sans avoir une marge de manœuvre réelle ou une autonomie dans l'accomplissement de ses missions.

20. La particularité du statut du commissionnaire découle dès lors de ce que cet intermédiaire commerçant est personnellement obligé par les actes qu'il passe pour le compte du commettant. Cette réalité vaut quel que soit son domaine d'intervention.

B - Identification par le domaine d'intervention (types de commissionnaires en droit OHADA)

21. En principe, en sa qualité d'intermédiaire de commerce, le commissionnaire peut réaliser une entremise dans tous les domaines et dans tous les secteurs d'activités où la représentation est admise. C'est ainsi qu'il est aujourd'hui admis qu'à la condition de respecter les critères d'identification ci-dessus, une agence de

voyage qui fait des réservations pour un tiers, mais en son nom propre, est un commissionnaire. Il en va de même d'une agence de publicité, d'une centrale d'achats, d'un agent de change ou d'une société de bourse, d'un transitaire en douane, d'un commissionnaire de marchandises (consignataire ou un correspondant en matière de vente), des diffuseurs de presse, des commissionnaires de transport, voire des exploitants de stations-service.

Le droit OHADA semblait jusqu'en 2010 limiter le champ d'application des règles qu'il édictait à certaines opérations dont il précisait la nature. En effet, l'article 160 de l'AUDCG de 1998 ne mentionnait expressément que les opérations de vente ou d'achat. Il fallait se reporter aux articles 172, 173 et 174 du même Acte uniforme pour constater que le législateur s'était quelque peu attardé sur d'autres types de commissions, élargissement un temps soit peu le domaine d'intervention du commissionnaire soumis au droit OHADA. En d'autres termes, dans la rédaction précédente, le droit uniforme africain ne s'appesantissait que sur trois types de commissionnaires : le commissionnaire de vente ou d'achat, le commissionnaire expéditeur ou agent de transport, et le commissionnaire agréé en douane.

La réforme du 15 décembre 2010 est opportunément venue recadrer la définition du commissionnaire donnée par l'article 160 mentionné. L'article 192 de l'Acte uniforme portant droit commercial modifié (AUDCG mod.) dispose désormais que « *Le commissionnaire est un professionnel qui, moyennant le versement d'une commission, se charge de conclure tout acte juridique en son propre nom mais pour le compte du commettant qui lui en donne mandat* ». L'option pour cette définition standard et plus ouverte n'a cependant pas de réelle incidence sur les types de commissionnaires admis et régis par le droit uniforme africain.

22. La commission de vente ou d'achat est le « contrat-type » de commission. Sur son fondement, le commissionnaire se charge de réaliser pour le compte du commettant une vente ou un achat de marchandises (cf. article 160 AUDCG de 1998). Son régime juridique a depuis toujours été considéré comme étant le droit commun du contrat de commission. L'on pourrait par conséquent conclure qu'en droit OHADA, indépendamment du recadrage définitionnel réalisé par la modification de décembre 2010, les règles de portée générale édictées sont calquées sur le droit applicable à cette catégorie de commissionnaire qui y demeure assujéti.

23. Le commissionnaire expéditeur ou agent de transport, également appelé commissionnaire de transport, est celui qui se charge d'expédier ou de réexpédier en son nom propre des marchandises pour le compte de son commettant. Il est à la fois soumis au régime général édicté pour le commissionnaire de vente ou d'achat et, le cas échéant, aux règles spécifiques du droit des transports (art. 204 et 205 AUDCG mod.).

Le fait que l'AUDCG se contente d'assimiler cet agent au commissionnaire pourrait poser problème en théorie, car l'on pourrait déduire qu'en droit OHADA, le commissionnaire expéditeur ou de transport n'est pas à proprement parler un commissionnaire, au sens premier du terme. Le risque de confusion avec les autres auxiliaires de transport et, particulièrement, avec le transitaire, spécialiste des opérations de réception et de réexpédition des marchandises, est ainsi renforcé.

Toutefois, le flou rédactionnel observé à l'article 204 ne devrait pas faire perdre de vue les critères d'identification du commissionnaire, fût-il de transport. L'assimilation dont fait mention ce texte vise premièrement à admettre la spécificité du régime juridique applicable à ce commissionnaire spécialisé, spécificité qui est fortement tributaire de la nature exceptionnelle des règles juridiques applicables dans son secteur d'activités, à savoir, le droit des transports. Il est par conséquent admis de penser que le législateur OHADA a voulu dire qu'en dehors des règles spéciales en questions, cet intermédiaire est soumis aux mêmes dispositions que le commissionnaire de droit commun auquel il est assimilé.

24. Le commissionnaire agréé en douane, en ce qui le concerne, est celui qui s'engage à s'acquitter, pour le compte de son client, le montant des droits, taxes ou amendes, liquidés par le service des douanes. De par sa spécialisation, il est également soumis aux règles particulières d'accès à la profession, telles qu'édictées par le droit douanier (cf. les réglementations douanières respectives de la CEMAC et de la CEDEAO-UEMOA).

25. À l'évidence, la spécialisation des commissionnaires va de pair avec celle de leurs obligations. Toutefois, il existe une kyrielle d'obligations communes à tous.

§2 - Obligations du commissionnaire

26. De par leur fondement, elles sont d'origine contractuelle, dans la mesure où le contrat de commission fonde et prouve l'engagement du commissionnaire. Le silence du législateur communautaire sur les conditions de validité de ce contrat amène à conclure que, comme en droit comparé, la formation et la cessation du contrat de commission s'apprécient au regard des conditions fixées par le droit commun des contrats en vigueur dans chaque État membre. Il en est ainsi, en ce qui concerne sa validité, les exigences relatives à la capacité des parties, à l'échange des consentements, à l'objet et à la cause du contrat.

27. De par leur nature ou leur caractère, les obligations du commissionnaire sont à la fois contractuelles et légales. Contractuelles, elles le sont par le fait que les parties demeurent libres de s'engager dans les limites permises par la loi de l'autonomie de la volonté. Dans ce sens, elles déterminent en toute liberté la nature des

actes ou des contrats à passer, les délais d'exécution, les modalités de rémunération. Légales et impératives, les obligations des parties au contrat de commission le sont dans la mesure où les articles 160 et suivants de l'AUDCG énumèrent et précisent les obligations essentielles auxquelles sont respectivement assujettis le commissionnaire et le commettant du seul fait de la conclusion du contrat de commission, et indépendamment du contenu de leur accord.

28. De par leur typologie, les obligations qui pèsent sur le commissionnaire sont plurielles. Cette diversité est inhérente à son statut. En sa qualité d'intermédiaire de commerce, il est soumis à plusieurs obligations découlant entre autres du régime général applicable au mandat, par référence aux dispositions de l'article 143 de l'AUDCG. Par exemple, il est tenu de respecter les instructions reçues du représenté (article 147 de l'AUDCG). Parallèlement à ces obligations contractuelles générales inhérentes à l'exécution de son mandat d'intermédiaire, il se doit d'observer les obligations conditionnant la jouissance de sa qualité ou de son statut professionnel (V. « *Intermédiaire* »). Toutefois, ces multiples d'obligations « générales » ne doivent pas faire perdre de vue l'existence d'obligations spécifiques au statut de commissionnaire, dont l'accomplissement doit se faire en synergie avec les précédentes. À ce niveau, il est acquis que le commissionnaire se charge principalement d'opérer pour le compte du commettant. Le droit OHADA met par conséquent à sa charge plusieurs obligations spécifiques relatives à la réalisation de cette opération. À celles-ci, s'ajoutent d'autres tendant à garantir la bonne information des parties et par la même occasion, l'accomplissement efficace de la mission du commissionnaire.

A- Obligation d'exécuter l'opération objet du contrat de commission

29. À la lecture des dispositions de l'article 161 alinéa 1 de l'AUDCG, le commissionnaire a comme principale obligation celle d'exécuter les opérations faisant l'objet du contrat de commission. Concrètement, dans une commission de vente, il devra mettre tout en œuvre pour rechercher parmi les acquéreurs potentiels celui ou ceux qui accepteront d'acheter la marchandise dans les conditions fixées par le commettant. Et s'il s'est engagé à acheter pour le compte de son donneur d'ordre, il prospectera pour trouver les fournisseurs répondant à ses attentes. Cette recherche, suivie de la conclusion des contrats nécessaires, constitue sa principale obligation dans tous les autres types de commission, y compris dans la commission de transport et dans la commission en douane.

30. Dans la quasi-totalité des cas de figures rencontrés en pratique, à un moment ou à un autre, le commissionnaire se retrouvera en possession d'une marchandise

reçue ou à faire parvenir à son commettant. Le droit OHADA ne s'est pas expressément attardé sur les obligations qui lui incombent en de telles circonstances.

Par référence au droit commun et aux usages, on constate qu'il pèse sur le commissionnaire une obligation de prendre soin des marchandises qu'il détient. En effet, sans être dépositaire, le commissionnaire reste soumis aux obligations essentielles découlant du contrat de dépôt, notamment, à l'obligation de conservation et à l'obligation d'entretien des marchandises ou des objets qui lui sont remis. Sur ce fondement, il répond des détériorations et des pertes subies par la marchandise du fait de sa négligence ou de l'inadéquation des précautions prises.

31. Par ailleurs, dans la réalisation ou l'exécution de l'opération objet de son contrat, le commissionnaire peut mettre à contribution ses préposés. Dans la même lancée, il peut aller jusqu'à se substituer un autre commissionnaire ou mandataire, que cela soit expressément prévu ou non dans le contrat de commission. Dans ce dernier cas, l'admission d'une telle substitution sera appréciée au regard des règles de droit commun, et particulièrement des règles générales régissant le mandat qui admettent, en l'absence d'un refus exprès du mandant, que le mandataire se fasse substituer un tiers (cf. article 1994 ancien Code civil français ; CHAUVEL, *Commissionnaire*, Rep. Com. Dalloz, n° 76 et suivants).

B - Obligation de suivre les instructions du commettant

32. Malgré la marge de liberté dont il dispose, dans l'exécution de ses missions contractuelles, le commissionnaire doit s'en tenir aux instructions du commettant. Cette obligation est expressément consacrée par l'article 161 de l'AUDCG ; on peut y lire que le commissionnaire exécute le contrat « *conformément aux directives du commettant* ».

Concrètement, ces directives peuvent porter sur tous les aspects essentiels du contrat : qualité, quantité ou prix des marchandises, délais de livraison ou de paiement, mesures de sûreté et d'assurance, etc. Selon leur nature et leur portée, elles auront un impact plus ou moins considérable sur l'étendue des obligations du commissionnaire. À ce niveau, le législateur de l'OHADA se rallie à la doctrine et à la jurisprudence classique et consacre trois catégories d'instructions pouvant émaner du commettant, à savoir les instructions « *précises* », les instructions « *indicatives* » et les instructions « *facultatives* ». En d'autres termes, quoique l'AUDCG modifié ne vise expressément que deux types d'instructions (contrairement à l'AUDCG de 1998), le droit OHADA distingue respectivement la commission impérative, des commissions indicative ou facultative.

33. Est qualifié d'impératif le contrat de commission

qui contient des instructions précises. Lorsqu'il reçoit de telles instructions, le commissionnaire doit s'y conformer strictement. Justifié par la pratique des affaires, ce type de commission entraîne un certain nombre d'obligations supplémentaires pour le commissionnaire. Ce dernier est non seulement tenu de se conformer aux instructions originelles, mais encore, il n'est pas à l'abri de nouvelles instructions. En l'absence de jurisprudence OHADA sur la question, le droit français permet d'illustrer les implications de ce type de commission sur les obligations du commissionnaire.

D'une part, la Cour de cassation française a eu à juger que lorsque son contrat est impératif, le commissionnaire est tenu de respecter les changements de volonté du commettant qui interviennent en cours d'exécution du contrat, tel le changement de destinataire des marchandises (Cass. req. 15 nov. 1893, DP 94. 1. 273, note Sarrut).

D'autre part, les juges français ont, en plusieurs circonstances, décidé que le prix fixé ou exigé par le commettant ne peut en aucun cas être changé par le commissionnaire, même si un tel que changement joue à son avantage (Cass. req. 1^{er} déc. 1924, S. 1927. 1. 312).

34. Relativement aux implications de l'inobservation par le commissionnaire des instructions précises de son commettant, le droit OHADA a opté pour une position plus réaliste et sécurisante.

En effet, la jurisprudence française a commencé par décider que le commettant était en droit de refuser de ratifier l'opération concernée et de la laisser à la charge du commissionnaire (Cass. req. 1^{er} déc. 1924, S. 1927. 1. 312 ; Cass. com. 18 nov. 1969, D. 1970, somm. 109 ; Cass. com. 24 nov. 1970, D. 1971, somm. 581), avant d'opter pour le maintien de l'opération avec mise à la charge du commissionnaire des seuls actes préjudiciables ou contraires aux instructions du commettant, ce qui en pratique peut se matérialiser par le versement des dommages et intérêts (CA Rouen, 15 mars 1934, Gaz. Pal. Tables 1930-1935 ; CA Rouen, 2 juil. 1901, Gaz. Pal. Tables 1897-1902, cités par CHAUVEL, *Commissionnaire*, Rep. Com. Dalloz, n° 90 et suivants).

En ce qui le concerne, le législateur de l'OHADA dispose à l'article 200 de la AUDCG mod. que le commissionnaire qui a vendu au-dessous du prix minimum fixé par le commettant est tenu envers lui de la différence, sauf s'il prouve qu'en vendant, il a préservé le commettant d'un dommage, et que les circonstances ne lui ont pas permis de prendre ses ordres en considération. En d'autres termes, en cas d'inobservation des instructions relatives au prix, le commissionnaire est simplement tenu, en l'absence de force majeure, de verser la différence à son commettant. D'une manière générale, il doit réparer en outre tout le dommage causé par l'inobservation du contrat. Mais en cas de force majeure, c'est-à-dire lorsque les circonstances ne lui ont pas permis de tenir compte des ordres du

commettant, il ne doit aucune réparation, et le commettant ne peut refuser l'opération.

35. Partant de cet article, on peut affirmer qu'en droit OHADA, les implications de la mauvaise exécution d'une commission impérative sont atténuées. Cette position a l'avantage de sécuriser la profession de commissionnaire tout en assurant un équilibre contractuel. En effet, comme l'avait déjà relevé la doctrine, la solution qui consiste à laisser à la charge du commissionnaire les opérations conclues en violation d'un ordre impératif du commettant pourrait conduire à une sélection des opérations à ratifier, le commettant n'acceptant que les bonnes opérations, laissant les mauvaises à la charge du commissionnaire (cf. Chauvel, *Commissionnaire*, Rep. Com. Dalloz, n° 90 et s., op. cit.).

D'ailleurs, la portée de cette atténuation serait plus grande, notamment si on considère, par référence aux dispositions de l'article 196 nouveau de l'AUDCG, que tout acte accompli par le commissionnaire, dont la nécessité ou l'utilité pour l'opération convenue est avérée, est supporté par le commettant qui doit rembourser les frais normaux exposés pour son accomplissement. Le refus de l'opération serait dès lors conditionné par l'inopportunité ou l'inutilité des actes par rapport à l'opération objet du contrat de commission.

36. Le commissionnaire n'est toutefois pas tenu d'exécuter tous les contrats impératifs qu'il conclut. Sur le fondement de l'article 193 alinéa 2 de l'AUDCG mod., il a le droit de résilier une commission impérative s'il trouve que les instructions du commettant sont contraires à la nature du mandat ou aux usages de la profession.

37. La commission indicative quant à elle est celle qui contient des instructions indicatives ou simplement, et pour reprendre la formule utilisée par l'AUDCG mod., des « indications ». Selon l'article 193 al. 3 de cet Acte uniforme, face à un tel contrat, le commissionnaire doit agir comme si ses propres intérêts étaient en jeu. Ce faisant, dans la réalisation des opérations objet du contrat, il doit se rapprocher le plus possible des instructions reçues. Il a à ce niveau le pouvoir d'interpréter les instructions reçues ; et selon les réalités du marché, il peut être amené à s'en écarter légèrement. Il est cependant admis que si l'exécution efficace du contrat exige qu'il s'écarte sensiblement des indications fournies, le commissionnaire doit, par prudence, solliciter de nouvelles instructions du commettant (cf. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, tome III, 5^e éd. 1923, n° 438, cité par Chauvel, op. cit., n° 94).

38. Enfin, la commission facultative est celle qui, soit comporte des instructions facultatives du commettant, soit ne comporte aucune instruction particulière. Face à ce type de contrat, le commissionnaire dispose de toute la marge de manœuvre inhérente à son statut. Il est cependant tenu d'agir de la façon qui sert le mieux les intérêts

du commettant et dans le respect des usages du milieu. Dans sa nouvelle rédaction, l'AUDCG fait d'ailleurs de l'exigence d'agir au mieux des intérêts du commettant une obligation de portée générale s'appliquant à tous les types de commission (cf. art. 193 al. 4 AUDCG mod.).

C- Obligations relatives aux marchandises expédiées en commission

39. Sans vouloir se référer tacitement aux principes généraux du droit des contrats qui consacrent l'obligation pour le mandataire d'agir au mieux des intérêts du représenté, l'AUDCG a choisi de mettre en exergue cette obligation dans le contrat de commission qu'il régit en précisant les situations dans lesquelles son observation est requise du commissionnaire. En effet, son nouvel article 199 (ancien art. 167 AUDCG) s'attarde sur deux hypothèses dans lesquelles l'état de la marchandise expédiée en commissions fait naître automatiquement des obligations à la charge du commissionnaire.

40. D'une part, lorsque ces marchandises se retrouvent dans un état manifestement défectueux, l'article 199 alinéa 1^{er} fait peser sur le commissionnaire plusieurs obligations, dont celle de sauvegarder les droits de recours contre le transporteur à qui lesdites marchandises ont été remises pour acheminement ; celle de faire constater les avaries, notamment par un commissaire aux avaries ; celle de pourvoir de son mieux à la conservation de la marchandise ; et celle d'avertir sans retard le commettant. De toutes ces obligations, seule la conservation de la marchandise peut s'analyser en une obligation de moyens ; toutes les autres prennent l'apparence d'obligations de résultat, car en cas de manquement, la responsabilité du commissionnaire est systématiquement engagée.

41. D'autre part, à l'article 199 alinéa 3 de l'AUDCG, le droit OHADA met à la charge du commissionnaire l'obligation de faire vendre les marchandises expédiées en commission, particulièrement lorsqu'il y a lieu de craindre qu'elles ne se détériorent pas promptement et si l'intérêt du commettant l'exige. Plusieurs exigences encadrent cependant cette obligation.

Avant de s'exécuter, le commissionnaire doit premièrement se rassurer que les marchandises en question risquent une prompte détérioration ; pour ce faire, il peut avoir recours aux services d'un expert pour être conforté dans ses craintes en demandant une analyse objective de l'étendue du risque que court la marchandise.

Ensuite, il doit avoir la certitude que ces marchandises sont destinées à la vente. Il n'est pas nécessaire qu'il ait été prévu que cette vente doive se faire par ses soins, ce qui est ici pris en compte, c'est la destination des biens expédiés.

Puis, la vente doit être dictée ou imposée par la préservation de l'intérêt du commettant ; en d'autres termes, si le risque de détérioration encouru ne porte

nullement atteinte à l'intérêt du représenté, toute vente réalisée engagera la responsabilité du commissionnaire.

Enfin, l'AUDCG dispose que le commissionnaire a l'obligation de « faire vendre » les marchandises, et non celle de les vendre. L'on pourrait sur ce fondement dire que toute vente personnellement menée serait exclue, et que le recours à un tiers habilité à réaliser des ventes publiques serait requis. Mais en pratique, il peut arriver qu'une telle restriction soit elle-même préjudiciable aux intérêts du commettant, la découverte du risque de détérioration pouvant se faire dans des circonstances imposant une vente directe que le commissionnaire serait le mieux placé pour réaliser. Par conséquent, eu égard aux réalités du terrain et aux usages du milieu, il semble opportun de relativiser cette dernière exigence, indépendamment du fait qu'elle vise à garantir la loyauté attendue du commissionnaire dans la réalisation de ses missions.

D - Obligation de loyauté

42. En règle générale, le commissionnaire doit agir dans l'intérêt du commettant. Ce principe est pérennisé par le législateur communautaire qui, afin d'éviter tout conflit entre les intérêts du commettant et ceux de son commissionnaire, institue une obligation de loyauté à la charge de cet intermédiaire. À ce sujet, l'article 194 alinéa 1^{er} de l'AUDCG mod. dispose « *Le commissionnaire doit agir loyalement pour le compte du commettant* ».

43. L'obligation de loyauté est indissociable de la théorie générale des obligations ; d'ailleurs, elle innerve le contrat, fondant d'une part l'exigence de la sincérité lors de la formation, et d'autre part, l'exigence de la bonne foi durant son exécution.

Toutefois, telle que consacrée par le droit commercial de l'OHADA, elle s'entend plus d'une interdiction de contrepartie, d'un mécanisme de protection des intérêts du commettant. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux dispositions des articles 194 alinéa 2 et 200 alinéa 3 de l'AUDCG (anciens articles 162 et 168 alinéa 3). Dans le premier texte, le législateur stipule que le commissionnaire ne peut particulièrement acheter pour son propre compte les marchandises qu'il est chargé de vendre, ni vendre ses propres marchandises à son commettant. Dans le second, il renchérit en disposant que le commissionnaire qui achète à plus bas prix, ou qui vend plus cher que ne le portaient les ordres du commettant, ne peut bénéficier de la différence. L'équivoque est ainsi levée, le silence législatif brisé : le droit issu de l'OHADA, contrairement au droit commun du mandat (cf. *ancien article 1596 du code civil français*), a l'avantage de prévoir expressément l'interdiction d'une contrepartie parmi les obligations du commissionnaire.

La lecture combinée des dispositions des articles 194 alinéa 2 et 200 alinéa 3 de l'AUDCG peut en effet amener à conclure que toute contrepartie est interdite au commissionnaire dans le cadre de l'exécution de son

contrat. Cette conclusion serait *a priori* fondée, dans la mesure où dans la rédaction de ces articles, le législateur communautaire n'a pas établi une distinction entre les contreparties autorisées par le commettant et celles qui ne l'ont pas été. Mais vue sous un angle pratique, la portée de cette interdiction suscite quelques observations.

44. Même sous l'ancien code civil français (muet sur la question) l'interdiction des contreparties occultes n'a jamais posé de problème. En majorité, la doctrine la trouvait fondée, car le commissionnaire qui agit dans une opération pour lui-même et pour son commettant est toujours suspecté de veiller plus à ses intérêts qu'à ceux du représenté (cf. A. Dreyfus, « *Du commissionnaire en bourse et en marchandise et de la contrepartie* », *Annale de droit commercial*, 1898, p. 201 ; L. LACOUR, « *Le commissionnaire contrepartiste en bourse et la jurisprudence* », *Annale de droit commercial* 1908, p. 81).

Quant à la jurisprudence, notamment française, elle s'est montrée stricte sur la question. En matière civile et commerciale, elle considère que le fait pour le commissionnaire de se porter contrepartie sans l'accord du commettant est une cause de nullité du contrat pour vice de consentement et, particulièrement, pour dol ou pour erreur, selon les cas, ce qui aboutit sur une disqualification du contrat en cause (*Cass. req.* 28 mars 1905 : D. 1905.1.65 ; *Cass. civ.* 10 décembre 1912 : D. 1914.1.97 note Lacour). En matière criminelle, elle assimile purement et simplement la contrepartie à l'escroquerie, car selon elle, le commissionnaire est un infracteur qui s'est fait remettre des biens (argent ou marchandises) en prenant la fausse qualité d'intermédiaire (*Cass. crim.* 16 fév. 1907 et 12 mars 1909, DP. 1909.1.201, note Lacour ; *Cass. crim.* 1-12-1911 et *Cass. crim.* 23-1-1913 : DP 1915.1.57 note Lacour).

45. Le problème se pose différemment en cas de contrepartie dûment autorisée par le commettant. En mettant de côté les questions relatives aux modalités de l'autorisation qui peut être expresse ou tacite, l'on s'aperçoit que l'interdiction consacrée ne se justifie plus dans ces circonstances. Le fait pour un commettant éclairé d'accepter que son commissionnaire puisse éventuellement acheter pour son compte les marchandises à lui remises pour être vendues, ou transporter personnellement des biens à lui confiés pour être expédiés, n'est pas contraire aux principes généraux du droit des contrats. Dès lors, l'existence d'une contrepartie autorisée n'invalide pas le contrat passé.

46. Une question demeure cependant, celle de savoir si un contrat dans lequel le commettant autorise ou ratifie la contrepartie du commissionnaire doit encore être qualifié de contrat de commission ? La doctrine est divisée sur ce point. Pour certains auteurs, le contrat doit être disqualifié pour tenir compte de l'objet réel : vente, transport, etc. (cf. notamment, Lyon-Caen et Renault tome III, op. cit., n° 457). Pour d'autres, la convention

passée demeure une commission, le commissionnaire ne faisant exécuter, malgré la contrepartie, que le mandat qui lui avait été confié (cf. Escarra et Rault, *Traité théorique de pratique de droit commercial*, tome II, *Les contrats commerciaux*, Par Hemard, Sirey, 1955, n° 708).

À la réflexion, pour savoir si un tel contrat devrait ou non être requalifié, il faudrait d'une part se référer à la commune intention des cocontractants, et d'autre part tenir compte de l'importance de la contrepartie et donc, de l'objet principal de la convention. La requalification du contrat serait opportune uniquement dans les circonstances où la contrepartie s'identifie à l'objet même de l'accord de volontés ; par exemple, si le commissionnaire achète pour son compte toutes les marchandises du commettant, l'on doit requalifier en contrat de vente, s'il transporte les marchandises de bout en bout, l'on doit requalifier en contrat de transport, etc. Par contre, lorsque la contrepartie autorisée est infime ou insignifiante, eu égard à l'opération dont la réalisation lui a été confiée, en vertu de la théorie de l'accessoire, la qualification de contrat de commission doit être maintenue.

Cette solution, consacrée en droit de la commission de transport, a l'avantage de protéger le commettant en maintenant les obligations liées à la qualité de commissionnaire, au rang desquelles figurent en bonne place celles d'informer et de rendre des comptes.

E - Obligations relatives à l'information et à la reddition des comptes

47. Plusieurs obligations relatives à l'information sont mises à la charge du commissionnaire. Deux d'entre elles sont « positives » : l'obligation d'informer le commettant et l'obligation de s'informer ; l'autre est « négative » : l'obligation de secret.

48 L'obligation d'informer le commettant se désarticule en plusieurs autres. Le commissionnaire se doit d'abord de donner au commettant tout renseignement utile relatif à l'opération objet de la commission (article 195 AUDCG mod.). Concrètement, il s'agit d'une obligation de conseil préalable : conseil sur la faisabilité de l'opération, conseil sur les mesures à prendre pour éviter les aléas inhérents à celle-ci. Cette obligation peut se justifier par la qualité de professionnel du commissionnaire qui, elle-même, serait le fondement du recours à l'intermédiation par le commettant.

Ensuite, en cours d'exécution du contrat, cette obligation de conseil est doublée d'une obligation d'information sur le déroulement de l'opération. C'est ainsi que le commissionnaire est tenu d'informer son donneur d'ordre sur tous les actes qu'il pose et sur les difficultés rencontrées. Sur ce dernier point, l'article 167 de l'AUDCG dispose sans équivoque qu'en cas de défectuosité des marchandises expédiées, le commissionnaire « doit aviser sans retard le commettant » et le tenir informé de la réalisation des

obligations légalement mises à sa charge (constatation des avaries, conservation des marchandises, etc.).

En fin d'opération, l'obligation d'informer du commissionnaire prend la forme d'une reddition des comptes. Mais selon le législateur OHADA, une simple restitution serait insuffisante ; seule une reddition de comptes loyale libérerait cet intermédiaire de son obligation d'information une fois l'opération effectuée (cf. article 195 *in fine* AUDCG mod.). En réalité, dans ses modalités, la reddition des comptes se distingue de l'information pure et simple.

49. L'obligation de rendre compte loyalement une fois l'opération effectuée appelle des précisions sur sa portée. Il s'agit pour le commissionnaire de justifier les opérations réalisées en présentant toutes les pièces indispensables. En droit comparé, il a même été décidé qu'à ces fins, le commettant pourrait demander à la juridiction compétente d'exiger que soient présentés les livres comptables et les factures détenues par le commissionnaire (cf. Cass. req., 30 mars 1859, DP 1859.1.175). D'ailleurs, il n'y a aucune restriction légale au fait que le commettant exige, sur le terrain financier, que le compte soit établi au prix annoncé par le commissionnaire lors de la conclusion du contrat, notamment pour se rassurer de l'absence de toute contrepartie occulte.

En droit commun, cette exigence est clairement formulée par l'article 1993 du code civil (applicable au Cameroun) qui exige du mandataire qu'il fasse raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand bien même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. Le commissionnaire n'en serait dès lors dispensé que si le commettant renonce à son droit à la reddition des comptes.

50. En plus du fait de renseigner son cocontractant, le commissionnaire a l'obligation de s'informer et de lui demander de nouvelles instructions ou directives. Sans être expressément consacrée, cette obligation s'impose en pratique dans les situations où les conditions du contrat ou de l'opération à réaliser seraient différentes de celles sollicitées par le commettant, spécialement lorsqu'elles sont plus onéreuses ou, plus généralement, lorsqu'il est pratiquement impossible de réaliser l'opération selon les termes initialement prévus au contrat.

51. Par ailleurs, le commissionnaire doit s'abstenir d'informer les tiers sur les opérations qu'il réalise et sur l'identité du commettant. Cette obligation, dite de secret, n'est pas expressément consacrée par le législateur de l'OHADA ; pourtant elle est indissociable du contrat de commission qui, de par sa nature, est l'exemple type de la représentation imparfaite. Commission rime en effet avec non-révélation du représenté, le commissionnaire réalisant ses missions en son nom propre ou sous son nom social. Certes il se doit, en sa qualité de professionnel, de préserver les informations relatives à ses missions et à ses cocontractants ; mais l'obligation de secret mise

à sa charge en droit commercial n'a rien à voir avec le secret professionnel qu'il doit observer en sa qualité de professionnel, et dont la violation est constitutive d'une infraction pénale. On en veut pour preuve le fait que l'inobservation de l'obligation de secret ne l'expose pas d'office à des sanctions spécifiques, mais plutôt à une disqualification de son contrat. En d'autres termes, un commissionnaire qui inscrit le nom de son commettant sur les documents matérialisant les opérations qu'il s'est engagé à exécuter verra son contrat requalifié en mandat. Cette requalification ira de pair avec la perte de certains droits et privilèges spécifiques à la commission.

52. Le contrat de commission étant un contrat synallagmatique, les obligations du commissionnaire ainsi présentées constitueront l'essentiel des droits du commettant. Cette réalité justifie entre autres que ce dernier puisse engager sa responsabilité en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de ces obligations.

§3 - Responsabilité du commissionnaire

53. Selon la philosophie qui la sous-tend, la responsabilité de l'intermédiaire de commerce en droit de l'OHADA obéit aux principes consacrés par le droit commun du mandat. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 182 nouveau de l'AUDCG (anc. art. 150 AUDCG), celui-ci répond principalement de la bonne et fidèle exécution de son mandat. Sur ce fondement, il doit indemniser le dommage causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution de sa mission, sauf s'il prouve que ce dommage est survenu en l'absence d'une faute qui lui soit imputable (cf. article 187 AUDCG mod., et pour une présentation complète du régime juridique de la responsabilité de l'intermédiaire de commerce, V. « *Intermédiaire* »).

La responsabilité du commissionnaire ne déroge quasiment pas à ces principes. Cependant, son régime juridique connaît quelques particularités inhérentes soit à son statut, soit à la spécialisation de son domaine d'intervention. Il convient donc de distinguer le régime général de la responsabilité du commissionnaire des règles spéciales de responsabilité applicables à certains commissionnaires spécialisés.

A - Règles générales de responsabilité

54. En général, le commissionnaire est tenu d'accomplir le mandat dont il est chargé, il répond des dommages qui pourraient résulter de son inexécution. Concrètement, et par référence au droit commun, il répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion (*article 1992 code civil applicable au Cameroun*).

Les principes directeurs de la responsabilité du commissionnaire sont ainsi calqués sur le régime de la responsabilité pour faute ; ce qui se justifie par le

fait qu'il pèse essentiellement sur cet intermédiaire de commerce une obligation de moyens.

55. En effet, sauf dans des cas spéciaux, le commissionnaire est tenu de mettre tout en œuvre pour exécuter la mission dont il a été chargé. Dans ce sens, il ne répond que de l'inexécution consécutive à son fait ou à celui de ses préposés et mandataires.

Lorsque les usages le prévoient, le commissionnaire répond également de l'exécution des obligations des tiers avec lesquels il a traité (art. 202 AUDCG mod., anc. art. 170). Il peut toutefois expressément s'engager à y répondre, indépendamment des usages du commerce ; dans cette hypothèse, on parlera de commission du croire (V. *infra*, *responsabilité du commissionnaire du croire*).

56. De façon plus précise, l'AUDCG s'attarde, quoique de manière circonstanciée et non limitative, sur certaines causes de responsabilité du commissionnaire.

On peut lire à son article 199 (anc. art. 167 AUDCG) que cet intermédiaire répond des suites dommageables de l'inobservation ou de la mauvaise exécution de l'obligation de sauvegarde mise à sa charge dans les hypothèses d'expédition des marchandises destinées à la vente. Il répond, pour ainsi dire, du préjudice causé par sa négligence.

Lui emboîtant le pas, l'article 200 de l'AUDCG mod. consacre comme cause de responsabilité le fait pour un commissionnaire de ne pas respecter les instructions du commettant relatives au prix minimum de vente de la marchandise. Dans cette situation, non seulement il est tenu de la différence qui existe entre le prix fixé par son donneur d'ordre et celui auquel il a réalisé l'opération, mais encore, il doit, en cas de faute, réparer tout dommage causé par l'inobservation du contrat.

Enfin, à l'article 203 al. 1 (anc. art. 171 alinéa 1), l'AUDCG s'appesantit sur la responsabilité du commissionnaire consécutive à sa mauvaise foi. On y lit que ce dernier perd tout droit à la commission lorsqu'il s'est rendu coupable d'actes de mauvaise foi envers le commettant, notamment s'il a indiqué à ce dernier un prix supérieur à celui de l'achat ou inférieur à celui de la vente.

L'on notera en ce qui concerne cette dernière cause de responsabilité que le législateur OHADA en a immédiatement précisé la sanction. En d'autres termes, en cas de mauvaise foi dans l'exécution de sa mission, le commissionnaire perd d'office son droit à la rémunération. Précisons cependant que la portée de cette sanction doit être limitée aux hypothèses de fausse information sur le prix d'achat ou de vente. En effet, la mauvaise foi consécutive à un préjudice distinct non inhérent aux prix devrait être sanctionnée par référence au droit commun de la responsabilité contractuelle.

57. Dans la même lancée, la mise en œuvre de la responsabilité du commissionnaire passe par le respect des exigences de droit commun relatives à la preuve du fait dommageable, du dommage ou du préjudice

souffert et du lien de cause à effet entre ce dernier et le premier. Le commettant pourra toutefois, si l'on s'en tient au régime général du mandat, mettre directement en cause les substitués du commissionnaire (cf. *article 1994 alinéa 2 du code civil applicable au Cameroun*), s'il trouve cette action plus efficace ou plus aisée à mener.

58. Quelle que soit l'option prise, le principe demeure que le commettant aura droit à la réparation intégrale du préjudice souffert dont il a rapporté la preuve.

Il peut toutefois être convenu dans le contrat de commission des aménagements de la mise en œuvre de la responsabilité ou de la réparation attendue du commissionnaire (clauses extensives, exclusives ou restrictives de responsabilité). Indépendamment de l'existence de tels aménagements, le commissionnaire pourra se prévaloir des atténuations et des exonérations légales pour se dégager, fût-ce partiellement. Dans d'autres hypothèses, le législateur interviendra expressément pour limiter ou étendre cette responsabilité en fixant des régimes spécifiques à certains contrats de commission.

B - Régimes spécifiques de responsabilité

59. Le législateur OHADA traite successivement de trois types de commissions dont la spécificité du régime juridique particularise les règles de responsabilité applicables au commissionnaire. Il s'agit de la commission du croire, de la commission de transport et de la commission en douane.

I - Responsabilité du commissionnaire du croire

60. La particularité de la responsabilité du commissionnaire du croire réside en ce que, en plus de répondre de ses faits et de ceux de ses préposés, il répond automatiquement de l'exécution des obligations incombant à ses cocontractants, entendus ici comme étant ceux avec lesquels il a traité dans le cadre de la réalisation de son mandat.

61. De par ses modalités, la commission du croire n'est rien d'autre qu'une commission doublée d'une garantie de bonne fin souscrite par le commissionnaire. En effet, la convention du croire prend la forme d'une simple clause en vertu de laquelle le commissionnaire prend l'engagement parallèle de garantir l'exécution effective de l'opération. Pour être valide, cette clause doit avoir pour contrepartie une rémunération (commission) supplémentaire.

Plus précisément, l'engagement d'un commissionnaire en tant que garant ne se présume pas (voir en droit comparé CA Versailles, 16-12-1987 : D. 1988.IR.50) ; il doit être exprès. Cependant, la preuve de la promesse de garantie peut résulter soit des usages, soit de l'existence d'une rémunération spéciale (voir respectivement

en droit français CA Paris, 17-11-1972 : JCP G, 1973. II.17414 note Boitard ; CA Rennes 9-7-1974 : JCP G, 1975.II.17990 note Plaisant ; CA Paris, 25-6-1992 : RJDA 12/92, n° 1180, puis CA Aix, 23-11-1937 : DH 1937.105 ; TGI Reims, 25-10-1984 : GP 1985.somm. 106).

62. En dépit de sa consécration légale, la nature juridique de la convention du croire oppose la doctrine. Se fondant principalement sur le fait que la garantie offerte au commettant est personnelle, certains auteurs y voient un cautionnement. Cette approche est remise en cause par d'autres auteurs qui, tout en soulignant que le commissionnaire du croire ne saurait être assimilé à la caution, du fait notamment de son statut de débiteur principal dans le contrat de commission, l'appréhendent plutôt comme un assureur-solvable. Mais l'absence du versement d'une prime d'assurance et la subsidiarité de la convention du croire par rapport au contrat de commission suffisent à remettre en cause cette seconde conception.

63. Quoi qu'il en soit, en jouant comme une garantie, la clause du croire aboutit au regard de ses effets à une extension conventionnelle de la responsabilité du commissionnaire du croire (art. 202 AUDCG mod.). Elle entraîne quasiment la mutation de la nature de l'obligation contractuelle qui pèse en temps normal sur le commissionnaire : d'une obligation de moyen, celle-ci s'apparente plus à une obligation de résultat, en ce sens que le commissionnaire répond de la bonne fin de l'opération (v. notamment Santos (A. P.) et TOE (J. Y.), *OHADA : Droit commercial général*, Juriscope, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 465).

Concrètement, le commissionnaire du croire sera non seulement garant du paiement du prix, mais plus globalement, de tous les frais et charges inhérents à l'inexécution des engagements de son cocontractant, sans que son obligation ne se limite à la solvabilité de son cocontractant, tiers au contrat de commission (v. *Cass. com. 6-1-1981 : Bull. civ. IV p. 4, obligation du commissionnaire aux intérêts de découvert en banque supportés par le commettant et aux frais de poursuite contre l'acheteur ; Cass. com. 22-10-1996 : RJDA 2/97, n° 255*). Il dispose certes, après désintéressement du commettant, d'une voie de recours contre le débiteur garanti (*Cass. req., 10-12-1902 : DP 1904.1.537*).

64. Le régime juridique de la responsabilité du commissionnaire du croire admet toutefois la possibilité d'une exonération de cet intermédiaire. Celui-ci pourra aisément évoquer le fait du commettant ou la force majeure. En outre, le commissionnaire du croire peut opposer au commettant les exceptions dont s'est prévalu le tiers garanti, et notamment, la défectuosité de la marchandise (*T. com. Le Havre, 5-7-1927 : GP TQ 1926-1930, V. Commissionnaire en marchandises, n° 22*), la compensation de sa dette avec une créance qu'a le tiers sur le commettant (*T. com. Marseille, 24-3-1904 : DP 1905.5.12*), etc.

II - Responsabilité du commissionnaire de transport

65. De façon assez particulière, l'AUDCG s'attarde expressément sur le régime juridique de la responsabilité du commissionnaire de transport. Pour ce faire, il commence par préciser, avec originalité, le statut du commissionnaire ou de l'agent de transport concerné. Dans ce sens, il dispose, « *le commissionnaire expéditeur, ou agent de transport qui, moyennant rémunération et en son nom propre, se charge d'expédier ou de réexpédier des marchandises pour le compte de son commettant, est assimilé au commissionnaire...* » (anc. art. 172 AUDCG, art. 204 AUDCG mod.). L'identification du commissionnaire de transport est par conséquent rendue plus aisée, tout comme celle des règles juridiques qui lui sont applicables.

En effet, comme précédemment mentionné (*cf. n° 13 supra*) le commissionnaire expéditeur ou agent de transport, également appelé commissionnaire de transport, est celui qui se charge d'expédier ou de réexpédier en son nom propre des marchandises pour le compte de son commettant. Il est à la fois soumis au régime général édicté pour le commissionnaire de vente ou d'achat et, le cas échéant, aux règles spécifiques du droit des transports (*le législateur OHADA s'en presse d'ailleurs de préciser qu'il ne reste pas moins assujéti, en ce qui concerne le transport de la marchandise en question, aux règles spécifiques qui régissent le contrat de transport : cf. art. 172 AUDCG, art. 204 AUDCG mod., op. cit.*).

À l'analyse, ces dispositions appellent plusieurs réflexions relativement au régime juridique applicable à la commission de transport, eu égard entre autres à la spécialisation du droit des transports et à l'existence de textes communautaires spéciaux en la matière. D'ailleurs, le régime juridique de la responsabilité du commissionnaire de transport n'en est pas non plus épargné.

66. La première spécificité de la responsabilité du commissionnaire de transport ou agent de transport découle de la nature de l'obligation qui le lie à son commettant. Contrairement au commissionnaire ordinaire, il pèse principalement sur lui une obligation de résultat (*v. not. Nicolas (P.-Y.), « L'obligation de résultat du commissionnaire de transport », Revue de droit français commercial, maritime et fiscal, 1994, p. 33-36.*). En fait, le commissionnaire de transport s'engage à organiser le déplacement d'une marchandise du lieu d'expédition au lieu de destination : il promet donc un résultat. À ces fins, il fait exécuter sous sa responsabilité et en son nom propre un transport pour le compte de son commettant. Il peut certes s'impliquer accessoirement dans le déplacement (pré-acheminement ou post-acheminement), mais ne saurait être techniquement et juridiquement assimilé au transporteur de qui il se distingue, celui-ci agissant pour la circonstance sous sa responsabilité.

Conséquence logique de la nature de son obligation contractuelle, la responsabilité du commissionnaire de transport est une responsabilité de plein droit. Le légis-

lateur OHADA fait sien ce régime juridique lorsqu'il affirme que cet acteur répond notamment de l'arrivée de la marchandise dans les délais fixés, des avaries et des pertes subies par la marchandise (cf. art. 205 AUDCG mod. ; et pour une analyse du régime de responsabilité du commissionnaire de transport dans l'espace OHADA, voir notamment Batouan Bouyom (J.-A.), « Le droit OHADA sur le transport des marchandises par route : approche critique, prospective et comparative », Thèse de doctorat, Université de Nantes - Université de Yaoundé 2, 2007, n° 439 ; Kinanga (F. T.), « La condition juridique des auxiliaires de transport maritime dans l'espace CEMAC », Mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, 2005, p. 62 à 85). Autrement dit, face à un retard à la livraison, à une perte ou à un dommage subi par la marchandise à lui confiée, le commissionnaire de transport doit réparation (d'ailleurs, il ne peut s'en exonérer en opposant au commettant son absence de faute : voir en droit français cass. com. 6-5-1997 : RJDA 8-9/97, n° 1044 et 1045). En pratique il ne pourra se libérer qu'en cas de force majeure (CA Lyon, 30-4-1974 : BT 1974.308 ; CA Versailles, 6-4-1995, RJDA 7/95, n° 818), de vice propre de la marchandise (CA Paris, 26-10-1973 : BT 1973.527), ou en rapportant la preuve du fait du commettant (Cass., com. 25-11-1997, BTL 1998.62). Par contre, il ne saurait s'exonérer en se fondant simplement sur le fait d'un de ses cocontractants.

67. La seconde particularité du régime juridique applicable à la responsabilité du commissionnaire de transport réside effectivement en ce qu'il assume une double responsabilité : une responsabilité du fait personnel et une responsabilité du fait de ses cocontractants.

D'une part, le commissionnaire de transport répond de l'inobservation des obligations découlant du mandat qu'il reçoit du commettant et, plus globalement, de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations contractuelles. Notamment, il a été jugé en droit comparé qu'il répond du non-respect des instructions de l'expéditeur quant au choix du mode de transport qui a entraîné une facturation supérieure du prix du transport (CA Paris, 27-2-1975 : BT 1975.131) ou la perte de la marchandise (CA Paris, 21-9-2001 : BTL 2001.698), de la perte due à une mauvaise rédaction des instructions sur la lettre de voiture (Cass. com. 23-11-2004 : BTL 2004.822), de l'erreur dans l'exécution du crédit documentaire (Cass. com., 9-6-1998 : BTL 1998.664), de l'erreur dans la destination (CA Paris, 7-5-1979 : RFDA 1979.334), de la conclusion d'un contrat de transport inapproprié (Cass. com., 14-3-1995 : RJDA 8-9/95, n° 981 ; Cass. com. 5-2-2002 : RJDA 6/02 n° 634) et de l'insuffisance de diligences faites (Cass. com., 22-10-1996 : RJDA 2/97, n° 205 ; CA Aix, 15-11-1995 : BTL 1996.133 ; CA Rouen, 27-5-1999 : BTL 1999.478).

Dans sa mise en œuvre, cette responsabilité personnelle du commissionnaire sera soumise aux règles générales applicables à la commission (pour une étude de droit comparé, cf. Delebecque (P.), « La responsabilité

personnelle du commissionnaire de transport », RJDA n° 3, 1996, p. 219-222). Il pourra dans ce sens, conventionnellement limiter sa responsabilité.

D'autre part, le commissionnaire de transport assume une « responsabilité contractuelle du fait d'autrui », en ce sens, qu'il répond parallèlement du fait de ses cocontractants. Concrètement et à titre d'illustration, il est responsable des transporteurs auxquels il confie le déplacement des marchandises du commettant. Toutefois, en l'occurrence, il ne saurait être tenu plus que le cocontractant dont il répond, de ce qui a pour conséquence de lui permettre non seulement de se prévaloir de tous les moyens de défense reconnus au tiers au contrat de commission en question (*délais de prescription, causes spéciales d'exonération*), mais également, de ne réparer que dans la mesure où ce dernier doit légalement réparation (*bénéfice des limitations de la réparation*). Ces particularités ne valent naturellement pas pour le commissionnaire agréé en douane.

III - Responsabilité du commissionnaire agréé en douane

68. Dans son principe, la responsabilité du commissionnaire en douane est régie par les règles communes : il s'engage personnellement vis-à-vis de son cocontractant et vis-à-vis des tiers avec qui il traite pour la réalisation de sa mission.

D'une part, le commissionnaire agréé en douane répond de l'exécution de son mandat et, dans ce sens, il doit réparation au commettant pour tout préjudice inhérent à une non-exécution ou une mauvaise exécution (*erreur dans la déclaration ou l'application des tarifs de douane, retard dans le paiement des droits, taxes ou amendes, etc.* : cf. art. 207 al. 1 AUDCG mod.).

D'autre part, il est responsable vis-à-vis de l'administration des douanes et du Trésor des opérations en douane effectuées par ses soins (art. 207 al. 2 AUDCG mod.).

69. La responsabilité du commissionnaire en douane se distingue cependant dans son régime juridique. Celui-ci est dual, dans la mesure où il varie selon que l'on l'envisage à l'égard du commettant ou à l'égard de l'administration des douanes.

Dans la première hypothèse, tout semble conforter le fait que la responsabilité du commissionnaire agréé en douane soit une responsabilité pour faute et doive être prouvée par le commettant pour ouvrir droit à la réparation. Dès lors, tout en tenant compte du fait que son statut de professionnel le contraint à certaines obligations d'information et de conseil, celui-ci peut toujours se libérer en cas d'absence de faute de sa part ou, simplement, si la preuve de sa faute ne peut être rapportée.

Dans le second cas par contre, le commissionnaire agréé en douane est soumis à une responsabilité de plein droit. À ce niveau, il répond de toutes les opérations réalisées par ses soins, que le fait dommageable lui soit

imputable ou non : il est engagé du seul fait de son implication dans la réalisation de l'opération considérée. Il ne pourra en pratique se libérer qu'en rapportant la preuve de l'existence d'un cas de force majeure ou du fait de l'administration des douanes.

Certes, lorsque le fait dommageable sera imputable au commettant, le commissionnaire pourra en outre exercer un recours contre ce dernier afin d'obtenir le remboursement des frais engagés et, éventuellement, la réparation du préjudice individuellement souffert. Le recouvrement des frais engagés sera d'autant plus efficace que le commissionnaire agréé en douane qui a acquitté pour un tiers des droits, taxes ou amendes dont la douane assure le recouvrement, est d'office subrogé dans les droits de l'administration des douanes (cf. art. 206 al. 2 AUDCG mod., anc. 174 al. 2 AUDCG). Cette subrogation lui confère ainsi une garantie de recouvrement de ses créances, garantie qui s'ajoute à plusieurs autres prérogatives légales dont il jouit.

§4 - Prérogatives du commissionnaire

70. Parallèlement aux obligations et à la responsabilité qu'il assume, le commissionnaire a des prérogatives. Dans l'AUDCG, celles-ci prennent à la fois la forme de droits contractuels (*ces droits sont principalement envisagés en tant qu'obligations à la charge du commettant*) et de garanties légales d'exécution.

A - Droits du commissionnaire

71. Lorsqu'il s'appesantit sur les prérogatives du commissionnaire, le législateur de l'OHADA ne prévoit expressément que des droits patrimoniaux. Or plusieurs autres droits non pécuniaires et indispensables à la réalisation de sa mission lui sont reconnus en pratique.

I - Droits extrapatrimoniaux

72. L'une des prérogatives non pécuniaires et fondamentales du commissionnaire consiste en la disposition de ses moyens d'action. En effet, le commettant doit fournir ou mettre à la disposition de son représentant tous les moyens nécessaires à la réalisation des missions qu'il lui a assignées. Malgré le fait qu'il n'ait pas été expressément consacré par les textes uniformes communautaires, le droit de recevoir tous les moyens nécessaires à l'accomplissement de l'opération objet du contrat de commission est une prérogative classique qui découle du régime juridique applicable au mandat. Son existence ne souffre en pratique d'aucune contestation, dans ce sens où il est fortement tributaire des usages.

73. Le droit à l'information constitue l'autre prérogative extrapatrimoniaux importante dont jouit le commission-

naire. Sa portée est fonction de la nature de l'opération à réaliser. Il prend premièrement la forme d'un droit aux informations et instructions sur la nature, les modalités et, particulièrement, sur les attentes qu'a le commettant de la réalisation de l'opération.

Par la suite, le commettant doit porter à la connaissance de son représentant tous les renseignements relatifs aux marchandises qui fondent la commission : valeur, quantités, origine, destination, etc., et le cas échéant, lui fournir tous les documents commerciaux et non commerciaux indispensables à son information.

Enfin, le commissionnaire a droit à la réponse du commettant à qui il demande un avis ou de nouvelles instructions en cours d'exécution du contrat, lorsque des éléments nouveaux ou imprévisibles influent sur l'accomplissement des opérations engagées. Il s'agit là d'un droit non négligeable au regard de ses répercussions. Le commettant resté muet à la suite d'une demande d'informations ne sera fondé à demander la mise en œuvre de la responsabilité du commissionnaire qu'en cas de mauvaise exécution ou d'exécution contraire aux attentes, sauf à rapporter la preuve d'une faute de sa part. Mais encore, il peut arriver que le commissionnaire qui trouve plus onéreuse l'opération à la suite des informations reçues en cours d'exécution demande que soit révisée sa commission ; son droit à l'information aura en ces circonstances une incidence directe sur ses droits patrimoniaux.

II - Droits patrimoniaux

74. Deux droits patrimoniaux ont été reconnus au commissionnaire par le législateur OHADA : le droit à une rémunération et le droit au remboursement des frais exposés.

75 Le droit à une commission est fondamentalement inhérent à la nature même du contrat de commission. Il en conditionne la validité, dans la mesure où il constitue la contrepartie directe de l'engagement du commissionnaire. En effet, la commission est, comme tout contrat commercial, conclue à titre onéreux. Ce caractère est réaffirmé par l'article 192 (anc. art. 160) de l'AUDCG lorsqu'il dispose que le commissionnaire se charge d'opérer moyennant une commission. La commission n'est dès lors que la rémunération des services rendus par cet intermédiaire.

La spécificité de la notion de « commission » tient en ce que, dans ses modalités, cette rémunération est généralement déterminée sous forme d'un forfait ou d'un pourcentage du coût brut de l'opération réalisée ou traitée. D'autres modalités de fixation et de versement de la rémunération due peuvent certes être arrêtées par les cocontractants.

En ce qui concerne le moment de son exigibilité, en l'absence de dispositions contractuelles spécifiques, la commission est en principe due dès que le mandat

est exécuté. D'ailleurs, en certaines circonstances, la jurisprudence fait remonter le moment de l'exigibilité à la conclusion du contrat. C'est ainsi qu'il est arrivé en droit comparé que les juges déclarent due la rémunération dès la conclusion du contrat de vente, alors même que celui-ci n'a pu être exécuté en vertu d'un événement y ayant fait obstacle (*Cass. req., 21-12-1892: DP 1893.1.118*).

La rentabilité de l'opération ou la matérialisation d'une plus-value au profit du commettant est considérée comme un facteur indifférent au versement de la rémunération du commissionnaire. En effet, il est expressément consacré en droit OHADA que la rémunération est due « *que l'opération soit bénéficiaire ou non* » (cf. article 196 AUDCG mod. *in fine*). Mais, il est constant que l'inexécution consécutive à la faute du commissionnaire aboutit sur la perte de sa commission. C'est dans ce sens que le législateur a pris la peine de préciser dans le nouvel article 196 de l'AUDCG que la commission est due « *sous réserve des règles de la responsabilité contractuelle* ».

Par contre, lorsqu'elle est consécutive à une faute exclusive du commettant, l'inexécution de l'opération n'affecte en principe pas le droit à la rémunération du commissionnaire. En de telles circonstances, à défaut de la commission convenue, ce dernier pourra prétendre à des dommages et intérêts.

76. En outre, la commission convenue constitue en règle générale la seule rémunération ou la seule contrepartie que le commissionnaire doit tirer de l'opération traitée. Tout profit supplémentaire serait contraire à l'interdiction de contrepartie consacrée par les usages et le législateur (cf. *supra* n° 33 et s.). La seule exception légale à cette règle, dite de l'« *unicité de la commission* », est la commission du croire, en ce sens qu'elle donne légalement droit à une *commission ou rémunération supplémentaire, la commission du croire* (cf. art. 202 al. 2 AUDCG mod.).

77. D'autre part, le commissionnaire a droit au remboursement des frais et débours exposés pour la réalisation de ses missions. Tel que consacré par l'article 197 de l'AUDCG (anc. art. 165 AUDCG), le droit du commissionnaire au remboursement des frais exposés n'est pas absolu. Pour s'en prévaloir, celui-ci doit se rassurer que les conditions fixées par le droit uniforme africain sont réunies. Celles-ci tiennent pour l'essentiel aux caractéristiques des frais, objets du remboursement.

Le caractère normal des frais et débours exposés est la première condition à respecter. Selon les termes de l'article 165 précédemment mentionné, le commettant ne doit que le remboursement des « *frais et débours normaux exposés* ». En l'absence de toute précision du législateur, l'on pourrait entendre par là ceux qui sont conformes à la norme, c'est-à-dire des frais ordinaires, évidents, voire « *prévisibles* », parce que récurrents dans les opérations de même nature, proportionnés et usuels, parce que

conformes à ceux admis, homologués ou consacré par les usages du milieu.

Les frais et débours en question doivent déjà avoir été exposés. Il s'agit en d'autres termes des sommes effectivement versées ou payées à la date de la demande de remboursement. À ces frais, s'ajoutent leurs intérêts ; par référence aux dispositions du droit commun des mandats, ceux-ci courent, indépendamment de toute mise en demeure, à compter du jour où les dépenses ont été faites (cf. *article 2001 de l'ancien code civil français, et pour une application, Cass. civ. 31 déc. 1845, DP 47. 1. 307, cité par CHAUVEL, op. cit., n° 166*).

En plus de leur caractère normal, le commissionnaire doit vérifier que les frais engagés sont nécessaires ou utiles à l'opération. En pratique, cette exigence sera remplie à partir du moment où il sera acquis que, par référence à l'accord des parties et ou aux contraintes du terrain, la mission n'aurait pas pu être réalisée sans l'engagement de telles dépenses.

Enfin, le commissionnaire qui aura exposé des frais et débours normaux, nécessaires ou tout simplement utiles, ne jouira de son droit au remboursement que s'il accompagne sa demande de remboursement des pièces justifiant lesdites dépenses (factures, reçus de versement, livres comptables, etc.). La nature, les règles de présentation et les conditions de recevabilité desdites pièces sont appréciées selon les règles de droit commun.

78. Il est important de relever que, contrairement au régime général du mandat (*article 2000 ancien code civil français*), le droit commercial général de l'OHADA ne consacre pas expressément le droit pour le commissionnaire d'être indemnisé en cas de pertes consécutives à l'opération exécutée. Toutefois, par le biais de l'article 175 (anc. art. 143) de l'AUDCG qui soumet le contrat de commission aux règles générales du mandat non contraires aux dispositions spécifiques du droit communautaires des affaires étudié, le commissionnaire peut prétendre à l'indemnisation des pertes subies à l'occasion de l'accomplissement de ses missions contractuelles, à condition que celles-ci ne soient pas la conséquence d'une faute de sa part.

79. À l'inverse des droits extrapatrimoniaux, les droits pécuniaires du commissionnaire peuvent être librement aménagés par les parties. C'est ainsi que, en l'absence de tout caractère d'ordre public, le commissionnaire peut renoncer à certains de ses droits. Cette renonciation peut d'ailleurs s'étendre à la mise en œuvre de ses garanties de paiement.

B - Garanties du commissionnaire

80. Afin de garantir l'exécution de leurs obligations réciproques, les parties à un contrat de commission peuvent recourir à tous les mécanismes assurant l'exécution du contrat, et notamment, à ceux communs à tous les

mandats (*dans la mesure où l'AUDCG intègre expressément les règles communes aux contrats de mandat dans le régime juridique applicable aux intermédiaires de commerce OHADA*).

81. Particulièrement, trois principaux mécanismes et facultés inhérents au contrat de mandat classique concourent ainsi à la protection du commissionnaire en droit OHADA.

Le mandataire dispose d'abord de la faculté de se prémunir du défaut de paiement de son mandant en ayant recours à une sûreté conventionnelle de son choix : en droit OHADA, le commissionnaire pourra exiger soit une sûreté personnelle (*cautionnement ou lettre de garantie*), soit une sûreté réelle (*gage, nantissement, propriété-garantie, hypothèque, etc.*).

Ensuite, comme toute partie à un contrat synallagmatique, ce mandataire professionnel jouit systématiquement de la faculté d'opposer au mandant défaillant l'inexécution de ses obligations contractuelles. L'exception d'inexécution, puisqu'il s'agit d'elle, pourrait pour la circonstance jouer comme une garantie.

Enfin, en sa qualité de mandataire, le commissionnaire bénéficiera, par référence aux droits nationaux, d'une garantie de paiement légale en cas de pluralité de mandants : la solidarité. À titre d'exemple, selon les dispositions de l'article 2002 du code civil applicable au Cameroun, « *Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat* ».

Mais il ne s'agit que des garanties de droit commun dont la portée, relative en pratique, a amené le droit économique à les compléter par d'autres sûretés.

82. Le législateur OHADA n'a pas omis de se prononcer sur les mécanismes spécifiques garantissant le recouvrement des créances du commissionnaire. Ceux-ci sont prévus par les Actes uniformes portant respectivement droit commercial général et organisation du droit des sûretés. Il découle explicitement de la lecture de ces textes que cet intermédiaire de commerce bénéficie de deux sûretés spéciales, à savoir le droit de rétention et le privilège du commissionnaire.

I - Droit de rétention du commissionnaire

83. Dans le but de garantir l'exécution par le commettant des obligations qui découlent de leur contrat, l'AUDCG consacre au profit du commissionnaire un droit de rétention. Il dispose dans ce sens que « *Tout commissionnaire a, pour toutes ses créances contre le commettant, un droit de rétention sur les marchandises qu'il détient* » (cf. art. 198 AUDCG mod.).

84. Il ne fait aucun doute que le droit de rétention est un moyen de protection important légalement consacré

au profit du créancier. C'est un véritable instrument de coercition sur le bien retenu qui lui sert d'otage (*Derrida (F.), « Rétention », Répertoire de droit civil Dalloz, 1973, n° 1, cité par Santos (A. P.) et Yado Toe (J.) in OHADA : Droit commercial général, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 468, p. 290*). L'un des apports de l'OHADA dans la protection de cet intermédiaire de commerce est d'avoir institué ce droit de manière expresse et autonome.

Mais en l'instituant comme l'une des garanties dont peut se prévaloir tout commissionnaire, le droit commercial OHADA n'en a donné ni la définition, ni le fondement, ni le régime juridique. Il faut dès lors se référer aux dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS), notamment aux dispositions des nouveaux articles 67 à 70 de cet Acte, qui se contentent à leur tour d'en fixer le régime juridique sans, une fois de plus, en donner une définition.

85. La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (CCJA) a cependant eu l'occasion de se prononcer sur les règles applicables à cette sûreté et d'en donner une définition. Elle y voit « *une appréhension forcée qu'effectue un créancier sur le bien qu'il détient de son débiteur pour contraindre ce dernier à payer son dû* » (CCJA, arrêt n° 30 du 4 novembre 2004, Société de gestion ivoirienne de transport maritime et aérien (GITMA) contre Société africaine de matières exportables (SAM EX), obs. Batouan Bouyom, in *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 237-249). Cette définition a l'avantage de mettre en exergue un certain nombre de conditions et de modalités de la sûreté légale étudiée.

En effet, le législateur OHADA dispose que le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté (art. 67 AUS mod.). La condition principale ici semble donc être la détention préalable et légitime d'un bien pour le compte du commettant.

86. Pour ce qui est spécifiquement de la rétention réalisée par le commissionnaire, le bien en question devra être une marchandise (art. 198 AUDCG mod.), c'est-à-dire un bien dans le commerce. Quant à la rétention des sommes d'argent, son exclusion fait l'objet d'une justification constante en doctrine, à savoir la fongibilité de ce bien qui entraînerait le jeu automatique de la compensation légale (cf. *SCAPEL (Ch.), « Le droit de rétention en droit positif », RTDciv, 1981, n° 30, p. 55*), et donc, la satisfaction du commissionnaire.

Toutefois, indépendamment des exigences relatives aux biens susceptibles de rétention, d'après l'article 68 de l'AUS modifié, cette sûreté ne peut valablement s'exercer que lorsque trois conditions cumulatives sont réunies. Celles-ci se ramènent au moment de la rétention (avant toute saisie), aux caractéristiques de la créance qui la fonde (*qui doit être certaine, liquide et exigible*) et la

connexité qui doit exister entre la naissance de cette créance et la chose retenue. Les juges veillent particulièrement au respect systématique et cumulatif de ces conditions (v. notamment CA d'Abidjan, arrêt n° 1164 du 24 octobre 2003, Kinda Augustin Joseph C/ Mlle Kone Fatoumata, www.ohada.com/Ohadata-J-03-337).

87. Plus précisément, relativement aux caractéristiques de la créance, la CCJA a eu à décider qu'il revient au créancier rétenteur de rapporter par tous les moyens la preuve que celles-ci sont réunies pour justifier la rétention réalisée (v. spécialement sur l'exigibilité de la créance : CCJA, arrêt n° 16/2002 du 27 juin 2002, Société MAREGEL c/ Serigne Moustapha Mbacke, *Le Juris-Ohada*, n° 4/2002, octobre-décembre 2002, p. 43, note anonyme. – *Recueil de jurisprudence, CCJA*, n° spécial, janvier 2003, p. 31 ; www.ohada.com/Ohadata-J-02-165).

88. En ce qui concerne la connexité entre la naissance de la créance qui fonde la rétention et la chose retenue, l'on notera que le législateur de décembre 2010 a revu les hypothèses dans lesquelles la connexité est légalement réputée établie en supprimant la rétention consécutive aux relations d'affaires suivies entre le créancier et le débiteur. Aux termes du nouvel article 69 de l'AUS, la connexité n'est réputée établie que lorsque la chose retenue a été remise jusqu'au complet paiement de la créance du rétenteur, lorsque la créance impayée résulte du contrat qui oblige le rétenteur à livrer la chose retenue, et lorsque la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose retenue. Une fois ces exigences respectées, le commissionnaire de transport rétenteur pourra détenir le bien jusqu'au complet paiement de sa créance (cf. CCJA, arrêt n° 30 du 4 novembre 2004 *op. cit.*, GITMA contre SAMEX, *op. cit.* ; arrêt n° 16/2002 du 27 juin 2002, Société MAREGEL c/ Serigne Moustapha Mbacke, *op. cit.*, venant à la suite de CA de Dakar, chambre civile et commerciale 1, arrêt du 16 février 2001, MAREGEL c/ Sérigne Moustapha Mbacké, www.ohada.com/Ohadata-J-06-121 ; CA d'Abidjan ; arrêt n° 321 du 7 mars 2002, D. D. c/ SGBCI).

89. Par ailleurs, en rendant le droit de rétention indépendant du gage quant à son régime juridique, l'AUS modifié revalorise cette sûreté grandement affaiblie par les anciennes prévisions du droit uniforme africain (voir dans ce sens Batouan Bouyom (J.-A.), « La protection du commissionnaire de transport contre l'inexécution du commettant dans l'espace OHADA », *Annuaire de droit maritime et océanique, CDMO-Nantes, tome XXVIII, 2^e trimestre 2010, p. 319-342*). Dorénavant, du fait de cette autonomie, lors de la distribution du bien réalisé le créancier rétenteur prime sur la quasi-totalité des autres créanciers (cf. art. 226 AUS mod.).

Toutefois, l'efficacité de la rétention du commissionnaire et, partant du droit de rétention soumis aux normes uniformes OHADA, subit une nouvelle entrave,

dans la mesure où l'article 67 nouveau de l'AUS institue une limite à son opposabilité (et donc à son efficacité), à savoir la primauté des droits du créancier gagiste sans dépossession antérieurs à la rétention, dont le bien retenu constitue l'assiette de son gage.

II. Privilège du commissionnaire

90. Sans perdre le droit de se subroger dans les privilèges du créancier désintéressé (voir not. l'art. 206 AUDCG mod. pour la subrogation du commissionnaire agréé en douane), le commissionnaire jouit d'un privilège personnel.

Précédemment consacré par l'article 115 de l'AUS, ce privilège est dorénavant l'objet de l'article 188 de l'AUS modifié le 15 décembre 2010. En des termes identiques à ceux des dispositions de l'AUS de 1997, cet article précise que le commissionnaire a sur les marchandises qu'il détient pour le compte du commettant un privilège pour garantir ses créances nées du contrat de commission.

91. De par sa généralité, ce texte vise, non seulement, tous les commissionnaires, mais également toutes les créances nées du contrat de commission.

En dehors de la condition subjective qui tient à la qualité du bénéficiaire, d'un point de vue objectif, l'on notera que la principale exigence prévue par cet article est la détention des marchandises pour le compte du commettant. S'agit-il d'une détention matérielle et personnelle ou, tout simplement, d'une détention juridique ? Le législateur OHADA n'a rien précisé. À l'avantage du commissionnaire, l'on peut donc penser que la détention à laquelle il est fait référence devra s'entendre de la manière la plus large possible. Par exemple, elle inclura non seulement les hypothèses dans lesquelles cet intermédiaire sera le gardien des marchandises, mais également les cas dans lesquels celles-ci seront conventionnellement confiées à un tiers conservateur qui aura reçu pour mission de les tenir à sa disposition.

Quoi qu'il en soit, les biens détenus constituent la seule assiette du privilège de l'article 188 de l'AUS, ce qui confirme sa nature spéciale (*en effet, le privilège spécial est celui dont l'assiette se limite à un ou plusieurs biens déterminés du débiteur : cf. Fournier (A.), « Privilèges spéciaux », Guide juridique Dalloz, 2003, Fascicule 408, p. 1*).

92. Quant à ses effets, comme tout privilège, celui du commissionnaire lui confère, sur les meubles qui lui sont affectés comme assiette par la loi, un droit de préférence. Il n'a donc nullement besoin de procéder à une saisie, celle-ci étant devenue inutile du fait de la détention préalable des biens qui conditionne l'exercice de son privilège. Toutefois, il ne pourra vendre ces biens qu'après avoir obtenu un titre exécutoire (cf. art. 91 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

(AUPSRVE)), et en respectant les prescriptions procédurales prévues par le droit OHADA en matière de vente forcée (*art. 95 et s de l'AUPSRVE*).

93. Pour ce qui est de l'ordre de préférence conféré par ce privilège, l'article 226 (5) de l'AUS modifié l'a bonifié d'un rang. On peut y lire qu'il fait intervenir le commissionnaire au 5^e rang, alors que l'ancien article 149 (6) de l'AUS le faisait intervenir en 6^e position.

En plus, le droit de préférence ainsi consacré s'exerce également par subrogation sur l'indemnité d'assurance éventuelle du meuble qui a péri ou disparu, tant qu'elle n'est pas payée.

Dès lors, la préférence qui découle du privilège spécial du commissionnaire est de deux rangs inférieure à celle dont il bénéficie suite à l'exercice de son droit de rétention. Ce contraste vient dégrader la portée de ce mécanisme de garantie et amène à relativiser l'efficacité de la protection dont bénéficierait le commissionnaire sur son fondement.

Section 3 - Courtier

Introduction

94. Pour la science du droit, lorsque le contenu d'une notion se trouve mobilisé par le discours juridique afin de produire des effets de droit, se produit la naissance d'un statut de référence à la notion. Or, à observer le droit des affaires issu de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) développer de nouvelles formes appropriées mais atypiques de commercialité, on s'interroge sur la dynamique conceptuelle à l'œuvre dans cette évolution. Il en est ainsi des intermédiaires de commerce (agents commerciaux, commissionnaires et courtiers) visés par l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général (AUDCG) et auxquels le statut de commerçant est reconnu. Le courtier, intermédiaire de commerce et commerçant par détermination de la loi, en est un exemple type.

95. La plupart des sources consultées définissent le courtier comme étant un intermédiaire de commerce. Le *Petit Robert* (V. Courtier) le définit par référence au « *courratier* » ; terme qui, entre le xiii^e et le xvii^e siècles, provenait du mot « *corratier* » qui signifie « *coureur* ». Au sens étymologique du terme, et considéré dans ce contexte déjà, ce mot était utilisé pour désigner un agent, un intermédiaire qui « *court* » dans l'optique de réaliser un objectif à lui assigné par d'autres personnes. Le vocable de courtier ne remonte qu'au xv^e siècle et se substitue à celui de *corratier* (O. Bloch et W. Von Wartbrug, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, V. Courtier ; *Dictionnaire Littré*, V. Courtier).

Selon G. Cornu (Association Henri Capitant [sous la direction de], *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., coll. Quadrige, PUF, V. Courtier), d'abord *coletier*, puis *coretier* ; ce mot semble être emprunté au latin *collectarius* qui signifie *changeur*, *receveur du fisc*. Cette activité étant la principale source de revenus de l'État, elle était la plus développée à cette époque et nécessitait l'entremise d'un agent collecteur placé entre l'administration fiscale et le contribuable dans la collecte des ressources fiscales. G. Ripert quant à lui estime que le mot courtier proviendrait probablement de *curare* qui signifie « avoir soin », alors que d'autres soutiendraient qu'il vient de *curritare*, qui veut dire « *courir de côté et d'autre* » (G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial, tome II : contrats commerciaux, Effets de commerce, Banque, Bourse, Procédures collectives* ; Ph. Delebecque et M. Germain, 1^{re} éd., 2004, LGDJ, n° 2680, note 1).

Des sources encyclopédiques et doctrinales concordantes, le courtier serait donc un commerçant qui fait profession de s'entremettre pour ses clients dans les transactions commerciales.

96. Le courtage est une activité très ancienne remontant même à l'aube du commerce, et ce, dans toutes les sociétés (J.A. Van Houtte, *Les courtiers au Moyen Âge*, *Rev. Hist. Droit* 1936, 105). En effet, de tout temps, les difficultés inhérentes aux moyens de commercialisation et de circulation des biens et des personnes, ont rendu nécessaire le recours à des tiers pour la facilitation de l'aboutissement des opérations commerciales. En droit français par exemple, les courtiers furent, sous l'ancien droit, titulaires d'un office, supprimés par la loi des 2 et 17 mars 1791. Mais la liberté du commerce ne fut pas maintenue pour eux jusqu'à la loi du 28 vendémiaire, an IV. Ensuite, la limitation en nombre des courtiers qui étaient désignés par le gouvernement ne fut pas remise en cause par le code de commerce qui consacre une section aux agents de change et aux courtiers. Le monopole des courtiers qui étaient des officiers publics en faisait une profession réglementée et particulièrement encadrée quant à son accès et à son exercice. À ce titre, l'ancien article 77 du code de commerce distinguait plusieurs catégories de courtiers (les agents de change, les courtiers de marchandises, les courtiers interprètes et conducteurs de navires dits courtiers maritimes, les courtiers d'assurances maritimes dits jurés, etc.). Avec la Révolution, le monopole des courtiers étant apparu comme une entrave à la liberté du commerce, peu compatible avec l'expansion économique, le législateur se préoccupa d'abord des agents de change qu'il distingua nettement des courtiers ; puis, il proclama la liberté du courtage des marchandises par la loi du 18 juillet 1866 (*DP*. 1866. 4. 118), en exceptant les courtiers d'assurances maritimes ainsi que les courtiers interprètes et conducteurs de navires (G. Durantou, *Les courtiers*, *Rép. Com. Dalloz*, octobre 2007, p. 3, n° 5).

En outre, avec la croissance exponentielle des échanges commerciaux internationaux, des services

financiers à distance (*CA Paris, 20 janvier et 13 février 2004, RTD. Com. 2004, 335, Obs. M. Storck ; F. Coupez et T. Verbiest, Commercialisation à distance des services financiers : bilan d'un nouveau cadre juridique, D. 2006, Chbr. 3057*), des services dématérialisés en ligne par le vecteur de l'internet notamment, l'accroissement constant des moyens de communication, le contact direct entre les futurs cocontractants s'est trouvé de moins en moins évident. Si bien que l'intermédiation se développe en même temps que les services, rendant ainsi le recours à des professionnels (libres ou strictement encadrés) du courtage quasi-incontournable.

97. Par ailleurs, l'essor de nouveaux créneaux économiques entraîne corrélativement l'émergence de nouveaux courtiers spécialisés, appelant presque inéluctablement une réglementation spécifique. Mais ce que l'on ne perçoit pas, c'est que les professionnels n'utilisent pas toujours l'appellation de « courtier » à laquelle ils préfèrent celle de « *Cabinet de...* », ou encore de « *Conseil en...* », plus spécieuse et qui permet de masquer ou de déguiser l'activité réellement exercée par leurs promoteurs (Ph. Devesa, *L'opération de courtage*, 1994, Litec, p. 60, n° 598). Plus opaque encore est l'appellation fuyante et ambiguë d'« intermédiaire » qui fait dire à M. Mestre que « *si, par commodité, on peut parler d'intermédiaires pour désigner toute cette masse de personnes, sans cesse croissante, qui s'entremettent entre les différents partenaires civils ou commerciaux, il est permis de souhaiter que les rédacteurs d'actes et les magistrats se méfient de cette qualification new-look bien imprécise et lui préfèrent les bonnes vieilles qualifications légales de mandataire, courtier, commissionnaire, ou autres agents commerciaux* ». Ceci pourrait expliquer la rareté des décisions de justice spécifiques sur le courtier, ainsi que les divergences de qualification de l'opération de courtage en tant qu'opération d'intermédiation.

98. La difficulté de qualification est sûrement révélatrice de l'importance des enjeux sur l'économie de la transaction, dans la mesure où la qualification exacte de l'opération conditionne en même temps qu'elle justifie la rémunération que le courtier est en droit d'attendre lorsque l'entremise a conduit à la conclusion d'un contrat entre le donneur d'ordre et le client (*arrêt n° 012/2007 du 29 mars 2007, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 9, janvier-juin 2007, p. 32-34*).

99. Dans ce foisonnement de métiers et d'activités apparentés à l'intermédiation commerciale et notamment celle visée par l'OHADA, que doit-on retenir du courtier, de l'opération de courtage, du contrat de courtage et de la responsabilité du courtier dans ses rapports professionnels ? Qui plus est, si le législateur OHADA a innové en élaborant des dispositions suffisamment claires aussi bien sur la qualification du courtier que sur son statut, a-t-il véritablement saisi tous les champs d'intervention du courtier dans l'activité économique ?

100. Le courtier est défini dans l'AUDCG en référence à la catégorie des intermédiaires de commerce et non de façon autonome. Si bien que, qu'on le veuille ou non, le choix même du vocabulaire influence la lecture du juriste. Autrement dit, comme le rappelle M. Atias, « *le choix d'un mot, d'une désignation pour une réalité perçue comme inédite et qui est à l'origine des questions de droit emporte inéluctablement l'apparition plus ou moins rapide d'un nœud de règles, d'une organisation d'ampleur et de densité variables, qui contribue à déterminer le contenu du terme retenu* » (*Atias Ch., Épistémologie du droit, 1^{re} Éd., Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, n° 2840, 1994, p. 54*).

101. Énoncer ainsi une notion comme celle du courtier, c'est à la fois donner la possibilité au juriste d'étoffer le discours juridique, d'élucider la notion en opérant une qualification juridique appropriée (§1), mais également d'établir un régime juridique spécifique à cette catégorie (§2).

§1 - Qualification juridique du courtier

102. Moins une notion est connue, plus il convient de la décrire, de la qualifier dans ce qu'elle a d'essentiel afin d'en tirer toutes les conséquences liées à sa catégorie juridique. Le législateur OHADA a pris soin de définir le courtier en précisant les critères de qualification de celui-ci. Si pour certaines professions voisines ces critères doivent être recherchés pour leur attribuer ou non la qualité de commerçant (A), celle-ci est d'office reconnue à certains intermédiaires de commerce par l'Acte uniforme (B). En outre, l'activité commerciale exercée par son auteur a également permis d'élaborer une typologie de courtiers dans l'espace OHADA (C).

A - Courtier et professions voisines

103. En règle générale, les intermédiaires de commerce visés par l'OHADA sont des auxiliaires des commerçants. Mais il ne faut pas s'y méprendre. Contrairement aux autres professionnels de l'activité commerciale, le courtier en particulier, n'est pas un auxiliaire des commerçants. Dans cette catégorie qui n'a malheureusement pas été organisée de façon globale et précise par l'OHADA, on peut citer :

- *les voyageurs représentants placiers* qui ont pour fonction de rechercher une clientèle pour une entreprise. Bien que bénéficiant d'une certaine autonomie dans leur fonction justifiée par l'éloignement de l'entreprise, ils sont considérés comme des salariés. L'indépendance dans laquelle le courtier agit par rapport à l'une ou à l'autre des parties permet de le distinguer nettement du représentant mandataire ;
- *les gérants succursalistes* qui cumulent les qualités de mandataires et de salariés ;

– *les sous-traitants et les distributeurs* qui exercent le commerce en leur nom et en toute indépendance (notamment ceux titulaires des contrats de distribution intégrée (circuit de distribution ou réseau commercial dans lequel chacun exerce le commerce en son nom et pour son compte) tels que la concession (convention par laquelle une personne, le concessionnaire, est liée à une société par un contrat prévoyant pour les parties une exclusivité précisée quant aux territoires ou quant aux produits) et la franchise (contrat d'origine américaine qui lie au sein d'un réseau très uniformisé dans sa présentation matérielle devanture des magasins, achalandage) et ses méthodes de vente un fournisseur de biens ou services appelé franchiseur à des commerçants dits des franchisés. Ceux-ci étant appelés à offrir ces biens et services aux consommateurs.

Le courtier visé par l'AUDCG se distingue ainsi de nombreux autres intermédiaires de commerce. Il jouit d'une parfaite indépendance et s'il met en rapport le vendeur et l'acquéreur comme l'opère un représentant de commerce, ce dernier n'agit qu'à titre de salarié pour le compte d'un employeur. Et, contrairement à l'agent commercial qui représente de manière permanente une ou plusieurs personnes et fait à ce titre des actes juridiques au nom et pour le compte de ses mandants qui se trouvent ainsi engagés, le courtier se borne à mettre en rapport les parties afin de faciliter leurs transactions, n'intervenant pas directement lors de la conclusion stricto sensu du contrat (*Cass. Com. 24 sept. 2003, n° 2-12.265*; *6 mars 2001, RJDA 6/2001, n° 677, Lettre distrib. nov. 2003, p. 2*; *CA Toulouse, 29 janv. 2004, n° 47*; *CA Bordeaux, 4 oct. 1999, n° 97/02358*; *V. Agent commercial*).

104. En outre, bien que l'article 3 de l'AUDCG semble limitatif en ce qui concerne les opérations des intermédiaires, certaines opérations sont néanmoins considérées comme commerciales lorsqu'elles sont accomplies par certains intermédiaires tels que :

– *le commissionnaire* : mandataire dans l'opération, il traite alors en son nom personnel, mais pour le compte du mandant c'est-à-dire du commettant. Il convient de relever que dans la mesure où le courtier ne passe pas lui-même le contrat objet du courtage, qu'il agit indirectement et laisse les parties qu'il a recherchées et mises en contact conclure elles-mêmes l'opération, il se distingue du commissionnaire qui, selon l'article 192 de l'AUDCG est « *un professionnel qui, moyennant le versement d'une commission, se charge de conclure tout acte juridique en son propre nom mais pour le compte du commettant qui lui en donne mandat* ». À l'opposé du courtier qui se borne à rapprocher les parties en vue de la conclusion d'un contrat auquel il demeurera étranger, le commissionnaire passe lui-même le contrat. Ce qui n'est pas le cas dans les activités de courtage. Dans l'opération commerciale, l'intermédiaire-courtier ne représente pas,

mais rapproche les parties qui désirent contracter. Il n'opère qu'une entremise et ne traite pas lui-même l'opération, tandis que le commissionnaire agit en son nom propre pour conclure l'opération pour le compte du commettant. Le courtier, même lorsqu'il est investi d'un mandat spécial, n'agit jamais pour son propre compte, mais pour le compte d'autre (*Cass. Crim. 15 oct. 1964, D. 1965. 175*) ;

– *l'agent commercial* : en tant qu'agent d'affaires, il s'occupe à gérer les affaires d'autrui, d'administrer les biens, de suivre les procès, de faciliter la conclusion des contrats, etc. Toutefois, il est important de préciser qu'en définissant l'agent commercial comme « *un mandataire, qui à titre de profession indépendante, est chargé de façon permanente de négocier, et éventuellement, de conclure, des contrats (...)* », le législateur OHADA semble le rapprocher du courtier. Mais, le mandat d'agent commercial a par essence un caractère civil pour le mandataire, ce dernier agissant au nom et pour le compte du mandant. Dans ces conditions, c'est celui pour le compte de qui l'activité est exercée qui est commerçant (*Cass. Com. 29 oct. 1979, D. 1980, p. 69* ; *JCP. 1981. II. 19591*). Ce mandat est de nature civile, puisqu'il ne comporte aucun acte de commerce passé au nom de l'agent ; dès lors, il diffère du contrat de courtage qui est un contrat commercial par détermination de la loi (*V. Infra, Le courtier : commerçant par détermination de la loi* ; également *Cass. Com., 28 oct. 1980, D. 1981, IR. 169*). Qui plus est, la collaboration des parties au contrat d'agence s'inscrit dans la durée, car il « *est chargé de façon permanente de négocier (...)* » : article 184 de l'AUDCG. Cette permanence exigée par le législateur fonde le caractère d'intérêt commun du mandat de l'agent commercial (*V. J. Ghestin, Le mandat d'intérêt commun, in Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges J. Derupee, 1991, Litec, Paris, p. 105 et s.*).

En revanche, le courtier, bien qu'il ait la possibilité de garder des rapports suivis avec certains clients, n'intervient que de façon ponctuelle et occasionnelle dans son action de médiation, ce qui n'exclut pas qu'il intervienne de façon plus durable dans certains secteurs professionnels en raison de ses qualifications. Cette dernière hypothèse est exceptionnelle dans la mesure où la stabilisation des rapports d'affaires n'est pas de l'essence du courtage.

105. L'on peut néanmoins être surpris de ce que globalement, la réglementation de l'Acte uniforme portant sur les intermédiaires de commerce fait des agents commerciaux, commissionnaires et courtiers des commerçants. En effet, les pays qui ont eu à légiférer sur la question ont procédé à une distinction entre les intermédiaires commerçants et les intermédiaires non commerçants. Parmi les premiers, sont désignés les courtiers, les commissionnaires et les centrales d'achats et de référencement. Et parmi les seconds, on inclut

les auxiliaires du commerçant n'ayant pas cette qualité à savoir, les voyageurs de commerce, représentants et placiers toujours salariés du commerçant, et différents mandataires du commerçant. Ces derniers n'ont pas par définition la qualité de commerçant. Ils ne font que représenter le mandant. Ils ne sont pas non plus salariés, car ils sont liés à leur cocontractant par un contrat de mandat et non de travail. En ce sens, ils disposent d'une certaine autonomie pour accomplir leur activité, laquelle est incompatible avec un quelconque lien de subordination. C'est dans cette catégorie que l'on retrouve les agents commerciaux et les gérants succursalistes.

À ce niveau, l'on doit simplement noter que d'après l'article 208 de l'AUDCG, le courtier est « *un professionnel qui met en rapport des personnes en vue de faciliter ou de faire aboutir la conclusion de conventions entre ces personnes* ». En ce sens, il se contente de rapprocher deux parties qui contractent directement entre elles, par exemple un vendeur et un acheteur. Il y a seulement entremise en vue de l'accomplissement d'une opération juridique. Contrairement au commissionnaire, le courtier n'agit ni au nom, ni pour le compte d'autrui (article 209 de l'AUDCG). Il n'est le représentant d'aucune des parties ; la représentation fait défaut et en ce sens, il y a contrat d'intermédiaire (cf. P. Le Tourneau, V. mandat, *Encycl. Dalloz, Droit civil, n° 50* ; J.-J. Barbieri, *Contrats civils - Contrats commerciaux, Masson/Armand Colin, 2007, p. 368*).

106. À ces données préliminaires, il faut ajouter les dispositions de l'article 138 qui énoncent que l'intermédiaire de commerce est un commerçant. Et, parmi les personnes citées, il a intégré le courtier, bien que ce soit discutable stricto sensu. En effet, il faut se rappeler que le commerçant doit exercer des actes de commerce en son nom, *pour son propre compte* et en supporter les risques. C'est loin d'être le cas du courtier, car celui-ci agit au nom et pour le compte d'autres personnes. En tout état de cause, le statut de commerçant reconnu au courtier serait soutenu par l'argument selon lequel tout acte d'entremise dans la circulation des richesses est qualifié acte de commerce.

B - Courtier : un commerçant par détermination de la loi

107. Le courtier est commerçant dès lors qu'il exerce les opérations de courtage, acte de commerce par nature, à titre de profession habituelle.

I - Courtier accomplit des actes de commerce par nature

108. Les actes de commerce par nature sont des actes réputés commerciaux par la loi. Ce sont des actes de commerce en raison de leur objet et ils ne supposent pas pour

leur accomplissement une organisation professionnelle. À ce propos, l'article 3 de l'Acte uniforme dispose : « Ont le caractère d'actes de commerce, par nature :

- l'achat de biens meubles ou immeubles, en vue de leur revente ;
- les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance, et de transit ;
- les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ;
- l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles ;
- les opérations de location de meubles ;
- les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication ;
- les opérations des intermédiaires de commerce telles que la commission, le courtage, l'agence, ainsi que les opérations d'intermédiaires pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de société commerciale ou immobilière ;
- les actes effectués par les sociétés commerciales ».

Tous les courtiers seraient en principe des commerçants, quel que soit le domaine dans lequel ils accomplissent des actes de commerce par nature. Il suffirait, selon cette définition légale, qu'une personne exerce des actes de commerce dans une opération d'entremise ou d'intermédiation consistant à mettre en rapport deux partenaires qui s'ignorent mutuellement, mais qui désirent l'un et l'autre conclure un contrat.

II - Courtier : un commerçant par profession

109. Le courtier est, au terme de l'article 208 de l'AUDCG, défini comme étant : « *un professionnel qui met en rapport des personnes en vue de faciliter ou de faire aboutir la conclusion de conventions entre ces personnes* ».

La profession habituelle qu'exerce le courtier suppose deux éléments sur lesquels il convient d'apporter quelques précisions. Il s'agit de l'habitude et de la profession.

a - Habitude

110. Ce qui est habituel s'oppose à ce qui est occasionnel. Dès lors, le particulier qui exerce occasionnellement des actes de commerce n'acquiert pas pour autant la qualité de commerçant (cf. Douai, 8 juin 1891, DP 1892, II 315). Il ne peut y avoir habitude que s'il y a répétition et cela de façon systématique (comparer avec le droit pénal où une infraction d'habitude est consommée dès le deuxième acte ; en droit commercial, il en faut bien plus et la qualification en cas de besoin est faite par le juge). Mais la jurisprudence se montre assez souple dans l'appréciation de l'habitude ; ainsi dans une espèce, elle a admis que l'entreprise de construction d'un chemin

de fer devait être considérée non pas comme un acte de commerce isolé, mais comme une série d'actes qui donnent à l'entreprise la qualité de commerçant (Req., 2 février 1869, DP 1869, I, 370).

Par combinaison des articles 3 et 208 de l'AUDCG, l'opération de courtage étant un acte de commerce, la qualité de commerçant est reconnue à celui qui fait des opérations de courtage et en fait sa profession habituelle.

b - Activité commerciale d'intermédiation

111. Le courtage est une activité commerciale d'intermédiation. L'entremise sans représentation, effectuée à titre de profession habituelle pour permettre la conclusion éventuelle de l'opération civile ou commerciale envisagée par le donneur d'ordre, est une activité commerciale et une activité d'intermédiaire. Le courtier, encore appelé « apporteur d'affaires », est pour ainsi dire une personne physique ou morale qui se livre à une activité d'intermédiaire dans des opérations de vente ou d'achat de biens ou de prestations de services. Il a pour mission de permettre aux parties de se rencontrer, et éventuellement de s'investir dans l'aboutissement d'un accord sur les modalités de l'opération envisagée.

L'article 3 de l'AUDCG répute actes de commerce « *le courtage* ». Il ne pose aucune condition supplémentaire à la commercialité de l'opération de courtage. En d'autres termes, le législateur OHADA ne requiert pas que cette opération soit effectuée sous forme d'entreprise. La nature commerciale de l'activité de courtage est indifférente aux circonstances dans lesquelles elle s'exerce. Il n'importe pas non plus pour la reconnaissance du caractère commercial de l'entremise et l'attribution de la qualité de commerçant, que les opérations pour lesquelles le courtier s'entremet soient commerciales ou civiles (G. Ripert et R. Roblot, op. cit., n° 2682). Cependant, si l'opération de courtage est objectivement commerciale, le courtier n'est un commerçant que s'il fait profession habituelle d'exercer des opérations de courtage suivant l'exigence incluse dans l'article 208 de l'AUDCG, à savoir que celui-ci doit faire « *habituellement profession (...)* ».

c - Profession

112. D'après la doctrine (Hamel et Lagarde, *Traité de droit commercial*, éd. Dalloz, 1954 ; G. Ripert, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 1951, 2^e éd.), la profession est pour l'essentiel, une activité déployée de façon continue, régulière, ou encore une occupation dont on peut tirer ses moyens d'existence. Celui qui accomplit les actes de commerce doit avoir l'intention d'en faire sa profession. La jurisprudence a, dans une décision devenue constante (Paris, 30 avril 1906, D.P. 1907, 5-9 ; Gaz. Pal. 1906.I. 663), défini la profession comme « *une occupation sérieuse de nature à produire des bénéfices et à subvenir aux besoins de l'existence* ».

L'activité professionnelle est en principe exercée à titre principal et elle occupe la plus grande partie du temps de celui qui s'y adonne. Toutefois, un individu peut exercer plusieurs activités d'où il tire ses moyens de subsistance ou ses ressources. Que décider à propos de la qualification de sa profession ? Trois critères doivent être combinés.

D'abord, il n'est pas nécessaire qu'une profession commerciale soit exclusive.

Ensuite, en cas de pluriactivité, on admet que le droit commercial s'applique à l'activité professionnelle commerçante et le droit civil à l'activité professionnelle civile (cf. J. Pousson-Petit, *Pluriactivité et activité mixte en quête de statut*, RTD com., 1984, p. 15).

Enfin, il faut déterminer si la théorie de l'accessoire s'applique ou pas. En application de cette théorie, il faudrait chercher le lien entre les différentes activités, pour qualifier la profession de l'intéressé.

En tout état de cause, lorsque la profession commerciale constitue la principale activité parce qu'elle procure la plus grande partie des ressources nécessaires aux besoins de l'intéressé, il est commerçant même s'il exerce accessoirement une activité civile (ex. un commerçant détaillant qui cultive son champ à ses heures perdues). De même, lorsque la profession commerciale exercée est secondaire et sans lien nécessaire avec la profession civile principale, l'intéressé est considéré comme commerçant ; la théorie de l'accessoire ne s'applique donc pas (ex. un avocat qui a un magasin d'alimentation). En revanche, si l'activité commerciale est un complément nécessaire de l'activité civile, l'intéressé n'est pas commerçant car les actes de commerce accomplis le sont pour les besoins ou à l'occasion de son activité civile principale : la théorie de l'accessoire s'applique (ex. un médecin qui vend des médicaments. Dans un tel cas, l'ensemble de l'activité est qualifiée de civil).

Ces précisions sont importantes dans la mesure où le courtier peut intervenir dans la négociation et la signature des contrats (exceptionnellement) pour ses mandants, entreprises ou particuliers. Il peut les assister dans l'exécution des contrats ou dans le règlement des sinistres. Tout comme les agents généraux, les courtiers se retrouvent de plus en plus à la tête d'un cabinet et s'occupent du recrutement et de la gestion du personnel salarié d'une entreprise tiers ou d'un groupe. Au-delà des considérations d'ordre général tirées de l'habitude, de l'activité et de la profession du courtier, il reste admis que la qualité de commerçant reconnue au courtier, tirée de sa consécration légale comme tel, fait de cette catégorie d'acteurs de l'entreprise des commerçants atypiques.

II - Courtier : un commerçant atypique

113. Le caractère atypique de la qualité de commerçant reconnue au courtier découle de ce que, contrairement

au commerçant tel que défini par l'article 2 de l'AUDCG comme « étant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession », le courtier n'accomplit les actes de commerce ni en son compte, ni pour son propre compte. Il favorise simplement le rapprochement entre des personnes désirant conclure une transaction à laquelle il est étranger. En d'autres termes, il se contente de faciliter la mise en contact de deux ou plusieurs personnes qui, ensuite, se chargent elles-mêmes de finaliser leurs opérations. Bien plus, il ne saurait prendre une quelconque initiative sans en référer au donneur d'ordre afin que celui-ci lui communique des directives. Ce qui veut dire qu'il ne prend pas de risque personnel comme le ferait le commerçant qui agit en son nom, pour son propre compte et en supporte les risques. Si l'on s'en tenait à ces conditions classiques qui participent de l'attribution de la qualité de commerçant à celui qui accomplit des actes de commerce, le courtier ne bénéficierait pas de la qualité de commerçant.

Seulement, l'attribution légale de la qualité de commerçant au courtier serait justifiée par le souci de sécurisation des tiers avec qui celui-ci entre en pourparlers pour une éventuelle négociation.

Par ailleurs, le courtier n'est pas un auxiliaire du commerçant, mais bien un intermédiaire, c'est-à-dire un agent actif, professionnellement outillé pour initier, suivre, et faciliter la conclusion des contrats du commerce international. À ce titre, il est véritablement un des maillons de la chaîne des opérateurs, il est lui-même un opérateur du commerce international. Le rôle important du courtier dans le commerce international n'est plus à démontrer. Le courtier en marchandises, en opération de banque, en douane, en assurance et réassurance, en logistique des transports, représente un acteur clé dans la chaîne des activités intermédiaires et non moins essentielles dans la réalisation de l'opération commerciale. Il s'ensuit que bien qu'étant un commerçant d'un « type » particulier, la qualité de commerçant visée par l'AUDCG permet de saisir toutes les activités économiques, mais également d'élaborer une qualification précise des acteurs de l'entreprise commerciale.

114. De même, l'Acte uniforme assimile expressément les opérations d'intermédiaires aux actes qui, par leur caractère répétitif et leur finalité, confèrent à leur auteur la qualité de commerçant. Dans cet esprit, l'article 170 de l'Acte uniforme dispose que « *l'intermédiaire de commerce est un commerçant (...)* », tous les actes qu'il accomplit sont, en vertu de la théorie de l'accessoire, censés faits pour son commerce. Cette qualification se retrouve sans exception dans toutes les formes de courtage effectuées par le courtier dans le cadre de son activité professionnelle. Bien que toutes les opérations de courtage ne soient pas réglementées en détail par le législateur OHADA, celui-ci en a une typologie qui recouvre la plupart des opérations concernées par l'acte de courtage.

C - Typologie des courtiers visés par l'OHADA

115. La typologie définie par l'OHADA distingue les courtiers libres clairement visés par l'AUDCG (1) des courtiers encadrés par des textes particuliers (2). Il reste néanmoins que certaines formes de courtage, bien que fréquemment exercées et reconnues dans des droits étrangers, n'obéissent encore à aucune réglementation dans l'espace OHADA (3).

I - Courtiers libres visés par l'AUDCG : les courtiers en marchandises

116. Les dispositions combinées des articles 2 et 3, 170, 208 et suivants de l'AUDCG traduisent l'esprit de la législation OHADA sur la réglementation des acteurs directs et intermédiaires de l'activité économique dans l'espace OHADA. L'intention affichée est celle de saisir tous les acteurs professionnels intervenant dans l'entreprise à des fins économiques. C'est ainsi par exemple qu'il est admis que le courtage peut être exercé par toute personne apte à être commerçante (voir Infra : l'accès à la profession de courtier, n° 56). Dans la catégorie des courtiers libres visés par l'AUDCG, l'on retrouve essentiellement et de façon explicite le courtier en marchandises.

C'est le type classique de courtier libre qui répond à la définition de l'article 3 alinéa 7 de l'AUDCG qui cite « les opérations des intermédiaires de commerce telles que *le courtage (...)* pour l'achat, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, (...) ». Il suffit qu'il remplisse les conditions de fond et de forme prévues par les articles 6 à 12 de l'AUDCG sur l'accès et l'exercice de la profession de commerçant dans l'espace OHADA. Le législateur y classe ainsi toutes les opérations d'intermédiation pour l'achat ou la vente des marchandises, des biens meubles corporels ou incorporels, des biens immeubles, dès lors que le courtier intervient comme agent ou apporteur d'affaires. Il en ressort que l'AUDCG n'a véritablement envisagé que le courtier en marchandises dont l'activité se limite à la vente et à l'achat de marchandises, qu'en tant qu'un intermédiaire de commerce qui, à ce titre, peut agir pour le compte d'une autre personne pour faciliter la conclusion d'un « *contrat de vente à caractère international* ».

L'on s'en rend bien compte, la liberté du commerce et de l'industrie reprise en droit camerounais par la loi du 10 août 1990 sur la libéralisation des activités économiques, sous-tend ainsi l'exercice du courtage libre de marchandises, rendant ainsi l'exercice du courtage libre de marchandises accessible à toute personne physique ou morale remplissant les conditions d'exercice du commerce. Le courtage des marchandises étant libre, il est toujours possible au courtier d'exercer une autre activité commerciale, voire civile, sauf incompatibilité. Le courtier libre peut également opérer sur toutes les places et sur toutes sortes de marchandises, pourvu que

la vente en soit autorisée, et que le contrat à passer soit licite (*Pb. Delebecque et M. Germain, op. cit., n° 2689 et s.*). Le fait d'être un courtier reconnu, même d'un produit spécifique, est apparu suffisant pour présumer la maîtrise des mécanismes financiers du marché dudit produit (*Pour un courtier international sur le cacao, V. Cass. Com., 10 mars 1998, n° 96-20.544*).

Dans le même ordre d'idée, l'Acte uniforme étend le champ d'action du courtier aux opérations connexes effectuées en vue de la conclusion ou de l'exécution des contrats. Cet élargissement laisse percevoir qu'il peut s'agir aussi bien des contrats de vente et d'achat de biens que des opérations de prestations de services. Il est normal que cette catégorie d'opérations soit strictement réglementée par des textes particuliers.

II - Courtiers encadrés par des textes particuliers

117. Certaines opérations de courtage effectuées par les courtiers sont strictement encadrées par des principes d'ordre public et nécessitent le respect de conditions et formalités très strictes. C'est notamment le cas lorsque le courtier intervient dans les opérations particulièrement encadrées telles que le courtage en assurance, en bourse ou en investissements boursiers, en opérations de banque ou de change, en transport ou en affrètement maritime, le courtage en douane et le courtage en transactions immobilières.

a - Courtier d'assurances

118. L'activité du courtier d'assurance consiste à rapprocher un client et une compagnie d'assurance, sans qu'il soit tenu dans le choix de celle-ci, en vue de la conclusion d'un contrat d'assurance, afin de réaliser la couverture de risques à assurer ou à réassurer, de préparer la conclusion de contrats d'assurance, d'aider éventuellement à leur gestion et à leur exécution, notamment en cas de sinistre (G. Duranton, *op. cit.*, p. 30, n° 219). En sa qualité d'intermédiaire d'assurance et en tant que commerçant, il est soumis à toutes les règles du droit commercial.

Au sens de l'article 300 du Traité de la Conférence interafricaine des marchés d'assurance (CIMA), est courtier d'assurance toute personne physique ou morale qui intervient sous la forme « d'entreprises d'assurance de toute nature *y compris les entreprises exerçant une activité d'assistance* ». Il assure essentiellement la facilitation de la conclusion des contrats d'assurance constituant des prestations de services. Le courtier d'assurance a pour activité de placer auprès des sociétés d'assurances les besoins en assurance de ses clients. Le courtier d'assurance peut jouer également le rôle de conseil, ce qui lui vaut l'appellation d'assureur-conseil. C'est un commerçant indépendant qui effectue à titre principal des actes d'entremise consistant à placer les risques de

ses clients auprès de compagnies d'assurances ou de réassurances (Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, 12^e éd. 2005, Précis, Dalloz, V. : Le courtage d'assurance, n° 189 et s.). Dans la pratique, on considère comme présentation, proposition ou aide à la conclusion, le fait pour toute personne physique ou morale de solliciter ou de recueillir la souscription d'un contrat ou l'adhésion à un tel contrat.

119. La profession de courtier d'assurance est régie par les articles 500 et suivants du code CIMA. L'article 501 dudit texte apporte des précisions sur les conditions d'habilitation et d'agrément du courtier d'assurance. Les opérations d'assurances mentionnées à l'article 300 ne peuvent être effectuées que par des personnes habilitées limitativement définies par la loi à savoir :

- les personnes physiques et sociétés immatriculées au registre du commerce *pour le courtage d'assurance* agréés par le Ministre en charge du secteur des assurances et, dans ces sociétés, les associés et les tiers qui ont le pouvoir de gérer ou d'administrer ;
- les personnes physiques ou morales titulaires d'un mandat d'agent général d'assurance ou chargées à titre provisoire, pour une période de deux ans au plus non renouvelable, des fonctions d'agent général d'assurance.

Le candidat à l'agrément à la profession de courtier d'assurance doit également remplir des conditions de capacité de l'article 508 du Traité de la CIMA. Il dispose à cet effet que « *toute personne physique mentionnée à l'article 501 doit avoir la majorité légale dans l'État de présentation de l'opération, être ressortissante d'un État membre de la CIMA, remplir les conditions de capacité professionnelle prévues, pour chaque catégorie et fixées par la Commission de contrôle après avis des instances professionnelles représentatives des entreprises d'assurance, ne pas être frappée d'une des incapacités prévues à l'article 506 dudit texte* ». Il s'agit des conditions d'honorabilité auxquelles sont soumis les agents généraux et les courtiers d'assurance, et qui renvoient aux condamnations pour crime ou délit, aux mesures de faillite personnelle ou autre mesure d'interdiction relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

En outre, et contrairement aux courtiers libres de marchandises visés par l'AUDCG, des conditions liées à la qualification et à l'aptitude professionnelles sont exigées des courtiers d'assurance à leur entrée en fonction. En ce sens, l'article 514 régit spécifiquement les courtiers et agents généraux d'assurance en énonçant que « *les courtiers d'assurances, les associés ou tiers qui gèrent ou administrent une société de courtage d'assurances et les agents généraux d'assurances doivent justifier préalablement à leur entrée en fonction* :

- soit de la possession d'un diplôme mentionné sur une liste fixée par la Commission de contrôle après avis des instances professionnelles représentatives des compagnies d'assurance, ainsi que de l'accomplissement d'un stage professionnel ;

- soit de l'exercice à temps complet, pendant deux ans au moins, dans les services intérieurs ou extérieurs d'une entreprise d'assurance, d'un courtier ou d'une société de courtage d'assurance de fonctions relatives à la production ou à l'application de contrats d'assurance, ainsi que de l'accomplissement d'un stage professionnel, soit de l'exercice à temps complet pendant un an au moins d'une activité en qualité de cadre ou de dirigeant dans ces mêmes entreprises ;
- soit de l'exercice, pendant deux ans au moins, en qualité de cadre ou de chef d'entreprise, de fonctions de responsabilité dans une entreprise industrielle ou commerciale, ainsi que de l'accomplissement d'un stage professionnel ;
- soit de l'exercice pendant deux ans de fonctions de responsabilités en tant que cadre dans une administration de contrôle des assurances ».

120. Les courtiers d'assurance sont des commerçants sans qu'il y ait lieu de distinguer, suivant que les actes qu'ils accomplissent sont civils ou commerciaux. Toutefois, l'exercice de la profession est soumis à l'agrément du Ministre en charge du secteur des assurances de l'État dans lequel l'autorisation est demandée (articles 530 et 531 du Traité de la CIMA). Si, dans la pratique, les compagnies lui font confiance, en principe ses actes n'engagent pas les compagnies, à la différence des actes des agents généraux d'assurance. Contrairement à l'agent d'assurance, le courtier est indépendant vis-à-vis de la société d'assurance. Il n'est cependant pas rare de voir une même personne être agent d'assurances et diriger une société de courtage. À ce titre, il doit être inscrit au registre du commerce, et recevoir un agrément l'autorisant à effectuer des opérations d'assurance au public. Il représente l'assuré et n'est lié à aucune société d'assurance en particulier. La pratique des affaires dans l'espace OHADA soumet également le courtage en opération de change ou de change à une réglementation spécifique.

b - Courtier en bourse ou en investissements boursiers

121. Les opérations en bourse s'entendent de toutes opérations spéculatives en bourse telles que les négociations de bourse, de spéculations sur valeurs mobilières, la gestion de portefeuilles, etc.

À l'instar du courtier d'assurance, la profession de courtier en bourse encore appelé « mandataire en bourse », est soumise à l'obtention d'un agrément délivré par le Conseil régional des valeurs mobilières. Le courtier en bourse est un intermédiaire qui est autorisé à exercer à titre exclusif des activités de négociateur compensateur de valeurs mobilières cotées pour le compte des tiers. Il conclut des opérations de vente portant sur des biens incorporels et est soumis à un statut particulier contenu dans les articles 7 et suivants du Règlement général du conseil régional des valeurs mobilières.

En définissant les acteurs du marché financier régional, le législateur communautaire cite entre autres :

- les structures de marché : la Bourse régionale de valeurs mobilières (BRVM) et le Dépositaire central/Banque de règlement ;
- les intervenants commerciaux : les Sociétés de gestion et d'intermédiation (SGI), les Sociétés de gestion de patrimoine, les Conseils en investissements boursiers, les Apporteurs d'affaires et les démarcheurs. Ces derniers sont essentiellement des courtiers qui interviennent en tant que conseils en bourse, ou simplement des passerelles entre investisseurs et spéculateurs dans les opérations en bourse.

c - Courtier en opérations d'intermédiation financière (banque, change et crédit)

122. L'intermédiation financière est l'activité par laquelle une banque met en relation les agents économiques à excédent de financement avec ceux à déficit de financement. Elle consiste pour une banque à collecter des ressources auprès des agents à excédent de financement, pour les mettre à la disposition des agents à déficit de financement qui en manifestent le besoin. Cette activité qui constitue la fonction fondamentale des banques commerciales, se justifie par les imperfections sur le marché des capitaux caractérisées par des coûts de transactions élevés liés à la finance directe, l'incohérence entre les objectifs des agents à capacité de financement recherchant généralement des placements à court terme et ceux des agents à déficit de financement désirant des financements à long terme, et l'asymétrie d'informations existantes sur le marché. Dans ce contexte, on distingue généralement deux formes d'intermédiation : l'intermédiation de représentation et l'intermédiation de transformation.

Dans l'intermédiation de représentation, le rôle de l'intermédiaire financier est semblable à celui d'un courtier sur le marché financier. La banque dans ce cas collecte et exécute les ordres de ses clients sur le marché, ou alors se reconvertit en acheteur ou revendeur des titres (Voir : S. Y. Kamgna et L. Dimou, Efficacité technique des banques de la CEMAC, www.slideshare.net).

L'intermédiation de transformation quant à elle consiste pour la banque à collecter des ressources ou dépôts auprès de la clientèle lui permettant l'octroi des crédits. La banque dans ce cas transforme les dépôts en crédits qui sont ensuite distribués auprès des clients.

123. Dans la pratique, la distribution des produits bancaires et financiers par les établissements de crédit peut s'opérer par des partenaires externes. Les industriels et les distributeurs cherchent également à assurer, par l'intermédiaire de leurs réseaux, le financement des produits qu'ils fabriquent ou qu'ils écoulent. Aussi, faute de disposer d'un réseau structuré et étendu de distribution, les sociétés financières ont très souvent

recours à des intermédiaires, courtiers agréés. Ceux-ci peuvent exercer leur activité soit à titre principal, soit comme simple prolongement de leur profession. Les courtiers en opérations de banque sont dotés d'un statut légal et réglementaire renforcé lorsqu'ils se livrent au démarchage. Dans ce cas, certains intermédiaires exerçant au profit des établissements de crédit, peuvent s'avérer être des professionnels peu scrupuleux tenant des officines dont la clientèle aux abois (personnes en surendettement, entreprises en difficultés ou presque en cessation de paiement, etc.) est prête, moyennant des commissions exorbitantes, à souscrire des crédits proches de l'usure (CA Paris, 9 févr. 2000, Pinna, n° 98/00451-0, cité par G. Duranton, op. cit., n° 280).

Aussi, soucieux d'harmoniser leurs politiques relatives aux opérations de banque ainsi qu'au contrôle des activités des établissements de crédit, les pouvoirs publics des pays de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) ont élaboré un cadre général à l'activité bancaire dans la sous-région. Ce cadre a été matérialisé par la ratification de la Convention du 16 octobre 1990 portant création d'une Commission bancaire en Afrique Centrale (COBAC) par les États membres de la CEMAC. La COBAC est chargée de veiller au respect par les établissements de crédit des dispositions législatives et réglementaires édictées par les autorités monétaires, la Banque des États de l'Afrique Centrale (BEAC), et d'en sanctionner les manquements constatés. En droit français, l'article 74 du Code de commerce de 1807 disposait déjà que « *la loi reconnaît, pour les actes de commerce, des agents intermédiaires, à savoir : les agents de change et les courtiers* ». Les agents de change ont été remplacés par les sociétés de bourse par la loi du 22 janvier 1988, ces dernières ayant été elles-mêmes remplacées par les prestataires de services d'investissement issus de la loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996 (Voir N. Dissaux, La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, Thèse, LGDJ. Bibliothèque de droit privé, Tome 485, 2007, p. 145, n° 316).

Il peut également s'agir de professionnels de la gestion de patrimoine travaillant avec des établissements de crédit, qui facilitent le placement des produits de ces derniers en mettant en rapport leurs clients avec l'un de ces établissements qui les rémunérera. Il convient de préciser que même lorsque ces courtiers spécialisés agiraient dans le cadre d'un mandat, celui-ci n'accorde pas, en pratique, la faculté de représenter, mais seulement de favoriser la conclusion de certaines opérations déterminées de crédit, et il ne constitue pas un mandat d'intérêt commun (CA Aix-en-Provence, 8 sept. 2006, n° 362 ; CA Paris, 22 sept. 2006, n° 265). L'exercice de la profession réglementée en droit français par le code monétaire et financier d'intermédiaires en opérations de banque, leur interdit de prétendre au statut des agents commerciaux (Th. Vialaneix, « *La notion d'intermédiaire en opérations financières* », *Banque et droit*, févr. 2003, p. 24 et s. ; également *RJDA*, 2004, n° 1209, *Banque et*

droit, mai-juin 2004, obs. T. Bonneau ; *Rev. Dr. bancaire et financier*, 2004, n° 151, obs. F.-J. Credot et Y. Gerard ; *Cass. Com.* 18 févr. 2004, *Bull. civ. IV. N° 32, D. 2004, AJ 633*, obs. E. Chevrier ; *RTDCom.* 2004, 587, obs. Bouloc).

124. Pour mémoire, il est important de noter que l'opération de banque est celle à laquelle peut donner lieu le commerce de l'argent et de titres possédant une fonction monétaire (par exemple : réception des fonds du public, opérations de crédit, mise à disposition de la clientèle ou gestion de moyens de paiement). Elle est commerciale même si l'acte est isolé. Un notaire par exemple s'est vu appliqué le droit commercial, pour avoir reçu et exploité l'argent de ses clients en leur versant un intérêt (sanction : ouverture contre lui d'une procédure collective réservée aux seuls commerçants : Com. 2 février 1970, JCP, 1970, II, 16313). L'opération de change quant à elle, qui consiste à remettre une monnaie et à en recevoir une autre en échange, est commerciale par nature, que le courtier, dans cette opération de change, soit un professionnel ou un particulier. La rigueur observée dans la réglementation du courtage financier s'observe davantage lorsqu'on examine le courtage en logistique des transports, quelle que soit leur forme.

d - Courtier en transport, l'intermédiaire en affrètement maritime et le courtier de fret fluvial

125. Les activités de transport englobent toutes sortes de transports : par terre (route, fer), par mer, par air. En matière de transport routier par exemple, l'affréteur routier est celui qui, comme le courtier, se charge de rapprocher donneurs d'ordre et transporteur moyennant une commission d'affrètement. Dans le domaine du transport maritime en revanche, l'on rencontre aussi bien *le commissionnaire de transport* (personne morale faisant profession habituelle d'organiser des opérations de transport de bout en bout) que *le consignataire de la cargaison* (intermédiaire de transport maritime ou fournisseur de services portuaires ayant pour mission de prendre livraison de la marchandise pour le compte du destinataire en vertu d'un mandat salarié) et *l'intermédiaire de transport maritime* dont le rôle s'apparente davantage à celui du courtier.

126. L'intermédiaire ou courtier de transport maritime est une personne morale dont l'activité consiste à faciliter la conclusion ou l'exécution de services de transport maritime et agréée à cet effet par l'Autorité compétente ayant pour attribution la réglementation des transports (article 1^{er}, 4 et 8 du Règlement n° 03/2008/CM/UEMOA relatif aux conditions d'exercice des professions d'intermédiaires de transport maritime au sein de l'Union économique et monétaire Ouest-Africaine).

127. Le courtier de fret fluvial, assimilé dans les législations africaines à l'intermédiaire de transport maritime,

est bien réglementé en droit français. Il désigne une personne physique ou morale mandatée pour mettre en rapport des donneurs d'ordre et des transporteurs publics de marchandises par bateau de navigation intérieure en vue de la conclusion entre eux d'un contrat de transport (G. Duranton, *op. cit.*, p. 43, n° 320). La loi permet aux donneurs d'ordre d'agir directement dans les bourses d'affrètement ou de s'y faire représenter par des courtiers spécialisés, satisfaisant aux conditions imposées par le décret n° 96-488 du 31 mai 1996 (JO 6 juin 1996, D. 1996, p. 261), complété par l'arrêté interministériel du 25 mars 1997 (JO 19 avril 1997). Le rôle très étendu du courtier de fret fluvial lui impartit, outre de provoquer des offres de voyages et de rédiger les pièces réglementaires des divers contrats de transport, d'exécuter toutes les opérations relatives à l'exécution du contrat de transport, notamment dans les opérations de chargement et, d'une façon générale, de représenter l'expéditeur dans toutes les opérations relatives à l'exécution des contrats de transport (B. MERCADAL, *Droit des transports terrestres et aériens*, 1996, coll. Précis Dalloz, n° 536 et s.).

128. Par extension, on pourrait y inclure les activités annexes ou similaires telles que les exploitations de taxi, les déménagements, les remorquages, les téléphériques, les remonte-pentes en montagne, les promenades à dos d'animal. Son rôle consiste principalement à réserver une place pour un conteneur auprès des armateurs maritime. Le courtier en affrètement maritime peut aussi s'occuper d'activités annexes (voir paragraphe plus bas) comme par exemple le côté administratif lié à l'affrètement, le conseil sur les opérations de commerce international lié à l'affrètement (choix de l'incoterm, politique douanière, etc.), les services de manutentions, post- et pré-acheminement, douane et assurance entre autres. Du fait du concept d'intégration de la chaîne logistique, on assiste à des « généralisations des métiers », c'est-à-dire que l'apparition de professionnels qui prennent en charge plusieurs opérations liées au transport et logistique. C'est ainsi qu'un courtier peut prendre en charge l'assurance, ou un transporteur routier proposer un service de courtage via un courtier partenaire par exemple. Dans ce dernier cas, le courtier représente le client auprès du transporteur ou du commissionnaire de transport pour passer un ordre de transport de marchandises. Avec les outils modernes du commerce électronique, certains courtiers opèrent directement sur Internet grâce au développement du e-shipping. À la suite des opérations de logistique des transports et d'affrètement maritime, se trouve le courtier en douane dont le rôle, non moins négligeable, est crucial dans la facilitation des transactions commerciales internationales.

e - Courtier en douane

129. Le courtier en transport gère la logistique du transport, alors que le courtier en douane a la capa-

cité de dédouaner ou faire dédouaner la marchandise lorsqu'elle entre sur le territoire douanier de destination finale (et souvent lorsqu'elle en sort également). Celui-ci se charge généralement de fournir des informations sur les documents requis pour le dédouanement, ainsi que leur contenu, mais ne garantit pas la validité desdits documents. Le courtier en douanes est l'expert en ce qui concerne le dédouanement et possède des contacts auprès des autorités douanières que le courtier en transport ne possède généralement pas. Il reste néanmoins lié à ses cocontractants (donneur d'ordre/expéditeur et client) par une obligation de moyens et de diligence. Il est généralement conseillé aux expéditeurs et à leurs clients de traiter directement avec le courtier en douane pour faire valider leurs documents afin d'en assurer la validité et d'éviter tout problème potentiel lorsque la marchandise arrive au poste frontalier sous douane.

f - Courtier en transactions immobilières

130. Communément connu sous l'appellation d'« agent immobilier », cet intermédiaire est une personne physique ou morale qui participe, habituellement sur les biens d'autrui, à la transaction ou à la location d'immeubles ou de fonds de commerce et la gestion immobilière (*Voir : http://fr.wikipedia.org/wiki/Agent_immobilier*). Dans le cadre de sa mission, il exerce son activité à une opération d'entremise pour l'achat, la vente, la location ou l'échange d'un immeuble, la promesse d'achat ou de vente d'un immeuble, le prêt garanti par hypothèque immobilière, l'achat ou la vente d'une entreprise, la promesse d'achat ou de vente d'une entreprise. La jurisprudence de droit français a depuis longtemps consacré la licéité du courtage rémunéré exercé par un professionnel qui se contente de rapprocher un particulier propriétaire d'un terrain et divers entrepreneurs devant exécuter les travaux en vue de sa commercialisation (Rep. Imm. n° 24607, Joan 3 juil. 1995, p. 2912 ; Cass. 1^{re} Civ. 1^{er} déc. 1993, RDIImm. 1994. 263, obs. D. Tomasin), ou d'effectuer des études de marché portant sur des sites commerciaux, ou encore de favoriser la conclusion d'un contrat de promotion immobilière (*TGI. Bordeaux, 28 juin 1996, JCP. éd. N 1997, pratique 3911, obs. J.-G. Raffray*).

Un courtier immobilier peut être également une personne qui sert d'intermédiaire pour une opération relative au prêt immobilier. Dans le cadre d'un crédit immobilier les emprunteurs peuvent faire appel à un courtier immobilier qui se chargera de rechercher à sa place le crédit auprès des différents établissements financiers.

131. Dans cette opération, les clients de l'agent immobilier le mandatent pour une mission précise, celle de mettre en vente ou en location leur bien ou de rechercher un bien qui correspond à leurs attentes. Ce mandat prend la forme d'une convention écrite en application des dispositions du code civil sur les contrats, précisant

les conditions de manipulation de fonds ainsi que les conditions de détermination de la rémunération et de la partie en ayant la charge. Les actions commerciales mises en œuvre par le négociateur immobilier pour la vente du bien sont : panneaux, annonces dans la presse, présentation dans la vitrine et sur le site internet de l'agence, relance du fichier. Il effectue également tout type de démarches sur Internet pour publier ses offres et contacter des acheteurs. S'il y a lieu, l'agent conseillera nettoyage, réparations, rangement, dépersonnalisation, réorganisation du mobilier allant parfois même jusqu'à l'utilisation des services d'un styliste professionnel. En France, ce phénomène, initié aux États-Unis, s'appelle le « *home staging* », relooking ou remodelage d'un bien avant sa mise en vente.

En contrepartie de son activité, l'agent immobilier reçoit une rémunération. En revanche, aucun règlement n'est dû, exigible ou acceptable avant qu'une opération soit constatée dans un acte authentique de transfert de propriété (signature de l'acte chez le notaire), sauf si le mandant est un professionnel auquel cas un règlement est possible avant la conclusion effective de l'opération. En cas d'échec du contrat de vente, il n'a donc pas droit à cette rémunération, mais il peut demander une réparation du préjudice subi à la partie par qui l'abandon du contrat est arrivé, si le mandat précise une clause d'exclusivité s'il a été évincé de la vente, pénale ou aux termes de laquelle une commission sera due par le mandant même si l'opération est conclue sans son intermédiaire.

132. En outre, il est soumis aux mêmes règles de déchéances que le commerçant qui s'expose aux infractions générales à la législation sur les sociétés commerciales, d'escroquerie, de fraude fiscale, de trafic financier ; de même une faillite personnelle peut induire l'incapacité d'exercice du courtier immobilier. Les sources internes, régionales et internationales consultées révèlent un gap important d'activités de courtages liées aux prestations de services non saisies par l'OHADA. L'objectif dictionnaire de cet ouvrage exige que ces activités soient examinées, dans une perspective pédagogique d'instruction, mais aussi d'interpellation du législateur OHADA.

III - Courtier des services commerciaux non réglementés par l'OHADA

133. Certaines prestations commerciales investies par les courtiers ne sont pas expressément réglementées par le législateur OHADA. Certaines législations nationales ont élaboré des dispositions spécifiques pour certaines opérations de courtage les plus courantes telles que le courtage des services matrimoniaux, le courtage des services sportifs, le courtage des services cinématographiques, des services informatiques dématérialisés, des centrales de référencement.

a - Courtier des services matrimoniaux

134. Les services matrimoniaux effectués par les courtiers sont caractérisés par l'empreinte de la finalité civile qu'on reconnaît aux institutions concernées telles que le mariage et l'adoption notamment. Bien que leur intervention n'ait d'autre but que de permettre la conclusion d'opérations purement civiles ou si elle ne donne lieu qu'à des actes de nature civile, il s'agit d'activités de plus en plus courantes à forte valeur ajoutée commerciale. L'illustration la plus courante de ce type de courtage demeure l'activité des courtiers matrimoniaux. Ces derniers constituent l'expression parfaite et absolue du courtage, dans la mesure où la nature même de l'entremise exclut totalement la représentation.

135. Force est pourtant de constater l'absence actuelle de réglementation spécifique au courtage matrimonial. Le débat sur la commercialité du courtage matrimonial est soutenu par une bonne frange de la doctrine qui, sous cette occurrence, relève pour appuyer leur thèse que, dans cette opération, le courtier recueille des informations auprès des clients pour les divulguer à ses donneurs d'ordres et qu'il s'inscrit en cela dans la circulation d'une richesse. À ce titre, l'agent matrimonial effectue un véritable trafic d'informations : grâce à sa publicité et ses recherches, il acquiert des informations sur un certain nombre de personnes, qu'il revend ensuite à d'autres, moyennant rémunération. C'est là une forme d'entremise dans la circulation des richesses et donc une activité commerciale. Cette précision faite, l'on s'interroge encore non pas sur la commercialité du courtage matrimonial, mais plutôt sur sa licéité.

136. La pratique retient en tout état de cause que le courtage matrimonial en soi est une activité de service qui consiste pour un professionnel, moyennant une rémunération conséquente, à rapprocher deux personnes en vue d'une union, et non à faire réussir un mariage (*G. Heidsieck, Le marché de la solitude et le droit, JCP. 1990. I. 3432 ; A. Holleaux, Le statut des agences matrimoniales, Petites affiches, 11 juillet 1990, p. 23 ; Cass. 1^{re} civ. 21 fév. 1995, D. 1995, IR. 97, contrats, n° 112, obs. Raymond ; également Rep. Civ. V. Mariage, conditions de formation ; également F. Terre et D. Fenouillet, Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités, 7^e éd. 2005, Précis Dalloz, n° 359 ; G. Cornu, Droit civil, La famille, 9^e éd. 2006, Précis Domat, Montchrestien, n° 256*).

Malgré les développements doctrinaux et jurisprudentiels, le courtage matrimonial en tant qu'activité commerciale demeure non réglementé.

b - Courtier des services sportifs ou agent sportif ou agent de joueurs

137. L'agent sportif encore appelé agent de joueurs, est un courtier exerçant à titre occasionnel ou habituel,

contre rémunération, l'activité consistant à mettre en rapport les parties intéressées à la conclusion d'un contrat relatif à l'exercice rémunéré d'une activité sportive. Selon le Règlement de la Fédération internationale de football association (FIFA) du 29 octobre 2007 élaboré en vertu de l'article 14 du Règlement d'application des statuts de la FIFA à laquelle sont affiliés la plupart, sinon tous les pays membres de l'OHADA, un agent de joueurs est une « personne physique dont l'activité consiste, conformément aux dispositions suivantes, à mettre en rapport contre rémunération, un joueur et un club en vue de la conclusion ou de la reconduction d'un contrat de travail ou deux clubs en vue de la conclusion d'un contrat de transfert » (article 1^{er} alinéa 1).

Cette profession correspond bien à la définition de l'activité d'entremise qui caractérise le courtage, ce qui justifie que cette activité soit généralement incompatible avec l'exercice des fonctions de direction ou d'encadrement sportif (*code français des sports, article L. 222-7; Cass. crim. 19 octobre 2005, n° 04-85-098; également Cass. crim., 24 janv. 2006, D. 2006, 2649, obs. J.-P. Karaquillo; Rev. Dr. Pén. 2006, comm. n° 55, obs. J.-H. Robert*). Elle recouvre des services divers portant sur toutes les prestations concernant la vie courante du sportif, s'effectuant tout au long de la carrière du sportif, notamment à l'occasion des transferts d'un club à un autre. Compte tenu de l'ampleur de cette activité et des flux financiers générés à l'occasion des opérations d'intermédiation dans les milieux du sport, il serait opportun qu'une réglementation appropriée soit élaborée pour l'encadrement du courtage sportif. Il en est de même des professions connexes qui évoluent en marge des industries culturelles en général, et des services cinématographiques en particulier.

c - Courtier des services cinématographiques

138. Dans le domaine des industries culturelles, l'on rencontre également des intermédiaires, plus connus sous le nom de « courtiers en films ». Ceux-ci doivent bénéficier d'une autorisation pour l'exercice de leur activité. Elle consiste au rapprochement des personnes qui interviennent dans la chaîne de production des films : réalisateur, producteur, diffuseur, consommateur. Ils ne peuvent, de quelque manière que ce soit, être investis des droits d'exploitation des œuvres cinématographiques pour le compte de leurs auteurs.

139. Dans le domaine des industries culturelles et de la production intellectuelle, l'activité est par essence civile. Ainsi, les chercheurs, les auteurs, les artistes, les écrivains, les compositeurs, etc. exercent une activité civile, même si celle-ci, de caractère scientifique aboutit au dépôt d'un brevet et à une exploitation commerciale. Avec les développements contemporains sur l'économie de la connaissance et des savoirs, ces activités sont

régies par les règles relatives à la protection des droits d'auteurs et droits voisins de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI). L'on comprend dès lors que les courtiers et intermédiaires qui organisent, facilitent les contrats d'affaires entre réalisateurs, producteurs et diffuseurs, soient considérés comme étant des commerçants au sens du droit uniforme OHADA, parce qu'ils organisent l'entremise entre la production artistique ou littéraire d'autrui et sa destination commerciale. De même que les courtiers sportifs, les courtiers en films devraient être réglementés pour une bonne maîtrise des canaux d'expansion de l'industrie cinématographique en Afrique. En outre, une législation de régulation de ce secteur pourrait se révéler comme un outil efficace de protection de la propriété intellectuelle et artistique.

d - Courtier des services commerciaux en ligne

140. Les services informatiques dématérialisés ainsi que les opérations de télécommunications introduites par l'OHADA (article 3 de l'AUDCG) constituent à la fois des services, des opérations de distribution en ligne et de paiements électroniques.

Force est de constater la multiplicité des nouvelles formes de courtage développées grâce à l'économie numérique dans le domaine des services informatiques dématérialisés tels que l'intermédiation pour la vente en ligne des progiciels, des outils de gestion et de sécurisation des systèmes d'information dans les secteurs de l'intelligence économique. Les courtiers en ligne sur internet interviennent également et de plus en plus dans la facilitation des paiements en ligne grâce aux sites tels qu'eBay, PayPal, amazon, ce qui n'est pas sans susciter de nouvelles formes de criminalité cybernétique (Cass. crim. 16 janv. 2007, D. 2007, 1772, obs. L. Mauger-Vielpeau. Sur la législation communautaire relative aux paiements électroniques, voir notamment le Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiements dans les États membres de l'Union économique et monétaire Ouest africaine ; de même que le Règlement CEMAC N° 02/03/CEMAC/UMAC/CM relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement, adopté par le Comité ministériel de l'union monétaire de l'Afrique Centrale (UMAC) le 28 mars 2003.

Dans le domaine de la grande distribution, l'on rencontre également et plus encore que dans le courtage libre des marchandises, des intermédiaires qui interviennent aussi bien au stade de l'achat qu'à celui du référencement pour des meilleures conditions de vente et de distribution des produits des fournisseurs.

e - Centrales de référencement

141. Les distributeurs, lorsqu'ils traitent directement ou isolément avec les fournisseurs, sont exposés à des conditions de vente moins avantageuses que celles que

négocieraient des intermédiaires de la profession. Aussi, la négociation des conditions d'achat plus avantageuses peut être confiée à des entreprises qui concluent un contrat d'affiliation avec des distributeurs, pour agir au profit des distributeurs, grossistes ou détaillants.

142. Il est important de relever une nuance entre la centrale d'achat qui est un commissionnaire chargé d'acheter aux fournisseurs en son nom propre et pour le compte des distributeurs affiliés sans conclure elle-même de contrat de vente avec ces fournisseurs, et la centrale de référencement qui se borne à transmettre à ses adhérents les offres avantageuses qu'elle a négociées sans intervenir dans la conclusion des contrats. En effet, elle se contente de rechercher des fournisseurs sélectionnés en fonction de leur réputation dans la filière et de leurs capacités industrielles notamment, de négocier des conditions avantageuses qu'il transmet à ses adhérents qui ont le loisir de conclure ou non le contrat (J.-M. Leloup, *Les ventes de la grande distribution*, RJ. Com 1997, 163 ; L. Fabre, M. Dany et L. Sersiron, *Le guide des négociations commerciales*, 2006, Coll. Guides, Dalloz, n° 163.83). La centrale de référencement intervient donc manifestement en tant que courtier répondant aux qualifications de l'article 176 de l'AUDCG (D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 4^e éd. 2006, Litec, n° 740 et s. Cass. com, 20 mai 2003, n° 00-14.239, Petites affiches, 8 déc. 2003, p. 15, Obs. H. Clarret ; Lamy droit économique, 2007, n° 5056). La reconnaissance de la qualité de courtier est ainsi confortée en jurisprudence par le refus des cours et tribunaux d'admettre que la centrale de référencement soit implicitement tenue responsable du paiement des marchandises vendues non réglées par le revendeur (CA Paris, 2 février 2000, Dalloz 2000, n° 98/14924). De même, les transactions entre les fournisseurs et les distributeurs étant conclues a posteriori et en dehors de toute intervention de la centrale de référencement, l'obligation de renseignement sur la solvabilité des distributeurs adhérents ne devant en principe résulter que d'une convention écrite le prévoyant spécialement, celle-ci ne saurait être implicite.

Pourtant, bien qu'établie tant par la jurisprudence (M. Bahar-Touchais, *Obs. sous Cass. Com. 17 mars 2004*, RJ. Com., 2/2005, n° 137) que par une partie de la doctrine de droit commercial, la qualification de courtier reconnue à la centrale de référencement est contestée par ceux qui y voient tantôt un commissionnaire, tantôt un mandataire agissant dans un contrat-cadre déterminant des conditions d'approvisionnement (V. A. Sevino, *Les limites du recours aux centrales de référencement*, AJDA, 2005, 467). En outre, il est clair qu'en l'absence de stipulations contractuelles précises, une centrale de référencement ne peut être présumée avoir souscrit à l'égard des fournisseurs une obligation d'information sur la solvabilité de ses adhérents. Cette perception est valable pour les cabinets de placement communément dénommés cabinets de courtage en recrutement.

f - Cabinets de courtage en recrutement

143. Les cabinets de recrutement, généralement connus sous l'appellation de « chasseurs de têtes » sont bien encadrés en droit français. Notamment (*la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 dite loi de programmation pour la cohésion sociale, et qui supprime le monopole de placement du service public* ; Y. Rousseau, *Conseils en recrutement, chasseurs de têtes et notion de placement*, Dr. Soc. 1990, 545). C'est ainsi que l'interdiction du courtage sur le marché du travail a été jugée contraire aux règles communautaires par une décision de la Cour de justice des Communautés européennes du 19 juin 2001, Aff. C-245/03, D. 2002, Somm. 3047, Obs. Y. Rousseau ; également Dr. Soc. 2005, 456. On perçoit très bien que l'activité de courtage en recrutement est reçue dans l'espace, bien qu'aucune réglementation spécifique du droit harmonisé n'organise son fonctionnement.

144. La pratique permet cependant de comprendre que généralement, le cabinet de recrutement, en sa qualité de courtier, s'engage seulement à identifier et à présenter un ou des postulants et à mettre l'entreprise en mesure d'effectuer son choix en fonction des qualifications recherchées. Autrement dit, dans cette opération, le cabinet conseil en recrutement ne transmet pas d'offres précises qui lieraient des employeurs, car la décision d'embaucher ou de ne pas embaucher revient exclusivement à ces derniers. Cette activité qui se limite très souvent à l'intermédiation dans le conseil en recrutement est une activité commerciale, puisque le courtage dont il s'agit ici est un acte de commerce par nature. À ce titre, l'activité doit s'exercer sous toute forme sociale de nature commerciale, et son auteur soumis aux obligations imparties aux commerçants.

À la différence des activités de courtage spécifiquement réglementées dans l'espace OHADA telle que le courtage d'assurance, de banque, et de change, l'accès à la profession est libre et ne requiert ni diplôme, ni autres exigences que celles que doit remplir un commerçant, car il ne s'agit pas d'une activité protégée, ce qui pourrait ouvrir la voix à toutes sortes de dérives contraires à la morale des affaires (*Dans son essai sur l'éthique des affaires*, M. Le Tourneau aborde les intermédiaires exclusivement sous l'angle de la corruption. Voir, Ph. Le Tourneau, *L'éthique des affaires et du management au xxie siècle*, Dalloz-Dunod, 2000, p. 190 et s.). L'on pourrait en effet déplorer le vide juridique persistant, dans la mesure où l'absence d'encadrement expose les usagers en désespoir de cause à la pression des intermédiaires véreux qui, bien qu'étant soumis au plan fiscal au régime des professions libérales, exercent pour l'instant dans ce que l'on pourrait qualifier sans exagération de zone de non-droit, et que l'OHADA gagnerait à encadrer, notamment à travers le projet d'Acte uniforme sur le droit du travail en cours d'élaboration.

145. De tout ce qui précède, il faut retenir que la multiplicité des applications pratiques de l'activité du courtier n'émette nullement la profonde unité de sa nature juridique. Courtage libre des marchandises, courtage immobilier, courtage en assurance, en opérations de banque, courtage en recrutement, etc., illustrent tous la même définition. Le courtier met en rapport des personnes qui entendent contracter en sens opposé. Au courant des intentions des uns et des autres, il tente de rapprocher les points de vue et prodigue ses conseils. Quand ce rapprochement est opéré, il disparaît. Mais il ne traite pas lui-même l'opération ni ne représente les clients (*Pb. Le Tourneau, Droit de la responsabilité, Dalloz Action, 2004, n° 5547, p. 939*).

146. Une fois la qualification juridique du courtier élucidée et illustrée par la typologie des activités de courtage pratiquées aussi bien formellement qu'en marge de la législation des affaires issue de l'OHADA, il convient à présent d'étayer le statut juridique du commerçant qui a choisi d'exercer la profession de courtier.

§2 - Statut juridique du courtier

147. L'accès à la profession (A) ainsi que les règles communes applicables au courtier en tant qu'intermédiaire de commerce (B), sont les éléments qui concourent à l'élaboration du statut juridique du courtier. Ceux-ci peuvent être d'application souple ou plutôt rigide, selon qu'ils s'appliquent aux courtiers libres de marchandises ou, plus spécifiquement aux courtiers strictement réglementés (C).

A - Accès à la profession de courtier et l'exercice du métier

148. Pour exercer la profession de courtier (2), la personne physique ou morale intéressée par l'activité doit remplir un certain nombre de conditions pour y avoir accès (1).

I - Accès à la profession de courtier

149. L'accès à la profession de courtier est soumis aux conditions de capacité à exercer le commerce. En tant que commerçant, l'intermédiaire de commerce doit avant tout remplir les conditions prévues à cet effet par les articles 6 à 12 de l'AUDCG relatif à la capacité d'exercer le commerce.

Les particularités en ce domaine concernent aussi bien la capacité pour conclure des actes de commerce, que l'aptitude à devenir commerçant. Celui qui accomplit un acte de commerce doit d'abord jouir de la capacité civile. Ainsi se pose le problème en ce qui concerne le mineur, les incapables majeurs. Si le cas du mineur

a été envisagé par l'Acte uniforme, il reste muet sur les incapables majeurs. Le cas de la femme mariée qui jusqu'ici était tout aussi problématique a été résolu par l'Acte uniforme. Et la question qui pourrait se poser serait celle de savoir si une femme mariée peut être courtière dans une relation commerciale qui implique son conjoint commerçant.

a - Cas du mineur

150. Dès qu'il est émancipé, dit l'article 7 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme, le mineur peut avoir la qualité de commerçant et effectuer des actes de commerce sans autres formalités que cette émancipation. On n'exige donc plus les conditions d'habilitation des articles 2 et 3 du code de commerce (autorisation expresse de ses responsables c'est-à-dire le père, la mère, le conseil de famille ou le juge). En ce qui concerne le mineur non émancipé, il demeure inapte à exercer le commerce par lui-même ou par l'intermédiaire de son représentant légal.

b - Cas de la femme mariée

151. La femme mariée était pendant longtemps considérée comme totalement incapable. Les lois du 18 février 1938 et 22 septembre 1942 avaient commencé son affranchissement en proclamant sa pleine capacité civile. Mais parallèlement, le code de commerce était resté inchangé et l'article 4 disposait alors d'une part que la femme mariée n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, d'autre part que le mari peut s'y opposer ; cette opposition ne pouvait être levée que par le juge et à condition que la femme prouve qu'elle n'était pas justifiée par l'intérêt du ménage et des enfants. Dès lors, la femme mariée ne pouvait être commerçante qu'à condition d'exercer un commerce séparé de celui de son mari. La situation a évolué avec l'Acte uniforme. Si bien qu'à la question de savoir si une femme mariée pouvait exercer la profession dans une relation d'affaire impliquant son conjoint commerçant, la réponse se trouve à l'article 7 alinéa 2 qui a d'ailleurs un caractère bilatéral et qui dispose que le conjoint (femme ou mari) du commerçant peut être (avoir le statut) de commerçant, à condition d'exercer un commerce séparé. Autrement dit, le courtier n'étant en réalité qu'un apporteur d'affaires, un facilitateur et non une partie à l'opération de courtage, rien en principe ne s'oppose à la qualité de courtier du conjoint dans cette opération, du moment où l'activité est exercée séparément.

II - Exercice de la profession de courtier

152. L'exercice de la profession de courtier est soumis aux mêmes conditions que celles auxquelles sont soumis

les commerçants en général, car toutes les opérations commerciales, même celles à finalité civile comme le courtage matrimonial (*Pour la qualification commerciale du courtage matrimonial et le débat qu'elle a suscité aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, voir Devesa Ph., L'opération de courtage, op. cit., 1993, n° 96, p. 62 et s*), sont des actes de commerce et impriment la qualité de commerçant à leur auteur. Ce dernier, du fait de sa profession d'intermédiaire de commerce, exerce une activité commerciale, peu importe la nature civile ou commerciale des contrats à la conclusion desquels il participe. L'article 3 de l'AUDCG répute en effet acte de commerce toute opération de courtage. Or on ne doit pas distinguer là où la loi ne distingue pas (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). Autrement dit, parce qu'il est commerçant, il convient à notre sens plutôt de relever ce qui pourrait faire obstacle à l'accès à la profession de courtier telles que les incompatibilités, les déchéances et les interdictions, ainsi que les autorisations.

a - Incompatibilités

153. Certaines personnes ne peuvent pas faire le commerce parce que leur profession ou leur fonction est jugée incompatible avec la profession commerciale. Un décret camerounais du 26 mars 1979 visait jusqu'à une date récente, les fonctionnaires y compris les magistrats, et militaires. L'incompatibilité se justifiait par des motifs d'indépendance de la fonction publique. Mais le décret RC/94/199 du 7 octobre 1994 portant statut général de la fonction publique de l'État a semblé lever l'incompatibilité ; aussi, l'article 37 de ce décret permet au fonctionnaire d'exercer une activité privée lucrative. Or, celle-ci inclut a priori l'activité commerciale. Cette solution n'est pas retenue par l'AUDCG qui consacre expressément cette incompatibilité. En effet, l'article 9 dudit acte dispose : « L'exercice d'une activité commerciale est incompatible avec l'exercice des fonctions ou professions suivantes :

- fonctionnaires et personnes des Collectivités publiques et des entreprises à participation publique... ». C'est dire que pendant la période transitoire, les fonctionnaires-commerçants doivent prendre des dispositions pour abandonner la seconde activité. On risque néanmoins de revenir aux situations illicites dans lesquelles les fonctionnaires exercent l'activité commerciale par personne interposée. Plus aisé est le cas des officiers ministériels et des membres de professions libérales en général : le règlement de l'ordre défend le commerce (pour des raisons de noblesse et dignité de la profession). L'article 9 de l'AUDCG dispose dans le même sens. Il prévoit en plus que sont incompatibles avec l'activité commerciale les fonctions ou professions suivantes :
- « Officiers ministériels et auxiliaires de justice : avocat, huissier, commissaire-priseur, agent de change,

notaire, greffier, administrateurs et liquidateurs judiciaires ;

- Expert-comptable agréé et comptable agréé, commissaire aux comptes et aux apports, conseil juridique, courtier maritime ;
- plus généralement de toute profession dont l'exercice fait l'objet d'une réglementation interdisant le cumul de cette activité avec l'exercice d'une profession commerciale ».

191. La sanction en cas de contravention est professionnelle ou disciplinaire (suspension ou radiation). Mais les actes accomplis en infraction sont valables comme actes de commerce ; et la personne qui les fait aura la qualité de commerçant ; elle pourra même en cas de cessation de paiements, être déclarée en faillite le cas échéant. Cela ressort clairement de l'article 8 de l'Acte uniforme qui traite du régime des incompatibilités ; cet article dispose que : « Nul ne peut exercer une activité commerciale lorsqu'il est soumis à un statut particulier établissant une incompatibilité. Il n'y a pas d'incompatibilité sans texte. Il appartient à celui qui invoque l'incompatibilité d'en apporter la justification. Les actes accomplis par une personne en situation d'incompatibilité n'en restent pas moins valables à l'égard des tiers de bonne foi. Ceux-ci peuvent, si bon leur semble, se prévaloir des actes accomplis par une personne en situation d'incompatibilité, mais celle-ci ne peut s'en prévaloir ». Il en est de même en ce qui concerne les déchéances et les interdictions qui, elles, répondent plutôt à un régime pénal visant à protéger l'éthique des affaires.

b - Déchéances et les interdictions

155. L'Acte uniforme groupe les interdictions et les déchéances dans l'article 10 qui dispose : « Nul ne peut exercer une activité commerciale directement ou par personne interposée, s'il a fait l'objet :

- d'une interdiction générale définitive ou temporaire prononcée par une juridiction de l'un des États parties ; que cette interdiction ait été prononcée comme peine principale ou comme peine complémentaire ;
- d'une interdiction prononcée par une juridiction professionnelle ; dans ce cas, l'interdiction ne s'applique qu'à l'activité commerciale considérée ;
- d'une condamnation définitive à une peine privative de liberté pour crime de droit commun, ou à une peine d'au moins trois mois d'emprisonnement non assortie de sursis pour un délit contre les biens, ou une infraction en matière économique ou financière ».

156. D'une manière générale, dans le souci d'assurer la moralité commerciale (garantie de solvabilité suffisante), certaines personnes sont déchues du droit d'exercer le commerce, parce qu'elles ont déjà fait la preuve de leur indignité. Il s'agit des personnes condamnées ; par exemple, celles qui ont fait l'objet d'un jugement de

faillite (personnes peu recommandables pour le public en raison de leurs antécédents). Certaines personnes se voient refuser le droit d'exercer certaines professions : celles de banquier, de démarcheur, d'intermédiaire dans les ventes de fonds de commerce, de commissaires aux comptes, d'administrateurs ou gérants de société, etc.

157. En principe, la déchéance est automatique dès le jugement de condamnation (*Cf. Crim., 29 février 1956, D. 1956, p. 32*) ; sa durée ne peut être inférieure à 5 ans (article 11 A.U.). Dans le silence de la décision, l'interdiction est perpétuelle sauf relèvement ultérieur. La réhabilitation est possible dans les conditions et formes fixées par l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif.

158. D'autres formes d'interdiction existent. En effet, certaines personnes ne présentent pas des garanties suffisantes pour faire le commerce. En ce sens, quelques commerces sont interdits aux particuliers dans l'intérêt général (dans un but de police générale). Il en est ainsi du commerce des stupéfiants, de l'exploitation des maisons de tolérance, des maisons de jeux, du commerce des gravures, tableaux ou images obscènes, des entreprises de contrebande, etc.

Dans le même sens, le gouvernement peut, aux termes de la loi du 10 août 1990 relative à l'activité commerciale au Cameroun (article 7-b), prendre des mesures de sauvegarde en faveur des industries locales menacées par la concurrence internationale. Ces mesures peuvent consister en la restrictions aux importations de certains produits similaires à ceux qui sont fabriqués localement. La sanction en cas d'infraction est la fermeture de l'établissement, assortie des peines d'emprisonnement selon les prévisions textuelles.

c - Autorisations

159. L'Acte uniforme n'évoque les licences d'exploitation que pour mentionner qu'il s'agit d'un élément incorporel facultatif du fonds de commerce. Pourtant en général, l'exercice de certains commerces est pour des raisons de contrôle, nécessairement soumis à une autorisation préalable. L'autorisation peut prendre la forme d'une licence ou d'un agrément quelconque.

L'autorisation est préalable au démarrage de l'activité et elle est donnée par le gouvernement ou par les autorités administratives compétentes. Son domaine peut s'étendre à beaucoup de sortes de commerce : par exemple, en matière de défense nationale et d'ordre public, la vente d'armes et de matériel de guerre ; en matière de santé et de salubrité publiques, l'ouverture des établissements dangereux, des laboratoires d'analyses médicales, des établissements de santé ; en matière de moralité et de bon ordre, les théâtres, les spectacles, les cinémas, etc. ; en matière financière : les activités bancaires, d'assurances, etc.

Enfin, certains sont obligés de se faire inscrire ou enregistrer sur une liste dressée par une administration publique : ex. : les assurances et les banques (la liste du conseil national du crédit) ou par un organisme professionnel (par exemple, inscription à l'ordre des pharmaciens).

160. L'Acte uniforme ne traite pas spécialement du cas des étrangers (*toutes les personnes qui ne rentrent pas dans le champ d'application de l'Acte uniforme en vertu de l'article 1^{er}*) qui souhaitent exercer le commerce. Si on se réfère à la législation nationale, on doit décider que l'étranger doit avoir un agrément de l'autorité administrative, c'est-à-dire du ministre chargé du commerce du pays d'accueil de l'investisseur ; il doit en outre obtenir une carte spéciale de commerçant distincte de la carte de séjour. L'article 9 de la loi du 10 août 1990 régissant l'activité économique au Cameroun prévoit parallèlement les hypothèses dans lesquelles l'étranger n'a pas besoin d'agrément :

- il s'agit du cas d'une personne physique ayant la nationalité d'un pays avec lequel le Cameroun a conclu une convention assimilant les nationaux de chacun des pays aux nationaux de l'autre en ce qui concerne l'exercice d'une activité commerciale ;
- il s'agit également du cas de toute société commerciale comportant des capitaux étrangers, dont le siège social est situé au Cameroun et dont 51 % au moins du capital est détenu effectivement, directement ou indirectement, par des personnes physiques de nationalité camerounaise. Si ces règles sont applicables à tout courtier parce qu'il relève de la catégorie juridique des commerçants, certaines règles d'application spécifique sont élaborées pour régir l'activité des intermédiaires de commerce.

B - Règles d'application communes aux intermédiaires de commerce

161. Les articles 169 à 172 de l'AUDCG délimitent clairement le champ d'application des règles applicables à tous les intermédiaires de commerce, c'est-à-dire le droit commun des intermédiaires de commerce. Les dispositions de l'Acte uniforme s'appliquent à l'intermédiaire inscrit au registre du commerce de l'un des États parties, ou encore agissant sur le territoire d'un des États Parties, ou enfin comme conséquence de la mise en œuvre des règles du Droit international privé (article 143 - c de l'AUDCG).

162. Plus spécifiquement, les opérations d'entremise réalisées par un courtier et faisant apparaître un élément d'extranéité sont, sur le fond, régies par la loi désignée par la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et la représentation (V. Rép. International, Intermédiaire ; également P. Lagarde, La Convention de La Haye sur la loi appli-

cable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, RCDIP 1978, p. 31). Celle-ci postule que la loi applicable est la loi interne de l'État dans lequel, au moment de la formation du contrat, l'intermédiaire a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet État. Toutefois, quelle que soit la loi applicable, on doit avoir égard, en ce qui concerne les modalités d'exécution, à la loi du lieu d'exécution. C'est ainsi par exemple qu'a pu être déclaré soumis sur le fond à la loi interne française un contrat de courtage ayant pour objet la conclusion d'un contrat de vente d'armes de guerre soumis à la loi égyptienne, dès lors que les intermédiaires de nationalité chinoise résidaient en France et que la commission devrait être payée à Paris (*CA Paris, 29 janv. 1991, RCDIP, 1991, p. 731, note V. Heuze*).

163. L'intermédiaire de commerce conclut avec son cocontractant commerçant un contrat de mandat. Le mandat occupe par conséquent une place essentielle dans la vie des affaires. Cela se justifie par le développement de l'activité commerciale aussi bien en volume qu'en territoire. Dans l'optique de la globalisation des affaires, il faut être partout à la fois et le mandat permet cette ubiquité. La distance suscite l'intervention des intermédiaires pour donner les ordres de missions, ou même pour procéder aux opérations administratives de dédouanement et de déclaration. En tout cas, chaque fois qu'il y a gestion des affaires d'autrui, la technique du mandat entre en jeu. Et l'accroissement de l'activité commerciale se traduit incontestablement par la multiplication des mandats professionnels et rémunérés. Il est donc compréhensible que le législateur ait voulu encadrer certains comportements. Ainsi a-t-il été amené à créer un statut spécifique d'intermédiaires commerçants.

– *Les règles du mandat s'appliquent aux relations entre l'intermédiaire, le représenté et le tiers.* Mais il faut y ajouter un certain nombre de dispositions particulières relevant de l'Acte uniforme. L'objectif principal de cette réglementation est de protéger le tiers dans ses relations avec l'intermédiaire, mandataire professionnel. Cependant la finalité de l'opération est aussi importante : elle consiste à prendre contact avec un tiers en vue de le voir conclure un rapport juridique qui va rejaillir sur le patrimoine du mandant. L'opération est donc à trois personnes : l'intermédiaire a pour rôle de prendre contact avec le tiers et de servir d'interlocuteur pour le compte de celui qui lui a attribué la mission. Cette dernière crée des rapports internes avec le donneur de mission et son partenaire, mais aussi des rapports externes dès que le chargé de mission prend contact avec le tiers. Il y a ainsi une superposition de cadres juridiques, qui entraîne la superposition du droit commun du mandat avec les régimes spécifiques infléchissant ou renforçant le droit commun sur certains points. Il est indéniable que les obligations de l'intermédiaire, mandataire professionnel ont naturellement été renforcées.

- *L'intermédiaire est tenu d'exécuter sa mission et de rendre compte.* En tant que mandataire, il doit respecter la confiance que le mandant a placée en lui. Il a donc une obligation de fidélité, de diligence et de reddition des comptes. Mais en contrepartie, il doit au terme du mandat, être rémunéré de son travail et remboursé des frais exposés à cette occasion.
- *L'intermédiaire a à l'égard du donneur d'ordre une obligation de fidélité :* il s'agit pour lui de respecter la mission qui lui a été confiée. N'étant pas subordonné au mandant, il peut dans les limites qui lui ont été tracées, choisir librement les moyens les plus conformes en vue d'atteindre le but recherché par le représenté. En tant que professionnel, l'appréciation de son action peut dépendre des usages de sa profession : les articles 171 à 178 de l'Acte uniforme disposent à cet effet que « le représenté et l'intermédiaire d'une part, l'intermédiaire et le tiers saisi d'autre part, sont liés par les usages dont ils avaient ou devaient avoir connaissance, et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des rapports de représentation de même type, dans la branche commerciale considérée. Ils sont également liés par les pratiques qu'ils ont établies entre eux ». Le mandat donné à l'intermédiaire peut être conçu en termes généraux ou spéciaux. Cela se détermine à partir des instructions reçues.

164. Lorsque les instructions sont imprécises quant à la nature des actes à accomplir, le mandat est général. On ne peut alors manifestement reprocher au mandataire un abus de fonction. Mais les instructions données peuvent aussi concerner l'exécution de la mission. Lorsque le mandat est évasif, il laisse le mandataire apprécier la conduite à tenir. Mais lorsque la mission est définie avec précision le mandat est spécial et le mandataire est alors débiteur d'une double obligation : exécuter toute la mission qui lui est impartie et ne pas s'écarter des limites que lui impose la précision des ordres reçus. Ainsi, si les stipulations sont claires et précises, le mandataire est censé avoir reçu des instructions impératives (article 179 de l'Acte).

165. En somme, lorsque l'intermédiaire reçoit des instructions précises, il a pratiquement une obligation de résultat. Des ordres ayant été donnés, il doit s'y conformer et s'abstenir de les transgresser. Mais l'article 179 dispose qu'il peut se dégager en établissant que les circonstances ne lui ont pas permis de rechercher l'autorisation du représenté, lorsqu'il y a lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisé s'il avait été informé de la situation. Doit-on y voir une cause étrangère seule capable d'exonérer une personne à qui incombe une obligation de résultat ? Ou simplement la preuve de l'absence de faute de la part de l'intermédiaire ? Il semble qu'en cas de méconnaissance des instructions relatives à l'exécution de sa mission, le mandant n'est tenu par

l'acte que dans la mesure de l'utilité qu'il en attendait. Il ne pouvait que consentir s'il en avait été informé.

166. Quoi qu'il en soit, au-delà du respect des instructions, il est tenu d'une obligation de diligence : l'intermédiaire doit non seulement persévérer dans la réalisation concrète des instructions qu'il a reçues, mais encore, il doit suggérer à son cocontractant les solutions propres à l'éclairer. C'est ce qui peut se déduire de l'article 182 qui affirme que l'intermédiaire est responsable envers le représenté de la bonne et fidèle exécution du mandat. Cette obligation le poursuit même jusqu'au-delà du contrat de mandat. En effet, l'article 191 prévoit que « *Nonobstant la cessation du mandat, l'intermédiaire demeure habilité à accomplir pour le compte du représenté ou de ses ayants droit les actes nécessaires et urgents de nature à éviter tous dommages* ».

167. L'appréciation de la nature des instructions données est primordiale, car il peut y avoir lieu d'examiner les conséquences d'une transgression et le sort des actes qui ont été accomplis en méconnaissance des instructions reçues. L'article 1998 du code civil déclare d'abord que le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné ; ensuite, il affirme que le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. Il s'ensuit que le principe est celui du non-engagement. Dès lors que le mandataire a excédé ses pouvoirs, le mécanisme de la représentation ne peut pas jouer, et le mandant reste extérieur à l'acte accompli par le mandataire. Cet acte ne peut pas créer d'obligation à la charge du mandant en l'absence d'une ratification. Ces règles sont reprises par l'Acte uniforme dans les articles 183 à 185. L'article 183 précise toutefois que lorsque le comportement du représenté conduit le tiers à croire raisonnablement et de bonne foi, que l'intermédiaire a le pouvoir d'agir pour le compte du représenté, ce dernier ne peut se prévaloir à l'égard du tiers du défaut de pouvoir de l'intermédiaire. L'article 184 ajoute que le représenté peut ratifier l'acte accompli par le représentant sans pouvoir. Enfin, l'article 185 prévoit l'indemnisation du tiers qui subit cette absence ou ce dépassement de pouvoir du représenté, sauf si le tiers savait ou devait savoir que l'intermédiaire n'avait pas de pouvoir ou agissait au-delà de son pouvoir.

168. Le courtier-intermédiaire a aussi une obligation de reddition de compte : cette obligation découle de l'article 187 de l'Acte uniforme qui dispose que l'intermédiaire doit en tout temps et à la demande du représenté, lui rendre compte de sa gestion. Il est par conséquent tributaire d'un devoir d'information portant aussi bien sur le déroulement de sa mission que sur le résultat obtenu. Le mandant peut alors se rendre compte que le mandataire a travaillé avec toute la diligence et la loyauté attendues de lui. Et si tel n'est

pas le cas, le mandataire peut voir sa responsabilité engagée. L'obligation de rendre compte s'impose à l'intermédiaire quand bien même il se serait substitué une autre personne dans l'exécution de sa tâche (cf. article 182 sur les conditions de cette substitution). Il doit tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration et cela quand bien même, dit l'article 1993 du code civil, ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. C'est en ce sens, que l'article 187 précise qu'il doit l'intérêt des sommes pour le versement desquelles il est en retard.

169. Les articles 188 à 191 organisent la cessation du mandat de l'intermédiaire. Outre les causes normales de la cessation (accord des parties, exécution de la mission, révocation ou renonciation), l'Acte uniforme, tout comme le code civil d'ailleurs, insiste sur les causes d'expiration du mandat qui reposent sur le caractère d'*intuitu personae* du contrat : décès, incapacité ou ouverture d'une procédure collective contre l'une quelconque des parties. Compte tenu de la confiance particulière qui gouverne les relations contractuelles entre représenté et représentant, de l'intérêt commun à laquelle est à la base du mandat qui les lie, la loi dispose que tout abus dans la faculté de résiliation par volonté unilatérale est sanctionné (article 188). En effet, en vertu de la théorie du mandat d'intérêt commun dont l'Acte uniforme fait référence, le mandat ne pouvait pas à l'origine être révoqué unilatéralement, mais seulement d'un commun accord, pour une cause légitime ou selon les stipulations contractuelles (cf. *Civ. 13 mai 1885, DP 1885, I, 350*) ; ainsi, la révocation sans cause légitime exposait le mandant à devoir payer une indemnité au mandataire révoqué. Cette règle a été reprise et bilatéralisée par l'Acte uniforme.

170. Les droits du tiers sont cependant sauvegardés dans la mesure où l'article 158 dispose que la cessation du mandat donné à l'intermédiaire est sans effet à son égard. Il en irait autrement s'il connaissait ou devait connaître cette cessation.

171. Au terme du mandat, le représenté est engagé à l'égard du représentant. En vertu de l'article 154, il doit lui rembourser en principal et intérêts, les avances et frais que ce dernier a engagés pour l'exécution régulière du mandat et le libérer des obligations contractées. Le mandant est par conséquent débiteur du tiers avec lequel le représentant a contracté. L'Acte uniforme ne mentionne pas la rémunération du représentant. Est-ce parce que le mandat est en principe gratuit ? Pourtant dans divers domaines et notamment dans les secteurs professionnels, il y a une inversion de tendance qui a pour résultat que la détermination de la rémunération est un élément fondamental du mandat. On en veut pour preuve que l'Acte uniforme lui-même met cette obligation à la charge du donneur d'ordre dans les contrats d'intermédiaires qu'il a réglementés.

C - Règles spécifiques à l'activité du courtier

172. Jusqu'à l'avènement de l'OHADA, l'opération de courtage était à quelques exceptions près, une profession non réglementée couvrant diverses activités économiques telles que l'assurance, les transports, la publicité, le change, etc. L'Acte uniforme a innové en définissant le courtage, le statut du courtier, de même que les obligations qui lui incombent.

Il convient néanmoins de préciser que selon une pratique constante et admise aussi bien par la jurisprudence que par la doctrine, si le courtier n'est pas un mandataire puisqu'il ne passe pas d'acte juridique au nom et pour le compte d'autrui, rien ne lui interdit *a priori* d'agir également en qualité de mandataire (*Cass. Com.*, 21 déc. 1953, *RTD. Com.*, 1955, 377, *obs. J. Hemard* ; *Cass. 1^{re} civ.* 18 oct. 2005, *RJDA*, 2/2006, n° 1378, *Contrats, conc. consom.* 2006, *comm.*, n° 20 ; *Ph. Malaurie, L. Aynes et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux*, 3^e éd. 2007, *Defrénois*, n° 539).

173. En outre, il est presque unanimement admis qu'il peut excéder ce rôle de médiateur, intermédiaire entre le donneur d'ordre et un tiers en vue de la conclusion d'un contrat entre ces derniers, mais cet excès du cadre normal de l'activité du courtier requiert que l'existence d'un mandat soit démontrée (*G. Duranton, Courtiers, Rep. Com. Dalloz*, oct. 2007, p. 6, n° 20 ; *Cass. Com.*, 6 mars 2001, *RJDA* 6/2001, n° 710 ; *CA Reims*, 12 juin 1985, *RTD. Com.*, 1986, 292, *obs. J. Hemard et B. BOULOC*). Il n'en va autrement que si un usage commercial établi confère au courtier la qualité de mandataire (*Cass. Com.* 13 mai 2003, *Bull. Civ.*, IV, n° 82, *Dalloz* 2004, 414, *note J.-M. Bahans et Menjucq* ; *RTD. Com.*, 2003, 802, *obs. B. Bouloc* ; *RTD. Civ.*, 2003, 727, *obs. P.-Y. Gautier*).

174. Dans la pratique, il est d'usage que la dualité de l'activité de courtier et de celle de mandataire conduit à soumettre l'intéressé au régime spécifique de chacune des réglementations, avec cependant une prédominance du régime propre au mandat.

L'opération de courtage étant un acte de commerce, le statut de commerçant est reconnu à celui qui fait des opérations de courtage et en fait sa profession habituelle. Le statut de courtier implique donc des conséquences juridiques dont l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier. Il est tenu de procéder à des inscriptions modificatives pour les actes de la vie civile susceptibles d'avoir une incidence sur son activité professionnelle à l'égard des tiers. Cette mesure permet de s'assurer que l'intéressé n'est frappé d'aucune interdiction l'empêchant de poursuivre, à titre de profession habituelle le type de courtage déclaré dans la demande d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier. Elle procède des contrôles induits par l'intervention du greffier lors de la demande d'immatriculation. Il est également soumis à l'accomplissement des obligations comptables liées au statut de commerçant, ainsi

qu'aux modalités particulières de preuve et de délais de prescription établies en droit commercial.

175. Bien plus, la nature commerciale de l'activité impose le choix d'une forme sociale exclusivement commerciale. L'exercice du courtage doit donc impérativement s'effectuer dans le cadre d'une société commerciale ou d'un groupement d'intérêt économique au sens de l'article 3 alinéas 1 et 2 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui dispose que « toutes personnes, quelle que soit leur nationalité, désirant exercer une activité commerciale sur le territoire de l'un des États parties, *doivent choisir l'une des formes de société* qui convient à l'activité envisagée, parmi celles prévues par le présent Acte uniforme. Les personnes visées à l'alinéa précédent peuvent aussi choisir de s'associer, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, en *groupement d'intérêt économique* ». De par sa nature commerciale, l'entreprise exploitée par un courtier recouvre un fonds de commerce. En effet, le flux des transactions générées par son activité professionnelle suffit à lui attacher une clientèle qui peut se révéler fidèle et susciter une protection particulière d'ordre public consacrée par les articles 101, 102, 103, 107, 110, 111, 117, 123, 124, 126, 127, 130, et 131 de l'AUDCG. Ces dispositions régissent le droit au bail commercial ainsi que les conditions de renouvellement du bail commercial, et visent à assurer la stabilité de la clientèle, élément essentiel du fonds de commerce.

176. Il en résulte dès lors que, le courtier ayant le statut de commerçant, propriétaire d'un fonds de commerce et immatriculé en tant que tel, le bail des locaux où accède la clientèle relève du statut des baux commerciaux (*M.-P. Dupont-Lefrand, Bail commercial et droit de la consommation, RTD. Com.*, 2003, 43). La Cour d'appel de Paris range ainsi parmi les locaux à usage exclusif de bureaux ceux utilisés pour l'activité de courtage d'assurances ou d'agent immobilier (*CA Paris*, 11 octobre 1990, *Loyers et copropriété*, 1991, *comm.* 76 ; *CA de Paris*, 9 mars 1974, *Gaz. Pal. Tables 1974-1976, V. Baux commerciaux*, n° 204).

177. Des règles plus spécifiques relatives à la mise en œuvre de l'opération de courtage s'appréhendent davantage à l'analyse du contrat de courtage, de l'intensité des liens contractuels dans l'opération de courtage, de la responsabilité contractuelle du courtier, etc.

I - Mise en œuvre de l'opération de courtage

178. En règle générale, le courtier intervient dans le cadre d'un contrat qui le lie au donneur d'ordre. L'objet du contrat de courtage étant en principe de mettre en rapport des personnes qui désirent contracter, celui-ci

nécessite un accord précis sur les termes exacts et sur l'étendue de la mission du courtier.

a - Formation du contrat de courtage

179. Le contrat de courtage est par nature un contrat commercial. Comme tout contrat, il repose sur le consentement exprimé des parties. Reprenant la formule laconique mais fort à propos de Pedamon pour qui « *sur la formation du contrat de courtage, il y a peu à dire* » (*op. cit.*, n° 628), l'échange des consentements n'est soumis à aucune forme particulière, et il n'est pas toujours exprimé de la même façon. Il peut même simplement résulter d'un accord verbal ou écrit. En dehors des courtages réglementés comme en matière d'assurance, de change, de banque ou bourse (pour ne citer que ces domaines clés), aucun acte écrit n'est exigé entre le donneur d'ordre et le courtier (*Cass. Com.*, 17 mars 2004, *Bull. Civ. IV. N° 53* ; *Dalloz*, 2004, *AJ 1233*, *Obs. E. Chevrier*).

180. Ainsi que le relève à juste titre G. Duranton, l'embarras des rédacteurs de tels contrats est évident « dans la mesure où il n'existe pas de modèle type de contrat de courtage, ils les intitulent souvent « *mandat de...* » qui trompe sur le contenu des pouvoirs en laissant croire à tort que le bénéficiaire représente son donneur d'ordre ». Bien souvent, le donneur d'ordre peut s'en tenir à des instructions données par lettre ou simplement par échanges de correspondances électroniques (téléx, télécopie, fax, internet, etc.) ; par la suite, l'acceptation tacite du courtier se déduira des démarches qu'il aura effectuées conformément aux instructions du donneur d'ordre. Il est cependant reconnu aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence que l'étendue des pouvoirs ainsi que des résultats que le donneur d'ordre est en droit d'attendre du courtier, dépend en réalité des termes du contrat de courtage. En effet, ces éléments essentiels du contrat de courtage sont pris en compte dans la décision de rémunération de l'opération de courtage, sauf clause spéciale du croire.

181. Le contrat de courtage peut être à durée déterminée ou indéterminée. Il peut comprendre des clauses particulières relatives à la rémunération, à une obligation de non-concurrence ou encore de confidentialité.

182. Comme tout contrat commercial, il faut distinguer ce qui ressort de la publicité commerciale, de ce qui est une véritable offre de contracter. L'offre doit en tout cas, en matière commerciale, indiquer clairement la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. En revanche, le silence peut être une source d'obligation entre commerçants, ce qui n'est pas admis en droit civil ; en effet, la Cour de cassation avait admis depuis longtemps déjà qu'« *en droit le silence de celui qu'on prétend obliger ne peut suffire, en l'absence de toute autre*

circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée » (*Cass. civ.*, 25 mai 1870, *DP 1870*, 1, 341 ; *Civ. 1^{re}*, 23 mai 1979, *IR. 488*). Il ne peut en être ainsi, admet-elle, que lorsque l'offre est faite dans l'intérêt du destinataire (*Cass. req. du 29 mars 1938, DP 1939*, 1, 5, *note Voirin*). En matière commerciale toutefois, le silence doit s'insérer dans un contexte qui permette de le considérer comme équivalent à un consentement. Il en est ainsi lorsque les circonstances sont suffisamment caractéristiques pour que sa portée ne soit pas douteuse. Il ressort en effet d'une jurisprudence constante que si deux commerçants sont en relations suivies d'affaires, la répétition d'actes antérieurs identiques fait présumer l'acceptation du destinataire de l'offre. Celui-ci doit donc la refuser expressément s'il ne veut pas être engagé. Un autre détail important du contrat de courtage peut être trouvé dans l'appartenance par des deux parties d'un contrat (l'émetteur et le destinataire) à un même milieu professionnel dans lequel il est d'usage que le silence vaut acceptation. Ainsi par exemple, il a été jugé que le fait entre commerçants de recevoir sans protester une livraison et la facture qui l'accompagne, est assimilé à une acceptation de l'engagement de payer (*cf. Com.*, 19 juin 1958, *RTD com.*, 1959, p. 140, *obs. Hemard*).

183. Commercial par nature, le contrat de courtage est soumis, du point de vue de sa preuve, aux règles ordinaires qui régissent les contrats commerciaux, notamment la preuve de l'existence, du contenu et des effets du contrat par tous les moyens.

b - Effets du contrat de courtage

184. Le contrat de courtage crée à la charge aussi bien du courtier que du donneur d'ordre, des obligations légales minimales, lesquelles peuvent être accentuées par la volonté des parties qui souhaitent donner une intensité particulière au contenu du contrat. Dans la pure tradition consensualiste, rien les en empêche a priori, à condition que les engagements soient consentis en connaissance de cause. Ceux-ci seraient opposables aussi bien au courtier qu'au donneur d'ordre.

1 - Obligations du courtier, source de responsabilité

185. Les obligations auxquelles est tenu le courtier sont définies aux articles 210 et 211 de l'AUDCG. Il a pour obligation essentielle de favoriser par ses démarches la conclusion du contrat pour lequel il s'entremet, mais sans traiter lui-même l'opération. Certains auteurs tels que M. Huet et Dissaux (*Les principaux contrats spéciaux, in Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, LGDJ. 2^e éd., 2001, n° 31134, p. 109* ; *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, op. cit.*, p. 325-327, n° 707) ont développé le concept de « *partie procédurale* » dans le contrat de courtage pour

exprimer l'intensité du rôle du courtier dans l'opération de courtage.

En effet, soutiennent-ils, la qualité de partie à la procédure de conclusion du contrat principal exprime ce qu'est positivement un courtier dans sa fonction d'intermédiation par rapport au contrat principal. Attribuée en considération de cette intervention, la qualité de partie procédurale serait la première caractéristique de la qualification d'intermédiaire au contrat principal (M. Vasseur, « *Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres, Contribution à la théorie générale des actes juridiques* », RTDCiv., 1949, p. 173-211, spéc. n° 3, p. 176).

186. De cette qualité essentielle découle une obligation générale d'information dont est redevable le courtier et qui est constamment réaffirmée et précisée par la jurisprudence.

1.1 - Obligation d'information et de conseil

187. L'obligation d'information n'a, dans son principe, rien de spécifique aux intermédiaires de commerce et notamment au courtier. Déjà, l'article L. 111-1 du code français de la consommation consacre de manière très générale l'obligation de renseignement de tout professionnel, vendeur de biens ou prestataires de services. En outre, indépendamment de toute considération consumériste, l'obligation d'information trouve un fondement textuel dans les articles 1134 (3) et 1135 du code civil. C'est ainsi que l'information du client ou du cocontractant potentiel est nécessaire dans toutes les phases de la formation du contrat. L'obligation de renseignement pèse sur le futur contractant lors de la période précontractuelle, lors de la conclusion du contrat (*annulation du contrat pour erreur ou dol c'est-à-dire réticence dolosive*) et lors de l'exécution du contrat (*article 1134 al. 3 C. civ.*). Ainsi consacrée, elle crée une obligation générale d'information sur les caractéristiques techniques du produit : cela suppose qu'il faut *attirer l'attention* du cocontractant sur les performances du produit, le mode d'utilisation, les mises en garde si le produit est dangereux, les contre-indications, la portée d'une clause contractuelle inhabituelle ; les conditions de la garantie et du service après-vente. En matière de cession du fonds de commerce par exemple, le contrat doit contenir certaines mentions obligatoires (*article 150 AUDCG*).

188. Si le principe d'une telle obligation n'a rien d'original, son objet présente en revanche une réelle spécificité lorsqu'elle se greffe sur une mission d'intermédiaire, car c'est en considération de l'efficacité du contrat principal (*à l'origine de l'opération de courtage*) que cette obligation d'information (*comme nous le verrons ci-dessous*) est exigée et que ses contours sont modelés par la jurisprudence commerciale. Celle-ci renseigne qu'en ce qui concerne le courtier, il est tenu d'une obligation d'information des parties sur les obligations

légalles qui s'imposent à elles. Sauf clause contraire, il n'est responsable qu'en cas de faute lourde et classiquement, à ce titre et par exemple, de la présentation à son client d'une entreprise inexistante ou notoirement insolvable. Le courtier, jouant le rôle d'intermédiaire, doit informer de manière exacte et complète les futurs contractants sur l'opération projetée. Il doit notamment les informer des délais de réalisation de l'affaire ; il doit prévenir le donneur d'ordre dès qu'il a trouvé d'éventuels cocontractants intéressés par son offre et l'informer de l'identité et de la qualité de ces cocontractants. Cette exigence peut sembler démesurée parce qu'en principe et théoriquement, le rôle du courtier se limite au rapprochement des parties à un contrat principal dont il est étranger. Pourtant, un arrêt de la Cour de cassation française en matière de courtage fournit un exemple assez révélateur de l'intensité du lien contractuel qui lie le courtier (partie procédurale au contrat principal) aux futurs cocontractants potentiels (*Cass. 1^{re} Civ. 13 avril 1999, n° 95-15.958*). En l'espèce, une veuve contrite mais non point désespérée avait conclu un contrat de courtage matrimonial. Quelque temps après, elle en demandait la nullité au motif que le courtier avait méconnu ses obligations contractuelles en lui présentant un prétendant violent. La Cour d'appel accéda à sa demande aux motifs que le courtier avait manqué à son obligation d'information et de conseil en ne vérifiant pas l'ensemble des renseignements donnés par son adhérent. Le problème de droit posé était donc celui de l'existence et de l'étendue d'une obligation d'information et de conseil à la charge du courtier. Rejetant le pourvoi formé par la défense, la Cour de cassation a estimé que la Cour d'appel a énoncé à bon droit « qu'en sa qualité d'intermédiaire et au titre du devoir d'information qu'il avait à l'égard de la veuve, le courtier était tenu de vérifier les renseignements les plus élémentaires concernant ses adhérents ». Ainsi, le défaut d'exécution de cette obligation a pu justifier la résolution du contrat.

189. D'une façon générale, le courtier doit fournir des informations exactes, sous peine de devoir réparer le préjudice subi par le donneur d'ordre induit en erreur. Une centrale de référencement, assimilée par la jurisprudence à un courtier, a l'obligation de renseigner les fournisseurs référencés sur la solvabilité des distributeurs affiliés (*Cass. 1^{re} civ. 13 juillet 2004, RGDA 2004. 1033, note Roussel ; également RTD Com. 2000, 397, Obs., Storck*).

190. Le courtier n'est pas responsable de l'inexécution du contrat, mais il est responsable de ses fautes professionnelles. Dès lors, si en vue d'amener une partie à contracter, le courtier présente sciemment l'autre partie comme ayant des capacités et des qualités qu'elle n'a pas en réalité, il sera responsable des préjudices résultant de ses fausses déclarations (article 210 de l'AUDCG). Tel est le cas de la mauvaise information sur le cocontractant

tant, ou même du choix d'un partenaire manifestement insolvable.

En ce sens, il a été jugé qu'un intermédiaire n'ayant pas attiré l'attention de son donneur d'ordre sur les risques juridiques de l'acceptation d'une clause particulière, engageait sa responsabilité civile (*CA Rouen, 15 juin 1956, D. 1956, J., p. 707 qui décide qu'un courtier chargé de la vente d'un fonds de commerce, s'il conseille ou accepte l'insertion d'une clause de dispense d'inscription de privilège de vendeur et de nantissement, doit expressément attirer l'attention du vendeur sur les risques juridiques de cette acceptation*). Dans le même sens, il a été retenu « que la société Euromarché en procédant à un référencement des produits contrefaits sélectionnés par ses soins, a joué un rôle d'intermédiaire entre la société La Grande surface de Millau et le distributeur, la Cour d'appel a pu en déduire (...) qu'une telle activité constituait une participation essentielle à la commercialisation desdits produits et constituait un acte de contrefaçon ». La participation essentielle découle ici directement de la qualité d'intermédiaire du courtier, fondement juridique de la solution de la Cour de cassation (*Cass. Com., 27 fév. 1996, n° 94-15.507*). De même, le courtier engage sa responsabilité à l'égard de son client s'il lui donne sciemment des fausses informations sur la qualité du cocontractant. Ainsi en serait-il s'il présente à son client acquéreur une personne comme mandataire du vendeur alors qu'elle agit pour son compte (*Cass. Com., 18 nov. 1958, RTDCom., 1959, p. 478, Obs. J. Hemard*). Par ce biais pratique, l'on note que l'intensité des exigences issues du devoir de conseil explique que celui-ci soit réservé aux seuls intermédiaires professionnels que sont les courtiers, commissionnaires, agents d'affaires et, dans une moindre mesure, aux auxiliaires des commerçants (*M.-H. Maleville, « La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil », JCP, 2000. I. 222 ; M. Tchendjou, « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », JCP., 2003. I. 141*).

191. La rigueur jurisprudentielle observée à l'égard des courtiers a certainement pour but de protéger les futurs contractants contre la négligence de cet ouvrier qui, tel un échafaudage devenu inutile, disparaît de la scène contractuelle, non sans être tenu de l'obligation contemporaine d'assurer l'efficacité du contrat principal.

1.2 - Obligation d'assurer l'efficacité du contrat principal

192. Bien que le courtier ne soit pas tenu de garantir l'exécution du contrat principal, il est de plus en plus admis qu'il a un rôle important à jouer dans la réalisation efficace dudit contrat. Il est en ce sens tenu de mettre en œuvre tous les moyens visant à conduire à l'aboutissement efficace de l'opération. Sans le dire clairement, l'article 208 de l'AUDCG envisage même l'éventualité d'une véritable obligation de résultat lorsqu'il énonce que « le courtier est un professionnel qui met en rapport

des personnes en vue de faciliter ou de faire aboutir la conclusion de conventions entre ces personnes. C'est ce sous-entendu qui a pu fonder, il y a bien longtemps, un arrêt de la Cour de cassation française qui posait déjà qu'en principe, « l'intermédiaire qui prête son concours à la réalisation d'une opération telle que la rédaction d'un acte, est tenu de s'assurer que se trouvent réunies toutes les conditions nécessaires à l'efficacité juridique de la convention » (*Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1997, Bull. Civ. I. n° 321 ; JCP, 1998, IV. 1052 ; RTDCiv. 1998, p. 367 et s., Obs. J. Mestre*). Les juges partent du principe que quel que soit le degré de leur participation, tous les intermédiaires *facilitent* la conclusion d'un contrat, et déclinent l'appréciation de leur implication à l'opération en fonction des termes du contrat de courtage (*Voir N. Dejean De La Bâtie, Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit privé français, LGDJ. Paris, Coll. BDP. Tome 57, 1965, n° 86, p. 77*). Or la conclusion d'un contrat, reprend Disseaux (op. cit., p. 435, n° 985), n'est pas une fin en soi. Elle n'est que le moyen d'organiser juridiquement une opération économique ou sociale. À cet égard, renchérit-il, ne pas conclure ou mal conclure, c'est la même chose, car un intermédiaire, fût-il simplement courtier, ne peut pas *favoriser* la conclusion d'un contrat inefficace, ce serait une contradiction dans les termes. En ce sens en effet, l'obligation d'assurer l'efficacité du contrat principal est un corollaire de la mission d'intermédiation, essence même de l'opération de courtage.

193. Cette occurrence se perçoit davantage dans le courtage d'assurances. L'on considère que le courtier d'assurances ayant conclu pour le compte d'un commerçant une assurance-vol, doit prendre la peine de vérifier que le système d'alarme de son client est conforme aux exigences de la compagnie, dès lors que cette dernière subordonne sa garantie au respect de ces exigences (*Cass. Civ., 19 janvier 1983, Bull. Civ. I, n° 28, p. 25*). Dans le même sens, l'efficacité du contrat peut être conditionnée par des informations sur l'identité du tiers contractant (*ainsi en est-il d'une décision qui condamne le courtier pour n'avoir pas informé de manière complète le vendeur de l'identité exacte de l'acquéreur, mettant de ce fait le vendeur dans l'impossibilité d'exercer utilement son recours en paiement du prix des marchandises : CA Versailles, 13 nov. 1985, Gaz. Pal. 1986, 2, sommaire, p. 281*), sa capacité ou encore sa qualité. Pour ce faire, le courtier doit s'en tenir aux instructions du donneur d'ordre. Aussi doit-il rendre compte de sa mission au donneur d'ordre, éviter de poser des actes qui pourraient compromettre les bonnes fins de l'opération ou amoindrir les résultats auxquels le donneur d'ordre est contractuellement en droit d'attendre de sa mission. Ainsi par exemple en est-il de l'obligation de confidentialité, ou encore de l'obligation de non-concurrence qui s'impose raisonnablement au courtier qui ne devrait pas détourner les résultats de sa mission à son profit. C'est ce qui peut être retenu de l'article 211 de l'AUDCG

qui dispose que « le courtier ne peut réaliser des opérations de commerce ni pour son propre compte, soit directement, soit indirectement, ni sous le nom d'autrui ou par personne interposée ». Au demeurant, l'activité interdite ici doit être en rapport avec celle du créancier de l'engagement ; il s'agit en général de toute activité identique ou complémentaire à celle confiée au courtier par le donneur d'ordre.

194. Les obligations du courtier se résument dans la conduite diligente de l'opération de courtage. Elle peut en outre se doubler d'une obligation expresse dite « engagement du croire » qui relève cependant d'un engagement spécifique à certains contrats de courtage assorti d'une obligation de résultat (*voir infra : la rémunération du courtier*). À vrai dire, si rien n'empêche les parties au contrat de courtage d'élargir les compétences du courtier, de même, les obligations du donneur d'ordre dépendent pour l'essentiel des engagements contractés de commun accord.

2 - Obligations du donneur d'ordre

195. Diversement appréciée par la doctrine et la jurisprudence de droit commercial, la nature des obligations qui incombent au donneur d'ordre dépend tantôt des termes du contrat de courtage, tantôt de la conduite de la mission confiée au courtier. L'on a pu ainsi identifier l'obligation de contracter d'une part, l'obligation de rémunérer le courtier d'autre part.

2.1 - Obligation de contracter

196. De toute évidence, la conclusion du contrat requiert l'accord direct et définitif des parties, à savoir le donneur d'ordre et le tiers contractant. Si le donneur d'ordre a émis une offre sur les spécificités de son cocontractant, son profil, ou encore sur les éléments essentiels qu'il attend des recherches du courtier, notamment en précisant les conditions auxquelles il entend contracter, il ne peut refuser de traiter avec le cocontractant qui lui est présenté par le courtier pour conclure l'opération aux conditions exprimées dans l'offre. À vrai dire, l'obligation de conclure n'est concevable que si le contrat négocié par le courtier dont il s'est ménagé les services le mentionnait clairement. Tel serait le cas s'il est établi que le donneur d'ordre avait formulé une offre ferme et définitive de contracter avec le client présenté par le courtier. Ceci étant dit, à partir du moment où le courtier présente un tiers contractant satisfaisant en tout point aux éléments essentiels préalablement définis par le donneur d'ordre, ce dernier serait logiquement tenu de contracter. Ce point de vue repose sur un jugement du tribunal de commerce de Marseille qui a décidé que « le négociant qui donne à un courtier l'ordre ferme de vendre une marchandise à un prix convenu, sans exclure aucun acheteur éventuel, est lié par la confir-

mation dudit courtier que l'ordre a été exécuté. Il ne peut donc se dégager ensuite, en apprenant le nom de son acheteur, sous le prétexte qu'il a eu avec ce dernier des difficultés antérieures » (*Trib. Com. Marseille, 6 mai 1927, Rec. jurisp. française, 1928, n° 235, p. 50*).

197. Le tiers pourrait alors demander des dommages et intérêts pour retrait intempestif de l'offre, à moins que le refus de contracter ne soit fondé sur un motif légitime, tel que l'insolvabilité du cocontractant.

198. Par contre, si le donneur d'ordre émet son offre ou son acceptation à titre éventuel, il peut librement refuser de contracter. Tant que le donneur d'ordre ne répond pas à la confirmation adressée par le courtier, il ne peut être engagé. Cependant, les stipulations contractuelles, les usages ou les circonstances de l'espèce peuvent faire produire au silence du donneur d'ordre un effet équivalent à celui de l'acceptation. Autrement dit, le silence observé par le donneur d'ordre ne vaut acceptation du contrat proposé par l'intermédiaire du courtier que s'il est circonstancié, soit en raison du comportement du donneur d'ordre, soit en vertu des usages commerciaux. Un exemple qui fait date, est tiré du commerce de la laine : « sur la place de Mazamet, les confirmations d'achat et de vente sont rédigées par le courtier en double exemplaire, l'un conservé par le courtier, l'autre étant adressé à la partie intéressée. Un usage constant fait que ces confirmations, même non signées par les parties, fassent preuve de l'existence du marché et de son contenu en cas de désaccord. Une vieille tradition de confiance régnant dans ce commerce bien particulier, ces documents ne sont en fait jamais remis en cause » (*Ph. Devesa, « Courtage, courtiers libres », J.-Cl. Com., fasc. n° 260, p. 170*).

En tout état de cause, une fois que les démarches entreprises par le courtier débouchent sur le rapprochement des parties au contrat principal, le donneur d'ordre devrait s'acquitter de la rémunération promise au courtier.

2.2 - Obligation de rémunérer le courtier

199. Le courtier reçoit une rémunération appelée « le courtage », dès que le contrat est conclu, quel que soit le sort ultérieur dudit contrat. Une jurisprudence constante énonce que le courtier a droit à sa rémunération, dès lors que le contrat principal est conclu par le donneur d'ordre avec le tiers contractant, sauf conventions ou usages contraires (*CA Montpellier, 25 mars 1953, J., p. 469 et s. : « Attendu qu'il est de jurisprudence que le rôle du courtier se borne à rapprocher les parties et qu'une fois l'accord intervenu entre elles sur la chose et sur le prix, la commission lui est acquise, sous réserve d'en contrôler le montant, indépendamment des difficultés ultérieures si elles n'ont pas été provoquées par sa propre faute »*). Cette position ne signifie pas que la conclusion du contrat principal conditionne la rémunération du

courtier, dans la mesure où la conclusion du contrat principal peut être interprétée comme une présomption simple de l'accomplissement de la mission du courtier, et justifier la perception de son courtage.

200. Aux termes de l'article 212 de l'AUDCG, « *La rémunération du courtier est constituée par un pourcentage du montant de l'opération.*

Dans le cas d'un courtage portant sur une vente, si le vendeur est seul donneur d'ordre, la commission ne peut être supportée, même partiellement, par l'acheteur et elle est, au besoin, prélevée sur le montant du prix convenu entre les parties et payée par l'acheteur.

Si l'acheteur est seul donneur d'ordre, la commission est supportée par lui, en sus du prix payé au vendeur.

Si les deux parties sont donneuses d'ordre, le pourcentage correspondant à la commission due au courtier est fixé et réparti entre elles par accord commun avec lui ».

Cette nouvelle rédaction écarte l'ambiguïté de la rédaction antérieure (article 180 de l'AUDCG initial) qui pouvait laisser croire que la répartition de la charge de la rémunération du courtier est due, en principe, par les deux parties puisqu'elles ont toutes les deux profité de son intervention.

La rémunération qui n'est pas déterminée par les parties se calcule sur la base du tarif, s'il en existe ; à défaut de tarif, la rémunération est fixée conformément à l'usage. Et, en l'absence d'usage, le courtier a droit à une rémunération qui tient compte de tous les éléments qui ont trait à l'opération (articles 212 et 234 de l'AUDCG). Autrement, ériger le donneur d'ordre en débiteur exclusif de la rémunération du courtier contredirait la règle traditionnelle selon laquelle la rémunération incombe aux deux parties ayant profité de l'opération. Celui-ci a droit à sa rémunération dès que l'indication qu'il a donnée, ou la négociation qu'il a conduite, aboutit à la conclusion du contrat (*V. Supra : L'obligation d'assurer l'efficacité du contrat*).

201. De cet énoncé de législation, l'on peut aussi comprendre la position doctrinale qui érige en véritable obligation de résultat la mission confiée au courtier. Il y a en effet une logique d'efficacité qui soutient la nécessité d'aboutir à la conclusion du contrat principal comme condition essentielle de la rémunération du courtier. En effet, le courtage étant un pourcentage calculé en fonction du contrat principal, il n'est logiquement dû que si celui-ci est conclu. Ceci est un argument logiquement réaliste si l'on considère qu'en réalité, le courtier ne peut prétendre à la perception d'un quelconque courtage que dans la mesure où le donneur d'ordre et le tiers présenté par ses soins parviennent à se mettre d'accord, et si « *la conclusion du contrat objet-conséquence de l'accord de courtage est donc nécessaire au paiement du courtage* » (V. V. Guedi, « *Contrat de courtage* » in J.-Cl. Contrats Distribution, 8, 2001, fasc. n° 850, n° 30, p. 11). Si l'on prend l'exemple d'un courtier dont la mission est de faciliter la conclusion d'une vente com-

merciale, son droit de courtage sera de tant pour cent calculé sur le prix de vente. Or si la vente venait à ne pas se réaliser, il n'y aurait pas de prix et le courtage manquerait nécessairement de base de calcul.

202. La formulation aussi détaillée du mode de calcul de la rémunération du courtier justifie que le législateur OHADA ait consacré le principe d'une répartition équitable du montant de la rémunération due entre le donneur d'ordre et le client pour asseoir définitivement l'efficacité économique du contrat de courtage. En ce sens, l'article 212 de l'AUDCG, introduit un alinéa sur la fixation et la répartition de la commission du courtier entre le vendeur et l'acheteur dans l'hypothèse où ils seraient tous les deux donneurs d'ordre (*Voir « Texte d'application de l'Acte uniforme relatif au droit commercial Général modifié », Rapport pour le Secrétariat permanent de l'OHADA, 15.11.2009*).

203. Cette précision règle définitivement une équivoque d'abord sur la qualification de l'opération de courtage, ensuite sur la charge et la répartition de la rémunération du courtier. En effet, sur la qualification de l'opération de courtage, la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) dans un arrêt du 29 mars 2007 a rejeté un pourvoi en cassation pour défaut de qualification de l'opération querellée (*Arrêt n° 012/2007, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 9, janvier-juin 2007, p. 32-34*). Dans cette affaire, une société jordanienne désirant s'installer au Tchad s'était faite guider dans ses différentes démarches par un entrepreneur libanais qui, vivant au Tchad depuis longtemps, y dirigeait une société d'Import-Export. Deux années plus tard, la société étant installée, celle-ci s'est vue réclamer le paiement d'une rémunération de 20 % sur tous ses marchés, représentant les émoluments au titre des démarches effectuées et qualifiées d'opérations de courtage par la société facilitatrice, sur le fondement de l'article 176 de l'Acte uniforme OHADA initial relatif au droit commercial général. Sur le même fondement légal qui exclut toute opération ponctuelle d'entremise qui ne saurait de ce fait fonder la qualité de courtier, les juges ont fondé leur décision sur le fait qu'« *il ne ressort nulle part que EL AB RAFIC a mis en contact EDGO et une autre entreprise en vue de la conclusion d'un marché sur lequel il doit prélever une commission de 20 %* ». Dans cette affaire, il n'y avait ni donneur d'ordre, ni client, et encore moins un contrat convoité dont la conclusion éventuelle facilitée par un intermédiaire courtier aurait justifié une rémunération.

204. Ceci est d'autant plus logique par ailleurs lorsque le contrat a été conclu sous condition suspensive, rendant la rémunération du courtier exigible seulement après l'accomplissement de la condition. S'il a été convenu que les dépenses du courtier lui seraient remboursées, elles lui sont dues lors même que le contrat n'a pas été conclu. En ce qui concerne le remboursement des dépenses

effectuées par le courtier dans ses différentes démarches tendant à rapprocher les parties, le sort ultérieur du contrat est sans influence sur l'acquisition du droit à rémunération du courtier dès l'accord des parties, sauf stipulation expresse. En réalité, le contrat ou les usages prévoient généralement qui, du donneur d'ordre ou de son cocontractant, supportera la charge du courtage.

205. Mais, le courtier peut perdre son droit à rémunération et à remboursement des dépenses s'il a agi dans l'intérêt du tiers contractant au mépris de ses obligations à l'égard du donneur d'ordre, ou s'il s'est fait remettre à l'insu de ce dernier, une rémunération par le tiers contractant (article 215 de l'AUDCG). Cette réflexion conduit d'ailleurs à s'interroger sur la fin du contrat de courtage.

II - Fin du contrat de courtage

206. Le contrat de courtage prend fin soit à l'arrivée du terme fixé par les parties, soit à la réalisation de l'opération. La lecture combinée des articles 208 à 215 de l'AUDCG semble indiquer que le contrat de courtage prend fin seulement par l'accomplissement de la mission du courtier et dans le meilleur des cas, la conclusion du contrat principal. Il n'est cependant pas exclu de penser que la résiliation unilatérale est possible, si le contrat est à durée indéterminée, à condition de respecter un délai raisonnable de préavis. En outre, tout courtier est révocable *ad nutum* sans indemnité, notamment lorsqu'un conflit d'intérêts se révèle comme pouvant compromettre la bonne issue de l'opération, ou s'il est avéré que le courtier agit dans l'intérêt du tiers contractant au mépris de ses obligations à l'égard de son donneur d'ordre.

Section 4 - Agents commerciaux

207. Le commerçant est de moins en moins une personne isolée. Pour assurer la distribution (qui désigne l'activité exercée entre la phase de production et celle de commercialisation), c'est-à-dire entrer en relation avec la clientèle, il a recours à des personnes qui appartiennent à l'entreprise (le commerçant peut constituer au sein de son entreprise un service commercial composé de salariés spécialement chargés de prospecter et de développer la clientèle) ou lui sont extérieures (il est souvent plus efficace et meilleur marché, au moins à court terme, de recourir à des auxiliaires spécialisés qui sont hors de l'entreprise) au moyen des contrats d'intermédiaires. Autrefois connus sous le nom d'auxiliaires du commerce, les intermédiaires de commerce permettent l'acquisition et le développement de la clientèle. Leur

régime varie suivant que l'intermédiaire est commerçant ou non. Le code de commerce de 1807 n'avait pas mentionné l'agent commercial parmi les auxiliaires de commerce indépendants contrairement au courtier et au commissionnaire si bien qu'il est demeuré un représentant mandataire civil pour lequel la jurisprudence va élaborer le principe de l'intérêt commun.

La reconnaissance légale de la profession d'agent commercial n'interviendra véritablement que par le décret n° 58-1345 du 23 décembre 1958. Cette évolution va être confirmée par la loi du 25 juin 1991 (*la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants*, JO 27 juin 1991) qui a transposé en droit français les dispositions de la directive européenne du 18 décembre 1986 (*elle est relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants*, *Joce* 31 décembre 1986, n° L 382/17). Le législateur OHADA dans un souci de rapprochement et de simplification, a décidé de rassembler les trois catégories d'intermédiaires indépendants que sont le commissionnaire, le courtier, l'agent commercial (cette approche nouvelle s'inspire des conventions de Genève du 11 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandise, de la directive européenne du 18 décembre 1986 et des dispositions des articles 473 et suivants du Code des obligations civiles et commerciales (COCC) sénégalais : Voir *SANTOS A.P., Commentaire de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2002 ; p. 242*). Cependant, à défaut d'une réforme législative importante dans les pays africains francophones membres de l'OHADA depuis les indépendances au sujet des agents commerciaux (Voir cependant les articles 493 et 494 du COCC), il s'est plutôt inspiré de la législation française.

208. La profession d'agent commercial présente un intérêt économique certain tant pour le mandant que pour l'agent commercial lui-même. Pour le mandant, l'agent commercial n'est rémunéré qu'en fonction du chiffre d'affaires qu'il va permettre de réaliser. Le mandant ne prend donc aucun risque dans la mesure où l'agent commercial sera rémunéré en fonction des ventes réalisées. Pour l'agent commercial lui-même, les risques sont également limités dans la mesure où il n'a pas la charge d'acheter un stock de marchandises au mandant (*Santos A.P. et Toe J. Y., OHADA, Droit commercial général, collection Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 494, p. 309*). L'Acte uniforme portant sur le droit commercial général adopté le 15 décembre 2010 à Lomé traite des agents commerciaux dans ses articles 216 à 233. Il ne s'écarte pas sensiblement du régime antérieur, sauf en matière d'indemnisation de fin de contrat, où il est plus favorable aux agents commerciaux (Voir article 231 alinéa 2). L'analyse de ces développements conduit à préciser la qualité d'agent commercial (§1) et son statut (§2).

§1 - Qualité d'agent commercial

209. Aux termes de l'article 216 de l'AUDCG, « *l'agent commercial est un mandataire professionnel chargé de façon permanente de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants, ou d'autres agents commerciaux, sans être lié envers eux par un contrat de travail* ». L'article 217 ajoute que « *le contrat entre l'agent commercial et son mandant est conclu dans l'intérêt commun des parties* ». La qualité d'agent commercial découle certes du contrat d'agence qui peut être écrit ou verbal (le mandat de l'intermédiaire n'est soumis à aucune condition de forme. Lorsqu'un écrit est dressé, la preuve devra se faire par écrit. En l'absence d'un écrit, il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoin : article 176 AUDCG). Néanmoins, il convient de préciser les critères qui définissent l'agent commercial (A) avant d'indiquer son rôle (B).

A - Critères définissant l'agent commercial

210. Plusieurs critères permettent de définir l'agent commercial et ce faisant, de le distinguer des autres intermédiaires de commerce. C'est un mandataire, personne physique ou morale, lié par un mandat d'intérêt commun (I) ; c'est un mandataire professionnel (II), non salarié (III).

I - Agent commercial, un mandataire lié par un mandat commercial d'intérêt commun

211. L'agent commercial conclut des contrats avec la clientèle au nom et pour le compte d'un industriel ou d'un commerçant qu'il représente. L'agent commercial est le seul parmi les intermédiaires à être mandataire au sens du droit classique puisqu'il agit au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels et commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il n'est toutefois pas lié envers eux par un contrat de travail. L'agent commercial se distingue non seulement du courtier et du commissionnaire, mais également du concessionnaire qui achète et revend en son nom et pour son compte. Sur la tradition relative au caractère civil de la profession d'agent commercial, celle-ci ne paraît en fin de compte pas judicieuse dans la mesure où l'agent commercial est étroitement et professionnellement associé à la vie des affaires. Il en découle que son mandat est un mandat à caractère commercial (*Santos A. P., « Commentaire Acte uniforme portant sur le droit commercial général » in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 2^e éd., Juriscope, 2002, p. 245*).

212. Le mandat de l'agent commercial est aussi d'intérêt commun car mandant et mandataire ont intérêt

à son exécution (*J.-M. Nyama, Éléments de droit des affaires, Cameroun-OHADA, collection Apprendre, Presses de l'UCAC, 2001, p. 162*). L'intérêt commun doit être regardé aujourd'hui comme étant une convergence d'intérêts particuliers marqués d'une part, par l'adhésion du mandant et du mandataire à une cause commune : la conquête ou la fidélisation d'une clientèle et, d'autre part, par la participation des deux parties aux profits et aux risques de l'opération (*J. Gbestin, Le mandat d'intérêt commun in Mélanges Derrupe, GLN Joly et Litec, 1991, p. 105 ; J.-M. Leloup, Encyclopédie Dalloz, Agent commercial, éd. 1994, n° 25 ; T. Hassler, L'intérêt commun, RTD. com., 1984, 611, M. Bebar Touchais, note sous Cass. com., 2 mars 1993, JCP 1993, II, n° 22176, cités par A.P. Santos et J.Y. Toe, op. cit., n° 501, p. 314*). On a pu parler à ce propos de contribution à un aléa commercial commun. L'introduction de la notion de mandat d'intérêt commun dans le contrat d'agence constitue une originalité (en effet, le code des obligations civiles et commerciales (COCC) qui définit l'agent commercial dans son article 493 comme un salarié ne fait aucune allusion à l'intérêt commun. De même, la législation ivoirienne ne connaissait que la notion d'agent d'affaire) qui rompt avec l'exigence pour le représentant d'agir dans l'intérêt du donneur d'ordre inhérent au contrat d'intermédiaire (*Voir article 203 AUDCG pour le commissionnaire ; article 215 AUDCG pour le courtier*).

Le mandat de l'agent commercial est d'intérêt commun lorsque le contrat qu'il a reçu mission de conclure présente un intérêt à la fois pour le mandant et pour le mandataire. À ce titre, certains auteurs (*Santos A. P et Toe J.Y., op. cit., n° 501, p. 314*) relèvent que le fait pour le législateur OHADA de faire figurer l'intérêt commun parmi les règles générales régissant les rapports entre les parties montre bien que l'on s'est éloigné du but premier de l'intérêt commun qui était d'atténuer le principe de la libre révocabilité. Le législateur affirme par là que l'intérêt commun doit régir toutes les relations qui vont naître et se développer entre l'agent commercial et son mandant. C'est ainsi qu'ils sont tenus, l'un envers l'autre, d'une obligation de loyauté et d'un devoir d'information (article 217 alinéa 2 AUDCG).

II - Agent commercial, un mandataire professionnel

213. L'agent commercial est aussi un mandataire professionnel. Ce qui implique la permanence du mandat et exclut de ce fait une représentation occasionnelle car l'objectif de l'agent commercial est de fidéliser une clientèle. Ce caractère permanent figure expressément dans la loi. L'agent commercial est le chargé d'affaires permanent de ses mandants dans le secteur ou la clientèle où il accomplit son mandat. Le mandat permanent de l'agent commercial est doublement professionnel : l'agent fait profession d'être mandataire et de plus, agit pour les besoins professionnels du mandant. De

la sorte, celui qui, à l'occasion de sorties mondaines, représente une entreprise et en vante les mérites n'est pas un agent commercial. Toutefois, il est relevé que si la permanence de l'activité de l'agent commercial exclut l'activité occasionnelle, ce n'est pas forcément le cas de l'activité accessoire. Ainsi, peut-on admettre qu'un garagiste par exemple exerce une activité d'agence pour le compte du fabricant ou du concessionnaire

214. À la différence du VRP, il est libre de mettre sur pied une certaine organisation sous forme par exemple, de société. En tant que professionnel, il doit passer les opérations dont le charge le mandant de façon habituelle et renouvelée. Mais il n'est pas tenu à une obligation d'exclusivité. Aussi, peut-il exécuter des opérations commerciales pour son propre compte, alors qu'il est interdit au voyageur représentant placier de le faire, tout comme il peut accepter sans autorisation, et sauf convention écrite prévoyant le contraire, de représenter d'autres mandants (article 218 alinéa 1 AUDCG). De même, si l'agent commercial exerce une activité d'entremise, cette entremise n'est pas forcément personnelle. L'article 216 AUDCG lui permet de recruter des sous-agents.

III - Agent commercial, un mandataire professionnel non salarié

215. L'agent commercial est un mandataire professionnel qui effectue des opérations au nom et pour le compte de son mandant. Mais contrairement au voyageur représentant placier, il n'est pas lié à lui par un contrat de travail. Il bénéficie d'une grande liberté d'action. Ce qui exclut tout lien de subordination et laisse transparaître plutôt une indépendance juridique compatible avec la qualité de commerçant. Traditionnellement, la qualité de commerçant est déterminée par trois éléments tirés de la définition du commerçant telle que prévue à l'article 2 de l'AUDCG qui dispose « *est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession* ». Il s'agit de l'accomplissement des actes de commerce par nature, à titre de profession habituelle et pour son compte.

L'exercice de la profession commerciale suppose une véritable indépendance corrélative à un risque (Hamel J., Lagarde G. et Jauffret A., *Droit commercial*, t. I, vol. I, Dalloz, Paris, 1980, n° 342, p. 540). Il en résulte que celui qui fait profession habituelle d'accomplir des actes de commerce n'est pas commerçant s'il accomplit ces actes pour le compte d'une autre personne. L'application rigoureuse de ces critères traditionnels aurait conduit à écarter l'agent commercial de la profession de commerçant puisqu'il ne remplit pas la condition d'indépendance. Or, le fait d'agir pour le compte d'autrui n'exclut pas l'indépendance lorsqu'on dispose d'une certaine autonomie et qu'on assume le risque lié à son activité (cependant, bien que l'agent

commercial ait dans l'organisation de son activité un libre choix de la structure juridique de l'entreprise, son indépendance revêt un relief particulier ici. En effet, si l'agent commercial peut accepter sans autorisation de représenter d'autres mandants, il ne peut pas accepter la représentation d'une entreprise concurrente de celle de l'un de ces mandants sans l'accord écrit de ce dernier : article 218 AUDCG). L'indépendance de l'agent commercial exclut tout ordre donné par le mandant et tout rapport périodique à lui fournir. Il prospecte la clientèle à sa convenance lui-même ou par son personnel.

216. La qualité de commerçant de l'agent commercial découle de façon explicite de l'article 170 alinéa 1 de l'AUDCG qui dispose que « *l'intermédiaire de commerce est un commerçant (...)* » (il faut souligner que cette reconnaissance par le législateur OHADA de la qualité de commerçant à l'agent commercial contrairement à son homologue français – Voir loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants – a suivi la voie tracée par la doctrine qui estimait qu'un intermédiaire aussi étroitement associé professionnellement à la vie des affaires que l'agent commercial et qui dispose souvent de salariés et de sous-agents doit être considéré comme un commerçant : (Ripert G. et Roblot R., *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, LGDJ, 1986, n° 2625, p. 567; Guyon Y., *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, 7^e éd., Economica, 1992, n° 812, p. 822). En tant que tel, il est soumis aux conditions prévues aux articles 6 à 10 de l'AUDCG relatives à la capacité d'exercer le commerce à savoir que l'agent commercial doit avoir la capacité commerciale ; il ne doit pas être un failli non réhabilité ; il ne doit pas avoir subi une condamnation ayant entraîné l'interdiction d'exercer le commerce (*suivant les branches d'activités, il peut être demandé à l'agent de satisfaire à des conditions supplémentaires découlant de la réglementation de la profession dont il est mandataire : c'est le cas par exemple dans les assurances*). Il ne doit pas exercer une activité incompatible avec son mandat. En ce sens, on estime que l'activité d'agent commercial ne peut certainement pas se cumuler avec une activité salariée. Ainsi, on ne peut pas par exemple concevoir qu'un agent commercial soit en même temps voyageur représentant placier (J. Nguebou, *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, collection droit uniforme, Presses universitaires d'Afrique*, 1998, p. 88).

Les éléments constitutifs de la qualité d'agent commercial étant élucidés, il convient d'explicitier clairement ses fonctions.

B - Fonctions de l'agent commercial

217. Aux termes de l'article 216 de l'AUDCG, la mission principale de l'agent commercial est de négocier, auprès de la clientèle, les contrats au nom et pour le compte du

mandant. Ce qui signifie que ce dernier ne sera engagé que s'il accepte de conclure le contrat proposé. Mais en même temps, la loi offre au mandant la faculté d'aller plus loin et de confier à l'agent commercial la mission de conclure les contrats avec la clientèle au nom et pour le compte du mandant. Dans cette hypothèse, le mandant est engagé vis-à-vis de la clientèle par la signature de l'agent commercial.

Dans la pratique, l'agent commercial prospecte la clientèle, provoque les commandes à l'intérieur du secteur qui lui est confié (s'il est chargé de commercialiser les produits de haute technologie par exemple, il sera amené à consulter les clients auxquels il va transmettre les devis du fabricant ; il va négocier ces devis avec ceux-ci ainsi que les modalités d'approvisionnement notamment). Il transmet les commandes reçues à son mandant qui conserve la liberté de les accepter ou de les refuser. Cependant, ce dernier doit communiquer sa décision d'acceptation ou de refus dans un délai raisonnable. L'activité de l'agent commercial est en grande partie imposée par la nature des produits vendus et les caractéristiques de la clientèle auprès de laquelle il a reçu le mandat de représenter le mandant (*Leloup J.M., Encyclopédie Dalloz, op. cit., n° 50*).

218 Accessoirement au mandat de négocier ou de vendre, le mandant peut charger l'agent commercial d'être le dépositaire de ses produits. L'agent commercial agit alors en qualité de dépositaire et en assume la responsabilité. Dans l'exercice de cette fonction, il reçoit les marchandises en dépôt, les conserve en bon état et après conclusion du contrat avec les clients, il en assure la livraison, établit les factures et en perçoit le prix moyennant une rémunération particulière (Pedamon M., *Droit commercial*, Précis Dalloz, 1994, p. 597, n° 635). On parle dans ce cas d'agent dépositaire. Il existe d'autres catégories d'agents commerciaux. C'est le cas notamment de l'agent exclusif, qui a le droit exclusif de vendre sur un territoire déterminé des marchandises déterminées ou bien à une clientèle déterminée, et l'agent de fabrique, qui place au nom et pour le compte d'un industriel les produits fabriqués par celui-ci (*CAS G., Bout R. et Ferrier D., Lamy commercial, Concurrence, Distribution, Consommation, n° 3110, cité par Santos A.P. et Toe J.Y., op. cit., n° 498, p. 312*).

219. Par ailleurs, l'article 216 qui définit l'agent commercial semble avoir une portée plus large que celle des articles 169 et 171 alinéa 1 de l'AUDCG qui limitent l'activité des intermédiaires de commerce à la négociation et à la conclusion de contrats de vente à caractère commercial et aux opérations accessoires. Ainsi, l'agent commercial peut en principe exercer une activité de prestation de services sans lien direct avec le contrat de vente de marchandises (*Santos A.P. et Toe J.Y., op. cit., n° 498, p. 312*). Le titre IV de l'AUDCG a donc vocation à s'appliquer à tous les agents commerciaux. (*Nguebou J., op. cit., p. 89*).

220. Par contre, les agents généraux d'assurance qui ont pour mission de conclure au nom d'une compagnie d'assurance les contrats avec les assurés et qui ne bénéficient pas d'une exclusivité dans cette activité qu'ils partagent avec les courtiers et les agents salariés de la compagnie, sont soumis aux dispositions spécifiques prévues par les articles 500 et suivants du code CIMA (dont le livre V est entièrement réservé aux agents généraux, aux courtiers d'assurance et à tout autre intermédiaire d'assurance et de capitalisation. C'est dire que lorsque des dispositions particulières existent, le régime organisé par l'AUDCG doit être écarté au profit du statut spécial).

221. Cependant, les contrats susceptibles d'être conclus par l'agent commercial sont limitativement énumérés par l'article 216 de l'AUDCG. Il s'agit des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il en découle que l'agent immobilier par exemple, n'est pas un agent commercial au sens de l'AUDCG ; en effet, bien que sa profession revête des caractères similaires à ceux de l'agent commercial, cet Acte ne s'applique pas aux agents commerciaux dont les mandants ne sont ni producteurs, ni industriels, ni commerçants, ni autres agents commerciaux ainsi que cela résulte de l'article 216 *in fine a contrario*. C'est dire que l'agent commercial ne peut être que l'agent commercial des catégories énumérées. Il ne pourra pas par exemple être l'agent commercial d'un artisan ou d'un particulier.

La reconnaissance de la qualité d'agent commercial a pour effet de faire appliquer un véritable statut à ce dernier.

§2 - Statut de l'agent commercial

222. L'Acte uniforme élabore un corps de règles détaillées qui régissent l'ensemble des rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants. Il s'ensuit que l'agent commercial jouit des droits attachés à son statut (A). Cependant, en contrepartie de ces droits, il doit se soumettre à un certain nombre d'obligations professionnelles (B) et voir sa responsabilité engagée en cas de faute dans l'exécution de son mandat (C).

A - Droits de l'agent commercial

223. Parmi les droits de l'agent commercial, le droit à la rémunération qui apparaît comme une obligation principale du mandant, semble être le plus important. Il est néanmoins complété par d'autres droits que nous regroupons sous le vocable de droits extrapatrimoniaux.

I - Droit à la rémunération de l'agent commercial

224. La rémunération de l'agent commercial change de nature selon la période à laquelle elle intervient. En cours d'exécution du contrat d'agence, elle est appelée commission et dans ce cas, l'agent commercial a droit à la commission (a) ; à la fin de l'exécution du contrat, l'agent reçoit une indemnité compensatrice, d'où son droit à l'indemnité (b).

a - Droit à la commission de l'agent commercial en cours d'exécution du mandat

225. En cours d'exécution de son contrat, l'agent commercial a droit à une commission consistant en une rémunération variable en fonction du nombre et de l'importance des affaires. Le droit à la commission existe même en l'absence d'écrit. Cette règle permet d'écarter tout risque d'anéantissement du contrat pour indétermination de la rémunération due à l'agent. La rémunération de l'agent commercial est due dès lors que l'opération a été conclue grâce à l'agent. Elle est acquise dès que le mandant a exécuté l'opération, ou devrait l'avoir exécutée en vertu de l'accord conclu avec le tiers ou bien encore dès que ledit tiers a exécuté l'opération (article 224 alinéa 1 AUDCG). Cette règle a pour but de protéger le droit à la rémunération de l'agent contre la carence du mandant. Il en découle que la réussite de l'affaire est sans incidence sur la naissance du droit à la rémunération de l'agent commercial. Dans le cadre d'une vente, le droit à commission naît au moment où le client aurait dû payer si le mandant avait livré à bonne date. Cela signifie que l'absence de livraison à la date convenue ne porte pas atteinte à l'acquisition du droit à commission par l'agent commercial (*Santos A.P. et Toe J.Y., op. cit., n° 516, p. 320*). En cas d'inexécution du contrat, le droit à la commission de l'agent s'éteint. L'article 225 de l'AUDCG précise à ce sujet que l'extinction n'est possible que lorsque l'inexécution n'est pas imputable au mandant. A contrario, le droit à commission survit au profit de l'agent si le mandant est responsable de l'inexécution. Lorsque l'agent commercial bénéficie d'une exclusivité dans une zone géographique donnée ou sur un groupe de clients déterminés, une protection spécifique est organisée en sa faveur : il a droit à une commission pour toute affaire réalisée dans cette zone ou avec un client appartenant au groupe, quand bien même l'affaire serait faite par un autre agent ou par le mandant lui-même au plus tard lorsque le tiers a exécuté sa part de l'opération ou aurait dû l'avoir exécuté si le mandant n'y avait pas fait obstacle.

226. Le droit à la commission est dû après la cessation du contrat d'agence pour les contrats conclus grâce à l'activité déployée par l'agent avant la cessation du mandat, s'ils ont été conclus dans un délai raisonnable à compter de la cessation du contrat (article 222 AUDCG).

Ce délai tiendra compte de la fréquence des commandes. La prorogation du droit à rémunération de l'agent peut soulever des difficultés quant à l'attribution du droit à commission lorsque deux ou plusieurs agents se succèdent dans le même secteur d'activité et auprès de la même clientèle. Aux termes de l'article 223 AUDCG, la commission est due à l'agent dont le contrat prend fin pour toute opération conclue avant l'entrée en vigueur du contrat du nouvel agent. En revanche, pour toutes les opérations conclues après la cessation du contrat et à compter de l'entrée en vigueur du nouveau contrat, la commission est acquise au nouvel agent.

227. Le montant de la rémunération est déterminé librement par les parties. En l'absence de clause expresse dans le contrat, la commission est fixée par les usages pratiqués dans le secteur d'activité couvert par le mandat et le lieu de son exercice. En l'absence d'usages, une rémunération raisonnable doit être versée à l'agent. Elle sera fixée par le juge qui devra tenir compte des éléments qui ont trait à l'opération, tels que le montant de l'affaire, la nature et le prix des biens vendus, le chiffre d'affaires, les difficultés de pénétration du marché, etc.

228. Le contrat détermine les modalités de calcul de la rémunération de l'agent. Celle-ci peut être calculée en pourcentage des offres acceptées par le mandant sans considération de leur exécution par ce dernier. Les parties peuvent même prévoir que la rémunération sera calculée selon les commandes acceptées, honorées et après encaissement du prix par le mandant. Cette clause dite « commissionnement sur les affaires menées à bonne fin » présente des dangers pour l'agent si le mandant est de mauvaise foi notamment s'il ne lui communique pas la liste des commandes réglées par les clients ou si par sa faute, les commandes ne sont pas livrées ou encaissées. Dans ces deux cas, l'attitude du mandant peut s'analyser en une rupture de l'intérêt commun qui non seulement constitue une violation de l'article 217 de l'AUDCG mais également, est susceptible d'engager la responsabilité civile du mandant (*Santos A.P. et Toe J.Y., op. cit., n° 518, p. 323*).

229. La commission doit être payée à l'agent au moins une fois par trimestre au plus tard le dernier jour du mois qui suit le trimestre au cours duquel elle était acquise. Mais les parties peuvent fixer une périodicité de paiement au-delà de celle retenue par le législateur puisqu'il ne leur a pas formellement interdit d'y déroger. Le non-respect des modalités de paiement ainsi que de l'obligation de paiement à la charge du mandant constitue une faute susceptible d'entraîner non seulement la rupture du contrat d'agence, mais également le paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par l'agent.

Lorsque le contrat de l'agent prend fin, la nature de sa rémunération change. Le droit à la commission se mue en droit à indemnité

b - Droit à une indemnité compensatrice à l'occasion de la cessation du mandat de l'agent

230. La rupture du contrat d'agence fait perdre à l'agent la part du marché qu'il avait conquise pour le compte de son mandant. Elle ouvre droit à une indemnité. L'article 229 AUDCG qui prévoit le droit à une indemnité compensatrice ne distingue pas selon qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée. L'indemnité compensatrice est une somme que doit verser le mandant à l'agent commercial à l'occasion de la cessation du contrat d'agence. Il ne s'agit pas d'une indemnité de rupture puisque le non-renouvellement du contrat à durée déterminée arrivé à son terme donne lieu également au paiement de cette indemnité. La preuve d'un préjudice par l'agent n'est pas nécessaire car la cessation suffit par elle-même à entraîner le paiement de l'indemnité. Celle-ci est due dans tous les cas de cessation des relations, que la cause soit imputable au mandant notamment en raison de sa faute grave, des modifications apportées à l'équilibre du contrat ou à l'agent commercial pour des événements liés à la santé de l'agent personne physique (âge, maladie, infirmité) qui ne lui permettent plus raisonnablement de poursuivre son activité ou en cas de son décès.

231. Le droit à l'indemnité ne peut être écarté par les parties par convention et ce n'est qu'exceptionnellement que l'agent peut en être privé. Il en est ainsi notamment en cas de faute grave, de démission volontaire, de cession de droits et obligations et d'extinction dudit droit.

232. La faute grave de l'agent de manière générale, serait constituée par tout manquement à l'une quelconque des obligations spécifiques que doit assumer le mandataire. Ainsi, l'agent commercial qui ne prospecte pas ou qui divulgue les secrets de l'entreprise du mandant commet une faute grave. À l'inverse, il n'y a pas faute grave lorsque le fléchissement des ventes ne résulte pas d'une baisse d'activité de prospection mais d'une désaffection de la clientèle (*Cass. com.*, 9 févr. 1982, cité par *Cas (G.)*, *Bout (R.)*, et *Ferrier (D.)*, *Lamy Droit économique*, éd. 1988, n° 3143, p. 877). La faute grave imputée à l'agent perd son caractère de gravité lorsqu'elle est provoquée par le comportement du mandant qui, en violation de l'intérêt commun, ne met pas l'agent en mesure d'exécuter son mandat.

233. Lorsque l'agent commercial prend l'initiative de résilier de plein gré le contrat d'agence, il y a démission. Celle-ci doit être volontaire ; d'où l'exclusion de toute démission justifiée par des circonstances imputables au mandant ou dues à l'âge, à l'infirmité ou à la maladie de l'agent ou plus généralement, par toutes circonstances indépendantes de la volonté de l'agent par suite desquelles la poursuite de son activité ne peut plus être raisonnablement exigée (article 230 alinéa 2 AUDCG).

234. L'agent commercial a le droit de céder à un tiers en accord avec le mandant, les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence (article 230 alinéa 3). Cette cession de carte (c'est-à-dire des contrats d'agence en cours d'exécution avec les entreprises représentées) n'emporte pas rupture du contrat au regard du mandant mais seulement reprise du contrat par le cessionnaire.

235. Le droit à réparation de l'agent commercial peut être également perdu si l'agent n'a pas avisé le mandant dans un délai d'un an à compter de la date de cessation du contrat, qu'il entend faire valoir ses droits. La notification au mandant doit se faire par exploit d'huissier ou par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le mandant. (article 229 alinéa 1 AUDCG). Il faut saluer l'innovation faite par le législateur OHADA de 2010 en introduisant ce second moyen qui cadre avec la liberté de preuve instituée en droit commercial entre commerçants et consacrée par la jurisprudence (*Beira M. E.*, note sous *CCJA*, arrêt n° 010/2002 du 21 mars 2002, *Société Négoce Ivoire c/Société GNAB*, *Le Juris Obada*, n° 4/2002, oct.-déc. 2002, p. 33 ; *Recueil de jurisprudence CCJA*, n° spécial, janv. 2003, p. 23. *Njandeu Moutbieu M.A.*, *Observations sous CCJA*, arrêt n° 053/2005, 15 déc. 2005, *Société Côte d'Ivoire céréales c/Société Shanny consulting*, in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, sous la direction de *Pougoué P.-G.*, *Kuate Tameghe S.S.*, *L'Harmattan*, Paris, 2010, p. 70 et s.). La généralisation de la notification sous forme extrajudiciaire dans l'ancien droit était inopportune dans un domaine où la rapidité des transactions ne saurait s'accommoder du formalisme de la preuve du droit civil.

236. Pour les autres causes telles que l'ouverture d'une procédure collective contre le mandant, la cessation ou la mise en location-gérance du fonds de commerce du mandant pour lesquelles le législateur n'a prévu aucune modalité particulière de paiement de l'indemnité de rupture, la généralité des termes de l'article 226 AUDCG impose le droit à indemnité : (*Voir Santos A.P. et Toe J.Y.*, *op. cit.*, n° 530, p. 328). Reste alors à déterminer son montant

237. Les règles de détermination de l'indemnité compensatrice indiquées à l'article 231 AUSCG traduisent le souci du législateur de garantir à l'agent commercial une indemnité minimale légale tout en laissant aux parties la faculté de prévoir conventionnellement un montant plus élevé. Ce minimum légal est calculé selon le rapport mois de commission/année de contrat exécuté. Il est, pour une année de contrat exécuté, d'un mois de commission ; pour deux années, de deux mois de commission et de trois mois de commission pour trois années. Le calcul du montant de la commission mensuelle est basé sur la mensualité moyenne des douze derniers mois d'exécution du contrat. À partir de la quatrième année de contrat exécuté, l'indemnité est

fixée librement par les parties. Cette partie de l'indemnité librement fixée s'ajoute au minimum légal. Lorsque l'agent commercial est dépositaire des marchandises du mandant, en plus du minimum légal, il a droit à des indemnités de dépôt. En cas de conflit relatif au calcul de l'indemnité, le juge saisi sera amené à en contrôler le montant en tenant compte de tous les éléments de l'activité de l'agent commercial et de la perte globale de la rémunération qui lui est allouée (T.G.I. Troyes, 26 avr. 1978, Cahier droit de l'entreprise, 1978, n° 6, p. 12). Outre l'indemnité compensatrice, l'agent percevra une indemnité spéciale prévue à l'article 219 AUDCG en compensation de l'interdiction de concurrence convenue entre les parties ainsi que les dommages et intérêts éventuellement mis à la charge du mandant (*Santos A.P. et Toe J.Y., op. cit., n° 524, p. 325*). À ces différents droits financiers de l'agent commercial, s'ajoutent les droits extrapatrimoniaux.

II - Droits extrapatrimoniaux de l'agent commercial

238. La nature d'intérêt commun du contrat d'agence confère à l'agent commercial le droit à l'information et à la communication pendant l'exécution du contrat (a) ainsi que le droit au préavis au moment où il prend fin (b).

a - Droit à l'information et à la communication de l'agent commercial

239. Le mandant doit fournir à l'agent commercial des instructions aussi complètes que possible en vue de l'exécution de son contrat. C'est ainsi qu'il doit notifier à l'agent l'acceptation ou l'inexécution d'une commande dans un délai raisonnable. De même, il doit fournir à son mandataire les informations nécessaires pour lui permettre de bien connaître les produits et les services et plus généralement tout document utile sur les produits ou services qui font l'objet du contrat d'agence. En effet, les informations doivent tendre à faciliter la conclusion des opérations objet du mandat. Ainsi, le mandant devra remettre par exemple les collections ou les échantillons à présenter à la clientèle. Il doit également fournir les documents nécessaires à la passation des commandes tels que les tarifs, les bons de commande et toutes les informations relatives aux conditions et aux délais de livraison.

240. Le mandant doit mettre à la disposition de l'agent les moyens intellectuels notamment lui donner la formation adéquate devant lui permettre de se familiariser avec les produits de haute technologie. De même, il doit se comporter de façon à ne pas contrarier l'action du mandataire (cela aurait pour conséquence de réduire à néant les efforts que déploie l'agent commercial pour conquérir la clientèle et porterait, par voie de conséquence, atteinte à la réciprocité caractéristique de l'intérêt commun). Ainsi, il devra par exemple en cas d'arrêt de la fourniture d'un

ou plusieurs produits, notifier sa décision à l'agent commercial dans un délai raisonnable.

241. Le mandant doit aussi fournir régulièrement à l'agent des relevés de commission mentionnant notamment les éléments de base sur lesquels la commission due est calculée. Lorsque l'agent lui en fait la demande, il devra mettre à sa disposition des extraits de documents comptables pouvant lui permettre de calculer ou de vérifier le montant des commissions auxquelles il a droit.

Le droit à l'information de l'agent commercial se poursuit en cas de cessation du contrat d'agence à travers le droit au préavis.

b - Droit au préavis de l'agent commercial

246. La cessation du contrat d'agence obéit à des règles particulières caractérisées par l'intérêt commun qui fait échec au principe de la libre révocabilité du mandat contenu dans le code civil. L'objectif poursuivi est d'organiser en faveur de l'agent, en situation d'infériorité, par rapport au représenté une protection comparable à celle du travailleur en cas de rupture du contrat de travail (*Santos A.P. et Toe J.Y., op. cit., n° 521, p. 323*).

247. Le contrat d'agence peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. Le contrat à durée déterminée prend normalement fin à l'échéance du terme. Pour autant, si ce dernier continue d'être exécuté par les deux parties après son terme, il est réputé transformé en contrat à durée indéterminée. Il se produit dans cette hypothèse une sorte de mutation conformément à la présomption posée par l'article 227 alinéa 2 AUDCG et dès lors, sa rupture sera soumise au régime du contrat à durée indéterminée. Ce principe est écarté si le contrat prend fin en raison d'une faute grave de l'une des parties ou d'un cas de force majeure.

Si le contrat est conclu pour une durée indéterminée, il ne peut être révoqué *ad nutum*. Le droit de résiliation unilatérale des parties est soumis à un préavis réciproque obligatoire et réglementé (article 228 AUDCG). Mais le préavis n'est pas obligatoire en cas de faute grave de l'une des parties ou de survenance de force majeure.

248. Lorsque le mandant prend l'initiative de la rupture, il doit donner le préavis à l'agent commercial c'est-à-dire qu'il doit l'informer qu'il entend mettre fin au contrat qui les lie. La loi ne précise pas la forme que doit prendre le préavis. Cependant, dans l'intérêt de la partie qui veut s'en prévaloir, un écrit est souhaitable, notamment une lettre recommandée avec accusé de réception.

249. La durée du préavis dépend de la durée accomplie des relations contractuelles. Elle ne peut être inférieure à un délai d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée, de

trois mois pour la troisième année commencée et les années suivantes (*article 228 alinéa 2 AUDCG*). Mais la durée du préavis en cas de rupture d'un contrat à durée déterminée transformé en un contrat à durée indéterminée se calcule à compter du début des relations contractuelles entre les parties (*article 228 alinéa 4 AUDCG*).

250. Le non-respect du préavis constitue une faute pouvant entraîner la condamnation du mandant à la réparation du préjudice subi par l'agent (*une telle réparation ne se confond pas avec l'indemnité de cessation du contrat d'agence*).

Le statut d'agent commercial certes confère des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux. En contrepartie, l'agent est soumis à de nombreuses obligations.

B - Obligations de l'agent commercial

251. L'agent commercial est commerçant et à ce titre, il est soumis aux obligations de tout commerçant à savoir, se faire immatriculer au registre du commerce et du crédit mobilier et tenir une comptabilité (*Voir entrée sur les commerçants*). Mais du fait de l'existence de l'intérêt commun qui sous-tend le contrat d'agence, l'agent commercial assume en plus les obligations générales imposées aux parties (I), qui laissent toutefois subsister ses obligations particulières (II).

I - Obligations découlant de la qualité de partie au contrat de l'agent commercial

252. En tant que partie au contrat, l'agent commercial est soumis aux obligations réciproques des parties telles que contenues dans l'article 217 alinéa 2 AUDCG. Il s'agit d'une obligation de loyauté (a) et d'un devoir d'information (b).

a - Obligation de loyauté

253. La loyauté désigne la sincérité dans la conclusion du contrat et la bonne foi dans son exécution (*Cornu G., Vocabulaire juridique, PUF., 1987, p. 528*). Cette obligation a pour but de favoriser l'établissement d'accords durables entre l'agent commercial et ses mandants qui doivent pouvoir compter sur lui sans réticence. Si elle se traduit pour le mandant par l'obligation de respecter l'exclusivité accordée à l'agent, pour l'agent commercial, elle se matérialise par l'obligation de non-concurrence.

254. L'obligation de non-concurrence de l'agent commercial est prévue expressément par l'article 218 alinéa 2 AUDCG qui interdit à l'agent commercial d'accepter la représentation d'une entreprise concurrente de celle de l'un de ses mandants, sauf accord de ce

dernier. C'est dire que l'agent commercial commet une faute en représentant une entreprise concurrente de celle de son mandant. Mais comment appréhender la notion de non-concurrence dans la mesure où par principe le cumul de représentation est admis ? Faut-il retenir qu'il y a concurrence prohibée lorsque l'agent commercial chargé par son mandant de commercialiser des « blocs portes équipés d'une porte coupe feu » accepte par ailleurs de commercialiser pour le compte d'un tiers des « blocs portes coupe feu » ? (*la chambre commerciale de la Cour de cassation française a reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir établi de différence entre ces deux produits : Cass. com., 6 juil. 1982, inédit, cité par CAS (G.), Bout (R.), et Ferrier (D), Lamy commercial, op. cit., n° 3122, cité par Santos A.P. et Toe J.Y., op. cit., n° 505, p. 315*). C'est une question de similarité en principe appréciée souverainement par les juges du fond.

255. Reste l'hypothèse particulière où l'agent commercial développe pour son propre compte une activité concurrente de celle du mandant. L'article 218 AUDCG ne l'envisage pas au titre de la concurrence interdite. Toutefois, il convient de relever que dans ce cas il y a rupture de la communauté d'intérêts et de la finalité commune inhérente au mandat d'intérêt commun. L'on retient qu'il y a déloyauté lorsque cela se fait à l'insu du mandant. En revanche, lorsque l'activité concurrente de l'agent est pratiquée au vu et au su du mandant qui ne dit rien, il y a lieu de croire qu'il y a une tolérance pouvant empêcher le mandant d'engager la responsabilité de l'agent (*Santos A.P. et Toe J.Y., op. cit., n° 505, p. 315*).

256. Il semble que l'un des moyens d'éviter les problèmes que pose l'exécution de l'obligation de loyauté est de stipuler une clause d'exclusivité par laquelle l'agent commercial renonce à passer des opérations tant pour son propre compte que pour celui des tiers. Mais une telle clause serait dérogoratoire au statut de l'agent commercial car elle tendrait à faire prévaloir l'état de subordination au détriment de l'indépendance qui devrait le caractériser (*Santos A.P. et Toe J.Y., op. cit., n° 505, p. 316*).

b - Obligation d'information de l'agent commercial

257. L'obligation d'information du mandant découle de l'obligation de rendre compte incombant à tout intermédiaire de commerce (en effet, l'article 187 alinéa 1 AUDCG dispose que « *l'intermédiaire est tenu, à la demande du représenté, de lui rendre en tout temps, compte de sa gestion* ») et plus généralement à tout mandataire (selon les dispositions de l'article 1993 du code civil, « *tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant* »).

À l'instar de tous les mandataires, l'agent commercial doit donc rendre compte de l'exécution de sa mission et reverser immédiatement les sommes perçues en vertu de la convention. Si l'agent rend compte à son mandant, ce n'est pas pour recevoir des ordres de lui encore moins lui fournir un rapport périodique ; c'est uniquement pour lui permettre de faire ses propres prévisions. Il convient de souligner que cette obligation de l'agent ne porte atteinte ni à son indépendance, ni à sa liberté d'organiser ses activités.

258. L'Acte uniforme ne précise pas le contenu de l'information que l'agent commercial doit communiquer à son mandant. Il y a lieu de penser qu'il s'agit de toutes les informations dont le mandant aura besoin pour donner des instructions précises et utiles à l'agent de manière à favoriser une bonne exécution du contrat d'agence. Ainsi, l'agent sera tenu de communiquer à son mandant les souhaits des clients, les produits concurrents, l'état du marché, etc. (*Santos A.P. et Toe J.Y., op. cit., n° 508, p. 316*).

II - Obligations particulières de l'agent commercial

259. La qualité de mandataire de l'agent commercial lui impose d'exécuter son mandat en bon professionnel (a), de s'abstenir de révéler les informations dont il a eu connaissance dans l'exercice de son mandat (b), de restituer les objets reçus à l'occasion du contrat (c) et de ne pas faire concurrence au mandant en cas de cessation du contrat d'agence (d).

a - Exécution professionnelle du mandat de l'agent commercial

260. Les règles du contrat d'agence commerciale se déclinent sur celles du mandat. Contrairement au contrat de commission, il entraîne l'effet de représentation ressortissant au droit commun du mandat. L'article 217 alinéa 3 AUDCG impose à l'agent commercial d'« exécuter son mandat en bon professionnel ». C'est dire qu'il doit être compétent. En sa qualité de mandataire, l'agent commercial doit exécuter les obligations découlant de son mandat conformément aux clauses de son contrat. À ce titre, il doit respecter les instructions du mandant notamment visiter la clientèle selon la fréquence indiquée au contrat. Il peut être chargé d'organiser un réseau de distribution. Très souvent, l'agent commercial s'engage pour une période donnée à provoquer un certain volume de commandes pour un montant minimum. Il s'engage ainsi à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à la réalisation de son objectif c'est-à-dire développer une compétence particulière et mettre en place une organisation appropriée. Le contrat peut néanmoins lui aménager une certaine liberté, spécialement quand l'objet de la

mission qui lui est assigné est particulièrement vaste (*Houtcieff D., Droit commercial, Armand Colin, 2005, n° 763, p. 296*).

b - Obligation au secret de l'agent commercial

261. La révélation des informations acquises pendant l'exécution du contrat pourra nuire aux intérêts du mandant. Deux types d'informations sont visés par le législateur : il s'agit, d'une part, des informations communiquées à titre confidentiel par le mandant et, d'autre part, de toutes les informations dont l'agent a pu avoir connaissance en raison du contrat.

262. Les parties peuvent, par une clause de confidentialité, décider de garder secrètes certaines informations à caractère technique ou financier. Dans ce cas, la seule révélation d'une telle information constitue une violation de l'obligation au secret. Lorsque les parties sont restées silencieuses, la question se pose de savoir si l'obligation couvre toute information acquise pendant la durée du contrat. L'information protégée doit être une information confidentielle, un secret. Est considéré comme secret, tout fait destiné à demeurer caché (*Waren Bourg-Auque F., Réflexions sur le secret professionnel, R.S.C., 1978, 345*). Dans les relations agent commercial mandant, certains faits paraissent objectivement confidentiels dans la mesure où leur communication à des concurrents nuirait à l'intérêt du donneur d'ordre. Ainsi, l'agent commercial ne doit divulguer ni les secrets de fabrique, ni les informations concernant la stratégie commerciale du mandant, ni les données relatives aux clients qu'il aurait démarchés lui-même. Il s'agit de l'identité des clients, de leur adresse et des spécifications relatives aux biens et aux services auxquels ils ont l'habitude de recourir (*Santos A.P. et Toe J.Y., op. cit., n° 513, p. 319*).

263. Il convient de signaler que l'obligation au secret couvre non seulement la période contractuelle, mais également la période post-contractuelle puisqu'elle survit même après la fin du contrat. Ainsi, l'agent commercial ne peut, dit l'article 219 alinéa 1 AUDCG, même après la fin du contrat, utiliser ou révéler les informations qui lui ont été communiquées par le mandant à titre confidentiel, ou dont il a eu connaissance à ce titre en raison du contrat. Il s'agit là d'une obligation de discrétion constitutive du respect du secret professionnel. Les intérêts attachés à la préservation du secret par l'agent ne disparaissent pas avec la cessation du contrat. L'agent peut parfaitement fragiliser l'entreprise mandante après l'expiration du contrat. C'est la raison pour laquelle le législateur maintient l'obligation pendant la période post-contractuelle. L'objet de l'obligation au secret reste le même que pendant l'exécution du contrat puisque la survivance n'est en fait qu'un prolongement de l'obligation préexistante.

264. Mais si la durée de l'obligation au secret en cours de contrat est celle du contrat, la durée du maintien de cette obligation se révèle incertaine. En effet, la durée pendant laquelle l'agent commercial va continuer à préserver le secret à propos des affaires de son mandant n'est pas déterminée. Il est certain que si l'entreprise mandataire change d'activité ou disparaît, l'obligation cesse. Hormis ces hypothèses, le secret doit subsister tant que sa révélation ou sa divulgation sera susceptible de porter atteinte aux intérêts du mandant (*SANTOS A.P. et TOEJ.Y., op. cit., n° 534, p. 330*).

c - Obligation de restitution des objets reçus par l'agent commercial

265. L'obligation de restitution naît avec la rupture du contrat d'agence. Bien qu'elle soit une obligation réciproque, il faut souligner que l'agent commercial est tenu de restituer à la fin du contrat tout ce qui lui a été remis pour la durée de ce contrat, soit par l'autre partie, soit par des tiers pour le compte de l'autre partie, et ce, sans préjudice pour l'une ou l'autre des parties de son droit de rétention (article 233 AUDCG). Ainsi par exemple, lorsque le tiers remet un document à l'agent pour le compte du mandant, l'agent a l'obligation de remettre ledit document au destinataire qui est le mandant.

Cette obligation n'entame donc pas le droit pour l'agent commercial qui détient légitimement un bien du mandant de le retenir jusqu'à complet paiement de ce qui lui est dû.

d - Obligation de non-concurrence de l'agent commercial

266. En l'absence d'une obligation légale de non-concurrence de l'agent commercial, l'on est en droit de penser que ce dernier a la liberté de concurrencer l'ancien mandant. Cependant, il est souvent inséré dans le contrat d'agence une clause de non-concurrence visant à restreindre la liberté de l'agent. Certes, le législateur ne prévoit pas expressément cette clause. Mais elle peut être déduite des termes de l'article 219 alinéa 2 AUDCG qui envisage la possibilité d'une interdiction de concurrence convenue entre l'agent commercial et son mandant sans la restreindre à la période contractuelle.

267. Toutefois, il faut éviter de faire un usage excessif de cette obligation de non-concurrence. En effet, elle ne doit pas heurter la liberté de concurrence qui est un droit pour l'agent commercial. C'est la raison pour laquelle à l'instar des clauses de non-concurrence du vendeur du fonds de commerce ou du propriétaire d'un fonds de commerce donné en location-gérance, la clause de non-concurrence de l'agent commercial ne sera valable que si elle est limitée dans le temps et/ou dans l'espace ; rien n'oblige alors que la clause soit limitée à la fois dans le temps et dans l'espace. En revanche, il est évident

qu'elle ne doit valoir que pour le genre de distribution qui fait l'objet du contrat d'agence car il faut seulement empêcher l'agent commercial de reprendre la clientèle de son mandant. De plus, elle doit être assez précise pour permettre à l'agent commercial de savoir à quel moment il retrouvera sa liberté (*Nguebou J., op. cit., p. 51*). C'est dire que la clause de non-concurrence est licite si elle est établie par écrit, si elle concerne le secteur géographique ou les personnes démarchées par l'agent commercial ainsi que le type de biens ou de services pour lesquels il exerce la représentation aux termes du contrat. En droit français, le contrat peut imposer à l'ancien agent une obligation de non-concurrence, limitée à une période maximale de deux ans après la cessation des relations contractuelles (article L. 134-14 du code de commerce).

Au-delà des restrictions à sa liberté de concurrence, dont la violation est passible de sanction, la responsabilité de l'agent commercial peut être également engagée en cas de faute dans l'exécution de son mandat.

C - Responsabilité de l'agent commercial

268. La responsabilité de l'agent commercial est calquée sur celle prévue pour l'intermédiaire de commerce en général par les dispositions de l'AUDCG. Son article 182 alinéa 1 prévoit que les règles du mandat sont applicables à la responsabilité de l'intermédiaire (*cela signifie que pour les États ayant légiféré sur le mandat, il faut se reporter à cette législation. Il en va ainsi du Sénégal dont l'article 465 du code des obligations civiles et commerciales définit les règles régissant la responsabilité du mandataire. Pour les autres États, le code civil français reste applicable dans ses articles 1991 et suivants*). De même, aux termes de son article 187 alinéa 2, l'intermédiaire doit l'indemnisation du dommage causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution du mandat. Mais de manière générale, les éléments caractéristiques de la responsabilité de l'intermédiaire reposent sur la distinction entre le fait personnel du mandataire et celui du sous-mandataire d'une part, et la distinction entre la mauvaise exécution et l'inexécution totale d'autre part (*Santos A.P. et Toe J.Y., op. cit., n° 405, p. 254*).

I - Responsabilité pour fait personnel et fait du sous-mandataire

269. La responsabilité de l'agent commercial envers le mandant est une responsabilité contractuelle nécessitant la preuve d'une faute. Lorsque l'objectif fixé par l'agent commercial ne peut être atteint ou réalisé, sa responsabilité ne peut être engagée qu'en cas de dol ou s'il commet une faute dans l'exécution de sa mission car il n'est tenu qu'à une obligation de moyens. Il ne peut assumer une obligation de résultat que lorsque le mandat comporte une clause du croire. Par cette

clause, l'agent commercial devient garant envers le mandant de la bonne exécution du contrat conclu avec le tiers contractant (*Benabent A.*, Droit civil, Les contrats spéciaux, 2^e éd., Montchrestien, 1995, n° 659, p. 387. Il convient de souligner que l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général ne prévoit pas expressément l'agent du croire pourtant reconnu par les usages). L'agent commercial étant un professionnel, l'exécution de ses obligations est plus rigoureusement appréciée : sa responsabilité peut être plus facilement engagée que s'il s'agissait d'un mandataire bénévole (article 1992 alinéa 2 du code civil).

270. Appelé à exécuter sa mission personnellement, l'agent commercial répond de son fait personnel. S'il se voit donner des ordres clairs et précis, sa responsabilité sera engagée dès lors qu'il ne les aurait pas suivis ou qu'il s'en serait écarté sans motif (Huet J., *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 1996, n° 31228). Tel sera le cas s'il ne prend pas les initiatives nécessaires pour sauvegarder les intérêts de son mandant (Paris, 2 mai 1989, D. 1989, IR, 167), s'il fournit des informations erronées (civ. 1^{re}, 13 déc. 1967, D. 1968, Somm. 35). L'appréciation de ces fautes se fait *in concreto* par référence au bon professionnel. De même, si l'agent commercial divulgue le secret professionnel, sa responsabilité civile sera engagée. Si la gravité de cette faute est établie, elle justifierait la perte du droit à l'indemnité compensatrice de l'agent commercial. Par ailleurs, la responsabilité pénale de l'agent pourrait être engagée sur le fondement des textes nationaux réprimant la violation du secret professionnel. Ainsi, lorsque l'information divulguée constitue un secret de production ou de fabrication, sa révélation pourra être analysée comme une violation du secret professionnel, délit prévu et réprimé dans certaines législations nationales (*voir notamment articles 316 du, code pénal ivoirien et 214 du code pénal togolais*).

271. L'agent commercial peut se substituer un tiers dans l'exécution de sa mission, soit parce qu'il a été autorisé par le donneur d'ordre, soit parce qu'il a été contraint par les circonstances ou que cette substitution est généralement acceptée par les usages (article 182 alinéa 3 AUDCG).

En principe, lorsqu'il n'a pas reçu pouvoir de se substituer quelqu'un, le mandataire qui exécute son obligation par l'intermédiaire d'autrui reste totalement responsable de l'exécution de la mission. Lorsque la possibilité de substitution d'un tiers a été envisagée ou autorisée, la responsabilité du mandataire ne sera

engagée que s'il a choisi un sous-mandataire notoirement incapable ou insolvable (*article 1994, alinéa 2 du code civil ; l'article 469 alinéa 3 C.O.C.C. précise qu'il répond du soin avec lequel il doit choisir le sous-mandataire et des instructions qu'il lui a données*). Dans ces deux hypothèses, la loi donne au mandant une action directe contre le sous-mandataire (article 1994, alinéa 2 du code civil ; 469, alinéa 3 COCC). Cette responsabilité du sous-mandataire est soumise aux mêmes règles que la responsabilité du mandataire (*Benabent A., op. cit., n° 659, p. 387*).

II - Responsabilité pour mauvaise exécution et inexécution totale

272. La mauvaise exécution et l'inexécution totale du mandat constituent une source de responsabilité pour l'agent commercial. Il faudra néanmoins déterminer à qui appartient la charge de la preuve dans ces deux situations. En droit français, le juge a admis que l'inexécution totale de son obligation par le mandataire permettrait de présumer qu'il était en faute, sauf preuve d'un cas fortuit. Cette solution est suggérée en droit OHADA (*Voir Santos A.P. et Toe J.Y., op. cit., n° 407, p. 256*) dans la mesure où elle résoudrait un problème de charge de la preuve (*Larroumet C., note sous 1^{re} ch. civ., 18 janv. 1989, S. 1989, II, 303*).

273. Cependant, lorsque le mandant soutient que le mandataire n'a pas exécuté correctement la mission qui lui incombe, il est le mieux placé pour mettre en évidence ce qu'il attendait du mandataire : il va comparer le résultat procuré au résultat attendu.

274. Mais lorsque l'inexécution est totale et qu'aucun résultat n'est procuré, la comparaison n'est pas possible (*Larroumet C., note précitée, p. 303*). Il paraît dès lors plus logique d'opérer un renversement de la charge de la preuve : la faute est supposée en raison de l'absence de résultat. Il appartiendra au mandataire de prouver qu'avec toute la diligence requise, il n'a pas pu procurer le résultat attendu. L'exonération du mandataire ne sera pas forcément subordonnée à la preuve d'un cas fortuit mais seulement à l'établissement de l'absence de faute de sa part ; c'est ce qui résulte de l'article 187 AUDCG.

Paul-Gérard POUYOUÉ
Joseph-Alain BATOUAN BOUYOM
Monique Aimée MOUTHIEU épouse NJANDEU
Justine TCHUNKAM épouse DIFO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Acte de commerce 18, 104, 106,
107, 110, 114, 149, 152, 176

Acte uniforme relatif au droit
commercial général 202

Agent commercial 19, 104, 207, 208,
210, 211, 212, 213, 214, 215, 216,
217, 218, 219, 221, 222, 224, 225,
230, 232, 233, 234, 235, 237, 238,
239, 240, 241, 248, 250, 263, 264,
265, 266, 267, 268, 269, 270, 271

Agent d'affaire 10, 212

C

Committant 11, 15, 17, 19, 20, 21,
22, 23, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34,
35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44,
45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 56,
57, 58, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68,
69, 70, 72, 73, 75, 83, 88, 89, 90,
91, 104

Commission 11, 15, 18, 19, 21, 22,
26, 27, 29, 31, 32, 33, 35, 36, 37,
38, 39, 41, 46, 48, 51, 52, 56, 58,
59, 61, 64, 65, 67, 72, 73, 75, 76,
78, 80, 90, 91, 104, 119, 123, 125,
131, 162, 199, 200, 202, 203, 224,
226, 227, 229, 237, 241, 260

Commissionnaire 2, 4, 10, 11, 13,
14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22,
23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31,
32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40,
41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49,
51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60,
61, 62, 63, 64, 65, 68, 69, 70, 71,

72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 81, 82,
83, 84, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 93,
97, 104, 105, 125, 128, 142, 190,
207, 211

Commissionnaire de transport 17,
23, 65, 66, 67, 88, 125, 128

Commissionnaire expéditeur 21,
23, 65

Contrat d'agence 104, 209, 212, 224,
229, 230, 233, 234, 238, 239, 241,
246, 247, 249, 251, 258, 259, 260,
265, 266, 267

- Clause de non-concurrence
266, 267

Contrat de commission 14, 22, 26,
27, 29, 31, 33, 39, 46, 51, 52, 62,
63, 67, 75, 76, 78, 80, 91, 260

Contrat d'intermédiaire 105, 212

Courtier 2, 4, 10, 15, 94, 95, 96, 97,
98, 99, 100, 102, 103, 104, 105,
106, 107, 109, 111, 112, 113, 114,
115, 116, 117, 119, 120, 121, 122,
125, 126, 127, 128, 129, 132, 133,
134, 135, 137, 138, 139, 140, 141,
145, 146, 147, 148, 149, 151, 152,
160, 162, 172, 173, 174, 175, 177,
178, 180, 184, 185, 187, 188, 190,
191, 192, 193, 194, 195, 197, 198,
199, 200, 201, 204, 208

- en bourse 121

- d'assurance 118, 119, 121

- en douane 128, 129

- en marchandises 113, 116

- en transport 129

- libre 116

D

Droits de l'agent commercial

- droit à la commission 224, 225,
226, 229

- droit à l'indemnité 224, 231,
270

- droit à l'information 73, 238,
241, 245

- droit au préavis 238

- droit de rétention 83, 84, 89, 93

G

Garantie 61, 69, 70, 81, 156, 158,
187, 193

I

Intermédiaire de commerce 3, 7,
17, 21, 28, 53, 54, 82, 84, 94,
95, 114, 116, 147, 149, 152, 163,
216, 257, 268,

M

Mandat 1, 4, 6, 7, 9, 10, 21, 28, 31,
36, 45, 51, 54, 59, 60, 75, 78, 80,
84, 163, 164, 169, 170, 171, 174,
220, 212, 213, 218, 226, 227, 232,
240, 246, 255, 259, 260, 268, 269,
270, 272

O

Obligations de l'agent commercial

- obligation de loyauté 42, 43,
212, 252, 256

- obligation d'information 142,
187, 188, 257

LIQUIDATION DES BIENS DANS LE DROIT OHADA

DES PROCÉDURES COLLECTIVES

Table des matières

Bibliographie

Introduction n° 2 à 8

§I - Jugement de liquidation des biens n° 9 à 26

A - Prononcé de la liquidation des biens et désignation du liquidateur n° 10 à 18

I - Prononcé de la liquidation des biens n° 11 à 25

II - Désignation du syndic liquidateur n° 26 à 28

B - Dessaisissement du débiteur n° 29 à 26

I - Étendue et sanction du dessaisissement du débiteur n° 20 à 23

II - Limites du dessaisissement du débiteur n° 24 à 26

§II - Réalisation des actifs du débiteur n° 27 à 41

A - Vente des actifs isolés n° 28 à 38

I - Vente des biens immobiliers 29 à 33

II - Vente des biens mobiliers n° 34 à 38

a - Règles de portée générale n° 35

b - Règles intéressant les biens faisant l'objet d'une sûreté réelle n° 36 à 38

B - Cession globale d'actifs n° 39 à 41

I - Conditions n° 40

II - Effets n° 41

§III - Apurement du passif et clôture de la liquidation n° 42 à 57

A - Apurement du passif n° 43 à 51

I - Principes fondamentaux de l'apurement du passif n° 44 à 48

II - Règles relatives à l'ordre de paiement des créanciers n° 49 à 51

B - Clôture de la procédure de liquidation des biens n° 52 à 56

I - Clôture pour insuffisance d'actifs n° 53 à 55

II - Clôture pour extinction du passif n° 56 et 57

Conclusion n° 58

- ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), MESSANVI FOLI, ISSA-SAYEG (J.), YANKHOBIA NDIAYE (I.), MOUSSA SAMB, OHADA. Sûretés, Collection Droit Uniforme Africain, BRUYLANT. BRUXELLES. UNIDA. JURISCOPE, 2002 ;
- ANOUKAHA (F.), L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les États africains membres de l'OHADA, Afr. Jur. Pol., La Revue du CERDIP, Vol. 1, n° 1, Janvier-Juin 2002, p. 65 ;
- FENEON (A.), Aperçu de la jurisprudence OHADA en matière de procédures collectives, *Penant* N° 865. Octobre-Décembre 2008, p. 492 ;
- GRIMALDI (M.), L'Acte uniforme portant organisation des sûretés, *in* L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), Petites affiches, Numéro spécial, 13 octobre 2004, n° 205, p. 30 ;
- JAMES (J.C.), Le droit de rétention en droit uniforme africain, Afr. Jur. Pol. La Revue du CERDIP, Vol. 1, N° 2 Juillet- Décembre 2002, p. 3 ;
- MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D.), THOUVENOT (S.), Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, LITEC 2006 ;
- MARTOR (B.) et THOUVENOT (S.), L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA, *in* La Semaine Juridique. Entreprise et affaires. Cahiers de droit de l'entreprise, N° 5, Supplément à la Semaine Juridique n° 44 du 28 octobre 2004 : L'OHADA, dix années d'uniformisation du droit des affaires en Afrique, p. 5 ;
- SAWADOGO (F.M.), OHADA, Droit des entreprises en difficultés, Collection Droit Uniforme Africain. Bruylant-UNIDA- JURISCOPE. 2002.

Introduction

1. L'entreprise n'est jamais à l'abri d'incidents de parcours pouvant compromettre sa pérennité. Une diminution d'activité, une décision malheureuse, des dettes qui s'accumulent, des difficultés successorales et c'est la survie d'une structure économique qui est menacée. Le débiteur insolvable va cesser d'honorer ses dettes mettant ainsi en difficulté ses partenaires en affaires.

Car, la défaillance de l'un des partenaires risque de se communiquer, par un effet de contagion, aux autres entreprises qui vont à leur tour cesser leurs paiements, chaque créancier étant lui-même débiteur de ses propres fournisseurs. En outre, l'entreprise défaillante est une unité de production qui s'insère dans un tissu économique national, local ou régional. En cessant d'exécuter ses engagements, elle ne va plus payer ses impôts sur des bénéfices qu'elle ne parvient plus à réaliser. Elle ne participera plus au PIB du pays et sera, très souvent,

amenée à licencier une partie de ses salariés (Cf. PEROCHON (F.), BONHOMME (R.), *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, L.G.D.J., 4^e édition 1999, n° 1).

2. Pour éviter ces conséquences dramatiques pour l'économie et pour la cohésion sociale, on a imaginé un règlement global du passif du débiteur dans le cadre d'une procédure judiciaire qui s'impose au débiteur et à ses créanciers. Tel est l'objet des procédures collectives qui constituent ainsi un ensemble de règles et de principes destinés à s'appliquer lorsqu'une entreprise se trouve dans l'impossibilité d'honorer ses dettes ou, à tout le moins, est en proie à de sérieuses difficultés structurelles d'ordre économique ou financier. La matière des procédures collectives, dans la très grande majorité des États africains francophones, est désormais régie par l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (Nous utiliserons tout au long de cet article le vocable générique d'Acte uniforme pour désigner ce texte de manière spécifique. En revanche, les autres Actes uniformes seront spécialement et intégralement dénommés). Cet Acte a été adopté le 10 Avril 1998 à Libreville au Gabon. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1999 dans l'ensemble des États parties au Traité instituant l'OHADA adopté à Port-Louis, île Maurice, le 17 octobre 1993 (Cf. SAWADOGO (F.M.), *Droit des entreprises en difficultés, Collection Droit uniforme africain*, BRUYLAN. JURISCOPE, 2002, n° 19 et s.; *sur la genèse et les généralités sur l'OHADA*, MARTOR (B.) et THOUVENOT (S.), in *L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA, La semaine Juridique. Entreprise et affaires. Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5 Supplément à la Semaine Juridique n° 44 du 28 octobre 2004 : L'OHADA, dix années d'uniformisation du droit des affaires en Afrique, p. 5 et s.).

3. Aux termes de l'article 1^{er} du texte communautaire « Le présent Acte uniforme a pour objet : d'organiser les procédures collectives de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens du débiteur en vue de l'apurement collectif de son passif ». Héritière naturelle de l'ancienne « faillite » du code de commerce ancien, la liquidation des biens suggère l'élimination patrimoniale du débiteur défaillant. Traditionnellement conçue comme une procédure d'exécution patrimoniale, la liquidation des biens implique schématiquement la réalisation des actifs du débiteur en vue de désintéresser ses créanciers (Cf. JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, 4^e édition, Litec 2006, n° 678). Pourtant, à première vue, la liquidation des biens se présente comme une sorte de solution par défaut. En effet, aux termes de l'article 33, alinéas 2 et 4 de l'Acte uniforme, la juridiction compétente prononce la liquidation des biens s'il lui apparaît que le débiteur n'a pas proposé ou n'est plus en mesure de proposer un concordat sérieux. La liquidation des biens sanctionne donc l'impossibilité ou l'incapacité pour le débiteur d'élaborer un concordat

de redressement crédible. Dans cette procédure, il ne s'agit plus de sauvegarder l'entreprise, mais d'apurer le passif avec le produit de la vente de ses biens. Ainsi, alors que la survie de l'unité de production constitue l'objectif du redressement judiciaire, la disparition de l'entreprise et l'apurement du passif à la clôture de la procédure, caractérisent la liquidation des biens (Cf. SAWADOGO (F.M.) *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 304 et s.)

4. Ce faisant, à l'instar du législateur français du 10 juin 1994 (Cf. *Sur les modifications intervenues en 1994 en droit français*, SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives, commentaire des textes-Formules*, 2^e édition Litec 1995, n° 33 et s.), le législateur communautaire africain permet au tribunal compétent de prononcer la liquidation immédiate des biens (Cf. Georges RIPERT, René ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Tome 2, 16^e édition par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M), L.G.D.J 2000, n° 3212 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 5^e édition, Montchrestien, 2006, n° 1079), dès lors qu'il constate simplement de manière quasi formelle que le débiteur n'a pas pu ou cru nécessaire de proposer un concordat dans les quinze ou trente jours au plus tard de la déclaration de cessation des paiements. Il n'y a donc pas, contrairement à ce qu'avait décidé la loi française du 25 janvier 1985, de période d'observation obligatoire avant de déboucher éventuellement sur une liquidation. Mais, la liquidation des biens peut aussi intervenir à la suite de la conversion du jugement de redressement judiciaire, ou de l'ordonnance de suspension des poursuites ouvrant le règlement préventif, en liquidation des biens (Cf. *Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, Jugement n° 90 bis du 24 janvier 2001, Ohadata J. – 04-181*). Il en est ainsi en particulier en cas de retrait de la proposition de concordat ou de rejet de celle-ci par les créanciers ou de refus d'homologation par la juridiction compétente.

5. La viabilité de l'entreprise défaillante, librement appréciée par le tribunal compétent, ne semble donc pas constituer le critère déterminant dans le choix du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens. En principe, cette dernière solution suppose qu'il n'existe aucun espoir de redressement de l'entreprise ; celle-ci n'étant plus viable, il vaut mieux la liquider rapidement en évitant ainsi, par une sorte d'acharnement thérapeutique, de la maintenir artificiellement en survie (Cf. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. n° 1075). Telle ne semble pas avoir été la conception du législateur africain qui fait dépendre le choix de la procédure de la diligence du débiteur à proposer dans les délais requis une offre sérieuse de concordat. La liquidation des biens résulterait, semble-t-il, de l'appréciation défavorable du caractère sérieux du concordat par le tribunal compétent (Cf. *Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Jugement n° 100 bis*

du 24 janvier 2001, *Requête des établissements KORGÓ et frères aux fins de redressement judiciaire*, Obadata J.-04-182) et, le cas échéant, de la décision d'office de la juridiction d'appel. Or, une simple observation des décisions rendues dans les États parties semble confirmer la tendance liquidative des procédures collectives ouvertes, déjà observée avant l'adoption de la législation OHADA.

6. Dans ces conditions, quelle est la spécificité de la liquidation des biens par rapport au redressement judiciaire ? Toute perspective de sauvetage de l'entreprise est-elle exclue ou interdite en cas de liquidation des biens du débiteur ? La question mérite d'être posée car, toute procédure collective doit pouvoir concilier l'intérêt des créanciers - qui méritent d'être désintéressés en totalité - et celui de l'entreprise qu'il convient de sauvegarder autant que faire se peut. Or, même si la liquidation des biens constate en priorité l'impossibilité du concordat ou l'échec du redressement judiciaire, on peut légitimement se demander si la cession globale ou partielle d'actifs, conçue comme une modalité de liquidation du patrimoine du débiteur, ne participe pas au maintien des unités de production autonomes encore viables.

7. Dans ce contexte, deux questions fondamentales alimentent la réflexion sur la place et le rôle de la liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif. Il faut d'abord souligner le sort de l'entreprise dans la hiérarchie des objectifs plus ou moins assumés que s'est assignés le législateur communautaire africain (Cf. SAWADOGO (F.M.), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 5 et s.). Or, sur ce plan, la conception classique d'une procédure d'exécution collective des biens du débiteur se heurte aujourd'hui aux impératifs économiques et sociaux qui sous-tendent la sauvegarde de l'entreprise. Il convient ensuite de vérifier l'étendue des droits et prérogatives des acteurs de la procédure - débiteur, syndic liquidateur et créanciers, notamment ceux qui sont munis de sûretés réelles spéciales - pendant et à l'issue des opérations de liquidation. La recherche d'un compromis réel ou impossible en droit uniforme africain, au regard des évolutions récentes en droit comparé français (Cf. Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1076), souligne l'intérêt tant théorique que pratique de la présente étude.

8. Il est donc utile, plus de dix ans après l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme OHADA, d'analyser les options fondamentales retenues par le législateur communautaire africain en matière de liquidation des biens et de les confronter à la jurisprudence rendue en la matière (Cf. FENEON (A.), *Aperçu de la jurisprudence OHADA en matière de procédures collectives*, Penant, n° 865. Octobre-Décembre 2008, p. 492 et s., Spéc. n° 23 et s.). Dans cette optique, les traits généraux de la procédure se manifestent à travers le jugement de liquidation des

biens (§I). Mais, sa spécificité réside dans l'opération de réalisation des actifs du débiteur (§II) qui constitue la phase la plus importante dont dépendent l'apurement du passif et la clôture de la procédure (§III).

§I - Jugement de liquidation des biens

9. La liquidation des biens est prononcée à la suite d'un jugement qui désigne un ou au plus trois syndics liquidateurs chargés de conduire les opérations de réalisation de l'actif et d'apurement du passif (A). Le jugement ouvrant la liquidation des biens emporte en principe dessaisissement du débiteur de la gestion de son entreprise (B).

A - Prononcé de la liquidation des biens et désignation du liquidateur

10. Le prononcé de la liquidation des biens obéit, pour l'essentiel, aux règles communes à la procédure de redressement judiciaire, prévues aux articles 32 et suivants de l'Acte uniforme (1). La désignation du syndic liquidateur s'inscrit dans la même logique (2).

I - Prononcé de la liquidation des biens

11. Aux termes de l'article 32 de l'Acte uniforme, le redressement judiciaire et la liquidation des biens ne peuvent résulter que d'un jugement de la juridiction compétente. Le législateur africain s'inscrit ainsi dans la tradition amorcée depuis le décret du 20 mai 1955 en condamnant la pratique de la faillite de fait ou faillite virtuelle qui faisait présumer l'existence de la cessation des paiements en l'absence de jugement d'ouverture de la procédure collective (Cf. sur la question, SAWADOGO (F.M.), *Obs. sous l'article 32 de l'Acte uniforme in OHADA. Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3^e édition, JURISCOPE 2008, p. 919 et s.). La décision d'ouverture doit faire l'objet d'une large publicité à l'attention des tiers. Ces derniers sont en effet intéressés par les restrictions qui affectent les pouvoirs du débiteur et par la nécessité pour certains de faire valoir leurs droits dans la procédure ouverte à l'encontre du débiteur. Le jugement d'ouverture est publié au Registre du commerce et du crédit mobilier, dans un journal d'annonces légales du lieu du siège de la juridiction compétente. Deux insertions doivent y être faites séparées entre elles par un intervalle de quinze jours ; les deux extraits doivent comporter la mention de l'avertissement fait aux créanciers de produire leurs créances auprès du syndic et reproduire les dispositions de l'article 78 de l'Acte uniforme relatif au délai et à l'obligation de

production des créances. La même publicité doit être effectuée au lieu où le débiteur ou la personne morale a des établissements principaux. Dans tous les cas, la publicité au RCCM et dans un journal d'annonces légales doit être faite d'office à la diligence du greffier en chef de la juridiction compétente. Enfin, la publicité doit intervenir au journal officiel à la diligence du greffier ou du syndic dans les quinze jours de la décision. Elle est cependant facultative si la publicité a été effectuée dans un journal d'annonces légales.

12. Aux termes de l'article 33 de l'Acte uniforme, le jugement d'ouverture est susceptible d'appel. La cour d'appel peut naturellement confirmer la décision du tribunal de première instance, mais peut aussi l'annuler ou l'infirmier. Dans ce dernier cas, la juridiction d'appel prononce d'office, le cas échéant, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. L'interprétation *a contrario* de l'article 216 de l'Acte uniforme qui exclut certaines actions de l'opposition et de l'appel, confirme que ces deux voies de recours auxquels il faut certainement ajouter le pourvoi en cassation, peuvent être exercées contre le jugement d'ouverture. Il reste à déterminer les parties susceptibles de faire opposition ou appel. En effet, l'Acte uniforme ne prévoit pas expressément les personnes habilitées à exercer ces voies de recours. En droit français, l'exercice des voies de recours contre le jugement d'ouverture est réservé limitativement au débiteur, au créancier poursuivant et au ministère public, même s'il n'a pas agi comme partie principale (Cf. *PEROCHON (F.), BONHOMME (R.) Entreprises en difficultés, op. cit., n° 153*). Ce sont, à notre avis, les parties intéressées par la décision d'ouverture qui, en droit uniforme africain, devraient aussi être investies du droit d'agir (Cf. *CA de Ouagadougou, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 39 du 5 avril 2002, SNABHY c/Liquidation judiciaire TAGUI, Obadata J-04-14*). Au demeurant, dans un souci de célérité, le législateur africain a enfermé l'exercice des voies de recours en matière de procédures collectives dans des limites étroitement définies. Cette exigence se manifeste à deux niveaux. Il faut d'abord relever la brièveté relative des délais pour exercer les voies de recours. Ainsi, l'opposition doit être formée dans un délai de quinze (15) jours à compter de la signification de ladite décision ou de la formalité de publicité au journal officielle ou dans un journal d'annonces légales. Il doit être statué sur l'opposition dans le mois. L'appel est formé dans les quinze (15) jours du prononcé de la décision. Il est jugé sur pièces dans le mois et la décision d'appel est exécutoire sur minute. On note ensuite le fait que les décisions rendues en matière de redressement judiciaire et de liquidation des biens sont, en vertu de l'article 217 de l'Acte uniforme, exécutoires par provision, nonobstant opposition ou appel, à l'exception de la décision homologuant le concordat, ainsi que des décisions prononçant la faillite personnelle (Cf. *Sur la question, ANOUKAHA (F.), L'émergence d'un nouveau droit des*

procédures collectives d'apurement du passif dans les États africains membres de l'OHADA, Afr. Jur. Pol., La Revue du CERDIP, Vol. 1, n° 1, Janvier-Juin 2002, p. 65 et s., n° 23 à 25).

13. La liquidation des biens devrait en principe intervenir lorsque l'entreprise défaillante n'est plus apte à être redressée au moyen d'un concordat. De la sorte, aucune poursuite de l'activité n'est envisageable en dehors des besoins spécifiques de la liquidation. La procédure de liquidation des biens peut aussi être prononcée alors que le choix initial du tribunal a été le redressement judiciaire. Cette première procédure est alors convertie en liquidation des biens qui peut être tantôt prononcée immédiatement tantôt apparaître comme une conséquence de l'échec, du refus ou de l'impossibilité de tout concordat (Cf. *ANOUKAHA (F.), L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les États africains membres de l'OHADA, op. cit., n° 16*). Dans tous les cas, faute d'être maintenue et sauvée, l'entreprise est appelée à disparaître. Contrairement au droit français, il est clair qu'en droit uniforme africain, la juridiction compétente ne dispose pas d'un véritable pouvoir d'appréciation sur la viabilité de l'entreprise défaillante. Il en résulte que la liquidation des biens peut être prononcée alors même que la situation de l'entreprise n'est pas irrémédiablement compromise. Elle n'est pas *a priori* la conséquence de l'impossibilité manifeste du redressement de l'entreprise. Mais, faute de concordat proposé par le débiteur dans les délais requis ou lorsque le concordat proposé n'est pas jugé sérieux (Cf. *Tribunal de Grande instance de Ouagadougou, jugement n° 224 du 20 mars 2002, Requête aux fins de liquidation judiciaire de la SOTRAO, Obadata J.-04-187*), notamment à cause de la négligence du débiteur, le tribunal se résoudra à prononcer la liquidation des biens. Or, l'entreprise peut encore, au moment où la juridiction est saisie, présenter des chances sérieuses de redressement (Cf. *cependant, FENEON (A.), Aperçu de la jurisprudence OHADA en matière de procédures collectives, op. cit., n° 24, qui affirme que les tribunaux africains motivent leur jugement sur le caractère irrémédiablement compromis de l'exploitation et l'absence de possibilité de redressement*).

14. Le tribunal saisi prononce la liquidation des biens dans les mêmes conditions et avec des effets quasi-identiques au jugement d'ouverture du redressement judiciaire. Ainsi, le jugement ouvrant ou prononçant la liquidation fixe la date de cessation des paiements qui est, à défaut, celle du jugement d'ouverture. Le tribunal compétent nomme les organes de la procédure : le juge-commissaire et le syndic. Des contrôleurs, choisis parmi les créanciers, sont éventuellement nommés par le juge-commissaire et l'assistent dans sa mission de surveillance du déroulement de la procédure en veillant aux intérêts des créanciers (Cf. *MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D.), THOUVENOT (S.), Le droit uniforme*

africain des affaires issu de l'OHADA, LITEC, 2006, n° 869 et s.). Outre le dessaisissement du débiteur, le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, de tous intérêts et majoration de retard de toutes les créances (Acte uniforme, Art. 77), ainsi que le cours des inscriptions de toute sûreté mobilière ou immobilière (Acte uniforme, Art. 73). La décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles ainsi que les voies d'exécution en application de l'article 75 de l'Acte uniforme (Cf. *CA de Dakar, arrêt n° 222 du 12/04/2001, Abdoulaye DRAME ès qualité de liquidateur de la Nationale d'Assurance C/CBAO S. A Mamadou NDIAYE et 24 autres, Obadata J.-06-59*). Enfin, au titre des règles communes avec le redressement judiciaire, il faut citer celles qui sont relatives à la production et à la vérification des créances et au régime des inopposabilités de la période suspecte.

15. Le jugement d'ouverture de la liquidation des biens emporte cependant certains effets spécifiques. Aux termes de l'article 53 de l'Acte uniforme, la décision qui prononce la liquidation des biens d'une personne morale emporte, de plein droit, dissolution de celle-ci. Toutefois, en vertu du principe énoncé en droit commun, la personnalité morale subsiste pour les besoins de la liquidation. Le jugement de liquidation des biens entraîne en outre la déchéance du terme, mais à l'égard du débiteur seulement. Ce qui signifie que les cautions et coobligés continuent à bénéficier du terme contractuel. Par ailleurs, le prononcé de la liquidation des biens constitue les créanciers en état d'union. Ils sont dès lors unis pour procéder à la réalisation des biens du débiteur (Cf. *SAWADOGO (F. M) Droit des entreprises en difficultés, op. cit. n° 305 et s.*). Enfin, la continuation de l'exploitation du débiteur, soumis à une procédure de liquidation des biens, doit être autorisée par la juridiction compétente et pour les besoins de la liquidation. Il en est ainsi par exemple lorsqu'il s'agit d'aller au terme d'un cycle de production déjà engagé permettant de transformer en produits finis un stock de matières premières ou pour préparer, dans les meilleures conditions possibles, la cession envisagée d'une unité de production autonome.

Quelle qu'en soit la modalité, la liquidation des biens, décidée par le tribunal compétent, doit être conduite par au moins un syndic liquidateur.

II - Désignation du syndic liquidateur

16. La juridiction compétente désigne le syndic qui sera chargé de mener à bien les opérations de réalisation de l'actif et d'apurement du passif. La réglementation et le statut du syndic dépendent des législations de chaque État partie. Dans tous les cas, aucun parent ou allié du débiteur jusqu'au quatrième degré inclusivement ne peut être désigné syndic. La juridiction compétente pourra, le cas échéant, révoquer ultérieurement le syndic ou lui adjoindre un ou plusieurs

autres syndics, sur proposition du juge-commissaire. Le débiteur ou un créancier est fondé à solliciter du juge-commissaire de saisir à cette fin le tribunal compétent. Les jugements de nomination comme ceux qui ordonnent la révocation du syndic ne sont susceptibles ni d'opposition ni d'appel.

17. Le syndic assume trois missions particulières dans le cadre de la liquidation des biens. Il a d'abord une mission de représentation des créanciers. À ce titre, il effectue ou parachève la vérification des créances et procède à l'établissement de l'état des créances (Acte uniforme, art. 146, al. 3 *in fine*). Il en est ainsi, contrairement au droit français (Cf. *SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 1089*), même s'il apparaît que les deniers devant provenir de la réalisation de l'actif seront entièrement absorbés par les frais de justice et les créances privilégiées. Il est en effet possible que ces créances soient mises à la charge des dirigeants sociaux condamnés à supporter tout ou partie du passif de l'entreprise défaillante. Le syndic remplit ensuite une mission de représentation du débiteur. Dans ce cadre, il assure la gestion du patrimoine du débiteur, dessaisi (Cf. *ANOUKAHA (F.), op. cit., n° 17*). Il exerce en outre, les droits et actions concernant le patrimoine du débiteur (Cf. *en droit comparé français, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 1090*). Il est naturellement le destinataire de tous actes de procédure adressés au débiteur.

18. Mais la mission essentielle confiée au syndic consiste à diriger et à conduire la procédure de liquidation des biens. Le syndic, en sa qualité de mandataire judiciaire, est l'organe central de la procédure. Il est chargé de conduire toutes les opérations de réalisation de l'actif du débiteur et d'apurement du passif. C'est dans cette optique qu'il poursuit seul la vente des marchandises et biens mobiliers du débiteur, le recouvrement des créances et le règlement des dettes. Afin d'accélérer la procédure, le syndic est habilité à céder les créances à long terme du débiteur et, avec l'autorisation du juge-commissaire, à transiger et à compromettre sur toutes les contestations qui intéressent la masse des créanciers, y compris celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers. Dès son entrée en fonction, il doit procéder à l'évaluation de l'actif disponible ou réalisable ainsi que le passif chirographaire ou garanti par une sûreté réelle spéciale ou un privilège. Le rapport qu'il communique au juge-commissaire à cet effet doit, en outre, mentionner « tous renseignements sur une éventuelle responsabilité pécuniaire du ou des dirigeants » de la personne morale défaillante. Il engage naturellement sa responsabilité civile délictuelle pour toutes les fautes qu'il commettrait à l'occasion de sa mission de liquidateur.

Outre la nomination des organes de la procédure, le jugement prononçant la liquidation des biens emporte dessaisissement du débiteur.

B - Dessaisissement du débiteur

19. Le dessaisissement consiste à priver le débiteur de l'exercice de tout ou partie de ses droits sur les biens qu'il détient dans la gestion et l'administration de son entreprise. Il s'agit d'une règle classique du droit de la faillite reprise par le législateur communautaire africain (Cf. PEROCHON (F.), BONHOMME (R.), *op. cit.*, n° 374 et s. ; Yves GUYON, *Droit des affaires, Tome 2- Entreprise en difficultés. Redressement judiciaire-Faillite, 8^e édition, Economica 2001, n° 1302 et s.*). L'Acte Uniforme recueille la solution consacrée par la loi française du 13 juillet 1967 en distinguant le dessaisissement dans la liquidation des biens (Acte uniforme, art. 53, al. 2) et l'assistance du débiteur dans le redressement judiciaire (Acte uniforme, art. 52). La doctrine française (Cf. Corinne. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire, Rev. Proc. coll. 2003, p. 173*) considère que le dessaisissement a pour objet de protéger les créanciers contre les actes d'appauvrissement ou simplement la gestion du débiteur alors qu'il est présumé sinon malhonnête, à tout le moins incompetent. Ce qui conduit à examiner successivement l'étendue et la sanction des restrictions apportées aux pouvoirs du débiteur, avant d'évoquer les limites autorisant la reconnaissance de pouvoirs propres au débiteur.

I - Étendue et la sanction du dessaisissement du débiteur

20. Aux termes de l'article 53, alinéa 2 de l'Acte uniforme, « la décision qui prononce la liquidation des biens emporte de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à la clôture de la procédure, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens présents et de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit, sous peine d'inopposabilité de tels actes, sauf s'il s'agit d'actes conservatoires ». Il en résulte que, dès le prononcé de la liquidation des biens, le chef d'entreprise est *ipso facto* dessaisi et donc remplacé par le syndic. La règle est d'ordre public et sa portée s'étend à l'égard de tous y compris à l'égard des tiers de bonne foi (Cf. SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives, op. cit.*, n° 2359).

21. Le dessaisissement frappe le débiteur qui ne peut plus exercer les droits d'administration et de disposition dont il était titulaire sur ses biens. Il est donc dépourvu de ses droits patrimoniaux. Le syndic a la mission d'assurer seul l'administration de l'entreprise, ce qui conduit à l'éviction du débiteur de la gestion de son entreprise. Ce dernier ne saurait accomplir seul un certain nombre d'actes comme par exemple payer une créance antérieure au jugement d'ouverture, vendre un bien ou le fonds de commerce encore moins consentir une hypothèque ou un nantissement.

22. Le dessaisissement s'applique en principe à tous

les biens présents et à venir du débiteur personne physique (Cf. GUYON (Y.), *Droit des affaires, Tome 2, op. cit.*, n° 1303). En effet, la mission du syndic ne paraît pas se limiter, comme semblent l'admettre certains auteurs en droit français, aux biens affectés à la gestion de l'entreprise (Cf. JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 691). Le fondement de cette solution extensive réside dans le principe de l'unité du patrimoine. Ainsi, s'agissant du débiteur personne physique commerçante, tous ses biens y compris ceux qui ne sont pas affectés à son exploitation commerciale sont concernés par la procédure collective (Cf. RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial, Tome 2, op. cit.*, n° 3216). Ils constituent en effet le gage général des créanciers et doivent, de ce fait, servir à l'apurement du passif. En outre, si le débiteur est marié sous le régime de la communauté des biens, la mission de représentation du syndic englobe les biens communs compris dans le gage général des créanciers (Cf. *Pour une illustration en droit français, SOINNE (B.), note sous Cass. com., 14 mai 1996, PA n° 87, du 19 juillet 1996*) à la notable exception des gains et salaires du conjoint.

23. S'agissant de la sanction du dessaisissement, sous l'empire des textes antérieurs à la loi française du 25 janvier 1985, les actes accomplis par le débiteur en violation du dessaisissement qui le frappait, étaient inopposables à la masse des créanciers (Cf. RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial, Tome 2, op. cit.*, n° 3218 ; SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives, op. cit.*, n° 2365). La sanction était encourue nonobstant la bonne foi des tiers qui avaient contracté avec le débiteur. C'est cette solution qui a été reprise par l'Acte uniforme dans l'article 53. Ainsi, les actes faits en violation du dessaisissement n'encourent pas la nullité car le débiteur est simplement dessaisi de ses pouvoirs d'administration ou de disposition et en aucune manière frappé d'incapacité (Cf. JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 699). En outre, l'action en inopposabilité ne peut être déclenchée que par le syndic liquidateur, garant de l'intérêt collectif des créanciers. Toutefois, le législateur OHADA a pris des mesures visant à prévenir des blocages dans le fonctionnement normal de l'entreprise si le syndic n'exerce pas avec diligence les pouvoirs qui lui ont été confiés par la loi dans l'intérêt de la procédure. Ainsi, si le syndic n'accomplit pas les actes d'administration ou de disposition qui lui ont été légalement confiés, il peut être contraint à la demande de ces derniers ou des contrôleurs par décision du juge-commissaire (Acte uniforme, art. 53, al. 3).

L'étendue des pouvoirs reconnus au syndic liquidateur au détriment du débiteur dessaisi admet cependant quelques limites.

II - Limites du dessaisissement du débiteur

24. Aux termes de l'article 53, alinéa 2 de l'Acte uniforme, le débiteur peut valablement accomplir seul, sans

la représentation ou l'assistance du syndic, les actes conservatoires (GUYON (Y.), *Droit des affaires*, Tome 2, *op. cit.*, n° 1304). Il s'agit des actes nécessaires à la conservation, à la sauvegarde des droits du patrimoine de l'entreprise contre ses débiteurs et à la préservation de ses capacités de production. L'article 52, alinéa 3 en donne une liste non exhaustive à savoir, le recouvrement des effets et des créances exigibles, la vente des objets dispendieux à conserver ou soumis à déperissement prochain ou à dépréciation imminente, le suivi ou l'engagement d'une action mobilière ou immobilière. On peut y ajouter le renouvellement d'une inscription hypothécaire, le fait d'interrompre une prescription, la sommation adressée à un débiteur de payer sa dette, l'exercice d'une voie de recours (Cf. CA Ouagadougou, *Chambre civile et commerciale*, arrêt n° 97 du 07 déc. 2001, *Tagui c/OUEDRAOGO Salif Déré, Ohadata J.-09-05*).

25. En outre, selon une jurisprudence constante approuvée par la doctrine française, échappent aux restrictions affectant les pouvoirs du débiteur, les droits et actions à caractère personnels qui ne peuvent pas être exercés ou accomplis par des tiers (Cf. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1110). En effet, traditionnellement, les restrictions apportées aux pouvoirs du débiteur ne s'appliquent pas aux droits et actions qui, en raison de leur caractère personnel, ne peuvent être exercés que par le débiteur ou contre lui c'est-à-dire ceux qui ne sauraient être exercés par les créanciers agissant par la voie oblique. Il en est ainsi des actions extrapatrimoniales (action d'état relative à la situation familiale, sauf lorsque l'action ayant certes un caractère moral prédominant, comporte une incidence patrimoniale : exemple divorce, modification judiciaire d'un régime matrimonial). Dans ces cas, le syndic doit intervenir volontairement ou être mis en cause. Il faut encore citer les actions en réparation d'un préjudice moral ou matériel. Dans ce cas, si le débiteur peut exercer l'action, l'indemnité allouée tombe en principe dans le gage général des créanciers, sauf à faire fixer par le tribunal le montant de l'indemnité qui présente pour lui un caractère alimentaire. Il faut encore citer les droits et actions résultant d'un bail à usage d'habitation. Dans toutes ces hypothèses, le débiteur agit seul à charge d'en rendre compte au syndic. Échappent encore au dessaisissement les biens insaisissables (Cf. RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, Tome 2, *op. cit.*, n° 3220).

26. Toutefois, le législateur africain n'a pas consacré la jurisprudence française qui a reconnu au débiteur des « droits propres » (Cf. AUBERT (F.) et PINOT (M.C.), *La personnalité morale des sociétés face au droit des procédures collectives dans la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation*, in *Mélanges BEZARD (P.)*, *Le juge et le droit de l'économie*, Petites affiches. Montchrestien 2002,

p. 288 et s., spéc. p. 299; PEROCHON (F.), BONHOMME (R.), *op. cit.*, n° 375; LIENHARD (A.), *Sauvegarde des entreprises en difficultés, le nouveau droit des procédures collectives*, 1^{re} édition, DELMAS. 2006, n° 1909).

Au demeurant, cette jurisprudence a été consacrée par la loi du 26 juillet 2005 qui a réformé le droit français des procédures collectives (Cf. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1103).

§II - Réalisation des actifs du débiteur

27. Sauf s'il a déjà fait dans le cadre d'une précédente procédure de redressement judiciaire convertie en liquidation des biens, le syndic, dans le mois de son entrée en fonction, remet au juge-commissaire, un état établi d'après les éléments en sa possession, et mentionnant à titre évaluatif, l'actif disponible ou réalisable et le passif chirographaire garanti par une sûreté réelle ou un privilège. Cette information permet d'appréhender la consistance des actifs susceptibles d'être réalisés, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers. La cession envisagée porte sur les actifs isolés ou, le cas échéant, sur un ensemble d'actifs constituant une ou plusieurs branches autonomes de l'entreprise défaillante cédées globalement.

A - Vente des actifs isolés

28. Elle correspond, en pratique, à l'hypothèse la plus répandue ; celle qui débouche sur une véritable liquidation des biens du débiteur par l'intermédiaire de ventes multiples et en ordre dispersé à des acquéreurs différents. Cette modalité de réalisation des actifs, en principe dans l'intérêt des créanciers, consacre la disparition de l'entreprise en tant qu'unité de production. Des règles générales et particulières organisent la vente des biens du débiteur en liquidation, qu'ils soient mobiliers (2) ou immobiliers (1).

I - Vente des biens immobiliers

29. La règle de principe est affirmée par l'article 150 de l'Acte uniforme : les ventes d'immeubles ont lieu suivant les formes prescrites en matière de saisie immobilière, c'est-à-dire conformément aux dispositions des articles 246 à 323 de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. La vente aura lieu aux enchères publiques dans les conditions arrêtées par le juge-commissaire. Toutefois, cette procédure comporte de nombreux aménagements. Ainsi, après avoir recueilli les observations des contrôleurs, s'il en a été nommé,

le débiteur et le syndic entendus ou dûment appelés, le juge-commissaire fixe la mise à prix et les conditions essentielles de la vente ainsi que les modalités de la publicité de la vente (Cf. SAWADOGO (F. M.), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. n° 311).

30. En outre, le juge-commissaire, dans les mêmes conditions, si la consistance des biens, leur emplacement ou les offres reçues permettent d'envisager une cession amiable plus avantageuse, peut autoriser la vente soit par adjudication amiable sur la mise à prix qu'il fixe, soit de gré à gré au prix et aux conditions qu'il détermine. Ce qui introduit une souplesse indispensable permettant de choisir la modalité de réalisation la plus appropriée (Cf. TIGER (Ph.), *Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA, Petites affiches, Numéro spécial. 13 octobre 2004, n° 205, p. 35 et s., spéc. p. 43*). Le syndic doit avoir entrepris la vente des immeubles dans le délai de trois mois suivant la décision de liquidation des biens. À défaut, le créancier hypothécaire peut exercer ou reprendre son droit de poursuite individuelle avec l'obligation d'en rendre compte au syndic. Dans la seconde hypothèse, la saisie immobilière peut alors reprendre son cours au stade où le jugement d'ouverture l'avait suspendue. Ce qui signifie *a contrario* que si, le syndic avait disposé de sa priorité d'action, il aurait été subrogé dans les droits du créancier saisissant pour les actes effectués par ses soins avant l'ouverture de la procédure. D'ailleurs, d'une manière générale, l'ordonnance du juge-commissaire qui autorise la vente d'immeubles se substitue aux commandements antérieurs tendant à saisie réelle et doit être publiée comme telle (Acte uniforme, art. 152). Selon l'article 153 de l'Acte uniforme, un cahier des charges est établi par le poursuivant ou le notaire commis. Ce dernier mentionne la décision autorisant la vente, indique les biens à céder et la mise à prix ; les conditions de la vente et les modalités de paiement du prix.

31. Il faut également indiquer que les créanciers hypothécaires ainsi que les créanciers publics (trésor public, douanes et organismes de sécurité sociale) peuvent bénéficier du mécanisme du retrait contre paiement préalable également prévu en cas de vente d'un bien mobilier. Enfin, les adjudications régulièrement faites emportent purge des hypothèques. Le syndic répartit le produit des ventes entre les créanciers suivant l'ordre qu'il fixe. Les contestations éventuelles seront portées devant la juridiction compétente.

32. De manière spécifique, la vente d'immeuble sur adjudication amiable doit obéir aux règles de la matière. L'Acte uniforme (art. 155) ajoute simplement que la décision qui autorise la vente par voie d'adjudication amiable désigne le notaire qui procédera à l'adjudication. Le notaire doit informer les créanciers inscrits et les inviter à prendre connaissance du cahier des charges dans les conditions et le délai fixés par l'article 155, alinéa. 3 de

l'Acte uniforme. Le syndic et le débiteur sont convoqués à la vente par le notaire au moins un mois à l'avance. Par rapport au droit commun de la vente aux enchères, il est possible de faire des enchères sans ministère d'avocat et d'attribuer le bien à titre provisoire pour le montant de l'offre la plus élevée, même si celle-ci n'atteint pas le montant de la mise à prix. Le juge-commissaire a le choix : ou bien il confirme l'opération ou bien il ordonne une nouvelle vente. L'article 157 de l'Acte uniforme prévoit la possibilité ouverte à toute personne intéressée de faire surenchère du 10^e par déclaration au greffe de la juridiction dans le ressort duquel réside le notaire instrumentaire. Elle permet d'obtenir un prix relativement convenable. Le juge-commissaire valide la surenchère et renvoie la nouvelle adjudication devant le même notaire qui procède conformément au cahier des charges précédemment dressé. Dans ce cas, aucune autre surenchère ne peut avoir lieu sur les mêmes biens. En cas de folle enchère, la procédure est poursuivie devant la juridiction compétente dans le ressort de laquelle réside le notaire instrumentaire. La folle enchère est la procédure qui permet de revendre un immeuble vendu aux enchères publiques lorsque l'adjudicataire ne respecte pas les clauses et conditions du cahier des charges, notamment en ne payant pas le prix (Cf. SAWADOGO (F.M.), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. n° 314).

33. La procédure des enchères ne constitue pas le mode exclusif de réalisation des immeubles. La vente d'un ou de plusieurs immeubles de gré à gré peut être autorisée par le juge-commissaire qui détermine le prix de chaque immeuble et les conditions essentielles de la vente. Les créanciers inscrits ont la possibilité de faire surenchère du 10^e sur le prix dans le délai de trente jours suivant la notification de la décision autorisant la vente de gré à gré. Passé ce délai, le syndic passe les actes nécessaires à la réalisation de la vente, soit avec l'acquéreur de son choix en l'absence de surenchère, soit avec le surenchérisseur le plus disant en cas de surenchère (Cf. SAWADOGO (F.M.), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. n° 315).

La réalisation des actifs peut aussi porter sur les biens meubles du débiteur, vendus de façon isolée.

II - Vente des biens mobiliers

34. Selon l'article 147 de l'Acte uniforme, le syndic poursuit seul la vente des marchandises et meubles du débiteur, le recouvrement des créances ainsi que le règlement des dettes de celui-ci. C'est donc au syndic liquidateur que le législateur communautaire africain a confié la maîtrise du mode de réalisation des actifs mobiliers du débiteur. Il détient par là même un pouvoir liquidatif important. Le régime institué par l'Acte uniforme permet de distinguer les dispositions de portée générale et les règles spécifiques applicables lorsque le bien à réaliser fait l'objet d'une sûreté réelle spéciale.

a - Règles de portée générale

35. Elles aménagent en réalité le pouvoir liquidatif du syndic. À ce titre, il est autorisé à céder les créances à long terme du débiteur afin d'accélérer les opérations de liquidation. Il a, en outre, le droit de compromettre et de transiger sur toutes les contestations intéressant la masse des créanciers, là aussi dans un souci de célérité de la procédure. Cependant, la décision du syndic de compromettre ou de transiger doit être homologuée par la juridiction compétente. Il n'existe en revanche aucune disposition encadrant outre mesure les modalités de réalisation des actifs mobiliers du débiteur en liquidation des biens. Le choix du mode de réalisation appartient exclusivement au syndic. Ce dernier peut donc opter à sa guise pour une vente aux enchères publiques, une vente amiable ou de gré à gré, l'objectif majeur étant d'obtenir le meilleur prix possible afin de désintéresser au mieux l'ensemble des créanciers du débiteur défaillant (Cf. SAWADOGO (F.M.), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. n° 374).

b - Règles intéressant les biens faisant l'objet d'une sûreté réelle

36. L'hypothèse envisagée concerne en réalité deux catégories de créanciers ; ceux qui disposent d'une sûreté réelle spéciale et les administrations ou organismes publics justifiant d'un privilège sur les biens mobiliers du débiteur. La première catégorie se scinde elle-même en deux pour faire apparaître d'un côté les créanciers bénéficiant d'un droit de rétention sur les biens du débiteur et, de l'autre côté, les créanciers nantis qui en sont en principe dépourvus. Ainsi, aux termes de l'article 149 de l'Acte uniforme, le syndic, autorisé par le juge-commissaire peut, en remboursant la dette, retirer au profit de la masse, le gage ou le nantissement constitué sur un bien du débiteur. Ce retrait contre paiement, bien connu en droit français (Cf. RIPERT (G.), ROBLLOT (R.), *Traité de droit commercial*, Tome 2, op. cit., n° 3259), permet au syndic de surmonter en principe la rétention du créancier gagiste en disposant d'un bien dont la valeur excède notablement le montant de la dette garantie ou lorsqu'il peut l'intégrer dans une cession globale d'actifs. C'est seulement dans ces hypothèses que ce mécanisme présente un réel intérêt pour la masse des créanciers (Cf. JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficultés*, op. cit., n° 824). Cette solution s'applique incontestablement au créancier gagiste de droit commun qui est pourvu d'un droit de rétention (Cf. CREDOT et PACCIARELLA, *À propos du retrait par le syndic d'un gage assorti d'un droit de rétention*, P.A., 7 mai 1986) ; mais aussi au simple créancier rétenteur dont la garantie primaire a été élevée au rang de sûreté à part entière, assimilable au gage, par le législateur communautaire africain. (Cf. JAMES (J.C.), *Le droit de rétention en droit uniforme africain*, Afr. Jur. Pol. La Revue du CERDIP, Vol. 1, n° 2 Juillet-Décembre 2002, p. 3). En revanche, il peut paraître surprenant que la technique du

retrait du gage ait été étendue aux biens nantis. Pourtant, on enseigne classiquement que les créanciers titulaires d'un nantissement sans dépossession, en principe non rétenteurs, ne disposent d'aucune mainmise sur le bien qu'ils ne détiennent pas effectivement et même sur lequel ils ne justifient d'aucune possession ou détention fictive (Cf. CABRILLAC (M.) et MOULY (C.), *Droit des sûretés*, 2^e édition. Litec. 1993, n° 356 et s.)

37. Au demeurant, si le gage (ou le nantissement) n'est pas retiré, le syndic peut, dans les trois mois du jugement de liquidation des biens, procéder à la réalisation forcée du bien gagé ou nanti. Or, dans cette hypothèse, le législateur communautaire africain ne consacre pas expressément la technique du report du droit de rétention sur le prix de réalisation du bien retenu. On sait, qu'en droit français, cette technique originale permet au créancier rétenteur de ne pas souffrir de la dépossession forcée qui résulte de la vente du bien par le syndic et ainsi d'éviter la loi du concours (Cf. SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 2472 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1235 ; JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficultés*, op. cit., n° 825). Faut-il en déduire que l'irréductible supériorité dont bénéficiait le créancier rétenteur gagiste ou non, avant la réforme OHADA, serait remise en cause en droit uniforme africain (Cf. GRIMALDI (M.), *L'Acte uniforme portant organisation des sûretés*, in *L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, Petites affiches, Numéro spécial, 13 octobre 2004, n° 205, p. 30 et s., spéc. n° 9, b) ? Il revient à la jurisprudence africaine de répondre à cette question. Elle peut soit confirmer une fragilisation évidente de la situation du créancier rétenteur, soit alors s'incliner devant sa suprématie naturelle découlant de l'emprise matérielle qu'il exerce sur le bien, et qui devrait conduire le syndic à le désintéresser en priorité s'il souhaite réaliser la sûreté au profit de la masse des créanciers.

38. Il est, par ailleurs, permis de se demander si les créanciers titulaires d'un gage, d'un nantissement ou d'un droit de rétention peuvent en droit uniforme africain, solliciter, avant la réalisation de la vente forcée par le syndic, l'attribution judiciaire du bien. En droit OHADA des sûretés, cette prérogative est prévue au profit du créancier gagiste auquel on assimile désormais le créancier muni d'un droit de rétention, par l'article 56-1, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant sur le droit des sûretés. Il s'agit d'un mécanisme d'éviction de la règle du concours qui se présente, en droit commun, comme une alternative à la vente (Cf. ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), MESSANVI FOLI, ISSA-SAYEG (J.), YANKHOBAN DDIAYE (I.), MOUSSA SAMB, OHADA. *Sûretés*, Collection *Droit uniforme africain*, BRUYLANT. BRUXELLES. UNIDA. JURISCOPE, 2002., n° 254). En droit français des procédures collectives, l'attribution du bien en paiement avait d'abord été reconnue au seul créancier gagiste en application de l'article 2078 du code civil français, avant

d'être étendue par la jurisprudence à l'ensemble des créanciers nantis, à défaut de dispositions spécifiques contraires (Cf. *Bernard SOINNE, Traité des procédures collectives, op. cit., n° 2467 et s.* ; *JACQUEMONT (A.), Droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 826* ; *SAINTE-ALARY-HOUIN (C.), Droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 1233 & n° 1236*). Mais le silence de l'article 149 de l'Acte uniforme introduit le doute d'autant plus que le syndic est seul habilité à entreprendre la réalisation des biens du débiteur en liquidation. Le créancier gagiste ou nanti ne retrouve son droit de poursuite individuelle, à charge d'en rendre compte au syndic, que si, dans le délai de trois mois suivant le jugement de liquidation des biens, le syndic n'a pas retiré le gage ou le nantissement ou entrepris de réaliser la sûreté. On peut estimer que ce n'est que dans cette hypothèse, que le créancier gagiste, rétenteur ou nanti, pourrait éventuellement profiter de l'inertie du syndic, soit pour procéder à la vente du bien gagé, nanti ou retenu, soit pour en solliciter l'attribution judiciaire à due concurrence. La jurisprudence devrait clarifier la portée de l'attribution judiciaire du bien, considérée comme une modalité de réalisation du gage, lorsque spécialement le débiteur fait l'objet d'une procédure de liquidation des biens.

La question des droits et prérogatives des créanciers munis de sûretés réelles spéciales se retrouve également posée en cas de cession globale d'actifs.

B - Cession globale d'actifs

39. Selon l'article 160 de l'Acte uniforme, la cession globale d'actifs porte sur tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier et, éventuellement, des unités d'exploitation (Cf. *SOINNE (B.), Traité des procédures collectives, op. cit., n° 2385 et s.*). Cette modalité de réalisation des actifs répond au souci évident d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome. La cession peut en pratique porter sur la totalité de l'entreprise, sur un fragment ou une partie de l'entreprise voire sur des facteurs de production détachés de toute clientèle spécifique ou d'exploitation effective. La cession globale ou partielle d'actif rappelle ainsi la vente d'unité de production instituée dans la phase de liquidation judiciaire par le législateur français en 1985 (Cf. *RIPERT (G.), ROBLLOT (R.), Traité de droit commercial, Tome 2, op. cit., n° 3230* ; *HAEHL, Cession globale d'unités de production, R.D.C., 1989, 310*). Elle est particulièrement recommandée en droit uniforme africain lorsqu'elle est plus avantageuse pour les créanciers que la cession isolée des biens composant l'actif du débiteur. Il convient d'en étudier les conditions et les effets.

I - Conditions

40. Le syndic suscite les offres d'acquisition et fixe le délai pendant lequel elles sont reçues. Toute personne

intéressée peut être cessionnaire à l'exclusion des dirigeants de la personne morale en liquidation des biens, des parents ou alliés de ces dirigeants ou du débiteur personne physique jusqu'au deuxième degré : il s'agit d'éviter les fraudes. Les offres d'acquisition sont déposées au greffe de la juridiction compétente et communiquées au syndic, au juge-commissaire et au représentant du ministère public. Elles doivent donc être écrites et préciser le prix proposé et ses modalités de paiement. Dans la mesure où des délais de paiement sont sollicités, ceux-ci ne peuvent excéder 12 mois et doivent être garantis par une caution bancaire. L'offre doit en outre préciser la date de réalisation de la cession. Le syndic retient l'offre qui lui paraît la plus sérieuse et la soumet pour décision au juge-commissaire en même temps que les avis recueillis auprès du débiteur et des contrôleurs (Cf. *SAWADOGO (F.M.), Droit des entreprises en difficulté, op. cit. n° 316 et s.*). Le sérieux de l'offre n'est pas précisé outre mesure ; cela dépend de l'intérêt que l'on souhaite préserver ; celui des créanciers qui recherchent un prix élevé afin d'être désintéressés, et, celui des salariés qui, en principe, espèrent le maintien de l'entreprise et des emplois qui s'y rattachent (Cf. *Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance de cession globale d'actifs n° 482/2001 du juge-commissaire de la liquidation des biens de la société Nouvelles Brasseries Africaines (NBA), Obadata.J-05-53*).

II - Effets

41. Le syndic passe les actes nécessaires à la réalisation de la vente. La cession globale ou partielle d'actifs produit les mêmes effets que ceux qui sont prévus par l'article 133 de l'Acte uniforme en cas de cession en bloc d'une partie de l'actif dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire. Le juge-commissaire ordonne la cession globale en affectant une quote-part du prix de cession à chacun des biens compris dans l'ensemble cédé pour la répartition du prix et l'exercice des droits de préférence. Il en résulte deux conséquences à l'égard des créanciers munis de sûretés réelles spéciales. D'abord, cette quote-part n'équivaut nullement ni à la valeur du bien engagé ni *a fortiori* au montant de la créance garantie. En d'autres termes, le créancier titulaire de sûreté ne pourra pas exercer son droit de préférence sur la valeur réelle ou économique du bien grevé qui lui est pourtant affectée en priorité, mais sur une partie du prix de vente globale des actifs du débiteur dont la fixation n'obéit à aucun critère objectif précis. Ensuite, le droit de préférence des titulaires de sûretés réelles risque de se révéler bien illusoire en présence de créanciers venant en rang utile dans la hiérarchie établie par l'Acte uniforme. En définitive, en cas de cession globale d'actifs, il n'existe aucune affectation prioritaire et exclusive de la partie du prix au profit du créancier garantie. Il s'expose ainsi à recevoir un paiement partiel ou insignifiant.

Dans tous les cas, la réalisation des actifs, qu'elle soit globale ou isolée, poursuit un objectif principal qui

est d'apurer le passif en vue de clôturer la procédure à l'issue des opérations de liquidation.

§III - Apurement du passif et clôture de la liquidation

42. La liquidation des biens est une procédure collective tout entière orientée vers l'apurement du passif. Elle s'inscrit, en cela, dans la tradition du droit de la faillite dont la finalité principale a toujours été de régler les dettes du débiteur. Mais, il arrive que l'achèvement de la répartition des fonds provenant des actifs liquidés se solde par la clôture de la procédure sans pour autant que tous les créanciers soient effectivement et totalement désintéressés. Se pose alors le sort du droit de poursuite individuelle des créanciers à l'issue de la procédure.

A - Apurement du passif

43. En droit uniforme africain, l'apurement du passif est l'objectif commun assigné à toutes les procédures collectives. Il prend cependant une importance singulière en cas de liquidation des biens, puisqu'il en constitue la raison d'être, sauf à considérer, mais de manière marginale, la cession globale des actifs constituant une branche autonome d'activités ou encore les sanctions patrimoniales infligées au débiteur ou aux dirigeants sociaux. Sous cette réserve, l'apurement du passif obéit à des principes fondamentaux qui débouchent sur des règles spécifiques relatives à la répartition des fonds entre les différents créanciers du débiteur.

I - Principes fondamentaux de l'apurement du passif

44. Comme dans la phase de réalisation des actifs, le juge-commissaire et le syndic jouent un rôle déterminant dans le cadre de l'apurement du passif. Ainsi, aux termes de l'article 164 de l'Acte uniforme, « le juge-commissaire ordonne, s'il y a lieu, une répartition des deniers entre les créanciers, en fixe la quotité et veille à ce que tous les créanciers en soient avertis ». Le syndic adresse à chaque créancier un chèque correspondant au montant de son dividende. La répartition s'opère à l'égard des seuls créanciers dont la créance a été vérifiée et admise. Les fonds alloués aux créanciers provisoirement admis et aux dirigeants sociaux dont le sort est en cours d'examen sont mis en réserve tant qu'il n'aura pas été statué sur leur cas. Le montant de l'actif à répartir est déduit des frais de la procédure et des secours éventuels concédés au débiteur et à sa famille. Il faut noter que les frais et dépenses de la procédure dont les honoraires du syndic

sont prélevés sur l'actif en proportion de la valeur de chaque élément de l'actif par rapport à l'ensemble (Cf. SAWADOGO (F.M.), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. n° 322). Il y a là une règle qui tente de sauvegarder les droits des créanciers titulaires de sûretés sur les biens cédés.

45. En principe, conformément au droit commun, le prix de vente d'un bien grevé de sûretés réelles spéciales, doit servir à désintéresser les créanciers titulaires de ces sûretés qui bénéficient d'un droit de préférence (Cf. MAZEAUD (H.L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, Tome III, premier volume. Sûretés. Publicité foncière, 7^e édition par Yves PICOD, Montcbrestien, n° 54*; JAMES (J.C.), *Le droit de rétention en droit uniforme africain*, op. cit., n° 43). Mais, si le prix de vente d'un bien spécialement affecté à une sûreté est insuffisant à payer la créance en principal et intérêts, le créancier titulaire de la sûreté est traité, pour le reliquat non payé de sa créance, comme un créancier chirographaire. En d'autres termes, les titulaires de sûretés réelles spéciales vont participer aux répartitions générales de dividendes comme les créanciers chirographaires en raison de leur droit de gage général sur le patrimoine du débiteur.

46. Cependant, la principale source d'inquiétude, pour les titulaires de sûretés réelles spéciales, réside dans l'importance et l'interférence des privilèges, qu'ils soient généraux ou spéciaux, mobiliers et/ou immobiliers. Ces privilèges ont en effet, pour assiette, un ensemble de biens (mobiliers et/ou immobiliers) ou un bien déterminé, qui peut être grevé d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque. En raison de l'étendue des créances qu'ils garantissent et de leur classement, ces privilèges risquent de réduire la part des dividendes devant revenir aux titulaires de sûretés réelles spéciales sur le produit des réalisations des actifs grevés.

47. Les principes de répartition des actifs liquidés empruntent au droit commun des sûretés. Ainsi, aux termes de l'article 148 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, l'hypothèque conventionnelle est primée par le privilège général des frais de justice et le super-privilège des salaires. Mais, le créancier hypothécaire passe avant les bénéficiaires de privilèges généraux soumis à publicité selon le rang de leur inscription au RCCM et les privilèges généraux non soumis à *publicité* (Cf. ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), MESSANVI FOLI, ISSA-SAYEG (J.), YANKHOBANNDIAYE (I.), MOUSSA SAMB, OHADA. *Sûretés*, op. cit., n° 596 et s.). En cas de pluralité de créanciers hypothécaires sur le même immeuble, l'ordre de priorité est déterminé par l'ordre des inscriptions, les hypothèques prenant rang au jour de leur inscription. Les privilèges du fisc, de la douane et de la sécurité sociale sont nécessairement soumis à publicité dès lors que la somme garantie excède le plafond de l'exécution provisoire des décisions de justice. Ils ne sont efficaces que s'ils sont inscrits au RCCM. L'ins-

cription conserve ces privilèges pendant trois années à compter du jour où elle a été prise et son effet cesse sauf renouvellement demandé avant l'expiration de ce délai. Ces privilèges occupent le 5^e rang dans la hiérarchie des privilèges généraux établie par l'article 107 et la 5^e ou la 7^e place dans le classement de l'article 149 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

48. L'Acte uniforme sur les sûretés prévoit sept privilèges mobiliers spéciaux, en même temps qu'il laisse aux États parties, le soin d'en créer de nouveaux ou de maintenir dans leur législation ceux établis par le code civil ancien (Cf. ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), MESSANVI FOLI, ISSA-SAYEG (J.), YANKHOBAN DIALYE (I.), MOUSSA SAMB, OHADA. *Sûretés*, op. cit., n° 402 et s.). Au nombre de ces privilèges, le privilège du conservateur de la chose est le plus redoutable (Cf. GRIMALDI (M.), op. cit., n° 9, a). Le conservateur privilégié bénéficie naturellement d'un droit de préférence dont le rang est variable. Ainsi, s'il est en concours avec des créanciers dont la créance est antérieure à la sienne, le privilège du conservateur vient immédiatement après les frais de justice et avant tous les créanciers antérieurs donc, au second rang de la hiérarchie établie par l'article 149. S'il est en revanche en concours avec des créanciers dont le titre de créance est postérieur à son intervention, le privilège vient, à l'instar des autres privilèges mobiliers spéciaux, au 6^e rang de la hiérarchie de l'article 149 précité (Cf. ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), MESSANVI FOLI, ISSA-SAYEG (J.), YANKHOBAN DIALYE (I.), MOUSSA SAMB, OHADA. *Sûretés*, op. cit., n° 611 et s.).

Ce classement de droit commun subit quelques tempéraments en droit des procédures collectives.

II - Règles relatives à l'ordre de paiement des créanciers

49. Les règles relatives à l'ordre de paiement résultent des articles 166 et 167 de l'Acte uniforme selon que l'on soit en matière mobilière ou immobilière (Cf. sur la question : TIGER (P.), *Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA*, op. cit., p. 43 ; SAWADOGO (F.M.), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. n° 272 et s.). Ainsi, le produit de la vente des immeubles est réparti en priorité aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix ; puis aux créanciers de salaires super-privilégiés en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif. Ces deux catégories de créanciers priment donc les créanciers hypothécaires qui viennent en troisième position dans l'ordre de paiement établi par l'article 166, au même titre que les créanciers séparatistes, en fonction de leur inscription au livre foncier. Les trois derniers rangs de la hiérarchie sont occupés respectivement et, selon l'ordre de priorité, par les créanciers de la masse, les créanciers munis d'un privilège général et les créanciers

chirographaires. Il est à noter que le législateur OHADA, à l'instar du législateur français lors de la réforme de 1994, a accordé la primauté aux créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale sur les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture (créanciers de la masse).

50. La mise en œuvre de ce classement obéit à des critères précis. Il faut d'abord observer que les créanciers d'un rang supérieur doivent être intégralement payés avant les créanciers du rang suivant et ainsi de suite. Dès lors, le paiement des créanciers du rang inférieur dépend très largement, d'une part, du nombre des créanciers du rang supérieur et de l'importance de leurs créances respectives ; d'autre part, du montant du produit des réalisations immobilières. Ensuite, à l'intérieur d'une même catégorie, lorsque les deniers sont insuffisants pour désintéresser les créanciers venant à rang égal, comme c'est souvent le cas en pratique, le règlement s'effectue au marc le franc proportionnellement à leurs créances respectives (Cf. Pour illustration, Tribunal régional hors classe de Dakar, Ordonnance de distribution n° 1447/2001 du 15 novembre 2001 du juge-commissaire Cheikh Tidiane LAM).

51. L'ordre de paiement des créanciers sur le produit de réalisation des meubles est prévu par l'article 167 de l'Acte uniforme. L'analyse de ce texte suscite deux remarques. La première permet de constater le sort peu enviable réservé aux créanciers munis de sûretés réelles spéciales qui occupent les quatrième et cinquième places du classement de l'article 167. Ces derniers sont, en effet, devancés, selon l'ordre de priorité, par les créanciers de frais de justice engagés pour la réalisation du bien et la distribution du prix, les créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date et enfin les créanciers de salaires super-privilégiés. La seconde remarque concerne la situation des créanciers gagistes et rétenteurs. L'Acte Uniforme OHADA ne consacre pas expressément la règle bien connue en droit français du report du droit de rétention sur le prix de la réalisation forcée du bien grevé. Il s'agit d'un mécanisme d'éviction de la règle du concours qui découle de la mainmise physique, du pouvoir de fait, que le créancier gagiste ou rétenteur exerce sur la chose engagée. Ce qui lui permet d'opposer son droit de rétention aussi bien au syndic liquidateur qu'aux créanciers venant en rang utile, et par là même, de bénéficier d'une primauté irréductible (Cf. SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives* op. cit., n° 246 et s. ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 825). La jurisprudence devrait donc logiquement n'appliquer le classement prévu à l'article 167 de l'Acte uniforme que lorsque le créancier prendrait lui-même l'initiative de la vente du bien grevé en cas d'inaction du syndic.

Dans tous les cas, à l'issue des opérations de liquidation conduisant en principe à l'apurement du passif, la procédure doit être clôturée.

B - Clôture de la procédure de liquidation des biens

52. Aux termes de l'article 170 de l'Acte uniforme, à l'issue des opérations de liquidation des biens, le syndic, en présence du débiteur ou celui-ci dûment appelé par le greffier, rend ses comptes au juge-commissaire qui, par procès-verbal, constate la fin des opérations de liquidation. Le procès-verbal est ensuite transmis à la juridiction compétente qui clôturée la procédure de liquidation des biens et dont la décision emporte dissolution de l'union. Ce schéma idéal suppose que les opérations de liquidation ont permis de désintéresser les créanciers et, donc, d'apurer le passif. Mais, en règle générale, l'importance du passif et la modestie de l'actif réalisable imposent un autre mode de clôture de la procédure au grand dam des créanciers.

I - Clôture pour insuffisance d'actifs

53. La liquidation des biens peut s'achever pour insuffisance d'actifs. En effet, aux termes de l'article 173 de l'Acte uniforme, la juridiction compétente peut, sur rapport du juge-commissaire, prononcer, à la demande de tout intéressé ou même d'office, à quelque époque que ce soit, la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif, si les fonds manquent pour engager ou parachever les opérations de liquidation des biens. Il en est ainsi lorsqu'il n'y a pas d'actif ou lorsque les frais de réalisation de l'actif excèdent notablement les recettes espérées. Ce mode de clôture de la procédure risque d'être le plus fréquent en raison de l'ouverture tardive de la procédure. Il se justifie par la nécessité d'éviter de continuer des opérations qui vont générer des frais inutiles. Dans ce cas, l'article 173 se heurte aux articles 84 et 146, alinéa 3, de l'Acte uniforme. Ces textes énoncent en effet la règle de la vérification obligatoire des créances alors même que l'insuffisance d'actif est avérée dès le début de la procédure.

54. Dans l'hypothèse de la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif, les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle en application de l'article 174 de l'Acte uniforme. Cependant, en droit africain, la décision de clôture pour insuffisance d'actif peut être rapportée à la demande du débiteur ou de tout autre intéressé s'il est justifié que des fonds nécessaires aux frais des opérations ont été consignés entre les mains du syndic (Acte uniforme, art. 175). Dans ces conditions, la clôture pour insuffisance d'actif revêt un caractère suspensif. Le jugement de clôture pour insuffisance d'actif scelle la cessation de la mis-

sion du syndic. Pour mettre un terme à la procédure, le syndic doit déposer ses comptes au greffe dans les trois mois de la clôture. Un délai de 8 jours est accordé au débiteur pour les contester. En cas de contestation la juridiction compétente se prononce. La décision de clôture pour insuffisance d'actif est publiée dans les mêmes conditions que le jugement d'ouverture de la procédure ; c'est à partir de celui-ci qu'il est opposable et produit ses effets légaux, conformément aux articles 36 et 37 de l'Acte uniforme (Cf. *Tribunal de grande instance du Wouri, jugement civil n° 372 du 4 mai 2000, affaire Liquidation Foraco Cameroun, Ohadata J.- 05-26*).

55. Ce mode de clôture de la procédure de liquidation des biens permet aux créanciers de recouvrer leur droit de poursuite individuelle (Cf. *dans le même sens sous l'empire de la loi française du 13 juillet 1967, SOINNE (B.), Traité des procédures collectives, op. cit., n° 2508*). Il y a là certes, la satisfaction d'une exigence de morale des affaires fondée sur le respect par le débiteur de ses engagements ; mais on peut s'interroger sur l'efficacité d'une telle option, sauf pour le débiteur à redevenir très rapidement *in bonis* ; ce qui est illusoire. Le droit OHADA diffère ainsi du droit français qui, sur le principe, consacre l'extinction du droit de poursuite des créanciers impayés contre le débiteur, en cas d'insuffisance d'actif, sous réserve des exceptions que la loi du 26 juillet 2006 a considérablement aménagées. (Cf. *LIENHARD (A.), Sauvegarde des entreprises en difficulté, le nouveau droit des procédures collectives, op. cit., n° 2115*; *JACQUEMONT (A.), Droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 847 et s.*; *SAINTE-ALARY-HOUIN (C.), Droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 1229 et s.*). Le retour à meilleure fortune du débiteur n'est pas davantage une condition de reprise du droit de poursuite des créanciers.

La clôture pour insuffisance d'actif ne doit pas être confondue avec la clôture pour extinction du passif.

II - Clôture pour extinction du passif

56. Ce dernier mode de clôture a été institué en droit français par le décret du 20 mai 1955 sous l'appellation de clôture pour défaut d'intérêt de la masse avant d'être reprise par les lois de 1967 et 1985 (Cf. *SOINNE (B.), Traité des procédures collectives, op. cit., n° 2493 et s.*; *JACQUEMONT (A.), Droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 846*). La solution a été consacrée en droit OHADA dans l'article 178 de l'Acte uniforme. Aux termes de ce texte, la juridiction compétente prononce, à toute époque, à la demande du débiteur ou du syndic, ou même d'office, la clôture de la procédure lorsqu'il n'existe plus de passif exigible ou lorsque le syndic dispose de fonds suffisants ou encore lorsque les sommes dues ont été consignées ou déposées sur un compte spécial bancaire ou postal ou auprès du

trésor public. En effet, la procédure ne s'ouvrant que par la cessation des paiements, il est normal qu'elle prenne fin à toute époque, après l'arrêté des créances, tant que la procédure de redressement judiciaire n'est pas close par une décision d'homologation du concordat ou l'union par une décision intervenue dans les conditions de l'article 170 de l'Acte uniforme.

57. Ce dénouement exceptionnel de la procédure est décidé sur le rapport du juge-commissaire constatant la réunion des conditions édictées par l'article 178 suscitée. La clôture pour extinction du passif implique en pratique, soit la prise en charge du passif par un tiers, par exemple une société mère pour l'une de ses filiales, soit la cession globale des actifs ou même la réalisation des biens isolés dans des conditions relativement idéales. Il en est ainsi en particulier lorsque la liquidation a été prononcée, faute de concordat sérieux proposé par le débiteur dans les délais requis, alors même que la situation du débiteur n'est pas irrémédiablement compromise ou désespérée. La clôture pour extinction du passif met fin aux fonctions du syndic et rétablit le débiteur dans tous ses droits. Il n'en demeure pas moins que cette décision ne permet pas le maintien de la personne morale qui a été dissoute par l'effet du jugement de liquidation des biens. La décision de clôture pour extinction du passif est publiée dans les conditions des articles 36 et 37 de l'Acte uniforme.

Conclusion

58. Au terme de cette étude, la liquidation des biens aménagée par le droit OHADA des procédures collectives, suscite trois observations. Il faut d'abord relever la marque indélébile du droit classique français issu pour l'essentiel de la loi du 13 juillet 1967. Le texte OHADA emprunte la terminologie, la logique, la technique et la finalité originelle de la procédure française, rebaptisée liquidation judiciaire depuis la loi du 25 janvier 1985. Ce dispositif demeure globalement intact malgré les évolutions législatives successives. Il convient ensuite de noter un certain pragmatisme du législateur communautaire africain, notamment à propos de la réalisation des actifs du débiteur et l'apurement de son passif. La liquidation des biens du droit OHADA conserve certes, le caractère traditionnel de saisie collective des biens du débiteur destinée à désintéresser en priorité les créanciers, mais elle poursuit aussi insidieusement la sauvegarde des unités de production susceptibles d'exploitation autonome. Enfin, – singularité ou originalité – la reprise des poursuites individuelles des créanciers à l'issue de la procédure a été clairement affirmée. Il faut cependant souligner le sort peu enviable, source d'incertitude, réservé au créancier gagiste ou rétenteur, désormais, du moins *a priori*, dans l'impossibilité d'éviter la loi du concours en face de créanciers venant en rang utile, lorsque le bien engagé n'a pas été retiré au profit de la masse.

Jean Claude JAMES

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

- Acte (s)
 - Acte (s) 17, 20, 21, 23,30, 33, 41
 - actes d'appauvrissement 19
 - actes conservatoires 20, 23, 24
 - actes d'administration 23
 - actes de procédure 17
- Action (s)
 - action 12
 - immobilière 18, 24
 - en inopposabilité 23
 - mobilière 24
 - à caractère personnel 25
 - extrapatrimoniale 25
- Actif
 - disponible 18, 27
 - Insuffisance d' 53, 54, 55
- Adjudication
 - adjudication amiable 30, 32
 - adjudications 31
- Appel
 - jugement d'ouverture 12
 - délai 12
 - décision de révocation du syndic 16
- Avertissement
 - avertissement 11

B

- Bail
 - à usage d'habitation 25

C

- Cautions
 - Caution 15
 - caution bancaire 40
- Cessation de paiement
 - cessation des paiements 4, 11, 56
- Cession
 - d'actif 39, 41
- Commerçant
 - personne physique commerçante 23
- Compromis
 - Compromis 7
- Concordat
 - de redressement 3
 - rejet 13
- Conjoint
 - Conjoint 22

Contrôleur

- Contrôleurs 14, 23, 28, 40
- Conversion
 - du jugement de redressement judiciaire en liquidation des biens 4
- Coobligé
 - Coobligé 15
- Créanciers
 - Créanciers 2, 3, 4, 7, 11, 19, 49, 51,52
 - intérêt des créanciers 6, 14, 28
 - contrôleurs : 14
 - représentation des créanciers 17
 - masse 18, 23, 35,49
 - gage général 22, 25
 - voie oblique 25
 - hypothécaires 30, 31, 47
 - publics 31
 - inscrits 32, 33
 - nantis 36, 38
 - titulaires de sûretés 38, 44, 45, 49
 - chirographaires 45, 49
 - ordre de paiement 31, 49, 50, 51,
 - rétenteurs 36, 37, 38, 51

D

- Déchéance
 - déchéance du terme 15
- Décision
 - d'ouverture 11, 12, 14
 - du tribunal 12
 - de justice 47
 - liquidation 20, 30
 - vente de gré à gré 33
 - de clôture 54, 57
- Délai
 - délais de paiement 40
- Dépense
 - dépenses de la procédure 44
- Dessaisissement
 - étendue et sanction 14, 20, 21, 22, 23, 24
 - limites 24, 25, 26
- Dividendes
 - dividendes 44, 46
- Douane
 - Douanes 31
- Droit de rétention
 - admission 36
 - report 37
 - attribution judiciaire 38

E

- Exécution
 - provisoire 47
- Extinction
 - passif 56, 57

F

- Faillite
 - faillite 3, 19, 42
 - de fait 11
 - virtuelle 11
 - personnelle 12
- Fisc
 - Fisc 47
- Fonds de commerce
 - fonds de commerce 21
- Frais
 - frais de réalisation de l'actif 53, 54
 - de conservation 51
 - de justice 17, 47, 48, 49, 52
 - de la procédure 44
- Fraude
 - fraudes 40

G

- Gage
 - retrait 36, 37
 - attribution judiciaire 38,
 - rang 46
 - général 22, 25, 45
- Greffier
 - Greffier 11, 52

H

- Hypothèque 21, 31, 46, 47

I

- Incapacité
 - Incapacité 23
- Inopposabilité 14, 20, 23
- Inscription
 - de sûretés 14
 - hypothécaire 24
 - au RCCM : 47
 - au livre foncier 49
- Intérêt 14

J

- Jugement
 - De redressement judiciaire ou de liquidation des biens 4, 9, 11, 12, 14, 15, 54

- désignation du syndic liquidateur 16
- Juge-commissaire 14, 18, 19, 24, 27, 29, 30, 32,33, 36, 40,57
- Juridiction compétente 3, 4, 5, 11, 13, 14, 15, 32, 54,56

L

- Liquidation des biens
 - jugement 9, 11,15, 30
 - réalisation des actifs 3, 18, 27,28, 29
 - réalisation forcée du bien gagé ou nanti 37
 - apurement du passif 42, 43,44
 - clôture 52, 53, 54, 55, 56

M

- Mandataire judiciaire 18
- Masse des créanciers 18, 23, 35, 36, 37,49, 58
- Ministère public 12, 40

N

- Nantissement 21, 36, 37, 38, 46

O

- Ordre de paiement 49, 50, 51
- Organisme public 36

P

- Paiement
 - déclaration de cessation de paiement 4
 - cessation de paiement 11, 14, 56
 - prix de la vente 30
 - retrait contre paiement 31, 36

Passif

- exigible 56
- Apurement 3, 7, 17,18, 22, 42 à 51
- Chirographaire 27

Période suspecte 14**Privilège**

- Privilège 27, 36, 46, 47, 48,49
- super-privilège 47, 49, 51
- douane 47
- fisc 47
- sécurité sociale : 47

Production

- production des créances 11

R**Redressement judiciaire**

- Objectif 3
- Jugement 4
- conversion en liquidation des biens 13
- jugement d'ouverture 14
- assistance débiteur 20
- cession d'actifs 41

RCCM

- registre du commerce et du crédit mobilier 11

Règlement préventif 3, 4

- Répartition du prix, des deniers 41, 42, 43,44, 45,47,49

Représentation du débiteur 17,18**S****Saisie immobilière**

- saisie immobilière 29, 30, 32

Salaire

- du conjoint 23

- super privilège des salaires : 47, 49, 51

Sauvetage

- sauvetage de l'entreprise 6

Sécurité sociale 31, 47**Sûreté 7, 44 et s.****Surenchère 32, 33****Syndic**

- Liquidateur 7, 9
- Publicité 11
- Désignation/Missions 16 et s.
- conduite de la procédure 18 et s.
- dessaisissement débiteur 21 et s.
- réalisation des actifs 27, 28
- vente des biens immobiliers 29 et s.
- vente des biens mobiliers 34 et suivants
- cession globale d'actif 39 et s.
- apurement du passif 44 et s.
- clôture 53 et s.

U**Union**

- état d'union 15,
- clôture, dissolution 52, 56

V**Viabilité de l'entreprise**

- viabilité de l'entreprise 5, 13

Voies de recours

- voies de recours 12

MODÈLE D'INTÉGRATION JURIDIQUE OHADA

Table des matières

Introduction n° 1

Section I - Notion de modèle d'intégration n° 2-23

§1 - Notion de modèle d'intégration in abstracto n° 4-14

A - Théories explicatives des modèles d'intégration n° 5-8

I - Théorie transactionnaliste n° 6

II - Théorie fonctionnaliste n° 7

III - Théorie systémique n° 8

B- Différentes conceptions de l'intégration n° 9

I - Conception volontariste n° 10

II - Conception libérale n° 11

III - Conception géographique n° 12

IV - Conception politique n° 13

V - Conception institutionnelle n° 14

§2 - Notion de modèle d'intégration in concreto n° 15-22

A - Multiplicité des modèles d'intégration n° 16-18

I - Modèle européen d'intégration : cas de l'Union Européenne n° 17

II - Modèle américain d'intégration : ALENA n° 18

B- Types de modèles d'intégration n° 19-22

I - Intégration économique n° 20

II - Intégration politique n° 21

III - Intégration monétaire n° 22

Section II - Spécificité du modèle d'intégration juridique OHADA n° 24-42

1. À l'heure de la mondialisation, le besoin d'intégration devient de plus en plus pesant. Cette intégration peut être économique, juridique, politique, monétaire. L'intégration poursuivie par l'OHADA est plutôt juridique. Mais, quel que soit le type d'intégration, il reste à saisir la notion même de modèle d'intégration. Aussi, avant d'analyser la spécificité du modèle d'intégration de l'OHADA, il est utile de s'appesantir sur ce qu'on entend par modèle.

Section I - Notion de modèle d'intégration

2. Toute société est constituée d'individus divers par toutes sortes de critères. Réunis, ils constituent, dans un cadre national, une communauté nationale, plus que la collection d'individus. Ce fut le cas de la conception

Introduction n° 24-26

§1 - Modèle original par sa méthodologie n° 27-29

§2 - Modèle original par l'existence d'un espace judiciaire intégré n° 30-39

A - Institution d'une cour commune de justice n° 31-34

B - Institution de mécanismes d'action spécifiques à l'espace judiciaire OHADA n° 35-39

I - Arbitrage CCJA n° 36-37

II - Registre du Commerce et du Crédit Mobilier et Registre des Sociétés Coopératives n° 38-39

§3 - Modèle original par les sommes des normes édictées n° 40-42

Bibliographie

- AKAM AKAM (A.), (sous la direction de), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, 2009, 262 p.
- DOUMBE-BILE (S.), À propos de la nature de l'OHADA, *Mélanges Madjid Benchikh*, Pedone, 2011, pp. 423 et s
- ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), *Harmonisation du droit des affaires*, coll. Droit uniforme africain, UNIDA, Juriscope, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- POUGOUÉ (P.G.) et KALIEU ELONGO (Y.R.), *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2008, 225 p.

de la nation faite au XIX^e siècle notamment par Ernest Renan. La notion d'intégration est parfois fondée sur certains critères selon les professions, par exemple, les opinions, les valeurs, les fondements sociaux. D'origine latine « integratio », qui signifie l'assemblage, l'intégration est présente en mathématiques, plus précisément lorsqu'on parle d'intégrale. Elle fait allusion à une opération inverse de la différenciation qui va d'une grandeur finie aux infiniment petits qui la composent. En d'autres termes, intégrer, c'est donc aller des infiniment petits à la grandeur finie, d'une myriade de points indispensables.

D'une autre manière, pour passer d'un point à un autre, il existe plusieurs processus pour y parvenir. De la même façon, lorsqu'on parle d'intégration aujourd'hui, on fait référence à une harmonisation d'unités, qui peuvent être des États, afin de parvenir à une communauté, selon les valeurs et les objectifs du groupe.

3. L'intégration repose sur un certain nombre d'élé-

ments qui conditionnent sa quintessence, à savoir : l'adhésion à des valeurs et des normes communes, une attitude d'accueil, la volonté de s'intégrer. Mais, l'intégration est un processus qui se heurte à des tendances contraires.

Depuis la fin des années 70 et 80, le système international connaît des dynamiques d'intégration régionale sur tous les continents ou presque. On assiste, en effet, au regain du régionalisme le plus important depuis la fin de la seconde guerre mondiale dans la mesure où le nombre d'accords d'intégration régionale conclus depuis la fin des années 1980 dépasse de loin celui enregistré pendant les vagues de régionalisation des années 60 (*Cf. Rapport de l'OMC sur le régionalisme et le système commercial mondial, Genève, avril 1995*). Ainsi, outre l'Europe, il n'est pas aujourd'hui une région du monde qui ne se trouve dans un ou plusieurs processus d'intégration. C'est le cas de l'Afrique où l'on a eu des initiatives de construction d'espaces économiques devant aboutir à une interdépendance structurelle entre les différents États qui ont une proximité spatiale. On peut citer les structures économiques telles que la CEMAC (*Communauté Économique et Monétaire des États de l'Afrique Centrale*) en Afrique centrale, la CEDEAO (*Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest*) en Afrique de l'Ouest.

Le constat que l'on peut faire aujourd'hui après plus de 46 initiatives d'intégration régionale en Afrique est que ces dernières sont beaucoup plus et toujours orientées vers la création des communautés économiques régionales ayant pour vocation la facilitation des échanges économiques, ou plus encore l'essor économique des différentes régions d'Afrique.

Les aspirations des hommes d'États, des intellectuels et des peuples dans le monde traduisent l'ambition de franchir la limite des États actuels. C'est pourquoi l'intégration régionale implique pour plusieurs d'entre eux la recherche d'un patrimoine perdu.

La poursuite de l'unité régionale dans des blocs régionaux dans le monde constitue ainsi la recherche d'une identité culturelle et sociale dont les racines et la légitimité historique sont plus fortes que celles proposées par les États actuels. Mais au fait, qu'est-ce que l'on entend par modèle d'intégration? S'agit-il simplement d'une structuration propre à chaque région géographiquement considérée ou alors de critères répondant à différentes sphères des sciences sociales telles que l'économique, le politique et le culturel?

Pour répondre à cette question, il faudrait appréhender la notion de modèle d'intégration de deux manières. D'une part, *in abstracto* à travers l'analyse des différentes théories et conceptions de l'intégration (§1), et, d'autre part, *in concreto*, à travers l'examen des différentes consécutions de modèle d'intégration (§2).

§1 - Notion de modèle d'intégration *in abstracto*

4. Plusieurs stratégies sont imaginées et mises en œuvre par plusieurs États appartenant à un même espace géographique pour faire face aux effets parfois pervers de la mondialisation. L'intégration apparaît donc comme un moyen de participation aux échanges internationaux malgré la taille négligeable de certains États.

Cette architecture soulève un certain nombre d'incompréhensions et d'imprécisions au regard de différentes conceptions de l'intégration (II), d'où la nécessité de la mise en exergue des théories explicatives (I).

A - Théories explicatives des modèles d'intégration

5. Plusieurs théories ont assagi le concept d'intégration dans son ensemble et se présentent comme des sources de l'élaboration des divers processus d'intégration. L'on peut citer, entre autres, la théorie transactionnaliste, la théorie fonctionnaliste et la théorie systémique.

I - Théorie transactionnaliste

6. Karl Deutsch (*Karl Deutsch a également travaillé sur les diverses formes de communautés que l'on peut trouver dans le monde, par exemple, les communautés de sécurité*), l'un des pionniers de l'école transactionnaliste, en se référant au modèle européen, définit l'intégration comme un «*sens de la communauté accompagné d'institutions et de pratiques formelles ou non suffisamment fort et répandu pour donner la certitude raisonnable que l'évolution des relations entre les membres du groupe se produira pacifiquement pendant une longue période de temps*».

L'approche transactionnaliste, accorde une attention particulièrement aux conditions nécessaires à la naissance et au développement du processus d'intégration en s'appuyant plus sur la pratique réelle que sur une base formelle.

Cette école est, du reste, fortement influencée par la science des communications sociales chère à Deutsch.

L'on part d'une intensification des communications sociales, qui fait naître, par apprentissage au sein de la population transnationale, une communauté d'expériences, de préférences; ensuite, on en arrive à l'adoption de comportements et d'attitudes, conçus comme communément bénéfiques, pour aboutir à un stade d'intégration politique, matérialisé par la création d'institutions nationales, qui elles - mêmes suscitent un déplacement de l'attention et de la préférence des acteurs sociaux tels que les partis, les groupes d'intérêt, les élites; et, du plan national vers le plan communautaire.

En définitive, l'intégration, selon l'approche transactionnaliste, est un processus qui part d'une assimilation sociale régionale à une intégration politique résultant

de la naissance d'un sentiment de communauté et de préférence. Qu'en est-il de la théorie fonctionnaliste?

II - Théorie fonctionnaliste

7. La théorie fonctionnaliste apparaît comme l'une des premières approches à se pencher sur la question de l'intégration. En effet, *A working peace system*, ouvrage de David Mitrany sur la question paraît en 1944, avant même que le premier cas d'intégration, à savoir l'intégration européenne, ne soit réalisé.

Dans son ouvrage, Mitrany part de l'observation d'un paradoxe perceptible avec plus d'intensité chaque jour. Il constate que du fait de l'évolution de toutes sortes dans le monde, tant sur le volet technologique que sur le volet social, en passant par l'économique, les États sont de moins en moins à même d'assurer leur bien-être, la sécurité de leurs citoyens, d'où la perte de leur fonction fondamentale qui est de garantir la sécurité de tous, par exemple. Mitrany propose donc des cadres de coopération, qui se caractérisent par la mise en place de structures et un fondement institutionnel assez solides et durables.

Pour Mitrany, le point de départ de l'intégration se trouve dans la coopération technique au niveau des «*lows politics*», c'est-à-dire dans les matières moins souveraines et moins susceptibles de controverse. L'auteur voulait prendre en compte le fait que le succès obtenu par la coopération dans les «*lows politics*» suscite le besoin d'étendre le champ de la coopération à des domaines plus délicats et plus complexes.

En somme, d'après la théorie fonctionnaliste, le processus d'intégration aboutit à la création d'institutions communautaires chargées de coordonner les actions des entités présentes en question. Cela va du besoin de créer un cadre commun de gestion et de résolution de certaines matières subsidiaires, puis à l'instauration de ce cadre de gestion pour aboutir à l'étendue et à l'amplification des compétences des institutions étatiques qui ne conservent plus qu'une portion congrue de leur compétence matérialisée par leur pouvoir, notamment législatif.

Quid de la théorie systémique?

III - Théorie systémique

8. La théorie systémique résulte d'une adaptation du paradigme à l'explication du phénomène d'intégration. Elle a pour point de départ la définition du système politique faite par David Easton (*David Easton, sociologue britannique a travaillé sur la conceptualisation du milieu politique en un ensemble qu'il traite de système, ou se retrouve une «boîte noire» qui reçoit les demandes et autres venant de l'extérieur car le système pour lui était un ensemble d'interactions également. Les demandes représentent chez lui les «outputs» et les réponses données traitées par les «inputs»*) selon laquelle, «*un système politique peut être défini comme l'ensemble des interactions*

par lesquelles les objets de valeurs sont répartis par voie d'autorité dans une société».

En transposant cette définition au niveau de la communauté internationale ou régionale, Lindbergh met sur pied un cadre nouveau d'analyse de l'intégration sous-régionale.

La particularité de l'approche systémique de l'intégration réside en ceci qu'elle se penche moins sur les causes et les conditions de son avènement que sur les conditions de sa stabilité et de sa conservation.

Pour Easton, «*les perspectives d'une analyse de la vie politique en termes de système nous obligent à nous interroger sur une question de type suivant : Comment un système politique quelconque peut-il persister dans un monde soit stable, soit en changement?*». Ici, l'opérationnalisation du concept d'intégration est fonction du degré de division du travail politique et des capacités institutionnelles dont le système fait preuve.

En d'autres termes, la pérennité du système dépend, non seulement du niveau et de la diversité de ces processus de décision, mais aussi de la capacité du système à faire émerger un nouveau régime fait d'un ensemble de règles et de normes auxquelles se soumettent ses différents protagonistes.

À l'analyse de ces différentes théories, il convient d'ajouter celle des différentes conceptions de l'intégration.

B - Différentes conceptions de l'intégration

9. Lorsqu'on parle des différentes conceptions de l'intégration, l'on se réfère aux diverses significations que le concept de l'intégration peut recouvrir. Elles varient selon des constructions faites par des initiatives d'intégration régionale dans la plupart des régions à travers le monde.

L'on peut distinguer, entre autres, la conception volontariste, la conception libérale, la conception géographique, la conception politique et la conception institutionnaliste.

I - Conception volontariste

10. Selon la conception volontariste, l'intégration régionale est un processus de déconnection qui vise à protéger les économies de la mondialisation. Elle suppose une protection des politiques d'aménagement du territoire, la construction d'un système productif plus ou moins déconnecté du système des prix mondiaux.

Le cadre d'analyse est celui des sociétés dépendantes, extraverties et désarticulées, qui ne peuvent construire leurs industries dans le cadre national. L'intégration régionale vise alors à réduire l'extraversion, à créer un marché, à compenser les déséquilibres territoriaux. Les principaux instruments renvoient à l'économie administrée, à la forte protection des industries régionales.

Cette conception a été longtemps défendue par les organisations du Sud telles que la CEA (*Communauté Économique Africaine, probable mise en place par le Plan d'Action de Lagos initié en 1980*) afin d'éviter les duplications, d'élaborer des industries lourdes industrialisées et de lever des goulets d'étranglement tels que les infrastructures.

II- Conception libérale

11. D'après la conception libérale, l'intégration commerciale est assimilée à la libéralisation des échanges et des facteurs de production. Elle est analysée au regard de l'intégration mondiale. Elle met en relief d'une part les créations et détours du trafic et l'optimum du second rang, et, d'autre part, la concurrence, les économies d'échelle et les changements des termes de l'échange.

En somme, selon la conception libérale, intégrer c'est réduire les distorsions des politiques nationales et déplacer les frontières nationales en se rapprochant du marché international.

III - Conception géographique

12. Selon la conception géographique, l'intégration commerciale est assimilée à des effets d'agglomération et de polarisations.

D'un côté, il y a réduction des distances, et, a priori, réduction du rôle de la proximité géographique, en liaison avec les révolutions technologiques et le poids des échanges matériels. Mais, de l'autre, il y a le rôle des créateurs d'effets d'agglomération.

Cette diffusion peut se faire par le commerce extérieur, transfert international, des investissements directs et ce, par des investissements directs et des coordinations non-marchandes.

IV - Conception politique

13. L'intégration régionale se traduit, d'après la conception politique, par des transferts de souveraineté et par des objectifs de prévention des conflits. Les convergences d'intérêt économiques sont une manière de dépasser les rivalités et antagonistes politiques.

Les transferts de souveraineté et la production de biens publics à des niveaux régionaux sont une réponse au débordement des États dans un contexte de mondialisation.

Les processus de désintégration renvoient à des facteurs socio-politiques de désintégration nationale et de composition des États, à des crises économiques et financières, donnant la priorité aux objectifs définis au niveau national, ou à des environnements internationaux, conduisant à des ouvertures se faisant aux dépens des accords régionaux.

L'intégration régionale est donc un phénomène multidimensionnel. Elle est un ensemble de mesures destinées à supprimer les discriminations entre les unités économiques, appartenant à différents pays en vue de l'intensification des échanges.

Ce processus s'effectue en différentes étapes et montre que les AIR (*Accords d'Intégration Régionale*) peuvent rassembler des pays selon des modalités variées.

V - Conception institutionnaliste

14. Selon la conception institutionnaliste, l'intégration est la mise en place d'un système commun de règles de la part des pouvoirs publics en relation avec les acteurs privés.

Les institutions sont des systèmes d'attente permettant la convergence des anticipations des agents. Elles stabilisent et sécurisent l'environnement, permettant la crédibilité.

L'intégration par les règles concerne, comme c'est le cas dans l'UEMOA (*Union Économique et Monétaire Ouest Africaine*), l'harmonisation des fiscalités, un droit social régional, un droit des affaires et des lois uniques d'assurance.

Les conséquences attendues des accords régionaux concernent l'ancrage des politiques favorisant leur prévisibilité et l'attractivité des capitaux et de la technologie.

L'ancrage des politiques économiques réduit les risques de réversibilité. La crédibilité est liée à la dilution des préférences et à la création institutionnelle. Les accords de libre-échange n'ont toutefois pas nécessairement des effets d'attractivité des capitaux. D'une part, ces effets se diluent avec le nombre d'accords; d'autre part, l'activité commerciale et celle des échanges sont contrôlées. Ainsi, les zones d'attractivité d'Afrique subsaharienne et d'Asie du sud-est ont-elles maintenu des contrôles des changes et des mesures protectionnistes.

Que dire en définitive, sinon que la notion de modèles d'intégration appréhendée in abstracto est plurielle. Qu'en est-il de son appréhension in concreto ?

§2 - Notion de modèle d'intégration in concreto

15. La notion du modèle d'intégration émerge comme une notion protéiforme dont l'existence se comprend et s'appréhende à la lumière des théories explicatives. Cette diversité est tributaire de la multiplicité des modèles d'intégration (A), desquels se dégagent des types de modèle d'intégration (B).

A - Multiplicité des modèles d'intégration

16. Les modèles d'intégration peuvent être considérés ici comme les différents mécanismes mis en place par les gouvernants au sein d'un même bloc régional, et qui s'identifie à partir de spécificités propres pou-

vant ainsi être calquées ou reproduites par d'autres ensembles régionaux, sous-régionaux et continentaux.

Au regard de cette considération, l'on peut distinguer le modèle européen avec l'Union Européenne, et le modèle américain, avec l'ALENA.

I - Modèle européen d'intégration : cas de l'Union Européenne

17. L'intégration européenne est la forme la plus avancée et la plus ambitieuse en matière d'intégration économique. Elle résulte d'abord d'un projet politique. Pour les pères fondateurs (*Robert Schumann, Monnet, De Gasperi, etc.*), il s'agissait d'abord d'éviter les « guerres fratricides » qui ont marqué la première moitié du ^{xx}e siècle.

Il s'agissait aussi de faire face à un monde nouveau influencé par les deux superpuissances planétaires.

Après l'échec de la Communauté Européenne de Défense, le Plan Schumann (*Homme politique français (1886-1963), auteur de la réconciliation franco-allemande*) débouche, sur la conférence de Messine (*C'est la ville de Sicile, qui a accueilli la conférence des ministres des affaires étrangères des pays membres de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, du 1^{er} au 2 juin 1955*), qui engage le processus conduisant au fameux Traité de Rome du 25 mars 1957.

C'est donc à travers l'intégration économique que la construction européenne va se faire, mais avec une dose de considérations politiques.

L'articulation du politique et de l'économique conduisit aujourd'hui à poser la question de la constitution, de la politique extérieure et de la sécurité commune, et d'un renforcement de la coopération militaire.

Depuis les années 1980, l'Europe est confrontée à la globalisation, d'où l'importance accrue des questions relatives aux marchés commerciaux, aux investissements étrangers notamment. C'est ainsi que l'Union européenne va se doter d'un certain nombre d'institutions qui feront à ce que le plan de l'intégration européenne puisse être réalisé. C'est le cas du Conseil européen, qui regroupe tous les six mois tous les ministres de l'Union afin que des discussions se fassent sur plusieurs domaines, à savoir la pêche, l'agriculture, l'industrie, les transports.

Le Conseil européen est chargé, conjointement avec le parlement, d'approuver le budget, de coordonner les grandes lignes de politiques de l'Union au plan politique, économique des États membres, de définir la politique étrangère de la communauté et sa sécurité, de promouvoir la coopération entre les institutions judiciaires et les forces de police nationales en matière pénale. Quid du modèle américain.

II - Modèle américain d'intégration : ALENA

18. L'ALENA (*Accord de libre-échange Nord Américain entériné en 1992*) résulte de l'extension d'un

accord précédent qui ne concernait que le Canada, les États-Unis et le Mexique. Les négociations ont été lancées sous la présidence du gouvernement américain et ce, sous la présidence de Georges Herbert Walker Bush, avec le représentant canadien Brian Mulroney, et son homologue mexicain le président Carlos Salinas de Gortari. L'accord a été signé le 17 décembre 1992 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

Sur le plan de l'intégration, l'action de l'organisation régionale américaine n'a pas été de tout repos, surtout grâce à certains objectifs bien déterminés que sont, notamment :

- éliminer les barrières douanières et faciliter les échanges transfrontaliers des biens et des services ;
- assurer les conditions d'une concurrence équitable dans la zone de libre-échange ;
- approfondir la coopération bilatérale, afin de pouvoir étendre les bénéfices d'accords ;
- adopter les procédures efficaces de mise en œuvre d'administration conjointe et de résolution des litiges.

L'intégration économique constitue une polarisation croissante importante des échanges au sein des grandes régions et va être favorisée par la mise en place de mesures permettant de favoriser le commerce et les échanges sur le plan régional. Cela va se traduire au niveau institutionnel par une profusion d'accords régionaux où des avantages de toutes sortes libéralisent l'économie intra-régionale.

On dénombre, depuis 2005, 160 accords régionaux sur le commerce auprès de l'OMC, qui ont conduit à une augmentation significative des échanges intra-zones. Ainsi, la régionalisation permet l'émergence de liens entre des pays voisins.

L'ALENA et la MERCOSUR sont, sur ce point, les meilleurs représentants de ce régionalisme américain. Toutefois, l'idée d'une intégration régionale complète dans cette région devient en 1994 et les années qui vont suivre, une initiative américano-américaine, qui se centrera plus tard sur ce que l'on appelle aujourd'hui l'OEA (*Organisation des États américains*). Il était même question, à l'initiative de l'ex-président mexicain Vicente Fox en 2007, d'une monnaie commune dans cet espace sous-régional. Que dire des types de modèle d'intégration ?

B - Types de modèles d'intégration

19. Les modèles de l'intégration peuvent aussi se rapporter à des types ou formes d'intégration sur le plan régional, sous-régional et même continental. Ces différents modèles portent, la plupart du temps, sur des domaines précis de la société, sinon des fondements de la société. Il peut s'agir de l'économie, de la politique, de la culture ou du social.

I - Intégration économique

20. Jusqu'à un passé récent, l'intégration régionale se concevait en termes économiques, notamment en termes de commerce régional. Pourtant les économistes conviennent que les mécanismes d'échanges préférentiels institués pour stimuler le commerce régional n'ont pas fonctionné et ne pourront probablement jamais fonctionner à moins de trouver de nouvelles formules beaucoup moins coûteuses et moins difficiles d'application. Cet argument comporte deux dimensions ; la première est liée au bien-fondé de l'industrialisation par le biais de la substitution aux importations.

Le consensus prédominant comporte une forme de pensée néolibérale dans ce domaine. Cela s'accompagne par la combinaison d'une protection excessive d'un taux de change surévalué, qui finit par pénaliser les exportations et freiner la croissance économique. Ce fut le cas en Asie du Sud-est (*Mesures soutenues par la Banque Mondiale en 1993*).

La seconde dimension de l'argument contre les mécanismes d'échanges préférentiels concerne leurs implications budgétaires et l'effet inégal de ces mesures sur les pays participants. En l'absence de mécanismes de compensation opérationnels, les pays les moins industrialisés d'une union économique perdent d'abord des revenus tarifaires lorsque certains produits importés jusque-là du reste du monde sont importés de pays voisins à des tarifs douaniers réduits ; puis, ils risquent de perdre le peu qu'ils ont de tissu industriel face à la concurrence de leurs voisins les plus industrialisés.

L'on pourrait citer des exemples d'intégration régionale qui ont des fondements tout d'abord économiques. C'est le cas, en Amérique du Sud, du MERCOSUR (*Marché commun du sud appelé communément en espagnol Mercado comun Delsur*), en Afrique centrale de la CEMAC (*Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale*), créée le 16 mars 1994 à Ndjamena au Tchad, en Afrique de l'Ouest, de la CEDEAO (*Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest*) créée en 1975, de la communauté andine (CAN), qui regroupe des pays tels que le Pérou, l'Équateur, la Colombie, le Venezuela.

II - Intégration politique

21. L'intégration politique est à sa juste mesure l'une des types de modèle d'intégration les plus complexes car elle repose sur plusieurs données non-négligeables pour la plupart des États qui initient des processus d'intégration régionale.

Elle repose sur des questions extrêmement importantes telles que la sécurité. La plupart des blocs régionaux et sous-régionaux qui se forment dans le monde ont cette question comme référence de travail, dans un monde en proie quotidiennement à des crises et à des conflits. Les États concernés se doivent donc d'abandon-

ner partiellement leur souveraineté afin de permettre à l'organisation régionale en question de pouvoir trouver des solutions aux différents problèmes posés.

Une institution comme la Communauté des États de l'Afrique Centrale dispose de son propre conseil de sécurité, qui agit en cas de conflits dans la sous-région. Mais, il se trouve aussi certaines organisations qui ne se retrouvent, souvent pas dans le même espace géographique, mais qui collaborent dans un domaine clé pour le bien-être commun. En matière de sécurité, on peut citer, l'OTAN (*Organisation du Traité de l'Atlantique Nord*), qui compte 35 pays et partenaires, créée en 1949 à l'initiative des États-Unis, dans le but de contrer les menaces hors zone, par exemple, russe et communiste.

L'Union Européenne est aussi un cadre de référence de l'intégration sur le plan politique. Aujourd'hui, il n'y a aucune question qui ne concerne les Européens en général. Chaque domaine de la vie sociale en Europe est analysé de manière communautaire, car chaque bouleversement qui se fait dans un pays conditionne les autres. La constitution européenne, par exemple, avant d'être opérationnelle, a subi deux échecs de manière démocratique en 2005 et 2008, par voie de référendum en France, aux Pays-Bas, en Pologne et en Allemagne, notamment. C'est dire que l'intégration politique n'est pas facile à réaliser. Les concessions politiques dans un bloc régional, sous-régional ou autre passent par un certain nombre de consensus et de sacrifices que doivent faire les États, surtout lorsqu'il s'agit de la souveraineté étatique.

III - Intégration monétaire

22. L'intégration de type monétaire est la plus technique, mais la moins complexe à réaliser si les blocs régionaux concernés, à l'image de l'UEMOA, qui est un bel exemple en Afrique en général, et en Afrique de l'Ouest en particulier, possèdent les outils appropriés. En effet, l'absence d'interventionnisme politique dans les actions de la Banque Centrale a fait son succès en Afrique de l'Ouest. Par contre, en Amérique avec l'ALENA, le projet de monnaie commune n'a été véritablement abordé qu'en 2007 avec les crises financières ; selon ce projet, il y aurait une plus grande sécurité en termes de stabilité et d'inflation.

23. En définitive, la notion de modèle d'intégration fait ressortir plusieurs modalités qui rentrent dans la recherche de son appréhension. Tout d'abord pour le comprendre, il faudrait commencer par une élucidation du concept même d'intégration et celui de modèle. L'intégration est tout d'abord, assembler, accepter, sinon harmoniser les différences. Le terme « *intégration* » pourrait receler bien des significations au gré des subjectivités. La notion d'intégration ne s'est pas faite ni conçue de manière anodine ; elle a fait l'objet d'une théorisation plurielle et pluridisciplinaire, ce qui la rend encore plus attrayante et

ambitieuse. Certains penseurs sont partis des conceptions des sciences sociales telles que la sociologie, l'économie, la science politique et même le droit.

À la pluralité des théories de modèle d'intégration vient se greffer une diversité de conceptions.

Le modèle d'intégration serait donc un processus mis en place par un bloc régional, sous-régional ou continental, conçu sur une ou plusieurs spécificités dans un domaine majeur, sans exclure les domaines auxiliaires. C'est le cas du modèle européen, du modèle américain.

Le modèle d'intégration se rapporte aussi, selon les domaines, à l'intégration économique, politique, culturel et même monétaire. C'est dire qu'il existe une extrême variété de concrétisation des modèles d'intégration.

Section II - Spécificité du modèle d'intégration juridique OHADA

24. L'intégration juridique est souvent œuvre des communautés économiques ou politiques. Le droit est intégré parce qu'il est communautaire. L'on rencontre ce modèle d'intégration juridique dans l'espace européen avec l'Union européenne, en Afrique, notamment dans l'espace de la Communauté Économique et Monétaire des États de l'Afrique Centrale (CEMAC), de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et de l'union Économique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA).

25. Le modèle d'intégration juridique de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires (OHADA) est étranger à ce lieu commun classique. L'OHADA, créée par le Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 révisé par le Traité de Québec du 17 octobre 2008, est simplement une organisation inter-étatique ayant pour objectif de produire, pour les États parties formant son espace, un droit harmonisé, moderne, simple, adapté, sécurisant, de nature à garantir un climat de confiance concourant à faire de l'Afrique un pôle de développement. L'on n'a plus affaire à une organisation régionale d'intégration économique ou politique, et, subsidiairement, juridique (*en ce sens, DOUMBE-BILLE (S), À propos de la nature de l'OHADA, Mélanges Madjid Benchikh, Pedone, 2011, pp. 423 et s, spécialement pp. 433 à 436*). L'OHADA est simplement et « avant tout un outil technique de sécrétion du droit pour les besoins des États et des communautés économiques et monétaires, même si, in fine, un espace juridique se construit » (POUGOUÉ (P. G) et KALIEU ELONGO (Y), *Introduction critique à l'OHADA, PUA, 2008, p. 32*). un modèle spécifique d'intégration juridique se dessine : « on ne part plus de l'espace économique intégré pour induire quelques principes juridiques communs, on cherche l'intégration

juridique pour faciliter les échanges et les investissements et garantir la sécurité juridique des activités des entreprises » (POUGOUÉ (P. G) OHADA, *instrument d'intégration juridique, Revue africaine des Sciences juridiques, vol. 2, n° 2, 2011, p. 11 et s*)

26. C'est ce modèle original qu'il faut caractériser. Prima facie, ce qui attire l'attention est sa méthodologie. En second lieu, ce qui le singularise et suscite la curiosité est l'existence d'un espace judiciaire intégré indépendamment des communautés politiques ou économiques existantes. En troisième lieu, ce qui le marque profondément est constitué des sources et des normes édictées.

§1 - Modèle original par sa méthodologie

27. Cet outil technique a très tôt attiré l'attention sur sa finalité et sa méthodologie. La finalité recherchée est l'unification : dans les matières concernées, est élaborée une réglementation unique, identique en tout point pour les États parties. Il n'y a pas de place, en principe, pour les différences. On est en réalité très loin de l'harmonisation. L'OHADA ignore les autres modes d'intervention que sont les directives, les recommandations, les lois-cadres.

La force des actes uniformes tient aussi bien à certains principes directeurs qu'à la procédure d'élaboration du droit uniforme. Dans la logique de l'uniformisation voulue par l'OHADA, la possibilité des réserves est écartée. De plus, la procédure d'élaboration de l'acte uniforme est assez énergique pour atteindre l'uniformisation. La préparation du projet d'acte uniforme est dominée par un formalisme pour amener toutes les parties présentes à participer. L'adoption de l'acte uniforme relève du seul Conseil des ministres, ce qui exclut du coup les parlements nationaux. Mais l'adoption requiert l'unanimité des représentants des États parties présents et votants. Il y a là une espèce de droit de veto dont bénéficie chaque État-partie. L'unanimité consolide à la fois l'aspect consensuel et la multilatéralité des actes. Enfin, les actes uniformes sont directement applicables dans chaque État-partie, la ratification et la promulgation n'étant pas nécessaires et s'imposent aux législations nationales antérieures et postérieures. Le droit OHADA acquiert automatiquement statut de droit positif dans l'ordre interne des États parties et fait partie intégrante de l'ordre juridique applicable dans leur territoire. De plus, ce droit élaboré par un organisme interétatique, en vertu du Traité OHADA, un caractère supranational avec les effets reconnus à la supranationalité : primauté, abrogation du droit interne contraire.

28. Ainsi tout acte uniforme tient lieu de droit positif pour tous les États parties au Traité de l'OHADA. Le lien avec un État membre est le critère de son applica-

bilité. Dès lors, en vertu de ce critère, l'acte uniforme s'applique aux rapports juridiques dont les éléments sont localisés à l'intérieur de chaque État membre, entre les États membres et entre un État membre et un État tiers; en revanche, il ne s'applique pas aux rapports juridiques localisés exclusivement entre les États tiers. Il n'est point besoin de recourir aux règles des conflits des lois du for pour désigner l'acte uniforme qui sera applicable à un rapport juridique donné.

29. Tout ceci dévoile un modèle énergique d'intégration juridique qui, sans l'existence d'une communauté économique ou politique, introduit directement des normes dans l'ordre juridique interne des États parties et à la fois pose les bases d'un véritable ordre juridique autonome (*voir entrée Acte uniforme*). On aborde déjà là le deuxième trait caractéristique du modèle d'intégration juridique de l'OHADA.

§2 - Modèle original par l'existence d'un espace judiciaire intégré

30. L'OHADA n'est qu'un outil technique, a-t-on vu. Pourtant, un espace judiciaire se construit indépendamment des communautés politiques ou économiques existantes. Au cœur de cet espace, se trouve une juridiction communautaire, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, interprète et gérante du droit uniforme. Elle apparaît moins comme une juridiction internationale que comme une des juridictions internes spécifiques d'intégration. À cause d'elle, l'ordre juridique OHADA n'est pas loin d'être franchi. On trouve également dans le modèle OHADA des mécanismes d'action originaux et particuliers extrêmement intéressants pour l'intégration recherchée : un registre de commerce et un arbitrage (arbitrage CCJA) dont le rayon d'action est l'espace OHADA.

La juridiction suprême commune et les mécanismes d'action renforcent la singularité du modèle d'intégration juridique de l'OHADA

A - Institution d'une Cour Commune de Justice et d'arbitrage

31. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) est l'une des innovations majeures de l'OHADA. Sa création a permis d'éviter le danger qui plane sur les tentatives d'intégration juridique, à savoir l'absence d'une juridiction qui régule, oriente et unifie les applications et les interprétations. Cette cour fonctionne depuis onze ans. Le temps est passé. Elle est à la croisée de chemin et son avenir est préoccupant.

La CCJA est composée de neuf (*Traité de Québec du 17 octobre 2008 portant révision du Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 portant création de l'OHADA*) juges élus pour sept ans par le Conseil des Ministres et son

secrétariat est assuré par un greffier en chef. Elle est dotée de prérogatives importantes sur le plan consultatif et sur le plan contentieux.

L'originalité conceptuelle de la CCJA s'explique par l'objectif de l'OHADA qui est le rétablissement de la sécurité juridique et judiciaire en matière du droit des affaires. La CCJA présente quatre traits spécifiques. En premier lieu, sa compétence n'a pas besoin d'être acceptée pour être obligatoire. Dès lors, dans les domaines qui lui sont assignés, sa compétence est exclusive de tout autre mode de règlement. En second lieu, la CCJA ne peut, sous peine de déni de justice, refuser de statuer. Sa mission est en effet d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du droit communautaire sans référence aucune à la nature des règles applicables. Il y a là un net rapprochement avec les tribunaux internes. En troisième lieu, l'accès à la CCJA n'est pas exclusivement réservé aux États. Cela apparaît clairement dans l'article 25 du Traité OHADA d'après lequel les pourvois en cassation devant la CCJA sont formés «*soit directement par l'une des parties à l'instance, soit sur renvoi d'une juridiction nationale statuant en cassation saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes*». Il s'en suit que les personnes physiques et morales ont un accès direct à la CCJA en cas de contentieux du droit uniforme. En quatrième lieu enfin, la CCJA bénéficie d'une indépendance organique; elle incarne un pouvoir autonome. La nationalité du juge n'a aucune incidence sur le fonctionnement de la Cour.

32. Dans les attributions de la CCJA, on perçoit toujours ce signe de depositaire suprême de la construction d'un espace juridique intégré.

Par sa nature propre, le droit uniforme possède une force spécifique de pénétration dans l'ordre juridique interne et, en même temps, implique une application uniforme dans l'ordre juridique OHADA. Cet impératif justifie la fonction régulatrice de la CCJA. Le contrôle du droit uniforme présente deux figures suivant qu'il s'agit du contentieux du traité ou du contentieux des actes uniformes. En cas contentieux sur l'interprétation et l'application du Traité et de ses règlements d'application, la CCJA est saisie et consultée par tout État-partie ou par le Conseil des Ministres ou par toute juridiction nationale. Même si cet avis ne lie pas juridiquement celui qui l'a demandé, il vise une interprétation unique du Traité dans l'intérêt de la communauté.

Pour le contentieux des actes uniformes, la CCJA joue le rôle d'une juridiction de cassation. En effet si ce contentieux relève des juridictions nationales du premier et second degré (*article 13 du Traité OHADA*), le recours en cassation n'est possible que devant la CCJA (*article 4 du Traité OHADA*). Il convient de souligner qu'en cas de cassation, cette dernière évoque l'affaire et statue sur le fond sans renvoi à une juridiction nationale du fond. On retrouve là encore

une manifestation de l'abandon de souveraineté des États, cette fois judiciaire, pour assurer une efficace uniformisation de l'interprétation des actes uniformes et bâtir la communauté.

33. Ainsi placée au sommet de la pyramide judiciaire des États dans le domaine du droit des affaires, la CCJA apparaît comme une Cour suprême fédérale, qui plus est, est dotée d'un pouvoir d'évocation. Cette position déjà particulière est encore, dans la logique de la construction d'un ensemble juridique intégré, renforcée par l'efficacité donnée par le Traité OHADA aux décisions de la CCJA. En effet, les décisions juridictionnelles de la CCJA sont non seulement obligatoires pour les parties mais aussi exécutoires. Aux termes de l'article 20 du Traité de l'OHADA, « *les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chaque États parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales* ».

L'autorité de la chose jugée entraîne deux conséquences qui confortent l'intégration juridique. Elle entraîne tout d'abord la suppression du contrôle du juge étatique. Aucune procédure n'est nécessaire pour conférer aux arrêts l'autorité de chose jugée. Les arrêts de la CCJA ont en eux-mêmes le caractère juridictionnel; situés au niveau le plus élevé de l'organisation judiciaire, ils ne peuvent faire l'objet que de voies de recours extraordinaires de tierce-opposition et/ou de révision.

Ensuite l'autorité de chose jugée inhérente aux arrêts de la CCJA s'impose sur le territoire de chacun des États parties. On ne saurait invoquer les règles relatives à la reconnaissance des jugements étrangers, les arrêts de la CCJA étant, par hypothèse, assimilés aux décisions rendues par les juridictions nationales. Dès lors, comme le précise l'article 20 du Traité, « *dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la CCJA ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un État-partie* ».

34. L'efficacité des arrêts de la CCJA est plus redoutable qu'on ne l'imagine a priori si l'on considère sa force exécutoire qui, sur le territoire de chacun des États parties, est aussi rigoureuse que celle des décisions des juridictions étatiques. Par ailleurs, l'exécution forcée ne peut être suspendue qu'en vertu d'une décision de la CCJA.

En somme, la suppression du contrôle du juge étatique et l'extension de la force de l'arrêt de la CCJA à l'espace géographique de l'OHADA mettent en lumière toute l'originalité de la CCJA et son rôle central dans l'intégration juridique (*voir entrée CCJA*).

Ainsi, la CCJA est la clé de voûte du modèle OHADA. Scrutant minutieusement les textes de l'OHADA, l'on découvre des mécanismes, uniques, marquant aussi profondément la spécificité du modèle OHADA.

B - Institution de mécanismes d'action spécifique à l'espace juridique OHADA

35. Deux mécanismes sont prévus par le droit OHADA. Très soucieux de l'objectif d'intégration juridique et judiciaire, il s'agit du système d'arbitrage de la CCJA et du Registre de commerce et du crédit mobilier (RCCM).

I - Arbitrage CCJA

36. En marge de l'arbitrage traditionnel régi par l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, l'OHADA a mis en place, sous l'égide de la CCJA, un système d'arbitrage spécifique et autonome (art 21 à 25 du Traité OHADA). Bien que facultative, la formule d'arbitrage de la CCJA se présente comme un puissant moyen d'intégration juridique. C'est un centre régional d'arbitrage.

Le champ territorial du système d'arbitrage de la CCJA est l'espace OHADA. À cet égard l'article 21 du Traité OHADA dispose qu'« *en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs États parties, peut soumettre un différend (...) à la procédure d'arbitrage* ». Il résulte clairement de ce texte que le champ territorial du système d'arbitrage de la CCJA est constitué par l'ensemble des États parties au Traité OHADA. Ces territoires sont attractifs de compétence par une double variable : la situation du domicile ou de la résidence des parties au contrat et l'exécution du contrat.

Dans la même logique, il convient de signaler que la sentence rendue dans le cadre de l'arbitrage spécifique et autonome de la CCJA a l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État-partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État. L'exequatur est délivré par la CCJA et est communautaire en ce sens qu'il va permettre de poursuivre l'exécution forcée sur l'ensemble des territoires des États parties au Traité. Si la CCJA est amenée à annuler la sentence, elle évoque et statue au fond si les parties en font la demande. Ces solutions n'étaient pas évidentes même dans un espace communautaire impliquant des transferts de compétences par les États aux instances communautaires. Elles ne peuvent s'expliquer que par l'intégration absolue recherchée par l'OHADA.

37. Le système d'arbitrage de la CCJA s'arc-boute ainsi sur l'espace OHADA. Cela s'explique par une raison simple : dans l'esprit de ses concepteurs, le système d'arbitrage de la CCJA n'est pas complètement détaché de la justice étatique; il serait une sorte de prolongement de la justice étatique des États parties à l'OHADA. On comprend qu'il circonscrive son champ aux limites

territoriales d'exercice de la souveraineté des États de l'OHADA, consolidant par là l'ordre juridique OHADA. (*voir entrée Arbitrage sous les auspices de la CCJA*).

Il conviendrait, pour renforcer la visibilité de cet arbitrage, de séparer ce dernier complètement de la CCJA. On a, dès l'adoption du Traité de l'OHADA, critiqué ce mélange de genres. Le règlement de procédure de la CCJA a tenté de clarifier la situation en distinguant les activités administratives de la CCJA de ses fonctions juridictionnelles. Le règlement d'arbitrage essaie aussi de soigneusement distinguer de la CCJA le centre qui administre l'arbitrage, les arbitres qui, seuls, conduisent l'arbitrage, la formation contentieuse de la CCJA qui sert de juge d'appui. Mais, dans les faits la confusion reste grande. Mieux vaudrait séparer nettement le centre d'arbitrage de la CCJA. On aurait ainsi la Cour Commune de Justice de l'OHADA (CCJO) et le centre d'Arbitrage de l'OHADA (CAO). Ce dernier aurait tous les avantages de l'actuel arbitrage de la CCJA; la Cour Commune de Justice de l'OHADA servirait de juge d'appui.

La spécificité du modèle de l'OHADA se vérifie également avec force dans une autre innovation tout aussi intéressante, à savoir le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier.

II - Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (R.C.C.M) et Registre des sociétés coopératives (RSC)

38. Le RCCM a pour objet de recevoir l'immatriculation des personnes physiques et morales et l'inscription des sûretés mobilières. L'acte uniforme portant droit commercial général l'organise de façon originale au service de l'intégration juridique (*articles 19 et suivants de l'Acte uniforme du 17 avril 1997; Livre II de l'Acte uniforme modifié du 15 décembre 2010*)

Son objet est double : classiquement, il centralise les informations relatives aux personnes physiques ou morales; mais, et c'est nouveau, il recueille l'inscription des sûretés mobilières.

Mais l'innovation qui marque de façon indélébile le modèle OHADA est sa conception à un triple niveau, local, national, régional. En effet l'acte uniforme a institué à côté du RCCM tenu par le greffe de chaque tribunal, un fichier National centralisant les renseignements consignés dans chaque registre, et un fichier Régional tenu auprès de la CCJA à Abidjan qui centralise les renseignements sur l'ensemble des opérateurs économiques des États-membres. L'Acte uniforme relatif aux sociétés coopératives s'inspire du RCCM pour créer un Registre des Sociétés Coopératives (RSC) (*articles 69 et s) de l'AU*). Ce dernier a pour objet de recevoir l'immatriculation des sociétés coopératives et de leurs sociétés faitières; ainsi que les inscriptions et les mentions constatant les modifications survenues depuis leur immatriculation dans la situation juridique des sociétés coopératives

et des sociétés coopératives faitières. Il est également organisé au triple niveau local, national et régional. Au niveau local, le RSC est tenu par l'autorité administrative chargée de cette mission. Au niveau national et au niveau régional, les renseignements sont consignés respectivement par le fichier national et le fichier régional du RCCM de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général.

Malheureusement cet instrument, vital pour l'intégration juridique et le climat des affaires, est loin d'être mis en place. En attendant, plusieurs réflexions sont menées pour transformer son rendement. Le RCCM devrait être indépendant du greffe en général, avoir son greffier autonome différent du greffier en chef du tribunal et son personnel propre (*voir entrée RCCM*).

39. Au-delà de ces structures, en sondant profondément le droit OHADA, l'on se rend compte que ce dernier est nettement enraciné dans sa famille juridique tout en dialoguant intensément avec d'autres systèmes juridiques. Cette recherche de compromis entre les systèmes juridiques différents est le troisième trait majeur du modèle d'intégration juridique de l'OHADA.

§3 - Modèle original par les sources des normes édictées

40. L'espace OHADA, composé dans une très grande proportion de pays francophones d'Afrique au sud du Sahara, est très largement de tradition civile. Plus nettement encore, une famille de culture juridique francophone dominante irrigue cet espace. La strate de fond est le système juridique romano-germanique ou, plus précisément la tradition civiliste à travers le droit hérité de la période coloniale, métissage entre la culture juridique personnaliste de l'Afrique subsaharienne et le droit français d'alors (*voir, vanderlinden (j), Les systèmes juridiques africains, que sais-je, n° 2103, PUF, pp. 76 et s*). La strate intermédiaire est l'ensemble des réformes intervenues depuis les indépendances.

41. Dans cette famille civiliste francophone se déploie le droit OHADA avec ses marques propres. Conséquence directe de son ancrage civiliste, droit OHADA est contenu dans des Actes uniformes, conçus dans la lignée des codifications ordonnées et abstraites. Quant à ses sources d'inspiration, même si la culture juridique francophone est dominante, le droit OHADA se situe nettement au carrefour de plusieurs systèmes juridiques (*voir entrée Notion de droit OHADA*). Il n'est pas aisé de parler d'une famille juridique OHADA au sein du système romano-germanique qui prend ses distances avec le droit français et s'enrichit des apports d'autres systèmes juridiques. En effet, le droit international inspire souvent le droit OHADA : on peut citer notamment la Convention de Vienne de 1980 sur la vente des marchandises dont on

trouve les traces imposantes dans les règles relatives à la vente commerciale OHADA organisée par les actes uniformes relatifs au droit commercial général; les règles de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce International et les textes de la Commission des Nations unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI) présents dans les actes uniformes de l'OHADA relatifs à l'arbitrage et aux procédures collectives d'apurement du passif; la Convention relative au transport international de marchandises par route (CMR) qui a inspiré l'Acte uniforme relatif au droit de transport de marchandises par route, les principes d'UNIDROIT qu'on retrouve en matière de sûretés.

De même, de nombreuses règles du droit OHADA, notamment en matière de sûretés ne sont pas étrangères au common law. Le nantissement de l'Acte uniforme sur les sûretés par exemple rappelle sans réserve la floating charge du common law. Le droit des sociétés OHADA est largement marqué par la doctrine outre-Atlantique de corporate government.

42. En somme, l'originalité profonde du modèle d'intégration juridique OHADA est à la fois son enracinement dans la culture juridique civiliste francophone et son ouverture à d'autres systèmes. Le droit OHADA est un modèle qui intègre plusieurs systèmes juridiques. Un système juridique peut bien s'ouvrir à d'autres systèmes tout en conservant sa tradition juridique. L'enseignement est capital pour l'espace OHADA qui est susceptible de s'étendre à des pays de tradition juridique autre que civiliste francophone.

Le modèle d'intégration juridique de l'OHADA est une expérience unique qui séduit. Il inspire déjà une initiative similaire dans les Grands Caraïbes.

Paul-Gérard POUGOUÉ
Bernard-Raymond GUIMDO DONGMO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Acte uniforme 27, 28, 36, 38, 41
Arbitrage 30, 31, 33, 35, 36, 37, 41

C

CCJA 30, 31, 32, 33, 34, 36
Communautés économiques ou politiques 24

E

Espace juridique 25, 32

F

Famille juridique 39, 41

I

Intégration juridique 24, 25, 29, 30, 33, 35, 37, 38, 39, 42

M

Modèle 1, 3, 6, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 23, 24, 25, 29, 30, 37, 39, 42

O

OHADA 1, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42
Ordre juridique 27, 29, 30, 32, 37

NANTISSEMENT

Table des matières

Introduction n° 1-10

§1 - Notion de nantissement n° 11-43

- A - Absence de dépossession du débiteur n° 11-34
 - I - Préservation de la liberté d'action du débiteur sur ses biens meubles grevés n° 12-26
 - a - Fongibilité du contenu de l'assiette des nantissements n° 13-19
 - b - Caractère subrogeable de l'assiette des nantissements n° 20-26
 - II - Organisation de la publicité comme succédané de la dépossession n° 27-34
 - a - Règles de publicité n° 28-32
 - b - Opposabilité des nantissements n° 33-34
- B - Spécialité du nantissement n° 35-43
 - I - Obligation de déterminer l'objet du nantissement n° 35-36
 - II - Fixation de la nature des droits du créancier sur les biens grevés n° 37-39
 - III - Impossibilité d'établir un nantissement sur des choses futures n° 40-43

§2 - Nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières n° 44-79

- A - Constitution du nantissement n° 45-72
 - I - Conditions de fond n° 46-54
 - a - Qualité des personnes émettrices n° 47
 - b - Nature des biens objets du nantissement n° 48-54
 - II - Conditions de forme n° 55-72
 - a - Nantissement conventionnel n° 55-56
 - b - Nantissement judiciaire n° 57-59
 - c - Notification du nantissement à la personne morale émettrice n° 60-69
 - d - Inscription au registre du commerce et du crédit mobilier n° 70-72
- B - Effets du nantissement n° 73-79
 - I - Droit de suite et de réalisation n° 74-78
 - II - Droit de préférence n° 79

§3 - Nantissement du fonds de commerce n° 80-151

- A - Constitution du nantissement n° 82-113
 - I - Conditions de fond n° 83-98
 - a - Éléments obligatoires n° 84-92
 - 1 - Clientèle n° 85
 - 2 - Enseigne n° 86
 - 3 - Nom commercial n° 87
 - 4 - Droit au bail commercial n° 88
 - 5 - Licences d'exploitation n° 89-92
 - b - Éléments facultatifs n° 92-95
 - 1 - Éléments incorporels n° 93-94
 - 2 - Éléments corporels n° 95
 - c - Éléments exclus n° 96-98
 - II - Conditions de forme n° 98-113
 - a - Nantissement conventionnel n° 99-103

- b - Nantissement judiciaire n° 104-113
- B - Effets du nantissement n° 113-151
 - I - Inscription du nantissement n° 114-127
 - a - Inscription initiale n° 114-21
 - 1 - Inscription au registre du commerce et du crédit mobilier n° 115-119
 - 2 - Inscription au registre spécial de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) n° 120-121
 - b - Inscription subséquente n° 121-127
 - 1 - Modification du nantissement n° 122-124
 - 1.1 - Subrogation n° 123
 - 1.2 - Cession d'antériorité n° 124
 - 2 - Radiation du nantissement n° 125-127
 - II - Droits du créancier inscrit n° 128-151
 - a - Droit de préférence n° 129-131
 - b - Droit de suite n° 132-138
 - 1 - Droit de réalisation n° 133-135
 - 2 - Droit de surenchère n° 136-138
 - c - Droit à l'information n° 139-151
 - 1 - Événements envisagés n° 139-145
 - 1.1 - Déplacement du fonds n° 140
 - 1.2 - Menace de résiliation du bail n° 141
 - 1.3 - Résolution de la vente du fonds n° 142-145
 - 2 - Événements non envisagés n° 146-151
 - 2.1 - Changement d'exploitation du fonds n° 147-148
 - 2.2 - Saisie des éléments du fonds grevé n° 149-151

§4 - Nantissements du matériel professionnel et des véhicules automobiles n° 152-172

- A - Constitution des nantissements n° 154-158
 - I - Conditions de fond n° 154-156
 - a - Matériel professionnel n° 155
 - b - Véhicules automobiles n° 156
 - II - Conditions de forme n° 157-158
- B - Effets des nantissements n° 158-172
 - I - Inscription des nantissements n° 159-166
 - II - Droits des créanciers nantis n° 166-172
 - a - Droits de suite et de préférence n° 167-171
 - b - Droit d'autorisation préalable n° 172

§5 - Nantissement des stocks n° 173-188

- A - Constitution du nantissement n° 173-184
 - I - Conditions de fond n° 174-175
 - II - Conditions de forme n° 175-184
 - a - Forme de l'acte constitutif du nantissement n° 176-177
 - b - Inscription de l'acte constitutif du nantissement n° 178-183
 - c - Émission du bordereau de nantissement n° 184
- B - Effets du nantissement n° 184-188
 - I - Effets avant l'échéance n° 185-187
 - II - Effets à l'échéance n° 188

Bibliographie

- ANOUKAHA (F), *Le droit des sûretés dans l'Acte Uniforme OHADA*, Coll. Droit Uniforme, Presses Universitaires d'Afrique, 1998.
- FENEON (A), « Le nantissement des stocks de matières premières : une garantie adaptée et efficace de l'acte uniforme sur les sûretés », *Penant* n° spécial 840, p. 274 et s.
- ISSA SAYEGH (J) et alii, *OHADA-Sûretés*, Bruxelles, Bruylant, Collection Droit Uniforme Africain, 2002.
- Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, OHADA Traités et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2008.
- LOUKAKOU (D), « Les valeurs mobilières dans l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales dans l'espace OHADA », *Penant*, n° 844, Juillet-Septembre 2003, p. 261
- MARTOR (B) et THOUVENAT (S), « Les acteurs des marchés financiers et l'APE dans la zone OHADA », *RDAL*, n° 7, pp. 749 et s.
- MESTRE (J), « Le gage des choses futures », *D.* 1982, chron. pp. 141 et s.
- MIENDJIEM (I. L.), « La floating charge de droit anglais et les nantissements du droit OHADA », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif*, n° 128, 2009, n°s 21-23 et 65, p. 1582 et 1600.
- NGUEBOU (J), *Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998.

Introduction

1. Pour les uns, le terme « nantissement » est tiré du mot d'origine germanique *nehmen* qui veut dire prendre [G. CORNU et alii, *Vocabulaire juridique*, M. Capitant, *Quadridge/PUF*, 2008, V° *Nantissement*]. Pour les autres, il provient du mot saxon *nam* qui signifie « prise de gage » [L. GUILLOUARD, *Traité du nantissement et du droit de rétention*, Pedone, 2^e éd., n° 16]. Dans la basse latinité, le mot *nantissamentum* était employé comme synonyme du *pignus* romain. Dans l'ancien droit, l'expression « nantissement » était susceptible de trois acceptions. D'abord le nantissement désignait l'ensemble des formalités nécessaires pour faire acquérir soit un droit d'hypothèque, soit un droit de propriété sur des immeubles dans certaines coutumes dites « de nantissement » [L. GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 17]. Ensuite, il s'agissait de la convention par laquelle le débiteur remettait à son créancier un bien meuble ou immeuble comme garantie de sa créance. Enfin, il désignait l'objet, même donné en gage au créancier. C'est le deuxième sens qui a été retenu par les rédacteurs du Code civil lorsqu'ils consacraient le nantissement au titre XVII du livre III, articles 2071 à 2091 [Ch. ALBIGES et Yves PICOD, *Répertoire droit commercial*, V° *Nantissement*, n° 1].

2. Depuis l'Acte Uniforme [voir *Acte Uniforme*] du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés (AUS) entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998, il convient de distinguer le gage du nantissement. L'article 39 AUS oppose expressément le gage au nantissement sans dépossession. Le gage est une sûreté réelle mobilière avec dépossession alors que le nantissement est une sûreté réelle mobilière sans dépossession [J. ISSA SAYEGH et alii, *OHADA-Sûretés*, Bruxelles, Bruylant, Collection Droit Uniforme Africain, 2002, n° 203, p. 78]. Cette distinction rend mieux compte de la nature véritable du gage qui doit demeurer une sûreté avec dépossession [Contra F. ANOUKAHA, *Le droit des sûretés dans l'Acte Uniforme OHADA*, Coll. Droit Uniforme, Presses Universitaires d'Afrique, 1998, p. 18]. Il est d'ailleurs

défini par l'article 44 AUS comme « *le contrat par lequel un bien meuble est remis au créancier ou à un tiers convenu entre les parties pour garantir le paiement d'une dette* ». Le nantissement n'a malheureusement pas été défini par l'AUS, mais il peut être entendu comme l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble corporel ou incorporel ou d'un ensemble de biens meubles corporels ou incorporels n'entraînant pas dépossession du débiteur.

Sur toute cette construction souffle désormais un vent passéiste du fait de l'abrogation de l'Acte Uniforme du 17 avril 1997. Cet Acte uniforme a été abrogé par celui adopté le 15 décembre 2010. Ce dernier définit le nantissement comme « l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables » (art. 125 AUS nouveau). Des dispositions relatives aux sûretés mobilières contenues dans l'Acte uniforme nouveau, il se dégage un nouveau critère principal de distinction entre nantissement et gage qui est celui de la nature corporelle ou incorporelle du bien affecté en garantie [Voir; P. CROCO, *Les grandes orientations de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés*, *Revue Droit et patrimoine*, N° 197, novembre 2010, P. 55]. Dans ce sens, le gage est une sûreté réelle mobilière portant sur des meubles corporels (art. 92 AUS nouveau) alors que le nantissement est une sûreté réelle mobilière portant sur des meubles incorporels (art. 125 AUS nouveau).

3. Pris dans cette acception, le nantissement en OHADA s'est émancipé du gage. Mais là ne se limite pas la touche du législateur OHADA dans le droit des sûretés réelles mobilières. Deux autres soucis l'ont préoccupé.

D'abord celui de la simplification. Il existait dans la majorité des États membres de l'OHADA jusqu'au 1^{er} janvier 1998 une kyrielle de nantissements : nantissement du fonds de commerce (Loi Cordelet du 17 mars 1909) ; nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (Loi du 18 janvier 1951), nantissement de films cinématographiques (Loi du 22 février 1944), gage automobile (Loi malingre de décembre 1934, modifiée par le décret-

loi du 30 septembre 1953), le warrant hôtelier (Loi du 18 juillet 1998, remplacée par la loi du 30 avril 1906 modifiée par le décret-loi du 28 septembre 1935). Le législateur OHADA a, au travers de regroupements et suppressions, retenu cinq nantissements.

Ensuite, le souci de l'unification. À la diversité de réglementations correspondait la diversité de qualifications : nantissement, gage, warrant. Le législateur a préféré éliminer les termes gages et warrant pour ne retenir que celui de nantissement pour saisir les anciennes sûretés réelles mobilières ci-dessus citées.

4. Jusqu'au 1^{er} janvier 1998 également, il existait aussi sur une petite partie de l'espace OHADA actuel des sûretés réelles mobilières de droit anglais. Ces sûretés étaient essentiellement pratiquées au Cameroun, plus précisément dans la partie du Cameroun anciennement sous administration britannique. Le droit anglais connaît aussi l'opposition entre sûretés avec dépossession et sûretés sans dépossession.

5. Dans la catégorie des sûretés avec dépossession, il y avait principalement le pledge qui était consacré par le *pawnbrokers ordinance, chapter 146, vol. 5 of the 1958 revised laws of the Federation of Nigeria*. Le pledge nécessite la dépossession du constituant et porte sur les biens mobiliers corporels et les titres incorporant une créance (connaissance, effets de commerce, etc.). Il est très proche du gage du droit OHADA, à la seule différence que les créances non incorporées dans un titre ne peuvent pas faire l'objet d'une pledge, car elles sont insusceptibles de possession ; à l'opposé, en droit OHADA, une créance peut faire l'objet d'un gage. Le pledge peut être constitué sous forme d'*attornment*, système voisin de l'entiercement du droit OHADA, par lequel un tiers fait savoir au créancier qu'à la demande du débiteur, il détient des biens meubles pour le compte de ce créancier [M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *RDAI*, n° 2-1995, p. 147, n° 4].

Dans la catégorie des sûretés sans dépossession, il y avait essentiellement le *mortgage mobilier et la charge*.

6. Le *mortgage* mobilier faisait l'objet de plusieurs textes : *Fraudulent dispositions of mortgaged goods, section 398 of the criminal Code, chapter 42, vol. 2 of the 1958 Revised laws of the Federation of Nigeria* ; *companies ordinance, chapter 37, vol. 1 of the 1958 Revised laws of the Federation of Nigeria* ; *stamp duty, chapter 191, vol. 6 of the Revised laws of the Federation of Nigeria* ; *Registration of titles, chapter 181, vol. 5 of the Revised laws of the Federation of Nigeria*. Le *mortgage* mobilier est une sûreté réelle mobilière qui opère transfert de propriété à des fins de garantie, la propriété du meuble grevé devant être retransférée une fois la créance réglée. Le constituant garde l'entière possession du bien et une forme de propriété (*equitable ownership*) qu'il peut encore aliéner [C. WITZ, « Les sûretés mobilières anglo-améri-

caines au regard du droit français des sûretés », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, n° 32, Juin-Juillet 1992, n° 14, p. 145]. Le créancier qui garde l'autre forme de propriété, accepte de ne réclamer la possession du bien qu'en cas de non-paiement de sa créance. Tel se présente le *mortgage* mobilier encore appelé *legal mortgage* dont le régime relève de la common law, qu'il fallait distinguer de l'équitable mortgage dont le régime relève de l'*equity* [sur cette distinction, voir ELLAND-GOLDSMITH, *op. cit.*, n°s 5 et 8, p. 148 et 150]. Le *mortgage* mobilier possède les traits forts d'une hypothèque mobilière inconnue du droit OHADA.

7. La *charge* est une sûreté réelle mobilière et immobilière qui n'opère ni transfert de propriété, ni transfert de possession. Elle est une simple affectation des biens au paiement d'une créance. Elle confère au créancier juste une série de droits et prérogatives conçus pour assurer le remboursement prioritaire de la créance grâce au bien qui lui a été affecté [C. WITZ, *op. cit.*, n° 15, p. 146]. La *charge* se décompose en *fixed charge* et en *floating charge*. Toutes deux font l'objet d'un texte, le *Debendures and floating charges, chapter 37, vol. 1 of the 1958 Revised Laws of the Federation of Nigeria*.

La *fixed charge* a une assiette constituée des biens meubles et immeubles corporels et incorporels suffisamment identifiés et individualisés. La *floating charge* porte sur tout ou partie de l'actif du débiteur, sans être focalisée sur un ou plusieurs biens déterminés de cet actif, de sorte que les biens tout en ayant vocation à garantir la dette, pourraient être librement gérés ou aliénés par le débiteur. Dans son fonctionnement et dans un premier temps, l'assiette de la *floating charge* est une universalité (*fund and undertaking*) qui s'intercale et fait écran entre la sûreté et les biens affectés pris individuellement, en sorte que la sûreté flotte, plane sur ces biens sans pouvoir les atteindre. Dans un second temps, s'il y a lieu à réalisation de la sûreté, alors son assiette se cristallise et le créancier exécute sa sûreté sur les biens individuels présents dans l'actif grevé du débiteur au moment de la cristallisation [I.L. MIENDJIEM, « La *floating charge* de droit anglais et les nantissements du droit OHADA », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif*, n° 128, 2009, n°s 21-23 et 65, pp. 1582 et 1600]. L'entité *undertaking* ou *fund* cesse de faire écran, la *floating charge* devient une *fixed charge*.

8. La *charge* et principalement la *floating charge* n'a pas de pendant en droit OHADA, sans doute un rapprochement est possible avec les nantissements [Sur ce rapprochement, voir I.L. MIENDJIEM, *op. cit.*, n° 30-83, pp. 1586-1607]. Dans ce sens, leurs assiettes respectives sont soumises à publicité, ont un contenu fongible et un caractère subrogeable ; ils sont tous soumis à des mesures de surveillance du risque de défaillance du débiteur et offrent à leur bénéficiaire un rang ordinaire dans le classement des sûretés. La *floating charge* rappelle les nantissements du fonds de commerce, des

stocks et des valeurs mobilières, et dans une moindre mesure, les nantissements du matériel professionnel et des véhicules automobiles.

Les différences sont néanmoins profondes. Pour atteindre certains effets de la *floating charge*, il faut en droit OHADA recourir à diverses sûretés obéissant chacune à un régime propre, là où en droit anglais n'existe qu'une seule sûreté. En OHADA, le droit des nantissements est dominé par la règle de la spécialité, alors que la *floating charge* est une sûreté générale. La cristallisation qui permet de fixer définitivement l'assiette de la sûreté afin de déclencher sa réalisation est une institution propre à la *floating charge* et inconnue du droit OHADA, etc. [sur ces différences, voir I.L. MIENDJIEM, *op. cit.*, n°s 4-29, pp. 1574-1585].

9. Les nantissements du droit OHADA trouvent leurs sources d'inspiration dans le droit français. Hormis le Sénégal, aucun État membre de l'OHADA n'avait refondu le droit des sûretés. Ce droit était constitué des dispositions du Code civil (articles 2071 à 2091) et des lois spéciales françaises postérieures au Code civil [voir *supra* n° 3], rendues applicables dans ces pays par le truchement du phénomène colonial français [Exception faite de la Guinée Équatoriale qui a plutôt connu la colonisation espagnole]. Le législateur OHADA ne s'est pas intéressé aux sûretés de droit anglais, pourtant applicable dans une partie du Cameroun, État-membre de l'OHADA, par le biais de la colonisation britannique [M. GRIMALDI, « Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Petites affiches*, 13 octobre 2004, n° 205, p. 31, n° 6]. Ces sûretés sont très pratiquées, notamment la *floating charge*, dans plusieurs pays relevant de systèmes juridiques différents [Sur cette question, voir M. GOODE, « The exodus of the floating charge », in *Corporate and commercial law*, chapitre X, édition Feldman et Meisel, 1996 ; I.L. MIENDJIEM, *op. cit.*, n° 1, note 10, p. 1572].

C'est principalement dans deux actes uniformes datant du 17 avril 1997 que les nantissements ont été consacrés et organisés. Le premier est l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général (AUDCG) et le second est celui portant organisation des sûretés (AUS). C'est dans ce second acte que ces sûretés sont expressément qualifiées de « nantissement sans dépossession ». À côté des nantissements classiques sur le fonds de commerce [Le législateur OHADA a repris intégralement les dispositions de la Loi Cordolet du 17 mars 1909 portant sur le nantissement de la vente du fonds de commerce], le matériel professionnel et les véhicules qui n'ont pas subi de modifications remarquables (art. 46 à 50 AUDCG, art. 51 à 53 AUDCG ; art. 69 à 90 AUS ; art. 91 à 99 AUS), un espace a été réservé au nantissement des actions et parts sociales (art. 64 à 68 AUS) relié aux dispositions des Actes Uniformes sur les sociétés commerciales et le GIE (art. 747), sur le droit commercial général (art. 44 et 45) et sur les voies d'exécution (art. 88 et suivants et 237). La dernière catégorie de nantissement porte sur les stocks (art. 54 à 55 AUDCG, 100 à 105 AUS).

Depuis le 15 décembre 2010, cette nomenclature des nantissements a été modifiée par l'Acte Uniforme nouveau portant organisation des sûretés adoptées le même jour. Désormais, à côté du traditionnel nantissement du fonds de commerce (art. 162 à 165 AUS nouveau), et du nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières auxquels a été adjoint le compte de titres financiers (art. 140 à 155 AUS nouveau), il y a le nantissement des créances (art. 127 à 135 AUS nouveau), le nantissement de compte bancaire (art. 136 à 139 AUS nouveau), le nantissement des droits de propriété intellectuelle (art. 156 à 161 AUS nouveau). Exit, le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles et celui du stock. Ils sont désormais des gages (art. 118 à 119 et art. 120 à 124 AUS nouveau).

10. La liste des nantissements traités par les Actes uniformes pertinents est limitative [J. ISSA SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *OHADA-Traités et Actes uniformes commentés et annotés*, JURISCOPE, 2008, p. 698]. Les nantissements non contenus dans le *numerus clausus* de l'AUS (art. 63 AUS ancien et 126 AUS nouveau) ne sont pas régis par le droit OHADA. Ainsi se trouvent exclus le nantissement des marchés publics très pratiqués dans certains pays membres de l'OHADA [Cameroun : décret N° 2004/275 du 24 septembre 2004 portant Code des marchés publics ; Côte-d'Ivoire : décret N° 2005-110 du 24 février 2005 portant Code des marchés publics ; Sénégal : décret N° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics], les impenses [Tribunal Régional hors classe de Dakar, Jugement N° 1. 651 du 27 septembre 2000, *Moustapha Gaye c/Banque Islamique du Sénégal*, *Obada. com/obadata* J-03-09 ; J. ISSA SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997... » précité], le nantissement des droits de propriété intellectuelle. S'agissant de ce dernier, l'AUS ancien y fait allusion sans le traiter véritablement [voir art. 69], sans doute parce que son objet relève de la compétence de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) créée et organisée par l'Accord de Bangui (A. B) du 2 mars 1977, révisé en 1999, entré en vigueur en 2002, et qui a pour mission de protéger et l'administrer la propriété intellectuelle et les droits connexes dans les pays membres, lesquels appartiennent tous à l'espace OHADA, à l'exception de la République Islamique de Mauritanie. Mais, malheureusement, l'Accord de Bangui ne vise expressément que le gage de certains droits de propriété intellectuelle [Gage des brevets d'invention : art. 33 al. 2, annexe I A.B. ; gage des modèles d'utilité : art. 28 al. 2, annexe II A.B. ; gage des marques de produits ou de services : art. 26 al. 2, annexe III A.B. ; gage des dessins et modèles industriels : art. 20 al. 2, annexe IV A.B. ; gage des schémas de configuration (topographies) des circuits intégrés : art. 18 al. 2, annexe IX A.B.] et n'aborde pas la question spécifique du nantissement. Tous ces manquements sont aujourd'hui comblés par l'AUS nouveau qui a réservé toute la section IV de son chapitre V relatif aux nantis-

sements des meubles incorporels, au nantissement des droits de propriété intellectuelle.

Toutefois, il convient de préciser que malgré les modifications apportées par le nouveau AUS sur le critère de distinction entre gage et nantissement et surtout sur la nomenclature des nantissements, l'ancien critère et l'ancienne nomenclature n'ont pas disparu. Ils demeurent en vigueur conformément à l'article 227 AUS nouveau d'après lequel le nouvel Acte uniforme n'est applicable qu'aux sûretés consenties ou constituées après son entrée en vigueur. Celles constituées ou consenties sous l'empire de l'ancien AUS restent soumises à cette législation jusqu'à leur extinction. La législation issue des anciens AUS et AUDCG datant du 17 avril 1997 est encore en vigueur.

En conséquence, seuls seront examinés les nantissements visés dans le *numerus clausus* établi par l'AUS : le nantissement des droits associés et valeurs mobilières (§2), le nantissement du fonds de commerce (§3), le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles (§4) et le nantissement des stocks de matières premières et de marchandises (§4). Auparavant, il sera rappelé à travers la présentation de la notion de nantissement les traits caractéristiques du nantissement en OHADA selon l'AUS ancien [*Sur les nantissements selon l'AUS nouveau, voir Régime général des Sûretés*].

§1 - Notion de nantissement

En droit OHADA et selon l'AUS ancien, le nantissement est une sûreté réelle mobilière sans dépossession (A) et soumise au principe de la spécialité de son assiette (B).

A - Absence de dépossession du débiteur

11. La dépossession fait la force du gage en conférant au créancier gagiste une grande sécurité. Elle en constitue également la principale faiblesse, notamment dans les relations d'affaires. Ce mécanisme fruste s'accommode mal des nécessités de la vie des affaires [*M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, Droit des sûretés, Paris, Litec, 8^e éd., 2007, n° 14, p. 512*]. En effet, il est à la fois inefficace et inopportun d'immobiliser entre les mains d'un créancier gagiste, pour en tirer crédit, les instruments de travail dont le constituant ne peut se priver parce que sa survie en dépend. La dépossession du débiteur apparaît comme constituant une gêne très lourde imposée aux opérations d'affaires ; lorsqu'il s'est dessaisi au profit de son prêteur, banquier ou fournisseur, des biens sur lesquels portent son commerce ou son industrie, le commerçant ou l'industriel sont paralysés dans leurs activités [*J. HAMEL, « Le gage sans dépossession*

du débiteur », D. 1945, Chron., p. 37]. Il est apparu alors indispensable de sauvegarder la liberté d'action du débiteur sur ses biens grevés (I), afin de conserver sa capacité à rembourser ses dettes. Pour que la non-dépossession ne devienne pas un moyen pour frauder les créanciers, une publicité fiable est organisée pour jouer le même rôle que la dépossession (II) et rassurer les créanciers et les tiers.

I - Préservation de la liberté d'action du débiteur sur ses biens meubles grevés

12. Il est plus efficace et avantageux pour les protagonistes du crédit, que les activités du débiteur se déroulent normalement, qu'il soit en mesure de rembourser ses dettes plutôt que celles-ci soient entravées par des sûretés qui grevent l'essentiel des actifs mobiliers nécessaires à l'exploitation et plombent ses efforts pour satisfaire ses créanciers. Le législateur OHADA a perçu cette préoccupation à laquelle les nantissements sont une réponse. À cet effet, deux techniques juridiques offertes par le droit civil ont été convoquées pour rendre opérationnels les nantissements : la fongibilité (a) et la subrogabilité (b) du contenu des assiettes de ces nantissements.

a - Fongibilité du contenu de l'assiette des nantissements

13. Le Code civil ne définit pas la fongibilité. Quand il emploie ce concept dans l'article 1291 c'est pour signifier que seules deux choses fongibles de la même espèce peuvent se compenser. Étymologiquement, ce terme vient du latin *fungibilis* qui signifie remplir la fonction de l'usage de [*LITTRE, Dictionnaire de la langue française, t. 3, 1958, p. 1716*]. En droit, les choses fongibles peuvent être entendues comme celles qui, « *n'étant déterminées par leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent être employées, indifféremment l'une pour l'autre dans un paiement* » [*G. CORNU, (sous la direction de), Vocabulaire juridique, PUF, 2^e éd., 2001*]. Ainsi, la fongibilité traduisant la possibilité qu'ont deux choses de se substituer l'une à l'autre consiste, au premier abord, en un rapport d'équivalence entre deux choses, en vertu duquel l'une peut remplir la même fonction libératoire que l'autre [*PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, 1952, t. 3, n° 58, p. 163*].

14. Ainsi entendu, la fongibilité à première vue ne peut s'opérer qu'entre choses de même nature ou de nature homogène [*H. HUMBERT, Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles, Thèse, Paris, 1940, p. 12*]. Toutefois, certains auteurs considèrent que la fongibilité ne provient pas tant de la nature des choses que de la volonté contractuelle [*En ce sens, JOSSERAND, Cours de droit civil français, t.1, 2^e éd., n°s 1324 et*

1326; H. MAZEAUD, *Cours de droit civil, Paris, Licence 1^{re} année 1948-1949, n° 845*; DE LA GRASSERIE, «*De la fongibilité juridique*», *Rev. Gen. du Droit*, 1911, n° 133 et s., pp. 1134-1135; A. LAUDE, «*La fongibilité*», *RTD Com.*, n° 48 (2), 1995, pp. 307-322]. Dans cette conception, même les choses de nature hétérogène peuvent être fongibles, si telle est la volonté des parties. Il est alors possible de donner à la fongibilité une extension telle qu'elle entre en concurrence avec une autre notion du droit des biens qu'est la subrogation réelle [MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, t. 1, Introduction, Paris, Sirey, 1972, n° 294, p. 474*; A. LAUDE, *op. cit.*, n° 7, p. 311] et se confond avec elle [P. VEAUX-FOURNERIE, «*Fongibilité et subrogabilité réelle en matière de gage commercial*», in *Le gage commercial, Études de droit commercial, sous la direction de Joseph Hamel, Paris, Dalloz, 1953, n° 6, pp. 131 et 132*]. Cette façon de concevoir la fongibilité semble contraire aux prévisions de l'article 1291 de Code civil et peu conforme à la tradition. En outre, en matière de sûreté réelle, il est inopportun de donner à la fongibilité une acception aussi étendue [P.G. MARTY, *Fongibilité et volonté individuelle, Étude sur les qualifications juridiques de biens, Paris, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, t.4, 2004, n° 96, p. 105*]. C'est le sens étroit de la fongibilité qui met en exergue son rôle dans la préservation de la liberté d'action du débiteur qui a constitué sur ses biens un nantissement.

15. La fongibilité a pour rôle essentiel d'assurer la pérennité du nantissement en transportant les droits du créancier, des biens dont le débiteur aura eu besoin de disposer, sur ceux qu'il aura fournis en remplacement. Ainsi la fongibilité sauvegarde les droits du créancier tout en laissant la liberté d'action au débiteur.

16. Cette fonction de la fongibilité est particulièrement importante dans le nantissement des stocks à propos duquel le législateur OHADA a expressément prévu à l'article 100 AUS ancien la fongibilité de l'assiette du nantissement des stocks. Le débiteur qui a constitué sur ses actifs une telle sûreté garde la prérogative de renouveler les stocks pendant la durée du nantissement. Ainsi, il peut opérer une substitution de la chose nantie par une autre chose fongible, de même nature et de même valeur, à condition de maintenir constamment la valeur des stocks au moins au même niveau que lors de l'émission du bordereau de nantissement [voir *infra*, *nantissement des stocks*, n° 184].

17. La fongibilité a également un rôle essentiel dans le nantissement des valeurs mobilières. Les valeurs représentant les droits d'associés ou de prêteurs à long terme se présentant sous des formes simplifiées pour en faciliter la circulation ou la négociation. Elles sont émises par catégorie. À l'intérieur d'une même catégorie, les titres ont une même valeur nominale, donnent les mêmes droits et emportent les mêmes obligations. Un titre en vaut un autre. Les valeurs mobilières sont de ce fait

interchangeables et fongibles, malgré leur numérotation éventuelle. La numérotation n'est qu'un mode d'individualisation d'une chose. Cette individualisation n'est pas un obstacle dirimant à la fongibilité. Ce n'est pas parce qu'une chose porte des numéros ou des marques distincts qu'elle cesse d'être fongible [J. JAUBERT, «*Deux notions du droit des biens, la consomptibilité et la fongibilité*», *RTD civ.*, 1945, p. 86]. Le fait que les billets de banque aient des numéros ne les empêche pas d'être fongibles. Ce qui semble fonder la fongibilité des valeurs mobilières c'est parce qu'elles représentent des valeurs scripturales sans individualité. Tous les titres venant en substitution ou en complément de ceux constitués en nantissement sont compris dans l'assiette de celui-ci. Ce mécanisme est le même s'agissant du nantissement du fonds de commerce.

18. Le nantissement du fonds de commerce ne peut en partie se concevoir sans la fongibilité des biens qui le compose. Le fonds de commerce est autre chose que la somme des éléments qui le composent. En droit OHADA, il est une universalité de fait [J. NGUEBOU, *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, Yaoundé, PUA, 1998, p. 38*]. C'est cette universalité de fait qui fait l'objet de la convention de nantissement et non chaque élément individuel pris isolément. L'assiette du fonds de commerce fait écran entre les droits du créancier nanti et les biens offerts en garantie du paiement de la créance comme en matière de *floating charge* [voir *supra* n° 7], de sorte que le créancier doit faire ordonner la vente du fonds pour pouvoir atteindre les biens qui le composent. Ainsi considéré in globo, le fonds subsiste malgré les modifications qui interviennent dans sa composition. En conséquence, les biens qui composent son assiette, bien que soumis à une individualisation à travers leur identification, perdent leur individualité et deviennent fongibles. L'absence d'individualité est le critère même des choses fongibles. L'identification d'un bien n'est pas un obstacle à sa fongibilité [voir *supra* n° 17]. L'écran que constitue le fonds de commerce par rapport aux biens mobiliers corporels et incorporels qui le composent et qui soustrait ces biens pris *ut singuli* à l'emprise du créancier a justement pour effet de dissoudre leur individualité et les rendre fongibles afin de permettre l'exploitation du fonds par le débiteur. Ainsi, ce dernier peut résilier l'ancien bail au profit d'un autre ; il peut compléter l'enseigne, céder une licence d'exploitation pour acquérir une autre, améliorer un brevet d'invention qu'il exploite par un certificat d'addition, faire varier la clientèle, etc.

L'exploitation du fonds et le maintien de sa valeur ne se conçoivent pas sans cette adaptation continue [J. MALAUZAT, «*La composition du fonds de commerce*», in *Le statut juridique du fonds de commerce, 60^e congrès des notaires de France, 1962, pp. 554 et s.*]. C'est le gage de la pérennité du nantissement du fonds de commerce. Exiger le contraire serait figer le fonds et, à terme, diminuer sa valeur et mettre en danger la garantie offerte au créancier.

19. La fongibilité joue aussi s'agissant des nantissements du matériel professionnel et des véhicules automobiles. Ces biens sont fongibles lorsqu'ils sont à l'état neuf [*Contra*, J. ISSA SAYEGH et alii, *OHADA-Sûretés*, op. cit., n° 159, p. 136], malgré la description qui identifie le matériel professionnel ou l'immatriculation administrative du véhicule automobile. Il suffit qu'ils soient remplacés par les choses de même nature, de même marque, série et puissance. Ces biens deviennent difficilement fongibles lorsqu'ils ne sont plus à l'état neuf. Les défauts qu'ils présentent leur confèrent une individualité et une spécificité qui annihilent leur fongibilité [A. LAURE, op. cit., n° 15, p. 315].

Il peut arriver qu'usant de sa liberté d'action sur ses biens grevés, le débiteur modifie l'assiette du nantissement en remplaçant un bien par un autre de nature différente. Même dans ce cas, le nantissement ne prend pas fin. Sa pérennité est assurée et la technique civiliste de la subrogation réelle.

b - Caractère subrogeable de l'assiette des nantissements

20. Le caractère subrogeable ou la subrogabilité de l'assiette d'une sûreté renvoie à une universalité dont le contenu change constamment grâce à la technique de la subrogation réelle. Cette dernière est, d'après M. LAURIOL, « le remplacement de l'objet matériel, d'un droit déterminé par un autre objet matériel, dans le but de maintenir la valeur individualisée par ces deux objets à une même destination » [M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, Paris, Sirey, 1916, vol. 1, p. 77 ; *Comp. G. CORNU (sous la direction de)*, op. cit., V° *Subrogation réelle*]. Elle est la clé de voûte du droit des sûretés [V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Paris, LGDJ, 1985, n° 1, p. 35]. Elle n'intervient qu'en l'absence de la fongibilité. Elle sera invoquée lorsque les choses engagées sont individualisées, identifiées et caractérisées comme corps certains. La subrogation réelle ne joue qu'en l'absence de toute similitude matérielle entre les choses initialement engagées et celles qui leur sont substituées. Elle permet de reporter les droits du créancier sur des biens hétérogènes considérés par les parties comme économiquement équivalents. Elle permet de ce fait, d'atteindre des objectifs qui sont hors de portée de la fongibilité. Ainsi perçue, la subrogation réelle est inhérente aux nantissements.

21. Seul le mécanisme de la subrogation réelle permet le report des droits du créancier sur les biens hétérogènes en nature. Dans les nantissements, le débiteur peut, pour diverses raisons, remplacer les biens grevés par des biens nouveaux de nature différente. Cette liberté d'action est très délicate s'agissant des véhicules automobiles et du matériel professionnel acheté à crédit. L'on se demande si le débiteur peut souverainement les remplacer par d'autres biens de nature différente, alors même que ni

les véhicules, ni les matériels ne sont encore devenus sa propriété. La réponse, à notre avis, est négative. Tout remplacement intervenant dans cette hypothèse doit se faire avec le consentement du créancier nanti. Mais une telle liberté est aisément concevable sur le stock engagé ou sur le fonds de commerce grevé. Ce dernier particulièrement est créé pour être exploité. Son exploitation et le maintien de sa valeur ne se conçoivent pas sans une modification continue de sa composition.

22. Les droits du créancier peuvent être reportés sur les biens hétérogènes nouvellement acquis ou même sur les anciens biens suffisamment améliorés dès lors que les conditions du remplacement subrogatoire sont remplies : provenance, nouveauté et équivalence.

23. Il doit exister entre le bien de remplacement et le bien remplacé un rapport de provenance, une filiation [DEMOGUE, « *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle* », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, p. 238]. Ce rapport dérive du lien de causalité entre la disparition d'un bien et l'apparition d'un bien nouveau dans le même patrimoine. Ainsi, lorsque dans un fonds de commerce, un produit, anciennement exploité sous forme de brevet d'invention est désormais exploité sous forme de marque, parce que la protection du brevet est épuisée, il y a bien remplacement du brevet d'invention par une marque de produit. La disparition du brevet d'invention est la cause de l'apparition de la marque de produit. Les droits du créancier nanti qui portaient sur le brevet se reportent sur la marque de produit. Les droits du créancier sont ainsi préservés par le mécanisme de la subrogation réelle. Mais, ce mécanisme n'est valide qu'en cas de nouveauté qui caractérise le remplacement subrogatoire. Le bien nouveau doit s'opposer au bien ancien par une différence suffisante pour qu'on puisse parler de remplacement. L'exemple ci-dessus indiqué relatif au remplacement du brevet d'invention par une marque de produit ou de fabrique en est une illustration suffisante. La subrogation réelle intègre alors les notions de valeur et d'équivalence, en ce qu'elle ne s'opère en principe qu'en présence de biens de valeur équivalente.

24. L'équivalence de la valeur des biens en matière de subrogation réelle est consubstantiellement liée à la nécessité de préserver l'intégrité de la garantie offerte au créancier. Si la valeur de remplacement est inférieure à celle remplacée, le résultat est désastreux pour le créancier qui voit la garantie qui lui a été offerte diminuer. Dans les nantissements, la valeur du bien nouveau doit a minima être équivalente à la valeur du bien initial. Le droit du créancier ne porte pas strictement sur une chose, élément concret du patrimoine du débiteur, mais sur une valeur de ce patrimoine envisagé sur un plan immatériel. Ce qui importe pour le créancier avant tout c'est de pouvoir compter sur une garantie d'une valeur certaine ou immuable et suffisante. À tel point que le

nantissement sur choses subrogeables serait par nature un nantissement en valeur [P. VEAUX-FOURNERIE, *op. cit.*, n° 23, p. 147 ; M. VASSEUR in D. 1987, p. 283 ; contra M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, 1993, n° 727, p. 569]. On comprend pourquoi les droits du créancier peuvent ainsi se reporter sur des espèces.

25. Le mécanisme de la subrogation réelle joue également entre la chose engagée et les espèces qui la remplacent, tant en cas d'aliénation que de destruction de la chose engagée. En cas d'aliénation d'un bien grevé, les droits du créancier peuvent se reporter sur les espèces de valeur équivalente au bien aliéné. Mais, le remplacement des biens en nature par des espèces n'est pas une condition suffisante de subrogation réelle. Celui-ci en effet peut consister en des deniers qui, en raison de leur nature fongible, perdent, en principe, toute individualisation dans la masse des biens où ils sont versés. Le report sur eux du droit menacé devient donc impossible. D'où la nécessité de leur spécification. Une des formes possibles de cette spécification des deniers est la consignation de la fraction des deniers équivalente à la valeur du bien aliéné chez un séquestre ou un banquier domiciliataire. Cette forme de spécification est expressément prévue en cas de vente des stocks nantis [L'article 104 al. 4 AUS ancien prévoit dans ce cas que le débiteur ne peut livrer les biens vendus qu'après consignation du prix chez le banquier domiciliataire]. Elle n'est pas interdite en cas d'aliénation des biens grevés dans les autres types de nantissements.

26. En cas de destruction du bien grevé, une distinction doit être faite entre une chose assurée et une chose non assurée. Il est intéressant d'indiquer que les articles 101 et 104 AUS ancien font obligation au débiteur, sauf clause contraire, d'assurer les stocks nantis contre les risques de destruction et d'incendie. Il faut également signaler que pour les véhicules automobiles, l'article 200 du Code CIMA (Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances) fait obligation à toute personne physique ou morale autre que l'État dont la responsabilité civile peut être engagée en raison de dommages subis par des tiers et causés par un véhicule terrestre à moteur, ainsi que ses remorques ou semi-remorques, de se couvrir par une assurance garantissant cette responsabilité avant de faire circuler lesdits véhicules. Le matériel ou outillage professionnel et le fonds de commerce ou certains de ces éléments ne sont pas soumis à une obligation d'assurance, mais rien n'empêche de les assurer. L'article 39 du Code CIMA précise d'ailleurs que toute personne ayant intérêt à la conservation d'une chose peut la faire assurer. L'assurance a pour but de protéger les intérêts du créancier nanti. Car, en cas de destruction ou de perte de la chose offerte en garantie, les droits du créancier nanti sont reportés sur l'indemnité d'assurance. C'est à cet effet que l'article 43 du Code CIMA dispose que : « Les indemnités dues par suite d'assurance sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux

créanciers privilégiés (...), suivant leur rang ». Le doute naît en cas d'absence d'assurance, notamment dans les hypothèses où elle n'est pas obligatoire. L'on se demande si dans ces hypothèses, en cas de destruction ou de perte du bien grevé le droit du créancier nanti peut se reporter sur les indemnités autres que celles résultant d'une assurance. La difficulté peut de manière concrète surgir par exemple lorsqu'un fonds de commerce grevé d'un nantissement est exploité dans un local loué et que le bail n'est pas renouvelé. Le droit du créancier nanti se reportera-t-il sur l'indemnité d'éviction prévue par l'article 94 AUDCG ancien ? Le législateur OHADA ne s'est pas exprimé sur cette question. Une réponse positive de sa part contribuerait à renforcer davantage le droit du créancier inscrit et partant, améliorer le crédit que le débiteur pourrait tirer de son fonds de commerce.

En permettant ainsi au débiteur de garder une mainmise sur ses actifs offerts en garantie de sa dette, le législateur OHADA n'a pas perdu de vue que cette possibilité est porteuse de risques avérés de fragilisation du créancier et de mésinformation des tiers sur l'état du patrimoine du débiteur ; c'est pour conjurer ce risque qu'il a organisé une publicité des nantissements afin de suppléer à la dépossession dont c'était la mission première.

II - Organisation de la publicité comme succédané de la dépossession

27. Traditionnellement, la dépossession du débiteur assure la publicité de la sûreté, notamment du gage ; elle permet d'éviter une apparence de solvabilité du débiteur, fait naître le droit de préférence du créancier et assure son opposabilité aux tiers. Lors de la consécration des sûretés réelles mobilières sans dépossession, la publicité instaurée a remplacé la dépossession et assume les mêmes fonctions que cette dernière. C'est dans ce sens que la publicité des nantissements obéit à des règles précises (a) qui accroissent son opposabilité (b) aux tiers.

a - Règles de publicité

28. Ces règles sont contenues dans le Livre II de l'AUDCG ancien, consacré au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, notamment dans le titre II relatif aux dispositions communes (art. 19-24) et dans le titre III portant sur l'inscription des sûretés mobilières (art. 44-68). On retrouve également ces règles dans le titre II de l'AUS ancien réservé aux sûretés mobilières précisément dans le chapitre III relatif aux nantissements sans dépossession (art. 63-105) et de façon marginale dans l'AUSC (*Acte uniforme relatif aux Sociétés Commerciales*), notamment aux articles 747 sur le nantissement des titres et 772 sur le nantissement des actions.

29. Il résulte de ces articles que tous les nantissements doivent être publiés au registre du commerce et du crédit mobilier tenu au greffe du tribunal du commerce ou de la juridiction qui en tient lieu. Cependant, lorsque la sûreté porte sur des éléments ayant trait à la propriété intellectuelle, une inscription complémentaire doit être prise au registre spécial de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI). En réalité, il s'agit de plusieurs registres spéciaux. Il existe un registre spécial pour chaque droit de propriété intellectuelle de nature industrielle qui se distingue du droit de propriété intellectuelle de nature esthétique qu'est la propriété littéraire et artistique à propos de laquelle il n'est prévu aucun registre spécial bien qu'elle fasse partie de l'Annexe VII de l'Accord de Bangui (République Centrafricaine) créateur de l'OAPI. Doivent également être publiés au Registre du commerce et du crédit mobilier tous les cas de modification des nantissements et les cas de radiation de ceux-ci. Doivent être inscrits les biens grevés, l'identité des parties, le montant de la créance garantie, etc.

30. Le législateur OHADA n'impose aucun délai pour inscrire un nantissement. La raison de cette liberté serait que de l'inscription dépend le rang du nantissement. Il appartient au créancier d'inscrire sa sûreté le plus vite possible. Plus rapide le créancier sera diligent, mieux sera son rang. C'est lui qui a le plus grand intérêt à inscrire sa sûreté. Bien que s'agissant du nantissement des stocks, l'article 54 de l'AUDCG ancien confie la charge de cette formalité au constituant. La doctrine admet qu'une démarche d'inscription par le créancier est tout à fait recevable [ISSA SAYEGH *et al.*, *op. cit.*, n° 386, p. 149].

31. Les formalités d'inscription sont simples. La partie la plus diligente doit produire au greffe du tribunal territorialement compétent le titre constitutif du nantissement et remplir un formulaire d'inscription en quatre exemplaires. Le greffier qui n'est pas juge de la régularité de la constitution du nantissement [F. ANOU-KAHA, *op. cit.*, n° 98, pp. 40-41] vérifie simplement la conformité du formulaire au titre présenté (art. 49 AUDCG ancien). Il procède ensuite à l'inscription sur le registre chronologique, et dans le même temps, fait mention de l'inscription au dossier individuel ouvert au nom de la personne physique ou morale contre laquelle l'inscription est prise ; classe les actes et un formulaire de la déclaration qui lui a été remise au dossier tenu sous le nom de la personne physique ou morale contre laquelle est prise l'inscription, avec mention de cette date d'inscription et de son numéro d'ordre ; remet à la personne qui a requis l'inscription le second exemplaire du formulaire d'inscription visé par le greffe qui mentionne la date et le numéro d'ordre de l'inscription. Les deux autres formulaires sont envoyés à la diligence du greffier compétent au fichier national pour transmission de l'un d'eux au fichier régional.

32. L'accès des tiers à l'information contenue dans le dossier individuel ouvert au nom du constituant n'est pas réglementé. Dans tous les cas, il doit être simplifié et facile. Les opérateurs économiques ou toute personne ayant un intérêt doivent pouvoir être informés à tous les trois niveaux où sont stockées les informations : fichier local (greffe du tribunal de commerce ou de la juridiction tenant lieu), fichier national, fichier régional. À terme, le système devrait être urgemment informatisé dans le sens d'une banque des données pour faciliter davantage l'accès à l'information intégrale ou simplement sélective.

Tout le dispositif d'inscription des nantissements a pour but de le révéler au public et d'accroître le rayonnement de son opposabilité à l'égard des tiers.

b - Opposabilité des nantissements

33. C'est à partir de leur inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier et éventuellement aux registres de l'OAPI que les nantissements deviennent opposables aux tiers. À cet effet, l'article 63 de l'AUDCG ancien dispose que « *L'inscription régulièrement prise est opposable aux parties et aux tiers, à compter de la date d'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier* ». L'opposabilité du nantissement des parts sociales à la personne morale émettrice est tributaire à la fois de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier et de la signification qui lui est faite (art. 67 al. 8 AUS ancien). De même le nantissement des actions d'une société ne lui est opposable qu'à la double condition de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier et de l'agrément de la société concernée (art. 772 al. 2 AUSC ancien).

34. A contrario, le défaut d'inscription entraîne l'inopposabilité des nantissements aux parties et aux tiers. C'est la sanction implicitement contenue dans l'article 63 AUDCG ancien ci-dessus cité [Dans le même sens, Pedro SANTOS, « *Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général* », in OHADA-Traité et Actes uniformes commentés et annotés, *Juriscopus*, 1999, p. 107]. D'après cet article, les parties et les tiers sont dans la même situation au regard de l'existence du nantissement, et il n'y aurait pas de différence entre les parties et les tiers en ce qui concerne l'opposabilité de la sûreté. Il y a là une position très contestable ; car le défaut d'inscription ne peut produire le même effet à l'égard des parties et des tiers. L'inscription n'est que le moyen par lequel le nantissement est rendu public. Les parties n'ont pas à être avisées de la modification juridique apportée par leur convention à la situation des biens mobiliers du débiteur à l'aide d'une mesure spéciale de publicité ; elles ne peuvent l'ignorer puisqu'elles en sont elles-mêmes l'auteur.

L'inscription ne rend en réalité les nantissements opposables qu'à l'égard des tiers. Qu'il s'agisse des tiers qui

tiennent leur droit du constituant lui-même ou qu'il s'agisse des acquéreurs a non domino ou même des sous-acquéreurs. L'opposabilité des nantissements est limitée dans le temps. Le législateur a voulu probablement imposer la durée uniquement de cinq ans (nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières, nantissement du fonds de commerce, nantissements du matériel professionnel et des véhicules automobiles). Il s'est rendu compte de la nature périssable de certains biens et a réduit la durée de l'inscription du nantissement des stocks à deux ans. Cependant, toute inscription est susceptible de renouvellement. La demande de renouvellement doit intervenir avant l'expiration du délai initial, dans les mêmes formes, et pour la même durée que l'inscription initiale. Mais, l'opposabilité ne produit aucun effet lorsqu'il s'agit du transfert à un tiers, dans le cours normal de l'exploitation des affaires du débiteur, d'un bien isolé contenu dans l'acte de nantissement. Ce bien est transféré libre de toute charge, à l'exception des droits de propriété intellectuelle sur lesquels une inscription a été prise dans les registres spéciaux de l'OAPI.

En fin de compte, l'absence de dépossession qui permet de distinguer le nantissement des autres sûretés réelles comme le droit de rétention et le gage, ne peut être un inconvénient à son efficacité. L'autre caractère du nantissement qui le distingue de certaines sûretés réelles est sa spécialité.

B - Spécialité du nantissement

Le caractère spécial d'une sûreté emporte l'obligation de déterminer son objet (I) et de fixer la nature des droits du créancier sur les biens grevés (II), ainsi que l'impossibilité d'établir une sûreté sur les biens futurs (III).

I - Obligation de déterminer l'objet du nantissement

35. Le caractère spécial du nantissement permet de le distinguer des autres sûretés réelles sur la base de l'amplitude de leurs assiettes. Ainsi, la règle de la spécialité différencie le nantissement des sûretés réelles générales. Ces dernières sont des sûretés dont l'assiette est constituée soit de la totalité de l'actif du débiteur, soit de la partie mobilière ou immobilière de cet actif [M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 515, p. 421]. Elles n'exploitent pas pleinement la technique de l'affectation. En droit OHADA et selon la législation pertinente datée du 17 avril 1997, les sûretés générales embrassent les privilèges généraux prévus par les articles 106 et 107 AUS ancien [V° *privilège*]. En droit français, elles correspondent aux privilèges généraux de l'article 2101 du Code civil et aux hypothèques légales de l'article 2122 du Code civil. En droit anglais, elles recouvrent principalement la *floating charge* [Arrêt *Re Yorkshire wooldcombers association* (1903), 2 ch. 284 (Cour d'appel, Chancery division)].

36. Une sûreté est dite spéciale lorsqu'elle a pour assiette un ou des biens déterminés. [M. CABRILLAC et Ch. MOULY, op. cit.]. L'assiette d'une sûreté spéciale est composée des biens individuellement désignés. Le nantissement porte sur des biens ou masse de biens individuellement déterminés. Le droit a consacré et organisé cinq types de nantissement : le nantissement du fonds de commerce, le nantissement du matériel professionnel, le nantissement des véhicules automobiles, le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières et le nantissement des stocks.

Le législateur OHADA a mis un soin particulier à préciser les éléments qui doivent composer l'assiette de chaque type de nantissement. L'article 69 AUS ancien présente clairement les éléments qui constituent le nantissement du fonds de commerce. Il les classe en éléments obligatoires et en éléments facultatifs. Dans la catégorie des éléments obligatoires, il y a la clientèle, l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail commercial et les licences d'exploitation. Dans celle des éléments facultatifs, on note les brevets d'inventions, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles et autres droits de la propriété intellectuelle ainsi que le matériel. Il s'agit de tout matériel servant à l'exploitation du fonds et qui n'a pas fait l'objet d'un nantissement distinct. S'agissant de ces éléments facultatifs, lorsqu'ils doivent entrer dans l'assiette du nantissement d'un fonds de commerce, l'article 69 al. 2 AUS ancien précise qu'ils doivent faire l'objet d'une clause spéciale désignant les biens engagés. Les droits réels immobiliers sont exclus de l'assiette du nantissement du fonds de commerce (art. 69 al. 3 AUS ancien).

Le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles visé à l'article 71 AUS ancien celui des droits sociaux et des valeurs mobilières visé à l'article 64 AUS ancien, ne posent pas de difficulté particulière quant au contenu de leur assiette du point de vue de l'exigence de spécialité. Pour le premier, il s'agit du matériel neuf ou d'occasion servant à l'équipement d'une personne pour l'exercice de sa profession ou de véhicules neufs ou d'occasion soumis à déclaration de mise en circulation et à immatriculation administrative et pour les seconds, et il s'agit des parts sociales ou actions des sociétés et les valeurs mobilières.

L'article 100 AUS ancien sur le nantissement des stocks précise les biens susceptibles d'être nantis. Il s'agit des matières premières (produits miniers, hydrocarbures), les produits d'une exploitation agricole (récoltes) ou industrielles (produits manufacturés ou fabriqués) les marchandises destinées à la vente. En outre l'article 101-2° AUS ancien exige une description précise du bien engagé permettant de l'identifier par sa nature, sa qualité, sa quantité, sa valeur et sa situation.

Comme on le constate, la détermination de l'objet du nantissement est une caractéristique de cette sûreté. L'autre conséquence de la règle de la spécialité qui spécifie le nantissement est la détermination de la nature des droits du créancier sur les biens grevés.

II - Fixation de la nature des droits du créancier sur les biens grevés

37. L'identification du bien objet du nantissement a pour conséquence de faire naître sur celui-ci des droits au profit du créancier, même s'il n'a pas de mainmise matérielle sur ce bien. Il s'agit d'un droit réel de garantie [M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 515, p. 421] qui confère à son titulaire les qualifications reconnues à tout droit réel que sont le droit de préférence et le droit de suite. Le bénéficiaire d'un nantissement a le droit d'être payé par préférence à tous les autres créanciers sur le prix de vente du bien spécifique objet de sa sûreté. L'article 90 AUS ancien confirme le droit de préférence du créancier titulaire du nantissement sur le fonds de commerce. Ce droit de préférence ne peut, s'agissant par exemple du nantissement du fonds de commerce, s'exercer sur un élément isolé du fonds [Comp. Cass. Com. 19 décembre 2006, JCP G. 2007. IV. 1231 ; D. 2007.369.somm. obs. V. Avena-Robardet]. Le nantissement greève indivisiblement les éléments en constituant l'assiette et conséquemment le droit réel de garantie qui en résulte porte sur la totalité de ces éléments. Toutefois, l'aliénation d'un élément isolé de l'assiette du nantissement s'effectue libre de toute charge.

38. Le bénéficiaire d'un nantissement a également le droit de saisir le bien spécifique objet de sa sûreté en quelques mains qu'il se trouve. L'article 89 AUS ancien réaffirme le droit de suite du créancier nanti sur un fonds de commerce. Toutefois, le droit de suite des créanciers inscrits ne peut pas s'exercer contre l'acquéreur d'éléments isolés du fonds [Comp. Cass. Req. 22 avril 1913, DP 1913.1.225, note Feuilloley ; Cass. Com. 5 novembre 1963, Bull. civ. III, p. 813]. Ces éléments pris isolément sont transférés libres de toute charge, sauf en cas de cession d'un brevet, d'une marque, d'un dessin ou d'un modèle sur lequel le créancier a inscrit son droit à l'OAPI [Comp. Cass. Req. 22 avril 1913, précité]. Le bénéficiaire du nantissement n'a pas à faire opposition au paiement du prix de cession du fonds de commerce, par exemple, pour exercer son droit de suite [Comp. Cass. Com. 25 janvier 2000, RJDA. 4/00, n° 482], ni à déclarer sa créance au passif de l'acquéreur du fonds dès lors qu'ayant consenti le prêt garanti par le nantissement au vendeur dudit fonds, il n'est pas le créancier de l'acquéreur en redressement judiciaire [Comp. Cass. Com., 17 décembre 2002, n° 2142, RJDA. 5/03, n° 515].

39. A contrario, le bénéficiaire d'une sûreté générale n'est pas titulaire d'un quelconque droit réel et par conséquent, il ne bénéficie ni d'un droit de préférence, ni d'un droit de suite. La raison de ce dénuement est que le droit réel porte sur une chose existante et déterminée ; critère qui disqualifie les sûretés générales en ce que les biens affectés à la garantie de la créance ne

sont pas déterminés dans leur nature. Cette indétermination inhérente à la généralité de leur assiette ne permet pas l'existence d'un droit réel [COLIN et CAPITANT, II, n° 1492 ; WEILL, n° 152 ; DAGOT, p. 147 – Rapp. MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, n° 138 ; MALAURIE et AYNES, n° 400 – Contra BEUDANT par VOIRIN, XIII, n° 292 et s. ; JOSSERAND, 141, n° 1545 ; PLANIOL, RIPERT et BECQUE, XII, n° 252 ; MAZEAUD, n° 141 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLAU, n° 561].

L'exigence de la détermination du bien objet du nantissement fait naître un droit réel de garantie au profit du créancier nanti et rend impossible l'établissement d'un nantissement sur des choses futures.

III - Impossibilité d'établir un nantissement sur des choses futures

40. Cette impossibilité n'existe que dans le cadre de l'AUS du 17 avril 1997. Elle disparaît avec le nouvel AUS daté du 15 décembre 2010.

L'impossibilité d'établir un nantissement sur des choses futures ne peut être comprise qu'à travers la signification de l'expression « choses futures ». Pour la clarté du propos, choses futures peut être entendu comme choses n'ayant aucune existence juridique. Une chose future est celle qui n'est pas encore présente dans un patrimoine. Il s'agit d'une simple éventualité, d'une espérance incertaine.

Le droit OHADA, sous la législation pertinente du 17 avril 1997, est hostile au nantissement portant sur des choses futures parce qu'il contrevient à deux exigences fondamentales découlant du principe de la spécialité qui domine cette législation.

41. La première exigence est la protection du consentement du débiteur. Ce dernier doit avoir la claire conscience de ce à quoi il s'engage et l'exacte portée de l'acte qu'il pose. Or, lorsqu'il s'agit de s'engager sur des choses qui n'existent pas, sur des espérances incertaines, il est évident que le consentement du débiteur ne peut être suffisamment libre et éclairé. Le droit OHADA qui attend de lui une certaine prudence est défavorable au nantissement sur des choses futures. La position du législateur OHADA est fondée sur la crainte que le débiteur n'engage l'avenir sans mesurer les inconvénients pouvant en résulter.

42. La seconde exigence porte sur l'existence effective de la chose objet de la sûreté. Le nantissement ne peut porter que sur une chose existante identifiée et déterminée au jour de son affectation [Sur cette question, voir J. MESTRE, « Le gage des choses futures », D. 1982, chron. pp. 141 et s.]. L'acte de nantissement doit contenir, à peine de nullité, la désignation ou la description des objets nantis. Exigence que ne peut satisfaire une chose qui n'existe pas. Mais, il ne faut pas confondre une chose qui n'existe pas et une chose qui existe déjà

mais dont la constitution est encore inachevée. C'est ainsi qu'est admis le nantissement d'un fonds de commerce en voie de constitution [C.A. Paris, 3 juillet 1963, RTD com. 1964, p. 54, n° 16, obs. A. Jacoffret], le nantissement des obligations non encore souscrites [Sur ce point, voir J. DERRUPPE, « Le nantissement des valeurs mobilières », in *Le gage commercial, sous la direction de J. Hamel, Paris, Dalloz, 1953, pp. 524 et s.*].

43. Toutefois, il peut être admis, comme promesse de nantissement, l'affectation sans dépossession d'un bien à venir à la garantie d'une créance. Le droit OHADA n'y est pas a priori hostile, dès lors que les conditions de formation et d'exécution d'une promesse de contrat ont été observées. La promesse de nantissement ne vaut pas nantissement. Ce dernier n'est constitué qu'en cas de certitude sur l'existence et l'identité de la chose objet de la sûreté. La promesse de nantissement n'est que génératrice d'une obligation dont l'inexécution donne lieu à des dommages-intérêts et non à la condamnation à exécution forcée. De surcroît, elle est une opération aléatoire du fait que son assiette soit constituée d'une simple expectative. Cette incertitude et son efficacité relative expliquent pourquoi la promesse de nantissement est rarement pratiquée.

§2 - Nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières

44. Au nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières, certains préfèrent l'expression « *droits sociaux* » et écrivent nantissement des droits sociaux et des valeurs mobilières [voir J. ISSA SAYEGH, « *Nantissement des droits sociaux et des valeurs mobilières* », in *OHADA-Sûretés, op. cit., p. 138*]. Il est vrai qu'en droit des sociétés commerciales, les « *droits d'associés* » sont des « *droits sociaux* ». Mais, le législateur OHADA aurait préféré l'expression « *droits d'associés* » par souci de précision et par volonté d'éviter la confusion et le trouble que peut occasionner l'utilisation de l'expression « *droits sociaux* » qui a plusieurs significations, dont l'une renvoie aux « *droits conférés par la constitution aux travailleurs pour la défense de leurs intérêts professionnels, leur protection devant les employeurs, la compensation des risques sociaux et l'établissement d'une égalité sociale (...)* » [G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit., V° Droits sociaux*].

45. Le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières en droit OHADA a un fondement juridique épars. Il est régi par les articles 61 à 65 AUS qui doivent être complétés par les articles 44 et 45 AUDCG concernant sa publicité au registre du commerce et du crédit mobilier, les articles 322 AUSCGIE (*Acte uniforme relatif*

aux droits des Sociétés Commerciales et du groupement d'intérêt économique) concernant les opérations relatives aux parts sociales et 747 AUS ancien sur les valeurs mobilières. À ces textes, il faut ajouter les articles 88 et suivants et 236 et suivants AUVE (*Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution*).

Depuis l'adoption le 15 décembre 2010 d'un nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, le législateur OHADA a adjoint aux droits d'associés et des valeurs mobilières, les comptes de titres financiers. Ce nantissement dans cet Acte uniforme fait l'objet des articles 140 à 155 [voir *Régime général des sûretés*].

Le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières ne produit les effets (B) attendus qu'après sa constitution (A) qui doit obéir à des conditions précises.

A - Constitution du nantissement

La constitution du nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières obéit aux modalités communes à tous les nantissements, sous réserve de la particularité relative aux biens objet d'une telle sûreté. Les conditions que requiert le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières doivent être envisagées sur le double plan du fond (I) et de la forme (II).

I- Conditions de fond

46. Aux termes de l'article 64 AUS ancien (140 AUS nouveau), seuls les droits d'associés et les valeurs mobilières des sociétés commerciales et ceux cessibles des personnes morales assujetties à l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier peuvent faire l'objet d'un nantissement conventionnel ou judiciaire. Il en résulte deux conditions : la qualité des personnes émettrices (a) et la nature des biens objets du nantissement (b).

a - Qualité des personnes émettrices

47. Seules les personnes morales assujetties à l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier peuvent émettre les droits et valeurs mobilières susceptibles de nantissement. Ces personnes morales sont celles visées à l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique (art. 27 AUDCG ancien). Elles sont : la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société à responsabilité limitée, la société anonyme, et le groupement d'intérêt économique. À ces sociétés, il faut ajouter la société d'État et la société d'économie mixte [voir AKUETE PEDRO SANTOS, « *Acte uniforme relatif au droit commercial général* », in *OHADA-Traité et*

actes uniformes commentés et annotés, op. cit., 3^e éd., 2008, p. 222]. Mais, cette liste n'est pas close. Si la loi nationale d'un État-membre de l'OHADA soumet d'autres catégories de personnes morales à l'inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier, les droits et valeurs mobilières émis par celles-ci peuvent être offerts en nantissement. Il en serait ainsi par exemple des droits d'associés des sociétés civiles ou des sociétés d'économie mixte ; des valeurs mobilières émises par les sociétés d'État.

b - Nature des biens objets du nantissement

48. Il s'agit des droits d'associés et des valeurs mobilières. Les droits d'associés sont les actions dans les sociétés anonymes et les parts sociales dans les autres sociétés (art. 51 AUSC). Ils sont représentés par les titres sociaux émis par la société en contrepartie des apports faits par les associés. Ce sont des biens meubles qui sont dans le commerce.

Les valeurs mobilières sont des titres négociables qui représentent des droits identiques par catégories acquis par ceux qui ont apporté à la société, notamment la société anonyme, des espèces ou des biens nécessaires à son financement. Elles présentent quatre caractéristiques majeures.

D'abord, elles sont des titres indivisibles à l'égard de la société émettrice (art. 744 al. 2 *in fine*) ; ainsi, lorsque les titres émis par les sociétés anonymes appartiennent à des personnes en état d'indivision, celles-ci ne peuvent pas exercer leurs droits à l'égard de la société.

Ensuite, elles sont des biens fongibles, par conséquent interchangeables.

Puis elles sont des titres négociables, c'est-à-dire transmissibles selon les modes spéciaux du droit commercial qui varient avec la forme du titre. Ainsi, les titres nominatifs sont transmissibles par inscription dans les livres de la société, par virement de compte à compte ; les titres au porteur se transmettent par simple tradition, c'est-à-dire de main en main ; les valeurs mobilières peuvent même être cotées en bourse, autrement dit, négociées en bourse.

Enfin, les valeurs mobilières sont des biens meubles par détermination de la loi.

49. Il existe trois principales sortes de valeurs mobilières essentiellement dans les sociétés anonymes : les actions représentant des droits d'associés, les obligations représentant des droits de créance et les parts de fondateur, appelées aussi parts bénéficiaires. Chacune d'elle donne droit respectivement, directement ou indirectement, à une quotité du capital social d'une personne morale (*les actions*) ; à un droit de créance contre elle (*les obligations*) ou à un droit à une fraction de bénéfices sans représenter une part du capital (les parts de fondateur). Seules les parts de fondateurs émises avant le 1^{er} janvier 1998, date d'entrée en vigueur de l'Acte uniforme relatif aux droits

des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, demeurent valables et régies par les textes nationaux les concernant (art. 918 AUSC), c'est-à-dire dans la plupart des pays membres de l'OHADA, de la loi du 23 janvier 1929 et la loi du 4 mars 1943. En Guinée Équatoriale, c'est l'ordonnance 119 (art. 44). Au Sénégal, l'article 1386 du Code des obligations civiles et commerciales les avait déjà interdites. Le Code de commerce du Mali ne les avait pas prévues.

50. Le législateur OHADA a réglementé minutieusement les trois principales valeurs mobilières ci-dessus citées. Mais laisse la possibilité aux sociétés émettrices d'en émettre d'autres, représentatives de créances sur elles ou donnant droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière représentative de créance. Il peut être stipulé que ces valeurs mobilières ne seront remboursées qu'après désintéressement des autres créanciers à l'exclusion des titulaires des prêts participatifs (art. 822 AUSC). Il en est ainsi parce que les prêts participatifs constituent déjà par nature des créances de dernier rang.

La création des autres valeurs mobilières est laissée à la discrétion des sociétés émettrices. On songe notamment aux titres participatifs, aux titres associatifs et aux certificats d'investissement.

51. Les titres participatifs et les titres associatifs, bien que proches des obligations, présentent trois particularités : ils donnent au porteur la qualité de créancier subordonné passant après les créanciers chirographaires. L'emprunt n'est pas amortissable ; la rémunération comporte une partie fixe et une partie variable calculée en fonction des bénéfices réalisés par l'émetteur. Toutefois, ces titres ne pourront être émis par n'importe quelle société, l'intervention du législateur sera indispensable.

52. Les certificats d'investissement sont des démembrements de l'action. Celle-ci confère non seulement les droits pécuniaires (dividendes, réserves, boni), mais aussi les droits non pécuniaires, notamment le droit de vote. Le certificat d'investissement confère seulement les droits pécuniaires attachés aux actions. Il est par conséquence négociable comme l'action.

53. De manière générale, il est possible à une société émettrice de créer, d'une part, d'autres types d'obligations ou de titres, notamment des obligations convertibles en actions, les obligations à bon de souscription d'actions ou des obligations échangeables ou remboursables en actions ; d'autre part, des valeurs mobilières composées, de bons autonomes (bons secs), et en particulier d'actions ou d'obligations avec bon de souscription d'actions (ABSA ou OBSA), ou de titres échangeables ou remboursables. Le remboursement ne se fera qu'après désintéressement des autres créanciers à l'exclusion des titulaires de prêts participatifs [Sur la question, voir D. LOUKAKOU, « Les valeurs mobilières dans l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales dans l'espace OHADA », Penant,

n° 844, Juillet-Septembre 2003, p. 261 ; B. MARTOR et S. THOUVENAT, « Les acteurs des marchés financiers et l'APE dans la zone OHADA », RDAI, n° 7, pp. 749 et s.].

54. Les droits d'associés et les valeurs mobilières étant des biens mobiliers incorporels consistant en des droits de créance, on peut hésiter entre les offrir en garantie sous forme de nantissement (*art. 64 et suivants AUS ancien*) et les donner en gage (*art. 46 alinéa 1 et 50 et suivants AUS ancien*). Comment se déterminer ?

Le constituant est libre de choisir la sûreté qui lui paraît convenir le plus à ses aspirations. Il convient simplement d'indiquer que les titres dématérialisés, non susceptibles de dépossession, se prêtent plus au nantissement ; alors que les titres matérialisés et au porteur peuvent faire l'objet d'un gage avec dépossession sans difficulté particulière. Mais, depuis l'avènement du nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, il semble que ce choix n'est plus possible. Le gage est réservé aux biens meubles corporels alors que le nantissement est destiné aux biens meubles incorporels. Les droits d'associés et valeurs mobilières étant des biens meubles incorporels, ils ne peuvent faire l'objet que d'un nantissement.

II - Conditions de forme

Les formalités de constitution du nantissement des droits sociaux et des valeurs mobilières varient selon que le nantissement est conventionnel (a) ou judiciaire (b). Mais, dans les deux cas, la loi en impose la notification à la personne morale émettrice (c) et l'inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier (d).

a - Nantissement conventionnel

55. Les formalités du nantissement conventionnel sont indiquées à l'article 65 AUS ancien (*141 AUS nouveau*). Le nantissement doit être constitué par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré. La formalité de l'enregistrement est simplement destinée à donner date certaine à l'acte ; elle n'est pas une condition de validité du nantissement. Elle est inévitable si l'acte est authentique. Par contre, elle n'est pas nécessaire pour l'acte sous seing privé. En réalité, la formalité de l'enregistrement de l'acte constitutif du nantissement est surabondante, car la date certaine qu'elle confère peut être obtenue par l'inscription de l'acte au Registre du commerce et du crédit mobilier. Cette dernière formalité est obligatoire et, au surplus, rend l'acte opposable à tous (*art. 67 AUS ancien*) [voir *supra*, n°s 33-34]. La formalité de l'enregistrement fait double emploi avec celle plus porteuse de l'inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier. La première peut être supprimée sans dommage. L'AUS nouveau n'a pas repris la formalité d'enregistrement (*art. 141 AUS nouveau*).

56. L'acte de constitution du nantissement doit comporter, à peine de nullité, les mentions ci-après :

- les prénoms, noms et domiciles du créancier, du débiteur et du constituant du nantissement si celui-ci est un tiers ;
- le siège social et le numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier de la personne morale émettrice des droits d'associés et valeurs mobilières ;
- le nombre et, le cas échéant, les numéros des titres nantis ;
- le montant de la créance nantie ;
- les conditions de l'exigibilité de la dette principale et des intérêts ;
- l'élection de domicile du créancier dans le ressort de la juridiction où est tenu le Registre du commerce et du crédit mobilier du lieu d'immatriculation de la société.

b - Nantissement judiciaire

57. La juridiction compétente peut autoriser le créancier, qui en fait la demande, à prendre une inscription sur les droits d'associés et valeurs mobilières de son débiteur. On parle de nantissement judiciaire. La décision de justice doit comporter les mentions prévues à l'article 65 ci-dessus relatif au nantissement conventionnel. La possibilité de recourir au nantissement judiciaire est prévue par l'article 66 AUS ancien et 142 nouveau qui renvoie aux articles 136 et 144 du même Acte uniforme, lesquels visent l'hypothèque conservatoire ou judiciaire. Ce renvoi est excessif et inutile dans la mesure où les articles 85 à 90 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution (AUE) organisent déjà la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières. L'article 142 AUS nouveau a supprimé le renvoi aux dispositions qui visent l'hypothèque conservatoire et a maintenu le renvoi aux dispositions relatives à la saisie conservatoire des titres sociaux réglementée par les dispositions de l'AUE.

58. Cette saisie conservatoire est soumise aux règles générales des saisies conservatoires (articles 54 et suivants AUE), aux règles particulières édictées par les articles 85 à 90 AUE concernant la saisie conservatoire de ces droits d'associés et valeurs mobilières et à celles prévues par la saisie vente de cette catégorie de biens (*articles 236 à 245 AUE*).

La saisie conservatoire est effectuée par la signification, dans un délai de huit jours à peine de caducité, de l'autorisation judiciaire à la société ou à la personne morale émettrice ou au mandataire chargé de conserver ou de gérer les titres à l'instar d'un établissement financier ou d'un administrateur de biens.

59. L'acte de signification doit contenir, à peine de nullité, les mentions suivantes :

- copie de l'autorisation de la juridiction ou du titre en vertu duquel la saisie est pratiquée ;
- copie du procès-verbal de saisie ;
- la mention, en caractères très apparents, du droit qui appartient au débiteur, si les conditions de validité de la saisie ne sont pas réunies, d'en demander la mainlevée à la juridiction du lieu de son domicile ;
- la juridiction devant laquelle seront portées les autres contestations, notamment celles relatives à l'exécution de la saisie ;
- l'élection de domicile du créancier dans le ressort territorial juridictionnel où la saisie est effectuée s'il n'y demeure pas afin qu'il y soit fait toute signification ou offre ;
- la reproduction des articles 62 et 63 AUBE relatifs aux contestations justifiant une mainlevée.

L'article 87 AUBE indique les effets de la saisie en renvoyant à l'article 239 AUBE, l'acte de saisie rend indisponibles les droits pécuniaires du débiteur. Celui-ci peut en obtenir la mainlevée en consignation une somme suffisante pour désintéresser le créancier. Cette somme est spécialement affectée au profit du créancier saisissant (art. 239 AUBE).

c - Notification du nantissement à la personne morale émettrice

60. Le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières est un acte grave pouvant entraîner la réalisation de la sûreté et par conséquent l'entrée du cessionnaire ou créancier bénéficiaire dans la société comme nouveau titulaire des droits d'associés. Or, il peut arriver que l'arrivée de ce nouvel associé ne soit pas souhaitée par les autres tant dans les sociétés fermées comme les sociétés en nom collectif que dans les sociétés ouvertes comme les sociétés anonymes. C'est, conscient de ce possible conflit que le législateur OHADA a régleménté cette opération.

61. Le nantissement doit être notifié à la personne morale émettrice des droits d'associés ou des valeurs mobilières ou titres les constatant (art. 67-2 AUS ancien). Cette signification est obligatoire sous l'emprise de l'ancien AUS, elle n'est que facultative sous le nouvel AUS (art. 143 al. 3 AUS nouveau). Elle permet non seulement à la personne morale émettrice d'être informée des transactions ayant pour objet au moins une fraction de son capital ou de ses valeurs mobilières, mais aussi et surtout, elle permet aux autres associés ou actionnaires, le moment venu, de se prononcer sur cette transaction, soit en faisant jouer une clause d'agrément, soit en mettant en œuvre une clause de préemption.

En d'autres termes, cette notification n'a d'intérêt que si la personne morale émettrice a prévu dans ses statuts une clause d'agrément par laquelle les autres associés ou actionnaires se réservent le droit d'accepter ou de refuser le nantissement portant sur des droits

ou valeurs émis par elle ou le créancier nanti devenu nouvel associé par le biais de la réalisation forcée des parts nanties ; ou une clause de préemption par laquelle la personne morale se donne la faculté d'acquiescer, de préférence à toute autre personne, les droits sociaux ou valeurs mobilières nanties qui ont été émis par elle et dont réalisation est projetée. Il est évident qu'en l'absence de pareilles clauses statutaires, le défaut de notification ne porte aucun préjudice et ne devrait pas être sanctionné par la nullité de la saisie ou du nantissement conventionnel [J. ISSA SAYEGH, « *Nantissement des droits sociaux...* », *op. cit.*, n° 368, p. 141]. C'est certainement la raison pour laquelle, le nouvel AUS fait de la notification une simple faculté.

62. L'Acte uniforme ancien sur le droit commercial reprend quelque peu les dispositions de l'article 67-2 AUS ancien ci-dessus indiquées dans ses articles 322 pour les sociétés à responsabilité limitée et 772 et 773 pour les sociétés anonymes [OUMAR SAMBE et MAMADOU DIALLO, *Guide pratique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, Éditions Comptables et Juridiques, *Le praticien*, n° 1345 à 1348 et 1789 ; *Mémento Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, 1998, Price Waterhouse Coopers, n° 481, 962 et s.]. Rien n'est prévu pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple. Il est indiscutable que les parts sociales de ces sociétés peuvent faire l'objet de nantissement. La difficulté se situe au niveau de la signification de l'acte de nantissement à propos de laquelle l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales est muet. En dépit de ce mutisme, la signification de l'acte de nantissement est possible et même exigée en raison de l'intuitu personae qui caractérise les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple.

63. La signification à la SARL du nantissement des droits sociaux et valeurs mobilières qu'elle a émise est prévue par l'article 322 al. 2 AUSC. Cet article n'ajoute rien à l'article 67 AUSC qui prescrit également la signification du nantissement à la société émettrice et l'inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier.

Des précisions pertinentes sont données par l'alinéa 1 de l'article 322 AUSC. Il indique que si la société donne son consentement à un projet de nantissement de parts sociales dans les conditions prévues pour la cession de parts à des tiers, ce consentement emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts nanties ; mais, la société peut aussi, après la cession, au lieu d'agréer le cessionnaire, choisir de racheter ces parts, sans délai, en vue de réduire son capital.

64. Les précisions fournies par l'article 322 alinéa 1 AUSC sont insuffisantes. D'abord, on sait que la faculté de rachat des parts par la SARL doit être exercée rapidement, mais l'article 322 alinéa 1^{er} indique laconiquement « *sans délai* », (que faut-il entendre par cette expression ?)

et ne précise pas les modalités et procédures de rachat ; ensuite, il insiste sur le fait que le rachat des parts doit être effectué en vue de réduire le capital de la SARL émettrice, ce qui lui interdit de revendre ces parts à un associé ou à un tiers, l'opportunité d'une telle limitation est difficilement saisissable ; et enfin, l'article 322 alinéa 1 ne se prononce pas sur le cas où la société ne donne pas son consentement à un projet de nantissements des parts sociales. Doit-on en déduire que ce refus emporte la mort du projet ? Non. Le projet peut se poursuivre même en cas de refus, le créancier pourra utiliser la voie du nantissement judiciaire et procéder à la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières si les conditions d'une telle saisie conservatoire sont réunies.

Telles que présentées, les dispositions de l'article 322 ne concernent expressément que les projets de nantissement, c'est-à-dire ceux qui ont un caractère conventionnel ; peut-on en déduire qu'elles ne sont pas applicables en cas de nantissement judiciaire ? La réponse est que la société ne peut pas s'opposer à une décision de justice. Si elle tient à contrôler l'opération, elle peut tenter de trouver un accord avec le créancier et le débiteur en litige.

65. La signification à la société anonyme du nantissement des droits sociaux et des valeurs mobilières qu'elle a émis est prévue par les articles 772 et 773 AUSC. Ces articles formulent autrement les principes contenus dans l'article 322 ci-dessus indiqué, de sorte que certaines solutions déduites de l'analyse de cet article et présentées ci-dessus pour les SARL (*voir supra* n°s 63-64) ne sont probablement pas transposables telles quelles pour les sociétés anonymes.

D'après l'article 773 alinéa 1, le projet de nantissement des actions doit avoir été préalablement adressé à la société émettrice par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par télex ou par télécopie, indiquant les noms, prénoms et le nombre d'actions devant être nanties. Cette liste n'est certainement pas exhaustive. Elle peut être complétée par des formes de signification comme la voie électronique (e-mail, internet), l'acte extrajudiciaire, etc.

66. L'accord de la société résulte, soit d'une acceptation du nantissement communiquée dans les mêmes formes que la demande d'agrément du nantissement, c'est-à-dire selon les formes prévues par l'article 773 alinéa 1 et non nécessairement la même que celle utilisée par le demandeur [*J. ISSA SAYEGH, « Nantissement des droits des associés... », op. cit., n° 370, note 4, p. 142*], soit du défaut de réponse dans le délai de trois mois à compter de la date de souscription (art. 773 al. 2).

67. Selon les termes de l'article 772 alinéa 1, si la société a donné son consentement à un projet de nantissement d'actions, ce consentement emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des actions

nanties, à moins que la société ne préfère racheter ces actions sans délai en vue de réduire son capital. Le projet du nantissement n'est, d'après l'article 772 alinéa 2, opposable à la société que s'il a été agréé par l'organe désigné à cet effet par les statuts pour accorder l'agrément à la transmission des actions. Cela implique que cet organe a la possibilité de s'y opposer. L'on peut se demander si une telle opposition équivaut à un refus de cession. Dans l'affirmative, elle entraîne application de la procédure de rachat des actions par la société dans les conditions décrites par la loi ou les statuts.

Comme on le constate, les articles 772 et 773 formulent autrement les principes contenus dans l'article 322 ci-dessus indiqués de sorte que certaines solutions qui résultent de l'analyse faites précédemment pour les SARL ne sont certainement pas transposables telles quelles pour les sociétés anonymes, alors que d'autres le sont. Les articles 772 et 773 ne visent que le projet de nantissement si bien qu'on peut s'interroger sur leur applicabilité au nantissement judiciaire. À cet égard, il nous semble qu'il faut apporter à cette question la même réponse que ci-dessus pour la SARL [*voir supra* n°s 63-64]. De même d'après l'article 772, la possibilité de rachat offerte à la société est limitée à l'objectif de réduction du capital. Sur ce point, les mêmes analyses et conclusions que pour la SARL doivent être faites ou tirées.

68. L'article 747 AUSC également pertinent en matière de nantissement des droits des associés et de valeurs mobilières prévoit des dispositions particulières pour le nantissement des valeurs mobilières émises par les sociétés anonymes. Il s'agit concrètement des actions des sociétés anonymes faisant ou non appel public à l'épargne et des obligations émises par elles. Certes l'article 747 AUSC parle indifféremment du gage ou du nantissement, il s'agit dans le développement ci-après du nantissement.

La constitution du nantissement des valeurs mobilières inscrites en compte, pour les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, est réalisée tant à l'égard de la société émettrice que des tiers par une déclaration datée et signée par le titulaire (sans qu'il soit précisé s'il s'agit du propriétaire des titres ou du créancier nanti). Cette déclaration contient le montant de la somme due ainsi que le montant et la nature des titres donnés en sûreté.

D'après l'article 747 alinéa 2, les titres nantis sont virés sur un compte spécial ouvert au nom du titulaire (lequel ?) et tenu par la personne morale émettrice ou l'intermédiaire financier, selon le cas. Une attestation de constitution de nantissement est délivrée au créancier nanti.

69. En cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif de l'intermédiaire financier, teneur de compte, les titulaires des valeurs mobilières inscrites en compte font virer l'intégralité de leurs droits à un compte tenu par un autre intermédiaire financier ou par la personne émettrice. La juridiction compétente, certai-

nement celle du greffe tenant le Registre du commerce et du crédit mobilier dans lequel le nantissement doit être inscrit, est informée du virement. En cas d'insuffisance des inscriptions en compte, les titulaires font une déclaration au représentant des créanciers, en l'occurrence le syndic, pour le complément de leurs droits.

On observera que le législateur OHADA a introduit dans les dispositions de l'article 747 une nouvelle institution : l'intermédiaire financier, alors qu'aucun texte de l'OHADA ne régit cette institution. Il faudra donc, en cas de recours à celle-ci, se référer aux législations internes. Par exemple, pour le Cameroun, il faudra recourir à la loi n° 99-15 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier.

Pour les actions nominatives des sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne, le nantissement s'opère par inscription sur le registre de transfert de la société.

d - Inscription au registre du commerce et du crédit mobilier

70. Le nantissement conventionnel ou judiciaire ne produit effet que s'il est inscrit au Registre du commerce et du crédit mobilier (*art. 67-1 AUS ancien ou 143 AUS nouveau*).

Le créancier nanti doit présenter au greffe de la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est immatriculée la personne morale émettrice (*art. 44 et 45 AUDCG ancien*) les pièces ci-après :

1°) le titre constitutif du nantissement en original s'il est sous seing privé ou en expédition s'il est constitué en minute ou par une décision judiciaire autorisant le créancier à prendre cette inscription. Dans ce dernier cas, l'inscription provisoire et l'inscription définitive doivent être prises, respectivement, après la décision autorisant le nantissement et la décision de validation passée en force de chose jugée (*art. 67-1 al. 2 AUS ancien*) ;

2°) Un formulaire d'inscription en quatre exemplaires portant les mentions suivantes :

- les noms, prénoms, dénomination sociale, capital social, domicile ou siège social des parties, ainsi que du numéro d'immatriculation de la société dont les actions ou parts sociales font l'objet de ce nantissement ;
- la nature et la date du ou des actes déposés ;
- le montant des sommes dues au dernier jour précédent l'inscription, et le cas échéant, les conditions d'exigibilité de la dette ;
- l'élection de domicile du créancier nanti dans le ressort de la juridiction où est tenu le registre du commerce.

Bien que ni l'article 44 AUDCG ancien, ni l'article 67 AUS ne l'exigent, il est particulièrement souhaitable, que les titres nantis soient identifiés, le cas échéant, en nombre, nature et numéro. L'article 141-3° de l'AUS nouveau l'exige expressément.

Toute modification conventionnelle ou judiciaire du

nantissement doit faire l'objet d'une inscription modificative dans les mêmes conditions et formes prévues pour l'inscription initiale.

71. Le greffier joue un rôle important dans l'inscription des nantissements. C'est lui qui vérifie la conformité du formulaire au titre présenté. Ensuite, il procède à l'inscription sur le registre d'arrivée, et dans le même temps :

- fait mention de l'inscription au dossier individuel ouvert au nom de la société dont les actions, parts sociales ou autres titres sont concernés par le nantissement ;

- classe les actes et un formulaire de la déclaration qui lui a été remis au dossier tenu sous le nom de la personne morale dont les actions, ou parts sociales ou autres titres sont concernés par cette inscription de nantissement ;

- remet à la personne qui a requis l'inscription le second exemplaire de sa déclaration en mentionnant la date et le numéro d'ordre de l'inscription.

Les troisième et quatrième exemplaires du formulaire sont envoyés au fichier national pour transmission de l'un d'eux au fichier régional.

72. Le greffier est l'institution centrale dans l'opération d'inscription, c'est pourquoi en cas de défaillance dans la vérification des inscriptions, des modifications ou des radiations, sa responsabilité peut être engagée [*cf. Art. 40 AUS ancien, 41 AUDCG ancien*]. De manière générale, les règles posées par les articles 79, 80 et 82 AUS ancien et 63, dernier alinéa AUDCG ancien concernant le nantissement du fonds de commerce s'appliquent également au nantissement des droits d'associé et des valeurs mobilières. On observe que l'article 67-3 AUS ancien qui fait ce renvoi utilise la formule restrictive « *parts sociales* ». On pourrait croire que le nantissement des actions ou autres valeurs mobilières ne sont pas concernés. Ce qui n'est pas exact. En réalité, les dispositions des articles 79, 80 et 82 ainsi que celles de l'article 63, dernier alinéa, s'appliquent à tous les nantissements des droits d'associés et des valeurs mobilières.

Il convient de mentionner que l'AUS nouveau confie la tâche et la responsabilité de l'inscription du nantissement au greffier ou au responsable de l'organe compétent dans l'État partie. Ce qui signifie que pour le nouvel AUS, le registre du commerce et du crédit mobilier ne se tient pas nécessairement dans le greffe d'une juridiction. Il peut, selon l'organisation proposée par chaque État, être tenu par une autre institution.

Lorsque toutes les conditions tant de fond que de forme ci-dessus présentées sont observées scrupuleusement, le nantissement des droits sociaux et des valeurs mobilières produit entièrement ses effets.

B - Effets du nantissement

73. L'inscription conserve les droits du créancier nanti pendant cinq ans à compter de sa date ; elle peut être

renouvelée avant l'expiration de ce délai [voir *supra* n°s 33-34]. Le nouvel AUS laisse la liberté aux parties de convenir de la durée de validité de l'inscription, tout en précisant qu'elle ne peut dépasser dix ans (*art. 58 al. 2 AUS nouveau*). Le renouvellement s'effectue dans les mêmes conditions que l'inscription initiale (*art. 59 al. 1 AUS nouveau*).

Les effets du nantissement se font sentir particulièrement à travers les droits qu'il confère au créancier nanti. En effet, le nantissement confère au créancier garanti le droit de suite et de réalisation (I) et le droit de préférence (II).

I - Droit de suite et de réalisation

74. D'après l'article 68 alinéa 1 AUS ancien (*art. 144 al. 1 et 2 AUS nouveau*), le nantissement confère au créancier un droit de suite et de réalisation qu'il exerce conformément aux dispositions de l'article 56-1 du même Acte uniforme ancien (97 al. 2, 104 et 105 AUS *nouveau*).

Il faut distinguer dans les termes de l'article 68 alinéa 1 AUS ancien deux prérogatives. Le droit de suite et le droit de réalisation, alors que l'article 144 distingue nettement le droit de suite (*alinéa 1*) du droit de réalisation (*alinéa 2*).

Le droit de suite stricto sensu est le droit pour le créancier nanti de saisir les valeurs mobilières grevées en quelques mains qu'elles se trouvent. Alors que le droit de réalisation est le droit pour le créancier nanti de faire vendre les biens grevés pour se faire payer sur les fonds provenant de la vente. Il apparaît comme la continuation du droit de suite. C'est lui qui est visé par les articles 56-1 AUS ancien et 104 à 105 nouveau. Ces articles en réalité réglementent la réalisation du gage, mais constituent en même temps le droit commun de la réalisation des sûretés réelles mobilières.

75. Il résulte de l'article 56-1 ancien (art. 104 al. 1 et 2 nouveau) qu'à défaut de paiement à l'échéance, le créancier gagiste muni d'un titre exécutoire peut faire procéder à la vente forcée de la chose gagée, huit jours après une sommation infructueuse faite au débiteur et, s'il y a lieu, au tiers constituant du gage dans les conditions prévues par les dispositions organisant les voies d'exécution. La juridiction compétente peut autoriser l'attribution de gage au créancier gagiste jusqu'à due concurrence [*Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement civil n° 1980 du 2 décembre 2003, SFE c/ Madieng Dieng, obada.com/obadata/J-04-265*] et d'après estimation suivant les cours ou à dire d'expert. Toute clause du contrat autorisant la vente ou l'attribution du gage sans les formalités ci-dessus est réputée non écrite.

L'article 56-1 ancien fixe ainsi quelques règles de procédure. L'interdiction de toute clause du contrat qui autoriserait l'attribution ou la vente du gage est une reprise de l'interdiction du pacte commissaire et de la clause de voie parée. Cette interdiction est, d'une

part, édictée dans l'intérêt du débiteur. En effet, le créancier autorisé à agir seul n'hésiterait pas à vendre le bien à un prix inférieur à sa valeur pourvu qu'il soit désintéressé. Cette interdiction de vente amiable est renforcée par d'autres règles de sauvegarde des intérêts du débiteur, comme l'obligation de faire précéder la vente d'une sommation au débiteur qui dispose d'un délai de huit jours pour réagir. Dans tous les cas, la valeur du bien doit faire l'objet d'une estimation par un expert ou suivant les cours. Ce dernier type d'estimation est adapté à la réalisation des valeurs mobilières cotées en bourse.

D'autre part, cette interdiction a pour but de faire respecter scrupuleusement la procédure de réalisation proprement dite prescrite [*Fr. ANOUKAHA, op. cit., n° 158, p. 63*]. S'agissant de cette procédure de réalisation, l'article 56-1 renvoie aux dispositions prévues par l'Acte uniforme portant sur les voies d'exécution. Heureusement que cet acte uniforme a prévu des dispositions spéciales pour la réalisation des droits d'associés et des valeurs mobilières (art. 88 à 90 et 240 à 244 AUGE).

76. Si le créancier ne détient aucun titre exécutoire, il peut procéder à une saisie conservatoire (nantissement judiciaire) et se trouve ainsi dans la situation d'un créancier bénéficiaire d'un nantissement judiciaire. À la fin de la procédure de validation, il sera en possession d'un titre exécutoire et pourra procéder à la conversion de la saisie conservatoire en vente forcée en observant les règles des articles 88 à 90 qui réglementent la conversion en saisie-vente. L'article 90 précise que la vente sera effectuée conformément aux articles 240 à 244 [*v° voies d'exécution*].

77. Si le créancier dispose d'un titre exécutoire sans être passé par la voie du nantissement judiciaire, cela signifie qu'il est bénéficiaire d'un nantissement conventionnel. Dans ce cas, il procédera selon les formalités prévues par les articles 236 à 239 AUGE. Il devra adresser un commandement de payer et si celui-ci est demeuré infructueux pendant huit jours, il pourra procéder à la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières par un acte contenant, à peine de nullité, les mentions indiquées à l'article 237 AUGE. Le défaut de signification du commandement huit jours avant la saisie est une violation de l'article 237 AUGE [*TPI de Bafoussam ord. de référé n° 63 du 16 avril 2004, Talla Demgueu Basile Jules Barthélémy c/Mbang Idrissa, obada.com/obadata/J-05-05*]. On peut s'interroger sur la nécessité de conférer au créancier nanti un tel droit de saisie dans la mesure où la saisie a in fine pour objet de rendre les biens saisis indisponibles, ce qu'ils sont déjà en vertu même du nantissement. Ce droit de saisie paraît surabondant. Il ne se justifie que pour un créancier chirographaire [*J. ISSA SAYEGH, «Nantissement des droits sociaux...», op. cit., n° 379, note 16, p. 145*]. Ensuite, dans un délai de huit jours, à peine de caducité, la saisie doit être portée à la connaissance du débiteur par la

signification d'un acte qui contient, à peine de nullité, les mentions prévues à l'article 238 AUVE. Enfin, on passe à la phase de la vente forcée prévue et réglementée par les articles 240 à 244 AUVE, avec la précision que les titres saisis peuvent aussi faire l'objet d'une vente amiable selon les articles 115 à 119 AUVE. À l'occasion de la vente amiable, la société ou toute personne peut acquérir les titres saisis. Si c'est la société émettrice qui les achète, cette acquisition n'emporte pas nécessairement réduction du capital social [*Rappr. des art. 772 et 773 sur la signification à la société émettrice du projet de nantissement*].

78. La phase de la vente forcée est marquée par une particularité propre à la nature des biens saisis. À cet effet, l'article 241 AUVE exige l'établissement d'un cahier de charges, et précise que les conventions instituant un agrément ou créant un droit de préférence au profit des associés ne s'imposent à l'adjudicataire que si elles figurent dans le cahier des charges. L'article 242 fait obligation de notifier une copie du cahier des charges à la société qui en informe les associés et le même jour, sommation est faite aux éventuels créanciers opposants d'avoir à en prendre connaissance chez le commissaire-priseur ou l'auxiliaire chargé de la vente. Toute personne peut, dans un délai de deux mois à compter de la notification du cahier des charges à la société, faire des observations notamment quant à l'exercice d'une clause d'agrément ou de préférence si celle-ci n'y avait été préalablement inscrite.

II - Droit de préférence

79. Le nantissement confère également au créancier un droit de préférence. C'est le droit pour le créancier inscrit d'être payé par préférence à tous les autres créanciers sur le prix de vente des droits des associés et des valeurs mobilières. D'après l'article 68 alinéa 2 AUS ancien (*art. 144 al. 3 nouveau*), le droit de préférence s'exerce conformément aux dispositions de l'article 149 AUS ancien (*art. 226 nouveau*). Ce dernier établit l'ordre de distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles.

Ainsi, lorsque le créancier nanti est en présence des créanciers chirographaires, il prime ces derniers. En cas de pluralité de créanciers nantis, chaque créancier exerce son droit de préférence dans l'ordre d'inscription de sa sûreté.

Dans certains cas de concours de créanciers, le créancier nanti peut se trouver primé par d'autres créanciers ayant une sûreté meilleure que la sienne. C'est ainsi qu'il est primé, dans l'ordre, par :

- les créanciers de frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation des droits d'associés et des valeurs mobilières et à la distribution elle-même du prix ;
- les créanciers de frais engagés pour la conservation

des valeurs mobilières dans l'intérêt des créanciers dont le titre est antérieur en date ;

- les créanciers de salaires superprivilégiés ;
- les créanciers garantis par un gage selon la date de sa constitution.

§3 - Nantissement du fonds de commerce

80. Le fonds de commerce, ensemble des biens mobiliers affectés à l'exercice des activités commerciales [Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 1 ; Droit commercial général et sociétés, 9^e éd. ; Economica, Paris, 1996, n° 643, p. 671*], est lui-même un bien. Plus que tout autre bien, le fonds de commerce est celui qui se prête le plus à une sûreté sans dépossession ; s'il est inopportun d'enlever certains meubles au débiteur parce qu'ils constituent pour lui un moyen de production, s'il est difficile de transférer la possession de certains autres au créancier en raison de leur propriété physique, il est impossible d'enlever le fonds de commerce à ceux qui l'exploitent pour le remettre à un créancier qui ne pourrait assurer cette exploitation, car l'existence du fonds est nécessairement liée à son exploitation [M. CABRILLAC, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession, Préf. Émile Becqué, Librairie du Recueil Sirey, 1954, n° 19, p. 43*].

81. C'est là la première singularité de ce bien dont la nature juridique fait l'objet de controverses nombreuses, dans le détail desquelles il est inopportun d'entrer. Toutefois, il convient de souligner que selon l'opinion largement dominante, le fonds de commerce doit être considéré comme une universalité de fait [Y. GUYON, *op. cit.*, n°s 697-698 ; JAUFFRET, *Répertoire Dalloz de droit commercial, 2^e éd., t. II, V° Fonds de commerce, n° 149 et s. ; Contra, J.P. Le FLOCH, Le fonds de commerce, Thèse, LGDJ, 1986*]. En OHADA, le fonds de commerce désigne une universalité de fait [J. GUEBOU, *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA, Yaoundé, PUA, 1998, p. 38*].

Quelle que soit la position que l'on prenne sur le problème de la nature juridique du fonds de commerce, l'on est d'accord pour lui reconnaître une existence indépendante des éléments qui le composent. Le fonds de commerce désigne un ensemble qui groupe sous une même qualification un certain nombre de biens commerciaux qui pourront, par une seule opération juridique, être cédés ou faire l'objet de nantissement. Mais, chacun des éléments du fonds demeure régi par des règles propres.

82. Le nantissement du fonds de commerce a fait l'objet en droit français de la loi du 17 mars 1909 dite Loi Cordelet, du nom de son initiateur. Cette loi a été

rendue applicable dans la quasi-totalité des pays africains d'expression française pendant la colonisation [Voir pour *La Côte d'Ivoire, le Bénin, le Burkina Faso, le Niger, le décret du 10 mars 1935; pour la Centrafrique, le Tchad, le Gabon, le Congo, le décret du 19 mars 1935; pour le Cameroun, le décret du 26 juillet 1932; pour le Togo, le décret du 10 août 1953; UREF, équipe HSD, Droit commercial et des sociétés en Afrique, éd. EDICEF, Paris, 1989, pp. 29-30]. À l'exception du Mali [Loi n° 86-13 du 21 mars 1986 portant Code de commerce, art. 151 à 172] et du Sénégal [Loi n° 66-70 du 13 juillet 1966 portant Code des obligations civiles et commerciales, 2^e partie] qui s'étaient donné une législation propre après l'indépendance, la loi Cordelet était demeurée en vigueur dans ces pays jusqu'au 1^{er} janvier 1998, date d'entrée en vigueur des deux principaux Actes uniformes qui mettent sur pied les sûretés en droit OHADA, à savoir l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général et celui portant organisation des sûretés. Depuis le 15 décembre 2010, le nantissement du fonds de commerce fait l'objet d'un nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés. On remarque que ces actes uniformes n'ont pas véritablement innové la matière des sûretés. Ils reprennent pour l'essentiel les dispositions de la loi Cordelet du 17 mars 1909, se limitent à y apporter quelques correctifs que souhaitait déjà la doctrine et consacrent les solutions dégagées par la jurisprudence à l'occasion de l'application de ladite loi.*

Le nantissement du fonds de commerce doit être constitué (A) afin de pouvoir produire les effets attendus (B).

A - Constitution du nantissement

Les conditions de constitution du nantissement du fonds de commerce sont prévues par les textes pertinents. On peut distinguer les conditions de fond et celles de forme.

I - Conditions de fond

83. Elles portent essentiellement sur le contenu de l'assiette du nantissement fixé par l'article 69 AUS ancien (*art. 162 AUS nouveau*). D'après cet article, on peut classer en trois catégories les différents éléments qui constituent l'assiette du nantissement du fonds de commerce. On peut distinguer les éléments qui doivent obligatoirement être présents dans l'assiette du nantissement (a), ceux qui peuvent éventuellement y être inclus ; ce sont les éléments facultatifs (b) et ceux qui ne peuvent jamais en faire partie, ce sont les éléments exclus (c).

a - Éléments obligatoires

84. L'article 69-1 AUS ancien énumère cinq éléments obligatoires qui sont : la clientèle, l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail commercial et les licences d'exploitation. Ils sont obligatoires sous condition de leur existence, par exemple le droit au bail n'est un élément obligatoire du nantissement du fonds de commerce que s'il existe. Dans le cas contraire, il n'y a pas lieu de l'inclure dans l'assiette du nantissement. La liste de l'article 69-1 AUS ancien est un peu différente de celle de l'article 104 AUDCG ancien. Ce dernier dispose que le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial. Ces trois éléments étant compris dans la liste de l'article 69-1 AUS ancien, il paraît pertinent de présenter brièvement chacun des éléments de cette liste. Il importe de souligner que l'article 162 AUS nouveau reprend exactement l'énumération de l'article 104 AUDCG ancien.

1 - Clientèle

85. C'est l'essence et la condition d'existence du fonds [DEKEUWER-DEFOSSEZ (F) et BLARY-CLEMENT (E), *Droit commercial, Paris, Montchrestien, 4^e éd., 1995, pp. 280-281*]. Plus qu'un élément du fonds, la clientèle est le but poursuivi par le commerçant. Tous les autres éléments sont des moyens de parvenir à cette fin, en attirant, en retenant ou en développant la clientèle [Y. GUYON, *op. cit.*, n° 691, p. 693]. C'est dans ce sens que l'article 103 alinéa 1 AUDCG dispose que « *le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle* ».

La clientèle peut être définie comme l'ensemble des personnes qui se fournissent chez un commerçant ou qui ont recours à ses services [Y. GUYON, *op. cit.*, n° 690, p. 691 ; CALAIS-AULOY, « *Les incertitudes jurisprudentielles sur l'existence du fonds de commerce* », in *L'entreprise personnelle, t. 2, p. 163, Étude C.R.E.D.A., 1981 ; P. COLLOMB, « La clientèle du fonds de commerce », RTD com. 1979, p. 1 ; DERRUPPE, « Fonds de commerce et clientèle », in *Etudes Jauffret, 1974, p. 231*].*

L'article 9 de la loi Cordelet du 17 mars 1909 parlait de « *clientèle et l'achalandage* ». Il était enseigné que ces deux substantifs n'avaient pas la même signification. Le mot « *clientèle* » désignait soit les personnes qui sont liées au commerçant par un contrat d'approvisionnement (clientèle captive), soit celles qui s'adressent à lui pour des raisons de confiance ou d'habitude (clientèle attirée). Le mot « *achalandage* » visait les clients de passage qui sont attirés par un emplacement favorable, mais n'effectuant que des achats occasionnels. L'on reconnaît que cette distinction est non seulement dénuée d'intérêt pratique [G. RIPERT, R. ROBLOT et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial, Tome 1, Paris, LGDJ, 1996, n° 539, pp. 436-437*], mais aussi de conséquences juridiques car

dans le commerce de détail, il est souvent difficile de savoir si l'on est en présence d'un simple chaland ou d'un client régulier [J. DERRUPPE, « Clientèle et achalandage », in *Études J. Savatier*, 1992, p. 167]. C'est la raison pour laquelle le législateur OHADA n'a plus repris, à côté de la clientèle, le terme d'achalandage.

2 - Enseigne

86. Elle consiste en un signe extérieur apposé sur un immeuble et se rapportant à l'activité qui s'y exerce. Elle est le moyen d'individualiser l'établissement où le fonds est exploité. L'enseigne peut être le nom commercial lui-même, soit une dénomination de fantaisie, soit un emblème qui permet de rallier la clientèle.

Comme mode d'individualisation du fonds, l'enseigne ne doit pas être confondue avec la marque qui est plutôt un procédé d'identification des produits fabriqués ou vendus par l'entreprise ou des services offerts par celle-ci. L'enseigne, la clientèle et le nom commercial constituent pour l'Acte Uniforme sur le droit commercial général le noyau dur du fonds de commerce (art. 104 AUDCG ancien précité). Ils se retrouvent dans tous les fonds de commerce.

3 - Nom commercial

87. Il désigne toute appellation sous laquelle un commerçant exerce son activité. L'Annexe V de l'Accord de Bangui relatif à l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) emploie la même expression pour désigner la dénomination sous laquelle est également connu et exploité un établissement industriel, artisanal ou agricole (*art. 1^{er}*). À la différence de l'enseigne, le nom commercial est réglementé par cet Accord. D'après celui-ci, ne peut constituer un nom commercial, le nom ou la désignation qui, par leur nature ou l'usage qui peut en être fait, est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public et qui, notamment, pourraient tromper les milieux commerciaux ou le public sur la nature de l'établissement commercial, industriel, artisanal ou agricole désigné par ce nom ou cette désignation (*art. 2*). Mais, cette réglementation ne s'impose que dans les pays membres de l'OHADA qui sont en même temps membres de l'OAPI. Elle n'est pas en principe contraignante pour les pays membres de l'OHADA qui ne relèvent pas de l'espace OAPI, comme par exemple la République Fédérale Islamique des Comores et la République Démocratique du Congo.

4 - Droit au bail commercial

88. Ce droit comprend non seulement l'immeuble bâti ou le local dans lequel est exploité le fonds, mais aussi le droit au renouvellement du bail, et éventuellement,

l'indemnité qui pourrait être accordée au cas de refus de renouvellement du bail [ROUEN, 25 juillet 1935, *Gaz. Pal.*, 1935, 2, p. 650]. Lorsque le fonds de commerce comprend des locaux accessoires, le nantissement s'étend aux éléments attachés à ces locaux, notamment au droit au bail portant sur ces derniers. Lorsque le propriétaire du fonds a nanti celui-ci alors qu'il n'était que locataire des locaux, le fait qu'il achète par la suite l'immeuble dans lequel le fonds de commerce est exploité ne fait pas disparaître le droit au bail de l'assiette du nantissement [*Cass. Civ. 12 juillet 1933, D.G. 1933, p. 441*].

5 - Licences d'exploitation

89. À l'origine les licences d'exploitation n'étaient pas citées dans la liste de la loi Cordelet. Avec le développement et l'importance économique des biens incorporels, les licences se sont imposées comme valeur pouvant faire l'objet d'un nantissement.

La licence d'exploitation doit d'abord être entendue comme la convention conclue entre le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle avec un tiers aux fins d'exploitation de ce droit. À la différence de la cession, la licence d'exploitation n'entraîne pas l'aliénation du droit à exploiter. Ainsi entendue, elle comprend la licence d'exploitation du brevet d'invention, d'un modèle d'utilité, d'une marque de produits ou des services, d'un dessin ou d'un modèle industriel, d'un certificat d'obtention végétale, d'un schéma de configuration (topographie) de circuits intégrés, d'une œuvre littéraire ou artistique. Il s'agit là des droits de propriété intellectuelle pour lesquels la conclusion d'une licence d'exploitation ne pose pas de problème en zone OAPI dans la mesure où, d'une part, il s'agit des droits dont la nature se prête aisément à un contrat de licence et, d'autre part, la possibilité de conclure sur ceux-ci un contrat de licence d'exploitation est expressément prévue par l'Accord de Bangui relatif à l'OAPI.

90. D'autres droits de propriété intellectuelle ne se prêtent pas aisément à la conclusion d'une licence d'exploitation en raison de leur nature. D'ailleurs, pour ceux-ci, le législateur OAPI n'a pas prévu de disposition sur le contrat de licence. C'est le cas du nom commercial et de l'indication géographique (ex. appellation d'origine). Cette impossibilité pour le nom commercial se comprend aisément ; le nom commercial ne peut être cédé ni transféré qu'avec l'établissement ou la partie de celui-ci désignés par ce nom, qui en outre, par leur nature ou l'usage qui peut en être fait, ne doivent pas tromper les milieux commerciaux et le public sur la nature de l'établissement ou la partie de celui-ci qui le portent. Cette impossibilité pour les indications géographiques proviendrait de ce que c'est un droit attaché à un terroir et intimement lié au produit ayant les qualités caractéristiques essentielles attribuées à ce terroir. Tous les producteurs exerçant leurs activités dans ce terroir ont

le droit d'utiliser à des fins commerciales pour le produit concerné l'indication géographique qui lui est attachée. Et lorsque ce produit est mis en circulation, toute personne a le droit d'utiliser cette indication géographique pour ce produit. Ce qui rend inutile la conclusion d'un contrat de licence.

91. Dans certains cas, notamment en matière de brevet d'invention et d'obtention végétale, la licence d'exploitation ne résulte pas d'une convention, mais d'une décision autoritaire qui accorde une licence d'exploitation à un tiers : on parle de licence non volontaire ou obligatoire ou encore d'autorisation d'exploitation [Voir pour le brevet, *Annexe I A.B.*, art. 46-51 et 56 ; pour l'obtention végétale, *Annexe 10 A.B.*, art. 36].

S'agissant du brevet d'invention, la licence obligatoire peut être une licence non volontaire, dans ce cas elle est accordée par le tribunal civil compétent, ou une licence d'office qui est octroyée au bénéficiaire par un acte administratif du ministre compétent de l'État membre concerné. L'inclusion d'une licence obligatoire d'exploitation d'un brevet dans l'assiette du nantissement d'un fonds de commerce dans lequel elle est exploitée est soumise à l'autorisation du tribunal civil compétent. Avant de donner son autorisation, le tribunal met le titulaire du brevet en mesure de se faire entendre (art. 51 al. 2 *Annexe I A.B.*). S'agissant de l'obtention végétale, la licence obligatoire est octroyée par le gouvernement. Elle est dénommée autorisation d'exploiter la variété objet du certificat d'obtention végétale. L'intégration de cette autorisation d'exploiter la variété protégée dans l'assiette du nantissement du fonds de commerce dans lequel la variété est exploitée n'est soumise ni à l'autorisation du gouvernement, ni à celle d'une quelconque autorité (art. 36 al. 4 *A.B.*).

92. La licence d'exploitation s'entend aussi des autorisations administratives qui permettent d'exercer de nombreuses professions commerciales. Elles sont désignées sous des noms divers : agrément, autorisation, licence [J. NGUEBOU, *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, p. 43]. Les autorisations administratives ayant un caractère personnel ne font pas partie du fonds de commerce. Dans le cas contraire, il s'agit des autorisations cessibles, qui par conséquent sont incluses dans le fonds. C'est par exemple le cas des licences de débit de boisson, des autorisations d'importation et d'exportation, de la licence d'exploitation d'une entreprise, de vente de carburant, etc.

Tous ces éléments, s'ils existent au moment de la création du nantissement du fonds de commerce, doivent nécessairement figurer dans l'assiette de la sûreté [Comp. C.A. Paris, 27 septembre 1996, *RJDA* 2/97, n° 254]. Il existe, d'autres éléments du fonds qui, bien qu'existant au moment de la création du nantissement, peuvent ne pas figurer dans son assiette, ce sont les éléments facultatifs.

b - Éléments facultatifs

Cette catégorie englobe à la fois les éléments incorporels (1) et les éléments corporels (2).

1 - Éléments incorporels

93. L'article 69-2 AUS ancien (*art. 162 al. 2 AUS nouveau*) énumère les brevets d'invention, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles. Il faut souligner qu'il ne faut pas confondre ces droits de propriété intellectuelle avec les licences ci-dessus citées [voir *supra* n°s 89-92] qui permettent à un tiers de les exploiter. D'après l'article 162 al. 2 AUS nouveau, le bail commercial et les licences d'exploitation font aussi désormais partie des éléments facultatifs du fonds de commerce.

- Le brevet d'invention. C'est un titre délivré par l'OAPI pour les pays membres ou par l'autorité gouvernementale habilitée pour les pays membres de l'OHADA et non membres de l'OAPI (*République Démocratique du Congo et République Fédérale Islamique des Comores*) qui confère à son bénéficiaire le monopole d'exploitation de l'invention qui en est l'objet. Ce monopole d'exploitation est enfermé dans une durée limitée. Cette durée est de 20 ans pour les pays membres de l'OAPI (*art. 19 Annexe I A.B.*). Pour faire l'objet d'un brevet d'invention, l'invention doit être nouvelle, résulter d'une activité inventive et être susceptible d'une application industrielle (*art. 2 Annexe I A.B.*). Le brevet d'invention fait l'objet de l'annexe I de l'Accord de Bangui révisé en 1999 et entré en vigueur en 2002.
- Les marques de fabrique et de commerce. Elles font l'objet de l'annexe III de l'Accord de Bangui révisé en 1999 et entré en vigueur en 2002. Il faut faire remarquer que contrairement à l'article 69-2 AUS, l'annexe III parle plutôt de marques de produits et de services. Cette nuance est sans grande conséquence car quelle que soit la terminologie employée, c'est tout signe visible utilisé ou que l'on se propose d'utiliser et qui est propre à distinguer les produits ou services d'une entreprise quelconque.

La marque de produit ou de service peut être un nom patronymique, une dénomination particulière, arbitraire ou de fantaisie, la forme caractéristique du produit ou de son conditionnement, les étiquettes, les enveloppes emblèmes, empreintes, la combinaison ou disposition de couleurs, dessins, reliefs, lettres, chiffres, devises, pseudonymes, etc. La marque ne doit pas être générique, c'est-à-dire dépourvue de tout caractère distinctif ; elle ne doit pas être déceptive, c'est-à-dire mensongère ou susceptible d'induire en erreur le public ou les professionnels sur l'origine géographique, la nature ou les caractéristiques du produit ou service considéré. Le monopole d'exploit-

tation de la marque dure 10 ans et peut être renouvelé successivement et sans limitation tous les 10 ans (*art. 19 Annexe III A.B.*).

- Les dessins et modèles. Il faut distinguer les modèles d'utilité qui font l'objet de l'Annexe II de l'Accord de Bangui révisé et les dessins et modèles industriels qui font l'objet de l'Annexe IV de l'Accord de Bangui révisé. Le modèle d'utilité est un instrument de travail ou un objet destiné à être utilisé pour autant qu'il soit utile au travail ou à l'usage auquel il est destiné grâce à une configuration nouvelle, à un arrangement ou à un dispositif nouveau et qu'il soit susceptible d'application industrielle (*art. 1 Annexe II A.B.*). Tout modèle d'utilité ayant déjà fait l'objet d'un brevet d'invention ne peut plus être protégé par l'Annexe II. Le monopole d'exploitation d'un modèle d'utilité dure 10 ans. Le renouvellement n'est pas prévu (*art. 6 Annexe II A.B.*). Alors que le dessin industriel est tout assemblage de lignes ou de couleurs, toute forme plastique associé ou non à des lignes ou à des couleurs, pourvu que cet assemblage ou forme donne une apparence spéciale à un produit industriel ou artisanal et puisse servir de type pour la fabrication d'un produit industriel ou artisanal. La durée du monopole d'exploitation du dessin ou modèle industriel est de 5 ans renouvelable deux fois (*art. 12 annexe IV A.B.*).

94. L'énumération ci-dessus n'est pas exhaustive.

L'article 69-2 AUS ancien indique expressément que le nantissement peut porter aussi sur d'« *autres droits de la propriété intellectuelle* ». Dans ce sens, on peut citer :

- les obtentions végétales. Elles font l'objet de l'annexe X de l'Accord de Bangui révisé. L'obtention végétale c'est la découverte ou la mise au point d'une variété végétale. Pour pouvoir être protégée par un certificat d'obtention végétale, la variété végétale doit être nouvelle, distincte, homogène, stable et faire l'objet d'une dénomination (*art. 4 annexe X A.B.*). La durée du monopole d'exploitation d'une variété végétale est de 25 ans sans possibilité de renouvellement (*art. 33 Annexe X A.B.*) ;
- la propriété littéraire et artistique. Elle est régie par l'annexe VII de l'Accord de Bangui révisé. Mais, elle fait également l'objet dans chaque État membre de l'OHADA d'une législation nationale propre. C'est le droit exclusif d'exploitation qu'a le créateur d'une œuvre littéraire et artistique sur son œuvre. On parle aussi de droit d'auteur. Ce droit confère à l'auteur les prérogatives d'ordre moral et d'ordre patrimonial (*art. 4 annexe VII A.B.*). Seules ces dernières peuvent faire partie de l'assiette du nantissement du fonds de commerce. Elles durent toute la vie de l'auteur et 70 ans après sa mort (*art. 22 annexe VII A.B.*) ;
- les indications géographiques, anciennement dénommées appellations d'origine, sont prévues par l'Annexe VI de l'Accord de Bangui révisé. Il s'agit

des indications qui servent à identifier un produit comme étant originaire du territoire ou d'une région ou localité de ce territoire dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique ((*art. 1-a*), Annexe VI A.B.) ;

- les schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés. Ils sont consacrés par l'Annexe IX de l'Accord de Bangui révisé. Le schéma de configuration est la disposition tridimensionnelle quelle que soit son expression, des éléments dont l'un au moins est un élément actif, et de tout ou partie des interconnexions d'un circuit intégré, ou une telle disposition tridimensionnelle préparée par un circuit intégré destiné à être fabriqué (*art. 1 b*) Annexe IX A.B.). Le circuit intégré est un produit sous sa forme finale ou sous une forme intermédiaire dans lequel les éléments, dont l'un au moins est un élément actif, et tout ou partie des interconnexions font partie intégrante du corps ou de la surface, d'une pièce de matériau et qui est destiné à accomplir une fonction électronique (*art. 1 a*) Annexe IX A.B.). Un schéma de configuration n'est protégé par la loi que s'il est original. Le monopole d'exploitation du schéma de configuration a une durée de 10 ans, sans possibilité de renouvellement (*art. 7-2 Annexe IX A.B.*).

2 - Éléments corporels

95. L'article 69-2 AUS ancien indique que le nantissement peut aussi porter sur le matériel. L'article 162 al. 2 in fine AUS nouveau parle de matériel professionnel. Il s'agit globalement de meubles corporels destinés à l'exploitation du fonds. On peut citer : outillage, installations, aménagement et agencements, machines, matériaux, mobiliers qui ne représentent pas les marchandises. Tous ces matériels d'exploitation font partie du fonds de commerce. Certains sont d'ailleurs cités par l'article 105 AUDCG ancien qui prévoit une énumération non exhaustive. C'est ainsi que par extension, peuvent faire partie du fonds les fichiers de clients réels ou potentiels constitués par les salariés [*Comp. C.A. Grenoble, 15 février 1995, Gaz. Pal. 1996, Som. 7, note Guitard*]. Ces biens meubles corporels ne peuvent être compris dans le nantissement du fonds de commerce que s'ils appartiennent au fonds et n'ont pas fait l'objet d'un nantissement distinct.

Il existe cependant certains éléments du fonds de commerce qui ne peuvent en aucun cas être compris dans l'assiette de son nantissement.

c - Éléments exclus

96. Sont exclues de l'assiette du nantissement du fonds de commerce les marchandises. Le législateur OHADA ne l'exprime pas explicitement. Mais, cette

exclusion s'impose implicitement. D'abord, le législateur OHADA n'a pas prévu la possibilité de nantir les marchandises contenues dans un fonds de commerce avec celui-ci. Les marchandises ne peuvent être nanties que séparément et uniquement dans le cadre du nantissement des stocks. Quand le législateur OHADA a voulu qu'un bien meuble corporel contenu dans un fonds de commerce et qui peut faire l'objet d'un nantissement distinct comme les marchandises [Voir *art. 106 et s. et art. 116 et s. AUDCG*] puisse également être compris dans l'assiette du nantissement du fonds dans lequel il se trouve, il s'est expressément prononcé sur cette possibilité. C'est le cas du matériel. Lorsque le législateur OHADA traite du nantissement du matériel, il précise clairement que le matériel contenu dans un fonds de commerce peut être nanti en même temps que les autres éléments du fonds ou séparément [voir *art. 91 al. 3 AUS*]. En outre, lorsqu'on combine les dispositions de l'article 69-1 et 69-2 AUS, on obtient la liste des éléments qui sont seuls susceptibles d'entrer dans le nantissement du fonds de commerce. Les marchandises sont absentes de cette liste. Elles ne peuvent être nanties que séparément, car étant destinées à la vente à la clientèle, elles se verraient appliquer l'article 2279 du Code civil dont les dispositions paralysent le droit de suite [Dans le même sens, J. ISSA SAYEGH, « *Acte Uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés* », in *OHADA-Traité et actes uniformes commentés et annotés*, op. cit., p. 701 ; F. ANOUKAHA, « *Le nantissement du fonds de commerce et privilège du vendeur* », in *OHADA-Sûretés*, op. cit., n° 291, pp. 108-109]. Même sous l'empire de la loi Cordelet du 17 mars 1909, les marchandises étaient exclues de l'assiette du nantissement du fonds de commerce, par l'effet de l'article 9 alinéa 1 de cette loi qui énumérait les éléments « *seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement* » ; les marchandises se trouvaient hors de cette liste.

97. Sont expressément exclus de l'assiette du nantissement du fonds de commerce par l'effet de l'article 69-3 AUS ancien (art. 162 al. 4 AUS nouveau), les droits immobiliers conférés ou constatés par des baux ou des conventions soumises à inscription au livre foncier. C'est une application du principe admis en droit français de l'exclusion des immeubles du contenu d'un fonds de commerce. Ce principe est également bien repris par l'article 103 al. 2 AUDCG ancien qui dispose que « *le fonds de commerce regroupe différents éléments mobiliers, corporels et incorporels* », ce qui a contrario signifie que les éléments immobiliers en sont exclus. Il y a là un point de différence très nette avec le droit anglais qui admet les immeubles dans l'assiette des sûretés qui se rapprochent du nantissement du fonds de commerce, à l'instar de la *floating charge* [voir I. L. MIENDJIEM, op. cit., n° 17, p. 1580].

L'explication de cette exclusion en droit en français est simple : les droits concernés étant immobiliers, ils

ne peuvent être associés au fonds de commerce qui juridiquement est un meuble. Il s'agit notamment des droits conférés par des baux emphytéotiques, des droits hypothécaires, des droits d'usufruit ou de nue-propriété sur l'immeuble.

98. En réalité, ces droits sont exclus de l'assiette du nantissement du fonds de commerce parce qu'ils ne sont pas des éléments du fonds. Ainsi par extension et de manière logique, tout élément ne faisant pas partie du fonds de commerce ne saurait être inclus dans l'assiette de son nantissement. Il en serait ainsi des créances et dettes considérées comme personnelles au commerçant [P. AKUETE SANTOS, « *Acte uniforme...* », op. cit., p. 256] ; des pertes d'exploitation [Cass. Civ., 9 novembre 1999, D. 2000, AJ, 1 ; Gaz. Pal., 2000, Jur. 1532, refusant au bénéficiaire du nantissement sur le fonds de commerce détruit par un incendie d'exercer l'action directe, en tant que créancier nanti, sur le solde de l'indemnité dû par l'assureur, en alléguant que le nantissement couvrirait automatiquement la perte d'exploitation].

À l'exception des éléments exclus, les éléments obligatoires et les éléments facultatifs, lorsque ces derniers sont engagés et spécialement désignés, doivent être énumérés dans l'acte constatant le nantissement, ce qui dessine déjà la forme de la sûreté.

II - Conditions de forme

Les formalités de constitution du nantissement du fonds de commerce varient selon qu'il s'agit d'un nantissement conventionnel (a) ou d'un nantissement judiciaire (b).

a - Nantissement conventionnel

99. Comme son nom l'indique, le nantissement conventionnel résulte d'une convention passée entre le créancier et le débiteur ou le constituant de la sûreté. Le nantissement conventionnel du fonds de commerce doit, selon l'article 70 AUS ancien (*art. 163 AUS nouveau*), être constitué par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré. La formalité de l'enregistrement est nécessaire non seulement pour donner date certaine à l'acte sous seing privé, mais aussi pour procéder à l'inscription du nantissement [voir Trib. Com. Versailles, 28 juin 1950, D. 1959, p. 518 selon lequel faute d'être enregistré, l'acte sous seing privé constatant un nantissement est nul]. Autrement dit, d'après ce jugement du tribunal de commerce de Versailles, la formalité de l'enregistrement est une condition de validité de l'acte. Cette position est contestée par Monsieur Joseph ISSA SAYEGH pour qui la formalité d'enregistrement n'est pas une condition de validité. Elle est simplement destinée à donner date certaine à l'acte et par conséquent peut être supprimée sans

dommage, car la date certaine peut être conférée par l'inscription de l'acte au Registre du commerce et du crédit mobilier qui, au surplus, rend l'acte opposable à tous [I. ISSA SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997... », *op. cit.*, p. 699; « Nantissement des matériels professionnels... », in OHADA-Sûretés, *op. cit.*, n° 350, note 2, p. 134]. Le nouvel AUS a supprimé la formalité d'enregistrement (art. 163 AUS nouveau).

100. L'acte constitutif du nantissement doit être un acte écrit qui épouse la forme authentique ou sous seing privé. Cette exigence génère une responsabilité à la charge du rédacteur de l'acte. C'est ainsi qu'un notaire, rédacteur de l'acte, a été tenu responsable de ne pas avoir signalé à une banque qui acceptait un nantissement sur un fonds de commerce les risques qu'elle courait du fait de l'immatriculation non encore réalisée de la société, car à défaut d'immatriculation de la société, l'inscription du nantissement ne pouvait être prise, la circonstance que le fonds ait pu exister comme déjà exploité étant inopérante à cet égard [Comp. Cass. Civ., 5 juillet 1980; Gaz. Pal. 1980, p. 634, note B. Hatoux].

101. La loi Cordelet n'indiquait pas le contenu de l'acte constitutif du nantissement du fonds de commerce. Le législateur OHADA n'a pas fait de même. L'article 70 AUS ancien (art. 163 AUS nouveau) indique clairement que l'acte de nantissement doit, à peine de nullité, comporter les mentions suivantes :

- les prénoms, noms et domiciles du créancier, du débiteur et du constituant du nantissement si celui-ci est un tiers. Il en résulte que le débiteur, à condition que le propriétaire l'accepte, peut donner en nantissement un fonds de commerce qui ne lui appartient pas [Dans le même sens, F. ANOUKAHA, « Le nantissement du fonds de commerce... », *op. cit.*, n° 293, p. 109; contra A. FENEON et J.R. GOMEZ, *Droit commercial général*, Paris, éd. EDICEF/FFA, 1999, p. 43]. L'on est ainsi en présence d'une situation qui n'est pas loin de celle de la caution réelle prévue par l'article 12 AUS ancien, avec la différence que le fonds de commerce est un meuble incorporel et que le propriétaire du fonds en cas de non-remboursement ne jouit ni du bénéfice de discussion, ni du bénéfice de division ;
- le numéro d'immatriculation des parties au registre du commerce et du crédit mobilier, si elles sont assujetties à cette formalité ;
- les éléments du fonds nanti ;
- le montant de la créance garantie ;
- les conditions d'exigibilité de la dette principale et des intérêts ;
- l'élection de domicile du créancier dans le ressort de la juridiction où est tenu le registre du commerce et du crédit mobilier.

102. De manière précise, il s'agit du Registre du commerce et du crédit mobilier dans lequel a été immatriculé le fonds nanti. L'objectif est la conservation ou

la centralisation des informations relatives à un fonds en un seul lieu et en cas de procès, de faciliter la tâche au juge qui doit obtenir des renseignements auprès du greffe chargé de la tenue du registre du commerce et du crédit mobilier. Cette concentration du procès dans le ressort de la juridiction où est tenu le registre du commerce et du crédit mobilier dans lequel a été immatriculé le fonds nanti entraîne les conséquences suivantes : si le débiteur est domicilié dans ce ressort de juridiction, l'élection de domicile n'emporte modification des règles de compétence qu'à l'égard du seul créancier ; si le débiteur est domicilié dans un autre ressort de juridiction, en cas de litige, créancier et débiteur viendront tous deux plaider devant la juridiction du lieu de situation du fonds nanti.

103. Dans le cas où les parties à la convention de nantissement ont inclus dans l'assiette de la sûreté les éléments facultatifs du fonds de commerce [voir *supra* n°s 93-95], l'article 69-2 alinéa 2 AUS ancien (art. 162 al. 3 AUS nouveau) leur fait obligation de stipuler une clause spéciale désignant les biens ou éléments engagés et de mentionner particulièrement cette extension du nantissement au registre du commerce et du crédit mobilier.

Cette situation est semblable à celle dans laquelle le nantissement porte sur un fonds de commerce et ses succursales. Il est inutile d'établir autant de conventions qu'il y a de succursales. Une seule convention de nantissement suffit ; il faudra simplement mais obligatoirement que chaque succursale y soit désignée par l'indication précise de son siège (art. 69-4 AUS ancien) (art. 162 al. 5 AUS nouveau).

Toutefois, s'il s'agit de nantir le fonds d'une succursale appartenant à une société mère de nationalité étrangère, la convention de nantissement doit être établie conformément aux dispositions de l'article 70 AUS ancien (art. 163 AUS nouveau). Cette convention sera signée par la société mère qui est juridiquement débitrice, la succursale n'ayant pas de personnalité juridique.

Dans certains cas, le nantissement naît non pas d'une convention entre le créancier et le débiteur ou le constituant, mais d'un acte d'autorité initié par le créancier et imposé au débiteur par le juge : c'est le nantissement judiciaire.

b - Nantissement judiciaire

104. Avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés le 1^{er} janvier 1998, seuls le Sénégal et le Mali parmi les pays membres de l'OHADA connaissaient le nantissement judiciaire du fonds de commerce. Le Sénégal l'avait consacré dans son Code des obligations civiles et commerciales (3^e partie, art. 874-900) et le Mali l'avait prévu dans son Code de commerce aux articles 151 à 172. Dans les autres États membres de l'OHADA, le nantissement judiciaire du fonds de commerce n'était pas en vigueur en raison

de ce que ces États étaient restés en cette matière sous l'empire de la loi Cordelet du 17 mars 1909 qui ne connaissait pas cette forme de nantissement. Et même plus tard, lorsqu'il est créé en France, par une loi du 12 novembre 1955, le législateur colonial n'a pas jugé utile de l'introduire dans les colonies françaises.

105. En droit OHADA, le nantissement judiciaire du fonds de commerce est consacré par l'article 71 alinéa 1 AUS ancien qui dispose que dans les mêmes cas et conditions que prévus par les articles 136 et 144 AUS ancien ci-après et dernier alinéa de l'article 70 ci-dessus, la juridiction compétente peut autoriser le créancier à prendre une inscription de nantissement sur un fonds de commerce de son débiteur. Comme on le constate, cette sûreté a été organisée sur le modèle de l'hypothèque judiciaire provisoire du droit français [F. DEKEUVER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *op. cit.*, n° 437, p. 398]. C'est pour cela que pour les modalités de la constitution du nantissement, l'article 71 alinéa 1 AUS ancien renvoie purement et simplement aux articles 136 et 144 AUS qui traitent des hypothèques forcées judiciaires.

106. Ce renvoi aux articles 136 et 144 AUS ancien qui vise plutôt les biens immeubles alors que le fonds de commerce est un bien meuble incorporel, complique un peu la mise en œuvre du nantissement judiciaire du fonds. C'est pourquoi monsieur F. Anoukaha affirme qu'« *il convient cependant d'adapter ces articles (136 et 144 AUS) au cas spécifique du nantissement du fonds de commerce* » [F. ANOUKAHA, « *Le nantissement du fonds de commerce...* », *op. cit.*, n° 295, p. 111]. Le nantissement judiciaire est en réalité une mesure conservatoire destinée à protéger une créance dont le recouvrement est menacé. Le législateur OHADA aurait pu renvoyer plus pertinemment aux articles 54 et suivants AUBE réservés à la saisie conservatoire. Cette dernière a pour but de rendre indisponibles les biens mobiliers corporels et incorporels du débiteur de manière à en assurer la conservation. Elle n'a pas pour objectif de poursuivre l'exécution et de réaliser la vente du bien saisi. Le nouvel AUS va dans ce sens et renvoie directement aux dispositions de l'AUBE relatives à la saisie conservatoire des titres sociaux.

107. Pour comprendre le recours au nantissement judiciaire du fonds de commerce, il faut imaginer un créancier titulaire envers le débiteur d'une créance dont il doute du recouvrement. Pour contrecarrer les manœuvres préjudiciables du débiteur et l'empêcher de distraire certains éléments de son fonds de commerce, le créancier va demander au juge l'autorisation de prendre une inscription provisoire de nantissement sur le fonds.

Pour cette mesure conservatoire d'urgence, le législateur OHADA ne semble pas poser de conditions particulières d'exercice de l'action. Il faudra alors revenir à celles prévues par les règles générales des saisies conservatoires contenues dans les articles 54 et suivants

de l'AUBE. Il doit s'agir d'une créance paraissant fondée en son principe et non un principe certain de créance [voir *Dakar*; *Ch. civ. et com.*, arrêt n° 282 du 23 juin 2000, *Rép. Credila*, p. 47]. Le recouvrement de cette créance doit être menacé, c'est-à-dire qu'il y a un risque sérieux ou imminent d'insolvabilité du débiteur. Il appartient au créancier d'apporter la preuve de l'existence des circonstances de nature à menacer le recouvrement ; à cet effet, il doit présenter dans sa requête tous les éléments nécessaires à l'appréciation du risque encouru quant au paiement de sa créance. Dès lors, il ne peut se borner à affirmer qu'il est créancier sans apporter la preuve du péril ou de la menace qui pèsent sur le recouvrement de la créance [Port-Gentil, 28 avril 1999, *Penant*, 1999, p. 114; *ohada.com/ohadateJ-02-44*]. En l'absence d'une telle preuve, le juge ne pourrait accorder le nantissement. Le créancier devrait être renvoyé à conclure un nantissement conventionnel.

108. La question de la compétence du juge est réglée par l'article 54 AUBE uniquement dans son aspect territorial : le juge compétent territorialement est celui du lieu de domicile du débiteur ou du lieu où demeure le débiteur. Celle de la compétence d'attribution demeure. L'on pense que s'agissant d'une mesure conservatoire d'urgence, il faut se référer à l'article 49 alinéa 1 AUBE qui se trouve dans la partie de l'AUBE consacrée aux dispositions applicables à toutes les voies d'exécution. Ce texte donne compétence au président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou au magistrat délégué par lui.

Sur l'office du juge, on peut revenir à l'article 136 AUS ancien qui précise que la décision du juge doit indiquer la somme pour laquelle le nantissement conservatoire est autorisé ; elle doit fixer au créancier un délai dans lequel il doit, à peine de caducité de l'autorisation, former devant la juridiction compétente, l'action en validité du nantissement conservatoire ou la demande au fond, même présentée sous forme de requête à fin d'injonction de payer. Elle doit, en outre, fixer le délai pendant lequel le créancier ne peut saisir la juridiction du fond. Si ces différents délais ne sont pas observés, la décision du juge, à la requête notamment du débiteur, peut être rétractée par la juridiction qui a autorisé le nantissement conservatoire.

En plus des éléments ci-dessus indiqués, l'article 71 alinéa 2 AUS ancien exige que la décision du juge doit également contenir, à peine de nullité, les mentions énumérées à l'article 70 AUS ancien (art. 164 al. 2 AUS nouveau) pour les nantisements conventionnels [voir *supra* n°s 99-103].

109. Dès que la décision du juge autorisant le nantissement conservatoire est rendue, le créancier doit la porter à la connaissance de son débiteur qui, jusqu'alors, est resté en dehors du procès. C'est dans ce sens que l'article 140 AUS ancien exige que le créancier notifie la décision ordonnant le nantissement provisoire au

débiteur en même temps que l'assignation en validité ou de l'instance au fond. Pour les mêmes raisons d'information du débiteur, après avoir pris l'inscription du nantissement au registre du commerce et du crédit mobilier, le créancier doit également notifier l'inscription provisoire au débiteur dans un délai de quinze jours à compter de l'accomplissement de cette formalité. Pour des raisons pratiques et de bonne administration de la justice, l'article 140 alinéa 2 AUS ancien prévoit que le créancier doit élire domicile dans le ressort de la juridiction compétente.

110. Avant même la survenance de l'instance en validité ou de l'instance au fond, le débiteur peut, par voie de requête, solliciter main levée auprès de la juridiction qui a ordonné l'inscription du nantissement provisoire. Cette action doit être introduite dans le mois qui suit la notification de l'assignation en validité ou de l'instance au fond. Passé ce délai, le débiteur sera forclos. Mais, il lui reste encore une chance.

La juridiction saisie de l'instance peut encore, en tout état de cause, avant d'avoir même statué sur le fond, ordonner une mainlevée du nantissement si le débiteur justifie de motifs sérieux et légitimes (article 142 al. 1 AUS ancien). L'alinéa 2 de l'article 141 AUS ancien indique que mainlevée peut également être ordonnée par la juridiction qui a autorisé le nantissement en cas de péremption d'instance, de désistement d'instance ou d'action.

111. On remarquera que le nantissement judiciaire ne peut, contrairement à l'hypothèque conservatoire, faire l'objet de réduction. La raison est que le nantissement étant judiciaire et non conventionnel, son assiette ne peut être étendue à des éléments autres que ceux qui doivent obligatoirement figurer dans un nantissement. On en déduit que même si le montant de la créance garantie peut être réduit, le nantissement continuera à porter sur ces éléments. Il y a là une conséquence fâcheuse dans la mesure où ces éléments obligatoires du fonds resteront grevés malgré la modicité de la créance. Elle sera néanmoins salutaire pour le créancier qui pourra être vite payé par le débiteur gêné. En ce sens, l'article 143 AUS ancien, valable en matière d'hypothèque, ne peut recevoir application en matière de nantissement de fonds de commerce.

112. Le président du tribunal compétent saisi peut refuser ou ordonner mainlevée du nantissement conservatoire. Dans ce dernier cas, il peut subordonner sa décision à une consignation entre les mains d'un séquestre par lui désigné, des sommes du principal, intérêt et frais, avec affectation spéciale à la créance. Le législateur va davantage plus loin et précise que lorsque la créance litigieuse a fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée, les sommes séquestrées sont spécialement affectées, par privilège sur tous autres, au paiement de la créance du poursuivant. Elles se

trouvent frappées de saisie conservatoire pendant la durée de la procédure (article 141 al. 2 AUS ancien). Dans ce cas, la créance n'est plus seulement fondée, elle est définitivement établie. C'est ce qui justifie cette protection énergique de son recouvrement.

113. L'instance au fond peut conforter les droits du créancier. Dans ce cas, muni de la décision passée en force de chose jugée, il doit prendre sur le fonds une inscription de nantissement judiciaire définitif.

Dans le cas contraire, la première inscription devient rétroactivement sans effet. Il peut arriver que le nantissement judiciaire provisoire soit obtenu de manière frauduleuse. Dans ce cas aussi, l'inscription est sans effet et la responsabilité du prétendu créancier pourrait être engagée. A cet effet, il faudra recourir au droit commun de la responsabilité.

B - Effets du nantissement

Le nantissement ne produit des effets que s'il est inscrit (I). C'est à partir de l'inscription que naissent les droits du créancier sur le fonds nanti (II).

I - Inscription du nantissement

114. Selon l'article 72 alinéa 1 AUS ancien (*art. 165 al. 1 AUS nouveau*), le nantissement conventionnel ou judiciaire ne produisent effet que s'ils sont inscrits au registre du commerce et du crédit mobilier.

L'inscription assure la publicité de la sûreté et rend le nantissement opposable aux tiers. C'est pourquoi l'inscription doit être prise dès que le nantissement est constitué. On parle d'inscription initiale (a). Une inscription doit également être prise en cas de survenance d'événements relatifs au nantissement, on parle d'inscription subséquente (b).

a - Inscription initiale

L'inscription du nantissement du fonds de commerce est faite au registre de commerce et du crédit mobilier (1). Mais, lorsque le nantissement porte sur certains éléments spécifiques du fonds de commerce, particulièrement sur les éléments constitutifs de la propriété intellectuelle, le législateur OHADA exige une inscription complémentaire. Celle-ci doit être faite au registre spécial de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) (2).

1 - Inscription au registre du commerce et du crédit mobilier

115. Le législateur OHADA n'a fixé aucun délai pour l'inscription du nantissement du fonds de com-

merce au registre du commerce et du crédit mobilier. Le créancier bénéficiaire du nantissement a intérêt à inscrire le plus vite possible sa sûreté, car de l'inscription dépend l'ordre des créanciers garantis par un nantissement. Il est seulement précisé que pour le nantissement judiciaire, l'inscription provisoire et l'inscription définitive doivent être prises, respectivement, après la décision de validation passée en force de chose jugée (art. 72 al. 2 AUS ancien) (art. 165 al. 2 AUS nouveau). L'inscription définitive n'est pas valable si elle a été prise avant la décision confirmative de l'inscription provisoire, ce qui entraîne perte du rang acquis par cette inscription [A. d'Orléans, *Cb. Com. éco. et fin.* 23 novembre 2006, n° 04-3170, *RJDA* 3/07 n° 291].

En ne fixant aucun délai pour l'inscription, le législateur OHADA prend le contre-pied de la loi Cordelet du 17 mars 1909 qui indiquait que l'inscription du nantissement du fonds de commerce au registre du commerce devrait être prise, à peine de nullité, dans les deux mois de la date de l'acte constitutif.

116. L'inscription doit être prise au registre du commerce et du crédit mobilier du lieu d'exploitation du fonds de commerce. Il s'agit du lieu où est immatriculée la personne physique ou morale propriétaire ou exploitante du fonds. Si le fonds nanti comprend des succursales, l'inscription doit être prise en même temps au lieu de l'immatriculation principal qui est le lieu du siège social et au lieu de l'immatriculation secondaire qui est celui de la succursale (art. 78 AUS ancien). Cette double inscription s'explique par le fait que l'article 29 AUDCG ancien exige que les personnes physiques ou morales assujetties à immatriculation soient immatriculées au registre du commerce du lieu de leur principal établissement ainsi qu'à celui de leurs succursales ; il est logique que les inscriptions relatives au fonds de commerce soient accomplies au registre du commerce et du crédit mobilier des mêmes lieux.

117. Quel que soit le cas de figure, pour obtenir inscription de son nantissement, le créancier doit présenter au greffe de la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est immatriculée la personne physique ou morale propriétaire ou exploitante du fonds, les pièces exigées à l'article 46 AUS ancien. Il s'agit de :

- titre constitutif du nantissement en original s'il est sous seing privé, ou en expédition s'il est constitué en minute ou par une décision judiciaire autorisant le créancier à prendre cette inscription ;
- formulaire d'inscription en quatre exemplaires portant les mentions suivantes :
- nom, prénom, dénomination sociale, domicile ou siège social des parties ainsi que du numéro d'immatriculation de la personne physique ou morale propriétaire ou exploitant du fonds sur lequel est requis l'inscription ;
- nature et date du ou des actes déposés ;

- description du fonds, objet du nantissement ;
- montant des sommes dues au dernier jour précédant l'inscription, et le cas échéant, les conditions d'exigibilité de la dette ;
- élection de domicile du créancier nanti dans le ressort de la juridiction où est tenu le registre du commerce et du crédit mobilier.

On observera que contrairement à la loi Cordelet du 17 mars 1909, le législateur OHADA n'a pas expressément prévu de sanction relative à l'omission ou l'erreur sur l'une des mentions ci-dessus citées. Sous l'empire de la loi Cordelet, la sanction était la nullité de l'inscription. Mais, cette nullité ne pouvait être prononcée que si l'erreur ou l'omission étaient susceptibles de tromper les tiers à condition qu'elles leur aient causé préjudice [*Req.* 16 mai 1938, *Gaz. Pal.* 1938.2. p. 338 ; *Amiens*, 24 juillet 1952, *JCP.* 1953, 2, p. 7770, note COHEN]. Il est souhaitable qu'en l'état actuel de la législation OHADA, cette jurisprudence soit maintenue pour éviter des nullités inutiles ou vexatoires.

118. Saisi du dossier, le greffier, d'après l'article 49 AUS ancien (art. 66 AUDCG nouveau), vérifie la conformité du formulaire au titre présenté. C'est une tâche strictement matérielle. Le greffier ne peut aller au-delà pour soulever une irrégularité juridique du titre présenté [*F. ANOUKAHA*, « *Nantissement du fonds de commerce...* », *op. cit.*, n° 315, p. 119]. L'article 33 de la loi Cordelet prévoyait qu'en aucun cas, le greffier ne pouvait refuser ou retarder les inscriptions ni la délivrance des états ou certificats requis. Le législateur OHADA ne reprend pas ces dispositions. Mais, elles peuvent être déduites de celles de l'article 49 AUS ancien précité, dès lors que sur le plan formel, les pièces requises pour l'inscription lui sont présentées. En cas de défaillance du greffier dans la vérification de la conformité du formulaire avec le titre présenté, sa responsabilité pourra être engagée (art. 66 AUDCG nouveau).

119. Lorsque le dossier ne pose aucun problème, le greffier procède à l'inscription du nantissement sur le registre chronologique, et dans le même temps :

- fait mention de l'inscription au dossier individuel ouvert au nom de la personne physique ou morale contre lesquelles est prise l'inscription ;
- classe les actes et un formulaire de la déclaration qui lui a été remis au dossier tenu sous le nom de la personne physique ou morale contre lesquelles est prise l'inscription avec mention de cette date d'inscription et de son numéro d'ordre ;
- remet à la personne qui a requis l'inscription le second exemplaire de sa déclaration visé par le greffe qui mentionne la date et le numéro d'ordre de l'inscription.

Les troisième et quatrième exemplaires du formulaire sont envoyés au fichier national pour transmission de l'un d'eux au fichier régional.

2 - Inscription au registre spécial de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI)

120. D'après l'article 48 AUDCG ancien (art. 160 al. 3 AUS nouveau), lorsque le nantissement porte sur des brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles industriels, il doit, en dehors de l'inscription de la sûreté du créancier dans le Registre du commerce et du crédit mobilier, être satisfait aux dispositions spécifiques relatives à la propriété industrielle. L'article 77 AUS ancien (*art. 160 al. 3 AUS nouveau*) pose la même exigence dans des termes semblables avec quelques détails en plus : s'agissant des marques, il parle des marques de fabrique, de commerce et de service, alors que l'article 48 AUDCG ancien précité se limite aux marques de fabrique et de commerce ; s'agissant des dessins et modèles, l'article 77 AUS ancien indique simplement des dessins et modèles alors que l'article 48 AUDCG ancien parle des dessins et modèles industriels, ce qui est plus restrictif, car n'y sont pas inclus les modèles d'utilité, tandis que la formule de l'article 77 implique ces derniers. L'article 77 AUS, à travers la formule «... *et autres droits de propriété intellectuelle* » étend expressément l'obligation d'inscrire à tous les droits de propriété intellectuelle lorsque le nantissement porte sur ceux-ci, alors que l'article 48 AUDCG ancien se limite aux quatre droits de propriété intellectuelle qu'il énumère ; et enfin, l'article 77 AUS emploie l'expression « *propriété intellectuelle* » alors que l'article 48 AUDCG ancien utilise l'expression plus limitative de « *propriété industrielle* ». Cette dernière est limitative parce qu'elle exclut de son champ d'application la propriété littéraire et artistique qui est certes une propriété intellectuelle, parce qu'elle a pour objet une œuvre intellectuelle, mais n'est pas une propriété industrielle. L'œuvre littéraire et artistique est créée pour un but essentiellement esthétique et non industriel. En définitive, l'article 77 AUS ancien est plus complet que l'article 48 AUDCG ancien. Il serait nécessaire d'arrimer le contenu de l'article 48 AUDCG ancien à celui de l'article 77 AUS ancien. Dans ce sens, l'article 156 al. 1 AUS nouveau parle du « nantissement des droits de propriété intellectuelle ».

121. Selon l'article 16 de l'Accord de Bangui révisé, l'OAPI tient pour l'ensemble des États membres un registre spécial pour chacune des propriétés industrielles qu'elle administre. Il n'y a pas de registre pour la propriété littéraire et artistique.

De manière invariable, il est prévu que les actes comportant, soit transmission de propriété, soit concession de droit d'exploitation ou cession de ce droit, soit gage ou mainlevée de gage relativement à une demande de brevet ou à un brevet (art. 33-2 et 34 Annexe I), à une demande d'enregistrement de modèle d'utilité ou à un modèle d'utilité enregistré (art. 28-2 et 29, Annexe II), à une marque (art. 26-2 et 27, Annexe III), à un dessin ou modèle (art. 20-2 et 21, Annexe IV), à une demande d'enregistrement d'un schéma de configuration (topo-

graphie) de circuit intégré (art. 18-2 et 19, Annexe IX) ne sont opposables aux tiers que s'ils ont été inscrits dans le registre spécial correspondant tenu par l'OAPI. Le législateur OAPI n'a pas prévu de dispositions analogues dans son Annexe V consacré aux noms commerciaux, ni dans son Annexe VI consacré aux indications géographiques, encore moins dans l'Annexe VII concernant la propriété littéraire et artistique et l'Annexe X relative aux obtentions végétales. Il y a là une lacune qu'il convient de combler.

Il n'est pas exagéré d'affirmer que le gage visé dans les dispositions des différentes annexes de l'Accord de Bangui ci-dessus citées est un gage sans dépossession, ce qui correspond aujourd'hui au nantissement [*Dans le même sens, F. ANOUKAHA, « Nantissement du fonds de commerce... », op. cit., n° 317, p. 120*].

L'inscription doit être prise le plus vite possible par la partie la plus diligente ou par celle qui a le plus intérêt. Car non seulement c'est à partir de cette inscription que le nantissement sera opposable aux tiers, mais aussi et surtout c'est d'elle que dépend l'ordre ou le rang du créancier garanti par un nantissement.

Il peut arriver que des événements de la vie des affaires influencent considérablement le cours et les conditions initiales du nantissement de manière à obliger à une inscription subséquente.

b - Inscription subséquente

L'inscription subséquente s'impose en cas de modification portant sur le nantissement (1) ou de radiation de celui-ci (2).

1 - Modification du nantissement

122. Seules deux hypothèses de modification du nantissement sont expressément prévues par le législateur OHADA. La question se pose de savoir s'il est possible d'envisager des hypothèses autres que celles prévues explicitement par le législateur OHADA. Les dispositions de l'article 50 AUDCG ancien permettent de répondre par l'affirmative. En effet, cet article dispose que « *toute modification conventionnelle ou judiciaire du nantissement (...) fait l'objet d'une inscription modificative dans les conditions et formes prévues pour l'inscription initiale* ». N'ayant pas visé une ou plusieurs formes spécifiques de modification, l'article 50 AUDCG ancien permet d'envisager des formes de modification autres que la subrogation (1.1) et la cession d'antériorité (1.2) prévues par l'article 80 AUS. Ainsi, l'on peut admettre lorsque l'assiette de la sûreté varie au fur et à mesure que le débiteur s'acquitte de sa dette, qu'une inscription modificative soit prise au Registre du commerce et du crédit mobilier pour préciser les éléments qui sont progressivement libérés. Ce sera par exemple le cas dans l'hypothèse du nantissement conventionnel des éléments

facultatifs du fonds de commerce. L'article 60 AUS nouveau reprend les dispositions de l'article 50 AUDCG ancien et celles de l'article 80 AUS ancien précités.

1.1 - Subrogation

123. D'après l'article 80-1 AUS ancien (art. 60 al. 1 nouveau), toute modification par subrogation n'a d'effet que si elle est inscrite en marge de l'inscription initiale. Bien que cela n'apparaisse dans les dispositions de l'article 80-1 AUS ancien (art. 60 al. 1 AUS nouveau) précité, la subrogation dont il est question est la subrogation personnelle. Elle se fait le plus souvent par changement de créancier. En effet, le créancier inscrit cède sa créance garantie à une autre personne. Il peut aussi arriver, mais très rarement, que la subrogation se fasse par changement de débiteur. Dans ce dernier cas, il faudrait que le créancier accepte le nouveau débiteur car très souvent dans ces cas, le fonds de commerce offert en garantie a perdu en importance par rapport au précédent. La question se pose de savoir si ayant perdu en importance le fonds sur lequel va porter l'inscription est encore le même. Dans la négative, il s'agira alors d'une nouvelle inscription. Cette position est d'autant plus juste qu'il peut, au surplus, arriver que la situation géographique du nouveau fonds de commerce fasse intervenir un Registre du commerce et du crédit mobilier différent de celui de l'inscription précédente [voir F. ANOUKAHA, « Nantissement... », *op. cit.*, n° 320, p. 122].

1.2 - Cession d'antériorité

124. Le cas de la cession d'antériorité est également prévu par l'article 80-1 AUS ancien (art. 60 al. AUS nouveau), selon lequel toute modification par cession d'antériorité n'a d'effet que si elle est inscrite en marge de l'inscription initiale. C'est une hypothèse qui renvoie à la situation dans laquelle plusieurs créanciers sont inscrits sur le même fonds de commerce. Le créancier antérieurement inscrit peut convenir de céder son rang à un créancier inscrit après lui. Cette cession d'antériorité doit faire l'objet d'une inscription modificative.

La subrogation et la cession d'antériorité sont inscrites en marge de l'inscription initiale aux conditions de forme et de délai (s'il y en a) prévues pour la constitution du nantissement conventionnel. Mutatis mutandis, on doit pouvoir inscrire les mêmes actes de subrogation et cession d'antériorité concernant le nantissement judiciaire.

Il devrait en être de même s'agissant de la radiation du nantissement.

2 - Radiation du nantissement

125. La radiation du nantissement peut être conventionnelle ou judiciaire, totale ou partielle. Elle ne produit

effet que si elle est inscrite en marge de l'inscription initiale (*art. 82 al. 1 AUS ancien et art. 62 AUS nouveau*).

La radiation conventionnelle, d'après l'article 82 alinéa 2 AUS ancien (*art. 64 AUS nouveau*), ne peut être opérée que sur dépôt d'un acte authentique ou sous seing privé de consentement à la radiation donné par le créancier ou son cessionnaire régulièrement subrogé et justifiant de ses droits. On précisera que la radiation conventionnelle peut mettre un terme à un nantissement constitué judiciairement [J. ISSA SAYEGH, « Acte Uniforme du... », *op. cit.*, p. 705].

126. La radiation judiciaire est, selon l'article 82 alinéa 3 (*art. 63 AUS nouveau*), ordonnée par la juridiction compétente du lieu de l'inscription. Si la radiation concerne des inscriptions prises dans des ressorts différents sur son fonds et ses succursales, elle est ordonnée, pour le tout, par la juridiction compétente dans le ressort de laquelle se trouve l'établissement principal. On remarquera que la radiation judiciaire devient nécessaire lorsque le créancier ou son subrogé refuse de consentir à la radiation conventionnelle.

127. Sur le plan de son étendue, la radiation peut être partielle ou totale. La radiation totale se comprend aisément. La radiation partielle doit être illustrée. Dans le cas par exemple des inscriptions prises à la fois sur l'établissement principal et ses succursales, la radiation peut être ordonnée pour les dernières et pas pour le premier et vice versa. Pareillement, la radiation peut être ordonnée pour certains éléments grevés et pas pour d'autres, à condition que le minimum requis pour l'existence de la sûreté soit maintenu.

De manière concrète, la radiation partielle ou totale ne renvoie-elle pas à la mainlevée partielle ou totale du nantissement ? Dès lors, en exécution de ce qui est convenu entre les parties ou décidé par le juge, le greffier compétent procède à la radiation partielle ou totale du nantissement. Celle-ci doit faire l'objet d'une inscription subséquente.

Selon le cas, l'inscription subséquente fait disparaître les droits du créancier jadis inscrit ou prolonge les droits désormais diminués de celui-ci à la différence de l'inscription initiale qui les a fait naître entièrement.

II - Droits du créancier inscrit

128. Aux termes de l'article 83 AUS ancien, l'inscription conserve les droits du créancier pendant cinq années à compter de sa date. Son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai. Autrement dit, l'effet de l'inscription continue après cinq ans si elle a été renouvelée avant l'expiration du délai pour une nouvelle durée de cinq ans.

Ce délai est relativement bref si l'on le compare avec l'ancien délai prévu par l'article 28 alinéa 1 de la

loi Cordelet du 17 mars 1909. Cet article prévoyait que l'inscription devait conserver les droits du créancier inscrit pendant une période de dix ans à compter du jour de sa date. Le législateur OHADA a réduit ce délai de moitié. La brièveté de celui-ci ne doit pas étonner ; elle correspond en général à des crédits à moyen terme compatibles avec ce genre de sûretés et à la volonté du législateur de ne pas laisser peser trop longtemps des inscriptions sur un fonds de commerce pour renouveler le crédit de son propriétaire. Si le créancier inscrit a besoin d'un crédit à long terme, il lui appartient de veiller à renouveler son inscription. On soulignera que le législateur OHADA n'a pas limité le nombre de renouvellement. L'AUS nouveau laisse la liberté aux parties de convenir d'une durée qui ne peut dépasser dix ans (art. 58 al. 2).

L'inscription garantit au même rang que le principal deux années d'intérêt (art. 90 al. 1). La loi Cordelet de 1909 prévoyait la même chose. L'AUS nouveau a repris les mêmes dispositions (art. 58 al. 4).

Les droits du créancier qui sont conservés pendant cinq ans par l'inscription sont au nombre de trois : droit de préférence (a), droit de suite (b), et le droit à l'information sur la situation du fonds de commerce grevé (c).

a - Droit de préférence

129. D'après l'article 90 alinéa 2 AUS ancien (*art. 178 al. 3 AUS nouveau*), le créancier nanti a sur le fonds de commerce un droit de préférence. C'est le droit pour le créancier nanti d'être payé par préférence à tout autre sur le prix de la vente du fonds. Selon l'article 90 alinéa 2 AUS ancien ci-dessus cité, ce droit de préférence s'exerce selon les dispositions de l'article 149 AUS ancien (*art. 226 AUS nouveau*). Ce dernier établit l'ordre de distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles.

Lorsque le créancier nanti est en présence des créanciers chirographaires, il prime ces derniers. En cas de pluralité de créanciers nantis, chaque créancier exerce son droit de préférence dans l'ordre d'inscription de son nantissement. Le créancier inscrit le premier exerce d'abord son privilège sur l'intégralité de sa créance. Puis et surtout dans la mesure où l'exercice de ce privilège laisse un solde disponible, le deuxième créancier nanti se sert et ainsi de suite.

Dans certains cas, le créancier nanti peut se trouver en concours avec d'autres créanciers munis d'une sûreté meilleure que la sienne. Ces derniers se serviront avant lui. C'est dans ce sens que dans le classement de la distribution des deniers provenant de la réalisation du fonds de commerce, le nantissement du fonds ne vient qu'au cinquième rang. Le créancier nanti peut être, dans l'ordre, primé par :

- les créanciers de frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du fonds et à la distribution elle-même du prix ;

- les créanciers de frais engagés pour la conservation du fonds dans l'intérêt des créanciers dont le titre est antérieur en date ;
- les créanciers de salaires super-privilégiés, dans le cas où le débiteur avait des employés ;
- les créanciers garantis par un gage selon la date de sa constitution.

130. L'on peut se poser la question de savoir si les éléments entrant dans le fonds de commerce peuvent faire l'objet d'un gage [*V° gage*]. Aucun texte ne l'interdit même si en pratique on ne l'admet pas. À supposer que ce gage soit possible, dans ce cas, l'élément gagé n'entrera plus dans l'assiette du nantissement du fonds de commerce. On comprendrait alors que le bénéficiaire du gage soit préféré au créancier nanti. Par ailleurs, le nantissement du fonds de commerce déjà gagé entraînerait la déchéance du terme. Le raisonnement est effectué par analogie aux dispositions de l'article 85 AUS ancien qui reconnaissent un droit de déchéance du terme aux créanciers chirographaires en cas d'inscription d'un nantissement postérieurement à leurs créances ayant pour cause l'exploitation du fonds ou lorsque les éléments du fonds affecté à la sûreté du créancier nanti sont vendus.

131. La mise en œuvre du droit de préférence du créancier nanti pose aussi la question de savoir si ce droit peut s'exercer sur le montant de l'indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement du bail. C'est depuis l'époque de la loi Cordelet du 17 mars 1909 que se pose cette question. Sous l'empire de cette loi la jurisprudence était partagée sur la question [*Pour l'affirmative, ROUEN, 25 juillet 1935, S. 1937, 2, p. 81 ; contra, Toulouse, 13 avril 1938, JCP, 1938, II, p. 117*]. Le législateur OHADA ne s'est pas prononcé sur la question. Une réponse positive contribuerait à fortifier davantage le droit du créancier nanti et, partant, améliorerait le crédit que le débiteur pourrait tirer de son fonds de commerce.

C'est dans ce sens que s'inscrit la reconnaissance au profit du créancier nanti d'un droit de suite.

b - Droit de suite

132. Le droit de suite du créancier nanti est prévu par l'article 89 AUS ancien (*art. 178 al. 1 AUS nouveau*). C'est le droit pour le créancier inscrit de saisir le fonds de commerce grevé en quelques mains qu'il se trouve, même entre les mains d'un tiers acquéreur. Le même article 89 AUS précise que le droit de suite s'exerce « conformément aux dispositions de l'article 56-1 ci-dessus » et c'est dans ce sens que cet article offre au créancier nanti le droit de réalisation (1) du fonds, auquel il faut ajouter le droit de surenchère (2) prévu par l'article 88 AUS ancien et aménagé par l'article 131 AUDCG ancien.

1 - Droit de réalisation

133. L'article 56-1 AUS ancien régleme la réalisation du gage et constitue en même temps le droit commun de la réalisation des sûretés réelles mobilières. L'AUS nouveau prévoit expressément un droit de réalisation au profit du créancier à l'article 178 al. 2. Ce droit s'exerce conformément aux dispositions de l'article 104 al. 1 AUS nouveau.

Il résulte de l'article 56-1 ancien qu'à défaut de paiement à l'échéance, deux situations s'offrent au créancier nanti.

D'abord, si le créancier nanti est muni d'un titre exécutoire, il peut faire procéder à la vente forcée du fonds de commerce huit jours après une sommation de payer infructueuse faite au débiteur ou, le cas échéant, au tiers ayant constitué le nantissement dans les conditions prévues par les dispositions organisant les voies d'exécution. Certains auteurs soutiennent qu'à ce niveau, le recours à la justice n'est plus obligatoire du moment où le titre exécutoire peut être soit une décision de justice, soit un acte notarié revêtu de la formule exécutoire [F. ANOUKAHA, *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, op. cit., n° 157, p. 63].

Ensuite, le créancier peut aussi se faire autoriser par la juridiction compétente l'attribution du fonds de commerce jusqu'à due concurrence de sa créance [Tribunal de région hors classe de Dakar, jugement civil n° 1970 du 2 décembre 2003, SFE c/Madieng Dieng, obada.com/obadata J-04-265]. Si la valeur de sa créance est inférieure à celle du fonds, il devra le surplus au débiteur. Dans le cas contraire, le débiteur lui demeurera redevable de la différence. De créancier privilégié, il deviendra simple créancier chirographaire du solde dû. D'où l'importance de l'estimation de la valeur des biens nantis. À ce propos, l'article 56-1 précise que l'attribution doit être faite d'après l'estimation suivant le cours ou à dire d'expert. L'estimation selon le cours généralement appliquée aux marchandises ou produits cotés en bourse peut s'appliquer en l'occurrence lorsque le fonds de commerce appartient à une société cotée en bourse.

134. Toute clause du contrat autorisant la vente ou l'attribution du nantissement sans les formalités ci-dessus est réputée non écrite.

Il s'agit de l'interdiction de la clause de voie parée et du pacte commissaire déjà prévue par l'article 2078 alinéa 2 du Code civil et repris par le législateur OHADA. À l'époque, cette interdiction ne valait que lorsque la clause était édictée au moment de la constitution de la sûreté. On en déduisait qu'elle était admise lorsqu'elle était édictée après la conclusion du nantissement. Pendant le cours de la sûreté, le débiteur pouvait valablement convenir avec le créancier qu'à défaut de paiement à l'échéance, ce dernier pouvait se faire attribuer les biens nantis ou les aliéner sans autorisation judiciaire [Req. 21 mars 1938, D.G., 1938, p. 257; Civ., 17 novembre

1959, Gaz. Pal., 1960, I, p. 62]. La doctrine soutenait même que lorsque les biens objet du contrat faisaient l'objet d'une cotation officielle et que les professionnels avaient le monopole de leur négociation, il était possible aux parties de convenir, dès la conclusion du contrat, que la réalisation du bien nanti se ferait par un professionnel déterminé ou déterminable [M. STORCK, « L'aménagement conventionnel de la procédure de réalisation du gage », *Les petites affiches*, 8 juillet 1987, p. 20].

Cette voie est désormais fermée par l'article 56-1 AUS ancien et ceci dans l'intérêt du débiteur. En effet, le créancier autorisé à agir seul n'hésiterait pas à vendre le bien à un prix inférieur à sa valeur pourvu qu'il soit désintéressé.

135. On soulignera que le droit de réalisation doit s'exercer dans les limites de la durée des droits du créancier prévue par l'article 83 AUS ancien. Se rend coupable de l'infraction de « disposition de bien d'autrui » un créancier qui fait procéder à la vente aux enchères publiques des biens de son débiteur sur lesquels portait son nantissement, mais dont l'inscription était périmée du fait de non renouvellement [Tribunal de première instance de Bamako, jugement n° 48 du 24 juin 2004, Bally S.A. c/Bicim, obada.com/obadata J-06-04].

Dans certains cas, c'est le débiteur qui cherche à se débarrasser de son fonds de commerce. Dans ces cas-là, il faut également sauvegarder les droits du créancier inscrit. En cas de vente du fonds de commerce, le législateur OHADA lui reconnaît un droit de surenchère.

2 - Droit de surenchère

136. L'article 88 AUS ancien (art. 177 AUS nouveau) dispose que les créanciers inscrits ont un droit de surenchère qu'ils exercent conformément aux dispositions prévues pour la vente du fonds de commerce. Ces dispositions sont celles prévues par les articles 131 et suivants AUDCG ancien (art. 147 et s. AUDCG nouveau).

Ce droit était déjà reconnu au créancier inscrit par la loi Cordelet du 17 mars 1909. En effet, l'article 23 de ce texte prévoyait en effet que « tout créancier inscrit sur un fonds de commerce peut requérir la mise aux enchères publiques en offrant de porter le prix principal, non compris le matériel et les marchandises, à un dixième en sus et de donner caution pour le paiement des prix et charges ou de justifier de solvabilité suffisante ».

Le législateur OHADA reprend ce droit, fixe non pas au dixième, mais au sixième du prix global du fonds de commerce figurant à l'acte de vente (art. 131 alinéa 1 AUDCG ancien). De même, il n'exclut pas certains éléments du fonds nanti du calcul du prix principal. Certains auteurs soutiennent qu'en refusant d'exclure certains éléments du fonds grevé et en élevant la surenchère du dixième au sixième du prix, le législateur a rendu plus difficile l'exercice de ce droit [F. ANOUKAHA, « Nantissement... », op. cit., n° 332, p. 127].

137. Le législateur OHADA a également innové en procédant à une uniformisation des titulaires du droit de surenchère. Ce droit n'appartient plus seulement aux créanciers opposants, même chirographaires comme c'était le cas sous la loi Cordelet du 17 mars 1909 (articles 3 et 4) ; il est désormais aussi reconnu aux créanciers inscrits ou nantis. Ces derniers n'ont pas besoin de faire opposition avant de surenchérir. Il leur suffit d'agir dans le mois de la publication de la vente dans un journal habilité à recevoir les annonces légales.

138. La loi Cordelet du 17 mars 1909 avait mis en place une procédure de purge organisée au profit de l'acquéreur du fonds qui souhaitait contourner le droit de surenchère des créanciers inscrits. Cette procédure consiste, pour lui, à adresser une notification à tous les créanciers inscrits, au domicile élu par eux dans leur inscription en leur fournissant un certain nombre d'indications et en offrant de leur verser le montant du prix auquel il a acheté le fonds (art. 22). Le législateur OHADA n'a pas repris cette procédure de purge. Connaissant nécessairement l'état des inscriptions grevant le fonds qu'il se propose d'acheter parce qu'il en sera averti par l'effet des dispositions des articles 118-4° AUDCG ancien et 84 AUS ancien, l'acquéreur demeure libre de faire aux créanciers l'offre de purge dans les formes de son choix [Dans le même sens, F. ANOUKAHA, « Nantissement... », *op. cit.*, n° 333, p. 127 ; J. NGUEBOU, *op. cit.*, p. 61]. Mais il faut rapidement signaler que l'obligation de produire par l'aliénateur d'un état des inscriptions prises sur le fonds de commerce à vendre est fragile parce que la sanction de son omission n'est pas précisée, si bien que l'on peut hésiter entre la nullité de la vente ou la responsabilité civile du vendeur. Désormais, l'obligation de produire un état des inscriptions lors de la vente n'est exigée (art. 173 AUS nouveau).

En fin de compte, le droit de suite implique au profit du créancier nanti un droit de regard sur le fonds dans toutes ses mutations possibles. Son efficacité est donc tributaire d'une information régulière du créancier nanti.

c - Droit à l'information

139. Certains événements ayant pour objet le fonds de commerce peuvent nuire aux droits du créancier nanti. C'est pourquoi, en vue d'assurer la protection de ces droits, le législateur a consacré à leur profit un droit à l'information sur ces événements. Malheureusement le législateur n'a expressément envisagé que certains d'entre eux (1), d'autres ont été ignorés (2).

1 - Événements envisagés

Ils sont au nombre de trois : le déplacement des fonds (1.1), la menace de résiliation du bail (1.2) et celle de résolution de la vente du fonds (1.3).

1.1 - Déplacement du fonds

140. D'après l'article 8-1 AUS ancien (art. 175 AUS nouveau), en cas de déplacement du fonds, le propriétaire doit, quinze jours au moins à l'avance, notifier aux créanciers inscrits, par acte extrajudiciaire, son intention de déplacer le fonds en indiquant le nouvel emplacement qu'il entend lui fixer. Le déplacement opéré sans notification régulière, entraîne déchéance du terme pour le débiteur. Peut être assimilée à l'absence de notification régulière, la notification tardive, la mauvaise exécution de l'obligation de notification, à l'instar de la notification sans observation des formes prescrites.

Le créancier nanti régulièrement informé a le choix :

- soit il refuse de consentir au déplacement ; dans ce cas, il peut alors, si le débiteur persiste dans sa volonté de déplacer le fonds, dans un délai de quinze jours suivant la notification, demander au tribunal la déchéance du terme s'il y a diminution de sa sûreté (art. 86-2 AUS ancien ou art. 175 al. 2 AUS nouveau) ;
- soit il consent au déplacement ; dans ce cas, il conserve sa sûreté et doit obligatoirement faire mentionner son accord, dans le délai de quinze jours à compter de la notification, en marge l'inscription initiale (art. 82-3 AUS ancien, art. 175 al. 3 AUS nouveau). Si le déplacement entraîne le transfert du fonds de commerce dans un autre ressort, l'inscription initiale est, à la demande du créancier nanti, reportée sur le Registre du commerce et du crédit mobilier tenu au greffe de la juridiction du nouveau ressort (art. 86-4 AUS ancien). Il revient au greffier de cette juridiction de procéder à une telle inscription.

Le juge saisi en cas de refus du créancier nanti doit apprécier si, malgré le transfert, la sûreté conserve son poids ou si elle est diminuée. Dans ce dernier cas, il ordonne la déchéance du terme à la demande du créancier. On peut en déduire que dans le cas où la sûreté conserve son poids, le créancier devrait s'abstenir de demander la déchéance du terme, et, s'il persiste dans sa demande, le juge ne devrait pas la lui accorder.

L'on soulignera que lorsqu'il est envisagé l'hypothèse du déplacement du fonds de commerce, le législateur OHADA n'a vu que le déplacement du fond entier. Or, dans certains cas, le débiteur ne déplace qu'une partie ou seulement certains éléments du fonds entrant dans l'assiette du nantissement. Dans ces cas, aucune obligation d'information ne pèse sur lui. Mais, le créancier nanti n'est pas pour autant démuné ; il peut poursuivre le débiteur au pénal pour détournement de gage ; et si le comportement du débiteur lui cause un préjudice, il peut engager sa responsabilité sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil [rappr. de l'art. 118 COCC, Sénégal].

1.2 - Menace de résiliation du bail

141. Aux termes de l'article 87 alinéa 1 AUS ancien (art. 176 AUS nouveau), le bailleur qui entend pour-

suivre la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel est exploité un fonds de commerce grevé d'inscription doit notifier sa demande aux créanciers inscrits par acte extrajudiciaire.

L'on se retrouve dans une hypothèse dans laquelle c'est le comportement du bailleur qui menace les intérêts du créancier, et non celui du débiteur.

L'alinéa 2 du même article 87 AUS ancien (*art. 176 al. 2 AUS nouveau*) précise que la décision judiciaire de résiliation ne peut intervenir, ni la résiliation amiable ou en vertu d'une clause résolutoire de plein droit produire effet, qu'après l'expiration d'un délai de deux mois suivant la notification.

Mais, les créanciers inscrits ne peuvent se prévaloir des dispositions de l'article 87 AUS ancien que s'ils ont eux-mêmes notifié au bailleur leurs propres inscriptions conformément aux dispositions de l'article 81 AUS ancien (*art. 172 AUS nouveau*) d'après lesquelles « *le créancier inscrit, une fois accomplies les formalités d'inscription, doit notifier au bailleur de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds, le bordereau d'inscription ou celui de la notification initiale* ».

Lorsque les créanciers nantis ont eux-mêmes respecté leurs propres obligations, le bailleur est tenu en retour de les notifier aussi de la résiliation du bail qu'il envisage par acte extrajudiciaire. Que cette résiliation soit aimable, judiciaire ou de plein droit, elle ne peut intervenir au plus tôt que deux mois après une telle notification. L'absence de notification serait sanctionnée par l'inopposabilité de la résiliation aux créanciers nantis et, éventuellement, par des dommages-intérêts [F. DEKEUVER-DEFFOZEZ et E. BLARY-CLEMENT, *op. cit.*, n° 446, p. 404; Req. 21 mars 1938, D-1939, p. 308].

1.3 - Résolution de la vente du fonds

142. La résolution de la vente du fonds de commerce menace les droits du créancier nanti dans l'hypothèse dans laquelle le nantissement porte sur un fonds de commerce nouvellement acquis. Si la vente de ce fonds doit être remise en cause, il est légitime et normal que le créancier nanti en soit informé.

L'on sait que d'après l'article 135 AUDCG ancien (*art. 167 AUDCG nouveau*) si le vendeur d'un fonds de commerce n'est pas payé, il peut demander la résolution de la vente, conformément au droit commun. Mais, le bénéfice de l'action résolutoire est, selon l'article 74 AUS ancien, subordonné à l'inscription de la vente au Registre du commerce et du crédit mobilier.

143. Les droits des créanciers nantis sont protégés en cas de résolution de la vente du fonds de commerce par les dispositions de l'article 75 AUS ancien (*art. 168 AUDCG nouveau*) qui indiquent que toute demande tendant à la résolution amiable, judiciaire ou de plein droit de la vente du fonds de commerce doit faire l'objet d'une prénotation au Registre du commerce et du crédit

mobilier à l'initiative du vendeur. Cette prénotation est autorisée par le président de la juridiction du lieu où la vente a été inscrite par décision sur requête, à charge de lui en référer.

La prénotation effectuée dans le cadre de la résolution de la vente du fonds de commerce est également prévue par l'article 50 AUDCG ancien (*art. 168 AUDCG nouveau*) qui, à la différence de l'article 75 AUS ancien, en fait une simple faculté.

Il résulte des dispositions de l'article 75 AUS ancien ci-dessus citées que la prénotation est une mesure destinée à informer les tiers, notamment les créanciers inscrits du chef de l'acquéreur ou ceux à venir, que le vendeur s'apprête à exercer son droit de résolution de la vente.

144. Les droits des créanciers nantis sont également protégés dans le cadre de la résolution de la vente du fonds de commerce par l'article 136 AUDCG ancien (*art. 168 AUDCG nouveau*) qui dispose en effet que le vendeur qui veut exercer l'action résolutoire doit notifier celle-ci par acte extrajudiciaire ou par tout moyen écrit aux créanciers inscrits sur le fonds, et au domicile élu par eux dans leurs inscriptions. Il doit également procéder à la prénotation de son action résolutoire conformément aux dispositions prévues à cet effet par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

145. Il résulte de cet article deux modes d'information des créanciers inscrits : la notification et la prénotation [*Rappr. de l'article 424 COCC duquel le législateur OHADA s'est inspiré*].

Dans tous les cas, il s'agit de permettre aux créanciers inscrits de prendre les mesures qui s'imposent pour sauvegarder leurs droits sur le fonds grevé, afin de pouvoir obtenir paiement de leur créance.

Malheureusement, il faut le regretter, le législateur OHADA n'a pas poussé sa logique de protection des créanciers nantis jusqu'au terme de son épuisement. Dans certaines hypothèses, aucune mesure d'information des créanciers nantis n'est prévue. Ce manquement est de nature à mettre en péril leurs droits.

2 - Événements non envisagés

146. Certains événements comme le changement d'exploitation du fonds de commerce (2.1) et la saisie des éléments du fonds grevé (2.2) n'ont pas été visés par le législateur OHADA comme pouvant donner lieu à information des créanciers nantis. Pourtant, leur avènement peut menacer leurs droits.

2.1 - Changement d'exploitation du fonds

147. Le changement d'exploitation renvoie à deux hypothèses différentes :

- Il désigne l'adjonction au fonds de commerce pré-existant des activités connexes ou complémentaires, on parle de désécialisation simple. Cette extension des activités du débiteur a la vertu d'augmenter la valeur du fonds. Cette vertu explique un peu pourquoi dans cette hypothèse, il n'est pas nécessaire d'informer les créanciers inscrits.
- Il désigne aussi le changement total d'activité. Dans ce cas, il y a mutation entière du fonds de commerce ; on parle de désécialisation renforcée. Il n'y a aucune certitude que la mutation totale des activités du débiteur conduise à l'accroissement de la valeur du fonds. Elle peut aussi conduire, à la diminution de celle-ci. Ce doute rend nécessaire l'obligation du débiteur d'informer les créanciers inscrits de sa volonté de muter entièrement les activités du fonds. Ces créanciers pourront alors demander que cette mutation soit subordonnée aux conditions de nature à sauvegarder leurs intérêts.

En France, même la loi Cordelet du 17 mars 1909 n'avait pas prévu ces différentes hypothèses. Ce sont les lois du 12 mai 1965 et 16 juillet 1971 qui les ont envisagées.

148. Le législateur OHADA a ignoré purement et simplement les deux hypothèses de changement d'exploitation du fonds de commerce. L'on sait seulement qu'en droit OHADA, le locataire est tenu d'exploiter les locaux donnés à bail en bon père de famille et conformément à la destination prévue au bail (art. 81 al. 1 AUS ancien) ; il lui est aussi permis d'envisager un autre usage que celui auquel les locaux étaient destinés sans avoir besoin d'informer les créanciers inscrits.

Il est fort possible que le législateur OHADA soit resté dans une perspective positive et n'ait perçu le changement d'exploitation que sous le prisme des avantages qu'il apporte aux créanciers inscrits. Ces derniers, en réalité, préfèrent avoir pour garantie le nouveau fonds avec son potentiel de développement et d'amélioration de leur garantie que l'ancien qui périclité déjà [G. RIPPERT et R. ROBLLOT par (M) GERMAIN, *op. cit.*, n° 645, p. 498].

Il faut remarquer que la question se pose dans les mêmes termes aussi bien lorsque le débiteur est locataire ou lorsqu'il est propriétaire de l'immeuble dans lequel le fonds nanti est exploité. Il n'est pas tenu d'informer les créanciers inscrits en cas de changement d'exploitation.

2.2 - Saisie des éléments du fonds grevé

149. Considéré comme une universalité de fait, le fonds de commerce est autre chose que la somme des éléments qui le composent. Il subsiste, malgré la modification des éléments qui le composent. Ces derniers sont fongibles, interchangeables et subrogeables. L'écran que constitue le fonds de commerce par rapport aux biens corporels et incorporels qui le composent, sous-

trait ces biens pris ut singuli à l'emprise du créancier nanti. C'est pourquoi les marchandises peuvent être vendues et d'autres achetées ; le matériel ou outillage parfois remplacé pour tenir compte de l'évolution technologique, etc. Le créancier nanti n'a aucun droit de suite sur tous les éléments du fonds. Il n'a pas à être particulièrement informé de toute cette variation que connaît le contenu du fonds.

150. Mais, l'on se demande s'il ne devrait pas être informé de la saisie par un autre créancier des éléments corporels du fonds ?

La loi Cordelet du 17 mars 1909 prévoyait comme une exception à la règle de la liberté d'action du débiteur sur le fonds nanti [voir *supra* n°s 12-26], la notification du créancier nanti de la saisie par un autre créancier des éléments corporels du fonds afin qu'il puisse faire valoir ses droits, et le cas échéant, exiger la vente du fonds dans son intégralité (art. 20).

Le législateur OHADA n'a pas reconduit cette mesure de protection des droits du créancier nanti. Peut-être a-t-il pris partie pour la liberté totale d'action du débiteur sur le fonds nanti. Il en résulte que le créancier nanti n'a pas à être particulièrement averti de la saisie par un autre créancier d'un ou plusieurs éléments du fonds grevé. En conséquence, il peut arriver qu'il ne soit informé de la saisie qu'après la réalisation du fonds ou de l'élément saisi et la distribution du prix. Alors que s'il était bénéficiaire d'une obligation d'information sur cet événement, il aurait pu faire valoir ses droits à temps, et peut-être même primer le créancier saisissant.

Il n'est exigé nulle part, la notification de la saisie aux créanciers inscrits, au cours de la procédure de saisie vente des biens meubles corporels que sont les éléments corporels du fonds pris ut singuli. Ces créanciers inscrits risquent donc de ne pas faire opposition et de voir leurs droits ainsi sacrifiés [F. ANOUKAHA, « Nantissement... », *op. cit.*, n° 346, p. 132]. Il y a là une lacune que le législateur OHADA devrait rapidement combler.

151. Il reste la voie du droit commun. Il est possible de recourir au droit commun de la responsabilité civile contre le créancier saisissant ou l'acheteur, voire l'intermédiaire de justice qui aurait procédé à la vente. Ce recours est fondé sur l'article 84 AUS ancien qui prévoit que toute vente amiable ou judiciaire de fonds de commerce ne peut avoir lieu sans production par le vendeur ou l'auxiliaire de justice chargé de la vente, d'un état des inscriptions prises sur le fonds ; et si cet état ne mentionne pas le nantissement, le greffier compétent pourrait voir sa responsabilité engagée sur la base de l'article 79 AUS ancien. La production par l'aliénateur de l'état des inscriptions prises n'étant plus obligatoire sous l'AUS nouveau [Voir art. 173 AUS nouveau], il faudra chercher ailleurs les éléments pertinents pour fonder la responsabilité civile de l'aliénateur du fonds grevé.

§4 - Nantissements du matériel professionnel et des véhicules automobiles

152. Il convient d'emblée, de préciser que depuis l'adoption, le 15 décembre 2010 du nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, le matériel professionnel et les véhicules automobiles ne peuvent plus faire l'objet d'un nantissement. Ils ne peuvent être offerts en garantie que sous forme de gage. Le nouvel AUS régleme le gage du matériel professionnel et les véhicules automobiles aux articles 118 et 119 [voir *Régime général des sûretés*]. Les développements qui suivent ne concernent que le nantissement du matériel professionnel et les véhicules automobiles tel que organisés par l'ancien Acte uniforme sur les sûretés du 17 avril 1997.

Il est de bon ton de présenter ensemble le nantissement du matériel et celui des véhicules automobiles. C'est d'ailleurs ce que fait le législateur OHADA lui-même à la section 3 du Chapitre III relatif aux nantissements sans dépossession [voir *Acte uniforme portant organisation des sûretés*, p. 708 ; voir aussi *Acte uniforme relatif au droit commercial général, Titre III, Chapitre I, Section 3, p. 232*], bien qu'au moment d'établir la liste des nantissements à l'article 63 AUS ancien, il prend soin de distinguer le matériel professionnel et les véhicules automobiles.

L'une des raisons décisives de cette présentation couplée des deux nantissements est qu'ils sont soumis aux mêmes règles de constitution et d'inscription. A ce propos, l'article 93 AUS ancien dispose que les dispositions applicables au nantissement du matériel professionnel s'appliquent aussi aux véhicules automobiles.

153. En France, le nantissement du matériel professionnel et celui des véhicules automobiles ont fait l'objet de textes différents. Le premier a été créé par une loi du 18 janvier 1951, complétée par un décret du 17 février 1951. Ces textes ont été modifiés par des décrets du 20 mai 1955 et du 26 décembre 1955, puis par une ordonnance du 23 septembre 1955 et une loi du 19 décembre 1969 [G. CORNU, « *La loi du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement* », in *Le gage commercial, Études de Droit commercial, sous la direction de J. HAMEL, Paris, Dalloz, 1953, pp. 442 et s.* ; JAUFFRET, « *La loi du 18 janvier 1951 sur le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, RTD com. 1951, pp. 201 et s.* ; G. RIPERT, « *Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, D. 1951, Chron., pp. 41 et s.* ; R. ROBLOT, « *Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, Dr. Soc., 1951, pp. 289 et s.*]. Le second, expressément appelé en droit français gage des véhicules automobiles, est l'œuvre de la loi du 29 décembre 1934, dite loi Malingre, modifié par le décret N° 968 du 30 septembre 1953 qui sera aussi modifié par le décret du 20 mai 1955. Des circulaires administratives préciseront les modalités d'application de ces textes, à l'instar de la circulaire du 3 janvier 1975 [Sur la loi Malingre, voir C. LAPP, « *La loi Malingre* », in *Le gage*

commercial, op. cit., pp. 211 et s., adde, M. CABRILLAC, Thèse, op. cit., n°s 21 et s.]. Bien que appelée gage, cette sûreté est demeurée en droit français une sûreté mobilière sans dépossession que certains ont appelées hypothèques mobilières [M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés, op. cit., n° 698 et s., pp. 559 et s.*].

154. En consacrant les nantissements du matériel professionnel et des véhicules automobiles, le législateur OHADA, dans l'AUS du 17 avril 1997, renoue avec la constitution d'une sûreté réelle sur les biens corporels impropres au gage. En effet, bien qu'étant des biens meubles corporels, les matériels professionnels et les véhicules automobiles se prêtent difficilement au gage parce que leurs propriétaires doivent en conserver la possession pour pouvoir les utiliser. C'est d'ailleurs leur exploitation qui rend intéressant la possibilité de les offrir en garantie.

En droit OHADA des sûretés issu de l'AUS et de l'AUDCG du 17 avril 1997, ils font l'objet des articles 91 à 99 AUS et 51 à 53 AUDCG. Les matériels professionnels peuvent faire partie des éléments du fonds de commerce et être nantis avec lui s'ils en font partie. Ils peuvent aussi être nantis séparément, soit pour épargner la valeur de garantie du fonds, soit parce que celle-ci est déjà épuisée, soit parce qu'ils ne feront pas partie d'un fonds de commerce. Les véhicules automobiles peuvent aussi faire partie d'un fonds de commerce et être nantis avec celui-ci. Mais, lorsqu'ils n'appartiennent pas à un professionnel, ils doivent obligatoirement être nantis en dehors de tout fonds de commerce.

Comme déjà souligné plus haut, la plupart des règles qui constituent le régime juridique de ces deux nantissements sont communes. Il convient de les présenter ensemble tant dans leur constitution (A) que dans leurs effets (B).

A - Constitution des nantissements

Classiquement, on distingue les conditions de fonds (I) et les conditions de forme (II) de constitution des nantissements du matériel professionnel et des véhicules automobiles.

I - Conditions de fond

Elles portent principalement sur le contenu de l'assiette de chaque nantissement. L'un porte sur le matériel professionnel (a) et l'autre sur les véhicules automobiles (b).

a - Matériel professionnel

155. Il s'agit de tout matériel servant à l'équipement de l'acheteur pour l'exercice de sa profession. Par

exemple, le matériel médical équipant un cabinet, les machines industrielles, les équipements d'un magasin commercial ou artisanal, etc. Ce matériel, qui doit appartenir à l'acheteur (le propriétaire), peut être à l'état neuf ou usagé. Dans ce dernier cas, on pense par exemple à la revente des matériels déjà utilisés par un professionnel à un autre. La destination professionnelle du matériel doit être caractérisée. Autrement dit, l'acheteur doit acquérir le matériel pour l'exercice de sa profession. Peu importe que cette profession soit libérale, commerciale, industrielle, agricole ou artisanale, à condition que celui qui l'exerce soit assujéti à l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier.

Le matériel professionnel peut être offert en garantie non seulement en faveur du vendeur ou du prêteur des deniers ayant servi à l'acquisition de ces biens, mais aussi à la caution, au donneur d'aval qui a garanti le paiement du prix envers le vendeur ou à toute personne ayant pris un engagement ayant le même objet.

Le nantissement du matériel professionnel peut être consenti non seulement à l'occasion d'une vente de ce matériel, mais aussi en dehors de toute vente, notamment en cas de crédit accordé par un fournisseur.

b - Véhicules automobiles

156. D'après l'article 93 AUS ancien, les véhicules automobiles sont ceux qui sont assujéti à une déclaration de mise en circulation et à immatriculation administrative, quelle que soit la destination de leur achat.

Il résulte de l'article 93 AUS ancien, d'abord que le caractère professionnel de l'achat d'un véhicule automobile n'est pas nécessaire pour en faire un objet de nantissement ; ensuite, que les deux conditions d'assujétissement sont cumulatives.

Il découle des deux conditions d'assujétissement que tout véhicule non soumis à une déclaration de mise en circulation et d'immatriculation administrative ne peut faire l'objet de nantissement de véhicules automobiles. On pense par exemple aux voitures électriques destinées à la circulation interne dans une entreprise ou sur une aire sportive ou ludique ; aux motocyclettes de faible cylindre ; aux véhicules circulant en franchise temporaire des droits de douane, etc. Mais, ces véhicules peuvent être nantis comme matériel professionnel s'ils servent à l'exploitation d'une entreprise.

De même, sont exclus de l'assiette du nantissement des véhicules automobiles, les véhicules ou engins aériens et maritimes soumis à des législations spéciales en matière de sûreté.

Il convient de signaler rapidement que d'après le nouvel AUS, même le matériel professionnel et les véhicules automobiles non assujéti à une déclaration de mise en circulation et à immatriculation administrative peuvent faire l'objet d'un gage.

Par ailleurs, le nantissement n'est possible que si l'acheteur est professionnellement assujéti à l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier. S'il ne l'est pas, il faut qu'il réclame une telle immatriculation [J. ISSA SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *op. cit.*, p. 70]. Le nantissement est possible quelle que soit l'opération juridique ayant donné naissance au crédit justifiant cette sûreté et profite aux mêmes personnes que celles prévues pour le nantissement des matériels professionnels, c'est-à-dire vendeur, prêteur, fournisseur à crédit, donneur d'aval, caution, etc.

II - Conditions de forme

157. Les formalités de constitution des nantissements du matériel professionnel et des véhicules automobiles sont indiquées à l'article 94 AUS ancien.

Selon cet article, le nantissement doit être constitué par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré. Il doit, à peine de nullité, comporter les mentions suivantes :

- les prénoms, noms, domiciles et professions des parties et, s'il y a lieu, du tiers requérant l'inscription ;
- une description du matériel engagé permettant de l'identifier, l'indication de son emplacement et la mention, si nécessaire, que ce matériel est susceptible d'être déplacé ;
- le montant de la créance garantie ;
- les conditions d'exigibilité de la dette principale et des intérêts ;
- pour la transmission du privilège du vendeur, en cas d'émission d'effets négociables, une clause prévoyant ce mode de paiement ;
- l'élection de domicile des parties dans le ressort de la juridiction où est tenu le registre du commerce et du crédit mobilier.

158. Des énonciations de l'article 94 AUS ancien ci-dessus citées, on peut d'abord faire la remarque que l'exigence de l'enregistrement de l'acte du nantissement est inévitable lorsque l'acte est authentique et surabondante si l'acte est sous seing privé. Le caractère inutile de l'enregistrement de l'acte sous seing privé vient de ce que cet enregistrement a pour but de donner à l'acte une date certaine. Or, cet objectif est directement atteint par la publicité obligatoire de l'acte au registre du commerce et du crédit mobilier, publicité qui de surcroît rend l'acte opposable aux tiers [*Contra Trib. Com. Versailles, 28 juin 1950, D. 1950, p. 518, selon lequel faute d'être enregistré, l'acte sous seing privé constatant un nantissement est nul*]. Le nouvel AUS a supprimé la formalité de l'enregistrement (art. 96 et 97).

Ainsi constitués, les nantissements du matériel professionnel et des véhicules automobiles doivent être inscrits pour pouvoir produire leurs effets.

B - Effets des nantissements

Le nantissement du matériel professionnel et celui des véhicules automobiles ne peuvent produire des effets que s'ils sont inscrits. C'est à partir de leur inscription (I) que naissent les droits des créanciers (II) sur les biens nantis.

I - Inscription des nantissements

159. D'après l'article 95 alinéa 1 AUS ancien (art. 77 AUS nouveau), « *Le nantissement du matériel et des véhicules automobiles ne produit effet que s'il est inscrit au registre du commerce et du crédit mobilier* ». L'alinéa 2 du même article 95 précise que « *L'inscription conserve les droits du créancier pendant cinq années à compter de sa date ; son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai* ».

Il résulte des dispositions de l'article 95 AUS ancien que c'est dès l'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier que les deux sûretés deviennent opposables aux tiers. Cette opposabilité dure cinq ans renouvelables. En l'absence de renouvellement, cette opposabilité aux tiers cesse. De même en l'absence de l'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier, il y a lieu de rejeter la demande de réalisation de nantissement et de condamner seulement à payer les sommes réclamées [*Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement du 10 juillet 2002, SFE ex SOGECA c/ BARA DIOP, obada. com/obadata J-04-276, obs. J. Issa Sayegh*].

Seuls les véhicules dont les nantissements ont été inscrits peuvent faire l'objet de vente ordonnée par voie de justice, les nantissements des autres étant sans effet [*Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement du 10 juillet 2002, Société Financière d'Équipement c/Cheikh Fall, obada. com/obadata J-03-45, obs. J. Issa Sayegh*].

160. La violation de l'article 95 AUS ancien est réprimée par les juges. Il a par exemple été jugé que l'ordonnance par laquelle le juge a ordonné aux tiers saisissant de restituer au créancier gagiste les véhicules litigieux doit être rétractée pour violation des articles 44, 47, 48, 49, 91, 93, 94 et 95 de l'AUS ancien, dès lors que lesdits véhicules n'ont fait l'objet ni d'un gage, ni d'un nantissement légalement constitués. Il en est ainsi lorsque l'acte constitutif n'a été ni dûment enregistré, ni inscrit au registre du commerce et du crédit mobilier [*C.A. Abidjan, arrêt n° 107, du 20 mars 2002, Sté Debleau c/ CFAO-CI, Le Juris-Obada, n° 1/2004, Janvier-Mars 2004, p. 59; obada. com/obadata J-04-173, obs. J. Issa Sayegh*].

161. Pour passer avec succès l'épreuve de l'inscription des nantissements au registre du commerce et du crédit mobilier, le créancier nanti doit présenter au greffe de la juridiction compétente (*ratione materiae*) dans le ressort de laquelle est immatriculé l'acquéreur ou le propriétaire,

les pièces suivantes énumérées aux articles 51 AUDCG ancien (pour le matériel professionnel) et 52 AUDCG ancien (pour les véhicules automobiles) [*Comp. Art. 53 AUS nouveau*] :

- le titre constitutif du nantissement en original s'il est sous seing privé ou en expédition s'il est constitué en minute ou par une décision judiciaire autorisant le créancier à prendre cette inscription ;
- un formulaire d'inscription, en quatre exemplaires, portant mention :
 - des noms, prénoms, dénomination sociale, domicile ou siège social des parties, ainsi que le numéro d'immatriculation de l'acquéreur contre lequel est requis l'inscription ;
 - de la nature et la date du ou des actes déposés ;
 - d'une description du bien objet du nantissement permettant de l'identifier et (s'agissant des matériels professionnels) de les situer, et la mention si nécessaire que ce bien est susceptible d'être déplacé ;
 - du montant des sommes dues au dernier jour précédant l'inscription, le cas échéant, les conditions d'exigibilité de la dette ;
 - de l'élection de domicile du créancier nanti dans le ressort de la juridiction où est tenu le registre du commerce et du crédit mobilier.

162. Il convient de relever que l'obligation d'inscription n'est inscrite dans aucun délai, toutefois le créancier a intérêt à l'accomplir le plus tôt possible afin d'éviter qu'une autre inscription soit prise sur les mêmes biens. La loi notamment l'article 91 AUS ancien reconnaît aussi que d'autres personnes ayant intérêt peuvent procéder à l'inscription ; il s'agit du vendeur, du tiers ayant garanti les engagements de l'acquéreur envers le vendeur.

En cas de constitution des nantissements, il y a lieu de se hâter pour l'inscrire, car c'est à la date de cette inscription que le nantissement devient opposable aux tiers ; à défaut, le créancier ne peut pas se prévaloir de sa sûreté même envers celui qui a eu connaissance de celle-ci [*Comparé, Cass. Com., 12 décembre 1995, RJDA. 3/96 n° 388, Cass. Civ., 3 juillet 1996, Bull. Civ., I, p. 207*]. L'inaccomplissement de la formalité d'inscription est sans effet dans les rapports entre le créancier et le débiteur. Ce dernier ne peut l'invoquer pour échapper à des poursuites pour détournement de gage [*Comparé, Cass. Crim., 10 mars 1976, Gaz. Pal., 1976, II, p. 460*] ou pour s'opposer à une demande d'appréhension du véhicule par le créancier. Mais, la non-inscription délibérée peut s'analyser comme une renonciation à la sûreté, privant le créancier d'agir contre le débiteur en restitution du véhicule [*Comparé, TGI Périgueux, 22 mars 1994, D. 1994, Som., p. 345, obs. Julien*].

L'inscription doit s'effectuer auprès du greffe matériellement et territorialement compétent. Le nantissement est nul s'il est inscrit auprès du greffe territorialement incompétent [*Comp. C.A. Montpellier, 2 novembre 1960, D. 1964, p. 256*].

163. Le contenu du formulaire d'inscription doit être dressé avec beaucoup de soin et précision. L'absence de descriptif du matériel professionnel nanti dans le formulaire d'inscription du nantissement ne permet pas de connaître la nature exacte du matériel gagé et rend ainsi le nantissement inopposable aux tiers [*Comp. C.A. Grenoble, 19 janvier 1997, JCP 1998, I, p. 103, n° 28, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque*]. En cas de substitution d'un autre matériel professionnel à celui initialement désigné dans l'inscription, il est indispensable de modifier la désignation du matériel professionnel figurant dans l'inscription [*Comp. C.A. Aix, 2 juillet 1992, inédit, refusant l'attribution du matériel au créancier qui avait omis de procéder à cette modification*].

164. Selon l'article 53 alinéa 1 AUDCG ancien (comp. Art. 54 AUS nouveau), après avoir vérifié la conformité du formulaire avec le titre présenté, le greffe procède à l'inscription du nantissement dans les conditions prévues à l'article 49 AUDCG ancien. Il faut préciser que le greffe procède à l'inscription des nantissements sur le registre chronologique, dans le même temps, il :

- fait mention de l'inscription au dossier individuel ouvert au nom de la personne physique ou morale contre laquelle est prise l'inscription ;
- classe les actes et un formulaire de la déclaration qui lui a été remise au dossier tenu sous le nom de la personne physique ou morale contre laquelle est prise l'inscription, avec mention de cette date d'inscription et de son numéro d'ordre ;
- remet à la personne qui a requis l'inscription le second exemplaire de sa déclaration visé par le greffe qui mentionne la date et le numéro d'ordre de l'inscription.

Les troisième et quatrième exemplaires du formulaire sont envoyés au fichier national pour transmission de l'un d'eux au fichier régional.

Ainsi sont décrites les tâches dévolues au greffe dans l'inscription des nantissements. Le greffe n'a qu'un pouvoir de contrôle de la régularité formelle. Il n'a aucun pouvoir de décision ; il ne peut retarder ni refuser une inscription dès lors que le créancier a présenté toutes les pièces exigées. Seule la juridiction compétente a un pouvoir de décision [*Comp. Contr. Cass. Com., 29 avril 1997, RTD com. 1998, p. 133*]. Mais le greffe peut saisir cette juridiction pour déclencher le contrôle du juge. En cas de défaillance à l'occasion de l'inscription, de la modification ou de la radiation, la responsabilité du greffe pourra être engagée (art. 79 AUS et 41 AUDCG ancien).

165. Selon l'alinéa 2 de l'article 53 AUDCG ancien (art. 60 al. 2 AUS nouveau), toute modification conventionnelle ou judiciaire ultérieure doit faire l'objet d'une inscription modificative dans les mêmes conditions et formes que celles prévues pour l'inscription initiale.

On précisera que particulièrement pour les véhicules automobiles soumis à une déclaration de mise en

circulation et à une immatriculation administrative, le nantissement doit être mentionné sur le titre administratif portant autorisation de circuler et immatriculation, mais cette mention n'est qu'une simple commodité destinée à renseigner les tiers. Elle ne peut être considérée comme une formalité d'opposabilité aux tiers, ni dispenser de la formalité d'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier de l'article 95 AUS ancien, ni dispenser de celle de l'article 84 AUS ancien auquel renvoie l'article 96 alinéa 1° AUS ancien.

166. Justement, l'article 96 alinéa 1 indique que les dispositions des articles 79, 80, 82 et 84 AUS ancien sont applicables au nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles. Il faut rappeler que l'article 79 AUS concerne la mission de vérification et la responsabilité du greffier chargé des inscriptions, de leurs modifications et radiations ; l'article 80 AUS ancien vise l'obligation d'inscrire les modifications d'inscription ; l'article 82 AUS ancien est relatif à l'obligation d'inscrire la radiation des inscriptions et l'article 84 AUS ancien fait obligation au vendeur ou l'auxiliaire de justice de produire un état des inscriptions prises sur le fonds en cas de vente amiable ou judiciaire de ce bien. Dans cette liste d'article, on peut mentionner, bien que l'article 96 alinéa 1 AUS ancien ne l'ait pas fait, l'article 63 dernier alinéa AUDCG ancien portant sur la péremption et la radiation des inscriptions.

II - Droits des créanciers nantis

En sus des droits de suite et de préférence (a) reconnus à tout créancier nanti, le nantissement du matériel confère aux créanciers nantis un droit d'autorisation préalable (b).

a - Droits de suite et de préférence

167. Le droit de suite du créancier titulaire d'un nantissement du matériel professionnel ou de celui des véhicules automobiles est consacré par l'article 98 AUS ancien. Cet article dispose dans son alinéa 1 en effet que faute de paiement à l'échéance, le créancier nanti exerce son droit de suite et procède à la réalisation du matériel et des véhicules automobiles selon les dispositions de l'article 56-1 AUS ancien. Son alinéa 2 précise que lorsque le matériel nanti a été engagé en même temps que les autres éléments du fonds de commerce, il est également fait application des dispositions de l'article 56-1 AUS ancien (*comp. Art. 104 AUS nouveau*).

Autrement dit, que les nantissements du matériel professionnel et des véhicules automobiles aient été faits séparément ou en même temps que les autres éléments du fonds de commerce, la réalisation se fait par application de l'article 56-1. Cet article constitue le

droit commun de la réalisation forcée en matière de sûreté réelle mobilière.

168. L'article 56-1 pose comme conditions de réalisation un défaut de paiement, un titre exécutoire et une sommation sous huitaine. Dès lors, conformément à l'alinéa 4 de cet article, toute clause du contrat autorisant la vente ou l'attribution du gage sans ces formalités est réputée non écrite. C'est l'interdiction de la clause de la voie parée et celle du pacte comissoire [voir *supra* n° 134]. Ainsi, une société de financement ne peut, dès lors, sans être munie d'un titre exécutoire, faire procéder à la vente forcée des objets gagés [Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Ordonnance de référé du 25 novembre 2002, la SFE c/Ablaye Deme, obada. com/obadata J-03-52].

169. En application de l'article 56-1 AUS ancien, faute de paiement à l'échéance, le créancier gagiste muni d'un titre exécutoire peut faire procéder à la vente forcée de la chose gagée, et se faire payer sur le prix jusqu'à concurrence de sa créance [Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement civil n° 1970 du 2 décembre 2003, SFE c/Madieng Dieng, obada. com/obadata J-04-265]. De même, en application de l'article 56-1 AUS ancien, lorsque le débiteur refuse de payer des loyers à leur échéance, le créancier gagiste muni d'un titre exécutoire peut faire procéder à la vente forcée de la chose gagée. Des dommages et intérêts doivent être alloués au créancier puisque, nonobstant le commandement servi, le débiteur ne s'est pas exécuté et n'a fourni aucun motif justifiant le défaut de paiement [Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement civil, n° 1971 du 2 décembre 2003, la SFE ex Sogeca c/Sidy Samb, obada. com/obadata J-04-273].

170. La réalisation forcée doit se dérouler pendant que l'inscription du nantissement est encore en vigueur. Se rend coupable de l'infraction de « disposition de bien d'autrui ». Un créancier qui fait procéder à la vente aux enchères publiques des biens de son débiteur sur lesquels portait son nantissement mais dont l'inscription était périmée du fait de son non-renouvellement [Tribunal de première instance de Bamako, jugement N° 48 du 24 juin 2004, Bally S.A. c/Bicim, obada. com/obadata J-06-04].

171. Le droit de préférence du créancier titulaire d'un nantissement du matériel professionnel ou de celui des véhicules automobiles est consacré par l'article 99 alinéa 2 AUS ancien. Cet article dispose que le créancier nanti sur le matériel professionnel a un droit de préférence qu'il exerce selon les dispositions de l'article 149 AUS ancien (art. 226 AUS nouveau). Cet article certes ne vise expressément que le matériel professionnel, mais on comprend qu'il s'applique aux véhicules automobiles.

L'article 149 AUS ancien (art. 226 AUS nouveau)

auquel renvoie l'article 99 alinéa 2 AUS ancien établit l'ordre de distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles. Ainsi, lorsque le créancier nanti se trouve en concours avec d'autres créanciers munis d'une sûreté meilleure que la sienne, ces derniers se serviront avant lui. Par contre, s'il est en présence des créanciers chirographaires, il primera sur ces derniers. S'il se retrouve avec d'autres créanciers nantis, chaque créancier exercera son droit de préférence dans l'ordre d'inscription de son nantissement [voir *supra* n° 79].

L'inscription d'après l'article 99 alinéa 1 AUS ancien (art. 58 al. 4 AUS nouveau) garantit deux ans d'intérêt au même rang que le principal.

b - Droit d'autorisation préalable

172. Ce droit est implicitement contenu dans l'article 97 AUS ancien. Cet article précise dans son alinéa 1 que le débiteur ne peut vendre tout ou partie du matériel grevé d'un nantissement sans l'accord préalable du créancier nanti ou, à défaut, sans autorisation judiciaire. L'alinéa 2 du même article indique qu'à défaut d'un tel accord ou d'une telle autorisation judiciaire, s'il y a vente du matériel nanti, la dette devient exigible immédiatement. Si elle n'est pas payée, le débiteur sera soumis à la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens si une telle procédure est applicable. Cette dernière disposition de l'alinéa 2 de l'article 97 vise les personnes physiques ou morales commerçantes ou les personnes morales de droit privé non commerçantes (art. 2a-4 AUPC).

La sévérité des sanctions édictées par l'article 97 alinéas 1 et 2 s'explique par le fait que les tiers acquéreurs de bonne foi du matériel nanti sont protégés par l'article 2279 du Code civil ou 262 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales ; le droit de suite du créancier nanti ne pouvant s'exercer, il était nécessaire de faire planer une lourde sanction sur le débiteur indélicat.

En outre, l'article 97 alinéa 3 complète les sanctions ci-dessus citées, en disposant que les incapacités et déchéances de la faillite personnelle et les peines prévues par le délit d'abus de confiance s'appliquent au débiteur ou à toute autre personne qui, par des manœuvres frauduleuses, prive le créancier nanti de ses droits ou les diminue.

§5 - Nantissement des stocks

173. Il importe, tout de suite, de signaler que depuis l'adoption le 15 décembre 2010 du nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, les stocks ne peuvent plus faire l'objet d'un nantissement. Désormais, ils ne

peuvent faire l'objet que d'un gage. Le nouvel AUS organise le gage de stocks aux articles 120 à 124 [voir *Régime général des sûretés*].

Les développements qui suivent ne concernent que le nantissement des stocks tel que organisé par l'ancien Acte uniforme sur les sûretés du 17 avril 1997.

Le nantissement des stocks ou plus exactement de stocks de matières premières et de marchandises est sur le plan formel une innovation du législateur OHADA qui a réussi le tour de force de réunir dans une seule sûreté, quatre anciennes sûretés en vigueur en droit français en leur ôtant leur appellation anglaise. Il s'agit du :

- warrant agricole créé par une loi du 18 juillet 1898, rapidement remplacé par la loi du 30 avril 1906 à laquelle le décret-loi du 28 septembre 1935 a apporté d'importantes modifications ; ses dispositions sont maintenant insérées dans le Code rural ; c'est un moyen de crédit offert aux exploitants agricoles ;
- warrant hôtelier apparu avec une loi du 8 août 1913, modifié par une loi de 1906, est offert aux hôteliers pour leur permettre de donner en garantie les actifs mobiliers qu'ils utilisent ;
- warrant pétrolier institué par une loi du 21 avril 1932 pour faciliter le financement des stocks de produits pétroliers que les importateurs sont astreints à constituer ;
- warrant industriel consacré par une loi du 12 septembre 1940. Il avait été créé en vue de la réanimation de l'activité économique au profit des industriels titulaires d'une « *lettre d'agrément* », document qui invite le destinataire à entreprendre la fabrication de certains produits correspondants à des besoins impérieux. Le temps de ce warrant serait aujourd'hui révolu ;
- warrant des stocks de guerre mis en place par le décret-loi du 24 juillet 1939 pour permettre aux industriels d'emprunter sur les stocks nécessaires à la défense nationale qu'ils s'engageaient à constituer. Ce warrant aussi devrait aujourd'hui être entré en sommeil.

Il est probable que ces différents warrants n'aient jamais été rendus applicables dans les pays africains francophones subsahariens.

Il faut dire que le législateur OHADA s'est beaucoup inspiré du décret-loi français du 24 juillet 1939 organisant le warrant de stocks de guerre pour construire le nantissement des stocks prévus par les articles 100 à 105 AUS. Mais, il en a élargi l'assiette. Alors que le warrant des stocks de guerre [notamment, *la deuxième guerre mondiale*] ne portait pas sur le stock de matières premières indispensables à la fabrication du matériel de guerre, le nantissement des stocks a une assiette plus large. Il englobe non seulement les matières premières, mais les biens objets des autres warrants.

Le nantissement des stocks de matières premières et des marchandises est prévu pour les choses fongibles qui ne peuvent faire l'objet d'un gage avec dépossession. Il obéit à des règles de constitution (A) fixées par les textes OHADA et autres, et produit des effets (B) avec des traits spécifiques.

A - Constitution du nantissement

Traditionnellement, on distingue les conditions de fond (I) et les conditions de forme (II) de constitution du nantissement des stocks.

I - Conditions de fond

174. Le constituant doit être propriétaire des stocks nantis. Mais, la particularité des conditions de fond porte sur la nature des choses susceptibles d'être nanties.

À ce propos, l'article 100 AUS ancien (art. 120 et 121 AUS nouveau) dispose que les matières premières, les produits d'une exploitation agricole ou industrielle, les marchandises destinées à la vente peuvent être nantis sans dépossession par l'émission d'un bordereau de nantissement, à condition de constituer un ensemble déterminé de choses fongibles avant l'émission du titre.

Il s'agit en réalité de toute sorte de choses fongibles pouvant constituer un stock, à l'instar des produits miniers, hydrocarbures, récoltes et autres produits agropastoraux, produits manufacturés ou fabriqués, etc. [A. FENEON, « *Le nantissement des stocks de matières premières : une garantie adaptée et efficace de l'Acte uniforme sur les sûretés* », *Penant n° spécial 840*, p. 274 et s.].

175. L'exigence du caractère fongible des choses pouvant constituer un stock peut se comprendre de deux manières :

Dans un premier sens, cette exigence peut s'entendre comme signifiant que les stocks donnés en nantissement doivent être identifiables en nature en un lieu donné où ils se trouvent situés : citerne pour les hydrocarbures et mines ; entrepôt pour les marchandises ; silo pour les récoltes ; parking ou enclos pour les autres produits agropastoraux, etc. Cette interprétation fait du nantissement des stocks une sûreté portant sur des choses en nature et aurait pour conséquence que les droits de suite et de préférence du créancier nanti ne pourraient s'exercer que si les stocks se trouvent dans ce même lieu.

L'autre compréhension consisterait à considérer le nantissement des stocks comme une sûreté portant sur une certaine quantité des choses fongibles constituant un ensemble déterminé par l'identité ou l'homogénéité de celles-ci. On serait alors en présence d'une sûreté en valeur. Les droits du créancier nanti ne porteraient pas sur une chose, élément concret du patrimoine du débiteur, mais sur une valeur de ce patrimoine envisagé sur un plan immatériel [I.L. MIENDJEM, *op. cit.*, n° 49, p. 1593]. Cette conception conduirait à permettre les droits de suite et de préférence du créancier nanti sur des biens de même nature ou de même valeur où qu'ils se trouvent en usant du mécanisme de la subrogation. Cette compréhension est favorable au créancier nanti pour qui ce qui importe avant tout c'est de pouvoir compter sur une garantie d'une valeur certaine et immuable.

Cette interprétation est plus proche de la volonté du législateur OHADA sur le nantissement des stocks.

II - Conditions de forme

Elles sont relatives à la forme de l'acte constitutif du nantissement (a), à la formalité d'inscription de cet acte (b) et à l'émission du bordereau de nantissement (c).

a - Forme de l'acte constitutif du nantissement

176. La forme de l'acte constitutif du nantissement est définie par l'article 101 AUS ancien. D'après cet article, le nantissement des stocks est constitué par un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré. À peine de nullité, l'acte constitutif de nantissement doit comporter les mentions suivantes :

- les noms, prénoms, domicile et profession des parties et, s'il y a lieu, le numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier du débiteur qui constitue le nantissement ;
- une description précise du bien engagé permettant de l'identifier par sa nature, sa qualité, sa quantité, sa valeur et sa situation ;
- le nom de l'assureur qui assure contre l'incendie et la destruction, le stock nanti ainsi que l'immeuble où il est entreposé ;
- le montant de la créance garantie ;
- les conditions d'exigibilité de la dette principale et de ses intérêts ;
- le nom du banquier chez lequel le bordereau de nantissement est domicilié.

177. Il convient de rappeler que pour certains la formalité de l'enregistrement est surabondante pour l'acte sous seing privé car elle fait double emploi avec l'inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier : date certaine et opposabilité aux tiers [J. ISSA SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997... », *op. cit.*, p. 693]. Pour d'autres, cette formalité est nécessaire non seulement pour donner date certaine à l'acte sous seing privé, mais aussi pour procéder à l'inscription du nantissement [Trib. Com. Versailles, 28 juin 1959, D. 1950, p. 518, selon lequel faute d'être enregistré, l'acte sous seing privé constatant un nantissement est nul]. Le nouvel AUS a supprimé la formalité de l'enregistrement (art. 121).

b - Inscription de l'acte constitutif du nantissement

178. L'exigence d'inscription de l'acte constitutif du nantissement est contenue dans l'article 102 AUS ancien. En effet, cet article dispose que le nantissement des stocks ne produit d'effet que s'il est inscrit au registre

du commerce et du crédit mobilier, dans les conditions prévues par les dispositions réglementant ce registre.

Il convient de rappeler que ces dispositions sont celles prévues par les articles 54 et 55 AUDCG ancien relatifs à l'inscription du nantissement des stocks au registre du commerce et du crédit mobilier.

179. Pour réussir l'inscription du nantissement, le constituant dépose au greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle est immatriculée la personne physique ou morale propriétaire des stocks gagés, les pièces ci-après :

- le titre constitutif du nantissement en original s'il est sous seing privé ou en expédition s'il est constitué en minute ou par une décision judiciaire autorisant le créancier à prendre cette inscription ;
- un formulaire d'inscription en quatre exemplaires portant mention :
 - des noms, prénoms, domiciliation sociale, domicile ou siège social des parties, ainsi que les numéros d'immatriculation de la personne physique ou morale propriétaire des stocks gagés contre laquelle est requise l'inscription ;
 - de la nature et la date du ou des actes déposés ;
 - d'une description des stocks objet du nantissement permettant de les identifier ;
 - du montant des sommes dues au dernier jour précédant l'inscription, le cas échéant, les conditions d'exigibilité de la dette ;
 - de l'élection de domicile du créancier nanti dans le ressort de la juridiction où est tenu le registre du commerce et du crédit mobilier.

180. Les remarques suivantes peuvent être faites aux dispositions de l'article 54 AUDCG ancien ci-dessus citées, d'abord ce texte réalise une extension de l'assiette du nantissement ; ensuite l'exigence de l'identification des stocks gagés n'exclut pas la possibilité pour le débiteur de les remplacer par d'autres marchandises de même quantité et qualité ; et enfin, bien que l'article 54 AUDCG ancien confie l'initiative de la formalité d'inscription au constituant, rien n'empêche à ce qu'elle soit entreprise par le créancier nanti qui y a le plus grand intérêt. Une démarche d'inscription par le créancier nanti serait donc tout à fait recevable. Il doit d'ailleurs s'y prendre le plus tôt possible au risque de se voir devancer par d'autres inscriptions.

181. Les pièces exigées étant régulièrement déposées, le greffe, d'après l'article 55 AUDCG ancien procède à la vérification de la conformité du formulaire avec le titre qui lui a été remis. Après cette vérification, le greffe procède à l'inscription du nantissement dans le registre chronologique, et dans le même temps, il :

- fait mention de l'inscription au dossier individuel ouvert au nom de la personne physique ou morale contre laquelle est prise l'inscription ;

- classe les actes et un formulaire de la déclaration qui lui a été remise au dossier tenu sous le nom de la personne physique ou morale contre laquelle est prise l'inscription, avec mention de cette date d'inscription et de son numéro d'ordre ;
- remet à la personne qui a requis l'inscription le second exemplaire de sa déclaration visé par le greffe qui mentionne la date et le numéro d'ordre de l'inscription.

Les troisième et quatrième exemplaires du formulaire sont envoyés au fichier national pour transmission de l'un d'eux au fichier régional.

Le formulaire remis au requérant, après inscription, porte, de façon apparente, la mention « nantissement des stocks » et la date de sa délivrance qui correspond à celle de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier.

182. L'inscription conserve les droits du créancier nanti pendant une année à compter de sa date ; son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai (*art. 102 al. 2*). Cette durée est plus courte que celle des autres nantissements qui est de cinq ans. La durée d'un an est celle des crédits à court terme, mais rien n'empêche son renouvellement. Elle permet de ne pas obérer longtemps les stocks destinés à la vente.

183. Toute modification conventionnelle ou judiciaire fait l'objet d'une inscription modificative dans les formes et conditions prévues pour l'inscription initiale. En outre, et selon l'article 102 alinéa 3, les articles 79, 80, 82 et 84 AUS ancien sont applicables au nantissement des stocks. Il faut rappeler que l'article 79 AUS ancien concerne la mission de vérification et la responsabilité du greffe chargé des inscriptions, de leurs modifications et radiations ; l'article 80 AUS ancien est relatif à l'obligation d'inscrire les modifications d'inscription ; l'article 82 AUS ancien vise l'obligation d'inscrire la radiation des inscriptions et l'article 84 AUS ancien fait obligation au vendeur ou à l'auxiliaire de justice de produire un état des inscriptions prises sur le fonds de commerce en cas de vente amiable ou judiciaire de ce bien.

c - Émission du bordereau de nantissement

184. Après l'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier, le greffier remet au débiteur un bordereau portant de façon apparente les mentions de l'article 103 ancien (*art. 122 AUS nouveau*). Ces mentions sont :

- la mention « nantissement des stocks » ;
- la date de sa délivrance qui correspond à celle de l'inscription au registre ;
- le numéro d'inscription au registre chronologique ;
- la signature du débiteur.

Ce bordereau est ensuite remis par le débiteur au créancier par voie d'endossement signé et daté.

Le bordereau de nantissement ainsi émis peut être endossé et avalisé dans les mêmes conditions qu'un billet à ordre avec les mêmes effets. Il n'est valable que trois ans à compter de la date de son émission, sauf renouvellement. Cette durée triennale est tout à fait compatible avec celle des effets de commerce, mais contraste avec celle d'un an prévue pour l'inscription que rien n'empêche de renouveler.

B - Effets du nantissement

Il convient de distinguer les effets avant l'échéance (I) et les effets à l'échéance (II). Dans les deux cas, toute la construction législative a pour but de protéger les intérêts du créancier nanti compte tenu du caractère fongible ou subrogeable des biens grevés.

I - Effets avant l'échéance

185. D'après l'article 104 alinéa 1 AUS ancien, le débiteur émetteur du bordereau de nantissement a la responsabilité du stock confié à sa garde et à ses soins. Bien que le texte ne vise que le débiteur, il est possible et admis que les parties peuvent convenir de confier le stock à la garde et aux soins d'une tierce personne qui en aura la responsabilité ; on parle d'entiercement.

Le débiteur s'engage à ne pas diminuer la valeur des stocks nantis. En cas de diminution de la valeur de la sûreté, il doit reconstituer le stock au moins au niveau où il était avant l'émission du bordereau de nantissement, si celui-ci se réduit en quantité par l'effet de l'aliénation, de la détérioration, de l'évaporation, de la destruction, de la disparition, etc.

186. Afin de s'assurer que le constituant du nantissement respecte bien cet engagement, le législateur OHADA fait obligation au débiteur de tenir constamment à la disposition du créancier et du banquier domiciliataire, c'est-à-dire celui chargé de l'encaissement du bordereau de nantissement, un état des stocks nantis ainsi que la comptabilité de toutes les opérations les concernant (*art. 104, al. 2 AUS ancien*). De leur côté, le créancier nanti et le banquier domiciliataire peuvent, à tout moment, faire constater l'état des stocks nantis, les frais d'une telle opération incombant au débiteur (*art. 104 al. 2 AUS ancien*).

Pour protéger les intérêts du créancier nanti, le débiteur s'engage, sauf clause contraire, à assurer les stocks nantis contre les risques de destruction et d'incendie (*art. 101 et 104 AUS ancien*), le droit de préférence du créancier nanti étant reporté sur l'indemnité d'assurance [*J.L. MIENDJIEM, op. cit., n°s 50-52, pp. 1594-1595*].

187. Le propriétaire des stocks nantis conserve le droit de les vendre tant que l'aliénation des stocks est

limitée à une quantité inférieure à celle nantie. Cette liberté d'aliéner est totale (art. 124 AUS nouveau).

Dans le cas contraire, il garde toujours son droit d'aliénation, mais il ne peut livrer les biens vendus qu'après consignation du prix chez le banquier domiciliaire. La consignation du prix, qui s'entend strictement du dépôt d'une somme d'argent, suppose que l'acquéreur ait déjà payé le prix ou que le débiteur fasse l'avance de la somme correspondante au prix au banquier domiciliaire. Mais, rien n'interdit qu'un cautionnement convenu, soit d'avance dans le contrat de nantissement, soit avant ou lors de la vente du stock nanti, puisse valablement se substituer à la consignation chez le banquier.

Si le débiteur vend les stocks nantis et ignore la consignation ou n'offre aucune caution, le créancier peut, conformément à l'article 56-1 AUS ancien, procéder immédiatement à la réalisation des stocks nantis. Mais, la réalisation n'a de sens que si les stocks vendus n'ont pas encore été livrés ou qu'il en reste suffisamment pour que la réalisation forcée présente encore un intérêt.

II - Effets à l'échéance

188. Deux possibilités s'offrent à l'échéance :

D'abord si toutes les dettes du débiteur envers le créancier nanti sont payées lors de l'échéance, il doit être procédé à la mainlevée du nantissement.

Ensuite, si les dettes ne sont pas payées à l'échéance, le créancier nanti exerce son droit de préférence selon les dispositions de l'article 149 AUS ancien (*art. 105 al. 2 AUS ancien*). L'article 149 AUS auquel renvoie l'article 105 al. 2 établit l'ordre de distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles [voir *supra* n° 79].

À défaut de paiement de la dette à échéance, le créancier nanti exerce également son droit de suite conformément à l'article 56-1 AUS ancien (*comp. Art. 104 AUS nouveau*), c'est-à-dire qu'il procède à la réalisation du nantissement conformément aux dispositions prévues pour la réalisation du gage, qui en réalité sont des dispositions communes à la réalisation de toutes les sûretés réelles mobilières. Le législateur OHADA précise que même le porteur du bordereau de nantissement peut procéder à la réalisation du nantissement conformément aux dispositions de l'article 56-1 AUS ancien [v° *gage*].

Isidore Léopold MIENDJIEM

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Acte authentique 55, 99, 125, 157, 176,
Acte sous seing privé 55, 99, 158, 177
Actions 9, 28, 33, 36, 48, 49, 52, 53,
65, 67, 68, 69, 70, 71, 72
Agrément 63, 67, 78, 92
Auxiliaire 78, 151, 166, 183

B

Bail 18, 26, 36, 84, 88, 93, 131, 139,
141, 148
Bon de souscription 53
Brevet d'invention 18, 23, 89, 91, 93

C

Cession d'antériorité 122, 124
Charge 5, 7, 8, 9, 18, 30, 34, 35, 37,
38, 97, 100, 143
Clientèle 18, 36, 84, 85, 86, 96
Commissaire-priseur 78
Créancier 1, 5, 6, 7, 11, 12, 15, 18,
20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30,
34, 36, 37, 38, 39, 51, 56, 57, 59,

60, 61, 64, 68, 70, 73, 74, 75, 76,
77, 79, 80, 98, 99, 101, 102, 103,
105, 107, 108, 109, 111, 113, 115,
117, 120, 121, 123, 124, 125, 126,
127, 128, 129, 130, 131, 132, 133,
134, 135, 136, 138, 139, 140, 141,
142, 149, 150, 159, 160, 161, 162,
163, 164, 167, 169, 170, 171, 172,
175, 179, 180, 181, 184, 186, 187,
188

D

Débiteur 1, 2, 5, 7, 8, 11, 12, 14, 15,
16, 18, 19, 21, 24, 25, 26, 27, 34,
35, 41, 56, 57, 59, 64, 75, 77, 80,
99, 101, 102, 103, 105, 106, 107,
108, 109, 110, 111, 122, 123, 129,
131, 133, 134, 135, 140, 147, 148,
150, 162, 169, 170, 172, 175, 176,
180, 184, 185, 186, 187, 188
Dessins et modèle 10, 36, 93, 120
Droit à l'information 128, 138, 139
Droit au bail commercial 36, 84
Droit de préférence 27, 37, 39, 73,
79, 128, 129, 131, 171, 185, 186,
188,

Droit de réalisation 74, 132, 133, 135
Droit de suite 37, 38, 39, 73, 74, 96,
128, 131, 132, 138, 149, 167, 172,
188
Droit de surenchère 132, 135, 136,
137, 138

E

Enseigne 86

F

Fichier 31, 32, 71, 119, 164, 181
Fonds 3, 8, 9, 10, 17, 18, 21, 23, 26,
34, 36, 37, 38, 42, 72, 74, 80, 81,
82, 83, 84, 85, 88, 91, 92, 94, 95,
96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103,
104, 105, 106, 107, 111, 113, 114,
115, 116, 117, 118, 121, 122, 123,
124, 126, 128, 129, 130, 131, 132,
133, 135, 136, 138, 139, 140, 141,
142, 143, 144, 145, 146, 147, 148,
149, 150, 151, 154, 166, 167, 183
Fongibilité 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18,
19, 20

G

Gage 1, 2, 3, 5, 10, 11, 14, 18, 27, 34, 42, 54, 68, 74, 79, 121, 129, 130, 133, 134, 140, 152, 153, 154, 156, 160, 162, 168, 173, 188

I

Immatriation 36, 116, 156, 165
 Indications géographiques 90, 94, 121
 Inopposabilité 34, 141
 Inscription 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 48, 57, 69, 70, 71, 97, 105, 107, 113, 114, 115, 116, 117, 121, 122, 123, 124, 127, 128, 138, 140, 158, 161, 162, 164, 165, 179, 181, 183

L

Licences d'exploitation 36, 84, 89, 93

M

Modification 21, 29, 34, 70, 102, 121, 122, 123, 124, 149, 163, 164, 165, 183
 Mortgage 5, 6

N

Nantissement
 - Nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières 34
 - Nantissement des véhicules 36, 156
 - Nantissement du fonds de commerce 3, 9, 10, 17, 18, 34,

36, 37, 72, 82, 83, 84, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 101, 106, 114, 115, 118, 121, 130

- Nantissement du matériel professionnel 9, 10, 36, 152, 153, 155, 158, 166, 167, 171
 - Nantissement sans dépossession 1, 9
 Nom commercial 36, 84, 86, 87, 90

O

Obligation 2, 26, 43, 78, 103, 140, 150, 166, 183, 186
 Obtentions végétales 94, 121
 Opposabilité 27, 32, 33, 159, 177

P

Parts sociales 9, 33, 36, 45, 48, 62, 63, 64, 70, 71, 72
 Propriété littéraire et artistique 29, 94, 120, 121
 Publicité 8, 11, 26, 27, 34, 45, 114, 158

R

Radiation 29, 121, 124, 125, 126, 127, 164, 166, 183
 Registre 28, 29, 33, 34, 45, 46, 47, 54, 55, 56, 63, 69, 70, 71, 72, 99, 101, 102, 103, 109, 114, 115, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 140, 142, 143, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 164, 165, 175, 177, 178, 179, 181, 184

S

Signification 33, 40, 44, 58, 59, 61, 62, 63, 65, 77, 85
 Spécialité 8, 10, 34, 35, 36, 40
 Subrogation 14, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 122, 123, 124, 175
 Sûretés 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 20, 27, 28, 34, 35, 39, 44, 45, 54, 74, 80, 82, 96, 97, 99, 104, 128, 133, 144, 152, 153, 154, 156, 159, 173, 174, 188

T

Titre 1, 5, 17, 28, 31, 48, 59, 70, 71, 75, 76, 77, 79, 93, 117, 118, 129, 133, 152, 161, 164, 165, 168, 169, 174, 179, 181

U

Universalité 7, 18, 20, 81, 149

V

Valeurs mobilières 8, 9, 10, 17, 34, 36, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 56, 57, 58, 60, 61, 63, 64, 65, 68, 69, 72, 74, 75, 78, 79
 Vente 9, 18, 25, 36, 37, 58, 74, 75, 76, 77, 78, 92, 96, 106, 129, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 142, 143, 144, 150, 151, 155, 159, 166, 168, 169, 170, 172, 174, 182, 183, 187

W

Warrant 3, 173

NOTION D'ARBITRAGE

Table des matières

Introduction n° 1

Chapitre 1 - Concepts universels n° 2 à 33

Section 1 - Analyse n° 3 à 21

§1 - Histoire n° 4 à 8

§2 - Nature juridique n° 9 à 21

A - Nature contractuelle de l'arbitrage n° 10 à 12

B - Nature juridictionnelle de l'arbitrage n° 13 à 21

I - Figure de l'arbitre n° 13 à 15

II - Force de l'acte juridictionnel n° 16 à 21

Section 2 - Synthèse n° 22 à 33

§1 - Approfondissement de la notion n° 23 à 27

A - Arbitrage et notions voisines n° 24 à 25

B - Justice arbitrale et justice étatique n° 26 à 27

§2 - Différentes modalités de l'arbitrage n° 28 à 33

Chapitre 2 - Particularités africaines n° 34 à 77

Section 1 - Dans les droits positifs avant l'avènement de l'OHADA n° 35 à 37

Section 2 - Dans les droits positifs depuis l'avènement de l'OHADA n° 38 à 77

§1 - Sources de l'arbitrage dans l'espace OHADA n° 39 à 64

A - Sources internes de l'arbitrage dans l'espace OHADA n° 40 à 54

I - Instruments OHADA n° 41

II - Instruments communautaires 42 à 53

a - Instruments bilatéraux n° 43 à 45

b - Instruments multilatéraux n° 46 à 53

1 - Convention de Tananarive n° 47

2 - Accord de coopération judiciaire entre les États membres de la CEMAC n° 48

3 - Traités CEMAC et UEMOA n° 49

4 - Charte CEMAC des investissements n° 50 à 53

III - Droits nationaux n° 54

B - Sources internationales de l'arbitrage dans l'espace OHADA n° 55 à 64

I - Instruments universels n° 56 à 60

a - Convention de New York n° 57 à 58

b - Convention de Washington du 18 mars 1965 n° 59

c - Convention de Séoul du 11 octobre 1985 n° 60

II - Autres instruments multilatéraux n° 61 à 64

a - Convention de Genève de 1961 n° 62

b - Convention UE/ACP de Cotonou n° 63 à 64

§2 - Paysage de l'arbitrage dans l'espace OHADA

n° 65 à 72

A - Paysage dual n° 66 à 72

I - Arbitrage traditionnel n° 67 à 70

a - Centre d'arbitrage du Groupe interpatronal du Cameroun (GICAM) n° 68

b - Centre d'arbitrage, de médiation

et de conciliation de la Chambre

de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar (CCIAD) n° 69

c - Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire n° 70

II - Arbitrage spécifique de la CCJA n° 71

B - Tempérament dans le régime juridique n° 72

§3 - Caractéristiques n° 73 à 77

A - Disparition de la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international n° 74 à 75

B - Absence de limitation à l'arbitrage commercial n° 76 à 77

C - Non-prohibition de l'arbitrage aux personnes morales de droit public n° 78 à 79

Bibliographie

- AMOUSSOU GUENOU (R.), *Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique Subsaharienne*, thèse, Paris II, 1995.
- FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.), & GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.
- KENFACK DOUAJINI (G.), & IMHOOS (C.), « L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, rev. camerounaise arb., n° 5, avril-juin 1999, pp. 3 et s.
- KENFACK DOUAJINI (G.), *L'arbitrage dans le système OHADA*, thèse, Paris I, 2005.
- LÉBOULANGER (Ph.), « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, rev. arb., 1999, n° 3, pp. 541 et s.
- MEYER (P.), *OHADA Droit de l'arbitrage*, collection Droit uniforme, Bruxelles, Bruylant, 2002, 284 p.
- OKILASSALI (M.), « La participation des États africains à l'arbitrage CIRDI » in rev. camerounaise. arb., n° 13, pp. et s.
- POUGOUÉ (P.G.), avec la collaboration de TCHAKOUA (J. M) et de FENEON (A), *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, PUA, Yaoundé, 2000, 506 p.
- POUGOUÉ (P.-G.), « Le système d'arbitrage de la CCJA », in l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 129 et s.
- TCHAKOUA (J.-M.), *Le contrôle de la régularité internationale des jugements et sentences arbitrales en droit camerounais*, Thèse, Yaoundé, 1991.

1. L'arbitrage est un mode de régulation des relations juridiques qui connaît un essor prodigieux de nos jours particulièrement dans le domaine des litiges commerciaux. L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) entend en tirer le meilleur parti pour le développement des affaires en Afrique. L'importance qu'elle accorde à l'arbitrage est manifeste dans son traité fondateur. Dès le préambule, est clairement affirmé le désir de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels. L'article 2 du Traité mentionne le droit de l'arbitrage dans le domaine devant faire l'objet des premiers Actes uniformes. Le titre IV du Traité donne le ton en consacrant des dispositions substantielles à l'arbitrage. Dans la foulée, le droit de l'arbitrage a très vite retenu l'attention du législateur OHADA aussi bien dans l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage et le règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage que dans d'autres Actes uniformes faisant nettement allusion à l'arbitrage (voir, par exemple, les articles 148 et 149 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et GIE).

Depuis l'avènement de l'OHADA, l'intérêt pour l'arbitrage est manifeste avec l'accroissement du nombre de centres permanents d'arbitrage dans divers pays de l'espace OHADA. Sans être exhaustif, l'on peut citer le Centre d'arbitrage du GICAM à Douala, le Centre d'arbitrage de Côte d'Ivoire, le Centre d'arbitrage de Cotonou, le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Dakar.

Même si la notion d'arbitrage reste ambiguë (voir *Ch. Jarrosson, La notion d'arbitrage, LGDJ, Paris, 1987, préface B. OPPEIT*) l'on s'accorde volontiers sur un certain nombre de concepts universels qui fondent la spécificité de l'arbitrage (chapitre 1). Tout en partageant ces concepts, l'Afrique contemporaine développe des particularités qui contribuent à enrichir la notion de l'arbitrage (chapitre 2).

Chapitre 1 - Concepts universels

2. L'on est marqué à la fois par la permanence de l'arbitrage dans le temps comme dans l'espace et l'ambiguïté de la notion. Ce contraste invite à procéder d'abord à une analyse minutieuse (section 1) pour tenter ensuite une synthèse sur les concepts universels de l'arbitrage (section 2)

Section 1 - Analyse

3. La constante dans l'arbitrage est indiscutablement le recours volontaire des antagonistes à un tiers pour un règlement amiable des conflits. Cette constance, relevée par l'histoire (§1), porte des éléments permettant de déterminer la nature juridique de l'arbitrage (§2).

§1 - Histoire

4. L'histoire, appuyée par l'anthropologie, fait apparaître comme l'une des tendances de l'homme vivant en société la recherche du règlement amiable des conflits par le recours à un tiers. Les traces de l'arbitrage se retrouvent à des périodes fort anciennes, même si ses contours ont varié dans le temps (voir *D. BUREAU et Ch. JARROSSON, Arbitrage, in dictionnaire de la culture juridique, Lamy – PUF, Paris, 2003, p. 76*). Dans la très haute antiquité, l'arbitrage existe déjà et a même précédé l'organisation étatique de la justice : chez les Assyriens de la première époque (fin du III^e millénaire avant J.C.), en Mésopotamie (sous le règne de Babylone, 1792-539 avant J.C.), dans l'Inde antique, en Arabie pré-islamique, chez les Hébreux, etc.

Il s'est développé à Athènes et à Sparte (cf les poèmes homériques, avant J. C, les Travaux d'Hésiode ; les discours de Démosthène). Solon, le célèbre législateur athénien, au VIII^e siècle avant J. C, reconnaissait la possibilité de recourir à l'arbitrage : « Si les citoyens veulent choisir un arbitre pour terminer les différends qui se sont élevés entre eux pour leurs intérêts particuliers, qu'ils prennent celui qu'ils voudront d'un commun accord ; qu'après l'avoir pris, ils s'en tiennent à ce qu'il aura décidé ; qu'ils n'aillent point à un autre tribunal ; que la sentence de l'arbitre soit un arrêt irrévocable ».

À Rome, l'arbitrage est également pratiqué. La loi des XII Tables à la période archaïque (notamment, V^e siècle avant J.C.), contient des dispositions sur une sorte d'arbitrage, estimation faite par un tiers afin d'aider le juge à apprécier le dommage. À partir du III^e siècle avant J. C apparaît la compromissum, l'accord par lequel les parties confient à un tiers (l'arbitre), le règlement du litige qui les oppose ; l'arbitre adhère au compromissum par le receptum arbitré et une sentence (sententia) qui s'impose aux parties. Le droit romain achève de réglementer l'arbitrage notamment dans le Digeste de Justinien (cf le Livre IV du Titre VIII, De receptis qui arbitrium receperunt) (cf *Dictionnaire de la culture juridique, arbitrage, Paris, Lamy, PUF, pp 76 et suivantes*).

5. Les deux grandes religions monothéistes - le christianisme et l'islam - connaissent également l'arbitrage. Pour la religion chrétienne, on peut citer la Genèse (*Genèse, 31-37*), et, spécialement pour l'Église catholique romaine, le droit canonique (voir canon 1446, d'après lequel les fidèles, et en premier lieu les évêques, doivent éviter autant que possible, les litiges et les régler au plus tôt de manière pacifique et, si le procès concerne le bien privé des parties, en recourant à une transaction ou à un arbitrage selon les canons 1713-1716 : voir *P. VALDRIN, Droit canonique, Paris, Dalloz, 1989, p. 479 et s.*)

En ce qui concerne la religion islamique et le droit musulman, deux versets au moins du Coran prévoient l'arbitrage, le Sunna et le Figh, bien que le sens et la portée de la notion d'arbitrage y soient plutôt sujets à caution, certains estimant qu'il s'agit d'une conciliation

non obligatoire, d'autres soutenant au contraire la thèse d'une décision qui s'impose aux parties (*voir par exemple, versets 35 et 38 de la sourate des femmes*; A. H. El-Abdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Paris, Economica, 1988, p. 12 et s.; S. Saleh, *Commercial arbitration in the Middle East*, Graham and Trotman, 1984, p. 9 et s).

6. L'histoire plus récente de l'arbitrage dans les droits de tradition civiliste comme dans ceux de common law montre toujours l'ambiguïté quant à l'analyse de l'arbitrage mais en même temps une faveur considérable pour l'arbitrage. Les problèmes de base sont les mêmes (*voir R. DAVID, L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 192; A. KASSIS, *Problèmes de base de l'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987; Russel *On arbitration*, London, Steevas and Sons, 20^e éd; P. MEYER, *OHADA, droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 8 et 9), l'arbitrage a-t-il pour fonction de résoudre une contestation comme le ferait le juge ou à compléter un accord contractuel? l'arbitre doit-il trancher selon le droit ou peut-il s'affranchir de celui-ci pour rechercher une solution en toute équité? En dépit de cette ambiguïté dans l'analyse, l'arbitrage séduit. Son fondement volontariste y est pour beaucoup : l'arbitrage montre la puissance du contrat qui peut aller jusqu'à façonner un mode spécifique de règlement des différends, donc plus partagé et mieux accepté parce que considéré comme « plus » juste.

7. Le processus de l'arbitrage est également reconnu dans les droits africains traditionnels. L'anthropologie du droit a montré la primauté de la conciliation dans ses droits (*voir N. ROULAND, L'anthropologie juridique*, Paris, PUF, *Que sais-je* n° 2528; J. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, Paris, PUF, *Que sais-je* n° 2103; T. E. OLAWALE, *La nature du droit coutumier*, Paris, *Présence africaine*, 1961). Il en résulte que le procès africain est originellement d'abord tentative d'arbitrage. De façon générale, dans ses droits, la norme est flexible et perçue comme telle au service de l'harmonie sociale et de la conciliation. Le droit lui-même est davantage un ensemble de mécanismes de régulation sociale qu'un corpus de règles.

8. Cette fresque historique donne des indications sur la notion de l'arbitrage. Ce dernier est caractérisé par son aspect hybride, à la fois conventionnel et décisionnel. Le contenu de la nature juridique se dessine, mais en même temps l'on réalise que par moments l'hybridisme est imparfait et que l'aspect conventionnel ou l'aspect décisionnel pourra l'emporter in fine dans la mission même de l'arbitre.

§2 - Nature juridique

9. On l'a vu, l'arbitrage pratiqué depuis les temps immémoriaux dans de très nombreuses civilisations, pré-

sente partout une dualité qui marque son originalité. Il est un mode de règlement de différends fondé sur la convention des parties. Autrement dit, et reprenant R. DAVID, « *L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquels tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuant sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission par l'État* ». (*L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, p. 9). L'arbitrage a ainsi une double nature. D'une part le ou les arbitres sont institués par les parties, lesquels agissent par le moyen d'une convention : l'arbitrage a une origine contractuelle (A). D'autre part, la mission du ou des arbitres consiste à trancher un litige, c'est-à-dire à statuer sur des prétentions contraires : l'arbitrage a une fonction juridictionnelle (B).

A - Nature contractuelle de l'arbitrage

10. Dans un État, le pouvoir de juger qu'exerce le juge étatique vient du souverain qui l'a investi. Le pouvoir de juger conféré aux arbitres naît en revanche d'un accord de volonté entre les parties à l'arbitrage. Dès 1937, la Cour de cassation française a affirmé que « *Les sentences arbitrales qui ont pour base un compromis font corps avec lui et participent de son caractère conventionnel* » (*req. 27 juillet 1937. D. 1938, I 25, Rapport Castets; JCP 1937, II 449; S. 1938, I 25; JDI; 1938, 86.*) (*voir* entrée Convention d'arbitrage).

Le pouvoir créateur de la volonté des parties permet de distinguer l'arbitrage classique d'un certain nombre de procédés de solution de différends appelés " arbitrage " par le législateur lui-même. Ainsi en est-il par exemple de l'« arbitrage » comme mode de règlement de différends collectifs de travail. Le trait marquant de ce mode de règlement est la soumission du litige à l'arbitrage sans aucune manifestation de volonté des parties.

On peut rappeler pour mémoire les dispositions des articles 51 à 63 du Code de commerce instituant l'arbitrage forcé pour le règlement des litiges entre associés d'une société commerciale (*Lire à ce sujet G. KENFACK DOUAJNI, Arbitrage forcée et règlement en droit camerounais des litiges entre associés, Penant, N° 825, 1997.*), et celle de la loi du 30 juin 1926 applicable dans certains pays de l'espace juridique de l'OHADA et prévoyant l'arbitrage forcé pour la fixation du nouveau prix de bail en cas de renouvellement du bail commercial. Ces dispositions sont aujourd'hui dépassées.

D'une part, l'AUSCGIE prévoit que tout litige entre associés ou entre un plusieurs associés et la société relève de la juridiction compétente en matière commerciale, et peut être soumis à l'arbitrage par une clause compromissoire ou par un compromis (*voir* articles 47 et 48 de l'AUSCGIE). D'autre part, l'AUDCG ne reprend pas, dans la réglementation des baux commerciaux,

les dispositions sur l'arbitrage forcé. Il faudrait donc dire que l'arbitrage forcé relève du passé. Le code des activités économiques de Guinée pose de façon sentencieuse que « *L'arbitrage ne peut naître que d'une convention le prévoyant expressément* » (art 1114 du code des activités économiques).

Le fondement conventionnel de l'arbitrage a plusieurs conséquences. En premier lieu, il faut souligner le poids de la volonté des parties dans l'arbitrage. Celle-ci est à peu près la justification et la mesure des pouvoirs de l'arbitre. Les parties choisissent non seulement le ou les arbitres, mais aussi les normes applicables à la procédure et au fond de l'arbitrage. Il ne s'agit en réalité que d'une manifestation de l'autonomie des volontés qui innerve la matière des contrats. En second lieu, l'arbitre n'a pas de for, puis qu'il n'est pas institué par un souverain.

11. En somme l'arbitrage permet à une convention de créer une juridiction. Il emporte une renonciation à saisir un juge étatique. Le principe de l'incompétence des juridictions étatiques à statuer sur un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage est nettement consacré par le Traité de l'OHADA (article 23) et l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage (article 13).

L'application la plus nette de cette solution a été faite par le tribunal de grande instance de Yaoundé dans l'affaire Shell-Cameroun contre SODECAO (*jugement N° 407 du 24 mai 1995, Juridis périodique N° 37, 21, note F.P. Ipanda*). Le différend naît d'un contrat de fourniture de biens et services contenant une clause compromissoire. Non satisfait par la qualité des citernes installées par Shell-Cameroun, la SODECAO qui estimait avoir subi un important préjudice déclenche une procédure de recouvrement simplifié des créances sur la base d'un rapport d'expertise qu'elle avait sollicité. L'ordonnance d'injonction de payer qui a sanctionné la procédure est signifiée à Shell-Cameroun, qui forme aussitôt contredit (à l'époque, l'Acte uniforme de l'OHADA sur les voies d'exécution qui a remplacé le contredit par l'opposition n'était pas encore adopté). L'argument de recours est simple : la SODECAO n'a pas pu juridiquement saisir le président du tribunal de grande instance d'une requête aux fins d'ordonnance d'injonction de payer alors que les parties étaient liées par une clause compromissoire.

Pour résister à cette prétention, la SODECAO a cherché à faire que l'article 15 de la convention contenant la clause compromissoire ne prévoyait qu'une faculté de recourir à l'arbitrage, de sorte que chacune des parties avait la latitude de porter le différend devant le juge étatique qui pouvait dès lors en connaître sans problème. Cette interprétation du contrat était erronée. Le tribunal de grande instance devant qui le contredit était formé a très justement restauré la bonne interprétation du contrat et ajouté conséquemment que « *la clause compromissoire implique renonciation des parties à*

la juridiction des tribunaux ordinaires... [et que]... le contractant qui est assigné devant une juridiction ordinaire par son adversaire au mépris de ladite clause peut soulever l'exception d'incompétence ».

Le principe de l'incompétence des juridictions étatiques pour statuer sur le différend soumis à l'arbitrage n'a pas été en revanche appliqué par la Cour d'appel du littoral dans un litige opposant les sociétés REEMTSA CIGARETTEN FABRIKEN et SITABAC. L'échec dans l'application du principe est dû à une compréhension contestable de la convention d'arbitrage. Un contrat de cession de marque entre les deux sociétés contient une clause compromissoire soumettant à l'arbitrage sous l'égide de la chambre de commerce internationale tout litige né de l'interprétation ou de l'exécution du contrat principal. Plus tard la SITABAC demande au juge du fond l'annulation du contrat de cession et au juge de référé la suspension du même contrat. La société REEMTSA conclut à l'incompétence du juge étatique en raison de la clause d'arbitrage.

Pour retenir sa compétence, le juge de référé, dont la décision est confirmée par la Cour d'appel, affirme que le litige a trait à la suspension du contrat non à son interprétation ou son exécution (*Douala, arrêt n° 39/REF du 8 janvier 1997, rapporté dans Juridis périodique n° 43, Revue de jurisprudence, procédures, observations critiques J.M. TCHAKOUA*).

Cela étant, parce que le recours à l'arbitrage repose sur la volonté des parties, la question de l'incompétence des juridictions étatiques en présence d'une convention d'arbitrage est d'intérêt privé. Les parties peuvent toujours s'entendre pour ne plus poursuivre l'arbitrage. La renonciation à l'arbitrage peut alors être tacite ou expresse. Le fait pour le plaideur de suivre, sans protester, son adversaire devant le juge étatique doit être perçu comme une renonciation tacite à la clause d'arbitrage.

12. À cause de la renonciation à saisir un juge étatique, le recours à l'arbitrage n'est pas ouvert à tous les litiges ni dans tous les domaines. Certains litiges sont « non arbitrables » parce qu'ils sont relatifs à des objets dominés par l'ordre public, donc placés hors du champ de la volonté privée. L'Acte uniforme OHADA sur le droit de l'arbitrage prévoit de façon générale que l'arbitrage n'est possible que « *sur des droits dont on a la libre disposition* » (article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage). C'est le cas, notamment, en droit des personnes et de la famille, en matière de divorce ou de filiation par exemple. Le recours à l'arbitrage pour le traitement d'un différend impliquant une personne morale de droit public est resté longtemps discuté. Mais, les articles 21 du Traité de l'OHADA et 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ont levé de façon générale la prohibition de compromettre qui s'appliquait à l'État et à ses démembrements. La notion de litige non arbitrable reste malgré tout assez fuyante, et la tendance actuelle est d'étendre le domaine de la justice arbitrale. (Voir entrée Arbitrabilité).

B - Nature juridictionnelle de l'arbitrage

13. Par l'arbitrage, un contrat crée une juridiction. L'arbitrage constitue ainsi un mode juridictionnel non judiciaire de règlement des différends. La nature juridictionnelle de l'arbitrage se mesure d'abord dans la figure de l'arbitre, véritable juge privé (I) ; ensuite aux critères de l'acte juridictionnel (II). Mais il reste un mode non judiciaire (III).

I - Figure de l'arbitre

14. La nature juridictionnelle de l'arbitrage se vérifie avant tout dans la figure de l'arbitre. Bien qu'il soit le fruit de la volonté des parties, l'arbitre est consubstantiel à l'arbitrage et, alors, est un véritable juge qui tranche les litiges soumis à l'arbitrage. « Arbitre » vient du latin *arbitrari* qui, né de l'association *ad et baeter*, signifie « se rendre sur place (pour examiner, expertiser, pour entendre les parties) ». Depuis la nuit des temps, il est le socle conceptuel et juridique de l'arbitrage. Dès la loi XII Tables (450 avant J.-C.), *arbitrari* avait pris le sens de « juge privé ». Finalement, l'arbitre est bien un juge et, au même titre que le juge judiciaire, a pour mission de rendre la justice. Le pouvoir juridictionnel constitue l'essence même de la fonction de l'arbitre et distingue ce dernier des autres tiers susceptibles d'aider à la résolution d'un litige comme les conciliateurs, les médiateurs, les experts, etc. Sur cette mission de l'arbitre, le droit OHADA est sans équivoque. Aux termes de l'article 15 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, « les arbitres tranchent le fond du litige... ». Certes, parfois son origine contractuelle va resurgir et l'arbitre sera appelé à statuer pour apaiser et rapprocher (ce sera le cas notamment lorsque l'arbitre intervient comme amiable compositeur conformément à l'article 15 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage) ou pour parfaire un accord (par exemple, l'hypothèse de sentence rendue d'accord parties, telle que prévue par le Règlement d'arbitrage de la CCJA).

15. Malgré cela, l'arbitre, généralement, rend une décision de juge dans le respect des règles de procès équitable qui s'applique à toute justice. Les principes directeurs du procès civil doivent être respectés : le principe dispositif, le principe d'immutabilité du litige, le principe du contradictoire, la motivation de la décision. Tout au long de l'instance arbitrale, l'arbitre, véritable juge, jouit des pouvoirs attachés à la fonction de juge. Il est aujourd'hui acquis qu'il statue sur sa propre compétence. L'article 11 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage consacre la règle de compétence-compétence, mécanisme qui fait de l'arbitre le seul juge de son investiture, c'est-à-dire de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage. Le règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit la même solution.

Parce qu'il a accédé dès sa désignation au statut

du juge, l'arbitre doit être indépendant et impartial, l'indépendance et l'impartialité étant de l'essence de la fonction juridictionnelle. De même, dans l'exercice de celle-ci l'arbitre est protégé, il jouit d'une certaine immunité, sauf hypothèse de sa responsabilité civile contractuelle pour faute. La limite la plus évidente à l'immunité est l'existence d'une faute intentionnelle de l'arbitre (*par exemple, en matière de non-exécution de l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre : connaissant un fait de nature à altérer sa liberté de jugement, l'arbitre s'abstient de le révéler comme l'exige la loi, une telle circonstance étant constitutive de dol*).

Surtout, l'arbitre est doté de la *jurisdictio* (pouvoir de dire le droit). Même s'il est dépourvu d'*impérium*, il rend une sentence, acte juridictionnel dont l'exécution forcée est possible avec le concours des juridictions étatiques.

II - Force de l'acte juridictionnel

16. Les critères de l'acte juridictionnel se vérifient aisément. Est juridictionnel un acte revêtu de l'autorité de la chose jugée. En accordant l'autorité de la chose jugée à la sentence arbitrale dès que celle-ci est rendue, les textes tranchent nettement avec une solution ancienne qui retardait cette autorité de la chose jugée jusqu'au jour où la sentence arbitrale subissait avec succès l'épreuve du contrôle de régularité.

Diverses formules sont utilisées pour parler de l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale. La plus classique est celle de l'article 23 de l'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage, qui dispose que la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

La sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée parce qu'elle est définitive, par opposition à une décision qui prépare simplement une autre. L'autorité de la chose jugée signifie que la même cause, entre les mêmes parties, ne peut plus être soumise aux juridictions. Si une partie tente de faire rejurer la même cause, sa demande doit être déclarée irrecevable.

L'autorité de la chose jugée couvre toutes les sentences, définitives (*la notion de sentence définitive que les textes emploient pour désigner les sentences vidant complètement la saisine des arbitres, par opposition à la sentence partielle est très équivoque voire inappropriée*) ou partielles. Mais il faut bien qu'il s'agisse d'une sentence qui tranche une contestation ; s'il ne s'agit que d'une sentence avant-dire-droit, elle ne peut bénéficier de l'autorité de la chose jugée (*déjà une telle sentence ne dessaisit pas l'arbitre*), justement parce que le droit n'a pas encore été dit.

Naturellement, l'autorité de la chose jugée s'attache en principe au seul dispositif de la sentence arbitrale et pas aux motifs (*comp. avec les jugements des tribunaux étatiques où on applique la même solution civ, 24 mai, D, 1949, 329*). Cependant, il ne faut pas exclure l'hy-

pothèse où le motif est décisive et tranche en fait une contestation. Dans ce cas, l'autorité de la chose jugée s'attache également à ce motif (*même solution pour les tribunaux com, 17 octobre 1951, D. 1953, 155*).

L'article 35 du règlement de la CACI prévoit que la sentence arbitrale est définitive et revêt un caractère obligatoire pour les parties. Mais cette formule plus longue n'ajoute rien au sens de la notion d'autorité de la chose jugée. En revanche elle tire expressément une conséquence de l'autorité de la jugée : la sentence arbitrale est obligatoire pour les parties. Les parties ne doivent pas la méconnaître par un comportement quelconque. Certains règlements d'arbitrage des institutions d'arbitrage posent que, par la soumission de leur différend au centre, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir et renoncent à toutes les voies de recours auxquelles elles peuvent renoncer (*voir règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM, article 34.3 et de la CACI, article 35*).

17. Mais en dehors de l'hypothèse où la combinaison entre le règlement d'arbitrage et la loi étatique applicable aboutit à l'exécution des voies de recours, il ne faut pas comprendre la notion d'autorité de la chose jugée, même doublée du rappel du caractère obligatoire de la sentence arbitrale, comme interdisant un recours contre la sentence arbitrale.

En disant que les sentences arbitrales de l'arbitrage institutionnel de l'OHADA ont « l'autorité définitive de la chose jugée », l'article 25 du Traité OHADA, repris par l'article 27 du règlement d'arbitrage de la CCJA, a laissé penser qu'outre l'impossibilité pour la cause d'être encore jugée par une autre juridiction, la sentence arbitrale rendue sous les auspices de la CCJA ne pouvait pas être attaquée par un quelconque recours. Cette lecture est démentie par l'article 29 du règlement d'arbitrage de la CCJA qui admet une contestation devant la CCJA de « la reconnaissance et de l'autorité définitive de la chose jugée » de la sentence et les articles 32 et 33 du même règlement qui prévoient respectivement le recours en révision et la tierce opposition.

L'article 27 du règlement d'arbitrage de la CCJA contient un détail qui peut être discuté dans son opportunité. Il affirme que les sentences arbitrales rendues conformément au règlement de la CCJA ont l'autorité définitive de la chose jugée « sur le territoire de chaque État partie » au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État.

On peut comprendre le souci du législateur de rappeler constamment qu'on est dans une construction communautaire, laquelle emporte un certain transfert de souveraineté des États membres aux instances communautaires. Une décision peut ainsi tenir sa force non de sa reconnaissance par un État membre, mais de son origine communautaire. Mais en ce qui concerne particulièrement la question de l'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales, le rappel qu'elle s'applique au territoire de chaque État partie n'est pas opportun.

En effet, lu *a contrario*, le texte pourrait signifier que l'autorité de la chose jugée des sentences de la CCJA ne peut s'affirmer que dans l'espace de l'OHADA. Or, la solution internationalement admise est de faire valoir l'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales partout où besoin est. Les sentences du système d'arbitrage de la CCJA ont donc autorité de la chose jugée non pas seulement dans l'espace OHADA, mais partout où elles peuvent être invoquées. On n'ignore pas qu'une législation puisse dénier cette autorité. Mais outre qu'une telle occurrence est très peu probable au regard du droit comparé, il n'est pas judicieux que le législateur africain anticipe de façon défavorable sur une telle issue.

18. Parce qu'elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée, la sentence arbitrale peut être évoquée même si elle n'est pas encore soumise à l'exequatur.

Tout d'abord, l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée interdit aux parties de soumettre le même litige à une autre juridiction, étatique ou arbitrale. Cet effet se traduit sur le plan procédural par la possibilité donnée à la partie intéressée d'évoquer devant la juridiction abusivement saisie la sentence arbitrale pour obtenir un jugement d'irrecevabilité de la demande. Le mécanisme ainsi décrit est comparable à celui qui est possible du seul fait de l'existence d'une convention d'arbitrage. En effet, la partie intéressée peut obtenir devant la juridiction étatique un jugement d'irrévocabilité en invoquant la convention d'arbitrage qui la lie au demandeur.

Mais le mécanisme de l'exception de la chose jugée se démarque de l'exception d'incompétence sur deux points. En premier lieu, au moment de l'exception de la chose jugée, existe une décision déjà rendue. Celui qui soulève même l'exception choisit l'autorité de la chose jugée, alors qu'il aurait pu soulever même l'exception d'incompétence. En second lieu, l'exception de la chose jugée se fait devant toute juridiction, même arbitrale, saisie de nouveau. L'exception d'incompétence se fait en général devant une juridiction étatique abusivement saisie en méconnaissance de la convention d'arbitrage.

Toujours sur le plan procédural, on peut invoquer la sentence arbitrale comme défense au fond dans une instance engagée par son adversaire. La sentence arbitrale peut ainsi servir à soutenir une prétention de compensation. Le montant de la condamnation dans la sentence pourrait ainsi venir en déduction d'une dette du défendeur.

19. La sentence arbitrale peut également être utilisée pour pratiquer une saisie conservatoire. Le bénéficiaire de la sentence pourrait ainsi conservatoirement les meubles corporels et incorporels de son débiteur, s'il démonte que sa créance est en péril. L'article 54 de l'Acte uniforme OHADA relatif aux voies d'exécution n'exige, pour pratiquer la saisie conservatoire qu'une créance paraissant fondée en son principe et des circonstances de nature à en menacer le recouvrement. Or on ne

peut pas dire d'une créance constatée par une sentence arbitrale qu'elle ne paraît pas fondée en son principe.

Dans la pratique, une saisie conservatoire serait un moyen de pression suffisant pour amener le débiteur à exécuter spontanément la sentence le condamnant. Naturellement, une telle saisie doit être autorisée par le juge, la sentence arbitrale servant simplement de support à la demande d'autorisation. La saisie conservatoire ne peut se convertir en saisie vente sans un examen de régularité de la sentence. Un tel contrôle est possible pendant l'examen de la contestation de la saisie formulée par le saisi (*voir art 62 l'AUVE*). Le créancier qui pratique une saisie conservatoire sur la base d'une sentence arbitrale non encore vérifiée par le juge étatique doit, dans le mois qui suit la saisie conservatoire, et à peine de caducité, accomplir les formalités pour introduire une procédure en vue de l'obtention du titre exécutoire (*voir art 61 l'AUVE*). Concrètement, le saisissant doit introduire une procédure d'exequatur. Mais la loi exige simplement que la procédure soit introduite ; peu importe donc que suite aux lenteurs judiciaires l'exequatur ne soit pas encore obtenue.

20. La sentence arbitrale peut aussi servir de support à une hypothèque judiciaire sur les immeubles du débiteur. L'article 136 de l'AU sur les sûretés dispose en effet que, pour garantie de sa créance, le créancier peut être autorisé à prendre une inscription provisoire d'hypothèque sur les immeubles de son débiteur. Une telle inscription est naturellement prise en vertu d'une autorisation du juge, lequel fixe au créancier un délai dans lequel il doit, à peine de caducité, former devant la juridiction compétente l'action en validité d'hypothèque conservatoire ou l'action au fond. Au cours de l'action en validité, devrait être examinée la régularité de la sentence arbitrale ayant servi de support à une hypothèque judiciaire provisoire.

21. Il y a enfin la possibilité, pour les arbitres, de prononcer l'exécution provisoire de leur sentence (*voir art 24 de l'AUA*). Mais il ne faut pas comprendre la loi comme dispensant les sentences arbitrales de la formalité de contrôle préalable avant de devenir des titres exécutoires. En effet, n'ayant pas pour conséquence de conférer le pouvoir de délivrer des titres exécutoires aux personnes privées que sont les arbitres, les dispositions légales permettant simplement que la sentence soit exécutée et serve éventuellement de support à une mesure conservatoire même si un recours a été fait (*voir art 28 l'AU sur le recours en annulation. Le juge du recours en annulation est alors compétent pour le contentieux de l'exécution provisoire. Mais on ignore l'origine de ce contentieux*). Lorsqu'en revanche il faut passer à la phase de la contrainte, le titre exécutoire est indispensable. Mieux, si la partie intéressée obtient l'exequatur d'une sentence arbitrale exécutoire par provision, son titre devra être exécuté dans les mêmes conditions qu'une décision du juge étatique exécutoire par provision.

Section 2 - Synthèse

22. La nature hybride de l'arbitrage permet d'abord d'approfondir la notion de l'arbitrage, d'en ensuite comprendre les différentes modalités.

§1 - Approfondissement de la notion

23. Il s'agit ici de montrer l'affranchissement progressif de l'arbitrage, tant des modes voisins de règlements des litiges que de la justice étatique.

A - Arbitrage et notions voisines

24. Le point de démarcation est la fonction juridictionnelle de l'arbitrage. La force exécutoire de la décision des arbitres permet de distinguer l'arbitrage d'autres modes de règlement de différends dans lesquels l'intervention du tiers ne s'achève pas par une décision obligatoire (*voir B. OPPETIT, Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique, Justices, 1995, 53*).

L'arbitrage se distingue en effet de la conciliation, de la médiation et même du *mini-trial*. Le conciliateur s'efforce de rapprocher les parties en litige, afin que celles-ci trouvent un terrain d'entente. Si le médiateur peut aller plus loin que le conciliateur et proposer même un règlement, il ne peut, à la différence de l'arbitre, imposer entre les parties une solution. Le plus souvent, l'accord qui clôt la conciliation ou la médiation présente les caractéristiques d'une transaction. Par contre, l'arbitrage est une procédure qui aboutit à la décision de l'arbitre à l'élaboration de laquelle les parties n'ont pas participé et qui les lie en raison de sa nature juridictionnelle. Dans le *mini-trial*, formule en vogue dans les systèmes juridiques anglo-saxons, on se rapproche un peu plus de la prise de décision, puisque le procès simulé qui est organisé a vraiment les traits d'un procès ordinaire avec débats et se fait parfois en présence d'un tiers neutre. Mais il reste que le *mini-trial* est une variété de la médiation ou de la conciliation, puisqu'il ne se termine pas par une décision qui s'impose et qu'en l'absence d'un accord entre les parties, le différend demeure.

Dans la pratique cependant, l'arbitrage peut être très proche de la médiation ou de la conciliation. L'arbitre est en effet un juge qui a reçu une mission implicite de concilier les parties. C'est pourquoi la métaphore fait de l'arbitrage une justice qui réconcilie. Dans les faits donc, les arbitres ne s'interdisent pas toujours de faire telle ou telle proposition à l'adresse des parties. Les arbitres seront d'autant plus enclins à se muer parfois en conciliateurs ou médiateurs si la décision qu'ils amènent les parties à prendre peut bénéficier des avantages de la sentence arbitrale. Dans ce sens il faut souligner que beaucoup de textes sur l'arbitrage permettent aux arbitres

de constater par une sentence l'accord éventuel entre les parties, intervenu en cours de procédure.

On peut, d'un point de vue théorique, entretenir la discussion sur la nature de l'accord éventuel intervenu entre les parties. Mais l'intérêt pratique d'une telle formule est de conférer suffisamment d'efficacité à la sentence d'accord parties, puisque celle-ci bénéficie de la même autorité que les sentences arbitrales ordinaires. Son exécution est en tout cas facilitée si on la compare aux transactions simples. Le régime des recours contre la sentence d'accord parties est bien différent de celui applicable à la transaction.

Pour autant, un tel rapprochement entre la conciliation et l'arbitrage ne doit pas faire oublier qu'il s'agit d'institutions distinctes. Très souvent, la procédure de conciliation est prévue à côté de celle d'arbitrage. Une telle formule est prévue par la CNUDCI (*le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est adopté le 15 décembre 1976 et le règlement de conciliation est recommandé le 4 décembre 1980*), la Chambre de commerce internationale (*voir règlement d'arbitrage et de conciliation mis en vigueur le 1^{er} janvier 1988*), le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) (*le CIRDI est créé par la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre les États et ressortissants d'autres États. Les articles 28 à 35 de la Convention traitent de la conciliation*). Dans l'espace OHADA, la solution est prévue par la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (le règlement de conciliation est pris à côté du règlement d'arbitrage) et le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD (*le règlement de conciliation et de médiation prévu à côté du règlement d'arbitrage*).

L'arbitrage se distingue ensuite de l'expertise judiciaire, mécanisme par lequel un expert est désigné par le juge pour l'éclairer. L'expert désigné ne remet qu'un simple avis, qui ne lie ni les parties ni le juge. L'arbitre lui-même peut au demeurant désigner un expert. L'expert ne donne qu'un avis technique, facultatif, dépourvu de l'autorité de la chose jugée à la différence de la prise par l'arbitre qui tranche une prétention juridique.

25. L'existence d'une contestation à trancher, second élément de la fonction juridictionnelle de l'arbitrage, relève parfois de l'évidence. En effet, si les parties sont d'accord sur tous les points, on ne voit pas comment il pourrait y avoir arbitrage. Mais qu'il y ait un problème juridique à résoudre n'implique pas que l'arbitre doit utiliser pour sa solution des règles du droit strict. Ainsi, il pourrait statuer en équité sans qu'une telle circonstance remette en cause sa mission juridictionnelle.

Il est des situations où les parties à un contrat ne finalisent pas celui-ci, parce qu'il leur manque des éléments pour le faire. Mais au lieu de renvoyer à plus tard, elles passent l'accord et confient à un tiers la mission de finaliser le contrat. Ce tiers n'exerce pas une fonction juridictionnelle et n'est donc pas un arbitre.

N'est pas non plus arbitre un tiers constitué pour adapter un contrat aux nouvelles circonstances. Les contrats internationaux de longue durée sont particulièrement exposés au changement de circonstance techniques ou économiques ayant présidé à leur conclusion. Le rôle du tiers peut consister seulement à adapter le contrat aux nouvelles circonstances ; il peut lui être demandé même d'apprécier que les conditions de l'adaptation soient réunies.

Il faut aussi distinguer l'arbitrage de la pratique de plus en courante qui consiste, pour les parties à un contrat de vente de marchandises, à commettre un tiers pour apprécier la qualité des marchandises livrées. De même, les parties peuvent désigner un tiers pour déterminer, en cas de contestation, la valeur de cession ou de remboursement des droits sociaux dans une société civile ou commerciale (*cf par exemple l'art 50 de l'AU relatif aux sociétés coopératives*). Dans certains cas, la pratique se rapproche d'une simple expertise technique ne liant pas les parties. Mais il est possible que les parties acceptent de se soumettre aux conclusions de l'expert. Alors un risque de confusion avec l'arbitrage s'installe dans la mesure où l'expert tranche une contestation qui existe sur la qualité des marchandises. Mais il faut remarquer que ce tiers se limite à un constat sur la qualité des marchandises, et ne prononce aucune condamnation, laquelle peut être demandée ensuite à un arbitre.

B - Justice arbitrale et justice étatique

26. La justice arbitrale a beau être assimilée dans les principes à la justice étatique, elle n'en reste pas moins une justice d'origine conventionnelle. On a d'ailleurs pu parler, s'agissant de la justice arbitrale, de justice « privée ». Cette origine conventionnelle explique les limites de l'assimilation.

L'arbitrage se développe surtout dans des domaines d'activités où le contrat peut déployer très aisément sa puissance. Il en est ainsi particulièrement du monde des affaires à l'international. Encore faut-il qu'il s'agisse d'un système libéral et d'une économie de marché. L'arbitrage ne peut avoir qu'une place très restreinte dans les systèmes où la justice est instituée selon un modèle autoritaire, centralisant la fonction du juge au sein d'un appareil étatique.

L'arbitrage n'a pas essentiellement pour finalité de soustraire le litige aux tribunaux étatiques. L'arbitrage procède surtout d'un désir d'une justice administrée différemment (*H. MOSTULSKY, Écrits, T. II ; Études et notes sur l'arbitrage, D, 1974*). Il est donc assez réducteur de considérer l'arbitrage comme une conséquence de la « crise de la justice ». Plus profondément, l'arbitrage rejoint le souci d'une justice adaptée, partagée, rapide et de qualité. L'arbitrage prospère parce qu'il est un type peu formaliste de règlement des différends. À cet égard, se développent aujourd'hui de procédures, pré-, para- ou post-arbitrales devant les tribunaux et une certaine

professionnalisation des activités d'arbitre. En tout état de cause, justice arbitrale et justice étatique poursuivent, par des voies distinctes mais complémentaires, le même idéal de justice.

27. Il reste qu'entre la justice arbitrale et la justice étatique subsistent d'irréductibles différences. L'arbitrage, pour s'épanouir pleinement, a besoin des tribunaux étatiques. L'arbitre est dépourvu d'imperium ; il ne pourra donc imposer des mesures provisoires ou conservatoires et sa sentence, bien que revêtue de l'autorité de la chose jugée, ne peut faire l'objet d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur. Le concours de la juridiction étatique, comme juge d'appui, est indispensable. L'arbitrage ne peut pas se développer sans de solides juges d'appui, épris de l'esprit de l'arbitrage et convaincus de sa place à côté de la justice étatique.

§2 - Différentes modalités de l'arbitrage

28. Au sein de l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges, l'on dénombre plusieurs types de classifications. Chaque type tente de répondre à un souci précis des parties. Cela démontre l'aptitude de l'arbitrage à combiner des logiques celle du contrat et celle du procès et à adapter les procédures aux attentes des parties.

29. On peut tout d'abord distinguer selon le type de convention fondant l'arbitrage. À l'instar de nombreux droits étrangers, le droit OHADA connaît deux formes de conventions d'arbitrage : d'une part la *clause compromissoire*, stipulation insérée dans un contrat et soumettant à l'arbitrage les litiges à naître relativement à ce contrat ; d'autre part, le *compromis*, convention particulière par laquelle, après naissance d'un litige, les parties s'entendent pour soumettre ce dernier à l'arbitrage (*voir entrée Convention d'arbitrage*).

Parce qu'elle intervient avant la survenance d'un différend, pour des litiges futures et éventuels, la clause compromissoire est considérée comme plus dangereuse pour les parties que le compromis. Dès lors dans beaucoup de systèmes juridiques, le domaine ouvert à chacune des deux conventions d'arbitrage n'est pas le même. Avant l'avènement de l'OHADA, dans les pays africains où le code de procédure civile et commerciale français de 1806 était resté applicable, si la clause compromissoire était licite en matière internationale, elle ne l'était en matière interne que dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle (art 2061 C. Civ) ; de plus, on rappelait souvent les dispositions de l'article 577 du code de procédure civile et commerciale posant qu'on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public pour refuser aux personnes morales de droit public la possibilité de compromettre. Mais

la situation a beaucoup évolué. Le Traité de l'OHADA pose désormais comme principe la possibilité pour toute personne de recourir à l'arbitrage. Les deux formes de convention d'arbitrage sont donc aujourd'hui licites dans l'espace OHADA. En pratique cependant, l'arbitrage sur le compromis est assez rare, puisqu'il suppose un accord sur un mode de règlement de différend alors que les parties sont déjà en situation de conflits, dans une telle hypothèse en effet, si une entente s'avère possible, elle concerne plus probablement le processus de règlement et consistera plus souvent en une transaction sur le litige lui-même. L'histoire montre que la construction méthodique du droit de l'arbitrage s'est faite en grande partie sur la jurisprudence relative à l'indépendance et à l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal.

30. On peut ensuite distinguer entre *arbitrage ad hoc* et *arbitrage institutionnel*.

L'arbitrage est ad hoc lorsqu'il est organisé suivant un mode très simple où les parties s'adressent à un ou plusieurs individus, arbitres occasionnels, pour les départager. Dans une formule très rudimentaire, l'arbitre pourrait même être un ami commun ou un autre proche des parties. Dans une formule plus moderne, l'arbitre est choisi non en fonction d'un quelconque lien sentimental, mais simplement en fonction des compétences qu'on lui reconnaît.

Le trait marquant de l'arbitrage ad hoc est qu'aucune organisation ne préexiste à la désignation du ou des arbitres et les dispositions prises pour trancher le litige disparaissent lorsque la mission des arbitres est terminée. En raison de son caractère occasionnel, l'arbitrage ad hoc doit à chaque fois obéir à des modalités particulières au litige qui est différé à l'arbitre. La seule constance est la loi, laquelle trace les traits généraux à l'intérieur desquels les parties organisent librement l'arbitrage. Sa souplesse et son caractère informel font le succès de l'arbitrage ad hoc.

L'arbitrage institutionnel est au contraire construit sur un centre permanent d'arbitrage. Si le centre ne rend pas directement les sentences arbitrales, au moins il administre les arbitrages. L'organisation que le centre a prévue est permanente et permet d'administrer presque indifféremment tous les arbitrages.

Par son organisation permanente, l'arbitrage institutionnel se rapproche de la justice étatique. Il s'y rapproche par les règles permanentes qui régissent et qui sont consignées essentiellement dans le règlement d'arbitrage du centre. Ce règlement d'arbitrage emporte quelques sujétions pour les parties, même si celles-ci peuvent en général adapter certaines de ses dispositions à leurs exigences particulières. Par rapport à l'arbitrage ad hoc, l'arbitrage institutionnel est plus lourd et plus onéreux.

Cependant, il est possible que sans rechercher l'égide d'une institution d'arbitrage pour le règlement de leur litige, les parties s'adressent à ladite institution pour la

désignation des arbitres. Une telle formule est prévue à l'article 3 du règlement d'arbitrage de la CACI. Elle ne doit pas faire qualifier d'institutionnel l'arbitrage qui est conduit, puisque l'institution ne suit pas le déroulement de la procédure arbitrale. Il y a simplement un arbitrage ad hoc avec tiers préconstitué pour la désignation des arbitres, ce tiers ayant pu être même le juge étatique.

Il convient de signaler la singularité de l'arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA, d'émanation publique et circonscrit à l'espace OHADA (*voir infra* n° 69 ; *cf entrée arbitrage sous l'égide de la CCJA*).

31. On peut aussi distinguer entre arbitrage en droit et amiable composition. La distinction arbitrage en droit et amiable composition renvoie à la question de la norme applicable au fond du différend et montre une des particularités de la justice arbitrale par rapport à la justice étatique. En effet, pour rendre sa décision, le juge étatique obéit à la loi et plus largement au droit dans toutes ses composantes. Il ne peut s'en écarter sans exposer sa décision à la critique.

L'arbitre en revanche peut être dispensé d'appliquer les règles du droit à la solution du litige. Plus précisément, il n'appliquera les règles du droit que dans la mesure où il les trouve propres à procurer une solution équitable au différend : il est alors dit amiable compositeur. L'arbitre amiable compositeur reste bien un juge l'amiable composition n'affectant aucunement la nature du processus de règlement.

Mais tous les arbitres ne sont pas amiables compositeurs. Les parties à l'arbitrage peuvent vouloir que les arbitres statuent en droit. Alors les arbitres ne peuvent pas s'écarter des règles du droit sans exposer leur sentence à la critique. Il faut toujours présumer que les arbitres ont l'obligation de statuer en droit. Les pouvoirs d'amiables compositeurs doivent donc être expressément donnés aux arbitres par les parties à l'arbitrage.

32. On peut enfin distinguer selon le type de sentence rendue par l'arbitre. Substantiellement, les sentences arbitrales, comme les décisions de justice, tranchent des litiges. L'article 20 du règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit des sentences d'accord parties, les arbitres se contentant dans une large mesure de mettre en forme un accord intervenu entre les parties en cours d'instance. Ils ne tranchent ni totalement ni particulièrement aucun litige de telle sorte que la sentence d'accord parties n'a pas la substance d'une sentence arbitrale. En vérité, la sentence d'accord parties, quant à son mode d'élaboration, s'apparente plus à une transaction qu'à une sentence arbitrale. Ainsi, pour son efficacité, elle prend sans aucune restriction le régime d'une sentence arbitrale ordinaire.

L'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage ne vise pas explicitement la sentence d'accord parties. Il ne l'interdit pas non plus de telle sorte que plusieurs règlements d'arbitrage dans l'espace OHADA prévoient les sentences d'accord parties (*voir par exemple, les règlements*

d'arbitrage de la CACI, du centre d'arbitrage du GICAM, du CCIAD). On peut penser que l'admission de ces dernières dans le droit commun de l'espace OHADA ne soulève pas des problèmes de principe.

33. Reste à s'interroger sur l'opportunité même de la sentence d'accord parties. Prima facie, on a pu penser que cette possibilité ne confère que des avantages, les sentences bénéficiant des prérogatives solides, à savoir l'autorité de la chose jugée et surtout la facilité d'exécution. Mais une certaine analyse tend à démontrer que la sentence d'accord parties n'est pas aussi avantageuse pour les parties, car, en cas de non-exécution spontanée, le contrôle de la sentence d'accord parties est plutôt délicat. Les motifs d'irrégularité susceptibles d'entraîner le refus d'exequatur ou l'annulation de la sentence arbitrale sont conçus pour des actes éminemment juridictionnels. Nombre d'entre eux sont inappropriés, les hypothèses envisagées par ces motifs ne peuvent pas aisément se vérifier s'agissant de la sentence d'accord parties. Tout bien pensé, le détour par la sentence d'accord parties ne vaudrait pas la chandelle, la formule de transaction étant suffisamment protectrice des intérêts des parties, sauf à rechercher un régime de contrôle approprié aux sentences d'accord parties (*voir J. M TCHAKOUA, Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un déguisement bien utile, J.P. N° 51, juillet-août-septembre 2002, pp 80 et s.*).

Chapitre 2 - Particularités africaines

34. L'avènement de l'OHADA constitue une césure dans l'évolution contemporaine de l'arbitrage dans l'espace OHADA. Avant l'OHADA, l'arbitrage est assez embryonnaire (section 1). Après l'OHADA, il connaît une explosion avec des particularités innovantes (section 2).

Section 1 - Dans les droits positifs avant l'avènement de l'OHADA

35. L'idée d'une justice qui réconcilie n'est pas nouvelle en Afrique. En effet, la mentalité africaine est profondément attachée aux modes de règlement des litiges qui évitent la fracture sociale. La modération et la recherche des sentences apaisées sont ici l'expression d'un attachement à la sagesse ancestrale. La dimension familiale de la justice favorisait cette recherche de l'apaisement.

L'Afrique a commencé à s'éloigner de ces modes de règlement des différends avec l'avènement des États modernes, ceux-ci ayant revendiqué le monopole de l'administration de la justice. Si la palabre africaine et d'autres modes qui peuvent y être assimilés n'ont pas

complètement disparu, ils existent comme modes subsidiaires de règlement des différends et surtout engagent des intérêts financiers relativement mineurs. Si l'esprit de ces modes de justice est tout à fait celui de l'arbitrage, les techniques utilisées ne sont pas toujours les mêmes. D'ailleurs, l'État a essayé d'organiser la justice arbitrale (*le Bénin, le Burkina Faso, la Centrafrique, la Guinée Conakry, le Mali, la Mauritanie et le Niger n'ont cependant pas de législation sur l'arbitrage*), mode de règlement alternatif, à côté des modes de règlement alternatif de différends qu'on peut trouver au niveau des familles ou des clans.

36. D'un point de vue de droit positif, il faut dire qu'avant le Traité OHADA et l'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage, le droit de l'arbitrage en Afrique est assez contrasté (*R. Amoussou-Guenou, L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments de l'OHADA, colloque de Yaoundé, les 13 et 14 décembre 1999 sur l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*).

Dans plusieurs pays, l'arbitrage est à peine introduit avec le Code de procédure civile et commerciale français de 1806 et la loi du 31 décembre 1925 complétant les dispositions du Code de commerce français et autorisant les clauses compromissoires en matière commerciale.

Seuls quelques rares États ont légiféré en la matière avec d'ailleurs plus ou moins de bonheur. Au Congo, la loi du 21 avril 1983 relative à la procédure civile, commerciale, administrative et financière contient une disposition sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Ce texte reste toutefois très incomplet, puisqu'il ne prévoit aucune procédure pour obtenir cette sentence arbitrale. Au Tchad, l'ordonnance du 28 juillet 1967 prévoit en ses articles 370 à 383 des dispositions relatives à l'arbitrage, identiques à la législation française d'avant 1980. Au Togo, la loi du 28 novembre 1989 a institué auprès de la Chambre de commerce, de l'agriculture et de l'industrie du Togo, une Cour d'arbitrage indépendante dotée de la personnalité civile, et organise par voie d'arbitrage le règlement des différends. En Côte d'Ivoire, la loi du 9 août 1993 relative à l'arbitrage a mis fin aux incertitudes juridiques nées des différentes décisions judiciaires contradictoires. Toutefois, la nouvelle loi ivoirienne a déçu les parties ; ce texte était à quelques réserves près la copie conforme du décret du 12 mai 1981 devenu Livre IV du NCPC, dont il reprend, avec quelques erreurs, la plupart des dispositions. Au Sénégal, la question a connu une certaine évolution. D'abord le Code des obligations civiles et commerciales adopté en 1963 n'a pas abrogé l'article 631 du Code de commerce français demeuré applicable. Ensuite, le Code de procédure civile promulgué dès 1964 réserve tout un titre à l'arbitrage : Livre III-Titre unique intitulé "Des arbitrages". Enfin, juste avant l'adoption de l'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage, est promulguée. Elle est complétée par le Décret n° 98/493 relatif à la création d'institutions d'arbitrage (*sur la base*

duquel est octroyé à la Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar un agrément pour la mise en place d'un centre d'arbitrage (arrêté n° 7633 du 6 octobre 1998)). Inspirée du droit français et de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage, cette nouvelle législation organise l'arbitrage tant interne qu'international. Mais le texte ne répond pas à tous les espoirs que l'on pouvait fonder dans une législation spécifiquement adaptée au contexte africain.

Par ailleurs, à la veille de l'adoption de l'Acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage, la plupart d'États africains ont ratifié la Convention de New York du 10 juin 1958 relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères et celle de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. On ne négligera pas la Convention de Lomé prévoyant l'arbitrage comme mode de règlement des litiges entre l'administration et les entrepreneurs à l'occasion de l'exécution des marchés de travaux et de fourniture (*voir Méziane BENARAB, Le règlement des différends entre l'administration d'un État ACP et un entrepreneur, un fournisseur ou prestataire des services à l'occasion de la procédure de passation ou de l'exécution d'un marché du FED, les Petites affiches, n° 153, décembre 1987, 17.*), pas plus que la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements prévoyant l'arbitrage comme mode de règlement des différends dans le cadre des contrats d'assurance.

37. D'un point de vue de la pratique, le recours à l'arbitrage est rare. En 1995, un auteur constatait encore qu'en Afrique francophone le droit et la pratique de l'arbitrage international semblaient assez méconnus (*R. AMOUSSOU-GUENOU, Redécouvrir l'arbitrage commercial international en Afrique francophone, Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, 1995/4.801*). Cette réalité est plus marquée sur le plan interne.

On peut comprendre aisément la timidité de la pratique : la plupart des dispositions en vigueur sont vétustes et dépassées par l'évolution tant du monde des affaires que de certains textes connexes. En particulier, les dispositions que le Code de procédure civile et commerciale français de 1806 prévoyait pour le recours contre les sentences arbitrales et contre la décision sur l'exequatur ne s'intègrent pas finalement à la nouvelle organisation judiciaire des États.

Dans les rapports avec les investisseurs étrangers, les États ont manifesté dans les Codes des investissements ou dans les conventions bilatérales de promotion et de protection réciproque des investissements, leur volonté de recourir à l'arbitrage, et plusieurs conventions d'établissement signées avec les investisseurs étrangers contiennent des clauses compromissoires prévoyant le plus souvent l'arbitrage du CIRDI ou de la Chambre de commerce internationale (*voir J.M. TCHAKOUA, L'arbitrage et les investissements internationaux en Afrique*

noire francophone : un mot sur la compétence de l'arbitre, J. P, n° 31, (1997), p. 67).

Ces quelques élans vers l'arbitrage sur le plan international et la morosité sur le plan interne ont convaincu l'OHADA qu'il fallait relancer l'arbitrage. L'OHADA y est allée de la façon la plus remarquable : il ne s'est pas agi seulement de prendre de nouvelles dispositions sur l'arbitrage ; il s'est agi de mettre en place un centre d'arbitrage spécifique.

Section 2 - Dans les droits positifs depuis l'avènement de l'OHADA

38. Le droit africain de l'arbitrage s'est considérablement enrichi et modernisé avec l'adoption des instruments de l'OHADA. Il faut avant tout en préciser les sources (§1), son paysage (§2), enfin d'en dégager les caractéristiques originales (§3).

§1 - Sources de l'arbitrage dans l'espace OHADA

39. Le développement considérable de l'arbitrage international a eu une telle influence sur cette institution au plan interne que de nombreux pays, parmi lesquels ceux du bloc constituant l'OHADA, ont rénové leur droit de l'arbitrage. Le cadre juridique de l'arbitrage dans l'espace OHADA n'est pas seulement composé du dispositif OHADA en la matière, mais comprend également d'autres instruments internes (A) et internationaux (B).

A - Sources internes de l'arbitrage dans l'espace OHADA

L'expression « sources internes » vise non seulement les instruments OHADA (I), mais aussi d'autres textes communautaires auxquels sont parties les pays membres de l'OHADA (II) et ceux édictés par ces pays mêmes (III).

I - Instruments OHADA

40. On a assez relevé que l'arbitrage occupe une place de choix dans le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique signé à Port-Louis (île Maurice) le 17 octobre 1993 et modifié à Québec (Canada) le 17 octobre 2008 (G. KENFACK DOUAJNI et C. IMHOOS « L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, rev. camerounaise arb. n° 5, avril-juin 1999, p. 3 et s. Ph. LÉBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, rev. arb., 1999, n° 3, p. 541 et s. P.-G. POUGOUÉ, « Le système de l'arbitrage de la CCJA, in « l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique » Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 129 et s ; P.-G. POUGOUÉ, avec la collaboration de

J.M. TCHAKOUA et A. FENEON, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, PUA, Yaoundé, 2000, 506 pages ; Meyer Pierre, *OHADA Droit de l'arbitrage, collection droit uniforme africain*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 284 pages ; G. KENFACK DOUAJNI in « *L'arbitrage dans le système OHADA* », thèse Paris I, 2005). En effet, dès son préambule, ce traité proclame le désir des États parties de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels. Par ailleurs, tout le titre 4 dudit traité, constitué des articles 21 à 26, prévoit l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends d'ordre contractuel et trace à grands traits le système d'arbitrage CCJA.

L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, élaboré en application du traité OHADA, prévoit que les litiges entre associés des sociétés commerciales peuvent être soumis à l'arbitrage « soit par une clause compromissoire, statutaire ou non, soit par compromis (Article 148) et que « l'arbitrage est réglé par application des dispositions de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage » (Article 149).

Toujours en application du Traité OHADA, et notamment de son article 2, l'Acte uniforme relatif du droit de l'arbitrage, ci-après l'AUA, a été adopté par le Conseil des ministres de l'OHADA à Ouagadougou (Burkina Faso) le 11 mars 1999 en même temps que le Règlement d'arbitrage CCJA, dont il convient de relever qu'il est l'instrument en vertu duquel la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, ci-après CCJA, exerce sa fonction d'administration des arbitrages (*sur le système d'arbitrage CCJA voir P.-G. POUGOUÉ, op. cit. ; G. KENFACK DOUAJNI, thèse précitée*).

41. L'AUA régit l'arbitrage de droit commun (arbitrage ad hoc essentiellement) dans l'espace OHADA et complète sur certains points le Règlement d'arbitrage CCJA de même que ceux des Centres d'arbitrage d'émanation privée qui opèrent au sein dudit espace.

II - Instruments communautaires

42. On distinguera dans ce registre les instruments bilatéraux (1) des instruments multilatéraux (2).

a - Instruments bilatéraux

43. Il s'agit des accords de coopération judiciaire signés par la France et chacune de ses anciennes colonies ou anciens territoires sous mandat ou sous tutelle de même que des accords signés entre eux par certains États membres de l'OHADA. Les accords de coopération judiciaire sus-évoqués constituent une source de l'arbitrage dans l'espace OHADA, « notamment en ce qui concerne les règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues dans

l'un des pays signataires » (R. AMOUSSOU GUENOU in « *Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique Subsaharienne* », thèse, Paris II, 1995, p. 111).

Certains de ces accords comportent une disposition selon laquelle les sentences arbitrales rendues dans un État pourront être exécutées dans l'autre si elles satisfont aux conditions posées aux mêmes fins pour le jugement. Il en résulte que ces sentences arbitrales doivent, au préalable, avoir obtenu l'exequatur dans leurs pays d'origine. Dans cette catégorie, on citera :

- L'Accord franco-malien de coopération en matière de justice du 9 mars 1962 (Décret malien du 17 juin 1964 ; J. O. du Mali du 10 juillet 1964, p. 6128) ;
- La Convention franco-sénégalaise de coopération en matière judiciaire du 1^{er} janvier 1974 (Décret sénégalais du 3 février 1982 ; J.O. du Sénégal du 10 février 1982, p. 520) ;
- L'Accord franco-camerounais de coopération en matière de justice du 21 février 1974 (Décret camerounais n° 74/663 du 17 juillet 1974) ;
- L'Accord franco-togolais de coopération judiciaire du 23 mars 1976 (Décret français du 18 février 1982 ; J.O. français du 25 février 1982, p. 657).

Dans la mesure où ces Accords exigent un double exequatur de la sentence (à la fois dans son pays d'origine et dans celui où elle est invoquée) préalablement à sa reconnaissance ou à son exécution forcée dans l'autre État, ils présentent moins d'intérêt que ceux qui renvoient simplement à la Convention de New York, dont on sait que l'un des mérites est d'avoir supprimé l'exigence du double exequatur de la sentence en vue de sa reconnaissance ou de son exécution forcée là où elle est invoquée. Au titre de ces Accords de coopération judiciaire comportant des dispositions renvoyant à la Convention de New York, on citera :

- La Convention franco-bénoise du 24 avril 1961 (J.O. français du 6 février 1962, p. 1281) ;
- La Convention franco-ivoirienne du 24 avril 1961 (J.O. français du 6 février 1962, p. 1261) ;
- La Convention franco-burkinabé du 24 avril 1961 (J.O. français du 6 février 1962, 1311) ;
- La Convention franco-nigérienne du 24 avril 1961 (J.O. français du 6 février 1962, p. 1311) ;
- La Convention franco-gabonaise du 23 juillet 1963 (J.O. français du 2 mars 1965, p. 1723) ;
- La Convention franco-centrafricaine du 18 janvier 1965 (J.O. français du 19 mai 1967, p. 916) ;
- La Convention franco-sénégalaise du 23 mars 1974 (J.O. français du 30 avril 1978 p. 1919).

Toutes ces Conventions comportent une clause en vertu de laquelle « les sentences arbitrales rendues dans l'un des deux États sont reconnues et exécutées dans l'autre État selon les dispositions de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ».

De nos jours, les Accords ou Conventions renvoyant ainsi à la Convention de New York ne présentent plus

d'intérêt pratique lorsque les États signataires sont également parties à la Convention de New York (*les États OHADA également parties à la convention de New York sont les suivants : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Conakry, Mali, Niger et Sénégal*). En revanche, dans ceux des États OHADA non parties à la Convention de New York (*Comores, Congo, Guinée Équatoriale, Tchad et Togo*), ces Accords ou Conventions de coopération conservent toute leur utilité pour la reconnaissance et l'exécution forcée, dans lesdits États, des sentences arbitrales rendues dans les autres États parties auxdits Accords ou Convention de Coopération, que ceux-ci renvoient à la Convention de New York ou comportent simplement des dispositions spéciales en matière d'arbitrage. En effet, l'AUA énonçant que les sentences arbitrales rendues sur le fondement des règles différentes de celles qu'il prévoit sont reconnues dans l'espace OHADA dans les conditions prévues par les Conventions internationales éventuellement applicables et à défaut dans les mêmes conditions que celles qu'il prévoit, il en résulte que, dans ceux des États parties à l'OHADA mais non également parties à la Convention de New York, les demandeurs en reconnaissance des sentences arbitrales étrangères ou exequatur invoqueront au choix, soit l'AUA, soit l'Accord ou la Convention de coopération sus-évoqués, selon qu'elles jugeront plus favorables l'un ou l'autre desdits instruments.

Cela étant, il sera toujours plus indiqué d'invoquer l'AUA dont les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales sont plus favorables, en raison de leur libéralisme. En effet, outre le contrôle purement formel de la sentence que l'AUA exige du juge de l'exequatur, ledit texte n'impose pas la procédure bilatérale de demande d'exequatur prévue par la Convention de New York du 10 juin 1958 (*art. V de la Convention de New York*).

44. Outre ces Accords ou Conventions de coopération signés par la France et ses anciennes colonies et territoires sous tutelle ou sous mandat, il ne semble pas inintéressant de mentionner les Accords de coopérations signés par certains États parties à l'OHADA entre eux-mêmes ou encore par des États parties à l'OHADA et d'autres États africains non parties à l'organisation. Dans cette catégorie, l'on mentionnera :

- L'Accord entre le Mali et le Cameroun du 6 mai 1964 ;
- La Convention de coopération judiciaire entre le Bénin et le Ghana du 21 décembre 1977 ;
- L'Accord entre le Nigeria et le Cameroun du 27 mars 1992 ;
- L'Accord entre le Zaïre (actuelle République Démocratique du Congo) et le Cameroun du 11 mars 1977 ;
- L'Accord entre la Guinée Conakry et le Cameroun du 2 mai 1983 (*J. M TCHAKOUA, in « Le contrôle de la régularité internationale des jugements et sentences*

arbitrales en droit camerounais », thèse, Yaoundé, 1991, citée par R. AMOUSSOU GUENOU, op. cit »).

Les Accords et Conventions sus-cités comportent généralement une disposition en vertu de laquelle les sentences arbitrales rendues dans l'un des deux États sont reconnues dans l'autre État et peuvent y être déclarées exécutoires si elles ont été préalablement reconnues et rendues exécutoires dans leur État d'origine. C'est l'exigence du double exequatur, dont on a déjà relevé qu'il a été abandonné par la Convention de New York.

En tout état de cause, ainsi qu'on l'a mentionné pour les Accords de coopération entre la France et ses anciennes colonies ou territoires sous tutelle ou sous mandat, lorsque les deux États à ces Accords sont également parties à la Convention de New York, lesdits Accords ne présentent que peu d'intérêt pratique. En effet, étant parties à l'OHADA, ces États sont liés par l'AUA qui y tient lieu de loi relative à l'arbitrage et qui, en raison de sa conformité aux règles modernes de l'arbitrage, apparaît plus intéressant que la Convention de New York, comme on le verra plus loin.

45. Cela étant, il est souhaitable que tous les États parties à l'OHADA adhèrent également à la Convention de New York, une telle adhésion constituant un élément supplémentaire de sécurisation de l'environnement juridique de ces pays dans le cadre de leurs échanges commerciaux avec les États non-membres de l'OHADA et, plus généralement, avec le reste de la communauté internationale des affaires.

b - Instruments multilatéraux

46. On examinera tour à tour la Convention de Tananarive (1), l'Accord de coopération judiciaire entre les États membres de la CEMAC (2), les Traités CEMAC et UEMOA (3) de même que la Charte CEMAC des investissements (4).

1 - Convention de Tananarive

47. Cette Convention de coopération en matière de justice a été conclue à Tananarive (Madagascar) le 12 septembre 1961, par le Cameroun, la Centrafrique, le Congo Brazzaville, la Côte d'Ivoire, le Dahomey (actuel Bénin), le Gabon, la Haute Volta (actuel Burkina Faso), la République Malgache, la République de Mauritanie, le Niger et le Sénégal, ces États s'engageant « à prendre toutes dispositions en vue d'harmoniser leurs législations commerciales respectives... ».

L'article 36 de ladite Convention est conçu ainsi qu'il suit : « les sentences arbitrales rendues dans l'un des États sont reconnues et exécutées dans les autres États selon les dispositions de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ».

À l'exception de Madagascar et de la Mauritanie,

tous les autres États signataires de la Convention de Tananarive sont parties au Traité OHADA et les développements formulés plus haut relativement aux Accords de coopération judiciaire entre la France et certains des États OHADA renvoyant à la Convention de New York valent également ici. En effet, relativement à la reconnaissance et à l'exécution forcée des sentences arbitrales étrangères, les parties résidant dans les États OHADA également signataires de la Convention de Tananarive auront le choix de s'appuyer sur la Convention de New York ou sur l'AUA, sachant que l'AUA présente des avantages comparatifs plus intéressants que ceux de la Convention de New York.

2 - Accord de coopération judiciaire entre les États membres de la CEMAC

48. Signé à Brazzaville (Congo) le 28 janvier 2004, cet Accord consacre l'engagement des États membres de la CEMAC à s'octroyer mutuellement « l'aide judiciaire la plus large possible dans toute procédure visant les domaines pénal, civil, administratif et de la famille » (art. 2).

L'article 18 dudit Accord énonce que « Les sentences arbitrales rendues sur le territoire de l'une des hautes parties contractantes ont sur le territoire des autres parties l'autorité de la chose jugée et peuvent être rendues exécutoires si elles satisfont aux conditions définies à l'article 14 ». Or, l'article 14 de l'Accord précisant que les décisions contentieuses et gracieuses rendues par les juridictions de l'une des hautes parties contractantes ont l'autorité de la chose jugée sur les territoires des autres États parties si elles sont, entre autres, exécutoires (ou passées en force de chose jugée) dans l'État où elles ont été rendues, il en résulte qu'à l'image des Accords bilatéraux de coopération judiciaire conclus entre eux par certains États parties à l'OHADA et répertoriés plus haut, cet Accord institue également un double exequatur pour la reconnaissance et l'exécution forcée dans l'un des États CEMAC des sentences arbitrales rendues dans les autres États CEMAC.

On a déjà relevé que la Convention de New York a abandonné le double exequatur de la sentence arbitrale comme condition de sa reconnaissance et de son exécution forcée dans l'État où elle est invoquée.

Les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution forcée des sentences arbitrales prévues par l'AUA sont encore plus favorables que celles de la Convention de New York ; de telle sorte que, l'AUA constituant la loi relative à l'arbitrage dans l'espace OHADA et les pays membres de la CEMAC étant également parties à l'OHADA, il sera plus avantageux de s'appuyer sur l'AUA et non pas sur l'Accord de coopération judiciaire CEMAC pour obtenir la reconnaissance et l'exécution forcée dans un État CEMAC d'une sentence arbitrale rendue dans un autre État CEMAC sur le fondement de règles différentes de l'AUA ou du Règlement d'arbitrage CCJA.

3 - Traités CEMAC et UEMOA

49. Les Traités CEMAC et UEMOA ont créé une Cour de justice dont les compétences d'attribution sont précisées par une Convention, pour la Cour de Justice de la CEMAC, et par un acte additionnel pour la Cour de justice de l'UEMOA. En effet, aux termes de l'article 27 de l'acte additionnel n° 10/96 portant statut de ladite Cour, celle-ci est compétente pour connaître, entre autres, des différends entre États membres relatifs au Traité de l'UEMOA, si ces différends lui sont soumis en vertu d'un compromis.

Précisant cette compétence arbitrale, le Règlement n° 01/96/CM portant règlement de procédure de la Cour de justice de l'UEMOA énonce en son article 15-9 que « la Cour remplit également les fonctions d'arbitre en vertu d'un compromis établi par les États membres à l'occasion de la survenance d'un litige relatif à l'interprétation ou à l'application du Traité. Les États parties au compromis y précisent la procédure applicable à leur litige ».

Par la volonté des États parties à l'UEMOA (à l'exclusion de toute autre personne physique ou morale), volonté s'exprimant après la survenance du litige et à travers la signature d'un compromis par les États litigieux, la Cour de justice de l'UEMOA est ainsi transformée en arbitre pour connaître du litige opposant des États parties à l'UEMOA et étant relatif à l'interprétation ou à l'application du Traité UEMOA. Il s'agit d'un arbitrage de droit public, différent de celui prévu par le Traité CEMAC qui, même s'il prévoit que des États CEMAC puissent régler par voie d'arbitrage leurs litiges éventuels, envisage également l'arbitrage commercial international.

À cet égard, l'article 35 de la Convention régissant la Cour de justice de la CEMAC s'énonce comme suit : « Dans son rôle d'administration des arbitrages, la Cour connaît, en application de son règlement d'arbitrage, des différends qui lui sont soumis par les États membres, les Institutions, les Organes et les Institutions Spécialisées en vertu d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage. La Cour connaît également de tout litige qui lui est soumis en vertu d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

Dans son rôle d'administration des arbitrages, la Cour ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de l'instance et examine les projets de sentence conformément à son Règlement d'Arbitrage ». Ce texte est inspiré de l'article 2 du Règlement d'arbitrage CCJA qui définit la mission de celle-ci en matière d'arbitrage.

L'arbitrage institutionnel de la Cour de justice de la CEMAC est à la fois de droit public et de droit privé, interne ou international, puisqu'il peut mettre en présence les États membres, les Institutions, les Organes et Institutions Spécialisées de la CEMAC, de même que les personnes physiques ou morales de droit privé. En effet, le texte précise que « La Cour connaît également de tout litige qui lui est soumis en vertu d'une clause compromissoire ou d'un compromis ».

Ce qui suppose que la Cour de Justice de la CEMAC puisse être saisie dans sa fonction d'administration d'arbitrage par toute personne physique ou morale et toute sorte de litige arbitral.

Il y a lieu de relever que cette fonction arbitrale de la Cour de Justice de la CEMAC n'est pas opérationnelle actuellement, le Règlement d'arbitrage visé par le texte sus-cité n'ayant pas encore été adopté par la Conférence des Chefs d'État de la CEMAC.

4 - Charte CEMAC des investissements

50. La Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) a été instituée par le traité signé à Ndjamena (Tchad) le 16 mars 1994 par les Chefs des États suivants : Cameroun, Centrafrique, Congo, Gabon, Guinée Équatoriale et Tchad, tous membres de l'OHADA. Ce Traité CEMAC a été modifié par celui signé à Yaoundé le 25 juin 2008. Bien que ce Traité modifié introduise des améliorations structurelles à l'instar du recours en renoncement contre celui ou ceux des États CEMAC qui agissent en violation des normes communautaires, il préserve la mission essentielle de cette Communauté qui est de « promouvoir un développement harmonieux des États membres dans le cadre de l'institution de deux unions : une union économique et une union monétaire. Dans chacun de ces deux domaines, les États membres entendent passer d'une situation de coopération, qui existe déjà entre eux, à une situation d'union, susceptible de parachever le processus d'intégration économique et monétaire ».

Dans le cadre de leur union économique, les États CEMAC définissent en commun les conditions d'un développement économique et social harmonieux, « par la mise en œuvre du principe de liberté de circulation des travailleurs, de liberté d'établissement, de liberté des prestations de services, de liberté d'investissement et de mouvement des capitaux ».

C'est ainsi que le Règlement relatif à la Charte des investissements, adopté par le Conseil des ministres de la CEMAC, « constitue le cadre général commun (aux États CEMAC) regroupant l'ensemble des dispositions destinées à améliorer l'environnement institutionnel, fiscal et financier des entreprises sans discrimination, dans le but de favoriser la croissance et la diversification des économies des pays membres, sur la base d'une meilleure définition du rôle de l'État et d'un développement harmonieux du secteur privé à travers des investissements d'origine nationale ou étrangère » (*Préambule de la Charte CEMAC des investissements*).

Le Règlement relatif à la Charte des Investissements de la CEMAC a, comme tout règlement en droit communautaire, un caractère obligatoire et directement applicable dans les États membres de la Communauté. Il lie donc les États membres de la CEMAC en raison de son caractère obligatoire. Il s'agit d'un instrument

multilatéral de promotion et de protection des investissements en zone CEMAC, qui peut être complété « par des textes réglementaires nationaux sans déroger à ses dispositions essentielles » (*Article 30 de la Charte CEMAC des investissements*).

Sur le plan formel, ladite Charte définit en huit titres, le cadre juridique et judiciaire des investissements dans la zone CEMAC, le rôle des États, le partenariat avec le secteur privé, l'environnement de l'entreprise, le cadre fiscal et douanier, le système financier de la CEMAC, etc.

On retrouve ici l'essentiel des principes déjà affirmés par les anciens codes nationaux des investissements. Ces principes sont inspirés des « Principes directeurs de la Banque mondiale sur le traitement des investissements étrangers », lesquels, « bien qu'ils ne possèdent pas un caractère obligatoire, n'en représentent pas moins un remarquable aboutissement (...) car l'élaboration des Principes Directeurs (...) a eu lieu dans l'enceinte d'organisations internationales économiques à vocation mondiale, où se sont exprimées aussi bien les positions des pays en développement que les positions des pays développés... ». (*Pour une étude détaillée desdits principes : voir D. CARREAU et P. JUILLARD « Droit International Économique » 4^e édition, LGDJ pp. 427 à 430, nos 1133 à 1138*).

51. Le cadre juridique et judiciaire de la Charte CEMAC est réglementé, quant à lui, par les articles 4 et 5 conçus comme suit :

« Article 4 : Les États membres veillent à promouvoir la sécurité juridique et judiciaire et à renforcer l'état de droit.

Ils adhèrent au Traité de l'OHADA. Ils garantissent l'application des procédures et des arrêts de la Cour commune de justice d'arbitrage de cette institution régionale....

Article 5 : Les États membres s'efforcent de former les juges au traitement des affaires commerciales et, si possible, y spécialisent certaines juridictions (...). Ils veillent à l'exécution diligente des décisions de justice (...). Les États encouragent le recours à la procédure d'arbitrage et garantissent l'application des sentences arbitrales ».

La référence au traité OHADA dans la Charte CEMAC des investissements confirme que ce traité se situe dans la lignée des instruments juridiques internationaux (tels que la Convention de Washington du 18 mars 1965 relative au règlement des différends en matière d'investissement qui a créé le CIRDI ou encore le Traité de Séoul de 1985) conçus, non seulement pour promouvoir les investissements Nord-Sud et Sud-Sud, mais aussi pour restaurer « un climat favorable à l'investissement Nord-Sud qu'avait gravement détérioré la politique d'expropriation et de nationalisation menée, de façon systématique, au cours des décennies 1960 et 1970, par nombre de pays du Sud, au nom de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles ». (*D. CARREAU et P. JUILLARD, op. cit., n° 1063, p. 398*).

La référence, dans cette Charte, aux différents systèmes d'arbitrage permet à tout opérateur économique international ayant investi dans l'espace CEMAC, et dont la résidence ou le domicile se trouvent situés en dehors dudit espace, de soumettre à l'un ou à l'autre desdits systèmes d'arbitrage tout litige en rapport avec ledit investissement. En effet, cette Charte rappelle que les États CEMAC adhèrent au Traité OHADA ; or, il a été relevé que l'arbitrage occupe une place privilégiée dans le dispositif OHADA et que l'arbitrage OHADA, porté à la fois tant par l'AUA que par le Règlement d'arbitrage CCJA, peut être sollicité par les opérateurs économiques internationaux dans le cadre des litiges qui surviendraient à l'occasion de leurs investissements dans l'espace CEMAC.

La Charte CEMAC fait encore preuve de libéralisme en précisant à son article 8 que les États CEMAC encouragent le recours à la procédure d'arbitrage et garantissent l'exécution des sentences arbitrales. Il faut dégager de ces dispositions la volonté des signataires de ladite Charte de promouvoir non seulement l'arbitrage OHADA, mais aussi tout autre système ou type d'arbitrage pour le règlement des litiges relatifs aux investissements en zone CEMAC.

52. S'agissant des États UEMOA également parties à l'OHADA, il convient de relever qu'ils ne disposent pas, comme ceux de la CEMAC, d'un instrument multilatéral relatif aux investissements. En effet, le droit des investissements y est encore régi par les codes nationaux d'investissement, dont la plupart font référence à l'arbitrage CIRDI pour la protection des investissements.

Toutefois, on signalera l'élaboration d'une loi-modèle relative à l'investissement en Afrique de l'Ouest, initiée par le Ministère du Commerce des États-Unis dans le cadre du Programme de développement du droit commercial (Commercial Law Développement Program, ci-après CLDP). D'après la « Fiche Informatrice sur les activités en Afrique de l'Ouest », le CLDP propose une assistance technique aux gouvernements des pays en voie de développement qui souhaitent améliorer l'environnement juridique pour la promotion d'entreprises et les affaires dans leurs pays respectifs. Dans le cadre de ses activités avec plus de cinquante pays au monde, parmi lesquels ceux de l'Afrique de l'Ouest, le CLDP a organisé des conférences et des séminaires tant sur les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) que sur le droit des investissements.

S'agissant précisément des investissements, le CLDP a organisé à Accra (Ghana) plusieurs conférences, dont la dernière du 8 au 10 avril 2003, a concerné « l'analyse d'un code sur l'investissement ». La fiche technique de la Conférence indique que « L'harmonisation des lois et règlements relatifs aux investissements dans la région permettrait aux entreprises locales et étrangères de considérer la région comme constituant un marché unique, ce qui accroîtrait le potentiel commercial et les possibilités d'investissement des pays de la région. En

effet, les investisseurs actuels ont indiqué qu'un code des investissements régional pourrait influencer de façon positive sur leur décision d'investir dans la région ». La fiche technique précise que le code modèle élaboré est basé sur les matériels fournis par les codes des pays (d'Afrique de l'Ouest ainsi que sur le projet de code de l'UEMOA et sur des matériaux internationaux. Ce code est important parce qu'il établit une structure régulière compétente pour les investissements, qui annule les dispositions des anciens codes jugés compliqués et inéquitable, mettant ainsi l'investisseur local et étranger sur le même pied d'égalité et prévoit des dispositions sur la transparence. Cette fiche s'achève par l'affirmation selon laquelle « une réception favorable du code sur l'investissement dans la région par le biais de son approbation ou de sa promulgation comme loi faciliterait l'investissement et renforcerait la confiance des investisseurs dans les opportunités d'investir dans la région ».

53. La Conférence d'Accra (Ghana) du 8 au 10 avril 2003, à laquelle ont participé des juristes ressortissants des pays membres de la CEMAC, de l'UEMOA et de la CEDEAO, ainsi que des responsables du Secrétariat permanent de l'OHADA, a permis d'adopter une « loi-modèle relative à l'investissement en Afrique de l'Ouest ». L'article 3 de la loi-modèle, qui fixe son champ d'application, comporte un alinéa selon lequel « cette loi ne fait pas obstacle à l'application des traités internationaux valables et aux accords signés par (...) et applicables à l'État et aux règles internationales coutumières fermement établies ». Cette disposition est d'autant importante qu'elle permet d'éviter les conflits de conventions ou de traités internationaux. En effet, un État qui s'inspire de cette loi-modèle pour élaborer sa loi sur l'investissement et y intègre l'article 2 alinéa 3 sus-évoqué rend celle-ci compatible avec les traités et conventions internationales auxquels ledit État est déjà partie. On retrouve également dans cette loi-modèle certains des principes directeurs de la Banque mondiale relatifs aux investissements, déjà évoqués plus haut et qui ont trait à l'absence de discrimination entre les investisseurs nationaux et étrangers, au traitement national (article 3 de la loi-modèle), à la nécessité pour l'État d'accueil de créer un Centre d'investissement ayant pour mission de faciliter l'accueil des investissements étrangers (article 6 de la loi-modèle), aux garanties de transfert des bénéfices à l'étranger sous réserve de la réglementation des changes et des obligations fiscales nationales (article 8 de la loi-modèle).

Les garanties et protections des investissements sont réglementées par l'article 7 de la loi-modèle, dont l'alinéa 1 énonce que « tous les droits et intérêts reconnus aux investisseurs (...) devront être protégés contre la nationalisation, l'expropriation ou la réquisition ou tout acte ayant des effets similaires... ». L'alinéa 2 de cet article 7 énonce que « tous les différends résultant de l'application du présent article seront résolus en conformité avec les dispositions de l'article 10... ». Ce dernier

traitant du règlement des différends, est conçu comme suit : « Tous les différends relatifs à l'application ou à l'interprétation de cette loi seront, autant que possible, résolus à l'amiable par voie de médiation ou de conciliation, conformément au règlement de conciliation de la Convention créant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), au règlement des Modes Alternatifs pour le Règlement des Conflits (MARC) de la Chambre de commerce internationale de Paris (CCI) ou au règlement de tout autre centre de médiation convenu par les parties, qui peuvent, par ailleurs, convenir d'une médiation ou d'une conciliation ad hoc... ».

...4 : les parties peuvent également recourir à l'arbitrage conformément à la convention qui établit le CIRDI, au règlement d'arbitrage de la CCI, conformément au règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) ou au règlement d'arbitrage de toute autre institution d'arbitrage de leur choix... ».

Ainsi, la loi-modèle relative à l'investissement en Afrique de l'Ouest fait aussi référence à l'arbitrage OHADA, alors même que des juristes originaires des pays non-membres de l'OHADA et ayant une culture juridique de la Common Law ont participé à son élaboration ; ce qui est une reconnaissance quasi continentale de ce que l'arbitrage OHADA constitue une garantie de promotion des investissements.

III - Droits nationaux

54. Outre les codes nationaux des investissements dans les États UEMOA, on citera les lois gabonaise du 23 juillet 1998 et camerounaise du 19 avril 2002 modifiée, ces deux textes portant Charte des Investissements dans les deux pays membres de l'OHADA sus-cités.

Outre ces deux instruments, on mentionnera utilement la loi camerounaise n° 2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat entre les personnes publiques et une ou plusieurs autres personnes publiques puis entre les personnes publiques et une ou plusieurs personnes privées. L'article 5 de cette loi énonce que le contrat de partenariat « comporte nécessairement des clauses relatives (...) aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi camerounaise ». Cette exigence de l'application de la loi camerounaise (probablement au fond du litige) n'altère pas considérablement le libéralisme de ce texte camerounais qui, en prévoyant la possibilité pour les parties à un contrat de partenariat de recourir à l'arbitrage sans distinction de type ou de système d'arbitrage, s'inscrit dans la lignée des instruments modernes qui mentionnent l'arbitrage au nombre des instruments ou outils de sécurisation des investissements.

Les autres textes nationaux cités, que sont la Charte gabonaise et la Charte camerounaise des investissements, mentionnent la Convention de New York, la Convention CIRDI et la Convention MIGA comme éléments de protection des investissements au Gabon et au Cameroun. Ces trois Conventions constituent des instruments internationaux qui confortent le cadre juridique de l'arbitrage dans l'espace OHADA.

B - Sources internationales de l'arbitrage dans l'espace OHADA

55. Les sources internationales sont ici constituées tant d'instruments universels (I) que d'autres instruments multilatéraux (II) auxquels sont parties certains États membres de l'OHADA.

I - Instruments universels

56. On citera (a) la Convention de New York du 10 juin 1958, la Convention du CIRDI de 1965 (b) et la Convention de Séoul de 1985 (c).

a - Convention de New York

57. Signée le 10 juin 1958 en vue de faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, la Convention de New York a joué un rôle considérable dans le développement de l'arbitrage un peu partout dans le monde. Son objectif essentiel est d'organiser la circulation internationale des sentences arbitrales étrangères. À cet effet, elle définit les conditions de la reconnaissance et de l'exécution forcée des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où leur reconnaissance et exécution sont demandées, ces sentences étant issues des différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

L'article II de la Convention de New York fait référence à la convention d'arbitrage, qui doit être écrite et qui est définie comme étant « une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes ».

L'article III de cette Convention de stipule que « chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, (...) aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigou-

reuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales ». Cette disposition signifie que les sentences arbitrales étrangères seront reconnues dans les États parties par le juge de l'exequatur dudit État, mais aux conditions prévues par la Convention de New York. Il en résulte que si le bénéficiaire d'une sentence arbitrale étrangère veut en poursuivre l'exécution forcée dans l'un des États parties de l'OHADA également partie à la Convention de New York, il devra recourir au juge de l'exequatur de cet État. Le magistrat ainsi sollicité sera tenu, pour accorder l'exequatur à la sentence arbitrale étrangère dont la reconnaissance lui est demandée, de se conformer aux conditions de reconnaissance prévues par la Convention de New York.

S'agissant de ces conditions, l'article IV de cette Convention précise que « la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution (de la sentence) (*C'est nous qui soulignons*) doit fournir, en même temps que la demande :

a) l'original dûment authentique de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité ;

b) l'original de la convention visée à l'article 2 ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.

Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du pays où la sentence est invoquée, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence aura à produire une traduction de ces pièces dans cette langue. La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire ».

58. À quelques nuances près, les conditions de reconnaissance et d'exécution forcée des sentences étrangères ainsi reprises apparaissent identiques à celles prévues par l'article 31 de l'AUA qui, à la vérité, sont inspirées de cette Convention de New York. Toutefois, et comme on l'a déjà relevé plus haut, alors que ladite Convention exige implicitement en son article V la comparution devant le juge de l'exequatur de la partie contre laquelle la sentence est invoquée, ou, à tout le moins, l'information de cette dernière de la saisine, à son encontre, du juge de l'exequatur, l'AUA opte pour une procédure unilatérale d'obtention de l'exequatur. Certes, la procédure prévue par la Convention de New York présente le mérite de respecter le principe de la contradiction et garantit, ce faisant, la protection des droits de la défense. Cependant, elle comporte l'inconvénient de pouvoir retarder l'obtention de l'exequatur dans la mesure où, informé de l'existence de la demande d'exequatur à son encontre, la partie contre laquelle la sentence est invoquée peut opposer des moyens dilatoires pour allonger la procédure d'exequatur, alors que, au regard de la célérité qui caractérise ou devrait caractériser l'arbitrage, l'octroi de l'exequatur par le

juge étatique compétent doit intervenir aux termes d'un contrôle purement formel et dans des délais, sinon brefs, au moins raisonnables.

On rappellera utilement à cet égard que si, aux termes de l'AUA, la décision qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours (*Article 32 alinéa 2 de l'Acte uniforme*), le même texte précise que « le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit, dans les limites de la saisine du juge compétent dans l'État partie, recours contre la décision ayant accordé l'exequatur » (*Article 32 alinéa 3 de l'Acte uniforme*). En effet, l'ordonnance d'exequatur ainsi que la sentence revêtue de la formule exécutoire seront nécessairement signifiées par le bénéficiaire de la sentence et de l'exequatur au débiteur qui, s'il ne s'exécute pas, va logiquement introduire un recours en annulation contre ladite sentence, l'AUA (article 32 alinéa 3) précisant que ce recours en annulation a un effet suspensif sur l'ordonnance d'exequatur. Ainsi, bien qu'ayant obtenu l'exequatur dans le cadre d'une procédure unilatérale, le bénéficiaire de la sentence doit, ensuite et au titre du respect des droits de la défense, signifier ladite sentence exequaturée à la partie contre laquelle l'exécution forcée est poursuivie. Celle-ci peut par son recours en annulation contre la sentence suspendre l'exécution de cette sentence exequaturée. Dans ces conditions, la procédure d'exequatur résultant de l'AUA apparaît plus favorable que celle de la Convention de New York, car elle permet de gagner du temps, en raison de son caractère unilatéral.

Il apparaît donc plus avantageux de rechercher l'exequatur de la sentence arbitrale étrangère dans les États OHADA également parties à la Convention de New York sur le fondement de l'AUA. L'avantage de l'AUA sera d'autant certain que les États OHADA adopteront, à l'image du Cameroun, une loi complémentaire prévoyant une procédure unilatérale de demande de l'exequatur (*voir loi camerounaise 2003/009 du 10 juillet 2003 portant désignation des juridictions compétentes visées à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant leur mode de saisine, in rev. camerounaise arb. n° 21, p. 28*).

Outre la Convention de New York, la Convention CIRDI constitue une autre source de l'arbitrage dans l'espace OHADA.

b - Convention de Washington du 18 mars 1965

59. Cette Convention a créé au sein de la Banque mondiale le Centre international pour le Règlement des différends relatifs aux investissements, ci-après CIRDI.

Le CIRDI a pour objet « d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des États contractants à des ressortissants d'autres États contractants... » (Article 1 alinéa 2 de la Convention CIRDI). La Convention CIRDI ne s'applique donc que si le litige est relatif

aux investissements. Par ailleurs, l'article 25 de ladite Convention exige une double condition de consentement pour son application : celui des États en présence d'abord, par la ratification préalable de la Convention de Washington par l'État de l'investisseur et par l'État partie au différend et, d'autre part, le consentement des parties en litige en vue de soumettre celui-ci au CIRDI (*G. BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », Rev. arb., 1995, n° 2 p. 10-11*).

Il est admis qu'un État pourrait donner son consentement à la compétence du CIRDI par avance, dans une loi sur les investissements ou dans un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements, l'investisseur pouvant exprimer son consentement plus tard, par la soumission de l'affaire au CIRDI (*G. BURDEAU, op. cit. ; J. PAULSSON « Arbitration without privity », ICSID Review/Foreign Investment Law Journal, 1995, vol. 10, n° 2 p. 44. adde B. STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? » in « Mélanges en l'honneur de Ph. KAHN, Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux - souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du xx^e siècle », p. 240*).

À titre d'illustration, on relèvera qu'aussi bien la Charte CEMAC relative aux Investissements, que les lois gabonaise et camerounaise portant Charte des Investissements dans ces pays mentionnent l'arbitrage CIRDI comme instruments de garantie et de protection des investissements, cette simple référence au CIRDI constituant l'expression du consentement des États membres de la CEMAC à la compétence du centre, comme spécifié plus haut.

En tout état de cause, aux termes de l'article 54 de la Convention CIRDI, « chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose, comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État... ».

La Convention CIRDI précise que pour obtenir la reconnaissance et l'exécution forcée de la sentence, la partie intéressée doit en présenter la copie certifiée conforme par le Secrétaire général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit État contractant aura désignée à cet effet. Par ailleurs, chaque État contractant fait savoir au Secrétaire général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels. Il en résulte que chaque État partie à la Convention CIRDI doit désigner la juridiction compétente pour accorder l'exequatur aux sentences CIRDI en vue d'y assurer leur exécution forcée.

Au 31 décembre 2010, à l'exception des Comores, de la Guinée-Bissau et de la Guinée Équatoriale, les treize autres États parties à l'OHADA sont également parties à la Convention CIRDI et se sont acquittés de

cette obligation (M. OKILASSALI « *La participation des États africains à l'arbitrage CIRDI* », in *rev. camerounaise. arb.*, n° 13 p. et s).

c - Convention de Séoul du 11 octobre 1985

60. Cette Convention a créé l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI ou MIGA en anglais) qui est un organisme d'assurance, de coassurance et de réassurance délivrant des garanties « contre les risques non commerciaux pour les investissements d'États membres dans un autre État membre » (art. 2).

Ratifiée par la majorité des États parties à l'OHADA (au 31 décembre 2010, seuls les Comores, la Guinée-Bissau et le Niger ne l'ont pas encore ratifiée), la Convention de Séoul vise à améliorer le climat des investissements dans les États parties et prévoit que les litiges nés à l'occasion des investissements garantis par l'AMGI peuvent être réglés par voie d'arbitrage selon le règlement d'arbitrage du CIRDI, lorsque lesdits litiges n'ont pas pu l'être par la négociation ou la conciliation.

On a déjà relevé plus haut que l'arbitrage CIRDI constitue un outil de protection des investissements.

II - Autres instruments multilatéraux

61. On examinera ici la Convention de Genève de 1961 (1) et la Convention UE/ACP de Cotonou.

a - Convention de Genève de 1961

62. Signée le 21 avril 1961 à l'initiative de la Commission économique pour l'Europe des Nations unies, cette Convention s'applique : « (a) aux conventions d'arbitrage conclues, pour le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international, entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des États contractants différents ; (b) aux procédures et aux sentences arbitrales fondées sur les conventions visées au paragraphe 1^{er} a) de cet article ». Cette Convention régionale est européenne car tous ses États contractants sont les États européens suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Biélorussie, Bosnie-Herzégovine, Croatie, Danemark, Espagne, ex-République Yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Finlande, France, Hongrie, Italie, Luxembourg, Pologne, République Tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Turquie, Ukraine et Yougoslavie.

Elle a été présentée comme allant au-delà de la Convention de New York (*définition de l'internationalité de l'arbitrage à partir du litige et d'un point de vue économique, critère juridique de localisation des parties qui doivent être établies dans des États contractants différents contrairement à la Convention de New*

York où le caractère étranger de l'arbitrage et de la sentence est le critère d'application, rôle prépondérant de la compétence des arbitres au détriment de celui des juges étatiques indirectement envisagé à la phase de reconnaissance et d'exécution de la sentence – voir Traité de l'arbitrage commercial international, Fouchard, Gaillard et Goldman, Litec, 1996, n° 274 à 287).

Sa mention dans la présente étude se justifie par le fait qu'un des États parties à l'OHADA, le Burkina Faso en l'occurrence, y a adhéré le 26 janvier 1965, probablement dans le souci de soigner la qualité de ses rapports commerciaux avec les pays européens signataires de ladite Convention (R. AMOUSSOU GUE-NOU, *thèse précitée*, n° 165 et n° 166).

b - Convention UE/ACP de Cotonou

63. Signée à Cotonou (Bénin) le 23 juin 2000 pour une période de trente (30) ans, cette Convention prévue pour être renégociée ou révisée tous les cinq ans, gouverne les rapports de partenariat entre l'Union européenne et les groupes des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP). Cette Convention qui a remplacé celles de Yaoundé et de Lomé a été révisée pour la première fois en 2005 et ambitionne de promouvoir le développement des pays ACP. À cet effet, il est prévu que le Fonds européen de Développement finance des contrats de construction et/ou de service en faveur des États ACP ; l'article 98 de l'Accord de Cotonou soumet à l'arbitrage, faute de règlement à l'amiable par le Conseil des ministres ou par le Comité des ambassadeurs, les litiges relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention de Cotonou en ce qui concerne les financements des marchés de construction ou de service évoqués plus haut.

S'agissant des règles arbitrales applicables, la Convention vise le Règlement de la Cour Permanente d'arbitrage relatif aux litiges impliquant les États et Organisations Internationales ; le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage est expressément désigné comme autorité de nomination dans le cadre de la constitution du tribunal arbitral.

64. Il apparaît que l'arbitrage comporte une multitude de sources dans l'espace OHADA. En effet, outre les textes OHADA relatifs à l'arbitrage, un certain nombre d'autres instruments plus ou moins modernes régissent l'arbitrage dans ledit espace, ces instruments étant prévus tantôt pour l'arbitrage en matière d'investissement, et tantôt pour l'arbitrage commercial interne ou international. Certains de ces instruments régissent l'arbitrage, de la requête initiale à la sentence finale et à son exécution, tandis que d'autres ne s'intéressent qu'à la phase de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale.

Si l'on peut relever que certains de ces multiples sources de l'arbitrage dans l'espace OHADA se révèlent

désuètes, il y a lieu de noter qu'elles sont heureusement supplantées ou complétées par le dispositif arbitral de l'OHADA, qui constitue des règles modernes ayant vocation à impliquer davantage l'espace OHADA dans les échanges commerciaux internationaux, tout en lui permettant de participer pleinement à la mondialisation de l'arbitrage.

§2 - Paysage de l'arbitrage dans l'espace OHADA

65. Les instruments de l'OHADA ont profondément modifié le paysage de l'arbitrage. À l'unicité d'hier s'est substituée une dualité qui marque véritablement l'une des innovations majeures du système d'arbitrage de l'espace OHADA. Deux mécanismes d'arbitrage assez étrangers l'un de l'autre sont proposés (A), même si l'un, faisant figure du régime de droit commun, atténue quelque peu la dualité conceptuelle (B).

A - Paysage dual

66. Le paysage de l'arbitrage depuis l'adoption des instruments de l'OHADA est dual : d'une part l'arbitrage traditionnel, d'autre part l'arbitrage spécifique de la CCJA.

I - Arbitrage traditionnel

67. Dans l'espace OHADA, l'arbitrage traditionnel est basé sur l'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage annoncé par l'article 2 du Traité OHADA, et adopté le 11 mars 1999. Cet acte régit les arbitrages ad hoc, mais également les arbitrages qui se tiennent sous les auspices des institutions d'arbitrage d'émanation privée qui existent dans l'espace OHADA. Il tient de la loi nationale en matière d'arbitrage dans les États parties. Il constitue désormais le droit commun de l'arbitrage dans l'espace OHADA. Le développement de ces institutions privées est un trait marquant de l'arbitrage africain. Trois de ces institutions retiendront notre attention : le centre d'arbitrage du GICAM, le centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce, d'Industrie et d'Agriculture de Dakar, la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire.

a - Centre d'arbitrage du Groupe interpatronal du Cameroun (GICAM)

68. Le GICAM vient de créer un centre d'arbitrage dénommé le Centre d'arbitrage du GICAM. Le Centre est composé d'un Conseil supérieur, d'un Comité permanent, et d'un Secrétariat.

Le Conseil Supérieur est composé des membres du bureau du GICAM. Le président du GICAM est de plein droit le président du Conseil supérieur.

Le Conseil supérieur est l'organe délibérant du Centre d'arbitrage ; à ce titre il adopte le règlement d'arbitrage et approuve la liste des arbitres du Centre.

Le Comité permanent suit le déroulement de l'instance arbitrale, notamment en statuant sur les incidents de procédure, en confirmant les arbitres nommés ou en les nommant, en examinant, avant signature, tout projet de sentence partielle ou définitive.

Le Secrétariat, assuré par le Secrétaire général du GICAM, est chargé de la gestion quotidienne du Centre et lui sert de greffe. Il authentifie les sentences rendues sous les auspices du Centre.

Le règlement d'arbitrage du GICAM tâche de tirer tous les avantages du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Son trait marquant est le fait de limiter la compétence du Centre d'arbitrage aux arbitrages ayant une attache avec le territoire camerounais. En effet, selon l'article 7 du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM, les parties à un rapport d'ordre contractuel peuvent s'adresser au Centre pour le règlement de leur différend si l'une des parties a son domicile, sa résidence habituelle ou son siège au Cameroun, ou si le contrat est exécuté ou est à exécuter en tout ou partie au Cameroun.

b - Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar (CCIAD)

69. Le système d'arbitrage de la CCIAD s'est visiblement inspiré du système de la Chambre de commerce internationale. Comme beaucoup de Centres en la matière, le CCIAD ne tranche pas lui-même les différends mais a pour mission d'organiser les procédures arbitrales. Le Centre remplit cette mission essentiellement par son Comité de gestion composé de sept membres : l'article 2 du règlement d'arbitrage du Centre charge le Comité de gestion « d'assurer l'application du (...) règlement d'arbitrage ». Plus précisément, le Comité de gestion confirme les arbitres qui sont nommés ou procède lui-même à la nomination, statue sur les demandes de récusation, etc.

Le trait marquant du système d'arbitrage de la CCIAD est l'institution, à côté de la procédure arbitrale ordinaire, d'une procédure accélérée utilisable si les parties en conviennent et si le Comité de gestion le juge réalisable. Dans le cadre de cette procédure, sauf prorogation de délai par le Comité de gestion, la sentence doit être rendue au plus tard dans les trois mois de la remise du dossier à l'arbitre.

Le Centre a un Secrétariat qui lui sert de greffe.

c - Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire

70. La Chambre de commerce et d'industrie de Côte d'Ivoire a créé une institution d'arbitrage dénommée la

Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI). La Cour est composée d'un Conseil d'administration, d'un Comité de médiation et d'arbitrage et du Secrétariat.

La CACI ne tranche pas elle-même les différends mais nomme ou confirme les arbitres pour le faire. Les attributions d'administration des arbitrages sont exercées par le Comité de médiation et d'arbitrage composé de sept membres.

Comme la CCIAD, la CACI organise une procédure arbitrale accélérée. Le recours à celui-ci a lieu, à l'initiative du demandeur, si celui-ci estime que le litige exige une sentence arbitrale dans un délai plus court que ne le permet l'application normale du règlement ou que le litige ne présente pas de grandes difficultés et si le défendeur ne formule aucune objection. Si le défendeur formule une objection, la CACI statue, sans pouvoir méconnaître la convention arbitrale.

Mais le règlement d'arbitrage de la CACI a une double originalité. D'une part, il prévoit ce qu'il appelle « procédure spécifique » consistant, pour les parties à l'arbitrage, compte tenu des circonstances exceptionnelles, à organiser en liaison avec le Secrétariat général de la Cour la procédure arbitrale de manière spécifique et avec des délais particuliers (*voir l'article 39 du règlement d'arbitrage de la CACI*). Il s'agira en fait d'une adaptation du règlement d'arbitrage aux particularités du litige. D'autre part, le règlement d'arbitrage de la CACI prévoit une procédure particulière au recouvrement de certains types de créance. Plus précisément, l'article 42 stipule que, dans la mesure où le demandeur peut faire état d'une créance certaine, liquide et exigible ou que cette créance a comme support un effet de commerce ou un chèque dont la provision s'est révélée insuffisante ou inexistante, il peut adresser au Secrétaire général une demande établie sur un formulaire spécial. Le trait marquant de la procédure qui est ainsi déclenchée est la célérité, mais aussi l'impossibilité de succès si la demande rencontre une prétention sérieuse du défendeur. La circonscription de la procédure rappelle bien la procédure d'injonction de payer de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les voies d'exécution, même si sa réglementation est vraiment différente (*voir article 1^{er} et suivants de l'AU de l'OHADA sur les voies d'exécution*).

II - Arbitrage spécifique de la CCJA

71. Le Traité OHADA a mis en place, sous l'égide de la Cour de justice et d'arbitrage, un système d'arbitrage. Il prend sa source principale dans le Traité lui-même, qui lui consacre un titre. Le Traité annonce un règlement d'arbitrage, qui a été adopté le 11 mars 1999. Le règlement de la procédure de la CCJA complète parfois le règlement d'arbitrage de la CCJA en particulier sur la procédure des recours. La CCJA a adopté son règlement intérieur en matière d'arbitrage.

Le système se veut complètement autonome et entend

fonctionner sans recours à d'autres sources que celles qui sont énumérées. En particulier, il ne cherche pas à s'adosser sur l'AU sur le droit de l'arbitrage. Le système est aussi basé sur le souci de confier une grande efficacité aux sentences arbitrales rendues sous les auspices de la Cour : l'exequatur est accordé par la CCJA et couvre le champ territorial de tous les États au Traité OHADA ; les parties à l'arbitrage peuvent exclure la voie de recours principale contre la sentence arbitrale, la contestation de validité (*voir P.G. POUGOUÉ, Le système d'arbitrage de la CCJA, in l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp 129 à 150 ; voir entrée Arbitrage sous l'égide de la CCJA*).

Mais la spécificité de l'arbitrage CCJA tient surtout en ce que le Centre d'arbitrage de la CCJA a été créé par les États parties à l'OHADA au sein de la cour commune. Du coup, ce Centre d'arbitrage n'est pas une institution privée ; c'est un centre régional commun dont le champ territorial est constitué par l'ensemble des territoires des États parties au Traité OHADA (*article 21 Traité de l'OHADA*). Pour cela, le centre d'arbitrage de la CCJA diffère profondément des autres centres d'arbitrage institutionnel de l'espace OHADA. Il a dès le départ l'allure d'un centre d'arbitrage international. Ceci vient du reste d'être reconnu par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire Société Ivoirienne de Raffinage (SIR) contre Société Teckay Shipping Norway et autres, arrêt n° 06/0778 du 31 juillet 2008 ; la sentence arbitrale CCJA, sentence internationale qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique... « *est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées...* ».

D - Tempérament dans le régime juridique

72. Tout d'abord, on peut estimer que l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage est désormais le droit commun de l'arbitrage dans l'espace OHADA. Les Actes uniformes OHADA ont une valeur législative et, aux termes de l'article 10 du Traité de l'OHADA, sont applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure. L'article 35 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage précise que cet Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les États parties.

Le règlement de l'arbitrage de la CCJA rappelle le règlement de n'importe quelle institution d'arbitrage. C'est par une convention d'arbitrage que les parties choisissent la voie de l'arbitrage pour trancher le litige qui les oppose. Si les parties s'en remettent à un organisme d'arbitrage, elles sont ipso facto tenues à appliquer le règlement d'arbitrage de cet organisme, sauf pour elles, si le règlement d'arbitrage en question le permet, d'en écarter expressément certaines dispositions (*article 10 AU relatif au droit de l'arbitrage*). Il s'en déduit sans peine la valeur contractuelle du Règlement d'arbitrage.

On peut dès lors conclure qu'en cas de silence du Règlement d'arbitrage de la CCJA, l'AU relatif au droit de l'arbitrage s'applique à titre supplétif.

§3 - Caractéristiques

73. Par ailleurs, le droit africain de l'arbitrage est construit sur trois choix bien audacieux : la disparition de la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international (A), l'absence de limitation à l'arbitrage commercial (B) et la non-prohibition de l'arbitrage aux personnes morales de droit public (C).

C - Disparition de la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international

74. Le droit de l'arbitrage a depuis longtemps évolué sur une *summa divisio* : arbitrage interne et arbitrage international ou plus précisément de droit international (privé qu'il faut distinguer de l'arbitrage de droit international public ; de l'arbitrage mixte ou transnational qui met en présence un État, sujet de droit international public, et une personne privée, par exemple dans les contrats d'État pour lesquels a été mis en place le système CIRDI ; de l'arbitrage anational ou délocalisé qui est détaché des systèmes juridiques étatiques sans relever pour autant du droit international public, le droit applicable étant celui forgé par la pratique ou une institution permanente d'arbitrage à caractère privé à l'instar de la CCI notamment dans le domaine bancaire ; (voir P. MEYER, *OHADA, Droit de l'arbitrage, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 38 et s.*). On connaît les intérêts majeurs qui s'attachent à la distinction. Dans la perspective classique du droit international privé, le caractère international d'un rapport intéresse parce qu'il faut savoir à quel ordre juridique le rattacher (*les points de contact avec des ordres juridiques étrangers peuvent être très nombreux : les éléments objectifs du litige : lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, situation de biens, siège de l'arbitrage, lieu de déroulement de la procédure, etc. ; les éléments subjectifs : nationalité ou domicile des parties, de l'arbitre, etc.*). Est donc sous-jacente la question du conflit des lois. En droit de l'arbitrage, il peut être aussi important de s'interroger sur le caractère international d'un rapport en vue de lui appliquer une règle matérielle spécifique à l'arbitrage international (*voir par exemple les articles 1492 et suivants du nouveau Code civil français*).

Mais la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international est depuis longtemps menacée par deux phénomènes : les protagonistes de l'arbitrage veulent de plus en plus s'évader des lois étatiques, les règles spécifiques à l'arbitrage international exercent de l'attraction sur l'arbitrage interne. C'est dans ce contexte qu'intervient le projet OHADA. L'AU de l'OHADA relatif

au droit de l'arbitrage a, selon son article 1^{er}, vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal se trouve dans l'un des États parties. Aucune disposition particulière n'est réservée à l'arbitrage dit interne ou international. Le règlement d'arbitrage de la CCJA ne dément pas vraiment cette approche. Certes, il parle parfois de règle de conflit ou de commerce international (*voir article 17*) ; mais la référence à la règle de conflit n'est pas limitée à une situation particulière qui peut faire penser qu'on se trouve sur le champ exclusif de l'arbitrage international. Le règlement d'arbitrage et les dispositions du Traité de l'OHADA consacrées à l'arbitrage s'appliquent donc sans distinction du caractère interne ou international de l'arbitrage.

Quant au règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage du GICAM, il prévoit en son article 7 que le Centre procure, conformément audit règlement, une solution arbitrale lorsqu'un différend d'ordre contractuel de caractère national ou international lui est soumis en application d'un compromis ou d'une clause compromissoire, soit que l'une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans l'État du Cameroun, soit que le contrat est exécuté ou est à exécuter en tout ou en partie sur le territoire camerounais. Même s'il a fait à l'article 23 une évocation à la règle de conflit, il faut dire qu'aucune disposition du règlement ne s'applique exclusivement à un arbitrage interne ou international.

On semble penser qu'à partir du moment où l'objectif avoué du recours à l'arbitrage est le développement, le traitement de faveur qu'on n'accordait jadis qu'à l'arbitrage international peut être généralisé. La législation africaine de l'arbitrage se montre ainsi non seulement comme celle la plus à jour des récentes évolutions jurisprudentielles en matière d'arbitrage international mais, sans doute aussi, comme l'une des plus révolutionnaires. En effet, très peu de pays refusent de faire la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. La Colombie, l'Angleterre et la Belgique peuvent être citées parmi les rares pays qui ne font pas cette distinction (*voir E. ROBINE, Les obstacles au développement de l'arbitrage commercial international, RJDA, 10/96, 823*). Et dans ce dernier pays, la solution a été jugée surprenante et décevante (*G. HORSMANS, Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage, Rev. Arb, 1992, 417*).

Cependant, ce choix ne manque pas d'explication dans l'espace communautaire africain. Il faut se rappeler que l'un des terrains où joue le plus la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international est la nature de l'ordre public qui, ici, est interne et, là, international. Or, s'agissant de construire un espace juridique où les solutions sont harmonisées, on ne pouvait pas, sans grand risque, permettre aux États de faire jouer leur ordre public interne.

75. Cela étant, il faut bien préciser la portée de cette unité de régime entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international privé. D'abord, l'arbitrage interne ne s'oppose pas à l'arbitrage de droit international, mais à l'arbitrage

étranger, c'est-à-dire celui qui est rendu sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance ou l'exécution est demandée. Ensuite et surtout l'unité de régime juridique entre l'arbitrage interne et l'arbitrage de droit international privé ne peut, par la force des choses, être absolue. Elle peut, sans difficulté, porter sur la procédure arbitrale. En revanche, s'agissant du droit applicable au fond, il est quasiment impossible de ne pas distinguer entre arbitrage interne et arbitrage international (voir J.M. JACQUET, *Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage OHADA*, in *l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, op. cit., p. 297 ; P. MEYER, *OHADA droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 45). Aux termes de l'article 15 al 1 de l'AU relatif au droit de l'arbitrage, « Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou à défaut choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu le cas échéant, des usages du commerce international ». À cet article, il faut rapprocher l'article 17 ali. 1 du règlement d'arbitrage de la CCJA : « Les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige. À défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce ». Ces deux articles traitent de la question du droit applicable au fond du litige. Or, cette question n'a de sens que pour les litiges comportant un élément d'extranéité jetant un doute sur le droit applicable, c'est-à-dire un litige de droit international privé. D'ailleurs, l'article 17.1 précité fait allusion expressément à la règle de conflit, ce qui suppose au départ une situation de conflit de lois, et comme l'arbitrage CCJA ne concerne que les différends d'ordre contractuel, la question de la loi applicable ne peut viser que les litiges contractuels internationaux. En effet, pour les litiges purement internes, c'est le droit interne qui s'applique a priori, même s'il s'agit d'un contrat, la référence éventuelle par les parties d'une solution d'un droit étranger ne s'imaginant que sous la forme de règles contractuelles supplétives non contraires aux dispositions impératives du droit interne applicable (voir, en ce sens, CCJA arrêt *Sonapra*, n° 045/2008, 17 juillet 2008, Rec. CCJA, n° 012, 2008, p. 66).

B - Absence de limitation à l'arbitrage commercial

76. Beaucoup de pays sont hostiles à l'arbitrage dans des matières non commerciales, notamment en matière interne. Cette hostilité avait conduit la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères à ouvrir la possibilité d'une réserve de commercialité. « Au moment de signer ou de ratifier la présente convention, d'y adhérer (...) dit l'article I.3 de la convention, tout État pourra (...) déclarer qu'il appliquera la convention uniquement aux différends issus des rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale ». Dans certains pays, l'hostilité

à l'arbitrage dans les rapports non commerciaux était tempérée puisqu'on se limitait à interdire la clause compromissoire en matière non commerciale, le compromis restant valable.

Mais même avec cette atténuation, la solution restait très gênante dans son principe. Elle posait de surcroît des difficultés d'application, parce qu'il n'est pas aisé de distinguer entre les rapports commerciaux et les rapports non commerciaux.

77. Le droit africain de l'arbitrage adopte une solution très ouverte. En effet, l'article 21 al 1^{er} du Traité OHADA prévoit la possibilité de soumettre à l'arbitrage les différends « d'ordre contractuel ». Aucune allusion n'est faite au caractère commercial ou non commercial du rapport, alors déjà qu'aucune différence de régime n'est faite entre le compromis et la clause compromissoire. L'AUA ne contient aucune restriction sur le domaine de l'arbitrage, si ce n'est l'exigence qu'il s'agisse d'un droit dont on a la disposition. Dès lors, aux termes des instruments du droit OHADA de l'arbitrage, la commercialité du litige ne remplit plus aucune fonction en matière d'arbitrage ; par conséquent, la distinction faite naguère entre clause compromissoire admise alors seulement en matière commerciale et le compromis d'arbitrage admis même en matière civile n'a plus aucune portée, la convention d'arbitrage, quelle qu'en soit la forme – clause ou compromis – étant désormais valable pour tout litige civil ou commercial à la seule condition que le litige soit arbitral (voir *entrée Arbitrabilité*).

Cela étant, le caractère civil ou non commercial de la relation ayant suscité le litige conserve un intérêt sur le plan des règles applicables, notamment en matière de preuve ; si le litige a un caractère commercial, l'arbitrage, comme l'aurait fait le juge étatique, appliquera les règles particulières du droit commercial.

C - Non-prohibition de l'arbitrage aux personnes morales de droit public

78. Justifié essentiellement par l'institution d'un ordre de juridictions spécialement établies pour juger les personnes morales de droit public, le principe de la prohibition de l'arbitrage à ces personnes est resté longtemps vivace. Dans les pays où est resté applicable le code de procédure civile et commerciale français de 1806, le principe résulte clairement de la combinaison de ses articles 36 et 577.

Mais l'application de la solution a révélé quelques inconvénients. Les personnes morales de droit public participant au commerce international se voient en général proposer des clauses compromissoires comme condition *sine qua non* de partenariat. Lorsqu'en dépit de la prohibition la personne morale accepte la clause d'arbitrage, elle se ravise parfois de faire valoir a posteriori son droit pour la paralyser, portant du coup atteinte au principe de bonne foi.

La gravité de ces inconvénients avait poussé la Cour de cassation française à écarter la prohibition en matière internationale. Dans une espèce où on tentait d'invoquer la prohibition de l'arbitrage à une personne morale de droit public, la Haute juridiction a estimé que la règle était édictée pour les contrats internes et a par conséquent approuvé la Cour d'appel d'avoir jugé qu'elle n'était pas applicable à un contrat international (*Cass. Civ. 2 mai 1966 rev civ DIP, 1967, 553, note Golman*). La solution s'applique non seulement aux personnes morales de droit public français, mais aussi aux personnes morales de droit public étrangères (*Paris, 1^{re}, 17 décembre 1991, Gatoil, Rev arb ; 1993, 281, note Synvet ; 24 février 1994, Ministère tunisien de l'équipement, Rev arb ; 1995, 275, note Y GAUDEMET*).

79. L'OHADA va plus loin dans la voie de l'ouverture. Le Traité donne la faculté de recourir à l'arbitrage à « toute partie à un contrat ». Sont incontestablement concernées non seulement les personnes physiques mais les personnes morales de droit privé, mais aussi les personnes morales de droit public. L'article 2 de l'AUA abonde dans le même sens, en fournissant même des précisions : « Les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à l'arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage » (*voir sur la question M. KAMTO, La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA, L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles, Bruylant, 2000*). Ces précisions ne semblent pas inutiles.

En effet, le texte tente de neutraliser tous les artifices par lesquels les personnes morales de droit public peuvent vouloir se soustraire à l'application d'une clause d'arbitrage acceptée.

La solution est révolutionnaire puisqu'on ne limite pas aux rapports internationaux la levée de la prohibition du recours à l'arbitrage aux personnes morales de droit public (*la solution résulte de ce que l'OHADA ne distingue pas entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international*). Concrètement, l'État et les autres personnes morales de droit public peuvent accepter une clause d'arbitrage dans un contrat en droit interne. La véritable difficulté est relative à l'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public, particulièrement s'agissant du contrat administratif et des questions touchant à la souveraineté de l'État partie à la relation juridique. Cela est susceptible d'ôter tout son sens à la capacité reconnue aux personnes morales de droit public à compromettre. La personnalité morale qui choisit de signer une convention d'arbitrage agissant comme un acteur économique, on a pu proposer, en ce qui concerne son arbitrabilité, d'abandonner la condition de la disponibilité du droit au profit du critère retenu par le Traité OHADA pour l'arbitrage CCJA, à savoir tout différend d'ordre contractuel (*voir R. NEMEDU, La recherche du critère de l'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public en droit OHADA, Revue africaine des sciences juridiques, 2009, n° 2008, pp. 45 et s.*).

Paul-Gérard POUYOUÉ
Gaston KENFACK DOUJANI

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de développement ou paragraphes)

- A**
- Accords ou Conventions
 - Accords de coopération judiciaire, 8
 - Accord de Coopération judiciaire CEMAC, 28
 - Accords ou Conventions de coopération signés par la France et ses anciennes colonies et territoires sous tutelle ou sous mandat, 8
 - Accord franco-camerounais de coopération, 10
 - Accord franco-malien de coopération, 10 (V. Convention franco-sénégalaise de coopération)
 - Accord franco-togolais de coopération, 10
 - Accords de coopération judiciaire comportant des dispositions renvoyant à la Convention de New York, 11
 - Accords de coopérations signés par certains États parties à l'OHADA entre eux, 17
 - Acte juridictionnel 13, 15, 16
 - Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, 5
 - Acte uniforme relatif du droit de l'arbitrage, 6
 - Agence multilatérale de garantie des investissements, 82
 - Amiable composition, 31
 - Arbitrage
 - Arbitrage commercial international, 31, *Arbitrage commercial interne ou international*, 89
 - Arbitrage de droit public, 31
 - Arbitrage institutionnel de la Cour de justice de la CEMAC, 34
 - Arbitrage en matière d'investissement, 89

- Arbitrage OHADA, 46
 Arbitre 4, 6, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 21,
 24, 25, 26, 27, 30, 49, 62, 68, 69,
 70, 75
 Autorité de la chose jugée, 25
 Autorité de nomination, 88

C

Cadre juridique et judiciaire des investissements CEMAC, 42
 Cadre juridique et judiciaire de la Charte CEMAC, 44
 Caractère obligatoire, 41 (*Charte des investissements de la CEMAC*)
 CCJA, 6 (*V. Règlement d'arbitrage*)
 Charte camerounaise des investissements, 62
 Charte gabonaise des investissements, 62
 Clause compromissoire 29, 40, 49, 57, 74, 76, 77
 Circulation internationale des sentences arbitrales étrangères, 63 (*V. Convention de New York*)
 Codes nationaux d'investissement, 48 (*V. États UEMOA*)
 Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale, 36
 Compétence arbitrale, 30 (*V. Règlement de procédure de la Cour de Justice de l'UEMOA*)
 Clause compromissoire, Compromis, 6 (*V. Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique*) ; (*V. Convention de New York*)
 Compétence-compétence 15
 Compromis 10, 29, 39, 49, 57, 74, 76, 77
 Conciliation 6, 7, 24, 53, 59, 60, 67
 Conditions de la reconnaissance et de l'exécution forcée des sentences arbitrales, 65, 66
V. Convention de New York, Sentences rendues sur le territoire d'un État autre 64, *V. Sentence arbitrale étrangère*, 65, 68
 Conflits de conventions, 54
 Consentement à la compétence du CIRDI, 76
 Contrôle purement formel de la sentence, 16 *V. (AUA)*
 Convention CIRDI, 75 *V. Article 54 de la Convention CIRDI*, 78
 Convention régissant la Cour de Justice de la CEMAC, 32 *V. Article 35*
 Convention de Genève de 1961, 82
 Convention de New York, 11, 63
 Convention de Séoul, 81
 Convention de Tananarive, 23

Convention UE/ACP de Cotonou, 86
 Cour de justice de l'UEMOA, 30, 32 *V. Règlement de procédure*
 Cour de justice de la CEMAC, 29, 34
V. Saisine Cour de Justice de la CEMAC
 Cour permanente d'arbitrage, 88

D

Décisions contentieuses et gracieuses, 26 *V. Accord de coopération judiciaire entre les États membres de la CEMAC*
 Double exequatur de la sentence, 11, 18, 26, 27

E

États OHADA parties à la Convention de New York, 13
 États OHADA non parties à la Convention de New York, 14
 États parties à l'UEMOA, 31 *V. États UEMOA parties à l'OHADA*, 48
 Exécution forcée, 11 *V. Exécution forcée dans l'un des États parties de l'OHADA*, 65
 Exequatur, 10
 Expertise 25

F

Fonction arbitrale de la Cour de Justice de la CEMAC, 35

G

Garanties et protections des investissements, 56 *V. Loi-modèle relative à l'investissement en Afrique de l'Ouest*, 49, 53

H

Harmonisation des lois et règlements relatifs aux investissements, 51

I

Investissements Nord-Sud et Sud-Sud, 45 *V. Référence au traité OHADA dans la charte CEMAC des investissements*

J

Juge de l'exequatur, 16
 Jurisdiction compétente pour accorder l'exequatur aux sentences CIRDI, 80

L

Libéralisme, 16 *V. règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences AUA*, 47 *V. Charte CEMAC des Investissements*

Liberté *V. conditions d'un développement économique et social harmonieux États CEMAC*, 38
 - circulation des travailleurs, 38
 - établissement, 38
 - prestations de services, 38
 Loi relative à l'arbitrage, 19 *V. (AUA)*
 Loi-modèle relative à l'investissement en Afrique de l'Ouest, 49, 53, 58

M

Marché unique, 51
 Médiation 1, 24, 53, 67, 70
 Mondialisation de l'arbitrage, 91
 Multiples sources de l'arbitrage dans l'espace OHADA, 91

O

Ordonnance d'exequatur, 71

P

Principe
 - Contradiction, 69 *V. Convention de New York*
 Principes directeurs de la Banque mondiale
 - relatifs aux investissements, 55
 - sur le traitement des investissements étrangers, 43
 Procédure
 - bilatérale de demande d'exequatur, 16, 69 *V. Convention de New York*
 - d'exequatur résultant de l'AUA, 72
 - unilatérale d'obtention de l'exequatur, 68 (AUA), 73 *V. Loi camerounaise 10 juillet 2003*
 Programme de développement du droit commercial, 49
 Projet de code de l'UEMOA, 52
 Protection
 - droits de la défense, 69 *V. Convention de New York*
 - investissements en zone CEMAC, 41 *V. Charte CEMAC des Investissements*, 36, 37, 38

R

Règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales, 16 (*AUA*)
 Recours en annulation de la sentence, 70 (*AUA*)
 Recours en renoncement, 37 *V. Traité CEMAC*
 Régime général des contrats de partenariat, 60 *V. Loi Camerounaise du 29 décembre 2006*
 Règlement d'arbitrage CCJA, 33 *V. article 2*

Règlement de procédure de la Cour de Justice de l'UEMOA, 30
Règlement relatif à la Charte des investissements (CEMAC), 39
Règles modernes de l'arbitrage, 19
Rôle d'administration des arbitrages, 33 *V. (CCJA)*

S

Sécurisation
- environnement juridique, 20 *V. adhésion à la Convention de New York*
- investissements, 61
Sentences
- arbitrales, 11,16 17, 18, 19, 20, 21, 24, 32, 33, 36, 48, 57, 58, 64

- arbitrales étrangères, 65
- exequaturée, 71
Situation
- d'union, 37
- de coopération, 37
source de l'arbitrage dans l'espace OHADA, 9 *V. Accords de coopération judiciaire, 73 V. Convention de New York, Convention CIRDI*
sources internes, 3 *V. Instruments OHADA, textes communautaires, textes nationaux.*
Système d'arbitrage CCJA, 4

T

Technique de règlement des litiges, 1
V. (arbitrage)
Traité
- CEMAC, 31
- UEMOA, 29,31
- Harmonisation du droit des affaires en Afrique, 3
Transaction 5, 24, 29, 32

NOTION DE DROIT OHADA

Table des matières

Introduction n° 1

- §1 - Sources d'inspiration du droit OHADA n° 2-15
 - A - Source d'inspiration majeure : le système romano-germanique n° 3-5
 - I - Emprunt dominant aux sources légales n° 4
 - II - Emprunt relatif aux sources de droit n° 5
 - B - Part des autres sources d'inspiration n° 6-15
 - I - Apport du droit international au droit OHADA n° 7-8
 - II - Apport de la common law n° 9-11
 - III - Inspiration africaine du droit OHADA n° 12-15
- §2 - Nature juridique du droit OHADA n° 16-18
 - A - Éléments de caractérisation n° 17
 - B - Caractérisation n° 18
- §3 - Apport scientifique du droit OHADA n° 19-51
 - A - Droit OHADA et théorie générale du droit n° 20-36
 - I - Dépassement de la distinction droit privé et droit public n° 21-27
 - II - Droit OHADA et droit commercial n° 28-36
 - B - Droit OHADA et théorie contemporaine du contrat n° 37-51
 - I - OHADA et formation des contrats n° 38-42
 - II - OHADA et exécution des contrats n° 43-51
- §4 - Effectivité du droit OHADA n° 52-65
 - A - Enracinement du droit OHADA n° 53-59

I - Indices n° 54

II - Pesanteurs n° 55-59

B - Coexistence du droit OHADA avec le droit interne n° 60-65

I - Droit OHADA et règles internes d'organisation judiciaire et de procédure n° 61-62

II - Droit OHADA et règles internes de droit matériel n° 63-65

Bibliographie

- GATSI (J), (sous la direction de), *L'effectivité du droit OHADA*, PUA, Yaoundé, 2006.
- KODO MAHUTODJI (J.V.), *L'application des Actes uniformes de l'OHADA, Enquête critique*, Académia, Bruylant, 2011, collection Publications de l'institut universitaire André Ryckmans, N° 85, 360 p.
- PAILLUSEAU (J), *L'influence de la mondialisation sur le droit international et le droit comparé*, ohadata D-08-07.
- POUGOUÉ (P.G.) et KALIEU ELONGO (Y), *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2008.
- SAWADOGO (F. M), *La prise en compte du droit comparé dans l'œuvre d'unification de l'OHADA*, Revue de droit international et de droit comparé, Vol 85, 2008, pp 307 - 317.
- SIETCHOUA DJUITCHOKO (C), *Les sources du droit OHADA*, Penant, avril juin 2003, n° 843, p. 140.
- TEPPI KOLLOKO (F), *Droit et pratique de la Common Law à l'épreuve du droit OHADA*, ohadata D-06-56.

1. Le droit OHADA, à travers les différentes normes qui le constituent, peut être considéré comme un système juridique. En cela, il s'inspire plus ou moins des systèmes de droit préexistants, car il n'est pas apparu ex nihilo. Ces systèmes sont autant de sources de droit avec lesquelles il entretient dès lors des rapports dont il convient de déterminer l'étendue (§1). Mais, tout en s'inspirant de plusieurs sources, le droit OHADA présente une nature particulière par rapport au système juridique interne dans lequel il est intégré (§2). À travers ses diverses règles matérielles, il apporte lui aussi une constitution significative au corps de règles juridiques existant. C'est dire que son apport scientifique peut être mesuré (§3) et son effectivité appréciée (§4).

§1 - Sources d'inspiration du droit OHADA

2. La première impression que laisse une lecture rapide des différents Actes uniformes est qu'il y a une diversité, une variété de sources d'inspiration de ces textes (*la notion de source seule renvoie parfois à la source formelle. Voir en ce sens, SIETCHOUA (C), Les sources du droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Penant, n° 843, 2003, p. 140 et sv. ; ISSA SAYEGH (J), LOHOUES-OBLE (J), Harmonisation du droit des affaires, Juriscope, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 95. Ces auteurs parlent de « sources formelles » de l'OHADA pour signifier le Traité et les Actes uniformes*). Ceci signifie que le droit OHADA entretient des rapports plus ou moins étroits avec les différents systèmes de droit dont il s'inspire, bien qu'il s'agisse d'un modèle juridique assez particulier.

C'est donc à une sorte de classification de ces sources d'inspiration qu'il est finalement question. Il est inévitablement apparu au regard des Actes uniformes déjà adoptés qu'il y aurait une source majeure du droit OHADA qui est le système romano-germanique (A) et des sources secondaires constituées par les autres systèmes de droit (B).

A - Source d'inspiration majeure : le système romano-germanique

3. Considérant l'espace juridique OHADA, l'on peut soutenir qu'il existe une source majeure de l'OHADA qui est le droit et plus exactement le système de droit romano-germanique. Selon la distinction classique admise par la doctrine (*voir, Beaudot (C.) Introduction générale et historique à l'étude du droit, Centre de publications universitaires, spécialement p. 101 et suivantes*), le système dit romano-germanique fait partie des quatre grands systèmes dont les trois autres sont : système de la common law, système des droits socialistes et autres systèmes (droits musulman, indou et juif ; droits de l'Afrique et de Madagascar).

Le système romano-germanique, encore appelé système de droit civil, s'applique dans plusieurs pays dits « continentaux » parmi lesquels l'Allemagne, l'Italie et bien évidemment la France. Certains auteurs ont d'ailleurs tendance à assimiler assez facilement tout le système romano-germanique au seul droit français. Ainsi, l'idée est répandue par certains d'entre eux que le nouveau droit uniforme africain est d'inspiration française comme l'était déjà le droit antérieur de la plupart des États membres de l'OHADA. Ce raisonnement par déduction et un peu hâtif ne peut véritablement prospérer même s'il est vrai que le partage d'une langue commune, à savoir le français, de même que les liens historiques entre la plupart de ces pays et la France ont facilité une telle assimilation.

Même si l'on admet finalement que le droit OHADA s'inspire du droit français, et partant donc du droit romano-germanique, il faudrait encore se demander de quel droit français il s'agit réellement. En effet, ce droit, comme beaucoup d'autres, a connu de nombreuses évolutions et parfois des révolutions. Par ailleurs et surtout, le droit français a lui-même différentes sources que l'on peut qualifier de formelles qui sont la loi, la jurisprudence, la doctrine et la coutume et qui n'ont pas la même valeur.

Ainsi, si l'emprunt aux sources légales est dominant (I), il est seulement relatif par rapport aux autres sources (II).

I - Emprunt dominant aux sources légales

4. Conséquence inéluctable de son inspiration romano-germanique, le droit français aujourd'hui

comme hier est contenu, pour une large part, dans les textes de loi qui sont eux-mêmes regroupés sous forme de codes, à l'exemple du code civil, du code de commerce ou encore du code de procédure civile (*on note aujourd'hui une grande tendance à adopter des codes (code de la consommation, code de la santé publique, code de l'urbanisme, code de l'environnement etc.) même si certains de ces nouveaux codes ne constituent parfois que des compilations, pour des raisons pratiques, de divers textes de loi apparus dans un domaine donné*). Qu'ils soient contenus ou non dans des codes, c'est donc à ces différents textes de lois plus ou moins récents que s'est référé le droit OHADA.

Suivant les cas, les rédacteurs des différents Actes uniformes adoptés ou en cours d'adoption ont emprunté soit à des lois datant d'une époque relativement récente (*exemple en matière de voies d'exécution, les dispositions relatives à la procédure de saisie immobilière empruntent largement à celles de la Loi de 1991 qui vient d'ailleurs d'être modifiée par une loi de 2006*) soit à des lois plus que centenaires dont certaines n'ont parfois plus aujourd'hui en France qu'un intérêt historique (*on peut citer ici l'exemple des procédures collectives d'autant que la récente réforme intervenue en France en juillet 2005 avec la loi dite de sauvegarde des entreprises éloigne encore davantage les règles adoptées par l'OHADA de celles qui sont désormais en vigueur en France*).

Pour importantes qu'elles soient et contrairement à ce que pensent certains auteurs, les sources législatives ne sont pas les seules à avoir inspiré le législateur communautaire. Il convient en effet de se demander dans quelle mesure le nouveau droit uniforme s'inspire aussi des autres sources du droit positif français.

II - Emprunt relatif aux autres sources de droit

5. Il est admis que la jurisprudence et la coutume constituent également des sources de droit, tandis que la doctrine est une autorité dont il ne faut pas minimiser l'influence. Leur importance est moindre que la loi même si, s'agissant particulièrement de la jurisprudence, elle joue un rôle de plus en plus important en droit français. C'est ce qui explique que certaines « constructions » jurisprudentielles se retrouvent dans la nouvelle législation OHADA.

Ainsi, en matière de sûretés par exemple, l'interprétation particulière qui a été faite par la jurisprudence française relativement aux règles de preuve du cautionnement et ce, dans un but de protection de certaines cautions et connue sous le nom de mention manuscrite, se retrouve dans la réglementation du cautionnement organisée par l'Acte uniforme sur les sûretés. Il est vrai que, contrairement au droit français où cette interprétation particulière des textes tend spécialement à assurer la protection des cautions profanes, dans le cadre de l'OHADA, les mesures de protection mises en place ne

semblent pas avoir été limitées à une catégorie précise de cautions.

La CCJA développe également une jurisprudence propre et importante. La CCJA dégage peu à peu quelques principes du droit à partir des fonds communs de valeurs et de normes innervant l'espace OHADA. Ainsi, en matière de preuve, la CCJA affirme « qu'il est de règle que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » et que « réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation » (CCJA, arrêt n° 013, 18 mars 2004, *Fotob*, *www.obada.com*, *Obadata*.J.08-68). Elle affirme aussi qu'« il est de principe, d'une part, que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et, d'autre part qu'il n'appartient pas aux tribunaux de compléter ni de modifier la clause de révision adoptée par les parties... » (CCJA, 2^e ch., arrêt n° 04, 9 mars 2006, *Société ivoirienne de promotion de supermarchés*, *www.obada.com* ; *Obadata*.J-07-11 ; *Le Jusris-Obada*, n° 3/2006, p. 16).

Plus nettement encore, la CCJA concourt fortement à la construction de l'ordre juridique OHADA par une interprétation fonctionnelle des textes. Ainsi, elle affirme sa compétence exclusive dans les litiges mixtes qui relèvent à la fois du droit OHADA et du droit national. Dans l'arrêt *Amani* (CCJA, arrêt n° 021/2007, 31 mai 2007, *www.obada.com* ; *Obadata*.J-08-223), la CCJA se reconnaît compétente pour interpréter et appliquer le droit national d'un État membre dès lors que celui-ci est invoqué dans le cadre d'un litige soulevant également des questions régies par le droit OHADA. Elle a eu l'occasion de confirmer cette jurisprudence (CCJA, arrêt n° 038/200, 17 juillet 2008, *Société Delmas Vieljeux*, *Rec. CCJA*, n° 22, 2008, p. 150). Cette solution est raisonnable dans son principe ; et il est préférable que, dans chaque cas où elle est confrontée au droit national, la CCJA recherche l'interprétation qui est en vigueur dans l'État dont émane la règle (*Ngoumtsa Anou (G.)*, *OHADA, Jurisclasseur droit international*, 5, 2010, *Fasc. 170*, n° 32). Cette solution logique est également retenue par le juge communautaire européen (voir arrêt *Eurim-Pharin*, 16 avril 1991, port 15, C-347/89, *Rec. p. I-1747*).

Par ailleurs, alors que les textes semblaient interdire la distinction entre arbitrage interne et arbitrage international, la CCJA consacre cette distinction, inévitable dans certains cas (CCJA, arrêt n° 045/2008, 17 juillet 2008, *Sonapra*, *Rec. CCJA*, n° 12, 2008, p. 66).

Enfin, de nombreux arrêts de la CCJA contiennent des solutions qui deviennent des références (voir *Les Grandes décisions de la CCJA, sous la direction de P.-G. Pougoué et S.S. Kwaté Tameghé, L'Harmattan, coll. Etudes africaines*, 2010, 692 p.).

Pour ce qui est des théories doctrinales développées au cours des dernières années, certaines ont inspiré les rédacteurs des Actes uniformes. Il en est ainsi en matière de sociétés commerciales.

En dehors du droit français, d'autres systèmes de droit ont également inspiré le droit OHADA.

B - Part des autres sources d'inspiration

6. Si un certain consensus semble se faire autour de l'idée que le droit africain en construction s'est inspiré aussi bien des règles de droit international (I) et de celles de la common law (II), les positions semblent être plutôt divergentes sur l'inspiration africaine des textes adoptés jusqu'à présent (III).

I - Apport du droit international au droit OHADA

7. Il ne fait pas de doute que le droit international est bien présent dans le nouveau droit communautaire des affaires. Il a été pris en compte à des degrés divers aussi bien dans les Actes uniformes déjà adoptés que dans ceux en cours d'adoption (*KENFACK DOUANJI (G.)*, *L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA*, *Penant*, n° 851, avril - juin 2005, p. 174). Les rédacteurs de ces différents textes se sont inspirés de textes internationaux majeurs tels que la Convention de Vienne de 1980 sur la vente de marchandises dont on retrouve les traces dans les règles relatives à la vente commerciale OHADA organisée par l'AUDCG (*GHESTIN (J.)*, *Traité des contrats. La vente internationale de marchandises par HEUZE (V.)*, *IGDJ*, 2000, p. 74 et sv. *Tout en reconnaissant que le droit OHADA s'inspire de la Convention, l'auteur a un regard très critique sur la manière dont les auteurs de l'Acte uniforme ont repris ce texte important, ce qui, selon lui, conduit à des difficultés de compréhension de l'Acte uniforme et à des problèmes de cohérence*), les règles de la CCI, les textes de la CNUDCI présentes en matière d'arbitrage ou de procédure collective ou encore la Convention relative au transport international de marchandises par route (CMR) qui a inspiré l'un des derniers Actes adoptés à savoir l'Acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route (*pour les commentaires de cet Acte uniforme, voir*, *SOSSA (D.)*, *OHADA Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, *Juriscope*, Bruylant, 2002. *Voir aussi BOKALLI (V. E.)*, *SOSSA (D.)*, *Le droit des transports, collection Bruylant, Bruxelles, 2007*). Sans qu'ils aient au sens strict du terme la valeur de convention internationale, les principes d'UNIDROIT ne sont pas absents non plus. S'ils ont surtout influencé l'avant-projet d'Acte uniforme sur les contrats (*voir FONTAINE (M.)*, *Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, *Revue de droit Uniforme*, 2004 - 2, p. 253 et sv), (*MONKAREE (A)° et GATSI (J.)*, *The draft OHADA uniform act on contracts and the UNIDROIT principles of international commercial contracts in L'effectivité du droit OHADA*, p. 207 et sv) qui est encore en cours d'adoption, on les retrouve également en matière de sûretés.

La présence de ces normes de droit international privé dans les règles matérielles de l'OHADA pré-

sente un double avantage. Elle facilite les transactions internationales ; ainsi les investisseurs étrangers qui souhaitent contracter avec des entreprises situées sur le territoire de l'OHADA auront, lorsque cela s'impose, à appliquer des normes et des concepts qui ne leur sont pas totalement nouveaux parce qu'ils correspondent à ceux utilisés habituellement dans d'autres relations commerciales. Par ailleurs, au sein même des États membres, les règles de l'OHADA bien que nouvelles ne seront pas totalement étrangères aux Acteurs économiques, puisque la plupart des États sont membres de ces organisations internationales ou signataires des différentes conventions internationales. Cette quasi-familiarité avec les normes présente l'intérêt de faciliter l'acceptation et l'application des différents textes.

8. Cela étant, il faut manier les principes et règles du droit international avec circonspection et doigté. La question qui transparaît est de savoir si le champ d'application des Actes uniformes est national, transfrontalier ou international. Le Traité de l'OHADA est clair. Par l'harmonisation, il s'agit d'adopter des règles communes, simples, modernes et adaptées à la situation de l'économie des États parties. En d'autres termes, chaque État partie doit être doté de cette législation qui revêt les caractères d'une législation interne. Dès lors, les Actes uniformes doivent être conçus de manière à s'appliquer aux situations internes avec, le cas échéant, des nuances particulières pour leur application sur la scène internationale. Ainsi, par exemple, en organisant les procédures collectives d'apurement du passif, l'Acte uniforme aborde aussi la « faillite internationale ».

Malheureusement, l'on observe une certaine tendance à s'inspirer presque exclusivement des règles ou des principes imaginés pour le commerce international. Les Actes uniformes adoptés dans cet esprit risquent d'être inadaptés à la vie juridique et économique interne. Le glissement est net dans l'Acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandise par route. Et l'on se rend compte déjà combien cet instrument est difficilement applicable au contrat interne de transport de marchandises par route (*Batouan, Le droit OHADA des transports de marchandises par route, thèse, Nantes, 2007*). Le projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats appelle la même observation. La référence, c'est les principes d'UNIDROIT. Or, ces derniers sont conçus pour les contrats de commerce international qui, on le sait, sont plus flexibles que les contrats nationaux. Les principes d'UNIDROIT doivent dès lors être maniés avec clairvoyance pour moderniser un système juridique sur des points précis. Ils ne peuvent que très imparfaitement servir de modèle pour une théorie générale du droit des contrats civils et commerciaux, internes et internationaux. L'Acte uniforme adopté dans ces circonstances pourra être adapté aux contrats transfrontaliers et aux relations du commerce international, mais il ne le sera pas s'agissant des contrats civils et commerciaux internes.

II - Apport de la common law

9. La common law fait partie des grands systèmes de droit dans le monde. On comprend donc qu'ait été très tôt envisagée la question de l'apport de ce droit. Il faut préciser qu'il ne s'agit ici que de l'apport direct parce que certaines règles de la common law se retrouvent déjà indirectement dans celles du droit OHADA à travers le droit international (*DATE-BAH (K.), The UNIDROIT principles of International Commercial Contracts and the harmonisation of principles of commercial contracts in west and central Africa : reflections on the OHADA project from the perspective of a common lawyer from west Africa, Revue de Droit Uniforme, 2004- 2, p. 269 et sv*). D'un autre point de vue, l'intérêt suscité par la place de ce système juridique s'explique dans une certaine mesure par le fait que certains pays membres de la nouvelle organisation, à l'exemple du Cameroun en particulier, appliquent au moins partiellement ce système.

En ce que le droit uniforme OHADA reprend, comme on l'a vu, certaines grandes constructions du système romano-germanique à travers le droit français, on serait tenté d'en déduire assez facilement et rapidement qu'il est par conséquent suffisamment éloigné des règles de la common law qui constituent un autre système juridique. Toutefois, l'on ne saurait, à partir de cette première impression, conclure directement à une sorte de dualité ou de conflit entre l'OHADA et la common law (*Sur les rapports entre l'OHADA et la common law, on lira par exemple : FORNERIS (X.), Harmonising commercial law in Africa : the OHADA, Juridis Périodique, n° 47, juil. - août - sept. 2001 ; p. 77 et sv. ; TEMGAH NYAMBO (J.), OHADA : organisation for the harmonisation of business law in Africa : prospects and challenges, Juridis Périodique, oct. - nov. - déc. 2000, p. 87 et sv. ; TEMGAH NYAMBO (J.), The legal system of trial in Cameroon : implementing the OHADA Treaty in Anglophone Cameroon, Juridis Périodique, juil. - août - sept. 2001, p. 100 et sv. ; EKOME (E.), Reflections on the applicability of OHADA in anglophone Cameroon, Juridis Périodique, n° 61, janv. - fév. - mars 2005, p. 75 et sv*). Il importe, en y apportant une certaine rigueur scientifique, d'approfondir la réflexion pour établir la réalité et l'étendue des rapports entre les règles de l'OHADA et celles de la common law.

10. Il faut commencer par rappeler que l'OHADA n'ayant vocation à régir que le droit des affaires alors que la common law, comme les autres systèmes de droit, comporte des règles qui vont bien au-delà de ce domaine, le premier système a un domaine plus circonscrit que le second, même si l'on envisage l'extension du domaine de l'OHADA. Par ailleurs, l'OHADA comporte aussi bien des règles de fond que des règles de procédure, ce qui signifie qu'il faudrait autant que possible préciser si la comparaison concerne les règles de fond ou encore les règles matérielles ou au contraire les règles de procédure qui se révèlent être suffisamment

différentes (TEPPI KOLLOKO (F.), *Droit et pratique de la common law à l'épreuve du droit OHADA*, *Penant* n° 856, juillet - septembre 2006, p. 345 et sv. not. 348).

Il s'agit de faire des propositions concrètes de règles techniques ou de règles de procédure qui pourraient, si elles étaient mises en œuvre, améliorer l'application de l'OHADA dans les États anglophones, tout en permettant d'atteindre les objectifs assignés à l'OHADA et en assurant la cohérence et la cohésion de l'ensemble. Certains auteurs s'y sont essayés (NAH (T. F.), *Pre-incorporation contracts and the impossibility of ratification under common law*, *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, T.6, 2002, p. 69 et sv. *L'auteur dans cet article qui porte sur le sort des Actes passés avant l'immatriculation de la société montre que...* Dans le même sens EKOME (E.), *Promoters and pre-incorporation transactions at common law and under the the uniform act*, *Juridis Périodique*, n° 49, janv. - fév. - mars 2002, p. 110 et sv. Voir aussi : NZALIE (J. E.), *Reflecting on OHADA law reform mission : its impact on certain aspects of company law in anglophone Cameroon*, *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, T.6, 2002, p. 97 et sv. *L'auteur de cette contribution part de quelques aspects du nouveau droit des sociétés pour les comparer aux règles de common law applicables en la matière dans la partie anglophone du Cameroun* ; EKOME (E.), *Public issue of shares under the companies ordinance and the uniform act of the OHADA treaty*, *Juridis Périodique*, n° 50, avril - mai-juin 2002, p. 95 et sv. *L'auteur de cet article qui porte sur l'appel public à l'épargne compare la common law et la législation OHADA en insistant sur l'apport de la common law s'il avait été pris en compte et les insuffisances qui pouvaient découler de la non application des règles antérieures*) et quelques solutions pratiques ont été proposées comme la possibilité d'admettre des juges de common law au sein de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui est la plus haute instance judiciaire (MONKAREE (A.), *The necessity to embrace the OHADA system by the Anglophone african countries in L'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, 2006, p. 15 et sv. *Spec. p. 24- 25. Voir cependant la suite des développements de l'auteur qui relativisent largement cette proposition*) de l'organisation. Acceptable en soi, cette proposition n'aura pas pour autant de réels effets positifs tant que les règles de fond qu'ils auront à appliquer ne sont pas celles de la common law et que la procédure applicable devant cette cour est différente de celle connue dans le système juridique anglo-saxon.

11. Le Cameroun constitue de ce point de vue un bon terrain d'expérimentation, car les Actes uniformes doivent y être appliqués par des juridictions relevant de la common law, encore que l'organisation judiciaire du Cameroun est unique. L'exemple du code de procédure pénale camerounais récemment adopté et qui est entré en vigueur depuis janvier 2007 pourrait à

cet effet servir de modèle. En effet, ce code combine à la fois des règles de procédure du système civiliste et celles du système de common law. Il est vrai que ce code est, pour l'instant, diversement apprécié et qu'il faudra attendre un certain temps pour savoir si l'expérience a été réussie.

Il est vrai que sur de nombreux points, des différences de fond existent entre l'OHADA et la common law s'agissant surtout des concepts utilisés ici et là (NGUIHE KANTE (P.), *Le domaine d'application du nouveau droit des sociétés commerciales de l'OHADA*, *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, T.6, 2002, p. 77 et sv. not 82 et sv. *Cet auteur en se limitant à l'exemple des règles du droit des sociétés commerciales montre les difficultés d'application hors des pays francophones. Il affirme ainsi que : « En tout état de cause, une extension du droit des sociétés commerciales de l'OHADA aux États africains non francophones suppose une réforme dont la teneur puisse ménager une place à des principes qui ne relèvent pas exclusivement du droit romano-germanique et surtout à des principes de common law » ; voir surtout NAH (T. F.), *pre-incorporation contracts and the impossibility of ratification under common law*, *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, T.6, 2002, p. 69 et sv.). Et c'est le lieu de faire appel si nécessaire au droit comparé (voir EKOME (M.), *Promoters and pre-incorporation transactions*, *préc.*, *spéc. p. 111 et sv. Plus généralement, TAMKO (V. A.M.), Le droit comparé, une arme absolue pour l'harmonisation du droit au Cameroun*, *Le messenger*, n° 1897, vendredi 10 juin 2005, p. 12).*

III - Inspiration africaine du droit OHADA

12. Il faut au préalable se mettre d'accord sur ce qu'il faut comprendre par l'inspiration africaine (Voir dans le même sens, FONTAINE (M.), *Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, *Revue de droit uniforme*, 2004- 2, p. 253 et sv. *spéc. p. 259 qui s'interroge sur le sens d'une expression quasi identique celle de « spécificités africaines »*). L'inspiration africaine signifie-t-elle la coutume ou la tradition africaine ? Renvoie-t-elle plutôt au droit positif antérieur, c'est-à-dire celui applicable dans les États avant l'avènement de l'OHADA qui englobe aussi bien la loi écrite que la jurisprudence ? Auquel cas, il s'agira de se demander si certaines des règles existantes ont été reprises sans tenir compte du fait qu'elles soient nécessairement adaptées aux réalités actuelles (b). Par ailleurs, il faut tenir compte de la controverse qui est presque toujours inévitable autour de la notion de droit africain. Il faut aussi voir si à travers cette question il ne s'agit pas simplement de poser le problème de l'adaptation des règles nouvelles aux réalités sociales, culturelles et économiques africaines (a).

Il faut donc envisager la question successivement sous ces deux aspects.

a - Prise en compte des réalités africaines dans l'élaboration des normes OHADA

13. Selon J.L.BERGEL (*La relativité du droit ? Revue de recherche juridique*, n° 3/1986, p. 13 et sv. not. p. 16) : « Il faut que le droit soit compatible avec les aspirations des peuples et l'opinion publique pour que le corps social ne le rejette pas. Sinon, faute de pénétrer dans l'ordre juridique il reste lettre-morte et perd toute effectivité ».

L'Afrique est une, mais en même temps elle est diversifiée et ses réalités sont elles-mêmes contingentes, appelées à évoluer, ce qui suppose un travail préalable de fond pour faire le tri et ne retenir que celles qui vont dans le sens d'une plus grande justice, d'une amélioration de l'État de droit. S'agissant du domaine spécifique du droit des affaires, certaines réalités existent comme la forte utilisation de la monnaie fiduciaire ; d'autres pratiques sont plus limitées et critiquables comme la rétention des titres fonciers, la pratique des chèques de garantie ; d'autres encore ont une portée juridique assez discutée du fait de la délicatesse juridique voire politique des problèmes qui les sous-tendent. C'est le cas spécifiquement pour les « droits précaires conférés par les États sur les domaines nationaux » et qui ont pour qualification : permis d'habiter, d'exploiter, impenses, etc. (ISSA SAYEGH (J) *La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA*, Penant, n° 851, avril-mai-juin 2005, p. 150 et sv. Spéc. p. 155 ; KALIEU (Y), *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, thèse, Montpellier I, 1995, p.).

Certains auteurs, de manière parfois excessive, affirment que l'inspiration africaine est totalement absente dans les Actes uniformes (VIVIER (J.L.), *L'OHADA ou l'unification du droit des affaires africain*, Droit et patrimoine, n° 72, Juin 1999, p. 41 qui s'appuie sur quelques faits tels que l'exigence de majorité qui n'est pas prise en compte dans les pays africains, la non-prise en compte du secteur informel par rapport à l'exigence de l'immatriculation au RCCM comme condition d'exercice de l'activité commerciale, la non-prise en compte des terrains non immatriculés pour les hypothèques. Voir aussi Bourel (P), *À propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*. Recueil Dalloz, 2007, N° 14, pp 969 à 972) alors que d'autres sont plus nuancés. Pour une autre catégorie d'auteurs en effet, les rédacteurs des Actes uniformes ont fait preuve d'une imagination suffisante pour prendre en compte les spécificités africaines qui doivent être entendue ici comme : « les circonstances de fait et les données sociologiques qui prévalent dans différents pays, et qui peuvent avoir une incidence sur le choix des règles juridiques les plus appropriées », (FONTAINE (M.), article précité, p. 259). Ils l'illustrent

à travers les dispositions spécifiques de certains Actes uniformes. Ainsi, le bail commercial dont les règles sont uniquement applicables dans les villes de plus de cinq mille habitants (LOHOUES-OBLES (J), *L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique*, RIDC, n° 3- 1999, p. 543 et sv. spéc., p. 564 ; D. TAPIN et EPESSÉ (H.), *op. cit.*) ; les nouvelles formes de sociétés commerciales et de groupements tels que le groupement d'intérêt économique et la société en participation, qui traduisent le souci de prendre en compte l'activité économique exercée dans le cadre du secteur informel (voir, BOLMIN (M.), BOUILLET-COORDONNIER (G.) et MEDJAD (K.), *Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc*, Journal de droit International, Clunet, 1994, p. 375 et sv. spéc. p. 385. Dans le même sens, Y. GUYON, *Petites affiches*, n° spéc., préc., p. 60) ou encore l'exigence de l'Acte authentique pour la constitution des sociétés commerciales. Les exemples donnés ici et là ne coïncident pas toujours et on peut même dans certains cas noter une certaine contradiction en ce que ce qui est présenté ici comme un apport est considéré ailleurs comme une simple reproduction d'une loi étrangère.

14. Cependant, il y a des réalités incontournables et sur lesquelles l'unanimité se fait comme le taux très faible d'alphabétisation. C'est ce qui explique sans aucun doute les solutions particulières adoptées, à l'exemple du mécanisme de protection des cautions dans la formation du contrat de cautionnement (KALIEU (Y), *La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA* ; *juridis périodique*, 2003, p. ; GRIMALDI (M), *L'Acte uniforme portant organisation des sûretés in Petites affiches*, n° spéc., p. 30 et sv. not ; p. 32.). En effet, il ressort désormais de l'article 4 alinéa 3 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés l'exigence formelle de la présence des témoins en cas de cautionnement impliquant des personnes illettrées lorsque celles-ci interviennent dans l'Acte en qualité de cautions (ANOUKAHA (F.), *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, 1998, p. ; ISSA SAYEG (J.), *commentaires sous article de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in Traité et Actes uniformes OHADA commentés*, *juriscope*, 2002, p., KALIEU (Y.), *La mention manuscrite*, article précité, p. ; KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, collection *vadémécum*, 2007, p). La persistance de cet important taux d'analphabètes pourrait également influencer certaines règles futures, par exemple en matière de formation des contrats.

Dans certains cas, les rapprochements avec les réalités africaines sont assez audacieux. C'est ainsi qu'un auteur a, il y a quelques années, comparé la CCJA dans son rôle de troisième degré de juridiction, à un « conseil de sages à l'africaine » (KENFACK DOUAJINI (G), *Les conditions de la création dans l'espace OHADA d'un environnement juridique favorable au dévelop-*

pement, *Revue Juridique et Politique Indépendance et coopération*, n° 1, janvier-avril 1998, p. 39).

On aura compris l'ampleur de la question de la prise en compte des réalités ou plus précisément de la meilleure connaissance du milieu dans l'élaboration des Actes uniformes. Pour certains Actes uniformes, il pourrait être très indiqué de procéder au préalable à des enquêtes sociologiques et à des études d'impact.

b - Intégration des règles de droit africain antérieur dans le droit OHADA

15. Il s'agit ici de procéder à une sorte d'identification des règles qui existaient antérieurement dans les diverses législations des États parties et qui se retrouvent dans le nouveau droit OHADA. Le résultat est alors de montrer qu'il n'a pas été fait table rase du passé. Il n'est donc pas utile ici de rechercher si les règles reprises sont ou non adaptées, ni par ailleurs de rechercher la source d'inspiration première de ces règles.

A priori, il apparaît que le droit africain antérieur n'est pas totalement absent du nouveau dispositif. Quelques exemples peuvent être donnés à titre illustratif. La procédure d'injonction de payer était déjà connue dans certains pays comme le Cameroun et le Sénégal et a seulement été reprise avec quelques modifications dans l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution. Dans le même sens, l'exigence de l'inscription des sûretés mobilières au registre du commerce et du crédit mobilier, l'une des innovations significatives du nouveau droit commercial de l'OHADA, a été en réalité inspirée par la législation sénégalaise antérieure. Il est vrai que le droit communautaire va plus loin que le droit sénégalais dans la détermination des sûretés soumises à cette formalité (KONE (M.), *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, Bibliothèque de droit privé*, T. 406, LGDJ, 2003, n° 353 et sv. ; n° 62 et sv.). Le droit des sociétés guinéen a également constitué une source d'inspiration importante pour certaines des principales règles qui régissent désormais les sociétés commerciales. Enfin, c'est à l'exemple de la législation sénégalaise une fois de plus que le droit de rétention est désormais considéré comme une sûreté autonome à laquelle sont consacrées un ensemble de règles propres (ISSA SAYEGH (J.), *Le droit de rétention en droit sénégalais cité par LOHOUES-OBLES (J), l'apparition d'un droit international des affaires en Afrique*, RIDC, n° 3- 1999, p. 543 et sv. spéc., p. 567, note 43. *Ce qui est resté pendant quelques années comme une spécificité du droit OHADA ne l'est plus depuis que l'ordonnance française du 23 mars 2006 qui modifie le droit des sûretés en France a fait également du droit de rétention une sûreté à part entière dont le régime est toutefois légèrement différent de celui de l'OHADA*).

§2 - Nature juridique du droit OHADA

16. La question de la nature juridique de l'OHADA (voir entrée OHADA) se pose à la suite de celle de la force juridique singulière des Actes uniformes OHADA (voir entrée *Actes uniformes*). Il s'agit concrètement de caractériser le droit (B) grâce à l'identification de certains éléments (A).

A - Éléments de caractérisation

17. Quatre éléments caractérisent le droit OHADA et permettent de saisir sa nature juridique.

C'est d'abord la nature de l'organisme qui l'édicte, à savoir l'OHADA. Celle-ci n'est pas une communauté ni politique ni économique à l'instar de l'Union Africaine, de l'UEMOA ou de la CEMAC. L'OHADA est une organisation interétatique conçue exclusivement comme un outil technique. À partir de là, on peut déduire que le droit OHADA n'est pas un droit communautaire comme l'est le droit de l'UEMOA ou le droit de la CEMAC (voir entrée OHADA).

C'est ensuite la détermination du champ spatial de l'Acte uniforme. Aux termes de l'article 1^{er} du Traité de l'OHADA, l'objet de celle-ci est « *l'harmonisation du droit des affaires dans les États parties...* ». Les Actes uniformes précisent à leur tour la nécessité, pour leur applicabilité, d'un lien avec au moins un État membre. De l'ensemble de ces textes, il résulte que le droit OHADA s'applique aux rapports juridiques dont les éléments sont localisés à l'intérieur d'un État membre, entre les États membres et entre un État membre et un État tiers ; en revanche, il ne s'applique pas aux rapports localisés exclusivement entre des États tiers.

C'est également le procédé retenu par l'OHADA pour prendre ses normes. Le seul procédé est en effet l'uniformisation voire l'unification. Ainsi dans tous les États membres, le droit OHADA est identique. Il n'y a pas place à des différences ou à des nuances (article 5 du Traité OHADA ; voir entrée OHADA).

C'est enfin la force juridique du droit OHADA. Bien que ce droit soit secrété par une organisation identique, les pères fondateurs de l'OHADA ont voulu le doter de quatre effets énergiques de la supranationalité : l'applicabilité immédiate, l'effet direct, la primauté, l'effet abrogatoire (article 10 du Traité de l'OHADA ; voir entrée Acte uniforme)

B - Caractérisation

18. De la lecture des quatre éléments précédents, apparaît nettement la nature juridique du droit OHADA.

Ce dernier revêt le caractère d'une législation nationale, mais identique dans tous les États membres de l'OHADA, avec un statut privilégié fondé sur la supranationalité voulue par les pères fondateurs de l'OHADA.

Tout Acte uniforme tient lieu de loi dans chacun des États parties. Avec les autres normes internes non OHADA, le droit OHADA forme le système juridique du pays donné.

Mais, ce pan du système juridique, parce qu'il est élaboré par un organisme interétatique, a une certaine suprématie sur le bloc de droit interne non OHADA.

§3 - Apport scientifique du droit OHADA

19. Le droit secrété par l'OHADA, tout en contribuant à l'évolution juridique des pays membres, a aussi enrichi sensiblement l'évolution du droit tout court. Pour ne s'en tenir qu'aux Actes uniformes actuellement en vigueur, l'on constate un double apport significatif du droit OHADA, d'abord à la théorie générale du droit (A) ensuite, à la construction de la théorie contemporaine du contrat qui est, on le sait, au cœur du droit des affaires (B).

A - Droit OHADA et théorie générale du droit

20. Certaines classifications et grandes divisions du droit telles qu'héritées du système romano-germanique, font depuis quelques années, l'objet de critiques et de remises en cause incessantes. Le nouveau droit OHADA apporte une contribution intéressante aux différents débats en cours et les positions qu'il adopte, même si elles ne pas toujours clairement exprimées, sont cependant fermes aussi bien pour ce qui est du dépassement de la distinction entre le droit privé et le droit public (I) qu'en ce qui concerne la distinction entre le droit civil et le droit commercial (II).

I - Dépassement de la distinction droit privé et droit public

21. Des grandes classifications du droit, la classification qui oppose les règles du droit privé à celles du droit public a longtemps été présentée comme la *summa divisio* la plus importante. Relèvent du droit privé l'ensemble des règles juridiques qui organisent les rapports des particuliers entre eux et du droit public celles relatives à l'organisation de l'État et aux rapports de l'État avec les particuliers. Cette classification fait partie de l'héritage juridique des pays de l'OHADA. Les remises en cause dont est l'objet cette distinction sont telles que l'on peut désormais dire que l'on assiste à son décloisonnement voire à son dépassement.

Pour ce qui est de l'OHADA, la manifestation la plus apparente de ce dépassement est certainement la soumission plus affirmée des personnes morales de droit public aux différents Actes uniformes OHADA (*AQUEREBURU (C.), L'État, justiciable de droit commun dans le Traité de l'OHADA, Penant n° 832, janvier - avril 2000, p. 48 et sv.*). Il est vrai que le mouvement était déjà amorcé dans quelques législations nationales des pays de l'OHADA, ce qui pourrait conduire à minimiser l'apport du droit OHADA. Pourtant, la transformation du rôle de l'État qui se présente de plus en plus comme un Acteur économique est inéluctable et elle s'exprime à travers la soumission plus affirmée de l'État aux règles de droit privé (a) et la limitation des prérogatives de puissance publique de cet État (b).

a - Soumission progressive de l'État aux règles de droit privé

22. De plus en plus nombreuses sont les règles de droit privé issues des Actes uniformes qui n'excluent plus l'État de leur champ d'application. Il s'agit d'un choix justifié car « Dans un but de protection et de promotion des relations d'affaires et d'instauration d'un espace juridique et judiciaire sain, transparent et favorable aux investissements, l'option a été faite en faveur de l'extension maximale du champ d'application du droit des affaires en direction des personnes semi-publiques et publiques » (*SAWADOGO (F.M.), Les Actes uniformes de l'OHADA (aspects techniques généraux), www.obada.com, obadata D- 05- 40, p. 7.*)

Qu'il s'agisse de nouvelles mesures de traitement des difficultés des entreprises, des règles régissant les sociétés commerciales ou de celles relatives aux voies d'exécution ou à l'arbitrage, elles ont un champ d'application *rationae personae* qui s'étend désormais aux personnes morales de droit public.

23. Le nouveau droit OHADA des procédures collectives, tout en s'assouplissant avec l'introduction de nouvelles procédures destinées moins à sanctionner qu'à protéger les entreprises, à l'exemple de la procédure de règlement préventif, s'est progressivement étendu aux personnes autres que les commerçants auxquels ses dispositions étaient exclusivement appliquées jusqu'alors. Cette extension s'est surtout faite en faveur des groupements (*car les personnes physiques en dehors des commerçants y restent encore exclus, ce qui est à l'inverse du mouvement observé ailleurs et même dans certains pays de l'OHADA antérieurement à l'entrée en vigueur de ce nouveau droit. Lire en ce sens, POUGOUÉ (P.G.) et KALIEU (Y), L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, PUA, 1999, n° 23 et sv. ; TIGER P., Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA, Petites affiches, n°spéc. L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, 13 octobre 2004, P. 35*

et sv ; spéc. p. 37 ; *POUGOUÉ (P.G.) et FOKO (A), Le statut du commerçant dans l'espace OHADA, PUA, collection Vademecum, 2006, p. 180 et sv.*, *SAWADOGO (M), Commentaire code jurisclope*) et particulièrement des personnes morales de droit public qui y sont désormais soumises comme cela ressort de l'article 2 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (*Article 2 AUPCAP 1. «Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif.*

Le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui, quelle que soit la nature de ses dettes, connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise»). Toutefois, la portée de cette extension reste limitée car l'État et les collectivités territoriales restent exclus de ces procédures.

24. S'agissant du droit des sociétés commerciales, les auteurs (*POUGOUÉ (P.G.), Les sociétés d'État à l'épreuve du droit OHADA, Juridis périodique, n° 6, janvier-février - mars 2006, p. 99 et sv*) sont unanimes pour reconnaître que son champ d'application s'est sensiblement modifié pour s'étendre aux sociétés autres que celles qui relèvent du droit privé (*POUGOUÉ (P.G.) et al., Droit des sociétés commerciales, PUA, 1998, ; NGUIHE KANTE (P.), Le domaine d'application du droit des sociétés commerciales OHADA, Annales de la Faculté des Sciences juridiques et Politiques de l'Université de Dschang, T., n° spéc. Droit OHADA- CIMA, p.*

25. Le droit de l'arbitrage n'est pas en reste, car il est désormais acquis que l'État peut être partie à une convention d'arbitrage, nonobstant ses prérogatives de puissance publique (*KENFACK DOUAJINI (G.) ; TOUVENOT (S) et al. Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage, JCP éd. E, suppl. n° 5 du 2 octobre 2004. L'OHADA, Dix ans d'uniformisation du droit des affaires en Afrique, P. 28 et sv. ; L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, sous la direction de FOUCHARD (F), Bruylant, 2000, spéc. KAMTO (M), La participation des personnes morales africaines à l'arbitrage OHADA, p. 89 ; POUYOUÉ (P.G.) et FOKO (A), Le statut du commerçant dans l'espace OHADA, PUA, collection Vademecum, 2006, p. 140 et sv.*

26. Enfin, on ne peut pas oublier qu'en matière de voies d'exécution certaines des innovations apportées ont pour but de favoriser l'application des règles prévues à l'État (*ANOUKAHA (F.) et TJOJEN (A.D.), Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA, PUA, coll. Droit uniforme, 1999*). Il est vrai que le principe reste que l'État bénéficie du privilège de l'immunité d'exécution (*SOH (M), Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le*

pas-droit de ne pas payer ses dettes, Juridis Périodique, n° 51, juil. - août - sept. 2002, p. 89 et sv) même si des voix de plus en plus nombreuses s'élèvent pour dire que cette règle doit être restrictivement interprétée. Dans une certaine mesure, la nouvelle règle qui permet la compensation des dettes de l'État avec celles qu'il détient sur des personnes de droit privé peut être vue comme un amenuisement de la puissance de l'État.

Le mouvement n'est pas propre au droit OHADA. Depuis quelques années les règles de concurrence communautaire qu'il s'agisse de celles de l'UEMOA ou de celles de la CEMAC s'appliquent également aux États (*ces règles sont contenues dans des séries de textes qui sont pour l'UEMOA les différents règlements adoptés en 2002*).

b - Limitation des prérogatives de puissance publique de l'État

27. Les règles du droit OHADA sont pour la plupart d'ordre public. Ainsi en est-il en matière de droit des sociétés ou encore de procédures collectives. Il n'est dès lors pas possible pour l'État et les entreprises publiques et parapubliques de prévoir dans les contrats des règles contraires ; de même, il n'est pas possible pour le législateur de prendre des textes internes qui contrediraient le droit OHADA. Ainsi le droit public économique interne devrait être restreint strictement à ce qui est particulier au sens de l'article 916 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique (*POUGOUÉ (P. G.), Les sociétés d'État à l'épreuve du droit OHADA, Juridis Périodique, n° 6 janvier - mars 2006, pp. 99 et sv*).

La difficulté sera celle d'assurer l'effectivité de ces mesures. Par exemple en matière de voies d'exécution, il faudrait que les parties puissent attirer l'État devant les juridictions. De même, en matière de procédure collective, il faudrait mesurer l'effectivité des règles prévues à la capacité des débiteurs personnes physiques ou morales à engager par exemple une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre une entreprise d'État.

II - Droit OHADA et distinction droit civil et droit commercial

28. Il est admis de plus en plus que la distinction qui oppose le droit civil au droit commercial est loin d'être étanche, ce qui explique les nombreux artifices utilisés ici et là pour la relativiser. Le droit OHADA n'a pas été insensible à ce mouvement.

En choisissant d'englober dans le droit des affaires certaines matières telles que le droit des sûretés, les voies d'exécution qui font partie de ce que l'on peut qualifier de bloc civiliste du droit des affaires ou de droit civil des affaires, le droit OHADA a choisi d'appréhender autrement la distinction droit civil et droit commercial.

Mais ce nouveau droit est allé au-delà de cet aspect formel pour approfondir l'approche de la distinction.

Il apparaît donc que ce droit s'éloigne progressivement de la distinction classique (a) qui est remplacée par une autre distinction entre le droit des professionnels et le droit des non-professionnels (b).

a - Relatif abandon de la distinction droit civil et droit commercial

29. S'il s'agit d'un mouvement qui imprègne tout le droit uniforme OHADA, quelques exemples précis qui concernent le droit des sûretés, le registre de commerce et du crédit mobilier, le bail commercial et l'arbitrage permettront de l'illustrer.

1 - À travers l'uniformisation du régime des sûretés

30. L'évolution qu'a connue le droit des sûretés a conduit entre autres à établir une distinction surtout en droit français entre les sûretés qui relèvent du droit civil et celles qui relèvent du droit commercial. La distinction tenant moins à la nature des sûretés qu'au régime de ces sûretés. Cela est vrai aussi bien pour les sûretés personnelles que pour les sûretés réelles.

31. S'agissant d'abord des sûretés personnelles et pour prendre le cas du cautionnement, une distinction était établie - tout au moins en doctrine et en jurisprudence - entre le cautionnement civil et le cautionnement commercial. Certes le cautionnement, sûreté personnelle, est un contrat régi par les règles de droit civil ; mais il est apparu ces dernières années que le contrat était davantage souscrit dans le cadre de relations commerciales, ce qui a abouti à la difficile et délicate distinction entre le régime des cautionnements dits civils et celui des cautionnements dits commerciaux. Cette distinction s'appliquait par exemple aux règles de preuve. La réforme du droit des sûretés intervenue en mars 2006 en droit français n'a pas remis en cause cette distinction.

Pourtant, cette distinction si importante soit-elle, n'a pas été reprise en droit OHADA, de sorte qu'à la lecture de l'Acte uniforme sur les sûretés, on ne peut pas faire la part entre les règles uniformes qui sont propres au cautionnement civil et celles qui s'appliquent uniquement au cautionnement commercial. Le texte donne d'ailleurs une définition unique du cautionnement.

Ensuite dans le même sens, si les règles relatives à la mention manuscrite (KALIEU (Y.), *La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA*, *Juridis périodique*, Juil.-août-sept. 2003, p. 109) qui relèvent d'une construction technique originale (Contra : GRIMALDI (M.) in *Les petites affiches*, n° spéc. précité, P. 30 et sv., spéc. p. 33 qui considère qu'il ne s'agit que d'une reproduction de solutions acquises en droit français in *L'Acte uniforme portant organisation des sûretés*) et qui ont été organisées dans

un but de protection des cautions dites profanes pour la plupart des cautions civiles ont été reprises en droit uniforme, elles se trouvent désormais dégagées autant des règles du droit commun de la preuve des Actes civils que du régime de liberté de preuve de droit commercial connue jusqu'alors.

Enfin, le principe selon lequel le cautionnement est désormais solidaire sauf volonté contraire des parties ou si la loi d'un État en dispose autrement (voir *Du Cautionnement solidaire Penant*, 2006. KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, PUA, collection *Vademecum*, 2007, p) ne traduit pas seulement le souci de « coller » à la pratique bancaire en vigueur dans les pays membres et qui avait fini par imposer cette règle, mais va plus loin pour marquer le délaissement progressif de la distinction entre deux types de cautionnement que sont le cautionnement simple et le cautionnement solidaire. Dans le même temps, il faut y voir une extension du principe de la présomption de solidarité applicable à la caution commerciale à la caution civile, étant donné par ailleurs que l'Acte uniforme ne distingue ni expressément ni implicitement entre le cautionnement civil et le cautionnement commercial.

32. Pour ce qui est des sûretés réelles ensuite, il faut surtout s'intéresser au gage (*au sens donné par le droit OHADA à l'article 44 de l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés selon lequel : « le gage est le contrat par lequel un bien meuble est remis au créancier ou à un tiers convenu entre les parties pour garantir le paiement d'une dette »*. La nouvelle définition du gage en droit français, celle issue de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés est désormais différente. Le gage est défini à l'article 2333 nouveau du code civil comme : « Une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels ou futurs ». L'expression gage est donc désormais réservée aux gages de biens corporels et celle de nantissement qui lui était jusque-là synonyme aux gages des biens incorporels. C'est en ce sens qu'il faut aussi comprendre l'article 2329 nouveau du code civil qui distingue quatre sûretés sur les meubles (en plus du gage et du nantissement, il y a les privilèges mobiliers et la propriété retenue à titre de garantie)) qui est la sûreté réelle par excellence. Elle a pour effet la dépossession provisoire du constituant afin que le bien soit affecté en garantie au créancier qui exerce alors une emprise matérielle sur le bien dont il a désormais la possession. La matière fait l'objet des articles 44 à 61 de l'AUS initial du 17 avril 1997 et des articles 92 à 124 de l'AUS révisé le 15 décembre 2010 (la définition du gage, issue de l'AUS révisé, est différente de celle de l'AUS initial ; l'expression « gage » est désormais réservé aux gages de meubles corporels et l'expression « nantissement », jusque là synonyme, réservé aux meubles incorporels : voir article 92 et article 125 AUS révisé.

Alors qu'en droit français, aussi bien sous l'empire

des anciens textes principalement le code civil et code de commerce que depuis la dernière réforme des sûretés de mars 2006, on distinguait et on continue de distinguer entre le gage commercial et le gage civil, le régime du gage prévu par l'OHADA se démarque désormais par son unicité.

Cette sûreté connaît une double évolution (KONE (M.), *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, Bibliothèque de droit privé, T. 406, LGDJ, 2003, n° 342 et sv.* ; ISSA SAYEGH (J.) *commentaires sous Acte uniforme portant organisation des sûretés in Traité et Actes uniformes OHADA commentés, Juriscope, 2002, p. 642 et sv.* ; ANOUKAHA (F.), *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA, PUA, coll. Droit uniforme, 1998, passim*). D'une part, il est soumis à un régime formaliste par l'exigence de l'écrit pour sa constitution ; d'autre part, il est soumis à un régime unique de réalisation qui s'éloigne du régime applicable jusqu'alors et qui était différent suivant que le gage était qualifié de civil ou de commercial.

Dans une certaine mesure, le régime de certains gages spécifiques tel que le gage des stocks - ne prend pas en compte le fait que celui-ci porte sur un bien qui concerne l'activité commerciale ou non du constituant ou du bénéficiaire (*voir entrée Gage et Nantissement*).

2 - À travers l'élargissement des fonctions du registre du commerce et du crédit mobilier

33. On pourrait voir en l'institution du RCCM un mécanisme qui met à mal la distinction entre le droit commercial et le droit civil. L'institution du registre de commerce tel que connu pendant de nombreuses années était un élément qui permettait de distinguer les non commerçants des commerçants car seuls ces derniers étaient assujettis à une quelconque obligation d'inscription au registre du commerce. Ce répertoire purement commercial est lentement mais sûrement en passe de devenir un registre des activités économiques (LOHOUES - OBLE (J), *Innovations dans le droit commercial général in L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires, petites affiches, n° spéc., p. 8 et sv. not. P. 11*).

Désormais, le seul fait d'une inscription d'un Acteur ou d'une opération économique au registre du commerce ne permet pas de préjuger de la qualité de commerçant ou de la commercialité de l'Acte. On aurait pu en effet imaginer, pour conserver l'idée d'un droit commercial propre et autonome, l'institution, à côté du registre classique destiné aux commerçants et aux Actes de commerce, d'un registre spécialement destiné à recevoir les inscriptions des sûretés. Au lieu de cela, le législateur a en quelque sorte choisi de « désacraliser le registre de commerce » qui est entrain de devenir le registre des Acteurs et des activités économiques autrement dit le registre des opérateurs et des opérations économiques (KONE (M), *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, Bibliothèque de droit privé, T. 406, LGDJ, 2003, n° 353 et sv.* ; n° 62 et sv). (*Voir entrée RCCM*)

3 - À travers une nouvelle conception du bail commercial ou bail à usage professionnel

34. Si la question du bail commercial des non-commerçants ne s'est posée seulement depuis l'avènement du droit uniforme, le texte communautaire a, sur cette question, le mérite d'avoir adopté une position qui est dans le sens de l'extension. En effet, la loi étend désormais de manière assez sensible le domaine des bénéficiaires de ce bail (POUGOUÉ (P.G.) et FOKO (A.), *Le statut du commerçant dans l'espace OHADA, PUA, collection Vademecum, 2006, p. 116 et sv.* ; KONE (M), *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, Bibliothèque de droit privé, T. 406, LGDJ, 2003, n° 368 et sv.* ; *voir articles Penant*) qui sont non plus seulement les commerçants mais également les industriels, les artisans, les membres des professions libérales. Ce qui marque le plus dans cette évolution, c'est qu'elle a été faite en faveur des personnes civiles, même s'il s'agit pour la plupart de ceux ayant une activité économique. La seule condition supplémentaire exigée est que ces bénéficiaires puissent remplir par ailleurs les autres conditions telles celles relatives à la durée du bail. Renforçant cette tendance, l'AUDCG révisé du 15 décembre 2010 consacre une appellation plus adaptée, ce de bail à usage professionnel. (*Voir entrée Bail commercial ou bail à usage professionnel*)

4 - À travers l'extension du champ de l'arbitrage

35. Selon l'article 1^{er} de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage, l'Acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal se trouve dans l'un des États-parties. Le champ d'application de l'Acte uniforme n'est donc pas limité aux seuls arbitrages commerciaux. Dès lors, l'Acte uniforme s'applique tant aux arbitres civils qu'aux commerciaux. De même, il n'y a plus désormais de distinction entre arbitrage interne et arbitrage international. Est ainsi abandonnée la distinction entre commerçant et non-commerçant pour ce qui est de la possibilité de recourir à la clause compromissoire contrairement à la solution qui prévalait dans le code de commerce (POUGOUÉ (P.G.), FOKO (A.), *Le statut du commerçant dans l'espace OHADA, préc., p. 153 et sv*) (*voir entrée Notion d'arbitrage*).

b - L'émergence d'une nouvelle distinction entre droit des professionnels et droit des non-professionnels

36. L'expression « droit des professionnels » que beaucoup n'hésitent plus à utiliser (KONE (M), *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, Bibliothèque de droit privé, T. 406, LGDJ, 2003, p. 91, n° 366 et sv*) par opposition à celle de droit des non-professionnels fait son petit bonhomme de chemin. Pourtant, la notion même de professionnel est loin d'être unanimement

définie. Ce qui rappelle la notion antonyme de consommateur qui, bien qu'utilisée depuis plusieurs années déjà, ne fait pas encore l'objet d'un consensus dans son acception. Plusieurs définitions restent proposées, même si elles se rapprochent sensiblement les unes des autres (CALAIS AULOY (J.), STEINMETZ (F.), *Le droit de la consommation. préc.*, p. 7 pour qui le consommateur est défini comme : « une personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non professionnel ». La jurisprudence pour sa part a donné une définition légèrement différente. Dans un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris le 3 juillet 1998 (D. 1999, J., 249, note CHAZAL J.P.), le consommateur est défini comme : « la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit et ou le service acquis ». Cette définition a elle-même été critiquée par le commentateur de l'arrêt qui la trouve extensive et propose comme définition celle selon laquelle « le consommateur est celui qui contracte pour satisfaire des besoins extraprofessionnels et non dans le but de réintroduire postérieurement une valeur sur le marché »).

C'est parce que l'OHADA tend davantage à réglementer le droit des professionnels que le droit commercial au sens classique que l'on peut comprendre qu'elle intègre dans son domaine de compétence des matières que l'on pourrait a priori considérer assez éloignées du droit des affaires, à l'exemple du droit du travail. En effet, traditionnellement le droit du travail ne relève pas du droit commercial et l'objectif de cette discipline est de régir les rapports de travail surtout dans le sens de la protection des droits des travailleurs. Mais, si l'on considère que tant l'employeur que le travailleur contribuent tous à l'activité professionnelle, autrement dit en sont tous deux des Acteurs, on comprend que cette matière puisse être incluse dans le champ de l'OHADA.

En somme, comme on l'a relevé déjà « les auteurs du traité ont une conception extensive du droit des affaires : semblent y entrer toutes les matières ou questions intéressant le monde des affaires et des entreprises » (SAWADOGO (F.M.), *Les Actes uniformes de l'OHADA (aspects techniques généraux)*, *www.obadata.com*, D- 05 - 40, p. 6).

B - Droit OHADA à la théorie contemporaine du contrat

37. La théorie générale du contrat, si elle garde ses traits essentiels, est en constante mutation depuis quelques années sous l'influence de divers facteurs et données sociaux et économiques. Il est vrai que le projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats n'a pas encore été adopté et que finalement la contribution qui est celle du droit OHADA a été faite uniquement à partir du contrat de vente que le législateur OHADA a choisi de réglementer dans l'AUDCG initial du 17 avril 1997 et AUDCG révisé du 15 décembre 2010. Cela n'enlève rien

à cet apport lorsque l'on sait que la vente reste toujours le contrat type par excellence en dépit de l'apparition contemporaine de divers types de contrats innomés.

Le contrat forme un tout, mais chronologiquement il se divise en deux phases importantes que sont celle de sa formation et celle de son exécution (KALIEU (Y.), *La distinction de la formation et de l'exécution des contrats*, *Revue Afrilex*, décembre 2005, p. www.afrilex.u-bordeaux4.fr). Qu'il s'agisse de la formation du contrat (I) ou de son exécution (II), le droit OHADA apporte une contribution remarquable aux différents débats en cours sur ces différents aspects.

I - OHADA et formation des contrats

38. Le contrat est un mécanisme, un processus qui ne se limite assurément pas à la seule étape de sa formation. Mais celle-ci, au moins en ce qu'elle en est la première étape et qu'elle peut influencer considérablement l'exécution du contrat, se présente comme la plus importante. C'est également celle qui a suscité les débats doctrinaux les plus nourris. S'agissant du droit uniforme OHADA, il contribue au débat, car il permet un renouvellement de la théorie de l'offre (a) et d'autre part, apporte des éclairages nouveaux sur la question de la formation des contrats entre absents (b) et sur celle de l'interprétation des contrats (c) et sur les principes précontractuels (d).

a - Renouvellement de la théorie de l'offre

39. Malgré la complexification croissante de la formation des contrats (MOUSSERON (J.M.), GUIBAL (M.), MAINGUY (D.), *L'avant-contrat*, Éd. Francis Lefebvre, 2001 ; SCHMIDT (J.), *Négociation et conclusion des contrats*, D. 1982) surtout des contrats dits internationaux, complexification qui est marquée par un rallongement de la phase précontractuelle, la construction classique de la formation du contrat s'est faite autour de deux notions essentielles que sont l'offre et l'acceptation. Si cette construction qui est due pour une large part à la doctrine et à la jurisprudence est désormais largement partagée, elle ne s'est pour autant mise en place que de manière progressive car, à s'en tenir au système de droit civil, les dispositions du code civil consacrées à la vente ou aux contrats en général ne contiennent pas la notion d'acceptation encore moins celle de l'offre qui sont pourtant les deux maillons essentiels de la formation de tout contrat.

La construction d'une sorte de théorie de la formation du contrat, s'il faut la qualifier ainsi, n'est pourtant pas totalement achevée. Cela est vrai en droit international, c'est-à-dire pour ce qui concerne la formation du contrat de vente internationale (GHESTIN (J.), *Traité des contrats. La vente internationale de marchandises* par HEUZE (V.), LGDJ, 2000, p. 142 et sv. ; FETZE KAMDEM (I.), *L'offre*

dans les conventions du commerce international, *Revue de droit des affaires internationales*, n° 5, 2001, P. 527 et sv), car malgré la présence d'instruments internationaux, il y a quelques années encore l'interprétation de certaines dispositions en particulier celles contenues dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises était divergente au niveau des juridictions nationales appelées à appliquer et donc à interpréter ce droit unifié (DIESSE (F.), *L'application par les juridictions françaises de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, Contrats-concurrence-consommation*, n° 8-9, Août-sept. 2001, p. 7 et sv. Parmi les difficultés d'application évoquées par cet auteur, certaines concernent justement la formation du contrat vente internationale et particulièrement le problème de l'acceptation de l'offre ou encore la notion de contre-offre). Cela est encore plus vrai en droit interne et plus particulièrement en droit français où l'unanimité est loin d'être faite autour des notions d'acceptation et surtout d'offre (Terré (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 7^e éd., 1999, p. 106, n° 100 et sv).

40. Le droit OHADA, bien que d'apparition récente, apporte pour sa part, et cela n'a pas échappé à plusieurs auteurs (NSIE (E.), *La formation du contrat de vente commerciale en Afrique*, Penant, 1999, p. 5 et sv), une contribution intéressante à cette construction surtout pour ce qui est de l'offre. Tout en reprenant certains de ses éléments classiques, la législation africaine en ajoute de nouveaux.

L'Acte uniforme (initial et révisé) relatif au droit commercial général, traitant de la vente commerciale, précise d'abord ce qu'est une offre. Cette disposition s'attelle à donner à cette notion que les textes, à l'instar du code civil n'avaient pas jusque-là précisée, une définition nouvelle, en disposant que : « Une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées, constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ». Tout en reprenant la position traditionnelle selon laquelle toute proposition ne peut constituer une offre, cette définition insiste surtout sur deux éléments essentiels de l'offre que sont sa précision et la volonté de son auteur d'être lié par cette offre si elle venait à être acceptée.

Ensuite, le droit uniforme OHADA s'est attaché à distinguer les types d'offre en partant du caractère de l'offre selon qu'elle est ou non révocable. La distinction n'est pas toujours évidente même dans le cadre de l'interprétation de la Convention de Vienne, malgré les dispositions apparemment claires de ce texte dont l'article 16-1 dispose : « L'offre est librement révocable jusqu'au moment de l'émission d'une acceptation » (HEUZE (V.), *La formation du contrat selon la Convention sur la vente Internationale de Marchandises : quelques difficultés in Droit et pratique de la vente internationale, Revue de droit des affaires internationales (RDAI)*, n° 3-4, 2001, p. 277 et sv. not. p. 281).

Désormais, à la lecture de l'Acte uniforme (*article 211 AUDCG initial et les articles 241 à 249 AUDCG révisé*), l'on peut conclure qu'il existe deux types d'offre. D'une part, l'offre irrévocable qui constitue un Acte juridique et plus précisément un engagement unilatéral de volonté et d'autre part, l'offre révocable qui n'est qu'un fait juridique. On peut retrouver ici les traces de la construction juridique qui avait été élaborée il y a quelques années par le Professeur Aubert (AUBERT (J.-L.), *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thèse, Paris, 1970*). La distinction tient en ce que, comme le veut la théorie générale des obligations, le non-respect de l'offre non révocable, Acte juridique, n'a pas les mêmes conséquences que la violation de l'offre révocable qui n'est qu'un fait juridique. À travers cette distinction, il ressort que le caractère de l'offre est presque intimement lié à sa nature (NSIE (E.), *La formation du contrat de vente commerciale en Afrique*, Penant, 1999, p. 5 et sv. not. p. 7).

b - Formation des contrats entre absents

41. Toujours pour ce qui est de la formation des contrats et plus particulièrement de la question du moment de conclusion du contrat entre absents, dont l'intérêt n'est pas seulement théorique mais aussi et surtout pratique, le législateur communautaire n'a pas hésité à prendre position. Entre les deux grands courants que sont la théorie de l'émission et la théorie de la réception qui comportent d'ailleurs chacune d'autres nuances plus ou moins importantes, le droit OHADA a choisi d'appliquer en la généralisant, aux contrats entre absents, la théorie ou le système de la réception. Désormais, et en application de l'article 231 al. 1 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, lorsque le contrat doit se former alors que les deux parties ne sont pas en présence l'une de l'autre, ce contrat sera considéré comme conclu au jour et au lieu où l'offrant reçoit l'acceptation du destinataire de son offre. Il est donc présumé à partir de ce moment avoir pris connaissance effective du contenu de cette acceptation, même si tel n'est pas réellement le cas (voir LOHOUES-OBLE (J.), *Innovations dans le droit commercial général in Petites affiches, n° spécial, préc.*, p. 14 ; NSIE (E.), *La formation du contrat de vente commerciale en Afrique*, Penant, 1999, p. 5 et sv. not. p. 16 et sv).

c - Interprétation de la volonté

42. Le principe de consensualisme est repris par le législateur OHADA s'agissant de la vente commerciale. Celle-ci se forme et se prouve donc librement. Reste la question de l'interprétation de la volonté et du comportement d'une partie. Jusqu'alors la matière relevait des seuls articles 1156 et suivants du code civil. L'AU précité vient enrichir les règles d'interprétation.

Les articles 206 et 207 de ce dernier tempèrent dans la recherche de l'intention d'une partie, l'interprétation in abstracto en demandant de prendre en compte les usages et les pratiques qui se sont établis entre les parties ou dans la profession (*ADJITA AKMAWATE Shamsidine, L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale OHADA, Penant, n° 841, octobre-décembre 2002, p. 473*). Ces exigences sont tout à fait transposables à tout contrat d'affaire.

d - Principes précontractuels de négociation

43. Souvent, la formation du contrat est précédée par une phase de négociation plus ou moins longue mais toujours importante. Le régime juridique de cette situation précontractuelle est loin d'être homogène et clarifié. L'article 249 fixe quelques principes en ce qui concerne la phase d'exploration du contrat : « *Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord.* »

Toutefois, la partie qui conduit ou rompt une négociation de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie.

Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui estime ou poursuit des négociations sans intention de parvenir à un accord. ». Cet article ne fait que reprendre les solutions définitives d'un débat antérieur sur la rupture des pourparlers contractuelle en général. La liberté reste le principe. Mais la rupture des négociations peut engager la responsabilité. Celle-ci fondée sur un abus de droit qui n'exige pas l'intention de nuire mais la mauvaise foi, ne peut être ici que délictuelle.

II - OHADA et exécution des contrats

44. Le contrat conclu doit être exécuté et cette exécution est source de diverses obligations à la charge des parties. Qu'elles soient liées directement ou non au contrat, elles ont été aménagées (a). Le non-respect des engagements contractuels constitue un manquement au contrat qui est diversement traité. Sur ce point également, l'apport de l'OHADA est remarquable (b).

a - Aménagement des obligations nées du contrat

45. La plupart des contrats donnent lieu à une obligation de transférer une chose entre les parties au contrat. Dans le contrat de vente, c'est le transfert de propriété qui est l'objet du contrat. Le législateur communautaire pose le principe du transfert de propriété au moment de la livraison. Par ailleurs, les suites naturelles du contrat ne sont plus affirmées seulement de manière implicite parce que le législateur pour certaines au moins les a clairement identifiées. C'est le cas pour tout ce qui touche à la coopération contractuelle.

1 - Transfert de propriété à la livraison

46. L'un des effets essentiels du contrat de vente est qu'en échange du prix reçu, le vendeur doit transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue. En cela, il se distingue de nombreux autres contrats synallagmatiques qui n'ont pas pour effet de faire passer définitivement le bien dans le patrimoine du cocontractant.

Alors que de nombreuses exceptions, particulièrement les clauses de réserve de propriété se sont progressivement développées pour restreindre le principe posé par le code civil depuis 1804 s'agissant du transfert de propriété dans la vente, l'exigence reste formellement maintenue. Conformément à l'article 1583 de ce texte, le transfert de propriété s'opère au moment de la conclusion du contrat c'est-à-dire à l'instant même où les parties acceptent de s'engager à travers l'échange de leurs consentements.

La solution retenue en droit OHADA est différente et particulièrement novatrice. Elle est prévue par l'article 283 alinéa 1 de l'AUDCG qui dispose : « Sauf convention contraire entre les parties, le transfert de propriété s'opère dès la prise de livraison par l'acheteur de la marchandise vendue » (*dans le même, articles 275 et 276 AUDCG révisé*). Les quelques tempéraments apportés à la règle dans le sens de dissocier le moment du transfert de propriété de celui de la livraison, notamment la possibilité de retarder le transfert au moment du complet paiement du prix de la marchandise par le biais d'une clause de réserve de propriété dont le législateur consacre indirectement la validité à l'article 284, n'enlèvent rien à la fermeté et à la clarté de la solution de principe retenue.

Au-delà de la vente, toutes les règles prévues par le législateur OHADA pour la vente, contrat translatif de propriété, paraissent mutatis mutandis régir aussi de nombreux autres contrats transférant l'usage, la jouissance ou la détention d'un bien corporel (prêt, location, dépôt, gardiennage). Il s'agit du côté du créancier des obligations de livraison, de conformité, de garantie ; du côté du débiteur, les obligations de payer le prix, de prendre livraison. En effet, tous ces contrats ont en commun avec la vente l'exécution d'une obligation sur une chose corporelle à savoir, transférer, remettre, ou restituer une chose à autrui.

2 - Instauration de la coopération contractuelle

47. L'exigence de coopération est désormais entrée définitivement dans le champ contractuel où elle a pu trouver une place distincte d'autres exigences contemporaines de plus en plus nombreuses en matière de contrat comme l'obligation de loyauté ou encore la solidarité contractuelle. On la retrouve dans les contrats de commerce internationaux (*DIESE (F.), L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international, Revue de Droit des Affaires Internationales, n° 7/1999,*

p. 757 et sv), contrats d'affaires par essence ; on la croise de plus en plus dans les relations contractuelles internes.

Dans les pays de l'OHADA, on ne pouvait pas rester longtemps insensible à ce qui n'est plus seulement « un phénomène de mode ». Bien même avant la réglementation du droit des contrats qui est à venir, les initiateurs du nouveau droit commercial ont, au détour de la réglementation du contrat de vente commerciale, saisi l'occasion pour introduire quelques règles qui permettent de dire que sont désormais mis en place des fondements de l'exigence de la coopération dans ce type de contrat et qui pourraient être étendus à l'ensemble des contrats.

48. On trouve des manifestations fortes de cette exigence de coopération contractuelle en ce qui concerne la livraison des marchandises et l'exécution du contrat de vente. L'article 233 de l'AUDCG initial met à la charge de l'acheteur l'obligation de prendre effectivement livraison de la marchandise. L'article 240 du même AU précise qu'il s'agit pour lui d'accomplir tout Acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison et retirer les marchandises. L'acheteur ne doit pas rester inactif. Mais, s'il tarde à prendre livraison ou à payer le prix, le vendeur a une obligation de conservation de la chose (*article 241 AUDCG initial*). Dans le même sens, si l'acheteur reçoit les marchandises et entend les refuser, il doit prendre des mesures appropriées de conservation (article 242). Par ailleurs, le transfert des risques ne doit pas conduire celui qui n'en supporte plus la charge à se désintéresser du sort des marchandises. Celui qui, du vendeur ou de l'acheteur, est en mesure de pouvoir prendre des mesures de conservation de la marchandise est tenu de le faire (*article 243 AUDCG initial*).

L'AUDCG insiste particulièrement sur cette coopération dans les articles 250 à 274 AUDCG révisé. De façon générale, les parties doivent œuvrer au maintien du contrat, c'est-à-dire éviter autant que possible l'inexécution des obligations contractuelles. Il faut sauver le contrat. L'Acte uniforme retient plusieurs mesures qui rappellent le principe du « favor contractus » d'après lequel, lorsque c'est possible, le maintien du contrat doit être favorisé au détriment de sa rupture prématurée sur l'initiative d'une des parties : l'accord d'un délai supplémentaire par une partie à celle défaillante (article 252 pour le vendeur, article 258 pour l'acheteur) ; la faculté de remplacement (article 250) ; la réfaction du contrat en cas de défaut de conformité des marchandises au contrat (article 260) (voir entrée Favor contractus).

b - Gestion des manquements au contrat

49. Le traitement des manquements au contrat peut être l'œuvre des parties au travers de dispositions contractuelles diverses (*FABRE (R.), Les clauses d'adaptation dans les contrats, R.T.D.Civ., 1983, p. 1 et sv. ; MOUSSERON (J.M.), La gestion des risques par le*

contrat, R.T.D.Civ. 1988, p. 81 et sv). Mais il se traduit de manière générale par des sanctions bien souvent légales. Ces sanctions ont connu un sort particulier dans le droit OHADA (*pour d'autres solutions originales telles que le remplacement des marchandises, voir NSIE (E.), La sanction de l'inexécution de la vente commerciale en droit uniforme africain, Afrique juridique et politique, Revue du Centre d'Études et de Recherches en Droit et Institutions Politiques, vol. 2, n° 1, janv.- juin 2003, p. 3 et sv. spéc. p. 9 ; D. PLANTAMP, Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale, D. 2000, chr., 243 et sv. ; MBA OWONO (C.), Non-conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit uniforme africain, Juridis Périodique, n° 41, spéc. janv.-fév. - mars 2000, p. 107 et sv. spéc. p. 122*). Les grands principes du droit des contrats demeurent, mais les avancées sont notables. On se limitera ici à deux solutions nouvelles introduites par le droit uniforme, à savoir la résolution par anticipation et l'exception d'inexécution. Ces solutions se caractérisent toutes deux par leur caractère préventif.

1 - Résolution par anticipation

50. La plupart des contrats peuvent en cas d'inexécution donner lieu à résolution avec pour conséquence le caractère rétroactif de la mesure. Mais jusque-là, en application des dispositions du code civil en particulier des articles 1184 et suivants, il était admis que la résolution était non seulement judiciaire mais qu'elle supposait que l'inexécution soit définitivement acquise, même si elle pouvait être seulement partielle.

Si la résolution du contrat de vente organisée en droit uniforme africain est une sanction qui reste bien judiciaire, par contre sa particularité tient en ce qu'elle peut être demandée de manière anticipée, préventive. Elle postule en effet que le contrat en cause ne soit pas encore exécuté ou que l'exécution n'ait qu'à peine commencé à être mise en œuvre. Il faut et il suffit qu'il soit manifeste que l'une des parties n'exécutera pas ses engagements. Au cœur de ce mécanisme particulier et par une lecture combinée des articles 246 et 248 de l'AUDCG initial, se trouve une notion importante et nouvelle, celle de « manquement essentiel » (*que l'article 248 tente de définir comme : « celui qui cause à l'autre un préjudice tel qu'il la prive substantiellement de ce qu'elle était en droit d'attendre »*). Voir *DARANKOUM (E.S.), Le critère de privation substantielle, condition de la résolution de la vente commerciale OHADA in Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang, T. 6, 2002, n° spécial droit OHADA – CIMA, p. 177 et sv. ; NSIE (E.), La sanction de l'inexécution de la vente commerciale, article précité, p. 26 et sv. ; MBA OWONO (C.), Non-conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit uniforme africain, Juridis Périodique, n° 41, spéc. janv.-fév.-mars 2000, p. 107 et sv. spéc. p. 123 et sv*).

Cette notion peut être rapprochée de celles récemment apparues en droit des contrats à l'instar de celle d'« économie du contrat » que la doctrine n'a pas encore pu définir (voir *Vocabulaire juridique de CORNU (G)*, mais également de celle « d'obligation essentielle » encore qualifiée « d'obligation fondamentale » (*qui fait penser directement à l'arrêt Chronopost. Com. 22 octobre 1996, D. 1997, 121, note A. SERIAUX ; JCP 1997, II, 22881, note D. COHEN ; Grands arrêts de la jurisprudence civile, T.2, p. 72, n° 156 et d'autres arrêts postérieurs*) qui permettent elles aussi au juge de sanctionner plus efficacement que par le passé l'inexécution de certains contrats. Après quelques tâtonnements, la jurisprudence tend déjà à circonscrire nettement cette notion (voir *entrée Manquement essentiel*).

À la faveur de la révision de l'AUDCG du 15 décembre 2010, le législateur de mieux caractériser le manquement essentiel qui supporte une certaine gravité dans le comportement (*article 281 AUDCG révisé*)

Une autre sanction organisée en droit OHADA permet elle aussi à un contractant de se prémunir contre l'inexécution d'un contrat, c'est l'exception d'inexécution.

2 - Exception d'inexécution

51. Au départ, il ne s'agit pas d'une solution propre au contrat de vente, puisque cette sanction qui postule que l'un des contractants peut refuser de s'exécuter en réaction à l'inexécution de l'autre peut être mise en œuvre pour tous les contrats dans lesquels les obligations des parties sont réciproques. Cela n'empêche pas pour autant qu'elle reçoive une application particulière dans l'hypothèse de l'inexécution du contrat de vente (*sur l'exception d'inexécution dans la Convention de Vienne, voir GHESTIN (J.), Traité des contrats. La vente internationale de marchandises par HEUZE (V.), LGDJ, 2000, préc., p. 353 et sv.*)

L'innovation a été introduite par l'article 245 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général du 17 avril 1997 qui prévoit qu'une partie peut demander à la juridiction compétente l'autorisation de différer l'exécution de ses propres obligations lorsqu'il apparaît que l'autre partie ne s'exécutera pas (*dans le même sens, article 282 AUDCG révisé du 15 décembre 2010*). La possibilité d'opposer l'exception est limitée à des hypothèses bien précises qui sont au nombre de trois (voir *NSIE (E), Les sanctions de l'inexécution de la vente, préc ; p. 14 et sv. ; MBA OWONO (C.), Non-conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit uniforme africain, Juridis Périodique, n° 41, spéc. janv.-fév.-mars 2000, p. 107 et sv. spéc. p. 124 qui la qualifie de sanction de rattrapage*).

Pour autant, cette faculté offerte aux contractants pour se protéger de la défaillance avérée et surtout éventuelle du partenaire semble peu appréciée par la doctrine au regard des exigences de la sécurité contractuelle à laquelle cette solution porterait une atteinte non

négligeable. (*LOHOUES-OBLE (J.), Les innovations de droit commercial général, préc., p. 15*).

On peut rapprocher de ces deux sanctions novatrices en matière de vente commerciale, la solution jurisprudentielle récemment développée en droit français et qui consiste en la possibilité de rupture unilatérale du contrat offerte à l'une des parties à tout contrat (*Civ. 3, 13 octobre 1998, D. 1998, 197, note C. JAMIN, Defrénois 1999, 374, obs. D. MAZEAUD. Voir aussi BENABENT (A), Droit civil. Les obligations, Montchrestien, 9^e éd. 2003, n° 393*). Si la rupture unilatérale n'était qu'exceptionnellement admise en application des stipulations contractuelles, désormais, il est possible qu'un contractant puisse mettre fin à un contrat lorsqu'il apparaît que des manquements voire l'inexécution sera vraisemblablement constatée de la part du partenaire.

§4 - Effectivité du droit OHADA

52. Souvent utilisée lorsqu'il s'agit de parler d'application du droit, la notion d'effectivité du droit n'est pas toujours définie. Dans le cadre de ce travail, nous reprendrons à notre compte la définition selon laquelle « l'effectivité mesure l'écart entre la règle posée et les comportements suivis » (*ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), LHULLIER (G.), Introduction au droit, éd. Flammarion, 2002, p. 211*). En cela, l'effectivité se distingue de l'efficacité qui « mesure l'écart entre l'objectif poursuivi par une règle de droit et le résultat obtenu » (*ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), LHULLIER (G.), Introduction au droit, Flammarion, 2002, op. cit., p. 212*).

En dépit des améliorations qu'il nécessite encore (*sur quelques améliorations nécessaires pour assurer l'effectivité en général du droit OHADA, voir, GUYON (Y), Conclusion aux journées de l'Association H. CAPI-TANT consacrées au droit OHADA, Petites affiches, n° spécial, 13 octobre 2004, n° 205, p. 59 et sv. Spéc. p. 62-63*), le droit OHADA a réellement pénétré la pratique en ce qu'il s'y enracine progressivement (A) même si sa pleine effectivité suppose aussi qu'il puisse désormais cohabiter harmonieusement avec le droit interne (B).

A - Enracinement du droit OHADA

53. La période de résistance ouverte au droit OHADA semble être désormais révolue. Des arguments juridiques plus ou moins convaincants ont été invoqués pour justifier une inapplication du droit OHADA en droit interne. Les interventions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont, en leur temps, permis de dissiper certaines inquiétudes qu'il s'agisse des questions liées à l'atteinte à la souveraineté des États ou de celles

relatives à la publication préalable des Actes uniformes dans les États membres avant leur application (voir sur cette question spécifique, les décisions suivantes : Ordonnance du 18 mai 1999 du Président du Tribunal régional hors classe de Dakar (Sénégal) et Ordonnance du 12 février 1999 rendue par le Président du tribunal judiciaire de première instance de Libreville au Gabon. Pour les commentaires : voir, AGBOYIBOR (P), *chronique de droit OHADA, Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 5, 1999, p. 578 ; SALL (A), *Le juge national et la publication des traités, À propos de l'invocation du traité de l'OHADA devant les juridictions sénégalaises, EJDA*, n° 42, Juil.-août-sept. 1999, p. 71 et sv).

Si l'on peut déceler des indices certains de cet enracinement (I), on peut également voir apparaître quelques pesanteurs (II).

I - Indices

54. Quelle que soit la valeur sur le plan technique d'une loi, seule la pratique peut finalement faire ou défaire le droit car, comme le dit si bien un auteur, « Ce qui compte pour le droit ce n'est pas seulement son origine normative, c'est aussi son devenir en tant que phénomène social. Si socialement elle n'est plus contraignante pour la majeure partie des sujets, la loi n'est plus une norme sociale » (GRANGER (R.), *La tradition en tant que limite à l'application du droit, RIDC*, p. 37 et sv. spéc. n° 43). Un autre auteur ajoute pertinemment que « la pratique (...) par ses usages, ses innovations, ses réticences, suscite de nouvelles dispositions ou peut dépouiller le droit en vigueur de toute effectivité » (BERGEL (J. L.), *La relativité du droit ? Revue de Recherche Juridique*, n° 3/1986, p. 13 et sv. not. P. 17). Dans le cas spécifique de l'OHADA, on n'a pas manqué de souligner avec force que « Quelles que soient sa densité et sa forme, le droit communautaire OHADA n'aura de sens que par rapport à son efficacité sur le terrain » (JOHNSON (L.K.), *L'intégration juridique par l'OHADA in Sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone CEMAC, Actes du séminaire sous-régional Libreville Gabon, 02 - 6 novembre 2004, éd. GIRAF, 2005, p. 61 et sv. spéc. p. 62).*

Des indices concordants permettent de dire que le droit OHADA pénètre progressivement la pratique tant judiciaire que professionnelle et commerciale (PAILLUSSEAU (J.), *L'Acte uniforme sur le droit des sociétés, préc.*, p. 25 et sv). L'un des signes est sans doute l'importance du contentieux enregistré auprès des juridictions (on pourrait en avoir une idée par exemple à travers le nombre de décisions publiées sur le site de l'OHADA. (*ohada.com*), sur celui de *juriscope.com* et dans des revues comme le *Penant* ou le *Juridis Périodique* éditée au Cameroun), contentieux dans lequel celui concernant les voies d'exécution reste le plus important (sur le contentieux en matière de saisie immobilière ou de saisie des créances lire par exemple POUGOUÉ (P.G.)

et TEPEPI KOLOKO (F), *La saisie immobilière dans l'espace OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, collection Vademecum, Yaoundé, 2005, La saisie attribution des créances OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, collection Vademecum, 2006).*

Seulement, comme l'affirment certains auteurs, « le droit est d'autant plus invisible qu'il est effectif » c'est-à-dire que l'application du droit peut être mesurée même en l'absence de contentieux (ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), LHULLIER (G.), *Introduction au droit, Flammarion, 2002, p. 211*). Cela devrait se vérifier aussi pour les normes issues du nouveau droit communautaire OHADA. La modification et l'adaptation progressives de certaines pratiques commerciales et professionnelles, la mise à jour des statuts des sociétés commerciales, le respect des nouvelles règles comptables en sont quelques-unes des manifestations. Certes, l'ancrage du droit uniforme se fera à des degrés divers suivant les Actes uniformes et suivant les pays.

II - Pesanteurs

55. Il s'agira seulement d'en signaler quelques-unes.

La pratique du droit OHADA n'ira pas sans une certaine adaptabilité, une acclimatation somme toute nécessaire des nouvelles règles et des nouveaux concepts. Il est vrai que l'adaptabilité porte en elle un risque de détournement de certains concepts de l'objectif recherché. Pour n'en donner qu'une illustration et en se limitant au cas du Cameroun, l'on a déjà pu remarqué après quelques années d'application seulement que la procédure de règlement préventif prévue comme solution de traitement anticipé des difficultés des entreprises par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif tendait à devenir un moyen de « chantage » utilisé par certains débiteurs de mauvaise foi (NGWE (M. A.), *L'application des Actes uniformes de l'OHADA au Cameroun, Penant*, n° 850, 2005, p. 81 et sv. not. p. 83 qui note, citant quelques décisions rendues, le détournement de la procédure de règlement préventif de ses objectifs tels que prévus par les rédacteurs de ce texte. Selon cet auteur, « les mauvais débiteurs menacent les créanciers qui veulent entamer des procédures de recouvrement, de se mettre en règlement préventif pour bénéficier de la suspension des procédures prévues par l'article 9 de l'AUOPCAP »).

D'un autre point de vue, l'application de certains Actes uniformes pose des problèmes spécifiques qui dénotent d'une maîtrise très approximative des techniques et mécanismes institués surtout par ceux qui sont appelés à mettre en œuvre la loi.

56. Pour revenir à l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives, quelques-unes des décisions rendues en application de ce texte laissent apparaître une maîtrise insuffisante des règles essentielles qui régissent la matière (voir par exemple le jugement

rendu le 23 janvier 2002 par le Tribunal de Grande Instance du Mfoundi dans l'Affaire Société SHO Cameroun S.A. c/La société UDEC : « Le Tribunal, Attendu que la procédure collective peut être au terme de l'article 28 de l'Acte Uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ouverte sur la demande d'un créancier, l'Acte introductif d'instance devant préciser la nature et le montant de sa créance ainsi que le titre sur lequel repose cette créance ; Que l'assignation servie à la requête de la SHO obéit à ces prescriptions légales en ce qu'elle comporte non seulement le montant de la créance réclamée, mais aussi la grosse du procès verbal de conciliation sur laquelle ladite créance s'appuie ; Que par ailleurs, le mutisme affiché par la société UDEC ne peut s'analyser autrement que comme l'absence des arguments pertinents à opposer à la demande formulée par la SHO ; Qu'il échet par conséquent d'y faire intégralement droit en déclarant la société UDEC en état de cessation de paiement (...) ; Par ces motifs (...) ; Déclare la société UDEC en faillite ; Désigne NGOUANA, juge du Tribunal de céans juge-commissaire, nommé MBENGUE NGOKOMI syndic de faillite (...) ». Il ressort de cette décision au moins deux insuffisances notables. D'une part, le tribunal ne précise pas la procédure ouverte contre le débiteur (redressement judiciaire ou liquidation des biens puisqu'il y a cessation des paiements) et d'autre part, les juges déclarent le débiteur en faillite alors que depuis la réforme intervenue en 1998, la faillite n'existe plus comme procédure mais uniquement comme sanction dans certains cas contre dirigeants ou débiteurs indélébiles. Lire également sur cette question, SAWADOGO (H.), *L'application des Actes uniformes OHADA par les juridictions nationales du Burkina Faso*, Penant, n° 850, 2005, p. 71. Cet auteur relève les problèmes posés par l'Acte uniforme Portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Citant un arrêt confirmatif de la Cour d'Appel de Ouagadougou rendu le 18 mai 2001 sur appel contre un jugement du Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou du 13 septembre 2000, l'auteur montre que dans cette espèce, il a été fait une mauvaise application (interprétation) de l'Acte uniforme précité qui aurait dû s'appliquer. Il est vrai que le constat n'est pas nouveau et sous l'empire des anciennes législations, ces mêmes difficultés avaient été relevées. Voir en ce sens, SAWADOGO (F.M.), *L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone à partir de l'exemple du Burkina Faso*, Revue Burkinabé de droit, n° 26, juillet 1994, p. 191 et sv. spéc. p. 247 qui, concluant cet article affirme sans ambages que : « De l'observation de la pratique des tribunaux, il apparaît de manière saillante une méconnaissance du droit des procédures collectives entraînant un examen superficiel des conditions d'ouverture hypothéquant leur succès. Pire, une fois la procédure ouverte, les organes judiciaires se singularisent par leur inactivité, leur désintérêt quant au devenir de la procédure (...) », même si cette tendance est entraînée de s'inverser.

57. L'on peut également mentionner les résistances à appliquer sagement le droit OHADA aux entreprises du secteur public et parapublic (*voir la réforme de la loi de 1999 actuellement en cours au Cameroun sur ce type d'entreprise*). Des textes internes contraires au droit OHADA continuent d'être appliqués ; surtout certaines pratiques ignorent les procédures du droit OHADA, singulièrement en ce qui concerne les entreprises publiques en difficultés (cf par exemple au Cameroun où la procédure collective d'apurement du passif de la société CAMEROON AIRLINE, société d'économie mixte ayant la forme de société anonyme est un curieux mélange des prérogatives de la puissance publique et du droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif).

58. On ne peut pas enfin ignorer qu'une période transitoire est nécessaire pour l'application totale et complète de certains textes. Cette période peut être expressément prévue ou être seulement implicite (*dans certains cas, des délais de mise en conformité ont été prévus pour certaines dispositions en droit commercial général, en droit des sociétés ou encore en droit comptable*). Dans le même sens, on ne doit pas ignorer les situations en cours par exemple en matière de sociétés (*sous réserve des dispositions expresses qui imposent une mise en harmonie des statuts. FENEON (A.), DE CHASSEY (S.), La mise en harmonie du statut des sociétés anonymes en Côte d'Ivoire, Penant, 1999, p. 324 et sv*) ou de droits réels (*voir quelques décisions rendues en la matière dans décisions OHADA commentées*) qui resteront régies pendant un certain temps par le droit antérieur même si l'on peut penser que l'interprétation du droit pourrait être consciemment ou non influencée par les nouvelles dispositions en vigueur.

59. De façon générale, l'effectivité sera illusoire aussi longtemps que certains mécanismes particulièrement innovants institués par les textes de l'OHADA ne seront pas mis en place. Parmi ces mécanismes, le registre du commerce et du crédit mobilier mérite une attention spéciale tant le succès de l'OHADA en dépend. Des mesures urgentes devraient être prises pour sa mise en place et pour assurer son fonctionnement harmonieux conformément aux articles 20 à 23 de l'AUDCG. Il faudrait simplement suggérer que les mesures à prendre organisent aussi un système de communication au public pour renforcer la transparence et la publicité recherchées par le législateur OHADA. On aborde déjà là la coexistence du droit OHADA avec le droit interne.

B - Coexistence du droit OHADA avec le droit interne

60. Dès les premières années d'application du droit uniforme, s'est posé le problème de sa coexistence avec le droit interne au-delà des problèmes institutionnels déjà envisagés comme celui de la supranationalité de

l'OHADA. Le débat sur la coexistence des normes communautaires avec celles de droit interne est loin d'être épuisé et ne le sera certainement pas dans le cadre de ce travail d'autant plus que l'œuvre d'harmonisation est elle-même loin d'être achevée. Cependant, on peut dire qu'au fil du temps le débat se précisera davantage, ce qui pourra faciliter la compréhension de ses enjeux et des solutions proposées par les uns et les autres.

Aussi, conviendrait-il tout en gardant bien présent à l'esprit que tous ces aspects sont parfaitement complémentaires, de distinguer le problème de l'harmonisation du droit OHADA avec l'organisation judiciaire et dans une certaine mesure les règles de procédure des États (I) de celui de la coexistence du droit OHADA avec les normes internes substantielles ou de fond, qu'elles soient générales ou spéciales (II).

I - Droit OHADA et règles internes d'organisation judiciaire et de procédure

61. Il suffit de rappeler au préalable que le droit OHADA ne touche pas, pour l'instant au moins, à l'organisation judiciaire des États et aux règles de procédure en général. Les États conservent leur organisation judiciaire antérieure, mais ces États seraient tout aussi libres, malgré l'avènement de l'OHADA - mais probablement en tenant compte de cela, de modifier cet organisation (*le Cameroun par exemple a procédé en décembre 2006 et avril 2007 à une modification substantielle de son organisation judiciaire qui a pris en compte certaines contraintes liées à l'application du droit OHADA : loi N° 2006/013 du 29 décembre 2006 et la loi N° 2007/001 du 19 avril 2007. Mais, il faut le dire, cette loi laisse le lecteur très perplexe sur la solution trouvée par le législateur à la question sensible de juge compétent en matière de difficulté d'exécution d'un titre exécutoire (voir : ANOUKAHA (F), commentaire de la loi du 29 décembre 2006, *Juridis Périodique*, N° 68, oct.-nov.-déc. 2006 pp. 45 et s ; commentaire, loi du 19 avril 2007, *Juridis Périodique* N° 70 avril, mai, juin 2007 pp33 et s ; FOMETEU (J), *Le juge de l'exécution au pluriel ou la parturation au Cameroun de l'article 49 de l'Acte uniforme OHADA portant voies d'exécution, Juridis Périodique*, N° 70, avril, mai, juin 2007, pp97 et s)). Si pour des raisons historiques, cette organisation judiciaire est quasiment identique pour la plupart des pays membres, quelques disparités persistent malgré tout. C'est pour tenir compte de ces disparités que le législateur communautaire, chaque fois qu'il était nécessaire de s'y référer, a choisi d'utiliser des termes très généraux comme celui de juridiction.*

La difficulté, à première vue, semble donc plus technique que juridique, ce qui explique que les solutions proposées le soient également sur un plan technique. Ainsi, pour un auteur, une réécriture des différents droits internes s'impose pour substituer aux termes génériques des Actes uniformes les termes qui correspondent effectivement à ce qui existe en droit interne

(ISSA SAYEGH (J), *La mise en conformité du droit interne des États parties avec les Actes uniformes de l'OHADA et réciproquement*, *www.obada.com*, *obadata D - 04 - 12*). Si cette proposition était adoptée de manière systématique et complète, elle serait à même de résoudre quelques difficultés.

Mais, cette solution technique, si elle est nécessaire, est loin d'être suffisante de sorte qu'il faut également envisager la question sous un angle juridique. Dans certains cas, c'est le Traité lui-même ou les Actes uniformes qui imposent cette approche. Parfois, des lois s'imposent comme pour ce qui est de la détermination de la juridiction destinée à apposer la formule exécutoire sur les arrêts de la CCJA et les sentences arbitrales. Dans d'autres cas et de manière générale, c'est la doctrine qui le suggère. De ce point de vue, il a été plusieurs fois proposé la nécessité de réformer l'organisation judiciaire des États membres comme condition, sinon de mise en œuvre du moins d'efficacité du droit OHADA (ZINZINDOHOUE (A), *Les juges nationaux et la loi aux prises avec le droit harmonisé*, *Revue de droit des affaires internationales*, n° 2, 2000, p. 227 et sv. ; ANOUKAHA (F.), *L'OHADA en marche*, *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, T. 6, 2002, n° spécial droit OHADA - CIMA, p. 7 et sv. not. p. 19 et sv. ; CHIFFLOT (B.F.), BEN KEMOUN (L ; ° et THOUVENOT (S.), *Pérenniser le succès de l'OHADA*, op. cit.). L'idéal serait d'avoir dans l'espace OHADA une carte judiciaire relativement harmonisée sur la juridiction et la procédure commerciales, les juridictions d'urgence, les juges d'exécution, les juges d'appui en matière d'arbitrage, les règles de la coopération judiciaire. Faute d'un Acte uniforme sur ces questions, on peut recourir au procédé de loi-type à proposer aux États.

62. Ce rapport entre le droit OHADA et les règles internes d'organisation judiciaire connaît une dimension particulière en matière d'arbitrage et en matière de délimitation de compétence matérielle entre la CCJA et les cours suprêmes internes.

La question est importante en matière d'arbitrage pour déterminer le juge d'appui dont la coopération est essentielle dans le processus arbitral (*voir, dans l'ouvrage collectif « l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Bruyant, Bruxelles, 2000, la quatrième session relative au « Rôle du juge »*). Il est donc urgent que les législateurs internes complètent sur ce point les dispositions de l'arsenal OHADA (*généralement dans les pays de l'espace OHADA, on continue à se référer au droit commun de la procédure civile. A notre connaissance la loi N° 2003/009 du 10 juillet 2003, procédé à la désignation des juridictions compétentes visées à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. On peut cependant rejeter l'option prise pour un éparpillement. L'approche est seulement procédurale, alors qu'il s'agit de canaliser le développement harmonieux de l'arbitrage dans le respect de la lettre et de l'esprit du Traité OHADA et l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage. C'est pour*

cela qu'il serait très judicieux de réserver l'appui du juge étatique à la justice arbitrale à un seul juge expérimenté.

La délimitation de compétence matérielle entre la CCJA et les cours suprêmes est abordée par les articles 14 et 15 du Traité OHADA. De façon générale, lorsque l'Acte uniforme est applicable, le juge de cassation est la CCJA. Mais un problème particulier de compétence se pose entre la CCJA et le juge de cassation national lorsque le contentieux est connexe, mettant en jeu à la fois le droit OHADA et le droit interne non harmonisé. La Cour Suprême du Niger, confrontée à ce problème a reconnu sa compétence (*Cour Suprême du Niger (Chambre judiciaire), Arrêt n° 01- 158/C du 16/08/2001, SNARLEYMA C/Groupe,, HIMA SOULEY, obadata-J-02-28, observations ABARCHI DJIBRIL*). La solution est délicate. On a alors proposé d'instituer un ministère public près de la CCJA qui, dans ces hypothèses, pourrait former un pourvoi dans l'intérêt de la loi (*ISSA SAYEGH (J.), Quelques aspects techniques de l'intégration juridique, L'exemple des Actes uniformes de l'OHADA, Revue de Droit Uniforme 1999- 1, p.. 28; ANOUKAHA (F.), L'OHADA en marche, op. cit*). D'autres proposent une autre voie, à savoir le recours plus fréquent des juridictions de fond à la procédure d'avis consultatif de la CCJA (*ABARCHI DJIBRIL, Observations sous cour suprême du Niger, préc*). La lecture combinée des articles 10, 15, 16, 17 et 18 du traité suggère une autre piste. Le litige comportant un élément faisant hésiter sur la compétence juridictionnelle au niveau de la cassation, il convient avant tout examen au fond de trancher cette question de compétence. Puisque le droit uniforme OHADA est nécessairement en cause, la juridiction nationale saisie devrait, en application des articles 15 et 16 du Traité, renvoyer l'affaire à la CCJA qui doit alors se prononcer sur sa compétence. Si une partie a un doute sur la compétence de la CCJA, elle devrait, en vertu des articles 17 et 18, saisir cette Cour qui dispose de trente jours pour se prononcer si l'incompétence a été soulevée in limine litis (article 17) et de deux mois si l'affaire avait connu un début d'examen par une juridiction suprême nationale estimée incompétente (article 18). Cela suppose d'une part, que l'on soit sensible à un minimum de courtoisie à l'égard de la CCJA découlant du caractère supranational du droit OHADA et de la nature quasi fédérale de cette haute juridiction, d'autre part qu'il y ait une parfaite collaboration entre les cours suprêmes nationales et la CCJA. L'enjeu supérieur de l'harmonie du droit uniforme et de la sécurité des justiciables invite les parties à cette collaboration (*voir, entrée CCJA*).

II - Droit OHADA et règles internes de droit matériel

63. Le droit OHADA intègre le droit interne avec une primauté sur ce dernier. Il faudrait par conséquent réaliser une osmose entre les deux pour assurer une cohérence d'interprétation et d'application. On a pu parler de la

nécessaire mise en conformité du droit interne des États parties avec le droit uniforme OHADA (*ISSA SAYEGH (J.), Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec les Actes uniformes OHADA et réciproquement, obadata D- 04- 12. Dans le même sens, ANOUKAHA (F.), L'OHADA en marche,, op. cit*).

Plusieurs hypothèses peuvent en effet se présenter.

Dans certaines d'entre elles, il sera nécessaire de compléter le droit interne sur renvoi du législateur OHADA. Ce sera le cas lorsque le législateur emploie un terme générique laissant le soin à l'État partie d'apporter les précisions techniques par rapport à son droit interne. Il en sera ainsi chaque fois que l'Acte uniforme parle de juridiction ou de l'autorité compétente dans l'État partie. Le problème se pose en ce qui concerne le juge de l'urgence, le juge de l'exécution, le juge d'appui en matière d'arbitrage, la juridiction ou administration compétente pour apposer la formule exécutoire. Ce sera aussi le cas lorsque les dispositions des Actes uniformes sont partielles, leur application étant subordonnée à des dispositions à prendre par le législateur interne de l'État partie. Il en est ainsi par exemple, de la quotité cessible ou saisissable des salaires, de l'incapacité des mineurs ou de certains majeurs de faire le commerce, des incompatibilités ou des interdictions de faire le commerce, du montant de l'exécution provisoire, des décisions de justice déterminant le montant des privilèges non soumis à publicité au registre du commerce et du crédit mobilier, de l'immatriculation des immeubles en vue de leur saisie immobilière ou d'une constitution d'hypothèque...

64. Le cas le plus typique et controversé est le renvoi des Actes uniformes à des dispositions de droit pénal interne (*FOMCHIGBOU MBANTCHOUT, De quelques réflexions sur la codification pénale communautaire du législateur OHADA in L'effectivité du droit OHADA, ouvrage collectif sous la direction de J. GATSI, préc. p. 63 et sv; BORE (J). La difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire, Mélanges en l'honneur d'André VITU, Droit pénal contemporain, Cjas, 1989, pp. 25-49*). Aux termes de l'article 5 al. 2 du Traité OHADA, un Acte uniforme peut définir les infractions pénales mais non en fixer les sanctions qui relèvent du droit interne (*à titre de comparaison, les solutions adoptées par d'autres législations communautaires montrent l'ampleur des débats et les différences d'approche. Par exemple, la réglementation CEMAC relative aux moyens, instruments et incidents de paiement adoptée en 2003a édicte diverses sanctions pénales qu'elle a rendues directement applicables dans les États en raison de la primauté de ce droit communautaire. Par contre, la réglementation CEMAC de la concurrence adopte presque la même politique que la législation OHADA. En matière de sanctions des pratiques anticoncurrentielles, cette législation prévoit des peines d'emprisonnement à côté d'autres sanctions telles que les amendes mais, elle ne confie pas le soin de les prononcer à la Cour Régionale de la Concurrence*

(CRC) qui est pourtant l'organe juridictionnel de cette organisation. On en déduit qu'il revient aux juridictions nationales le soin de prononcer effectivement les sanctions). Malheureusement, à l'heure actuelle, très peu d'États parties ont légiféré en la matière. On peut citer le Sénégal avec la loi N° 98-22 du 26 mars 1998 et le Cameroun avec la loi N° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA. Le tableau est donc très contrasté. Or, la détermination des sanctions est primordiale et urgente pour permettre l'application cohérente des incriminations édictées par les Actes uniformes. Peut-être, pour l'avenir, pourrait-on suggérer aux législateurs de poser des principes directeurs communautaires pour orienter et encadrer les législations internes, afin d'éviter une grande disparité de sanctions nationales.

65. Une seconde série d'hypothèses est engendrée par la portée abrogatoire des Actes uniformes conformément à l'article 10 du Traité de l'OHADA. La CCJA a, par l'avis n° 1/2001 du 30 avril 2001 précisé le sens et la portée de l'article 10. On peut résumer en deux propositions les conclusions essentielles de cet avis. La première est l'annulation des règles internes sur les points ayant fait l'objet d'Actes uniformes même si ces règles internes sont estimées techniquement plus avancées. La seconde est la nullité des normes intérieures postérieures contraires. Finalement, seules les dispositions non contraires des lois et codes nationaux demeurent applicables dans chaque État partie, les autres sont implicitement abrogées (*voir entrée Actes uniformes*).

On le voit, hormis le problème de la réglementation pénale, il semble se poser de manière générale, un problème de concurrence du droit uniforme qu'il soit ou non celui de l'OHADA avec le droit interne non harmonisé (SALL (A.), *Les normes juridiques et leur applicabilité dans le processus de l'intégration, mémoire DEA, Université Cheik Anta Diop de Dakar, 2003-2004, obadata D - 05- 031. La Côte-d'Ivoire et le Gabon notamment ont procédé à la mise en conformité de leur législation interne avec le droit OHADA*).

Des propositions fort pertinentes sur la base d'expériences réalisées ou en cours dans certains pays ont été faites par le Professeur ISSA SAYEGH sur les moyens techniques et pratiques à mettre en oeuvre pour assurer l'harmonisation du droit OHADA et du droit interne des États (*Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec les Actes uniformes OHADA et réciproquement, OHADATA D- 04- 12*). Il y a nécessairement un travail pratique, fastidieux qui ne peut être éludé. Mais, comme précédemment pour les questions d'organisation judiciaire, l'aspect juridique ne saurait être ignoré totalement. Une fois, cette mise en conformité opérée, les États devraient, pour l'avenir, éviter de prendre de nouvelles règles contraires aux normes OHADA. La volonté politique doit ici être prolongée par une discipline législative rigoureuse, sinon c'est toute l'entreprise OHADA qui serait menacée.

Paul-Gérard POUGOUÉ

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- | | | |
|---|--|---|
| <p>B
Bail à usage professionnel 34
Bail commercial 13, 29, 34</p> <p>C
Contrat
- Formation 38-42
- Exécution 44-51
- Interprétation 5
Coopération contractuelle 45, 47-48</p> <p>D
Droit
- Africain 12-14
- Anglophone 9-11
- Commercial 33-34, 36</p> | <p>- International 7-8
- Interne 15, 60-65
- Romano-germanique 3 et s
- (Sources du) 2 et s
Droit des non-professionnels 28, 36
Droit des professionnels 28, 36</p> <p>E
État 22-27
Exception d'inexécution 49-51</p> <p>M
Manquement essentiel 50</p> <p>O
Offre 38-41</p> | <p>Organisation judiciaire 65</p> <p>P
Principe « favor contractus »
Principes précontractuels 43</p> <p>R
Registre du commerce et du crédit
mobilier 15, 33, 59, 63
Résolution anticipée</p> <p>S
Sûretés 14,30-32</p> <p>T
Transfert de propriété 45-46</p> |
|---|--|---|

NOTION DE GRAVITÉ DU COMPORTEMENT D'UNE PARTIE AU CONTRAT DE VENTE COMMERCIALE DANS LE NOUVEAU DROIT DE L'OHADA

Tables des matières

Introduction n° 1 à 8

A - Gravité du comportement, expression d'un jugement de valeur sur la conduite fautive du sujet n° 9 à 30

- I - Imputabilité du sujet comme reflet de la faute n° 10 à 19
 - a - volonté comme condition de l'imputabilité de l'inexécution fautive n° 11 à 15
 - b - Imputabilité de l'inexécution fautive comme fondement de la sanction du comportement grave n° 16 à 19
- II - Faute comme condition de la responsabilité de l'auteur du comportement grave n° 20
 - a - Nature de la faute n° 21 à 25
 - b - Preuve de la faute n° 26 à 30

B - Gravité du comportement, expression d'un jugement sur la gravité objective du péril affectant la bonne fin de l'opération contractuelle n° 31

- I - Éléments d'appréciation n° 32 à 43
 - a - Importance du préjudice pour le créancier de l'obligation inexécutée, expression de la préservation des droits de l'auteur du comportement grave. N° 33 à 38
 - b - Prévisibilité du préjudice pour le débiteur de l'obligation inexécutée, moyen de faire régner la loyauté dans l'exécution des contrats n° 39 à 43
- II - Appréciation des éléments n° 44 à 54
 - a - Méthodes d'appréciation n° 45 à 49
 - b - Mode d'appréciation n° 50 à 54

1. Le droit de la vente commerciale de l'OHADA issu de la refonte du 15 février 2011 a-t-il fini par rejoindre certaines législations contemporaines qui admettent la résolution par déclaration unilatérale, le juge n'ayant pas à prononcer la résolution mais à contrôler seulement l'attitude des contractants (*C'est le cas du Code civil allemand (art. 324, 325 BGB), des Principes du droit européen des contrats (art. 4.301), des Principes Unidroit (art. 7.3.1), de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (art. 49 et 69)*) ? C'est en effet ce que laisse penser l'article 281 alinéa 2 du nouvel Acte uniforme relatif au droit commercial général entré en vigueur le 15 mai 2011 et qui dispose que : « (...) la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale peut justifier que l'autre

Bibliographique

- AYNES (L.), le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives, in Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir, Dossier, droit et patrimoine, n° 126, mai 2004, pages 64 à 68.
- DARANKOUM (E. S.), *Le critère de privation substantielle, condition de la résolution dans la vente commerciale de l'OHADA*, in Annales de la FSJP. de l'Université de Dschang, t. 6, 2002, pages 173 à 193.
- MAZEAUD (D.), La rupture unilatérale du contrat pour inexécution, Revue Lamy Droit des Affaires, juillet-août 2010, pages 121 à 124.
- MBA-OWONO (Ch.), *Non-conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit uniforme africain*, Juridis périodique (Revue de droit et science politique), janv.-mars 2000, n° 41, pages 107 à 127.
- NGUIHE KANTE (P.), *La notion de manquement essentiel dans le droit de la vente commerciale de l'OHADA*, Revue de la recherche juridique – droit prospectif, n° 2007-2, pages 999 à 1028, PUAM.
- NSIE (E.), *La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente de l'OHADA*, Penant, n° 850, janv.-mars 2005 pages 105 à 132.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.), Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale, in Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir, Dossier, droit et patrimoine, n° 126, mai 2004, pages 70 à 77.
- TRICOT (D.), *La vente commerciale*, in Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA, Droit et Patrimoine, mars 2011, n° 201, 3 pages.

partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ».

Par cette nouvelle approche, le législateur de l'OHADA entend permettre à un contractant de clore rapidement une relation contractuelle, privée de toute vitalité (*Les Principes Lando emploient l'expression « right to terminate the contract », ce qui est traduit par « droit de résoudre le contrat » (art. 9 : 301). Sur ce point, v. E. Putman, Art. 9 : 301- droit de résoudre le contrat, in Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français, sous dir. de C. Pietro, PUAM, 2003, p. 492.*) économique par la gravité des manquements dont elle est l'objet, afin qu'il puisse reprendre ou poursuivre rapidement son affaire avec un autre partenaire indispensable à la réalisation de l'opé-

ration économique qu'il poursuit. Comme le souligne à juste titre la doctrine, « dans une économie d'abondance, il est bon de donner au contractant désappointé les moyens de recouvrer sa liberté, car il lui sera aisé de trouver un contractant qui réponde à ses attentes » (Cf. TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y), *Droit Civil. Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 660, p. 670 ; égal. JAMIN (C.), *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, 1999, p. 71 et s., sp. p. 76.)

2. Ce droit de rupture unilatérale du contrat de vente ressemble ainsi, semble-t-il, à une prérogative causée et non à l'exercice d'une liberté. Poussant davantage le trait, il s'agit d'un « droit de résolution » selon une terminologie reprise des Principes Lando (*Académie des privatistes européens, Code européen des contrats – avant-projet (Université de Pavie 2001)*, « Groupe de Pavie », art. 114 (v. J.-P. Griedel, *Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie)*, *Gaz. Pal.* 21-22 février 2003, p. 3) de ceux de Pavie (*Principes Unidroit*, art. 7.3.1 : « (right to terminate the contract) : (1) a party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance »). ou des Principes Unidroit (*Mais il fait plus que suspendre l'exécution*) et s'apparentant à l'exception d'inexécution (*Il n'a cependant pas besoin d'être stipulé*). ou au droit d'invoquer la clause résolutoire (*Dès lors que les marchandises ont été livrées, la résolution du contrat justifierait leur rapatriement avec des coûts et risques supplémentaires de transport et d'assurance, voire leur vente sur place à un prix souvent soldé. Il est moins onéreux pour les parties en cas d'inexécution de tenter de poursuivre l'exécution du contrat que de chercher à rompre les engagements pris. Ceci est particulièrement vrai lorsqu'une partie a déjà exécuté ou commencé à exécuter ses obligations, même si c'est de façon fautive. On comprend pourquoi l'Acte uniforme privilégie le maintien en vie du contrat en limitant la résolution unilatérale aux cas caractérisés par la gravité du comportement d'une partie*). Sa portée doit cependant être nuancée : de tout temps, les contrats de vente représentent une valeur dont il faut éviter de favoriser la disparition, particulièrement dans le cadre international et intracommunautaire en Afrique (Cf. art. 281 alinéa 2 in fine de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général adopté le 15 février 2011).

Si l'on comprend ainsi le « droit de résolution » unilatérale que vient d'instituer le nouveau droit de la vente commerciale de l'OHADA, la question essentielle demeure celle de connaître ce que recouvre exactement la notion de « gravité du comportement » d'une partie qui fonde son exercice. Autrement dit, quelle interprétation peut-on faire de ce critère ?

D'emblée, il convient de préciser que le nouvel Acte uniforme relatif au droit commercial général de

l'OHADA ne donne guère d'indications quant à cette énigmatique notion, se contentant de déclarer que « la gravité du motif de rupture est appréciée par le juge compétent à la demande de la partie la plus diligente » (Cf. TRICOT (D.), *La vente commerciale*, in *Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA, Dossier, droit et patrimoine*, mars 2011, n° 201, p. 3.). Il importe donc de rechercher les éléments de référence sur lesquels le juge s'appesantira en vue de rendre une décision juridiquement acceptable par les deux parties. Autrement dit, comment parviendra-t-il à appréhender, à partir des faits, les éléments qui doivent concourir à la détermination de la « gravité du comportement » d'une partie au contrat de vente commerciale ? La caractérisation de la « gravité du comportement » nécessite dès lors que soient clarifiés le sens exact et la portée des éléments sur lesquels le juge s'appuiera pour fonder son jugement.

3. La notion constitue une innovation dans le droit positif de la vente commerciale de l'OHADA, (*Par exception à l'article 1184, alinéa 3, du code civil, qui prévoit que la résolution du contrat doit être demandée en justice, la Cour de cassation affirme depuis peu que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non » : Cass. 1^{re} civ., 20 février 2001, n° 99-15170, Bull. civ. I, n° 40 ; D.*) et est encore peu utilisée dans le langage juridique de manière générale. Depuis 1998 en France en effet, on rencontre la même formulation dans le droit de ce pays qui continue à être gouverné par l'article 1184 du code civil comme cela est le cas des États-parties au droit de l'OHADA (2001, *jur.* 1568, *note Ch. JAMIN ; Defrénois*, 2001, p. 705, *obs. E. SAVAUX ; RTD Civ.* 2001.363, *obs. J. MESTRE et B. FAGES. Rapp. auparavant Cass. 1^{re} civ.*, 13 oct. 1998, n° 96-21485, *Bull. civ. I*, n° 300 ; *D.* 1999, *jur.* 197, *note Ch. JAMIN ; ibid.*, *somm.* 115, *obs. Ph. DELEBECQUE ; Defrénois* 1999, p. 374, *obs. D. MAZEAUD ; RTD Civ.* 1999.394, *obs. J. MESTRE*). Est-ce à dire que l'article 281 alinéa 2 de l'AUDCG n'est que la reprise à la lettre des solutions jurisprudentielles consacrées par le droit de ce pays ? Et en cas de réponse affirmative, conviendrait-il de retenir la même interprétation que celle qui est proposée jusque-là par la doctrine française ?

Parce que la notion de « gravité du comportement » produit le même effet dans les deux systèmes juridiques, on en déduit a priori que celle-ci n'est pas éloignée du sens qu'on lui reconnaît en droit français. En conséquence, on devrait retenir une interprétation identique à celle qui est admise en France. Dans cette veine, exactement la notion ?

4. Sa formule comporte deux principales expressions dont il n'est pas toujours aisé d'en percevoir le mystère.

D'abord, que faut-il entendre à travers le terme

« comportement » utilisé par le législateur OHADA du droit commercial général ? Par « comportement » faut-il entendre uniquement d'une hypothèse exprimant la faute d'un sujet impliqué dans l'inexécution du contrat ainsi que le prévoit l'article 1382 du code civil ou bien doit-il s'agir de tout comportement ayant perturbé l'exécution de la relation contractuelle et indépendamment de l'idée de faute ? Une lecture rapide de l'article 281 alinéa 2 de l'AUDCG ne permet pas de répondre facilement à cette question. Prenant appui toutefois sur les différentes analyses doctrinales françaises dégagées depuis la jurisprudence « Tocqueville » et ses doubles mettant également en avant la notion de « gravité du comportement » (Cf. *Cass. 1^{re} civ.*, 13 oct. 1998, *affaire Tocqueville*, n° 96-21485, *Bull. civ. I*, n° 300 ; *D.* 1999, *jur.* 197, *note Ch. JAMIN* ; *ibid.*, *somm.* 115, *obs. Ph. DELEBECQUE* ; *Deffrénois* 1999, p. 374, *obs. D. MAZEAUD* ; *RTD Civ.* 1999.394, *obs. J. MESTRE* ; *GAJC*, t. 2 *Dalloz*, 2008, n° 180 ; *Cass. 1^{re} civ.*, 20 février 2001, n° 99-15170, *Bull. civ. I*, n° 40 ; *D.* 2001, *jur.* 1568, *note Ch. JAMIN* ; *Deffrénois*, 2001, p. 705, *obs. E. SAVAUX* ; *RTD Civ.* 2001.363, *obs. J. MESTRE et B. FAGES* ; *Cass. Civ. 1^{re}*, 28 octobre 2003, *JCP G* 2004, II, 10108, *note C. LACHIEZE*, *Contrats, Conc. Consom.* 2004, *comm.* 4, *note L. LEVENEUR*, *RLDC* 2004/2, p. 40, *Deffrénois* 2004, p. 373, *obs. E. LIBCHABER et p. 381, obs. J. -L. AUBERT*, *RTD Civ.* 2004, p. 89, *obs. J. MESTRE et B. FAGES*, *RDC* 2004, p. 273, *obs. L. AYNES et D. MAZEAUD* ; *adde, en des termes différents*, *Cass. Civ. 1^{re}*, 13 mars 2007, *JCP G* 2007, I, 161, *obs. P. GROSSER* ; *Cass. Com.*, 30 janvier 2007, *pourvoi n° 05-13703* ; *Cass. Com.* 23 sept. 2008, *pourvoi n° 07-10025* ; *Cass. com.* 10 février 2009, *Contrats, conc. Consom.* 2009, n° 123, *note L. LEVENEUR.*), on pourrait penser que deux interprétations sont possibles.

D'un autre côté, les termes « gravité du comportement », poussent davantage vers une appréciation subjective de l'attitude du contractant et non vers une analyse objective valable pour toute forme d'inexécution du contrat ou de privation de contrepartie. Dans cette veine, le comportement grave s'entendrait d'« une attitude déloyale intolérable, propre à ruiner la confiance du partenaire, incompatible avec la poursuite des relations contractuelles » (Cf. *MAZEAUD (D.) La rupture unilatérale du contrat pour inexécution*, *Rev. Lamy Droit des Affaires*, n° 51, juillet-août 2010, p. 123 ; *égal. GENICON (Th.) pour qui « il serait une réaction immédiate à une attitude intolérable, une juste colère en quelque sorte », in Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier, chronique jurisprudence, R.D.C., 2010-1, p. 46*). Pour preuve, l'article 294 du nouvel Acte uniforme considère qu'une partie à un contrat de vente « n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure ». Or, il est acquis que quand le débiteur a justifié de l'un de ces faits qui constituent l'absence

d'imputabilité au sens de l'article 1147 du Code civil, il a, du même coup, implicitement démontré qu'il n'a commis aucune faute (Cf. *CARBONNIER (J.) Droit civil, Les obligations*, t. 4, *PUF*, 1985, p. 293, n° 74.). Une telle acception tend évidemment à consacrer l'idée selon laquelle l'objet central de l'appréciation du juge est bien le comportement du sujet et non le résultat que peut avoir ce comportement sur la bonne fin de l'opération.

5. Si la solution a la faveur de la souplesse, elle charrie cependant son lot de critiques. En effet, l'appréciation subjective de la « gravité du comportement » ôte toute prévisibilité créant de ce fait une insécurité juridique en raison de la subjectivation des appréciations judiciaires qui pourrait elle-même en découler. Il s'ensuit que la notion de gravité du « comportement » d'une partie au contrat de vente commerciale de l'OHADA, véritable reprise des solutions judiciaires françaises, pourra être appréciée efficacement au-delà de ce cadre restrictif en se fondant sur une conception moins exigeante et plus objective de la notion. Celle-ci s'identifie avec l'inexécution grave d'une ou plusieurs obligations placées au cœur du contrat (Cf. *MAZEAUD (D.) La rupture unilatérale du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, p. 123). Ce faisant, on se détache de la personne du cocontractant. À cet égard, il peut être fait référence au caractère essentiel de l'obligation inexécutée en dépit des difficultés liées à la détermination de ce qui fait l'essence du contrat. La solution doit être préférée parce que privilégiant le souci de sécurité juridique, de stabilité du contractuel et n'empêchant pas de rompre le contrat pour manque de loyauté du cocontractant.

Ensuite, quel est le manquement susceptible de justifier « la gravité du comportement » ? Le point crucial est dès lors celui de savoir si ce manquement est celui qui, de façon générale, est de nature à justifier une résolution du contrat (*Ce que l'on appelle souvent le manquement suffisamment grave de l'article 1184 du code civil*) ou si, au contraire, il existe pour la rupture unilatérale du contrat de vente de l'article 281 alinéa 2 de l'AUDCG une exigence supplémentaire, seul le manquement extrêmement grave, pour ainsi dire, étant susceptible de la justifier et donc de dispenser le créancier du recours au juge. En effet, la rupture unilatérale d'un contrat de vente étant perçue à ce jour comme un mécanisme d'exception, la résolution demeurant par principe judiciaire, on devrait logiquement penser que seules certaines fautes particulièrement choquantes devraient justifier le recours à celle-ci. Techniquement, il n'y aurait là rien d'anormal, si on s'en tient à une expérience tirée du droit comparé français des obligations où on isole la faute dolosive ou la faute lourde pour lui réserver un traitement juridique particulier en indemnisant par exemple le préjudice imprévisible ou en neutralisant une clause limitative de responsabilité. Force est toutefois de savoir où se trouve la position du législateur OHADA sur ce point, la question restant entière quant à la définition dudit comportement.

Comme on le voit, l'interprétation de la notion de « gravité du comportement » d'une partie au contrat de vente commerciale de l'OHADA intègre les dimensions subjective et objective dudit comportement. Elle rentre en droite ligne de celle qui fut retenue à propos de la notion de manquement essentiel qui existait jusque-là dans l'ancien Acte uniforme relatif au droit commercial général (Cf. articles 246 et 248 de l'AUDCG dans son ancienne formule. Et pour une étude détaillée de la notion, cf. NGUIHE KANTE (P.), *La notion de manquement essentiel dans le droit de la vente commerciale de l'OHADA*, in RRJ 2007-2, pp. 999 à 1028). Est-ce à dire que cette nouvelle notion vient prendre la place de l'ancienne et qu'elles sont dès lors synonymes ?

6. Une rapide réflexion portant sur le rôle de chacune de ces deux notions permet de répondre sans hésitation aucune par la négative. Tandis que la notion de « manquement essentiel » de l'article 248 de l'ancien AUDCG visait à privilégier le maintien du lien contractuel tant que cela est possible (*Le manquement essentiel est dès lors considéré comme « un barème de gravité de l'inexécution, la jauge pour justifier la résolution du contrat »* : SEFTON-GREEN (R.), in *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, LGDJ, 2000, n° 427, p. 247. *Le souci du législateur est donc d'encourager les entreprises à s'investir et à entretenir une parfaite coopération entre elles plutôt qu'à se rétracter. La solution est révélatrice de l'esprit de solidarité contractuelle qui, dans le droit de la vente commerciale, doit favoriser l'entente entre les parties et, par suite, privilégier la pérennité de leurs relations malgré les difficultés que pourrait soulever son exécution*), tel ne semble pas être le cas de la « gravité du comportement » qui favorise plutôt sa rupture en permettant à un créancier de procéder sans attendre à une meilleure allocation de ses ressources au lieu de devoir continuer à les investir dans un contrat voué à l'échec ou à la difficulté en attente de la décision du juge (Cf. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale*, in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Dossier, Droit & Patrimoine, n° 126, mai 2004, p. 73 qui fait ainsi référence à la théorie de la rupture efficace du contrat). Est-ce à dire qu'il n'existe aucun trait commun entre les deux notions ? Il serait hâtif d'y répondre par l'affirmative.

Il est clair en effet qu'il existe dans ces deux notions un élément caractéristique du préjudice dont le degré d'importance est nécessaire quant à leur qualification. Ce critère est donc de la plus haute importance dans la définition des deux notions : si le préjudice subi n'est pas d'une gravité importante, on doit naturellement s'efforcer de sauver le contrat ou de recourir nécessairement au juge pour demander sa résolution ; dans le cas contraire, la victime du manquement essentiel ou de la gravité du comportement doit pouvoir s'en libérer au besoin avant terme et par voie de justice, ou procéder à la résolution unilatérale de son contrat.

La controverse pourrait toutefois surgir au niveau du facteur déterminant de la gravité de ce préjudice.

7. A priori, la référence à la gravité du « comportement » par le nouveau législateur de l'OHADA et non plus du « manquement », expression traditionnellement utilisée pour caractériser le « manquement essentiel » laisse penser que les deux notions ne sauraient être appréciées de manière identique. Là-bas, on est fondé à l'entrevoir sur un plan plus purement subjectif, alors qu'ici on devrait l'envisager à la fois de manière subjective et objective ainsi que l'admettait le législateur OHADA donnant aux termes « substance » et « essentiel » le même sens que celui retenu par la doctrine et la jurisprudence françaises à propos des « qualités substantielles ».

À l'analyse toutefois, cette divergence des règles d'interprétation mérite d'être remise en cause. Au risque d'insécuriser la relation contractuelle, le terme « comportement » accolé à l'expression gravité et qui est synonyme d'importance, doit également être entendu de manière subjective et objective. C'est toute la question des conceptions envisageables au niveau de l'appréciation de la gravité du comportement de l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG. De toute évidence, compte tenu de la formulation de ce texte, il est fort logique que les deux méthodes d'interprétation concevables en droit commun des contrats puissent trouver pleinement leur champ d'expression.

8. Ces différentes analyses traduisent l'intérêt de la notion de gravité du comportement, véritable innovation juridique dans le droit des contrats de vente commerciale de l'OHADA. Les éléments concourant à sa qualification sont avant tout ceux découlant d'un « comportement », c'est-à-dire d'une attitude qui n'est pas directement attachée au caractère synallagmatique du contrat, mais « mettant en péril les intérêts contractuels de la victime et menaçant par conséquent l'avenir même du contrat ». (Cf. AYNES (L.), *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives*, in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Dossier, Droit & Patrimoine, n° 126, mai 2004, p. 68). Ce qui est ainsi pris en considération c'est la « promesse de comportement » des parties à un contrat de vente commerciale. Encore faudrait-il que le comportement qui n'a pas été honoré affecte l'avenir, les chances de survie du contrat et donc les chances d'efficacité de la force obligatoire.

On le voit, la notion de gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale de l'OHADA peut être comprise de manière subjective ou objective. Autrement dit, la formule peut, aux yeux de l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG, soit renvoyer à un jugement de valeur sur la qualité fautive du comportement d'une partie (A), soit renvoyer à un jugement sur la gravité objective que son comportement fait courir à la bonne fin de l'opération contractuelle (B).

A - Gravité du comportement, expression d'un jugement de valeur sur la conduite fautive du sujet

9. Pour qualifier la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale de l'OHADA, il est tentant au premier abord de recourir à l'idée de faute du débiteur. Cette appréciation qui n'est pas formellement exprimée par l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG, est déduite de l'imputabilité de la cause de l'inexécution au débiteur telle que consacrée par l'article 294 alinéa 1 dudit Acte. (*D'après ce texte, « Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure »*). L'analyse permet de penser que, malgré la gravité du comportement du débiteur, sa responsabilité ne sera pas retenue lorsque l'inexécution ne lui sera pas imputable, autrement, lorsqu'elle résultera du fait d'un tiers ou d'un cas de force majeure.

La définition du comportement grave se rattache ainsi à un courant général de la pensée juridique qui ne conçoit pas que l'on puisse être déclaré responsable sans faute (*Dans son Traité élémentaire de droit civil, PLANIOL donne cette définition bien connue : « la faute est un manquement à une obligation préexistante, dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui », tome 2, 1900, éd. Pichon, p. 266, n° 901, ; dans le même sens, VINEY (G.), La responsabilité contractuelle en question, in Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN, LGDJ 2001, n° 21, p. 940 ; CARBONNIER (J.), ouvr. préc., p. 280, n° 71*). Celle-ci est déduite de l'imputabilité au sujet des conséquences de son comportement grave (a) et conditionne la mise en œuvre de sa responsabilité (b).

I - Imputabilité du sujet comme reflet de la faute

10. En déniant la responsabilité du sujet dont l'inexécution de l'une quelconque des obligations aurait été provoquée par « un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure », l'article 294 alinéa 1 du nouvel AUDCG laisse penser, semble-t-il, que la notion de « gravité du comportement » de l'article 281 alinéa 1 est nécessairement rattachée à l'imputabilité, donc à l'élément psychologique de la faute. (*Cette position ne fait pourtant pas l'unanimité. Certains, à l'instar du professeur Philippe MALINVAUD, in Droit des obligations, 8^e édition, Litec, 2003, n° 565, p. 406, proposent plutôt de relier l'effet exonératoire de la force majeure aussi bien à l'exigence d'un rapport de causalité entre la faute et le dommage. Pour la doctrine majoritaire cependant,*

il y a lieu de rattacher à l'imputabilité, donc à l'élément psychologique de la faute, l'effet exonératoire de la force majeure dans la responsabilité contractuelle de droit commun). La démonstration de la force majeure ou du fait d'un tiers exclut a priori sa présence. Elle consacre l'idée selon laquelle la notion est la traduction logique d'une conduite fautive du débiteur.

Il s'ensuit que malgré le comportement grave du sujet, sa responsabilité ne sera pas retenue lorsque l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations y découle du fait d'un tiers ou d'un cas de force majeure. (*La qualification de la gravité du comportement fait place à la prise en compte d'« une condition négative qui introduit en fait une cause de justification pour la partie en défaut », paraphrasant ainsi le professeur MBA-OWONO (Ch.), in Non-conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit uniforme, Juridis Périodique, n° 41, janv-mars 2000, p. 124, n° 53. Il s'agit précisément des causes d'exonération de responsabilité contractuelle de droit commun prévues par le Code civil français de 1804 (art. 1147 et 1148) encore applicable dans la plupart des pays de l'espace OHADA et qui se retrouvent du reste dans l'article 294 alinéa 1 du nouvel AUDCG*). Dans ces conditions, la volonté de l'auteur du comportement grave apparaît comme la condition de l'imputabilité de la faute à son égard (1), ce qui justifie le choix des sanctions prévues par le législateur (2).

a - Volonté comme condition de l'imputabilité de l'inexécution fautive

11. Sans doute, il y a faute – et par conséquent responsabilité – dès qu'il y a violation d'une obligation pour une cause non étrangère au débiteur, quelle que soit son étendue. (*Cf. ROBLLOT (R.), De la faute lourde en droit privé français, RTDciv., 1943, p. 20, n° 22*). Ce constat va en droite ligne avec certaines analyses empruntées au professeur Jean CARBONNIER qui considère que, « pour qu'une faute puisse être imputée, juridiquement reprochée à celui qui l'a commise, il faut qu'il l'ait commise volontairement » (*Cf. CARBONNIER (J.), ouvr. préc., n° 94, p. 393*). C'est la même conception qui semble avoir été retenue par le législateur de l'OHADA. À cet égard, le comportement grave à l'origine des conséquences de l'inexécution subie par le créancier, synonyme de fait objectif illicite ou de violation d'une obligation préexistante de la part du débiteur, ne saurait donc suffire à elle seule pour constituer une faute ; il faut en outre que ce fait soit imputable à son auteur.

Cette imputabilité qui traduit l'option en faveur de la nécessité d'un élément subjectif dans la définition de la faute comme expression de la gravité du comportement, suppose en principe, chez l'auteur du manquement, la conscience et la liberté de ses actes. En effet, on ne saurait reprocher à quelqu'un un comportement inconscient ou auquel il a été contraint (*Cf. MALINVAUD (Ph.), ouvr. préc., n° 563, p. 404*).

12. Mais cette conception de la faute, qui est celle de la morale, n'est retenue dans l'article 281 alinéa 2 de l'Acte uniforme qu'en ce qui concerne son second aspect. Peut-être a-t-on estimé que sur le premier volet, il fallait s'en tenir à l'état actuel du droit positif qui dément largement cette question en enseignant que la conscience des actes posés par une personne n'est pas nécessaire pour engager sa responsabilité. (*La conception morale de la faute qui postule avant tout la conscience de ses actes par l'auteur du dommage est largement démentie aussi bien par le droit positif de la plupart des pays de l'OHADA qui continuent à faire application des dispositions du code civil français de 1804 que par le droit positif français lui-même. Ainsi, bien que les personnes morales n'aient pas, à proprement parler, conscience des actes accomplis par leurs organes, il y a lieu à admettre que la faute des dirigeants est celle de la société et que cette dernière peut en conséquence être poursuivie sur le fondement de l'article 1382 du code civil, par exemple. Cette responsabilité n'exclut évidemment pas celle personnelle des dirigeants sociaux, même si pour des raisons de solvabilité, les victimes rechercheront plus volontiers la responsabilité de la personne morale. En pratique, le plus souvent, la responsabilité de la personne morale sera recherchée de préférence sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du code civil.*)

Pour les déments, l'article 489-2 du code civil français semble proclamer plus expressément le principe d'une responsabilité objective, dénuée de tout fondement moral, et qui, en pratique, oblige l'entourage à contracter au nom du dément une assurance de responsabilité. La solution est la même ici, a fortiori, pour les jeunes en âge de comprendre la portée de leurs actes ; leur minorité ne les empêche pas d'être responsables au même titre que les majeurs, y compris pour l'inexécution des contrats, lorsque ceux-ci ont été valablement passés). En revanche, le législateur de l'OHADA admet sans ambages que la liberté des actes du débiteur dans la vente commerciale est une condition d'existence de la faute caractéristique de la gravité du comportement reprochée à l'autre partie.

Cette affirmation trouve sa justification dans la lecture combinée des articles 281 alinéa 2 et 294 alinéa 1 du nouvel AUDCG qui semblent déclarer de manière sibylline qu'il n'y a pas de responsabilité en cas de « fait d'un tiers » ou « de force majeure » malgré la gravité du comportement du sujet. À cet égard, la gravité du comportement permettant à l'autre partie de mettre fin au contrat à ses risques et périls n'existe pas.

13. Pour qu'il y ait gravité du comportement au sens de l'Acte uniforme, il faudrait donc non seulement l'inexécution totale ou partielle de l'une des obligations du débiteur, mais encore faudrait-il que celle-ci ne soit pas due à une cause étrangère, synonyme de fait d'un tiers ou de survenance d'un événement de force majeure. En d'autres termes, l'inexécution invocable doit être le résultat d'une faute imputable à l'auteur de la gravité du comportement. En conséquence, il n'y aura pas

faute, relève le professeur Philippe MALINVAUD, « si l'auteur du dommage s'est trouvé, par suite des circonstances, dans l'impossibilité absolue de respecter les règles contractuelles, légales, ou autres qui s'imposaient à lui » (Cf. MALINVAUD (Ph.), *ouvr. préc.*, n° 565, p. 406). Ainsi en sera-il de toute « inexécution (...) due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure » (Cf. article 294 alinéa 2 du nouvel AUDCG. *Il résulte de la règle énoncée par ce texte que le débiteur répond de tout manquement au contrat, à moins qu'il ne résulte d'un empêchement qui se situe en dehors de sa sphère de contrôle ou d'un obstacle insurmontable. Dans ce sens, la cause de l'inexécution devrait provenir d'un événement d'origine externe, donc non imputable à son égard. Dès lors, toutes les circonstances qui se trouvent dans la sphère de contrôle du débiteur et qui peuvent lui être imputées personnellement excluent son exonération. Cela exclut notamment tous les événements qui peuvent lui être imputés partiellement ou totalement.*)

Le texte fournit cependant quelques orientations sur le sens à donner à cette notion. À travers l'énumération des différents cas d'exonération qui est faite ici, le constat qui s'impose est celui selon lequel la notion d'« empêchement indépendant » de la volonté du débiteur est une expression générique recouvrant notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure. Cela étant, le recours à ces deux notions paraît de nature à donner un contenu plus précis à la notion d'« empêchement indépendant de sa volonté.

Vu sous un tel angle, la terminologie utilisée indique que l'on a voulu restreindre les motifs d'exonération. Les éléments d'interprétation sont ainsi proches de ceux que connaît le droit commun. Comme là-bas, on en déduit alors que la présence de la force majeure traduit l'absence de faute en matière de contrat de vente).

En pareille hypothèse, l'auteur matériel du dommage n'en aura été que l'instrument mais non la cause, qui lui est étrangère. Quant au fait dommageable résultant de l'inexécution totale ou partielle de l'une quelconque des obligations dévolues à l'autre partie au contrat de vente commerciale, il n'aura été en apparence que celui d'un homme dans ces conditions. N'y a-t-il dès lors pas lieu de douter qu'on soit encore réellement en face d'un problème de faute plutôt qu'à celui de causalité ? Cette inquiétude est partagée une fois de plus par le professeur Philippe MALINVAUD qui estime qu'« en dépit des apparences, le dommage – découlant de l'inexécution – est dû à une cause étrangère » (Cf. MALINVAUD (Ph.), *ouvr. préc.*, n° 565, p. 406).

Il s'ensuit que toute personne, convaincue d'être à l'origine d'un comportement grave ayant entraîné de conséquences préjudiciables au créancier, donc considéré comme objectivement illicite, peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'elle a agi sous la contrainte d'un « empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure ». (Cf. article 294 alinéa précité du

*nouvel AUDCG. Ce texte pose le principe de l'exonération de l'une des parties lorsque l'inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté. Le texte vise principalement « l'empêchement », sorte de terme générique recouvrant notamment le fait d'un tiers ou un cas de force, deux causes d'exonération du débiteur empêchant le comportement d'une partie d'être considéré comme grave malgré l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations par l'auteur d'un tel comportement. Dans tous les cas, les éléments d'interprétation de la notion d'empêchement doivent être les mêmes que ceux retenus en droit interne pour déterminer la force majeure. Les deux notions sont donc synonymes d'après l'esprit du législateur de l'OHADA). Inéluctablement, la cause étrangère traduit un problème de causalité plus que de faute (Cf. MALINVAUD (Ph.), *ouvr. préc.*, n° 565, p. 406).*

14. En pratique, la querelle est plus terminologique que réelle car elle est sans influence sur les solutions retenues : si le fait d'un tiers ou la survenance d'un événement de force majeure exonère le débiteur de sa responsabilité en cas d'inexécution de l'une quelconque de ses obligations, il est certain par ailleurs que leur présence empêche l'inexécution d'être considérée comme un comportement grave avec les conséquences inéluctables qui en découlent. Et malgré cette diversité d'effets que semble produire le fait d'un tiers ou la force majeure sur l'obligation inexécutée, il s'ensuit que la présence d'« un empêchement indépendant » de la volonté du débiteur dans un contrat de vente commerciale, traduit l'absence d'une faute de comportement de sa part (Cf. ABBAD (M. F.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, LGDJ, 2003, n° 314, p. 261 et s.), dans la survenance de l'inexécution des obligations de l'autre partie au contrat de vente commerciale de l'OHADA.

C'est donc sur le terrain de l'absence de la faute qu'il convient d'envisager la présence du fait d'un tiers ou d'un cas de force majeure et non pas sur celui de la causalité. Cette analyse rejoint de toute évidence les pertinents propos du Doyen Jean CARBONNIER, enseignant dans le cadre du droit commun des obligations que, « quand le débiteur a justifié de l'un des faits déterminés qui constituent une cause étrangère libératoire au sens de l'article 1147, il a, du même coup, implicitement démontré qu'il n'a commis aucune faute ». (Cf. CARBONNIER (J.), *ouvr. préc.*, n° 74, p. 293). En l'absence de la démonstration de la présence de l'une de ces circonstances qui correspondent à n'en point douter aux mêmes causes d'exonération de responsabilité prévues par l'article 294 du nouvel AUDCG, rien d'étonnant que, la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale puisse être analysée comme une faute. Le débiteur d'un contrat de vente commerciale pourrait se libérer des conséquences inhérentes à la gravité de son comportement par la seule preuve de l'absence de faute, parce que « le fait d'un tiers ou un cas de force majeure » et absence de faute seraient deux notions équivalentes.

15. On le voit, l'imputabilité au sujet de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations est la condition d'existence de la faute envisagée. La faute existe dès que son auteur est dans l'impossibilité de bénéficier d'une cause d'exonération contenue dans l'article 294 alinéa 1 du nouvel AUDCG. Cette imputabilité traduit le fait que le débiteur a eu conscience de l'importance des conséquences dommageables que son défaut pourrait avoir sur le créancier et n'a pas été en mesure de faire prévaloir le fait d'un tiers ou la force majeure. À l'instar de ce qui est admis dans le cadre du droit commun où le Code civil a fait de la volonté un élément essentiel de la responsabilité, le législateur de l'OHADA fait sien les propos du Doyen Jean CARBONNIER selon lesquels il n'y a « point de faute là où il n'existe pas de volonté » (Cf. CARBONNIER (J.), *ouvr. préc.*, n° 94, p. 391). Dans ces conditions, c'est la volonté qui conditionne l'imputabilité de la faute à l'agent. Qui plus est, cette volonté doit être capable et libre comme cela est enseigné en droit commun.

Dès lors, la volonté apparaît comme la condition de l'imputabilité de l'inexécution de l'une quelconque des obligations découlant du nouveau droit de la vente commerciale de l'OHADA à l'auteur de la gravité du comportement justifiant sa rupture unilatérale par la victime. C'est cette imputabilité qui fonde par ailleurs la sanction du comportement grave.

b - Imputabilité de l'inexécution fautive comme fondement de la sanction du comportement grave

16. Dès que la gravité du comportement aura été constatée à la suite de l'imputabilité de l'inexécution de l'une quelconque des obligations du débiteur, on assistera à un accroissement des droits de la victime. Aussi, le créancier pourra solliciter la rupture unilatérale en plus éventuellement des dommages et intérêts. Ces deux mesures apparaissent comme la sanction d'une faute contractuelle suffisamment grave, ce qui justifie la mise en place d'un mécanisme opérant a priori sans le juge et constituant, à ce titre, un acte de justice privée comportant de nombreuses conséquences en cas de non-imputabilité de l'inexécution à l'auteur du comportement grave.

Pendant, le constat est quelque peu nuancé en ce qui concerne la rupture. En droit commun, la jurisprudence prononce la résolution même dans le cas d'une inexécution non fautive, due à un cas de force majeure. D'après le nouveau droit de la vente commerciale de l'OHADA, la rupture consécutive à la gravité du comportement du sujet doit supposer une inexécution fautive. Pour preuve, le législateur refuse d'admettre la rupture unilatérale malgré l'inexécution de l'une quelconque des obligations du débiteur tout simplement parce que cette situation n'a pu lui être imputable.

Or, il a été constaté qu'on rattache couramment à l'élément psychologique de la faute, l'imputabilité.

Celle-ci suppose précisément l'absence d'effet exonératoire du « fait d'un tiers ou un cas de force majeure » (*L'article 295 du nouvel AUDCG précise toutefois « lorsque l'inexécution par l'une des parties résulte du fait d'un tiers chargé par elle d'exécuter tout ou partie du contrat, elle n'est pas exonérée de sa responsabilité »*). Dans le cas contraire, la rupture unilatérale du contrat de vente de l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG, sanction de la gravité du comportement d'une partie, ne sera plus à sa place (*La résolution du contrat de vente par l'acheteur ou le vendeur en cas de gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale est extrajudiciaire comme l'affirme nettement l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG contrairement à ce qu'admet en droit commun des contrats l'article 1184 alinéa 3 du Code civil de 1804 encore applicable dans la plupart des pays de l'espace OHADA. Au-delà d'un regain de l'unilatéralisme en droit des contrats, le souci recherché avant tout ici est, empruntant des propos à d'éminents auteurs, « de permettre à un contractant de clore rapidement une relation contractuelle, privée de toute vitalité économique par la gravité des comportements dont elle est l'objet, afin qu'il puisse conclure un nouveau contrat indispensable à la réalisation de l'opération économique qu'il poursuit »*: TERRE (F.), SIMPLER (Ph.) et LEQUETE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 660, p. 670).

17. L'octroi additionnel des dommages-intérêts en réparation de la perte subie et du gain manqué qui intervient également en sus de la rupture unilatérale du contrat de vente consécutive à la gravité du comportement de l'autre partie constitue, à n'en point douter, la sanction d'une faute contractuelle. D'après l'article 281 alinéa 4 du nouvel AUDCG, « La partie qui impose ou obtient la rupture du contrat peut obtenir en outre des dommages-intérêts en réparation de la perte subie et du gain manqué qui découlent immédiatement et directement de l'inexécution ». La sanction qui résulte du souci de réparer le préjudice subi par le créancier à la suite d'une rupture injustifiée du contrat, est subordonnée à l'existence d'un comportement grave constaté dans l'exécution de l'une quelconque des obligations de la partie en défaut. Surtout, elle doit avoir un lien immédiat et direct avec l'origine de l'inexécution de l'une quelconque des obligations mises à la charge de la partie en défaut. Or, comme l'admet insidieusement l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG, celle-ci doit être imputable au débiteur.

La sanction de la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale consistant en l'octroi complémentaire des dommages-intérêts à l'autre partie traduit ainsi à la fois l'idée de responsabilité contractuelle du sujet et d'existence d'une faute à lui imputable (*Cf. article 281 alinéa 4 du nouvel AUDCG*). Dans l'un ou l'autre cas, il sera difficile qu'on ne puisse pas percevoir que le défaut aura été caractéristique d'un acte ou d'un fait fautif. Il est alors possible que la partie à qui on demandera le paiement des dommages-intérêts, s'en

remette à la justice pour apprécier la gravité de son comportement et le bien-fondé de la rupture unilatérale décidée par l'autre partie.

18. La faculté de remplacement susceptible de sanctionner l'inexécution fautive de l'une quelconque de ses obligations par une partie au contrat de vente commerciale, n'a pas été expressément évoquée par le nouveau législateur OHADA du droit commercial général. Cette sanction qui remet en cause de manière définitive, l'exécution déjà effectuée, est subordonnée à l'existence d'un défaut de conformité traduisant en lui-même aussi bien l'idée de non conformité que d'existence d'un vice caché (*Le remplacement est pourtant, à la différence de la résolution, la faculté donnée à l'acheteur d'exiger du vendeur la livraison d'autres marchandises destinées à remplacer celles qui avaient d'abord été livrées, mais qui renferment des défauts. En d'autres termes, l'acheteur restitue au vendeur les produits qui ne satisfont pas à ses attentes et reçoit, en remplacement de ceux-ci, une autre livraison. Cette faculté de remplacement doit être distinguée de celle*). À cet effet, elle vise à réparer les conséquences d'une faute contractuelle portant sur une exécution déjà effectuée.

Or, elle ne constitue pas aux yeux du nouveau législateur OHADA du droit commercial général l'une des sanctions de la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale contrairement à ce qui avait été admis jusqu'alors, s'agissant du manquement essentiel. La raison s'explique, semble-t-il, par le fait que le manquement susceptible de justifier un comportement grave doit aller au-delà de ce qui est envisagé par l'article 1184 du code civil, autrement, être envisagé sous l'angle d'une faute extrêmement grave et non pas sous le seul angle d'une inexécution, fût-elle fautive comme cela pourrait être le cas du défaut de conformité des marchandises livrées. La sanction du remplacement n'est pas forcément conditionnée à l'existence d'un défaut de conformité imputable à une partie au contrat. Dans cet ordre d'idées, cette mesure est moins énergique pour sanctionner efficacement la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale.

19. On le voit, la faute est un barème de la sanction du comportement grave, la jauge pour justifier soit la rupture unilatérale du contrat de vente en plus de l'octroi éventuel des dommages et intérêts, soit la poursuite de son exécution malgré l'existence d'une inexécution de l'une quelconque de ses obligations par le sujet. Immanquablement, l'imputabilité au débiteur de la faute à l'origine de l'inexécution des obligations imposées à une partie au contrat de vente commerciale est la condition de la mise en œuvre de sa responsabilité pour comportement grave, (*Si l'inexécution provient d'un cas de force majeure ou du fait d'un tiers non imputable au débiteur, le comportement pourra demeurer grave sans être imputable au débiteur, ce qui le dégage de toute responsabilité*).

II - Faute comme condition de la responsabilité de l'auteur du comportement grave

20. Ainsi que cela a été déjà constaté, la lecture combinée des articles 281 alinéa 2 et 294 alinéa 1 du nouvel AUDCG laisse penser que le législateur de l'OHADA subordonne l'existence de la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale à l'absence d'un effet exonératoire qu'est le fait d'un tiers ou un cas de force majeure. À cet égard, l'imputabilité de l'inexécution de l'une quelconque des obligations au sujet est la condition de la mise en œuvre de sa responsabilité pour comportement grave, (*Contrairement à ce qu'on serait tenté de penser, le comportement ne cesse pas d'être grave quand il est dû au fait d'un tiers ou à la force majeure. En pareil cas, le comportement demeure grave, mais l'inexécution ne peut être imputée, ce qui le dégage de toute responsabilité*). Et dès lors qu'il y a ainsi une inexécution imputable à ce dernier, on en déduit assez rapidement à l'existence d'une faute (Cf. TALLON (D.), *Pourquoi parler de faute contractuelle ? in Écrits en hommage à Gérard CORNU*, PUF., 1994, p. 437). Dans le cas contraire, on se trouvera face à une inexécution fortuite non susceptible d'engager la responsabilité du débiteur de l'obligation.

La faute qui transparait ainsi dans l'imputabilité au débiteur de l'exécution sera la condition fondamentale de la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur du comportement grave et non celle de son existence. Deux préoccupations méritent dès lors d'être examinées : celle liée à l'examen de la nature de cette faute (a) et celle de sa preuve (b).

a - Nature de la faute

21. On ne peut nier que l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG rend utile la notion de faute pour qualifier la gravité du comportement. Mais le problème se pose surtout au niveau de sa nature. Doit-on mettre l'accent sur l'importance, la gravité objective de l'inexécution ou au contraire sur l'appréciation de l'attitude du débiteur, appréciation des chances de survie du contrat, autrement entre un critère quantitatif ou un critère qualitatif de la gravité du comportement de la partie au contrat de vente ?

Les éléments de réponse à cette interrogation peuvent être puisés sans trop d'hésitations dans l'interprétation de l'article 281 alinéa 4 du nouvel AUDCG déterminant l'étendue de la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat à la suite de la gravité du comportement d'une partie. À l'instar de ce qui était admis dans l'ancien droit et qui prévaut dans la CVIM, ce texte insiste plus sur la perte de valeur de la prestation pour le cocontractant que sur le degré du manquement, voire de la faute.

22. Est-ce à dire que la gravité du comportement

n'est pas liée à l'importance de la faute commise par le débiteur en tant que telle, mais plutôt à l'effet de cette faute ou défaut sur la valeur de la prestation pour l'autre partie ? Tel ne semble pas être l'avis du législateur OHADA sur ce point. En effet, parce que le législateur dispense le créancier du recours au juge qui dispose de moyens efficaces pour apprécier la véritable inexécution fautive susceptible de justifier la rupture du contrat, seules certaines fautes particulièrement choquantes devraient être prises en compte au risque d'insécuriser la relation commerciale. Au-delà de l'objet de la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat, l'idée générale est d'un manquement imputable à une faute particulièrement caractérisée mettant gravement en péril les intérêts du créancier : il est nécessaire qu'il y ait un comportement choquant du débiteur ou une mauvaise foi de sa part.

Toute faute à l'origine de l'inexécution de l'une quelconque des obligations du sujet ne suffit donc pas pour caractériser la gravité du comportement. Seule la faute intentionnelle est caractéristique de la gravité du comportement d'une partie.

La prise en compte de la gravité de la faute dans la qualification de la gravité du comportement traduit une appréciation d'ordre, au fond, pénal : la partie qui prend l'initiative de la rupture unilatérale porte en quelque sorte un jugement de culpabilité sur la responsabilité du cocontractant auteur du comportement grave. En matière civile toutefois, l'appréciation se particularise en ce que l'initiative de l'auteur de la rupture unilatérale s'assimile à une sorte d'exercice du droit de punir qui lui est légalement conféré, la mise en jeu de la responsabilité civile du débiteur à l'origine de l'inexécution étant réservée au juge étatique dont le rôle consiste essentiellement à assurer la réparation du préjudice subi par l'une ou l'autre partie. Il est donc normal que le législateur OHADA soit rigoureux à son égard en lui imposant des obligations plus contraignantes : s'assurer que la justice privée qu'elle s'apprête à rendre s'impose en tout état de cause en dérogation des pouvoirs du juge étatique.

23. On le voit, le nouveau droit de la vente commerciale de l'OHADA se penche vers une option résolument subjective de l'appréciation de l'appréciation du comportement du sujet indépendamment des résultats désastreux découlant de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations. En le faisant, il épouse une conception de la faute identique à celle retenue dans l'arrêt Chronopost en France (*Dans l'arrêt Chronopost de 1996, les juges se sont prononcés plus pour une conception subjective qu'objective de la faute en s'appuyant sur la gravité objective de la négligence commise par les agents de la société de transport*).

Il s'avère cependant qu'en s'attelant plus sur la gravité de la faute pour caractériser le comportement grave du sujet responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations, le législateur a voulu préciser avant

tout que l'élément objectif de la faute devrait être complété nécessairement par un autre élément de nature subjective, qui est sans doute le plus déterminant (*La prise en considération de la gravité des conséquences qu'a entraînées la faute du créancier comme élément objectif de la faute, peut trouver aussi à s'appliquer dans l'affaire Chronopost : la société Chronopost, même si elle ne connaissait pas le contenu précis des plis qui lui avaient été confiés, savait que ces plis étaient urgents. En ne respectant pas son obligation essentielle de livrer les courriers dans le délai promis par le contrat, elle a pris le risque de conséquences graves pour les expéditeurs*). L'opération a ainsi pour fonction et pour intérêt d'assurer une indemnisation complète de la victime dans des hypothèses où elle en aurait normalement été privée (*L'intérêt de la qualification de la faute fait plutôt figure de mesure de protection des victimes contre les fautes qui apparaissent—subjectivement ou objectivement—les plus graves et pour lesquelles il semblerait le plus injuste de ne pas admettre une réparation intégrale*). Dans tous les cas, un lien semble s'être établi entre la faute et l'obligation essentielle du contrat reposant sur une faute intentionnelle¹. Cette conception qui concentre par ailleurs l'attention sur la fonction du contrat, et non sur la seule conduite des parties, nous semble justifiée. Aussi permet-elle d'étendre la sanction de l'inexécution du contrat aux seuls comportements qui ne sont pas réellement anti-contractuels.

De ce fait, le législateur de l'OHADA a eu raison d'étendre le concept de faute en le déviant dans un sens objectif. Il est donc normal, de ne pas bannir de l'appréciation de la faute en général, les considérations qui tiennent uniquement à l'ampleur des conséquences de l'inexécution, au risque d'étendre artificiellement le fondement de la responsabilité civile.

Malgré ce mélange d'appréciation concrète et abstraite, l'appréciation concrète d'un comportement volontairement fautif devrait suffire à lui tout seul en raison du particularisme de la forme de rupture découlant de l'existence de la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale. Cette faute sera basée à titre principal sur une appréciation morale portée sur le débiteur ; contrairement à ce qu'admettent certains auteurs, elle ne tiendra plus « à l'évaluation de l'importance de l'objet de l'obligation et aux conséquences de sa non-réalisation » (*Ce pourra donc être une faute lourde assimilable au dol et non une faute légère. Mais à la vérité, on perçoit mal pourquoi le juge sanctionnerait un contractant pour avoir invoqué un comportement grave dans des circonstances similaires à celles qu'il aurait lui-même faites un comportement grave. Dans cette perspective, la gravité du comportement du débiteur défaillant devrait être appréciée de manière identique dans les deux cas*). (Cf. STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Obligations, t. 2, Contrat, Litec, 6^e éd., 1998, n° 1884, p. 658*). C'est la solution adoptée également par les Principes du droit européen des contrats (Cf. art. 4.301 et 3.103).

24. Cette attitude du législateur retenant comme critère de la faute des éléments intrinsèques à la conduite du débiteur est conforme à l'orthodoxie en la matière. La faute n'a-t-elle pas toujours été considérée comme un jugement de valeur émis sur l'attitude du débiteur de l'obligation ? En raisonnant ainsi, on évite de confondre faute civile et faute morale car « la gravité de la faute n'est qu'un instrument de mesure de la gravité de l'acte » (Cf. JOURDAIN (P.), *Faute lourde et obligation essentielle*, RTDCiv. 1989, n° 4, oct.-déc. 1990, p. 667) : si l'acte apparaît objectivement plus grave, c'est que non seulement il y a eu une faute quelconque de la part du débiteur, mais une faute qui pourrait être qualifiée et autoriser par conséquent une aggravation de responsabilité. Au vrai, c'est le sujet qui se trouve qualifié par le législateur de l'OHADA et non l'acte lui-même. Il ne faudrait donc pas s'étonner que des circonstances totalement étrangères au comportement du débiteur ne puissent contribuer à aggraver objectivement l'acte dommageable.

On pourrait alors penser que la notion de gravité du comportement dans le droit de la vente est étrangère à celle de la faute en matière contractuelle. Contrairement à ce qu'enseigne le professeur Geneviève VINEY, le contrat se définit beaucoup plus ici comme une norme de conduite imposant certains comportements que « davantage par son contenu, son intérêt pour les parties, c'est-à-dire les obligations qu'il crée » (*In Contrat-type approuvé par décret et faute lourde : À propos des arrêts Chronopost du 22 avril 2005, Droit et patrimoine, n° 141, Oct. 2005, p. 39*). Il est donc clair qu'au même titre que le manquement à l'obligation essentielle ou fondamentale consacrée par la jurisprudence française Chronopost, la notion de gravité de comportement invoquée dans le cadre de la vente commerciale de l'OHADA révèle le plus souvent « l'inaptitude du débiteur à assumer la mission contractuelle acceptée » (Cf. VINEY (G.), *op. cit.*, p. 39).

Dans ces conditions, il serait normal, même au regard de la définition subjective de la faute, d'admettre qu'un tel manquement permet au moins de présumer cette faute. C'est ce que laisse envisager vraisemblablement l'article 294 alinéa 1 du nouvel AUDCG lorsque l'inexécution des obligations est imputable au débiteur et non au fait d'un tiers ou à la survenance d'un événement de force majeure. De là, on en déduit que la faute du débiteur est bien présente dans le comportement grave à l'origine de l'inexécution de l'une quelconque des obligations imposées à cette partie.

25. Malgré tout, la faute apparaît comme une notion protéiforme au contenu incertain qui se définit non seulement par référence à la conduite du responsable, mais aussi en certaines circonstances d'après l'importance objective du manquement constaté, celle-ci étant caractérisée par la gravité des conséquences qu'a entraînées la faute pour le créancier ou l'importance de l'obligation méconnue. Pour justifier cette qualification nouvelle,

le législateur de l'OHADA s'appuie essentiellement sur des considérations subjectives tirées de l'attitude extrêmement déloyale de l'auteur du comportement grave.

Les règles de preuve en la matière laissent penser a priori que la seule faute à prendre en compte dans la détermination de la gravité du comportement devrait être celle qui est grave. Mais rien n'interdit que l'inexécution de l'une quelconque des obligations du sujet soit due à une faute considérée comme légère. Dans ce cas, le changement du régime de la preuve tel que envisagé par le législateur africain aura essentiellement pour but de permettre une indemnisation plus efficace du créancier. Le principe est alors ici que c'est au débiteur de rapporter la preuve des causes d'exonération de sa responsabilité.

b - Preuve de la faute

26. La faute étant considérée comme un manquement imputable à l'auteur de l'inexécution des obligations contractuelles, il va de soi que la prise en compte d'un élément subjectif dans sa définition aura des incidences sur le régime de sa preuve. Une fois démontré le rattachement de l'imputabilité à l'élément psychologique de la faute dans la qualification de la gravité du comportement, il reste à prouver son caractère fautif. Qui doit rapporter cette preuve ? C'est le problème de la charge de la preuve. Étant en matière contractuelle, on doit obéir prioritairement aux règles du droit commun ainsi que le laisse penser l'analyse de l'article 294 alinéa 1 in fine du nouvel AUDCG.

Il s'ensuit que lorsqu'il y a une inexécution établie, le responsable en puissance ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en déniait le lien de causalité. Il lui faut pour cela démontrer qu'au-delà des apparences trompeuses, l'inexécutable est dû, en tout ou en partie, au fait d'un tiers ou à la survenance d'un événement de force majeure qui ne lui est pas imputable.

27. Cette règle est conforme à celle que prévoit le code civil en matière de responsabilité contractuelle. Suivant l'article 1147 du code civil qui sert après tout de texte de base dans l'examen de la situation qui nous intéresse présentement, il est acquis qu'en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de l'obligation, c'est au débiteur de justifier « que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ». La responsabilité est donc présumée et la charge de la preuve pèse sur celui qui n'a pas exécuté ou a mal exécuté. On s'accorde à voir en ce raisonnement une règle générale.

Pareille exigence semble favorable à la victime. Elle laisse penser que l'effet exonératoire de la force majeure ou du fait d'un tiers aura des incidences sur la qualification de la nature de l'obligation inexécutée par le débiteur en cas de comportement grave de sa part.

De là, on devra, en s'appuyant sur la distinction qui a été proposée en doctrine suivant l'objet de l'obligation, se demander si l'obligation inexécutée ayant entraîné de graves conséquences pour le créancier doit figurer dans la catégorie de celles qu'on qualifie comme étant tout simplement de résultat ou de moyens, ou si elle englobe les deux catégories à la fois.

28. En effet, l'article 294 alinéa 1 in fine du nouvel AUDCG laisse présager que malgré l'inexécution de l'obligation, le débiteur ne saurait engager sa responsabilité pour comportement grave lorsque les conséquences de cette inexécution résultent du fait d'un tiers ou de la survenance d'un événement de force majeure. Or, on sait en droit que, l'exonération par la force majeure doit être prouvée par celui qui s'en prévaut pour obtenir sa libération. Quant à celui qui combat la prétention, il doit tout simplement établir que le résultat n'a pas été atteint sans avoir besoin à prouver les causes de l'inexécution ou à établir la faute du débiteur. On en conclut que la faute de ce dernier est présumée et non prouvée.

L'analyse n'est pas tout à fait vraie en ce qui concerne l'établissement de la charge de la preuve de la faute dans la gravité du comportement. Ainsi qu'on peut l'observer, la charge de la preuve s'avère différente dans le cas d'une faute qualifiée. En effet, c'est au créancier qu'il convient de le faire. Et parce qu'en pareille circonstance, la finalité recherchée est avant tout « de permettre à un contractant de reprendre ou de poursuivre son affaire avec un autre partenaire » (*Cf. GENICON (Th.), op. cit., p. 5*), que de parvenir à une indemnisation intégrale du créancier, il y aura des conséquences sur la qualification véritable de la gravité du comportement qui ne s'accommode pas de la présence de toute faute quelconque.

29. Et parce que la faute doit être en l'occurrence prouvée distinctement par le créancier et non présumée du seul fait matériel de l'inexécution non imputable au fait du tiers ou à un cas de force majeure comme cela est enseigné en droit commun pour l'obligation de moyen, on en déduit ici que le manquement du débiteur porte sur une obligation de moyens et non de résultat (*Dans les obligations de moyens, la faute doit être prouvée. La faute ne se laissera pas déduire de la seule absence de résultat. Il devient nécessaire de porter un jugement sur la conduite du débiteur, et de comparer ce qu'il a fait à ce qu'il aurait dû faire. L'article 1137 du Code civil donne la formule de la comparaison. La garantie dont bénéficie ici le créancier est donc bien plus limitée dans les obligations de moyens que dans les obligations de résultat*) : le créancier se prévautra de l'attitude intolérable du débiteur à l'origine de l'inexécution de l'obligation pour invoquer la mise en jeu de sa responsabilité pour comportement grave. Seul le fait d'un tiers ou la force majeure pourrait faire échec à cette garantie.

Il s'ensuit que la responsabilité contractuelle ne sera engagée en cas de comportement grave que si le créancier a prouvé la faute grave du débiteur ; il suffira tout simplement qu'il établisse l'existence de certaines fautes extrêmement choquantes ayant été à l'origine de l'inexécution de l'une quelconque des obligations du débiteur. Dans ces conditions, la preuve de la faute grave du débiteur devient indispensable. L'absence d'un fait du tiers ou la survenance d'un événement de force majeure ne permet pas à elle seule de présumer l'existence de la faute extrêmement choquante caractéristique de la gravité du comportement. Quant au débiteur, il s'exonérera malgré tout en prouvant le fait d'un tiers ou la survenance d'un événement de force majeure sauf si ce tiers avait été chargé par lui « d'exécuter tout ou partie du contrat » (Cf. *article 295 du nouvel AUDCG*).

30. On notera ainsi la manière par laquelle est répartie la charge de la preuve de la faute comme condition de la responsabilité du débiteur auteur du comportement grave : le créancier doit prouver avant l'existence d'une attitude extrêmement choquante du débiteur à l'origine de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations, ce qu'il n'établira pas toujours facilement. Quant au débiteur, il lui appartient, s'il entend échapper à la responsabilité contractuelle pour comportement grave, d'établir que la cause réelle de son inexécution a les caractères du fait d'un tiers ou d'un cas de force majeure. En d'autres termes, la preuve à établir consistera à démontrer que l'inexécution ne lui est pas imputable au premier chef. Dans le cas contraire, on présumera qu'il a commis une faute constitutive de sa responsabilité pour gravité du comportement.

En ce cas, la reconnaissance de la faute du débiteur de l'obligation dans la survenance de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations a pour effet de qualifier la gravité du comportement et d'engager la responsabilité de son auteur. Il s'ensuit que l'inexécution contractuelle imputable au débiteur est vue comme une faute caractéristique de la gravité du comportement malgré la controverse qui anime la doctrine actuelle où certains contestent le concept de faute contractuelle et estiment que l'inexécution suffit. Techniquement, il n'y aurait là rien de choquant si le critère moral de la gravité du comportement n'était pas un facteur d'insécurité juridique accrue tant les appréciations judiciaires a posteriori de la notion peuvent, en la matière, paraître elles aussi subjectives.

Ainsi perçue, la conception subjective de la gravité du comportement paraît insuffisante à qualifier convenablement cette notion. À cette aune, il devient évident que la qualification de la notion de gravité de comportement de l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG peut être recherchée aussi bien dans une attitude contraire à la bonne foi contractuelle que dans la considération des effets objectifs de l'inexécution sur le contrat.

B - Gravité du comportement, expression d'un jugement sur la gravité objective du péril affectant la bonne fin de l'opération contractuelle

31. Au regard de l'insécurité juridique et de l'absence de prévisibilité que charrie l'appréciation subjective de la notion de gravité du comportement dans le nouveau droit de la vente commerciale de l'OHADA, il peut sembler cohérent de se détacher de la personne du cocontractant et d'envisager la gravité du comportement sous l'angle de ses incidences sur la relation contractuelle. L'argumentation est tirée de la finalité même de la notion qui repose sur une analyse économique du contrat de vente commerciale. En effet, il est admis que le recours à la gravité du comportement de l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG permet à un créancier, pour reprendre ainsi une formule du professeur Philippe STOFFEL-MUNCK, « de procéder sans attendre à une meilleure allocation de ses ressources plutôt que de devoir continuer, en attendant le juge, à les investir dans un contrat voué à l'échec ou à la difficulté » (*Reprenant à cet effet l'analyse de JAMIN (Ch.), in Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, coll. Études juridiques, 1999, p. 71, n° 5*).

La clé d'interprétation de la gravité du comportement se situe ainsi dans la prise en considération de la bonne fin de l'opération contractuelle, autrement dit, au travers de l'appréciation des effets économiques du comportement plus que dans sa gravité intrinsèque (*Pour un raisonnement identique tiré du droit français, cf. STOFFEL-MUNCK (Ph.), Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale, in La rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir, op. cit., p. 73*). Pour cela, le préjudice subi par le créancier doit être irréparable par sa nature ou son ampleur³ (Cf. *LAVABRE (Ch.), Éléments essentiels et obligation fondamentale du contrat, RJDA, 4/97, p. 295*), et compromettant de ce fait l'objectif même du contrat en privant l'autre partie de ce qu'elle était en droit d'attendre, (*L'interprétation se rapproche ainsi de celle qui avait été admise à propos de la notion de manquement essentiel de l'ancien article 248 de l'AUDCG. Et pour d'amples détails, cf. NGUIHE KANTE (P.), art. préc., p. 1004*).

Il importe de déterminer à quels éléments il faut s'attacher (I), avant de se demander si on doit se livrer à une appréciation *in concreto* ou *abstracto* dans la recherche de la solution convenable (II).

I - Éléments d'appréciation

32. La gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale pouvant être fondée également sur une appréciation objective du péril affectant la bonne fin de l'opération contractuelle, elle s'identifie de

ce fait avec l'inexécution grave d'une ou plusieurs obligations contractuelles placées au cœur même du contrat. Il y a ainsi un lien entre la gravité des conséquences de l'inexécution de l'une quelconque des obligations prévues et la volonté des parties de donner le caractère de gravité au comportement non conforme au respect strict du contrat, de sorte que toute déviation détruit le fondement même du contrat et autorise l'autre partie à être libérée de ses propres obligations (*Cette volonté des parties peut être exprimée dans le contrat de manière expresse ou implicite. Ainsi, le contrat peut préciser que toute violation autorise l'autre partie à rompre unilatéralement le contrat. Dans ce cas, toute inexécution doit être considérée comme un comportement grave. En dehors de dispositions expresses, il peut être implicitement considéré que les obligations doivent être strictement respectées*). Ce lien n'est pas forcément irréductible.

En raison des conséquences de cette libération et de son mode opératoire sur les droits du débiteur, deux exigences complémentaires devraient être prises en compte : l'importance du préjudice subi par le créancier et le caractère prévisible du dommage survenu. Si la première vise à atténuer la portée de la gravité du comportement du sujet en préservant paradoxalement ses droits auprès du créancier (a), la seconde par contre concourt prioritairement à faire régner la loyauté dans l'exécution du contrat de vente commerciale de l'OHADA (b).

a - Importance du préjudice pour le créancier de l'obligation inexécutée, expression de la préservation des droits de l'auteur du comportement grave

33. À partir du moment où la notion de gravité du comportement repose sur une appréciation objective privilégiant la sécurité juridique et la stabilité du lien contractuel, la gravité des conséquences de l'inexécution pour le créancier doit être privilégiée. Reste évidemment à déterminer ce qui fait l'importance du préjudice permettant de caractériser le comportement grave susceptible de justifier la rupture unilatérale du contrat de vente commerciale de l'OHADA.

L'inexécution résulte, évidemment, d'un acte qui trahit le fait que le débiteur n'accomplit pas ses obligations. Mais il doit s'agir ici d'une circonstance ayant eu pour effet de priver substantiellement le créancier du bénéfice de la transaction de telle sorte qu'il n'ait plus d'intérêt à l'exécution du contrat. Autrement dit, l'inexécution ou l'exécution défectueuse dont se plaint le créancier doit nécessairement lui avoir causé un préjudice important auquel cas il s'agirait de la seule inexécution d'obligation contractuelle apte à ouvrir les voies de l'article 1184 du code civil consacrant la résolution judiciaire du contrat.

En ce sens, comme cela a déjà été constaté, le législateur de l'OHADA s'attache à la gravité des conséquences de l'inexécution pour caractériser le manquement essen-

tiel. Il s'agit là d'une conception qui tranche nettement avec ce qui est admis en droit commun (*En droit commun des contrats, l'inexécution caractérisée et sanctionnable des obligations contractuelles doit porter notamment sur une obligation déterminante dans l'esprit des parties et qui a été contractuellement souscrite par une partie envers l'autre (Cass. Com. 24-10-1977, GP 1978, 1, 37 ; Cass. Civ. 22-2-1983, GP 1983, 183 ; Cass. Civ. 27-2-2001, RJDA 7/01, n° 750), revêtir une gravité suffisante (Cass. Com. 15-6-1983, D. 1984, IR, 175) ou ne pas résulter uniquement de la faute de la partie qui demande l'application des conséquences de l'inexécution (Cass. Civ. 1-2-1968, D. 1968, som. 81). Il importe peu, en revanche, qu'elle ait engendré un préjudice ou qu'elle soit imputable ou non au cocontractant à qui elle est opposée : elle peut résulter du fait d'un tiers, de la force majeure ou du fait qu'aucune des parties n'a sérieusement voulu poursuivre l'exécution du contrat (Cass. Civ. 4-5-1982, JCP G 1982, IV, 246 ; Cass. Civ. 4-2-1976, Bull. civ. I, p. 43 ; Cass. Civ. 9-10-1979, Bull. civ. III, p. 132 ; Cass. Com. 9-3-1999, RJDA 6/99, n° 643). Importe peu aussi le motif pour lequel le cocontractant n'a pas exécuté son obligation. D'après l'article 294 alinéa 1 du nouvel AUDCG par contre, pour que la gravité du comportement soit caractérisée, elle ne doit pas avoir été occasionnée par le fait d'un tiers ou par la survenance d'un événement de force majeure. C'est une condition négative qui introduit en fait une cause de justification pour la partie en défaut*). Raisonner autrement serait source d'arbitraire et d'encouragement à la protection injustifiée des droits du créancier au détriment de ceux du débiteur. Or, une appréciation objective de la notion de gravité de comportement est hostile à la prise en compte de la subjectivité dans l'interprétation du juge.

Ainsi, le comportement grave de l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG est défini par référence à la gravité de l'inexécution, synonyme de préjudice important subi par le créancier. Cette notion constitue le critère de fond et représente l'élément du préjudice à prendre en compte dans l'appréciation du préjudice important résultant d'une inexécution contractuelle. De ce fait, n'importe quel préjudice ne saurait alors être pris en compte : il doit s'agir de celui qui a été péniblement éprouvé par le créancier éconduit (*Cf. DARANKOUM (E. S.), art. préc., p. 180*).

34. Puisque l'appréciation objective de la notion de gravité de comportement postule la prise en compte de la situation du créancier qui subit le préjudice, son appréciation n'est pas déterminée par la nature principale ou accessoire de l'obligation du débiteur ni même par le caractère inéluctable de l'inexécution. On peut donc arguer que la gravité du comportement justifiant la rupture unilatérale du contrat n'est pas nécessairement liée à la gravité de la faute commise par le débiteur de l'obligation contractuelle en tant que telle, mais à l'effet de cette faute sur la valeur de la prestation pour l'autre partie. Autrement dit, l'importance du préjudice

constitutif de la gravité du comportement ne saurait être strictement limitée au caractère fondamental ou non de l'obligation inexécutée par le débiteur mais plutôt dans la profonde déception du créancier en face du résultat : une faute grave peut n'avoir causé aucun préjudice. En le faisant, on évite ainsi au juge chargé de qualifier ultérieurement le comportement grave de se lancer dans une interprétation divinatoire de la notion, ce qui serait une grave source d'insécurité juridique que le droit tente pourtant de combattre.

En ce sens, la gravité du comportement qui se définit ainsi en fonction de ses incidences sur la relation contractuelle, s'entendrait des violations contractuelles compromettant l'objectif du contrat. Cette déviation triviale impliquerait à coup sûr une sorte de dénatura-tion du contrat dans le cadre de son exécution. Mais la violation d'une obligation fondamentale peut ne pas produire des conséquences graves tout comme l'inexé-cution d'une obligation mineure pourrait conduire à un résultat inverse. On ne peut donc présumer que l'inexécution d'une obligation fondamentale résulte nécessairement d'un comportement grave, comme le font, plus ou moins les anglo-saxons avec la notion de *fundamental breach* (*Il convient d'être prudent devant le rapprochement qui peut être établi entre le concept de gravité du comportement et la notion d'obligation essentielle ou fondamentale. En effet, la notion de comportement grave doit être interprétée de manière large car le critère d'inexécution, élément du préjudice, concerne aussi bien le préjudice important, celui qui touche la racine du contrat tout comme celui qui semble mineur en apparence. Sans que cela soit énoncé assez clairement, il semble acquis qu'on devrait prendre en considération la nature du contrat, l'ampleur de l'inexécution, son effet sur le contrat pris dans son entièreté, l'utilité résiduelle du contrat pour la victime de l'inexécution et l'avantage que lui offre la rupture unilatérale. S'il y a un lien indivisible entre une obligation principale et une obligation secondaire, on pourra considérer que l'exécution des deux obligations forme un tout et le critère de la nature de l'obligation méconnue n'est donc d'aucune utilité. En somme, la définition de la gravité du comportement inclut un critère portant sur la gravité du préjudice qui doit être apprécié objectivement en fonction de l'attente contractuelle de la partie lésée, puisqu'un préjudice même mineur peut trouver sa source dans un comportement grave. Tel n'est pas le cas en ce qui concerne l'obligation fondamentale qui doit dépendre de ce qu'ont voulu les parties contractantes*).

35. À cet effet, ce n'est pas la nature de l'obligation qui permet de caractériser la gravité du manquement au contrat de vente commerciale. Les éléments à prendre en compte sont ceux découlant de la gravité des consé-quences de l'inexécution qui porte sérieusement atteinte à l'essence du contrat, sa raison d'être ou son utilité socio-économique. Peu importe qu'il s'agisse d'une obligation essentielle ou accessoire. L'inexécution de

n'importe quelle obligation pourra trouver sa source dans un comportement grave si elle cause au créancier un préjudice important. De là, il apparaît qu'à l'instar de l'article 25 de la CVIM et de l'ancien article 248 de l'AUDCG du 1^{er} janvier 1998, l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG considère que le comportement d'une partie au contrat de vente commerciale est grave par le résultat du défaut de son inexécution.

En ajustant la sanction de la gravité du comportement du sujet en fonction du préjudice subi par le créancier lésé, le législateur de l'OHADA opte ainsi pour une « objectivation » des rapports entre le vendeur et l'ache-teur dans le contrat de vente commerciale. L'approche est nécessaire pour empêcher que des contractants malhonnêtes ne cherchent à se dégager d'un marché devenu désavantageux pour eux, sous prétexte de défauts mineurs relevés dans les prestations de leurs cocontractants, (*cf. CARBONNIER (J.), ouvr. préc., p. 326-327, n° 80*). Telle semble se dégager la spécificité de la notion de gravité du comportement qui peut être la conséquence de l'inexécution d'une obligation essentielle ou d'une obligation accessoire.

36. Mais, les véritables questions qu'on doit se poser sont essentiellement au nombre de deux : tout d'abord, comment détermine-t-on le moment à partir duquel l'es-sence ou la substance d'une obligation contractuelle est affectée ? Ensuite, est-ce au débiteur défaillant ou au créancier de l'obligation contractuelle d'en décider qu'un comportement est grave ? À ces différentes interrogations, il revient au créancier victime de l'inexécution d'apporter des réponses d'autant plus que sa décision de rupture n'est soumise qu'à un contrôle a posteriori du juge.

En bonne logique, il doit pouvoir faire état de ses attentes raisonnables, c'est-à-dire objectivées dans le cadre du contrat. Comme le relève un auteur, « il s'agit ici de justifier une sanction draconienne ; ce qui n'ex-clut pas la mise en balance des intérêts du débiteur et du créancier, mais avec un poids plus important pour les intérêts de ce dernier » (*Cf. DARANKOUM (E.S.), op. cit., p. 181*).

37. On ne doit pas s'arrêter à un tel niveau. Si de tels intérêts doivent être nécessairement compromis par l'inexécution de l'une quelconque des obligations d'un débiteur, il faudra prendre aussi en compte l'impact de l'inexécution sur l'entièreté du contrat. Cela se fera à travers l'appréciation de l'effet et de l'importance des conséquences de la gravité du comportement sur la relation contractuelle concrète. Il faudra dans tous les cas qu'en plus de l'impossibilité de la réalisation de l'objectif du contrat découlant d'une inexécution du débiteur, l'importance de la gravité du préjudice subi par le créancier définie en premier lieu par référence à une inexécution grave permette une mise en balance de l'intérêt du créancier à la continuation du contrat et son intérêt à la rupture unilatérale de ce même contrat. Cette recherche de l'équilibre s'avère logique puisque

le choix du créancier entre l'exécution et l'application des conséquences de la gravité du comportement est le fruit d'une mise en balance qu'il aura préalablement effectuée. On aboutit ainsi à la recherche d'un éventuel abus dans l'exercice par le créancier de l'application des conséquences du comportement grave résultant de l'inexécution par le débiteur de l'une quelconque de ses obligations.

La gravité du comportement ainsi définie par référence à une inexécution grave entraînant un préjudice important chez l'une des parties, peut davantage être mise en lumière à travers l'utilité économique que celle-ci pourra retirer de la poursuite de l'exécution du contrat. Et si le contrat conclu entre les deux parties ne présente plus pareille utilité, l'application des conséquences du comportement grave sera donc justifiée ; dans le cas contraire, la juridiction saisie devra naturellement sanctionner sa rupture injustifiée.

La nature de la sanction de la rupture illégitime n'est toutefois pas clairement réglée par le nouvel AUDCG. Sans doute le juge pourra-t-il retenir la responsabilité contractuelle du contractant, auteur de cette rupture injustifiée, et le condamner à verser des dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi par son contractant en raison de cette rupture abusive en se fondant sur l'article 296 alinéa 1 du nouvel AUDCG (*D'après ce texte, « La rupture du contrat libère les parties de leurs obligations mais ne les exonère pas des dommages-intérêts éventuels »*). Il se pose toutefois la question du rétablissement forcé du contrat abusivement rompu. Autrement dit, le juge pourra-t-il neutraliser la rupture illégitimement prononcée par le contractant et décider que le contrat est maintenu en dépit de la rupture unilatéralement prononcée ? Malgré le silence du législateur OHADA, rien n'interdit en principe au juge d'opérer en ce sens puisqu'il dispose légalement du pouvoir d'apprécier l'existence de la gravité du comportement, « à la demande de la partie la plus diligente » (*Cf. article 281 alinéa 2 in fine du nouvel AUDCG*). Encore faut-il que la partie victime de la rupture illégitime s'empresse de saisir aussitôt et le plus rapidement possible le juge. Pour l'occasion, le juge concerné doit être naturellement celui des référés. Pareille solution est d'ailleurs retenue par plusieurs projets contemporains de réforme du droit des contrats (*Depuis le début du xxie siècle, la réforme du droit des contrats est dans l'air du temps. En France par exemple, trois avant-projets ont été successivement rédigés et portés à la connaissance du public : d'abord, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription rédigé par une équipe dirigée par le Professeur CATALA, ensuite, un avant-projet conçu par le Ministère de la justice, enfin, une somme de propositions regroupées dans un ouvrage intitulé « Pour une réforme du droit des contrats » publié sous l'autorité du professeur François TERRE. Dans le cadre de l'OHADA, un avant-projet relatif au droit des contrats a été également élaboré mais connaît de critiques sérieuses de la part de la doctrine. Tous ces avant-projets comportent*

des dispositions relatives à la rupture unilatérale du contrat inexécuté).

38. De tout ce qui précède, on peut dire qu'un comportement grave du débiteur est non seulement celui qui compromet substantiellement les attentes raisonnables du créancier, mais aussi, entraîne une importante perte de valeur de la prestation pour le cocontractant éconduit (*Cf. DARANKOUM (E. S.), op. cit., p. 182*). Il apparaît ainsi que l'importance du préjudice résultant de la gravité du comportement pourra s'apprécier tant qualitativement que quantitativement.

En effet, exiger une certaine importance dans le manquement aux obligations issues d'un contrat de vente commerciale, c'est éviter qu'un contractant ne prenne prétexte de la moindre imperfection pour se dérober lui-même à ses engagements. La bonne foi comme la sécurité des transactions postulent qu'un cocontractant ne puisse prendre prétexte de la moindre bavure dans l'exécution d'un contrat pour obtenir sa rupture : il faudrait justifier d'une inexécution grave mise à la charge du débiteur. Le choix opéré ici vise à préserver autant que possible les droits de ce dernier. Mais la formule « à ses risques et périls » introduite dans le texte de l'article 281 alinéa 1 du nouvel AUDCG qui précise le rôle majeur de la gravité du comportement, permet de penser qu'il faille aller plus loin et prendre également en compte la prévisibilité du dommage subi par la partie victime de l'inexécution.

b - Prévisibilité du préjudice pour le débiteur de l'obligation inexécutée, moyen de faire régner la loyauté dans l'exécution des contrats

39. Face aux incertitudes qui planent autour de la notion de gravité du comportement, une autre perspective s'impose : celle de savoir si un préjudice a été ou a pu être prévu par le débiteur de l'obligation lors de la conclusion du contrat. En d'autres termes, le comportement grave du sujet ne doit-il normalement être constitué que lorsque en plus de la gravité des conséquences de l'inexécution subie par le créancier, celui qui s'engage pouvait savoir à quoi il s'exposait éventuellement au cas où il causerait un dommage au créancier dans l'exécution du contrat ?

Au regard des différents éléments légitimant la rupture unilatérale d'un contrat de vente commerciale sur le fondement de la gravité du comportement d'une partie, il peut sembler cohérent d'apporter à cette importante interrogation une réponse moins nuancée par rapport à une préoccupation identique soulevée à propos de la notion de manquement essentiel dans l'ancien AUDCG (*Pour une synthèse des réponses données à ce propos, cf. NGUIHE KANTE (P.), art. préc., n° 16, p. 1008*). En effet, la prévisibilité du dommage est l'apanage du comportement grave d'une partie à l'origine de l'une quelconque de ses obligations.

D'après l'article 294 alinéa 1 du nouvel AUDCG, le fait que la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur du comportement grave soit subordonnée à l'absence d'un cas de force majeure ou du fait du tiers malgré l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations laisse présumer le recours indispensable au test de prévisibilité (Cf. *AKUETE PEDRO SANTOS et YADO TOE (J.)*, *ouvr. préc.*, n° 669, p. 414 ; dans le même sens, *MBA-OWONO (Cb.)*, *art. préc.*, n° 51, p. 123). Il s'ensuit que pour invoquer la gravité du comportement au sens de l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG, le débiteur de l'obligation inexécutée ou mal exécutée doit avoir eu connaissance ou avoir été en mesure d'avoir connaissance de l'importance du préjudice que son inexécution provoquerait pour le créancier. Le recours à l'absence de la force majeure ou au fait d'un tiers dans la qualification de la gravité du comportement traduit le fait que l'inexécution qui découle du comportement du débiteur doit avoir été prévisible.

40. L'idée de prévisibilité du dommage dans la qualification de la gravité du comportement pourrait se trouver également dans l'article 293 du nouvel AUDCG. D'après ce texte, « la partie qui invoque une inexécution des obligations du contrat doit prendre toutes mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter sa perte, ou préserver son gain ». Si elle néglige de le faire, poursuit le texte, « la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait pu être évitée et du gain qui aurait pu être réalisé ». La prévisibilité du dommage contractuel qui sous-tend ce texte se retrouve d'ailleurs dans l'article 1150 du code civil (*En droit commun, il est admis que la prévisibilité est une question de fait. Interprétant l'article 1150 du Code civil, la Cour de cassation française considère que ce n'est pas la cause du dommage ou sa nature mais sa quotité qui doit être prise en considération pour savoir ce que l'on entend par dommage prévisible. Sur ce point, cf. Cass. Civ. 29 déc. 1913, D.P. 1916, 1, 117, cité par TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETE (Y.), in Droit civil, Les Obligations, n° 539, p. 439.1*), et même dans les droits de la common law. Ce constat contribue à l'affirmation de la présence du test de prévisibilité dans la définition de la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale de l'OHADA.

De là, il apparaît, selon la formule empruntée au professeur Josette NGUEBOU à qui un vibrant hommage est rendu à l'occasion pour la pertinence de sa réflexion, qu'« il existe dorénavant un principe de la *minimalisation des pertes* : chaque partie doit prendre des mesures raisonnables afin de minimiser les pertes de l'autre partie et ne peut donc réclamer la réparation d'un dommage qu'elle aurait pu empêcher ou atténuer » (Cf. *NGUEBOU (J.)*, *ouvr. préc.*, p. 80). En conséquence, les juges saisis de l'appréciation de la gravité du comportement par la partie la plus diligente, rechercheront si le dommage dont ils doivent tenir

compte pour l'allocation des dommages-intérêts avait été ou pouvait être prévu.

41. Répondant au même souci, le législateur de l'OHADA renforce cette idée en bilatéralisant l'obligation pour les parties de prendre des mesures pour empêcher le dommage, ou tout au moins pour éviter que le préjudice ne prenne des proportions qu'il n'aurait pas atteintes si le contractant victime avait fait son possible pour en cantonner l'étendue. Si la partie qui invoque une inexécution des obligations du contrat découlant de la gravité du comportement du sujet néglige de le faire, l'alinéa 2 de l'article 293 du nouvel AUDCG prévoit que « la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait pu être évitée et du gain qui aurait pu être réalisé ».

C'est donc cet article 293 qui, en faisant obligation au créancier de minimiser les pertes du débiteur, consacre une idée de prévisibilité du dommage contractuel dans la définition de la gravité du comportement (*Dans le même sens, cf. arti. 77 de la Convention de Vienne*). Cette règle est considérée comme universelle par les arbitres (Cf. *Sentence CCI n° 2404 en 1975, Clunet 1976, 995, obs. DERAÏNS*). Selon le professeur Philippe KAHN, « c'est une pratique tellement inscrite dans le contentieux arbitral que l'on peut la considérer comme un principe général du droit commercial international » (*KAHN (Ph.)*, *Vente commerciale internationale, J. Cl. Droit international commercial, fasc. 565-A-5, n° 145*).

Il s'ensuit que le nouveau droit de la vente commerciale de l'OHADA consacre deux importantes règles du droit civil : celle limitant la réparation des dommages et intérêts à ceux que la partie en défaut avait prévus ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat, et celle selon laquelle « les parties ont une obligation générale de coopérer en vue de la bonne fin du contrat ». La seconde fonde la première et est liée à une troisième qui recommande à chaque partie lorsque cela est opportun, de communiquer à l'autre les informations importantes (Cf. *NGUEBOU (J.)*, *ouvr. préc.*, p. 81).

42. Toutes ces exigences visent à faire régner l'idée de loyauté ou de bonne foi dans l'exécution du contrat. Contrairement à la Convention de Vienne et à l'ancien droit de la vente commerciale issue de l'AUDCG du 1^{er} janvier 1998, les nouvelles dispositions de l'Acte uniforme portant sur le droit de la vente commerciale qui viennent d'entrer en vigueur en date du 15 mai 2011 consacrent expressément l'obligation pour les parties d'exécuter le contrat de bonne foi, comme le fait par exemple l'article 1134 du code civil français encore applicable dans la plupart des pays de l'espace OHADA (*D'après l'article 237 alinéa 2 du nouvel AUDCG, « les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée »*). Ces dispositions traduisent pour

des hypothèses particulières l'idée que les parties sont mutuellement obligées et doivent dès lors se conformer à certaines normes qui participent de l'obligation générale de rectitude, de loyauté et de collaboration (Cf. VAN HOUTTE (H.) et WAUTELET (P.), *Obligations des parties et sanctions des obligations dans la CVIM*, art. préc., p. 339-340; égal. DIESSE (Fr.), *Le principe de coopération comme principe directeur du contrat*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de Philosophie de Droit, t. 43, 1999, p. 259 et s.).

Loin de témoigner de toute la richesse des dispositions de l'Acte uniforme, les deux préoccupations permettent de lever un voile sur l'idéal ayant animé les nouveaux rédacteurs de ce texte. À l'image de ceux qui l'ont inspiré, on n'a pas voulu considérer le contrat comme une simple addition des intérêts des parties en présence. Pour des raisons pragmatiques liées à l'efficacité, le contrat de vente continue d'apparaître comme une entreprise commune des parties tenues de collaborer à son succès vaille que vaille. Il s'ensuit que le contrat se conçoit comme un lien conventionnel qui ne produira son utilité pour les parties qu'au prix d'une certaine coopération (Cf. DARANKOUM (E. S.), art. préc., p. 187). Cette idée irrigue les différentes dispositions du nouvel Acte uniforme.

43. Toute la question est de savoir si l'idéal de coopération résistera à la dure réalité de la vente commerciale. En effet, l'exécution du contrat par référence à la bonne foi ne saurait satisfaire toutes les exigences liées à la compréhension du concept de (Cf. VAN HOUTTE (H.) et WAUTELET (P.), *op. cit.*, p. 341), gravité du comportement. En particulier, l'intrusion de la bonne foi est un élément d'insécurité, car comme le souligne un auteur, « ce principe est une mer sans rivage (...) » (*Le préjudice concerné ne saurait découler de toute forme de manquement injustifié. L'article 294 alinéa 1 du nouvel Acte uniforme laisse penser qu'il doit s'agir uniquement d'un préjudice découlant de la faute du débiteur*). Pour dissiper pareil inconvénient, ne conviendrait-il pas de prévoir des clauses contractuelles à cet égard ? La liberté des conventions ne s'oppose pas à une telle solution.

Les tribunaux devraient se montrer alors très attentifs dans l'interprétation de la notion de gravité du comportement. Il importe donc de déterminer si le juge doit se livrer à une appréciation in concreto ou in abstracto de ses éléments.

II - Appréciation des éléments

44. À s'en tenir à l'appréciation objective de la gravité du comportement, la présence d'un préjudice péniblement éprouvé par le créancier éconduit est déterminante pour sa qualification. Mais la notion de préjudice ne doit pas être entendue de façon trop large (Cf. AUBRY (H.), *Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime*, R.I.D.C., 3-2005,

p. 637). Pour autant, la difficulté demeure centrée autour du degré nécessaire pour conclure à l'existence du comportement grave : le préjudice doit être important pour que le comportement soit qualifié de grave. Aussi importe-t-il d'analyser les méthodes (a) et le mode d'appréciation de la notion de gravité du comportement (b).

a - Méthodes d'appréciation

45. Dans la mesure où la rupture unilatérale du contrat fondée sur la gravité du comportement d'une partie n'est pas autre chose qu'une nouvelle forme d'expression du mécanisme général de la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil, son jeu doit se comprendre en contemplation de la gravité objective des conséquences de l'inexécution de l'une quelconque des obligations prévues au contrat plus qu'en contemplation de la seule bonne ou mauvaise foi du contractant, élément du préjudice. Certes, on sait que la gravité de ce préjudice doit évidemment être appréciée du point de vue de la partie lésée. Quant à l'étendue des droits lésés, la question n'a pas été formellement posée par le nouveau législateur du droit commercial général de l'OHADA comme cela fut le cas dans l'ancien droit. Dans ces conditions, faut-il croire que la question n'avait plus d'intérêt ou que le nouveau législateur OHADA du droit commercial général a cru que la réponse à la préoccupation paraissait évidente ?

À vrai dire, aucune de ces deux interrogations ne semble justifier le sens exact du silence gardé sur cette question. Sans doute, le législateur a voulu éviter toute redondance en ce sens que son article 237 alinéa 1 qui dispose que « la vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre » permet d'apporter des solutions à certains problèmes fondamentaux dont la réponse n'est pas toujours évidente. Dès lors, à quoi faut-il se référer pour déterminer le contenu exact des droits lésés du créancier ? Faut-il recourir à tout ce que ce dernier « était en droit d'attendre du contrat » ainsi que l'admettait l'ancien article 248 de l'AUDCG à propos du manquement essentiel ou faut-il penser que le créancier est libre d'imposer au débiteur ses attentes indépendamment de l'objet du contrat liant les deux parties ?

46. D'après un auteur, « les attentes sont des représentations qui ne reposent pas uniquement sur des bases rationnelles, mais sont déterminées par les composantes immatérielles du produit ou du service » (Cf. AKUETE PEDRO SANTOS et YADO TOE (J.), *ouvr. préc.*, p. 413). Elles diffèrent donc d'un individu à l'autre, puisqu'elles dépendent des singularités humaines du créancier. Aussi, cette subjectivité mérite-t-elle d'être prise en considération ou convient-il d'agir autrement en s'appuyant sur la théorie moderne qui veut faire prévaloir des règles de droit tirées de considérations d'intérêt économique

et social ou des deux théories à la fois ? Concrètement, la question inévitable est de savoir si les attentes légitimes du créancier seront appréciées subjectivement ou objectivement. Quels seront les éléments à prendre en compte pour apprécier les attentes du créancier ? Faudrait-il s'en tenir à la subjectivité qui caractérise la définition des « attentes », ou à une perception objective basée sur une interprétation du contrat en fonction des circonstances de la cause et de l'économie contractuelle ? Sinon, conviendrait-il d'opter pour une perception relativement mixte du concept à l'instar de ce que fait le droit positif français ?

Au juste, le nouveau législateur de l'OHADA fonde la gravité de l'inexécution subie par le créancier à la suite de la gravité du comportement, c'est-à-dire le caractère substantiel du préjudice subi, sur ce à quoi il était en droit d'attendre du contrat et non pas sur ce qu'il s'attendait du contrat. La référence est faite, semble-t-il, à l'attente légitime du créancier de l'obligation contractuelle qui subit le préjudice : il s'agit du contenu de l'obligation d'après sa nature et d'après les souhaits particuliers propres à la destination du contrat, lorsque ceux-ci ont été intégrés dans le champ contractuel. L'exigence du législateur africain s'apparente, semble-t-il, à celle contenue dans les dispositions de l'article 1135 du code civil et relatives aux suites du contrat.

De ce fait, et aux yeux des parties contractantes, le préjudice souffert par le créancier doit apparaître comme inconciliable avec leur commune intention : le préjudice est d'une importance telle que si le créancier s'en était douté ou en avait eu connaissance, il n'aurait pas donné son consentement. En d'autres termes, par son inexécution, le débiteur a vidé son obligation de sa substance eu égard à ce que le créancier pouvait légitimement en attendre (Cf. MBA-OWONO (Ch.), *art. préc.*, p. 124, n° 52). Aussi, on semble ne pas s'en remettre à une appréciation strictement personnelle faite par la victime de l'inexécution, mais plutôt à ses attentes raisonnables (et donc objectivées), c'est-à-dire à celles « dont la connaissance est partagée par l'autre partie », (Cf. DARANKOUM (E. S.), *op. cit.*, p. 180).

47. Mais que faut-il faire pour savoir si les attentes du créancier sont entrées dans le champ contractuel ? Sur la question, il est convenu qu'il faille s'en tenir « aux circonstances de la cause et à l'économie contractuelle » (Cf. MBA-OWONO (Ch.), *op. cit.*, p. 124, n° 52. *L'auteur justifie la solution par le fait que ces qualités ne pouvant être ignorées par le vendeur, « on doit considérer qu'elles intègrent tacitement le contrat ». Ce qui revient à dire comme cela a été constaté, qu'une défektivité avérée peut, parce que ne causant pas un préjudice substantiel, ne pas être constitutive d'une gravité de comportement*), ou « prendre en considération les caractéristiques ou aptitudes dites *habituelles* ou *normales* » du contrat.

Ainsi, le but recherché par le législateur de l'OHADA est d'éviter de faire dépendre le sort du contrat d'une pensée purement subjective pénalisant gravement les

droits du débiteur. La subjectivité n'est pourtant pas complètement absente dans l'appréciation de la gravité du comportement déduite de l'usage en premier lieu du terme « comportement » de l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG traduisant le fait que cette cause de rupture unilatérale « n'est pas directement attachée au caractère synallagmatique du contrat » (Cf. AYNES (L.), *Le droit de rompre unilatéralement le contrat : fondements et perspectives, in La rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir, op. cit.*, p. 67 qui admet par ailleurs qu'il y a là d'une « belle reconnaissance de ce que le contrat n'est pas seulement une source de créances et de dettes, mais encore une promesse de comportement »). En se référant d'ailleurs notamment aux « négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties » ou aux « pratiques établies entre elles », (Cf. *arti. 238 alinéa 2 du nouvel AUDCG*). L'Acte uniforme semble préférer cette appréciation subjective des attentes qui doivent, nécessairement, entrer dans le champ contractuel.

Cette appréhension subjective de l'importance du préjudice n'est toutefois pas à l'abri de critiques. Apprécier subjectivement les attentes du créancier, pose le problème de la connaissance par l'une des parties des qualités substantielles que l'autre attribue à la chose, objet du contrat. Dès lors, le risque est grand de retenir des solutions variées pour des contrats de vente semblables.

48. La situation n'est guère souhaitable, car source d'insécurité juridique. Qui plus est, sur le terrain de la preuve, il risque de s'avérer difficile de déterminer exactement quelle croyance les éléments matériels ont fait naître chez un individu, (Cf. AUBRY (H.), *art. préc.*, p. 637).

Pour ces différentes raisons, on devrait contrôler le caractère légitime d'une attente en laissant de côté les circonstances qui ont un caractère personnel au créancier. Cela se traduit au regard de la prise en considération des effets objectifs de l'inexécution sur la légitimation de la rupture unilatérale du contrat fondée sur la gravité du comportement d'une partie. Dans cette logique, l'importance du préjudice mériterait d'être appréciée par rapport à ce que la partie lésée « était en droit d'attendre du contrat » et non pas à ce qu'elle s'attendait du contrat. Belle reconnaissance de ce que la gravité du comportement n'est pas fondamentalement distincte du manquement essentiel de l'ancien article 248 de l'AUDCG, mais permet seulement de mieux le caractériser !

49. Entre une conception subjective et une conception objective de l'attente légitime du créancier de l'obligation contractuelle dans le nouveau droit de la vente commerciale de l'OHADA, le législateur, à l'instar du droit positif français portant sur une préoccupation similaire et de ce qui était admis jusqu'alors dans l'ancien droit qui vient d'être réformé, a opté pour une approche relativement mixte. Cette position permet de donner à la notion de gravité du comportement son véritable sens.

Sur le plan théorique, elle rejoint la pensée d'un auteur qui estime qu'« il paraît artificiel, à l'heure actuelle, de rechercher la substance de l'acte juridique, dans la seule intention ou dans la déclaration » parce que le contrat constitue un bloc dont le sens et la portée des termes doivent être recherchés, au travers de l'interprétation juridique, dans les deux paramètres de la pensée humaine, (Cf. ADJITA (A. Sh.), *L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale (OHADA)*, Penant, Oct.-Déc. 2002, n° 841, p. 480).

Ainsi, lorsque le juge aura à contrôler le caractère légitime d'une attente lors d'un contentieux portant sur la qualification de la gravité du comportement, il devra laisser de côté les circonstances qui ont un caractère personnel au contractant. On en déduit qu'il doit se livrer à une appréciation in abstracto de l'importance du préjudice, source de la gravité du comportement.

b - Mode d'appréciation

50. Parce qu'on admet que la seule considération de la qualité, et spécialement de la qualité morale du sujet paraît insuffisante pour qualifier la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale de l'OHADA, n'est-il pas opportun de faire reposer la focale de son appréciation selon cette optique « contractuelle » et objective ? Il est d'autant plus possible de le croire que cette approche qui a l'avantage de la sécurité juridique reçoit une consécration légale dans le texte du nouveau droit commercial général de l'OHADA à travers son article 238 alinéa 1. D'après cette disposition, « lorsqu'une clause est ambiguë, la volonté d'une partie doit être interprétée selon le sens qu'une personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, aurait déduit de son comportement ». Sur ce plan, c'est donc bien en fonction d'une interprétation abstraite ou objective s'opérant au cas par cas par recours à un mode abstrait de comparaison que la notion de gravité du comportement doit être opérée. Reste à apprécier véritablement cette notion de personne raisonnable à partir de laquelle les juges devront se référer pour contrôler les attentes de la partie lésée.

Précisément, il s'agit là d'une notion à contenu variable faisant rejaillir la question de l'adaptation nécessaire de cette catégorie à des situations particulières (Cf. AMRANI-MEKKI (S.), *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, art. préc.*, n° 21, p. 383). La référence est faite au comportement du contractant « bon père de famille » du droit français. Ce dernier ne peut toutefois pas disposer des mêmes atouts en toutes circonstances, (*Par exemple selon qu'il est professionnel ou profane*). Cette importante critique subit des tempéraments ici. En effet, se trouvant dans le seul domaine de la vente commerciale, l'utilisation d'un modèle unique, tel le bon père de famille, s'avère adéquate car elle rend compte de l'unicité de la situation des créanciers qui ne

sauraient être de simples consommateurs. Aussi, le fait de prendre comme référence un homme raisonnable appartenant à la même catégorie de contractants que le créancier est donc justifié par la qualité de ce dernier qui doit être nécessairement un commerçant au même titre que le débiteur, (*En tout état de cause, l'ensemble des dispositions prévues dans le Livre VIII du nouvel AUDCG portant sur la vente commerciale, s'applique à tous les contrats de vente de marchandise entre commerçants, personnes physiques ou morales, y compris les contrats de fourniture de marchandises destinées à des activités de fabrication ou de production, à la seule exception des ventes aux consommateurs, des ventes d'électricité, des ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs, des ventes sur saisies et des ventes de valeurs mobilières, ainsi qu'aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste dans une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services*). A cette fin, on doit s'attacher à la volonté des parties, mais également à d'autres éléments qui auraient pu intervenir dans les représentations de l'homme de référence. Il peut s'agir des informations ayant entouré la conclusion du contrat ou de l'usage de l'objet de l'obligation par exemple.

Comme l'a relevé en effet un auteur, « l'appréciation in abstracto n'a jamais consisté à raisonner dans l'abstrait, sans avoir égard aux circonstances particulières de la cause », (Cf. DEJEAN DE LA BATIE (N.), *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, LGDJ, 1965, n° 65, p. 4. Cet auteur a notamment montré que la différence entre appréciation in abstracto et appréciation in concreto est plus une différence de degrés que de nature). Ainsi, l'appréciation pourra être différente selon le degré de compétences techniques que possède le créancier professionnel. Dans ce cas, on devrait nécessairement prendre comme référence la catégorie à laquelle appartient le créancier contractant qui est loin de disposer des mêmes atouts qu'un autre engagé pourtant lui aussi dans une opération de vente commerciale. Il y a donc lieu de se référer à la catégorie de contractants dont fait partie le créancier victime des conséquences de la gravité du comportement de son cocontractant, sans avoir égard au fait que celui-ci n'est pas un créancier quelconque. En décider autrement ne serait pas compatible avec le sens de la personne raisonnable énoncée dans l'article 238 alinéa 1 du nouvel AUDCG.

51. Cette vision des choses peut s'avérer défavorable au débiteur de la vente commerciale. Pour échapper aux effets de cette appréciation, celui-ci a alors tout intérêt à convenir à l'avance avec son créancier sur la définition de la gravité du comportement source d'importants préjudices lors de la formation du contrat de vente. C'est à ce moment que doivent s'apprécier les attentes des parties et, par conséquent, la conscience qu'elles peuvent avoir du dommage résultant d'une éventuelle inexécution.

Dans ces conditions, la définition de la gravité du comportement qui affecte les attentes raisonnables du créancier requiert incontestablement une interprétation au cas par cas (Cf. FENEON (A.) et GOMEZ (J. R.), *ouvr. préc.*, p. 142 ; égal. DARANKOUM (E.S.), *art. préc.*, p. 180). Il y a donc lieu de penser que pour la détermination de ces attentes raisonnables, le juge ou l'interprète devra tenir compte des circonstances de fait qui ont entouré la conclusion du contrat.

52. Le choix du mode d'appréciation in abstracto ainsi que la prise en compte d'autres éléments que la volonté des parties rendent compte d'une méthode objective d'interprétation. On constate alors que l'appréciation in abstracto de la gravité du comportement affectant les attentes raisonnables de la partie lésée, aussi justifiée soit-elle, risque de favoriser peu à peu une standardisation des relations contractuelles dans le nouveau droit de la vente commerciale de l'OHADA.

Cependant, l'adoption du concept de raisonnable pour interpréter le contrat, n'est pas l'apanage du seul droit de l'OHADA. Dans le cadre du code civil issu du droit français, lorsque la jurisprudence applique l'article 1158 qui précise que « les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le mieux à la matière du contrat », elle se réfère parfois au « but » poursuivi par les contractants, à « l'esprit de l'opération » ou encore à « l'économie de l'accord ». Cette méthode d'interprétation peut être rapprochée de celle adoptée dans le cadre de l'analyse de l'article 238 du nouvel Acte uniforme.

53. En somme, il est acquis à la suite de ces développements que le nouveau droit commercial général de l'OHADA innove en consacrant cette notion de gravité du comportement d'une partie permettant à l'autre de décider de mettre fin au contrat à ses risques et périls, la gravité de la cause de rupture étant ultérieurement soumise au contrôle du juge. Cela laisse penser qu'en présence d'une telle notion dont les critères de qualification n'ont pas été consacrés par le législateur, l'appréciation des tribunaux demeurera toujours une question de fait ou de circonstances individuelles.

À l'analyse toutefois des éléments légitimant l'exercice du droit de rupture unilatérale fondé sur la gravité du comportement de l'autre partie au contrat de vente commerciale, il semble cohérent d'envisager la qualification de cette notion à la fois sur la base d'une déloyauté

extrêmement grave de l'autre partie compromettant de ce fait les objectifs du contrat de vente commerciale que dans un manquement aux obligations contractuelles se traduisant par l'importance du préjudice subi par le créancier. Si la première approche qui se justifie a priori par la dimension subjective assez marquée de la formule utilisée ôte toute prévisibilité à la relation contractuelle malgré la moralisation qu'elle consacre, la seconde se justifie en ce qu'elle a essentiellement l'avantage de la sécurité, facteur de sociale. Leurs avantages et inconvénients respectifs font qu'elles doivent être finalement toutes consacrées dans la qualification de la notion de gravité du comportement. À cet effet, le juge fera recours aux avantages de l'une pour tempérer les inconvénients de l'autre et vice-versa.

54. Bien que la démarche ne diffère pas fondamentalement de celle retenue à propos de la qualification de la notion de manquement essentiel contenue dans l'article 248 de l'ancien AUDCG, elle contient néanmoins quelques différences au niveau de l'approche subjective en ce sens que le manquement à prendre en compte ici doit concerner essentiellement certaines fautes suffisamment caractérisées et non une faute quelconque ayant eu des répercussions importantes sur les résultats de l'exécution comme cela était acquis jusqu'alors. Il s'ensuit que la notion de gravité du comportement de l'article 281 alinéa 2 du nouvel AUDCG est plus large que celle de manquement utilisable dans le cadre de la qualification du manquement essentiel de l'article 248 de l'ancien AUDCG, car absorbant les cas possibles rentrant dans l'interprétation du concept (*Pour une interprétation complète du contenu de cette notion, cf. NGUIHE KANTE (P.), art. préc., p. 999 et s.*).

De par ses nouveaux attributs, la notion de gravité du comportement devra donc jouer un rôle majeur dans la sanction de l'inexécution de l'une quelconque des obligations d'une partie contractante engagée dans la vente commerciale. Elle possède des chances d'y parvenir d'autant plus qu'elle tire son inspiration d'une voie souvent admise dans les contrats internationaux et consacrée déjà par plusieurs systèmes juridiques étrangers (*En droit interne français par exemple, la solution qui demeure surtout jurisprudentielle, a été consacrée par la Cour de cassation depuis l'arrêt Tocqueville du 13 octobre 1998 : Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1998, préc.*).

Pascal NGUINE KANTE

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Attentes raisonnables 36, 38, 46, 51, 52

C

Comportement 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55

D

Dommages-intérêts 17, 37, 40, 41

E

Exonération 10, 13, 14, 15, 25, 28

F

Fait d'un tiers 4, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 24, 26, 27, 29, 30, 33, 39
Faute 4, 5, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 43, 54

Force majeure 4, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 39

I

Imputabilité 4, 9, 10, 11, 15, 16, 19, 20, 26
Inexécution 1, 2, 4, 5, 6, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 45, 46, 48, 51, 54

M

Manquement 1, 5, 6, 7, 12, 13, 18, 21, 22, 24, 25, 26, 29, 31, 33, 35, 38, 39, 43, 45, 48, 53, 54
Manquement essentiel 5, 6, 7, 18, 31, 33, 39, 45, 48, 54
Mesures raisonnables 40

O

Obligation 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 45, 46, 49, 50, 53, 54

Obligation essentielle 23, 24, 34, 35

P

Personne raisonnable 50
Préjudice 5, 6, 17, 22, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 53
Prévisibilité 5, 31, 38, 39, 40, 41, 53

R

Remplacement 18
Résolution judiciaire 33, 45
Résolution unilatérale 2, 6
Responsabilité 5, 9, 10, 12, 13, 14, 16, 17, 19, 20, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 37, 39
Risques et périls 1, 3, 4, 12, 38, 53

NOTION DE PROCÉDURE COLLECTIVE

Table des matières

Introduction n° 1

Chapitre I : Typologie des procédures collectives n° 2 à 10

Section 1 - Règlement préventif n° 4 à 7

Section 2 - Redressement judiciaire n° 8

Section 3 - Liquidation des biens n° 9 à 10

Chapitre II : Critères d'ouverture des procédures collectives n° 11 à 74

Section 1 - Critères de fond n° 12 à 42

§1 - Critères relatifs aux personnes : les débiteurs concernés n° 13 à 35

A - Personnes physiques n° 14 à 25

I - Soumission directe n° 14 à 23

a - Cas du commerçant en activité n° 15 à 22

1 - Accomplissement d'actes de commerce n° 16 à 17

2 - Accomplissement à titre de profession habituelle n° 18 à 20

3 - Accomplissement en son nom et pour son compte n° 21

4 - Non nécessité d'une inscription au registre du commerce et du crédit mobilier n° 22

b - Cas du commerçant radié ou décédé n° 23

II - Soumission indirecte n° 24 à 25

B - Personnes morales n° 26

I - Identification des personnes morales soumises aux procédures collectives n° 27 à 33

a - Personnes morales de droit privé commerçantes : les sociétés commerciales n° 28

b - Groupements de droit privé non-commerçants (les personnes morales non-commerçantes) n° 29 à 30

c - Personnes morales de droit public ayant une forme de droit privé n° 31 à 33

II - Statut des personnes morales soumises aux procédures collectives n° 34

a - Existence de la personnalité morale n° 34

b - Disparition de la personnalité morale n° 35

§2 - Critères économiques n° 36 à 42

A - Existence de difficultés économiques et financières : cas du règlement préventif n° 37 à 40

B - État de cessation des paiements, cas du redressement judiciaire et de la liquidation des biens n° 41 à 42

Section 2 - Critère de procédure : la décision d'ouverture n° 43 à 74

§1 - Jurisdiction compétente n° 44 à 49

A - Compétence d'attribution n° 45 à 47

B - Compétence territoriale n° 48 à 49

§2 - Décision d'ouverture de la procédure n° 50 à 74

A - Décision d'ouverture du règlement préventif n° 51 à 57

I - Requête aux fins de règlement préventif n° 51

II - Décision de suspension des poursuites n° 52

a - Contenu de la décision n° 53 à 55

1 - Suspension provisoire des poursuites individuelles n° 53 à 54

2 - Nomination d'un expert n° 55

b - Suites de la décision n° 56 à 57

B - Jugement d'ouverture du redressement judiciaire et de la liquidation des biens n° 58 à 74

I - Saisine du tribunal n° 59 à 63

a - Déclaration du débiteur n° 60 à 61

b - Assignation des créanciers n° 62

c - Saisine d'office n° 63

II - Prononcé du jugement n° 64 à 69

a - Nature du jugement n° 65

b - Contenu du jugement n° 66

1 - Fixation de la date de cessation des paiements n° 67

2 - Choix de la procédure applicable n° 68

3 - Mise en place des organes de la procédure n° 69

III - Publicité du jugement n° 70 à 74

a - Mention du jugement au RCCM n° 71

b - Publication du jugement dans un journal d'annonces légales n° 72

c - Insertion des extraits du jugement au journal officiel n° 73 à 74

Chapitre III : Voies de recours en matière de procédures collectives n° 75 à 82

Section 1 - Traits généraux des voies de recours en matière de procédures collectives n° 76 à 77

§1 - Principe de l'exécution provisoire des décisions n° 76

§2 - Régime restrictif des voies de recours n° 77

Section 2 - Voies de recours contre les décisions rendues par le tribunal n° 78 à 80

§1 - Voies de recours contre les décisions d'ouverture de la procédure n° 79

§2 - Voies de recours contre les autres décisions du tribunal n° 80

Section 3 - Voies de recours contre les décisions des organes de la procédure n° 81 à 82

§1 - Recours contre les décisions du président du tribunal n° 81

§2 - Recours contre les décisions du juge-commissaire n° 82

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.), L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les États africains membres de l'OHADA, *Afrique juridique et politique*, Revue du CERDIP, n° 1, vol. 1, janvier-juin 2002, p. 62.
- ASSOGBAVI (K.), Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA, *Penant*, 2000, p. 5.
- Fosso (Y. R.), Procédures collectives et voies d'exécution, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2001.
- Gamaleu Kameni (C.), La cessation des paiements, Mémoire de DEA, Université de Yaoundé 2, 2008.
- GOMEZ (J.R.), OHADA Entreprises en difficulté. Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français, éd. BAJAG-MERI, collection Le droit en Afrique, Série Droit des affaires, 2003.
- MASSAMBA (J.I.), Les entreprises en difficulté : quelles solutions ? *Bulletin OHADA*, n° 2, octobre-novembre 2000, p. 6.
- NGUIHE KANTE (P.), Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, *Penant*, n° 828, janvier-avril 2002, p.
- POUGOUÉ P.-G.), KALIEU (Y.R.), L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé, 1999.
- SAWADOGO (F.M.), Droit des entreprises en difficulté, collection droit uniforme africain, Bruylant Bruxelles, 2002.
- SAWADOGO (F.M.), Commentaire de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement de passif in OHADA traité et actes uniformes commentés et annotés, *Juriscopus* 2008, 3^e édition, p. 867.
- SAWADOGO (F. M.), Procédures collectives d'apurement de passif, Commentaires de l'Acte uniforme commentés et annotés, EDICEF/Ed. FFA, La collection OHADA – Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, 2001.
- SOUPGUI (E.) Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA, thèse de doctorat/Ph. D en droit, Université de Yaoundé 2 – Soa, 2008.

Introduction

1. Les procédures de traitement des défaillances des entreprises organisées par le législateur OHADA présentent plusieurs caractères.

- Il s'agit d'abord de procédures collectives
Au-delà de l'intitulé de l'Acte uniforme qui est consacré « aux procédures collectives d'apurement du passif, le caractère collectif des procédures organisées tient en ce qu'y sont soumises toutes les personnes concernées par la défaillance d'un débiteur à savoir le débiteur lui-même qui subit certaines restrictions et l'ensemble des créanciers indépendamment de leur situation particulière (salariés, privilégiés, chirographaires, etc.).
- Il s'agit ensuite de procédures égalitaires
- Il s'agit enfin de procédures unitaires
La notion de procédure collective permet d'explicitement la typologie des procédures collectives, les critères d'ouverture des différentes procédures et les voies de recours en matière de procédures collectives.

Chapitre I : Typologie des procédures collectives

2. Du fait de son champ d'application *ratione personae* qui est assez spécifique et qui exclut certaines personnes, les procédures organisées par l'AUPCAP ne s'appliquent qu'à certains débiteurs déterminés (voir présentation de l'AUPCAP).

Les réformes intervenues ici vont au-delà des simples modifications terminologiques même si leur effet n'est pas neutre. Le terme « faillite » n'est plus désormais utilisé pour désigner une procédure. Du fait du caractère infamant que revêtait cette expression, beaucoup d'entreprises à l'époque de la législation antérieure refusaient de « déposer le bilan » selon l'expression consacrée.

L'AUPCAP n'organise spécifiquement que trois procédures collectives d'apurement du passif qui prennent en compte la gradation des difficultés que peut connaître le débiteur. Il s'agit du règlement préventif, du redressement judiciaire et de la liquidation des biens. En cela il s'éloigne de manière très sensible du nouveau droit français tel qu'issu de la réforme de 2005 qui distingue désormais cinq procédures : la conciliation, la désignation d'un mandataire ad hoc, la sauvegarde, le redressement judiciaire et la liquidation des biens (*Lire à cet effet : PETEL (P.), Procédures collectives, Dalloz, Cours, 4^e éd., 2005 ; LEINHARD (A.), Sauvegarde des entreprises en difficulté, Le nouveau droit des procédures collectives, Delmas, 1^{re} éd., 2006*).

Par ailleurs, les procédures organisées par le droit OHADA laissent subsister toutes les autres mesures de traitement des difficultés des entreprises prévues par d'autres actes uniformes ou par des textes spécifiques ou encore celles organisées par la jurisprudence et la doctrine.

Pour les mesures prévues par l'AUSCGIE, on peut citer : Les mécanismes d'alerte interne ont été prévus par l'Acte Uniforme portant droit des sociétés et du groupement d'intérêt économique. Les articles 150 et suivants prévoient deux types d'alerte : l'alerte par les commissaires aux comptes et l'alerte par les associés.

On songe par exemple ici aux procédures d'alerte qui peuvent être déclenchées par le commissaire aux

comptes ou les associés. Il devrait être possible d'établir des liens entre ces procédures et le déclenchement d'une procédure de règlement préventif. Voir plus généralement, NGUIHE KANTE (P.), *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit camerounais*, thèse de doctorat en droit, Yaoundé I, 1999.

3. Certaines mesures sont organisées par le droit du travail. On songe ici aux licenciements pour motifs économiques qui peuvent intervenir lorsque l'entreprise connaît des difficultés. L'AUPCAP a tenté de concilier les règles des procédures collectives avec les préoccupations du droit du travail notamment en faisant intervenir les délégués du personnel et l'inspection du travail dans la mise en œuvre de ces licenciements lorsqu'ils ne peuvent être évités. Mais il reste que les licenciements économiques constituent en eux-mêmes une technique de traitement des difficultés des entreprises, (NGUIHE KANTE, (P.), *thèse précitée*).

Ces mesures précèdent dans certains cas, l'ouverture d'une procédure collective. (*Lire à cet effet* : NGUIHE KANTE, (P.), *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat, Université de Yaoundé 2, 1999, NJOYA NKAMGA, (B.), *Les dirigeants sociaux*, thèse de doctorat en droit, Université de Dschang, 2007).

Il faudrait aussi voir dans quelle mesure une compatibilité et une continuité peuvent être établies en ces différentes mesures.

Il convient de présenter successivement et succinctement les différentes procédures.

Section 1 - Règlement préventif

4. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif a modifié en profondeur le régime de prévention des difficultés des entreprises, sauf pour le cas des pays qui avaient déjà procédé à des réformes avant l'adoption de l'Acte uniforme. Les procédures antérieurement applicables qui résultaient du code de commerce et de la loi de 1889 principalement (*Sur ce régime antérieur*, voir par exemple : POCANAM, (M.), *Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo*, Penant, n° 812, 1993, p. 189 et sv. ; SAWADOGO (F.M.), *L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone à partir de l'exemple du Burkina-Faso*, *Revue Burkinabé de droit*, n° 26, juillet 1994, p. 191 et sv. ; SAWADOGO, (F.M.), *Commentaires sous Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, préc.*, p. ; NYAMA (J.M.), *Réalités et perspectives du droit de la faillite au Cameroun*, thèse, Paris II, 1980, *passim*.) ne prévoyaient pas véritablement de mesures de prévention et étaient principalement axées sur le traitement curatif des difficultés. À cet effet, deux procédures principales étaient prévues à savoir la faillite

et la liquidation judiciaire, la différence tenant uniquement au fait que le débiteur était ou non de bonne foi. Lorsqu'il était de bonne foi, il bénéficiait de la procédure de liquidation judiciaire.

5. L'AUPCAP a introduit une procédure jusque-là inexistante et qui a pour but essentiel la prévention des difficultés. Elle est désignée sous le nom de règlement préventif (*lire également* : ROUSSEL – GALLE (P.), *OHADA et difficultés des entreprises (Étude critique des conditions et des effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif)*, Ire et Iie parties, *Revue de jurisprudence commerciale*, 2001, n° 2, p. 9 et sv. ; n° 3, p. 62 et sv. ; ASSOGBAVI (K.), *Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA*, Penant n° 832, 2000, p. 55 et sv. ; GOMEZ, (J.R.), p. 31, n° 13).

C'est le même mouvement de prévention qui a été entamé en France et qui est de plus en plus renforcé. En effet, la loi du 25 juillet 2005 sur La sauvegarde des entreprises met encore plus que par le passé l'accent sur la détection et le traitement précoce des difficultés de l'entreprise. Elle institue à cet effet deux nouvelles procédures dont l'une appelée procédure de conciliation (article L. 611 - 4 nouveau et suivants du Code de Commerce) et l'autre appelée procédure de sauvegarde destinées toutes deux à la prévention des difficultés. Elles s'ajoutent aux procédures existantes que sont la désignation d'un mandataire ad hoc et le redressement judiciaire. Sur ces nouvelles procédures, lire par exemple, COQUELET *Entreprises en difficulté*.

Selon l'article 2-1, « Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif.

6. Le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui, quelle que soit la nature de ses dettes, connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise ».

C'est l'une des trois procédures mises en place pour le règlement des difficultés des entreprises, à côté du redressement judiciaire et de la liquidation des biens. Cette procédure emprunte sur de nombreux points à la procédure de suspension des poursuites individuelles qui avait été instituée par l'ordonnance française du 23 septembre 1967 aujourd'hui abrogée. Comme son nom l'indique, il s'agit d'une mesure préventive qui permet au débiteur qui est dispensé du paiement de la plupart de ses dettes de préparer un plan de redressement de l'entreprise. Il aboutit à la conclusion d'un accord négocié entre le débiteur et les créanciers et homologué par le tribunal et qui est appelé concordat préventif.

Le règlement préventif à l'instar des autres procédures est une procédure judiciaire en ce qu'elle est ordonnée et conduite par les autorités judiciaires. (*voir contra* : GOMEZ, (J.R.) *OHADA Entreprises en difficulté*, p. 29 et sv.) qui qualifie la procédure d'extrajudiciaire. Plus que les autres procédures, elle est marquée par la célérité, ce qui se traduit par la brièveté des délais imposés aux organes pour agir ou par la nature de certaines mesures qui sont prises telles que la suspension immédiate des poursuites dès réception de la requête du débiteur.

7. Le règlement préventif est en fin de compte une procédure qui permet d'assurer le traitement rapide des difficultés de l'entreprise qui n'est pas encore en cessation de paiement. Ces difficultés tout en étant nombreuses et importantes, sont parfois de sources et d'ampleur diverses. Cette nouvelle procédure doit entraîner des changements dans l'anticipation des difficultés des entreprises. Au-delà des changements qui interviennent ainsi dans l'anticipation des difficultés des entreprises, la seule existence de cette procédure pourrait également emporter des modifications dans la perception même qu'ont les opérateurs économiques du traitement judiciaire des difficultés des entreprises. On avait craint, il y a quelque temps, que cette procédure ne soit détournée de son objectif ; qu'elle devienne un moyen de chantage entre les mains de certains débiteurs. L'on est rassuré de constater que de plus en plus elle se présente comme une bouée de sauvetage pour les entreprises quelle que soit par ailleurs leur taille. La soumission à des règles rigoureuses comme la proposition d'un concordat (Le dépôt du concordat conditionne l'ouverture de la procédure. Voir par exemple : Tribunal de Grande Instance du Moundou, Ordonnance n° CAB/PTGI/N°SBA du 09/11/2005, affaire la société Lachanas, références. Dans cette affaire, la société Lachanas avait introduit une requête aux fins d'ouverture de règlement préventif. Le tribunal, ayant constaté que le demandeur avait effectivement déposé les documents requis par la loi ainsi qu'une proposition de règlement préventif, a ordonné la suspension des poursuites individuelles contre le demandeur et désigné un expert.

Par contre, dans une autre affaire (Tribunal de Grande Instance du Moundou, jugement n° 48/Civ. du 21 juillet 2005, affaire Nji Pepouna Amadou, l'ex personnel des établissements Gortzounian, la Caisse Nationale de prévoyance sociale C/les établissements Gortzounian) le juge décide que du fait de l'absence amène les entreprises à mettre plus de rigueur et d'engagement dans le traitement de leurs difficultés¹ car dans bien des cas, ce sont finalement les solutions proposées par le débiteur et approuvées par les créanciers qui sont homologuées par le tribunal à travers le concordat préventif (*En ce sens*, tribunal de grande instance du Moundou, jugement n° 01/CC du 11 avril 2006, La société Lachanas Frères Transport C/Qui de droit. Dans cette décision où le débiteur avait introduit une demande d'homologation

de concordat, les juges relèvent plusieurs arguments présentés par le débiteur et qui permettraient que le concordat soit effectivement homologué. Ils relèvent en effet que, conformément aux conclusions de l'expert, l'entreprise n'est pas en cessation de paiement et présente par contre de nombreux atouts pour son redressement : elle dispose d'un outil de production performant constitué d'un parc automobile quasiment neuf, d'un personnel technique très expérimenté et présentant toutes les qualités recherchées dans le secteur d'activité concerné. Les juges ajoutent que la demanderesse a versé dans le dossier de procédure la preuve de la vérification de l'état de son matériel ainsi que la preuve de la poursuite de ses relations avec ses principaux partenaires. Les juges en concluent qu'il échet par conséquent (...) d'homologuer le concordat préventif proposé avec toutes les conséquences de droit notamment en désignant un juge-commissaire et un syndic avec tous les pouvoirs à eux conférés par la loi et d'admettre la société au bénéfice du règlement préventif).

Section 2 - Redressement judiciaire

8. L'article 2-2 AUPCAP dispose : « Le redressement judiciaire est une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement du passif ».

Il est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui, quelle que soit la nature de ses dettes, connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise.

Pour que le redressement judiciaire soit prononcé, il faut que l'entreprise soit susceptible d'être sauvée. Il ne s'agit plus comme dans la liquidation judiciaire instituée par la loi de 1889 d'une procédure ouverte contre le débiteur malheureux et de bonne foi mais il faut tenir compte, pour l'ouverture de la procédure, de la situation économique et financière de l'entreprise.

Caractères : il emprunte aussi bien au règlement préventif qu'à la liquidation des biens. Il a en commun avec le règlement préventif, le fait que les créanciers sont associés à la recherche des solutions aux difficultés de l'entreprise à travers le concordat qui ici est qualifié de concordat de redressement (*voir KANE, La nature juridique du concordat*). Par contre, il a en commun avec le redressement judiciaire plusieurs éléments : il s'ouvre par un jugement du tribunal et non une décision du président, il dispose des mêmes organes de procédure, il impose les mêmes restrictions aux créanciers et surtout il s'ouvre seulement si le débiteur est déjà en cessation des paiements (mais il peut aussi s'ouvrir exceptionnellement par conversion d'une procédure de règlement préventif).

Finalité de la procédure : Sa finalité est proche de

celle du règlement préventif. Le redressement judiciaire permet au débiteur de bénéficier de conditions favorables accordées par les créanciers pour payer ses dettes et de mesures de restructuration pour relancer ses activités.

Section 3 - Liquidation des biens

9. Aux termes de l'article 2-3 AUPCAP : « La liquidation des biens est une procédure qui a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif ». Elle est ouverte, comme le redressement judiciaire, lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements.

Malgré la modification terminologique, la liquidation des biens présente globalement les mêmes traits essentiels que la liquidation judiciaire telle qu'organisée par le droit français. Sur la procédure de liquidation judiciaire telle qu'organisée par le nouveau droit français, lire : PETEL, Ph, ouvrage précité ; LIENHARD, (A.), *Sauvegarde des entreprises en difficulté Le nouveau droit des procédures collectives*, Delmas.

10. La liquidation des biens doit être distinguée de la liquidation amiable des sociétés organisées par les articles... de l'AUSCGIE. Dès lors, une société en liquidation amiable, ne peut bénéficier de la suspension des poursuites individuelles prévu par l'article 75 de l'AUPCAP (*CA d'Abidjan, arrêt n° 872 du 2 juillet 2002, W.F. et sté S.P. c/B.A., ohadata J-03-30; Répertoire quinquennal OHADA, p. 48-, n° 3*).

Le tribunal saisi a le choix, lorsque la cessation des paiements est avérée, entre le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

La liquidation peut être prononcée directement, dès le jugement d'ouverture et ce, dans différentes hypothèses :

Il y a absence de concordat soit parce que le débiteur n'a présenté aucune offre, soit parce que l'offre faite n'est pas sérieuse. La liquidation des biens doit alors être prononcée s'il y a cessation des paiements. La solution est constamment rappelée et appliquée par les juges. Voir par exemple : CA d'Abidjan, arrêt n° 723 du 7 juin 2002, ATTIBA DENIS et autres c/compagnie multinationale Air Afrique, ohadata J-03-29, Répertoire quinquennal OHADA, p. 486-487 ; TGI de Ouagadougou, jugement n° 100 bis du 24 janvier 2001, requête des établissements Korgo aux fins de redressement judiciaire, ohadata J-04-182 ; répertoire quinquennal, p. 493 ; TGI de Ouagadougou, jugement n° 224 du 20 mars 2002, requête aux fins de redressement judiciaire de la SOTRAO, ohadata J-04-187 ; répertoire quinquennal, p. 493.

Elle peut être également prononcée par conversion d'une procédure antérieure de redressement ou même de liquidation dans les cas suivants :

Contrairement au droit français, il n'y a pas de procédure de liquidation des biens simplifiée (*sur cette procédure : voir PETEL, (Ph.), Ouvrage précité, n° 288,*

p. 141 ; LIENHARD, (A.), Sauvegarde des entreprises en difficulté Le nouveau droit des procédures collectives, Delmas, 1^{re} éd., p. 331, n° 2201).

La finalité de la liquidation des biens est d'assurer au mieux le paiement des créanciers de l'entreprise appelée à disparaître mais avec possibilité de sauver, lorsque cela peut être fait, quelques emplois à travers la cession des unités de production.

Chapitre II : Critères d'ouverture des procédures collectives

11. Une procédure collective n'est ouverte, quel que soit le cas, que si certains critères nécessaires et suffisants sont réunis à l'encontre des débiteurs concernés (section 1). Mais, les différentes procédures prévues ne sont pas des états virtuels, il faut, qu'en plus, une décision du tribunal prononce l'ouverture de la procédure (section 2).

Section 1 - Critères de fond

12. Les critères de fond sont ceux relatifs au statut des personnes c'est-à-dire les débiteurs concernés. Mais également ceux qui concernent la situation économique de ces débiteurs. Ces derniers doivent se trouver dans une situation économique précise qui justifie l'ouverture de la procédure. Autrement dit, certaines conditions ont trait au débiteur (P. 1) alors que d'autres se réfèrent à sa situation financière (P. 2).

§1- Critères relatifs aux personnes : les débiteurs concernés

13. Il s'agit de la détermination des personnes qui peuvent être soumises aux différentes procédures collectives.

Sous la législation antérieure, la qualité de commerçant était exigée pour le déclenchement d'une procédure contre un débiteur défaillant (article C. Ce). La législation OHADA étend le champ d'application des procédures collectives. Celles-ci peuvent désormais être ouvertes même contre les non-commerçants. Il convient de distinguer selon que le débiteur concerné est une personne physique (A) ou une personne morale (B).

A - Personnes physiques

Une procédure collective peut être ouverte contre une personne physique soit directement, soit indirectement par voie de conséquence.

I - Soumission directe

14. L'ouverture directe d'une procédure collective contre une personne physique suppose que celle-ci ait la qualité de commerçant ; une personne physique non commerçante ne peut faire directement l'objet d'une procédure quelle qu'elle soit.

La solution retenue par l'Acte Uniforme est que seules les personnes physiques commerçantes peuvent être soumises à une procédure collective. Cette proposition est contraire à celle du droit français qui a étendu ces procédures d'abord aux agriculteurs, aux artisans et ensuite depuis les dernières réformes à toutes les personnes qui exercent une activité professionnelle indépendante particulièrement les membres des professions libérales (*Voir PETEL, (Ph.) ; précité, n° 42 et sv. ; COQUELET, (M.L.), Entreprises en difficultés, Dalloz, 2^e éd., 2006, p. 51, n° 73 et sv.*). Elle diffère également de celles retenues dans certaines législations antérieures des États membres de l'OHADA. Cette limitation du champ d'application des procédures collectives pour les personnes physiques suscite quelques réserves (*voir par ex. GOMEZ, (J.R.), précité, n° 32 et sv.*).

Si le commerçant doit être encore en activité lors du déclenchement de la procédure, il peut arriver exceptionnellement que, bien que n'étant plus en activité, le commerçant fasse l'objet d'une procédure.

a - Cas du commerçant en activité.

15. La qualité de commerçant prise en compte pour l'ouverture d'une procédure collective est celle qui ressort de la définition du commerçant donnée par l'article 2 de l'Acte uniforme portant droit commercial général. Il s'agit de « ceux qui accomplissent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Il ressort de cette définition plusieurs éléments qui doivent être pris en considération.

1 - Accomplissement d'actes de commerce.

16. Les actes de commerce qui confèrent la qualité de commerçant sont ceux énumérés par l'article 3 de l'Acte uniforme portant droit commercial général : l'achat de biens meubles et immeubles pour les revendre, les opérations d'assurances et de transit, opérations de banque, de bourse, les opérations de locations de meubles, les opérations de manufacture, de transport, de télécommunication ; les opérations des intermédiaires de commerce.

17. La conséquence qui découle de l'interprétation de cette disposition est que les personnes physiques non commerçantes ne font pas l'objet des procédures collectives. C'est la raison pour laquelle certaines personnes physiques qui ont par ailleurs des activités économiques ne sont soumises à aucune procédure. C'est le cas des

agriculteurs et des artisans. C'est également le cas des personnes qui exercent une activité économique mais non commerciale comme les membres des professions libérales et les officiers ministériels. Toutefois, les procédures pourront s'ouvrir contre elles, si elles ont accompli des actes de commerce en violation des règles d'incompatibilités.

2 - Accomplissement à titre de profession habituelle

18. Les actes de commerce doivent être accomplis sous forme de profession dont l'intéressé tire l'essentiel de ses revenus en y consacrant la majeure partie de son temps.

Une fois le caractère professionnel de l'activité admis, peu importe :

- le caractère illicite ou immoral de la profession

19. Si la prise en compte des activités illicites et immorales pour l'application du régime de la faillite pouvait être admise en ce que ce régime qui était essentiellement répressif et visait l'élimination du commerçant, on peut se demander aujourd'hui si, s'agissant d'un régime qui vise à assurer autant que possible la survie de l'entreprise, notamment en cas de règlement préventif ou de redressement judiciaire, il faudrait en accorder le bénéfice à des personnes qui exercent des activités dont le caractère illicite ou immoral est prouvé.

- l'exercice en violation d'une interdiction ou d'une incompatibilité

20. Le régime des interdictions en matière commerciale est organisé par les articles 10 et 11 de l'AUDCG, et le régime des incompatibilités par l'article 9 du même acte. Cet article prévoit expressément des professions dont l'exercice est incompatible avec l'exercice d'une activité commerciale : fonctionnaires, officiers ministériels, experts-comptables, etc. Celui qui, en dépit d'une interdiction ou d'une incompatibilité a accompli des actes de commerce, est considéré comme un commerçant de fait et peut faire l'objet d'une procédure collective si les autres conditions sont réunies à son égard. En plus de l'ouverture contre lui de procédure collective, le débiteur pourrait être également poursuivi pour banqueroute frauduleuse comme le prévoit l'art. 229-2° AUPCAP.

Par contre, l'incapable qui a exercé le commerce en dépit de l'incapacité ne sera pas soumis à la procédure parce que l'incapacité est destinée à le protéger. Elle doit lui permettre d'échapper à une procédure qui est plus rigoureuse que celle applicable aux non-commerçants.

3 - Accomplissement en son nom et pour son compte

21. Il faut que l'acte de commerce soit accompli par l'intéressé en son nom et pour son compte. Si tel n'est pas le cas, la procédure sera ouverte contre la personne représentée. Cette condition fait échapper

à la procédure collective les salariés, les gérants (mais seulement le gérant salarié et non le gérant libre qui acquiert la qualité de commerçant lors de la mise en location-gérance) et les administrateurs de sociétés, sous réserve toutefois des cas d'extension de procédure. Mais surtout, elle permet d'ouvrir une procédure contre les commerçants de fait. Elle permet aussi, dans le cas des sociétés créées de fait, d'ouvrir une procédure contre chacun des associés si à son égard sont remplies les autres conditions requises.

4 - Non nécessité d'une inscription au registre du commerce et du crédit mobilier

22. L'article 25 de l'Acte uniforme portant droit commercial général dispose : « toute personne physique ayant la qualité de commerçant [...] doit, dans le premier mois d'exploitation requérir [...] son immatriculation au Registre (du commerce et du crédit mobilier) ». L'inscription au registre du commerce fait partie des obligations professionnelles du commerçant.

Celui qui accomplit des actes de commerce mais qui n'est pas inscrit peut néanmoins être soumis à une procédure collective. Le défaut d'inscription ne peut être invoqué pour se soustraire aux responsabilités et obligations découlant de la qualité de commerçant. C'est ce qui ressort clairement de l'article 39 de l'Acte uniforme portant droit commercial général. À l'inverse, l'inscription fait présumer la qualité de commerçant jusqu'à preuve contraire. C'est ce que prévoit l'article 38 de l'AUDCG précité. (En France, sous l'empire de la législation antérieure, une décision de la chambre commerciale Cass. Com., 25 mars 1997, Petites affiches, 14 décembre 1998, p. 13, note GIOVANNI, (P.), décidait que le commerçant assujéti à l'inscription et qui n'y a pas procédé, ne peut à sa demande, être admis au redressement judiciaire).

b - Cas du commerçant radié ou décédé.

23. Le décès et la radiation du commerçant sont différemment pris en compte selon la procédure concernée.

Le décès ou la radiation du commerçant du registre du commerce et du crédit mobilier fait obstacle à l'ouverture d'une procédure de règlement préventif. La raison en est que seul de débiteur lui-même peut demander l'ouverture de cette procédure. Dès qu'il n'est plus lui-même en activité, l'ouverture de cette procédure devient impossible.

Par contre, ces événements sont sans influence sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. En cas de radiation suite au retrait du commerçant de l'exercice des activités ou à la cessation de celles-ci, l'article 31 de l'AUPCAP permet l'ouverture de la procédure si le commerçant était encore immatriculé lors de la cessation des paiements. En cas de décès, la procédure peut être ouverte

si le commerçant est décédé en état de cessation des paiements (article 30 AUPCAP). Dans un cas comme dans l'autre, la procédure doit être ouverte dans un délai d'un an. Ce délai court, pour la radiation, du jour de la saisine du tribunal par les créanciers, et pour le décès du jour où celui-ci est survenu.

II - Soumission indirecte

24. Il arrive que les personnes physiques non-commerçantes soient soumises aux procédures collectives non en raison de leur propre fait mais par voie de conséquence lorsqu'une procédure est ouverte contre une personne morale. Ainsi, il ressort des articles 180, 181 et 189 de l'AUPCAP que peuvent faire l'objet d'une procédure par extension soit les associés, soit les dirigeants dans les différentes hypothèses suivantes :

1° Les membres d'une personne morale sont solidairement et indéfiniment responsables du passif lorsque celle-ci est elle-même soumise à la procédure. *(Il peut arriver que dans certains cas la procédure soit ouverte contre les associés sans pour autant que cela soit la conséquence d'une procédure principale parce que la société existe mais n'a pas la personnalité morale. C'est le cas s'il y a cessation des paiements d'une société en participation, d'une société créée de fait ou d'une société en formation).*

L'extension de procédure, bien qu'elle ait un caractère obligatoire, doit être constatée par un jugement. Elle concerne notamment les associés des sociétés en nom collectif, les commandités dans les sociétés en commandite simple qui ont personnellement la qualité de commerçants. Le problème pourrait se poser de savoir si l'article 180 est applicable aux membres des groupements d'intérêt économique qui sont également tenus indéfiniment et solidairement du passif du groupement conformément à l'article 873 de l'AUSCGIE. La réponse, à notre avis, doit être négative pour deux raisons. D'une part, en parlant expressément d'« associés » et de « passif social », l'art. 180 n'a certainement pas visé le GIE qui n'est pas une société. D'autre part, il ressort de l'art. 876 de l'AUSCGIE que le contrat peut fixer la contribution de chacun des membres du GIE à la dette du groupement. Il serait difficile, dans ces conditions, que l'extension de procédure aux membres ait un caractère réellement automatique.

2° Les dirigeants qui ont tiré un profit personnel de l'exploitation d'une personne morale. Cette hypothèse d'extension qui constitue en réalité une sanction regroupe en fait divers cas énumérés par l'article 189 de l'AUPCAP. Elle permet d'augmenter les garanties de paiement des créanciers sociaux ;

3° Les dirigeants qui ont commis des fautes de gestion lorsqu'il y a eu insuffisance d'actif et que ces fautes ont contribué à cette situation. Cette hypothèse est traditionnellement connue sous le nom d'action en comblement du passif.

25. Lorsque l'ouverture d'une procédure est la conséquence d'une extension, le tribunal saisi initialement reste compétent, ce qui a comme conséquence que les dirigeants, s'ils sont des personnes physiques, relèveront de la juridiction commerciale compétente alors qu'ils n'ont pas la qualité de commerçant.

L'extension de procédure n'est pas exclusive d'autres sanctions extrapatrimoniales, voire pénales qui peuvent être prononcées contre les personnes défaillantes.

B - Personnes morales

26. L'Acte uniforme apporte pour la plupart des États de l'OHADA des innovations importantes relativement à l'application des procédures collectives aux personnes morales. Avant l'adoption de l'Acte uniforme et en application des articles 437 C. ce et 1^{er} de la loi de 1889 instituant la liquidation judiciaire, seules les personnes morales commerçantes étaient assujetties aux procédures. Il s'agissait essentiellement des sociétés commerciales. Désormais sont soumises aux procédures, toutes les personnes morales qu'elles soient ou non commerçantes. De même, certaines personnes morales de droit public à partir du moment où elles revêtent une forme de droit privé y seront soumises.

Il faut identifier les personnes morales soumises aux procédures collectives (I) et envisager le statut de ces personnes morales (II).

I - Identification des personnes morales soumises aux procédures collectives

27. Tous les groupements dotés de la personnalité morale peuvent être soumis aux procédures collectives compte non tenu de la nature de leur activité.

Il peut s'agir des personnes morales de droit privé commerçantes, que des personnes morales de droit public ayant la forme d'une personne morale de droit privé ; des groupements de droit privé, c'est-à-dire des personnes morales non commerçantes.

a - Personnes morales de droit privé commerçantes : les sociétés commerciales

28. Il s'agit aussi bien des sociétés commerciales par la forme que des sociétés commerciales par l'objet. L'ouverture d'une procédure collective contre une société commerciale qui suppose son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier emporte traditionnellement plusieurs conséquences :

- la société immatriculée, même si elle est nulle, peut être soumise à la procédure collective sauf preuve contraire. En effet, comme pour les personnes physiques, l'immatriculation des sociétés fait présumer la qualité

de commerçant. À l'inverse, la société qui n'a jamais été immatriculée ne peut être soumise à la procédure. Seul le gérant peut y être assujetti s'il a traité avec les tiers en son nom personnel.

- la société fictive peut être déclarée en cessation des paiements en même temps que le maître de l'affaire.
- la société qui est encore en formation et n'a pas de ce fait la personnalité morale ne peut être soumise à aucune procédure. De même, les associés de la société en formation ne peuvent, sur cette seule qualité, être l'objet d'une procédure. Mais, ceux qui ont accompli des actes de commerce au nom de cette société peuvent faire l'objet d'une procédure collective.
- la société en participation n'a pas de personnalité morale, elle ne peut donc être assujettie à aucune procédure même si elle s'est révélée aux tiers.

b - Groupements de droit privé non-commerçants (les personnes morales non commerçantes).

29. Une procédure collective peut être ouverte contre tous les autres groupements de droit privé tels les sociétés civiles,

les associations, les groupements d'intérêt économique, les coopératives, les syndicats qu'ils aient ou non une activité économique. (*Lire sur cette question, TCHEUMALIEU FANSI (R.), L'application des procédures collectives aux personnes morales de droit privé, mémoire, Université de Dschang*).

Cette extension du champ d'application des procédures collectives est la bienvenue. En effet les groupements ayant la personnalité morale se sont multipliés, certains exercent des activités économiques importantes et peuvent avoir de nombreux créanciers. Il était donc juste qu'ils soient soumis aux procédures. Cette soumission peut même dans certains cas présenter pour eux des avantages. À titre d'exemple, l'obtention d'un concordat qui permet au débiteur de ne payer finalement qu'une partie de ses dettes ou d'obtenir des délais de paiement peut dans certains cas se révéler utile même pour les groupements qui n'ont pas d'activités commerciales. De même, dans la mesure où les procédures ont perdu leur caractère répressif, rien ne justifiait plus que les personnes morales non commerçantes en soient exclues. Mais on peut douter de la pleine efficacité de ces mesures dans certains cas. Il en sera ainsi dans l'hypothèse de liquidation des biens des groupements non commerçants. Les obligations imposées aux créanciers telles que le régime de production des créances ou les règles de classement des créanciers peuvent s'avérer incompatibles avec l'esprit de certains groupements.

30. Contrairement au droit français qui tout en admettant l'extension des procédures collectives aux non-commerçants y attache certaines conséquences qui

tiennent compte de leur caractère civil (ainsi en est-il de la détermination du tribunal compétent qui est le tribunal de grande instance pour les non-commerçants et non le tribunal de commerce et du sort des dirigeants qui est influencé par la nature civile de l'activité de la personne morale), l'Acte uniforme n'a attaché aucune conséquence à la nature civile ou commerciale de la personne morale soumise à une procédure. Ainsi, la juridiction compétente est la même dans tous les cas, et l'extension de procédure aux dirigeants est possible compte tenu du statut de la personne morale. Cette unicité de juridiction peut choquer a priori mais lorsqu'on sait que le droit des procédures collectives fait intervenir divers domaines du droit (droit du travail, droit des sûretés, voies d'exécution), on peut se demander si cette centralisation ne permet pas tout au moins d'assurer le contrôle de l'application jurisprudentielle des dispositions légales. Il faut également admettre que les tribunaux de commerce tels qu'ils sont organisés dans la plupart des États OHADA ne sont pas vraiment différents des tribunaux d'instance. En France d'ailleurs, la dualité de compétences ne produit pas en réalité tous ses effets car le tribunal d'instance est tenu d'appliquer les formes de la procédure commerciale. (Voir sur cette question, GUYON (Y.), *Droit des affaires*, T. 2, *Economica*, 1991, n° 1113).

c - Personnes morales de droit public ayant une forme de droit privé

31. L'Acte uniforme, à la suite de nombreuses législations étrangères, prévoit en son article 2 que les procédures collectives peuvent s'ouvrir contre « toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé ». Il ressort de cet article que les procédures collectives s'appliquent non seulement aux personnes morales de droit privé mais également aux entreprises publiques ayant la forme de personnes morales de droit privé. L'acte uniforme OHADA a mis fin à la solution traditionnelle qui voulait que les entreprises publiques, même lorsqu'elles prenaient la forme de personnes morales de droit privé, ne soient pas soumises aux procédures de concours.

Il était admis par la doctrine que seules les personnes morales de droit privé pouvaient être soumises à la faillite ou à la liquidation judiciaire (ISSA SAYEGH (J.), *La liquidation des entreprises publiques en droit sénégalais*, p. 7 et sv ; EBONGUE MBENDANG, (J.), *Les entreprises d'État au Cameroun*, thèse, Paris II, 1989, p. 129 et sv. Ces auteurs admettent cependant que l'exclusion des entreprises publiques n'était qu'une exclusion de fait, rien ne s'opposant en droit à ce qu'elles y soient soumises). Le principe de l'insaisissabilité des biens de l'État, l'impossibilité de l'exécution forcée contre l'État notamment étaient invoqués pour justifier l'exclusion de l'État et des collectivités publiques de la faillite et de la liquidation judiciaire.

Il faut donc distinguer entre les personnes morales de droit public au sens strict c'est-à-dire l'État et les collectivités publiques qui ne relèvent pas des procédures prévues par l'Acte uniforme et les personnes morales de droit public ayant la forme de droit privé.

32. Les personnes morales de droit public stricto sensu c'est-à-dire l'État, les collectivités publiques auxquels il faut ajouter les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) - dans les pays qui ont conservé cette forme d'entreprise publique, sont soumises aux règles de droit public puisqu'elles ne relèvent pas de l'Acte Uniforme. Elles relèvent donc des dispositions particulières qui leur sont applicables. Pour le cas du Cameroun par exemple, il faudra se référer à l'Ordonnance n° 95/003 du 17 août 1995 portant Statut général des entreprises du secteur public et para-public. Il ressort de cette ordonnance que peuvent être considérés comme relevant du droit privé, la société à capital public et la société d'économie mixte (TCHOKOMAKOUA (V.), *La réforme du cadre juridique des entreprises du secteur public et parapublic*, *Juridis périodique*, n° 26, 1996, p. 97-102. Pour le cas du Sénégal, voir, ISSA SAYEGH (J.), *op. cit.*, p. 11 not.).

33. Les personnes morales de droit public ayant la forme de droit privé sont régies par les dispositions de l'Acte uniforme. Pour une application, (voir TGI de Ouagadougou, jugement n° 423 du 25 avril 2001, liquidation des biens de la sté FASO FANI, obadata J-03-94, répertoire quinquennal OHADA, p. 487, n° 5. Voir aussi, pour une application de l'AUPCAP aux établissements publics industriels et commerciaux : tribunal régional de Niamey, jugement n° 16 du 15 janvier 2003, revue nigérienne de droit, p. 75, note Oumarou Sababi, M., obadata J-03-158, répertoire quinquennal, p. 487, n° 6).

Le problème pourra aussi se poser pour les établissements de crédit qui étaient jusque-là soumis à une procédure particulière de liquidation (pour le cas du Cameroun, Celle-ci était contenue dans l'Ordonnance n° 90/003 du 27 avril 1990 fixant les conditions de liquidation de banques). Nous pensons qu'elles seront désormais régies uniquement par l'Acte Uniforme. Pour un cas d'application et sur le conflit éventuel entre la législation OHADA et la législation CEMAC, (voir : TPI de Libreville, jugement du 5 janvier 2001, S. NGOMO c/J.G. PASTOURET, obadata J-04-135, répertoire quinquennal OHADA, p. 4787, n° 8).

II - Statut des personnes morales soumises aux procédures collectives

L'existence de la personnalité morale ne doit pas faire de doute (a). Il faut tenir aussi compte de la disparition éventuelle de cette personnalité morale (b).

a - Existence de la personnalité morale

34. Le problème peut se poser dans la pratique de déterminer si le groupement en cause a réellement la personnalité morale. On peut dire qu'en général la personnalité morale se prouve, pour les sociétés et les groupements d'intérêt économique par l'immatriculation, pour les associations par un récépissé de déclaration.

Si le groupement est une société et que celle-ci est encore en formation ou est constituée, mais non encore immatriculée, elle n'a pas de personnalité morale. Dès lors, seuls les fondateurs sont tenus du passif. Toutefois, une procédure collective ne peut être ouverte à leur encontre que s'ils ont la qualité de commerçants. Si tel n'est pas le cas, ils ne pourront être poursuivis que suivant les règles de droit commun.

Les groupements auxquels la loi ne reconnaît pas de personnalité morale ne peuvent être soumis à une quelconque procédure. C'est le cas de la société en participation (art. 854 AUSCGIE) ou de la société créée de fait (art. 864 AUSCGIE).

b - Disparition de la personnalité morale

35. L'hypothèse de disparition de la personnalité morale doit être envisagée. Elle intervient en cas de dissolution ou de nullité du groupement. Malgré la dissolution qui n'a d'effets que pour l'avenir, la personnalité morale va subsister pour les besoins de la liquidation jusqu'à la clôture de celle-ci. Mais, il faut distinguer, pour les sociétés commerciales, la procédure de liquidation des biens qui suppose la cessation des paiements de la liquidation amiable ou judiciaire des sociétés commerciales.

§2 - Critères économiques

Le critère économique ou matériel renvoie à la situation financière du débiteur. Ce critère, qui pris en compte pour l'ouverture d'une procédure collective n'est pas le même suivant les cas. C'est d'ailleurs ce critère qui distingue profondément le règlement préventif du redressement judiciaire et de la liquidation des biens. Aux termes de l'article 2.1 AUPCAP : « le règlement préventif est applicable à toute personne (...) qui, quelle que soit la nature de ses dettes connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise ». L'article 2.4 AUPCAP quant à lui précise que : « le redressement judiciaire et la liquidation sont applicables à toute personne (...) qui cesse ses paiements ». Le critère matériel sera donc, suivant les cas, l'existence de difficultés économiques et financières (A) ou l'état de cessation des paiements (B).

A - Existence de difficultés économiques et financières : cas du règlement préventif

37. Le débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure de règlement préventif doit faire face à des difficultés économiques et financières sans que sa situation soit irrémédiablement compromise.

Il faut que le débiteur soit dans une situation difficile mais non irrémédiablement compromise (*GOMEZ, (J.R.), op. cit., p. 33, n° 14 : la situation de l'entreprise ne doit pas être dégradée au point qu'une perspective de redressement et/ou d'apurement ne soit plus envisageable*). On peut rapprocher la rédaction de l'article 2 de l'A.U. de celle de l'article 1 de l'ordonnance française du 23 septembre 1967 aujourd'hui abrogée qui instituait une procédure de suspension provisoire des poursuites. On peut également la comparer avec la condition exigée par le nouvel article L. 620-1 pour l'ouverture de la procédure de sauvegarde où le débiteur doit apporter la preuve de l'existence de difficultés qui sont telles que s'il ne les surmonte pas, il va être conduit à la cessation de paiements et aussi avec celle exigée pour la procédure de conciliation qui est ouverte à l'entreprise qui éprouve les difficultés juridique, économique ou financière avérées ou prévisibles ou qui est en cessation de paiement depuis moins de 45 jours (art. L611-4, L 611-5 C. Ce).

38. Le législateur a voulu que l'entreprise se trouve dans une situation telle qu'elle puisse être encore sauvée. Si tel n'était pas le cas, c'est la liquidation des biens ou le redressement judiciaire qui devraient s'ouvrir. La situation difficile mais non irrémédiable signifie donc qu'il y a urgence mais que les choses peuvent encore être sauvées. Il ne s'agit pas de transformer les entreprises en des « assistés économiques » mais d'intervenir dans des cas qui méritent de l'être avant que l'entreprise ne cesse ses paiements

Il s'agira donc pour le tribunal de déceler les difficultés économiques et financières qui font que la situation de l'entreprise soit préoccupante et que faute de mesures de redressement, elle sera conduite à la cessation des paiements. Dans tous les cas, les difficultés doivent être telles qu'un sauvetage soit possible car il ne s'agit pas d'obtenir des délais et de gagner du temps avant le dépôt du bilan. Cette situation doit être distinguée de situations voisines comme l'alerte interne.

Les difficultés dont il s'agit pourront être d'origine interne ou externe à l'entreprise.

*** Difficultés d'origine interne**

39. Ce sont celles dues à la forme sociale qui ne correspond pas à la dimension de l'entreprise ; à la mauvaise gestion qui a elle-même pour conséquence la baisse de la rentabilité, l'insuffisance des fonds propres, les frais généraux élevés, etc. (*Sur la notion de faute de*

gestion, voir Kamnang (I.), La faute de gestion, Mémoire de DEA, Université de Dschang).

* Difficultés d'origine externe

40. Il s'agit de toutes les difficultés qui naissent de l'environnement économique dans lequel évolue nécessairement toute entreprise. Il peut s'agir des effets de la concurrence, de la fluctuation du cours des produits ou de la monnaie, du poids de certaines charges telles que les impôts.

B - État de cessation des paiements, cas du redressement judiciaire et de la liquidation des biens

41. La condition économique d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est la cessation des paiements (art 2 AUPCAP). C'est une exigence classique (voir cependant en droit français où depuis la réforme de 2005, le débiteur en état de cessation des paiements peut également introduire une demande en vue de l'ouverture d'une procédure de conciliation).

Contrairement à l'article 437 C. ce et à l'article 1^{er} de la loi de 1889 qui renvoyaient à la notion de cessation des paiements sans la définir, l'AUPCAP tout en conservant cette notion a procédé également à sa définition. L'article 25 dispose ainsi : « le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible est en état de cessation des paiements ». Le législateur communautaire s'est largement inspiré des apports jurisprudentiels sur la notion. En effet, depuis la loi du 28 mai 1838, il était revenu aux tribunaux de définir la notion de cessation des paiements. Cette définition a évolué dans le temps. Du critère purement matériel de l'arrêt du service de caisse retenu au départ, on est finalement arrivé à un autre critère, l'insuffisance de l'actif disponible par rapport au passif exigible. Voir par ex. : Cass. Com. 23 janvier 1968, Bull. Civ. IV, n° 37, p. 27 ; Cass. Com. 20 nov. 1973, Bull. Civ. IV, n° 335, p. 298 et surtout com. 14 février 1978, D. 1978, IR, 443, note Honorat. La définition jurisprudentielle a été reprise par l'article 3 de la loi française du 25 janvier 1985.

42. La cessation de paiement doit être distinguée de notions voisines comme l'insolvabilité, le surendettement et la simple situation difficile. Il ressort de l'article 25 que la cessation des paiements suppose la réunion de trois conditions relatives au passif exigible, à l'actif disponible et à l'impossibilité de faire face.

La réunion des conditions qu'il s'agisse de celles relatives au débiteur ou à sa situation économique n'est pas suffisante et la procédure ne sera réellement ouverte que par une décision du tribunal.

Section 2 - Critère de procédure : la décision d'ouverture

43. La décision d'ouverture varie suivant que la procédure est une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de la liquidation des biens (§2). Mais, quelle que soit l'hypothèse, la juridiction compétente est déterminée suivant les mêmes principes (§1).

§1 - Juridiction compétente

44. L'Acte uniforme prévoit clairement en son article 3 que les procédures relèvent « de la juridiction compétente en matière commerciale ». Il s'agit d'une innovation par rapport au code de commerce dont aucune disposition n'était expressément consacrée au tribunal compétent. Seule une interprétation combinée des articles 438 et 439 permettait de conclure que le tribunal compétent était le tribunal de commerce. Encore que, la procédure n'étant applicable qu'aux commerçants, la compétence de ce tribunal ne faisait pas de doute.

Il faut préciser cette compétence aussi bien pour ce qui est de la compétence d'attribution que pour ce qui concerne la compétence territoriale.

A - Compétence d'attribution

45. La compétence d'attribution est, en application de l'article 3 précitée reconnue uniquement à la juridiction commerciale. Celle-ci correspond, en fonction de l'organisation judiciaire des différents États membres, soit à une juridiction complète, soit à une chambre, soit à une section d'une juridiction d'instance. Le problème de la répartition en fonction du montant du litige peut se poser.

46. Le problème se pose lorsque la procédure s'ouvre contre une personne morale de droit privé ayant une activité économique mais qui n'est pas nécessairement commerçante. L'application stricte de cet article 3 aboutit à soumettre les non-commerçants à la compétence d'une juridiction commerciale, ce qui n'est pas sans conséquences (Voir les décisions en l'espèce). De même, en cas d'extension des procédures collectives aux dirigeants de la personne physique, on se retrouvera dans une hypothèse de soumission des non commerçants aux juridictions commerciales. On rappelle que la compétence de la juridiction commerciale emporte classiquement certaines conséquences parmi lesquelles la liberté de preuve.

En effet, cette compétence du tribunal de commerce paraît peu compatible avec le domaine des procédures collectives qui s'étendent à toutes les personnes morales de droit privé. On peut se demander si en réservant exclusivement la compétence aux « tribunaux de commerce »,

le législateur OHADA a tiré toutes les conséquences de l'extension du champ d'application des procédures collectives qui s'appliquent désormais aux personnes morales non commerçantes (Pour une interprétation plus nuancée de l'article 3 AUPCAP qui admet la compétence des juridictions d'instance pour les non commerçants, voir GOMEZ, (J.R.), précité, p. 34).

Si cette solution a le mérite de la centralisation qui peut permettre par exemple d'assurer un meilleur contrôle des décisions des juridictions et de résoudre peut-être la question de la spécialisation reste à savoir si le problème se posera certainement à propos des groupements n'ayant pas une activité commerciale et si la juridiction commerciale est réellement adaptée à leur situation (Voir : Tcheumaliou Fansi (M.), L'application des procédures collectives aux personnes morales de droit privé non-commerçantes, mémoire de DEA, Université de Dschang).

Si les réserves sont réelles, elles doivent cependant être relativisées.

47. En droit français, seuls les commerçants et les artisans relèvent de la compétence du tribunal de commerce. Pour tous les autres débiteurs - agriculteurs, professionnels indépendants, personne morale non-commerçante, la compétence est celle du Tribunal de grande instance (Coquelet, (M.L.), ouvrage précité, n° 132).

En application du principe de l'unité de procédure, la compétence matérielle de la juridiction saisie s'étend également à toutes les contestations nées à l'occasion de la procédure ouverte. Elle s'étend aussi à toutes les affaires « connexes » à la procédure (c'est le cas des procédures collectives incidentes) ; sauf lorsque compétence en est exclusivement réservée à une autre juridiction (c'est le cas des contestations en matière salariale).

B - Compétence territoriale

48. Relativement à la compétence territoriale, il ressort de l'article 4 que le tribunal compétent est suivant les cas celui du lieu du principal établissement, du siège social pour les personnes morales ou du lieu du « principal centre d'exploitation » sur le territoire, lorsque le siège est à l'étranger, c'est-à-dire en dehors des frontières nationales, même s'il est situé dans un autre État de l'OHADA.

La notion de principal établissement ou de principal centre d'exploitation retenue peut être difficile à appliquer pour les personnes morales de droit privé non commerçantes. Et même, dans certains cas, pour les personnes morales de droit privé commerçantes. Ainsi, dès lors qu'une personne morale de droit privé a la qualité de commerçante et qu'elle a son siège social, (et le lieu de son principal établissement) dans l'un des États membres, une procédure peut être ouverte contre elle nonobstant le fait qu'elle soit une société multinationale et que certains de ses États membres ne

fassent pas partie de l'OHADA (CCJA, arrêt n° 004/2004 du 8 janvier 2004, *Attiba Denis et autres c/compagnie multinationale Air Afrique et autres*, *Le Juris Ohada*, n° 1/2004, janvier-mars 2004, p. 23, note Brou Kouakou M. ; *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 3, janvier-juin 2004, p. 44, *ohadata J-04-88*).

49. En application du principe de l'unité des procédures collectives, ce tribunal a une compétence exclusive. Celle-ci doit être comprise de deux manières. Elle signifie d'abord que le débiteur ne peut faire l'objet de plusieurs procédures devant des juridictions différentes sauf l'hypothèse de procédure internationale puisque aux termes de l'article 251 AUPCAP, une procédure peut être ouverte contre un même débiteur à la fois au lieu de son principal établissement ou de son siège et elle est dite procédure principale et sur le territoire d'un autre État où le débiteur n'a pas son siège ou son principal établissement et elle est dite procédure secondaire. Elle signifie ensuite que, pour toutes les autres procédures se rattachant éventuellement à la précédente, le tribunal initialement saisi reste compétent (*voir en ce sens, articles 4 al.2, 184, 190 AUPCAP*). Ce serait le cas s'il y a extension aux membres solidairement et indéfiniment responsables ou aux dirigeants de la personne morale de la procédure principale ouverte contre celle-ci.

Le principe de l'unicité de la procédure ne s'applique plus dans l'hypothèse d'une procédure collective internationale. Plusieurs procédures peuvent être ouvertes. Pour une application, voir : tribunal régional hors-classe de Dakar, jugement n° 1503 du 27 avril 2002, procureur de la République c/compagnie multinationale aérienne Air Afrique, *ohadata J-05-49*, répertoire quinquennal, p. 487-488. Il ressort de cette décision que du fait des statuts particuliers du défendeur qui prévoyaient la création d'un établissement ayant les attributs d'un siège social dans les différents États membres, le tribunal a jugé que l'on pouvait ouvrir deux procédures contre la compagnie, l'une étant considérée comme procédure principale et l'autre comme procédure secondaire.

§2 - Décision d'ouverture de la procédure.

50. La décision d'ouverture n'intervient pas dans les mêmes conditions selon qu'il s'agit de l'ouverture d'une procédure de règlement préventif ou de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens.

A - Décision d'ouverture du règlement préventif.

Le règlement préventif ne peut s'ouvrir que sur requête du débiteur à l'issue de laquelle sera prononcée une décision de suspension des poursuites.

I - Requête aux fins de règlement préventif.

51. C'est le seul mode de saisine en cas de règlement préventif (comme pour la procédure de sauvegarde prévue par la loi française de 2005 : art. L.620-1 C. Ce). Comme il s'agit d'une initiative du débiteur, aucun délai ne lui est imposé à cet effet (la solution contraire est retenue en droit français). Dans la requête qui est déposée au greffe et adressée au président de la juridiction, le débiteur expose sa situation économique et financière et présente les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif (article 5 AUP-CAP). La requête est accompagnée de certaines pièces énumérées à l'article 6 qui permettent de donner les renseignements sur la situation du débiteur. Il s'agit : d'un extrait de l'immatriculation au RCCM, des états financiers de synthèse, de l'état de trésorerie, de l'état chiffré des créances et dettes, de l'état des sûretés réelles et personnelles reçues ou consenties, de l'inventaire des biens du débiteur, de la liste des travailleurs, du montant du chiffre d'affaires et des bénéficiaires réalisés, des noms et adresses des représentants du personnel, et enfin, pour les personnes morales, de la liste des membres solidairement responsables. Tous ces documents sont destinés à éclairer le tribunal sur la situation juridique, financière et sociale de l'entreprise. Elle doit surtout contenir, à peine d'irrecevabilité, une offre de concordat précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement et notamment les créances pour lesquelles le débiteur sollicite la suspension des poursuites. À défaut d'être concomitante à la requête, l'offre peut être déposée dans les 30 jours qui suivent le dépôt de la requête. Le défaut de propositions entraîne automatiquement le rejet de la demande de règlement préventif. Par contre, dès que le débiteur a déposé tous les documents exigés ainsi qu'une offre de concordat, le règlement préventif (ou tout au moins la décision de suspension des poursuites) doit être prononcé. En ce sens : TGI de Ouagadougou, jugement n° 741 du 24 juillet 2002, Sté Internationale Faso Export, ohadata J-04-44 ; répertoire quinquennal, p. 489, n° 13.

II - Décision de suspension des poursuites

52. Le dépôt de la requête est suivi immédiatement d'une décision de suspension des poursuites. Elle est prise par le Président du tribunal saisi. La compétence du président du tribunal est exclusive de celle du tribunal. En ce sens : tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 1373 du 11 juillet 2000, sté GPL Dakar frais, ohadata, J-04-340, répertoire quinquennal, p. 489, n° 14 ; TGI de Ouagadougou, jugement n° 286 du 3 novembre 2004, requête de la sté Boulangerie 2000 aux fins de règlement préventif, ohadata J-05-233 ; répertoire quinquennal, p. 489, n° 15.

Il faut en préciser le contenu. Par ailleurs, cette décision emporte elle-même d'autres effets.

a - Contenu de la décision

Il s'agit essentiellement de la suspension provisoire des poursuites individuelles mais le Président du tribunal nomme par la même occasion un expert.

1 - Suspension provisoire des poursuites individuelles

L'objectif de la procédure de règlement préventif étant de permettre au débiteur qui connaît une situation difficile de préparer un plan de redressement de l'entreprise, il apparaît normal qu'il soit immédiatement et temporairement dispensé, dès le dépôt de sa requête, du paiement de la plupart de ses créanciers. La suspension provisoire des poursuites n'est donc pas facultative pour le président du tribunal mais obligatoire. Il doit rendre l'ordonnance de suspension dès qu'il est saisi (comparer avec la procédure de suspension des poursuites prévue par l'ordonnance de 1967 et qui prévoyait que le tribunal ne pouvait prononcer la suspension que si la requête était fondée).

La décision de suspension des poursuites individuelles ne peut faire l'objet d'aucune voie de recours. Cette solution peut se justifier par le fait qu'il s'agit d'une mesure temporaire et urgente.

2 - Nomination d'un expert

55. En même temps qu'il rend la décision de suspension des poursuites, le président doit désigner un expert pour faire un rapport sur la situation économique et financière du débiteur et les perspectives de redressement proposées par celui-ci. (*Sur les conditions de désignation de l'expert, sa mission, ses responsabilités, voir l'entrée : Les organes des procédures collectives*).

L'obligation faite au président du tribunal de désigner un expert est logique. En effet, la suspension ordonnée ayant un caractère provisoire, il faut que le tribunal qui décidera par la suite de confirmer ou d'annuler la décision ait suffisamment d'éléments pour se décider. Les seules propositions faites par le débiteur ne sauraient suffire. Il faut que celles-ci fassent l'objet d'un examen par des personnes compétentes.

C'est à juste titre que les juges rappellent, dans une espèce, que le président du tribunal est tenu de désigner un expert : tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 1373 du 11 juillet 2000, sté GPL dakar frais, ohadata J-04-340 ; répertoire quinquennal, p. 489, n° 14.

Pour permettre au tribunal de fixer le plus rapidement possible la situation du débiteur, l'expert doit déposer son rapport au plus tard dans les deux mois qui suivent sa désignation. Le non-respect de ce délai peut d'ailleurs donner lieu à la mise en œuvre de sa responsabilité à l'égard du débiteur ou des créanciers (article 13 AUPCAP).

b - Suites de la décision

56. La décision de suspension provisoire des poursuites emporte essentiellement interdiction pour le débiteur d'accomplir certains actes sous peine d'inopposabilité de droit (article 11 AUPCAP). Il ne pourra les accomplir qu'avec l'autorisation motivée du président de la juridiction. Il lui est en particulier interdit :

- de payer les créances visées par la décision de suspension des poursuites individuelles,
- de faire des actes de disposition étrangers à l'exploitation normale de l'entreprise,
- de consentir des sûretés,
- de désintéresser les cautions qui ont payé les créances antérieures à la décision de suspension.

Il s'agit, dans ces différentes hypothèses, d'éviter que l'égalité entre les créanciers antérieurs, notamment ceux concernés par la suspension des poursuites, soit rompue du fait du débiteur lui-même et qu'il ne perde de vue l'objet de la procédure - cela est surtout vrai pour l'interdiction des actes de disposition. Seulement, le problème va se poser de déterminer les personnes à l'égard desquelles les actes seront déclarés inopposables. Contrairement aux inopposabilités de la période suspecte qui profitent à la masse constituée dès le jugement d'ouverture, il faut savoir ici si les créanciers pris individuellement peuvent se prévaloir de l'inopposabilité. Si oui, s'agira-t-il de tous les créanciers antérieurs ou seulement des créanciers visés dans la décision de suspension ? Il aurait été préférable de décider plutôt de la nullité de ces actes.

Hormis ces cas d'inopposabilité, la décision de suspension ne porte pas substantiellement atteinte aux pouvoirs de gestion du débiteur. Il n'a pas besoin d'une autorisation particulière pour accomplir les actes en dehors de ceux soumis à autorisation. Il faut également ajouter qu'aux termes de l'article 10 AUPCAP, la décision de suspension n'emporte pas arrêt du cours des intérêts légaux, conventionnels, moratoires. Ceux-ci continuent à courir mais, ils ne sont pas exigibles.

57. À l'issue de l'examen de la situation du débiteur, plusieurs solutions sont possibles pour le tribunal. L'article 15 AUPCAP prévoit trois hypothèses :

- la situation est grave mais non irrémédiable, le règlement préventif sera prononcé et un plan de redressement mis en place ;
- la situation est plus grave que prévue et il y a cessation des paiements, le tribunal se trouvera dans l'obligation de prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens suivant que le débiteur peut ou non proposer un concordat sérieux ;
- les difficultés ne sont pas telles qu'un plan de redressement soit nécessaire, le débiteur va devoir lui-même résoudre ces difficultés sans le secours du tribunal. Il pourra toujours demander des délais de paiement dans les termes du droit commun.

(Lire également sur l'issue de la procédure, GOMEZ (J.R.), OHADA, Entreprises en difficulté, p. 41, n° 19 et sv.)

B - Jugement d'ouverture du redressement judiciaire et de la liquidation des biens.

58. Pour que le tribunal ouvre l'une ou l'autre procédure, il faut en plus de la réunion des conditions, qu'il soit saisi. Quelle que soit la manière dont le tribunal est saisi, il doit prononcer un jugement marquant le début de la procédure.

I - Saisine du tribunal

59. L'Acte uniforme ne prévoit pas les mêmes modes de saisine suivant qu'il s'agit du règlement préventif ou du redressement judiciaire et de la liquidation des biens. Trois modes de saisine sont possibles ici : la déclaration du débiteur, l'assignation des créanciers et la saisine d'office. Le droit français y a ajouté la saisine par le ministère public (art. L.631-5 al. 1 ; L.640 - 4. al. 1).

a - Déclaration du débiteur

60. La déclaration du débiteur aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens n'est pas une simple faculté comme pour la requête aux fins de règlement préventif mais une obligation imposée au débiteur et qui est enfermée dans des délais. L'article 25 AUPCAP dispose : « le débiteur (doit) faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ». La déclaration doit être faite dans les trente jours de la cessation des paiements (comparer avec le droit français où ce délai est de 45 jours). Elle est accompagnée de divers documents ainsi que d'une offre de concordat. La liste des documents est donnée par l'article 26 AUPCAP. Il s'agit : d'un extrait de l'immatriculation au RCCM, des états financiers de synthèse, de l'état chiffré des créances et dettes, de l'état des sûretés réelles et personnelles, de l'inventaire, de la liste des travailleurs, du montant du chiffre d'affaires et des bénéfices réalisés, des noms et adresses des représentants du personnel, et enfin, pour les personnes morales, de la liste des membres solidairement responsables. Tous ces documents sont destinés à éclairer le tribunal sur la situation juridique, financière et sociale de l'entreprise.

Le débiteur qui ne fait pas la déclaration dans les délais peut encourir la sanction civile de faillite personnelle prévue par l'article 198 AUPCAP. Il peut également, sur le plan pénal, être déclaré coupable de banqueroute simple aux termes de l'article 228-3° AUPCAP. Le droit français a supprimé ces sanctions contre le débiteur « retardataire ». Le non-respect de ce délai n'est plus sanctionné, depuis la réforme de 2005, que par une interdiction de gérer qui peut être prononcée par le juge. Ces sanctions se justifient. Lorsque survient la cessation des paiements, il ne faut plus laisser la situation se dégrader et admettre

la naissance de nouvelles créances qui ne pourront pas, de toutes les façons être payées. Mais dans la pratique, beaucoup de commerçants en état de cessation des paiements repoussent le plus longtemps possible le moment du dépôt de bilan ou se refusent à le faire. Plus qu'une formalité, il s'agit de l'aveu de leur situation. Mais « les motifs ne sont pas toujours égoïstes. Beaucoup de chefs d'entreprises espèrent (...) un retour à meilleure fortune » (POCANAM, (M.), *Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo, Penant*, n° 812, 1993, p. 189 et sv.).

L'obligation de déclaration pèse aussi bien sur le débiteur dont la situation est régulière que sur celui qui est en situation irrégulière par exemple parce qu'il exerce une activité en violation d'une interdiction ou d'une déchéance.

61. Lorsqu'il s'agit d'une personne morale, le problème peut se poser de savoir quel est l'organe compétent pour procéder à la déclaration, et s'il faut ou non que cet organe dispose d'une autorisation à cet effet. La difficulté vient de ce que la cessation de paiement est une situation grave qui peut entraîner des conséquences irréversibles. L'article 3 de la loi de 1889 était plus précis sur cette question lorsqu'il disposait qu'« En cas de cessation des paiements d'une société en nom collectif ou en commandite, la requête [...] est signée par celui ou ceux des associés ayant la signature sociale [...] (pour) une société anonyme, la requête est signée par le directeur ou l'administrateur qui en remplit les fonctions ».

Lorsque la procédure est ouverte contre des personnes décédées, la requête est faite par les héritiers (art. 30 al. 3 AUPCAP) à condition qu'elle intervienne dans un délai d'un an à compter de la date de décès.

b - Assignation des créanciers

62. Les créanciers peuvent aussi prendre l'initiative, individuellement ou collectivement, de l'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens. C'est ce que prévoit l'article 28 AUPCAP. L'assignation suppose une créance certaine, liquide et exigible dont le créancier doit préciser le montant, la nature et le titre sur lequel elle se fonde. Peu importe qu'elle soit civile ou commerciale. C'est une condition classique. Pour certains auteurs, il n'est pas nécessaire que la créance soit exigible, sauf que, dans ce cas, le créancier doit prouver le non-paiement d'autres créances que la sienne pour justifier du bien fondé de l'ouverture d'une procédure.

En demandant l'ouverture d'une procédure collective contre son débiteur, le créancier ne fait qu'exercer un droit. Cette demande s'apparente pour certains (GUYON, (Y.), *op. cit.*, n° 1132, POCANAM, (M.), *op. cit.*, *not. p.* 204.) à l'exercice d'une action oblique. Mais, en même temps, il s'agit d'un acte grave qui ne doit pas constituer un moyen de pression pour les créanciers (MESTRE (J.), *Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance, Études offertes à RAYNAUD, Paris, 1986, p. 139.*). Ceux-ci ne doivent donc pas commettre un abus de droit ou agir

avec mauvaise foi. En pratique, comme pour la déclaration d'office, le droit d'assignation des créanciers n'est pas systématiquement mis en œuvre. Il faut que le créancier ait un intérêt personnel à demander l'ouverture d'une procédure collective contre son débiteur. Or tel n'est pas souvent le cas ; ou le créancier s'est fait accorder des garanties solides que l'ouverture de la procédure risque de « menacer », ou alors il est simple chirographaire et titulaire d'une créance peu importante, auquel cas, s'il demande l'ouverture de la procédure, celle-ci profitera d'abord aux créanciers mieux placés.

c - Saisine d'office

63. L'Acte uniforme tout en retenant cette solution classique apporte cependant des aménagements notables quant aux sources d'informations du tribunal. En effet, l'article 29 AUPCAP qui prévoit cette hypothèse de saisine énumère en même temps quelques sources d'informations qui peuvent permettre au tribunal de se saisir : informations par les commissaires aux comptes, les associés, les représentants du personnel. Mais l'emploi de l'adjectif « notamment » signifie que l'énumération est loin d'être limitative et que le tribunal peut toujours décider d'ouvrir une procédure s'il dispose d'informations suffisantes. Il existe d'ailleurs des cas où la saisine du tribunal est indirecte. Par exemple lorsque la déclaration ou l'assignation est atteinte d'un vice de forme ou que le débiteur se rétracte après la déclaration de cessation des paiements, le tribunal peut décider de se saisir. De même, à la suite d'une action en paiement exercée contre le débiteur, le tribunal peut décider d'ouvrir une procédure.

La saisine d'office impose cependant certaines obligations au tribunal contrairement aux autres modes de saisine, afin d'assurer le respect des droits de la défense. En effet, le débiteur doit être convoqué et entendu en audience non publique. Le président l'informe des faits qui justifient sa saisine et reçoit de lui des explications. Le débiteur peut, à cette occasion, passer aux aveux et reconnaître qu'il est en état de cessation des paiements. Dans ce cas, il lui est accordé un délai d'un mois pour faire des propositions de concordat (art. 29 AUPCAP).

La saisine d'office reconnue au tribunal lui permet d'intervenir par exemple dans les cas d'urgence

ou lorsque les créanciers se montrent complaisants ou simplement négligents.

II - Prononcé du jugement

64. Le redressement judiciaire et la liquidation des biens sont prononcés par le tribunal en audience publique. Le prononcé du jugement n'est en principe précédé d'aucune mesure préalable obligatoire. Le tribunal n'est tenu de procéder ni à des enquêtes ni à des auditions. Pour ce qui est des enquêtes, l'article 32 AUPCAP prévoit simplement

la possibilité pour le tribunal de désigner un juge ou toute personne qualifiée, à charge de dresser un rapport sur la situation et les agissements du débiteur ainsi que sur ses propositions de concordat. On peut se demander s'il n'aurait pas été plus simple de prévoir la désignation d'un expert comme en cas de règlement préventif. Quant aux auditions, elles n'ont pas été prévues même à titre facultatif dans les procédures de redressement et de liquidation. Elles sont obligatoires seulement dans l'hypothèse d'ouverture par saisine d'office telle que précédemment étudiée. L'objectif de sauvegarde de l'entreprise qui ressort de la philosophie générale de l'Acte uniforme aurait justifié que soient prévues les auditions préalables de toutes les personnes intéressées par le redressement c'est-à-dire principalement le débiteur et les représentants du personnel. Aussi bien dans la loi française du 25 janvier 1985 que dans le cadre de la réforme de 2005, il est prévu que le tribunal ne peut statuer sans avoir entendu au préalable le débiteur et les représentants du comité d'entreprise et, à défaut, les délégués du personnel.

Il convient de s'interroger sur la nature de ce jugement avant de déterminer son contenu.

a - Nature du jugement

65. Il s'agit de se demander si le jugement qui est prononcé est un jugement déclaratif comme dans la législation ancienne ou s'il s'agit plutôt d'un jugement constitutif. En effet, la rédaction de l'article 32 AUPCAP est lacunaire. Il en ressort simplement que le jugement « ne peut résulter que d'une décision de la juridiction compétente ».

(Comparer en droit français où certains auteurs estimaient que, sous l'empire de la loi de 1985, le jugement était « constitutif car il crée un état de droit nouveau opposable à tous » alors que dans la législation de 1967, il s'agissait d'un jugement déclaratif qui « se limitait à constater un état de fait préexistant, en l'occurrence la cessation des paiements » (BONNARD, (J.), Droit des entreprises en difficulté, Hachette, Supérieur, 2^e éd., 2003, p. 49).

b - Contenu du jugement

66. Relativement au contenu même du jugement, on peut dire que si le tribunal constate la réunion des conditions de la cessation des paiements, il doit fixer la date de celle-ci ; ensuite, il prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens suivant les cas et met en place les organes de la procédure.

1 - Fixation de la date de cessation des paiements

67. Comme dans la législation antérieure, il appartient au tribunal lors du jugement d'ouverture, de fixer la date de la cessation des paiements. C'est ce qui ressort de l'article 34 AUPCAP. Mais l'Acte Uniforme marque sur

ce point quelques innovations. Il apparaît désormais que, d'une part la date fixée par le tribunal a un caractère provisoire et que d'autre part, cette date ne peut être antérieure de plus de dix-huit mois au prononcé du jugement. (Voir entrée : Cessation des paiements)

2 - Choix de la procédure applicable

68. Le tribunal peut prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens mais sa décision n'est pas totalement libre. En effet, il « prononce le redressement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur a proposé un concordat sérieux ». L'offre de concordat qui doit être déposée par le débiteur est donc l'élément déterminant du choix de la procédure. Mais, au moment où le tribunal statue, il ne s'agit encore que des propositions. Il faut apprécier si globalement celles-ci peuvent aboutir à un vrai concordat. Sont prises en compte pour cela la situation financière du débiteur et ses possibilités de redressement.

Le choix de la procédure de liquidation des biens signifie en conséquence que le concordat a été jugé impossible et cette solution est irréversible sauf évidemment la possibilité de l'appel reconnu au débiteur par l'article 33 al. 3 AUPCAP. Par contre, le tribunal a toujours la faculté de convertir le redressement judiciaire en liquidation des biens si le concordat ne paraît plus réalisable.

3 - Mise en place des organes de la procédure

69. Le juge doit, en même qu'il prononce l'ouverture de la procédure, nommer un juge-commissaire parmi les juges de la juridiction et désigner un syndic. Il pourra également désigner des contrôleurs (voir : organes des procédures collectives).

III - Publicité du jugement

70. Cette publicité est nécessaire puisque les procédures collectives produisent des effets opposables à tous. Les créanciers et les tiers doivent savoir que le débiteur et son patrimoine sont soumis à diverses restrictions.

Le prononcé du jugement en audience publique constitue une première mesure de publicité, mais des mesures spécifiques sont prévues qui sont en principe obligatoires et exceptionnellement facultatives.

d - Mention du jugement au RCCM

71. La première mesure obligatoire est la mention du jugement au registre du commerce et du crédit mobilier. Elle est prévue par l'article 36 al.1. (Sur l'organisation du registre du commerce et du crédit mobilier, voir L'Acte uniforme portant droit commercial général, articles 20 et sv.). Ainsi, toute personne qui le désire, pourra demander et obtenir un extrait

d'immatriculation qui lui permettra de s'assurer de la situation du débiteur. Dans l'hypothèse où le débiteur est une personne morale de droit privé non soumise par conséquent à l'immatriculation, l'Acte a prévu une procédure particulière de publicité au registre.

e. Publication du jugement dans un journal d'annonces légales

72. La seconde mesure obligatoire est la publication du jugement avec certaines mentions précisées à l'art. 36 al. 2 de l'AUPCAP dans un journal d'annonces légales du lieu du tribunal et du lieu où le débiteur a ses principaux établissements.

f - Insertion des extraits du jugement au journal officiel

73. C'est la troisième mesure et elle est également une mesure facultative. Le jugement d'ouverture doit faire l'objet d'insertion par extraits au journal officiel dans les quinze jours de son prononcé (art. 37 AUPCAP). Le caractère facultatif signifie que cette mesure n'est pas nécessaire si la précédente a été effectuée. Le caractère facultatif de l'insertion au journal officiel qui constitue en principe la source d'information légale par excellence peut paraître paradoxal. Pourtant, cette solution traduit la prise en compte par le législateur communautaire du mauvais fonctionnement du journal officiel (parution irrégulière, difficultés de se le procurer) dans la plupart des États de l'OHADA.

La multiplication des mesures de publicité permet que le public visé soit largement informé.

Toutes les mesures de publicité incombent au greffier sous la surveillance du syndic qui peut en cas de défaillance y procéder lui-même. L'accomplissement de ces formalités fait courir les délais, en particulier le délai de déclaration des créances.

74. Le jugement d'ouverture d'une procédure collective est susceptible de voies de recours comme toutes les autres décisions rendues dans le cadre de la procédure : voies de recours en matière de procédures collectives.

Chapitre III : Voies de recours en matière de procédures collectives

75. Deux séries de dispositions sont consacrées aux voies de recours dans l'AUPCAP. La première série est constituée par le chapitre III du Titre I sur le règlement préventif à savoir les articles 22 à 24. Ce chapitre est réservé aux voies de recours dans le règlement préventif. La deuxième série est constituée par le Titre IV de

l'AUPCAP consacré aux voies de recours en matière de redressement judiciaire et de liquidation des biens. Il s'agit des articles 216 et sv.

L'idée qui sous-tend l'exercice des différentes voies de recours est qu'en matière de procédures collectives, ces voies de recours sont pour la plupart, mises en œuvre dans des conditions qui dérogent au droit commun en la matière. C'est en ce sens qu'un auteur a pu dire que « Le droit des procédures collectives malmène quelque peu les principes du droit commun de la procédure civile dans le but d'assurer le déroulement rapide de la procédure » (COQUELET, (M-L.), p. 99, n° 155).

Il convient d'abord d'examiner les caractères généraux des voies de recours dans les procédures collectives avant d'examiner les voies de recours contre les décisions du tribunal et les voies de recours contre les décisions des autres organes de la procédure.

Section 1 - Traits généraux des voies de recours en matière de procédures collectives

Au principe de l'exécution provisoire des décisions en matière de procédure collective, s'ajoute le régime restrictif des voies de recours.

§1 - Principe de l'exécution provisoire des décisions

76. L'article 217 de l'AUPCAP dispose : « les décisions rendues en matière de redressement judiciaire et de liquidation des biens sont exécutoires par provision ». Cette solution est traditionnelle. Elle signifie que les voies de recours n'ont pas d'effet suspensif et que tous les jugements et ordonnances rendus relativement à ces procédures produisent leurs effets avant l'expiration des délais de recours et même lorsque les recours sont exercés.

Le but de l'exécution provisoire est de lutter contre les procédures dilatoires qui pourraient avoir des conséquences graves sur la situation du débiteur déjà en proie à des difficultés.

§2 - Régime restrictif des voies de recours

77. Le régime des voies de recours contre les décisions rendues en matière de procédures collectives déroge significativement aux règles généralement applicables en la matière.

Les dérogations au droit commun s'observent à plusieurs niveaux.

– D'abord, la brièveté des délais d'exercice des voies de recours. Certaines voies de recours doivent être exercées dans des délais relativement brefs. Le délai d'opposition et le délai d'appel sont de quinze jours (articles 219 et 220 AUPCAP). Cette brièveté contribue à assurer la célérité des procédures, mais

également une réduction des coûts des procédures (LIENHARD, (A.), *op. cit.*, p. 375). Il est vrai que le respect de ces délais est, dans la pratique assez difficile. (*Lire en ce sens : TEPPI KOLLOKO, (F.), Les délais en matière de procédures collectives, mémoire de DEA, Université de Dschang, 2007*).

- Ensuite, la limitation du droit à l'exercice des voies de recours. Suivant les différentes procédures et en fonction de l'étape de la procédure, le droit de recours est différemment ouvert. Ex : en matière de faillite personnelle, seul le représentant du ministère public peut faire appel de la décision rendue, dans les quinze jours suivant l'avis reçu du greffier et l'informant de la décision. Le débiteur et les dirigeants peuvent également faire appel des décisions prononçant des sanctions contre eux (art. 223 AUPCAP).
- La limitation des types de voies de recours : même lorsqu'il est possible de remettre en cause une décision, toutes les voies de recours ne sont pas ouvertes à toutes les personnes.

Lorsqu'aucune dérogation n'est apportée à l'exercice d'une voie de recours, les règles de droit commun devraient s'appliquer. C'est le cas lorsque l'Acte uniforme ne désigne pas les personnes ayant qualité pour faire appel d'une décision. C'est à bon droit que les juges décident donc qu'en application de la jurisprudence constante, les créanciers poursuivants peuvent faire appel d'une décision de redressement judiciaire ou de liquidation des biens (Voir en ce sens : Cour d'Appel de Ouagadougou, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 39 du 05 avril 2005, SONABHY c/liquidation judiciaire TAGUI, obs. ISSA-SAYEGH, (J.), *ohadata J-04-14*, répertoire quinquennal, précité, p. 488, n° 11).

Plusieurs voies de recours sont possibles. On peut distinguer les voies de recours contre le jugement d'ouverture lui-même et les voies de recours contre les autres décisions prises à l'occasion du jugement d'ouverture.

Section 2 - Voies de recours contre les décisions rendues par le tribunal

78. Les procédures collectives présentent cette particularité qu'un même jugement est soumis à des régimes différents quant aux voies de recours applicables en fonction de l'élément du jugement qui est en cause. Il faut distinguer selon qu'il s'agit des décisions qui ouvrent la procédure ou des décisions prises à l'occasion de la décision d'ouverture ou au cours de la procédure.

§1 - Voies de recours contre les décisions d'ouverture de la procédure

79. Il faut distinguer selon qu'il s'agit du règlement préventif ou de redressement judiciaire et de la liquidation des biens.

S'agissant du règlement préventif, la décision de suspension des poursuites individuelles, qui peut être considérée comme la décision qui marque l'ouverture du règlement préventif, n'est susceptible d'aucune voie de recours conformément à l'article 22 AUPCAP.

Pour ce qui est du redressement judiciaire et de la liquidation des biens, la loi reconnaît au débiteur le droit de faire appel contre le jugement prononçant le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. Il s'agit d'un droit personnel qu'il peut mettre en œuvre même sans l'assistance du syndic. C'est ce que le juge a décidé dans une affaire (*CA de Dakar, Chambre civile et commerciale, arrêt du 21 novembre 2002, Ets N.F. et fils et P.C.S. c/sté MIDEX, ROZENBLIT et al., ohadata J-03-85; Répertoire quinquennal précité, p. 488-489, n° 12*).

Le jugement d'ouverture est susceptible d'appel. L'article 33 AUPCAP n'en précise pourtant pas le délai et il faut pour cela s'en référer aux dispositions communes dont il ressort que l'appel doit être exercé dans un délai de quinze jours à compter du prononcé du jugement. La juridiction doit se prononcer sur cet appel dans le mois (*TEPPI KOLLOKO (F.), Les délais en matière de procédure collective, mémoire de DEA, Université de Dschang*).

§2 - Voies de recours contre les autres décisions du tribunal

80. Le jugement ou la décision d'ouverture d'une procédure collective donne lieu à plusieurs autres mesures telles que la nomination des organes de procédure ou certaines interdictions imposées au débiteur.

Les mesures prises à l'occasion du règlement préventif ne peuvent faire l'objet que d'appel et celui-ci doit être exercé dans le délai de quinze jours suivant leur prononcé (art. 23 AUPCAP). Dans le cas spécifique des décisions interdisant l'accomplissement de certains actes (interdictions des paiements des créanciers antérieures, interdiction des actes de disposition ou des constitutions de sûretés par exemple), il est possible de former une opposition dans le délai de huit jours (article 24 AUPCAP).

Lorsqu'elles sont prises dans le cadre du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, l'article 216-1° AUPCAP prévoit que, ces décisions ne sont susceptibles ni d'opposition ni d'appel. C'est le cas pour les décisions relatives à la désignation des organes de la procédure, des décisions par lesquelles le juge statue sur les recours contre les ordonnances du juge-commissaire, de la décision par laquelle le juge statue sur les décisions autorisant ou refusant les licenciements, de la décision par laquelle le juge autorise la continuation de l'activité dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens (article 113).

Cette restriction s'explique par le fait que certaines mesures à l'exemple de la désignation des organes relèvent plus de l'administration de la justice que du contentieux classique du tribunal.

Section 3 - Voies de recours contre les décisions des organes de la procédure

Il s'agit principalement des décisions prises par le juge-commissaire et le président du tribunal qui sont les seuls organes judiciaires des procédures collectives, à côté du tribunal.

§1 - Recours contre les décisions du président du tribunal

Le président du tribunal n'est pas un organe expressément prévu par les textes. Il n'a pas un statut particulier comme le juge-commissaire, mais l'Acte uniforme lui reconnaît certaines attributions particulières dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens telles que la désignation des personnes habilités à faire le rapport sur la situation du débiteur.

Il joue surtout un rôle dans la procédure de règlement préventif. Les articles 22 à 24 de l'AUPCAP organisent les voies de recours contre les décisions prises dans cette procédure. Ainsi, les décisions rendues en matière de règlement préventif, à l'exception de la décision de suspension des poursuites individuelles sont susceptibles uniquement de l'appel. Celui-ci doit être exercé dans le délai de quinze jours suivant le prononcé de la décision. Il n'a pas d'effet suspensif.

§2 - Recours contre les décisions du juge-commissaire

82. Dans le cadre des procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens (le juge-commissaire ne prend aucune décision dans le règlement préventif même lorsqu'il y intervient), le juge-commissaire prend des décisions susceptibles d'être contestées et donc de donner lieu à la mise en œuvre de voies de recours.

Les décisions prises par le juge-commissaire sont des ordonnances. Ces ordonnances ne suivent pas le même sort suivant les cas. Elles peuvent être rendues soit en dernier ressort ou être susceptibles d'opposition. Dans le premier cas, aucun recours n'est possible contre la mesure prise. Dans le second cas, une voie de recours spécifique est ouverte qui est celle de l'opposition. Elle peut être formée contre les décisions par lesquelles le juge-commissaire statue sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence. Aux termes de l'article 40 AUPCAP : l'opposition est formée par simple déclaration au greffe dans les huit jours qui suivent le dépôt de l'ordonnance au greffe ou sa notification. Il ne s'agit pas de l'opposition au sens traditionnel mais bien d'une voie de recours *suus generis*. La CCJA s'est prononcée, dans un arrêt de 2008 sur les conditions dans lesquelles l'opposition peut être formée contre une ordonnance du juge-commissaire (*voir en ce sens, -CCJA, arrêt n° 007/2008 du 28 février 2008, SFIC SA c/Liquidation Banque Méridien BIAO Cameroun in Les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, sous la direction de POUYOUÉ (P.G.), KUATE TAMEGHE (S.S.), Paris, L'Harmattan, 2010, observation SOH FOGNO (D.R.), p. 273-286*).

L'article 42 AUPCAP prévoit que l'opposition peut être également formée contre les décisions de révocation des syndics dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article 40 AUPCAP. Par contre, l'opposition, au sens classique, ne peut être exercée contre cette même décision (article 216 AUPCAP).

Pour certaines décisions, une procédure particulière de recours est prévue : pour les licenciements, la décision qui autorise ou refuse les licenciements est susceptible d'opposition dans les 15 jours de sa signification devant la juridiction ayant ouvert la procédure et la décision de cette juridiction est susceptible d'appel (art. 111 AUPCAP).

Yvette Rachel KALIEU ELONGO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

C

Cessation des paiements 67
Commerçant
- (non) 24, 25, 29, 30
- Personne morale 28
- Personne physique 13 et s.

L

Liquidation des biens 9, 10 58 et s.

P

Personnalité morale 34, 35
Procédures collectives
- Caractères 1
- Critères d'ouverture 11 et s.
- Typologie 2 à 10
- Voies de recours 75 et s.

R

Redressement judiciaire 8, 58, et s.
Règlement préventif
- Décision d'ouverture 50 à 57
- Difficultés 37 et s.
- Intérêt 7
- Personnes concernées 6
- Procédure 5, 6

NOTION DE SOCIÉTÉ COMMERCIALE

Table des matières

Introduction n° 1 - 3

§1 - La définition de la société commerciale n° 4

A - À partir de ses éléments fondamentaux n° 5

I - Apports n° 6

a - Apport en numéraire n° 7 - 8

b - Apport en nature n° 9 - 15

c - Apport en industrie n° 16 - 18

II - Partage des bénéficiaires, économies et pertes n° 19 - 22

III - Affectio societatis n° 23 - 25

B - Au regard de sa nature n° 26

I - Société commerciale : contrat ou institution n° 27 - 30

II - Société commerciale : société ou entreprise n° 31

III - Société commerciale : entité juridique n° 32 - 34

§2 - Critère de commercialité : élément de distinction de la société commerciale d'avec les notions voisines n° 35

A - Société commerciale et association n° 36 - 41

B - Société commerciale et société coopérative n° 42

I - Principe de la variabilité du capital n° 43

II - Principe altruiste n° 44

III - Principe démocratique n° 45 - 46

C - Société commerciale et société civile n° 47 - 53

Conclusion n° 54

Bibliographie

- AKAM AKAM (A.), Les mutations juridiques dans le système OHADA, L'Harmattan, Cameroun, 2009, 262 pages.
- ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.-G.), SAMB (M.), OHADA, *Sociétés commerciales et G.I.E.*, Bruylant, Collection Droit uniforme africain, Juriscope, 2002, 589 pages.
- ISSA-SAYEGH (J.), POUGOUÉ (P.-G.), SAWADOGO (F. M.), OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2^e édition, Juriscope, 2002, 953 pages.
- MOUTHIEU NJANDEU (M.A.), L'intérêt social en droit des sociétés, L'Harmattan, Paris, 2009, 420 pages.
- NYAMA (J.-M.), *Éléments de droit des affaires*, Cameroun-OHADA, Collection Apprendre, Presses de l'UCAC, 2001, 266 pages.
- POUGOUÉ (P.-G.), KUATE TAMEGHE (S.S.), Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, L'Harmattan, Paris, 2010, 692 pages.
- POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.), NGUEBOU (J.), *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, OHADA, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé, 1998, 330 pages.

Introduction

1. Depuis l'antiquité, les sociétés commerciales n'ont cessé d'être l'instrument juridique privilégié des entrepreneurs dans l'exercice de leur activité. Leur développement est allé de pair avec celui des découvertes et des progrès industriels ou scientifiques (*ainsi, le développement du machinisme industriel au XIX^e siècle s'est accompagné de la naissance de ce formidable instrument du capitalisme qu'est la société anonyme selon RIPERT (G.), Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 2^e éd., 1951, p. 109*). La société est devenue l'outil par excellence du progrès économique (MOUTHIEU NJANDEU (M.A.), *La protection de la société commerciale en droit OHADA, in Les mutations juridiques dans le système OHADA, sous la Direction de AKAM AKAM (A.), L'Harmattan, Cameroun, 2009,*

p. 229 ; MAGNIER (V.), Droit des sociétés, Cours, Dalloz, 2002, p. 1).

Une première raison tient aux motivations économiques : la société est le moyen de réunir des capitaux au besoin par la technique de concentration (*qui trouve son aboutissement dans la constitution de puissants groupes de sociétés*), de les accroître et d'offrir ainsi une capacité financière suffisante pour inspirer confiance ; ce qui lui donne également la possibilité d'obtenir plus facilement du crédit auprès des établissements bancaires et financiers (généralement, les garanties offertes par la société sont plus importantes que celles que fournirait par exemple un commerçant individuel ; en plus, dans les sociétés à responsabilité illimitée, les créanciers peuvent en cas de faillite de la société, se faire payer sur le patrimoine personnel des associés).

Les motivations juridiques sont d'ordre patrimonial, fiscal ou social. Ainsi, la société est-elle un moyen pour

l'entrepreneur d'affecter une certaine partie de ses biens à ses affaires en mettant à l'abri sa fortune personnelle : cela est surtout vrai pour les sociétés dans lesquelles la responsabilité des associés est limitée. Alors que dans le cadre d'une entreprise individuelle, le décès du commerçant entraîne la disparition de l'exploitation, qui tombe en indivision et dont la gestion est plus difficile à organiser. La société survit à ses fondateurs : soit parce que les associés en ont décidé ainsi à travers les clauses statutaires, soit parce que la continuation de la société ne dépend pas des personnes qui la composent (*c'est le cas d'une société anonyme et même d'une société à responsabilité limitée dans laquelle la personnalité des associés ne joue pratiquement aucun rôle ; la société peut en effet continuer avec les héritiers auxquels ont été attribuées les actions de la SA ou les parts de la SARL dont le défunt était titulaire : Voir MERLE (P.), Droit commercial, Sociétés commerciales, 9^e éd., Dalloz, 2003, p. 5).*

2. La société est aussi le moyen de transmettre une entreprise d'une manière moins onéreuse et plus simple. En effet, cette transmission s'opère par la cession des parts sociales ou d'actions à des conditions fiscales avantageuses par rapport à celles d'autres biens, comme le fonds de commerce (*dans ce sens, l'article 341 (1) 1^o du Code général des impôts prévoit que sont soumises au taux élevé ou au taux intermédiaire, « les mutations à titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèle... » tandis que l'article 343 (2) du même texte dispose que sont soumises au taux réduit « les cessions d'actions, de parts et d'obligations de sociétés commerciales... »*). En outre, l'entreprise en société peut être soumise à l'impôt sur les sociétés dont le régime est souvent avantageux pour les associés (*l'impôt sur les sociétés porte sur l'ensemble des bénéfices ou revenus réalisés par les sociétés et autres personnes morales : (Voir article 2 du Code général des impôts) alors que l'impôt sur le revenu des personnes physiques est assis sur le revenu global net réalisé par celles-ci ; ce dernier correspond à la somme des revenus nets catégoriels ci-après : les traitements, salaires, pensions et rentes viagères ; les revenus de capitaux mobiliers ; les revenus fonciers ; les bénéfices des activités artisanales, industrielles et commerciales ; les bénéfices des exploitations agricoles ; les bénéfices des professions non commerciales et assimilées*). Enfin, les dirigeants de sociétés peuvent bénéficier, sous certaines conditions, d'abattements fiscaux octroyés aux salariés et pour la plupart d'entre eux, le statut social avantageux de salarié leur est applicable (*d'après l'article 29 du Code général des impôts, « l'assiette de l'impôt sur le revenu des personnes physiques est constituée par la somme des différents revenus nets catégoriels, dont dispose le contribuable au titre d'une année d'imposition, majorée le cas échéant, des bénéfices de toutes opérations lucratives auxquelles il se livre, après abattement d'un montant forfaitaire de 500 000 francs CFA »*).

3. L'évolution vers la reconnaissance de la notion de société s'est faite progressivement et le recours à la société commerciale connaît un essor prodigieux car avec la concentration des capitaux, vont naître de grandes entreprises souvent trop puissantes et débordant généralement le cadre national (*on peut relever que le développement des sociétés est cependant moins marqué dans les pays dits en développement. En effet, les capitaux privés susceptibles d'être placés en société sont plutôt rares, et cette rareté se répercute sur l'existence de grandes sociétés privées. C'est dire que plus fréquemment, on y rencontre des sociétés dont le capital est partagé par des investisseurs nationaux et étrangers, ou investi par l'État seul ou avec des investisseurs nationaux et/ou étrangers : Voir ANOUKAHA (F.), Cisse (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.-G.), SAMB (M.), OHADA Sociétés commerciales et G.I.E., Bruylant, Collection Droit uniforme, Juriscope, 2002, n^o 3, p. 2).* Toutefois, l'appréhension de cette entité juridico-économique qu'est la société commerciale (*Voir MOUTHIEU NJANDEU (M.A.), L'intérêt social en droit des sociétés, L'Harmattan, Paris, 2009*) commande de se pencher sur la définition de la notion d'une part (I) et sur sa circonscription juridique d'autre part (II).

§1 - La définition de la société commerciale

4. Aux termes de l'article 4, alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCG) « *la société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme* ». Le deuxième alinéa de l'article 4 précise en outre que « *la société doit être créée dans l'intérêt commun des associés* ». Si on peut appréhender la société commerciale à partir de ses éléments fondamentaux (A), une définition complète de la notion commande de la saisir également au regard de sa nature juridique (B).

A - À partir de ses éléments fondamentaux

5. La société commerciale se particularise par trois éléments essentiels contenus dans sa définition telle qu'elle résulte de l'article 4. Il s'agit de l'affectation à une activité des biens (I), du partage des bénéfices ou du profit de l'économie voire des pertes qui pourront en résulter (II) et l'esprit d'équipe auquel renvoie l'intérêt commun des associés, qui rejoint l'exigence de l'affectio societatis, dans le contrat de société (III).

I - Apports

6. L'apport est un bien qu'un associé s'engage à mettre la disposition de la société en vue d'une exploitation commune. Par l'acte d'apport, les associés scellent le pacte social et rendent également possible l'accomplissement du but lucratif. Chaque associé est tenu de faire un apport, car celui-ci représente la mesure de son engagement envers la société (en lui conférant des titres sociaux : OHADATA J-02-34, jugement du tribunal régional de Niamey, n° 214 du 17/05/2000) tout comme le total des apports donne la mesure du capital social, lequel est un instrument essentiel du fonctionnement sociétaire. L'on comprend que la société soit annulable en cas d'absence d'apport ou d'apport fictif (à vrai dire, le défaut d'apport ne se rencontre jamais à l'état pur. On fait face en revanche à des apports fictifs, dénués de toute valeur pécuniaire et de toute utilité ; il en est ainsi de l'apport d'un brevet nul ou périmé, d'une créance sur un débiteur insolvable ou encore d'un fonds de commerce sans valeur, de l'apport par un mari des biens propres de son épouse (Voir sur la question de l'apport fictif, NJANDEU MOUTHIEU (M.A.), *Observations sous CCJA, arrêt n° 018/2005, 31 mars 2005, Société Afrique construction et financement dite Africof et Monsieur Z. c/Société générale de banques en Côte d'Ivoire dite SGBCI in Les Grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, sous la direction de POUYOUÉ (P.G.) et KUATE TAMEGHE (S.S.), L'Harmattan, Paris, 2010, p. 179*). C'est dire que l'apport doit être effectif c'est-à-dire, de nature à procurer à la société un bien représentant une valeur certaine (OHADATA, J-04-64 ; C.S. Abidjan, 04/07/2002, arrêt n° 570/02, WAN KUL LEE c/Jean KUK HYUN, *Actualités juridiques* n° 39/2003, p. 12).

Il découle des dispositions de l'article 40 de l'AUSCG que les apports susceptibles d'être faits peuvent être en numéraire (a), en nature (b) et en industrie (c).

a - Apport en numéraire

7. L'apport en numéraire est un apport de somme d'argent (il ne doit pas être confondu avec la pratique de l'avance en compte courant d'associé qui est une sorte de dépôt à vue de l'associé au profit de la société ; ce dépôt est concrètement un prêt à la société et il peut même être constitué par une renonciation de l'associé à un droit tel que celui de percevoir des rémunérations dues ou des dividendes. L'associé agit alors seulement comme un créancier de la société et ne peut faire valoir que sa qualité de prêteur alors que dans l'apport en numéraire, l'associé reçoit en contrepartie des droits sociaux). L'apport souscrit doit être effectivement libéré (la jurisprudence affirme que le souscripteur est obligé de remettre les biens promis (non libérés), même après la dissolution de la société : Voir Trib. Civ. Cholet, 24 mars 1954, JCP 1954, II, 8279. À défaut, l'associé pourrait être poursuivi par un créan-

cier social qui pourrait lui réclamer sa « contribution » subsistante, c'est-à-dire la portion non libérée. En ce sens, DELGA (J.), *Le droit des sociétés*, Dalloz, 1998, p. 71). Cependant, il n'est pas nécessaire que la libération soit consécutive à la souscription. En effet, le souscripteur qui est déjà juridiquement un associé, bénéficie de titres sociaux non libérés qui peuvent même donner lieu à des dividendes (en ce sens, DELGA (J.), *op. cit.*, p. 71). Il faut distinguer la souscription de la libération de l'apport. La souscription correspond à l'engagement que celui qui désire faire partie de la société prend d'effectuer un apport d'un montant déterminé ; la libération correspond à l'exécution de cet engagement, c'est-à-dire le versement de la somme promise soit en une seule fois lors de la constitution de la société, soit en plusieurs fois selon les vœux des associés.

8. Les statuts fixent librement le pourcentage du capital à libérer lors de la souscription dans les sociétés de personnes (dans ces sociétés, les associés étant solidairement et indéfiniment tenus du passif social, les créanciers sociaux sont protégés). Mais le législateur a dû prévoir des dispositions impératives dans les autres formes de sociétés en vue de protéger les créanciers sociaux. D'après l'article 339 de l'AUSCG, dans la société anonyme, le quart au moins de la valeur nominale (c'est-à-dire la valeur théorique ; celle inscrite sur le titre) des actions doit être versé lors de la souscription. La libération du surplus doit intervenir dans un délai qui ne peut excéder trois ans à compter de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, selon les modalités définies par les statuts ou par une décision du conseil d'administration ou de l'administrateur général. Dans les sociétés à responsabilité limitée, on peut déduire des dispositions sur le dépôt des fonds et leur mise à disposition (articles 313 et suivants AUSCG) que les apports doivent être intégralement libérés dès la souscription (cette exigence se justifie par le fait que son capital social est généralement modique d'une part et qu'on ne peut prévoir la vente forcée des parts du défaillant d'autre part, puisque la société est dominée par l'intuitus personae : un acheteur pourrait ainsi entrer dans la société sans que les associés le désirent : Voir ANOUKAHA (F.), Cisse (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TUKAM (J.), POUYOUÉ (P.-G.), Samba (M.), *op. cit.*, n° 80, p. 54). En cas de retard dans la libération des apports, les sommes restant dues à la société portent de plein droit intérêt au taux légal à compter du jour où le versement devait être effectué (article 43 AUSCG). L'associé débiteur peut aussi être condamné par le tribunal à accorder à la société des dommages et intérêts complémentaires, destinés à réparer le préjudice qu'elle a pu éprouver à la suite de ce retard (il convient de relever que le droit des sociétés se montre en la matière plus draconien que le droit civil dans la mesure où la bonne ou la mauvaise foi du débiteur de l'apport promis et non libéré n'est pas prise en compte. Or, en droit civil, le débiteur de sommes d'argent ne doit les intérêts qu'à compter de

la mise en demeure et sa condamnation à réparer le préjudice causé par son retard n'est prononcée que s'il est reconnu de mauvaise foi : Voir POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.) sous l'article 43, in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, op. cit., p. 318). Il peut arriver que l'associé ne dispose pas d'une somme d'argent à verser dans la caisse sociale ; il pourra alors faire un apport en nature à la société s'il détient des biens.

b - Apport en nature

9. Aux termes de l'article 45 de l'AUSCG, « *les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits réels ou personnels correspondant aux biens apportés et par la mise à la disposition effective de la société des biens sur lesquels portent ces droits* ». Il s'agit de l'apport d'un bien autre que de l'argent ou une industrie. Ce peut être un bien corporel (immeuble, matériel...) ou incorporel (fonds de commerce, brevet d'invention, créance, marché...). Quant à sa mise à disposition, elle peut se faire en propriété ou en jouissance.

10. L'apport en propriété est assimilé à une aliénation à titre onéreux. Il est réalisé par le transfert à la société de la propriété des biens apportés et par la mise de ces biens à la disposition effective de la société. Ce transfert de propriété n'intervient qu'au jour de l'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier, c'est-à-dire dès qu'elle acquiert la personnalité juridique qui lui permet d'être titulaire autonome de droits et obligations. C'est dire que jusqu'à l'immatriculation de la société, le bien apporté reste dans le patrimoine de l'apporteur, qui doit en assurer la conservation et qui supporte les risques de sa disparition même si celle-ci intervient après la signature des statuts (en ce qui concerne les sociétés en participation et les sociétés créées de fait dépourvues de la personnalité morale, l'apport en propriété est exclu ; chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société).

11. Le transfert de propriété a pour conséquence que le bien apporté quitte le patrimoine de l'associé (Cass. req., 23 févr. 1891, S. 1892, I, p. 73, note MEYNIAL, en déduisant la nullité de l'hypothèque ultérieurement consentie par l'apporteur) pour gagner celui de la personne morale (CAMBASSEDES, *La nature et le régime juridique de l'opération d'apport*, Rev. Sociétés, 1976, n°s 24 et ss. p. 448). Cependant, cette aliénation ne revêt pas un caractère aussi définitif que celle résultant d'une vente dans la mesure où, lors de la liquidation de la société, l'associé a le droit de reprendre son apport, une fois les créanciers payés (exception faite de la société en participation).

Toutefois, l'article 46 de l'AUSCG dispose clairement que l'apporteur est alors garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur. En ce sens, l'apporteur

est tenu d'offrir à la société certaines garanties qui pèsent sur le vendeur à l'égard de l'acheteur : garantie d'éviction et garantie des vices cachés. Par ailleurs, l'apporteur en propriété peut, par cette opération, léser ses créanciers en diminuant leur gage général. Ceux-ci sont protégés par l'action paulienne si l'apport a été fait pour soustraire le bien à leur poursuite (*article 1167 du Code civil : mais en ce cas, il leur faut prouver la fraude de l'apporteur et celle des coassociés qui ont accepté en toute connaissance de cause car le but de l'action est de réintégrer le bien dans le patrimoine de leur débiteur et faire annuler la société*). Les créanciers disposent aussi de l'action oblique (*article 1166 du Code civil*), lorsqu'ils constatent que leur débiteur s'abstient d'agir alors qu'il pourrait demander la nullité de la société ou de son apport. Enfin, l'apport en propriété d'un bien à une société peut figurer dans les actes inopposables à la masse des créanciers lorsqu'il a été effectué par un débiteur en état de cessation de paiements (*articles 68 et 69 de l'Acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif : Voir ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.-G.), SAMB (M.), op. cit., n° 84, p. 55*).

12. L'apport en jouissance comprend aussi bien l'apport de l'usufruit que l'apport de jouissance.

13. L'apport de jouissance consiste dans la mise d'un bien à la disposition de la société pour un temps déterminé sans transfert de propriété. La société peut user librement ce bien pendant le délai prévu (habituellement, la durée effective de la société), mais l'apporteur en demeure le propriétaire. L'attrait de cette formule réside pour l'apporteur dans l'assurance qu'il a de récupérer son bien à la dissolution de la société ; celui-ci ne sera pas compris dans le partage et sera par ailleurs, à l'abri de la poursuite des créanciers sociaux dans la mesure où il ne fait pas partie du patrimoine social. Ainsi, l'apporteur en jouissance a-t-il une double qualité : celle d'associé, avec toutes les prérogatives qui en découlent, et celle de créancier social, titulaire d'une véritable sûreté le garantissant contre les défaillances de la société (*Voir MESTRE (J.), VELARDOCCIO (D.), BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), LAMY Sociétés commerciales, 2000, op. cit., n° 242, p. 102*). L'apporteur en jouissance conserve la nue-propriété de son bien et doit par conséquent en assumer les risques. L'article 1831 du Code civil dispose à cet effet que « *si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont des corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire* ». Il s'en suit que l'apporteur doit garantir à la société la jouissance paisible du bien apporté, les risques de perte ou de détérioration restant à sa charge sauf s'il s'agit de choses fongibles.

14. À la différence de l'apport en jouissance, mais à l'instar de celui en propriété, l'apport en usufruit entraîne transfert à la société d'un droit réel. Simplement, ce n'est

pas ici la propriété du bien qui se trouve transmise à la société, mais son usufruit dont l'apporteur se dépouille définitivement au profit de la société. L'apport peut porter sur un usufruit existant, que le titulaire transfère donc à la société. Dans ce cas, l'usufruit prendra fin au décès de l'apporteur sans qu'il y ait à tenir compte de la date de dissolution de la société. Mais, si celle-ci se produit avant le décès de l'apporteur, l'usufruit figurera dans l'actif social et sera compris dans la masse à partager. L'apport peut également porter sur un usufruit créé pour la circonstance. Il résulte alors d'un démembrement de propriété réalisé au moment de la constitution de la société ou d'une augmentation de son capital ; l'apporteur transfère à la personne morale l'usufruit d'un bien dont il garde la nue-propriété. Dans ce cas, l'usufruit doit normalement exister pendant toute la durée de la société avec cependant une limite maximale de trente ans, résultant de l'article 619 du Code civil (« *l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans* ») : l'usufruitier est en effet un possesseur et après trente ans le possesseur de bonne foi acquiert la propriété par application de l'usucapion).

La société usufruitière du bien a le droit d'user de la chose (usus), et de s'approprier les fruits (fructus), mais elle ne peut en disposer (abusus). L'article 47 de l'AUSCG prévoit que l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur. Il doit maintenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été apportée et il a le devoir d'en faire jouir paisiblement la société. Cependant, lorsqu'il s'agit des choses qui se consomment par le premier usage (consomptibles), ou de choses de genre (fongibles ou interchangeable), la société devient propriétaire du bien et est seulement tenue de restituer à l'apporteur, lors de la dissolution, des choses de même quantité et qualité. Comme pour l'apport en propriété, la société supporte alors les risques de la chose apportée dont elle a la jouissance.

15. Le problème de tout apport en nature est celui de son évaluation. Elle doit être faite par les associés dans les statuts (article 45 (2) AUSCG) et cette évaluation est contrôlée dans les cas prévus par l'Acte uniforme par un commissaire aux apports (article 49). (*Il en est ainsi dans les SARL notamment lorsque la valeur de l'apport ou la valeur de l'ensemble des apports considérés excède cinq millions de francs CFA (article 312 AUSCG)*) et dans tous les cas dans les S.A. (article 400 AUSCG). Qu'en est-il de l'apport en industrie ?

c - Apport en industrie

16. L'Acte uniforme envisage l'existence de l'apport en industrie à l'article 40 sans préciser son régime. Généralement, il est constitué par le travail ou l'activité que l'apporteur effectue ou promet d'effectuer, au profit de la société en raison de ses compétences techniques ou commerciales ; il peut s'agir des services qu'il rendra en

faisant bénéficier la société de son crédit, de son savoir-faire voire de son expérience. Cependant, il faut qu'il y ait véritablement travail car sous cette forme, seul l'apport en main-d'œuvre est autorisé par la loi. Sont donc exclues les autres formes d'apport en industrie constituées simplement par le savoir-faire, le crédit commercial, la notoriété, l'influence... En pratique, ce type d'apport reste rare car l'engagement pris par une personne de consacrer son activité à une société fait le plus souvent l'objet d'un contrat de travail ou d'entreprise, qui est rémunéré par un salaire ou des honoraires et complétés éventuellement par un intéressement aux bénéfices sociaux (c'est dire que le mot industrie doit être pris au sens étymologique du terme (du latin « *industria* »), c'est-à-dire un travail de direction exécuté en qualité d'associé ; si tel n'est pas le cas, le prétendu associé ne serait qu'un employé participant au bénéfice (*Voir ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.-G.), SAMB (M.), op. cit., n° 90, p. 57*).

17. L'apport en industrie peut consister en une prestation unique, mais il sera plus fréquemment constitué par des activités successives. Ce peut être la mise à disposition des services commerciaux. Toutefois, la jurisprudence ne semble pas se contenter d'aides purement occasionnelles (*Cour d'appel de Paris, 2^e ch. A, 15 nov. 1993, Chiche c/Gamelin épouse de Caix, Bull. Joly 1994, p. 86, note CUISANCE*). À la différence du salarié, l'apporteur en industrie n'est pas subordonné à ses coassociés. Il ne reçoit pas de salaires mais des parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net comme les autres associés. Il doit être loyal à l'égard de ses coassociés et réserver son industrie à la société et non à lui-même ou à un concurrent. On a traditionnellement estimé que l'apport en industrie n'est pas possible dans toutes les sociétés commerciales même si l'Acte uniforme n'a pas opéré une telle distinction. Dans une société en commandite simple, les commanditaires ne peuvent faire de tels apports. De même, il n'est pas admis dans la société à responsabilité limitée et l'on estime que dans les sociétés anonymes, les actions ne peuvent représenter des apports de cette sorte. En effet, cette restriction se comprend car n'étant pas saisissable, l'apport en industrie ne peut être effectué au profit des sociétés dont la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports. Il n'est possible que de la part d'associés qui répondent du passif social sur leurs biens personnels car dans ce cas, leur patrimoine personnel serait la garantie des créanciers. L'on peut également aisément comprendre qu'il ne fasse pas partie du capital social (le capital social est au moment de la constitution de la société, la somme des apports en numéraire et en nature, c'est-à-dire les apports saisissables auquel on ajoute le capital technique, c'est-à-dire le fonds de commerce). À la dissolution de la société, l'apporteur en industrie retrouve sa liberté : il reprend son apport et dispose librement de son temps.

18- L'apport en industrie pose le problème de son

évaluation et il est admis conformément aux dispositions de l'article 1853 (2) du Code civil, qu'à défaut de précision dans l'acte de société, celui qui n'a apporté que son industrie doit être traité comme le plus petit apporteur en nature ou en numéraire au moment de la participation du résultat.

II - Partage des bénéfices, économies et pertes

19. La participation des associés aux bénéfices, aux économies et aux pertes apparaît comme un élément fondamental de la société. À travers la disposition de l'article 4 (1) qui prévoit que « *la société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme* », l'Acte uniforme abandonne la conception origininaire du contrat de société retenue par l'article 1832 du Code civil de 1804 et qui était toujours en vigueur au Cameroun à savoir « *la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* ». Cette définition n'intégrait pas le profit de l'économie, et la notion de bénéfice était entendue de manière restrictive par l'arrêt Caisse rurale de Manigot du 14 mars 1914 comme « *d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés* » (Cour de Cassation, 14 mars 1914 précité ; V. également le commentaire des Professeurs POUYOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.) sous l'article 4, in OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, op. cit., p. 310).

L'article 4 (1) complète cette vocation fondamentale des associés aux fruits de l'entreprise commune en ajoutant que « *les associés s'engagent à contribuer aux pertes...* ». Il ne saurait donc y avoir de société commerciale sans une répartition entre tous les associés des bénéfices ou de l'économie et des pertes (Voir Cass. com., 21 oct. 1970, Bull. civ. IV, n° 277, p. 243, cassant l'arrêt qui, pour retenir l'existence d'une société en participation, relève, en l'absence d'un acte de société, l'intention des parties de s'associer et fixe la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes, sans avoir au préalable constaté l'engagement des parties de partager les bénéfices et de contribuer aux pertes ; Voir aussi Cass. com., 15 févr. 1982, Bull. civ. IV, n° 57, p. 47, écartant l'existence d'une société de fait entre deux personnes dont l'une « *ne courait pas les risques de l'entreprise* »).

20. Les associés ont tous vocation aux bénéfices et aux économies. Cela signifie qu'ils ne recevront rien s'il n'y a pas de bénéfices et même s'il y en a, la société peut décider de les mettre en réserve pour s'autofinancer. Les associés déterminent librement la part de chacun

dans les bénéfices à condition que le partage ne soit pas léonin. Ils ne peuvent donc pas décider qu'un seul associé prendra tous les bénéfices, car ce serait contraire au *jus fraternitatis* (lien d'affection entre ceux qui devraient se traiter comme des frères) qui doit animer chaque associé. S'agissant des modalités de répartition des dividendes aux associés, c'est l'assemblée générale qui décide de l'affectation du bénéfice réalisé et, en l'occurrence, de la part de bénéfice revenant à chaque action ou à chaque part sociale. Tout dividende distribué en violation des règles établies est un dividende fictif (articles 144 à 146 AUSCG).

21. La perte est constatée lorsque l'actif net diminue. Tant que la société dure, les créanciers se paient sur l'actif brut et les associés ne déboursent rien. La participation de ces derniers ne devient concrète qu'au moment de la liquidation. Ainsi, si l'actif brut est supérieur ou égal au passif, mais inférieur au capital initial, les associés contribuent aux pertes en emportant moins qu'ils n'avaient apporté (par exemple, si l'actif est d'un quart du capital initial, chacun perd les trois quarts de son apport). Si le passif est supérieur à l'actif, deux hypothèses sont à envisager : dans les SARL et les SA, les associés perdent la totalité de leur apport mais ne déboursent pas d'argent pour satisfaire les créanciers sociaux (ceux-ci supportent donc la perte de la différence actif/passif) ; dans les sociétés de personnes, en plus de leur apport, les associés doivent déboursier pour payer la totalité des créanciers.

Comme en ce qui concerne le partage de bénéfices, toute clause qui exonère un ou plusieurs associés de toute contribution aux pertes est une clause léonine. Seules sont valables les clauses de dispense partielle. Ainsi par exemple, on peut décider que l'apporteur en industrie qui a travaillé pour rien sera dispensé de contribuer à l'excédent du passif sur l'actif, le travail non rémunéré étant considéré comme sa part de contribution.

22. Le partage des bénéfices, économies et pertes doit se faire conformément aux dispositions statutaires dès lors qu'elles ne comportent pas de clauses léonines. Cette prohibition des clauses léonines a un caractère général car elle s'applique à toutes les sociétés commerciales. Mais sous cette réserve, aucune exigence de parallélisme entre la répartition des bénéfices et la contribution aux pertes n'est posée (MESTRE (J.), VELARDOCCIO (D.), BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés*, 2004, n° 310). Il s'en suit que tel associé pourra obtenir la moitié des bénéfices et contribuer par exemple pour un tiers seulement aux pertes (certes, une telle inégalité peut se justifier par le fait que l'associé privilégié sera ainsi plus impliqué que les autres dans la vie sociétairienne ou encore qu'il a dû accorder son cautionnement en garantie des dettes de la personne morale). On peut donc penser que l'égalité entre associé n'est pas impérative et que chacun peut « valablement y renoncer au profit de l'autre » (J. MESTRE, *L'égalité en droit des sociétés*,

op. cit., p. 408). Le législateur retient néanmoins qu'en cas de silence des statuts, l'on doit appliquer la règle supplétive d'après laquelle la part de chacun sera proportionnelle à l'importance de son apport (*article 54 AUSCG*). Si la société commerciale se caractérise par des éléments matériels que sont la mise en commun des apports, la recherche et le partage des bénéfices, économies et pertes, il ne faut pas perdre de vue le fait que les associés doivent être animés par l'intention de s'associer c'est-à-dire un intérêt commun qui traduit leur volonté de collaborer sur un pied égalitaire.

III - *Affectio societatis*

23. L'*affectio societatis* hante les relations entre les hommes depuis les temps immémoriaux, depuis qu'ils ont découvert qu'il était plus profitable d'œuvrer en commun que de rester isolés (BERMOND de (J.-M.) de VAULX, *Le spectre de l'affectio societatis*, JCP éd. E, I 1994, n° 346, p. 183). Pour distinguer la société de l'indivision, les juristes romains exigeaient que les associés aient l'*affectio societatis* (Dig., 17, 2, fr. 32 cité par P. SERLOOTEN, *L'affectio societatis, une notion à revisiter*, Mélanges offerts à GUYON (Y.), Dalloz 2003, p. 1007 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil*, RTD com. 1979, p. 645 L'*affectio societatis* n'est pas l'*affectio communionis* (par ex. Cass. com., 18 nov. 1997, Bull. Joly 1998, p. 145 et J.-J. DAIGRE, *L'étalon au prétoire ou des saillies comme critère de la société en participation*, Bull. Joly 1998, p. 99) et faute d'intention de s'associer, il n'y a pas société, mais seulement indivision (*Cour d'appel de Versailles 3^e ch., 17 mars 2000, Bull. Joly 2000, n° 8, p. 845, obs. J.-J. DAIGRE*).

Cette expression est aujourd'hui couramment utilisée pour qualifier l'une des conditions de validité de la société. Ce n'est que progressivement que le terme *affectio* a donné en français « affection » et encore que ce mot n'a pas toujours eu le même sens. À partir des définitions proposées par la doctrine classique (HAMEL (J.), *L'affectio societatis*, RTD civ. 1925, p. 761 ; P. PIC, *De l'élément intentionnel dans le contrat de société*, Annales 1906, pp. 153 et ss., AMIAUD (J.), *L'affectio societatis*, Mélanges SIMONIUS, 1955, pp. 1 ss.), on peut relever trois éléments utilisés pour caractériser la notion : - intention à l'origine d'entreprendre quelque chose ensemble ; - collaboration au cours de la vie sociale à une œuvre commune, - travail sur un pied d'égalité. Mais le fait qu'il s'agisse d'une expression latine prête à confusion (SERLOOTEN (P.), *art. précité*, p. 1 : *la confusion se trouve aggravée par le fait que l'exigence particulière de l'affectio societatis pour la définition et la validité des sociétés ne découle pas d'un texte particulier mais de la simple - même si elle est longue-tradition*).

La théorie classique voyait dans Ø l'*affectio societatis* Ø une collaboration volontaire et active, intéressée et égalitaire (*En ce sens, CORNU (G.), Vocabulaire*

juridique, association H. CAPITANT, 6^e éd., PUF, 2004, p. 36). Mais il faut noter que la doctrine juridique actuelle est extrêmement divisée. Il découle des constructions et discussions doctrinales que l'*affectio societatis* reste une notion très mouvante (P. DIENER, *Un abus de la personnalité morale, les sociétés en sommeil*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, librairie technique 1978, n° 14, pp. 83 et ss. ; ROUAST-BERTIER (P.), *Société fictive et simulation*, Rev. sociétés 1993, pp. 725 et ss. ; VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, thèse, LGDJ, 1978, n° 77, p. 78).

24. Selon les dispositions de l'article 4 (2) AUSCG, « la société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés ». L'*affectio societatis* est donc, par référence à la définition de la société, la volonté de chaque associé de mettre en commun des biens dans l'intérêt commun pour partager des bénéfices ou profiter de l'économie qui pourra en résulter. Cette définition de l'*affectio societatis* correspond à toutes les attitudes des associés, même à celle de ceux qui ne veulent faire qu'un placement (*Voir BERMOND de (J.-M.) de VAULX, art. précité, n° 11, p. 185*). L'intention de s'associer joue un double rôle (pour les sociétés pluripersonnelles) à la fois négatif en excluant la qualification de société lorsqu'il n'y a pas l'intention de s'associer (*L'affectio societatis est l'instrument qui permet de déceler le vice éventuel de fictivité. Ainsi, si les comparses ont participé à une mascarade de société, sans aucune implication personnelle, uniquement pour rendre service au maître de l'affaire, la société est fictive : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), op. cit., n° 140, p. 64 ; NJANDEU MOUTHIEU (M.A.), obs. Sous CCJA, arrêt n° 018/2005, 31 mars 2005 précité, p. 177 ; BROU KOUAKOU (M.), note sous CCJA, 1^{re} chambre, arrêt n° 18 du 31 mars 2005, Le Juris OHADA, n° 3*) et positif en permettant de qualifier de sociétés certaines situations qui révèlent l'intention de s'associer (*Voir sur ce point, THIBIERGE (N.), De l'affectio societatis, in Liber amicorum Georges DAUBLON, éd. Deffrénois, 2001, p. 313*). Tel est le cas du contrat de travail (*l'affectio societatis impliquant l'égalité entre associés, exclut toute subordination : ex. Cass. com., 5 nov. 1974, Rev. sociétés 1975, p. 492, obs. Y. GUYON ; Cass. civ. 1^{re}, 27 nov. 1985, Bull. civ. I, n° 323 ; Cour d'appel de Paris, 16 mars 1988, RTD com. 1989, n° 3, p. 243, obs. Cl. CHAMPAUD et Le FLOCH ; Cons. Prud'h. Evry, 28 sept. 2000, RJDA 2001, n° 586, p. 522*) ou du contrat de prêt par ex. Cass. com., 12 oct. 1993, Bull. civ. IV, n° 330 ; CA Paris, 21 févr. 1985, Deffrénois 1986, p. 1349) qui s'organisent sur la base de notions ou de contrat tout à fait étrangers à la société, et qui pourront être requalifiés de contrat de société ou tout au moins, de sociétés créées de fait, grâce à l'existence de l'*affectio societatis* (OHADATA J-05-343 : *Cour de cassation d'Abidjan, arrêt n° 152/04 du 11 mars 2004, Adama KOITA, ODIE Mathieu c/ASSANE THIAM, SODEFOR., Actualités juridiques, n° 47/2005, p. 83, note KASSIA BI OULA*).

25. Toutefois, lorsque la société ne comporte qu'un seul associé, le rôle de *l'affectio societatis* est nécessairement différent (parce que plus limité). L'intention de s'associer se définit comme l'intention de créer une société (P. SERLOOTEN, art. précité, p. 1017). C'est dire que l'associé unique doit avoir la volonté de faire vivre la société, de se comporter comme un associé. Cette volonté doit être celle de respecter l'objet social dans la gestion quotidienne et celle de veiller à éviter toute confusion entre les biens qui composent le patrimoine social et les biens personnels. Ainsi limitée à l'essentiel, *l'affectio societatis* conserve toute son utilité. Certes, contrairement aux sociétés pluripersonnelles, elle n'a pas, dans les SARL ou les SA unipersonnelle, de rôle positif qui permettrait de qualifier de société, une situation de fait. On imaginerait difficilement une société unipersonnelle créée de fait car le but de la société n'est plus de collaborer ou de partager des bénéfices mais d'isoler un patrimoine afin de limiter les risques courus par un exploitant (l'efficacité de la société unipersonnelle supposera une très grande discipline de l'associé unique. Celui-ci, ne pourra pas gérer la société avec la même liberté que s'il s'agissait d'une entreprise personnelle. En effet, il faut empêcher la fraude aux droits des créanciers sociaux qui consisterait à vider la société de tout son actif en lui laissant supporter seule le passif. Faute de respecter une séparation absolue entre le patrimoine de la société et son patrimoine personnel, l'associé unique risque de perdre le bénéfice de la limitation de sa responsabilité (Voir sur la notion de *l'affectio societatis*, MOUTHIEU NJANDEU (M.A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, op. cit., n°s 311 à 332, pp. 199 à 212) ou de constituer les filiales dont la société mère est le seul associé. En revanche, *l'affectio societatis* telle que définie, conserve son rôle négatif en permettant de disqualifier la société pour laquelle l'associé unique n'a pas eu *l'intention de s'associer*. Dès lors que l'associé unique aurait poursuivi un autre but que de créer une société, par exemple l'obtention d'un statut fiscal ou social, la disqualification de la société fictive pourra permettre aux créanciers de la prétendue société d'avoir pour gage l'ensemble du patrimoine de l'associé unique qui n'a pas eu l'intention de faire vivre la société.

La société commerciale se caractérise par un certain nombre d'éléments spécifiques qui méritent d'être complétés par une identification de sa véritable nature.

B - Au regard de sa nature

26. La notion de société commerciale induit nécessairement dans le cadre d'une analyse juridique, que des précisions soient faites sur des points touchant plus ou moins à la nature de celle-ci. Ainsi, à la question de savoir si la société commerciale est un contrat ou une institution (I), il faut associer l'interrogation juridique liée au rapport entre la notion de société commerciale et

celle de l'entreprise (II), sans oublier que cela pourrait avoir une certaine répercussion sur l'appréhension de la personnalité morale dont ces entités sont normalement susceptibles d'être dotées (III).

I - Société commerciale : contrat ou institution

27. La société naît en principe d'un contrat (article 4 (1) AUSCG : en effet, si le Code civil avait originellement perçu la société comme un contrat, cette analyse purement contractuelle fut remise en cause à partir de la fin du XIX^e siècle par la doctrine qui fit application en la matière, de la théorie publiciste de l'institution. L'institution désigne en un sens général et large, les éléments constituant la structure juridique de la réalité sociale ; c'est un ensemble de mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité ; on parle ainsi de l'histoire des institutions (par opposition à l'histoire des événements ou à l'histoire des mentalités) ; exemple : les institutions de la V^e République, le mariage, la propriété, le contrat, l'entreprise (Voir CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, 6^e éd., *Quadrige*, PUF, 2004, p. 488) ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), op. cit., n° 14, p. 5, qualifie la notion d'institution de vague)). De façon générale, le contrat de société par définition se présente comme un contrat synallagmatique.

Le contrat de société suppose la pluralité de personnes et dès lors, toute société exige en principe pour son fonctionnement, la réunion d'au moins deux associés. La nature contractuelle de la société cadre bien avec la théorie de l'autonomie de la volonté et autorise au nom de la liberté contractuelle, toutes sortes de combinaisons et de modifications des règles légales. Appréhendée comme un contrat stricto sensu, la société, objet du contrat, est la propriété des associés. D'où l'émergence du concept de « gouvernement d'entreprise » ou « corporate governance », analysant la société comme un « noeud de contrats » entre les associés (COURRET (A.), *Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance*, D. 1995, chron., p. 163 ; TUNC (A.), *Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume-Uni*, RID comp. 1994, p. 49 ; Le CANNU (P.), *Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions*, Bull. Joly, 1995, p. 637 ; DAIGRE (J.-J.), *Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? Droit et Patrimoine*, juil. 1996, p. 23 ; *Vers un nouvel équilibre des pouvoirs dans les sociétés cotées ? La corporate governance à la française*, Petites Affiches, n° spécial, 27 sept. 1995). Les sociétés de personnes apparaissent ainsi comme terrain d'élection de la liberté contractuelle. Il en découle que les clauses claires et précises des statuts s'imposent aux juges appelés à respecter davantage les volontés individuelles des associés dont le mode de vote est l'unanimité. En même temps, les contrats qui permettent de régler les problèmes posés par la création de la

société, sa croissance ou d'en assumer le fonctionnement (par exemple, le contrat de fusion, les conventions de vote,...) se multiplient (*Voir ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.-G.), SAMB (M.), op. cit., n° 67, p. 48*).

28. Toutefois, la qualification contractuelle de la société qui consacre son abandon à la volonté de ceux qui lui ont donné naissance est en effet apparue peu compatible avec certains aspects du fonctionnement sociétaire. Le principe majoritaire, le développement d'une réglementation contraignante, le souci d'assurer la pérennité de l'entreprise ont conduit à penser que la société n'était pas un pur produit de la volonté égoïste de ses membres. La particularité de l'univers sociétaire s'illustre par la présence d'une personne morale qui fait écran. C'est dire que si la société demeure un contrat au moment de sa formation (liberté d'adhésion, choix du type de société, établissement des clauses dans les statuts), elle tend à devenir une institution réglementée, c'est-à-dire « un corps social dépassant les volontés individuelles » (Weill, *Droit civil*, t. 1, p. 619) à laquelle les associés ne peuvent qu'adhérer.

Selon l'article 5 de l'AUSCG, la société peut émaner de la volonté d'une seule personne (*Voir sur la question : HOMMAN-LUDIYE (L.) et EPESSE (H.), La société anonyme unipersonnelle et le groupement d'intérêt économique. Deux nouvelles formes originales, Cahiers juridiques et fiscaux, CFCE, 1998, n° 2, p. 303 ; KENGNE KAMGA (A.P.), La société unipersonnelle dans l'Acte uniforme (OHADA), Mémoire de DEA, Université de Dschang, 1999 ; NOUBISSI DZUKO (V.), La société unipersonnelle et l'entreprise commerciale individuelle, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2001*). Traditionnellement, la société est un groupement de personnes ; or, on ne contracte pas avec soi-même. Dès lors, l'acte constitutif de la société unipersonnelle ne peut être qu'un engagement unilatéral et non un contrat (*POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), Le droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique OHADA, PUA, 1998, n° 17, p. 10*). Il s'en suit que la théorie contractuelle est par conséquent inadaptée au concept de société unipersonnelle. Une telle société d'une personne ne peut par définition comporter les éléments spécifiques du contrat de société (*ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.-G.), SAMB (M.), op. cit., n° 69, p. 49*).

29. Aujourd'hui, la notion de société présente plusieurs facettes : elle est tantôt un contrat, tantôt un acte unilatéral. Cette dualité confirme l'idée selon laquelle la société est davantage une institution qu'un contrat. En effet, l'idée de contrat ne suffit pas à rendre compte de tout le droit des sociétés car la société est souvent le centre d'enjeux socio-économiques non négligeables. C'est la thèse institutionnelle qui sert à expliquer les nombreuses interventions législatives dont l'objectif est le désir de surveiller l'action des sociétés dans la vie

économique. Elle permet aussi de rendre compte des rapports des associés entre eux et avec les dirigeants. Bref, elle semble l'emporter, s'agissant de la préservation de l'intérêt et de l'instrument sociétaire ; la société apparaît désormais comme un mécanisme juridique permettant de réunir des capitaux indispensables aux grandes entreprises, et donnant à ceux qui les apportent une situation juridique qui n'est plus celle découlant d'un contrat (*ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.-G.), SAMB (M.), op. cit., n° 73, p. 51*). La société exige une armature propre qui est créée par la loi, et non par la volonté des associés (*G. RIPERT, R. ROBLOT et M. GERMAIN, Traité de droit commercial, 16^e éd., p. 518*). C'est également la thèse institutionnelle qui justifie l'immixtion du juge dans la société (*Voir sur l'ensemble de la question, MOUTHIEU NJANDEU (M.A.), L'intérêt social en droit des sociétés, L'Harmattan, Paris, 2009*).

30. Désormais, l'impact économique et social de la société commande que soient intimement liés un aspect contractuel rattaché à l'intérêt commun des associés et un aspect institutionnel exaltant l'intérêt de la personne morale. Si la nature hybride de la société a été suffisamment précisée, le fait que la forme unipersonnelle ne soit admise que pour la SARL et la SA donne de comprendre que toutes les autres sociétés sont issues d'un contrat.

Si la dualité contrat/institution en matière de société commerciale est ainsi réglée, il reste à préciser les contours d'une autre dualité, à savoir celle opposant le concept d'entreprise commerciale à celui de société commerciale.

II - Société commerciale : société ou entreprise

31. Dans le langage commun, la société commerciale est synonyme d'entreprise (commerciale). Or ramené sous l'angle du droit, la société commerciale se distingue de l'entreprise dans la mesure où cette dernière est considérée comme un concept économique. Ainsi, l'entreprise n'est saisie par le droit que lorsqu'elle revêt la forme d'une société commerciale.

Pendant, plusieurs auteurs ont milité en faveur de la reconnaissance juridique de l'entreprise (*Voir par exemple la thèse de DESPAX (M.), L'entreprise et le droit, Paris, LGDJ, 1957*). D'ailleurs, une certaine partie de la doctrine admet qu'elle existe déjà comme une entité juridique dans l'espace et dans le temps bien que conçue de façon empirique et par lambeaux (*HAMEL (J.) et LAGARDE (G.), Traité de droit commercial, T. 1, n° 217*). C'est ce qui a fait dire à Jean Philippe ROBE dans son analyse de la structure micro juridique de l'entreprise que, « les supports juridiques de l'entreprise sont tous les contrats qui lui permettent de fonctionner en droit positif, l'ensemble de ces accords au titre desquels l'activité de l'entreprise est juridiquement organisée » (*ROBE (J.P.), L'entreprise et le droit, coll. Que sais-je ? P.U.F., 1^{re} éd. 1999, p. 11*). Ainsi, il y a une existence de

fait de l'entreprise en tant qu'unité, mais une réfutation officielle de celle-ci sous l'angle macrojuridique. L'État confie l'exercice de compétence à une entreprise sans la reconnaître (BELLEY (J.-G.), *L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique, cité par ROBE (J.P.), op. cit.*). Certains auteurs affirment que cette vie particulière de l'entreprise entre droit et non droit sert les intérêts aussi bien de l'État que ceux de l'entreprise elle-même, et que par conséquent, il est maladroit d'envisager une reconnaissance juridique de l'entreprise.

La société commerciale a longtemps été considérée comme le support juridique de l'entreprise (Voir PAILLUSSEAU (J.), *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP 1984, I, n° 3148 ; JCP 1986, éd. E, I, n° 14684) ; ce qui n'est pas totalement vrai dans la mesure où, bien que « technique d'organisation de l'entreprise » (PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, thèse, Rennes, 1967*), la société n'est en réalité que l'un des supports juridiques de l'entreprise. Ainsi, le contrat de société ne serait qu'un contrat parmi l'ensemble des contrats (tels les contrats de travail, de fourniture, de distribution, de location, de prêt, etc.) servant de support juridique à l'entreprise. C'est précisément la raison pour laquelle l'analyse de ROBE J.P. conçoit l'entreprise comme « un circuit de contrats entre différentes personnes contrôlant les ressources économiques en œuvre dans l'entreprise ».

On le voit, la doctrine reste divisée quant à l'admission de l'entreprise par le droit. Toujours est-il que c'est la société commerciale qui demeure seule consacrée juridiquement dans la mesure où c'est par cette qualification qu'on lui reconnaît la personnalité morale.

III - Société commerciale : entité juridique

32. La personne morale est « un groupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète ; sujet de droit fictif qui, sous l'aptitude commune à être titulaire de droit et d'obligation, est soumis à un régime variable notamment selon qu'il s'agit d'une personne morale de droit privé ou d'une personne morale de droit public » (CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, précité, p. 667. (Il s'en suit que la personnalité appartient non seulement aux individus, personnes physiques, mais aussi à des groupements et organisations. Au sens étymologique du terme (personare), la personnalité est ce qui permet d'entrer en relation avec les tiers, de jouer un rôle sur la scène juridique (GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, op. cit., n° 127, p. 137 : l'auteur précise que la personne morale a des organes susceptibles de la représenter à l'égard des tiers, ce qui évite de faire participer tous les associés à la conclusion de l'acte). C'est donc elle qui confère la plénitude de l'existence à la personne morale notamment la société commerciale dans le cadre de notre travail.

33. La théorie de la personnalité juridique (La terminologie « *personnalité morale* » est la plus usitée. Mais le législateur OHADA lui a préféré celle de « *personnalité juridique* : article 98 AUSCG ; nous utiliserons indistinctement les deux dans notre travail) ou morale a donné lieu à de vives controverses (Deux principales thèses se sont affrontées à propos de la nature juridique de la personnalité juridique à savoir, la théorie de la fiction soutenue par le juriste allemand IHERING et selon laquelle la personnalité véritable suppose une existence corporelle ainsi qu'une faculté de vouloir et d'agir et la théorie de la réalité juridique, défendue par GENY selon laquelle, la personnalité juridique est une réalité qui existe dès lors que certaines conditions sont réunies).

Il faut préciser que la théorie de la réalité a été retenue en droit positif camerounais jusqu'à l'avènement de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. En effet, son article 98 dispose que « toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au registre de commerce et du crédit mobilier [...] ». C'est dire que, désormais, c'est le législateur qui attribue la personnalité. On considère que son intervention est la dernière phase de la création de la personne morale, car il ne peut créer une entité vivante en l'absence de tout support matériel (TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 11^e éd., 2000, n°s 15-16, Comité d'établissement des forges et aciéries de la marine, p. 88 ; G. GOUBEUX, op. cit., n° 8 ; HEMARD (J.), TERRE (F.) et MABILLAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz 1972, n° 152, p. 141). Cependant, le législateur ne confère la personnalité morale que sous réserve qu'un certain nombre d'éléments soient réunis notamment la conclusion d'un contrat, la réalisation des apports, la rédaction des statuts, la désignation d'organes, etc., et plus spécifiquement quand il existe un intérêt collectif à protéger. Il n'intervient que dans l'étape finale du processus et il est alors nécessaire de reconstituer les étapes antérieures qui vont permettre d'aboutir à la création de la personne morale (SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, thèse, LGDJ, Paris, 2002, n° 164, p. 85).

34. Il convient dès lors de relever qu'avant son immatriculation, la personne morale existe (l'article 101 (1) de l'AUSCG dispose que toute société est constituée à compter de la signature de ses statuts) mais cette existence ne saurait être opposable aux tiers ; néanmoins, ils peuvent s'en prévaloir (article 101 (2) AUSCG). De même, entre la date de constitution de la société et celle de son immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les règles générales du droit applicable aux contrats et aux obligations (article 105 AUSCG). Les associés peuvent même convenir que la société ne sera pas immatriculée. Dans ce cas, la société, alors dénommée *société en participation*, n'aura pas la personnalité juridique (article 114 (1) AUSCG).

Ainsi présentée la définition de la société commer-

ciale qui tient compte non seulement des caractères fondamentaux, mais aussi des spécificités liées à sa nature juridique, il paraît indiqué à présent de procéder à la délimitation et à la fixation de la réalité que couvre cette notion.

§2 - Critère de commercialité : élément de distinction de la société commerciale d'avec les notions voisines

35. La société commerciale est une personne morale. Mais, contrairement à la fondation, elle fait partie des groupements des personnes. Son identification parmi ce vaste ensemble prend en compte le critère de commercialité et passe nécessairement par sa distinction d'avec les notions qui lui sont voisines. Par ailleurs, l'élargissement de l'objectif de la société commerciale au partage du profit de l'économie a contribué à obscurcir les frontières qui existaient entre elle et les autres groupements de personnes. Ce qui rend plus délicate la distinction entre société, association (A) et coopérative (B). Au-delà, celle existant entre la société commerciale et la société civile (C).

A - Société commerciale et association

36. Comme la société, l'association est un groupement de personnes (*elle a été instituée par la loi du 1^{er} juillet 1901 ; d'abord réglementée au Cameroun par la loi n° 67/LF/19 du 12 juin 1967 sur la liberté d'association, elle fait aujourd'hui l'objet de la loi n° 90-53 du 19 décembre 1990 portant sur la liberté d'association*).

En effet, le groupement dont le but est de réaliser et de partager le bénéfice ou l'économie pouvant résulter de l'action commune est une société (Voir article 4 (1) de l'AUSCG) alors que celui constitué par ses membres dans un but entièrement désintéressé, exclusif de toute recherche d'un avantage matériel (profit ou économie), est une association (*Voir article 2 de la loi du 19 décembre 1990 qui dispose que « l'association est la convention par laquelle des personnes mettent en commun leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que de partager les bénéfices » ; GUYON (Y.), De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978, Mélanges KAYSER, 1979, T. 1, p. 496*). L'association poursuit une action qui s'apparente à celle de l'État et des collectivités territoriales ; elle gère des intérêts collectifs et sa finalité n'est pas lucrative. C'est notamment le cas des groupements philanthropiques, culturels, religieux ou philosophiques.

37. De façon générale, le régime juridique de ces deux types de groupements diffère. La distinction

repose sur la notion de bénéfice (*qui est un « gain pécuniaire ou gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés » : Cour Cassation, 11 mars 1914, Caisse rurale de la commune de Manigot c/Administration de l'enregistrement, D.P. 1914, I, p. 257, note SARRUT (L.) ; S. 1918-19, I, p. 103 ; Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, T. 1, n° 44*). La recherche des bénéfices doit conduire ainsi à la qualification de société, même si les membres du groupement poursuivent également, de façon accessoire, des visées d'ordre moral. La poursuite de bénéfices n'a pas, en effet, à être exclusive dans le cadre d'une société ; il suffit qu'elle ait inspiré la constitution du groupement et qu'elle reste prioritaire dans l'esprit de ses membres (VIANDIER (A.), J. Cl. Sociétés Traité Fasc. 16, *Théorie des bénéfices et des pertes*, n° 7).

38. La qualification d'association au contraire, est liée au but désintéressé que poursuit le groupement. Il n'y a aucun problème lorsque le but de l'association est d'apporter à ses membres des avantages moraux ou extrapatrimoniaux (but artistique, intellectuel, charitable, religieux, culturel, politique, sportif). Lorsque par contre l'association poursuit un but différent, la distinction avec la société n'est plus aisée. Cependant, cette qualification doit en principe demeurer même si le groupement réalise des économies, accessoirement à son objectif principal ou même si le groupement réalise des bénéfices, dès lors que ces derniers ne sont qu'accessoires à la poursuite de l'objectif désintéressé et uniquement destiné à mieux servir celui-ci. Il en est ainsi des ventes de charité permettant à l'association de venir en aide à ceux qu'elle a pour objet social d'assister (c'est le cas de la Croix Rouge qui poursuit un but philanthropique ; elle fait des quêtes, des ventes de charité qui l'enrichissent et constituent des bénéfices ; parce qu'elle ne distribue jamais ses recettes à ses membres mais les utilise au contraire pour aider toutes personnes ou organismes dans le besoin, par exemple un don de médicaments dans un hôpital, elle est une association). Tel est également le cas d'une association de consommateurs dont les adhérents attendent parfois la réalisation d'économies, en achetant à un moindre coût des biens ou des services. Cette possibilité pour une association, sans encourir de disqualification, de réaliser accessoirement des bénéfices a été nettement affirmée par la jurisprudence française (Com. Rennes, 13 janv. 1978, Rev. sociétés 1978, p. 778, observant qu'« *il n'est pas interdit à une association de faire des bénéfices, il est même nécessaire qu'elle en fasse pour subsister* » ; Cour d'appel de Reims, 19 févr. 1980, JCP éd. G. 1981, II, n° 19496, note GUYON (Y.), considérant qu'« *une association sportive ou pas est en droit d'accomplir de façon répétée des actes onéreux dans une intention spéculative dès lors que ceci est conforme au caractère désintéressé de l'objet social et nécessaire à la poursuite d'une activité dont il ne constitue que l'accessoire* ». Elle a, au demeurant, logiquement conduit

les juges à admettre la commercialité de l'activité de certaines associations avec, notamment, des conséquences d'ordre probatoire ou procédural. C'est ainsi qu'on peut qualifier de société commerciale un groupement désigné association si l'on constate qu'elle se comporte dans les faits comme un commerçant (*Voir SIMON (O.), La commercialité de l'association du 1^{er} juillet 1901, D. 1977, chr. 153*).

39. En réalité, même si l'association peut réaliser des bénéfices, la loi maintient clairement l'interdiction de distribuer des bénéfices aux sociétaires, aux dirigeants et aux salariés de l'association. Cette absence de partage des bénéfices explique plusieurs particularités de fonctionnement des associations. Celles-ci reçoivent des cotisations de leurs membres ou des subventions tandis que les sociétés se constituent à partir d'apports, puis vivent des bénéfices réalisés. Lorsqu'une association est dissoute, son actif n'est pas partagé entre les membres alors que, en cas de cessation d'activité d'une société, il est distribué entre les associés.

Toutefois, lorsque la qualification donnée l'a été de manière erronée ou simplement frauduleuse, les juges conservent le pouvoir de l'écartier si elle se révèle contraire à la définition légale. À ce titre, ils peuvent qualifier de société un groupement que ses membres ont dénommé association et inversement (*Voir Cass. com., 2 mars 1982, Bull. civ. IV, n° 85, p. 76, considérant que justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, « restituant aux conventions des parties leur véritable qualification juridique », a décidé que le contrat litigieux était un contrat de société et non d'association, comme l'avaient dénommé les parties, dès lors que coexistaient le but lucratif de l'opération, la participation aux bénéfices et aux pertes des parties, les apports et l'affectio societatis ; Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1974, Bull. civ. I, n° 152, p. 129 ; TGI Paris, 26 févr. 1973, JCP éd. G. 1974, II, n° 17821, note LINDON ; T. com. Rennes, 31 janv. 1978, Rev. sociétés 1978, p. 779, note PLAISANT, et T. com. Marseille, 8 avr. 1980, Rev. sociétés 1982, p. 339, note PLAISANT, qualifiant de sociétés de fait des clubs de football constitués sous forme d'associations*). Il en découle que la nature du groupement ne saurait dépendre de la seule qualification juridique donnée par les parties elles-mêmes, c'est-à-dire de leur seule volonté (*Voir MESTRE (J.), VELARDOCCIO (D.), BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), LAMY Sociétés commerciales, 2000, n° 19, p. 7*).

40. Par ailleurs, il est permis aux sociétés n'ayant aucun but lucratif de se transformer en associations afin d'échapper à la rigueur des obligations auxquelles sont astreintes les sociétés qui recherchent les bénéfices. Cette requalification aura pour conséquence d'amener les fausses sociétés à changer de vêtement juridique pour endosser celui qui leur convient en réalité sans passer par la phase d'une dissolution ; d'où l'impossibilité pour les associés de reprendre leurs apports la transformation, prévue aux articles 181 et suivants de

l'AUSCG, est le passage d'un groupement à une autre forme. Il s'agit avant tout d'une modification des statuts ; elle suppose alors une décision de la collectivité des associés, prise selon les règles de majorité propres à chaque type de société. Cette décision sera le plus souvent fondée sur un souci d'acclimatation aux réalités économiques. Étant un phénomène d'adaptation, la transformation n'entraîne pas création d'un être juridique nouveau, mais survie de la personnalité morale de la société initiale : (*Cass. civ., 15 mars 1988, Dr. sociétés 1988, n° 231 ; Voir POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.) in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 2002, Juriscope, p. 354*).

De même, la transformation d'associations en sociétés devrait être logiquement envisagée lorsque la formule à l'usage, s'est révélée de moins en moins adaptée à leur administration et qu'elles gèrent des sommes souvent considérables dans une optique et avec des méthodes commerciales. C'est ainsi qu'en droit français, la loi relative à l'organisation et à la promotion des activités sportives a imposé à certaines associations sportives soit de se transformer en sociétés anonymes, soit d'adapter leur statut associatif à certaines règles plus contraignantes (*L. n° 84-609, 16 juillet 1984, modifiée par L. n° 87-979, 7 décembre 1987*). Ces obligations sont imposées aux associations sportives participant habituellement à l'organisation de manifestations payantes procurant des recettes d'un montant supérieur à 2,5 millions de francs et qui emploient des sportifs contre des rémunérations dont le montant global excède 2,5 millions de francs (*L. n° 84-609, 16 juillet 1984, art. 11 ; Voir MESTRE (J.), VELARDOCCIO (D.), BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), op. cit., n° 21, p. 8*).

41. En définitive, à la suite de COZIAN (M.), VIAN-DIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) (*Droit des sociétés*, 17^e éd., Litec, 2004, n° 22, p. 10), l'on doit admettre qu'une association peut légitimement accomplir des actes de commerce tout en restant dans les limites de son statut juridique (*Cass. com., 17 mars 1981, Rev. sociétés 1982, p. 124, note G. SOUSI ; GRELLIERE (V.), De l'illicéité ou non de l'association commerçante, RTD com. 1997, p. 537*) ; qu'une association ne peut pour autant invoquer la qualité de commerçant, ce qui lui interdit de demander le renouvellement d'un bail commercial ou de donner un fonds de commerce en location-gérance (*Cass. com., 19 janv. 1988, Rev. sociétés 1988, p. 565, note S. CASTRO*) ; il a de même été jugé qu'une association ne saurait demander son inscription au registre de commerce (*Cass. com., 1^{er} mars 1994, Rev. sociétés 1994, p. 507, note Y. GUYON*).

L'intrusion des associations dans le domaine de l'économie est avérée de nos jours et pose problème à cause de son statut de paracommercialité. Cependant, l'établissement des frontières entre la société commerciale et la société coopérative semble moins ardu à cause du poids important de cette dernière dans l'activité économique.

B - Société commerciale et société coopérative

42. La coopérative est une variante des sociétés civiles mais elle est proche de l'association de par ses objectifs. Elle est, aux termes de l'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, « un groupement autonome de personnes volontairement réunis pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs ». Il en découle que contrairement à la société commerciale, son but n'est pas de réaliser et partager un profit, mais d'améliorer le sort de ses membres. À cet effet, tout membre est tenu d'utiliser les services, les produits et installations de la société coopérative pour tout ou partie des opérations qui peuvent être effectuées par son intermédiaire. Il s'engage à être fournisseur, client ou salarié de la société. C'est donc une organisation à but non lucratif, autonome et privée, administrée, financée et contrôlée par ses membres, dont les activités, qui doivent tendre vers la réalisation des objectifs communs définis par les statuts, se déroulent sans intervention de l'État, sous réserve du respect des dispositions réglementaires en la matière ou des conventions librement consenties et résiliables (Voir NYAMA (J.-M.), *Éléments de droit des affaires, Cameroun-OHADA, collection Apprendre, Presses de l'UCAC, 2001, p. 74*). Bien que son champ d'application traditionnel soit celui des activités agricoles, la société coopérative peut être constituée dans toutes les branches d'activités économiques en fonction des intérêts de ses membres.

De l'avis de certains auteurs, « *quel que soit leur objet, les sociétés coopératives se proposent toujours, en définitive, de supprimer des intermédiaires afin de diminuer une dépense ou d'augmenter un gain. Elles se caractérisent par la réunion, en la même personne, de deux qualités généralement séparées entre lesquelles il existe une antinomie naturelle (patron et salarié, marchand de détail et consommateur, banquier et emprunteur) et par le rôle effacé et secondaire qu'y joue le capital par rapport au concours personnel et au travail des associés* » (HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité théorique et pratique des sociétés, T. 2, 1935, n° 1568, cité par COZIAN (M.), A. VIANDIER et DEBOISSY (Fl.), op. cit., n° 26, p. 12*).

La société coopérative se singularise par des principes ci-après :

I - Principe de la variabilité du capital

43. La loi n'exige de la société coopérative aucun capital minimum (alors que dans la société à responsabilité limitée, il est de un million de francs CFA (article 311 de l'AUSCG), de dix millions de francs CFA dans la société anonyme lorsqu'elle ne fait pas appel public à l'épargne (article 387 alinéa 1 de l'AUSCG) et dans le

cas contraire, il est porté à cent millions de francs CFA (article 824 de l'AUSCG)) et ne fixe non plus aucun maximum. Si le principe de l'intangibilité du capital est consacré en droit des sociétés – à l'exception des sociétés à capital variable – (en effet, le capital social est affecté au droit de gage des créanciers. Ce droit de gage est important dans les sociétés à risque limité (sociétés anonymes et sociétés à responsabilité limitée) car les créanciers n'ont pas en principe de recours contre les associés ; la société est leur seul débiteur. Aussi, bénéficient-ils d'une garantie complémentaire avec la règle de l'intangibilité du capital social ou de fixité du capital qui signifie que les associés n'ont pas le droit de demander le remboursement de leur créance tant que la société n'est pas dissoute. Le principe de l'intangibilité interdit également aux associés de « manger » le capital en le mettant en distribution sous forme de dividendes. Ils se rendraient alors coupables dans les sociétés à risque limité, du délit de distribution de dividendes fictifs : (Voir COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), *op. cit.*, n° 230, p. 106). Le capital de la société coopérative varie en fonction des adhésions et des retraits par sortie volontaire, exclusion ou décès (article 56 et s. de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives).

II - Principe altruiste

44. La vocation de la coopérative n'est pas de réaliser des bénéfices qui seraient ensuite répartis entre les membres ; ses fins ne sont pas seulement économiques ; elles sont également sociales et morales ; les membres participent sans doute au capital de la coopérative, mais ce capital est rémunéré par le versement d'un intérêt annuel et non par la distribution des dividendes. Il appartient à l'assemblée générale annuelle de fixer la répartition des excédents de l'exercice, après dotation au fonds de réserve légale, sur proposition du conseil d'administration. Il en est de même du taux d'intérêt servi aux parts. Cette répartition peut se faire sous forme :

- de paiement de ristournes aux membres, au prorata de leurs opérations effectuées avec la société coopérative ;
- d'intérêt au capital social dans les limites du taux d'intérêt servi par les banques commerciales aux dépôts d'épargne à long terme ;
- de primes de rendement payées aux employés et ouvriers de la société coopérative ;
- de dotation de réserves facultatives et de fonds spéciaux éventuellement prévus par les statuts (Voir NYAMA (J.-M.), *op. cit.*, p. 78).

III - Principe démocratique

45. Chaque membre n'a droit qu'à une seule voix, quel que soit le nombre de parts sociales qu'il détient ou

le volume de transactions qu'il effectue avec la société coopérative. Il s'en suit que le coopérateur est traité de la même manière que le citoyen pour les affaires de la Cité : « un homme égale une voix », quelle que soit sa participation au capital (COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), *op. cit.*, n° 26, p. 13). Ce principe est à l'antipode de celui observé dans les sociétés de capitaux où le nombre de voix d'un actionnaire est déterminé en fonction de la fraction du capital qu'il y détient (*en effet, dans ces sociétés, le législateur permet aux statuts ou à l'assemblée générale extraordinaire de prévoir des actions à droit de vote double au profit des actions entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis au moins deux ans, au nom du même actionnaire (article 752 de l'AUSCG). L'objectif poursuivi est de récompenser les actionnaires fidèles par rapport aux spéculateurs qui cherchent des réalisations rapides : MESTRE (J.), L'égalité en droit des sociétés. Aspects de droit privé, Rev. Sociétés, 1989, p. 407.*

46. Les tribunaux français se sont efforcés d'infuser davantage de liberté dans les rapports entre l'associé coopérateur et la société coopérative en tirant parti des principes du droit des obligations. Comme l'a justement énoncé la Cour de cassation, le contrat de coopération étant un contrat de droit privé, les statuts d'une coopérative auxquels il se réfère ont valeur contractuelle dans les rapports entre la coopérative et chacun de ses adhérents (Cass. 1^{re} civ., 15 juil. 1999, Bull. Joly 1999, p. 1115, note COURET (A.)). Ainsi, le jeu de la prohibition des engagements perpétuels a permis d'annuler certains engagements de production contractés pour une durée excessive, c'est-à-dire excédant la durée moyenne de la vie professionnelle (Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 1997, Bull. Joly 1998, p. 49, obs. SCHOLER (P.)). De même, le coopérateur peut invoquer le bénéfice de l'article 1184 du Code civil et réclamer la résolution judiciaire du contrat de coopération dès lors que la société coopérative a manqué gravement à ses obligations (Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1990, RTD com. 1990, p. 428 n° 12). Dans un ordre d'idées voisin, le coopérateur peut justifier la rupture de son engagement par la force majeure, par exemple, l'impossibilité pour une coopérative laitière d'absorber toute la production d'un agriculteur à raison de l'imposition (Cour d'appel de Rennes, 7 sept. 1988, RTD com. 1990, p. 420, n° 8). Les statuts intérieurs des coopératives prévoient l'application de pénalités financières aux membres en cas de non-respect des statuts ou des engagements d'activité. Il y a donc lieu de retenir la qualification de clause pénale et d'appliquer l'article 1152 du Code civil (*qui dispose que « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre »*), lequel autorise le juge à « modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire » (Cass. 1^{re} civ., 15 juil. 1999, préc.).

Toutefois, si le principe de l'autonomie de la volonté connaît des applications mitigées dans le cadre de la société commerciale (*Voir supra, société commerciale : contrat ou institution, § 27 et ss.*), les rédacteurs du Code civil ont conçu la société civile comme un contrat.

C - Société commerciale et société civile

47. La société commerciale est régie par les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCG) au contraire de la société civile de droit commun qui est consacrée par les articles 1832 à 1873 du Code civil. Ces règles concernent en fait les éléments fondamentaux de toute structure sociale quelle que soit sa nature (l'article 1832 du Code civil prévoit en effet que « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter »). D'un point de vue pratique, les sociétés civiles sont assez rares et ne servent presque jamais de forme sociale à des entreprises de grande taille (*en France par contre, le nombre de sociétés civiles est considérable puisqu'il s'agit de la forme sociale la plus utilisée ; elles représentaient, au 1^{er} janvier 2004, 45,67% des sociétés, les sociétés civiles immobilières de gestion constituant plus de la moitié de ce total : Voir (COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), op. cit., n°s 12 et n° 1078, pp. 3 et 474).* Cette situation est due au fait que dans les secteurs économiques importants et de nature civile tel que l'agriculture, le législateur a été amené à créer des types de structures spécialisées (coopératives). Les sociétés civiles se rencontrent généralement dans le domaine de l'immobilier et de plus en plus dans le secteur des professions libérales (NYAMA (J.-M.), *op. cit.*, p. 70). Il s'agit des sociétés civiles typées, taillées sur mesure, régies par des lois particulières qui sont moins légères et moins souples que la société civile de droit commun. En définitive, il faut à la suite de certains auteurs, relever que la terminologie paraît ambiguë car par société civile on peut entendre trois choses distinctives : le genre (c'est la société civile par opposition à la société commerciale) ; l'espèce (*c'est le type de société tel qu'il est régi par les articles 1832 et suivants du Code civil*) ; la sous-espèce qui renvoie aux sociétés civiles spéciales soumises à un statut particulier : société civile professionnelle par exemple (*Voir (COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), op. cit., n° 219, pp. 100-101).*

48. Les sociétés civiles sont celles qui ne font pas d'opérations de commerce et qui n'ont pas revêtu la forme d'une société les rendant nécessairement commerciales à raison de cette forme (OHADATA J-03-276, Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 615 du 20/05/2003, Port autonome d'Abidjan (PAA) c/Entreprise Gravier et Sable (EGS)). Elles présentent un caractère résiduel en ce sens que sont civiles les sociétés qui ne sont commerciales ni

en raison de leur forme ni en raison de leur objet. Une société civile ne saurait exercer une activité commerciale ; elle ne saurait davantage être l'associée d'une société en nom collectif puisqu'elle acquerrait aussitôt la qualité de commerçant. De même, elle ne saurait avoir la qualité de commandité dans une société en commandite.

49. Deux critères de distinction permettent d'identifier les sociétés civiles des sociétés commerciales : la forme de la société et l'objet social. L'article 6 (2) de l'AUSCG précise en effet que : « *sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes* ». L'Acte uniforme vient unifier sur ce point le régime des sociétés commerciales de personnes et des sociétés commerciales de capitaux. Ces quatre types de sociétés restent commerciales quelle que soit la nature de leur objet. L'on observe d'après cette disposition que le critère de la forme l'emporte sur celui de l'objet. Le reste est constitué, en dehors des sociétés civiles proprement dites, par les sociétés en participation (il s'agit des sociétés dans lesquelles les associés conviennent qu'elles ne seront pas immatriculées au registre du commerce et du crédit mobilier et qu'elles n'auront pas la personnalité morale. Elles ne sont pas soumises à publicité : article 854 AUSCG), les sociétés créées de fait (ce sont celles dans lesquelles deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue mais n'ont pas accompli les formalités légales constitutives ou ont constitué entre elles une société non reconnue : article 865 AUSCG (bien que le législateur OHADA utilise l'expression « société de fait ») et les groupements d'intérêt économique (« *le groupement d'intérêt économique est celui qui a pour but exclusif de mettre en œuvre pour une durée déterminée, tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité. Son activité doit se rattacher essentiellement à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci* » : article 869 AUSCG). Ces groupements sont civils si leur objet est civil, commerciaux dans le cas contraire. Le critère de l'objet prime cette fois sur celui de la forme. La commercialité par l'objet suppose que la société accomplit, conformément à l'article 2 (qui définit le commerçant) et à l'article 3 (qui énumère les actes de commerce) de l'Acte uniforme portant droit commercial général (AUDCG), des actes de commerce et en fait sa profession habituelle.

50. Cependant, il peut avoir conflits au niveau des critères de distinction de ces deux types de groupement. Ainsi, une société à forme commerciale peut avoir un objet civil. Dans ce cas, le régime est dicté par la forme et non par l'objet. Par exemple, la société anonyme d'expertise comptable, d'architectes est commerciale et tous les actes de ces sociétés sont qualifiés d'actes de commerce (Voir Cass. com., 10 mars 1998, Bull.

Joly 1998, p. 665, note DAIGRE (J.-J.) : « *nonobstant la nature civile du mandat unissant un agent général à une compagnie d'assurance, la compagnie Prudence Créole GFA était bien fondée à revendiquer la compétence de la juridiction commerciale, le litige opposant deux personnes morales ayant la qualité de commerçantes à l'occasion de l'exercice de leur activité statutaire* »). De même, une société commerciale par la forme doit respecter les obligations comptables applicables aux commerçants (article 13 de l'AUDCG).

51. Par ailleurs, si une société commerciale par la forme peut exercer une activité de caractère civil, la réciproque n'est pas vraie. Toutefois, si une coopérative ou une mutuelle (assimilée à une société civile) adopte une des formes de société commerciale retenue par l'Acte uniforme, ou a un objet commercial, elle est commerçante et l'Acte uniforme s'applique (concernant les banques mutualistes : Crédit agricole, Crédit mutuel...voici comment la Cour de cassation présente leur nature ambivalente (Cass. com. 17 juil. 2001, RJDA 2001, n° 231) : « *une personne morale, même si elle est de statut civil, peut être tenue pour commerçante dans l'exercice d'une activité habituelle consistant en la pratique répétée d'actes de commerce. Tel est le cas pour les caisses de crédit agricole, dans leur pratique des opérations de banque, même si elles sont autorisées légalement à accomplir par ailleurs des actes relevant du droit civil* » ; Voir VALLANSAN (J.), *Observations sur le caractère commercial des banques mutualistes*, RJ com. 2002, p. 243). Ainsi par exemple, une société civile par la forme (immatriculée en tant que telle) ne saurait exercer une activité commerciale, exploiter un fonds de commerce. En cas de contravention à cette prohibition, la société sera requalifiée sur le plan juridique, de société de créée de fait (en effet, « *plusieurs solutions sont envisageables. Aucune n'est satisfaisante... La solution la plus raisonnable est d'admettre qu'une société commerciale créée de fait se superpose à la société civile... Comme la société créée de fait n'a pas la personnalité morale, ce sont les associés qui sont réputés accomplir personnellement les actes de commerce. Ils deviennent commerçants de fait* » : Voir GUYON (Y.), *Les sociétés-Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd., 2002, n° 195) ; or la société créée de fait est soumise au régime de la société en participation, laquelle relève des règles de la société en nom collectif lorsque son objet est commercial. C'est ainsi que les associés des sociétés civiles ayant une activité commerciale se trouvent tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales comme les associés en nom (Cour d'appel de Rouen, 22 nov. 1995, JCP éd. E 1997, I, 992, note J.-P. ARRIGHI). Sur le plan processuel, une action menée par une société civile dégénérée en société créée de fait ne peut que être rejetée pour défaut de qualité (Cass. 3^e civ., 5 juil. 2000, Rev. sociétés 2001, p. 100, note SAINTOURENS (B.) : dans cette affaire, l'arrêt d'appel est cassé pour avoir omis de rechercher si l'activité exercée par une

société civile immobilière présentait ou non un caractère commercial). Faute de personnalité morale, une telle société est en effet considérée comme inexistante au regard des canons de la procédure civile. Sur le plan fiscal, elle sera soumise d'office au régime de l'impôt sur les sociétés (sur la distinction société commerciale et société civile, (Voir COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), *op. cit.*, n°s 219 et ss., pp. 100 à 102).

52. Les règles spécifiques du contrat de société s'appliquent à la société civile sans modalités particulières. Mais selon une jurisprudence traditionnelle, la nécessaire recherche de bénéfices n'implique pas forcément la distribution de dividendes comme dans les sociétés commerciales. La quête d'un profit commun est suffisante, même si ce profit ne résulte pas de la jouissance collective des apports par les associés. En la forme, la société est constituée et acquiert la personnalité morale dès la signature de l'acte constitutif (NYAMA (J.-M.), *op. cit.*, p. 71) alors que la société commerciale n'acquiert sa personnalité qu'après son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) : article 98 de l'AUSCG.

53. La société civile est une société de personnes. Cette particularité confère une importance déterminante à la personnalité des associés. Elle est également une société à risque illimité ; mais contrairement aux sociétés commerciales, les associés des sociétés civiles sont tenus indéfiniment et non pas solidairement du passif social (article 1862 du Code civil). C'est dire qu'en cas d'insuffisance de l'actif social, les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme à parts égales (article 1863 du Code civil). Il s'en suit que chaque associé ne paiera que sa part virile dans la dette sociale. Cette absence de solidarité passive entre associés permet de retenir qu'en principe, les époux peuvent faire partie d'une même société civile alors que l'article 9 de l'AUSCG interdit à deux époux d'être associés d'une société commerciale dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment et solidairement.

Conclusion

54. Au demeurant, la société commerciale s'appréhende facilement lorsqu'on parvient à établir sa frontière avec les notions voisines telles que l'association, la société coopérative et la société civile. Toutefois, on la saisit davantage lorsqu'on en identifie les spécificités : il s'agit entre autres de la mise en commun des apports, de la recherche et du partage des bénéfices, économies et pertes et de *l'affectio societatis*. Qui plus est, la recherche de la véritable nature de la société a conduit à l'envisager tour à tour comme un contrat et une institution, comme étant l'un des supports juridiques de l'entreprise et surtout comme une entité juridique autonome.

S'agissant de la matérialité de la notion de société commerciale, le droit OHADA reconnaît et organise la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société à responsabilité limitée et la société anonyme qu'il considère comme étant commerciales par leur forme (article 6 alinéa 2 AUSCG). Ces sociétés étant personnifiées, peuvent être regroupées en sociétés commerciales à risque limité (*l'expression renvoie aux sociétés dans lesquelles les associés ou les actionnaires ne risquent pas de perdre plus que le montant de leur apport ; tel est le cas dans la société anonyme, dans la société à responsabilité limitée et dans la société en commandite simple pour ce qui est des commanditaires*) et en sociétés commerciales à risque illimité (ici, le risque couru par les associés est illimité dans la mesure où ceux-ci sont personnellement et indéfiniment obligés par les dettes de la société ; c'est le cas de la société en nom collectif et de la société en commandite simple relativement au commandité). À elles, s'ajoutent les sociétés non personnifiées (*il s'agit des sociétés en participation et de la société créée de fait*). Le régime juridique applicable à ces différentes sociétés ne manquera pas à coup sûr d'enrichir la notion de la société commerciale, surtout lorsqu'il apparaît évident qu'il varie selon le type de société considéré.

Monique Aimée NJANDEU MOUTHIEU

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Association 23, 27, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 54

S

Société commerciale 1, 3, 4, 5, 19, 22, 24

- Types :

. SCS 17, 54,

. SNC 48, 51, 54

. SARL 1

. SA 8, 28, 31, 43, 50, 54

. Société en participation 11, 19, 23, 34, 51

. Société de fait 19, 49

Société civile 35, 46, 47, 48, 51, 52, 53, 54

Société coopérative 41, 42, 43, 44, 45, 46, 54

- Variabilité du capital 43,

- Principe démocratique 45

- Principe altruiste 44

OBLIGATIONS COMPTABLES ET FINANCIÈRES

Table des matières

Introduction n° 1 - 2

I - Documents comptables n° 3

A - Documents quotidiens n° 4

1 - Documents fiscaux n° 5 - 15

2 - Documents sociaux n° 16 - 19

B - Documents de fin de période n° 20

1 - Déclarations mensuelles et trimestrielles n° 31 - 32

2 - États financiers de synthèse États financiers de synthèse n° 23 à 37

II - Établissement des comptes consolidés et des comptes combinés n° 38

A - Consolidation des comptes n° 39 - 46

1 - Contrôle exclusif n° 41

2 - Contrôle conjoint n° 42

3 - Influence notable n° 43 - 45

B - Comptes combinés n° 56 - 57

III - Exigences et responsabilités n° 58 - 59

Bibliographie

- AMVENE SUKUTU (J.), Comptabilité des sociétés commerciales avec aspects juridiques et fiscaux, Éditions La colombe.

1. La comptabilité se définit comme la science qui a pour but l'enregistrement en unités monétaires des mouvements de valeurs économiques en vue de faciliter la conduite des affaires financières, industrielles et commerciales. La comptabilité joue ainsi trois rôles : c'est un instrument fiable de mesure des droits et obligations des partenaires de l'entreprise ; c'est un moyen de preuve ; c'est un outil pertinent d'information des tiers et de gestion.

Compte tenu de cette place de choix qui lui est réservée, la comptabilité doit être assise sur des documents comptables et financiers, lesquels servent à bâtir ce système d'information et à servir de preuve au cas où il y aurait contestation ou vérification nécessaire des informations comptables publiées. C'est conscient de ces exigences que le législateur OHADA, non pas expressément dans tous les cas, détermine les obligations comptables et financières.

- Ernst & Young International, « Acte uniforme sur la comptabilité », in Actes uniformes OHADA, Les études pratiques de Ernst & Young en Afrique, Éditions FFA, 1^{re} édition, octobre 2006, p. 427 à 544.
- GOVOEI (B.D.) : Précis de comptabilité générale. Droit et système comptable OHADA. Contribution à l'amélioration et à la vulgarisation du système de convergence des normes comptables internationales IAS/IFRS, Ed. Etudis Abidjan – Cotonou.
- GUEYE MAMA ADAMA, NDIAYE (P.), SAKHO (A.) Acte uniforme dans les États de l'UEMOA, Dakar, synergie Experts, 500 pages.
- JOHSON FRANK (K. A) « Rappel des principes comptables », Flash n° 4 de la Revue des experts associés n° 1, juillet 2005 ; « Droits et garanties du contribuable en cas de contrôle fiscal », Flash n° 3 de la Revue des experts associés n° 2.
- NEMEDEU (R.) : « Une présentation critique de l'Acte uniforme Ohada du 24 mars 2000 portant organisation des comptabilités des entreprises par rapport au plan comptable OCAM-CEMAC », Juridis Périodique, n° 58, avril-juin 2004, p. 94
- NGUE REMY (E.), « Les états financiers OHADA ».
- NJAMPIEP (J.) : Maîtriser le droit et la pratique du système comptable OHADA ? Éditions Publibook Université (EPU). Paris France.
- SAWADOGO FILIGA (M.), SERE (S.) : Droit comptable, Système comptable Ouest africain, Éditions découverte du Burkina, Ouagadougou, 2002, 159 pages.
- WAHA (J.P.), « Système comptable OHADA : Analyse critique de certaines dispositions légales », Juridis Périodique n° 48, Oct.-Nov.-Déc. 2001, p. 97-100.

2. Les obligations comptables et financières consistent à tenir des documents comptables, les états financiers annuels, les comptes personnels des entreprises, les comptes combinés et comptes consolidés. La finalité dans l'exigence de ces obligations comptables et financières est de parvenir à obtenir une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise à l'issue de la période ou de l'exercice écoulé. C'est pour cette raison que le législateur OHADA sanctionne les entrepreneurs et les dirigeants sociaux qui n'auront pas souscrit à ces obligations comptables et financières.

Les obligations comptables et financières se déclinent donc en plusieurs volets : les documents comptables (I), les comptes combinés et consolidés (II), enfin les exigences et responsabilités (III).

I - Documents comptables

3. Le DCO a consacré, dans son dispositif juridique du SYSCO, d'une part, des articles pour les documents de fin d'exercice (*il s'agit principalement des articles 7, 8, 9, 10, 11, 12, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 70, 71, 72 et 73 du DCO*) et pour les documents quotidiens (*Cf. les articles 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 66, 67, 68 et 69 du DCO*) ; d'autre part, à l'organisation comptable relative aux documents à tenir pour satisfaire aux exigences de régularité, de sécurité et d'authenticité des écritures comptables. On doit néanmoins noter que les obligations de tenue des comptes seront différentes, selon que l'on parte d'un régime fiscal ou d'un système fiscal à l'autre. Cette distinction permet d'alléger lesdites obligations, selon qu'on va des plus grandes entreprises aux plus petites. Les documents de fin d'exercice (B) doivent leur sincérité à l'authenticité des documents quotidiens fiscaux et sociaux tenus au jour le jour tout au long de l'exercice (A).

A - Documents quotidiens

4. L'objectif de l'organisation comptable mise en place est de permettre d'obtenir des informations fiables qui permettent à la fois de mesurer les droits et obligations des partenaires de l'entreprise (art.14 DCO). L'authenticité des documents et des écritures comptables doit assurer l'admission desdits documents comme instruments de preuve, d'information des tiers et de gestion. Tous les documents tenus quotidiennement doivent contribuer fidèlement à produire en fin d'exercice des états financiers conséquents et incontestables.

Les documents sont fiscaux, d'une part, et sociaux, d'autre part.

1 - Documents fiscaux

5. Toutes les opérations ou transactions de l'entreprise avec ses différents partenaires internes et externes doivent faire l'objet d'un enregistrement au jour le jour, et sans retard pour éviter des pertes ou oublis d'informations de base. Toutes les opérations qui nécessitent un retraitement particulier afin de faciliter l'enregistrement comptable doivent l'être en temps opportun. L'art.15 DCO recommande que soit, pour les besoins de gestion interne (information interne) ou de production prescrite d'états (information externe), respectée régulièrement la notion de délai.

Cet article est malheureusement respecté par les seules entreprises qui tiennent une comptabilité informatisée avec un comptable qui travaille régulièrement à cet effet. La seule tenue au jour le jour, qui tienne manuellement et régulièrement, est celle des recettes puisque, le chef d'entreprise s'y intéresse chaque fin de

jour, même les dirigeants des PME. L'outil informatique étant encore moins répandu pour bon nombre de nos entreprises africaines, la tenue de la comptabilité au jour le jour reste un exercice pour l'avenir. L'objectif de fiabilité et d'authenticité ainsi recherché par le DCO reste loin d'être atteint.

6. L'institution de l'obligation incombant à toutes les entreprises d'établir un manuel de procédures est une autre innovation du SYSCO (art.16 DCO). C'est en vue de faciliter la compréhension et le contrôle du système de traitement de l'entreprise que cette documentation est établie. Il permet la lisibilité dans les actions et enregistrements comptables de l'entreprise. Cette mise en place de dispositifs de contrôle du fonctionnement des règles et procédures facilite également les travaux de contrôle interne et externe.

7. Quant à l'art. 17 DCO, il précise et décrit dans quelles conditions d'ordre général, l'organisation comptable peut assurer la régularité et la sincérité de comptabilité de l'entreprise, indépendamment des modalités technologiques (tenue manuelle ou informatisée de la comptabilité).

Toutefois, il faut relever les points suivants :

- au Cameroun par exemple, la tenue de la comptabilité doit se faire en anglais ou en français et les informations chiffrées en FCFA.
- le principe de base de la partie double doit guider et justifier tout enregistrement comptable qui se solde par une égalité entre le total des sommes inscrites au débit et le total des sommes inscrites au crédit, car tout emploi a un financement de même montant.
- suivant les exigences du document décrivant les procédures et l'organisation comptable, les pièces comptables justifiant les écritures et devant servir de preuve doivent être datées, classées et conservées. Une facture d'achat de marchandises qui a permis à la fois de déduire la TVA récupérable, de déduire la charge d'achat pour la détermination du résultat imposable doit être bien conservée pour prouver au fisc, au contrôleur interne ou externe que la TVA et les charges d'achats ont été régulièrement traitées.
- il est important, tel que le prescrit le DCO, de respecter l'enregistrement chronologique des opérations. Les mouvements affectant significativement ou non le patrimoine de l'entreprise doivent être enregistrés opération par opération, surtout dans l'ordre de la date d'émission ou de réception des pièces justificatives y afférentes. Une procédure devant garantir le caractère définitif de l'enregistrement des mouvements doit être mise en place.
- à partir d'un enregistrement comptable l'on doit pouvoir identifier l'origine et l'imputation de l'opération, son contenu et ses principales références. Toutes ses informations sont importantes pour apprécier l'authenticité de la pièce comptable.
- à partir d'un canevas bien tracé dit registre d'inven-

taire, le patrimoine de l'entreprise doit être recensé en termes de quantité et/ou valeur à la fois pour les biens, les créances et les dettes. À la date d'inventaire, le patrimoine doit être chiffré. C'est une opération qui permet à l'entreprise de déterminer avec plus de précision sa valeur nette.

- le SYSCO a prévu un plan de compte normalisé qui permet la tenue de la comptabilité de l'entreprise. La flexibilité laissée au comptable d'adapter les comptes à l'activité de l'entreprise, afin de ressortir un plan comptable général de l'entreprise, est une innovation remarquable du DCO.

Mais cette démarcation garde tout de même des limites dans la mesure où le plan comptable n'évolue pas avec la création de nouvelles activités et des secteurs de plus en plus variés.

La bonne tenue de la comptabilité d'après les prescriptions ci-dessus permet de garantir en fin d'année des informations fiables et lisibles pour l'établissement des états financiers.

8. L'art. 18 DCO précise les classes de compte distinguées par le SYSCO : les classes de comptes de patrimoine et celles de comptes gestion. Sous la condition première que le regroupement ou l'ouverture des comptes, selon les besoins de l'entreprise, puisse permettre avec aisance l'établissement des états financiers annuels ; l'entreprise est libre de détailler ou non les comptes prévus par le plan. Les classes 1 à 5 sont ainsi réservées au bilan et les classes 6 à 8 au compte de résultat. La classe 9 est affectée plutôt à la comptabilité des engagements et à la comptabilité de gestion. Les constances et les parallélismes prévus par le SYSCO facilitent la maîtrise des comptes (*prenons par exemple, 601 pour achat de marchandises et 701 pour vente de marchandises. 602 achats de matières premières et fournitures liées et 702 pour ventes de produits finis*).

9. L'art. 19 DCO quant à lui énumère les documents quotidiens à tenir et qui enregistrent les informations de base essentielles pour comprendre et apprécier la vie et l'état de santé de l'entreprise.

Le livre-journal, comme son nom l'indique, enregistre, chronologiquement, pièce par pièce et au jour le jour, toutes les opérations de l'entreprise, sans exception.

Le grand-livre permet de suivre individuellement le séjour et le fonctionnement de chaque compte dont les informations le concernant viennent du livre-journal. Chaque compte y est ouvert une seule fois pour l'exercice et doit être mouvementé, chaque fois que le livre journal signale une information enregistrée le concernant.

La balance reprend à son tour les informations venant du mouvement de chaque compte du grand-livre, et les inscrit entre ses colonnes. Les deux premières colonnes enregistrent respectivement les numéros de compte et les libellées des comptes le plus précisément possible. Les colonnes 3 et 4 enregistrent respectivement le débit

et le crédit des soldes initiaux des comptes du bilan de l'exercice écoulé, tels que le grand-livre les présente dans le strict respect du principe de l'intangibilité du bilan d'ouverture. Les mouvements de chaque compte en débit (colonne 5) et en crédit (colonne 6) sont notés par la suite. La confrontation entre la situation initiale et les mouvements de chaque compte donne sa situation en solde final (colonne 7, débit et colonne 8, crédit). Il est entendu que les comptes de résultat sont totalement soldés à la fin de chaque année pour donner naissance au résultat. Les deux dernières colonnes 7 et 8 sont donc utilisées pour établir le bilan et le compte de résultat. Les soldes débiteurs vont en principe au bilan-actif pour les comptes de situation (2, 3, 4,5) et au résultat-charges pour les comptes de résultat (6,8 impairs). En dehors des soldes nuls ou comptes soldés, les soldes créditeurs vont au bilan-passif (1, 4, 5) et au résultat-produit (7,8 pairs).

Notons cependant que ces livres ne sont presque pas tenus par les PME, car elles le font chaque fois qu'un rendez-vous est pris avec le fisc. Ce qui laisse penser qu'au quotidien, une bonne majorité des PME africaines ne tiennent, ni une comptabilité manuelle, encore moins une comptabilité informatisée, mais une comptabilité de circonstance dictée par le souci d'échapper à certaines charges fiscales.

10. À travers l'art. 20 DCO, le législateur OHADA relève l'intolérance de toute forme de rature, de surcharge sur les documents comptables tenus. Les livres sus-évoqués et tout support doivent être tenus sans blanc. Il faut éviter des sauts de page ou de plusieurs lignes. Si une écriture est fautive, au lieu d'utiliser une gomme, il est préférable de contre-passer l'écriture, ce qui permet de solder le compte et de repasser à nouveau la bonne écriture. C'est ce que le DCO appelle ici l'inscription en négatif. Tous ces documents doivent être cotés (attestation par le président de la juridiction compétente du nombre de pages du registre, chaque page étant numérotée) et paraphés (certification par le même président de l'existence du registre et de l'attribution d'une date certaine). Pour des documents informatisés, ils doivent être identifiés, numérotés et datés dès leur établissement par des moyens offrant toute garantie en matière de preuve.

11. Pour les entreprises relevant du système minimal de trésorerie, il leur est exigé, tout simplement, de tenir des registres qui permettent de retracer les recettes et les dépenses (art. 21 DCO). Le reste est pratiquement facultatif pour ce qui est des documents fiscaux quotidiens. C'est une politique d'allègement de tâches aux plus petites entreprises. Mais la plupart d'entre elles en profitent pour ne rien tenir du tout comme document. Ils brandissent pour seuls documents les déclarations trimestrielles de chiffre d'affaires.

12. Pour les entreprises tenant une comptabilité informatisée, l'art. 22 DCO énumère les conditions pour que l'organisation comptable satisfasse aux exigences de

la régularité et de la sincérité nécessaires. Toutes ces conditions permettent de garantir l'irréversibilité des écritures comptables. Les logiciels comptables doivent donc garantir la sécurité des informations comptables et empêcher le retraitement des enregistrements déjà passés (*avec le logiciel Saari Sage, l'on peut satisfaire dans une certaine mesure aux exigences du SYSCO*). Les moyens légaux doivent permettre la garantie du respect de la chronologie des opérations, de l'irréversibilité et la durabilité des enregistrements comptables (art. 67 DCO).

13. Pour assurer la valeur probante des documents, le contrôle des comptes, la collecte et la publicité des informations comptables, l'art. 66 DCO revient sur la nécessité de coter et de parapher les documents tenus quotidiennement.

L'un des plus grands enjeux d'une tenue régulière de la comptabilité à travers des documents légaux cotés et paraphés, c'est celui de son admission en justice pour servir de preuve entre les entreprises pour faits de commerce ou autres. Les documents irrégulièrement tenus, autrement dit, en marge des prescriptions du DCO, ne peuvent pas être invoqués par leur auteur à leur profit (art. 68 DCO).

14. L'art. 69 DCO revient sur l'organisation comptable et met à la charge de l'entreprise l'obligation de mettre en place un mécanisme de contrôle interne fiable (organisation, procédures, outils de gestion), afin de faciliter sa gestion interne (maîtrise des opérations, collecte des données, fiabilité des restitutions, etc.), et l'exercice d'un contrôle externe opéré par un contrôleur contractuel ou légal (commissaire au compte).

Ces différents documents exigés par le DCO sont négligés au profit de ceux régulièrement contrôlés par les inspecteurs vérificateurs : registre des achats, registre de recettes, registre d'inventaire des marchandises. Même si les documents cités plus haut et exigés par le DCO sont mentionnés sur les avis de vérification, pendant les séances de contrôle et vérification de comptabilité, les responsables des entreprises clament haut et fort qu'ils tiennent une comptabilité manuelle et donc ne peuvent tenir le livre-journal, le grand-livre et le livre d'inventaire manuellement. Ils bénéficient de ce qu'on appelle au Cameroun « la tolérance administrative » plus précisément « la tolérance fiscale ». La question est désormais celle de savoir quelle est la nature de la relation entre les tolérances administratives des États parties et l'efficacité du SYSCO.

15. Le registre des recettes retrace par jour les recettes de l'entreprise, celui des achats, les achats par mois, et le livre d'inventaire enregistre, à la fin de chaque exercice et pour les entreprises commercialisant les marchandises, le stock final détaillé en quantité et le prix unitaire d'achat. Les entreprises de service achètent, cotent et paraphent tous ces registres même s'ils restent blancs et doivent être constatés comme tels par le fisc.

À ces documents fiscaux s'ajoutent les documents exigés à la fois par les Caisses de sécurité sociale et les services d'inspection du travail.

2 - Documents sociaux

16. Il s'agit des documents tenus par les entreprises, non expressément cités par les dispositions du DCO, mais qui contribuent à retracer la vie de l'entreprise.

L'inspection du travail et la CNPS exigent aux entreprises utilisant de la main-d'œuvre salariale de tenir des documents tels que : le bulletin de paie, le registre employeur en 03 fascicules, le DIPE (Document d'information sur le personnel employé).

17. Le bulletin de paie permet de matérialiser la rémunération du personnel-salarié de l'entreprise. Les souches desdits bulletins servent de preuve du versement effectif de salaire aux personnes employées en permanence ou temporairement. Elles doivent être cotées et paraphées au même titre que les autres documents officiels justifiant la gestion du patrimoine de l'entreprise. Les services de l'Inspection du travail sont chargés de coter et de parapher ces documents sociaux.

18. Le premier fascicule du registre employeur enregistre tous les employés de l'entreprise dans leur ordre d'arrivée et l'essentiel des informations les concernant. Le deuxième fascicule réserve une page à chaque employé et permet de le suivre tout au long de son séjour au sein de l'entreprise. Le troisième fascicule, réservé exclusivement aux observations de l'inspecteur du travail, est rempli par ce dernier lorsqu'il procède à une vérification sociale sur la relation de l'entreprise avec son personnel salarié, relation basée sur les dispositions des conventions collectives.

19. Le DIPE quant à lui, jadis remis régulièrement aux entreprises, leur permet de liquider et de payer les cotisations sociales. On peut s'y référer pour les informations relatives aux différents éléments de salaire et les traitements ayant contribué à la détermination du salaire cotisable de chaque employé, pris individuellement. De nos jours, ce document est détenu par quelques entreprises seulement, pour des raisons inconnues de tous, et est remplacé par sa représentation sur un format A4. C'est une adaptation faite par les contribuables et acceptée par l'administration sociale depuis plus de 5 exercices au Cameroun.

Tous ces documents, qui doivent être conservés pendant dix ans (art. 24 DCO et art. L4 du CGI de l'État du Cameroun) permettront d'établir les déclarations mensuelles trimestrielles et les états de synthèse financiers. Ces derniers doivent être arrêtés au plus tard dans les quatre mois qui suivent la date de clôture de l'exercice (art. 23 DCO). Cette échéance ne coïncide pas toujours avec les exigences fiscales des États parties. À

titre d'illustration, au Cameroun, le droit fiscal prévoit une échéance au 31 mars de l'exercice suivant.

B - Documents de fin de période

20. Les documents de fin de période, tenus à la fin des mois, des trimestres et de l'exercice, sont respectivement, les déclarations mensuelles, les déclarations trimestrielles et les états financiers de synthèse. Cette dernière doit également sa fiabilité à la régularité des déclarations mensuelles ou trimestrielles.

1 - Déclarations mensuelles et trimestrielles

21. En ce qui concerne les entreprises relevant du régime de base (moins de 30 000 000 FCFA de chiffre d'affaires annuel pour le DCO et chiffre d'affaires compris entre 15 000 000 et 50 000 000 de FCFA pour le CGI camerounais), les déclarations doivent se faire dans les 15 jours qui suivent la fin de chaque mois concerné. Ce qui permet de conclure que les déclarations trimestrielles se font en début avril, juillet, octobre et janvier, respectivement pour les trimestres 1, 2, 3 et 4 de l'exercice concerné.

22. Pour les entreprises relevant des autres régimes fiscaux (simplifié ou réel), les déclarations sont faites dans les 15 jours suivants les mois concernés.

Deux fiches sont généralement remplies et appelées fiche de déclaration de TVA et fiche de déclaration des acomptes. La première permet de présenter les TVA collectées, récupérables, retenues à la source, les demandes de remboursement de TVA et toutes les régularisations nécessaires pour justifier un paiement ou un crédit de TVA. La seconde, quant à elle, permet de présenter, pour le compte du mois ou du trimestre, en guise d'avance IS ou IRPP, selon que l'entreprise est respectivement personne morale ou personne physique n'ayant pas opté pour l'IS, les acomptes sur chiffre d'affaires, retenus à la source, le précompte sur achat pour justifier un acompte à verser ou un crédit d'impôt.

Les pièces qui sont jointes à ces fiches sont, entre autres, l'état de contrôle de déduction sur achats de marchandises, de services et de biens durables ou non durables ; les factures d'achat ; les états de contrôle des retenues à la source pour les ventes à l'État ; et les bons ou les lettres de commande déclarés. Ces déclarations doivent être cohérentes et permettre de vérifier la régularité des états financiers de synthèse pour les informations qu'ils ont en commun.

2 - États financiers de synthèse

23. Les différents articles du DCO (*il s'agit particulièrement des articles : 7, 8, 9, 10, 11, 12, 23, 25, 26,*

27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 70, 71, 72 et 73) nous permettront de commenter, apprécier et proposer si nécessaire des recommandations en vue d'améliorer le traitement et la structure des états financiers.

Les états financiers de synthèse (art. 27 DCO) permettent de regrouper les informations comptables sur une période d'un exercice et au plus 18 mois pour les entreprises ayant entamé leur activité dans le deuxième semestre d'un exercice fiscal. Désormais l'exercice fiscal coïncide avec l'année civile. C'est l'une des innovations du DCO. La détermination d'une date unique de clôture des exercices comptables, pour toute personne soumise à l'obligation de tenue de la comptabilité, est l'un des aspects essentiels de l'harmonisation des règles de gestion comptable dans l'espace OHADA.

En conformité avec les pratiques observées au niveau international, l'art. 8 DCO précise la composition des états financiers. Il s'agit donc du Bilan, du Compte de résultat, du Tableau Financier des Ressources et des Emplois (TAFIRE) ainsi que de l'État annexé. L'association de ces différents états financiers permet de décrire de façon régulière et sincère les événements, les opérations et situations de l'exercice pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise.

Pour chaque exercice, la régularité et la sincérité des informations regroupées dans les états financiers annuels de l'entreprise sont garanties par la rigueur de la description fidèle et complète de toutes les opérations se rapportant à l'exercice (art. 9 DCO). Pour assurer une comparabilité des états financiers annuels au cours des exercices, il faut une certaine permanence dans la terminologie et dans les méthodes utilisées pour restituer la situation de l'entreprise. Le principe de la permanence des méthodes est ainsi rappelé à travers les dispositions de cet article pour garantir la comparabilité dans l'espace et dans le temps.

24. Le SYSCO suppose que l'application correcte, loyale et fidèle de ses dispositions est réputée donner, dans les états financiers, l'image fidèle recherchée par les tiers qui traitent avec l'entreprise (art. 10 DCO). L'image fidèle n'est pas un autre principe mais le socle de tous les principes. Elle est au début et à la fin de tous les principes comptables. L'État annexé permet de compléter les autres états financiers jugés insuffisants pour faire toute la lumière sur la situation réelle de l'entreprise.

25. Le SYSCO institue les modèles des états financiers en fonction de la taille de l'entreprise mesurée par le chiffre d'affaires. Ils sont rendus obligatoires pour tous les régimes fiscaux sauf ceux de l'impôt libératoire (art. 11 DCO). D'après les dispositions de cet article, et sauf exception liée à la taille, toutes les entreprises doivent présenter des états financiers sous le système normal. Ce système comprend 39 tableaux repartis entre le bilan (tableaux 3 et 4), le compte de résultat (tableaux 5 et 6),

le TAFIRE (tableaux 7A, 7B et 8) et l'état annexé (les autres tableaux). Toutes les entreprises du régime du réel (personnes morales et personnes physiques à chiffre d'affaires annuel supérieur à ou égal à 100 000 000 FCFA) doivent présenter leurs états sous ce système dit normal. Il s'agit généralement des moyennes et grandes entreprises ainsi que les petites entreprises qui peuvent se donner les moyens techniques.

26. Le système allégé, quant à lui, comprenant 27 tableaux, est réservé aux entreprises relevant du régime du simplifié (DCO : Chiffre d'affaires compris entre 30 000 000 et 100 000 000 FCFA). Il est simplifié puisque le TAFIRE ne s'y trouve plus, et que les tableaux sont moins détaillés qu'au système normal. Cette classification des entreprises par classes de chiffres d'affaires liée chacune à un système comptable n'est pas toujours compatible avec les droits fiscaux nationaux. Cette incompatibilité éventuelle crée des vides juridiques qui rendent le plus souvent difficile l'application à la lettre des dispositions du DCO (*à titre d'exemple, le système minimal prévoit un chiffre d'affaires inférieur à 30 000 000 alors que le droit fiscal prévoit un régime correspondant pour un chiffre d'affaires inférieur à 50 000 000f. Ceci embarrasse les entreprises ayant un chiffre d'affaires compris entre 30 000 000f et 50 000 000f*).

27. Les entreprises relevant du régime de base sont tenues de présenter leurs situations sous ce système. Il comprend 3 tableaux, le premier pour les informations d'identification de l'entreprise, le deuxième pour les recettes et dépenses et le troisième pour les impôts.

28. L'état supplémentaire statistique est exigé dans le système normal. Il s'agit du tableau 20 qui est destiné à alimenter la comptabilité nationale pour ce qui est de la production de l'exercice (art. 12 DCO). Malheureusement, ce tableau est généralement très négligé même par les entreprises les plus concernées (entreprises industrielles).

29. L'art. 13 DCO réprecise les entreprises à qui est proposé le système minimal de trésorerie. Moins de trente millions pour les entreprises de négoce, moins de vingt millions pour les entreprises artisanales et assimilées et moins de dix millions pour les entreprises de services. Il a été conçu pour permettre à de nombreuses micro-entreprises de procéder à un minimum d'organisation comptable aux fins de bénéficier d'un statut officiel dans le monde des affaires et particulièrement auprès des banques.

Les modèles établis et fournis par le SYSCO et prévus aux articles précédents permettent, à l'exception de l'état annexé, de présenter les états financiers, conformément à un ensemble d'éléments-composants classés en rubriques successives, elles-mêmes subdivisées en postes (art. 25 DCO) (*ces modèles sont malheureusement les mêmes depuis des années et sont de moins en moins adaptés aux différents secteurs d'activité et aux*

opérations courantes de l'entreprise. Les organisations à but non lucratif, les établissements scolaires ont du mal à utiliser ces états. Lorsque les comptables réussissent à les adapter, ils s'en sortent avec beaucoup de tableaux vides et donc trop de blancs. L'entrée progressive des entreprises des États parties dans le milieu des marchés financiers devrait s'accompagner des dispositions y afférentes. Il faut davantage introduire dans le DCO les notions techniques liées à la bourse. Il s'agit de véhiculer la culture de la bourse à travers les textes OHADA).

L'art. 26 DCO revient sur les dispositions des articles 11 et 13 précédents). Quant à l'art. 28 DCO, en revenant sur l'article 13 précédent, ajoute que le tableau 2 du système minimal de trésorerie permet aux entreprises relevant du régime de base de présenter la variation de leur avoir net à la fin de chaque exercice (variation des stocks, des créances et dettes commerciales, des équipements, des emprunts et du capital apporté).

30. L'art. 29 DCO renvoie à la structuration des différents états financiers annuels institués par le SYSCO. Nonobstant les différentes innovations apportées par le nouveau référentiel répondant aux exigences des normes internationales ainsi qu'aux besoins divers des utilisateurs (tableau comparatif OCAM et DCO ci-dessus), il faut relever que le bilan retrace le patrimoine de l'entreprise en blocs : actif et passif. À l'actif l'on distingue du haut vers le bas et en grande masse, les immobilisations, les valeurs d'exploitation et la trésorerie-actif. Le passif comprend distinctement les capitaux propres et les dettes.

31. Le compte de résultat récapitule tous les produits et charges qui feront apparaître le bénéfice net ou la perte nette dans le strict respect des principes d'indépendance des exercices et de non-compensation.

32. Le TAFIRE permet de visualiser les flux de ressources et emplois de deux exercices successifs. Il permet ainsi de ressortir la formation du fonds de roulement global et son usage à travers le besoin en fonds de roulement global et la trésorerie nette globale de l'exercice.

L'état annexé complète et précise l'essentiel des informations contenues dans les autres états.

À la lecture de l'art. 30 DCO, on note quelques-unes des applications prévues par le SYSCO en cohérence avec « le principe fondamental de la prééminence de la réalité sur l'apparence » et qui concernent :

- la possibilité de faire rentrer certains biens pris en crédit-bail parmi les immobilisations de l'entreprise ;
- l'insertion du poste « Autres fonds propres » pour permettre aux entreprises d'y intégrer tous les autres éléments considérés comme faisant partie des capitaux propres mais n'ayant pas de compte correspondant prévu dans le modèle fourni par le SYSCO ;
- les autres applications restent les innovations déjà relevées plus haut en comparant le DCO à l'ancien plan OCAM.

En dehors des activités liées aux événements extrêmement rares, par exemple la vente de véhicules par une entreprise dont l'activité est tout sauf la vente de véhicules, qui rentrent dans les hors activités ordinaires, les autres activités (principales, secondaires et connexes) de l'entreprise rentrent dans le cadre des activités ordinaires. Ce qui permet ainsi au niveau du compte de résultat de les distinguer et de les intégrer logiquement dans le calcul des soldes caractéristiques de gestion (art. 31 DCO). On entend également qu'avec le temps, la créativité, et la vision, on peut faire d'une HAO une activité ordinaire (AO).

Les soldes caractéristiques de gestion sont différents d'un système comptable à l'autre (*si nous prenons le système normal, on distinguera : la marge brute sur marchandises, la marge brute sur matières, la valeur ajoutée, l'excédent brut d'exploitation, le résultat d'exploitation, le résultat financier, le résultat des activités ordinaires, le résultat des hors activités ordinaires, le résultat avant impôts et le résultat net comptable. Tous ces soldes sont déterminés au tableau 6 nommé « compte de résultat-Produits ». Le système allégé quant à lui est plus simple : la valeur ajoutée, le résultat d'exploitation, le résultat des activités ordinaires et le résultat net comptable sont les seuls soldes exigés. Nous devons aussi noter que l'une des limites des modèles actuels réside dans le fait que les entreprises de services, les établissements scolaires et autres types d'entreprises en dehors des entreprises commercialisant les biens trouvent ces tableaux assez inadaptés à leurs activités. Un avocat a du mal à constater la case de marge brute sur matière remplie. Les entreprises de services ont donc plusieurs tableaux et de lignes blancs).*

33. Le TAFIRE a l'avantage de faire ressortir toutes les variations de tous les postes du bilan d'un exercice à l'autre. Les flux d'investissement et de financement, les autres emplois, les ressources financières et la variation de trésorerie permettent de contrôler l'égalité fondamentale des analystes financiers notée : fonds de roulement – besoin en fonds déroulement = trésorerie nette (art. 32 DCO).

C'est une innovation qui est importante pour une analyse financière rapide et précise. La capacité d'auto-financement qui est présentée ici exclut les provisions susceptibles de donner lieu à court terme, à des décaissements ou à des réductions d'encaissements. Ce traitement est différent de celui du PCG 82. Cette capacité d'auto-financement dite Capacité d'Autofinancement Globale (CAFG) et le Besoin de Financement d'Exploitation (BFE) sont les deux principaux objectifs de la première partie du TAFIRE (Tableaux 7A et 7B). La deuxième partie (Tableau 8) quant à elle constituant le tableau proprement dit, fait ressortir les emplois durables financés dans l'exercice et les ressources de financement net.

34. L'état annexé est institué pour permettre à l'entreprise de mentionner toutes les informations qui ne

sont pas indiquées dans les autres états et qui sont susceptibles d'influencer le jugement que les destinataires des documents de synthèse peuvent porter sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise (art. 33 DCO). Il permet tout de même de référencer toutes les modifications apportées dans les méthodes d'évaluation et autres techniques d'analyse jugées relativement importantes. Il se pose toujours la question du seuil de significativité qui reste à l'appréciation des fournisseurs des états financiers de l'entreprise.

Il est recommandé à travers l'art. 34 DCO de tenir compte d'un ensemble de dispositions devant assurer la cohérence des états financiers :

- le respect du principe de l'intangibilité du bilan d'ouverture ;
- le respect du principe de non-compensation, non juridiquement fondée, entre postes d'actif et du passif, charges et produits ; ce qui garantit la transparence ;
- l'identité dans la présentation des états financiers d'un exercice à l'autre ;
- la précision des informations les postes réservés à l'exercice précédent (N-1).

35. Pour rassurer les destinataires des états financiers annuels sur l'authenticité ou le caractère probant des informations qui y sont inscrites, les commissaires aux comptes, choisis volontairement ou obligatoirement, ont le pouvoir de certification de la conformité des états de synthèse. Ils certifient ainsi, à partir des informations demandées et mises à leur disposition, que les états financiers sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'exercice écoulé (art. 70 DCO) (*à titre d'exemple, au Cameroun, avant la loi de finances 2010, les contribuables étaient obligés de soumettre leurs états financiers annuels à la certification des experts-comptables. Aujourd'hui cette obligation a disparu du CGI camerounais avec la modification de l'article L4 du Livre des procédures fiscales. Le Droit fiscal camerounais vient encore de s'écarter des dispositions du DCO pour satisfaire aux exigences nationales. Nous pourrions conclure en disant que chaque fois que les exceptions nationales tentent de prendre le dessus sur le DCO, ce dernier perd un peu de sa part de marché et donc de son autorité spatio-temporelle).*

Quarante-cinq jours, au moins, avant l'assemblée générale, pour les entreprises qui en tiennent une, tous les documents, bien commentés et présentés (rapport de gestion), ainsi que la liste des conventions réglées, sont transmis aux commissaires aux comptes (art. 71 DCO).

À partir de ces documents, on doit pouvoir obtenir l'essentiel des informations sur la situation de l'entreprise durant l'exercice, ses perspectives de développement ou son évolution prévisible et, en particulier, les indices de continuation d'activité, l'évolution de la situation de trésorerie et le plan de financement. Les organes d'administration ou de gestion sont chargés d'assurer cette

transmission d'information. Cet article insiste sur le fait que l'inventaire et les états financiers, le rapport de gestion, le bilan social et la liste des conventions réglementées, doivent être auditées par les commissaires aux comptes et toute irrégularité doit être signalée à l'assemblée. Pour les SARL et les SA, l'absence du rapport de gestion entraîne, en principe, la nullité de l'assemblée générale.

36. Alors que l'inventaire et les états financiers récapitulent tous les comptes et leurs soldes pour le compte de l'exercice écoulé, le rapport de gestion retrace la marche de l'entreprise. Le bilan social quant à lui, récapitule en un document unique les principales données chiffrées permettant d'apprécier la situation de l'entreprise dans le domaine social. La liste des conventions ressort l'ensemble des conventions conclues, directement ou par personne interposée, entre l'entreprise et tout tiers.

Dans un délai de 6 mois et à compter de la date de clôture de l'exercice, les états financiers annuels et le rapport de gestion établis par les organes d'administration ou de direction, selon le cas, doivent être soumis à l'approbation des actionnaires (SA) ou des associés (SARL) (art. 72 DCO).

L'art. 73 DCO est spécifiquement consacré aux sociétés. Il met en exergue les mesures communes de communication des informations aux actionnaires ou aux associés et de publicité des états financiers annuels. Cette communication d'information s'opère pendant les 15 jours qui précèdent l'assemblée générale ordinaire annuelle pour l'approbation des comptes et porte sur les documents suivants :

- l'inventaire et les états financiers annuels de l'exercice écoulé ;
- la liste des actionnaires ;
- la liste des administrateurs ;
- le rapport de gestion du conseil d'administration ou de l'administrateur général ;
- le rapport général et spécial du commissaire aux comptes ;
- le document certifié par le commissaire aux comptes, indiquant le montant des rémunérations versées au titre de l'exercice écoulé aux cinq dirigeants sociaux et salariés les mieux rémunérés (aux dix dirigeants et salariés pour les SA ayant un effectif supérieur à 200) ;
- les textes de résolutions proposées ;
- l'exposé des motifs pour les résolutions proposées par les actionnaires ;
- les renseignements concernant les candidats aux fonctions d'administrateur.

37. En somme, nous pouvons croire que l'arsenal de documents exigés et le respect des principes de base édictés peuvent permettre de fournir des états financiers de synthèse fiables et donc d'assurer des comptes consolidés cohérents. Mais si un combat reste toujours à mener, c'est celui qui permettra de briser fondamentalement les incohérences de plus en plus

croissantes qui existent entre le SYSCO et les législations fiscales des États parties. Nous pouvons comprendre davantage tout le mal que les normes IAS-IFRS pourront se donner pour lutter contre les paradis fiscaux dans l'espace européen et favoriser un équilibre durable entre les normes IFRS et les législations nationales. L'avenir du SYSCO passera par cette conjugaison.

II - Établissement des comptes consolidés et des comptes combinés

38. Les plus grands groupes du monde, pour des besoins d'évaluation et de comparaison, par obligation ou volontairement, présentent des comptes consolidés afin de mettre en évidence leurs situations financières comme si chaque groupe ne formait qu'une seule entité économique (objet des comptes consolidés). Une entreprise en croissance qui diversifie ses activités, dans un ou plusieurs pays, a souvent recours à des prises de participation dans d'autres entreprises. D'où des entités juridiquement distinctes et économiquement interdépendantes formant un groupe et nécessitant des comptes consolidés. En effet, selon les dispositions de l'art. 74 DCO, « toute entreprise, qui a son siège social ou son activité principale dans l'un des États parties et qui contrôle de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises, ou qui exerce sur elles une influence notable, établit et publie chaque année les états financiers consolidés de l'ensemble constitué par toutes ces entreprises ainsi qu'un rapport sur la gestion de cet ensemble ».

Lorsque les entreprises filiales sont installées dans l'espace OHADA alors que leur société-mère est hors zone, ou lorsqu'il s'agit des succursales de la même entité juridique, il est recommandé la combinaison des comptes, objet du chapitre 6.

A - Consolidation des comptes

39. Le DCO a consacré les articles 74 à 102 aux dispositions réglementant les consolidations des sociétés dans l'espace OHADA constitué de deux régions (CEMAC et UEMOA). Les entreprises américaines procèdent aux exercices de consolidation depuis 1905, la France à partir de 1965 et le SYSCO tranchant avec ces questions non résolues par les systèmes antérieurs, institue la consolidation et cette dernière entre en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Nos commentaires tenteront, à chaque fois que cela est nécessaire, de mettre en exergue les limites liées aux dispositions du DCO sur la consolidation des comptes et les axes de recommandations pourront être proposés en vue de contribuer au renforcement et à l'adaptation du DCO à la fois au contexte des États parties et de l'environnement créé par la mondialisation.

L'obligation d'établir et de publier les comptes consolidés vise, d'après l'art. 74 DCO, les entreprises qui ont leur siège social ou leur activité principale dans l'un des États parties et qui contrôlent, de manière exclusive ou conjointe, une ou plusieurs autres entreprises, ou qui exercent sur elles une influence notable. Et conformément à l'art. 75 DCO, les membres du conseil d'administration, de direction ou de surveillance, ont la responsabilité de veiller au respect des dispositions de l'article 74 ci-dessus.

L'état annexé des états financiers personnels et l'état annexé consolidé doivent signaler le cas d'une entreprise consolidante qui est, elle-même, consolidée par une ou plusieurs autres sociétés ayant leur siège social et leur activité principale en dehors de l'espace économique formé par les États parties (art. 76 DCO). C'est par exemple le cas de la Société anonyme des brasseries du Cameroun qui est la maison mère de plusieurs entreprises camerounaises (SEMC, SOCAVER, SIAC, CDC vins), et qui est elle aussi filiale du Groupe BGI Paris. La consolidation des comptes du groupe SABC, SEMC, SOCAVER, SIAC, CDC vins par SABC doit persister malgré le fait que le groupe BGI consolidera la SABC.

40. L'art. 77 DCO précise trois conditions qui annulent l'exonération de la consolidation reconnue aux entreprises dominantes, qui sont elles-mêmes sous le contrôle d'une autre entreprise toujours de l'espace OHADA, de présentation des comptes consolidés :

- Si les deux entreprises ont leurs sièges sociaux dans deux régions différentes de l'espace OHADA (*les deux régions de l'espace OHADA sont jusqu'à lors la CEMAC et l'UEMOA. Ce qui signifie que l'obligation de consolidation subsiste si les deux entreprises sont dans l'espace OHADA, mais installées, dans les deux régions différentes. Par exemple une au Sénégal et l'autre au Tchad. Ici la dominante et la dominée présenteraient chacune ses comptes consolidés. Si les deux entreprises étaient situées au Tchad et RCA, la dominante dominée serait exonérée, conformément à cet article, de la présentation des comptes consolidés, c'est-à-dire que seule la dominante présenterait ses comptes. Cet article favorise la division dans un espace qui prône l'intégration. S'il est question de faire de l'espace OHADA une grande région visant à attirer les autres pays, il serait préférable d'annuler cet article. Car, la présentation des états consolidés à tous les niveaux de domination favorise également la transparence puisque les actionnaires majoritaires des deux entreprises dominantes ont des associés minoritaires différents. On doit même dépasser l'article 76 en exigeant de l'entreprise devant présenter les comptes combinés de réclamer et présenter des comptes consolidés les regroupant et présentés par la maison mère. Il s'agit, en prenant l'exemple ci-dessus, d'exiger que le groupe BGI de Paris définisse un périmètre de consolidation qui reprend toutes les entreprises de la zone OHADA sur qui elle a au moins*

une influence notable. Ce qui permettra à l'espace OHADA de mettre plus d'informations à la disposition des investisseurs de son espace. C'est aussi ça la mondialisation et la normalisation internationale de la comptabilité. Il est préférable qu'à chaque niveau de domination il y ait exigence de consolidation et que la volonté de lire la situation des groupes et sous groupes dépasse les considérations spéciales. Le DCO doit exiger du représentant des dominés de l'espace OHADA, non seulement des comptes combinés, mais aussi des comptes consolidés remis par la maison mère et ne regroupant que les entreprises contrôlées de l'espace OHADA. Les actionnaires minoritaires doivent être défendus par le DCO).

- Si l'entreprise fait appel public à l'épargne ;
Ce qui signifie qu'une entreprise dominante et dominée située en zone OHADA avec l'entreprise qui la contrôle doivent obligatoirement présenter les comptes consolidés puisqu'elle procède à l'appel public à l'épargne. Cette condition qui annule l'exemption vient davantage appuyer l'idée d'une nécessité de dépasser les clivages spatiaux pour mettre tous les moyens au service de la recherche de l'image fidèle. Il s'agit ici de faire comprendre que l'investisseur qui veut souscrire aux actions ou obligations d'une entreprise cherche avant tout à connaître la situation de l'entreprise qui émet les actions et/ou des obligations.
- Si des états financiers consolidés sont exigés par un ensemble d'actionnaires représentant au moins le dixième du capital de l'entreprise dominante.
Cet art. 77 DCO valorise la légitimité des actionnaires minoritaires qui peuvent brandir leur droit à l'information. L'actionnariat majoritaire est la somme de plusieurs actionnariats minoritaires. Dans une entreprise où nous avons deux majoritaires conjointement à 49 % chacun et un minoritaire de 2 %, c'est fort possible que la difficulté d'entente des deux gros bonnets conduise le minoritaire de 2 % à décider de l'avenir de l'entreprise. C'est juste un cas de figure pour dire que, de plus en plus, les actionnaires minoritaires exigent que les normalisations comptables tiennent compte de leurs intérêts parfois négligés par les actionnaires majoritaires.

L'art. 78 DCO définit les conditions et critères à retenir pour la qualification de la situation de contrôle exclusif ou de contrôle conjoint. Ces conditions sont également éclairées par les articles 173 à 179 de l'AUSCGIE.

1 - Contrôle exclusif

41. Le contrôle exclusif est le droit de diriger les politiques stratégiques, financières et opérationnelles d'une entreprise. Il peut être acquis de droit, de fait ou par contrat.

Lorsque le pourcentage de contrôle de la société dominante dans la société dominée est supérieur à 50 % (maison mère et filiale), il y a **contrôle exclusif de droit**.

C'est également le cas lorsque la dominante détient sur la dominée de manière directe ou indirecte la majorité des droits de vote aux assemblées générales ordinaires (AGO), ou organes de décision équivalents.

Il y a contrôle exclusif de fait lorsque, pendant deux exercices consécutifs, une société a désigné la majorité des membres du conseil d'administration, de direction, ou de surveillance d'une société F dominée. Le contrôle de fait se présume quand la société dominante dispose pendant deux exercices consécutifs d'un pourcentage de contrôle supérieur à 40 % sans se faire dépasser par une seule fraction de capital (*nous n'attendrons certainement pas la disponibilité des textes d'application pour relever qu'il serait préférable de lever cette barrière entre les petits contrôleurs de sociétés et les grands contrôleurs. Nous pensons que le DCO gagnerait à exiger de toute entreprise qui contrôle une autre, conformément aux dispositions de l'article 74, de procéder à une consolidation. Ceci est important dans la mesure où l'on pourra facilement lire l'évolution d'un groupe depuis ses premiers pas. Si un salon de coiffure contrôle d'autres salons de coiffure, il doit présenter des comptes consolidés indépendamment des chiffres d'affaires et des effectifs. Il faut enseigner la culture de consolidation à tout contrôleur sans exception, sans exemption*).

Le contrôle exclusif contractuel, quant à lui, doit réunir deux conditions :

- La société dominante à au moins une action dans la société consolidée ;
- Il existe un contrat qui assure le contrôle de la société consolidée.

2 - Contrôle conjoint

42. Il se présente lorsqu'un nombre limité d'associés se partage le contrôle, de telle sorte que, les décisions résultent de leur accord, et qu'une décision ne peut être prise sans l'accord de l'une d'entre elles. Ceci peut être illustré par le cas de trois actionnaires disposant de 30 % chacun ou de deux associés, propriétaire de 40 % chacun.

3 - Influence notable

43. C'est le pouvoir de participer aux politiques financières et opérationnelles d'une entreprise sans en détenir le contrôle. Elle est présumée lorsque l'entreprise dominante dispose d'un pourcentage de contrôle au moins égale à 20 %. Cependant la société dominante peut justifier l'absence d'influence notable avec plus de 20 % de droit de contrôle ou influence notable.

Aux termes de l'art. 79 DCO, comme dans le cas des comptes personnels, les états financiers consolidés comprennent le bilan consolidé, le compte de résultat consolidé, le TAFIRE consolidé et l'état annexé. Les modèles utilisés pour les états financiers, système nor-

mal, sont également utilisés pour les états financiers consolidés. Les rubriques et postes spécifiques liés à la consolidation tels que « les écarts d'acquisition », « les intérêts minoritaires », sont présentés en complément.

Pour les trois formes de domination, il existe également trois types de consolidation correspondants. En cas de contrôle exclusif, la consolidation se fait par intégration globale ; il s'agira d'une consolidation par intégration proportionnelle en cas de contrôle conjoint et les comptes des entreprises sur lesquelles l'entreprise consolidante exerce plutôt une influence notable procède par une simple mise en équivalence (art. 80 DCO).

44. La consolidation par intégration globale consiste à substituer les titres de participation à l'actif de la société consolidante par tous les éléments d'actif et de passif exigible de l'entreprise consolidée. Au niveau du compte de résultat, il est question d'ajouter les charges et produits de la consolidée à ceux de la consolidante, tout en mettant en exergue les intérêts minoritaires dans les résultats et les capitaux propres consolidés (art. 81 DCO).

On applique la même technique ci-dessus lorsqu'il s'agit de l'intégration proportionnelle, à la seule différence qu'ici, il n'y aura plus d'intérêts minoritaires à mettre en exergue, puisque l'intégration est faite au prorata du pourcentage d'intérêts de la société consolidante sur la société consolidée.

45. La mise en équivalence, quant à elle, consiste juste à remplacer la valeur comptable des titres de participation par la part des capitaux propres (résultat compris) détenue par la société consolidante. Cette méthode revient en réalité à réévaluer chaque année ces mêmes titres. Dans ce cas, la rubrique « résultat mis en équivalence » apparaît au compte de résultat du groupe consolidant.

46. À la date d'entrée d'une entreprise dans le périmètre de consolidation, il est important d'évaluer le degré d'amélioration ou de détérioration des titres détenus. Ceci passe par l'appréciation de la différence entre le coût d'acquisition des titres d'une entreprise consolidée et la part des capitaux propres que représentent ces titres pour l'entreprise consolidante, sans oublier le résultat de l'exercice réalisé à la date d'entrée de l'entreprise dans le périmètre de consolidation (art. 82 DCO).

Lorsque ces titres perdent de la valeur, le DCO prévoit une constatation de leur détérioration conformément aux règles d'amortissement en vigueur. De même, les écarts négatifs sont intégrés au passif et repris dans le compte de résultat.

Dans un contexte de forte volatilité des cours, pendant la même opération de consolidation, plusieurs cas d'écarts peuvent se produire pour les mêmes titres et rendre difficile le traitement desdits écarts. Ce scénario s'apparente à un objet difficilement maîtrisable sous un tsunami. Il devient un peu inopportun de prévoir un plan d'amortissement sur un écart instable. Il serait

préférable de constater et de traiter la variation entre écarts sur deux opérations de consolidation successives.

47. L'art. 83 DCO souligne le traitement applicable dans le cas de la première consolidation d'un ancien groupe et autorise alors l'imputation des écarts de consolidation sur la situation nette d'ouverture. L'état annexé doit, dans ce cas, produire une explication y afférente.

Aux termes de l'art. 84 DCO, le chiffre d'affaires consolidé regroupe l'ensemble des produits et services liés aux activités courantes consolidées par intégration. Les opérations internes au groupe sont corrigées. Dans le cas de l'intégration globale, il s'agit de la somme nette des chiffres d'affaires des entreprises formant le périmètre de consolidation et, en cas d'intégration proportionnelle, juste de la quote-part détenue dans les entreprises consolidées ajoutée au chiffre d'affaires de la consolidante. L'art. 85 DCO réserve le même raisonnement dans le traitement des résultats.

48. Les comptes personnels des entreprises rentrant dans le périmètre de consolidation représentent les pièces comptables de base de la consolidation des comptes. Il faut alors que ces comptes soient présentés sur une base homogène (art. 86 DCO). Si cette homogénéité n'est pas préalable, il faudra commencer par le faire. Ceci passe par le contrôle et traitement des problèmes que peuvent poser les différences de plan des comptes, de méthode de valorisation, de change, etc. Cet article indique les modalités de retraitement induites par les opérations de consolidation. Le principe d'importance significative doit tour à tour guider les options de retraitement. Il s'agit d'éliminer les opérations internes et réciproques qui peuvent indûment diminuer ou augmenter la situation réelle du groupe après consolidation des comptes. Toute vente de marchandises qui ne sort pas du groupe par vente à un tiers hors du groupe doit être annulée.

Les retraitements à faire concernent aussi et surtout les écarts de conversion des monnaies, de la prise en compte de l'effet de l'inflation d'un pays à l'autre. Cet art. 87 DCO laisse le choix entre les cours d'évaluation (historique, de clôture, moyen, etc.) mais surtout d'imputer ces écarts aux capitaux propres consolidés ou au compte de résultat consolidé. L'art. 88 DCO élargit la nature des capitaux propres consolidés.

Quant à l'art. 89 DCO, il recommande de faire ressortir distinctement dans le bilan consolidé, selon le modèle prévu dans le SYSCO pour les comptes personnels, le système normal, les écarts d'acquisition, les titres mis en équivalence, les parts des actionnaires minoritaires (intérêts minoritaires) et les impôts différés. Il est ainsi entendu que le bilan consolidé est présenté avant répartition des résultats. Les réserves consolidées comprennent également les résultats non distribués des entreprises consolidées depuis leur date d'entrée dans le groupe par acquisition ou création.

Le compte de résultat consolidé doit permettre de mettre en exergue et de façon distincte le résultat net de

l'ensemble des entreprises consolidées par intégration, la quote-part des résultats nets des entreprises consolidées par intégration proportionnelle et surtout la part des associés minoritaires dans le cas d'une intégration globale (art. 90 DCO).

49. Au niveau du compte de résultat consolidé, il est recommandé un classement des charges et produits par nature. Toutefois, si l'entreprise consolidante le juge nécessaire, elle peut procéder à un classement par destination des produits et des charges. Cette présentation sera jointe aux états consolidés (art. 91 DCO).

Le bilan et le compte de résultat consolidés enregistrent les impôts différés du fait du décalage temporaire entre arrêt des comptes et constatation desdits impôts, des aménagements, éliminations et retraitements prévus à l'article 86 ci-dessus, des déficits reportables réguliers (art. 92 DCO).

La capacité d'autofinancement globale sert de base de construction du TAFIRE. Dans le cas d'une intégration globale et mise en évidence des intérêts des minoritaires, ces derniers font parties de l'autofinancement (art. 93 DCO).

50. L'état annexé joue le même rôle que dans le cas des comptes personnels mais doit dans le cas des comptes consolidés, faciliter l'appréciation du périmètre de consolidation. Il doit aussi permettre de comprendre avec aisance la variation des capitaux propres consolidés et la variation du périmètre de consolidation à travers des tableaux assez expressifs (art. 94 DCO).

Avec le scandale financier d'Enron, les actionnaires exigent de plus en plus une clarté sur le périmètre de consolidation et toutes ses variations.

51. L'art. 95 DCO précise les critères d'exemption à l'obligation de consolidation établis en fonction du chiffre d'affaires et de l'effectif moyen de travailleurs. Les textes d'application ne sont pas encore disponibles (*nous n'attendrons certainement pas la disponibilité des textes d'application pour relever qu'il serait préférable de lever cette barrière entre les petits contrôleurs de sociétés et les grands contrôleurs. Nous pensons que le DCO gagnerait à exiger de toute entreprise qui contrôle une autre, conformément aux dispositions de l'article 74, de procéder à une consolidation. Ceci est important dans la mesure où l'on pourra facilement lire l'évolution d'un groupe depuis ses premiers pas. Si un salon de coiffure contrôle d'autres salons de coiffure, il doit présenter des comptes consolidés indépendamment des chiffres d'affaires et des effectifs. Il faut enseigner la culture de la consolidation à tout contrôleur sans exception, sans exemption*).

L'art. 96 DCO quant à lui, de façon exhaustive, sur les critères retenus pour exclure une entreprise du périmètre de consolidation. Sont à exclure du périmètre, les entreprises pour lesquelles des restrictions sévères et durables remettent en cause, substantiellement, soit le contrôle ou l'influence exercés sur elles par la société

consolidante, soit leurs possibilités de transfert de fonds. L'exclusion persiste également si les actions ou parts ne sont détenues qu'en vue de leur cession ultérieure, l'importance est négligeable par rapport à l'ensemble consolidé (*la comptabilité créative devient de plus en plus une réelle menace pour la recherche de l'image fidèle des groupes avec ses dispositions qui multiplient les marges de manœuvre du fait des vides juridiques. Chaque fois qu'un texte laissera aux dirigeants la latitude d'apprécier le seuil de significativité, il se créera une situation difficilement contrôlable et donc manipulable dans tous les sens. Il faut davantage plaider pour des critères assez objectifs et rigides. Cette disposition pose un problème dans la mesure où elle peut amener désormais les entreprises à dire dans l'état annexé qu'elles détiennent 52 % des parts mais que c'est un autre actionnaire disposant de 48 % qui bénéficie d'un contrôle exclusif puisque c'est lui qui prend toutes les décisions. L'affaire Enron restera à jamais un exemple patent de la tricherie légale liée à une asymétrie informationnelle orchestrée par des vides juridiques ou des manquements textuels qui favorisent une forte implication des dirigeants-salariés opportunistes.*

Toutes les actions ou parts ne sont en définitive détenues qu'en vue d'une cession ultérieure. Les marchés financiers se définissent d'ailleurs par leur capacité liquidative favorisant la cession des valeurs mobilières à tout moment en vue de rechercher une plus value. Cet argument ouvre assez d'espace à la manipulation du périmètre de consolidation).

52. Toutes les entreprises rentrant dans le périmètre de consolidation doivent faire parvenir à la société consolidante toutes les informations nécessaires et suffisantes en vue d'établir les comptes consolidés (art. 97 DCO). Le commissaire aux comptes ou un professionnel chargé du contrôle des comptes doivent superviser les comptes établis sur la base des comptes intermédiaires du fait d'un décalage de plus de trois mois entre la date de clôture de l'exercice de consolidation (postérieure) et la clôture de l'exercice d'une entreprise rentrant dans le périmètre de consolidation (antérieure de plus de trois mois à la période de consolidation). Ce décalage peut être causé par la réglementation nationale, les raisons techniques ou financières. Les comptes à incorporer dans les comptes consolidés sont, en règle générale, établis à la même date que ceux de la société consolidante et doivent concerner la même période ; en principe du 1^{er} au 31 décembre.

Cette disposition est d'autant plus importante que, d'un mois à l'autre, une entreprise consolidante peut naviguer entre contrôle exclusif, contrôle conjoint et influence notable par rapport à une même entreprise consolidée ; les taux de change peuvent biaiser substantiellement les états financiers personnels qui serviront de base d'établissement des comptes consolidés. L'on ne présente pas une situation patrimoniale d'une période donnée, mais la situation patrimoniale à un instant t

donné (au 31 décembre à une heure donnée ; celle de l'arrêt des comptes). Entre le 1^{er} et le 31 décembre de chaque année, une même entreprise a eu autant de bilans qu'une de ses transactions a modifié sa situation patrimoniale.

53. L'art. 98 DCO exige d'informer en cas d'absence de certaines informations jugées importantes pour la présentation des comptes consolidés. Cette information (concernant chaque entreprise du périmètre de consolidation) sera bien entendu annexée aux comptes consolidés faits à partir d'informations incomplètes. L'absence d'information ou son caractère insuffisant ne remet aucunement en cause l'obligation pour la société dominante d'établir et de publier des comptes consolidés. Les états financiers établis dans ces conditions devront être revêtus de la mention « situation provisoire incomplète ». Le commissaire aux comptes doit, non seulement tenir en compte cette incomplétude d'informations, mais également doit apprécier l'incidence sur la situation globale du groupe.

54. L'élaboration d'un rapport de gestion de l'ensemble consolidé devra permettre d'être informé de tous les événements qui ont encadré l'établissement des comptes consolidés et surtout la date à laquelle ces comptes consolidés sont arrêtés (art. 99 DCO). Ledit rapport est fait sous la responsabilité des dirigeants de l'entreprise consolidante et présenté à l'assemblée générale de cette même entreprise. Toutes les modifications dans la présentation des comptes annuels et dans les méthodes d'évaluation, sur le périmètre de consolidation et sur les opérations de cession ou d'acquisition de titres de participation au sein du groupe doivent être mises en exergue.

55. Après les travaux du commissaire aux comptes ou des professionnels chargés du contrôle des comptes des entreprises consolidées, la certification des états ainsi consolidés est assurée par le commissaire aux comptes dans le cadre de sa mission légale (art. 100 DCO). Celui-ci peut, dans son rapport, émettre des réserves ou son refus de certification. Les principales diligences mises en œuvre par les commissaires aux comptes, dans le cadre de la certification des comptes consolidés, doivent porter pour l'essentiel, sur les points ci-dessous :

- prise de connaissance générale de l'organisation, des procédures et des activités du groupe ;
- relation avec les commissaires aux comptes ou autres professionnels chargés du contrôle des comptes des entreprises incluses dans le groupe ;
- contrôle des principes de consolidation ;
- contrôle des opérations matérielles de consolidation ;
- contrôle de l'état annexé ;
- contrôle des rapports de gestion du groupe.

Aux termes de l'art. 101 DCO, conformément aux dispositions de l'article 73 et du présent article, les états

financiers consolidés régulièrement approuvés, le rapport de gestion de l'ensemble consolidé ainsi que le rapport du commissaire aux comptes font l'objet, de la part de l'entreprise consolidante, d'une publicité.

Enfin, l'art. 102 DCO précise que les entreprises faisant appel public à l'épargne sont tenues de présenter un tableau d'activité et de résultat ainsi qu'un rapport correspondant aux opérations de l'ensemble consolidé pour la période couvrant le premier semestre de chaque exercice. Le commissaire aux comptes doit garantir la sincérité desdits tableau et du rapport.

B - Comptes combinés

56. Il convient de s'interroger sur celui qui a la responsabilité de l'établissement des comptes combinés, sur le périmètre de combinaison et les critères d'appréciation de l'unicité et cohésion entre entreprises dominées, puis sur leur élaboration elle-même.

Le législateur du DCO a bien voulu prendre en compte la volonté des acteurs économiques qui voudraient avoir un document leur donnant une vue d'ensemble des entreprises situées dans l'espace OHADA. Lorsque des liens de participation, de domination entre les entreprises d'un groupe existent dans cet espace, l'on établit des comptes consolidés (art. 103 DCO). Toutefois, un ensemble d'entreprises peut être géré de manière cohérente sans qu'il y ait entre elles des relations mères-filiales. Le fait pour ces entreprises d'être soumis à un même centre de décision, les oblige néanmoins à procéder à l'établissement des comptes combinés, comme s'il s'agissait d'une seule entreprise. L'obligation de combinaison incombe à la société ou à l'entité dominante, qui peut la déléguer à l'une des sociétés appartenant au périmètre de combinaison lorsqu'elle est située en dehors de la zone.

Il faut relever qu'à quelques exceptions, les règles techniques applicables aux comptes consolidés s'appliquent également aux comptes combinés (art. 104 DCO).

Indépendamment de leur activité, leur forme juridique ou leur objet, lucratif ou non, toutes les entreprises d'une même région de l'espace OHADA satisfaisant à des critères d'unicité et de cohésion caractérisant l'ensemble économique formé, doivent faire partie du périmètre de combinaison (art. 105 DCO).

Aux termes de l'art. 106 DCO, les objectifs visés aux articles 103 et 105 ci-dessus, faisant référence à l'unicité et à la cohésion concernent les cas suivants :

- entreprises dirigées par une même personne morale ou par un même groupe de personnes ayant des intérêts communs ;
- entreprises appartenant aux secteurs coopératif ou mutualiste et constituant un ensemble homogène à stratégie et direction communes ;
- entreprises faisant partie d'un même ensemble, non rattachées juridiquement à la société holding mais ayant la même activité et étant placées sous la même autorité ;

- entreprises ayant entre elles des structures communes ou des relations contractuelles suffisamment étendues pour engendrer un comportement économique coordonné dans le temps ;
- entreprises liées entre elles par un accord de partage de résultats ou par toute autre convention, suffisamment contraignante et exhaustive pour que la combinaison de leurs comptes soit plus représentative de leurs activités et de leurs opérations que les comptes personnels de chacune d'elles.

57. L'élaboration des comptes combinés est règlementée par les articles suivants :

L'art. 107 parle de la combinaison des capitaux propres.

S'il n'existe pas de lien de participation entre les entreprises formant le périmètre de combinaison, un simple cumul des capitaux propres retraités de ces entreprises suffit.

Si au contraire il existe des liens de capital entre les entreprises formant le périmètre de combinaison, la valeur des titres de participation figurant à l'actif de la firme détentrice devra être éliminée puis soustraite du montant correspondant des capitaux propres combinés.

Dans le cas où les entreprises formant le périmètre de combinaison constituent la propriété d'une personne morale ou d'un groupe de personnes physiques, il faudra procéder à une combinaison des résultats et capitaux qui feront ressortir distinctement les parts majoritaires et celles minoritaires.

- L'art. 108 DCO recommande de maintenir au bilan combiné les écarts d'évaluation et d'acquisition chaque fois que, dans un ensemble d'entreprises formant le périmètre de combinaison, il existe entre certaines desdites entreprises des liens de participation permettant de recourir à une combinaison partielle. Cet exercice est fait en vue de préserver une image fidèle des comptes combinés.

- Quant à l'art. 109 DCO, il énumère les informations nécessaires dans l'état annexé des états financiers combinés. Il s'agit notamment :

- de la nature des liens à l'origine de l'établissement des comptes combinés.
- des modalités de détermination du périmètre de combinaison et la liste des entreprises formant le périmètre de combinaison ;
- de la qualité des ayants droit aux capitaux propres et les éventuels bénéficiaires d'intérêts minoritaires ;
- des régimes de taxation des résultats inhérents aux diverses formes juridiques des entreprises combinées.

Enfin, suivant les mêmes principes et modalités que ceux prévus pour les états financiers consolidés, les diligences des commissaires aux comptes sont sollicitées dans leur mission de certification pour les comptes combinés (art. 110 DCO).

III - Exigences et responsabilités

58. Les documents comptables et financiers forment un tout indissociable. Ils doivent décrire de façon régulière et sincère les événements, opérations et situations de l'exercice pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise (art. 8 DCO). La comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour servir de preuve entre les entreprises pour faits de commerce ou autres (art. 68 DCO).

Pour que la comptabilité comble ces différentes attentes, des exigences particulières lors de son élaboration doivent être respectées et relèvent de la technique comptable étudiée, à savoir entre autres, la régularité, la recherche de la sincérité. Il va de soi que l'absence ou la mauvaise tenue de la comptabilité (méconnaissance des exigences) fausserait, non seulement la gestion de l'entreprise elle-même, mais aussi, les attentes des partenaires commerciaux et financiers de la société. Ce manquement devrait être sanctionné.

C'est la raison pour laquelle, le DCO rend d'abord obligatoires la production des états financiers annuels et, tenant compte de la taille de l'entreprise, les rend modulables (art. 11 DCO).

59. Sous l'angle de la responsabilité, d'emblée, l'entreprise est indexée à l'analyse des articles 1^{er} et 69 DCO :

Aux termes de l'art. 1^{er} DCO, « toute entreprise au sens de l'article 2 ci-après doit mettre en place une comptabilité destinée à l'information externe comme à son propre usage » ; et selon l'art. 69 DCO, « l'entreprise détermine sous sa responsabilité, les procédures nécessaires à la mise en place d'une organisation comptable permettant aussi bien un contrôle interne fiable que le contrôle externe ». Il va s'en dire que l'entreprise serait responsable de la non-production ou de la mauvaise confection des documents comptables et financiers.

Toutefois, les dispositions de l'art. 111 DCO apportent quelques précisions dans la perspective de la concrétisation de cette responsabilité.

Tout d'abord, le législateur OHADA va incriminer des actes susceptibles de qualification pénale : le fait de ne pas dresser d'inventaire, de n'avoir pas établi les états financiers annuels, le rapport de gestion et le bilan social. Il en est de même du fait d'établir et de communiquer sciemment des états financiers ne délivrant pas une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'exercice.

Par la suite, l'OHADA va distinguer l'entrepreneur individuel des dirigeants sociaux.

Dans le premier cas, l'entrepreneur individuel sera sanctionné ; dans le second, ce seront les dirigeants sociaux, c'est-à-dire ceux qui agissent en lieu et place de la société et la représentent à l'égard des tiers, qui le seront.

Le législateur OHADA ayant ainsi incriminé ces comportements, il revenait aux différents États membres à définir la peine applicable. Pour sa part, le législateur camerounais l'a fait dans la loi du 10 juillet 2003 (*Loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003, portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA*), particulièrement à son article 38 :

« En application de l'article 111 de l'Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, sont punis d'un emprisonnement de trois (3) mois à trois ans et d'une amende de 500 000 à 5 000 000 de francs ou de l'une de ces deux peines seulement, les entrepreneurs individuels et les dirigeants sociaux qui :

- n'ont pas, pour chaque exercice social, dressé l'inventaire et établi les états financiers annuels ainsi que, le cas échéant, le rapport de gestion et le bilan social ;
- ont sciemment établi et communiqué des états financiers ne présentant pas une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et de résultat de l'exercice ».

Ce faisant, le législateur camerounais conforte le DCO dans son objectif d'accorder une importance particulière aux obligations comptables et financières.

Robert NEMEDEU
Robert WANDA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

B

Balance 9
Bilan 30, 36
Bulletin de paie 17

C

Commissaires aux comptes 35, 53
Comptabilité informatisée 12
Comptes consolidés 39
Compte de résultat 31
Compte personnel consolidé 48
Compte de résultat consolidé 49
Comptes confirmés 56
Compte réglementaire 57
Consolidation par intégration globale 44
Contrôle exclusif
- de droit 41
- de fait 41
- conjoint 42

D

Déclaration mensuelle et trimestrielle 21 – 22
DIPE 19
Documents sociaux 15 et s.E
Entreprise faisant appel public à l'épargne 40
État annexé 32, 34
État supplémentaire statistique 28
États financiers de synthèse 23, 25, 36

G

Grand livre 9

I

Influence notable 43
Inscription en négatif 10
Inventaire 36

L

Livre journal 9

M

Mise en équivalence 45

P

Prééminence de la réalité sur l'apparence 32
Premier fascicule du registre employeur 18

R

Registre de base 27
Registre des recettes 15
Responsabilité 59

S

Système allégé 26
Système minimal de trésorerie 11, 29

T

TAFIRE 32, 33
Tolérance administrative ou tolérance fiscale 14

ORGANES DES PROCÉDURES COLLECTIVES

Table des matières

Introduction n° 1 à 6

Section I - **Juge-commissaire** n° 7 à 16

- §I - Nomination du juge-commissaire n° 7 à 11
- §II - Décisions du juge-commissaire n° 13 à 13
- §III - Prérogatives
- §IV - Attributions n° 15 à 16

Section II - **Ministère public** n° 17 à 22

- §I - Prérogatives du ministère public
 - A - Droit de l'information et droit de communication n° 19
 - B - Droit d'action dans les procédures n° 20
- §II - Attributions du ministère public n° 21 à 22

Section III - **Syndic** n° 23 à 54

- §I - Nomination du syndic n° 26 à 33
- §II - Remplacement et révocation du syndic n° 34 à 37
- §II - Rémunération du syndic n° 38
- §IV - Responsabilité du syndic n° 39 à 43
 - A - Responsabilité civile du syndic n° 40
 - B - Responsabilité pénale du syndic n° 41 à 43
- §V - Prérogatives du syndic n° 44
- §VI - Missions du syndic n° 45 à 50
 - A - Missions techniques du syndic n° 46 à 47
 - B - Mission d'assistance n° 48
 - C - Mission de représentation n° 49 à 50
- §VII - Obligations du syndic n° 51 à 54
 - A - Obligation principale : reddition des comptes n° 52 à 53
 - B - Obligations secondaires n° 54

Section IV - **Expert** n° 55 à 65

- §I - Nomination de l'expert n° 57
- §II - Remplacement et révocation de l'expert n° 58
- §III - Rémunération de l'expert n° 59
- §IV - Prérogatives n° 60
- §V - Mission de l'expert n° 61 à 65

- A - Contenu de la mission n° 62
- B - Déroulement de la mission n° 63 à 65

Section V - **Contrôleurs** n° 66 à 83

- §I - Désignation des contrôleurs n° 69 à 79
 - A - Dans la procédure de règlement préventif n° 70
 - B - Dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens n° 71 à 79
- §II - Mission du contrôleur n° 80 à 82
 - A - Mission d'assistance du juge-commissaire n° 81
 - B - Mission de défense des intérêts des créanciers n° 82
- §III - Prérogatives du contrôleur n° 83

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.), L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les États africains membres de l'OHADA, *Afrique juridique et politique*, Revue du CERDIP, n° 1, vol. 1, janvier-juin 2002, p. 62.
- ASSOGBAVI (K.), Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA, *Penant*, 2000, p. 5.
- GOMEZ (J.R.), OHADA Entreprises en difficulté. Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français, éd. BAJAG-MERI, collection Le droit en Afrique, série Droit des affaires, 2003.
- POUGOUÉ (P.-G.), KALIEU (Y.R.), L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé, 1999.
- SAWADOGO (F.M.), Commentaire de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement de passif in OHADA Traité et Actes uniformes commentés et annotés, *Juriscopes* 2008, 3^e édition, pp. 867 et s.

Introduction

1. Les procédures collectives d'apurement du passif ne peuvent se passer, dans leur mise en œuvre, des organes des procédures pour deux principales raisons au moins : la technicité de la matière et la nécessité du suivi du débiteur qui se trouve en difficulté. Mais, en même temps, l'intervention de ces organes, surtout lorsqu'il s'agit des organes non judiciaires, peut être source de conflits de compétence avec les organes en place qui ne

sont pas nécessairement dessaisis de l'ensemble de leur compétence (Lire sur la question : Njoya Nkamga (B.), *Les dirigeants sociaux*, thèse de doctorat, université de Dschang, 2007 ; *L'intervention des tiers dans la gestion des sociétés*, mémoire de DEA, Université de Dschang).

L'AUPCAP a consacré, sous le titre II intitulé : redressement judiciaire et liquidation des biens, un chapitre aux organes de la procédure (articles 39 et sv.). Mais ces dispositions ne comportent pas l'ensemble des règles applicables aux organes dans les procédures organisées par l'OHADA. Non seulement, elles ne traitent que des

organes du redressement et de la liquidation des biens, mais en plus d'autres aspects du statut ou des missions de ces organes se retrouvent dans d'autres dispositions éparses.

2. Divers organes interviennent dans la mise en œuvre des différentes procédures collectives que sont le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens. On peut regrouper ces organes suivant qu'il s'agit des organes de décision, de contrôle, d'information ou de représentation. Dans ce cas, on prend en compte le rôle, la mission de l'organe. On peut également distinguer selon que les organes sont des organes judiciaires ou des organes non judiciaires.

On peut enfin avoir une conception restrictive ou extensive de la notion d'organes de procédure. Dans la première conception, on inclut également le tribunal et le président du tribunal. Même s'il n'est pas expressément prévu comme un organe de la procédure, on admet sans conteste que le tribunal est l'organe principal de toute procédure collective de l'ouverture à la clôture. L'AUPCAP a d'ailleurs consacré le caractère essentiellement judiciaire des procédures collectives (Voir Notion de procédure collective, la condition de procédure/le tribunal compétent). Des compétences importantes sont d'ailleurs dévolues au tribunal. C'est lui qui prend les décisions les plus importantes : il prononce les jugements d'ouverture et de clôture ; il nomme, révoque et remplace les autres organes de la procédure ; il tranche les contestations relatives à la procédure, il peut décider des sanctions personnelles et facultatives à l'égard des dirigeants, etc. S'agissant du président du tribunal, comme le tribunal, il n'est pas un organe expressément prévu mais l'AU lui reconnaît certaines attributions. Il joue un rôle essentiel dans la procédure de règlement préventif où il a compétence exclusive pour recevoir la requête aux fins de règlement préventif et prononcer la suspension des poursuites individuelles en faveur du débiteur. Il a des attributions particulières dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens telles que la désignation des personnes habilitées à faire le rapport sur la situation du débiteur. Mais, il ne bénéficie pas d'un statut particulier contrairement au juge-commissaire.

3. Toutefois, nous avons choisi de ne pas traiter spécialement de ces deux organes et de limiter les développements aux autres organes de la procédure à savoir le juge-commissaire et le représentant du ministère public à savoir les organes judiciaires et les organes non judiciaires que sont le syndic, l'expert et les contrôleurs.

4. Comme les autres dispositions contenues dans l'AUPCAP, celles consacrées aux organes de la procédure s'inspirent, dans l'ensemble, des dispositions antérieures à la réforme française de 1985 en matière d'entreprises en difficulté. (voir toutefois le cas des pays de l'OHADA qui, antérieurement à l'AUPCAP, avaient procédé à des réformes).

En effet, le statut des organes des procédures et spécialement les organes non judiciaires ont profondément évolué en droit français où l'on est passé d'une profession de syndic unique tel que le prévoyait le code de commerce de 1807, à la distinction entre le syndic dans la faillite et le liquidateur dans la liquidation judiciaire, pour aboutir ensuite à un statut comportant d'une part les administrateurs judiciaires et d'autre part les mandataires judiciaires. La réforme des organes (plus précisément des professions) judiciaires a fait l'objet de dispositions législatives spécifiques à savoir la loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires, qui a ensuite été remplacée par la loi n° 2003-07 du 3 janvier 2003 modifiant le statut des administrateurs et mandataires judiciaires. L'apport essentiel de ces textes est surtout d'avoir précisé le statut de ces organes : conditions de désignation avec l'institution de monopoles, rémunération, responsabilité, tarification des actes, etc. La réforme de 2005 n'apporte pas d'aménagement notable à ce sujet sauf à remarquer qu'il a institué un nouvel organe qui est le comité des créanciers (*Lire sur la question : COQUELET (M. L) ; PETEL (Ph.)*).

5. L'absence d'un statut d'ensemble des organes de procédures en droit OHADA, particulièrement les organes non-judiciaires, amène à s'interroger sur la question de la spécialisation (et dans une certaine mesure de la déontologie) des organes des procédures collectives. Mais en même temps, on peut se demander si cette spécialisation est véritablement nécessaire et si elle apporterait les solutions attendues. Par exemple, ne peut-elle pas avoir des conséquences sur le coût des procédures ?

6. Les organes de la procédure sont généralement mis en place à l'ouverture de la procédure mais il peut arriver que certains soient désignés en cours de procédure. C'est le cas des contrôleurs qui peuvent être désignés pendant le déroulement de la procédure s'ils en font la demande et si les conditions de « quota » exigées sont réunies.

Seront successivement présentés le juge-commissaire, le ministère public, le syndic, l'expert et les contrôleurs.

Section I - Juge-commissaire

Il faut envisager successivement la nomination du juge-commissaire, ses décisions, ses attributions et ses prérogatives.

§I - Nomination du juge-commissaire

7. La nomination du juge-commissaire - au même titre que celle des autres organes de la procédure - relève

de la compétence du tribunal compétent puisqu'il lui est faite obligation de mettre en place les organes de la procédure.

8. Tout juge, relevant de la juridiction compétente peut être nommé juge-commissaire, la seule incompatibilité expressément prévue par les textes est celle de l'article 35 AUPCAP qui formule l'interdiction que le Président de la juridiction soit nommé en même temps juge-commissaire lorsqu'il n'est pas juge unique dans la juridiction. L'exigence a pour but de garantir l'impartialité du tribunal qui peut être amené à connaître des décisions rendues par le juge-commissaire. Cette disposition a donné lieu à quelques difficultés relevées dans un arrêt rendu par la CCJA. Mais, la haute juridiction ne s'est pas prononcée sur la question même si l'on peut dire que la réponse aurait été évidente car, aucune difficulté d'exécution ne permet que cette disposition légale ne soit pas respectée (voir en ce sens, SOH FOGNO, D.R., Observations sous CCJA, arrêt n° 007/2008 du 28 février 2008, SFIC SA c/Liquidation Banque Méridien BIAO Cameroun in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, sous la direction de POUYOUÉ (P.G.), KUATE TAMEGHE (S.S.), Paris, l'Harmattan, 2010, p. 273-286. Cet auteur estime que dans ce cas de désignation frauduleuse de juge-commissaire, les juges communautaires auraient pu se prononcer).

- Moment de la nomination

9. Le juge-commissaire est nommé par le jugement d'ouverture des procédures collectives de liquidation des biens et de redressement judiciaire et par le jugement d'homologation du concordat dans le règlement préventif. Dans le premier cas, il est nommé à l'ouverture de la procédure et joue un rôle important dans son déroulement alors que dans le second cas, il est nommé à la clôture de la procédure et doit être considéré plus comme « un gendarme » chargé de s'assurer du bon déroulement d'une procédure sur laquelle il n'a plus de pouvoirs même s'il est vrai que le rapport qu'il peut faire sur le déroulement du règlement préventif peut conduire à remettre celui-ci en cause par voie d'annulation ou de résolution.

- Remplacement du juge-commissaire

10. De même qu'il a pouvoir pour nommer le juge-commissaire, le tribunal peut procéder à son remplacement. Lorsque le juge-commissaire n'est plus en mesure de veiller au bon déroulement d'une procédure de redressement ou de liquidation des biens ou d'assurer la surveillance de l'exécution d'un règlement préventif, par exemple pour la raison qu'il ne fait plus partie de la juridiction qui l'a nommé, il doit être procédé à son

remplacement comme le prévoit l'article 39 AUPCAP. *Par exemple, en cas de vacance du juge-commissaire, le tribunal, conformément à l'article 39 AUPCAP, peut procéder à la désignation d'un autre magistrat à cette fonction. Pour une application voir : tribunal de grande instance du Moundou, jugement N° 17/CIV du 05 avril 2007, affaire La liquidation des Établissements Gortzounian ayant pour co-syndics Maître YIKAM & Monsieur AWOUNDA ESSENGUE c/qui de droit), ohadata J-09-249, note Yvette KALIEU ELONGO. Dans cette affaire, le tribunal, après avoir constaté que le juge-commissaire avait été nommé à d'autres fonctions dans une autre juridiction, et que par conséquent, il ne faisait plus partie du collège dudit tribunal, a décidé de son remplacement en qualité de juge-commissaire dans une procédure qui était en cours : « Attendu que l'article 35 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif énonce que le juge-commissaire est nommé parmi les juges de la juridiction compétente ; Que l'article 39 in fine du même acte ajoute que la juridiction compétente peut à tout moment procéder au remplacement du juge-commissaire ; Qu'au regard de la vacance du poste provoqué en l'espèce par l'affectation de l'ancien juge-commissaire, il convient de procéder à son remplacement en désignant sieur Ngoussomo Blaise, juge au tribunal de grande instance de Céans, aux fonctions de Juge-Commissaire, chargé de superviser et de veiller au bon déroulement des opérations de la liquidation des Établissements Gortzounian ».*

11. Le juge peut procéder au remplacement soit après en avoir été saisi par les parties, soit en se saisissant d'office comme dans l'affaire précitée.

En ce qu'elle n'est pas une sanction, le remplacement du juge-commissaire est une mesure de bonne administration de la justice qui ne peut que contribuer à rassurer les créanciers et toutes les autres personnes intéressées par le déroulement de la procédure.

§II - Décisions du juge-commissaire

12. Les décisions prises par juge-commissaire sont des ordonnances. Elles ne suivent pas le même sort suivant les cas. Elles peuvent être rendues soit en dernier ressort ou être susceptibles d'opposition. Dans le premier cas, aucun recours n'est possible contre les mesures prises. Dans le second cas, une voie de recours spécifique est ouverte qui est celle de l'opposition. Il ne s'agit pas de l'opposition au sens traditionnel mais bien d'une voie de recours *suis generis*. Ainsi, la procédure pour faire opposition contre une décision du juge-commissaire est décrite à l'article 40 AUPCAP.

13. La CCJA s'est prononcée, dans un arrêt de 2008 sur les conditions dans lesquelles l'opposition peut être formée contre une ordonnance du juge-commissaire

(voir en ce sens, - CCJA, Arrêt n° 007/2008 du 28 février 2008, SFIC SA c/Liquidation Banque Méridien BIAO Cameroun in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, sous la direction de POUGOUÉ (P.G.), KUATE TAMEGHE (S.S.), PARIS, l'Harmattan, 2010, observation SOH FOGNO D.R., p. 273-286).

Pour certaines ordonnances, une procédure particulière de recours est prévue. À titre d'exemple et s'agissant des licenciements, la décision qui autorise ou refuse les licenciements est susceptible d'opposition dans les 15 jours de sa signification devant la juridiction ayant ouvert la procédure et la décision de cette juridiction est susceptible d'appel (art. 111 AUPCAP).

§III - Prérogatives

14. Le juge-commissaire bénéficie de certaines prérogatives pour l'accomplissement de sa mission :

- **Droit d'audition** : il peut entendre toutes les personnes qu'il désire à savoir le débiteur, les dirigeants, les créanciers ;
- **Droit à l'information** : il peut obtenir les informations de toutes natures qu'elles soient économiques, financières, bancaires, pénales auprès des tiers et de toute personne impliquée dans la procédure. Il s'agit des organes de contrôle interne ou externe, des banques et organismes financiers, des institutions douanières, fiscales, de la sécurité sociale, etc. aussi bien nationales que communautaires. Le secret professionnel ne peut lui être opposé. Par contre, il est, même si cela n'est pas expressément prévu, tenu au secret par rapport aux informations dont il a eu connaissance.
- **Droit de communication** : à ce titre : Il reçoit le rapport du syndic dans le cadre de la liquidation des biens (art. 170 AU), de même que le rapport du syndic en cas de continuation de l'activité, en particulier sur les résultats de l'exploitation (art. 112 AU). Il peut décider, sur la base de ce rapport, de mettre fin à la continuation de l'activité ; Il reçoit les avis des créanciers sur les propositions de concordat (art. 120 AU).
- **Pouvoir d'initiative** : Il peut prendre l'initiative de demander au président de la juridiction compétente la convocation de l'assemblée concordataire (art. 122 AU), à laquelle il a le droit d'assister (art. 123 AU).

§IV - Attributions

15. Il s'agit des différentes missions, des différents actes que le juge-commissaire est tenu d'accomplir dans le cadre d'une procédure collective. Le juge-commissaire en tant qu'il est d'abord un juge, accomplit ses missions sous la supervision de la juridiction dont il dépend. Par ailleurs, l'article 47 AU dispose que le juge-commissaire

travaille en collaboration avec le Ministère public qui est le second organe judiciaire de la procédure.

16. En tant que juge, le juge-commissaire ne pourrait pas en principe engager sa responsabilité civile personnelle dans l'exercice de ses fonctions.

Le juge-commissaire est d'abord investi d'une mission générale puisqu'« il veille au déroulement rapide de la procédure et aux intérêts en présence ». Il doit pour cela s'assurer du respect des différents délais prescrits, de l'accomplissement des formalités et des diligences dans les temps prévus en collaboration avec le greffe à qui incombent certaines diligences, de la convocation du débiteur ou des créanciers suivant les cas lorsqu'elle est exigée, etc.

Ensuite, certaines initiatives lui sont expressément reconnues :

- L'autorisation pour l'accomplissement de certains actes par les autres organes de la procédure spécialement le syndic : c'est lui qui autorise le syndic à compromettre et transiger sur les droits du débiteur dans la liquidation des biens (art. 148 AU) ; il autorise également le syndic à retirer, contre paiement, les biens faisant l'objet de gages afin d'en assurer la vente dans la procédure de liquidation des biens (art. 149 AU) ; il autorise la vente de l'immeuble de gré à gré ou à l'amiable et en détermine les conditions (art. 151 AU) ; c'est lui qui autorise les licenciements économiques proposés par le syndic dans la procédure de redressement judiciaire (art. 111 AU), le paiement des salaires super-privilégiés qui bénéficient d'un traitement particulier, la cession des droits sociaux des dirigeants dont les titres sont frappés d'inaliénabilité.
- La nomination des contrôleurs dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens (art. 48 AU).
- Il valide les surenchères dans la procédure de liquidation des biens (article 157 AU).
- Il ordonne la cession globale dans la liquidation des biens (art 160 AU).
- Il ordonne la répartition des deniers dans la liquidation des biens (art 164 AU).
- Il statue sur les contestations, demandes et revendications relevant de sa compétence (révocation du syndic, refus d'assistance du syndic).
- Il doit faire ses observations sur le rapport du syndic au cours de l'assemblée concordataire (art. 124 AU).
- Il doit établir un rapport en cas d'ouverture d'une action en comblement du passif (art. 183).

Section II - Ministère public

17. L'institution du représentant du ministère public comme organe de contrôle est la principale innovation de l'Acte uniforme s'agissant des organes de la procédure.

Sans être directement impliqué dans le déroulement de la procédure, le représentant du ministère public en est informé au fur et à mesure par le juge-commissaire. Il peut même être directement informé en demandant communication de tous actes, livres et documents relatifs à la procédure (droit de communication). Il assure le relais entre les pouvoirs publics et les autres organes de la procédure. Il peut, dans certains cas, donner des informations utiles au déroulement voire au dénouement de la procédure, par exemple celles relatives à l'ouverture d'une procédure, pénale contre le débiteur ou toute personne impliquée dans la procédure. En somme il est « le gardien de la légalité et de l'ordre public » (GOMEZ (J.R.), ouvrage précité, p. 95).

18. À travers son représentant, le ministère public est un organe des procédures collectives. Il s'agit là non seulement d'une autre conséquence du caractère judiciaire des procédures collectives, mais également d'un reflet de ce que les procédures collectives doivent, dans leur mise en œuvre, accorder une place à la protection de l'intérêt général. Or, dans les procédures judiciaires qu'elles soient individuelles ou collectives, la préservation de l'intérêt général incombe au ministère public.

Le représentant du ministère public bénéficie à cet effet de nombreuses prérogatives (P. 1) et est chargé d'un certain nombre d'attributions (P. 2).

§I - Prérogatives du ministère public

Il bénéficie de nombreuses prérogatives dans toutes les procédures et à tous les stades de la procédure.

A - Droit à l'information et droit de communication

19. L'article 47 de l'AUCAP reconnaît de manière large le droit à l'information et le droit de communication du représentant du ministère public en disposant que : « Le représentant du ministère public est informé du déroulement de la procédure collective par le juge-commissaire. Il peut, à toute époque, requérir communication de tous actes, livres ou documents relatifs à la procédure collective ». D'autres dispositions de l'Acte uniforme explicitent, dans différents cas, la mise en œuvre, l'exercice de ce droit. L'obligation d'informer le ministère public pèse sur le juge-commissaire, ce qui se justifie en ce que c'est à lui qu'incombe principalement la conduite de la procédure collective. En ce qu'il est le principal (mais pas le seul) garant de l'intérêt général dans les procédures collectives, seul le représentant du ministère public peut se prévaloir du défaut de communication et d'information.

Le droit à l'information est également mis en œuvre dans des cas spécifiques. Ainsi :

- Dans le règlement préventif, une copie du rapport

de l'expert commis par le président du tribunal pour apprécier la situation du débiteur doit lui être transmise par le greffier en chef (article 13 al. 3 AU).

- Le greffier doit lui adresser immédiatement un extrait de la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens (article 35 AU) ou un extrait de la décision de clôture de la procédure de liquidation des biens (article 172 AU).
- Il reçoit copie du rapport établi par le syndic à l'entrée en fonction sur la situation du débiteur (art. 66 AU).
- Il est informé de la décision rendue en matière de faillite personnelle dans les trois jours par le greffier (art. 222 AU) et il a le droit d'interjeter appel de la décision dans les quinze jours.
- Il reçoit le rapport du syndic sur la continuation de l'activité dans le redressement judiciaire (art. 112 AU) et la liquidation des biens (art. 113 AU).
- Il reçoit le rapport du syndic sur la demande de continuation de l'activité dans la liquidation des biens (art. 113 AU).

B - Droit d'action dans les procédures

20. Le ministère public a le droit d'agir directement dans le cadre de certaines procédures. À cet effet :

- Il peut prendre part à l'inventaire des biens du débiteur (art. 63 AU).
- Il assiste à l'assemblée concordataire et il doit y présenter ses conclusions écrites ou orales (art. 123 AU).
- Il peut faire appel de la décision de rejet du concordat de redressement (art. 129 AU).
- Il décide de la participation du débiteur ou des dirigeants à la continuation de l'exploitation (art. 114 AU).
- Il peut saisir la juridiction compétente aux fins d'ouverture d'une poursuite pour banqueroute ou toute infraction assimilée (art. 234 AU).

§II - Attributions du ministère public

21. Le représentant du ministère public est d'abord tenu d'un devoir général d'information envers le juge-commissaire. L'article 47 2° AU prévoit, à cet effet que : « Le représentant du ministère public communique au juge-commissaire, sur sa demande et même d'office, les renseignements utiles à l'administration de la procédure collective et provenant de toute procédure pénale, nonobstant le secret de l'instruction ». L'article 29 1° AU ajoute qu'il fournit à la juridiction compétente les informations permettant à celle-ci de se saisir d'office pour ouvrir une procédure collective. Le ministère public peut être ainsi à l'origine de l'ouverture d'une procédure collective (particulièrement de redressement judiciaire ou de liquidation des biens).

22. Ses attributions sont également importantes lorsqu'une poursuite pénale doit être engagée dans le cadre d'une procédure collective. L'article 195 AU dispose à cet effet que « le représentant du ministère public surveille l'application des dispositions du présent titre (Il s'agit du Titre III consacré aux faillites et réhabilitations). À ce titre, il est informé par le syndic des faits justifiant l'ouverture d'une faillite (art. 200 AU), il reçoit les demandes de réhabilitation (art. 208 AU) et les communique au président de la juridiction compétente ; il reçoit aussi les rapports sur les enquêtes relatives aux demandes de réhabilitation et les oppositions à ces demandes (art. 211 AU).

Section III - Syndic

Originellement, le syndic est un auxiliaire de justice spécialisé dans les procédures collectives. Mais dans l'Acte uniforme OHADA, le syndic apparaît plus comme une fonction que comme un organe car la mission de syndic n'est pas réservée à une catégorie précise de professionnels. Dans le droit antérieurement applicable dans certains pays qui n'avaient pas modifié leur législation, la fonction qui incombe au syndic était assumée, suivant les procédures par deux organes différents : le syndic stricto sensu dans la procédure de faillite, le liquidateur ou liquidateur judiciaire dans la liquidation des biens.

24. Le rôle du syndic n'a pas été particulièrement modifié dans l'AUPCAP mais quelques aspects de son statut ont été précisés. Il ressort clairement de l'article 43 AU que le syndic est un mandataire rémunéré. En tant que mandataire, il engage sa responsabilité contractuelle à l'égard des mandants c'est-à-dire la masse, et délictuelle à l'égard des tiers. Il peut également engager sa responsabilité pénale conformément aux dispositions de l'article 243 AU.

L'AU bien qu'il ait consacré quelques dispositions au statut des syndics est loin d'avoir harmonisé les règles applicables à la désignation de cet organe qui dans certains cas sont assez différentes d'un État de l'OHADA à un autre. La dénomination même de cet organe est loin d'être cohérente et harmonieuse. Le syndic est tantôt syndic-liquidateur, liquidateur judiciaire ou tout simplement liquidateur.

25. Le syndic joue un rôle essentiel dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens où il cumule plusieurs fonctions (sur la critique du maintien de ce cumul des fonctions, *(voir SOUPGUI (E.), Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives, thèse, n° 129 et sv. Sur l'historique également, voir n° 131)*). Par contre, il n'intervient pas

dans le règlement préventif sauf à titre exceptionnel en qualité de contrôleur.

§I - Nomination du syndic

26. Le syndic est désigné et peut être révoqué par le tribunal sous réserve du respect de certaines règles. C'est le tribunal qui désigne le syndic quelle que soit la procédure qui est ouverte : règlement préventif, redressement judiciaire ou liquidation des biens. Toutefois sa désignation est facultative ou obligatoire suivant les cas. Dans la procédure de règlement préventif, la désignation du syndic est facultative pour le tribunal. L'article 16 AUPCAP dispose à cet effet que : « la décision de la juridiction compétente homologuant le concordat préventif [...] peut désigner un syndic et des contrôleurs chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif [...] ». Dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens par contre, cette désignation est obligatoire puisque l'article 35 AUPCAP dispose clairement que « la décision d'ouverture [...] désigne le ou les syndics [...] ». La nomination du syndic a donc lieu au même moment que l'ouverture de la procédure et intervient en même temps que celle du juge-commissaire. Cette nomination est publiée au même titre que le jugement d'ouverture.

27. Dans le cadre des procédures collectives internationales, l'article 248 AUPCAP prévoit que la décision de nomination du syndic est publiée « dans tout État partie où cette publication peut être utile à la sécurité juridique et aux intérêts des créanciers ». Par ailleurs, l'art. 249 AU ajoute que : « le syndic désigné par une juridiction compétente peut exercer, sur le territoire d'un autre État partie, tous les pouvoirs qui lui sont reconnus par le présent Acte uniforme aussi longtemps qu'aucune autre procédure collective n'est pas ouverte dans cet État. La nomination du syndic est établie par la présentation d'une copie certifiée conforme à l'original, de la décision qui le nomme ou de par tout autre certificat établi par la juridiction compétente. Il peut être exigé une traduction de ce document dans la langue officielle de l'État-partie sur le territoire duquel le syndic veut agir ». Les articles 252, 253, 254 et 256 pour leur part instituent une obligation de collaboration entre les syndics des procédures principales et secondaires et définissent les obligations des syndics dans ces procédures.

28. Toute personne peut être désignée syndic dès lors que le tribunal estime qu'elle remplit les conditions nécessaires pour assumer ces fonctions. Dans l'Acte uniforme OHADA, le syndic apparaît plus comme une fonction que comme un organe car la mission de syndic n'est pas réservée à une catégorie précise de professionnels. Contrairement à d'autres systèmes de droit et particulièrement au droit français, il n'existe pas une spécialisation de la fonction de syndic. Ainsi, au

regard des décisions rendues jusqu'alors sous l'empire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives, la catégorie de syndic est une catégorie hétéroclite où on retrouve des personnes relevant des professions différentes (professions libérales et parfois salariées). Ainsi peuvent être désignés syndic et quelle que soit la procédure, les avocats, les huissiers de justice.

- Incompatibilités

29. Des incompatibilités sont prévues pour l'exercice de la fonction de syndic. La principale incompatibilité est celle qui résulte de l'article 41 AUPCAP aux termes duquel « Aucun parent ou allié du débiteur jusqu'au quatrième degré inclusivement ne peut être nommé syndic ». Il s'agit de règles habituelles qui permettent d'assurer que la personne désignée assure ses fonctions avec probité. Une seconde incompatibilité, mais qui est mineure par rapport à la précédente, est celle prévue par l'article 35 AU. Il résulte de cette disposition que dans l'hypothèse où l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens résulte de la conversion d'une précédente procédure de règlement préventif, l'expert désigné pour le règlement préventif ne peut être désigné comme syndic. Cette restriction s'explique par le fait que l'expert ayant déjà examiné la situation économique du débiteur, ne dispose plus du recul nécessaire pour apprécier « la nouvelle » situation du débiteur qui pourrait aboutir soit à son sauvetage soit à sa disparition.

- Le nombre de syndics

30. Le tribunal dispose de la latitude dans la désignation du nombre de syndics mais l'article 35 AU prévoit que ce nombre ne pourrait pas excéder trois. Cette limitation est justifiée d'une part par la nécessaire cohérence qu'il doit y avoir dans les missions des syndics. Cette cohérence serait mise à mal si le nombre de syndics était trop important, une divergence de points de vue n'étant pas alors à exclure. La limitation se justifie aussi pour la raison que le syndic étant un mandataire « rémunéré », plus le nombre de syndics serait important, plus la rémunération le serait également et cela au détriment du débiteur qui par hypothèse connaît déjà des difficultés. La tendance des syndics à se payer prioritairement sur les sommes recouvrées justifie largement que le législateur ait fait ce choix. Mais on peut admettre que le syndic désigné puisse se faire assister dans l'exercice de sa fonction par d'autres personnes de son choix. Le législateur n'envisage pas cette hypothèse contrairement à d'autres législations qui l'ont encadré. Le risque en effet, de l'alourdissement des frais du syndic pourrait être « facilement » justifié par la suite par la nécessité dans laquelle s'est trouvé le syndic désigné de faire appel à d'autres compétences.

Dans la plupart des procédures ouvertes, le nombre de syndics n'excède pas deux et bien souvent les personnes désignées relèvent de professions différentes avocats et experts comptables notamment.

31. L'article 43 AU impose une obligation de collaboration aux syndics en cas de pluralités de syndics. Ils doivent agir collectivement sauf dans le cas où le juge-commissaire, tenant compte des circonstances, donne à un ou plusieurs syndics, le pouvoir d'agir individuellement. Dans ce cas, la responsabilité devient individuelle.

- Adjonction de syndics

32. En cours de procédure, le tribunal a la latitude d'adjoindre un ou de nouveaux syndics à ceux désignés dans le jugement d'ouverture. Mais, il ne peut le faire de sa seule initiative. L'article 41 AU prévoit que l'initiative revient au juge-commissaire. Celui-ci propose l'adjonction de syndic, il est juge de l'opportunité de cette mesure et le tribunal procède formellement à la nomination. L'adjonction pourrait être justifiée par l'importance du travail à accomplir ou pourrait permettre de pallier les insuffisances du syndic en place, ce qui évite de procéder à son remplacement qui ne peut intervenir qu'après révocation. Ainsi, les tribunaux ont, dans une affaire, décidé que si le juge-commissaire s'oppose à la demande de désignation d'un co-syndic formulé par un créancier, qui ne démontre d'ailleurs pas en quoi cette adjonction est nécessaire, le tribunal ne peut faire droit à la requête (*Voir : tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 8 du 14 février 2003, Liquidation des biens Air Afrique cité par SAWADOGO (F.M.) sous article 41 AUPCAP in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 2008, p. 930*).

- Critères d'aptitude, de déontologie, de moralité

33. Dès lors qu'il n'existe pas une catégorie de syndic dans la plupart des pays de l'OHADA, il est difficile de définir les critères d'aptitude exigés des personnes accédant à la fonction de syndic des procédures collectives OHADA. Tout au plus, pourrait-on penser que lorsqu'elles relèvent d'une profession, le tribunal, avant sa désignation doit s'assurer au minimum qu'il remplit les conditions d'accès et d'exercice de cette profession (diplôme, garantie de responsabilité, respect de la déontologie, des règles de gestion comptable, de tarification des actes, etc.). C'est en ce sens que les syndics ne devraient être désignés qu'à partir d'une liste préalablement établie et déposée auprès de la Cour d'appel à l'instar des autres experts qui interviennent dans différents procès civils. L'inscription sur cette liste supposant le dépôt d'un dossier d'agrément, cela constituerait une garantie de l'aptitude du syndic à

remplir ses fonctions. Mais parfois, cette exigence n'est pas respectée dans certaines procédures.

L'article 51 AU prévoit qu'il est interdit au syndic (comme à toutes les personnes participant au déroulement d'une procédure collective) d'acquiescer personnellement, soit directement, soit indirectement, à l'amiable, ou par vente de justice, tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier du débiteur en état de règlement préventif, redressement judiciaire ou liquidation des biens. Cette restriction qui participe des exigences de déontologie, permet d'éviter des conflits d'intérêts. Le non-respect de cette interdiction est considéré comme un délit et sanctionné par l'article 243.

§II - Remplacement et révocation du syndic

Le remplacement du syndic peut intervenir en cours de procédure. L'article 41 AU prévoit que l'initiative revient au juge-commissaire. Celui-ci propose le remplacement d'un syndic ou de tous les syndics en place. En ce qu'il suit au quotidien le déroulement de la procédure, le juge-commissaire peut disposer d'éléments lui permettant de proposer le remplacement des autres organes. Le remplacement pourra par exemple intervenir lorsque le syndic n'est plus disponible pour accomplir ses fonctions. Le remplacement suppose donc que, pour des raisons objectives, le syndic ne peut pas exercer sa mission. En cela, il se distingue et s'oppose même à la révocation. Le tribunal procède formellement à la nomination des nouveaux syndics. Lorsque le remplacement intervient, certaines obligations sont imposées au syndic qui est remplacé. L'article 44 AU dispose : « que le syndic qui cesse ses fonctions doit rendre compte au nouveau syndic, en présence du juge-commissaire, le débiteur dûment appelé par lettre recommandée ou tout autre moyen laissant trace écrite ». Cette reddition des comptes permet que soit assurée la continuité de la procédure en dépit du changement de personnes. Cette obligation devrait être mise en œuvre - nous semble-t-il, même lorsque le remplacement fait suite à une révocation du syndic.

35. La révocation suppose que le syndic n'a pas assumé, dans les conditions requises, les missions à lui assignées. Elle se rapproche davantage d'une sanction. Ainsi, la demande de révocation peut être justifiée par la violation de l'obligation de rendre compte du déroulement de la procédure collective au juge-commissaire, obligation dont est tenu le syndic (*En ce sens, voir : tribunal régional hors classe de Dakar, jugement commercial n° 398 du 15 mars 2001, Liquidation des biens Air Afrique cité par SAWADOGO (F.M.) sous article 41 AUPCAP in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 2008, p. 930*). Les autres hypothèses de révocation sont : l'incompétence notoire, la commission d'actes de malversations

financières, le refus délibéré d'accomplir des actes relatifs à la procédure surtout s'il en résulte des conséquences pour le débiteur et les créanciers. (*voir par ex. : tribunal régional de Niamey, jugement civil n° 297 du 2 octobre 2002, SEEE c/Moutari Malam Souley, cité par SAWADOGO, F.M. sous article 42 AUPCAP in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 2008, p. 931*).

36. La procédure de révocation qui est différente de celle du remplacement est prévue par l'article 42 AUPCAP. Aux termes de ce texte : « La juridiction compétente peut prononcer la révocation d'un ou de plusieurs syndics sur proposition du juge-commissaire agissant, soit d'office, soit sur les réclamations qui lui sont adressées par le débiteur, par les créanciers ou par les contrôleurs.

Si une réclamation tend à la révocation du syndic, le juge-commissaire doit statuer, dans les huit jours, en rejetant la demande ou en proposant à la juridiction compétente la révocation du syndic.

Si à l'expiration du délai, le juge-commissaire n'a pas statué, la réclamation peut être portée devant la juridiction compétente, s'il a statué, sa décision peut être frappée d'opposition dans les conditions prévues par l'article 40 AUPCAP ci-dessus.

La juridiction compétente entend, en audience non publique, le rapport du juge-commissaire et les explications du syndic. Sa décision est prononcée en audience publique ».

En ce qu'elle s'apparente à une véritable sanction – et non un acte d'administration de la justice comme le remplacement – la révocation du syndic est strictement encadrée :

- L'initiative de la révocation est ouverte : elle n'appartient pas seulement au juge-commissaire, mais aussi au débiteur, aux créanciers et même aux contrôleurs.
- Le délai pour statuer sur une demande de révocation est bref : le juge-commissaire doit se prononcer dans le délai de huit jours sur la demande de réclamer formée par les autres intervenants de la procédure en l'admettant (pour proposer la révocation) ou en la rejetant. Lorsqu'il n'agit pas dans ce délai, le tribunal compétent peut être directement saisi pour se prononcer sur la réclamation. Lorsqu'il s'est prononcé, sa décision peut être remise en cause par la voie d'opposition qui est une voie de recours spéciale contre les décisions du juge-commissaire (voir supra juge-commissaire - décisions).

Pour éviter l'arbitraire dans la prise de décision et préserver les droits de la défense, le tribunal avant de se prononcer entend le juge-commissaire ainsi que le syndic.

La décision qui prononce la révocation est publique. Au-delà de la nécessité de sauvegarder l'intérêt général que cette procédure de révocation permet de prendre en compte, l'exemplarité de la sanction est également recherchée.

- Recours contre la décision de nomination ou de révocation du syndic

37. Si le jugement d'ouverture en ce qu'il décide de la mise en redressement judiciaire ou de l'ouverture de la liquidation des biens du débiteur est susceptible de recours et spécialement de l'appel, conformément à l'article 33 AUPCAP, les autres décisions prises à l'occasion et en même temps que ce jugement d'ouverture ne donnent pas lieu à des recours. C'est ce qui justifie que la décision de nomination du syndic ne puisse faire l'objet d'aucun recours. C'est ce que prévoit l'article 216 AUPCAP qui dispose : « Ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel : 1° les décisions relatives à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire, à la nomination ou à la révocation des syndics, à la nomination ou à la révocation des contrôleurs [...] ». Cette restriction s'explique par le fait que la désignation du syndic, comme celle de tous les autres organes de la procédure même si elle est faite par le tribunal relève plus de l'administration de la justice que du contentieux classique du tribunal (GUYON (Y.), Droit des affaires, Economica, T. 2, n° 1178).

§III - Rémunération du syndic

38. L'article 43 AUPCAP pose le principe de la rémunération du syndic pour les actes accomplis. Il est un « mandataire rémunéré ». Mais ce texte ne donne pas des éléments permettant de déterminer celui qui assure la charge de la rémunération, les éléments de détermination de la rémunération, les modalités de paiement, etc. Ces insuffisances sont sources de disparité dans le traitement de cet organe puisqu'il faut s'en tenir soit aux dispositions nationales lorsqu'elles existent soit aux pratiques judiciaires qui peuvent notablement varier d'un pays à l'autre et même d'une juridiction à l'autre.

Toutefois, on retrouve dans différentes dispositions, quelques éléments permettant de donner des précisions sur la rémunération du syndic. Par exemple, dans le cas où le syndic est désigné dans le cadre du règlement préventif, l'article 20 AUPCAP prévoit que la rémunération du syndic en qualité de contrôleur est fixée par la juridiction qui l'a nommé. Il en est de même, aux termes de l'art. 128 lorsqu'il est désigné pour assurer la surveillance de l'exécution du concordat de redressement (cette fixation peut être faite au moment où il est désigné ou intervenir plus tard dans la procédure). L'article 165 al. 3 AUPCAP prévoit également que « les frais et dépens de la liquidation des biens, dont les honoraires du syndic, sont prélevés sur l'actif en proportion de la valeur de chaque élément d'actif par rapport à l'ensemble ». Les articles 166 et 167 AUPCAP qui prévoient que les créanciers de frais de justice pour parvenir à la réalisation des immeubles ou des meubles sont payés en premier rang (si ces

frais ont été payés par le syndic, il sera donc payé en priorité).

Les juges sont parfois saisis pour se prononcer sur cette question (*voir par ex. Cour d'Appel de Dakar, jugement n° 26 du 27 avril 2001, SCITERANGA c/Abdoulaye Drame cité par SAWADOGO (F.M.), note sous acte uniforme, précité, p. 929*).

§IV - Responsabilité du syndic

39. L'article 43 AUPCAP pose le principe de la responsabilité des syndics lorsqu'il dispose qu'« (ils) [...] sont civilement responsables de leurs fautes dans les termes de droit commun, sans préjudice de leur responsabilité pénale ». Il en ressort que les syndics peuvent engager non seulement leur responsabilité civile, mais aussi leur responsabilité pénale. Leur responsabilité professionnelle n'est pas non plus à exclure.

A - Responsabilité civile du syndic

40. Le syndic, dans l'accomplissement de sa mission, peut engager sa responsabilité civile qu'il s'agisse de la responsabilité contractuelle ou de la responsabilité délictuelle.

Le syndic engage sa responsabilité contractuelle, en tant que mandataire à l'égard des mandants c'est-à-dire de la masse.

Quant à sa responsabilité délictuelle, le syndic peut être déclaré civilement responsable à l'égard des tiers.

Lorsqu'ils agissent collectivement et qu'aucune fonction n'a été particulièrement confiée à l'un d'eux, si la responsabilité des syndics est engagée, ils seront condamnés in solidum.

B - Responsabilité pénale du syndic

41. Comme le débiteur et les dirigeants, le syndic peut voir sa responsabilité pénale engagée à l'occasion d'une procédure collective. Aux termes de l'article 243 AUPCAP : « Est puni des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque État partie (...) Tout syndic d'une procédure collective qui :

- Dispose du crédit ou des biens du débiteur comme des siens propres ;
- Dissipe les biens du débiteur ;
- Poursuit abusivement et de mauvaise foi, dans son intérêt personnel, soit directement, soit indirectement, une exploitation déficitaire de l'entreprise du débiteur ;
- En violation des dispositions de l'article 51 ci-dessus, se rend acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, des biens du débiteur ».

Il s'agit là d'un cas de réglementation par renvoi

comme il en existe d'autres dans la législation OHADA surtout en matière pénale et ce, en application de l'article du traité qui dispose que Actes uniformes prévoient les incriminations mais renvoient pour les sanctions aux législations nationales.

42. Ce renvoi au droit national emporte nécessairement des disparités dans l'application de la loi. Soit parce que les dispositions nationales ne sont pas adoptées comme prévu, soit parce qu'elles existent mais sont disparates. C'est pourquoi, pour certains auteurs, la peine applicable au syndic devrait être celle prévue par la législation nationale pour l'infraction d'abus de confiance (SAWADOGO (F.M.), note sous article 243 AUPCAP in OHADA Traité et Actes uniformes commentés, préc., p. 1028). Cette solution peut être discutée d'autant que certains États ont des textes spéciaux pour fixer les conditions de répression de ces infractions. Par exemple, en application de la loi camerounaise n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression de certaines infractions contenues dans certains actes uniformes, l'article 34 de cette loi prévoit que : « En application de l'article 243 de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 organisant les procédures collectives d'apurement du passif, sont punis d'un emprisonnement de cinq (5) à dix (10) ans et d'une amende de 200 000 à 5 000 000 francs tout syndic d'une procédure collective qui a :

- Exercé une activité personnelle sous le couvert de l'entreprise du débiteur masquant ses agissements.
- Disposé du crédit ou des biens du débiteur comme leurs biens propres.
- Dissipé du crédit ou des biens du débiteur.
- Poursuivi abusivement et de mauvaise foi, dans son intérêt personnel, soit directement, soit indirectement, une exploitation déficitaire de l'entreprise du débiteur.
- Acquis pour son compte, directement ou indirectement, des biens du débiteur en violation des dispositions de l'article 51 de l'AUPCAP ».

Le législateur sénégalais a également adopté des dispositions en matière pénale conformément à l'article précité. Il s'agit de la loi.

C - Responsabilité professionnelle du syndic

43. L'AUPCAP ne comporte aucune disposition relative à la responsabilité professionnelle du syndic. Le syndic étant plus une fonction qu'une profession contrairement à d'autres pays où les professions judiciaires relatives aux entreprises en difficultés ont été strictement réglementées et comportent par conséquent des dispositions relatives à la responsabilité professionnelle de ces organes, dans le cadre de l'OHADA, cette responsabilité ne peut être envisagée que par renvoi aux règles de responsabilité professionnelle régissant les différents corps auxquels appartiennent les personnes exerçant les fonctions de syndic dans les différentes procédures.

§V - Prérogatives du syndic

44. Le syndic est l'organe qui bénéficie du plus de prérogatives dans les procédures collectives, ce qui se justifie par le fait qu'il représente à la fois les créanciers et les débiteurs. On peut citer :

- Le droit de communication : communication de la proposition de concordat de redressement et des réponses des créanciers (article 120).
- Le droit à l'information.
- Le droit d'être consulté et de donner son avis : droit d'être entendu sur la proposition du concordat en l'absence d'assemblée concordataire (article 124 AUPCAP), de se prononcer sur la mise à prix et les conditions de réalisation des immeubles du débiteur dans la liquidation des biens (art. 150 AUPCAP), de se prononcer sur la continuation de l'activité, droit d'être convoqué à la vente à l'amiable par le notaire
- Le droit d'action : il a le droit de demander la conclusion du contrat de location-gérance (article 115 AUPCAP), contrôle le respect de ses engagements par le locataire-gérant (article 116 AUPCAP), droit de demander la résiliation du contrat de location-gérance (article 116 AUPCAP), droit d'agir contre les tiers en responsabilité (le syndic agit ici en qualité de représentant de la masse), droit de transiger et de compromettre sur les droits du débiteur en cas de liquidation des biens avec l'autorisation du juge-commissaire (article 148 AUPCAP), de retirer les gages contre paiement (art. 149 AUPCAP) avec obligation d'agir avec diligence. Droit de demander le bénéfice de l'assistance judiciaire pour exercer les actions en responsabilité (au nom de la masse) (art. 176).
- Droit de demander l'ouverture d'une action en comblement de passif contre les dirigeants (art. 183 AUPCAP), il a le droit d'intenter une action au nom de la masse pour banqueroute (après autorisation du juge-commissaire) art. 234 AUPCAP, de poursuivre - au nom de la masse et après autorisation du juge-commissaire et après avoir entendu les contrôleurs - un dirigeant ou un débiteur pour banqueroute par voie de citation directe, il est alors tenu dans ce cas, de remettre au représentant du ministère public les pièces, titres, papiers et renseignement qui lui sont demandés, d'agir - au nom de la masse et dans l'intérêt collectif des créanciers, en responsabilité contre toutes les personnes (créancier ou tiers) ayant contribué par leurs agissements à retarder la cessation des paiements, diminuer l'actif ou aggraver le passif du débiteur (art. 118 AUPCAP). Il conserve seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours (art. 108 AUPCAP) et il établit l'ordre des licenciements pour motif économique et peut y procéder après autorisation du juge-commissaire (art. 110 AUPCAP).
- Il reçoit les demandes de surenchère formées par les créanciers dans la procédure de vente de gré à gré et a le droit de passer les actes nécessaires à la réalisation de la vente de gré à gré.

- Le syndic a un droit de regard sur la situation du débiteur.

Aux termes de l'article 55 AUPCAP : Dans les trois jours qui précèdent suivant la décision d'ouverture (redressement ou liquidation), le débiteur doit se présenter au syndic avec ses livres comptables en vue de leur examen et de leur clôture. Tout tiers détenteur de ces livres est tenu de les remettre au syndic sur sa demande. Le débiteur ou le tiers détenteur peut se faire représenter s'il justifie de causes d'empêchement reconnues légitimes. Dans le cas où le bilan ne lui a pas été remis par le débiteur, le syndic dresse, à l'aide des livres, documents comptables papiers et renseignements qu'il se procure, un état de situation ».

L'article 56 AUPCAP quant à lui, stipule : « En cas de liquidation des biens, les lettres adressées au débiteur sont remises au syndic, sauf celles ayant un caractère personnel. Le débiteur, s'il est présent, assiste à leur ouverture ».

- Le syndic a parfois aussi un droit de regard sur les dirigeants.

Ainsi l'article 57 al. 4 AU prévoit que dans l'hypothèse de l'incessibilité des droits sociaux des dirigeants, le syndic peut être chargé de faire mention de cette incessibilité sur les registres de la personne morale et sur le RCCM. Il dresse également un état des droits sociaux et délivre aux dirigeants un certificat de dépôt ou d'inscription d'incessibilité pour leur permettre de participer aux assemblées de la personne morale ».

Article 58 précise que : « Le syndic assure, sous sa responsabilité, la garde des titres qui lui sont remis par les dirigeants sociaux.

Il ne peut les restituer qu'après homologation du concordat ou après clôture des opérations de liquidation des biens, sauf à les remettre, à tout moment, à qui la justice l'ordonnera ».

Le syndic peut obtenir la dispense d'apposition des scellés ou obtenir que certains objets placés sous scellés puissent en être extraits (article 60 AUPCAP).

Il donne son avis au juge-commissaire sur la demande de secours formulée par le débiteur (article 64 AUPCAP).

Pouvoir d'injonction : Il peut requérir le débiteur en cas de redressement judiciaire de souscrire les déclarations fiscales, douanières et de sécurité sociale et il veille à leur accomplissement et en cas de liquidation des biens de lui fournir les éléments nécessaires à la détermination des impôts, droits et cotisations sociales. Si le débiteur ne défère pas à ces réquisitions, le syndic constate la défaillance et en informe le juge-commissaire (article 65 AUPCAP).

§VI - Missions du syndic

La conduite d'une procédure collective nécessite différentes opérations relatives à la mise en place, l'exécution, le contrôle et le suivi de la procédure. De plus,

le syndic cumule trois fonctions différentes : il exerce certaines fonctions techniques, il représente la masse des créanciers, il représente le débiteur en cas de liquidation des biens et l'assiste en cas de redressement judiciaire. Il résulte nécessairement de ce cumul un conflit d'intérêts qui peut être défavorable aux uns ou aux autres suivant les cas.

Recours contre les actes du syndic : L'article 43 al. 3 AUPCAP : « si une réclamation est formée contre l'une quelconque des opérations du syndic, le juge-commissaire est saisi et statue dans les conditions prévues à l'article 40 ».

A - Missions techniques du syndic

Dans ce cadre, le syndic est chargé :

- de veiller à l'accomplissement par le greffe des mesures de publicité du jugement d'ouverture (article 38 AUPCAP) et procéder le cas échéant à l'insertion des mentions du jugement au journal officiel (article 37 AUPCAP).
- de l'admission (art. 78 et s.) et de la vérification des créances (articles 84 et s.).
- d'assurer les opérations d'inventaire (article 63 AUPCAP), en présence du débiteur et éventuellement du représentant du ministère public ; il peut se faire assister dans cette mission.
- de l'accomplissement des mesures provisoires et conservatoires. Ex. : exercice des actions du débiteur contre ses propres débiteurs, inscription des sûretés mobilières et immobilières, conservation des fonds du débiteur, ce qui emporte l'obligation d'ouverture d'un compte bancaire (article 45 AUPCAP).
- de la conservation et de la garde des biens du débiteur après inventaire dans l'hypothèse de liquidation des biens (article 63 in fine)
- de la conservation des titres sociaux des dirigeants dont les titres ont été déclarés incessibles.
- de la conservation des effets du débiteur pendant deux ans après l'homologation du concordat.
- de procéder à la cession forcée des titres sociaux des dirigeants condamnés au comblement du passif de la personne morale lorsque les dirigeants n'y procèdent pas eux-mêmes (article 185 AUPCAP).

- Mission de surveillance

47. Elle concerne essentiellement la procédure de règlement préventif dans laquelle le syndic peut être nommé pour assurer la surveillance de l'exécution du concordat préventif au même titre que les contrôleurs.

La mission consistera donc à s'assurer que le débiteur respecte, à l'égard des créanciers, les engagements pris dans le cadre du concordat. À défaut, il doit signaler tous les manquements constatés au juge-commissaire.

Ce rôle est comparable à celui que jouait le commissaire à l'exécution du plan dans la procédure française antérieure. Il exerce cette mission contre rémunération fixée par le tribunal compétent (article 20 AUPCAP). Il est tenu d'une obligation de reddition des comptes en cours et à la fin de la mission. Au cours de la mission, il doit rendre compte, trimestriellement au juge-commissaire du déroulement des opérations. Son rapport, qui porte sur l'exécution du concordat n'est pas confidentiel puisqu'il doit informer le débiteur de l'envoi de ce rapport ce qui permet à celui-ci, et ce dans un bref délai de quinze jours, de formuler éventuellement des observations ou d'élever des contestations. À la fin de la mission ou lorsqu'il cesse ses fonctions, il doit, dans le délai d'un mois qui suit cette cessation de fonctions, déposer un rapport de ses comptes au greffe du tribunal compétent. Exceptionnellement, il peut être désigné, en l'absence de contrôleurs, pour surveiller l'exécution du concordat. Dans ce cas, le syndic perçoit une rémunération fixée par la juridiction compétente (article 128 AUPCAP).

B - Mission d'assistance

48. L'article 52 AUPCAP dispose que : « La décision qui prononce le redressement judiciaire emporte de plein droit... assistance obligatoire du débiteur ». Cette mission d'assistance incombe au syndic. Elle est obligatoire et ne peut être refusée ni par le débiteur ni par le syndic. Ce dernier pourrait y être contraint par décision du juge-commissaire prise à la demande du débiteur ou des contrôleurs.

L'assistance suppose que le syndic agit aux côtés du débiteur qui reste à la tête de ses affaires. Mais, elle peut, dans certains cas, prendre la forme d'une représentation, le syndic se substituant en réalité au débiteur dans l'accomplissement des actes confiés au débiteur. Il en sera ainsi lorsque le débiteur, pour certaines raisons, refuse d'agir. L'article 52 al. 3 et 4 AUPCAP dispose à cet effet que « Si le débiteur ou les dirigeants de la personne morale refusent de faire un acte nécessaire à la sauvegarde du patrimoine, le syndic peut y procéder seul, à condition d'y être autorisé par le juge-commissaire ». Il en est ainsi notamment, lorsqu'il s'agit de prendre des mesures conservatoires, de procéder au recouvrement des effets et des créances exigibles, de vendre des objets dispendieux à conserver ou soumis à dépérissement prochain ou à dépréciation imminente, d'intenter ou de suivre une action mobilière ou immobilière. Le refus de collaboration du syndic pourrait être un motif pour le tribunal de ne pas homologuer le concordat (dans le même sens, CHAPUT (Y.), *La faillite*, PUF, 1981, p. 82 qui estime, dans le cadre de la loi française de 1967 que « des refus systématiques, la passivité ou la disparition du débiteur conduiraient le tribunal à convertir le règlement judiciaire en liquidation des biens »).

Si le syndic refuse son assistance pour accomplir

des actes d'administration ou de disposition au débiteur ou aux dirigeants de la personne morale, ceux-ci ou les contrôleurs peuvent l'y contraindre par décision du juge-commissaire obtenue dans les conditions prévues par les articles 40 et 43 AUPCAP. Le refus pourrait être justifié par le non-paiement des honoraires.

C'est également dans le cadre de cette mission d'assistance que le syndic assiste le débiteur dans la réception des offres d'acquisition, et dans l'accomplissement des formalités de cession (article 132 AUPCAP).

Le syndic a l'obligation de rendre compte de sa mission d'assistance au juge-commissaire (article 137 AUPCAP).

C - Mission de représentation

49. L'article 53 dispose clairement que « La décision qui prononce la liquidation des biens emporte, de plein droit... dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens [...]. Les actes, droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont accomplis ou exercés, pendant toute la durée de la liquidation des biens par le syndic, agissant seul en représentation du débiteur.

C'est dans le cadre de cette mission de représentation que l'article 54 AUPCAP prévoit que : « Dès son entrée en fonction, le syndic est tenu de faire tous actes nécessaires pour la conservation des droits du débiteur contre les débiteurs de celui-ci. Il est tenu, notamment, de requérir, au nom de la masse, les inscriptions des sûretés mobilières et immobilières soumises à publicité qui n'ont pas été requises par le débiteur lui-même [...]. Il est également tenu d'inscrire la décision d'ouverture conformément aux dispositions organisant la publicité foncière ».

En ce qu'il représente le débiteur, en cas de liquidation des biens, le syndic est investi de plusieurs missions qu'il accomplit seul. Ainsi :

- le syndic décide de la continuation ou non du bail (article 97 AUPCAP)
- c'est le syndic qui entreprend la procédure de réalisation de la vente des immeubles, répartit le produit de la vente et établit l'ordre des créanciers.
- il doit établir l'état de situation du débiteur (actif disponible et passif) article 146 AUPCAP.
- le syndic agit seul dans la réalisation de l'actif : vente des marchandises, recouvrement des créances, paiement des dettes avec obligation d'ouvrir un compte bancaire et l'obligation de justifier au juge-commissaire du versement des sommes dans le compte (article 147 AUPCAP).
- il est le chef d'orchestre dans le cas de la cession globale des biens du débiteur. À ce titre c'est le syndic qui suscite les offres de cession, reçoit les différentes offres, choisit l'offre la plus sérieuse (qu'il doit soumettre toutefois au juge-commissaire) et passe les actes nécessaires à la réalisation de la cession.

- il procède aux formalités de radiation des inscriptions des sûretés (art. 163 AUPCAP).
- il procède au paiement effectif des créanciers après répartition des sommes par le juge-commissaire (art. 164 AUPCAP).

50. À côté de ces missions principales, le syndic est investi d'autres missions plus ou moins importantes. Par exemple, il a pour mission d'assurer l'intermédiation entre le débiteur et les créanciers dans l'élaboration du concordat de redressement (article 119 AUPCAP), de recueillir l'avis des créanciers sur les propositions concordataires, de faire rapport à l'assemblée concordataire sur la situation du débiteur (article 124 AUPCAP). En cas de cession partielle d'actif, il établit l'état descriptif des biens meubles et immeubles du débiteur (art. 131 AUPCAP), il est chargé d'informer le public des offres de cession. Il procède à l'inscription de l'hypothèque au profit des créanciers en cas d'homologation du concordat de redressement (article 135 AUPCAP). Il exerce aussi des missions particulières en cas de conversion de procédure (redressement judiciaire en liquidation des biens) conformément à l'art. 141.

§VII - Obligations du syndic

51. En contrepartie de ses nombreuses prérogatives, d'importantes obligations pèsent sur le syndic. La principale est l'obligation de reddition des comptes à laquelle s'ajoutent des obligations accessoires.

A - Obligation principale : reddition des comptes

52. Elle s'impose au syndic dans toutes les procédures.

Aux termes de l'article 43 al. 4 AUPCAP : « Le syndic a l'obligation de rendre compte de sa mission et du déroulement de la procédure collective au juge-commissaire, selon une périodicité définie par ce magistrat. À défaut, il doit rendre compte une fois par mois, et dans tous les cas, chaque fois que le juge-commissaire le lui demande ». Le délai de droit commun d'un mois peut être jugé comme un délai assez court surtout si l'on prend en compte le fait que le syndic en dépit de ses aptitudes n'est pas un organe spécialisé dans les procédures collectives et si l'on prend aussi en compte le délai de transmission des rapports entre le débiteur et le syndic et le temps éventuellement nécessaire pour intégrer les observations faites suite à un précédent rapport.

Cette reddition des comptes doit être distinguée de celle qui est faite à la fin de la mission et qui varie selon la procédure en cause.

Article 112 AUPCAP stipule que, en cas de continuation de l'activité dans le redressement judiciaire, le syndic a l'obligation de communiquer les résultats d'exploitation au juge-commissaire et au représentant

du ministère public, selon une périodicité définie par le juge et au moins tous les trois mois. Cela se justifie parce que le juge est mis à même d'avoir les éléments pour apprécier si la continuité de l'exploitation est ou non opportune. La même obligation est prévue lorsque l'activité est continuée dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens (article 113 AUPCAP).

Dans la procédure de liquidation des biens, le syndic est tenu d'établir un rapport trimestriel sur le déroulement de la liquidation des biens (art. 169 AUPCAP), ce rapport est déposé au greffe et une copie est envoyée au débiteur, aux créanciers et aux contrôleurs ; il doit informer le débiteur du déroulement des opérations de liquidation (art. 169 in fine AU) et surtout, à la clôture des opérations de liquidation, il doit rendre compte de la gestion de la liquidation au juge-commissaire (art. 170).

Il doit déposer ses comptes lorsque la procédure de liquidation est clôturée pour insuffisance d'actif (art. 177 AU), ou pour extinction du passif (article 179 AU). Le syndic a d'ailleurs le droit, au même titre que le débiteur, de demander la clôture pour extinction du passif lorsqu'il n'existe plus de passif exigible ou lorsqu'il dispose de deniers suffisants ou lorsque les sommes dues aux créanciers (capital, intérêts et frais), ont été consignées. Dans les deux cas, le syndic dépose ses comptes au greffe dans les trois mois de la clôture de la procédure.

B - Obligations secondaires

54. L'obligation de faire un rapport sur la situation du débiteur au moment de l'entrée en fonction (article 66 AUPCAP) : « Le syndic, dans le mois de son entrée en fonction, sauf prorogation exceptionnelle de délai dûment motivé du juge-commissaire, remet à ce magistrat un rapport sommaire de la situation apparente du débiteur, des causes et caractères de cette situation faisant apparaître un bilan économique et social de l'entreprise et les perspectives de redressement résultant des propositions concordataires du débiteur ».

L'obligation de faire rapport sur la situation du débiteur : obligation de remettre au juge-commissaire le rapport sur la situation de l'entreprise (bilan économique et social) dans le mois de son entrée en fonction, sauf prorogation (article 66 AUPCAP).

- rapport sur la situation du débiteur : obligation de remettre au juge-commissaire le rapport sur la situation de l'entreprise (actif disponible et passif dans le mois de son entrée en fonction (art. 146 AUPCAP).

(Cette obligation se rapproche de la mission de l'expert dans le règlement préventif)

Ces obligations s'étendent quelquefois au-delà de la cessation des fonctions à l'instar de l'obligation de conservation. L'article 46 dispose : « le syndic est responsable des livres, papiers et effets remis par le débiteur ou appartenant à celui-ci ainsi que par les créanciers

ou par tout apporteur pendant cinq ans à partir du jour de la reddition des comptes ». C'est le cas également de l'obligation de restitution (art. 82 AU. Après l'assemblée concordataire en cas de redressement judiciaire ou après la clôture des opérations de liquidation, le syndic doit restituer aux créanciers, les diverses pièces qui lui avaient été confiées dans le cadre de la vérification des créances).

Le syndic a l'obligation d'informer le représentant du ministère public des faits justifiant la faillite personnelle et d'en faire un rapport dans les trois jours (art. 200 AUPCAP). Il prend part à l'audition du débiteur ou du dirigeant en cause et il reçoit les demandes de réhabilitation de faillite et il fait un rapport (art. 208 AUPCAP).

Section IV - Expert

55. Une seule disposition lui est expressément consacrée. Il s'agit de l'article 8 AUPCAP qui dispose : « dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, celle-ci est transmise, sans délai, au président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles et désigne un expert pour lui faire un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être ».

Cette disposition est insuffisante pour déterminer le statut de l'expert. C'est pourquoi, avoir déterminé son rôle, l'article 8 in fine renvoie, pour le statut de l'expert, aux articles 41 et 42 AUPCAP qui sont relatifs au statut du syndic. C'est dire que le statut du syndic - ou tout au moins ce que l'Acte uniforme comporte comme éléments relatifs au statut du syndic - est identique à celui de l'expert en dépit de la différence que l'on relève dans leurs différentes fonctions.

56. L'expert est un organe important, central dans la procédure de règlement préventif essentiellement car c'est le seul organe non-judiciaire qui est désigné au cours de cette procédure (Le syndic peut être désigné au moment de l'homologation du concordat mais il n'interviendra en réalité qu'à la clôture de la procédure de règlement préventif pour en contrôler l'exécution, particulièrement pour suivre l'exécution du plan de redressement). Il est chargé, dès l'ouverture de la procédure, de faire un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de redressement et de se prononcer sur les propositions de concordat faites par le débiteur. Les propositions qui sont faites par l'expert dans le cadre du règlement préventif peuvent d'ailleurs influencer toute la suite de la procédure et le sort du débiteur. En effet, la juridiction compétente qui statue sur la base du rapport de l'expert, peut, soit mettre le débiteur en règlement

préventif, soit, si la cessation des paiements est avérée, prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens du débiteur. Dans la pratique, l'importance de ce rôle ne semble pas être prise en compte aussi bien par le tribunal au moment de la désignation des experts que par les experts eux-mêmes dans l'exercice de leur mission.

(Sur la place de l'expert dans le nouveau droit français des procédures des entreprises en difficultés, voir Coquelle, M.L., ouvrage précité, PETEL, P., ouvrage précité).

§I - Nomination de l'expert

57. En même temps qu'il rend la décision de suspension des poursuites individuelles, le président du tribunal doit désigner un expert pour faire un rapport sur la situation du débiteur et les perspectives de redressement proposées par celui-ci. L'obligation faite au tribunal de désigner un expert est logique. En effet, la suspension ayant un caractère provisoire, il faut que le tribunal dispose d'éléments suffisants pour prendre ensuite une décision. Les seules propositions faites par le débiteur ne sauraient suffire ; il faut que celles-ci fassent l'objet d'un examen par des personnes compétentes.

§II - Remplacement et révocation de l'expert

58. Le remplacement et la révocation de l'expert, suivent quasiment le même régime que ceux du syndic. De même, le problème des aptitudes ou de la déontologie professionnelle se pose dans les mêmes termes que pour le syndic. Il est aussi soumis aux mêmes incompatibilités. Quant à la responsabilité de l'expert, l'AUPCAP comporte peu de précisions sur la responsabilité de l'expert comme pour le syndic mais le principe de la responsabilité civile, pénale et professionnelle est retenu.

§III - Rémunération de l'expert

59. Pour un cas où faute d'être rémunéré, l'expert n'a pas déposé son rapport ce qui a conduit à la désignation d'un second expert voir (tribunal de grande instance du Moundou, Ordonnance n° 06/ADD/CIV du 06 mars 2007, Affaire FANKOU née TAGNE MATPOUM I PCA du Conseil d'administration de FSIC C/Farmers Savings and Investment Company (FSIC), ohadata, note Kalieu Elongo Yvette : « Attendu qu'une première expertise avait été ordonnée dans ce sens par décision avant dire droit du Tribunal de céans en date du 25 juillet 2006, mais n'a jamais été exécutée faute de paiements des frais y afférents ; qu'il échet de passer outre cette décision avant dire droit, pour difficultés d'exécution, et d'ordonner une nouvelle expertise financière dont

les frais ne seront taxés qu'en fin de travaux ; par ces motifs, statuant publiquement, contradictoirement à l'égard des parties, en matière civile et commerciale et en premier ressort, par jugement avant dire droit ; rapporte le jugement avant dire droit N° 09/ADD/CIV du 25 juillet 2006 pour difficultés d'exécution ; ordonne une expertise financière aux fins de recueillir tous renseignements utiles sur la situation économique de la FSIC (farmers savings and investments company) et les chances de succès de l'offre de concordat qu'elle a présentée ;

Commet pour y procéder sieur FOWE André, expert comptable agréé près la Cour d'Appel du Littoral, lequel serment préalablement prêté en nos mains nous tiendra son rapport dans un délai de 45 jours à compter de la notification de la présente décision ; Dit que les frais d'expertise seront taxés en fin de travaux par nos soins [...] ».

§IV - Prérogatives

60. L'expert dispose pour l'accomplissement de sa mission de larges pouvoirs, notamment le pouvoir d'auditionner tous ceux qui détiennent des informations sur la société. Il peut entendre toute personne qu'il désire, notamment les débiteurs et les créanciers et le secret professionnel ne peut lui être opposé.

§V - Mission de l'expert

61. Il assume des missions assez particulières qui s'éloignent des missions des autres organes des procédures collectives. Elles se rapprochent plus de celle des experts judiciaires de droit commun.

A - Contenu de la mission

62. Les missions de l'expert sont énumérées aux articles 12 et 17 AUPCAP. Il est chargé, aux termes de ces deux dispositions :

- D'apprécier la situation du débiteur sur le plan économique. Il doit pour cela se prononcer sur l'offre de concordat faite par ce dernier. Cette mission est fondamentale et primordiale. Elle conditionne toute la suite de la procédure. Elle justifie les prérogatives qui lui sont reconnues.
- De jouer le rôle de médiateur entre le débiteur et les créanciers : Il doit rapprocher les points de vue des deux parties pour parvenir à la conclusion d'un accord sur les modalités de redressement de l'entreprise et d'apurement de son passif. Il s'agit d'une

simple obligation de moyens. Mission secondaire, mission non technique, Moyens à sa disposition ; connaissance de la situation du débiteur, brièveté du délai.

- De signaler au tribunal les manquements du débiteur aux obligations qui lui incombent pendant la période de suspension des poursuites : interdiction de paiement des créanciers ; interdiction des actes de disposition étrangers à l'exploitation normale ; interdiction de paiement des créanciers. Il joue donc presque ici le rôle de contrôleur sauf que le contrôle qu'il exerce est antérieurement à la décision du tribunal et pourrait d'ailleurs influencer ses propositions ainsi que la décision du tribunal.
- De vérifier l'accomplissement de la publicité de la décision de règlement préventif au RCCM et au journal officiel (article 17 al. 2 AUPCAP).

B - Déroulement de la mission

Il faut examiner le début de la mission, sa durée et sa fin.

I - Début de la mission

63. La mission de l'expert commence dès la désignation par le tribunal. La décision de désignation doit lui être notifiée. L'expert est informé de sa mission par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite du Président de la juridiction compétente Il peut être également informé par le débiteur. Dans tous les cas, la notification doit être faite dans le délai de huit jours suivant la décision de suspension des poursuites individuelles.

Il doit ensuite prêter serment. Les juges rappellent parfois cette exigence dans la décision d'ouverture de la procédure.

II - Durée de la mission

Pour permettre au tribunal de fixer le plus rapidement possible la situation du débiteur, l'expert doit déposer son rapport au plus tard dans les deux mois qui suivent sa désignation auprès du greffe de la juridiction, en double exemplaire dont l'un est transmis au représentant du ministère public par le greffier en chef. Le délai peut être prorogé d'un mois par autorisation motivée du président de la juridiction compétente.

Le non-respect de ce délai peut d'ailleurs donner lieu à la mise en œuvre de sa responsabilité à l'égard du débiteur ou des créanciers conformément à l'article 13 AUPCAP. Voir en ce sens, tribunal de

grande instance de Yaoundé, jugement civil n° 262 du 9 janvier 2003 affaire Standard Chartered c/Manga Ewolo André, **ohadata** : « *L'expert judiciaire désigné par l'ordonnance d'ouverture de règlement préventif peut voir sa responsabilité engagée lorsqu'il ne respecte pas les délais légaux prescrits pour déposer son rapport. Par conséquent, il peut être condamné à payer des dommages-intérêts au créancier à qui le non-respect de ce délai cause un préjudice* ».

III - Fin de la mission

65. La mission de l'expert prend en principe fin avec l'homologation du concordat (article 16 AUPCAP). La fin de la mission impose un certain nombre d'obligations à l'expert. En plus de la remise du rapport dans les conditions et délais précédemment étudiés, l'expert doit procéder à une reddition générale des comptes de sa mission au président de la juridiction compétente (art. 19 AUPCAP). Un délai lui est également imposé à ce niveau car il doit le faire au plus tard un mois après la décision de règlement préventif. Le président vise le rapport présenté. Il est par ailleurs tenu de conserver les documents qui lui ont été remis (art. 19 al. 3 AUPCAP).

Section V - Contrôleurs

66. L'institution des créanciers contrôleurs n'est pas une innovation du droit uniforme OHADA. L'article 452 C. Cce prévoyait déjà la possibilité pour le juge-commissaire de nommer un ou deux contrôleurs parmi les créanciers qui faisaient acte de candidature. Ils n'étaient pas chargés d'une mission particulière. Cependant, dans la procédure de liquidation judiciaire, ils étaient spécialement chargés de vérifier les livres du débiteur. L'article 20 de la loi de 1889 sur la liquidation judiciaire, à la suite du code de commerce, prévoit également l'intervention des contrôleurs, dans cette procédure.

67. La législation française, malgré les évolutions qu'elle a connues, a conservé cette institution et a apporté quelques modifications dans le sens du renforcement du rôle de ces organes.

68. Les créanciers contrôleurs peuvent constituer un contrepoids important au pouvoir du syndic qui représente, comme on l'a vu, à la fois le débiteur et les créanciers alors que les contrôleurs représentent seulement les créanciers. Ce droit (ou ce pouvoir) de représentation doit être nuancé en ce sens que les créanciers ne participent pas au choix de leur représentant qu'ils ne peuvent d'ailleurs pas contester.

Les conditions de leur désignation et leurs missions sont désormais mieux définies par l'AUPCAP.

§I - Désignation des contrôleurs

69. Le contrôle du déroulement de la procédure collective par les créanciers, qui sont les premiers intéressés par la procédure collective à laquelle est soumis le débiteur, n'est pas systématique en droit OHADA. En effet, la désignation des contrôleurs n'est de droit dans aucune des trois procédures prévues que sont le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

A - Dans la procédure de règlement préventif

70. Le tribunal, à l'occasion de la décision d'homologation du concordat préventif peut désigner des créanciers chargés de l'exécution du concordat (article 16 AUPCAP). Leur désignation est donc facultative et les contrôleurs n'interviennent qu'à la clôture de la procédure pour surveiller l'exécution du concordat préventif. Ils peuvent être remplacés dans cette mission par le syndic.

B - Dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens

71. La désignation des contrôleurs peut intervenir dans deux hypothèses. Elle est dans tous les cas de la compétence du juge-commissaire contrairement au règlement préventif où c'est le tribunal qui les désigne.

I - Désignation à l'initiative du juge-commissaire

Le juge-commissaire en tant qu'il supervise le déroulement de la procédure peut décider de la désignation des contrôleurs. Deux cas sont à distinguer ici :

a - 72. Il peut désigner les contrôleurs en cours de déroulement de la procédure et à tout moment de la procédure, auquel cas la désignation est facultative. Dans ce cas, le juge-commissaire nomme trois contrôleurs au maximum choisis indistinctement parmi les créanciers. Il est donc juge des critères d'éligibilité des créanciers à la qualité de contrôleurs : nature de la créance, montant de la créance, etc.

b - 73. Il peut aussi désigner les contrôleurs au moment de l'homologation du concordat pour assurer la surveillance de l'exécution dans les mêmes conditions que dans le règlement préventif (art. 128). Ils doivent signaler les manquements au président de la juridiction compétente. La mission du contrôleur se rapproche

alors de celle du commissaire à l'exécution du plan prévu par la législation française.

II - Désignation à la demande de créanciers

Dans ce cas, la nomination des contrôleurs devient obligatoire mais tout en étant soumise à des conditions. Il faut que la demande soit formulée par les créanciers représentant au moins la moitié du total des créances même non vérifiées. De même, le juge-commissaire n'est plus libre dans la détermination des critères d'éligibilité des contrôleurs. Il désigne obligatoirement trois créanciers (pas plus ni moins) et il doit s'assurer de la représentativité des différentes catégories de créanciers à savoir les créanciers chirographaires, des créanciers titulaires de sûretés réelles mobilières et immobilières spéciales (ce qui exclut les titulaires des privilèges généraux), et les salariés (c'est la seule occasion qu'ont ainsi les créanciers d'intervenir dans la procédure. Contrairement à d'autres législations, le droit uniforme OHADA ne prévoit pas la représentation des salariés, es qualité dans les procédures collectives. Pour un auteur, la limitation des contrôleurs ne se justifie pas : l'augmentation du nombre des contrôleurs ne serait pas préjudiciable outre mesure à la procédure du fait de la gratuité des fonctions (*SOUPGUI (E.), Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA, thèse, université de Yaoundé 2, n° 146, p. 142*).

75. Si les conditions de désignation à la demande des créanciers ne sont pas respectées par le demandeur, la demande formulée peut être rejetée. Ainsi, la demande faite par un créancier et tendant à sa désignation en sa qualité de contrôleur dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens ne peut pas être admise dès lors que, selon le juge-commissaire, la transparence et la célérité entourant ladite liquidation suffisent à préserver les intérêts de tous les créanciers et que la nomination d'un contrôleur tout en étant superflue pourrait également alourdir et entraver la célérité des opérations de liquidation en cours. Voir en ce sens : tribunal de grande instance du Noun, ordonnance du 19 Janvier 2009, affaire Caisse nationale de prévoyance sociale (C.N.P.S) contre Liquidation SEFN, ohadata, Note : Kalieu Elongo Yvette Rachel : « Attendu en effet qu'il résulte des dispositions de l'article 48 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qu'à toute époque, le juge-commissaire peut nommer un ou plusieurs contrôleurs choisis parmi les créanciers sans que leur nombre puisse excéder trois ; Que la nécessité pour le juge sus-désigné, d'user de cette faculté n'apparaît que dès lors qu'il observe une relative opacité dans la conduite des opérations de la liquidation ; Mais attendu qu'en l'espèce aucune rétention d'information ni malversation n'ont été observées dans les différentes missions des co-syndics ; Que dans ce contexte la nomination d'un contrôleur est superflue et aurait sans doute l'inconvénient d'alourdir

et entraver la célérité du déroulement des opérations de liquidation de la société d'exploitation forestière du Noun (SEFN) ; Que surabondamment, la transparence et la célérité entourant ladite liquidation suffisent à préserver les intérêts de tous les créanciers ; Que de tout ce qui précède, il y a lieu de rejeter la requête de la Caisse nationale de prévoyance sociale comme inopportune ».

76. Cette décision donne l'occasion de revenir sur les conditions de la nomination des contrôleurs dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens. La première observation est que la désignation des contrôleurs n'est pas automatique et doit faire l'objet d'une demande. C'est en ce sens que le créancier a en l'espèce formulé une demande de désignation en qualité de contrôleur. La seconde observation est que, la suite réservée à la demande dépend du « poids » que représentent le ou les créanciers par rapport au montant total des créances même non vérifiées. Si le montant de la créance représente la moitié du montant total, la nomination est obligatoire, le juge-commissaire n'ayant plus à en apprécier l'opportunité. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Par contre, lorsque la créance n'atteint pas ce montant, il revient au juge-commissaire de décider de l'opportunité de la nomination. Dans l'affaire commentée, le créancier fondait sa demande sur l'absence d'information relativement à la procédure en cours. Le juge-commissaire estime que la procédure est suffisamment transparente et qu'en plus la nomination du contrôleur pourrait ralentir le déroulement de la liquidation. Autant le premier argument est fondé, autant le second l'est moins. L'argument de lenteur ne saurait être déterminant si les intérêts des créanciers doivent être véritablement préservés du fait de la nomination d'un contrôleur.

En cas de rejet de la demande de désignation d'un contrôleur comme dans l'affaire précitée, la décision du juge-commissaire ne peut faire l'objet ni d'appel ni d'opposition, conformément aux dispositions de l'article 216 AUPCAP. La raison est que cette désignation fait partie des mesures d'administration de la justice (voir infra : les voies de recours en matière de procédures collectives).

77. Tout créancier, sous les réserves formulées, peut être désigné contrôleur. Une condition d'incompatibilité est toutefois prévue : les créanciers désignés ne doivent pas être parents ou alliés du débiteur ou des dirigeants de la personne morale jusqu'au quatrième rang inclus. Le contrôleur peut même être une personne morale. C'est ce que l'on déduit de l'article 48 al. 3 in fine AUPCAP qui prévoit que les parents ou alliés du débiteur ou du dirigeant de la personne morale ne peuvent représenter une personne morale qui a été désignée contrôleur.

Comme le syndic ou l'expert, les contrôleurs peuvent être révoqués par la juridiction compétente sur proposition du juge-commissaire. Il n'y a pas de parallélisme des formes puisque le juge-commissaire peut nommer les contrôleurs mais n'a pas pouvoir pour les révoquer.

78. Les créanciers nommés doivent exercer leur mission personnellement (art. 49 al. 5 AUPCAP). Cela peut s'expliquer par le fait que la nomination est faite intuitu personae. Mais ceci n'exclut pas, à notre avis, la possibilité pour eux de faire recours à d'autres personnes pour obtenir des éléments utiles à l'exercice de leur mission ; par exemple, pour la vérification de la comptabilité du débiteur comme le prévoit l'art. 49. Dans ce cas, le créancier, devrait assumer toutes les conséquences découlant de cette intervention.

Des obligations spécifiques leur sont parfois imposées. Ainsi, les créanciers contrôleurs lorsqu'ils sont tenus de payer les dividendes aux créanciers doivent ouvrir un compte et faire la situation au président de la juridiction compétente sur le fonctionnement de ces comptes. Ils doivent souscrire une police d'assurance pour couvrir leur éventuelle responsabilité civile (art. 128 AUPCAP). La mission du contrôleur n'est plus différente de celle des syndics en dépit de ce que la fonction est exercée gratuitement par l'un et contre rémunération pour l'autre.

79. S'agissant de sa responsabilité, le principe est que, dans l'accomplissement de sa mission, en dépit de la gratuité de la fonction, et quelle que soit la procédure mise en œuvre, le créancier contrôleur peut engager sa responsabilité. S'agissant de la nature de cette responsabilité, il s'agit d'une responsabilité civile délictuelle parce que le contrôleur n'est pas un mandataire comme le syndic. Pour ce qui est des conditions de la responsabilité, elle est influencée par la gratuité des fonctions des contrôleurs. C'est pourquoi ils ne répondent que de leurs fautes lourdes.

§II - Missions du contrôleur

80. L'Acte uniforme n'a pas été suffisamment précis quant à la détermination des fonctions des contrôleurs. L'article 49 AUPCAP dispose de manière générale que : « Les contrôleurs assistent le juge-commissaire dans sa mission de surveillance du déroulement de la procédure collective et veillent aux intérêts des créanciers ».

Il en ressort deux missions principales : la mission d'assistance et la défense des intérêts des créanciers.

A - Mission d'assistance du juge-commissaire

81. Cette mission générale d'assistance se décline en plusieurs fonctions que les contrôleurs assument dans le déroulement de la procédure et qui varient suivant le type de procédure, suivant l'étape de la procédure.

B - Mission de défense des intérêts des créanciers

82. Elle doit être distinguée de la représentation des créanciers qui est assurée par la masse représentée par

le syndic. Certes, le syndic est chargé de la défense des intérêts de la masse (*art 72 : la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit dans l'intérêt collectif*). Mais, le fait que le syndic représente également les créanciers justifie la désignation des contrôleurs chargés spécialement de la défense des intérêts de ces créanciers en dépit de ce que leur désignation n'est pas obligatoire.

Les contrôleurs veillent donc à la protection des droits des créanciers qu'ils représentent. C'est à ce titre que les contrôleurs bénéficient de certaines prérogatives.

§III - Prérogatives du contrôleur

83. Ils peuvent contraindre le syndic (par décision du juge-commissaire) à apporter son assistance au débiteur dans la gestion de l'entreprise mise en redressement judiciaire lorsque cette assistance n'est pas apportée spontanément comme le prévoit la loi. Si le syndic n'agit pas spontanément, ils peuvent le contraindre à exercer les droits et actions du débiteur qu'il représente dans la procédure de liquidation des biens.

Ils donnent leur avis sur certaines opérations rentrant dans la procédure.

Ils peuvent vérifier la comptabilité et l'état de situation du débiteur, ce qui suppose qu'ils y ont accès sans qu'on leur impose le secret professionnel.

Ils ont droit de demander des comptes au syndic sur l'état de la procédure aussi bien en ce qui concerne les aspects matériels (les actes accomplis : vérification, des créances, inventaire) que les aspects financiers (recettes faites, versements effectués, etc.).

Ils doivent être obligatoirement consultés pour la continuation de l'activité de l'entreprise, à l'occasion de la réalisation des biens du débiteur (art. 150 AUPCAP) ou avant l'exercice par le syndic des poursuites pour banqueroute frauduleuse (art. 234 AUPCAP).

Ils doivent être obligatoirement consultés pour donner leur avis sur le rapport de situation du débiteur que le syndic présente à son entrée en fonction (article 66 AUPCAP).

Ils assistent à la vérification des créances (art. 84 AUPCAP) : prérogative justifiée qui permet d'éviter des contestations ultérieures.

Ils ont le droit de saisir le juge-commissaire pour toutes contestations relatives aux procédures en cours.

Ils donnent leur avis sur la proposition de concordat préventif (art. 119 AUPCAP), sur les offres de cession globale d'actif dans la liquidation des biens (art. 161 AUPCAP).

Ils reçoivent copie du rapport de liquidation dressé par le syndic (art. 169).

Jurisprudence

- CA du centre, arrêt n° 72/C du 2 décembre 1993, *juridis info*, n° 22, avril -juin 1995, p. 56.

- CA du littoral, arrêt n° 25 du 18 octobre 1991, juridico info, n° 15, p. 54.
- CA du centre, 21 juillet 1993, note BOKALLI (V.E.), lex lata, n° 5, juin 1995, p. 3.
- TGI du Mfoundi, jugement n° 15/CC du 24 janvier 2002 (révocation et remplacement du liquidateur) cité par Soupgui (p. 140).

Ohadata J-09-242

Procédures collectives - règlement préventif en cours - rapport de l'expert - cessation de paiements - impossibilité de redressement - mise en liquidation des biens - désignation des organes de liquidation - apposition des scellés et publicité du jugement.

Lorsqu'il ressort du rapport de l'expert désigné que le redressement de l'entreprise en règlement préventif s'avère impossible parce qu'elle se trouve en état de cessation de paiements, la juridiction compétente prononce sa mise en liquidation des biens, nomme les organes chargés de conduire cette liquidation (syndic et juge-commissaire) et ordonne l'apposition des scellés ainsi que la publicité du jugement.

- Article 5 AUPCAP
- Article 25 AUPCAP
- Article 28 AUPCAP
- Article 31 AUPCAP
- Article 36 AUPCAP
- Article 39 AUPCAP

Tribunal de grande instance du Noun, jugement N° 21/CIV/tribunal de Grande Instance/2006-2007, affaire SDV Cameroun contre Société d'exploitation forestière du Noun (SEFN), note Yvette KALIEU, professeur.

LE TRIBUNAL,

- Vu les lois et règlements en vigueur ;
- Vu les pièces du dossier de la procédure ;
- Attendu que par acte du 17 juin 2006, dûment enregistré le 27 juin 2006 de Maître Tagnet Ghabissy Victorien Gabriel, Huissier de justice à Fouban, agissant par l'intermédiaire de Maître KAKAMBI Joseph, Huissier de justice à Foubot, la société SDV Cameroun, ayant pour conseil la SCP Nougwa et Kouounguing, a fait donner assignation à la société d'exploitation forestière du Noun (SEFN) pour :
- Constater que cette dernière est en cessation de paiement ;
- Déclarer ouverte contre elle la procédure de redressement judiciaire ;
- Fixer provisoirement la date de la cessation de paiement au 12 septembre 2005 ;
- Nommer tel juge-commissaire et tel syndic qu'il plaira au Tribunal de désigner ;
- Ordonner l'apposition des scellés partout où besoin

- sera, meubles, immeubles, biens, papiers ou marchandises du débiteur ;
- Ordonner la publication du jugement conformément aux dispositions de l'article 36 de l'Acte uniforme OHADA ;
- Dire que les dépens seront employés en frais privilégiés de redressement judiciaire ;
- Attendu que la société requérante expose qu'elle est créancière de la société SEFN de la somme de 29 231 050 francs représentant le solde débiteur de son compte dans ses livres ;
- Que ce débit représente le cumul de plusieurs factures demeurées impayées malgré les multiples relances et sommation à elle servies ;
- Que la défenderesse est manifestement en cessation de paiement ;
- Que sa créance étant certaine, liquide et exigible, elle sollicite et ce conformément aux dispositions des articles 25 et 28 de l'Acte uniforme OHADA que la procédure de redressement judiciaire soit ouverte contre la SEFN débitrice ;
- Attendu qu'en réplique, la société SEFN (société d'exploitation forestière du Noun), par la voie de son conseil Maître Mbombo Njoya, estime la présente demande superfétatoire, qu'elle explique en effet qu'en date du 12 septembre 2005 elle avait introduit auprès du président du tribunal de céans, une requête aux fins de règlement préventif à laquelle était annexée une offre de concordat conformément aux dispositions des articles 5 et suivants de l'Acte uniforme OHADA sur les procédures collectives ;
- Que par ordonnance N° 9/CAB/PTGI/Noun 2005-2006, rendue le 2 novembre 2005, le président du tribunal de céans a ordonné la suspension des poursuites individuelles contre elle et a désigné un expert chargé de dresser un rapport sur sa situation économique et financière ;
- Qu'à la fin de ses travaux, l'expert désigné a conclu que sa situation économique et financière était irrémédiablement compromise ;
- Qu'en conséquence, en application des dispositions de l'Acte uniforme sus-évoquées, elle ne s'oppose pas à sa liquidation ;
- Attendu qu'il est constant que suite à la requête aux fins de règlement préventif introduite par la société SEFN, le président du tribunal de grande instance de céans a désigné un expert avec pour mission d'évaluer sa situation économique et financière et les perspectives de son redressement ;
- Que les conclusions du rapport de l'expert énoncent sans équivoque qu'il est urgent d'envisager la liquidation de la société SEFN qui croule sous le poids de ses dettes ;
- Que de ce rapport d'expertise il ressort en effet que les engagements de la société SEFN à la fin de l'exercice 2004 s'élevaient à la somme de 800 211 157 francs répartis comme suit :
- · Dettes financières diverses = 32 391 944

- · Clients avances reçus = 253 400 480
- · Fournisseurs d'exploitation = 194 909 763
- · Dettes fiscales = 79 686 048
- · Dettes sociales = 109 157 865
- · Autres dettes = 37 438 568
- · Banque découvert = 93 226 489
- Que face au volume substantiel des engagements ci-dessus énoncés, l'actif réalisable à la date d'arrêté de compte n'est que : 357 939 286 francs, toute chose qui démontre que le passif est de loin supérieur à l'actif ;
- Qu'il y a lieu, rien ne permettant quelques possibilités de redressement, de constater que la société SEFN SARL a des difficultés financières réelles et sérieuses, soit du fait d'une mauvaise gestion, soit des contingences économiques diverses et défavorables ;
- Que devant cette impossibilité de faire à son passif exigible, il échet de constater la cessation des paiements, de prononcer la liquidation des biens conformément aux dispositions de l'Acte uniforme OHADA ;
- De désigner tel syndic pour y procéder, et tel juge-commissaire chargé de veiller aux opérations de liquidations (article 39) ;
- D'ordonner les publications légales prévues aux articles 36 et suivants de l'Acte uniforme OHADA ainsi que l'apposition des scellés, pour pallier à toute éventualité de distraction des biens de la société en liquidation ;
- Attendu que les dépens viennent en frais privilégiés de la liquidation ;

Par ces motifs

- Statuant publiquement, contradictoirement à l'égard de toutes les parties, en matière civile et commerciale, en premier ressort,
- Reçoit la société SDV Cameroun en sa demande ;
- Vu la requête aux fins d'un règlement préventif et l'offre d'un concordat préventif du 7 novembre 2005 introduit par la société SEFN ;
- Vu le rapport d'expertise sur la situation économique et financière de la SEFN déposé le 7 juin 2006 ;
- Constate la cessation des paiements de la société SEFN à compter de la date provisoire du 12 septembre 2005 ;
- Prononce en conséquence la liquidation de ladite société avec toutes les structures et biens divers à compter de ce jour ;
- Désigne pour y procéder maître Alphonse Ngaliembou, Avocat au Barreau du Cameroun et Maître Nkanjone Elisé, huissier de justice à Foumban, co-syndics de la liquidation ;
- Désigne monsieur Fabo Onana Luc Raymond, juge au Tribunal de Grande Instance du Noun, Juge-Commissaire avec tous les pouvoirs attachés à cette fonction (articles 31 et suivants OHADA) ;
- Ordonne l'apposition des scellés partout où besoin sera sur les biens de la société en liquidation ;
- Dit les frais de la liquidation fixés quant à présent à 20 % du montant effectivement recouvré ;
- Ordonne la publication légale en frais privilégiés de la liquidation.

Note : Pr Yvette Rachel Kalieu Elongo, Agrégée des Facultés de Droit, Université de Dschang, Cameroun

La mise en règlement préventif d'une entreprise qui connaît des difficultés est bien souvent une situation transitoire qui peut aboutir soit au redressement judiciaire de l'entreprise soit à sa mise en liquidation, comme le cas en l'espèce. Dès que le rapport de l'expert désigné fait état de l'impossibilité de redressement, le juge n'a plus le choix et doit prononcer la liquidation des biens. Cette mesure ne dépend pas non plus des créanciers. Dès lors, l'intervention des créanciers en l'espèce qui demandent l'ouverture d'une procédure alors que l'entreprise fait l'objet d'une suspension des poursuites et qu'un expert a été désigné pour faire le point de sa situation est superfétatoire. Si les créanciers peuvent demander l'ouverture d'une procédure collective comme le prévoit l'article 28, leur demande n'est recevable que tant que le débiteur n'est pas encore sous le coup d'une procédure. Le sort de l'entreprise dépend à ce moment moins des créanciers que du tribunal qui statue sur la base du rapport de l'expert. D'où l'occasion de rappeler l'importance qui est attachée à ce rapport qui peut sceller définitivement le sort de l'entreprise.

Yvette Rachel KALIEU ELONGO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

C

Contrôleurs

- Désignation 6 à 79
- Mission 80 à 82
- Prérogatives 83

E

Expert

- Mission 61 à 65
- Nomination 57, 58
- Prérogatives 60
- Rémunération 59

J

Juge-commissaire

- Attributions et prérogatives 14 à 16
- Décision 12 à 13
- Nomination 7 à 10

M

Ministère public

- Attribution et prérogatives 12, 21 – 22
- Droit d'action 20

S

Syndic

- Obligations 51 à 54
- Mission 45 à 50
- Nomination 26 à 53
- Prérogatives 44
- Remplacement et révocation 34 à 37
- Rémunération 38
- Responsabilité 39 à 43

ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES (OHADA)

Table des matières

Bibliographie

- §1- **Institution OHADA** n° 2 à 34
- A - Analyse n° 2 à 31
 - I - Genèse de l'OHADA n° 2
 - II - Gestation de l'OHADA n° 3
 - III - Création de l'OHADA n° 4 à 13
 - a - Expression du consentement des États signataires n° 4 à 10
 - 1 - Signature du Traité portant création de l'OHADA n° 4
 - 2 - Ratification n° 5
 - 3 - Adhésion n° 6 à 7
 - 4 - Extension géographique n° 8 à 10
 - b - Mise en cause du consentement des États signataires n° 11 à 13
 - 1 - Amendement et révision du Traité n° 12
 - 2 - Dénonciation n° 13
 - IV - Objectifs de l'OHADA n° 14 à 16
 - a - Sécurité juridique et judiciaire des activités économiques n° 15
 - b - Émergence d'un vaste marché intégré n° 16
 - V - Système institutionnel de l'OHADA n° 17 à 24
 - a - Organes n° 18 à 21
 - 1 - Conférence des Chef d'État et de Gouvernement n° 19
 - 2 - Conseil des ministres n° 20
 - 3 - Secrétariat Permanent n° 21
 - b - Institutions spécialisées n° 22 à 24
 - 1 - Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) n° 22 à 23
 - 2 - École Régionale Supérieure de Magistrature (ERSUMA) n° 24
 - VI - Moyens de fonctionnement n° 25 à 31
 - a - Moyens juridiques n° 25
 - b - Langues de travail n° 26 à 27
 - c - Moyens en ressources humaines n° 28
 - d - Moyens diplomatiques n° 29
 - e - Moyens financiers n° 30 à 31
 - B - Synthèse : nature juridique de l'institution OHADA n° 32 à 34
- §2 - **Ordre juridique OHADA** n° 35 à 48
- I - Avènement d'un véritable ordre juridique n° 36 à 37
 - II - Rapports entre ordre juridique OHADA et ordres internes des États-parties à l'OHADA n° 38 à 43
 - a - Question de hiérarchie n° 39
 - b - Question de constitutionnalité n° 40 à 42
 - c - Question de complémentarité n° 43
 - III - Rapports entre ordre juridique OHADA et ordres juridiques des communautés économiques et monétaires de l'espace OHADA n° 44 à 48
 - a - Approche formaliste n° 45
 - b - Approche finaliste n° 46 à 48

- ABACHI DJIBRIL, *La supranationalité de l'OHADA*, Revue burkinabé de droit, n° 37, 2000
- AKAM AKAM (A), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2009, 262 p.
- ANOUKAHA (F), *L'OHADA en marche*, Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Dschang, T. 6, n° spécial - OHADA - SIMA, PUA, Yaoundé, pp7 à 21.
- BA (D. B), *Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA*, in La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA, sous la direction de Meyer, Publication du CEEL, n° 3, Ouagadougou, Imprimerie Presses africaines, 2001, p. 165
- ISSA-SAYEGH (J) et LOHOUS-OBLE (J), *OHADA Harmonisation du droit des affaires*, collection Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2001, 245 p.
- MBAYE KEBA, *L'histoire et les objectifs de l'OHADA*, Les petites affiches, n° 20, Spécial, 13 octobre 2004
- MBAYE KEBA, *L'harmonisation du droit des affaires dans la zone franc, une expérience d'intégration juridique en Afrique*, Bull. de l'IDEF, n° 54, 1994.
- NDOUMTSA FONE (A. M), *Étude comparée de l'intégration juridique par l'OHADA et l'UE*, thèse doctorat, Droit, Bordeaux, 2007, 524 p.
- NGUEBOU TOUKAM (Y), *Environnement juridique et développement du secteur privé, l'exemple de l'espace OHADA*, Revue africaine des Sciences Juridiques, vol. 2, n° 1, 2001, pp. 19 à 45.
- POUGOUÉ (P. G), *OHADA, Instrument d'intégration juridique*, Revue africaine des Sciences Juridiques, vol.2, n° 2, 2001, pp. 11 à 30.
- POUGOUÉ (P. G) *OHADA et intégration économique, in dynamiques de Développement*, Mélanges Georges Walter Ngango, collection grands colloques, Monchrestien, Paris, 2003, pp. 575 à 587.
- POUGOUÉ (P. G) et KALIEU ELONGO (Y), *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, Yaoundé, 2008, 225 p.
- RAYNAL, (J. J), *Intégration et souveraineté : le problème de la constitutionnalité du Traité OHADA*, Penant, 01, 2000, p. 5.
- SAWADOGO (F. M), *Les conflits entre normes communautaires : aspects positifs et prospectifs. Communications*, colloque sur « La concurrence des organisations régionales en Afrique », Bordeaux, 28 septembre 2009.
- SAWADOGO (L), *Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, Annuaire français du droit international, 1998, n° 1, pp 823 et s.
- ZINZINDOUE, *L'OHADA, exemple d'une nouvelle coopération*, Marchés Tropicaux du 29 décembre, 2000, pp 2770 et s.

1. L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, en abrégé OHADA, est une institution originale. Elle poursuit une œuvre d'intégration juridique entre les pays qui en sont membres pour faciliter les échanges et les investissements et garantir la sécurité juridique des activités des entreprises. L'on n'est pas loin de conclure que l'OHADA, au-delà de la première analyse, est la voie de la constitution d'un ordre juridique propre.

§1 - Institution OHADA

A. Analyse

I - Genèse de l'OHADA

2. Le rêve d'un espace juridique intégré remonte aux lendemains des indépendances des pays africains en l'an 1960. L'époque antérieure était marquée par l'existence d'un droit commun. Très vite après les indépendances, l'on a assisté à une prolifération de réformes nationales. Il était donc à craindre que cette diversité de textes ne renforce la balkanisation politique et complexifie la création d'un grand marché et d'un pôle majeur de développement économique dépassant les limites étroites des frontières nationales.

Une première tentative est le Bureau africain et mauricien des recherches et d'études législatives (BAMREL) créé à Port-Louis (île Maurice) par une convention du 5 juillet 1975 dans le cadre de l'Organisation commune africaine et malgache (OCAM). La tentative est éphémère avec la disparition de l'OCAM en 1986. La moisson n'est pas abondante. L'on peut citer le plan comptable OCAM, la Convention générale de sécurité sociale dont les grands principes posés restent toujours en vigueur, la Convention générale de coopération entre les États de l'OCAM signée à Tananarive le 28 mars 1969.

D'autres tentatives sont sectorielles. On peut citer les tarifs douaniers communs aux frontières des zones économiques concernées, surtout la législation commune de la propriété intellectuelle dans le cadre de l'accord de Bangui du 2 mars 1977 portant création de l'Organisation de la propriété intellectuelle, du droit des Assurances dans le cadre du traité de Yaoundé du 10 juillet 1992 instituant une organisation intégrée de l'industrie des assurances. De même, la Conférence interafricaine de la prévoyance sociale créée en septembre 1992 pourrait, en vue de la réalisation de sa mission de rationalisation des systèmes de prévoyance sociale des États membres, se lancer dans une entreprise d'intégration des législations et des charges sociales.

D'autres tentatives enfin sont spécialement limitées dans le cadre des Unions régionales économiques et monétaires, notamment l'Union économique et monétaire

ouest africain (UEMOA), la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale (CEEAC), la Communauté économique des États de l'Afrique de l'ouest (CEDEAO), la Communauté économique des pays des grands lacs (CEPGL).

II - Gestation de l'OHADA

3. L'idée d'une intégration générale du droit des affaires est reprise dans les années 1990. Malgré les communautés économiques régionales, les ambitieux programmes d'ajustement structurel, les attractifs codes d'investissements, les États africains risquent d'être marginalisés dans le commerce mondial et de ne pas profiter des avantages de la mondialisation. Sans attendre la réalisation de l'Union africaine, les États africains de la zone franc souhaitent une intégration juridique plus profonde en dehors des schémas classiques, réclament aussi un environnement juridique et judiciaire moderne, sécurisant les investisseurs et favorisant l'émergence d'un vaste marché intégré.

La conviction est que l'intégration est un puissant outil de développement économique et que l'intégration juridique est une condition nécessaire de l'intégration économique. L'idée est d'autant plus porteuse que l'espace africain de la zone franc présente plusieurs facteurs communs pouvant faciliter l'intégration : des acquis juridiques du passé, une langue et une monnaie communes.

En avril 1991 à Ouagadougou, les ministres des finances de la zone franc s'approprient l'idée. Une réunion des ministres, tenue à Paris les 2 et 3 octobre 1991, l'affine. D'autres réunions des mêmes ministres en avril 1992 à Yaoundé et septembre 1992 à Paris la ficellent. Une « réunion de haut niveau » sonde l'espace africain de la zone franc pour sensibiliser les dirigeants et étudier la faisabilité du projet. Le rapport définitif établi en octobre 1992, est favorable. La Conférence des Chefs d'État et de Gouvernements de France et d'Afrique, réunie à Libreville en octobre 1992 approuve le projet. L'OHADA est engendrée. Un directoire est mis en place dirigé par le juge KEBA M'baye de regret-tée mémoire et des messieurs Martin Kirsch et Michel Gentot. Le directoire a pour missions de réfléchir sur la méthodologie et le financement de la structure à créer et de préparer un traité devant asseoir celle-ci.

Les ministres de la justice réunis à Dakar les 18 et 19 décembre 1992 indiquent au directoire les priorités : la nécessité d'élaborer un traité d'harmonisation du droit des affaires, la détermination des matières à harmoniser, l'énoncé des institutions à créer. Pour appréhender les orientations ainsi arrêtées, un « Séminaire sur l'harmonisation du droit des affaires » est organisé à Abidjan les 19 et 20 avril 1993. Animé par des universitaires, les experts juristes et économistes, les acteurs de la vie économique, le séminaire esquisse un nouveau cadre

juridique des affaires. S'inspirant de ce dernier, le directeur finalise l'avant-projet de traité qui comprend, outre le préambule, cinq titres : les dispositions générales ; les Actes uniformes ; le contentieux relatif à l'interprétation et à l'application des Actes uniformes ; l'arbitrage ; les institutions.

À Libreville, les 7 et 8 juillet 1993, les ministres de la justice examinent et amendent l'avant-projet.

À Abidjan, les 21 et 27 septembre 1993, lors d'une réunion des ministres de la justice et des finances, le projet de traité est adopté pour être soumis à la toute prochaine Conférence des Chefs d'État de la zone franc.

III - Création de l'OHADA

a - L'expression du consentement des États signataires

1 - Signature du Traité portant création de l'OHADA

4. Le Traité portant création de l'OHADA a été signé le 17 Octobre 1993, en marge de la Conférence des Chefs d'État et de délégation des pays ayant en commun l'usage du français, par quatorze États africains membres de la zone franc, à savoir : Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo.

S'agissant d'un traité de droit international public, la signature apposée par le plénipotentiaire doit être confirmée marquant ainsi le consentement définitif de l'État à être lié, c'est-à-dire à être, sur le plan international, titulaire de droits et chargé d'obligations.

L'article 57 du Traité désigne le Gouvernement du Sénégal comme le gouvernement dépositaire. À ce titre, il doit enregistrer le traité auprès du Secrétariat de l'OUA et auprès du Secrétariat des Nations unies conformément à l'article 102 de la Charte des Nations unies. Il reçoit les instruments de la ratification et d'adhésion. Il a la garde de l'original du Traité et peut établir des copies certifiées conformes. Il informe les États parties sur la vie du Traité : dates de signature, d'enregistrement, de dépôt des instruments de ratification et d'adhésion et date d'entrée en vigueur du Traité.

2. Ratification

5. La ratification est, dans ses modalités, soumise aux procédures constitutionnelles des États signataires.

Aux termes de l'article 52, le traité OHADA devrait entrer en vigueur après le dépôt du septième instrument de ratification. Toutefois, si la date du dépôt du septième instrument de ratification est antérieure au cent quatre-vingtième jour qui suit le jour de la signature du traité, le traité entre en vigueur le deux cent quarantième jour suivant la date de la signature.

En tout état de cause, le Traité a été ratifié par tous les États signataires et est entré en vigueur le 18 septembre

1995, soit soixante jours après le dépôt du septième instrument de ratification par le Niger le 5 juin 1995.

3. Adhésion

6. L'adhésion est prévue par l'article 53 du Traité. Ce dernier est ouvert à l'adhésion de tout État membre de l'OUA non-signataire, également à tout État non-membre de l'OUA et invité à y adhérer du commun accord de tous les États parties. Aucune condition de forme ou de fond particulière n'est imposée. L'État adhérent est présumé lié par le Traité tel qu'il est amendé. À l'égard de tout État adhérent, le Traité et les Actes uniformes adoptés avant l'adhésion entrent en vigueur soixante jours après la date de dépôt de l'instrument d'adhésion. Il s'en suit que le rang protocolaire de l'État adhérent lui sera assigné par le Conseil des ministres de l'OHADA dans l'ordre de la liste de l'article 27 et « *immédiatement avant le nom de l'État qui assure la présidence du Conseil des ministres avant la date de l'adhésion* ».

7. La ratification comme l'adhésion doivent être faites sans réserve. En effet, selon l'article 54 du traité, « Aucune réserve n'est admise au présent Traité ». La réserve est une déclaration unilatérale faite par un État en vue de modifier pour lui-même les effets juridiques de certaines dispositions d'un traité à l'égard duquel il s'apprête à s'engager définitivement par la signature, la ratification, l'approbation ou l'adhésion. La question a considérablement agité la doctrine dans la première moitié du xx^e siècle et aussi la jurisprudence. La possibilité est écartée par l'article 54 du Traité de l'OHADA. En effet, la réserve n'est utile que s'il est nécessaire de diversifier les obligations des États contractants pour tenir compte des différences et inégalités de situation. Dans le système de l'OHADA, on souhaite, par l'unification des normes, sécuriser les rapports de droit et réaliser l'intégration économique. La possibilité des réserves pourrait hypothéquer cet objectif. De plus, la diversité et la souplesse des solutions proposées par les Actes uniformes d'une part, la prudence de ne pas inclure dans ceux-ci les questions délicates telles que les sanctions pénales et les règles d'organisation administrative et judiciaire d'autre part, réduisent considérablement l'intérêt du mécanisme des réserves.

4 - Extension géographique de l'OHADA

8. Dans le prolongement des articles 53 et 54, se profile le problème de l'ouverture géographique de l'OHADA. Sans que l'OHADA s'identifie pour autant à un espace géographique déterminé, elle a choisi, comme principe, de s'ouvrir à d'autres pays non parties au traité fondateur. La mondialisation, aussi bien celle de l'économie que celle du droit, n'oblige-t-elle pas désormais à regarder au-delà des frontières – s'il en

existe ? Il y a là à la fois une source d'enrichissement mutuel mais aussi des contraintes.

Le Traité OHADA suggère lui-même la possibilité pour tout autre État de faire partie de cette nouvelle organisation. Son article 53 dispose clairement à cet effet : « *Le présent Traité est, dès son entrée en vigueur, ouvert à l'adhésion de tout État membre de l'OUA et non signataire du traité. Il est également ouvert à l'adhésion de tout État non-membre de l'OUA invité à y adhérer du commun accord de tous les États parties* ». L'alinéa 2 ajoute : « *À l'égard de tout État adhérent, le présent Traité et les Actes uniformes adoptés avant l'adhésion entreront en vigueur soixante jours après la date de dépôt de l'instrument d'adhésion* ».

Il y aurait donc, à la lecture de l'alinéa 1^{er}, une double catégorie de membres candidats. D'un côté, les États qui peuvent volontairement et librement demander à adhérer et de l'autre côté les États dont l'adhésion doit être suscitée par les États membres eux-mêmes. Les premiers doivent être nécessairement membres de l'OUA, les seconds peuvent être de toute origine s'ils ne sont pas déjà membres de cette organisation. Mais, en fin de compte, l'interprétation conjointe de ces deux alinéas amène à la conclusion que tout État, africain ou non, membre ou non de l'Union Africaine (UA) peut devenir membre de l'OHADA. En dehors de cette condition de fond et une fois le candidat admis, les effets de l'adhésion seraient les mêmes notamment au niveau des effets des actes déjà adoptés comme l'indique l'alinéa 2 de l'article 53 précité. C'est dire qu'à terme, les membres anciens et nouveaux de l'OHADA sont tous soumis au même statut.

Il y a quelques années déjà que plusieurs pays ont pris l'initiative et ont manifesté leur intention d'intégrer cette institution. Parmi ces pays, on peut citer la République Démocratique du Congo pour lequel le processus d'adhésion entamé depuis plus de quatre ans est à l'heure actuelle le plus avancé. On peut citer également le Ghana, le Nigeria qui ont tous deux la particularité d'être des pays de tradition anglo-saxonne. Cette ouverture est en général positivement appréciée car elle est vue comme un signe de la vitalité de la nouvelle organisation.

Ce qui est le plus important à relever par rapport à ce processus d'adhésion de nouveaux membres, ce n'est pas tant le nombre de pays actuellement « candidats » que les différences linguistique, culturelle et juridique qui existent entre ces pays et les pays actuellement membres de l'OHADA. Si la différence linguistique peut être résolue et que la différence culturelle ne peut être qu'une source d'enrichissement, il n'en est probablement pas de même pour ce qui est de la différence des systèmes juridiques qu'il faut traiter avec plus de délicatesse.

9. Avec l'ouverture géographique, va se poser à terme le problème de l'applicabilité du droit OHADA dans d'autres systèmes juridiques et particulièrement

dans le système de common law. Il convient donc d'envisager le problème de la compatibilité entre les différents systèmes de droit qui se retrouveront bientôt confrontés les uns aux autres.

Il s'agit en fait d'éviter deux attitudes extrêmes qui consisteraient soit à penser que la conciliation est totalement impossible soit alors qu'elle ira de soi et que l'harmonie sera automatiquement et directement réalisée entre les cultures en présence.

On part de l'idée que si désormais dans les différents pays membres de l'espace élargi de l'OHADA les sources directes du droit des affaires seront quasiment identiques, il faudra tout de même prendre en compte le poids des sources indirectes dans l'application et l'efficacité du droit uniforme. Quid en effet de la place à accorder par exemple au droit traditionnel, aux usages et aux coutumes qui pourraient vraisemblablement différer d'un espace linguistique et juridique à l'autre ? Il ne faudrait pas non plus oublier totalement le rôle de la doctrine même si son apport peut être minoré à tort ou à raison. Quid des principes généraux de droit, autre source indirecte mais importante du droit dont le rôle est d'ailleurs croissant ou encore des règles d'interprétation du droit ? C'est ici qu'il peut être fait utilement appel au droit comparé qui, bien maîtrisé, pourrait être un puissant instrument de progrès.

En quelque sorte, la notion de « tradition juridique commune » ou de « culture juridique partagée » souvent évoquée comme l'un des facteurs ayant favorisé la création de l'OHADA est une notion forte qui mérite de retenir davantage l'attention dans l'optique de l'ouverture de ce modèle juridique en matière du droit des affaires. C'est au nom de cette tradition commune que l'on peut comprendre que certaines notions juridiques aient été utilisées dans certains Actes uniformes sans donner lieu à des définitions particulières. On songe par exemple à des notions telles que celles d'incapacité, d'interdiction, d'incompatibilité, de solidarité, de bonne foi et les exemples pourraient être multipliés. Or, toutes ces notions n'existent pas forcément dans les autres systèmes et n'y ont pas toujours d'équivalents.

10. Le défi sera donc de bâtir ou de maintenir une tradition juridique commune entre tous les pays - anciens et nouveaux - de l'OHADA qui puisse transcender les différences des systèmes juridiques. Ou alors, et le défi sera sans doute plus difficile à relever, il s'agira d'assurer l'application cohérente du droit uniforme en faisant fi des différences de traditions juridiques. Les divergences dans l'application et l'interprétation par les justiciables des textes identiques peuvent persister pendant longtemps car la culture juridique sera encore présente pour influencer cette interprétation. Si la CCJA doit jouer un rôle important dans l'interprétation et l'harmonisation des textes, le problème ne sera pas totalement résolu car cela suppose que la Cour puisse être saisie d'un contentieux ou à défaut en interprétation.

Mais la question peut être envisagée et résolue diffé-

remment si elle est abordée sous l'angle de la relativité du droit qui serait à même de transcender les différences de systèmes juridiques, pour appréhender un certain nombre de problèmes communs à toutes les sociétés. Quel que soit le contexte, les idéaux visés sont en général la justice, la sécurité et le progrès social et ce sont ces idéaux partagés par tous qui seraient finalement à même de justifier tous les compromis possibles.

À la vérité, cette vision est idéaliste voire utopique. Certes les familles juridiques ne vivent pas en vases clos, et on assiste aujourd'hui à des métissages juridiques. Mais, il faut bien comprendre qu'il s'agit d'un enrichissement réciproque des divers systèmes juridiques qui gardent, chacun, son héritage culturel et historique propre. C'est dire que l'ouverture est possible seulement si l'espace OHADA emprunte, pour des raisons d'efficacité, à d'autres systèmes notamment la common law, sans perdre son identité propre d'inspiration civiliste. Techniquement, il s'agit d'une approche de droit comparé. Ce dernier n'est pas seulement une méthode ; il a une fonction critique, aussi bien sur le terrain de l'épistémologie qui a pour objet le savoir juridique que sur celui de la théorie du droit, c'est-à-dire la manière de concevoir le droit. Le droit comparé concerne en premier lieu la science du droit. Il s'agira d'aller plus loin dans les investigations afin de dégager d'éventuels corps de règles homogènes dans des domaines précis.

b - Mise en cause du consentement des États signataires

11. Le traité de Port-Louis est muet sur l'exclusion ou la suspension d'un État partie. Il ne contient pas non plus de clauses expresses d'extinction. Il s'inscrit exclusivement dans un processus volontariste. A durée illimitée, le traité ne peut faire l'objet d'amendement ou de dénonciation, modes de remise en cause du consentement de l'État signataires.

1 - Amendement et révision du Traité

12. Un traité n'est pas une pétrification. Acte juridique vivant, un traité peut nécessiter des modifications pour l'adapter aux changements des circonstances ou à la mutation de l'environnement international. En cas de nécessité, il doit être possible de remplacer les clauses du traité, c'est-à-dire, plus techniquement d'abroger les anciennes normes par la substitution de nouvelles normes. La question est traitée à l'article 61 révisé du Traité : « *Le présent traité peut être amendé ou révisé si un État partie envoie à cet effet une demande écrite au Secrétariat permanent de l'OHADA qui en saisit le Conseil des ministres* ». Au sens du droit international (exemple, Charte des Nations unies, articles 108 et 109), on peut estimer que la révision signifie une

modification générale, alors que l'amendement est une modification partielle.

La modification, quelle qu'elle soit, obéit à une procédure particulière. L'initiative doit émaner d'un État partie et se manifester par une demande écrite adressée au Secrétariat permanent, organe exécutif de l'OHADA. L'article 61 ne subordonne pas l'initiative à l'expiration d'une période définie. Le Secrétariat permanent saisit le Conseil des ministres de la demande. Le Conseil des ministres apprécie l'objet de la demande et l'étendue de la modification. L'adoption de l'amendement ou de la révision s'effectue dans les mêmes formes que celles du Traité constitutif (ratification, entrée en vigueur) à la diligence du Conseil des ministres.

Le Traité de l'OHADA vient de connaître sa première révision, de façon puriste, son premier amendement. En effet, le 17 octobre 2008, les Chefs d'État et de Gouvernement des pays membres de l'OHADA, réunis à Québec ont procédé à la modification des articles 3, 4, 7, 9, 12, 14, 17, 27, 31, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 49, 57, 59, 61 et 63 du Traité de Port-Louis. Aux termes de l'article 2 du Traité modifié, les modifications entreront en vigueur soixante jours après le dépôt du huitième instrument de ratification. Elles sont effectivement entrées en vigueur le 21 mars 2010.

Les principales modifications concernent une plus grande souplesse dans le processus d'élaboration des actes uniformes, (articles 7, 9, 12), l'institution d'une Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement des États parties (article 27), une meilleure clarté dans la désignation des juges de la CCJA (article 31), le renforcement du Secrétariat permanent comme organe exécutif de l'OHADA (articles 40 et 45), les langues de travail de l'OHADA (articles 42 et 63).

2 - Dénonciation du Traité

13. L'article 62 du Traité aménage les formalités de la dénonciation de ce dernier. En droit international public, la dénonciation est l'expression unilatérale, par une partie à un accord, de sa volonté de ne plus être liée par cet accord.

Un membre peut donc à tout moment se retirer volontairement de l'OHADA. L'article 62 fixe tout simplement les modalités de ce retrait volontaire, le seul souci étant de donner du sens à l'objectif de l'intégration juridique de l'OHADA qui nécessite une durée illimitée au Traité de l'OHADA et suppose un engagement irréversible et le plus long possible. Ainsi, la dénonciation ne peut intervenir avant dix années à partir de la date de son entrée en vigueur. De plus, l'État dénonciateur doit notifier sa volonté et respecter un délai de préavis d'un an à partir de la date de la notification.

La dénonciation ne produit donc effet qu'un an après la date de sa notification au gouvernement sénégalais dépositaire. L'État dénonciateur n'est plus lié par le Traité OHADA. On peut s'interroger sur la portée de

ce retrait s'agissant d'un organisme dont l'objectif primordial est de structurer un espace juridique intégré. Plus concrètement, quelles sont les conséquences de la dénonciation sur les Actes uniformes ? La question se pose d'autant plus que le Traité, entré en vigueur le 18 septembre 1995, a déjà plus de 10 ans et que des dénonciations sur le domaine matériel des actes uniformes, le caractère national, transfrontalier ou international du droit OHADA, les questions connexes au droit OHADA et droit non OHADA, le partage des compétences juridictionnelles entre la CCJA et les Cours suprêmes internes interpellent sur la pérennité du modèle.

Le Traité OHADA, même révisé, n'aborde malheureusement pas la question. Dans la stricte logique de la dénonciation d'un traité, on peut conclure à la caducité automatique des actes uniformes, droit dérivé du Traité OHADA, sauf à ce que l'État dénonciateur décide de les maintenir. Mais, si l'on estime que le droit OHADA, en unifiant le droit dans l'espace OHADA, est avant tout du droit interne, on peut soutenir que la dénonciation entraîne surtout le retrait de l'État concerné des institutions de l'OHADA et que le droit dérivé reste comme droit interne, quitte à ce que cet État les abroge ou les modifie conformément à ses procédures constitutionnelles.

IV - Objectifs de l'OHADA

14. En se référant au préambule du Traité de Port-Louis tel que révisé par le Traité du Québec, l'on saisit la finalité particulière de l'OHADA, à savoir utiliser le droit pour propulser le développement économique. Il s'agit à la fois de garantir la sécurité juridique et judiciaire des activités économiques et de favoriser l'émergence d'un vaste marché intégré.

a - Sécurité juridique et judiciaire des activités économiques

15. La sécurité juridique, c'est d'abord la mise en place d'un droit des affaires simple, moderne et adapté.

Certes, ce n'est pas la première fois que le lien entre le droit et le développement est établi en Afrique. En effet, au lendemain des indépendances, le problème s'était posé. Mais ses termes étaient différents. La question était envisagée sous l'angle du « droit moderne » qui était appelé à remplacer les coutumes ancestrales des Africains dans le processus du développement. C'est de cette époque que date l'expression « droit du développement ». Seulement, « le droit moderne », reprenant trop rapidement le droit des puissances coloniales, n'était pas toujours adapté à la vie sociale et culturelle et à l'économie des pays concernés.

La sécurité juridique suppose des règles sûres, stables, prévisibles et connues. C'est l'enjeu de l'État de

droit. Dans un contexte de mondialisation de l'économie, seules de telles règles sont susceptibles d'instaurer un climat de confiance propice aux investisseurs. Le droit est un support privilégié de l'activité économique.

Les règles doivent être appliquées avec diligence. La sécurité juridique doit être renforcée par la sécurité judiciaire. C'est pourquoi le Traité de l'OHADA accorde une attention particulière à l'état de la justice et à la fonction du juge et entend promouvoir l'arbitrage comme instrument de référence des différends contractuels.

b - Émergence d'un vaste marché intégré

16. L'autre objectif qui vient donner plus de relief au premier est de mettre en place les règles sécurisées dans un cadre africain plus large. L'ambition majeure de l'OHADA est justement de réaliser l'harmonisation du droit des affaires à l'échelle du continent. La conviction est que le progrès sur la voie de l'intégration juridique est une condition sine qua non de faire de l'Afrique un pôle de développement. Apparaît ainsi une position forte, à savoir la relation entre l'intégration juridique et l'intégration économique : l'intégration juridique est un levier indispensable de l'intégration économique. La formule suivante de Kéba Mbaye sur les prospectus de l'OHADA rend excellemment compte de cet objectif primordial de l'OHADA : « L'OHADA est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance ».

Pour renforcer ce vaste marché, les pères fondateurs de l'OHADA ont entendu doter cette dernière des prérogatives énergiques : la possibilité des réserves est écartée lors de l'adoption des Actes uniformes (article 54 du Traité de l'OHADA) ; l'Acte uniforme entré en vigueur est d'application immédiate, a un effet direct et une suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures ou postérieures (article 10 du Traité de l'OHADA) (voire entrée Actes uniformes OHADA).

V - Système institutionnel de l'OHADA

17. Il fallait que la structuration matérielle et technique qui allait être mise sur pied pour assurer le fonctionnement de l'institution soit en harmonie et en cohérence avec l'objectif exclusif de sécrétion des normes pour les États. L'on comprend qu'elle ait opté pour une structure légère et souple, mais efficace.

Rigoureusement compris, on peut distinguer les organes et les institutions techniques spécialisées.

a - Organes

18. Il s'agit de la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement des États parties, le Conseil des

ministres, le Secrétariat permanent, avec des fonctions précises, politiques pour les deux premières, d'exécution pour la troisième.

1 - Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement

19. Le Traité original de Port-Louis n'avait pas de Conférence de Chefs d'État et de Gouvernement. Ce qui pouvait se comprendre dans la conception originelle de l'OHADA comme outil technique. À titre de comparaison, d'autres organisations africaines, considérées également comme des outils techniques, telles que la CIMA en matière d'assurance et de l'OAPI dans le domaine de la propriété intellectuelle, ne disposent pas d'un tel organe et sont pourtant suffisamment efficaces.

Mais, par rapport à ces organisations, l'OHADA a un champ matériel très vaste avec une juridiction de cassation commune ; ce qui exige des États un important abandon de leur souveraineté législative et judiciaire. De plus, l'on a observé ces derniers temps des dysfonctionnements tenant aux difficultés de financement et aux modalités de désignation des responsables et des juges. Il faut une impulsion politique pour surmonter ces difficultés. Ainsi, l'OHADA a beau être un outil technique, le facteur politique n'y est pas absent.

Ces préoccupations ont amené les plénipotentiaires à instituer cet organe dans le Traité du Québec du 17 octobre 2008 portant révision du Traité de Port-Louis (articles 13 et 27 nouveaux)

La Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement est composée des Chefs d'État et de Gouvernement des États parties. Elle est présidée par le Chef d'État ou de Gouvernement dont le pays assure la présidence du Conseil des ministres, donc pour un an, par rotation, suivant une liste dressée par ordre alphabétique.

La Conférence se réunit en tant que de besoin, sur convocation de son président, à son initiative ou à celle du tiers des États parties. Elle ne délibère valablement que si les deux tiers des États parties sont représentés. Les décisions sont prises par consensus ou, à défaut, à la majorité absolue des États présents.

La Conférence statue sur toute question relative au Traité.

En ne fixant pas une périodicité de réunion, le Traité entend privilégier la nature d'outil technique de l'OHADA, la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement restant exceptionnelle pour définir les grandes orientations de la politique d'harmonisation du droit des affaires ou pour faire avancer certains dossiers menaçant l'avenir de l'OHADA. Parfois, il lui suffira de faire une déclaration traduisant une politique forte. Ainsi, à la faveur de la révision du Traité OHADA, le 17 octobre 2008, à Québec, deux déclarations ont été adoptées et annoncées au Traité. La première est la déclaration sur les « arrangements de N'djamena ». Elle entend mettre fin à ces arrangements et donne mandat au Conseil des ministres pour adopter des

règles de recrutement des responsables fondées sur la compétence et l'intégrité alors que le système antérieur était essentiellement centré sur l'origine nationale du candidat. C'est un changement qui privilégie l'efficacité au détriment des combinaisons politiques. La deuxième déclaration est la déclaration de Québec sur le « mécanisme de financement autonome ». Elle vise à régler la question du financement autonome et pérenne de l'OHADA en prévoyant que : « *Les ministres des finances des États membres de l'OHADA ont mandat de prendre toutes les dispositions utiles pour l'application effective du mécanisme de financement autonome de l'OHADA découlant du règlement n° 002/2003/CM du 18 octobre 2003 relatif au mécanisme de financement autonome de l'OHADA et ce, à compter du 1^{er} janvier 2009.* ».

2 - Conseil des ministres

20. Le Conseil des ministres réunit les ministres de la Justice et des Finances des États membres. Il faut souligner l'originalité d'un tel conseil composé des ministres de deux portefeuilles différents. Il est l'organe de prise de décisions, l'organe délibérant, celui qui adopte les textes. Il est donc appelé à exercer le pouvoir législatif en l'absence d'un parlement communautaire. Sa composition particulière et les règles de quorum et de vote qu'elle applique (articles 27 à 30 du Traité), font partie des éléments qui consolident son poids politique et justifient la portée de ses décisions.

Le Conseil des ministres a de nombreuses prérogatives parmi lesquelles : adopter et modifier les actes uniformes, déterminer le domaine du droit des affaires, arrêter les cotisations annuelles des États parties, adopter le budget du Secrétariat permanent et de la CCJA, approuver les comptes annuels de l'OHADA, nommer le Secrétaire permanent et le Directeur général de l'ERSUMA, élire les membres de la CCJA, prendre les règlements pour l'application du traité et des décisions, approuver le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires. La présidence est exercée à tour de rôle et par ordre alphabétique, pour une durée d'un an, par chaque État partie. Les États adhérents assurent pour la première fois la présidence du Conseil des ministres dans l'ordre de leur adhésion, après le tour des pays signataires du Traité.

Si un État partie exerce la présidence du Conseil des ministres pendant l'année où elle revient, le Conseil désigne, pour exercer cette présidence, l'État venant immédiatement après, d'après l'ordre établi. Toutefois, l'État précédemment empêché qui estime être en mesure d'assurer la présidence en saisit, en temps utile, le Secrétariat permanent, pour décision à prendre par le Conseil des ministres.

Le Traité ne précise pas lequel du ministre de la Justice et du ministre des Finances d'un même État assure la présidence. L'État en question peut avoir fixé une règle à laquelle l'on se référera. Mais dans la

pratique, peut-être à cause de l'importance des questions juridiques en cause, le Conseil des ministres est généralement présidé par le ministre de la Justice.

La présidence du Conseil des ministres est assistée par le Secrétaire permanent.

Le Conseil des ministres se réunit au moins une fois par an sur convocation de son président à son initiative ou à celle d'un tiers des États parties. L'ordre du jour est arrêté par le président sur proposition du Secrétaire permanent de l'OHADA. Le quorum exigé pour la validité des délibérations est la présence ou la représentation d'au moins deux tiers des États. Chaque État dispose d'une voix. Les décisions sont prises à la majorité absolue des États parties présents et votant. Toutefois, l'adoption des Actes uniformes (article 8 du Traité) requiert l'unanimité.

3 - Secrétariat permanent

21. Le Secrétariat permanent est l'organe exécutif de l'OHADA (article 40 du Traité). Son siège est à Yaoundé au Cameroun. En plus de l'assistance qu'il apporte au Conseil des ministres, il est chargé de la préparation et du suivi de la procédure relative à l'adoption des différents Actes uniformes.

Il est dirigé par un Secrétaire permanent nommé par le Conseil des ministres pour une durée de quatre ans renouvelable une fois.

Un règlement du Conseil des ministres définit la nomination et les attributions du Secrétariat Permanent ainsi que l'organisation et le fonctionnement du Secrétariat permanent.

En tout état de cause, le Secrétaire permanent assure la coordination du Secrétariat permanent. L'organigramme actuel prévoit trois directions : Affaires juridiques et relations avec les institutions, Finances et comptabilité ; Administration générale et Journal officiel.

Surtout, le Secrétaire permanent est la poutre maîtresse en ce qui concerne l'élaboration des Actes uniformes et le suivi de leur application.

En ce qui concerne l'élaboration des Actes uniformes, le Secrétaire permanent joue un rôle déterminant : argumenter l'opportunité de la matière à uniformiser afin d'éclairer la décision du Conseil des ministres ; établir un document portant les termes de références, le périmètre et la profondeur du domaine juridique à uniformiser, document qui serait un petit guide âne pour le choix de l'expert et la validation de son travail. Le Secrétaire permanent, dans l'intérêt de l'OHADA, doit maîtriser l'ensemble du processus d'harmonisation, depuis le choix des matières à harmoniser jusqu'à la réception du travail de l'expert en passant par le suivi de ce travail (avancement, résultats, validations).

En ce qui concerne le suivi de l'application des Actes uniformes, le Secrétariat permanent doit s'assurer de la conformité du droit interne à l'Acte uniforme dans

chacun des États parties. Le Secrétaire permanent est le véritable secrétaire exécutif de l'OHADA.

b - Institutions spécialisées

1 - Cour commune de justice et d'arbitrage

22. La Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) constitue l'une des innovations véritables de la nouvelle organisation. Elle est à la fois Cour suprême et centre arbitral.

La CCJA a son siège à Abidjan en République de Côte d'Ivoire. Comme Cour suprême, sa création a permis d'éviter le danger qui plane sur les tentatives d'intégration juridique, à savoir l'absence d'une juridiction qui « *régule, oriente et unifie les applications et les interprétations* ». Ainsi, l'unification législative sera confortée par une « unification jurisprudentielle ».

Ce modèle est unique. La réussite de l'OHADA dépend beaucoup de son succès. Tout est en réalité conçu dans le Traité OHADA pour ce dernier.

Dans le Traité fondateur initial, la CCJA était composée de sept juges élus pour sept ans par le Conseil des ministres. Depuis, le contentieux a connu un grand développement. Il fallait revoir la composition de la cour pour renforcer son efficacité. Ainsi le Traité révisé, en son article 31, porte le nombre de juges à neuf. Ce nombre peut, en fonction des nécessités de service, être accru par le Conseil des ministres. Leur mandat, initialement de sept ans renouvelables, est désormais de sept ans non renouvelable. De plus, la Cour ne peut pas comprendre plus d'un ressortissant du même État. Le souci est de permettre une bonne rotation entre les différents États parties.

Les juges sont choisis parmi les magistrats ayant acquis une expérience professionnelle d'au moins quinze années et réunissant les conditions requises pour l'exercice dans leurs pays respectifs de hautes fonctions judiciaires ; les avocats inscrits au barreau de l'un des États parties ayant au moins quinze années d'expérience professionnelle ; les professeurs de droit ayant au moins quinze années d'expérience professionnelle.

Cette variété de provenance des juges est de nature à enrichir les méthodes de travail de la Cour. Ainsi, le Traité révisé exige que le tiers des membres de la Cour provienne du barreau et du corps des enseignants.

Les membres de la Cour sont renouvelés par septième chaque année. En cas de vacance d'un siège, décès ou démission, il est procédé à son remplacement suivant la procédure de renouvellement.

Les membres de la Cour sont inamovibles et ne peuvent pas exercer des fonctions politiques ou administratives. L'exercice de toute activité rémunérée doit être autorisé par la Cour.

Les membres de la Cour élisent en leur sein un président et deux vice-présidents pour un mandat de

trois ans et six mois non renouvelable (articles 37 et 38 du Traité).

23. Le Traité révisé (article 39) distingue nettement, dans le fonctionnement quotidien de la Cour, les tâches juridictionnelles et celles d'administrations de l'arbitrage ; celles-là sont assurées par un greffier en chef et celles-ci par un secrétaire général. Le président de la Cour nomme les greffiers en chef ayant exercé leurs fonctions pendant au moins quinze ans et présentés par les États parties. Il nomme également, après avis de la Cour, le secrétaire général selon les critères définis par un règlement du Conseil des ministres. Il pourvoit, sur proposition, selon le cas, du greffier en chef ou du secrétaire général, aux autres emplois de la cour. (*Voir entrées Cour commune de justice et d'arbitrage ; Arbitrage*).

La CCJA est dotée aussi de prérogatives importantes sur le plan consultatif. Conformément à l'article 14.ali 2 du Traité, elle est compétente pour :

- donner des avis sur les projets d'Actes uniformes avant leur présentation au Conseil des ministres ;
- prendre des avis consultatifs à la demande des États, du Conseil des ministres ou des juridictions nationales.

L'avis donné par la CCJA ne lie pas, mais sa valeur morale est considérable.

Enfin, est directement lié à la CCJA, un centre spécifique d'arbitrage institutionnel. Celui-ci est régi non pas par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage mais par un règlement d'arbitrage de la CCJA adopté par le Conseil des ministres.

L'originalité conceptuelle de la Cour commune de justice et d'arbitrage s'explique par l'objectif de l'OHADA qui est la réalisation d'un véritable espace juridique entre plusieurs États. (*voir entrées : Cour commune de justice et d'arbitrage ; Arbitrage CCJA*).

2 - École régionale supérieure de magistrature (ERSUMA)

24. L'ERSUMA est un établissement rattaché au Secrétariat permanent. Dans le Traité de Port-Louis, elle devait concourir à la formation et au perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice. Il fallait en effet, au lendemain des premiers Actes uniformes, s'intéresser tout particulièrement au monde judiciaire, d'autant que le droit OHADA n'était pas encore enseigné dans les structures de formation dans les différents États.

Les choses ont depuis considérablement changé. Une mutation profonde devenait indispensable pour la survie de l'ERSUMA. Le souci a amené à modifier l'article 41 dans le Traité de Québec portant révision du Traité de Port-Louis.

Désormais, la vocation de l'ERSUMA est plus largement comprise. C'est un établissement de formation, de perfectionnement et de recherche en droit des affaires. L'article 41 prévoit même la possibilité d'un changement de dénomination et d'orientation par un règlement du Conseil des ministres.

L'enjeu majeur est le renforcement de ses missions pour accompagner l'œuvre d'intégration juridique et judiciaire de l'OHADA. La mutation engagée présente deux principales facettes.

La première concerne le renforcement de la mission de formation de l'ERSUMA. Il est important que, pour renforcer son efficacité et sa visibilité, l'ERSUMA élargisse ses cycles de formation *ratione personnae* et *ratione materiae*. L'ERSUMA, en plus des personnels judiciaires et parajudiciaires, devrait étendre ses formations aux personnes du secteur privé et aux fonctionnaires chargés d'œuvrer dans ou avec des organisations internationales. *Ratione materiae*, l'ERSUMA devrait assurer le perfectionnement et la spécialisation non seulement dans le droit OHADA mais aussi dans le droit uniforme produit par d'autres organisations : OAPI, CIMA, UEMOA, CEMAC. L'enjeu est de permettre aux personnes concernées d'avoir une vue complète et cohérente du paysage juridique unifié.

La seconde a trait au renforcement de l'ERSUMA comme un centre d'excellence sur l'intégration juridique et de droit uniforme dans l'espace OHADA : par la collecte et la publication annotée si possible des décisions de la CCJA et des juridictions internes des États parties ; par l'acquisition systématique de toutes les publications parues sur le droit uniforme (ouvrages, revues, thèses, mémoires, rapports de stage, actes de colloques et séminaires) ; par l'organisation des conférences, des rencontres scientifiques, des colloques et des séminaires ; par l'institution d'une École doctorale thématique. Surtout la mutation en cours vise à faire de l'ERSUMA aussi un lieu d'excellence qui accueille des chercheurs en droit uniforme ou l'intégration juridique.

Sur le plan organisationnel, l'ERSUMA est dirigé par un Directeur général nommé par le Conseil des ministres pour un mandat de quatre ans renouvelable une fois.

Elle est fixée à Porto-Novo en République du Bénin.

L'organisation, le fonctionnement, les ressources et les prestations de l'ERSUMA sont définis par un règlement du Conseil des ministres.

VI - Moyens de fonctionnement

a - Moyens juridiques

25. Le premier moyen juridique pour le fonctionnement harmonieux aurait été l'aménagement de procédure à l'encontre d'un État partie qui manquerait à ses obligations : refus de participer au financement de l'OHADA ; refus de renvoyer en cassation à la CCJA un contentieux relatif à un Acte uniforme ; refus de siéger à un des organes de l'OHADA ; absence répétée aux réunions du Conseil des ministres ; refus d'appliquer un Acte uniforme ; prise des textes internes en violation des Actes uniformes, etc. Mais aucune disposition du Traité ne prévoit de sanction, sinon une exclusion d'un État

partie, pour non-respect des obligations dont il est tenu du fait de la ratification du Traité.

Finalement, le seul moyen juridique d'envergure de fonctionnement est la mission d'interprétation et de contrôle de l'application du Traité, des règlements, des décisions et des actes uniformes. Cette mission capitale est, aux termes des articles 14 et 56 du Traité, dévolue à la CCJA (voir entrée : CCJA).

b - Langues de travail

26. La question de la langue a beaucoup évolué.

L'article 42 originel du Traité reconnaissait le français comme la seule langue du travail de l'OHADA. Dans le prolongement de cet article, l'article 63, dernière stipulation du Traité de Port-Louis, ajoutait que le Traité adopté sera en langue française. Bien que les différents États de l'espace OHADA, du fait qu'ils ont ratifié le Traité de l'OHADA, soient juridiquement, la règle imposant le français a suscité sur le plan politique beaucoup de réactions négatives au Cameroun, le débat s'est très vite déplacé sur le plan de l'inconstitutionnalité, le français et l'anglais étant, de par la constitution, les deux langues officielles du pays.

L'on a aussi relevé les difficultés pratiques que pouvait susciter l'application de ces dispositions dans les pays n'ayant pas le français comme langue officielle tels que les problèmes de concordance des textes en cas de traduction des Actes uniformes ou celui, plus spécifique des procédures devant la Cour de justice communautaire. Comment les justiciables n'ayant pas le français comme langue de travail pourraient-ils plaider devant la CCJA ? On citait alors le cas de la Guinée-Bissau qui pratique le portugais, et celui de la Guinée Équatoriale où la langue officielle est l'espagnol. D'autres par contre y voyaient déjà un problème « quasi politique » en développant autour de cette question une théorie dite de l'exclusion lorsque le problème n'était pas tout simplement orienté vers la question des sources de l'OHADA principalement la question de l'apport de la common law au droit OHADA. Pour d'autres enfin, certaines des difficultés de mise en œuvre de cette nouvelle législation uniforme dans certains pays étaient justifiées en tout ou en partie par le fait que les langues officielles de ces pays n'avaient pas été adoptées comme langue de travail de l'institution.

Toutefois, l'évolution depuis quelques années est dans le sens de l'ouverture. La première solution adoptée dans l'urgence par les instances de l'OHADA a été alors de demander à des experts la traduction des Actes uniformes en anglais, en portugais et en espagnol. Ces traductions ont ensuite été publiées au Journal officiel de l'OHADA. Mais à terme, il s'est agi de régler définitivement le problème et de se prononcer en faveur ou non de l'ouverture linguistique. La solution retenue, dans le sens souhaité par beaucoup, est la modification

des langues de travail au sein de l'organisation. Il est question de passer d'une seule à quatre langues à savoir le français, l'anglais, l'espagnol et le portugais. C'est la voie retenue par le Traité de Québec du 17 octobre 2009 révisant le Traité de Port-Louis. Ce choix marque clairement l'ouverture linguistique de l'institution et permet d'assurer la cohérence de l'ensemble du Traité qui admet l'ouverture de l'institution à d'autres pays sans aucune réserve par rapport à leurs langues officielles. L'ouverture linguistique complète ainsi harmonieusement l'ouverture géographique prévue par l'article 53.

27. Malgré tout, la réforme linguistique comporte quelques inconvénients. Sur un plan pratique, la multiplication des langues de travail emportera l'accroissement de la charge de travail des organes de l'OHADA car tout Acte uniforme devra désormais être automatiquement traduit dans les différentes langues retenues. À cela va s'ajouter inévitablement l'augmentation des charges financières qui peut elle-même entraîner certains blocages dans le fonctionnement de l'institution et l'application effective du droit unifié. Ces réserves ne sont pas négligeables et il serait bon de les prendre en compte de même qu'il faudra envisager l'impact de la réforme des langues de travail sur les Actes uniformes déjà adoptés surtout si l'on se rappelle que l'alinéa 2 de l'article 53 précité rend applicable le Traité et les Actes uniformes antérieurs à l'adhésion dans les nouveaux États et ceci dans le délai de soixante jours après dépôt par ces États des instruments d'adhésion.

Le problème n'est pourtant pas totalement résolu par l'admission de nouvelles langues. On peut se demander d'une part si cette admission sera illimitée quel que soit le nombre de pays adhérant à l'institution et d'autre part s'il ne sera pas nécessaire de déterminer une langue de référence. La langue de référence au sein d'une organisation internationale doit être distinguée non seulement des langues de travail de l'organisation mais aussi des langues officielles des différents États membres. Comme son nom l'indique, il s'agit d'une langue choisie parmi les langues de travail et qui sert de référence en cas de difficultés d'interprétation des textes adoptés. Son utilité vient de ce que la pluralité des langues pose, il ne faut pas s'en cacher, des problèmes en termes d'équivalence des mots et expressions malgré les précautions prises au niveau des traductions, ce qui peut déboucher sur des conflits juridiques. Dans le cadre l'OHADA, la langue originelle qu'est le français pourrait servir de langue de référence et primer en cas de divergence entre les différentes traductions. L'idée est partiellement retenue par le Traité de Québec révisant le Traité de Port-Louis ; ainsi aux termes de l'article 42 nouveau dernier paragraphe, « *avant traduction dans les autres langues, les documents déjà publiés en français produisent tous leurs effets. En cas de divergence entre les différentes traductions, la version française fait foi.* »

c - Moyens en ressources humaines

28. Il faut ici distinguer les hauts responsables de l'OHADA et le reste du personnel.

Au lendemain de la création de l'OHADA, le problème s'était posé de la désignation des premiers responsables. Les membres du Conseil des ministres réunis à Ndjamenas au Tchad les 17 et 18 avril 1996 avaient alors, par consensus dans le but d'installer rapidement et avec une capacité opérationnelle immédiate les institutions de l'OHADA, pris des mesures, communément appelées les « arrangements de Ndjamenas ». Ceux-ci aboutissaient à une répartition des postes des hauts responsables et des juges de la CCJA entre les différents pays. Cette pratique va très vite se trouver contraire à l'esprit et surtout à l'efficacité voulue et recherchée. La compétence a eu tendance à s'effacer en faveur de la satisfaction des États parties qui avaient la certitude de conserver certains postes à tout moment au sein de l'OHADA. Aussi, de nombreuses voix vont s'élever pour réclamer l'abandon des « arrangements de Ndjamenas ».

Le 17 octobre 2008, les chefs d'État et de Gouvernement des pays membres de l'OHADA prennent une déclaration mettant un terme aux « arrangements de Ndjamenas ». Le Conseil des ministres a mandat d'adopter rapidement les règles appropriées prenant en compte les principes prévalant en la matière pour l'ensemble des organisations internationales mettant particulièrement en valeur la compétence et l'intégrité attendues des responsables des institutions. Depuis, la tendance est d'une part de respecter les mandats et la rotation, d'autre part de soumettre les postes des responsables à la compétition et de laisser le soin à un cabinet de recrutement indépendant le soin de sélectionner les meilleurs profils. L'avenir seul permettra de porter un jugement sur les progrès réalisés grâce à la Déclaration de Québec sur les « arrangements de Ndjamenas ».

Les nominations aux postes de direction sont, de façon générale, assurées selon les critères définis par les règlements du Conseil des ministres. S'agissant des autres membres du personnel, l'OHADA connaît deux catégories de personnel : les fonctionnaires et les non-fonctionnaires. Par rapport aux fonctionnaires de l'OHADA, le personnel non-fonctionnaire est recruté par l'une des institutions de l'OHADA dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée pour des tâches spécifiques n'étant pas dans les domaines réservés pour les fonctionnaires.

Les règlements 1/98 et 2/98 du 30 janvier 1998 portent respectivement statut des fonctionnaires et régime applicable au personnel non-fonctionnaire de l'OHADA. (*voir entrée Règlements et Décisions*)

d - Moyens diplomatiques

29. L'OHADA a la pleine personnalité juridique internationale (article 46 Traité de l'OHADA). Les conséquences, unanimement reconnues, y sont attachées. Personne

juridique, l'OHADA a en particulier la capacité de contracter, d'acquérir des biens meubles et immeubles et d'en disposer, d'ester en justice. Personne juridique internationale, elle jouit, sur le territoire de chaque État partie, des immunités et privilèges (article 47 du traité de l'OHADA) : ses biens et ses avoirs sont protégés par l'immunité de juridiction et ne peuvent donc faire l'objet d'aucune action judiciaire, sauf si elle renonce à cette immunité (article 48 du traité de l'OHADA) ; ses biens et avoirs sont également couverts par l'immunité d'exécution et ne peuvent donc pas faire l'objet de saisie ; les fonctionnaires et les employés des institutions de l'OHADA jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions, des privilèges et immunités diplomatiques (article 49 du Traité de l'OHADA) ; ses archives sont inviolables où qu'elles se trouvent (article 50 Traité de l'OHADA) ; ses avoirs, ses biens et ses revenus ainsi que les opérations autorisées par le Traité sont exonérés de tous impôts, taxes et droit de douanes (article 51 du Traité de l'OHADA) ; elle est exempte de toute obligation relative au recouvrement ou au paiement d'impôt ou droits de douane (article 51 Traité de l'OHADA).

Par ailleurs, les juges de la CCJA, mais aussi les arbitres nommés ou confirmés, désignés par celle-ci jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions, des privilèges et immunités diplomatiques (article 49 du Traité de l'OHADA). Les privilèges et immunités prévus par l'article 49 du Traité, peuvent être revus par le Conseil des ministres. Outre, les juges ne peuvent être poursuivis pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions qu'avec l'autorisation de la cour (article 49 du Traité de l'OHADA).

Dans chaque État où se trouve un organe ou une institution de l'OHADA, des accords de siège sont conclus : accord entre la République du Cameroun et l'OHADA, relatif au Secrétariat Permanent, signé à Yaoundé le 30 juillet 1997 ; accord entre la République de Côte d'Ivoire et l'OHADA, relatif à la CCJA, signé à Abidjan le 2 juillet 1998 ; accord entre la République du Bénin et l'OHADA, relatif à l'ERSUMA, signé à Cotonou le 27 juillet 1998.

e - Moyens financiers

30. L'on s'intéressera aux ressources et aux principes comptables de l'OHADA.

Les ressources financières constituent une préoccupation constante. La question est abordée à l'article 43 du Traité de l'OHADA. Sont alors prévues trois catégories de ressources : les contributions annuelles des États parties ; les concours prévus par les conventions conclues par l'OHADA avec les États ou des organisations internationales ; les dons et legs.

Les contributions annuelles des États parties sont arrêtées par le Conseil des ministres. Ce dernier approuve aussi les conventions de financement ainsi que les dons et legs.

Il faut aussi signaler comme ressources les recettes provenant de la procédure de l'arbitrage sous l'égide de la CCJA (*voir entrée : Arbitrage CCJA*). Le principe est posé par l'article 44 du Traité. La décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999 du Conseil des ministres de l'OHADA fixe le barème des tarifs (*voir entrées : Arbitrage CCJA ; Règlements et décisions*).

L'épineux problème reste l'effectivité et la permanence des contributions des États. Aussi des solutions originales sont-elles recherchées.

À l'avènement de l'OHADA, un Fonds de capitalisation avait été constitué. D'un montant de douze milliards de trois cent soixante-quinze millions, ce Fonds devrait couvrir les dépenses de fonctionnement de l'OHADA pendant une dizaine d'années. Il est depuis épuisé.

31. Un autre mécanisme original est aujourd'hui conçu. Le Conseil extraordinaire des Ministres, réuni à Libreville les 17 et 18 octobre 2003, a décidé d'instituer une taxe dite « Prélèvement OHADA », constitué par un prélèvement direct au cordon financier de chaque État partie. Le montant du prélèvement est fixé à 0,05 % du montant des importations de produits originaires de pays tiers et mis à la consommation dans les États parties de l'OHADA. Le mécanisme peine à être mis en place. Il a fallu une impulsion forte. Les chefs d'État et de Gouvernement de l'OHADA, réunis à Québec le 17 octobre 2008, tout en adoptant le Traité portant révision de celui de Port-Louis ont apporté l'appui politique nécessaire au mécanisme de financement autonome de l'OHADA à travers la déclaration suivante : « Les ministres chargés des finances des États membres de l'OHADA ont mandat de prendre toutes dispositions utiles pour l'application effective du mécanisme de financement autonome de l'OHADA découlant du règlement N° 002/2003/CM du 8 octobre 2003 relatif au mécanisme de financement autonome de l'OHADA et ce, à compter du 1^{er} janvier 2009 ». (*Voir entrée : Règlements et Décisions*).

Quant aux principes comptables régissant les dépenses de l'OHADA, ils sont consignés à l'article 45 du Traité de l'OHADA.

C'est d'abord le principe de l'annuité du budget. Le budget annuel de l'OHADA est adopté par le Conseil des ministres.

C'est ensuite la certification des comptes de l'exercice clos par des commissaires aux comptes. Ceux-ci sont désignés par le Conseil des ministres. Les comptes de l'exercice clos sont approuvés par le Conseil des ministres sont précisées dans le Règlement N° 001/98/CM du 30 janvier 1998 portant Règlement financier des institutions de l'OHADA. (*Voir entrée : Règlements*).

B - Synthèse : nature juridique de l'institution OHADA

32. L'analyse met en exergue une organisation interétatique ayant pour seule mission d'élaborer des règles

simples, modernes et adaptées à la situation des économies des États membres. Bien qu'il s'agisse d'une organisation interétatique, les pères fondateurs ont voulu que les normes qu'elle élabore soient dotées d'une force juridique exceptionnelle : adoption sans réserve, application immédiate, effet direct, primauté, effet abrogatoire.

On trouve en Afrique des institutions ayant des objectifs presque similaires à ceux de l'OHADA. Mais la comparaison met rapidement en exergue la singularité de l'OHADA.

33. Il s'agit tout d'abord des organismes régionaux d'intégration économique, à l'instar de l'UEMOA en Afrique de l'Ouest et de la CEMAC en Afrique centrale. Ces organismes sont amenés, comme l'OHADA, à élaborer des législations uniformes en droit économique. Mais l'UEMOA et la CEMAC sont des espaces économiques et monétaires intégrés qui, par la force des choses, harmonisent des règles juridiques sur des questions précises.

La démarche est tout autre pour l'OHADA. Celle-ci n'est pas un espace économique intégré. Le droit secrété est alors destiné non à la satisfaction des intérêts de l'organisation, des signataires, mais à être mis à la disposition des États ainsi que des autres organisations régionales, existantes ou futures. M. Johnson, alors Secrétaire permanent, a utilisé à cet effet une image qu'il convient de reprendre ici tant elle illustre exactement la vision première de l'organisation : « *Dans cette famille d'abeilles que constituent les institutions régionales d'intégration économique africaine, l'OHADA joue tout juste le rôle de l'ouvrier chargé d'apporter les matériaux, les autres institutions se chargeant des autres rôles vitaux (l'édification, la maintenance, la défense, etc.)* » (*www.obada.com, obadata D-04-09, p. 10*).

34. À s'en tenir à l'approche d'outil technique, on peut ensuite rapprocher de l'OHADA des organismes comme l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) et la Conférence interafricaine des marchés d'assurance (CIMA). L'OAPI est chargée de l'élaboration d'une législation unique de la propriété intellectuelle et de l'administration unique de celle-ci. La CIMA est chargée de l'uniformisation du droit des assurances. L'OAPI et la CIMA ont en commun avec l'OHADA d'être des outils techniques d'adoption des règles communes. De ce point de vue, la seule nuance tient à ce que les domaines d'intervention de ces organismes sont précisément arrêtés alors que celui de l'OHADA est général et concerne tout le droit des affaires. Mais, l'OHADA, à la différence de ces organismes, n'administre rien ; elle se contente d'élaborer des règles mises à la disposition des États et des communautés. En ce sens, elle peut intervenir même dans des domaines de compétence de l'OAPI et de la CIMA, mais toujours avec pour seul souci de dégager des règles pour d'autres structures. Véritablement,

l'OHADA est une organisation interétatique voulue et conçue comme exclusivement un outil technique. En somme, l'OHADA traduit la ferme volonté des pays membres de capitaliser les acquis monétaires, linguistiques et juridiques qu'ils ont en partage pour relancer le processus du développement économique tout en favorisant l'émergence d'un marché intégré dans un environnement des affaires plus que jamais marqué du sceau de la mondialisation.

La conséquence majeure de l'intégration forte recherchée est que la législation uniforme de l'OHADA revêt le caractère d'une législation nationale avec un statut privilégié fondé sur sa supranationalité voulue par les États membres. Autrement dit, tout Acte uniforme OHADA tient lieu de loi dans chacun des États parties avec une certaine suprématie sur le bloc de droit interne non OHADA. L'on entrevoit là un ordre juridique OHADA propre, tout en étant intégré au système juridique des États membres.

§2 - Ordre juridique OHADA

35. On a coutume de parler d'un « espace », car l'OHADA n'est ni une union politique ni une communauté économique.

Pourtant, en sondant en profondeur les caractéristiques de cet « espace », l'on se rend compte que l'OHADA est sur la voie de la constitution d'un véritable ordre juridique qui coexiste avec les ordres juridiques internes des différents États membres de l'OHADA. Le pluralisme pose inévitablement le problème de rapport entre deux les ordres juridiques.

I - Avènement d'un véritable ordre juridique

36. L'ordre juridique est l'ensemble des règles de droit qui régissent une communauté humaine.

L'ordre juridique suppose d'abord une communauté humaine. Aujourd'hui, à la suite de l'institutionnalisme italien (Santi Romano, *L'ordre juridique*, 2^e ed, 1946, traduction L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975), il est largement admis que le seul véritable ordre juridique n'est pas seulement celui de l'État ; qu'il existe aussi des ordres juridiques infra-étatiques ou trans-étatiques (ou transnationaux). Chaque fois que l'on peut constater l'existence d'un ordre social organisé (*societas*), il existe un droit spécifique (*jus*) qui lui correspond. Dans cette logique, l'OHADA étant un groupement d'État, l'existence d'une communauté humaine ne fait donc pas de doute.

Mais l'ordre juridique suppose ensuite un *jus* spécifique efficace. De ce point de vue, l'ordre juridique est à la fois « ordre normatif » et un « ordre judiciaire ».

L'« ordre normatif » OHADA est constitué d'un

ensemble de normes structuré et cohérent. Le domaine est indiqué par les articles 1 et 2 du Traité créant l'OHADA : c'est le droit des affaires. Plus technique, il s'agit d'un ensemble de normes issues des Actes uniformes. La technique des Actes uniformes à la fois structure l'ordre normatif OHADA et lui donne sa cohérence. Les Actes uniformes adoptés par un législateur interétatique (le Conseil des ministres de l'OHADA) sont directement applicables et obligatoires dans les États parties (article 10 du Traité de l'OHADA). L'effet direct produit tous ses effets non seulement dans des cas où des droits subjectifs sont en cause, mais aussi chaque fois que des justiciables ont intérêts à invoquer les règles de l'« ordre normatif » OHADA. Autrement dit, par l'effet direct, les Actes uniformes créent des droits et obligations à l'égard des particuliers, soit dans leurs relations avec les États de l'OHADA (l'effet direct vertical), soit dans leurs relations avec d'autres particuliers (l'effet direct horizontal) cette correction est soumise à l'approbation de la lecture juridique. Un exemple de l'effet direct vertical est donné par l'article 29 al. 1^{er} de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées des recouvrements des créances et des voies d'exécutions qui dispose que : « *L'État est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions et autres titres exécutoires* ».

37. L'effet direct des Actes uniformes a pour corollaire l'invocabilité ou la justiciabilité des normes édictées. Les justiciables peuvent se prévaloir des droits issus des Actes uniformes devant le juge et de l'obligation corrélative pour ce dernier de protéger ces droits. C'est sur ce point que l'on ressent fortement l'émergence d'un véritable ordre juridique OHADA. En effet, au cœur de ce dernier, l'on trouve une juridiction transnationale, la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) appelée à jouer un rôle primordial. Cette cour n'a pas vocation à intervenir dans l'interprétation et l'application de la loi interne à un État membre de l'OHADA. La préoccupation est de sauvegarder l'unité et l'efficacité de l'« ordre normatif » OHADA. Au terme de l'article 14 du Traité de l'OHADA, la CCJA assure dans l'ensemble du groupement d'État l'interprétation et l'application commune du traité, des règlements et décisions pris pour son application, des actes uniformes. Aux termes de l'article 20 du Traité OHADA, « *les arrêts de la Cour commune de justice et d'arbitrage ont autorité de la chose jugée et la force exécutoire* ». L'autorité de la chose jugée entraîne deux conséquences qui confortent l'émergence d'un véritable ordre juridique. Elle entraîne tout d'abord la suppression du contrôle du juge étatique. Ensuite, l'autorité de la chose jugée inhérente aux arrêts de la CCJA s'impose sur le territoire de chacun du groupement d'État.

Ainsi, fondamentalement, l'OHADA est un véritable ordre juridique qui est propre tout en étant intégré au système juridique des États parties. Il s'agit d'une technique originale d'abandon massif de souveraineté

et de supranationalité qui ne va pas sans susciter de la question des rapports entre les deux ordres juridiques.

II - Rapports entre ordre juridique OHADA et ordres juridiques internes des États parties à l'OHADA

38. L'ordre juridique OHADA s'applique à l'uniformisation recherchée dans un domaine matériel très largement entendu. Le droit des affaires, socle matériel des normes de l'ordre juridiques OHADA, ne répond à aucune définition d'ensemble. Il constitue cependant le champ d'action à la fois minimal et maximal de l'OHADA. Champ d'action minimal, car les matières énumérées par le Traité (article 2 Traité de l'OHADA) doivent être considérées comme celles qui constituent le plus petit domaine matériel de l'OHADA. Champ d'action matériel, en ce que toute matière susceptible d'être qualifiée par l'OHADA comme faisant partie du droit des affaires peut donner lieu à l'élaboration d'un acte uniforme. Or, il se trouve que ces matières ne peuvent pas être limitativement énumérées. On en déduit que l'OHADA a opté pour une conception extensive ; c'est du reste ce qui ressort clairement de l'article 2 du Traité OHADA *in fine* : le Conseil des ministres peut décider d'inclure dans l'énumération de l'article toute autre matière. En effet, par une décision N° 002/2001/CM du 23 janvier 2001, le Conseil des ministres a procédé à une extension du domaine des Actes uniformes aux matières suivantes : le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats, le droit de la preuve.

L'on perçoit du coup les possibilités de conflits entre l'ordre juridique OHADA et les ordres juridiques internes. De plus, l'ampleur du domaine des Actes uniformes prolonge le conflit sur le plan d'abandon de souveraineté et, partant, de la constitutionnalité.

a - Question de hiérarchie

39. Les rédacteurs du Traité fondateur de l'OHADA ont pris des dispositions pour organiser les rapports hiérarchiques entre l'ordre juridique OHADA et les ordres juridiques des jus internes des États membres de l'OHADA. Dans la logique de la doctrine moniste, les normes OHADA font bien partie intégrante de l'ordre juridique applicable sur le territoire national ; mais, tout en déployant cet effet, elles conservent leur nature propre et leur autonomie comme normes de l'ordre juridique OHADA.

L'idée est donc celle de la primauté de l'ordre juridique OHADA. Cette primauté sur les ordres juridiques nationaux est garantie à travers la reconnaissance et l'affirmation de la supranationalité des actes uniformes. Celle-ci est prévue par l'article 10 du Traité de l'OHADA.

La CCJA a eu l'occasion de conforter la position des concepteurs du Traité : avis N° 001/2001/EP du 30 avril 2001, www.ohada.com, ohadata 02 – 04.

Les Actes uniformes sont immédiatement et directement applicables dans les États parties à l'OHADA sans qu'il soit nécessaire de recourir aux procédés habituels de réception des normes internationales dans l'ordre juridique interne. Il y a là une différence capitale avec les traités internationaux ordinaires. On peut en tirer trois conséquences en ce qui concerne les rapports entre l'ordre juridique OHADA et les ordres juridiques nationaux. Le droit OHADA, parce qu'il ne peut être contesté une fois adopté et entré en vigueur, a un caractère supranational ; parce qu'il a vocation à être immédiatement et directement applicable dans l'ordre juridique interne de chaque État partie, sans procédure quelconque de réception dans le droit interne, il revêt un caractère transnational ; parce qu'il fixe lui-même sa propre place par rapport aux seuls droits internes, il atteste l'existence et la primauté de l'ordre juridique OHADA.

Dans le prolongement de la question de hiérarchie, pointe la question de l'effet abrogatoire de la norme OHADA. Dans son avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, la CCJA clarifie le régime juridique de l'effet abrogatoire posé par l'article 10 *in fine* du Traité OHADA. Ce dernier, dit l'avis, est d'application générale et concerne les seules dispositions législatives ou réglementaires contraires ou identiques. Il reste à se demander si l'effet abrogatoire touche aussi les dispositions constitutionnelles.

b - Question de constitutionnalité

40. Jusqu'où aller dans la reconnaissance de l'ordre juridique OHADA ? Primant sur l'ordre juridique interne, prime-t-il aussi sur la constitution ?

On sait que dans la hiérarchie des normes, les traités et accords internationaux occupent une place spécifique. Habituellement, on les situe au-dessous de la constitution mais au-dessus des lois, sous réserve de réciprocité. Mais, on peut se demander si une telle analyse est parfaitement ajustée à une œuvre d'unification qui, par définition, bouleverse considérablement l'environnement juridique et judiciaire des affaires et ouvre la voie à un véritable ordre juridique OHADA.

Le Conseil constitutionnel du Sénégal a été très tôt saisi du problème. Dans sa décision n° 3/C/93 du 16 décembre 1993, il donne une réponse qui ne laisse pas de doute sur l'OHADA conçu comme instrument de l'intégration juridique. Il estime que la constitution n'instaure de monopole juridictionnel que dans l'ordre national et non dans l'ordre international. Si, il est vrai, les articles 14, 15 et 16 du Traité de l'OHADA confèrent certaines compétences à la CCJA réduisant d'autant les attributions de la Cour de cassation, « *il n'en résulte cependant ni changement du statut international du Sénégal en tant qu'État souverain et indépendant, ni*

modification de son organisation institutionnelle ;... le dessaisissement de certaines de ses institutions – Cour de cassation, mais aussi Assemblée nationale – ni total ni unilatéral, mais d'une limitation de compétence qu'implique tout engagement international et qui, en tant que telle, ne saurait constituer une violation de Constitution, dans la mesure où celle-ci, prévoyant la possibilité de conclure des traités, autorise, par cela même, une telle limitation de compétence » (Conseil constitutionnel sénégalais, 16 décembre 1993, Penant, numéro spécial OHADA, 1998, N° 827 p. 225 note Alioune Sall).

Cette décision a un double mérite. Elle adopte, fort heureusement, une conception souple et moderne de la souveraineté. Surtout approuve et conforte l'OHADA dans la voie de l'intégration tout court.

41. La question peut même être plus générale dans l'hypothèse d'une contradiction entre l'évolution du droit OHADA et les prescriptions constitutionnelles. En ce fondant sur l'applicabilité immédiate et directe des normes OHADA, l'absence des réserves, l'absence de ratification, d'approbation et de transcription dans l'ordre interne, on s'aperçoit que l'OHADA porte en réalité les germes d'une supra-constitutionnalité. Cette dernière fournit la meilleure explication aux moyens et méthodes de l'intégration préconisés par l'OHADA.

C'est dans ce sens qu'est allé le Conseil constitutionnel du Sénégal dans sa décision précitée du 16 décembre 1993. Saisi d'un problème de conformité à la Constitution sénégalaise des articles 14 à 16 du Traité OHADA, il en a profité pour esquisser un raisonnement sur la force de l'OHADA. Selon la décision, « même si les articles soumis à l'examen du Conseil constitutionnel avaient prescrit un véritable abandon de souveraineté, ils ne seraient pas inconstitutionnels » pour la raison que le paragraphe 3 du préambule de la constitution dispose que : « Le peuple sénégalais

- Soucieux de préparer l'unité des États de l'Afrique et d'assurer les perspectives que compte cette unité ;

- Conscient de la nécessité d'une unité politique, culturelle, économique et sociale, indispensable à l'affirmation de la personnalité africaine ;

- Conscient des impératifs historiques, moraux et matériels qui unissent les États de l'Ouest africain.

Décide

Que la République du Sénégal ne ménagera aucun effort pour la réalisation de l'unité africaine ».

Le Conseil constitutionnel sénégalais fait ainsi de l'aspiration à l'unité africaine, un principe général de droit constitutionnel. Il s'ensuit que l'OHADA, engagement international en vue de l'unité africaine, serait conforme à la Constitution. Dans le cas contraire, il y aurait lieu de procéder à de révisions constitutionnelles pour rendre la Constitution compatible au Traité OHADA et au droit uniforme dérivé. Il faut bien comprendre la portée de cette force de l'ordre juridique OHADA par rapport à

l'ordre constitutionnel. L'ordre juridique OHADA a une primauté matérielle sur l'ordre constitutionnel : aucun État partie ne pourrait invoquer les dispositions – même constitutionnelles – de son droit interne pour justifier la non-exécution des actes uniformes.

D'un point de vue théorique, cette conséquence trouve une explication dans le monisme juridique dans le cadre duquel s'inscrivent les constitutions des pays concernés (par exemple, l'article 45 de la constitution camerounaise, Loi constitutionnelle du 18 janvier 1996). Mais elle suppose au préalable la ratification du Traité OHADA ; or la Constitution reste seule juge de l'opportunité et des conditions de la ratification. En cas de contrariété, la révision de la Constitution s'impose pour lui conserver son « degré supérieur du droit positif » (Kelsen (H.), Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit Neuchâtel, ED. de la Baconnière, 1937, p. 123). La primauté matérielle de l'ordre juridique OHADA laisse ainsi sauve la suprématie formelle de la Constitution comme norme fondamentale de la République (Christophe Tchakaloff (M. F) et Cobin, *La constitution est-elle encore la norme fondamentale de la République ? Dalloz, 1999, pp. 120 et s.*

Quoi qu'il en soit, sur les traces du législateur OHADA, le juge constitutionnel sénégalais, comme le conclut le commentateur de la décision précitée, « ouvre le boulevard de l'intégration, en adoptant une conception souple et moderne de la souveraineté et en élaguant les obstacles juridiques qui pourraient se dresser » (A. Sall, note sous Conseil constitutionnel sénégalais, 16 décembre 1993, Penant spécial OHADA, 1988, n° 827, p. 234).

42. En somme, l'ordre juridique OHADA prime sur l'entière de l'ordre juridique interne. Il n'y a pas de conflit possible entre la norme OHADA et le droit national. Si donc le juge national se trouve devant un cas de contrariété entre une norme OHADA et une norme interne, il a le devoir de faire prévaloir la première. D'ailleurs, la solution aurait été identique s'agissant de toute norme communautaire vis-à-vis du droit interne. La Cour de justice de l'UEMOA l'a formulée sans ambiguïté dans son avis n° 001/2003 du 18 mars 2003 : « La primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées, immédiatement applicables ou non, et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales administratives, législatives, juridictionnelles, et, même, constitutionnelles parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux. Les États ont le devoir de veiller à ce qu'aucune norme de droit national, incompatible avec une norme de droit communautaire qui répond aux engagements qu'ils ont pris, ne puisse pas être valablement opposée à celle-ci. Cette obligation est le corollaire de la supériorité de la norme communautaire sur la norme interne. Ainsi le juge national, en présence d'une contrariété entre le droit communautaire et une règle de droit interne, devra faire prévaloir le premier sur la seconde en appliquant l'un et en écartant l'autre ».

c - Question de complémentarité

43. Malgré la hiérarchie de l'ordre juridique OHADA, ce dernier aura souvent besoin de l'ordre juridique interne pour s'appliquer. Il s'établit donc nécessairement entre les deux ordres juridiques un rapport de complémentarité.

D'abord, le champ matériel du droit OHADA est le droit des affaires. Par rapport au droit interne, il apparaît comme un droit spécial alors que ce dernier est le droit commun. L'application du droit OHADA est donc subordonnée au respect du droit commun national des personnes, des biens, des actes et faits juridiques, etc.

Ensuite, souvent la complémentarité est sollicitée par l'ordre juridique OHADA lui-même. Il en est ainsi chaque fois que celui-ci utilise des concepts, des notions ou des règles provenant de l'ordre juridique interne. On trouve de nombreux exemples dans les Actes uniformes : la solidarité (article 270 AUSCGIE), la prescription (articles 18 et 274 à 282 AUDCG), la compensation (articles 30 AUVE et 67 AUPC), la dation en paiement (article 25 AUS), l'incapacité juridique, l'émancipation, les interdictions et les incompatibilités (articles 7 à 10 et 138 ali 2 AUDCG et 7 et 8 AUSC), la définition des parents et alliées (article 44 AUVE), les immeubles et les droits réels immobiliers (article 119-2^e AUS), les meubles corporels ou incorporels (article 46 AUS), le mandat (article 143 AUDCG), etc. La définition de ces concepts, notions ou règles doit être recherchée dans le droit interne stricto sensu.

Enfin, parfois l'ordre juridique OHADA renvoie explicitement à l'ordre juridique interne. Le Traité de l'OHADA s'est déclaré incompétent dans certains domaines complémentaires indispensables à l'application du droit OHADA. Il en est ainsi de l'organisation judiciaire et des sanctions pénales pour assurer la répression des incriminations pénales prises par le législateur OHADA (articles 5 et 13 du Traité de l'OHADA). Les Actes uniformes aussi renvoient régulièrement au droit interne pour compléter et rendre opératoires leurs dispositions. On peut citer l'article 253 de l'AUPSVE qui renvoie au droit foncier national pour la réglementation de l'immatriculation des terres ; l'article 51 du même Acte uniforme qui renvoie aux droits nationaux pour la détermination des biens et droits insaisissables, etc. De façon générale, les législations nationales non contraires ou même compatibles aux dispositions des Actes uniformes restent en vigueur.

La question de complémentarité met en exergue l'importance d'une concertation entretenue entre l'OHADA et l'ordre juridique interne. La seule voie prévue est la consultation conformément à l'article 14 ali 2 du Traité de l'OHADA ; la Cour peut être consultée par tout État partie, par le Conseil des ministres, les juridictions nationales saisies d'un contentieux du droit OHADA sur toute question entrant dans le champ de compétence de l'OHADA. La question préjudicielle n'est pas

retenue par le Traité de l'OHADA. (Voir aussi entrée : *Cour commune de justice et d'arbitrage*).

III - Rapports entre ordre juridique OHADA et ordres juridiques des communautés économiques et monétaires dans l'espace OHADA

44. Certaines organisations régionales de l'espace OHADA, comme l'UEMOA, la CDEAO, la CEMAC, constituent des ordres juridiques. Elles peuvent être amenées à rechercher une unification dans une matière du droit des affaires. Ainsi, l'UEMOA a adopté un règlement portant système comptable ouest africain (SYSCOA) tandis que l'OHADA a pris un Acte uniforme ayant exactement le même objet (heureusement le conflit n'aura pas lieu, le règlement instituant le SYSCOA a été modifié par les règlements n° 07/2001/CM/UEMOA du 20 septembre 2001 et n° 06/2004/CM/UEMOA du 17 septembre 2004 pour prendre en compte l'Acte uniforme de l'OHADA). De même, l'Acte uniforme sur le contrat de transport des marchandises par route est adopté à un moment où il existait déjà au sein de la CEMAC la Convention inter-États de transport routier de marchandises diverses (CIETRM). De façon générale, l'extension du champ matériel de l'OHADA pose nettement la question du rapport entre l'ordre juridique OHADA et les ordres juridiques de ces communautés régionales. Pour appréhender la question, une approche formaliste est souvent proposée ; mais on peut lui opposer une approche finaliste.

a - Approche formaliste

45. Cette approche s'en tient aux formes. L'OHADA, l'UEMOA, la CEDEAO, la CEMAC sont des communautés régionales. Il n'y a pas de hiérarchie au sens strict entre elles. Elles constituent toutes des ordres juridiques supranationaux. Le raisonnement est dès lors implacable (*voir notamment BA, (C. B), Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA, in La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : cas de l'UEMOA, sous la direction de Pierre Meyer, publication du CEEI, n° 3, Ouagadougou, Imprimerie Presses africaines, 2001, p. 176*) : « En raison de leur triple identité de caractère (applicabilité directe, effet direct, primauté), les règles communautaires de l'UEMOA (comme celles de la CEDEAO ou de la CEMAC) se présentent dans les ordres juridiques des États membres avec un titre identique ou avec une égale vocation à régir les situations qui entrent dans leur champ d'application respectif ».

Cette analyse formaliste, fondée sur le caractère supranational des organismes en cause, aboutit nécessairement à appréhender les rapports entre l'ordre juridique OHADA et les ordres juridiques des communautés régionales africaines essentiellement sous l'angle des conflits de normes. Alors, la convention

de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités est invoquée : on recourt soit à la maxime *lex posterior derogat priori*, soit à la maxime *specialia generalibus derogat* (voir Brière (C), *Les conflits de conventions internationales en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2001). En application de la première maxime, en cas de conflit entre deux conventions internationales ayant un degré de généralité identique quant à leur objet, le choix est fait en faveur de la convention la plus récente. En vertu de la seconde maxime, en cas de conflit entre deux conventions dont l'une est générale et l'autre spéciale, c'est la convention spéciale qui l'emporte.

Il est cependant permis de demander si l'on a affaire à des communautés concurrentes, si les rapports en cause ne sont pas plus nuancés de manière à rechercher une solution tout aussi nuancée procédant d'une approche finaliste (voir notamment Ba (D. B), *Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA*, in *La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA*, sous la direction de Meyer, publication du CEEI, n° 3, Ouagadougou, Imprimerie Presses africaines, 2001, p. 176).

b - Approche finaliste

46. L'approche finaliste ou téléologique repose sur l'idée de finalité, sur la recherche des fins.

Même dans l'approche classique des conflits entre normes de droit international, les approches de type finaliste ont été soutenues. On a ainsi proposé de tenir compte du caractère universel ou non de la convention ou du traité, du nombre effectif de signataires et surtout des membres ayant ratifié le Traité ; ce qui aboutit à une hiérarchisation des conventions : supériorité du droit universel sur le droit international régional (ou communautaire), supériorité de ce dernier sur le droit d'origine bilatéral et, enfin, supériorité de la charte constitutive des organisations internationales ou régionales sur leurs droits dérivés (voir Carreau, (D), *Droit international*, Paris, Les cours de droit, 1984, p. 88 à 103). Suivant cette analyse, la supériorité sera reconnue au droit OHADA sur les autres droits régionaux en question : le champ matériel de l'OHADA est plus vaste, le nombre des membres ayant ratifié le Traité est plus grand (puisque les membres de chacune des organisations sont concernés).

Mais la différence d'objectif entre l'ordre juridique de l'OHADA et les ordres juridiques communautaires visés permet d'aller plus loin dans l'analyse finaliste. L'OHADA est fondamentalement un outil technique voulu et conçu par les États membres ; elle cherche à unifier le droit des affaires dans un sens large pour les besoins des États et d'un espace intégré regroupant entre autres les communautés régionales en étude (UEMOA, CEDEAO, CEMAC). L'OHADA entend justement assurer la sécurité juridique et judiciaire de cet espace écono-

mique et monétaire tout en propulsant l'émergence d'un vaste marché.

47. L'intégration juridique maximale recherchée pourrait justifier que le droit OHADA abroge, en ce qui concerne aussi bien les États que les communautés régionales qui regroupent ces États, tous membres en même temps de l'OHADA, les dispositions contraires antérieures ou postérieures. Cette analyse est confortée par l'avis n° 002/2003 du 9 avril 2003 de la Chambre judiciaire de la Cour de justice de la CEMAC portant sur le projet de règlement relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement. Dans cet avis, le juge de la CEMAC, s'exprimant à propos de l'article 10 du Traité de l'OHADA, indique que « *cette disposition contraignante pour les États concernés s'applique aux normes primaires et dérivées issues de la CEMAC* ». Ainsi, si une question a fait l'objet d'un Acte uniforme OHADA, toutes dispositions contraires ou identiques antérieures ou postérieures de toute autre organisation régionale de l'espace OHADA sur le même objet sont de plein droit abrogées. C'est bien ce raisonnement qui a été avancé pour résoudre le conflit entre l'Acte uniforme OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route et la Convention inter-États (CEMAC) de transport routier de marchandises diverses du 5 juillet 1996 (*cf. Bokalli (V. E) et Sossa (C. D), OHADA droit des contrats de transport de marchandises par route, Bruylant, Bruxelles, 2006, n° 44*). Le conflit entre l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises dans les États parties au Traité de l'OHADA et le règlement n° 04/CM/UEMOA du 20 décembre 1996 portant adoption d'un référentiel comptable commun au sein de l'UEMOA, dénommé Système comptable ouest africain (SYSCOA) devrait être résolu par le même raisonnement. Il pourrait en être de même pour trancher la divergence entre l'OHADA et l'UEMOA sur la question de compensation des dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles ; la position de l'OHADA qui l'admet (*article 30 al. 2 Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécutions*) devra l'emporter sur la position de l'UEMOA qui la prescrit (*directive n° 06/CM/UEMOA du 16 décembre 1997 portant règlement général sur la comptabilité publique*), parce que celle-ci, par application de l'article 10 du Traité de l'OHADA, est abrogée purement et simplement. Mais, comme aux États, le régime dérogatoire s'applique aux communautés concernées.

Dans certains cas, il pourra s'agir de régime particulier au sens de l'article 916 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique. Ainsi les établissements financiers constitués de sociétés commerciales sont assujettis à la fois à l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales

et au groupement d'intérêt économique et au régime particulier de la réglementation de l'UEMOA-BCEAO ou de la CEMAC-BEAC en matière monétaire et bancaire. Le régime particulier s'applique non en vertu de la maxime *specialia generalibus derogat* mais parce qu'ils n'ont pas le même objet que les dispositions du droit OHADA qu'elles complètent. C'est bien ce que dit l'avis n° 001/2001/EP de la CCJA du 30 avril 2001 d'après lequel l'article 916 ali 1^{er} de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique « laisse également subsister les dispositions législatives spécifiques auxquelles les dites sociétés sont soumises ».

Dans d'autres cas, il pourra s'agir de régimes plus complexes qui, a priori, ne relèvent ni de l'idée de complémentarité voulue par l'OHADA ni du régime particulier. On a pu ainsi soutenir un véritable régime de dérogation dans la règle de « zéro heure » (*Sawadogo (F. M), Les conflits entre les normes communautaires : aspects positifs et prospectifs, op. cit.*). En vertu de cette règle, la décision qui prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens prend effet dès la première heure du jour où elle est rendue. La règle de « zéro heure » entraîne ainsi une légère rétroactivité du jugement déclaratif de la procédure collective. L'enjeu est le sauvetage de l'entreprise et l'égalité de traitement des créanciers. Par contre, les réglementations régionales des systèmes de paiement (*articles 6 et 7 du règlement n° 95/2002/CM/UEMOA du 19 octobre 2002; articles 266 à 268 du règlement n° 02/03/CEMAC/UMAC/CN du 4 avril 2003*) reconnaissent l'irrévocabilité des transactions qui ont été effectuées à partir d'un certain moment. L'enjeu ici est la sécurité des systèmes de paiement. Il y a bien contradiction entre la norme OHADA et les normes régionales. On a alors proposé, pour résoudre ce conflit, de considérer que les réglementations de l'UEMOA et de la CEMAC sont des régimes spéciaux par rapport à la norme OHADA, considérée comme la règle générale. Dès lors, par appli-

cation de la maxime « *specialia generalibus derogat* », les réglementations communautaires devraient sur ce point déroger au régime général (*en ce sens Sawadogo (F. M), op. cit.*).

48. Mais, l'analyse finaliste pourrait aboutir à la même solution, avec l'avantage de respecter les rapports particuliers entre l'OHADA, outil technique et les communautés régionales, bénéficiaires des normes OHADA. Face à cette difficulté, l'analyse finaliste amène en effet à comparer les fins et les enjeux et à retenir la solution la moins perturbatrice. L'application stricte de la règle « zéro heure » comporte de graves inconvénients dans le cadre des paiements interbancaires. C'est tout le système de paiement bancaire, notamment le paiement par compensation, qui serait gravement atteint avec même le risque des faillites en cascade. Cet enjeu semble bien l'emporter sur l'intérêt des créanciers rassemblés dans la masse et mérite une solution particulière. Cette analyse finaliste tente de concilier les différents enjeux en présence et va dans le sens de l'évolution qui est à l'abandon de la reconnaissance de la règle « zéro heure » dans les systèmes de paiement (*voir par exemple, en Europe, la directive 96/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative au caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres; en France, la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 modifiant la loi bancaire du 24 janvier 1984, article L.330-1 du Code monétaire et financier*).

Pour terminer, l'approche finaliste, mettant l'accent sur les fins, met en exergue la nécessité de la concertation. L'OHADA est un outil technique de sécrétion du droit pour les besoins des États et des communautés régionales, encore faut-il un dialogue fécond pour bien délimiter les champs matériels d'intervention de l'OHADA.

Paul-Gérard POUYOUÉ

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

C

Common law 9

I

Institutions

- Organes 18 à 21
- CCJA 22, 23

Intégration 2, 8, 8, 16

O

OHADA

- Financement 25, 30, 31
- Langue de travail 26 à 28
- Nature juridique 32 à 34
- Personnalité juridique 29

Ordre juridique 35 et s.

S

Sécurité 15

Système juridique 10

T

Traité

- Adhésion 6, 7
- Dénonciation 13
- Ratification 5
- Révision 11, 12
- Signature 4

PÉRIODE SUSPECTE. INOPPOSABILITÉS

Table des matières

Introduction n° 1

Section I - Observations générales n° 2

- §I - Évolution historique n° 3
- §II - Rapports avec l'action paulienne et vérification des créances n° 4
- §III - Étendue de la période suspecte et conditions d'exercice de l'action n° 5-6

Section II - Cas d'inopposabilité n° 7

- §I - Inopposabilités de droit n° 8
 - A - Transmissions à titre gratuit n° 9
 - B - Contrats commutatifs déséquilibrés n° 10
 - C - Paiements de dettes non échues n° 11
 - D - Paiements de dettes échues par des procédés anormaux n° 12
 - E - Sûretés réelles constituées pour la garantie d'une dette antérieure n° 13
 - F - Inscription de sûretés judiciaires conservatoires n° 14
- §II - Inopposabilités facultatives n° 15
 - A - Conditions générales n° 16
 - B - Actes visés n° 17

1. La période suspecte est une période au cours de laquelle les actes passés par une entreprise en difficultés financières sont susceptibles d'être remis en cause en étant frappés d'inopposabilité. En droit OHADA, on désigne par cette expression la période qui précède le jugement d'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens et qui a pour point de départ la date de cessation des paiements de l'entreprise. C'est dire que la période suspecte est intimement liée aux inopposabilités qu'elle entraîne, lesquelles constituent le principal intérêt qui s'attache à la notion. À ce titre, elle doit être étudiée avec les inopposabilités sur lesquelles d'ailleurs l'accent sera mis.

Les articles 67 à 71 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) frappent ou permettent de frapper d'inopposabilité, à l'égard de la masse uniquement, certains actes accomplis par le débiteur pendant la période suspecte. Les inopposabilités semblent ainsi relever des effets de la décision d'ouverture à l'égard du débiteur comme des sanctions frappant celui-ci. C'est ce que retient l'Acte uniforme. Celui-ci traite des inopposabilités dans le

Section III : Effets des inopposabilités n° 18

- §I - Effets généralement limités n° 19
- §II - Effets quelquefois énergiques n° 20

Bibliographie

- KEZET KADJI (B.P.) : Le sort des travailleurs dans les procédures collectives d'apurement du passif, mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, 2005.
- MAGUEU KAMDEM (J.D.) : Les banques et les entreprises en difficultés, mémoire de DEA, Université de Dschang, 2005.
- POUGOUÉ (P.G.) et KUATE (S.S.) : Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage, l'Harmattan, Paris, 2010.
- SAWADOGO (F.M.) : Commentaire de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2008, 3^e édition.

Chapitre III du Titre II, chapitre intitulé : « Effets de la décision d'ouverture à l'égard du débiteur ». Pourtant, au moins à première vue, ce sont bien les créanciers qui en subissent les inconvénients plus que le débiteur. C'est dire que les inopposabilités produisent des effets négatifs sur les créanciers concernés qui se trouvent plus sanctionnés que le débiteur et, à ce titre, elles peuvent être traitées avec les effets de la décision d'ouverture sur les créanciers.

Après quelques observations générales, il conviendra de préciser les cas d'inopposabilité, puis les effets des inopposabilités.

Section I - Observations générales

2. Les inopposabilités sont assurément fondées sur l'idée de fraude mais aussi sur celle de rupture injustifiée de l'égalité entre les créanciers. Des observations

sommaires paraissent utiles sur l'évolution historique des inopposabilités, les rapports avec l'action paulienne et la vérification des créances ainsi que l'étendue de la période suspecte et les conditions d'exercice de l'action en inopposabilité.

§I - Évolution historique

3. L'évolution historique a été contrastée (*Voy. sur ces aspects, entre autres, Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, LGDJ, tome 2, 16^e éd., par P. Delebecque et M. Germain, n° 3108*). Elle part de l'idée que du jour de la cessation des paiements effective à celui de la décision d'ouverture, les actes accomplis par le débiteur sont suspects de fraude du débiteur avec la complicité du créancier concerné. C'est pourquoi le Code de commerce français de 1807, de façon radicale, déclarait tous les actes accomplis pendant cette période nuls sans distinction. Mais ce faisant, l'on causait un préjudice grave aux créanciers de bonne foi, c'est-à-dire qui avaient ignoré la cessation des paiements du débiteur. Tenant compte de ces créanciers, la loi de 1838 institua un système nuancé de nullités destiné à protéger les créanciers de la faillite sans sacrifier les créanciers antérieurs de bonne foi.

Analysant ce système de nullités, la doctrine du *xx^e* siècle arriva à la conclusion qu'il s'agit en réalité d'inopposabilités à la masse et non de nullités. En effet, la nullité opère *erga omnes* tandis que l'inopposabilité est relative. L'inopposabilité se dit d'un acte dont la validité en tant que telle n'est pas contestée mais dont les tiers peuvent écarter les effets. Dans ce sens, l'acte inopposable est valable à l'égard de tous et particulièrement du débiteur, mais la masse est fondée à l'ignorer.

Le décret du 20 mai 1955 a recueilli ces analyses doctrinales et a ainsi remplacé le terme de nullité par celui d'inopposabilité. C'est dans le prolongement de ce courant que se situent les dispositions de l'AUPCAP qui font état d'« actes inopposables à la masse » (art. 67 à 71). Ce sont ces dispositions qui feront l'objet de développement. Le droit positif français en diffère puisque la loi du 25 janvier 1985 fait à nouveau état non pas d'inopposabilités mais de nullités, ce qui, a priori, peut sembler excessif. Les raisons principales sont à rechercher dans l'abandon de la notion de masse - on ne voit donc plus par rapport à qui les actes seraient inopposables - et surtout dans la volonté de favoriser le redressement de l'entreprise : ainsi les biens ou valeurs recueillis des actions en nullité réintègrent le patrimoine du débiteur pour être utilisés, par priorité, en vue de la continuation de l'exploitation et du redressement de l'entreprise (*Ripert et Roblot, par P. Delebecque et M. Germain, op. cit., n° 3108*).

Les inopposabilités de la période suspecte reposant en partie sur l'idée de fraude, il peut être intéressant de les comparer à l'action paulienne et la vérification des créances.

§II - Rapports avec l'action paulienne et Vérification des créances

4. Il est indéniable que des ressemblances ou des similitudes existent entre l'action en inopposabilité et l'action paulienne prévue par l'article 1167 du Code civil en faveur des créanciers. Toutes deux tendent à réprimer une fraude commise par le débiteur, ce qui explique que certains auteurs parlent d'action paulienne renforcée pour désigner l'action en inopposabilité. Toutes les deux actions ont des effets relatifs. Ainsi, par exemple, par l'action paulienne, on obtient l'annulation de l'acte mais uniquement pour la partie plaignante et dans la mesure de ses droits.

Il convient toutefois de préciser que l'action paulienne concerne les fraudes prouvées tandis que l'action en inopposabilité peut concerner des fraudes simplement présumées ou supposées ; il se peut même qu'il n'y ait pas de fraude en tant que telle parce que cette dernière action vise également le rétablissement de l'égalité entre les créanciers. De plus, l'action paulienne peut concerner des actes accomplis bien avant la période suspecte. D'ailleurs, la limitation légale de la durée maximale de la période suspecte lui confère en pratique un intérêt accru dans le cadre des procédures collectives.

Il reste à tenter de préciser les rapports entre les inopposabilités de la période suspecte et la procédure de vérification des créances. Tandis que certains auteurs considèrent les inopposabilités comme une conséquence de la vérification des créances (*Yves Guyon, Droit des affaires, tome 2 : Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire - Faillite, Economica, 9^e éd., 2003, n° 1314*), d'autres n'établissent aucun lien entre elles (*Ripert et Roblot, par P. Delebecque et M. Germain, op. cit., n° 3002 à 3025 et n° 3081 à 3106 et Jeantin M., op. cit., n° 788. Pour cet auteur, les deux questions relèvent de volets différents : la connaissance du passif de l'entreprise en ce qui concerne la déclaration et la vérification des créances ; la reconstitution de son actif en ce qui concerne les nullités (ou inopposabilités) de la période suspecte*). A priori, l'on peut pencher en faveur de l'absence de lien même si elles tendent toutes les deux à protéger les créanciers dans la masse d'une part en sanctionnant ou en évitant les fraudes, d'autre part en rétablissant l'égalité entre les créanciers ou en évitant sa rupture. Il est vrai que les périodes au cours desquelles elles interviennent se chevauchent : la vérification a lieu au fur et à mesure des productions, c'est-à-dire qu'elle pourrait être achevée dans les trente ou soixante jours suivant la deuxième insertion de la décision d'ouverture dans un journal d'annonces légales. Mais il faut considérer qu'elle se poursuit jusqu'au dépôt de l'arrêté de l'état des créances et même au-delà en cas de contestation à trancher par une juridiction. L'action en inopposabilité, quant à elle, ne peut plus être exercée après le dépôt de l'arrêté de l'état des créances.

C'est surtout au niveau des mécanismes que l'on constate l'absence de lien entre l'action en inoppo-

sabilité et la procédure de vérification des créances. D'une part, la plupart des créanciers concernés par l'inopposabilité n'auront pas besoin de produire leurs créances et de les faire vérifier tant que l'inopposabilité n'est pas prononcée parce qu'ils sont satisfaits : il en est ainsi des donataires, du cocontractant dans un contrat commutatif déséquilibré qui a reçu paiement et des bénéficiaires de paiements pour dettes non échues ou de paiements opérés par des procédés anormaux. Il ne reste donc que les bénéficiaires de sûretés qui doivent produire. L'on ne peut donc pas considérer de ce fait que les inopposabilités d'une façon générale sont la conséquence de la vérification des créances. D'autre part, la vérification aboutit, dans le pire des cas, au rejet pur et simple de la créance sans qu'il soit nécessaire pour le syndic d'introduire une action en inopposabilité. C'est bien, au contraire, au créancier qui conteste le rejet total ou partiel de sa créance ou le rejet de la sûreté dont elle est affectée d'introduire une action en justice afin d'obtenir la reconnaissance de son droit. De ce point de vue, le syndic et le juge-commissaire sont, dans la procédure de vérification, dans une situation comparable à celle de l'administration dans le recours pour excès de pouvoir où ce n'est jamais l'administration qui saisit la juridiction administrative compétente.

Il convient maintenant de préciser l'étendue de la période suspecte qui limite dans le temps les actes pouvant être atteints par l'inopposabilité et les conditions d'exercice de l'action.

§III - Étendue de la période suspecte et Conditions d'exercice de l'action

5. La période suspecte s'étend du jour de la cessation des paiements - ou dans certains cas des six mois qui l'ont précédée - à celui du jugement d'ouverture ou jugement déclaratif. En réalité, en droit judiciaire privé, ce jugement est constitutif du fait qu'il crée une situation nouvelle. La date fixée par le jugement d'ouverture est toujours susceptible d'être modifiée jusqu'à l'expiration du délai de quinze (15) jours suivant le dépôt de l'arrêté définitif de l'état des créances. Ainsi, aucune demande tendant à faire fixer la date de cessation des paiements à une autre date que celle fixée par la décision d'ouverture ou une décision postérieure n'est recevable après l'expiration du délai d'opposition prévu à l'article 88 contre l'arrêté de l'état des créances. À partir de ce jour, la date de la cessation des paiements demeure irrévocablement fixée (art. 34, al. 4 AUPCAP).

L'intérêt de fixer avec soin le début de la période suspecte et donc de la cessation des paiements est de permettre de frapper d'inopposabilité les actes irréguliers, anormaux ou favorisant un créancier au détriment des autres mais avec le risque de créer une insécurité juridique prononcée pour les personnes traitant avec des entreprises en difficulté.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme, les

législations des États de l'espace OHADA ne comportaient pas, pour la plupart, de fixation d'une durée maximale pour la période suspecte. En pratique, l'on rencontrait des décisions fixant des périodes suspectes très courtes, voire dérisoires, et même admettant l'absence de fixation de période suspecte alors que les faits de l'espèce conduisaient à penser que la cessation des paiements a cours depuis un certain temps. Cette dernière pratique était plus ou moins encouragée par le Code de commerce. L'Acte uniforme se contente de reprendre en substance cette disposition du Code de commerce en prévoyant que « la juridiction compétence doit fixer provisoirement la date de cessation des paiements, faute de quoi celle-ci est réputée avoir lieu à la date de la décision qui la constate » (art. 34, al. 1^{er}).

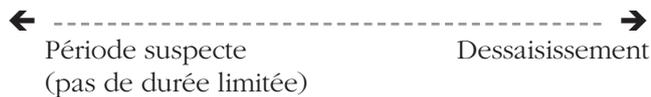
À l'opposé, l'on a pu rencontrer des périodes suspectes extrêmement longues. À titre d'exemple, le jugement n° 68 rendu le 15 février 1984 par le Tribunal de première instance de Ouagadougou (Banque Internationale des Voltas contre René Toutut), qui ouvre une procédure de faillite, fixe provisoirement (ce qui signifie que la date ainsi arrêtée peut faire l'objet d'un report à une époque encore plus éloignée) la date de la cessation des paiements au 2 avril 1981, soit un peu moins de trois ans par rapport au jugement d'ouverture. (*Voy. sur ces pratiques de fixation de périodes suspectes d'une durée insignifiante ou trop longue : F. M. Sawadogo, L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, op. cit., p. 203 à 205 et Traoré O. Maïmouna, L'application des procédures collectives par les juridictions burkinabè, Mémoire de maîtrise, Faculté de Droit et de Science Politique, 1991-1992, p. 19 à 23*). (*Voy. pour des cas plus récents : - le jugement n° 237 du 8 juin 2005 du Tribunal de commerce de Bamako, Mali, qui, de manière apparemment correcte, ouvre une procédure de liquidation des biens sur requête du débiteur mais qui fixe la date de cessation des paiements au 18 novembre 2003, ce qui fait au total 18 mois et 21 jours ; - le Tribunal régional hors classe de Niamey, jugement n° 544 du 7 déc. 2005 qui, prononçant une procédure principale de liquidation des biens contre la compagnie Air Afrique (dont la liquidation des biens avait déjà été prononcée par le TPI d'Abidjan en 2002), retient comme date de cessation des paiements le 2 janvier 2001, date résultant du jugement rendu le 25 avril 2002 par le TPI d'Abidjan, ce qui fait près de 5 ans par rapport à son propre jugement*).

L'absence de fixation d'une durée maximale peut être préjudiciable pour certains créanciers antérieurs de bonne foi. Elle crée, en tout cas, une insécurité juridique certaine. C'est pourquoi la loi française du 13 juillet 1967, conservée sur ce point par les réformes ultérieures, décide expressément que la date de la cessation des paiements ne peut être antérieure de plus de dix-huit mois (18) au jugement qui ouvre la procédure collective. L'Acte uniforme a, de manière opportune, purement et simplement repris cette disposition (art. 34, al. 2 AUPCAP). En Belgique où le législateur est allé

plus loin, cette période est au maximum de six mois (art. 442 du Code de commerce belge).

Schématiquement, la situation peut être présentée comme dans les graphiques ci-dessous :

Jugement d'ouverture



Situation avec le Code de commerce

18 mois jugement d'ouverture



Situation de la France depuis 1967 et de l'OHADA avec l'Acte uniforme

6. S'agissant des conditions d'exercice de l'action, l'on note que l'action en inopposabilité relève de la compétence de la juridiction ayant ouvert la procédure, qui a reçu une fonction de centralisation des contestations. Seul le syndic peut exercer l'action en inopposabilité au nom et dans l'intérêt de la masse. Sous l'empire du Code de commerce, les créanciers pouvaient l'exercer directement et les tiers par la voie de la tierce-opposition. La loi française du 25 janvier 1985 dispose que les actions en nullité sont exercées exclusivement par l'administrateur, par le représentant des créanciers, par le liquidateur ou par le commissaire à l'exécution du plan (art. 110).

Selon l'Acte uniforme, l'action peut être exercée jusqu'au dépôt de l'arrêté des créances (art. 34 et 70). En France, il n'y a plus de délai mais l'action devient irrecevable lorsque la créance issue de l'acte attaqué est définitivement admise.

Les observations générales ont permis de dégrossir les inopposabilités de la période suspecte. Néanmoins, il demeure nécessaire d'étudier les cas d'inopposabilité retenus par l'Acte uniforme.

Section II - Cas d'inopposabilité

7. Traditionnellement et en partant des expressions utilisées par l'Acte uniforme, à savoir « sont inoppo-

sables de droit » (art. 68) et « peuvent être déclarés inopposables » (art. 69), l'on distingue deux catégories d'inopposabilités : les inopposabilités de droit et les inopposabilités facultatives.

§I - Inopposabilités de droit

8. Les inopposabilités de droit sont prévues à l'article 68 de l'Acte uniforme. Il y a inopposabilité de droit lorsque la juridiction compétente est tenue de prononcer la révocation, ou précisément l'inopposabilité, de l'acte dès lors qu'elle constate la réunion des conditions légales. L'inopposabilité de droit n'est donc pas une inopposabilité de plein droit qui se produirait sans jugement. Bien entendu, l'acte doit avoir été accompli pendant la période suspecte.

Du point de vue de leur nature, l'Acte uniforme frappe d'inopposabilité six genres d'actes dont quatre figuraient déjà dans le Code de commerce. Ce sont : les transmissions à titre gratuit, les contrats commutatifs déséquilibrés, les paiements de dettes non échues, les paiements de dettes échues par des procédés anormaux, les sûretés réelles constituées pour la garantie d'une dette antérieure et l'inscription de sûretés judiciaires conservatoires.

A - Transmissions à titre gratuit

9. L'article 68, 1^o, vise « tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ». Le fondement de cette inopposabilité paraît évident : il est anormal que le débiteur, incapable de payer ses dettes, fasse des libéralités alors que les bénéficiaires de libéralités sont moins à protéger que les créanciers. Bien que le texte ne le précise pas, il est certain qu'il ne s'agit que des donations car les libéralités pour cause de mort (les legs) n'ont d'effet qu'au décès du gratifiant et les créanciers viennent toujours avant les légataires, comme d'ailleurs avant les héritiers dans les successions *ab intestat* que le terme « actes » exclut déjà puisque par définition il n'y a pas d'acte.

Mais il s'agit de toutes les donations qu'elles soient directes ou indirectes, avec ou sans écrit (donations manuelles), ostensibles (ou apparentes) ou simulées (ou déguisées). À ce titre, les remises de dettes et les cautionnements fournis sans contrepartie tombent sous le coup de l'inopposabilité. La preuve de l'intention libérale peut être apportée par tous moyens.

Le terme de propriété doit être entendu dans son sens le plus large et inclure les cessions de valeurs mobilières, les cessions de créances et, semble-t-il, les cessions de droits réels autres que le droit de propriété.

Des difficultés sont apparues, surtout en France, relativement à la constitution de dot et aux primes d'assurance sur la vie. Afin de faire échapper les biens dotaux à l'inopposabilité de droit qui semblait logique-

ment les toucher, la constitution de dot était considérée, de manière artificielle, comme un acte à titre onéreux :

- en ce qui concerne l'enfant doté parce que la dot est destinée à lui permettre de subvenir aux charges du mariage et que cette affectation enlevait à l'acte son caractère gratuit ;
- pour le conjoint de l'enfant doté parce qu'il serait sous-acquéreur échappant à l'inopposabilité tant qu'il n'est pas prouvé qu'il a eu connaissance de la cessation des paiements du gratifiant au moment de la constitution de la dot.

Fort heureusement, la loi française du 13 juillet 1967 a renversé cette jurisprudence en classant expressément les constitutions de dot parmi les actes à titre gratuit inopposables de droit à la masse. Du reste, ce problème ne se pose pas en Afrique ou se pose dans des termes différents puisque c'est le futur époux qui fait des libéralités importantes ou symboliques aux parents de sa future épouse afin d'obtenir sa main. Il paraît encore plus artificiel ici de soutenir qu'il s'agit d'un acte à titre onéreux.

La jurisprudence française a manifesté une grande indulgence à l'égard des primes d'assurance sur la vie contractée au profit d'un tiers, en général un membre de la famille. En effet, de telles primes sont considérées comme une dépense normale et non comme une libéralité, sauf lorsqu'elles ont été manifestement exagérées par rapport aux facultés normales de l'assuré. Dans ce cas, le syndic pourrait seulement réclamer le remboursement des primes payées pendant la période suspecte. La loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance, qui avait été étendue aux colonies, prévoit dans ce cas qu'il n'y a ni réduction ni rapport des primes d'assurance sur la vie.

Voy. le texte des articles 68 et 69 de la loi du 13 juillet 1930, qui sont particulièrement éclairants à cet égard :

« Article 68 : Les sommes payables au décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ne sont soumises ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers de l'assuré.

Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par l'assuré à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés ».

« Article 69 : Le capital assuré au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peut être réclaté par les créanciers de l'assuré. Ces derniers ont seulement droit au remboursement des primes dans le cas indiqué par l'article 68, 2^e alinéa ci-dessus, en vertu, soit de l'article 1167 du Code civil, soit des articles 446 et 447 du Code de commerce ».

Quant au capital assuré au profit du tiers bénéficiaire, il ne peut pas être réclaté par les créanciers de l'assuré car « ce capital n'a jamais fait partie du patrimoine de leur débiteur et n'a donc pu créer ou accroître son insolvabilité » (Voy. le texte des articles 68 et 69 de la loi du 13 juillet 1930, qui sont particulièrement éclairants à cet égard : « Article 68 : Les sommes payables au décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ne sont soumises

ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers de l'assuré.

Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par l'assuré à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés ».

« Article 69 : Le capital assuré au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peut être réclaté par les créanciers de l'assuré. Ces derniers ont seulement droit au remboursement des primes dans le cas indiqué par l'article 68, 2^e alinéa ci-dessus, en vertu, soit de l'article 1167 du Code civil, soit des articles 446 et 447 du Code de commerce ». Le Code CIMA, applicable dans la plupart des États parties au Traité de l'OHADA, favorable au développement de l'assurance, reprend en substance les règles classiques de la loi de 1930.

L'article 71 du Code CIMA, intitulé « Droit propre du bénéficiaire », est ainsi libellé : « Le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré. Le bénéficiaire, quelles que soient la forme et la date de sa désignation, est réputé y avoir eu seul droit à partir du jour du contrat, même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré ». C'est une reprise de l'article 69 de la loi de 1930

La CIMA est la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances, créée par le Traité instituant une organisation intégrée de l'industrie des assurances dans les États africains, signé à Yaoundé le 10 juillet 1992. L'article 3 du Traité prévoit que le Code des assurances figurant à l'annexe I du Traité définit la législation unique des assurances.

B - Contrats commutatifs déséquilibrés

10. L'article 68, 2^o, vise « tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ». *A priori*, il peut paraître dangereux de permettre la remise en cause des engagements contractuels sur la base d'un simple déséquilibre des prestations ou des obligations, c'est-à-dire sur le fondement de la lésion alors que la lésion n'est pas un vice du consentement qui permettrait d'annuler ou de remettre en cause les contrats. En effet, la lésion n'est admise qu'à titre d'exception, par exemple au profit du vendeur d'immeuble ou dans les partages. L'Acte uniforme a fait prévaloir l'objectif de lutte contre les fraudes et de rétablissement de l'égalité entre les créanciers antérieurs sur la sécurité juridique et la stabilité contractuelle. D'ailleurs, les conditions de cette inopposabilité tendent à en limiter les inconvénients.

D'abord, l'inopposabilité ne concerne que les contrats commutatifs où les prestations des parties sont censées être de valeur équivalente et non les contrats aléatoires. Mais seuls échappent à l'inopposabilité les contrats véritablement aléatoires, c'est-à-dire comportant un aléa

réel qui rend impossible l'appréciation de l'équivalence des prestations promises. Par exemple, la vente avec constitution de rente viagère n'est pas aléatoire lorsque le montant des arrérages de la rente est au plus égal au revenu de l'immeuble vendu. (*Voy. dans ce sens Cass. fr., req., 29 décembre 1930, D. H., 1931, 53 ; 5 février 1964, Gaz. Pal., 1964. 2. 93*).

Ensuite, il faut un déséquilibre prononcé, voire même une donation déguisée. En effet, les obligations du débiteur doivent excéder notablement celles de l'autre partie. Il ne s'agit donc pas d'un banal déséquilibre que l'on pourrait retrouver dans tout contrat. Il revient aux juges du fond de retenir et de caractériser souverainement ce déséquilibre. Dans le cas d'une donation déguisée où l'existence de l'intention libérale serait prouvée par le syndic, preuve qui généralement sera difficile à faire, c'est l'article 68, 1^o, qui doit recevoir application.

Enfin, tout comme en matière de lésion dans le droit commun, le déséquilibre notable doit être apprécié en se plaçant au jour de la conclusion du contrat. Autrement, on risquerait de remettre en cause des contrats ne comportant pas de déséquilibre notable à leur conclusion mais que des circonstances ultérieures ont rendu déséquilibré.

C - Paiements de dettes non échues

11. L'Acte uniforme vise à son article 68, 3^o, « tout paiement, quel qu'en soit le mode, de dettes non échues, sauf s'il s'agit du paiement d'un effet de commerce ». Cette inopposabilité s'explique aisément : il n'est pas normal que le débiteur, incapable de faire face à ses dettes échues, autrement dit exigibles, choisisse de payer les dettes non échues, autrement dit non exigibles. Il y a là une manifestation concrète de la volonté de favoriser certains créanciers et donc de rompre l'égalité entre les créanciers.

L'inopposabilité frappe tous les paiements de dettes non échues intervenus pendant la période suspecte. Peu importe que l'échéance prévue soit antérieure ou postérieure au jugement d'ouverture. Peu importe également le mode de paiement : le Code de commerce visait les paiements faits soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement. La formule finale enlevait tout intérêt à la citation qui a disparu dans les lois françaises de 1967 et de 1985 ainsi que dans l'Acte uniforme.

Finalement, cette inopposabilité a un domaine vaste. Les seules exceptions concernent :

- d'une part, et de manière expresse, le paiement d'un effet de commerce (lettre de change, billet à ordre principalement, mais probablement le chèque également) en raison de la rigueur du droit cambiaire ; mais l'action en rapport au titre des inopposabilités facultatives permet de neutraliser l'avantage que l'on en aurait tiré ;
- d'autre part, et de manière probable, la remise de fonds ou d'effets de commerce en compte courant en raison de l'indivisibilité du compte.

D - Paiements de dettes échues par des procédés anormaux

12. L'Acte uniforme vise, dans une formule longue qui veut en faciliter l'interprétation, « tout paiement de dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effet de commerce, virement, prélèvement, carte de paiement ou de crédit ou compensation légale, judiciaire ou conventionnelle de dettes ayant un lien de connexité entre elles ou tout autre mode normal de paiement » (art. 68, 4^o).

Le fondement de cette inopposabilité est également la suspicion de fraude et la volonté de rupture de l'égalité entre les créanciers : il ne paraît pas normal que le créancier, dans l'incapacité de payer ses créanciers par des modes normaux et habituels, recoure à des procédés anormaux pour désintéresser certains créanciers qui, ainsi, se trouvent favorisés.

Littéralement, pour éviter d'être attaqué par la voie de l'inopposabilité de droit, tout paiement doit être fait par les moyens cités : non seulement en espèces (monnaie fiduciaire, monnaie scripturale, monnaie divisionnaire), mais également par l'utilisation de la monnaie dite électronique (carte de paiement ou de crédit), par virement, prélèvement, ou par compensation sous certaines conditions tenant à l'existence d'un lien de connexité entre les créances ou dettes réciproques.

Il convient de souligner que le paiement a un sens plus large en droit que la remise d'une somme d'argent au créancier : payer c'est exécuter ou remettre l'objet de l'obligation. Tout dépend donc de l'objet de l'obligation. Si c'est un bien, un corps certain, son transfert ou sa livraison ne peut être attaqué au titre des inopposabilités de droit.

Sont généralement considérés comme procédés anormaux de paiement la cession de créance, la délégation parfaite ou imparfaite, la dation en paiement (*Cass. fr., req., 29 décembre 1930, D. H., 1931, 53 ; 5 février 1964, Gaz. Pal., 1964. 2. 93*) et la compensation conventionnelle.

Pour ce qui est des autres modes de paiement, l'on note que la jurisprudence française a considéré que le paiement par virement était anormal et cela jusqu'à l'intervention de la loi du 13 juillet 1967 qui a expressément décidé que les paiements par virement sont normaux. Comme les modes ou instruments ou procédés de paiements évoluent rapidement, l'Acte uniforme a prudemment admis comme réguliers non seulement ceux qu'ils citent mais également « tout autre mode normal de paiement ». Ce faisant, il s'inspire de la loi française de 1985 qui considère comme normal «... tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires » (art. L. 107, 4^o *in fine*).

E - Sûretés réelles constituées pour la garantie d'une dette antérieure

13. L'Acte uniforme (art. 68, 5^o) vise « toute hypo-

thèque conventionnelle ou nantissement conventionnel, toute constitution de gage, consentie sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ». Cette inopposabilité ne s'applique pas lorsque la sûreté est antérieure ou concomitante à la dette.

Lorsque la sûreté est postérieure à la dette, elle dénote une volonté de rompre l'égalité entre les créanciers, qui s'explique de la manière suivante : le créancier concerné, conscient des difficultés du débiteur, réclame et obtient une sûreté ; ou bien le débiteur, pour éviter une poursuite en paiement, qui peut-être révélera la cessation de ses paiements, propose une sûreté au créancier qui l'accepte.

Seules les sûretés conventionnelles sont concernées, ce qui met à l'abri les sûretés légales (privilèges, hypothèques légales ou judiciaires, droit de rétention). Relativement à cette inopposabilité, le problème essentiel qui s'est posé a concerné le compte courant en raison de l'indivisibilité qui lie les opérations du compte. En l'absence de jurisprudence africaine connue, l'on relèvera, à titre de droit comparé, que la jurisprudence française a évolué comme suit :

- dans un premier temps, en se fondant sur le principe de l'indivisibilité d'après lequel il n'y a ni créance ni dette tant que le compte n'est pas clos, elle décidait que les sûretés étaient toujours opposables à la masse même si au moment de leur constitution, le solde était déjà débiteur pour le constituant, donc pour le banquier ;
- dans un second temps, elle retenait l'inopposabilité si au moment de la constitution le solde provisoire était débiteur pour un montant égal ou supérieur à celui de la sûreté, puisqu'alors la sûreté est constituée pour ce solde débiteur.

Actuellement, la jurisprudence française semble opérer la distinction suivante :

- si le solde définitif du compte courant est supérieur au solde provisoire, la sûreté est valable parce que consentie pour des avances postérieures à sa constitution ;
- si le solde définitif est inférieur, la sûreté est inopposable s'il n'y a eu aucune avance nouvelle de la part du banquier.

Dans les deux cas, lorsqu'il y a eu fraude ou artifice, la sûreté est inopposable. Il peut s'avérer nécessaire de recourir à des expertises pour connaître la réalité du fonctionnement du compte courant. (*Voy. sur cette question telle qu'elle se pose en France : J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, Droit bancaire, Précis Dalloz, 6^e éd., 1995, n^{os} 273 et 274. Les auteurs approuvent le nouveau principe tout en reconnaissant ses difficultés d'application*).

F - Inscription de sûretés judiciaires conservatoires

14. Ce cas d'inopposabilité vise précisément « toute

inscription provisoire d'hypothèque judiciaire conservatoire ou de nantissement judiciaire conservatoire » (art. 68, 6^o).

Il faut recourir à l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés pour connaître ces sûretés conservatoires. L'hypothèque judiciaire conservatoire, régie par les articles 136 à 144 de l'Acte uniforme sur les sûretés, est celle qui fait principalement l'objet d'une réglementation. Comme sa qualification le suggère, elle est conférée en justice pour la garantie d'une créance non assortie d'un titre exécutoire à la condition pour le créancier de délivrer une assignation en vue de l'instance en validité ou de l'instance au fond en même temps qu'il notifie la décision ordonnant l'hypothèque judiciaire. La procédure débute par une requête du créancier au pied de laquelle sera prise l'ordonnance autorisant la prise d'une hypothèque. Le créancier a l'obligation d'assigner le débiteur dans un délai fixé par le juge pour le voir condamné à payer la créance et pour que le juge valide l'hypothèque. Si la créance est reconnue par le juge du fond, l'hypothèque devient définitive ; elle doit être inscrite dans les six mois de la décision définitive ; si tel est le cas, elle rétroagit au jour de l'inscription provisoire (*J. Issa-Sayegh, Note concernant les articles 136 à 144 relatifs aux hypothèques forcées judiciaires, in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 1999, p. 685*). Faute d'inscription définitive dans les six mois, ou si la créance n'est pas reconnue par une décision passée en force de chose jugée, la première inscription devient rétroactivement sans effet et sa radiation peut être demandée par toute personne intéressée, aux frais de l'inscrivant, à la juridiction qui a autorisé ladite inscription (art. 144, al. 3).

C'est à cette réglementation des hypothèques judiciaires conservatoires (art. 136 à 144 AUS) que renvoient les articles 66 et 71 concernant respectivement d'une part le nantissement des droits d'associés et de valeurs mobilières, d'autre part le nantissement du fonds de commerce.

Afin de délimiter la portée de cette inopposabilité, il faut souligner qu'il résulte de l'Acte uniforme que l'inscription est provisoire pendant une première étape et définitive pendant une seconde période. Lorsqu'elle devient définitive, rien n'autorise à lui faire subir un traitement différent, à savoir l'inopposabilité de droit. Par conséquent, celle-ci se limite à l'inscription provisoire (donc non encore définitive). Ainsi circonscrite, l'inopposabilité paraît justifiée puisque l'inscription provisoire permet à des créanciers dont les droits ne sont même pas encore judiciairement reconnus de s'octroyer une sûreté garantissant leur paiement.

Les inopposabilités de droit ci-dessus étudiées sont probablement celles qui visent les cas les plus graves et qui ont le plus de chance d'être retenus par la juridiction compétente. Cependant, elles ne sont pas les seules : d'autres inopposabilités existent qui sont dites facultatives.

§II - Inopposabilités facultatives

15. Les inopposabilités facultatives se caractérisent par le fait que, même si les conditions sont réunies, le juge dispose d'un pouvoir souverain pour prononcer ou refuser de prononcer l'inopposabilité mais le jugement doit permettre à la juridiction de cassation de vérifier si le juge a fait usage de son pouvoir (*Cour de cass. fr., Com., 12 mai 1959, Dalloz 1959, 418*). Il y a donc une certaine souplesse par rapport à la rigidité qui caractérise les inopposabilités de droit.

De l'article 69 qui les régit, on peut déduire l'existence de conditions générales et il apparaît que de nombreux actes sont visés.

A - Conditions générales

16. Trois conditions doivent être réunies pour que l'on puisse invoquer utilement les inopposabilités facultatives.

D'abord, l'acte doit être accompli pendant la période suspecte. Cette première condition n'est pas vraiment spécifique puisqu'elle existe également pour les inopposabilités de droit. La particularité vient de ce que, pour les actes à titre gratuit, l'inopposabilité facultative permet d'atteindre même des actes qui ont été accomplis six mois avant la cessation des paiements, c'est-à-dire six mois avant le début de la période suspecte.

Ensuite, celui qui a traité avec le débiteur doit avoir eu connaissance de la cessation des paiements au moment où l'acte a été passé. On peut rapprocher cette condition de la connaissance de l'état d'insolvabilité exigée pour l'action paulienne, qui est appelée la mauvaise foi du tiers. Traditionnellement, on parlait aussi dans les procédures collectives d'exigence de la mauvaise foi du tiers. Avec l'Acte uniforme, la mauvaise foi, si mauvaise foi il y a, se résume dans la connaissance d'un fait, à savoir la cessation des paiements du débiteur. La connaissance doit exister au moment même où l'acte est passé. Elle doit être précise et personnelle à celui qui a traité avec le débiteur. Tel est par exemple le cas lorsque le tiers avait assigné le débiteur en vue de l'ouverture d'une procédure collective qui constituerait l'objet principal de l'assignation et non un moyen subsidiaire utilisé pour faire pression sur le débiteur afin d'obtenir paiement (*Ripert et Roblot, op. cit., n° 3134*). La connaissance du mandataire vaut pour le mandant. Du reste, c'est le syndic qui doit rapporter par tous moyens la preuve de la connaissance de la cessation des paiements par le tiers.

Enfin, l'acte du débiteur doit avoir causé un préjudice à la masse des créanciers. Cette condition résulte expressément de l'article 69. Elle est une application de la règle générale : pas d'intérêt, pas d'action. Par exemple, il n'y a pas d'intérêt à remettre en cause un paiement fait par le débiteur à un créancier privilégié qui de toute façon aurait été intégralement payé avant les autres dans la liquidation. Il en est de même si le

débiteur a vendu un bien à un prix avantageux et si le prix encore dû peut être aisément encaissé par le syndic. En France, l'article 108 de la loi de 1985 ne mentionne plus l'exigence d'un préjudice, peut-être parce qu'il n'y a plus de masse. La jurisprudence adopte une position conséquente : pour elle, « les juges du fond ne sont pas tenus de constater l'existence du préjudice subi par le débiteur ou ses créanciers » (*C. cass. fr., com., 16 février 1993, J.C.P., 1993, éd. E, 1, 277, n° 9, obs. M.C. et P.P. ; 24 octobre 1995, Dalloz 1996, 86, note Derrida*).

En supposant réunies les conditions ci-dessus, il faut se demander à quels actes s'appliquent les inopposabilités facultatives.

B - Actes visés

17. Ils sont de deux catégories : d'une part tous les actes qui échappent aux inopposabilités de droit, d'autre part l'action en rapport qui peut être exercée en cas de paiement d'effets de commerce.

Au titre de la première catégorie d'actes, peuvent être frappés d'inopposabilité facultative :

- les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière, faits dans les six mois précédant la période suspecte ; si les actes sont faits dans la période suspecte, on se trouverait dans les inopposabilités de droit ; l'on notera que la connaissance de la cessation des paiements du débiteur de la part du bénéficiaire n'est pas exigée mais il est certain, comme il s'agit d'une inopposabilité facultative, que la preuve d'une telle connaissance conduira plus sûrement au prononcé de l'inopposabilité ; par ailleurs, l'on assiste ici à l'allongement exceptionnel du délai pendant lequel les actes accomplis peuvent être attaqués, délai qui passe ainsi de dix-huit à vingt-quatre mois ;
- les inscriptions de sûretés réelles mobilières ou immobilières, consenties ou obtenues pour des dettes concomitantes, lorsque leur bénéficiaire a eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur ; de telles sûretés sont normales si l'on raisonne par rapport aux inopposabilités de droit ; ce qui les incrimine, c'est la connaissance qu'avait le bénéficiaire de la cessation des paiements au moment où la sûreté est sollicitée ou consentie ;
- les actes à titre onéreux si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur au moment de leur conclusion ; les actes à titre onéreux sont extrêmement nombreux et divers ; la limitation de la portée de l'inopposabilité ne peut provenir que de l'exigence de la connaissance de la cessation des paiements et du préjudice que l'acte doit causer à la masse ;
- les paiements volontaires des dettes échues si ceux qui les ont perçus ont eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur au moment des paiements ; *a priori*, ces paiements sont réguliers puisque faits par des procédés normaux et pour des

dettes échues ; outre l'exigence de la connaissance de la cessation des paiements par celui qui a reçu paiement au moment du paiement, l'inopposabilité facultative ne concerne que les seuls paiements volontaires, ce qui semble exclure les paiements effectués en exécution d'une décision de justice.

S'agissant de l'action en rapport, elle est rendue nécessaire pour les raisons suivantes : traditionnellement, les paiements faits par effet de commerce (lettre de change, billet à ordre) ou par chèque ne sont pas concernés par l'inopposabilité. D'une part, en effet, il est fait obligation au porteur de présenter le titre en paiement même s'il connaît la cessation des paiements. D'autre part, il ne faut pas donner au tiré un prétexte pour éviter le paiement, ce qui affaiblirait la garantie qu'offre le mécanisme cambiaire et nuirait à la circulation du titre. Cependant, il n'est pas juste que l'emploi d'un effet de commerce permette à un créancier, en tirant une traite qu'il ferait accepter par le débiteur, de se procurer un paiement qu'il ne pourrait recevoir directement. Or, il n'est pas permis de faire indirectement ce qu'il est interdit de faire directement. L'Acte uniforme ne remet pas en cause le paiement fait au porteur diligent d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque, qui est opposable à la masse. Cependant, une action en rapport est recevable dans les cas suivants contre :

- le tireur ou le donneur d'ordre, en cas de tirage pour compte, qui a eu connaissance de la cessation des paiements du tiré soit au moment du tirage, soit au moment du paiement de la lettre de change à lui fait par le tiré ;
- le bénéficiaire du billet à ordre qui a eu connaissance de la cessation des paiements du souscripteur soit au moment de l'endossement de l'effet par lui, soit au moment du paiement à lui fait par le souscripteur ;
- le tireur d'un chèque qui a eu connaissance de la cessation des paiements du tiré au moment de l'émission du chèque ;
- le bénéficiaire d'un chèque qui a eu connaissance de la cessation des paiements du tireur au moment de l'émission du chèque ;
- le bénéficiaire d'un chèque qui a eu connaissance de la cessation des paiements du tiré soit au moment de l'émission, soit au moment du paiement du chèque.

Les cas d'inopposabilité, qu'il s'agisse d'inopposabilités de droit ou d'inopposabilités facultatives, sont finalement assez variés. Il reste à préciser leurs effets.

Section III - Effets des inopposabilités

18. Dans la plupart des cas, les inopposabilités de la période suspecte produisent des effets que l'on peut considérer comme étant limités. Il en est autrement

pour les libéralités où les inopposabilités produisent des effets énergiques.

§I - Effets généralement limités

19. Dans la plupart des cas, l'inopposabilité ne va pas invalider totalement la créance, même vis-à-vis de la masse. Le créancier pourra produire à titre chirographaire et participer aux distributions des dividendes avec les autres créanciers dans la masse.

Dans le cas de sûretés consenties pour des dettes antérieurement contractées ou d'inscription provisoire d'une hypothèque judiciaire conservatoire ou d'un nantissement judiciaire conservatoire, le prononcé de l'inopposabilité entraîne que d'une part la masse est colloquée à la place du créancier dont la sûreté est déclarée inopposable, d'autre part le créancier devenu chirographaire doit produire le montant de sa créance.

Concernant le paiement déclaré inopposable, celui-ci doit être rapporté par le créancier qui devra produire au passif du débiteur. Sont ici visés le paiement pour dettes non échues, le paiement de dettes échues opéré par des procédés anormaux, les paiements volontaires de dettes échues qui seraient frappés par l'inopposabilité facultative ainsi que les nombreux cas dans lesquels l'action en rapport à la suite du paiement d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque pourrait aboutir.

Pour le cas du contrat commutatif déséquilibré déclaré inopposable, si celui-ci n'a pas été exécuté, il ne peut plus l'être. S'il a été exécuté, le créancier doit produire au passif seulement pour la juste valeur de la prestation fournie. Si l'on prend l'exemple d'un bien du débiteur qui aurait été vendu à vil prix, le bien étant livré et le prix payé, la formulation de l'Acte uniforme paraît insuffisante. En effet, il faudrait qu'il commence par rapporter le bien avant de produire pour le remboursement du prix. Si le cocontractant a fait payer par le débiteur un prix excessif pour une prestation de service, il doit rapporter le paiement reçu et produire pour la juste valeur de la prestation qu'il a fournie.

Pour les actes à titre onéreux déclarés inopposables, ils sont privés d'effet s'ils n'ont pas été exécutés. S'il s'agit d'une aliénation exécutée, l'acquéreur doit rapporter le bien et produire sa créance ; s'il y a sous-aliénation à titre gratuit, le sous-acquéreur est tenu de restituer le bien sans recours contre la masse ; s'il y a eu sous-aliénation à titre onéreux, le sous-acquéreur est tenu de rapporter le bien et de produire sa créance au passif du débiteur si, au moment de l'acquisition du bien par lui, il avait connaissance du caractère inopposable de l'acte de son auteur. Si le débiteur a reçu tout ou partie de la prestation du cocontractant qui ne peut être restituée en nature, le créancier doit produire sa créance pour la valeur de la prestation.

Pour tous ces cas d'inopposabilité, l'Acte uniforme

aurait dû aborder les hypothèses suivantes pour plus de clarté en ce qui concerne les conséquences à tirer du prononcé d'une inopposabilité :

- aucune des parties n'a encore exécuté sa prestation ;
- le débiteur seul a exécuté sa prestation ;
- le cocontractant seul a exécuté sa prestation ;
- les deux parties ont exécuté chacune sa prestation.

§II - Effets quelquefois énergiques

20. Les effets des inopposabilités sont énergiques lorsqu'il s'agit d'actes à titre gratuit, lesquels sont visés aussi bien au titre des inopposabilités de droit qu'à celui des inopposabilités facultatives. Ainsi, pour les libéralités déclarées inopposables, non seulement le bénéficiaire rend ce qu'il a reçu mais surtout il n'est pas autorisé à produire afin de participer dans la masse aux distributions de dividendes. On estime qu'il n'est pas autant à protéger que les créanciers car il lutte de *lucro captando*, c'est-à-dire pour conserver un gain tandis que les créanciers luttent de *damno vitando*, c'est-à-dire pour éviter une perte.

L'Acte uniforme envisage le cas où il y aurait eu sous-aliénation, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Ainsi, en cas de sous-aliénation à titre gratuit, le sous-acquéreur,

même de bonne foi, est soumis à l'inopposabilité et au rapport du bien ou au paiement de sa valeur à moins que le bien ait disparu de son patrimoine par suite d'un cas de force majeure. Grosso modo, le sous-acquéreur à titre gratuit est traité comme le bénéficiaire direct de la libéralité. En cas de sous-aliénation à titre onéreux, le sous-acquéreur n'est soumis au rapport ou au paiement de sa valeur que si, au moment de l'acquisition du bien par lui, il avait connaissance de la cessation des paiements. Ici s'applique la disposition prévue pour les actes à titre onéreux en matière d'inopposabilités facultatives. En tout état de cause, le bénéficiaire principal de l'acte à titre gratuit reste tenu du paiement de la valeur du bien si le sous-acquéreur ne peut pas ou ne doit pas rapporter le bien.

Finalement, les inopposabilités, obligatoires ou facultatives, produisent, sauf le cas des libéralités, des effets moins énergiques que ne le laissent, *a priori*, entendre les termes d'inopposabilités et, *a fortiori*, de nullités qu'utilisait le Code de commerce. Il en est différemment des nullités de la période suspecte de la loi française du 25 janvier 1985 dont la finalité est de réduire le passif pour favoriser le redressement de l'entreprise ou de libérer le débiteur non fautif pour qu'il puisse entreprendre d'autres activités.

Filiga Michel SAWADOGO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

action en inopposabilité (conditions d'exercice), 6.
action paulienne (rapports), 4.

C

contrats commutatifs déséquilibrés, 10.

E

effets de l'inopposabilité, 18 et s.
- cas général, 19.
- cas des libéralités, 20.
évolution historique, 3.

F

fondements des inopposabilités, 2.

I

inopposabilités de droit, 8 et s.
inopposabilités et nullités, 3.
inopposabilités facultatives, 15 et s.
- - actes visés, 17.
- action en rapport, 17.
- conditions, 16.
inscription de sûretés judiciaires conservatoires, 14.

P

paiements de dettes échues par des procédés anormaux, 12.
paiements de dettes non échues, 10.
période suspecte, 1 et s.
- définition, 1.
- durée, 5

S

sûretés réelles constituées pour la garantie d'une dette antérieure, 13.

T

transmissions à titre gratuit, 9.

U

utilité, 1.

V

vérification des créances (rapports avec), 4.

PERSONNALITÉ MORALE DES SOCIÉTÉS

Table des matières

Introduction n° 1-3

Section I - Reconnaissance de la personne morale n° 4-12

§1 - Théories explicatives de la personnalité morale –

Le débat doctrinal n° 5-9

A - École de la fiction n° 6

B - École de la réalité n° 7

C - Théorie de l'affectation du patrimoine n° 8-9

§2 - Solutions retenues par le droit positif n° 10-12

Section II - Existence de la personnalité morale n° 13-42

§1 - Notion de société en formation et de société constituée non encore immatriculée 14-15

§2 - Régime juridique applicable avant l'immatriculation n° 16

A - Droit applicable dans les rapports internes n° 16-17

B - Rapports avec les tiers n° 18

I - Responsabilité de principe des auteurs directs des actes externes n° 19-20

II - Reprise des actes et engagements souscrits pour le compte de la société en formation n° 21

a - Modalités de reprise n° 21

1 - Automaticité de la reprise

par l'immatriculation n° 22

2 - Reprise par décision postérieure

à l'immatriculation ou la reprise-balai n° 23

b - Conséquences des actes et engagements souscrits au nom de la société en formation n° 24

1 - Conséquences de la reprise par la société immatriculée n° 24

2 - Conséquences d'un refus de reprise par la société n° 25

§3 - Naissance de la personnalité morale, n° 26

A - Acte constitutif n° 27-31

B - Publicité de la constitution : l'opposabilité aux tiers n° 32-42

C - Immatriculation de la société n° 38-42

Section III - Vie de la personne morale n° 43-108

§1 - Individualisation de la personne morale, n° 44

A - Dénomination sociale n° 45-46

B - Domicile de la société n° 47

I - Définition n° 47-48

II - Intérêts pratiques n° 49-52

C - Nationalité n° 43

I - Concept n° 54-56

II - Critères de nationalité n° 57

a - Siège social n° 58

b - Contrôle n° 59-60

c - Contrôle- participation n° 61-62

d - Autres critères n° 63-64

III - Changement de nationalité n° 65

§2 - Patrimoine, n° 66

A - Composition du patrimoine social n° 67-68

B - Autonomie du patrimoine de la personne morale n° 69-75

§3 - Capacité juridique des personnes morales, n° 76

A - Prérogatives des personnes morales : problème de la jouissance des droits n° 77-81

B - Action en justice n° 82-84

C - Responsabilité des personnes morales n° 85

I - Responsabilité civile n° 86-89

II - Responsabilité pénale des personnes morales n° 90-93

§4 - Exercice des droits par les organes de gestion, n° 94

A - Désignation et la révocation des dirigeants n° 95

B - Pouvoirs des organes de gestion n° 96

I - Pouvoirs internes n° 97

II - Pouvoirs externes n° 98

a - Non-conformité à l'intérêt social n° 99

b - Dépassement de l'objet social n° 100-101

C - Responsabilité des dirigeants n° 102

I - Responsabilité civile n° 103

a - Action d'origine interne n° 104

1 - Action individuelle n° 105

2 - Action sociale n° 106

b - Action d'un tiers n° 107

II - Responsabilité pénale n° 108

Section IV- Évolution de la personnalité morale n° 109-160

§1 - Maintien de la personnalité morale, n° 110

A - Prorogation de durée n° 111-112

B - Transformation de la société n° 113

I - Mécanisme de la transformation n° 114

a- Hypothèses de transformations faciles n° 115-118

b- Transformations difficiles ou impossibles n° 119-120

II - Effets obscurs de la transformation n° 121

a - Effets internes à la société n° 122-125

b - Effets externes n° 126

§2 - Dissolution de la personnalité morale, n° 127

A - Causes de la dissolution n° 128

I - Dissolution de plein droit n° 129

a - Arrivée du terme n° 130-131

b - Réalisation ou extinction de l'objet social n° 132-134

c - Causes prévues par les statuts n° 135

II - Dissolution provoquée n° 136

a - Dissolution voulue par les associés n° 137

b - Dissolution imposée aux associés n° 138

1 - Dissolution exceptionnelle pour unicité d'associé n° 139-140

2 - Dissolution pour justes motifs

n° 141-142

- 3 - Annulation et la liquidation judiciaire de la société n° 143
- B - Effets de la dissolution n° 144
 - I - Liquidation n° 145
 - a - Maintien de la personnalité morale n° 146-147
 - b- Modalités de la liquidation n° 148
 - 1 - Nomination du liquidateur n° 149-151
 - 2 - Rôle du liquidateur n° 152-154
 - II - Partage n° 155-156
 - a - Règles applicables au partage n° 157
 - 1 - Attribution conventionnelle n° 158
 - 2 - Attribution judiciaire n° 159
 - b - Reprise des apports en nature n° 160

- ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.G.) et SAMB (M.), *Droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique OHADA*, coll. Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002 ;
- ISSA SAYEGH et BACHIR (T.), *Le répertoire quinquennal OHADA 2000-2005*, UNIDA OHADA. Com.
- POUGOUÉ (P.G.) et KUATE (S.S.), *Les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA*, L'HARM ATTAN, Paris, 2010.
- POUGOUÉ (P.G.), ANOUKAHA (F.), J. NGUEBOU (J.), *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé, 1998.
- SAMBE (O.) et DIALLO (M.I.), *Guide pratique des sociétés commerciales et GIE OHADA*, Editions comptables et juridiques, Dakar, Sénégal, 1998.
- TALFIK BACHIR, Contribution du Droit des sociétés commerciales de l'OHADA à une théorie générale de la personnalité morale en Droit privé, thèse, Dakar 2006.
- TAPIN (D.), *Droit des sociétés commerciales et du GIE en Afrique*, Penant n° 827, mai-août 1998, p. 186 et s.

Bibliographie

- AGBOYIBOR (P. K.), *Nouveau droit uniforme des sociétés*, Revue de Droit international des affaires n° 6, 1998, p. 673.

Introduction

1. Tentatives de définition— La personnalité morale est comparable à un masque plus ou moins transparent en fonction des personnes qui le portent. C'est un instrument au service des sujets de droit pour créer d'autres sujets de droit, ou une technique juridique pour satisfaire diverses ambitions, essentiellement économiques (P. Le CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^e éd., p. 175). Chronologiquement la notion de personne morale a été utilisée d'abord en droit public à propos de l'État et des collectivités publiques. C'est seulement au cours du XIX^e siècle que s'élabore en jurisprudence la théorie actuelle (CF. P. DURAND, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in *Études offertes G. RIPERT, Le droit privé français au milieu du XXe, T 1, p. 138 L.G.D.J 1950 ; J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ 1993, p. 705*).

On peut définir la personnalité morale comme l'aptitude à être sujet de droit, conférée à une personne distincte des éléments qui la composent. Cette faculté appartient également aux groupements et organismes que l'on désigne de personne morale. Mais l'usage du vocable « personne » pour caractériser ces groupements se justifie sans doute par référence à la personne physique qui seule peut être titulaire d'un patrimoine. Or, qui dit personne morale dit patrimoine propre (COZIAN-VIANDIER-DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23^e, Litec n° 240) ; et étant donné que cette personne ne tombe pas sous le coup des sens, elle ne peut pas être physique. Elle ne peut être que morale.

Outre ces précisions sémantiques, il importe de souligner que dans la conception classique, la personne morale suppose une pluralité de personnes. Mais l'évolution de la pratique des affaires conduit progressivement la personnalité morale vers sa dimension patrimoniale. Ainsi, la personnalité morale est accordée aux fondations qui ne sont que des groupements de biens. Des sociétés unipersonnelles sont consacrées dans toutes les législations modernes (la SARL et la SA avec administrateur général dans le Droit OHADA ou les sociétés dont l'État est le seul actionnaire), et les sociétés initialement pluripersonnelles peuvent survivre avec un seul associé sans encourir le risque d'une dissolution de plein droit. De plus en plus, la personnalité morale n'est plus forcément rattachée à l'idée de groupement. Elle peut être la conséquence d'un acte de volonté unilatéral ou d'une norme formelle. Néanmoins, quel que soit le caractère pluripersonnel ou unipersonnel de la personne morale, elle constitue une entité juridique distincte de son ou ses créateurs.

La notion de personne morale figure aujourd'hui parmi les plus usitées en droit pour désigner les groupements privés ou publics. Certains d'entre eux ont un caractère très général comme la société (*civile, commerciale ou agricole*) et l'association. D'autres sont à ventiler entre le droit civil (*fondations, syndicats de copropriétaires*), le droit commercial (*le groupement d'intérêt économique*) et le droit social (*les syndicats professionnels, comités d'entreprises*). Cette notion malléable s'applique également à une catégorie intermédiaire de personnes morales de droit mixte. C'est le cas des sociétés nationalisées dont les capitaux sont publics mais dont l'activité est régie par le droit privé,

et à l'inverse, les personnes morales de droit privé qui bénéficient des prérogatives de puissance publique (*les ordres professionnels*) (STARCK, ROLAND et BOYER, *Introduction au droit*, 4^e édit. Litec, n° 1224).

L'existence de la personne morale procède d'un concept mis au point par le Droit OHADA dont le champ d'application se limite aujourd'hui à quelques hypothèses classiques de société. La personnalité morale n'est reconnue à ce jour dans le cadre du droit commercial qu'à la société anonyme (*avec conseil d'administration ou avec un administrateur général*), la SARL, la SNC, la SCS, et au GIE. Un projet d'acte uniforme sur les sociétés coopératives est en cours d'élaboration. Les sociétés civiles et les associations voient leur personnalité morale reconnue conformément aux dispositions législatives en vigueur dans chaque État.

2. Des origines de la personnalité morale. - La jurisprudence a élaboré cette notion en prenant appui sur quelques textes consacrant de façon implicite l'autonomie du patrimoine (*Pb. MERLE, Droit commercial, sociétés commerciales, 6^e éd. Dalloz 1998 n° 74 p. 88*). C'est le cas de l'article 529 du Code civil qui confère aux parts sociales un caractère mobilier, même si le patrimoine de la société comprend des immeubles ; il en est de même de l'article 69-6^e de l'ancien Code de procédure civile français qui permettait d'assigner les sociétés de commerce en leur maison sociale. Cette personnalité juridique reconnue aux sociétés commerciales a été étendue ensuite aux sociétés civiles par un arrêt de la Cour de cassation vers la fin du XIX^e siècle (*Ch. Req. 23 févr. 1891 D.P. 1891, I, 337*).

La reconnaissance de la personnalité morale aux groupements répondait à plusieurs nécessités pratiques.

3. Les intérêts pratiques. - D'abord elle facilite la tâche des créanciers qui ne seront pas obligés de diviser leurs poursuites contre les différents membres du groupe. Réciproquement, la société peut ester en justice par le biais de son représentant légal.

Ensuite la personnalité morale permet au groupement d'avoir un patrimoine distinct de celui de ses associés, d'être individualisable par un nom, un domicile et une nationalité.

Outre ces intérêts pratiques classiques, l'étude de la personnalité morale dans le cadre d'un droit communautaire nouveau comme l'OHADA présente un grand intérêt à la fois théorique et pratique lié au développement d'autres institutions qui concurrencent la personne morale mais non régies par le droit OHADA. Il en va ainsi du fonds commun de placement, de la fiducie et de l'indivision. Faut-il, à l'instar d'autres législations leur accorder la personnalité morale ? La question n'est pas sans enjeu, dans la mesure où une reconnaissance de la personnalité morale à ces groupements permettrait de leur appliquer les règles communes aux personnes morales, notamment en

matière de responsabilité et de procédure collective. De manière inverse, l'étude de leur régime pourrait avoir une incidence enrichissante certaine sur la théorie générale des personnes morales. Le Droit OHADA des sociétés et des groupements devra servir d'inspiration au droit commun des groupements ayant la personnalité morale (*E. ALFANDARI, Associations et sociétés : points de rencontre, Petites affiches 1996, n° 50, p. 47 et s.* ; *D. RANDOUX, Vers un droit commun des groupements, JCP 1996.I. 3982*). En d'autres termes, il faut partir du modèle sociétaire de la personnalité morale mise au point par l'Acte uniforme sur les sociétés et le groupement d'intérêt économique (Art. 98 et suivant) pour aborder la question dans sa globalité dans l'espace OHADA. Notamment, les associations, les sociétés civiles et d'autres groupements économiques à vocation agricole ou coopérative pourront être personnifiés par référence aux règles applicables aux sociétés commerciales.

Malgré ses intérêts pratiques, la notion même de personnalité morale est diversement appréciée en doctrine. Cela s'explique par la diversité et la prolifération des personnes morales au point de faire douter que le phénomène puisse être encore l'objet d'une approche globale. À tout le moins, l'extrême malléabilité de la qualification est un frein à la conception d'un concept général. D'autres auteurs ajoutent que, « si tant est qu'il ait jamais existé, le droit général de la personne morale est refoulé par un droit spécial des personnes morales, de plus en plus riche de réglementations, de nuances, et de détails » (*G. GOUBEAUX, Personnalité morale. Droit des personnes et droit des biens, Études ROBLOT, 1984, LGDJ, p. 199 et s.*). En réalité, la diversité des situations n'est pas un obstacle absolu à l'unité de la notion de personnalité morale dans la mesure où, en dépit de leur multiplicité, les personnes morales posent les mêmes problèmes en ce qui concerne la détermination de leur existence, leur vie (*organisation*) et leur évolution

Section I – Reconnaissance de la personne morale

4. Fiction ou réalité. – Plusieurs tendances doctrinales s'affrontent sur le concept de personne morale pour savoir si c'est une fiction ou une réalité. La jurisprudence n'est pas absente dans ce débat.

§1 – Théories explicatives de la personnalité morale – Le débat doctrinal

5. Débat doctrinal. - La reconnaissance des personnes morales, sujets de droits distincts des personnes physiques

qui les créent, a toujours suscité débat. La personnalité juridique peut-elle être attribuée aux individus et aux groupements abstraits créés à des fins diverses ? La nature juridique de la personnalité morale est controversée, avec une opposition classique entre la théorie de la fiction et celle de la réalité, et l'apparition récente de la thèse qui défend l'affectation du patrimoine.

A - École de la fiction

La personnalité juridique, une affaire d'homme ! – C'est la théorie la plus ancienne. Elle a été soutenue par IHERING et SAVIGNY. Cette thèse ne reconnaît comme sujets de droits que les êtres humains. Elle suppose une faculté de vouloir et d'agir que les groupements n'ont pas. Dès lors, l'être humain est le seul attributaire naturel de la personnalité juridique.

Cependant, en dehors des personnes physiques, la personnalité juridique peut être accordée comme une faveur aux groupements de personnes ou de biens par le législateur. L'État peut donc par un acte de volonté octroyer artificiellement et arbitrairement la personnalité morale à un groupement de personnes ou de biens. La personnalité morale dans ce cas ne peut se concevoir sans une loi admettant son existence. Cette thèse a certes été combattue pour son caractère étatique et autoritaire, mais elle a le mérite de mettre en évidence que l'octroi de la personnalité morale aux groupements de même qu'aux personnes physiques- dépend de la loi qui en définit les conditions et les limites (*Sur ces points, v. G. WICKER, Personne morale, Rép. Dalloz civ., n° 9 et s. - G. GOUBEUX, article préc., n° 7 et 8, qui précise que toutes les dispositions législatives subordonnant l'acquisition de la personnalité morale à l'accomplissement des formalités administratives sont neutres au regard du débat sur sa nature.*)

B - École de la réalité

Anthropomorphisation – Les créateurs de la thèse de la réalité, notamment Gény, soutiennent que seule la réalité importe. L'autorisation de l'État n'est pas nécessaire ; la ressemblance entre les groupements et les personnes physiques suffit à reconnaître aux premiers la même personnalité juridique que les seconds. L'autorisation de l'État ne serait donc pas nécessaire pour reconnaître la personnalité morale. Un groupement capable de dégager une volonté collective et ayant un intérêt distinct de celui de ses membres peut avoir une personnalité morale en dehors de toute reconnaissance de l'État. C'est la théorie de la réalité technique, développée par L. MICHOU, qui impose de reconnaître qu'à côté des droits individuels qui sont ceux des personnes physiques existent des droits collectifs distincts qui, techniquement, ne peuvent reposer que sur une personne morale.

La personnalité morale se justifie par son utilité. C'est une technique qui traduit l'aptitude à être sujet de droits. Sont ainsi visés les droits subjectifs qui se définissent comme des intérêts individuels ou collectifs juridiquement protégés. La mise en œuvre de tout droit supposant une volonté capable de le faire, on en déduit que la personnalité morale suppose la réunion des éléments suivants : « un intérêt distinct des intérêts individuels ; une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt » (*L. MICHOU, op. cit., n° 53*).

La théorie de la réalité utile précise que l'étendue de la capacité de jouissance est variable en fonction de l'intérêt dont les sociétés sont en charge : c'est le principe de spécialité. À cela s'ajoute le fait que la reconnaissance de la personnalité morale dépend de la loi.

Cette théorie a l'avantage de caractériser la personnalité morale par l'existence d'un intérêt distinct, mais encourt la principale critique de définir cet intérêt comme un intérêt collectif par opposition aux intérêts individuels. À cet égard, l'analyse n'est plus d'actualité, du fait de la consécration des personnes morales unilatérales dans l'espace OHADA, et notamment de la SARL et la SA unipersonnelle. Par ailleurs, eu égard à l'opposition d'intérêts entre la personne morale et ceux qui l'ont constituée, certains auteurs pensent qu'il convient de la considérer comme un être nouveau complètement distinct de ses créateurs (*VP. DURAND, cité par G. WICKER, article préc., n° 11*).

C - Théorie de l'affectation du patrimoine

8. La négation de la personnalité morale. – Vers la moitié du xxe siècle apparaît un troisième courant qui invite à voir dans la personnalité morale soit une technique d'affectation du patrimoine, soit une technique de gestion des entreprises (*R. PERCEROU, La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation, thèse Paris 1951*). La technique d'affectation du patrimoine consiste à limiter les risques en faisant passer un bien d'un patrimoine dans un autre et à lui reconnaître une autonomie par rapport aux débiteurs et aux créanciers. Au bout du compte, si la personnalité morale est une fiction, c'est une fiction inutile dans la mesure où il est possible d'avoir recours à d'autres techniques pour expliquer les solutions qui lui sont attachées. Outre le patrimoine d'affectation, « la personnalité morale ne recouvrirait qu'une forme de propriété collective, la propriété des biens devant être rapportée non au groupement mais à ses membres » (*V.J.-P. GASTAUD, Personnalité morale et droit subjectif, LGDJ 1977, cité par G. WICKER article précité n° 10*). Enfin, la théorie du contrat a été avancée pour justifier les liens juridiques découlant de la personnalité morale. Toutefois, si dans l'ensemble l'acte constitutif joue un rôle primordial dans le choix, dans la constitution et l'organisation des personnes morales, il n'en demeure pas moins

que la loi reste une référence non négligeable sur plusieurs aspects des pouvoirs internes et externes des groupements dotés de la personnalité morale (V. G. WICKER, *article préc.*).

9. Rôle pratique de la personnalité morale. Toutes ces théories ont leurs insuffisances bien qu'elles soient séduisantes sur le plan du raisonnement juridique. Dans la pratique, la personnalité morale permet de limiter les risques, même si c'est un masque dont l'épaisseur varie en fonction du type de société. Elle facilite également la collaboration sans frontière entre les épargnants et les financements par appel public de fonds.

Le droit n'a pas été indifférent à ces réalités et a fait siennes certaines solutions dégagées par la doctrine.

§2 - Solutions retenues par le droit positif

10. Réconciliation entre fiction et réalité - Le droit positif met fin à ces affrontements doctrinaux. La thèse de la réalité permet d'attribuer la personnalité morale aux groupements non envisagés explicitement par le législateur. Au contraire, la fiction s'applique aux entités qu'il vise de manière explicite, mais qui ne sont pas nécessairement des groupements de personnes (Cf. J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », RTD civ. 1993, 705). Même lorsque le concept de personnalité juridique est appliqué aux personnes physiques, elle demeure « une notion abstraite ». Réalité et fiction « se rejoignent dans la notion de sujet de droits » (Cf. G. GOUBEAUX, « Personnalité, droit des personnes et droit des biens », *Études ROBLOT*, 199).

L'article 98 de l'Acte uniforme (*équivalent des articles 5 de la loi du 24 juillet 1966 et de l'article 1842 du Code civil français*) déclare que toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement. C'est la consécration de la thèse de la fiction. La personnalité morale est une création de la loi. Le législateur fait comme si les entités juridiques étaient des personnes physiques. Les partisans de la fiction soutiennent que la thèse de la fiction prospère chaque fois que le groupement est réduit à son aspect purement patrimonial comme les sociétés unipersonnelles. Dans un arrêt du 23 février 1891 (*Cass. req. 23 févr. 1891, DP 91. 1. 337*), la Cour de cassation française avait commencé à nuancer sa position sur la théorie de la fiction en reconnaissant aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales leur personnalité morale par interprétation des articles 1850 et suivants du Code civil.

Mais c'est dans un autre arrêt rendu au milieu du xx^e siècle que la jurisprudence se rallie sans équivoque à la thèse de la réalité, en déclarant que la personnalité morale civile d'un comité d'établissement n'est pas une création de la loi, qu'elle appartient en principe

à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés (*Cass. civ. 2^e 28 janvier 1954. J.C.P 1954, II, 7958, Conclusion LEMOINE ; D.1957, 17 note LEVASSEUR*).

La haute juridiction a jugé qu'un comité de groupe possédait la personnalité civile et pouvait donc agir en justice (*Cass. soc. 23 janvier 1990, Rev. soc. 1990, p. 144, note R. VATINET*). La même solution a été reconnue à un comité d'hygiène et de sécurité (*1 Cass. soc. 17 avril 1991, Rev. soc. 1992 p. 53 ; J.C.P 1992, II, 21856, note H. BLAISE*) ou à un groupement de quirataires (*Basse-Terre, 6 novembre 1995, P. A ; 2 juillet 1997, n° 79, p. 16, note B. SOINNE*). Si un jour ces problèmes se posaient au juge africain, il pourrait appliquer les mêmes solutions.

11. Nouvelle théorie de la réalité. - M. Paillusseau propose d'attribuer la personnalité juridique à d'autres phénomènes, en plus de ceux visés par la cour de cassation. Pour lui, l'exercice d'une activité finalisée et l'affectation de biens à cette activité méritent la reconnaissance de la personnalité morale (*art. préc. n° 22*). Mais cette opinion n'est pas encore ancrée dans le droit positif qui ne reconnaît pas la personnalité morale à l'entreprise non sociétaire.

Ces solutions jurisprudentielles sont susceptibles d'être transposées dans les pays africains si un jour ces problèmes se posaient.

12. En définitive, il faut reconnaître que la réalité d'un groupement est différente de celle d'une personne physique. Chaque entité juridique a sa réalité propre. Chacune d'elle a un écran qui peut être transparent dans les sociétés à risques illimités et opaques dans les sociétés à risques limités. Chaque groupement a sa réalité propre, et le législateur crée des différences entre les groupements, l'égalité n'existant qu'entre ceux de la même catégorie (*P. LE CANNU et B. DONDERO, op. cit. n° 308*).

La thèse de la fiction semble de plus en plus s'affirmer puisque l'acquisition de la personnalité juridique des sociétés et groupements est consécutive à l'accomplissement des formalités imposées par la loi.

Section II - Existence de la personnalité morale

13. Société en formation et société non immatriculée. - L'Acte Uniforme introduit une nuance entre société en formation et société constituée mais non encore immatriculée. L'article 100 précise que la société est en formation lorsqu'elle n'est pas encore constituée. Et la société est considérée comme constituée

dès la signature des statuts (*article 101*). Entre les premières démarches de création et d'immatriculation s'écoule une période pendant laquelle les fondateurs ou les dirigeants auront accompli certains actes pour le compte de la société. Après avoir cerné cette notion de société en formation ou constituée non encore immatriculée, il convient de préciser les solutions retenues quant à la reprise des actes passés pendant cette période.

§1 - Notion de société en formation et de société constituée non encore immatriculée

14. Importance de la période de la formation. - Il est important de déterminer le début de la période de formation pour apprécier les engagements susceptibles d'être repris, mais aussi pour distinguer la société en formation ou la société constituée non encore immatriculée de la société en participation.

15. La période de formation- Si on se réfère à l'article 100 de l'Acte Uniforme, la période de formation s'étend des simples pourparlers à la signature des statuts. Elle couvre donc la période au cours de laquelle le promoteur recherche des associés, met au point un projet et à l'issue de cette concertation, une promesse de société peut être signée.

Ensuite, les futurs associés mettent au point des statuts qui constatent l'engagement de chacun à la constitution de la société. La période de formation prend fin à la signature des statuts pour céder la place à la constitution. L'article 101 dispose que toute société est constituée à compter de la signature de ses statuts.

Malgré cette précision, le plus important est de savoir si l'on se trouve avant l'immatriculation de la société ; car si avant l'acquisition de la personnalité morale, la société en formation ou constituée commence une véritable activité sociale, elle devient une société (en participation) ou société créée de fait.

Toute la difficulté est de trouver un critère précis de détermination de la période de formation et de constitution.

Dépend-il des circonstances particulières à chaque type de projets ?

La jurisprudence française donne une solution qui peut-être utile. Elle estime (2 *Cass. com.* 12 avril 1976 ; *Rev. soc.* 1977, 104. J. HEMARD ; voir égal. D. PLAN-TAMP, *Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales*, RTD. com. 1994, p. 1) qu'une société est en formation dès lors que les intentions de la créer sont affirmées avec netteté, le stade du protocole paraissant suffisant (*C. A Versailles* 12 avril 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 699 P. LE CANNU).

Mais le début de la période de formation ou de constitution doit se traduire par des actes concrets qui tendent soit vers la création, soit vers l'immatriculation. Ce sont des actes préparatoires dans tous les

cas qui ne doivent avoir pour but que de préparer le commencement des opérations sociales.

On se trouve dans une société en participation si les actes accomplis par les fondateurs ou les dirigeants ne sont pas occasionnels et traduisent leur intention de se livrer complètement à l'exploitation sociale sans attendre l'immatriculation. Pour la Cour de cassation française, une telle société dégénère en société créée de fait (*Cass. com.* 9 novembre 1987, *Bull. Joly* 1988, p. 857 ; P-A ; 14 décembre 1987, note MORETTE).

En l'absence de critère précis de distinction, la période de formation ou de constitution ne doit pas être trop longue.

L'immatriculation devrait être demandée dans un délai raisonnable. Mais il a été admis en jurisprudence qu'une société en formation pouvait demeurer sous cette forme pendant plusieurs années (*Cass. com.* 20 novembre 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 204, note P. LE CANNU).

§2 - Régime juridique applicable avant l'immatriculation

L'Acte Uniforme prend soin de distinguer le droit applicable dans les rapports entre associés avant et après la signature des statuts, et dans les rapports à l'égard des tiers.

A - Droit applicable dans les rapports internes

16. La place du droit commun - Pendant toute la période de formation, c'est-à-dire avant la signature des statuts, les parties ne sont pas encore associées. La rupture intempestive des pourparlers donnera lieu à une responsabilité précontractuelle.

L'inexécution par exemple d'une promesse de société se résout en dommages et intérêts.

Entre la date de la signature des statuts et celle de son immatriculation, les rapports entre associés vont être régis par le contrat de société et par les règles générales du droit applicable aux contrats et aux obligations (*article 105 de l'Acte Uniforme, C'est l'équivalent de l'article 1842 alinéa 2 du Code civil* : « jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations »). Mais l'interprétation de l'article 105 de l'Acte Uniforme pose quelque problème à cause de la vague allusion qu'il fait au contrat de société et aux règles générales applicables aux contrats et aux obligations. On ne sait pas par exemple quel droit appliquer si la société constituée mais non immatriculée, veut révoquer l'un des dirigeants sociaux ou si elle veut céder ses parts sociales. S'il s'agit d'une SARL faut-il appliquer les règles de la majorité relative

à ce type de société, ou faut-il appliquer les règles de l'unanimité de la société en participation ?

Cette vague allusion que fait l'article 105 de l'Acte Uniforme au contrat de société et aux principes généraux applicables aux contrats et aux obligations laisse subsister quelques zones d'ombre ; notamment aucune lumière n'est faite sur la nature des décisions à prendre. Peuvent-elles déjà être prises à la majorité par application du droit des sociétés ou à l'unanimité par application du droit des contrats ?

17. La propriété des apports - De même, les apports patrimoniaux peuvent poser certains problèmes qui n'ont pas eu de solution dans ce texte. Ainsi les apports réalisés par les associés ne peuvent faire l'objet d'un transfert de propriété à un « non-être » juridique. Deviennent-ils pour autant des biens indivis entre les associés de la société en formation (*V. C SAINT-ALARY-HOUIN, Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil, RTD. com. 1979, 645*) ?

Pour donner une réponse à cette question, une distinction s'impose entre les biens fongibles et les corps certains. Dans le premier cas, les apports deviennent la « propriété » du représentant social (*cas d'une somme d'argent apportée à la société en formation*) (*Cass. com. 29 janvier, 1974; Rev. soc. 1975, 529, obs. R. HOUIN*). Le mandataire des associés peut exiger du dépositaire des fonds la restitution des sommes avec l'obligation à son loueur de les répéter à ses coassociés, si le projet de société n'aboutit pas.

Dans le second cas, les apports qui sont des corps certains peuvent être mis à la disposition du mandataire de la société en formation, avec éventuellement, la stipulation d'une condition d'immatriculation dans l'engagement de l'apporteur du bien.

L'article 105 garde un silence total face à ces interrogations. Néanmoins, on peut penser que le législateur a voulu établir une hiérarchie implicite en faisant passer la référence au contrat de société avant le renvoi au droit des contrats et des obligations.

Ce dernier s'appliquera à la question de résiliation ou d'annulation ; puisque l'absence de personnalité morale rend inutile le recours aux articles 242 et suivants de l'Acte Uniforme.

Ces problèmes se posent d'une autre manière dans les relations avec les tiers.

B - Apports avec les tiers

18. Responsabilité des auteurs directs ? - Tant que la société n'a pas acquis la personnalité morale, les dirigeants ne peuvent se prévaloir de leurs fonctions sociales à l'égard des tiers (*Cass. com. 22 juillet 1986, Bull. Joly 1986, 867, obs. P. LE CANNU; RTD civ 1987, 546, obs. J. MESTRE*), de même qu'ils ne peuvent encourir les sanctions qui frappent les dirigeants sociaux

(*Cass. com. 10 mai 1984, Rev. soc. 1984, 835, note A. HONORAT; D. S 1985, IR. 138, obs. J.C. L. BOUSQUET*). Les tiers ne sont pas fondés à demander la mise en redressement judiciaire d'une société en formation (*Cass. com. 11 décembre 1984 JCP1985; IV, 70; Com 10 mars 1987, Rev. soc. 1987, 587, note J. P SORTAIS.*)

Néanmoins, les associés, les fondateurs et les premiers dirigeants peuvent agir au nom de la société en formation. Une activité préparatoire est donc possible, mais elle n'est pas sans risque pour les auteurs.

En effet, ces derniers risquent d'être personnellement engagés si la société refuse de reprendre leurs engagements.

Dans les rapports externes, les tiers sont protégés par une responsabilité des auteurs directs ou par la responsabilité de la société en tant que débitrice substituée.

I - Responsabilité de principe des auteurs directs des actes externes

19. Les actes et les acteurs concernés- On entend par actes externes, ceux qui mettent les fondateurs qui opèrent au nom de la société en formation, en relation avec les tiers (bailleur, ouverture d'un compte dans une banque, fournisseurs de matériels, salariés). Les articles 106 et suivants de l'Acte uniforme parlent d'acte et d'engagement pris par les fondateurs et susceptibles d'être repris, et donnent aussi une précision sur les personnes susceptibles d'agir.

- S'agissant des engagements, une Cour d'appel a précisé que ne peuvent être repris que les engagements résultant d'actes juridiques et non de faits. Ainsi a-t-il été décidé que les délits n'étaient pas susceptibles d'être repris (*C. A Paris, 24 février 1977, D. 1978, 32, note J-C BOUSQUET, Rev. soc. 1978, 471, note D. RANDOUX*).

- Quant aux actes juridiques, les textes ne mettent aucune restriction. Tous les actes juridiques sous la forme de contrat ou d'acte unilatéral sont visés (*C. A Paris, 24 février 1977, D. 1978, 32, note J-C BOUSQUET, Rev. soc. 1978, 471, note D. RANDOUX.*).

- En ce qui concerne les auteurs, l'Acte uniforme s'en tient aux fondateurs qui ont pris les actes et engagements au nom de la société en formation. Ne sont donc pas visés tous les associés ni tous les fondateurs. Seuls ceux qui ont pris l'acte ou l'engagement sont concernés. Et l'article 102 définit les fondateurs comme les personnes qui participent activement aux opérations conduisant à la constitution de la société.

20. Condition de domiciliation - Ces fondateurs doivent avoir une domiciliation sur le territoire de l'un des États parties. Est-ce là une condition impérative d'application de la loi ? Quid d'un étranger qui reste dans un des États parties mais pour un bref séjour (à l'hôtel) et qui participe activement aux opérations de constitution ?

N'aura-t-il pas la qualité de fondateur susceptible d'être responsable des actes et engagements non repris par la société ? Par ailleurs, une personne non domiciliée dans l'un des États parties, peut sans participer activement à la constitution de la société influencer de façon décisive cette constitution.

Mais le créancier qui veut sauvegarder ses droits peut exiger que tous les fondateurs soient partie à l'acte signé avec la société en formation. En tout état de cause, sont également concernés, les mandataires des fondateurs qui peuvent être associés ou non.

II - Reprise des actes et engagements souscrits pour le compte de la société en formation

La prise des engagements obéit à plusieurs modalités avec des conséquences parfois graves pour les auteurs de l'acte lorsque la reprise est refusée par la société.

a - Modalités de reprise

21. L'information du cocontractant - L'acte à reprendre doit être conclu dans l'intérêt de la société en formation et faire apparaître expressément qu'il va être passé au nom de cette société. Cette exigence pallie l'absence de publicité (puisque la société n'est pas encore immatriculée) et est destinée à prévenir les tiers du risque de substitution de débiteur après l'immatriculation (*Si l'engagement a été pris au nom d'un associé, la reprise ne devrait pas être possible* : *Cass. com. 18 décembre 1990* ; *Rev. soc. 1991, P 517, note Y. CHARTIER*). La reprise peut être automatique ou consécutive à une décision prise par les associés.

1 - Automaticité de la reprise par l'immatriculation

22. Avant l'immatriculation - Dans deux cas, la reprise des actes est automatique c'est-à-dire qu'elle intervient du seul fait de l'immatriculation sans qu'une manifestation de volonté des associés ne soit nécessaire.

La première hypothèse intéresse tous les actes passés avant la signature des statuts, figurant dans un état annexé aux statuts. La signature des statuts par les associés vaut ratification par les associés (*L'article 106 alinéa 2 de l'Acte uniforme précise que ces statuts doivent être décrits dans un état intitulé : « état des actes et engagements accomplis pour le compte de la société en formation »*).

Le second cas regroupe tous les actes accomplis par un mandat spécial entre la signature des statuts et l'immatriculation. L'article 111 de l'Acte uniforme précise que ce mandat peut être donné soit dans les statuts soit dans un acte séparé, par les associés à l'un d'entre eux.

Ce mandat doit concerner des opérations précises avec leurs modalités d'exécution. Est donc exclu, un mandat général au nom de la société. Déjà acceptés par les associés, ces actes sont repris du seul fait de l'immatriculation. En revanche, la condition de reprise automatique n'est pas satisfaite, même en cas d'immatriculation, lorsque le mandat a été donné à un tiers étranger à la société. Faut-il considérer comme tels les proches parents d'associés ? Il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas.

2 - Reprise par décision postérieure à l'immatriculation ou la reprise-balai

23. La reprise par décision des associés - C'est une reprise volontaire qui se fait quelle que soit la date des actes. La reprise peut être postérieure à l'immatriculation de la société. Elle concerne tous les actes accomplis au nom de la société en formation et qui ne remplissent pas les conditions d'une reprise automatique. Il en est ainsi des actes ne figurant pas dans un état annexé aux statuts, ou encore de ceux qui ont fait l'objet d'un mandat trop général. Cette décision volontaire de reprise doit être prise de façon expresse par les associés réunis en assemblée générale ordinaire dans les conditions prévues par l'Acte uniforme pour chaque forme de société sauf clause contraire des statuts (*C'est ce qui ressort de l'article 112 de l'Acte Uniforme qui n'est qu'une reprise de l'article 6 alinéa 4 du décret du 3 juillet 1978 en France*). L'article 112 de l'Acte uniforme ajoute que les associés qui ont accompli les dits actes et engagements ne prennent pas part au vote et il n'est pas tenu compte de leur voix pour le calcul du quorum et de la majorité.

Il ressort implicitement de l'article 112 qu'une décision est nécessaire pour la reprise (*C. A Orléans, 22 février 1979, J.C.P 1980, II, 19403, note Y. GUYON*), et l'on peut dire que les procédures de reprise sont limitatives ; ce qui exclurait toute reprise tacite (*Com. 20 janvier 1987, Bull Joly 1987, note P. LE CANNU*).

b - Conséquences des actes et engagements souscrits au nom de la société en formation

Les effets de la reprise sont à distinguer des conséquences d'un refus de reprise opposé par la société immatriculée.

1 - Conséquences de la reprise par la société immatriculée

24. La substitution de débiteur - La reprise par la société des actes et engagements souscrits avant l'immatriculation opère une substitution de débiteur. Seul l'être juridique nouveau est responsable de ces actes

et engagements. Les personnes qui les ont accomplis au nom de la société en formation sont déchargées de manière rétroactive des dettes consécutives à ces opérations (*Com. 22 mai 1991. Bull Joly 1991. P. 702, note P. LE CANNU*). La société devient débitrice de façon rétroactive à la date de la conclusion de l'acte. Cette substitution peut être justifiée en supposant que l'associé a signé l'acte sous la condition résolutoire d'une reprise de l'acte par la personne morale (*M. COZIAN-A. VIANDIER-Fl. DEBOISSY, op. cit. n° 272*). Le créancier est en quelque sorte pris en otage dans ces contrats : il n'a aucune initiative et la substitution de débiteur ne lui est pas toujours profitable. Ainsi à la responsabilité solidaire des co-auteurs sera substituée une responsabilité limitée d'une S. A ou d'une S.A.R.L.

Cette rétroactivité a aussi un intérêt fiscal. Elle permet d'éviter un redoublement de taxations au sens du droit de l'enregistrement. On procède comme si le bien acquis au nom de la société en formation était déjà rentré dans le patrimoine de la société dès l'achat, sans transiter par le patrimoine de l'associé qui a accompli l'acte.

2 - Conséquences d'un refus de reprise par la société

25. Qui est responsable ? - Plusieurs raisons peuvent justifier le refus : soit la société n'est pas immatriculée, soit la société refuse la reprise parce que les actes ne sont pas conformes à l'intérêt social. Le problème dans ce cas est la détermination du débiteur. L'article 110 alinéa 2 de l'Acte uniforme donne la solution en énonçant que les actes et engagements qui n'ont pas été repris par la société sont inopposables à la société et les personnes qui les ont souscrits sont tenues solidairement et indéfiniment par les obligations qu'ils comportent.

Une interprétation restrictive de ce texte ne pousserait à retenir comme responsables que ceux qui ont signé les actes et engagements ; au contraire, une interprétation extensive conduit à retenir non seulement ceux qui signent mais également ceux qui font signer (*V.G. DAUBLON, La validité des actes et contrats réalisés par des sociétés avant leur immatriculation au registre du commerce, Défrenois 1977, p. 657. - H. CORVEST, La solidarité légale dans les sociétés de capitaux, Rev. soc. 1985 p. 383*).

Ainsi contrairement aux règles de droit commun, selon lequel le mandataire qui a agi dans la limite de son mandat n'est pas responsable des actes accomplis au nom du mandant, les co-associés mandataires seront solidairement et indéfiniment responsables avec les mandants (*C. A Colmar, 6 mai 1983, Bull Joly 1984, 79 ; Cass. com. 29 novembre 1983, Bull Joly 1984, P 81.*).

Tous les associés sont également responsables, s'ils ont signé les statuts auxquels l'état des actes accomplis au nom de la société en formation a été

annexé (*C.A. Paris 27 juin 1978, D. S 1978, I. R 162 Obs. J.C.L Bousquet*). En revanche les associés qui n'ont pas participé à la conclusion des actes et engagements, ni donné mandat, ni accepté les actes et engagements en signant les statuts, ne sont pas tenus des actes accomplis par d'autres personnes associées ou non (*Cass. com. 25 octobre 1983, Rev. soc. 1984, 523, note J. L SIBON, D 1985, note Y. CHARTIER*).

Toutefois, si malgré le défaut de reprise, il est établi que la société a tiré profit de l'acte qu'elle refuse, elle pourrait être tenue de rembourser les frais engagés par celui qui s'était engagé, sur le fondement de l'enrichissement sans cause, ou de la gestion d'affaires.

Dans le droit actuel, la personnalité juridique dépend de l'immatriculation qui est accordée par la loi.

§3 - Naissance de la personnalité morale

26. Les acquis de l'histoire. - Avant l'Acte uniforme, nombre de pays appliquaient les textes antérieurs aux réformes françaises du 24 juillet 1966 et du 4 janvier 1978.

Sous l'emprise de la législation antérieure, la société acquérait la personnalité morale, au moment où le contrat était conclu entre les associés pour les sociétés de personnes et la SARL, et au moment de l'approbation des statuts et de la désignation des premiers mandataires sociaux par l'assemblée générale des actionnaires. La reconnaissance de la personnalité morale des sociétés découlait de la formation du contrat et bien avant l'accomplissement des formalités de publicité.

Aujourd'hui, il est acquis que l'attribution de la personnalité juridique aux groupements comme aux individus dépend de la volonté du législateur. C'est d'abord la loi qui intervient en amont pour désigner les sociétés et groupements qu'elle reconnaît et les conditions de leur création. À ce jour, sont reconnues, au titre des sociétés, la SA, la SARL, la SNC, la SCS, et, au titre des autres groupements, le GIE. Une mention spéciale doit être faite à la société coopérative qui fait l'objet d'un acte uniforme adopté le 15 décembre 2010. En dehors de ces groupements, l'article 864 déclare qu'il y a société de fait. Cette dernière existe lorsque deux ou plusieurs personnes se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles des sociétés reconnues par l'Acte uniforme.

Néanmoins, outre les sociétés et les GIE reconnues par le droit communautaire, il existe dans les pays de l'espace OHADA d'autres groupements susceptibles de bénéficier de la personnalité morale, tels que – parmi les plus connus et les plus courants- les associations, les syndicats, les partis politiques, les fondations. Il appartient au législateur national de décider des conditions d'octroi de la personnalité morale à ces groupements. C'est aussi la loi qui refuse aujourd'hui

l'attribution de la personnalité juridique aux sociétés en participation (*art. 854 et s. de l'Acte uniforme*) et aux sociétés créées de fait.

L'Acte uniforme transpose en Afrique les acquis des réformes françaises sur le droit des sociétés (*effectuées les 24 juillet 1966 et 4 janvier 1978*). Désormais (*à l'instar de l'article L 210-2 du Code de commerce*), l'article 98 de l'Acte Uniforme prévoit que la société commerciale y compris le GIE ne peut jouir de la personnalité morale qu'après son immatriculation au R.C.C.M.

Mais l'acquisition de cette personnalité juridique suppose l'accomplissement de formalités dont certaines sont antérieures et d'autres postérieures à l'immatriculation.

Formalités de constitution et acquisition de la personnalité morale – Le droit OHADA fait dépendre l'acquisition de la personnalité juridique de deux conditions : la formation de l'acte constitutif du groupement et l'accomplissement de formalités de publicité déterminant leur opposabilité aux tiers. La constitution de la société est datée de la signature de ses statuts. Elle n'existe juridiquement qu'à compter de son immatriculation. Deux hypothèses sont envisageables : soit le groupement n'a pas vocation à être publiée, les fondateurs ayant choisi volontairement de ne pas rendre son existence opposable aux tiers, - ce qui correspond aux sociétés en participation et aux GIE non immatriculés, aux associations, syndicats non déclarés et aux fondations non déclarées d'utilité publique ou sans autorisation ; soit, le groupement est en attente d'immatriculation et privée temporairement de personnalité morale. Une période s'écoule entre la formation et la constitution de la société et, entre la constitution et l'immatriculation de la société. La société ou le groupement existent dès leur constitution. Sa validité ne dépend pas des formalités de publicité destinée à le rendre opposable aux tiers. En conséquence, à partir de sa constitution, le groupement peut déjà sur la base du pacte social réaliser ses effets dans l'ordre interne. Les rapports internes sont régis essentiellement par l'acte constitutif. Vis-à-vis des tiers, le groupement sans personnalité morale ne produit aucun effet. Toutefois, la jurisprudence étrangère reconnaît à ce groupement non personnalisé une personnalité processuelle qui lui permet dans l'ordre interne de saisir le juge pour trancher les litiges qui l'opposent à ses membres (*V l'exclusion d'un membre d'une association, T. civ. Meaux, 23 avr. 1952, D. 1952, 431, E. ALFANDARI, obs. RTD com. 1979 et 1991, 601*). Les fondateurs, après les pourparlers préliminaires entre eux vont envisager un projet de société. Et au fur et à mesure que les choses se précisent, on passe du simple projet à une promesse unilatérale ou synallagmatique de société (*Cass. civ. 1^{re}, 16 février, Rev. soc 1977, 681 ; Cass. com. 9 avril 1996, Rev. soc. 1997, p. 81 F. BENAC-SCHMIDT*). Cette promesse qui peut être tacite, se manifeste le plus souvent dans un pro-

toque d'accord (*Sur l'ensemble de la question voir le fascicule « Contrat de société »*) ; et sa violation entraîne des dommages-intérêts à la charge du promettant. La responsabilité obéit au régime de l'article 1142 du Code civil (*Cass. com. 28 avril 1987, Rev. soc. 1988, p. 59. F. BENAC-SCHMIDT ; RTD com. 1988, p. 62, n° 1, CL. CHAMPAUD et P. Le FLOCH ; Paris 15 décembre, Bull. Joly 1996, p. 305, P. Le CANNU*). Après toutes ces étapes, les fondateurs vont procéder à la rédaction des statuts en vue de demander l'immatriculation. La rédaction des statuts sera suivie d'une publicité de la constitution de la société dont la finalité est d'opposer aux tiers la personne morale qui naît du contrat. C'est pour cette raison que la réalisation matérielle de l'acte constitutif est une condition nécessaire de l'attribution de la personnalité morale.

A - Acte constitutif

27. Les mentions exigées – Les sociétés et les GIE qui sont destinés à recevoir la personnalité morale doivent obligatoirement être dotés d'un acte constitutif préalable. Les statuts doivent être établis par un écrit sous la forme authentique ou privée. L'article 10 de l'Acte Uniforme impose un acte notarié ou tout acte offrant des garanties d'authenticité dans l'État du siège de la société déposé avec reconnaissance d'écritures et de signatures par toutes les parties au rang des minutes d'un notaire. Ils ne peuvent être modifiés qu'en la même forme.

L'article 11 précise que les statuts peuvent également être rédigés par acte sous-seing privé ; il revient à l'article 13 d'énoncer les mentions obligatoires que les statuts doivent contenir (*V. L'entrée contrat des sociétés*). L'intervention d'un notaire est obligatoire dès lors que les statuts constatent l'apport des biens immobiliers. Lorsque certaines mentions font défaut, tout intéressé peut demander que soit ordonnée sous astreinte la régularisation de la constitution (*article 75 de l'Acte uniforme*).

28. Opposabilité interne du groupement ou de la société-contrat - A partir du moment où les statuts ont été signés, le groupement-contrat est né. Les relations internes seront régies par ce pacte social accepté individuellement par chacun des membres de ce groupement. Mais ce contrat produit des effets relatifs à l'égard des tiers. Tant qu'il n'a pas la personnalité morale il ne leur est pas opposable (*toutefois, les fondateurs peuvent renoncer à la demande d'immatriculation et commencer des opérations d'exploitation : il s'agit d'une société ou d'un groupement de fait*).

29. Influence du pacte social sur la personne morale. - L'acte constitutif contient des éléments déterminants dans le fonctionnement du groupement personnifié. Les premiers administrateurs et gérants des sociétés ainsi

que les premiers commissaires aux comptes peuvent être nommés dans les statuts de la société.

C'est le pacte social qui va également déterminer l'étendue des pouvoirs internes des dirigeants de la société ou du groupement, ainsi que les sanctions disciplinaires en cas de transgression du pacte social. Le formalisme imposé par la loi est donc une mesure de protection pour les associés eux-mêmes mais également pour les tiers, car dans certaines hypothèses, le pacte social régulièrement publié sera opposable aux tiers après l'obtention de la personnalité morale. C'est ainsi que l'objet social tel que défini par les statuts d'une société à risques illimités est opposable aux tiers. De même, les modifications de statuts régulièrement publiés produisent leurs effets erga omnes. Le changement d'objet social sera opposable aux tiers tout de même protégés par la théorie de l'apparence.

30. Règlement intérieur - Les statuts se complètent parfois d'un règlement intérieur. Les deux actes ne sont pas à confondre. Les statuts sont plus qu'un contrat ; on peut les considérer, comme la constitution de la personne morale : ils réglementent les relations internes à la personne morale, et sont opposables à maints égards, aux tiers, lorsqu'ils ont été régulièrement publiés. Le règlement intérieur est un acte de la personne morale qui précise et régit les modalités d'application des statuts.

31. La hiérarchie des normes - Dans la hiérarchie des normes produites par une personne morale, les statuts viennent avant le règlement intérieur qui est un acte « infrastatutaire » (*P. Le CANNU, Le règlement intérieur des sociétés, Bull Joly 1986, p. 723 ; Th. BONNEAU, Le règlement intérieur de la société, Dr. Soc 1994, P. 1*).

Une fois les statuts rédigés, les premiers fondateurs doivent procéder à la publicité de la constitution.

B - Publicité de la constitution : l'opposabilité aux tiers

32. Les personnes habilitées à le faire. - Normalement, les formalités de publicité sont accomplies par les organes légaux de la société. Cependant, pour la constitution, il en va différemment. La société n'est pas encore immatriculée, et par conséquent, les organes légaux n'ont pas encore de pouvoir à l'égard des tiers. Dès lors, un mandataire désigné par les associés peut agir, même si le plus souvent le président du conseil d'administration, le notaire, le gérant qui reçoit l'acte accomplissent cette formalité. Deux sortes de publicité doivent être accomplies dont l'une antérieure à l'acquisition de la personnalité morale, et l'autre postérieure à l'immatriculation.

33. Publicité antérieure - Les premiers dirigeants ou fondateurs doivent insérer sous forme d'avis une annonce de constitution dans un journal habilité à recevoir des

annonces légales. Ils doivent également faire une déclaration de conformité (*art. 73 de l'Acte uniforme*) ou une déclaration notariée de souscription et de versement des fonds (*V. Contrat de société*).

34. Publicité postérieure - Selon l'article 261, lorsque les formalités de constitution ont été accomplies et dans un délai de quinze jours suivant l'immatriculation, un avis est inséré dans un journal d'annonces légales dans l'État partie du siège social. Cet avis, signé par le notaire ou par le ou les fondateurs contient les énonciations énumérées à l'article 262 de l'Acte Uniforme avec en plus des énonciations spécifiques pour la SA.

35. La publicité et l'opposabilité du groupement. Les groupements constitués accomplissent des opérations internes, mais également, en qualité de sujet de droit autonome, ils passent des contrats avec les tiers. L'accomplissement des mesures de publicité a pour objet de rendre opposable ou non aux tiers l'existence du groupement. Si aucune mesure d'immatriculation n'a été accomplie, les fondateurs choisissent de maintenir la société ou le groupement inopposable aux tiers. Ce groupement ne produira des effets que dans les rapports internes. Ce sont des effets relatifs, tandis que la publicité de sa constitution en fait un être juridique autonome opposable erga omnes. Cependant, l'accomplissement de cette publicité attributive de personnalité n'empêche pas la société constituée de mener une vie ; elle détermine tout simplement l'opposabilité de son existence dans les rapports externes. Certains auteurs soutiennent que c'est par l'opposabilité aux tiers que le groupement est constitué en sujet de droit autonome (*V.J. DUCLOS, L'opposabilité. Essai d'une théorie générale, 1984, n° 241 ; G. WICKER, Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, 1997, LGDJ, n° 243 et s*). Grâce à la personnalité morale, le groupement a une activité autonome par rapport à ses membres, même si par ailleurs, l'acte constitutif joue un rôle important dans la détermination de l'ensemble de son régime juridique.

36. Autonomie de l'activité sociale et intérêt social- L'une des raisons et aussi des conséquences de l'autonomie de l'activité sociale opposable aux tiers est la poursuite d'un intérêt distinct. Il s'agit de l'intérêt social qui est la boussole de la société. Cet intérêt n'est pas égal à la somme des intérêts individuels des membres du groupement personnifié. Il s'agit d'un intérêt collectif par opposition aux intérêts individuels des membres. Mais en matière d'actes juridiques, l'intérêt exprimé dans la conclusion n'est que le reflet de l'intérêt des parties à l'acte. Aussi est-il admis en droit des sociétés que toute société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés (*art. 4 al.2 de L'Acte uniforme*). Dans ces conditions, certains auteurs soulignent qu'il faut dépasser le clivage intérêts collectifs, intérêts individuels pour considérer que la personnification d'un groupement repose sur « une sélection opérée au sein

de l'ensemble de certains intérêts individuels par l'acte constitutif » (V. E. GAILLARD, *op. cit.* n° 296). À partir du constat de sélection parmi les intérêts individuels, peut se déduire la reconnaissance de la personnalité juridique des groupements constitués ou devenus unipersonnels. Dans le prolongement de cette analyse, une doctrine récente défend que les actes constitutifs d'un groupement sont des actes unilatéraux individuels (groupement unipersonnel) ou collectifs (*groupements pluripersonnels*) (V. G. WICKER, *art. préc.* n° 27).

37. L'absence de personnalité morale des groupes de sociétés - La reconnaissance de la personnalité morale suppose l'existence d'une identité d'intérêts pour tous ses membres fondateurs, ce qui pose problème pour les groupes de sociétés. Le droit OHADA n'a pas reconnu l'existence du groupe en tant qu'entité juridique dotée de la personnalité morale.

Lorsque toutes ces formalités ont été accomplies, le greffier examine la demande d'immatriculation de la société pour attribuer au groupement la personnalité morale.

C - Immatriculation de la société

38. Les formalités requises - Désormais l'acquisition de la personnalité morale résulte de la loi, c'est l'une des manifestations institutionnelles de la société. Selon l'article 98 de l'Acte uniforme, toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au RCCM. à moins que le présent Acte Uniforme n'en dispose autrement.

L'immatriculation suppose l'accomplissement d'un certain nombre de formalités par les premiers fondateurs ou les premiers dirigeants auprès du greffe du tribunal du siège social. Il faut se reporter aux articles 25 et suivants de l'Acte uniforme portant droit commercial général pour avoir le détail des nombreuses formalités d'immatriculation.

L'immatriculation n'est pas une simple formalité de publicité. À l'exception de la société en participation et de la société créée de fait, toutes les sociétés, y compris le GIE doivent être immatriculées pour jouir de la personnalité juridique.

La demande d'immatriculation est présentée par les futurs dirigeants sociaux après accomplissement des formalités de constitution de la société.

39. Délai d'immatriculation ? L'Acte uniforme n'impose aucun délai aux fondateurs et aux premiers dirigeants pour solliciter l'immatriculation. Au cours de cette période précédant l'immatriculation, la société est sans personnalité juridique. À l'égard des tiers, c'est un non-être juridique. En principe, les tiers ne subissent pas de préjudice du fait de l'immatriculation tardive de la société. En revanche, les fondateurs ont, à maints égards, intérêts à faire diligence.

En effet, dans la SA et les SARL, les dirigeants ne peuvent retirer les fonds bloqués chez un dépositaire agréé qu'après l'immatriculation. Les dirigeants n'ont aucun intérêt à négliger ces formalités d'autant plus que les souscripteurs sont autorisés à demander le remboursement de leurs apports si six mois à compter du premier dépôt de fonds la société n'est toujours pas constituée.

Pour que la demande soit recevable, le requérant doit justifier que toutes les formalités ont été remplies et fournir un certain nombre de pièces telles que la déclaration de conformité (2 exemplaires), les statuts (2 exemplaires), les actes de nomination des organes de direction, de surveillance et de contrôle (s'ils ne sont pas statutaires), le rapport du commissaire aux apports (dans les SA et les SARL) en cas d'apports en nature.

Lorsque la demande est régulière, le greffier procède à l'immatriculation. Quelle sera l'attitude du greffier lorsque le dossier pose des difficultés particulières ? Raisonnablement, en cas de doute, le greffier doit transmettre le dossier au juge commis à la surveillance du registre.

40. L'absence d'un guichet unique. - On peut regretter l'absence de l'équivalent des centres de formalités des entreprises dans l'Acte uniforme, qui facilite la création des entreprises. Chaque État partie au Traité peut mettre en place un guichet unique. Mais certains pays comme le Burkina Faso l'ont déjà institué, d'autres comme la Côte d'Ivoire font les démarches actuellement pour le loger au sein de la chambre de commerce et de l'industrie. Ce dernier permet aux entreprises de souscrire en un même lieu et sur un même document les déclarations auxquelles elles sont tenues par les lois et règlements dans les domaines juridique, administratif, social, fiscal et statistique. L'avantage pour les fondateurs est qu'ils ne multiplient pas les efforts auprès des administrations. Il suffit de remplir une liasse unique, et celle-ci sera valable pour toutes les administrations.

41. Délai imparti au greffier pour la décision d'immatriculation. - Il faut s'interroger sur la durée du délai imparti au greffier pour prendre sa décision et les conséquences d'un refus non motivé, passé un certain délai. En cas de difficulté, le greffier doit saisir le juge commis à la surveillance du registre. Le contentieux de l'immatriculation relève des articles 38 et 48 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général. Ce délai doit être bref pour tenir compte de l'impératif de rapidité dans la création des sociétés (*En droit Français désormais le greffier doit prendre la décision d'immatriculer en vingt-quatre heures.*). Passé ce délai et sans un refus motivé, la société devrait être réputée immatriculée (*Telle est la solution retenue par le décret Français du 30 mai 1984 modifié par le décret du 3 décembre 1987 (article 17)*). Ce délai peut-il varier en fonction des réalités de chaque pays ou peut-il être le même partout ?

La procédure d'immatriculation confère au gref-

fier un pouvoir de contrôle préventif dont l'efficacité semble douteuse.

42. L'absence d'un véritable contrôle administratif.-

Depuis la loi du 24 juillet 1867 et celle du 7 mars 1925, toutes les sociétés peuvent se constituer librement sans autorisation ni contrôle. C'est exactement le système applicable en France alors que les autres États de la Communauté européenne soumettent les constitutions de société à un contrôle préventif administratif, judiciaire ou notarié.

La déclaration de conformité et de régularité instituée par l'article 73 de l'Acte uniforme a pour but de remplacer le contrôle judiciaire tout en facilitant la constatation et la régularisation des vices de constitution. Mais son efficacité dépendra de l'intensité du contrôle du greffier.

Un véritable contrôle préventif aurait permis d'éviter les vices de constitution. Pour cela, il aurait fallu que l'Acte uniforme reconnaisse expressément au greffier la possibilité de faire un contrôle approfondi qui dépasse le simple examen externe des formalités de constitution. Ne pourrait-il pas contrôler la validité des clauses statutaires sous l'autorité d'un juge ?

Section III - Vie de la personne morale

43. Les effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux -

Une société ou un groupement doté de la personnalité morale peut avoir, comme une personne physique, une carte d'identité nationale : ce sont les attributs extrapatrimoniaux. De même, cette société ou ce groupement a un patrimoine distinct de celui de ses membres : ce sont les effets patrimoniaux de la personnalité morale.

§1 - Individualisation de la personne morale

44. **Une carte d'identité** - Il est sans doute préventif de vouloir traiter de manière exhaustive les conséquences extrapatrimoniales de l'acquisition de la personnalité morale. C'est pour cela qu'il convient de s'en tenir aux éléments classiques d'individualisation que sont le nom, le domicile, la nationalité, sans toutefois oublier qu'en tant qu'être juridique autonome, une société peut ester en justice par l'intermédiaire de ses représentants légaux.

A - La dénomination sociale

45. **Liberté de choix du nom** - Tirant profit de l'évolution introduite par la loi française du 11 juillet 1985 (*V. article L221-2 du C. com.*) l'article 14 de l'Acte

uniforme ne s'est pas préoccupé de la traditionnelle distinction entre dénomination sociale et raison sociale. Ce texte dispose que « toute société est désignée par une dénomination sociale qui est mentionnée dans ses statuts. La raison sociale faisait apparaître le nom d'un ou de plusieurs associés indéfiniment responsables suivi de la mention et compagnie (Cie), tandis que la dénomination sociale peut être une appellation de fantaisie précédée ou suivie de la mention de la forme de la société.

Dorénavant toutes les sociétés sont désignées par une dénomination sociale à laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés pour les SNC, ou le nom des commandités dans une SCS ; l'article 294 de l'Acte uniforme interdit l'incorporation du nom d'un associé commanditaire à la dénomination sociale d'une société en commandite simple sous peine de perdre sa limitation de responsabilité.

Les GIE ont aussi une dénomination sociale qui peut comprendre un ou plusieurs patronymes comme les sociétés. Dans tous les cas, l'article 17 précise que la dénomination doit figurer sur tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers. Elle doit être précédée ou suivie immédiatement en caractères lisibles de l'indication de la forme de la société, du montant de son capital social, de l'adresse de son siège social et de la mention de son immatriculation au RCCM.

46. **L'action en concurrence déloyale ou l'action en contrefaçon** - Le choix du nom est libre. Il est à la discrétion des statuts avec cependant certaines précautions à prendre pour éviter la concurrence déloyale.

Au niveau de chaque État, il convient de vérifier si une société n'a pas déjà une dénomination identique ou voisine ce qui aurait pour conséquence de créer une confusion dans l'esprit des tiers. L'action en concurrence déloyale permet de combattre ce risque de confusion.

Et lorsque la dénomination a été déposée comme une marque de commerce, de fabrique ou de service, une protection plus efficace est assurée par l'action en contrefaçon.

En plus du nom, la société possède un domicile.

B - Domicile de la société

I - Définition

47. **Absence de définition légale** - L'article 23 de l'Acte uniforme dispose que toute société à son siège qui doit être mentionné dans ses statuts. Comme dans le droit français, aucune définition légale n'est donnée du siège social par le législateur africain. Ce dernier se contente d'énoncer que le siège social peut être fixé soit au lieu du principal établissement de la société, soit à son centre de direction administrative et financière (*article 24*).

Il n'y a pas de définition unitaire du siège social. La loi renvoie au principal établissement ou au centre de direction. Or il est possible qu'une société ait plusieurs établissements d'importance égale comportant également des directions administratives et financières multiples. Ne faut-il pas viser le centre de décision de la société comme élément moteur de cette définition ? Il présente l'avantage d'être unique même lorsqu'il s'agit d'une société appartenant à un groupe.

Le siège social ne peut être constitué uniquement par une domiciliation à une boîte postale. L'article 25 impose qu'il soit localisé par une adresse ou une indication géographique suffisamment requise. Mais il peut y avoir divorce entre les indications statutaires et la situation réelle du siège social.

48. Siège statutaire et siège réel - La loi prévoit que si le siège social indiqué dans les statuts ne correspond pas au siège social réel, il n'est pas opposable aux tiers qui pourront se prévaloir du siège statutaire si le siège social réel est situé en un autre lieu.

Pourtant la localisation du siège social ne manque pas d'intérêts pratiques.

II - Intérêts pratiques

49. Le centre des intérêts - Divers intérêts juridiques et fiscaux sont en jeu dans la détermination précise du siège social.

En effet, c'est au lieu du siège social que la société est imposée fiscalement et soumise à la procédure de redressement et de liquidation judiciaire. C'est également à ce lieu que seront accomplies toutes les formalités de publicité au RCCM afférentes à la constitution, au fonctionnement, à la dissolution de la société ainsi que toutes les modifications relatives à sa vie.

50. La théorie des gares principales - Le lieu du siège social détermine aussi la compétence *ratione loci* des tribunaux. En effet, le tribunal territorialement compétent, lorsque la société est assignée en justice, est celui du lieu de localisation de son siège social.

Toutefois, il faut tenir compte de la jurisprudence dite des gares principales, qui trouvera sûrement à s'appliquer sur le sol africain. Lorsqu'une société a créé des succursales, centres distincts du siège social (*non pourvus de personnalité juridique*), elle peut être assignée devant le tribunal dans le ressort duquel une de ses succursales est installée.

Ainsi une société commerciale ayant son siège social à Bamako (*au Mali*), et exploitant une succursale à Cotonou (*au Bénin*), sera assignée devant le tribunal de commerce de Cotonou au Bénin en cas de conflit entre la succursale et ses créanciers béninois.

51. La domiciliation temporaire des sociétés - L'Acte uniforme ne se prononce pas sur l'hébergement du

siège social au domicile d'un dirigeant d'une société. Il appartient à chaque État de résoudre ce détail. Pourrait-on alors s'inspirer de la solution française, qui dans le but de faciliter et d'accélérer la création d'entreprises, a assoupli les conditions de leur domiciliation qui peut être collective et temporaire ? Si cette solution était suivie, elle aurait permis d'une part, la domiciliation d'une société dans les locaux occupés en commun par plusieurs autres entreprises, d'autre part la domiciliation temporaire.

Ce caractère temporaire donne la possibilité au futur représentant légal d'installer le siège social à son domicile au moment de la formation de la société nonobstant toute clause contraire du bail ou du règlement de copropriété.

Cette domiciliation devrait être limitée dans le temps (*par exemple 5 ans*), et ne doit pas entraîner l'application du statut des baux commerciaux.

52. Le transfert du siège social - Enfin, une société peut procéder au transfert de son siège social soit dans le département limitrophe, soit à l'étranger. L'article 27 précise que la décision de modification du siège social est prise dans les conditions exigées par l'Acte Uniforme pour la modification des statuts. Toutefois le transfert à un autre endroit de la même ville peut être décidé par des organes de gérance ou d'administration de la société. Tout changement doit faire l'objet d'une publicité pour informer les tiers (*CCJA, arrêt n° 009/2002 du 21 mars 2002, Le Juris-OHADA n° 4/2002, octobre-décembre 2002, p. 29, note anonyme. Recueil de jurisprudence, n° spécial janvier 2003 p. 21, - Obadata-J-02-164.*)

Faut-il en déduire que le transfert qui se fait en dehors de la ville ou des départements de localisation du siège social est soumis aux conditions d'une décision de modification des statuts ? En effet, il ressort de ce texte que seul le changement à l'intérieur de la même ville relève de la compétence des organes de gestion. Les transferts à l'étranger ou dans une autre ville ou département sont du ressort de l'assemblée des associés habilitée à modifier les statuts.

Aux termes de l'article 551-2° de l'Acte uniforme, seule l'assemblée générale extraordinaire est habilitée à transférer le siège social en toute autre ville de l'État partie où il est situé, ou sur le territoire d'un autre État. En revanche, s'agissant du déplacement du siège social, dans les limites du territoire d'un même État partie, la décision est prise par l'organe de gestion (*conseil d'administration*), qui modifie les statuts en conséquence, sous réserve de la ratification de cette décision par la plus prochaine assemblée générale ordinaire (*article 451*).

Si l'assemblée générale refuse la ratification du transfert du siège social, la décision prise par l'organe de gestion devient caduque. Il faudrait alors procéder à l'accomplissement de nouvelles formalités de publicité pour informer les tiers du retour au siège antérieur.

Conformément à l'article 554 alinéa 3, le transfert du siège social sur le territoire d'un autre État est décidé par l'assemblée générale mais à l'unanimité des membres présents ou représentés. Ce texte consacré au transfert du siège d'une SA laisse subsister une zone d'ombre quant au domaine du déplacement du siège. Faut-il entendre par là tout transfert dans un État étranger ou seulement un État non partie ?

La référence à l'article 359 sur les SARL permet de lever l'ambiguïté : selon ce texte, l'unanimité est requise dans les assemblées générales extraordinaires des SARL pour tout transfert du siège social dans un État autre qu'un État partie. Cette précision permet donc de penser que le transfert de siège social dans un État partie relève de la compétence de l'assemblée extraordinaire statuant à ses conditions habituelles de majorité c'est-à-dire aux trois quarts des parts sociales (article 358).

Mais de façon générale, le transfert du siège social en dehors de la zone géographique englobant les États signataires du Traité OHADA est synonyme de changement de nationalité (*Ne s'agit il pas là d'une consécration implicite par le Traité d'une reconnaissance mutuelle des personnes morales ? Ce qui est un avantage considérable pour les investisseurs qui peuvent transférer sans trop de tracas, le siège social de leur entreprise d'un pays à un autre en cas de troubles ou de perturbations politiques ou de risque commercial important*).

C - Nationalité

53. Existe-t-il une nationalité des sociétés ? - Une personne morale peut-elle avoir une nationalité (*C'est la question que se pose NIBOYET au début du xx^e siècle, V. Rev. crit. DIP 1927, 402*) ? Et dans l'affirmative, quel critère faut-il retenir ? Ce concept et ce critère sont-ils les mêmes dans les pays développés que dans les pays en voie de développement (*V. notre thèse dactylographiée : La nationalité des sociétés dans les P.V.D, Bordeaux, 1989*) ?

I - Concept

54. Concept de nationalité propre aux personnes morales - Comment une personne morale qui n'est qu'une fiction peut-elle avoir une nationalité comparable à celle des êtres humains, seule réalité vivante et palpable susceptible d'être dotée de la personnalité juridique ? Mais on sait aussi que la thèse de la réalité vaut son pesant d'or, et qu'aujourd'hui, ce débat est plus que jamais dépassé. Les personnes morales sont aujourd'hui les acteurs principaux du développement économique au même titre, sinon plus, que les entrepreneurs individuels. Dès lors, ces êtres juridiques atypiques méritent un traitement adapté quant à la

définition de leur nationalité. Comme les personnes physiques, elles seront soumises à des obligations et pourront jouir également de certains droits réservés aux nationaux.

Malgré les critiques qui ont pu être formulées contre la transposition de ce concept aux personnes morales, le droit positif actuel de tous les pays parties au Traité OHADA s'accorde pour admettre l'existence d'une nationalité des personnes morales non assimilable à celle des personnes physiques (*L. LEVY, La nationalité des sociétés, L.G.D.J 1984 ; Y. LOUSSOUARN, Nationalité des sociétés commerciales et communauté économique européenne, Rev. jurisp. com. 1990, p. 145 ; J. FROS-SARD, Un vide législatif : la nationalité des sociétés, D. 1969, chron. p. 9*).

Pourtant la reconnaissance légale de la nationalité des sociétés n'est pas aussi évidente dans l'Acte uniforme qu'elle ne l'est dans certaines législations nationales africaines.

En effet, l'Acte uniforme n'a fait que reprendre les termes de l'article 1837 du Code civil et l'article L.210-3 du Code de Commerce Français (*ancien article 3 de la loi du 24 juillet 1966*) qui posent de façon explicite le problème de la loi applicable aux sociétés et non celui de leur nationalité. Selon les dispositions de l'Acte uniforme, toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un État ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des États parties au Traité relatif à l'OHADA est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme.

C'est à partir des termes identiques que la jurisprudence Française a décidé que la nationalité d'une société est déterminée par son siège social alors que les textes visés ne posent que le problème de la loi applicable qui n'est pas assimilable à la nationalité.

55. Le concept de citoyenneté à l'honneur - L'Acte uniforme ne parle donc pas de nationalité de société et plus encore, on n'y retrouve aucune disposition identique à celle de la loi française du 24 juillet 1966 qui donne compétence aux assemblées générales de changer la nationalité de la société. Est-ce une omission volontaire ou involontaire du législateur africain ? Il aurait été édifiant qu'à l'échelle communautaire on dégagerait un critère précis de la nationalité des sociétés, ce qui aurait permis d'éviter les tergiversations jurisprudentielles.

56. Définition - Dans tous les cas, le législateur Africain aura un jour à retenir une définition du critère de nationalité en s'inspirant d'un concept qui tienne compte des impératifs de développement économique. Dans cette logique la nationalité de sociétés peut être définie comme un lien de rattachement économique privilégié avec un État donné. Les pays peuvent retenir la notion de citoyenneté de l'entreprise en lieu et place de la nationalité (*V. notre thèse. op. cit ; V. également J.P. LABORDE, Droit international privé et groupes interna-*

tionaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque, in Mélanges J. DERRUPE, 1991 p. 49- qui cite notre thèse), ce qui aura une influence certaine sur les critères de la nationalité.

II - Critères de nationalité

57. Le choix entre le siège social et l'incorporation

- Influencés par la tradition juridique européenne, les pays africains ont le choix entre le critère du siège social réel pour les législations francophones et celui de l'incorporation pour les États anglophones. Toutefois, les besoins du développement économique rendraient idoine le critère de contrôle participation pour les pays en développement

a - Siège social

58. Le choix entre la réalité et la fiction - La jurisprudence française retient la notion de siège social réel et sérieux par opposition au siège statutaire et fictif pour apprécier la nationalité d'une société. Mais ce critère n'est pas adapté aux pays en développement où l'épargne locale est inexistante ; il n'est concevable que dans les pays développés avec des investissements financés essentiellement à partir de capitaux nationaux. Le critère de siège social ne colle pas assez à la réalité économique des pays en développement. C'est sans doute un critère de détermination de la loi applicable à la société (*D. POHE, op. cit.*). C'est un critère de localisation géographique mais qui n'est pas nécessairement en concordance avec le contrôle financier, administratif, et économique. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, il est écarté en temps de crise pour laisser la place au contrôle.

b - Contrôle

59. Critère de crise - L'application du siège social comme critère de détermination de la nationalité en temps de crise aurait permis à des sociétés dont la majorité des capitaux et des dirigeants sont étrangers de bénéficier des droits réservés aux nationaux. Le critère de contrôle est un outil à la disposition du juge pour faire le tri en cas de besoin, entre le bon grain et l'ivraie. Pendant les deux guerres mondiales, la jurisprudence appliqua ce critère et considéra comme étrangères des sociétés ayant leur siège social en France mais dont les capitaux et les dirigeants étaient en majorité Allemands (*V. Rouen. 19 janvier 1919, D.P. 1918, 2, 17, note AL; Paris, 17 décembre 1919, Journ. soc. 1920, 404*). Les insuffisances du siège social et de l'incorporation ont abouti à l'émergence d'un critère dont la définition ne fait pas l'unanimité. Mais il permet de déceler l'infiltration insidieuse de

la domination étrangère dans l'économie du pays sous la bannière d'une société qui n'est nationale que d'apparence.

Toutefois en période de crise, le critère de contrôle a surtout servi à déterminer les droits dont peut jouir une société. Donc il s'est essentiellement appliqué à la condition des sociétés, ce qui a l'avantage de présenter une plus grande sécurité que le critère du siège social et de l'incorporation.

60. Critère d'opportunité - Le contrôle est un critère d'opportunité que le législateur peut utiliser de façon utile pour faire la discrimination en cas de besoin. Il peut se définir à travers les capitaux ou les associés et dirigeants, ou il peut imposer de façon cumulative qu'une société nationale est celle dont les capitaux et les associés sont majoritairement ressortissants de l'État dont la nationalité est en cause. Ce critère au relent nationaliste, n'est pas conseillé pour les pays importateurs de capitaux.

Cette définition a non seulement l'inconvénient de ne pas être unitaire, mais également d'être une fenêtre ouverte aux abus, voire à la fraude par l'utilisation de la simulation portant sur les associés ; la technique des hommes de paille ou de l'interposition des personnes peut permettre à des étrangers d'acquérir le contrôle de la société nationale (*B. VIAL-PEDROLETTI, L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales, thèse Aix-en-Provence, 1986, p. 69*). C'est de cette manière que sont contournées toutes les lois en Afrique imposant aux entreprises étrangères d'« africaniser » leurs dirigeants ou capital social. Les associés et les dirigeants de façade sont des nationaux pour le respect de la loi tandis que les vrais détenteurs du pouvoir économique et décisionnel sont étrangers : c'est la technique de l'interposition qui est une « simulation consistant dans un acte ostensible à faire figurer le nom d'une personne comme titulaire apparent du droit, alors qu'en vertu de la volonté réelle des parties, le véritable titulaire intéressé est une autre personne tenue au secret. Le titulaire apparent de droit n'a aucun intérêt dans l'affaire ».

Dès lors, cette acception du contrôle ne mérite pas d'être retenue dans la définition de la nationalité. C'est ce qu'a fait la Cour Internationale de Justice de la Haye qui a écarté le contrôle dans les affaires de la Barcelona Traction (*C.I.J 5 février 1970 REC. CC.J.pén. 70 p 42 ; C.f. sur la question : FRANCESKAKIS, « Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux », Rev. crit. D.I.P. 1970, p. 609*).

En Afrique subsaharienne seule la Guinée a recours à ce critère pour définir de manière générale la nationalité des sociétés. En effet, l'article 10 de l'ordonnance 119 du 17 mai 1985 prévoit le contrôle cumulatif du capital social et de la direction pour conférer la nationalité guinéenne à une société.

Les tares inhérentes à cette définition du contrôle obligent à rechercher le critère idéal pour les pays en développement. Ce critère s'enracinerait dans un contrôle- participation.

c - Contrôle- participation

61. Critère idéal pour les pays émergents - Le siège social permet de déterminer la loi applicable à la société. Il est insuffisant pour être un critère général d'attribution de la nationalité des pays en développement. Car il ne tient pas suffisamment compte des réalités économiques.

Le contrôle - participation a l'avantage de réputer citoyenne d'un pays une société qui aurait un rattachement économique prioritaire avec un État africain. Est considérée comme telle, une personne morale qui participe activement au développement économique, qui investit sur place les plus-values de son investissement. Donc au-delà de la localisation du siège social et de la simple référence à la nationalité des capitaux et des dirigeants, seul le critère de participation au développement de l'économie, à la création d'emploi, à la formation des cadres préoccupe les pays en développement. Souci légitime, car l'État veut s'appuyer sur les entreprises pour appliquer sa politique de développement. C'est d'ailleurs la contrepartie de toutes les faveurs et mesures incitatives qu'offrent tous les États du tiers-monde aux investisseurs.

Par voie de conséquence, n'est pas digne de la nationalité, l'entreprise qui ne fait que profiter de tous ces avantages fiscaux et des impositions sociales généreuses pour rapatrier le maximum de profits.

62. L'entreprise citoyenne - En réalité, les pays africains attendent des entreprises un comportement citoyen. À cet égard, on parlerait dans les pays de concept de citoyenneté au lieu de nationalité. Le patriotisme économique sera une référence non négligeable dans la recherche du concept de citoyenneté de l'entreprise.

d - Autres critères

63. L'incorporation - À côté des critères précédents, les pays anglo-saxons utilisent le critère de l'incorporation qui n'a aucun succès en Afrique. Celui-ci rattache la société au pays selon la loi duquel elle a été constituée et/ou elle a été enregistrée afin d'obtenir la personnalité morale, même si son siège social réel est situé dans un autre pays.

64. Le centre d'exploitation - Mention peut également être faite du critère du centre d'exploitation qu'aucune législation n'utilise et qui pose d'énormes difficultés en cas de pluralité de sites.

III - Changement de nationalité

65. Sur quelle base ? - Il est exceptionnel mais possible qu'une société change de nationalité. Ce changement dépendra du critère retenu. Il va se faire soit suite à une modification du contrôle, si ce critère est retenu,

soit suite au transfert international du siège social (V. *BISCHOFF, Observations sur la nationalité du transfert international du siège social, Mélanges BASTIAN, Vol. I, p. 23* ; V. égal. *BATFFOL, Le changement de nationalité des sociétés, Trav. Com. Franc. de DIP 1966-69 p. 65*). Sur ce dernier point la doctrine est divisée. Pour certains auteurs, en l'absence d'une convention sur la reconnaissance mutuelle des personnes morales, tout transfert international de siège social entraîne nécessairement dissolution de la société transférée et création d'une personne morale nouvelle (*PILLET, Les personnes morales en droit international privé*). D'autres, opinions (V. Y. *LOUSSOUARN et P. BOUREL, Droit international privé n° 709 p. 782*) vont dans le sens d'une survie de la personnalité morale après le transfert ; d'autant plus que sur le plan juridique, aucun texte ne s'y oppose et que par ailleurs, cette survie se justifie par des intérêts pratiques évidents.

Le changement de nationalité d'une société peut également résulter d'une mutation de souveraineté. C'est le problème qui s'est posé à l'accession des États africains à l'indépendance (V. *L'affaire C.C.R.M.A. Cass. Civ. 1^{re}, 30 mars 1971 Rev. crit. D.I.P. 1971-451, note P. LAGARDE, J.C.P 1972 II 17101 note B. OPPETIT*).

§2 - Patrimoine

66. L'existence d'un patrimoine autonome de la personne morale. - La société étant une personne juridique, elle a nécessairement un patrimoine d'affectation distinct de celui des associés. Ce patrimoine est une universalité de droit qui comprend tous les droits et obligations unis par une affectation commune à l'intérêt propre du groupement. Faut-il attribuer la personnalité morale à tout groupement pourvu d'un patrimoine d'affectation ? L'autonomie du patrimoine n'empêche pas les membres de la personne morale de s'engager à contribuer aux dettes sociales sur leurs biens personnels. Cette obligation au passif peut être source de crédit pour le groupement personnifié, de même qu'elle peut être considérée comme un élément révélateur de l'existence de la personne morale.

Comme tout patrimoine, celui des personnes morales comprend un actif et un passif. Ce patrimoine social n'est pas à confondre avec le capital social. Le premier est variable et comprend l'ensemble des droits et obligations de la société, tandis que le second est soumis au principe de l'intangibilité et représente les apports faits par les associés.

A - Composition du patrimoine social

67. Passif, actif. - Comme dans tout patrimoine, figurent à l'actif tous les droits réels, réels et personnels, fruit de l'activité sociale. Mais les ressources du groupement peuvent provenir d'une affectation initiale

lors de sa constitution, soit sous la forme d'une dotation irrévocable (*le cas des fondations*), soit sous la forme d'apports en numéraire ou en nature (*pour les sociétés et d'autres groupements privés ou publics, en particulier les associations, les syndicats et surtout les groupements d'intérêts économiques*). Les ressources de ces groupements privés non sociétaires peuvent être complétées ou constituées de cotisations versées par les membres. L'obligation de faire des apports ou de cotiser peut coexister avec l'obligation au passif, ce qui renforce la capacité de la personne morale à répondre de ses engagements.

Les biens en nature peuvent être affectés au groupement en propriété ou nue-propriété, en usufruit ou bien seulement en jouissance. Le capital de la société ou du groupement est un élément de son patrimoine.

68. Distinction capitaux propres et capital social.

Certains éléments font partie du capital social stricto sensu tandis que d'autres relèvent des capitaux propres.

À sa constitution la société reçoit des biens en apport dont elle sera propriétaire sauf le cas d'apport en jouissance d'un bien en nature. La valeur de ces apports qui constituent le capital social sera inscrite en première ligne au passif du bilan. C'est une représentation abstraite de cette valeur.

On retrouve également au passif les dettes de la personne morale. En effet, à compter de l'immatriculation, la société est redevable sur son patrimoine propre vis-à-vis des créanciers sociaux. C'est d'ailleurs pour cette raison que le capital social est placé au passif de la société. Il représente une dette de la société à l'égard des associés. Mais cette dette ne sera exigible qu'à la liquidation de la société. Par conséquent les associés ne peuvent pas réclamer leurs créances en cours de vie sociale à cause du principe de fixité du capital. Néanmoins un départ volontaire de la société reste toujours possible par application des règles relatives à la cession d'actions ou des parts sociales. Leur créance à l'égard de la société est de nature particulière. En effet, le capital social étant avant tout le gage minimum des créanciers sociaux, ces derniers ne pourront prétendre y avoir droit qu'après avoir donné au préalable satisfaction aux créanciers. C'est une créance de dernier rang puisque l'associé se classe après les créanciers chirographaires (*V. COZIAN-VIANDIER-DEBOISSY op. cit. n° 303 p. 109*).

Au cours de sa vie sociale le patrimoine de la société peut varier. Le capital social peut subir des mouvements de hausse ou de baisse. Mais et surtout la société peut acquérir des biens au cours de son exploitation qui constituent sa fortune ; et qui seront inscrits à l'actif du bilan. Contrairement au capital social qui est intangible, ces éléments sont variables selon que la société fait de bonnes ou de mauvaises affaires.

Au-delà de la composition du patrimoine c'est le problème de son autonomie qui permet d'apprécier l'importance de la personnalité morale.

B - Autonomie du patrimoine de la personne morale

69. Les conséquences de l'autonomie du patrimoine.

- La société se caractérise par une mise en commun d'apports sans créer une indivision entre les apporteurs ; les associés ne sont pas copropriétaires des biens apportés à la société ; seule cette dernière en a la propriété ou la jouissance. Comme conséquence de cette autonomie patrimoniale, les créanciers de la société ne sont pas des créanciers des associés, et ceux des associés ne peuvent pas agir contre la personne morale, sauf dans le cadre de l'action oblique. Il ne s'opère aucune compensation entre les créances de la personne morale et les dettes personnelles de ses membres et vice-versa. Comme conséquence de cette autonomie patrimoniale, les biens de la personne morale sont réservés au paiement de ses créanciers dont ils constituent le gage exclusif, à l'abri de la poursuite des créanciers personnels des associés ou des membres. Cette autonomie de l'actif se justifie par le fait que les biens affectés à l'actif du groupement le sont dans son intérêt propre dont la poursuite rend le groupement opposable aux tiers, notamment les créanciers personnels des associés.

70. L'autonomie patrimoniale appliquée au passif.

- Appliquée au passif, l'autonomie patrimoniale varie en fonction des droits des membres sur le patrimoine de la personne morale. En présence d'un groupement poursuivant un but désintéressé, il est normal que les biens personnels de ses membres ne servent pas à éponger les dettes de l'entreprise personnifiée et qu'ils soient à l'abri des poursuites des créanciers de l'entité juridique : les associations, les syndicats et les fondations. À l'inverse, lorsque le groupement poursuit un but intéressé, la vocation de ses membres à répondre indéfiniment des dettes en cas d'insuffisance de l'actif social est justifiée par le profit qu'ils tirent directement des biens résultant de l'activité du groupement sous la forme de bénéfices ou de boni de liquidation. Selon la nature du groupement, leur responsabilité est indéfinie et conjointe ou indéfinie et solidaire. La responsabilité conjointe veut dire que chacun est tenu des dettes sociales au prorata de ses droits (*C'est le cas actuel notamment pour les sociétés civiles dans le droit français, art. 1857 C. civ., non encore régies par le droit OHADA*). À titre de comparaison, mention peut être faite de la société civile professionnelle en France (*Loi n° 66-879 du 29 nov. 1966, art. 15*) dont les associés sont solidairement responsables du passif de la société.

Dans le droit OHADA actuel, la responsabilité solidaire s'applique aux sociétés en nom collectif, aux associés commandités et aux membres des GIE dotés d'une personnalité juridique et auxquels on peut étendre la procédure collective ouverture contre le groupe. Cependant, l'Acte uniforme a adopté des types

de sociétés dont la forme limite la responsabilité au montant de leur apport. En ce qui concerne le droit africain, ne sont visées que la SA et la SARL qui sont des sociétés à risques limités.

71. Fictivité de la personne morale, confusion de patrimoine. - L'autonomie du passif de la personne morale cède parfois vis-à-vis des comportements des associés ou des dirigeants. En effet, la limitation de responsabilité joue tant que l'autonomie d'action et de patrimoine du groupement est respectée. Il s'ensuit que le principe de la limitation de responsabilité est battu en brèche en cas de fictivité de la personne morale ou de confusion du patrimoine social avec les patrimoines personnels (*CCJA, 1^{re} chambre (3 arrêts), arrêt n° 18 du 31 mars 2005, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 5, janvier-juin 2005 vol. 1 p. note M. BROU KOUAKOU*). C'est ce qui justifie l'extension au dirigeant indélicat de l'extension de la procédure collective ouverte contre la personne morale, lorsque le dirigeant de droit ou de fait a provoqué l'insuffisance de l'actif en agissant dans son intérêt personnel, à tout le moins, un intérêt distinct de celui fixé dans l'acte constitutif.

72. Conséquence de l'existence d'un patrimoine autonome. - L'une des conséquences de l'existence d'un patrimoine autonome pour la personne morale est la possibilité qu'elle soit soumise à une procédure collective. Toutes les formes de sociétés et GIE sont concernées. Ces groupements de droit privé ne peuvent être soumis à la procédure collective qu'autant qu'ils jouissent de cet attribut au moment où la procédure est déclenchée. L'absence de personnalité morale empêche l'application de la procédure collective aux sociétés et aux groupements constitués mais non publiés ou non déclarés. Tel est l'exemple de la société en participation (sans personnalité juridique et par conséquent sans patrimoine propre) ou de la société dissoute. Mais la jurisprudence admet le déclenchement de la procédure collective tant que la société dissoute n'a pas été liquidée, puisqu'il est admis en droit positif que la personnalité morale est maintenue jusqu'à la clôture des opérations de liquidation.

En cas de procédures collectives frappant la personne morale, les associés des sociétés à risques limités ne sont pas directement touchés. L'écran de la personnalité morale est ici opaque. Les associés ne sont pas systématiquement tenus de combler l'insuffisance d'actif, sauf si la preuve de leur faute est apportée. Cependant, cette séparation de patrimoine est à relativiser dans certains types de sociétés.

73. La transparence passive - En effet dans les sociétés de personnes, les sociétés civiles et les GIE, il existe une transparence passive de la personnalité morale. De ce fait, les créanciers sociaux peuvent en cas d'insuffisance de l'actif social poursuivre les membres ou associés sur leurs biens propres sans que l'inverse soit

possible ; en d'autres termes, les créanciers personnels de ces membres ou associés n'ont aucun droit sur le patrimoine social (*sauf recours à l'action oblique si la personne morale est débitrice de leurs débiteurs*).

74. Une autonomie relative - L'autonomie patrimoniale est également à relativiser dans les sociétés unipersonnelles dans lesquelles l'associé doit parfois se porter garant pour permettre à la personne morale d'obtenir un crédit. Il engage alors ses biens personnels soit en se portant caution, soit en offrant des garanties réelles. La séparation du patrimoine risque alors d'être une vue de l'esprit.

L'autonomie patrimoniale est également à relativiser dans les groupes de sociétés, car les sociétés mères et les sociétés filles sont autant de personnes morales distinctes (*Cass. com. 24 mai 1982, Rev. soc. 1983, 361 note J. BEGUIN ; Cass. com. 4 novembre 1987, Rev. soc. 1988, 393 P. Le CANNU*).

Toutefois, la jurisprudence fait souvent triompher le réalisme économique sur l'abstraction juridique. Parfois elle condamne la société avec ou à la place de la filiale. Les motifs de cette condamnation sont divers et variés : la société mère commet une faute en laissant croire qu'elle paierait les dettes de la filiale, or lorsqu'elle entretient une confusion entre les deux patrimoines ou encore lorsqu'elle exerce la direction de droit ou de fait de la filiale (*CA Versailles 27 octobre 1988, J.C.P. E 1989, II. 15 423 A. VIANDIER et J.J. CAUSSAIN Cass. com. 18 octobre 1988 Bull. Joly 1988, 923, note P.L.C n° 18*). Même dans les sociétés isolées, l'autonomie du passif cède le pas en cas de confusion de patrimoine social et des biens personnels des associés ou des dirigeants.

75. L'autonomie patrimoniale cède le pas devant l'unité économique. N'aurait-il pas été plus cohérent de faire coïncider ces deux en reconnaissant la personnalité morale au groupe de société ? L'Acte uniforme n'a pas osé faire ce pas qui aurait eu un impact décisif sur le rôle et l'évolution de la personnalité morale.

§3 - Capacité juridique des personnes morales

76. Une fois que les personnes morales ont été reconnues, se pose le problème de la détermination des prérogatives dont elles peuvent jouir, et de leur capacité à ester en justice et à être responsable vis-à-vis des tiers.

A - Prérogatives des personnes morales : Le problème de la jouissance des droits

77. Dans les rapports avec les tiers, il existe deux prérogatives dont peuvent être investies les personnes morales : les droits subjectifs et les pouvoirs.

78. La capacité de jouissance. - Logiquement, pour la jouissance des droits, les personnes morales doivent être soumises aux mêmes règles de capacité que les personnes physiques, notamment à celle selon laquelle la capacité est le principe et l'incapacité l'exception. En effet, faute de dispositions propres aux sociétés, les règles civilistes régissant la capacité doivent s'appliquer. Une société dotée de la personnalité morale a l'aptitude d'être titulaire de tous droits pécuniaires et extra-pécuniaires sous réserve des limites imposées par la loi et les statuts. Le principe d'égalité devant la loi devrait s'appliquer aux personnes morales, non seulement entre elles, mais également avec les personnes physiques (*V. à titre de comparaison une décision du Conseil constitutionnel français n° 89-254 DC du 4 juill. 1989, Rev. sociétés 1990, 27, note Y. GUYON*).

Toutefois cette égalité n'étant pas absolue, une différence de traitement légitimement justifiée par la nature et le type de groupement peut être admise par le législateur entre les différentes catégories de personnes morales. Le principe de spécialité des personnes morales est la limite naturelle de la capacité de jouissance des droits extra-droits extrapatrimoniaux et patrimoniaux

79. Jouissance des droits extrapatrimoniaux. - On a souvent contesté aux personnes morales la jouissance des droits protégeant l'individualité des personnes physiques, qu'on appelle les droits de la personnalité, parce qu'ils paraissent indissociablement liés à une existence physique. Pourtant, il a été admis depuis quelques années déjà que certains d'entre eux sont détachables d'une existence corporelle pour être reconnus aux personnes morales. Les groupements personnalisés doivent jouir de tous les droits extrapatrimoniaux qui marquent leur autonomie en tant que personne morale.

Comme une personne physique, la personnalité juridique permet à un groupement d'invoquer l'atteinte à la vie privée, de bénéficier de la liberté d'établissement et du droit d'association limité par la prohibition des abus de position dominante ou des ententes illicites qui ont pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence au niveau national ou communautaire. Elle bénéficie de tous les droits et libertés fondamentaux reconnus aux personnes physiques. Elles ont droit à la défense de leur honneur, ce qui leur permet d'obtenir réparation pour atteinte à l'honneur ou à leur crédit par le biais des injures ou de la diffamation (*Cass. crim. 12 oct. 1976, Bull. crim n° 287, Cass. com 6 nov. 1979, D. 1980, IR 416, obs. Ch. LARROUMET*).

Il a été jugé par exemple qu'il y a atteinte à l'image de la marque de la société en raison de l'utilisation de ses produits dans un film pornographique (*Cass. com. 6 mars 1979, D. 1980, IR, 416, obs. Ch. LARROUMET*), ou par les agissements frauduleux de son gérant. La jurisprudence étrangère leur accorde le droit à l'indemnisation pour tout préjudice moral dont elles peuvent souffrir à l'exception de celui résultant de la douleur que leur nature rend impossible (*CA Montpellier, 4 fév.*

1924, DP 1924. 2. 33, note H. Lalou). Toutefois, il a été jugé qu'une société peut être victime d'une violence constitutive d'un vice de son consentement lorsque cette violence a été exercée sur ses dirigeants (*Cass. Soc. 4 nov. 1984, Bull. V n° 423*).

Une personne morale peut être victime d'une discrimination raciale, ethnique ou religieuse lorsque celle-ci concerne l'un de ses membres, de même qu'elle peut se prévaloir d'un droit au respect de sa vie privée et obtenir réparation d'une atteinte résultant de l'installation clandestine d'un système d'écoute (*Il s'agissait d'une solution retenue par la jurisprudence française à propos d'une association mais que l'on peut transposer aux sociétés : CA Limoges 4 mars 1988, Bull. inf. Cour cass. 1988 n° 267*).

Parmi les droits extrapatrimoniaux protégés, on peut signaler le nom de la personne morale, commercial ou civil, dont la protection est assurée par l'action en concurrence déloyale en cas d'usurpation ou de risque de confusion avec une appellation voisine ou identique. Toute personne morale dispose d'un droit privatif sur son nom qui l'autorise à en interdire l'utilisation par un tiers s'il y a risque de confusion. Il en est de même pour le sigle qui mérite la même protection.

Comme les êtres humains, les personnes morales peuvent protéger leur domicile. Le domicile est également un élément significatif de l'autonomie de la personne morale. Dès lors, elles peuvent interdire l'accès des locaux qui leur servent de siège social ou de lieu d'exploitation de leur activité aux intrus.

80. Capacité de jouissance des droits patrimoniaux. Grâce à la personnalité morale, les groupements qui en sont pourvus peuvent, à l'instar des personnes physiques, être titulaires de droits réels et personnels, activement comme passivement. Une personne morale de droit privé comme de droit public peut acquérir ou souscrire des parts ou actions d'autres sociétés.

Mais cette capacité est parfois limitée par la nature particulière des personnes morales. Ainsi, le législateur a limité à trente ans l'usufruit des personnes morales à cause de la possibilité de leur prorogation de durée de manière indéfinie. De même, une société civile ne peut pas exercer une activité commerciale

En outre, la capacité des personnes morales doit être limitée par le principe de spécialité définie par la loi et par les statuts. La personne morale ne pouvant agir que dans la limite de l'intérêt qui justifie sa création, il est fort logique que cette spécialité marque les limites de sa capacité, sans toutefois oublier que l'objet statutaire est toujours largement défini, et que les statuts peuvent être modifiés à tout moment.

La spécialité légale circonscrit le champ d'action des personnes morales, et par conséquent limite l'étendue de leurs prérogatives à la réalisation de l'objet et du but du groupement tels que définis par la loi. Ainsi, le GIE ne peut avoir pour but exclusif que de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres

(art. 869 de l'Acte uniforme), ou l'association ne peut agir que dans un but autre que celui de partager des bénéfices ; dans la même veine, un syndicat ne peut agir que pour la défense des intérêts de ses membres. Dans le cadre des lois internes à chaque pays, mention doit être faite des incapacités spéciales aux fondations et associations qui ne peuvent recevoir des dons et legs qu'après une autorisation administrative.

81. Quant à la spécialité statutaire. - L'objet statutaire définit le programme d'activités de la personne morale, et limite corrélativement sa capacité. Même si l'objet est largement défini, la personne morale ne peut agir au-delà des activités prévues dans l'acte constitutif. En outre, les statuts peuvent interdire certaines catégories d'actes, ce qui est synonyme d'une incapacité statutaire.

Les actes accomplis en violation des limitations légales ou conventionnelles sont irréguliers, et sont susceptibles d'engager la responsabilité de la personne morale à l'égard des tiers qui sont dans certains cas protégés par la théorie de l'apparence. Mais cette dernière étant fondée sur la croyance légitime, elle sera facilement retenue en cas de contravention au principe de spécialité conventionnelle, à l'inverse, rarement admise dans l'hypothèse lorsque la violation touche le principe de spécialité légale, sauf des cas particuliers des sociétés à risques illimités où la loi prévoit l'opposabilité aux tiers des actes des dirigeants dépassant l'objet social.

Le principe de spécialité qui est d'une importance mineure dans les relations avec les tiers garde toute son importance dans l'ordre interne. Où il permet de prendre des sanctions civiles et/ou disciplinaires contre les dirigeants coupables de dépassement ou de détournement de pouvoir.

B - Action en justice

82. Dirigeant mandataire de la société ou des associés ?- La société ou le groupement a la capacité d'agir en justice tant en demande qu'en défense (*TGI Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), Jugement n° 74 du 4 avr. 2004, OHADA J-05-234*). Pour exercer et défendre ses droits, la personne morale doit avoir recours aux êtres humains pour exprimer sa volonté et pour exercer leur activité externe. En raison de leur nature abstraite, les personnes morales sont frappées d'une incapacité d'exercice de fait. Les dirigeants de la personne morale ont un pouvoir de représentation qui pendant longtemps a été justifié par le mandat. Le dirigeant est présenté comme un mandataire social ou légal (*CA Abidjan arrêt n° 744 du 14 juin 2002, Obadata J-03-11, obs. J. ISSA SAYEGH*). Mais la notion de mandat est inadaptée aux fonctions de représentation des dirigeants. La doctrine considère que le dirigeant ne peut pas être le mandataire des associés puisqu'il agit au nom et pour le compte de la société, ni pour la société qui n'a pas de volonté propre. Or, le mandat met en présence deux volontés.

La préférence serait alors donnée à l'institution. La représentation de la société est assurée par les organes institués par la loi (V. *Ph. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, Dalloz, 6^e éd. N° 94*).

83. Droit d'ester en justice- Comme tout plaideur, il suffit de justifier d'un intérêt légitime et de sa qualité à agir pour ester en justice. L'intérêt est apprécié largement sans pour autant autoriser la personne morale à agir lorsque le préjudice est subi personnellement par les associés ou membres. Cependant, une délégation de compétence dans l'intérêt particulier des membres d'un syndicat est reconnue en droit. Cette compétence processuelle qui peut s'étendre aux autres groupements tels que les associations ou les groupements d'intérêt économique est limitée à l'action civile.

La société peut se constituer partie civile. Dans ce cas les tribunaux apprécient de manière stricte l'intérêt personnel, actuel et direct que la société peut avoir à déclencher la poursuite. En revanche, il a été jugé qu'une société ne peut se porter partie civile lorsque l'infraction principale a été commise par l'un des dirigeants (*Cass. crim. 10 janv. 1974, 2, 550*).

84. Compétence. - Au-delà de la compétence des juridictions pour connaître des litiges entre la société ou ses associés et les tiers, se pose celui de la compétence des personnes morales.

Dans le premier cas, on retrouve à propos des personnes morales, la distinction classique entre compétence d'attribution et compétence territoriale avec, à quelques nuances près, les mêmes difficultés et les mêmes solutions que dans l'étude des litiges entre commerçants et non commerçants. Les groupements sont investis du pouvoir d'agir en justice au nom de l'intérêt général dans les limites matérielles et territoriales de l'activité.

Dans la seconde approche, la notion de compétence est utilisée en droit public pour désigner une activité d'intérêt général. En droit privé, la notion de compétence est connue à propos des syndicats qui peuvent être autorisés en justice à défendre l'intérêt collectif d'une profession, ou des associations constituées pour la défense des causes diverses (*V. en droit français les associations de lutte contre le racisme, l'association pour la défense des intérêts des consommateurs avec l'art. L. 421-1 C. cons. etc.*).

Dans l'ensemble, le principe étant qu'une personne morale, notamment une société n'agit que pour défendre son intérêt, elle ne peut agir en justice pour exercer et faire valoir les droits individuels de ses membres.

C - Responsabilité des personnes morales

85. L'une des conséquences de l'autonomie de la personnalité morale est de faire du groupement qui la possède un sujet de droit qui répond de ses fautes

civiles et pénales. Les solutions retenues en droit français peuvent servir de référence au juge africain confronté aux mêmes problèmes.

I - Responsabilité civile

86. Les personnes morales sont tenues de répondre de leurs faits dommageables. Il s'agira surtout des actes fautifs des représentants légaux ou des fautes commises par leurs préposés dans l'exercice de leurs fonctions.

87. Responsabilité du fait des représentants légaux. - La responsabilité civile de la personne morale peut être engagée à l'occasion de l'exécution d'un contrat ou d'un quasi-contrat (gestion d'affaires) par ses membres ou par des tiers liés à elle par un contrat. Les représentants légaux étant des organes de la société, leur faute est admise comme une faute commise par la société elle-même.

La responsabilité du fait des dirigeants peut également être délictuelle sur le fondement de l'article 1382, mais plus exactement sur celui de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil français. C'est sur la base de ce texte que la jurisprudence française a reconnu que les personnes morales (en l'occurrence une association sportive) répondent des personnes dont elles ont la garde dès qu'elles sont investies du pouvoir d'organiser, de diriger et de contrôler leur activité (*Cass. 2^o civ. 22 mai 1995, Bull. Civ. II, n^o 155, RTD civ. 1995, 899, obs. P. JOURDAIN*).

Une condamnation des personnes morales pour troubles de voisinage (*art. 1382 C. civ.*) est envisageable, de même qu'une personne morale peut répondre des dommages causés par les choses et les animaux (*art. 1385 al. 1^{er}, Cass. 2^o civ. 22 fév. 1984, D. 1985, 19, note E. AGOSTINI*) dont elles ont la garde. Cette dernière hypothèse est une responsabilité de plein droit.

88. Responsabilité du fait des préposés. - La responsabilité de la société ou du groupement peut être délictuelle lorsqu'elle répond du fait de ses proposés sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, notamment les salariés. Encore faut-il introduire cette distinction qui divise la jurisprudence et la doctrine, entre la faute commise dans l'exercice des fonctions et celle commise par le préposé « agissant sans autorisation à des fins étrangères à ses attributions, ... et se plaçant hors des fonctions auxquelles il était employé » (*Cass. ass. plén. civ 15 nov. 1985, JCP. 1986, II, 20568 note G. VINEY; Cass. crim. 23 juin 1988, BRDA 1988/19 p. 6*).

Selon la jurisprudence française, le préposé engage sa responsabilité personnelle vis-à-vis des tiers lorsqu'il agit hors des limites de la mission qui lui a été impartie (*Cass. ass. plén., 25 fév. 2000, RJDA 5/00 n^o 614*)

89. Les recours de la personne morale. - Les personnes morales qui ont réparé les fautes de leurs dirigeants ou préposés disposent contre eux d'un recours dont l'exercice est limité aux hypothèses où ils n'ont pas respecté l'intérêt social ou ont agi en dehors de toute subordination.

II - Responsabilité pénale des personnes morales

90. Absence de texte communautaire - Le Droit OHADA ne contient pas de dispositions comparables à l'article 121-2 du Code pénal français qui dispose : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement [...] dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants [...] ». Mais il ne doute pas que l'évolution postérieure conduira inexorablement vers la consécration d'une responsabilité des personnes morales.

Les personnes morales sont souvent à l'origine d'atteintes graves aux biens, à l'environnement, à la santé publique. L'immunité pénale (*Cass. crim., 8 mars 1883, D.P. 1884, I, 428*) est d'autant plus choquante qu'elles disposent souvent de grands moyens financiers. Il n'y a en principe aucune raison de faire supporter systématiquement la responsabilité des personnes morales à leurs représentants qui parfois ignorent les infractions commises.

Les sociétés ou groupements ne peuvent être pénalement responsables que s'ils sont dotés de la personnalité morale, ce qui exclut les sociétés en formation, les sociétés en participation et les sociétés créées de fait ou les GIE non immatriculés.

En ce qui concerne la société en attente d'immatriculation, on peut s'interroger sur l'éventuelle reprise des infractions commises par les premiers dirigeants pendant la période de formation. La solution adoptée en droit français permet de donner une réponse négative à cette interrogation. En effet, il ressort de l'article 121-2 al. 1 que la société ne peut être responsable pénalement que des infractions commises par leurs organes ou représentants. Or, pendant la période antérieure à l'immatriculation, la personne morale n'existant pas juridiquement encore, elle ne peut avoir d'organes ni de représentants (*Cass. com. 9 avril 1991, RJDA 7/91 n^o 595*). Outre mesure, les articles 106 et suivants de l'Acte uniforme ne traitent que de la reprise des actes et engagements. La jurisprudence française a décidé par exemple que les délits n'étaient pas susceptibles d'être repris (*CA Paris, 24 fév. 1977, D. 1978, 32, note J. - C. BOUSQUET; Rev. soc. 1978, 471, note D. RANDOUX*)

91. Sanctions envisageables. - Les personnes morales devront être responsables tant en qualité d'auteur principal que de complice. Elles s'exposent à des sanctions qui tiendront compte de leur nature : amende, dissolu-

tion, fermeture d'établissement, interdiction d'activité. La peine d'emprisonnement étant inadaptée, elle ne touchera les dirigeants que si la preuve de leur faute pénale est rapportée.

92. Conditions de la responsabilité. - La responsabilité pénale des personnes morales ne peut être engagée que si les infractions punissables ont été commises par leurs représentants ou organes. Il s'agit essentiellement des dirigeants (gérant, administrateur général, président du conseil d'administration, directeurs généraux). Une zone d'incertitude demeure quant aux infractions commises par les dirigeants de fait. Leur impunité peut encourager les dirigeants de droit à se servir de leur masque pour commettre des délits qui seront sans conséquence pour le groupement. Encore faut-il que ces dirigeants ou mandataires aient agi pour le compte de la personne morale (*Y. GUYON, Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles d'encourir une responsabilité pénale? Rev. sociétés 1993, 235; I. URBAIN-PARLEANI, Les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. sociétés 1993.239*).

93. Opposition organes de gestion organes de contrôle. - Le fonctionnement normal d'une société suppose la mise en place des organes nommés selon les règles statutaires ou légales communes aux personnes morales tout en tenant compte des règles générales propres à chaque type d'organe. L'organisation des pouvoirs au sein d'une personne morale ravive l'opposition entre partisans de la théorie de l'institution et de celle du contrat. Quoi qu'il en soit, une opposition marquée tend à opposer aujourd'hui les organes de gestion et ceux du contrôle de la gestion. Cela fait écho à la séparation des pouvoirs.

§4 - Exercice des droits par les organes de gestion

94. Appellation variable - La personne morale étant un être fictif, elle s'exprime à travers ses organes et ses représentants qui exercent ses droits. Les commissaires aux comptes, les assemblées générales d'associés exercent un pouvoir de contrôle tandis que la gestion est l'œuvre des organes dont l'appellation varie en fonction des types de sociétés. Les règles gouvernant leur désignation et révocation sont également variables suivant la forme des sociétés. Ils assument la gestion interne et externe de la société et ont à cet égard des pouvoirs très étendus pour agir dans l'intérêt de la société. Lorsque l'intérêt social n'est pas respecté, les dirigeants engagent leur responsabilité.

A - Désignation et la révocation des dirigeants

95. La démocratie semi-directe dans les sociétés

- La société connaît la démocratie semi-directe où le peuple élit ses représentants. En effet, selon la taille de la société, c'est la collectivité des associés ou l'associé unique qui désigne ses dirigeants.

Dans certaines sociétés de dimensions familiales, le pouvoir est étroitement lié à la détention de la propriété du capital. Mais dans les grandes SA, le pouvoir n'est pas nécessairement lié à la propriété. Il s'en détache souvent pour être confié à des managers professionnels qui ne détiennent pas forcément une part du capital social. Cette catégorie de dirigeants peut être facilement révoquée par l'assemblée des associés suivant les règles propres à chaque société.

En revanche, lorsque le dirigeant détient une part importante du capital social, l'exercice de la démocratie est en quelque sorte paralysée, car le pouvoir de révocation devient une coquille vide.

Le gérant d'une SARL pluripersonnelle qui possède au moins la moitié du capital social ne peut être révoqué par ses coassociés (*Il est toujours possible d'avoir recours à la révocation judiciaire.*).

Les actes de nomination ou de révocation des dirigeants sont soumis à la publicité qui les rend opposables aux tiers. Cette publicité est faite au RCCM (*article 124 de l'Acte uniforme*). C'est une formalité qui protège les tiers, car ni la société, ni les tiers eux-mêmes ne peuvent se prévaloir de l'irrégularité d'une nomination régulièrement publiée. Une publicité régulièrement faite entraîne une purge des vices de nomination (*Il est toujours possible d'avoir recours à la révocation judiciaire.*)

B - Pouvoirs des organes de gestion

96. La hiérarchie - Depuis l'arrêt Motte (*Cass. com. 4 juin 1946, S. 1947, 1, 153 note BARBRY; JCP 1947, II, 35 18, D. BASTIAN*) deux principes gouvernent les rapports entre les organes des personnes morales : la hiérarchie et la spécialisation des organes. C'est surtout à propos de la hiérarchie que les thèses du contrat et celle de l'institution vont s'affronter à nouveau.

Au XIX^e siècle, on s'est servi du modèle contractuel pour expliquer la hiérarchie des organes. Les pouvoirs appartiennent à l'assemblée des associés qui, par mandat, en délègue une partie aux dirigeants appelés d'ailleurs mandataires sociaux.

Mais au XX^e siècle, la hiérarchie des organes s'explique par la théorie de l'institution. L'assemblée des associés a toujours le pouvoir de prendre des décisions importantes tandis que la loi investit les dirigeants de tous les autres pouvoirs. C'est encore la loi qui confère un rôle spécifique aux organes de contrôle, ce qui fait qu'il n'y a pas de chevauchement de pouvoir entre les différents organes.

Mais tout est relatif, car la loi et les statuts définissent les pouvoirs internes et externes des différents organes.

I - Pouvoirs internes

97. L'étendue des pouvoirs internes - Les pouvoirs internes des dirigeants sociaux sont librement déterminés par les statuts. Ils assument la direction économique, juridique de l'entreprise. C'est à eux qu'incombe la gestion quotidienne de l'entreprise. Les organes de gestion exercent ces pouvoirs de façon collégiale ou individuelle.

Dans les SA on rencontre plusieurs cas de figure. Cette société peut-être gérée par un conseil d'administration qui nomme un président-directeur général (*Celui-ci assume la direction générale de la société*) au sein de ses membres, ou un président du conseil d'administration et un directeur général. Lorsqu'il s'agit d'une SA dont le nombre d'actionnaires est inférieur ou égal à trois associés, il est possible de se passer du conseil d'administration pour ne désigner qu'un administrateur général. Celui-ci joue sous sa responsabilité, les fonctions d'administration et de direction de la société.

Les SNC, les SCS et les SARL sont dirigées par un ou plusieurs gérants. En cas de pluralité de gérants les décisions ne sont pas collectives.

Quel que soit le cas considéré, les pouvoirs internes des dirigeants peuvent subir des limitations conventionnelles. Des clauses statutaires peuvent subordonner l'accomplissement de tel ou tel acte à une autorisation préalable de l'assemblée des associés ou d'un organe spécial ; comme elles peuvent interdire certaines opérations. Mais ces limitations conventionnelles de pouvoirs ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi (*article 123 alinéas 2*). Le dirigeant fautif engage sa responsabilité vis-à-vis de la société pour les conséquences dommageables de ses actes, en même temps qu'il s'expose à des sanctions disciplinaires : la violation d'une disposition statutaire est un juste motif de révocation.

Les dirigeants sont naturellement limités par les compétences réservées aux autres organes sociaux. Ils ne peuvent pas par exemple prendre des décisions modifiant les statuts.

II - Pouvoirs externes

98. Les pouvoirs des dirigeants et l'intérêt social - Si les pouvoirs internes sont laissés à la libre appréciation des statuts, seule la loi limite la sphère de compétence des dirigeants sociaux dans les rapports avec les tiers.

L'un des objectifs de l'Acte uniforme est sans doute d'assurer la protection des tiers. Ceux-ci n'ont pas à consulter les statuts ou le RCCM pour vérifier les pouvoirs de ceux qui détiennent la signature sociale. À l'égard des tiers, les dirigeants disposent de tous les pouvoirs pour agir en toutes circonstances au nom de la société. L'article 121 de l'Acte uniforme consacre cette omnipotence des dirigeants en même temps qu'il

dresse certaines rampes protectrices des tiers. En effet, il ressort de ce texte qu'à l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par le présent Acte Uniforme pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers.

La loi ne confère pas aux dirigeants des pouvoirs sans partage. Ils sont limités dans tous les cas par l'intérêt social et dans certains cas seulement par l'objet social.

a - Non-conformité à l'intérêt social

99. Abus ou détournement de pouvoir. - Si l'acte d'un dirigeant n'est pas conforme à l'intérêt social défini par la société, on est en présence d'un détournement ou d'un abus de pouvoir. Quelle sanction infliger à ce comportement qui ne relève que de l'intérêt personnel ? Outre les éventuelles sanctions pénales applicables, la nullité de cet acte peut-être invoquée aussi bien par la société que par les tiers cocontractants, sans préjudice d'une action en responsabilité (*CF. COZIAN-VIANDIER et DEBOISSY. Op. cit n° 559*).

b - Dépassement de l'objet social

100. Distinction entre société à risques limités et société à risques illimités - L'objet social n'est pas une véritable limite aux pouvoirs des dirigeants sociaux dans toutes les formes de société. Une distinction est à faire selon qu'il s'agit du dirigeant d'une société à risques limités ou d'une société à risques illimités.

Le principe est posé par l'article 122 en déclarant que la société est engagée par les actes des organes de gestion, de direction et d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les sociétés à risques limités (SA, SARL) s'inscrivent dans cette logique.

Néanmoins, l'engagement de la société malgré le dépassement de l'objet social, est subordonné à la bonne foi du tiers contractant. La bonne foi est appréhendée ici dans le sens d'une ignorance légitime. Il faut prouver que le tiers ne savait pas que l'acte du dirigeant dépassait l'objet social. La bonne foi étant présumée, c'est à la société de faire la preuve de la mauvaise foi du tiers. Il lui incombe de démontrer que le tiers était au courant du dépassement de l'objet social ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances.

Mais la publication des statuts ne fait pas partie de ces circonstances. La société doit démontrer par exemple qu'elle était en relation constante d'affaires avec ce tiers.

101. Le gérant agissant ultra vires - Mais le cas des sociétés à risques illimités constitue une exception au principe de l'article 122 l'Acte uniforme. En effet, l'article 277 alinéa 2 dispose que dans ses rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social. A contrario, les actes dépassant l'objet social sont inopposables à la société. La loi protège cette fois-ci les associés qui ont une responsabilité illimitée contre les comportements anormaux de certains dirigeants. Il appartient donc aux tiers de vérifier les statuts de la société chaque fois qu'ils voudront passer un acte avec la société pour savoir s'il rentre ou non dans l'objet social. Le tiers imprudent peut à défaut de tout recours contre la société, puisque l'acte lui est inopposable, intenter une action en responsabilité contre le dirigeant qui a agi en dehors de l'objet social. Encore faut-il démontrer qu'il s'agit d'une faute personnelle, détachable de ses fonctions.

C - Responsabilité des dirigeants

102. Contrat et institution au cœur du débat. - Si on se place sur le terrain contractuel, les membres des organes sociaux sont des mandataires de la société envers qui ils encourent une responsabilité contractuelle. La théorie institutionnelle, au contraire donne à cette responsabilité une nature délictuelle. Les dirigeants sociaux malhonnêtes s'exposent à une responsabilité civile et éventuellement pénale.

I - Responsabilité civile

103. Différentes actions en responsabilité. - Trois séries d'actions sont susceptibles d'être engagées contre un dirigeant fautif : une action individuelle, une action sociale, et une action en responsabilité émanant des tiers.

a - Action d'origine interne

104. Responsabilité pour faute de gestion - Les dirigeants s'exposent à une responsabilité civile pour les fautes commises dans l'exercice de leur mandat social. Ces fautes sont nombreuses et variées. Il s'agit de toute violation des dispositions législatives et réglementaires applicables aux sociétés, du non-respect des clauses statutaires. C'est le cas du dirigeant de société qui viole une clause des statuts limitant ses pouvoirs.

Les dirigeants seront également poursuivis pour les fautes de gestion que la loi ne définit pas, mais que la jurisprudence apprécie par la conformité ou non de l'acte à l'intérêt social. Le gérant qui brade un bien de la société pour avantager sa maîtresse.

Les associés peuvent, selon la nature du préjudice,

intenter contre ces dirigeants imprudents une action individuelle et une action sociale.

1 - Action individuelle

105. Responsabilité du fait d'autrui - Un associé peut-être victime d'un préjudice que lui cause personnellement la faute commise par un organe social. Il peut demander réparation à l'auteur de la faute par le biais d'une action individuelle. Il faut caractériser le préjudice individuel (*Ce qui n'est pas le cas lorsqu'un associé invoque une baisse de valeur de ses titres due à la mauvaise gestion des dirigeants. Ce préjudice individuel n'est pas distinct du préjudice social : CF Cass. com. 1^{re} avril 1977, Bull Joly 1998, p. 650, note J.F. BARBIERI*).

L'action individuelle est définie par l'article 162 de l'Acte uniforme comme une action en réparation du dommage subi par un tiers ou un associé, lorsque celui-ci subit un dommage distinct du dommage que pourrait subir la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Le montant des dommages et intérêts alloués est versé dans le patrimoine personnel du demandeur. C'est l'une des différences majeures avec l'action sociale.

2 - Action sociale

106. L'action sociale ut universi et l'action sociale ut singuli - L'article 163 précise que l'exercice de l'action individuelle ne s'oppose pas à ce qu'un associé ou plusieurs associés exercent l'action sociale.

Lorsque la société subit un dommage, il incombe à ses dirigeants d'intenter l'action en réparation au nom de la société : c'est l'action sociale *ut universi*. Mais de toute évidence, les dirigeants n'agiront pas s'ils sont eux-mêmes coupables, sauf en cas de pluralité où un dirigeant non coupable peut intenter l'action contre les autres (cas de cogérants par exemple). Ou encore, en cas de révocation du dirigeant fautif, le nouveau dirigeant peut intenter l'action au nom de la société.

Si pour une raison ou une autre, les dirigeants n'agissent pas, chaque associé peut exercer l'action sociale *ut singuli*. Le principe est simple : l'associé ou les associés exercent l'action au nom de la société et non pour eux-mêmes (*CCJA 1^{re} chambre arrêt n° 15 du 24 févr. 2005, Le Juris-OHADA 2/2005 p. 20 qui définit le domaine d'application de l'action sociale ut singuli dans une SARL*).

L'article 166 de l'Acte uniforme définit l'action sociale comme celle qui est destinée à réparer un dommage subi par la société du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions.

L'article 167 précise les conditions d'exercice de l'action sociale *ut singuli*. En effet, le texte indique

qu'un ou plusieurs associés peuvent exercer l'action sociale après une mise en demeure des organes compétents non suivie d'effet dans le délai de trente jours.

Les dommages et intérêts consécutifs à cette action sont versés à la société.

Pour plus d'efficacité de cette action, l'article 168 dispose que son exercice ne peut être subordonné à l'avis ou à l'autorisation préalable de l'assemblée. Les associés ne peuvent renoncer dans les statuts, et aucune décision de l'assemblée ne peut couvrir la responsabilité des dirigeants.

L'action en responsabilité, qui se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable, ou s'il a été dissimulé, de sa révélation, se prescrit par dix ans pour les crimes. La procédure se déroule devant la juridiction dans le ressort de laquelle est situé le siège social (*article 164*). L'action sociale ne fait pas obstacle à l'action individuelle intentée par les tiers.

b - Action d'un tiers

107. La faute détachable des fonctions - En principe, c'est la société qui est responsable des préjudices causés aux tiers par ses représentants agissant dans leurs fonctions et au nom de la société. Une fois les victimes indemnisées, la société peut se retourner contre ses représentants par la voie de l'action sociale. C'est au droit commun que renvoie l'article 161 de l'Acte uniforme qui dispose que sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société, chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes commises dans l'exercice de ses fonctions.

La jurisprudence autorise les tiers à fonder leur action sur l'article 1382 du Code civil pour attaquer personnellement les représentants légaux ayant commis une faute en agissant au nom de la personne morale. Cette solution n'est pas satisfaisante dans la mesure où la faute a été commise dans l'exercice de ses fonctions. La jurisprudence commerciale va épouser les solutions du droit administratif en transposant en droit des sociétés la notion de faute détachable des fonctions. En cas de préjudice, le tiers victime n'intentera une action contre le dirigeant personnellement que si ce dernier a commis une faute détachable de ses fonctions.

Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française du 20 mai 2003 (*Cass. Com., 20 mai 2003, D. 2003, p. 2623, note B. DONDERO; JCP E 2003, n° 2, obs. J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY, G. WICKER; Rev. stés 2003, p. 479, note J. F. BARBIERI- V. égal. Cass. 3^e civ., 4 janv. 2006: Bull. Joly 2006, p. 527, note S. MESSAI-BAHRI; - Cass. com., 7 mars 2006, JCP E 2035, n° 2, obs. J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY, G. WICKER*) définit les critères de la faute détachable des fonctions comme celle qui est incompatible avec l'exercice normal des fonctions de dirigeant. Cette incompatibilité se définit selon deux critères : Le caractère intentionnel de la faute et sa particulière gravité. Il y a faute inten-

tionnelle chaque fois qu'un dirigeant aura accompli un fait délictueux en ayant conscience qu'il a causé un dommage à autrui. Il en est ainsi du gérant qui avait cédé à un fournisseur en paiement d'une livraison de matériaux, deux créances qui avaient été déjà cédées à une banque.

En cas de procédure collective, les dirigeants ayant commis une faute de gestion encourent une responsabilité spéciale dans le cadre de l'action en comblement du passif. En fonction de la gravité de la faute, ils peuvent être condamnés à combler tout ou partie du passif de la société. Cette action est réservée aux organes de la procédure de redressement et de la liquidation judiciaire (administrateurs, représentants des créanciers, ministère public) et non aux créanciers de la personne morale. Le produit recueilli n'est pas versé dans le patrimoine des créanciers mais dans celui du débiteur, c'est-à-dire la personne morale. Ces actions civiles n'excluent pas une éventuelle responsabilité pénale des dirigeants.

II - Responsabilité pénale

108. La moralisation du droit des affaires - Le droit des sociétés a de plus en plus pour souci d'instituer une morale, en créant des délits spécifiques comme l'abus de biens sociaux (*article 891*) (*TGI Ouagadougou, jugement n° 860 du 10 janv. 2000, Ohadata, J-05-225; Ohadata, J-05-248 et Ohadata J-02-51*), la déclaration notariée mensongère, la présentation de comptes infidèles.

L'Acte uniforme prévoit des sanctions pénales pour les dirigeants qui auraient sciemment distribué des dividendes fictifs (*article 889*), ou ceux qui font obstacle à la mission de contrôle et de vérification des commissaires aux comptes (*article 900*) ou encore ceux qui sciemment refusent de convoquer une assemblée générale, lorsque les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital social (*article 901*).

Il est aussi possible de retenir la responsabilité personnelle du dirigeant social qui doit alors s'acquitter des amendes sur ses deniers personnels.

Il peut être aussi responsable pénalement en tant que chef d'entreprise qui doit veiller au bon respect de la réglementation du travail, du droit de la consommation et de la réglementation sur l'hygiène et la sécurité dans l'entreprise.

Toutefois dans le cadre d'une délégation de pouvoirs, la responsabilité du dirigeant social en tant que chef d'entreprise peut-être écartée. Pour cela, il doit faire la preuve de la réalité de la délégation. C'est alors au délégataire d'assumer la responsabilité.

La responsabilité pénale des personnes morales pourra contribuer à l'allègement du fardeau qui pèse sur la tête des seuls dirigeants. Car les personnes morales seraient pénalement responsables des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes

ou représentants (*V. L'article L 121-1 du Code Pénal*). Mais cela n'exclurait pas la responsabilité pénale des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes incriminations.

Section IV - Évolution de la personnalité morale

109. Survie ou disparition - La personnalité morale n'est pas immuable. Elle peut faire l'objet d'une évolution à travers plusieurs événements. Certains d'entre eux n'exercent aucune influence sur la personnalité morale ; d'autres, au contraire, entraînent sa disparition pour l'avenir.

§1 - Maintien de la personnalité morale

110. Changement de forme ou de durée de la société.- La personnalité morale se maintient par les techniques de prorogation de durée et de transformation des personnes morales. Dans ces deux hypothèses, l'existence de la personnalité morale n'est pas affectée. Les mesures s'accompagnent d'une simple modification de statuts sans création d'un être moral nouveau. Cette décision relève alors de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire dont les décisions sont prises soit à l'unanimité dans les sociétés de personnes, soit à la majorité qualifiée pour les sociétés de capitaux. Dérogent à cette dernière règle légale, les cas de changement de nationalité et d'augmentation des engagements des associés qui exigent l'unanimité.

A - Prorogation de durée

111. L'Acte uniforme sur les sociétés (*article 30 de l'Acte uniforme*) retient comme cause de dissolution de plein droit, la survenance du terme fixé par les statuts.

112. Prorogation indéfiniment et la consultation des associés- La prorogation de durée est un remède à cette cause de dissolution. Et l'article 32 précise que la société peut être prorogée une ou plusieurs fois. Elle décide pour chaque forme de société, dans les conditions prévues par l'Acte uniforme pour la modification des statuts. Reproduisant en substance l'article 1844-6 du Code Civil, l'Acte Uniforme met à la charge des dirigeants l'obligation de consulter les associés, au moins un an avant la date d'expiration de la société, à l'effet de statuer sur la prorogation de durée (*article 35*).

En cas de défaillance des dirigeants, tout associé peut demander au président de la juridiction compétente dans le ressort duquel se trouve le siège social,

la désignation d'un mandataire de justice chargé de provoquer la consultation des associés (*article 36*).

Il arrive en pratique que des délibérations sur la prorogation de durée soient prises après l'expiration du délai d'un an prévu par la loi. Ces délibérations sont-elles valables ? C'est un choix à faire entre la conservation d'un contribuable économiquement viable et l'imposition fiscale d'une cessation l'entreprise. Aussi faut-il garder à l'esprit la sécurité des tiers qui sont en relation avec les sociétés aussi irrégulièrement prorogées. Dans tous les cas, la prorogation de durée n'entraîne pas création d'un être moral nouveau, tout comme la transformation.

B - Transformation de la société

113. Notion - La transformation est le changement de forme juridique de la société par décision des associés. L'article 181 de l'Acte Uniforme précise qu'elle n'a aucune incidence sur le maintien de la personnalité morale. L'opération de transformation sera régulière si la décision est prise conformément aux conditions exigées pour la modification des statuts.

Plusieurs raisons peuvent justifier le changement de forme. Une SARL qui prend de l'essor et qui éprouve le besoin de spéculation a intérêt à devenir une SA.

Pour se libérer de la rigueur de la responsabilité solidaire et indéfinie, les associés d'une SNC peuvent transformer leur société en SA ou SARL. À l'inverse, le besoin d'une plus grande souplesse peut motiver le passage d'une société à risques limités en société à risques illimités.

Pendant toutes les transformations ne sont pas souhaitables. Le mécanisme de transformation doit tenir compte des intérêts des associés et des tiers dont les droits doivent être protégés grâce au maintien de la personnalité juridique.

I - Mécanisme de la transformation

114. Certaines transformations sont ordinaires et se réalisent facilement ; d'autres au contraire sont difficiles voire impossibles.

a - Hypothèses de transformations faciles

115. Les transformations encouragées - L'Acte uniforme régleme deux cas de transformation sans difficultés :

116. Le cas des sociétés à risques illimitées entre elles. - Il s'agit d'abord, du passage d'une société en nom collectif à une société en commandite simple, en cas d'incapacité d'un associé en nom. Selon l'article 290 alinéa 3 de l'Acte uniforme, la société en nom collectif

doit être transformée dans le délai d'un an à compter du décès, en société en commandite simple, si le *de cuius* laisse un héritier mineur qui lui succède dans la SNC. Le mineur devient commanditaire. À défaut de cette transformation, la société est dissoute. C'est une transformation encouragée pour éviter la disparition d'un être moral.

117. De la SARL à la SA. - Il s'agit ensuite du changement de forme d'une SARL en S.A. De manière générale, l'article 374 énonce qu'une S.A.R.L peut être transformée en une société d'une autre forme (*Voir CCJA arrêt n° 34 du 26 mai 2005, Rec de jur de la CCJA, vol.1, 2003-2005 p. 505*) qui pose le problème de la transformation de la SARL en SA avec violation de l'article 374). Le passage d'une société à risques limités à une autre société à risques limités de même nature impose simplement une majorité qualifiée au niveau de l'assemblée des associés.

Au surplus l'alinéa 2 de ce texte précise que la transformation ne peut être réalisée que si la SARL a au moment où la transformation est envisagée, des capitaux propres d'un montant au moins égal à son capital social, et si elle a établi et fait approuver par les associés les bilans de ses deux premiers exercices. Fallait-il rendre encore plus facile la transformation de la SARL en SA lorsque les capitaux propres figurant au dernier bilan sont supérieurs à un certain montant ? (*À ce titre, le législateur africain n'a pas repris les dispositions du droit Français qui ne retiennent que la majorité simple lorsque les capitaux propres sont supérieurs à sept cent cinquante mille euros*).

118. De la SA à la SARL. - En sens inverse, l'article 690 précise que toute SA peut se transformer en société d'une autre forme. Il suffit pour cela que la société ait été constituée depuis deux ans au moins, et qu'elle ait établi et fait approuver le bilan de ses deux premiers exercices par les actionnaires.

La décision de transformation d'une S. A en S.A.R.L est prise dans les conditions requises pour modifier les statuts des sociétés de cette forme (*article 369*). C'est donc une transformation facile puisque les modifications de statuts dans une S. A sont prises à la majorité renforcée des 2/3 des actions ayant droit de vote.

Il en va différemment lorsque la S. A veut se transformer en une société à risques illimités ; c'est une hypothèse de transformation difficile.

b - Transformations difficiles ou impossibles

119. Le passage d'une société à risques limités à une société à risques illimités - Plusieurs hypothèses peuvent faire l'objet d'une attention particulière : la transformation d'une société à risques limités à une société à risques illimités, la transformation d'un groupement d'intérêts économiques en société et la

transformation d'une société en un autre groupement. Qu'il s'agisse d'une SA et d'une SARL, leur transformation en société à risques illimités est possible.

L'article 692 énonce que la transformation d'une SA en SNC est décidée à l'unanimité des actionnaires.

La même unanimité s'impose lorsque la SARL veut se transformer en SNC ou en société en commandite. L'exigence de l'unanimité rend cette modification difficile mais non pas impossible. Cette sévérité s'explique par l'augmentation des engagements qui implique le passage d'une société à risques limités à une société où la responsabilité est indéfinie, solidaire ou conjointe.

Le passage d'une société en GIE, ou l'inverse semble impossible à réaliser. La question est de savoir s'il est convenable de transformer une société en GIE et vice versa ?

S'inspirant de l'ordonnance française de 1967 sur le GIE, le législateur Africain permet à toute société ou association dont l'objet correspond à la définition du GIE de se transformer en ce groupement sans donner lieu à dissolution ou création d'une personne morale nouvelle (*article 882 de l'Acte uniforme*).

120. Les transformations impossibles - À l'opposé, la transformation d'un GIE en société est impossible. Il faut donc mettre fin à la vie de la première personne morale et créer ensuite une autre. Mais cette règle supporte une exception que le droit africain a empruntée à la loi française du 13 juin 1989. En effet, l'alinéa 2 de l'article 882 dispose qu'un GIE peut être transformé en société en nom collectif sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.

En revanche, la transformation d'une société en association est impossible. De même l'association ne peut se transformer en société commerciale ou civile. Dans les deux hypothèses il faut d'abord dissoudre la première personne morale avant la création de la seconde. Par ailleurs, l'article 188 AUSCGIE dispose que lorsque la société a été transformée, elle perd la personnalité juridique si elle exerce une activité commerciale.

Peut-on dire a contrario qu'elle conserve cette personnalité juridique lorsqu'elle exerce une activité civile ?

Le législateur ne veut-il pas ainsi épargner la société civile qu'il n'a pas réglementée ? La transformation d'une société en société civile ne devrait pas entraîner la perte de la personnalité morale. Par contre, si une société se mue en société en commandite par action (*forme non prévue par l'Acte uniforme*), y a-t-il ou non perte de la personnalité morale ? C'est le côté ombrageux de l'article 188.

II - Effets obscurs de la transformation

121. Le maintien de la personnalité morale. - L'effet principal de la transformation est le maintien de

la personnalité morale, ce qui ne manque pas de produire des incidences sur la situation interne et externe de la société.

a - Effets internes à la société

122. Les effets de la transformation se produisent à l'égard de la personne morale elle-même ainsi que de tous les intéressés.

123. Vis-à-vis de la société - À l'égard de la société la survie de la personnalité juridique est la conséquence majeure de la transformation. C'est le même être juridique qui se poursuit, ce qui permet une continuité des relations juridiques dans lesquelles la société est créancière ou débitrice. En d'autres termes, sauf hypothèse de novation, les droits et obligations contractés par la société sous son ancienne forme subsistent (*J. FISCEL, L'absence d'être moral nouveau dans les transformations de société ; Gaz-Pal. 1986, I doct. P 724*).

Pour tenir compte de la transformation, la société doit adapter ses statuts à la nouvelle forme adoptée.

124. Vis-à-vis des associés- Leurs droits se modifient à compter de la notification de transformation alors que la transformation n'est opposable aux tiers qu'à compter de la publicité au RCCM.

Les dirigeants de l'ancienne personne morale voient leur fonction prendre fin. Ils seront désignés conformément aux règles gouvernant la nouvelle forme de société ? Ainsi si la SA à conseil d'administration devient une SA avec un administrateur général, tous les administrateurs cessent leur fonction pour se conformer aux règles applicables à cette forme de société anonyme.

125. Vis-à-vis des salariés- Le droit du travail tient compte de la survie de la personnalité morale pour poser le principe de la continuation des contrats de travail en cours. C'est l'hypothèse classique d'une modification dans la situation juridique de l'employeur. Les salariés ne doivent pas souffrir des vicissitudes de l'entreprise et par conséquent ils sont protégés contre tout licenciement abusif. Mais cette règle ne s'applique pas si la transformation s'accompagne d'un changement d'activité sociale ne correspondant pas à la compétence des salariés de l'entreprise transformée.

b - Effets externes

126. La protection des intérêts des créanciers - La question se pose essentiellement pour les créanciers antérieurs et postérieurs à la transformation. Leurs droits sont-ils menacés par un passage d'une responsabilité solidaire et indéfinie à la responsabilité limitée ?

L'article 186 apporte des réponses dénuées de toute ambiguïté à ces interrogations.

Les créanciers antérieurs à la transformation conservent leurs droits à l'égard de la société et de ses associés. Ainsi les associés d'une SNC devenue SARL restent solidairement et indéfiniment liés pour les dettes contractées avant le changement de forme sociale.

L'article 186 l'Acte uniforme pose le principe en déclarant que les droits et obligations contractés par la société sous son ancienne forme subsistent sous la nouvelle forme. Et l'alinéa 2 précise qu'en cas de transformation d'une société dans laquelle la responsabilité des associés est illimitée, en une forme sociale caractérisée par la limitation de la responsabilité des associés à leurs apports, les créanciers dont la dette est antérieure à la transformation conservent leurs droits contre la société et les associés.

En revanche la loi n'a pas précisé le cas des créanciers antérieurs d'une société à risques limités devenue une société à risques illimités. La jurisprudence permet en général à ces créanciers d'invoquer les garanties nouvelles qu'offre le passage à une responsabilité indéfinie. On suppose que les associés, en acceptant la transformation à l'unanimité, ont ipso facto accepté de reprendre le passif social qui existait auparavant.

Les créanciers conservent non seulement leurs créances mais également leurs accessoires. L'alinéa 1 de l'article 186 énonce que les sûretés accordées par la société sous son ancienne forme subsistent sous la nouvelle forme, sauf clause contraire dans l'acte constitutif de ces sociétés. Faut-il entendre par ce mot tous les mécanismes qui garantissent le paiement de la dette du débiteur ou au contraire les sûretés réglementées par le droit communautaire ? L'interprétation devrait être stricte et se limiter aux seules sûretés classiques connues par le législateur africain.

Qu'en est-il du cautionnement donné par les dirigeants sociaux ? En cas de transformations, la caution reste tenue même si elle n'occupe plus la fonction dirigeante. La cessation des fonctions n'est pas une cause d'extinction du cautionnement. Il s'agit d'une cause subjective qui ne peut jouer que si elle est entrée dans le champ contractuel (*Com. 8 novembre 1972 et 9 avril 1973, D. 1973, 753 Ph. MALAURIE, R.T.D. com. 1973, p. 294, Obs. R. HOUIN; Cass com. 2 octobre 1979, Rev. société. 1981, p. 73 note Ch. MOULY*).

L'évolution de la personnalité morale peut aboutir à sa disparition.

§2 - Dissolution de la personne morale

127. Les mêmes causes pour les mêmes sociétés. - Le législateur africain aurait eu du mérite à trouver des causes de dissolution autres que celles déjà envisagées par l'article 1844-7 du Code civil. Mais l'article 200 AUSCGIE reprend exactement les mêmes causes pour les adapter aux sociétés commerciales seulement. Et par conséquent on retrouve dans ce texte les causes communes à toutes les sociétés commerciales.

Quant à l'article 201 AUSCGIE, il est consacré aux effets de cette dissolution. Les causes particulières seront envisagées avec chaque type de société.

A - Causes de la dissolution

128. La dissolution d'une société peut se faire de plein droit mais elle peut être aussi provoquée.

I - Dissolution de plein droit

129. Les causes.- Une société est dissoute de plein droit : lorsque le terme pour lequel elle a été constituée est échu, en cas de réalisation ou d'extinction de l'objet social, et en cas de survenance de certains événements prévus dans les statuts par les associés eux-mêmes.

a - Arrivée du terme

130. L'étape de 99 ans - Une société est nécessairement conçue pour une durée qui ne doit pas dépasser 99 ans. Les fondateurs peuvent donc retenir une durée qui est au maximum de 99 ans à compter du jour de son immatriculation à moins qu'il en soit disposé autrement par le présent Acte uniforme (article 28 AUSCGIE). Mais cette cause jouera de manière exceptionnelle, car la durée peut être prorogée de façon indéfinie. Cette prorogation fait l'objet d'une taxation avec un droit d'enregistrement fixe. Pour éviter que par négligence ou par omission, les associés laissent passer le délai, la loi impose que les associés soient consultés soient consultés au moins un an avant l'expiration de la durée fixée. L'expiration du terme à l'effet de décider si la société doit être prorogée (*article 35 AUSCGIE*). À défaut, tout associé peut demander au président de la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est situé le siège social, statuant à bref délai, la désignation d'un mandataire de justice chargé de provoquer la consultation prévue à cet effet (article 36) (*Statuer à bref délai veut dire ici que le Président du tribunal doit rendre une ordonnance sur requête. Le tribunal compétent est celui de chaque État de localisation du siège social.*).

Si la société continuait ses activités sociales sans cette prorogation expresse, ses associés devraient être considérés comme des associés de fait, car la société elle-même sera dépourvue de personnalité morale.

131. Pas de rattrapage possible - La loi a prévu des remparts pour éviter l'expiration du délai, mais aucune régularisation n'est possible. On ne comprend d'ailleurs pas pourquoi le législateur n'a pas voulu donner aux associés ignorants, cette possibilité de rattrapage, d'autant plus que la décision de prorogation nécessite une décision prise à la majorité requise pour la modifica-

tion des statuts (*article 33 AUSCGIE*). À cet égard, on peut craindre l'opposition des associés minoritaires qui refusent de voter la prorogation d'une société en pleine expansion économique, ce qui est symptomatique d'un abus de minorité. Dans ce cas précis, les associés peuvent éviter la mort de la société, en incluant au préalable dans les statuts une clause d'exclusion de l'associé récalcitrant. Cette clause statutaire obligerait l'associé qui s'oppose à la prorogation à céder ses parts aux autres associés qui désirent continuer l'exploitation sociale.

Enfin, une fois le terme passé, par négligence ou par malveillance, les associés peuvent à l'unanimité décider de réanimer cette société déjà dissoute. Mais s'agit-il d'une résurrection ou d'une création d'une autre société ? Cette question est intéressante pour le fisc qui peut volontairement fermer les yeux sur ce qui peut-être considéré comme une simple régularisation d'une omission (*V. COZIAN-VIANDIER-DEBOISSY- op. cit. n° 524 p. 188*). Il en est tout autre de la dissolution par la réalisation ou l'extinction de l'objet social.

b - Réalisation ou extinction de l'objet social

132. La société prend fin par la réalisation ou l'extinction de l'objet statutaire. Les deux causes de dissolution ne doivent pas se confondre.

133. Réalisation - La réalisation de l'objet suppose que l'opération pour laquelle la personne morale a été conçue est définitivement accomplie. Tel est le cas d'une société instituée pour construire et vendre un certain nombre d'appartements. Une fois ces immeubles vendus, la société n'a plus de raison d'être. Elle est dissoute de plein droit. Mais en pratique, cette cause de dissolution joue de façon exceptionnelle, car le plus souvent les rédacteurs des statuts vont prévoir un objet très large.

134. Elle suppose que l'activité pour laquelle la société a été instituée se révèle impossible. Il en est ainsi de la fermeture judiciaire d'un fonds de commerce qui était l'objet de l'exploitation, de la révocation d'une concession ou encore lorsque l'objet est déclaré illicite.

Par ailleurs, la réalisation de l'objet n'est pas à confondre avec la cessation d'activité de la société. Cette dernière n'entraîne pas automatiquement la dissolution de la société. Certaines sociétés étant souvent en sommeil.

De manière conventionnelle, les associés peuvent définir d'autres causes de dissolution de plein droit.

c - Causes prévues par les statuts

135. Liberté des statuts - Selon l'article 200-7° de l'Acte uniforme, la société prend fin par toute autre cause prévue par les statuts. Libre cours est donné ici

à l'imagination des associés qui peuvent prévoir par exemple qu'une modification de la situation juridique ou financière de l'un des associés est une cause de dissolution de plein droit (*Cela sera surtout dans les sociétés où l'intuitus personae est prépondérant.*) ou encore la répétition de mauvais résultats.

Il convient de souligner que contrairement aux solutions antérieures, l'Acte uniforme ne fait plus de la réunion de toutes les parts sociales en une seule main, une cause de dissolution de plein droit. À l'instar du droit français, le nouveau droit africain accorde un délai d'un an à la société pour qu'elle opère une régularisation. Il est évident que ce délai ne s'impose pas pour les sociétés unipersonnelles.

Les dissolutions de plein droit sont assez rares, le plus souvent la dissolution sera provoquée.

II - Dissolution provoquée

136. La dissolution peut être provoquée soit par la volonté des associés soit par une intervention judiciaire.

a - Dissolution voulue par les associés

137. Dissolution décidée aux conditions d'une modification des statuts. - Aux termes de l'article 200-4^e, la société prend fin par décision des associés aux conditions prévues pour modifier les statuts. Il s'agit d'une dissolution anticipée qui impose de réunir le consentement nécessaire pour une modification des statuts. Pour les sociétés de personnes, le principe demeure l'unanimité tandis que dans les sociétés de capitaux, il faut une majorité qualifiée variable selon le type de société. La décision relève dans tous les cas de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés de capitaux. Cette majorité se calcule par rapport au capital social. On peut donc craindre que les associés majoritaires imposent une dissolution inspirée par une intention frauduleuse ou par l'intention de nuire aux minoritaires. Une intervention judiciaire serait donc nécessaire.

b - Dissolution imposée aux associés

138. Une dissolution essentiellement judiciaire - Dans de nombreuses hypothèses, la dissolution de la société ne peut résulter que d'une décision judiciaire qui s'impose aux associés. Il s'agit essentiellement de la dissolution judiciaire pour unicité d'associé (article 60), de celle qui découle de plein droit d'un jugement de liquidation judiciaire ou de cession totale d'actif de la société, ou encore d'annulation du contrat de société. Une troisième cause est celle qui donne lieu à la jurisprudence la plus abondante : la dissolution judiciaire pour justes motifs.

1 - Dissolution exceptionnelle pour unicité d'associé

139. Une cause de dissolution sur mesure - La réunion de toutes les parts en une seule main n'est plus une cause automatique de dissolution des sociétés. Elle n'est plus du tout une cause de dissolution pour les SA et SARL qui peuvent être pluripersonnelles ou unipersonnelles. Dans les autres formes de sociétés, le défaut de pluralité n'est plus une cause immédiate de dissolution. Il en est ainsi d'une SNC ou d'une société en commandite simple devenue unipersonnelle. En effet, l'article 60 de l'Acte Uniforme précise que « dans le cas des sociétés dont la forme unipersonnelle n'est pas autorisée par le présent Acte Uniforme, la détention par un seul associé de tous les titres sociaux n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société ». Tout intéressé peut demander au Président de la juridiction compétente cette dissolution, si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an. Le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il peut prononcer cette dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu.

La juridiction compétente visée est le tribunal de première instance dans sa formation commerciale. Les pays africains ont en général une seule juridiction de premier degré pour connaître des affaires administratives, civiles et commerciales.

140. Une société unipersonnelle de fait - En cas d'unicité d'associé dans une société en nom collectif ou dans une société en commandite simple (*On ne comprend guère la préférence du législateur de la société en commandite simple par rapport à la société en commandite par action*), la dissolution judiciaire ne peut être demandée qu'après l'écoulement du délai d'un an à l'expiration duquel la personnalité morale ne disparaît pas automatiquement. C'est seulement à la fin de ce délai légal que tout intéressé c'est-à-dire, toute personne (*Un créancier peut demander une telle dissolution : C. Paris, 27 septembre 1976, Droit des sociétés 1997, janvier 1997, p. 4*) ayant intérêt à demander la dissolution de la société peut agir. Et malgré l'expiration de ce délai légal d'un an, si personne n'agit en dissolution, la société continue de vivre avec un seul associé. Et même si une action est intentée, l'associé unique peut sauver la société avant que le tribunal ne statue sur le fond. Il suffit pour cela de céder une part à un tiers. Mieux encore, il peut demander à la juridiction saisie de lui octroyer un délai maximal de six mois pour régulariser la situation.

En réalité le législateur a tout mis en œuvre pour éviter la disparition de la société devenue unipersonnelle sans trop se préoccuper des irrégularités qu'entraîne l'existence d'une société unipersonnelle pendant une période qui peut être très longue. C'est sans doute le prix à payer pour conserver à tout prix en vie, une entité juridique économiquement viable. Ainsi une

société parfaitement irrégulière peut fonctionner en toute légalité.

Mais la réunion de toutes les parts sociales en une seule main peut être aussi voulue par l'associé unique qui souhaite alors la dissolution.

Le tribunal est également sollicité pour dissoudre une société pour justes motifs.

2 - Dissolution pour justes motifs

141. La mésestente et l'affectio societatis - L'article 200-5° de l'Acte uniforme, reproduisant les termes de l'article 1844-7-5° du Code civil déclare que la « société prend fin » par la dissolution anticipée prononcée par la juridiction compétente, à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésestente entre associés empêchant le fonctionnement normal de la société.

Le premier cas de dissolution pour justes motifs n'est que le prolongement de l'application d'une technique bien connue en droit des obligations : la résolution judiciaire pour inexécution de ses obligations par un cocontractant prévue par l'article 1184 du Code civil. L'inexécution en cause peut être involontaire. Mais elle peut être aussi le fait d'un associé qui volontairement refuse de faire face à ses devoirs d'associés, ce qui est donc le signe visible d'une absence d'affectio societatis. C'est donc une cause de dissolution qui n'est pas propre au droit des sociétés comme la mésestente.

Le deuxième cas de dissolution pour justes motifs est la mésestente. Mais la société n'est pas dissoute au prix de n'importe quelle mésestente. Selon l'article 200-5°, il s'agit de mésestente paralysant le fonctionnement normal de la société (*Par référence au droit français, voir P. Canin, La mésestente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés ; Rev. Droits des sociétés 1998, P. 4 - H. MATSOPOULOU, La dissolution pour mésestente entre associés, Rev. Sociétés 1998, P. 21*). Cette formulation adoptée par le droit Français en 1978, n'est que la consécration de la jurisprudence antérieure qui exigeait que les justes motifs aient pour effet de paralyser l'activité sociale.

La solution adoptée par le législateur africain est de nature à laisser plus de latitude au juge saisi sur demande en dissolution, pour apprécier les justes motifs. En effet, il appartient au juge de dire quand peut-on parler de paralysie du fonctionnement normal. Faut-il retenir la paralysie du fonctionnement des organes sociaux de la société ? Quel sera le degré de l'anormalité susceptible de provoquer une dissolution ?

142. La paralysie du fonctionnement de la société - Le juge saisi doit d'abord constater la réunion de plusieurs conditions avant de prendre la sanction (CA

Ouagadougou, chambre civile et commerciale, arrêt n° 40 du 2 mai 2003, Obadata J- 04- 365.- Obadata J- 04- 18 qui rejette la dissolution pour mésestente demandée par le gérant d'une société pour faute de preuve d'un mauvais fonctionnement provoqué par la mésestente- CA Abidjan, arrêt n° 1048 du 20 juil. 2001 (2 arrêts du même jour), Obadata J604-103. et Obadata J-02-173). Il est évident que souvent les guerres fratricides opposant les majoritaires et les minoritaires aboutissent généralement à une demande en dissolution. Le juge peut-il dissoudre une société où règne la mésestente mais prospère économiquement ? C'est dans ces circonstances que l'appréciation de la paralysie du fonctionnement normal prend une importance capitale.

Lorsque la société est économiquement viable, les juges africains devraient rejeter la disparition de la personne morale pour privilégier le recours à l'administration provisoire lorsque la crise peut être facilement conjurée, ou favoriser l'exclusion de l'associé perturbateur, si elle a été prévue dans les statuts. Le juge devrait prendre également toute mesure de nature à décourager les auteurs de trouble, telle une condamnation à des dommages et intérêts.

Le juge doit exiger la preuve d'une mésestente grave et sérieuse entravant le fonctionnement normal (*Cass. com. 21 octobre 1997 : Rev. stés. 1998 P. 310, note H. MATSOPOULOU*). La simple entrave du fonctionnement administratif ne devrait pas retenir son attention. Il faut qu'il s'agisse d'une mésestente entraînant le blocage du fonctionnement de la société. Par exemple, la mésestente entre deux associés ou deux groupes d'associés égalitaires empêchent toute prise de décision de nature économique ; les organes sociaux ne peuvent délibérer, et impossibilité de nommer de nouveaux dirigeants après la démission des anciens. Dans ces conditions, l'administration provisoire n'est pas suffisante, car la crise n'est pas que conjoncturelle. Il est préférable de dissoudre la société pour recréer un nouvel être moral qui fonctionne. Une telle crise entraînerait la ruine de l'entreprise car aucune décision sociale ne peut être prise. C'est pour cela que la jurisprudence exige parfois que la mésestente soit un facteur d'appauvrissement de la société, en précisant que cette mésestente ne peut provoquer la dissolution d'une société économiquement prospère. Dans cette logique, l'anormalité du fonctionnement n'est pas une simple paralysie juridique : il s'agirait plutôt d'une anormalité économique.

Néanmoins, dans certains types de sociétés où l'*intuitus personae* est très fort, la mésestente grave et sérieuse peut justifier la dissolution de la société alors même que la situation économique et financière est saine (*Dans la jurisprudence Française, on peut citer les cas de dissolution pour mésestente entre deux médecins qui avaient fondé une société civile de moyens : Cass. 1^{re} civ ; 18 mai 1994 ; Bull Joly 1994, P. 841, note C. PRIETO ; voir le cas de deux pharmaciens exploitant une SNC : Cass. com. 13 février*

1996, *Bull Joly 1996 p. 498 note J. J DAIGRE*) : c'est l'hypothèse où la mésentente entraîne une entrave totale au fonctionnement de la société.

Mais ce n'est pas pour autant que l'action est recevable. La jurisprudence française pose également des conditions de recevabilité que les juges africains n'hésiteront pas à reprendre à leur compte : le demandeur ne doit pas être lui-même à l'origine du trouble social. Les juridictions saisies rejettent la demande en dissolution lorsque le demandeur est lui-même responsable de la mésentente dont il se prévaut. Il serait facile d'invoquer la mésentente après l'avoir volontairement suscitée. Encore faut-il dans certains cas que le tribunal intervienne pour désigner l'auteur du trouble social.

La dissolution ne sera pas non plus prononcée si la mésentente a mis temporairement la société en sommeil, et si l'activité économique peut repartir.

Outre la dissolution pour justes motifs, l'annulation du contrat de société et la liquidation judiciaire imposent la disparition de la personne morale aux associés.

3 - Annulation et la liquidation judiciaire de la société

143. L'automatisme de la dissolution - La dissolution intervient automatiquement suite à un jugement d'annulation du contrat de société. La personnalité morale disparaît sans rétroactivité. C'est une cause rarement invoquée. Il en est de même du jugement ordonnant la liquidation judiciaire ou la cession totale de l'actif de la société.

D'une part, ce n'est pas choquant de rattacher l'annulation à la dissolution dans la mesure où les deux causes produisent les mêmes effets.

D'autre part, la liquidation judiciaire est immédiatement suivie de la liquidation de la société elle-même. Dès lors, la dissolution est justifiée.

Dans tous les cas de figures, la dissolution est suivie d'effets d'inégale importance.

B - Effets de la dissolution

144. L'opposabilité aux tiers - Quelle que soit la cause de la dissolution envisagée, elle entraîne immédiatement la liquidation de la société entre les parties. Cette dissolution n'est opposable aux tiers qu'à partir de sa publication au RCCM (*article 201 AUSCGIE*). La publicité est faite dans les mêmes conditions qu'à la constitution. Et l'article 202 de l'Acte uniforme impose une publication sous la forme d'un avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales au lieu du siège social, par dépôt au greffe des actes ou procès-verbaux décidant ou constatant la dissolution, et par une modification de l'inscription au RCCM.

Normalement, la dissolution a pour effet la disparition de la personnalité morale. Toutefois, celle-ci est maintenue jusqu'à la clôture des opérations de liquidation qui sera suivie d'un partage de l'actif social.

I - Liquidation

145. Définition - On peut concevoir la liquidation comme un ensemble d'opérations consécutives à la dissolution destinées à régler le passif social et à convertir les éléments d'actif en argent (liquide) en vue de procéder au partage de l'actif subsistant. Cette opération n'est pas à confondre avec la liquidation judiciaire prononcée dans le cadre des procédures collectives (*CA Ouagadougou arrêt n° 40 du 14 sept. 1999, Ohadata J-02 -48*).

Pour les besoins de la liquidation, la personnalité morale est maintenue en vie de manière artificielle, car la liquidation peut se faire pendant une période assez longue et suivant plusieurs modalités.

a - Maintien de la personnalité morale

146. La personnalité morale de fait - Cette survie de la personnalité morale est motivée par des raisons pratiques. Durant la période de liquidation qui peut s'étaler sur plusieurs années, la société doit terminer les opérations en cours, recouvrer ses créances, payer ses dettes, procéder à la réalisation de certains éléments d'actif en vue du partage. La personnalité morale est nécessaire pour toutes ces opérations qui supposent l'existence d'un patrimoine. C'est sans doute pour cette raison que l'article 205 de l'Acte uniforme (*L'article 205 n'est qu'une reprise des articles 1844-8 alinéa 3 du Code civil et L.237-2 du Code de commerce.*) déclare que « la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation et jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci (*Ch. GAVALDA, La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation, Études HAMEL, 253; - A. BOUILLLOUX, La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation : Rev. soc. 1994, p. 393.*) ».

Comme conséquence de cette survie de la personnalité morale, la société conserve son patrimoine et ne constitue qu'un seul débiteur pour ses créanciers qui ne sont pas obligés de diviser leurs poursuites contre les différents associés. Ce patrimoine lui permet également de recouvrer ses créances. La société dissoute conserve également son siège social, sa dénomination suivie de la mention « société en liquidation ».

147. La fin de la survie de la personnalité morale - La survie de la personnalité morale s'arrête à la publication de la clôture de la liquidation. Et cette publication n'intervient en général qu'après la tenue d'une assemblée

de clôture qui elle-même ne se tient que postérieurement à l'accomplissement de certaines formalités : publication de l'avis de clôture dans les journaux d'annonces légales, dépôt des comptes définitifs au greffe, radiation au RCCM.

Les juges africains suivront-ils la voie tracée par la jurisprudence française qui considère que la publication de la clôture ne produit pas d'effets, au moins à l'égard des créanciers, tant que « des droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés » (*Cass. com. 12 avril 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, 235 note J. DUPICHOT, Rep. Déf. 1983, 1460 obs. J. HONORAT; Rev. stés 1984, 303, note Ch. H. GALLET.*) ?

À cette phase, le liquidateur a normalement mis fin à ses fonctions. Donc pour rendre cette jurisprudence efficace, s'impose la nécessité de désigner un mandataire ad hoc pour reprendre la procédure et certaines modalités de la liquidation.

b - Modalités de la liquidation

148. La liquidation, quelle ambiguïté ? Il est important de distinguer la liquidation consécutive à une dissolution de société de la liquidation judiciaire (ordonnée par un tribunal) suite à une cessation de paiements. Cette dernière est régie par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Quant à la première (c'est-à-dire celle régie par l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE), elle obéit à deux formules :

- *La liquidation amiable* que les associés choisissent dans les statuts ou par accord particulier ;

- *La liquidation judiciaire* demandée et ordonnée à bref délai par la juridiction compétente. Ce sont les associés qui peuvent formuler cette demande dont les conditions et modalités sont précisées par l'article 223 de l'Acte uniforme sur les sociétés. Il s'agit :

1. de la majorité des associés dans les SNC ;
2. d'associés représentant au moins le dixième du capital dans les autres formes de sociétés dotées de la personnalité juridique ;
3. des créanciers sociaux ;
4. du représentant de la masse des obligataires.

Les points communs à ces deux procédures concernent le liquidateur dont la nomination et les pouvoirs sont réglementés. Il encourt également une responsabilité.

1 - Nomination du liquidateur

149. Conditions de nomination - La nomination du liquidateur doit faire l'objet d'une publicité dans les conditions habituelles. Il est soumis à certaines interdictions et incompatibilités, et sa responsabilité est analogue à celle des dirigeants sociaux (article 221 AUSCGIE).

Que la liquidation soit judiciaire ou amiable, un seul ou plusieurs liquidateurs sont nommés. Selon l'article 206 AUSCGIE, lorsque la liquidation est décidée par les associés, la désignation du liquidateur se fait de la façon suivante :

1° dans les SNC à l'unanimité des associés,

2° dans les sociétés en commandite simple, à l'unanimité des commandités et à la majorité en capital des commanditaires,

3° dans les SARL, à la majorité en capital des associés,

4° dans les SA, aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées générales extraordinaires.

Mais qui peut être nommé liquidateur ?

Il peut être choisi parmi les associés comme il peut être un tiers. Il peut être une personne physique ou morale. Dans tous les cas, il est interdit au liquidateur d'acquérir des éléments d'actif liquidés. Mais s'il est un associé, il a droit à sa part dans l'actif.

150. Nomination par les associés ou par le juge - Toutefois, si les associés n'ont pas pu désigner un liquidateur dans les conditions prévues aux articles 226, celui-ci est nommé par décision de justice à la demande de tout intéressé conformément aux prescriptions des articles 226 et 227 du présent Acte uniforme.

De même, lorsque la dissolution n'est pas prononcée en justice, le liquidateur est nommé par les associés. Dans le cas contraire, il est nommé dans la décision de dissolution.

Conformément à l'article 227 de l'Acte uniforme, la durée du mandat confié au liquidateur ne peut excéder trois ans renouvelables, par décision de justice, à la requête du liquidateur. Il doit indiquer les raisons pour lesquelles la liquidation n'a pas pu être clôturée, et les mesures qu'il envisage de prendre et les délais qui sont nécessaires à l'achèvement de cette liquidation.

C'est dans l'acte de nomination qu'est précisée la rémunération du liquidateur. L'article 210 intime en effet que, « la rémunération du liquidateur est fixée par la décision des associés ou du tribunal qui le nomme ».

151. Opposabilité de la nomination aux tiers - Enfin la nomination du liquidateur ne sera opposable aux tiers qu'à compter de sa publication conformément aux conditions et délais prévus par l'article 266 de l'Acte uniforme. Ce texte prévoit la publication de l'acte de nomination dans le délai d'un mois à compter de la nomination, dans un journal habilité à recevoir les annonces légales de l'État partie où se trouve le siège social. Un certain nombre d'indications doivent être mentionnées. Sont visés :

- la raison ou la dénomination sociale de la société suivie, le cas échéant, de son sigle,
- la forme de la société, suivie de la mention « société en liquidation »,
- le montant du capital social,

- l'adresse du siège social,
- le numéro d'immatriculation au RCCM,
- la cause de la liquidation,
- les noms, prénoms usuels et domicile du ou des liquidateurs,
- le cas échéant les limitations apportées à leurs pouvoirs,
- le lieu où la correspondance doit être adressée et celui où les actes et les documents concernant la liquidation doivent être notifiés,
- le tribunal chargé des affaires commerciales au greffe duquel sera effectué, en annexe au RCCM, le dépôt des actes et pièces relatifs à la liquidation.

Le dernier alinéa de l'article 266 ajoute qu'« à la diligence du liquidateur, les mêmes indications sont portées, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à la connaissance des porteurs d'actions et d'obligations nominatives ».

Quel rôle peut jouer le liquidateur une fois qu'il a été régulièrement nommé ?

2 - Rôle du liquidateur

152. Rôle mal défini - Sa mission est définie par les articles 228 à 241 de l'Acte Uniforme. Dès sa nomination, le liquidateur prend la place des dirigeants qui perdent leurs pouvoirs de gestion et de représentation. C'est lui qui représente la société à l'égard des tiers. De même, il agit sous le contrôle des associés qu'il doit régulièrement convoquer pour leur exposer l'état d'avancement des opérations de liquidation. Il convoque la première réunion dans les six mois de sa nomination. C'est au cours de cette assemblée qu'il fait le rapport sur la situation active et passive de la société, sur la poursuite des opérations de la liquidation, le délai nécessaire pour les terminer, ainsi que le cas échéant, les autorisations nécessaires. Une prorogation de ce délai de six mois est possible jusqu'à douze mois, sur sa demande et par décision de justice.

L'Acte uniforme donne un éclairage sur les pouvoirs en balisant les actes permis et ceux qui sont interdits au liquidateur (*article 213 à 215*).

Ainsi l'article 214 interdit de céder tout ou partie de l'actif de la société en liquidation au liquidateur, à ses employés ou à leurs conjoints, ascendants ou descendants.

153. Les conditions de cession de l'actif social par le liquidateur - En revanche, les articles 213 et 215 précisent les conditions dans lesquelles le liquidateur doit céder tout ou partie de l'actif social aux associés et aux tiers. En effet, les deux textes déclarent respectivement :

Sauf le consentement unanime des associés, la cession de tout ou partie de l'actif de la société en liquidation à une personne ayant eu dans la société la qualité d'associé en nom, de commandité, de gérant,

de membre du conseil d'administration, d'administrateur général ou de commissaire aux comptes, ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation de la juridiction compétente, le liquidateur et les commissaires aux comptes entendus.

Deux conditions alternatives sont posées par l'article 213 : la cession est possible soit par l'autorisation judiciaire soit par la « bénédiction » des associés donnée à l'unanimité.

L'article 215 AUSCGIE est plus complexe parce qu'il tient compte de chaque forme de société, selon ses termes. La cession globale de l'actif social ou l'apport de l'actif social à une autre société par voie de fusion est autorisée à l'unanimité dans les sociétés en nom collectif, à l'unanimité des commandités, et à la majorité en capital des commanditaires dans les sociétés en commandite simple, à la majorité des $\frac{3}{4}$ du capital social dans les SARL, et aux conditions de quorum et de majorité prévues par les assemblées générales extraordinaires dans les SA (pluripersonnelles).

Ensuite tous les ans, dans les six mois suivant la clôture de l'exercice, il présente aux associés les comptes de l'exercice et un rapport de liquidation. Les associés peuvent prendre possession des documents sociaux comme dans l'exercice normal.

Le liquidateur dresse un inventaire de l'actif et du passif et prend les mesures conservatoires qui s'imposent (*renouvellement des baux, et des inscriptions hypothécaires, assurances etc.*). Les restrictions aux pouvoirs du liquidateur ne sont pas opposables aux tiers. Son action s'inscrit étroitement dans le seul but de la liquidation sauf exception, il ne doit pas envisager d'opérations nouvelles ; pour cela une autorisation judiciaire lui est nécessaire.

154. L'ordre de paiement des créanciers - Les sommes recueillies servent à éponger les dettes de la société. Il n'y a pas un ordre établi comme dans une procédure collective qui tient compte de la hiérarchie entre créanciers postérieurs et créanciers antérieurs. Néanmoins, le liquidateur tiendra compte de la différence entre les créances privilégiées et les créances chirographaires.

Si les fonds sont suffisants, le liquidateur paie les créanciers et le surplus appelé boni de liquidation rentre dans l'actif à partager ; dans le cas contraire, on parle de mali de liquidation. L'insuffisance des fonds dans une société à risques limités amène le liquidateur à déposer le bilan pour permettre au tribunal d'ordonner la procédure. Mais l'actif ne peut être partagé qu'une fois les opérations de liquidation terminées.

II - Partage

155. Une fois les créanciers sociaux payés, les associés peuvent se partager l'actif net subsistant.

156. La part du fisc - Si la dissolution dégage un

boni de liquidation, le fisc n'oublie pas de se servir au passage. En revanche lorsque le partage donne lieu à un mali de liquidation, les associés, qui ont ainsi tout perdu, sont épargnés d'une imposition fiscale supplémentaire.

L'article 1872 du Code civil applicable dans certains pays africains, dispose que les règles gouvernant le partage en matière successorale s'appliquent au partage entre associés. En revanche, l'Acte uniforme n'est pas explicite sur le problème de la reprise des apports en nature.

a - Règles applicables au partage

157. Le recours à l'attribution préférentielle - La transposition des règles du partage successoral au partage entre les associés conduit à admettre entre ces derniers l'attribution préférentielle. Celle-ci consiste à permettre à un associé de recevoir telle ou telle part de l'actif, quitte à indemniser ses coassociés, si au final, la valeur reçue excède ses droits dans le partage, par le paiement d'une soulte.

L'attribution préférentielle peut être conventionnelle ou judiciaire.

1 - Attribution conventionnelle

158. Elle est conventionnelle lorsque les associés décident dans les statuts ou par un acte distinct que certains éléments de l'actif social seront attribués à certains associés. Cette formule présente l'avantage de la simplicité parce qu'elle n'est soumise à aucune condition légale. Elle ne respecte que la libre négociation entre les associés. Ce côté contractuel du partage est plus juste que l'attribution judiciaire.

2 - Attribution judiciaire

159. Elle suppose l'intervention d'un juge qui doit désigner le bien attribuable qui doit être une exploitation agricole ou une entreprise commerciale, artisanale ou industrielle. En outre, l'attributaire doit avoir personnellement contribué à la mise en valeur du bien. Une soulte peut lui être demandée comme dans le cas de l'attribution conventionnelle.

Mais l'application des règles concernant le partage des successions au partage entre associés, suppose le renvoi à chaque législation nationale. Des lois successorales ne sont pas unifiées dans les pays africains et sont plus ou moins différentes selon les législations. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles le

législateur africain n'a pas repris les solutions de l'article 1844-9 du Code civil. Il n'a pas non plus reproduit à l'identique l'alinéa 3 de ce même texte concernant la reprise des apports en nature.

b - Reprise des apports en nature

160. La reprise des apports dans toutes les sociétés - A titre comparatif, rappelons que c'est la loi du 4 janvier 1978 qui généralise la reprise des apports en nature dans toute société (article 1844-9 alinéa 3). Mais il existe également la reprise des apports en espèces.

- L'Acte uniforme n'a pas consacré cette solution de manière expresse. Son application ne peut être dès lors que recommandée à cause de son importance pratique.

La reprise des apports se fait en principe en espèce. Chaque associé reçoit le remboursement du nominal de ce qu'il a apporté à la société (parts sociales ou actions). Certes cela suppose que les fonds soient encore suffisants après paiement des créanciers. Dans le cas contraire, ils sont remboursés au marc-le-franc. Il en va différemment des apports en nature.

- La reprise des apports en nature, suppose qu'après désintéressement des créanciers sociaux, certains biens apportés en nature restent encore dans la masse à partager. Dans ce cas, l'apporteur pourra reprendre ce bien à charge de soulte, s'il y a lieu. Le droit de reprise n'étant pas d'ordre public, des clauses l'interdisant sont possibles.

Lorsqu'elle est possible, la reprise en nature pose le problème de l'évaluation du bien. Cette évaluation doit se faire à une date qui est la plus proche possible de la date du partage. Si entre la valeur d'apport et la valeur de reprise se dégage une différence positive, cette dernière devrait tomber dans le boni de liquidation.

Toutefois, il faut distinguer le bien apporté en pleine propriété et le bien apporté en jouissance. Dans le premier cas, le bien est devenu la propriété de la société qui peut l'aliéner en cours de sa vie sociale, ce qui supprime toute vocation de reprise à l'apporteur. Dans le second cas, le bien apporté est simplement mis à la disposition de la société qui ne peut en disposer, son apporteur est sûr de le reprendre.

Une fois que chaque associé a récupéré son apport initial, ce qui reste constitue le boni de liquidation qui sera réparti comme les dividendes entre les associés proportionnellement à leurs droits, sauf clause contraire des statuts qui peuvent prévoir une autre répartition.

Dénis POHE TOKPA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abus

- de biens sociaux 98
- de pouvoir 90
- jurisprudence 98

Acte constitutif 26s

- fondateur 18
- intérêt de la société 20, 35
- responsabilité civile 24
- signature 26
- intervention du notaire 26
- société-contrat 27
- publicité (antérieure, postérieure) 32, 33

Action en justice 77 s

- personnalité morale 3
- demande, défense à action 77
- détermination des prérogatives 73 s
- v. Capacité, Compétence, droits, exercice des prérogatives 74 s
- limites 75
- représentants 86
- action en concurrence déloyale 44
- pour injure ou diffamation 74
- individuelle 95
- sociale, « ut universi », « ut singuli » 96
- d'un tiers 97

Activité 35

- autonomie, intérêt social 35
- externe 77
- spécialité statutaire 76

Assemblée générale 86

V. organes de contrôle

Association 79

- syndicale 79
- intérêt collectif 79

Autonomie

- de l'activité 35
- du patrimoine 66

C

Capacité 73s

- d'ester en justice 78
- de jouissance 73
- limite, principes de spécialité 76
- v. spécialité 75

Commissaire aux comptes 28

- organe de contrôle 85

Constitution

- date, signature de l'acte constitutif, statuts 26

- règlement intérieur 29
 - effets dans l'ordre interne, envers les tiers
 - v. Acte constitutif
- Copropriété 66

D

Dépassement de pouvoirs 91

Diffamation 74

Dirigeants 86s

- organes de gestion 86
- désignation, révocation 86s

Dissolution 99, 110, 123s

- causes : légales, statutaires, volontaires 110, 116, 117
- pour justes motifs 121
- jurisprudence 121
- preuve 122
- prorogation 112
- liquidation 123, 128s
- cession d'actif 133

Domicile 74

- individualisation 3
- domiciliation temporaire 49
- transfert 50

Dons et legs 75

- fondations et associations 75
- autorisation administrative 75

Droits

- patrimoniaux 75
- extrapatrimoniaux 74
- à l'honneur, à la vie privée 74
- protection des créanciers 109, 134

F

Fondateurs

- constitution 26
- responsabilité 17
- domiciliation 17
- mandat 19, 21
- immatriculation 37

G

Groupement 1, 2, 8 10, 107

- collectif 1
- publics privés 1
- de biens 1
- d'intérêt économique 107
- personnalité 1s
- transformation 107

H

Honneur (droit à) 74

I

Individualisation 42s

Voir nom

- Domicile
- Nationalité

Indivision 66

- autonomie du patrimoine 66, 68
- confusion de patrimoine 66

Injures 74

Intérêt 35 s

- acte constitutif 35
- représentation 7
- groupes de sociétés 36
- défense.V. action en justice

M

Mandataire 19,21

N

Nationalité 52, 62

- personne morale 52
- détermination de principe par référence au siège social 54s
- concept de citoyenneté de l'entreprise 53, 59
- critère de contrôle 56
- simulation 57

Nom

- liberté de choix 44
- droit sur le nom 44, 74
- action en concurrence déloyale, en contrefaçon 44

O

Opposabilité du groupement 27, 34

- publicité 31
- immatriculation 37

Organes

- de gestion, de contrôle (les assemblées générales, les commissaires aux comptes) 82
- conformité à l'intérêt social
- désignation, révocation 86
- abus ou détournement 90
- v. pouvoirs 87
- v. responsabilité
- v. représentation

P

Partage 136

Patrimoine 8s

- actif, passif 8
- d'affectation 8
- autonomie 66, 71
- confusion des patrimoines 68

- immatriculation : délai, formalité d'immatriculation, décision 38s
 - capital social 64
 - principe de fixité 65
 - liquidation 69
- Personnalité morale 1s
- définition 1
 - acquisition 25, 37, 12
 - attribution 25
 - sujet de droit 1
 - patrimoine 2, 5, 8s
 - catégorie de groupement (publics, privés, de biens) 1, 2, 8, 10, 11
 - opposabilité du groupement 34
 - fiducie 3
 - indivision 3
 - fiction 4
 - réalité 5
 - intérêt 6, 7, 10, 20
 - représentation 7
 - reconnaissance 7, 35
 - négation de la personnalité morale 7
 - par le législateur 10
 - jurisprudence 10
 - immatriculation 12, 37
 - survie du transfert 61
 - processuelle 25
 - dirigeants sociaux 16
 - survie 99, 108, 126
- durée 100
- Pouvoirs 87
- étendue, internes, externes 88, 89
 - limitations conventionnelles et statutaires 88
 - abus, détournement 90
 - dépassement de l'objet social 91
- R**
- Reprise des engagements 20s
- société en formation 12 s
 - refus de reprise 24
- Responsabilité 79s
- précontractuelle 15
 - des auteurs directs 16
 - des associés 24
 - de la personne morale 23
 - du fait des représentants légaux 81, 86, 88
 - du fait des préposés 81
 - du fait d'autrui 95
 - des dirigeants 93
 - recours de la personne morale 82
 - rétroactive 23
 - Jurisprudence 16
 - refus de reprise 24
 - signature 26
 - mandat 19, 21,24
 - procédure collective 97
- Responsabilité pénale des personnes morales 98s 83, 90
- conditions 84 : auteur du fait délictueux, fait délictueux pour le compte de la personne morale
 - du dirigeant et leurs complices 98
 - sanctions 83
- S**
- Siège social
- Voir domicile
- Société
- en formation, non immatriculée 12s
 - abus de biens sociaux 98
 - constitution 26
 - immatriculation 37
 - créée de fait 25
 - unipersonnelle de fait 120
 - durée 100
 - transformation 102
 - prorogation 112
 - droits des créanciers 109, 134
 - liquidation 124
 - cession d'actifs 133
 - partage 136
 - reprise des apports 137
- Spécialité (principe de) 73
- légale 75
 - statutaire 76

POLITIQUE CRIMINELLE DE L'OHADA

Table des matières

Introduction n° 1 à 6

A- Recours à des mécanismes inappropriés n° 7 à 22

- I - Recours à des dispositions contradictoires : principale source d'une dualité du droit pénal OHADA n° 9 à 12
 - a - Règles favorables à l'harmonisation n° 10 à 11
 - b - Émergence des dispositions rétrogrades n° 12
- II - Dédoubllement des sources du droit pénal des affaires n° 13 à 22
 - a - Détermination des incriminations par les Actes uniformes n° 14 à 15
 - b - Limitation de la compétence de la CCJA n° 16
 - c - Détermination des sanctions pénales par les législations nationales n° 17 à 22
 - 1- Multiplication des législations : une source d'insécurité juridique n° 18 à 19
 - 2 - Émergence des paradis pénaux n° 20 à 22

B - Omissions n° 23 à 48

- I - Lois de fond n° 24 à 42
 - a - Problème du conflit de lois n° 25 à 29
 - 1 - Problèmes pouvant résulter de l'exigence de la double incrimination n° 26 à 27
 - 2 - Problèmes pouvant résulter du conflit de lois pénales dans le temps n° 28 à 29
 - b - Questions relatives à la responsabilité pénale n° 30 à 42
 - 1- Omission de consacrer la responsabilité pénale des personnes morales n° 31 à 39

1.1 - Consécration de la responsabilité pénale des personnes morales n° 32 à 35

1.2 - Conséquences du mutisme du droit pénal OHADA n° 36

1.3 - Regrets n° 37 à 39

2- Omission de la responsabilité pénale du fait d'autrui n° 40 à 42

II - Omission des lois pénales de forme n° 43 à 48

a - Règle *non bis in idem* n° 44 à 45

b - Vide juridique relatif à une véritable coopération judiciaire n° 46 à 48

Bibliographie

- ABARCHI (D.), La supranationalité de l'OHADA, Revue EJDA, n° 44, mars 2000.
- FOKO (A.), Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA, Penant n° 859, pp. 193 et s.
- ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), Harmonisation du droit des affaires, coll. Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- KEBA MBAYE, L'histoire et les objectifs de l'OHADA, Les petites affiches, n° 205, oct. 2004, pp. 5 et s.
- MAHOUEVE (M.), Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin, Penant n° 846, janvier-mars 2004, pp. 87 et s.
- POUGOUÉ (P.-G) et KALIEU ELONGO (Y.R.), Introduction critique à l'OHADA, PUA, 2008.

Introduction

1. Les objectifs poursuivis par les rédacteurs des textes visant l'harmonisation du droit des affaires en Afrique sont clairs. Il s'agit, entre autres, d'instaurer la sécurité juridique, de restaurer la sécurité judiciaire (KEBA MBAYE, *L'Histoire et les objectifs de l'OHADA, Les petites affiches*, n° 205, oct. 2004, pp. 5 et suiv). À l'énoncé de ces objectifs, on voit apparaître la nécessité de la construction d'un droit pénal car, bien que renvoyant à l'édition des normes juridiques en général, les questions de sécurité renvoient inéluctablement aux règles pénales. Comme le soulignait déjà Mireille Delmas-Marty « on s'accorde à reconnaître aujourd'hui la nécessité d'un droit pénal des affaires, gardant pour fonction de nous protéger contre la fraude d'autrui » (M.

Delmas-Marty, Droit pénal des affaires, Tome 1, PUF, p. 3). Cette idée est reprise par Sockeng (R.) qui, traitant des textes de l'OHADA, insiste sur l'unanimité qui se dégage quant à la « nécessité de protéger le monde des affaires contre les dérapages qui peuvent porter atteinte à sa crédibilité et à sa transparence » (R. SOCKENG, *Droit pénal des affaires, Presses MINSI, 2007, p. 1*). En effet, l'essentiel n'est pas d'édicter des interdits, encore faut-il pouvoir les sanctionner et parfois très durement. Ainsi s'explique l'intervention du gendarme de tous les droits, à savoir : le droit pénal, et pas n'importe quel droit pénal, un droit pénal spécifique aux affaires en ce qu'il dégagerait une politique criminelle applicable à tous les pays régis par le l'OHADA.

2. Quelle est donc la politique criminelle construite par les rédacteurs des Actes uniformes de l'OHADA ?

Cette question qui devrait appeler une réponse très simple va cependant se compliquer, étant donné que les formules utilisées par le législateur, loin de rassurer, nous plongent plutôt dans des incertitudes, en ce qu'elles nous amènent à nous interroger sur l'existence même d'un droit pénal des affaires en Afrique.

Cette situation n'est cependant pas surprenante, car l'étude du droit comparé qui a inspiré le législateur africain est lui-même flou sur la question.

En effet, traiter d'un droit pénal des affaires (*Indiquons ici que l'expression droit pénal des affaires est récente et imprécise. Ce fut en effet dans les années 1960 que le poids de l'environnement juridique a conduit la science moderne à concevoir un droit des affaires et à le substituer à l'ancien droit commercial. Du même coup s'est affirmé un droit pénal des affaires, à l'édification duquel les manuels de LARGUIER J. (Droit pénal des affaires, Paris, A. Colin 1970) et de M. DELMAS-MARTY (Droit pénal des affaires, Puf. 1973) ont apporté une contribution décisive. Sur cette évolution, J.-M. AUGUSTIN, Introduction historique au droit pénal des affaires, Rev. Pénitentiaire, 2002, pp. 7 et suiv*) en Afrique suppose que l'idée d'un droit pénal très spécial dit des affaires soit admise sans réserve. Ce qui n'est malheureusement pas le cas, étant donné les controverses doctrinales sur la question, controverses qui méritent d'être rappelées, du fait de l'influence qu'elles exercent sur ce sujet.

Le premier aspect de cette controverse a conduit, malgré toutes les affirmations précédentes, à nous interroger sur l'opportunité même d'un droit pénal des affaires.

Faut-il vraiment un droit pénal des affaires ? Si oui pourquoi et pour qui ? Ces questions nous semblent, étant donné que les personnes auxquelles ce droit aurait vocation à s'appliquer font partie de notre société. On se demande en fait s'il faut, pour ces personnes, un droit pénal très spécial. Si tel est le cas, ce droit est-il un droit pénal des hommes d'affaires et par conséquent applicable uniquement à eux, ou alors un droit pénal des activités commerciales.

Là encore, la réponse ne semble pas aisée, étant donné qu'ici, se trouve souvent rappelée l'idée selon laquelle « les affaires c'est les affaires », donc une sorte de non droit (*L'on se souvient des réserves émises par Portalis (J.E.) à ce sujet lorsqu'il écrivait pour indiquer le domaine très limité de la loi pénale dans la vie des affaires : « Un homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage... L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non de nous dispenser de faire usage de notre propre raison ». Voir aussi Delmas-Marty (M.), Droit pénal des affaires, op. cit.*). Cette affirmation a eu pour conséquence d'installer la doctrine dans un doute en ce qui concerne la politique criminelle à retenir en ce domaine (*Sur ces hésitations, lire : FRISON-ROCHE (M-A) (Sous la direction de :) Les enjeux de la pénalisation de la vie économique, D. 1997, FRIED (C.), Libéralisme et*

droit pénal, in, Les enjeux de la pénalisation de la vie économique, op. cit. p. 101 et suiv. B. BOULOC, L'influence du droit communautaire sur le Droit pénal interne, Mélanges, G. LEVASSEUR, 1992, pp. 103 et suiv. Sur l'influence de ces hésitations sur les réformes intervenues dans les législations des pays d'Afrique, V. FOKO (A.), Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA, Penant, n° 859, pp. 193 et suiv.).

3. Les hésitations sur la portée du droit pénal des affaires ont énormément influencé le législateur africain, l'entraînant ainsi sur une piste trop glissante. En effet, l'alinéa 2 de l'article 5 du Traité OHADA dispose seulement que « les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale ». Ces formules ont conduit une tendance doctrinale à dire, a contrario, « qu'ils peuvent ne pas en inclure » (*POUGOUÉ (P-G), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), Le droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique OHADA, p. 119*). On le voit, outre le fait que ces textes ne prévoient pas le recours aux sanctions pénales, cette disposition permet à elle seule de douter de l'existence d'un droit pénal de l'OHADA.

Quoi qu'il en soit, les textes de l'OHADA, pris ensemble, permettent de constater l'inclusion du droit pénal qui vient tout simplement renforcer la législation interne des pays membres. De là, la nécessité de dégager la consistance du droit pénal des affaires en Afrique.

À cet effet, on a coutume de rappeler la dualité des modes d'expression du droit pénal des affaires.

En effet, l'étude de la multitude des textes existant en ce domaine conduit à constater que ceux-ci n'expriment pas tous avec la même intensité, cette branche du droit pénal en plein essor. On observe avec Wilfrid Jean Didier que la sanction du comportement des malhonnêtes en affaires passe par deux types d'incrimination.

Une première forme de la répression se fait par le canal d'incriminations générales. Leur souplesse a permis à la jurisprudence de les adapter avec plus ou moins de bonheur à la vie des affaires. C'est pour désigner les incriminations rentrant dans cette catégorie que la doctrine a employé l'expression « *droit pénal des affaires en surimpression* ».

Une deuxième forme de la réaction sociale que l'on désigne par le vocable « *droit pénal en impression directe* », emprunte cette fois, une voie qui lui est propre, le droit pénal des affaires élaborant alors ses qualifications (*Jeandidier (W.), Droit pénal des affaires, 2^e édition, p. 1, n° 1*).

4. Revenant aux incriminations de la première catégorie, l'on doit rappeler l'inadéquation du droit pénal classique en matière de délinquance des affaires. Cette inadaptation résulte sans doute du fait que le législateur, mais surtout la jurisprudence se sont souvent bornés à transposer, dans ce domaine particulier, les dispositions de droit commun. Or il aurait été préférable d'innover, car on ne réprime pas

de la même manière les infractions classiques contre les biens et les infractions commises dans la vie des affaires (GUYON (Y.), *De l'inefficacité du droit pénal des affaires, Pouvoirs-55*, 1990, pp. 41 et suiv. Cette inadaptation se manifeste principalement de trois manières).

Tout d'abord les infractions d'affaires sont de plus en plus différentes des infractions de droit commun. Certes, à l'origine, les délinquants d'affaires commettaient principalement les infractions portant atteintes aux biens. C'est par exemple le cas des infractions de vol qui, du fait de l'admission de la notion de soustraction par manquement juridique, reçoit souvent une application trop extensive.

Il en est de même des infractions d'escroquerie qui ont souvent été utilisées pour sanctionner les multiples formes de faux et manœuvres perpétrées dans le monde des affaires, puis de l'abus de confiances. L'on constatera d'ailleurs à travers l'analyse que nous ferons de certaines infractions, notamment de l'abus de biens sociaux et de crédit que les infractions du droit pénal OHADA sont simplement venues compléter, en ce qui concerne le Cameroun, les incriminations des articles 318 et suivants du Code pénal.

Ensuite, si l'on a pu appliquer ces incriminations au monde des affaires, c'est en réalité par un forçage des dispositions de ce Code pénal. Cette situation est anormale, étant donné le principe de la légalité criminelle et ses corollaires, plus précisément l'exigence d'une interprétation stricte qui conduira à constater les limites des incriminations de la première catégorie. C'est de là qu'est venue l'idée de recourir à des textes spéciaux en ce domaine.

Notons enfin que, émanant de chaque pays, étant donné que le droit pénal compte parmi les éléments de souveraineté des États (Sur cette question, V. Masse (M.), *La souveraineté pénale*, D. 1999, chr. 905), ces textes ne devraient pas tarder à montrer leurs limites, notamment du fait du caractère transfrontalier des comportements à sanctionner.

5. Le constat est donc clair, il faut un droit pénal très spécial des affaires qui tiendrait compte, non seulement de la spécialité des comportements visés (Accomando (G.) et Benech (A.), *La spécialisation de la justice pénale en matière économique et financière*, Rev. Pénitentiaire, 2000, pp. 52 et suiv. ; Frison-Roche (M-A), Marin (J-C) et Nocquet (Cl.) (Sous la direction de :) *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, D. 2001), mais aussi du caractère transfrontalier de la délinquance en ce domaine (Sur le caractère transfrontalier de la criminalité d'affaires, V. Paolo Bernasconi, *La criminalité transfrontalière : sophistications financières et faiblesse judiciaires*, Cahiers de la sécurité intérieure, n° 19, 1995, pp. 126-132).

Pour mieux tirer les conséquences résultant d'un tel constat, il convenait de recourir à une construction juridique regroupant plusieurs États. De la sorte, le droit OHADA qui poursuivait cet objectif ne pouvait que se

doubler d'un aspect renvoyant au droit pénal. Ayant harmonisé les textes en droit civil des affaires, il convenait également de procéder de la même façon en droit pénal. C'est donc ainsi que les techniques juridiques de gestion de l'espace ont pu intégrer le droit pénal.

La gestion de l'espace africain par le système de regroupement à travers l'uniformisation du droit n'est d'ailleurs pas nouvelle. À certains égards, il est même permis de dire que l'Afrique fut la première région à recourir à l'unification ou à la communautarisation de son droit. Cette technique fut d'abord l'œuvre des puissances coloniales. C'est ainsi qu'une grande partie du droit français fut transposé aux ex-colonies françaises et pays sous mandat, tout comme le système de la Common law fut appliqué aux anciennes colonies britanniques. Cette approche avait conduit à une forme de « balkanisation juridique », les pays d'Afrique appliquant chacun le droit de la puissance colonisatrice (Keba Mbaye, *L'Histoire et les objectifs de l'OHADA, Les petites affiches*, n° 205, oct. 2004, pp. 4 et suiv. ; Tiger (Ph.), *Le droit des affaires en Afrique*, Coll. *Que sais-je*, p. 11 ; Pougoué (P.-G.) et Kalieu (Y.), *Introduction critique à l'OHADA*, p. 29 (NBP n° 21 ou 11 p. 5). Autrement dit, cette extension législative avait conduit à une certaine harmonisation du droit des pays concernés.

Après les indépendances, la plupart de ces pays avaient conservé ce droit tel quel, sans réellement l'adapter à l'évolution de la situation économique. Ce droit deviendra par la suite obsolète (Paillasseau (J.), *L'Acte uniforme sur les droits des sociétés, Les petites affiches*, n° 205, oct. 2004, pp. 15 et suiv.). Une mise à jour s'imposait donc et, nombreux sont les pays qui y ont procédé, chacun à sa manière. Cet individualisme eut pour conséquence de multiplier les règles de droit des affaires en Afrique, obligeant ainsi les investisseurs à changer de législation toutes les fois qu'ils changeaient de pays, ce qui n'était pas encourageant.

C'est alors que fut conçue l'idée d'une gestion commune de l'espace africain par l'unification du droit qui déboucha sur l'OHADA. Voulant aller jusqu'au bout de cette logique, les États parties à cette organisation iront jusqu'à abandonner certains aspects de leur souveraineté. On songea alors à l'idée d'un droit des affaires, alors que le droit pénal général avait, jusque-là été considéré comme un aspect relevant de la souveraineté de chaque État.

Cet abandon était nécessaire, étant donné le génie des délinquants qui les conduit souvent à rechercher les paradis pénaux. Il fallait alors, pour des raisons de sécurité juridique dans l'espace OHADA, procéder à l'uniformisation, en plus du droit civil des affaires, de son aspect pénal. Une telle approche, si elle venait à aboutir, permettrait alors d'imposer dans cet espace, une éthique commune des affaires dont la méconnaissance serait pénalement sanctionnée..

6. Une décennie après l'entrée en vigueur de ce droit OHADA, on constate que le débat en terme d'op-

portunité d'une telle vision continue et conduit même à s'interroger non seulement sur le bien-fondé de la voie choisie pour imposer pénalement une certaine éthique dans le monde des affaires, mais aussi sur les résultats obtenus. Ces interrogations nous paraissent compréhensibles, étant donné les lacunes qui caractérisent la démarche retenue par le législateur OHADA. Ayant recouru aux techniques d'uniformisation et d'harmonisation, les rédacteurs du Traité et des Actes uniformes subséquents ont curieusement accordé une place non négligeable aux législations internes laissant en suspens de nombreuses questions (B). Outre ces omissions, c'est surtout le recours à des mécanismes inappropriés qu'il convient de dénoncer (A).

A- Recours à des mécanismes inappropriés

7. Le principal objectif de l'OHADA est de secréter un droit nouveau et adapté dans le domaine du droit des affaires. L'ancien Secrétaire permanent soulignait d'ailleurs à cet effet que « *c'est une démarche unificatrice de la règle de droit qui a conduit à la création de l'OHADA* » (Johnson (K.L.), *L'intégration juridique par l'OHADA, in Sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone CEMAC. Actes du séminaire sous-régional, Libreville (Gabon), novembre 2004, éd. GIRAF, 2005, p. 61*). Cette idée est confortée par celle d'un auteur célèbre qui souligne l'originalité du droit OHADA en affirmant que « *le phénomène de l'intégration juridique est l'objectif majeur. On ne part plus de l'espace économique intégré pour induire quelques principes juridiques communs, on cherche l'intégration juridique pour faciliter les échanges et les investissements et garantir la sécurité juridique des activités des entreprises* » (Pougoué (P.G.), *OHADA, Instrument d'intégration juridique, Revue africaine des sciences juridiques, Vol. 2, n°é, 2001, pp. 11 et suiv. Pour une vue générale sur le phénomène de communautarisation et de mondialisation du droit, V. La mondialisation du droit, Litec 2000, Travaux du CREDIMD*). Les objectifs ainsi assignés à l'OHADA devraient conduire à la construction d'un véritable droit uniforme pour tous les États membres. Mais, la nécessité d'adopter une démarche progressive et de prendre en considération certaines spécificités, surtout que nous nous trouvons dans le cadre d'un droit spécifique, à savoir le droit pénal conduira à ne pas effacer totalement les législations internes. De la sorte, les droits nationaux ne seront pas totalement balayés, d'où l'organisation d'un concours entre le droit OHADA et les législations internes.

8. Restant dans le cadre du droit pénal, il convient de souligner que la notion de concours est souvent invoquée dans le cadre du choix de la qualification à

retenir. On parlera par exemple de concours ou cumul réel lorsque l'on se trouve en présence de plusieurs textes renvoyant à une même situation. Ainsi présenté, le concours en ce qui concerne les qualifications ou alors les conflits de lois ne soulève pas de difficulté majeure, étant donné qu'il existe des règles claires permettant de retenir une solution convenable (principe de la spécialité ou de la plus haute expression pénale). Tel n'est cependant pas le cas du concours qu'induit la complémentarité entre le droit OHADA et le droit des pays membres. Loin de se compléter, les différentes sources du droit pénal des affaires dans l'espace OHADA rentrent plutôt en concurrence, sans qu'il soit possible de trancher, de manière satisfaisante, les problèmes qui en résultent. On s'éloigne donc de l'unification projetée pour se tourner vers un doublement du droit pénal OHADA qui débouche sur un désordre difficile à résoudre (II). La compréhension de ce désordre nécessite cependant que soient présentées ses sources exprimées dans des textes contradictoires (I).

I - Recours à des dispositions contradictoires : principale source d'une dualité du droit pénal OHADA

9. Le droit OHADA se veut un droit harmonisateur des différents systèmes juridiques en Afrique. Pour ce faire le législateur a, ainsi que nous l'avons fait observer, préféré les Actes uniformes aux directives. On comprend alors que dans de nombreuses dispositions, le législateur ait fait appel à des formules unificatrices du droit des affaires. Les rédacteurs du Traité et des Actes uniformes ne sont cependant pas restés cohérents dans leur approche. Bien qu'ayant prévu des dispositions favorables à l'unification du droit des affaires (a), ils ont également ouvert des brèches permettant aux États qui le désirent d'édicter des normes contraires aux objectifs fixés par le Traité OHADA (b).

a - Règles favorables à l'harmonisation

10. De nombreuses dispositions du Traité OHADA et des Actes uniformes proclament la volonté des États membres d'unifier le droit des affaires en Afrique. Le coup d'envoi de cette vision est d'ailleurs donné dès le premier article du Traité OHADA aux termes duquel : « *Le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États parties par l'élaboration et l'adoption des règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre des procédures judiciaires appropriées, (...)* ».

Il résulte donc de cet article premier qui vise à préciser l'objet du Traité de Port-Louis que l'une de ses originalités réside dans le dessein d'une harmonisation du droit des affaires (Issa-Sayegh (J.) et

Loboues-Oble (J.), *Harmonisation du droit des affaires*, Coll. *Droit uniforme africain*, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 44 ; Loboues-Oble (J.), *L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique*, *Revue internationale de droit comparé*, 3, 1999, pp. 543 et suiv.) et, par voie de conséquence, non seulement ses aspects civils, mais aussi ses aspects pénaux. Le premier article n'étant pas suffisamment clair, l'article 2 apportera des précisions supplémentaires en énumérant le domaine d'application dudit Traité en indiquant les huit matières qui entrent dans le champ du droit des affaires visé par le Traité. Ce texte indique en effet que : « Pour l'application du présent Traité, entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après ».

À la lecture de ce texte, il apparaît clairement que le Traité ne distingue pas l'aspect civil de l'aspect pénal des affaires. Il suffit donc que le domaine à régir fasse partie des huit matières énumérées à l'article 2 pour que l'on fasse appel au droit harmonisé.

11. Désireux de conférer une force particulière aux règles ainsi édictées, les rédacteurs du Traité vont prendre des mesures permettant aux Actes uniformes de développer leurs effets indépendamment de l'attitude des législations nationales qui pourraient prévoir des mesures contraires. C'est cet objectif qui est assigné à l'article 10 du Traité aux termes duquel : « Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». Cet article tranche donc clairement en faveur de la primauté et de l'effet direct des Actes uniformes. La CCJA a d'ailleurs eu l'occasion de préciser cette primauté du Traité dégagée à l'article 10. Dans un avis du 30 avril 2001, sur la demande de la République de Côte d'Ivoire concernant l'effet abrogatoire des AU sur le droit interne. Elle a admis que « l'article 10 (...) contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les États parties des Actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures et postérieures » (Abarchi (D.), *La supranationalité de l'OHADA*, *Revue EJDA*, n° 44, mars 2000 ; Pougoué (P.G.), *Présentation générale et procédure en OHADA*, PUA, Yaoundé 1998. Pougoué (P.G.), *Les sociétés d'État à l'épreuve du droit OHADA*, *Juridis périodique* n° 65, 2006, pp. 99 et suiv.).

Étant donné les principes dégagés par ces textes,

les législations nationales ne devraient pas prévoir des dispositions contraires au Traité ou aux Actes uniformes. Bien plus, elles devraient, afin d'éviter toute confusion et mieux assurer la sécurité juridique, procéder à un nettoyage, afin de rendre plus visible l'effet abrogatoire du droit OHADA. Tel ne sera malheureusement pas le cas, puisque le législateur communautaire ne va pas tarder, à travers les Actes uniformes consécutives au Traité, à rendre possible l'émergence des droits nationaux dérogeant au droit OHADA.

b - Émergence des dispositions rétrogrades

12. Par dispositions rétrogrades, nous entendons celles qui ont pour conséquence de permettre le retour à la case départ, en ce qu'elles conduisent à déroger au droit communautaire et par conséquent à battre en brèche le souci d'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

Le droit pénal des affaires étant plus étoffé en droit des sociétés commerciales, c'est ce domaine que nous retiendrons comme exemple pour étudier la possibilité pour un État de s'émanciper du droit pénal OHADA. Sur cette question, une disposition revêt une importance capitale. Il s'agit de l'article 916 de l'AUSC qui consacre la possibilité de soumettre certaines sociétés à un régime particulier. Cet article dispose : « Le présent Acte uniforme n'abroge pas les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier ». On le voit, cet article vient expressément déroger aux dispositions de l'article 2 du Traité OHADA.

Le problème fondamental proviendra, non pas de l'existence de régimes particuliers, mais surtout de l'autorité habilitée à créer les sociétés à régime spécial. A cet effet, il est par exemple admis que « la présence de l'État confère nécessairement aux sociétés d'États des spécificités qui amènent à ranger celles-ci parmi les sociétés visées par l'article 916... » (Pougoué (P.G.), *Les sociétés d'État à l'épreuve du droit OHADA*, *Juridis périodique* n° 65, 2006, pp. 99 et suiv.) et qui restent assujetties à un régime particulier. Autrement dit « les sociétés d'États commerciales sont soumises à un régime juridique dualiste composé de règles de droit OHADA et des règles internes spécialement conçues pour tenir compte de la présence de l'État dans le capital social ». Faire de la présence du capital de l'État dans une société un critère permettant de déroger au droit OHADA, c'est battre celui-ci en brèche dans un continent où les sociétés les plus importantes sont sinon publiques, du moins parapubliques. Cette dualité de régime des sociétés commerciales est d'ailleurs renforcée par la position retenue par la CCJA. Celle-ci a, dans deux avis, admis cette possibilité de déroger au droit OHADA et les nuances qu'elle a apportées ne sont pas de nature à opérer un retour vers l'article 10 du Traité OHADA. C'est d'ailleurs cette dualité de régime que viendra renforcer le dédoublement explicite des sources du droit pénal des affaires.

II - Dédoubllement des sources du droit pénal des affaires

13. Ce dédoublement était prévisible. Ayant admis la dualité du droit civil des affaires, on ne comprendrait pas que l'on puisse l'exclure en droit pénal qui, de manière naturelle, fait partie du domaine d'expression de la souveraineté de chaque État. Ce dédoublement est prévu à l'article 5 alinéa 2 qui dispose : « *Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénales. Les États parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ».

Ce texte opère ainsi un partage de compétence entre les Actes uniformes du Traité qui peuvent définir les éléments matériels et moraux de l'infraction (a), partage dont les effets négatifs seront difficiles à endiguer à cause de la limitation de la compétence de la CCJA (b), et les États parties qui déterminent les sanctions que leurs auteurs encourrent (c).

a - Détermination des incriminations par les Actes uniformes

14. Le partage de compétence entre les Actes uniformes et les législations nationales nous semble curieux en ce domaine très délicat qu'est le droit pénal. Étant donné que les Actes uniformes prévoient plusieurs incriminations (V. *Kom Kamsu (M.)*, *Le droit pénal des sociétés commerciales dans l'Acte uniforme OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 1999), on est en droit de se demander si cette énumération est exhaustive ou limitative. Autrement dit, pour ne retenir par exemple que le droit pénal des sociétés commerciales, les incriminations prévues par l'AUSC sont-elles les seules qu'il convient de prendre en considération en ce domaine, ou alors, les États parties sont-ils libres d'en créer d'autres ?

C'est certainement la deuxième interprétation qui devra l'emporter. De la sorte, les législations nationales pourront compléter le droit OHADA soit en faisant appel au droit pénal des affaires en surimpression, ce qui nous renverra alors à l'arbitraire que la construction d'un droit pénal spécial des affaires avait pour but de bannir (*L'on rappellera ici que c'est par un forçage des textes du Code pénal que les juges parvenaient à sanctionner ces comportements, ce qui constitue une méconnaissance de l'exigence d'une interprétation stricte de la loi pénale*), soit au droit pénal en impression directe et déboucher sur la multiplication des incriminations dans chaque État ; ce qui serait tout aussi critiquable, car conduisant à la multiplication des droits pénaux des affaires dans l'espace OHADA. Outre le fait que cela remet en cause toute la politique d'harmonisation du droit des affaires, cette approche conduit à nous placer dans une insécurité juridique résultant du foisonnement de textes.

15. L'autre difficulté pourra résulter du fait que les incriminations prévues par l'OHADA auraient déjà leurs équivalents en droit interne et parfois même en des termes identiques. Dans ce cas, le recours à un autre texte s'avère inutile. Ce qui n'exclut cependant pas l'apparition de difficultés, notamment celles pouvant résulter de l'interprétation des termes des lois portant incrimination. Ce problème, en ce qui concerne le droit civil des affaires est résolu par le recours à la CCJA qui a « pour rôle de se substituer aux Cours nationales de Cassation afin d'unifier l'interprétation du droit uniforme par les juridictions nationales du fond et éviter un renvoi devant une juridiction du dernier ressort en cas de cassation. Elle est gardienne de la bonne application du droit uniforme et de la célérité du procès » (*Loboues-Oble (J.)*, *Traité OHADA et Règlement de procédure de la CCJA*, op. cit.). Implicitement, mais certainement, « *les dispositions du Traité et du Règlement de procédure de la CCJA concernant la fonction juridictionnelle de la Cour posent ainsi un principe de la supranationalité judiciaire opérant un transfert de compétence des juridictions nationales de cassation vers la haute juridiction communautaire* » (*Issa-Sayegh (J.) et Loboues-Oble (J.)*, *Harmonisation du droit des affaires*, op. cit., p. 178. *Ainsi que le précisent également ces auteurs, Il convient également de faire observer que ce principe est accompagné du pouvoir de la CCJA de statuer, après cassation, sur le fond, sans renvoyer à une juridiction nationale de l'État concerné, en évoquant l'affaire ; ce pouvoir d'évocation entraîne la substitution de la CCJA aux juridictions nationales en dernier ressort, en cas de cassation*). À travers ses activités contentieuses, le CCJA fera donc en sorte que les mêmes notions aient le même sens dans tous les États Parties. Cette juridiction pourra-t-elle bien jouer ce rôle ? Difficile à dire du fait de la limitation de sa compétence.

b - Limitation de la compétence de la CCJA

16. Ainsi que nous venons de le faire observer, la CCJA a pour rôle de se substituer aux cours nationales de cassation afin d'unifier l'interprétation du droit uniforme par les juridictions nationales du fond. Elle est donc gardienne de la bonne application du droit uniforme. Ce résultat nous semble cependant difficile à atteindre en droit pénal, à cause des dispositions de l'article 14 du Traité qui limite la compétence de la CCJA en ne lui permettant pas de traiter des questions pénales. Ce texte dispose en effet que : « *Saisie par la voie de recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des États parties dans toutes les affaires soulevant les questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant les sanctions pénales* ».

Ce texte a certainement été conçu dans le même

esprit que celui de l'article 5 alinéa 2 qui cherche à cantonner, en ce qui concerne le droit pénal, le droit OHADA aux incriminations seulement, excluant ainsi l'application des peines. Cette approche ne nous semble cependant pas réaliste, étant donné l'impossibilité, au plan judiciaire de dissocier la portée des incriminations de celle des sanctions. Comme le souligne si bien R. Sockeng, « *si on s'en tient à la lettre de la loi, on peut affirmer qu'une ordonnance de non-lieu ou une décision de relaxe n'appliquent aucune sanction pénale et pourraient faire l'objet de pourvoi* », tout comme pourraient l'être les décisions prononçant, pour des raisons diverses, la dispense de la peine. Inversement, là au moins les choses nous semblent très claires, il suffit que les juges nationaux prononcent une sanction pénale pour que le recours en interprétation ne soit pas possible. Il résulte de ce qui précède que la limitation de la compétence de la CCJA concerne en réalité toutes les questions pénales, et ce n'est pas le fait du hasard qu'on a pu affirmer que l'exclusion vise en réalité « les matières pénales ».

De ce fait, chaque pays aura sa propre jurisprudence, mieux encore sa propre définition des incriminations résultant des Actes uniformes. On est donc loin, mais alors très loin de l'harmonisation proclamée à l'article 1^{er} du Traité OHADA. Cette diversité ne pourra d'ailleurs que s'accroître, du fait du renvoi explicite au droit interne en ce qui concerne la détermination des sanctions pénales.

c - Détermination des sanctions pénales par les législations nationales

17. Les sanctions pénales sont les corollaires des incriminations. C'est ce qui justifie la soumission à la compétence de la même autorité, le droit de prévoir des incriminations et des sanctions. Tel n'est cependant pas la solution retenue à l'article 5 du Traité OHADA par lequel les États parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues par les contrevenants aux normes communautaires. Une telle approche ne peut que surprendre car, si la politique criminelle apparaît, ainsi que le fait observer Marc Ancel, comme « une stratégie méthodique de réaction anticriminelle, il est difficilement concevable de soumettre les deux éléments de sa structure que sont le phénomène criminel et la réponse de la politique criminelle à une logique différente » (*Anoukaba (F.), Cisse A., Diouf (N.), Nguebou Toukam (J.), Pougoué (P.G.) et Samb (M.), OHADA, Sociétés commerciales et GIE, Coll. Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 227*). Au-delà de l'insécurité juridique résultant de cette multiplication des sources du droit pénal (1), celle-ci conduit à une inégalité juridique du fait des paradis pénaux qu'elle consacre (2).

1 - Multiplication des législations : une source d'insécurité juridique

18. Rappelons une fois de plus que l'harmonisation du droit des affaires en Afrique a pour but de mettre un terme aux fissures et dérives qui menacent le bloc homogène du droit des affaires légué par les anciennes puissances coloniales à la veille des indépendances et qui s'était par la suite décomposé en sous-ensembles soit dépassés, soit d'avant-garde selon les pays et les matières réformées. Il est donc apparu nécessaire d'arrêter ce phénomène de dislocation des systèmes juridiques et concevoir et concevoir une œuvre d'intégration débouchant sur l'unité du droit.

Outre le fait que cette approche permet de réaliser un environnement juridique commun en atténuant, voire en éliminant les distorsions entre les systèmes juridiques, une telle approche contribue en réalité à promouvoir la sécurité juridique qui revêt une importance capitale en matière pénale où le principe le plus important, à savoir le principe de la légalité criminelle vise ce but (*Cette fonction dérive de ce que la loi pénale décrit des attitudes ou des actes répréhensibles et établit une véritable hiérarchie entre eux, en leur attachant des sanctions de gravité variable. La loi pénale revêt ainsi l'aspect d'un code des valeurs sociales. En ce sens, la valeur éducative de la loi pénale correspond à ce que l'on appelle d'ordinaire la prévention générale. A cette valeur éducative du principe de la légalité, se rattache également la valeur intimidante de la loi pénale. Cette justification résulte du fait qu'averti de l'incrimination et de la pénalité, l'éventuel délinquant sera détourné de la commission de l'infraction correspondante. De cette façon, une prévention individuelle s'exercerait sur lui*).

De ce fait, il convenait, même en matière pénale, de promouvoir un droit unifié. En effet, l'unité du droit particulièrement en matière pénale, présente plusieurs avantages au regard de la sécurité juridique. D'une part, elle permet un accès plus facile à la règle de droit qui se trouverait, du fait de l'unification, dans un corps unique de règles. Ce qui n'est pas le cas de l'approche retenue par le droit communautaire et qui procède d'un renvoi aux législations nationales éparpillées que l'on a de plus en plus du mal à connaître. Une étude réalisée dans la zone couverte par le Traité OHADA a d'ailleurs permis de constater que certains pays ne publient plus leur journal officiel ou le font avec un retard qui peut atteindre plusieurs années. Et « *lorsqu'ils sont publiés, les journaux comportent rarement une table chronologique et, plus rarement encore, une table alphabétique ou analytique* ». De même, les textes ne sont pas analysés et ni présentés thématiquement.

19. D'autre part, le recours à une source unifiée du droit impose un corps de règles unique pour tous les États de l'espace OHADA. La modification de ce corps

se fera de façon très lente, « ce qui donne le temps aux opérateurs économiques et aux consommateurs de réagir en commun et préventivement aux velléités inconsidérées de changement ». On rejoint ainsi le souci de prévention poursuivi par le principe de la légalité criminelle qui aurait dû imposer la consécration d'une source unique du droit pénal des affaires en Afrique. Cette approche n'étant pas retenue, l'on méconnaîtra un autre principe fort important du droit pénal, à savoir l'égalité devant la loi, ainsi qu'il est permis de le constater à travers l'émergence des paradis pénaux.

2 - Émergence des paradis pénaux

20. L'idée de paradis pénaux, encore appelés pays-refuge ou « forum shopping » (V. *Delmas-Marty (M.), Droit pénal des affaires, T. Partie générale, PUF, 1990*) a souvent été avancée pour traduire la disparité entre les différentes législations et les conséquences qui en résultent, notamment les divergences de solutions auxquelles elles aboutissent. Ces divergences conduisent à retenir un comportement comme constituant une infraction grave dans certains lieux, et comme infraction bénigne dans d'autres.

C'est justement la conséquence à laquelle conduit le renvoi de la détermination des sanctions aux législations internes. En effet, pour que tous les délinquants d'affaires soient soumis aux mêmes sanctions pénales, il faut que tous les États parties aient retenu les mêmes gammes de sanctions. Tel n'est malheureusement pas le cas, l'article 5 du Traité n'ayant pas imposé une telle approche. Comme conséquence d'une telle situation, nous nous retrouverons face à deux groupes de pays appliquant des textes différents.

Le premier bloc est constitué des pays n'ayant pas encore prévu des textes transposant dans leur droit interne, l'ensemble de la législation pénale OHADA. Partant de l'effet direct du droit OHADA, la constitution d'un tel bloc peut sembler surprenante. Tel ne doit pas être le cas, étant donné l'article 5 qui a dédoublé les sources du droit pénal des affaires. Autrement dit, pour que ce droit soit complet, il faut que des sanctions soient prévues. Or, en l'état actuel du droit des pays signataires du Traité, quatorze États n'ont pas encore institué les sanctions correspondant aux incriminations prévues par le droit OHADA. Étant donné qu'en matière pénale, l'existence des incriminations ne suffit pas à constituer une infraction, il est permis de dire que dans ces quatorze États, les incriminations énumérées en droit OHADA ne constituent pas des infractions (*Ceci sous réserve de l'existence des infractions correspondantes de droit interne antérieure à OHADA*). Ce sont ces pays qui constituent des « paradis pénaux », en ce sens qu'il y est permis de perpétrer des actes théoriquement incriminés en droit OHADA.

Le deuxième bloc est constitué de deux pays, le Cameroun (*Loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant*

répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA. Sur cette loi, V. annexes à l'ouvrage de R. SOKENG, Droit pénal des affaires OHADA, pp.207 et suiv.) et le Sénégal (*Loi n° 98/22 du 26 mars 1998 portant sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relatif aux droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Sur cette loi, V. également. annexes à l'ouvrage de Sokeng (R.), Droit pénal des affaires OHADA, pp. 201 et suiv*) qui sont les seuls à avoir complété le droit communautaire en prévoyant des sanctions pénales dans leurs législations internes. Mais, loin de procéder à une harmonisation, ces deux pays ont plutôt procédé à la confirmation de leur droit pénal antérieur. Il ressort en effet de l'exposé de motif de la loi sénégalaise qu'il a été décidé « *que par l'élaboration d'un texte législatif interne, chaque État partie fixera le quantum des peines en conformité avec son système pénal pour compléter l'Acte uniforme en se fondant toutefois sur les incriminations déjà visées par l'acte lui-même* ».

21. Ainsi que le précisait également cet exposé des motifs, « ce projet de loi a obéi à la double préoccupation :

- de se conformer à l'Acte uniforme,
- de prévoir des peines conformes au système pénal sénégalais, le tout dans le souci de réparer les infractions en s'inspirant du quantum des peines qui étaient prévues dans le code des sociétés sénégalais (4^e partie du code des obligations civiles et commerciales ».

Cet exposé des motifs nous semble clair. Il n'a pas été question d'harmoniser les sanctions pénales, mais plutôt de conforter le droit pénal antérieur. Ce qui ne peut que conforter les disparités antérieures au droit communautaire. Cette situation conduit à constater une disparité non seulement avec les pays n'ayant pas prévu de nouvelles sanctions, mais aussi avec ceux qui, à l'instar du Cameroun, ont recouru à des dispositions nouvelles.

Les solutions prévues par la loi camerounaise n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA se détachent du système sénégalais selon les deux axes.

D'abord en ce qui concerne le domaine d'application de la loi. La loi camerounaise couvre un champ plus important que la loi sénégalaise qui ne sanctionne que les incriminations prévues dans l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et GIE. Autrement dit, pour ce qui est des incriminations prévues par les autres Actes uniformes, c'est le statu quo qui continue à prévaloir.

Ensuite, la nature des peines prévues n'est pas la même. Alors que le droit sénégalais considère toutes les infractions commises par les dirigeants sociaux comme étant des délits, le droit camerounais, partant

de l'idée que ce ne sont pas toutes les sociétés commerciales qui sont soumises au droit OHADA, soumet certains actes commis par les dirigeants des sociétés publiques ou parapubliques à des textes spéciaux. Ainsi, tout en admettant que certains abus commis par les dirigeants sociaux puissent être sanctionnés des peines correctionnelles, on a également admis que le texte normalement applicable est, non pas la loi de 2003, mais plutôt l'article 184 du Code pénal relatif aux détournements qui sanctionne des peines criminelles, les abus commis par les dirigeants de certaines sociétés commerciales (*TGI Mfoundi, Jugement n° 371/Crim. du 27 juin 2007, Aff. MP et FEICOM C/Ondo Dong et autres ; TGI Wouri, Jugement des 12 et 13 décembre 2007, Aff. MP et PAD C/Siyam Siwe et autres*).

Il résulte de ce qui précède que les incriminations prévues par le droit OHADA ne constituent pas des infractions, parce que non suivies de textes prévoyant les sanctions dans quatorze pays. *Ce qui, une fois de plus, mérite d'être fustigé*. De même ces incriminations, notamment celles du droit des sociétés commerciales, sont seulement des délits au Sénégal, et constituent tantôt des délits, tantôt des crimes au Cameroun.

22. De plus, pour ce qui est des infractions sanctionnées des peines correctionnelles au Sénégal, on constate une insistance sur les peines pécuniaires. Ce qui risque de rendre inefficace le droit pénal des affaires car, ainsi que le font observer certains auteurs, « *de la même manière que certaines sociétés procèdent, pour s'en tirer à bon compte au plan interne, à la budgétisation des infractions qu'elles commettent en ouvrant des comptes destinés exclusivement à la prise en charge de leurs dépenses actuelles ou éventuelles nées de leurs activités délictuelles, les multinationales pourraient choisir le territoire de commission de leur forfait pour échapper à la rigueur de telle législation ou bénéficier de la douceur de telle autre* ». Une fois de plus, on est très loin des objectifs assignés à l'OHADA. Outre le fait que l'harmonisation recherchée ne soit pas atteinte, on constate que les solutions retenues chamboulent les principes de bases du droit pénal classique sans que des principes de substitution ne soient trouvés.

B - Omissions

23. Voulant exprimer leur réticence vis-à-vis de l'émergence d'un droit pénal des affaires OHADA, ou encore, pour certains tout au moins, vis-à-vis du procédé utilisé pour élaborer ce droit, des auteurs ont formulé des critiques concernant les sources de ce droit, invoquant ainsi la méconnaissance du principe de la légalité criminelle qui voudrait que le droit de punir ne puisse puiser ses sources que dans la

loi, entendu au sens strict du terme (*Traitant de cette question, Sockeng (R.) a pu souligner que « le principe de la légalité des délits et des peines n'est pas toujours strictement respecté », op. cit. p. 6*). Pour insister sur cette question, certains ont, parlant des sources de ce droit pénal, rappelé les techniques de création des Actes uniformes (*Il est par exemple rappelé que ces Actes uniformes sont préparés par le Secrétariat permanent de l'Organisation africaine en concertation avec les gouvernements des États parties, et qu'ils sont examinés et adoptés par le Conseil des ministres après avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). Créées dans chaque État-Parties, les commissions nationales OHADA sont chargées d'examiner les projets d'Actes uniformes. Sur cette description, lire : Anoukaba (F.), Cisse (A.), Diouf (N.), Nguebou Toukam (J.), Pougoué (P.G.) et SAMB (M), op. cit., p. 228*). Ces arguments qui mettent l'accent sur la mise à l'écart des Parlements nationaux ne nous semblent cependant pas soutenables et ceci pour plusieurs raisons.

On peut tout d'abord faire constater que cette conception qui met l'accent sur la souveraineté des États est de plus en plus dépassée, ainsi que le montre le développement de plus en plus accru du droit d'ingérence qui permet le développement d'un droit pénal international s'appliquant indépendamment de la volonté des États. De plus, le principe dégagé par C. BECCARIA revêt aujourd'hui plusieurs sens et intègre notamment la hiérarchie des normes (*V. Delmas Saint-Hilaire (J-P), Les principes de la légalité des délits et des peines : Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal, Mélanges P. BOUZAT, 1980, pp.149-177*). C'est d'ailleurs cette nouvelle conception de la légalité criminelle qu'intègre l'article 2 du Code pénal camerounais qui consacre la primauté des règles de droit international ainsi que les Traités ratifiés et promulgués au regard de la loi pénale (*L'article 2 du Code pénal camerounais se lit comme suit : « Les règles de droit international ainsi que les Traités dûment promulgués et publiés s'imposent au présent code ainsi qu'à toute disposition pénale »*). Comme nous l'indique le Professeur MINKOA SHE, parlant du droit camerounais, « *il est donc possible d'en déduire qu'en droit camerounais, les Traités régulièrement ratifiés et promulgués ont une valeur supérieure à la loi* » (*MINKOA SHE (A.), Droits pénal et droits de l'homme au Cameroun, coll. La vie du droit en Afrique, Economica, 1999, p. 31*).

Autrement dit, le silence du législateur africain ne se justifie pas. Bien plus, ce silence sera lourd de conséquences. Pour s'en convaincre, il convient de traiter de ces omissions qui visent dans les lois de fond (I) que celle de forme (II).

I - Lois de fond

24. Pour autant, les solutions consacrées en droit pénal OHADA ne sont pas sans chambouler les règles

classiques de notre système répressif, ainsi que nous pouvons le constater dans l'application des règles de conflit des lois dans l'espace (a). Non seulement les règles traditionnelles en ce domaine s'appliquent difficilement, mais en plus, les compléments législatifs auxquels font souvent appel les États pour contourner la lourdeur du système extraditionnel classique sont inexistantes, ainsi que nous aurons à le démontrer à travers l'étude du vide juridique relatif à un système particulier de coopération judiciaire (b). Les lacunes que présente le droit pénal OHADA ne concernent d'ailleurs pas seulement les questions relatives au conflit des lois dans l'espace, elles touchent également les questions d'application de la loi pénale dans le temps (c).

a - Problème du conflit de lois

25. C'est en prévision des problèmes pouvant résulter des conflits des lois dans le temps qu'une tendance doctrinale a voulu défendre le principe de la légalité, entendu au sens strict du terme et le principe de la territorialité. Nous repoussons alors tous les arguments avancés et plus particulièrement ceux relatifs à la légalité en les considérant comme dépassés. De même, l'argument fondé sur la territorialité ne saurait être retenu, le droit OHADA ayant, par essence même, pour objectif de briser les frontières. Toutefois, ce bris de frontière devant s'accompagner de la construction d'un droit pénal plus complet que celui issu de la mauvaise organisation de la complémentarité entre le droit OHADA et celui des États parties, nous nous retrouverons face à des difficultés résultant du fait que certains de ces États n'aient pas encore édicté des sanctions aux incriminations. Des problèmes surgiront au niveau des exigences de la double incrimination (1) de la règle non bis in idem (2).

1 - Problèmes pouvant résulter de l'exigence de la double incrimination

26. L'exigence de la double incrimination intervient souvent lorsque l'infraction poursuivie présente un élément d'extranéité. À cet effet, il est indiqué dans de nombreuses législations que la condition de la poursuite des infractions concernées est soumise à la constatation de la double incrimination, encore appelée la réciprocité des incriminations. Par conséquent, en cas de silence de la loi étrangère sur l'activité reprochée au camerounais par exemple, et commis à l'étranger, aucune poursuite, aucune condamnation ne pourrait intervenir au Cameroun (*V. Merle (R.) et Vitu A., Traité de droit criminel, T.1, Droit pénal général, sixième édition, pp. 396 et suiv. La double incrimination est souvent critiquée au motif qu'elle est pleine d'inconvénients techniques et qu'elle traduit une méfiance mutuelle entre les États (V. Flore (D.), Double incrimination et*

territorialité, in La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne, Ed. Université de Bruxelles, 2001, p. 67 et s.)

Ainsi présentée, cette condition ne devrait pas poser de problème particulier, étant donné l'effet direct du droit OHADA qui doit nous conduire à considérer que ces incriminations existent dans tous les États parties. Nul n'est besoin en effet, pour les législations nationales d'intégrer ces incriminations. Elles existent déjà (*C'est la conséquence logique des dispositions de l'article 10 du Traité OHADA. V. à cet effet : CCJA, avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, WWW.obada.com, obadata 02-04 ; Issa Sayegh, L'ordre juridique OHADA, Communication au Colloque de ARPEJE-ERSUMA, Porto Novo, 3-5 décembre 2004, WWW.obada.com, obadata 02-04 op. cit.*)

27. L'on sait cependant, et c'est l'occasion de faire comprendre, que le régime des incriminations doit absolument être le même que celui des sanctions, que le principe de la double incrimination n'a de sens en droit pénal international que lorsqu'il est apprécié en même temps que les sanctions. Il convient d'ailleurs de faire observer que dans le cadre des conflits des lois dans l'espace, les textes retiennent expressément cette approche. C'est le cas, par exemple en droit camerounais, pour ce qui est des actes de complicité, conspiration et tentative comportant un élément d'extranéité. L'article 9 du Code pénal dispose à cet effet que : « Sont soumis à la loi pénale de la République : les faits constitutifs de complicité, de conspiration et de tentative réalisés sur le territoire de la République en vue de commettre une infraction à l'étranger si cette infraction est également réprimée par la loi étrangère ». (*C'est dans le même esprit qu'a été rédigé l'article 636 du CPP aux termes duquel : « Quiconque s'est, sur le territoire national, rendu complice d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger, peut être jugé poursuivi et jugé au Cameroun suivant la loi étrangère et la loi camerounaise, à condition que l'existence du fait principal ait été établie par une décision définitive d'une juridiction étrangère compétente »*).

De même, tout en proclamant les principes devant gouverner l'entraide judiciaire entre les États, la loi exige, la loi camerounaise en particulier, une sanction minimale pour ce qui est des infractions pouvant donner lieu à extradition. L'article 642 du Code de procédure pénale traitant des conditions d'extradition exige un minimum de deux ans d'emprisonnement.

Implicitement, mais nécessairement, ces textes doivent nous conduire vers une mutation de formules désignant les exigences minimales pour qu'il y ait extradition. Ceci devra nous amener à parler de la double répression et non de la double incrimination.

Dans ces conditions, il est permis d'affirmer que la sphère d'application des incriminations du droit OHADA (*Sous réserve de la prise en compte de ces comportements par les droits pénaux antérieurs des autres États*) se trouve réduite au Cameroun et au Sénégal, seuls pays ayant complété les Actes uniformes en prévoyant des sanctions pénales, encore que celles-ci ne suffiront

pas, du fait du caractère purement pécuniaire des peines sanctionnant certaines incriminations, à faire jouer le principe de la double incrimination. Dans ces conditions, on est en droit de se demander si les juridictions d'un autre État pourront engager des poursuites contre des personnes ayant, pour les mêmes faits, été acquittées ou condamnées à des peines très faibles. Pour répondre à cette question, il nous semble utile de recourir à la règle *non bis in idem*.

2 - Problèmes pouvant résulter du conflit de lois pénales dans le temps

28. Traiter des questions relatives au conflit des lois pénales dans le temps ne devrait pas poser de problèmes majeurs, étant donné qu'en ce domaine, les règles sont toutes simples, en ce qu'elles visent le principe de la non-rétroactivité et de la dérogation y afférente, à savoir : *la rétroactivité in mitius*. Ces deux règles étant de valeur universelle, on devrait tout simplement se contenter de les rappeler en cas de besoin. Le problème peut cependant se compliquer si, faisant appel à ces règles, on ne se retrouve pas en présence de contexte facilitant leur application. Le problème proviendra surtout de la recherche d'éléments de réponse à ces questions que des auteurs ont pris la peine de souligner : « *Quand dit-on qu'une loi pénale est plus douce qu'une autre ? A quelle aune mesure-t-on la sévérité d'une loi pénale ?* ». Là également, les éléments de réponse peuvent paraître facile à dégager, puisqu'il s'agira tout simplement de comparer la sévérité des deux lois en conflit et à affirmer que : « *Doit être considérée comme plus douce et appliquée immédiatement toute loi pénale nouvelle qui complique une incrimination et rend ainsi la poursuite plus difficile* ». Dans le cas de lois nouvelles complexes c'est-à-dire comportant des dispositions de caractère différent et non divisibles, il faut pour comparer la mansuétude de deux lois se référer à la disposition principale du texte ou apprécier si globalement le texte est plus favorable que le précédent » (Pradel (J.) et Varinard (A.), *Les grands arrêts de droit criminel*, Tome II. Ed. 2007, pp. 141 et suiv.).

29. Ces principes n'auraient cependant pu s'appliquer très facilement que si les Actes uniformes portant incrimination avaient également prévu des sanctions. Une telle approche aurait alors permis de procéder, d'un seul trait, à des comparaisons des sanctions entre les législations anciennes en ce domaine, là où il en existait, afin de déterminer la loi applicable et dégager définitivement les solutions aux conflits de lois dans le temps. Le législateur OHADA ayant préféré procéder par renvoi aux législations nationales pour ce qui est des sanctions, la solution à retenir nécessitera la combinaison de la norme communautaire et de la loi de chaque pays. En procédant ainsi, nous nous retrouverons malheureusement en présence de deux difficultés.

La première concerne la multiplication des textes à retenir. Étant donné la latitude donnée à chaque État de fixer ses sanctions, la recherche de la loi applicable risque de conforter le défaut que nous déplorions plus haut, celui du caractère variable des sanctions d'un pays à l'autre et par voie de conséquence, l'apparition des « pays-refuges ».

La deuxième difficulté est celle résultant du vide juridique qui caractérise encore certaines législations sur cette question. Ce vide conduit à nous placer dans une période transitoire indéterminée.

Quid des omissions concernant les questions relatives à la responsabilité pénale ?

b - Questions relatives à la responsabilité pénale

30. Les omissions dont il est question concernent la responsabilité pénale des personnes morales et celle du fait d'autrui.

1 - Omission de consacrer la responsabilité pénale des personnes morales

31. Parmi les principales innovations des nouvelles législations pénales, la reconnaissance de la responsabilité des personnes morales est primordiale. Celle-ci n'a pas retenu l'attention du législateur OHADA qui consacre de ce fait une conception trop ancienne de la responsabilité pénale. Il existait en effet, dans les législations françaises ou dans celles qui se sont inspirées du système français, une longue tradition à l'encontre d'une telle responsabilité. « *Alors que les personnes morales peuvent, sous certaines conditions, lancer une poursuite pénale, elles ne pouvaient pas être poursuivies. L'adage Societas delinquere non potest fut incontestablement de droit positif dans le Code de 1810* ». La doctrine initialement approuvait cette position. Outre le silence du Code, elle invoquait surtout trois arguments : « *le groupement est une fiction dénuée de toute volonté propre et de toute indépendance ; il n'accède à la vie juridique qu'en vue d'une fin bien précise qui ne saurait être la commission d'une infraction (principe de spécialité) ; enfin les concepts de peine et de groupement sont incompatibles car le premier évoque la rétribution, l'expiation, la réinsertion, toutes notions qui ne peuvent se concevoir que pour les individus* » (J. Pradel, *Le nouveau code pénal (partie générale, ALD, 1993, pp. 163 et suiv. spécialement p. 188, n° 49)*). Les auteurs étaient d'ailleurs peu prolixes sur la question : (J. Pradel (*op. cit.*) indique à ce sujet qu'il y avait à peine quelques allusions à la charnière du xix^e et du xx^e siècle dans J. Vidal, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 20^e éd., 1902, n° 65 bis, p. 79. La jurisprudence, de son côté, rejetait aussi la responsabilité pénale des personnes morales, *Crim*, 10 mars 1877, S. 1877.1.336 ; 8 mars 1883, S. 1885.1.470. V. à ce sujet, J. Pradel, *op. cit.*).

Mais à partir de la fin du XIX^e siècle, le vent commencera à tourner. Un auteur isolé, plus tard qualifié de prophète, prendra franchement parti en faveur de la responsabilité des personnes morales (A. Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse, Paris, 1899. 251). Puis au congrès de l'Association internationale de droit pénal tenu à Bucarest en 1929, « *J. A. Roux suggère, de façon plus timide il est vrai, de considérer comme une circonstance aggravante le fait qu'un délit ait été commis par un individu agissant comme représentant d'un groupement. En effet, une doctrine favorable à une responsabilité des personnes morales devait vite se développer pour devenir assez rapidement majoritaire, les arguments utilisés jusqu'alors pour rejeter cette forme de responsabilité, pour intéressants qu'ils soient, n'emportaient plus totalement la conviction du juriste* ». (cit. par J. Pradel, *op. cit.*). De là, la consécration de cette forme de responsabilité que nous mettrons en exergue avant de fustiger le mutisme du droit pénal OHADA sur la question.

1.1 - Consécration de la responsabilité pénale des personnes morales

Deux facteurs allaient alors contribuer à ce changement.

32. Le premier est constitué par l'évolution de certains droits étrangers. Un arrêt anglais de 1842 admet la poursuite d'une société pour manquement à l'une de ses obligations réglementaires. Puis l'Interpretation Act de 1899 anglais consacra cette responsabilité. L'application la plus plausible de ce texte sera illustrée par un arrêt de 1957 selon lequel « *une société peut à beaucoup d'égards être assimilée à un être humain (...) certains membres de la société n'étant que des exécutants (...) et n'étant rien d'autre que des mains chargées de faire un travail, d'autres étant des dirigeants représentant l'esprit et la volonté de la société (...) l'esprit de ces dirigeants étant l'esprit de la société et devant être traité comme tel par la loi* » (Rapport Marchand fait devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 896, p. 18).

En Afrique même, certains pays membres de l'OHADA avaient déjà reconnu cette forme de responsabilité, soit avant, soit concomitamment avec la France : le Togo depuis 1980 (*loi n° 80-1 du 13 août 1980 instituant un Code pénal togolais*), le Burkina Faso en 1996 (*article 64, al. 2 du Code pénal burkinabé institué par la loi n° 43/96 ADP du 13 novembre 1996*), ainsi que la Côte d'Ivoire (*V. Particulièrement l'art. 98 du Code pénal ivoirien : « lorsqu'une infraction est commise dans le cadre de l'activité d'une personne morale, la responsabilité pénale incombe à toute personne préposée ou non, qui de par ses fonctions à la responsabilité de la gestion, de la surveillance ou du contrôle de cette activité (...) L'article 99 du même Code ajoute : « la personne morale en cause, eu égard*

aux circonstances de l'infraction peut, par décision motivée être déclarée responsable solidairement avec le ou les condamnés, du paiement des amendes, des frais et dépens envers l'État, ainsi que des réparations civiles ». Pour le cas du Niger. J. B. Bosquet-Denis, « *Le droit pénal et l'entreprise commerciale au Niger* ». *Penant*, 1996. n° ~20, p. 84. D'après cet auteur, divers textes pouvant avoir des incidences pénales s'appliquent à l'entreprise individuelle ou personne morale (qui revêt le plus souvent la forme d'une société). Il cite entre autres textes : le Code pénal du 15 juillet 1961 et les textes spécifiques au commerce tels que l'ordonnance n° 87-10 du 12 mars 1987 et le décret n° 87-36 du 12 mars 1987 fixant les conditions d'exercice des activités professionnelles non salariées par les étrangers (*Pour plus de détails sur cette question, V. A. FOKO, op. cit. p. 859*).

33. À côté de ces modèles, il convient de signaler que le Code pénal français qui inspire les législations pénales des pays d'Afrique francophone consacre cette forme de responsabilité, depuis la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992, expressément à l'article 121-2 qui ne visait cependant que certaines infractions. Mais l'on sait également que la loi du 9 mars 2004 a modifié l'article 121-2 en supprimant l'expression « *dans les cas spécifiés par la loi* » et que depuis l'entrée en vigueur de ce texte, ce sont toutes les infractions qui peuvent être imputées à une personne morale (*sur cette question : F. Desportes et F. Le Gunebec, no 598-3 et s. ; Y. Mayaud, n° 366 et s. ; V. Stolowy, « La disparition du principe de spécialité dans la mise en cause pénale des personnes morales », JCP 2004. 138 ; H. Matsopoulou, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », Rev. sociétés 2004. 283 ; J.-C. Planque, « Faute de loi... se contentera-t-on de circulaire ? », D. 2006, Point de vue 1836 ; B. Tourne, « Responsabilité pénale des personnes morales : un changement drastique de régime », Gaz. Pal. 18-20 déc. 2005, Doc. p. 2 ; J. Amar, « Brèves remarques sur la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales sur les relations de travail », Dr pénal 2006, Études p. 6 ; M.-E. Cartier, « De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos », Mélanges B. Bouloc, Dalloz, 2006. 97).*

Le second facteur, le plus important, tient au développement considérable des affaires, et donc du droit pénal des affaires (prix, environnement, travail, sociétés, etc.). En effet, les infractions d'affaires sont souvent commises dans le cadre d'une entreprise, et par conséquent très souvent dans le cadre d'une personne morale qui apparaît alors comme « l'instrument » par lequel agissent des individus peu honnêtes. Un constat s'impose donc, la délinquance des personnes morales est une réalité criminologique incontestable que le législateur ne peut plus ignorer. L'entreprise d'aujourd'hui est essentiellement sociale. Disposant de moyens très importants, elle est fréquemment à l'ori-

gine d'une délinquance spécifique dans les domaines économiques et sociaux dont les organes délibérants paraissent les véritables auteurs.

34. Ces précisions faites, on peut se demander si les arguments juridiques, qui tout en reconnaissant ces réalités, évitent la consécration de cette forme spécifique de la responsabilité pénale, peuvent toujours tenir.

Contre l'argument selon lequel le groupement est une fiction dénuée de toute volonté propre et de toute indépendance, on peut répliquer en rappelant la reconnaissance juridique de cette catégorie de personne. En droit privé en effet, il faut rappeler que la personne morale n'est plus considérée comme une fiction mais comme une réalité (Civ. 28 janv. 1954, *D.* 1954. Jur. 217, note G. Levasseur). Une telle solution ne peut pas ne pas avoir une certaine incidence en droit pénal et la mise en cause des seuls dirigeants sociaux pouvait apparaître inéquitable. C'est sans doute ce qui avait conduit à la mise en place en France, des structures administratives indépendantes, telles le CSA ou la COB (aujourd'hui Autorité des marchés financiers), pouvant prononcer contre les personnes morales des sanctions de type administratif dont la finalité n'était guère différente de la sanction pénale (V. F. Desportes et F. Le Gunehec, no 576).

L'argument tiré du principe de la spécialité ne résiste pas non plus à la critique. On peut lui opposer une idée simple : s'il est évident que la commission d'une infraction ne peut pas entrer statutairement dans l'objet d'une personne morale, son activité peut dans la pratique s'écarter de celle pour laquelle ses membres l'avaient créée et donner lieu à la commission d'infractions. En guise d'exemple, une entreprise mise sur pied en vue de produire des pâtes alimentaires peut, en pratique, occasionner la pollution des cours d'eau voisins ou plus simplement de l'environnement. N'est-il pas normal de retenir la responsabilité pénale de cette entreprise ? (En ce sens, A. FOKO, *op. cit.*)

Enfin, à l'idée d'incompatibilité entre peine et groupement, on peut rétorquer :

- qu'il est toujours loisible d'imaginer une pénologie propre aux personnes morales ;
- que parmi les fonctions de la peine, il en est deux, la prévention et l'intimidation, qui peuvent s'appliquer aussi bien aux personnes morales qu'aux individus ;
- qu'il est possible d'imaginer des dispositions qui éviteront d'atteindre les personnes innocentes comme les travailleurs, les créanciers, les porteurs de bonne foi, tout en frappant « l'instrument » dangereux.

D'abord à propos de la nature de la peine, s'il est évident que les personnes morales ne peuvent pas se voir appliquer la peine de mort ou une peine privative de liberté, il va de soi que rien n'empêche de lui infliger d'autres sanctions à l'instar de l'amende, la confiscation, l'affichage ou la communication de la décision, la fermeture d'établissement, l'interdiction d'exercer telle ou telle activité ou même la dissolution. L'on notera

d'ailleurs que toutes ces sanctions existent dans l'arsenal juridique de la quasi-totalité des États membres de l'OHADA, seulement elles ne sont applicables qu'aux personnes physiques. Du point de vue de la pénologie, il n'y avait donc pas d'efforts particuliers à fournir.

35. Pour ce qui est des buts de la peine qui cadraient mal avec la responsabilité des personnes morales, la fonction d'amendement n'ayant peut-être pas de sens ici, l'on peut rétorquer que la peine a également des fonctions d'intimidation et de prévention parfaitement conciliables avec la nature singulière des groupements.

À propos enfin de ce que la peine appliquée à un groupement frapperait aussi bien les innocents que les coupables, on peut faire valoir l'idée qu'il est possible d'utiliser certains procédés pour mettre à l'abri les membres du groupement dignes de protection. C'est le cas d'un recours contre les organes de gestion de la structure, encore qu'à la vérité et comme l'a souligné à juste titre la doctrine, toute condamnation est susceptible d'avoir des répercussions sur des tiers innocents. La condamnation à mort d'une personne, son incarcération ou sa condamnation à une lourde amende peut priver sa famille d'une partie importante ou de la totalité du revenu. Il n'y a pour autant pas atteinte au principe de la personnalité des peines, car la condamnation n'est pas directement exécutoire à l'encontre des membres de la famille du condamné. Elle ne les atteint donc que de manière indirecte, et il serait par conséquent erroné de conclure que la condamnation d'une personne morale, distincte de l'éventuelle condamnation de ses membres, constitue un retour à une responsabilité pénale collective (A. FOKO, *op. cit.*).

Au vu de ce qui précède, on peut conclure en disant que rien ne s'opposait à ce que le législateur OHADA consacre la responsabilité pénale de la personne morale. Se référant toujours au droit comparé, on aurait dû s'inspirer de la position retenue par certaines instances au regard de cette question. En effet, pour ne retenir que le cas du droit français qui a beaucoup inspiré le législateur OHADA, on peut citer deux hautes instances qui semblent bien admettre la responsabilité pénale des personnes morales. C'est d'abord le Conseil constitutionnel qui, dans la décision n° 82-143,10 du 30 juillet 1982, considère « qu'il n'existe aucun principe de valeur constitutionnelle s'opposant à ce qu'une amende puisse être infligée à une personne morale. Cette analyse est transposable à la situation de tous les États membres de l'OHADA dont les constitutions se sont inspirées de celle de la France.

On peut aussi citer, la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt du 2 oct. 1991. En posant que « ni l'art. 5 du Traité de la CEE, ni l'art. 17, § 1, du règlement n° 3820-85 n'obligent un État membre à introduire dans son droit national... la responsabilité pénale des personnes morales », la Cour semble bien admettre qu'un État pourrait le faire. Soulignons à cet effet que les recommandations 12 et 18 de 1981 et 1988

du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe, reconnaissent le principe de la responsabilité pénale des personnes morales (V. égal. en droit communautaire le deuxième protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes dont l'article 3 prévoit la responsabilité des personnes morales, J. Pradel et G. Corstens, *Droit pénal européen*, 2^e éd., no 457 et s.).

On peut le constater, tous les arguments ont été balayés par les partisans de la responsabilité pénale des personnes morales. Le législateur africain s'étant isolé par rapport à la conception moderne de la responsabilité, plusieurs conséquences pourront être constatées.

1.2 - Conséquences du mutisme du droit pénal OHADA

36. Les analyses faites à partir tant du droit comparé que des droits régionaux (notamment le droit des Communautés européennes) conduisent à dire que la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas obligatoire. Il s'agit simplement d'une faculté offerte au législateur qui le souhaite d'y recourir. De là la possibilité de la consacrer ou de l'ignorer. C'est la seconde voie qui a été retenue par le législateur OHADA.

Cette approche est, du point de vue du choix de politique criminelle, défendable. En effet, même au regard des personnes physiques (commerçantes), on constate que nombreuses sont des injonctions ne constituant pas des infractions. On peut donc dire que l'impasse faite sur la responsabilité pénale des personnes morales rend le législateur cohérent en terme de politique criminelle basée sur la prévention. Cette option est d'ailleurs conforme à celle d'une tendance doctrinale de plus en plus importante qui milite contre la pénalisation de la vie des affaires. Ceci débouche inéluctablement sur l'inflation pénale qui est aujourd'hui déplorée (B. Bouloc, **La dépenalisation dans le droit pénal des affaires**, Recueil Dalloz 2003, Chroniques, p. 2492). Ce choix permet de rester en conformité avec le libéralisme prôné par des textes fondamentaux et le Traité OHADA lui-même (Sur cette question, V. B. Bouloc, *La liberté et le droit pénal*, Revue Sociétés 1989, p. 377 s.). Ce libéralisme reçoit d'ailleurs le soutien d'une doctrine très dense (J. Hamel, Préface au droit pénal des sociétés anonymes, Dalloz, 1955, p. VIII et XII. ; J. Azéma, *La dépenalisation du droit de la concurrence*, Revue Science criminelle, 1989, p. 651 ; A. Decocq, *La dépenalisation du droit de la concurrence*, colloque de La Baule, 15 juin 2001, RJ com., n° spécial, nov. 2001, p. 89. ; F. Derrida, *La dépenalisation dans la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Revue Science criminelle 1989, p. 658 ; W. Jeandidier, *Le droit pénal de la banqueroute, ou les avatars de la pénalisation*, colloque de La Baule, préc., p. 131). Les arguments avancés n'emportent cependant pas conviction, d'où des regrets.

1.3 - Regrets

37. Malgré la pertinence des arguments souvent avancés pour répudier le droit pénal, ce choix ne va pas sans inconvénients. Outre qu'il nous ramène plusieurs décennies en arrière, en termes d'évolution du droit pénal, il méconnaît tant les intérêts de la personne morale elle-même que ceux des tiers.

Dans les systèmes juridiques où la latitude est offerte de mettre en œuvre la responsabilité pénale des personnes morales, des précautions sont prises afin que leur intérêt soit véritablement protégé. Le cas français est très souvent cité pour le prouver comme le stipule, l'article 121-2 du Code pénal.

« Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les dispositions des articles 121-4 à 121-7, et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour le compte, par les organes ou représentants (...) »

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ».

De cet article, deux aspects fondamentaux peuvent être analysés comme la garantie de la protection des intérêts spéciaux de la personne morale et la répression de toute participation à l'infraction. En effet, la loi offre la latitude de sanctionner au même titre que la personne morale, auteur principal, toute autre personne ayant pris une part à l'infraction en qualité de coauteur ou de complice. Étant donné que très souvent, cette participation est l'œuvre des dirigeants de l'entreprise, comment imaginer que la crainte de la sanction ne les pousse pas à assurer une bonne gestion de la structure ? La crainte de la sanction n'a-t-elle pas un rôle dissuasif ? Comme dans le cadre général de la responsabilité pénale des personnes physiques, on pourrait donc rappeler la prévention tant générale qu'individuelle. Telle est d'ailleurs l'idée qui, aujourd'hui, s'impose de plus en plus, car la *« possibilité de condamner la personne morale elle-même serait incitative de la recherche d'une organisation correcte en son sein »*. V. A. Foko, op. cit., D. Mayer, *L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise*, D., 1998, chron. p. 258 ; J.-F. Barblerie, *L'incidence de la réforme du code pénal sur la gestion des personnes morales*, Les Petites Affiches, 1993, n° 120, p. 33 ; F. Franchi, *A quoi peut bien servir la responsabilité pénale des personnes morales ?*, Rev. Sc. Crim. (2), avril-juin, 1996, p. 272 ; J. Amar, *Contribution économique de la responsabilité pénale des personnes morales*, éd. du Juris-classeur, Droit Pénal, 2001, p. 5 ; Y. Mayayd, *Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal (à propos de la loi n° 2000- 647 du 10 juillet 2000)*, D., 2000, doct., p. 603).

De ce fait, la lacune actuelle dans le système OHADA par rapport à la responsabilité pénale des personnes morales est bien grave. Le risque d'assister à la mise en péril des intérêts des personnes morales elles-mêmes

ne fait pas de doute. D'ailleurs, beaucoup ont tôt fait de conclure que la cause essentielle de la chute des entreprises du secteur public et parapublic est l'impunité des dirigeants. Peut-être exagèrent-ils quelque peu, mais soutenir un argument contraire serait également excessif. En effet, nommés très souvent par décret, la plupart de dirigeants de sociétés à capital public ou de sociétés d'économie mixte se recrutent parmi les hauts commis de l'État ou dans le cercle des hommes politiques. Or, il se peut que certains n'aient pas la culture requise. Soit ils n'ont pas le profil approprié, soit ils se comportent plus de manière à faire plaisir à celui qui les a nommés qu'à assurer le bon fonctionnement de la société.

À cet argument d'une bonne gestion, il faut ajouter que la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales aurait permis de sanctionner les vrais auteurs de l'infraction, dans les cas où les dirigeants sociaux n'auraient commis les infractions que pour le compte de la personne morale (*en ce sens, P.G. Pougoué, F. Anoukaba et coll., Droit des sociétés commerciales, op. cit.*).

Notons enfin que la possibilité de mettre la responsabilité pénale des personnes morales en jeu a un autre aspect positif. Le juge qui traite de l'infraction pourrait décider des mesures qui sont de nature à prévenir la chute de la société. Il faut imaginer qu'il impose, par exemple, des modifications du statut (au titre de sanction accessoire), prescrive la mise en demeure d'avoir à se conformer à la législation, ou même la création des organes appropriés.

Autrement dit, il n'est pas exclu qu'en appliquant un droit pénal intégrant la responsabilité pénale des personnes morales, on en vienne à retenir l'application des mesures dont la société elle-même serait bénéficiaire (en ce sens A. Foko, *op. cit.*).

38. Quant aux tiers, on peut dire qu'en instituant que les personnes morales sont passibles de sanctions pénales en cas de commission de certaines infractions, l'idée de protection des tiers serait forcément sous-jacente. Un regard attentif, sur la nature de quelques infractions susceptibles d'être commises en droit étranger laisse apparaître clairement ce souci ; le travail clandestin, les ventes sans factures ou avec factures irrégulières, les homicides et blessures involontaires (accidents de travail), les atteintes à l'environnement comme les délits de pollution, ou de non-respect des dispositions en matière d'installations classées, les contrefaçons, le trafic de stupéfiants, le blanchiment d'argent, le proxénétisme, l'abus de confiance, la corruption, le trafic d'influence, etc. Offrir la possibilité de mettre en mouvement l'action publique vis-à-vis des personnes morales, c'est permettre aux victimes des infractions sus-énumérées, qui le plus souvent sont des tiers à l'entreprise, d'assurer une bonne protection de leurs intérêts. On serait dans la plupart des cas en présence des débiteurs d'indemnités solvables, ce qui constitue une situation de plus en plus

recherchée en droit moderne (l'on constatera d'ailleurs que c'est cette recherche d'un débiteur solvable qui se trouve à la base des réformes visant la réparation des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique comme c'est le cas du code CIMA). En revanche, ignorer cette possibilité comme c'est aussi le cas, c'est construire un droit pénal moins protecteur des intérêts des victimes

39. Dans le contexte africain, nous sommes persuadés qu'un retard a été accusé quelque part. Le législateur OHADA n'aurait pas dû rater l'occasion de l'harmonisation du droit des affaires pour insérer la responsabilité pénale des personnes morales. Les atteintes non réprimées aux intérêts des tiers sont nombreuses et variées. Au quotidien, comme le souligne le Prof. Foko, l'environnement et la santé publique sont « torturés ». Il n'est pas rare que les produits défectueux ou frelatés soient mis sur le marché. Les accidents de travail ou de transport dus au mépris des règles de sécurité sont monnaie courante. Bref, diverses infractions relevant du droit des affaires sont régulièrement perpétrées. Pire encore, commises par des personnes morales, ces infractions n'ont aucune chance d'être réprimées. On en vient alors à considérer ces actes comme étant de simples comportements déviants, du fait du vide juridique y relatif. Un nouveau chantier s'ouvre donc au législateur africain, celui qui consiste à réfléchir sur la consécration d'un droit pénal applicable aux personnes morales, réflexion qu'il conviendra d'élargir aux questions relatives à la responsabilité pénale du fait d'autrui.

2 - Omission de la responsabilité pénale du fait d'autrui.

40. La réalité d'une responsabilité pénale du fait d'autrui implique qu'un individu qui n'a en rien participé à une action délictueuse, c'est-à-dire qui lui est totalement étrangère, matériellement et moralement, puisse néanmoins faire l'objet d'une condamnation pénale (*V.J. Pradel et A. Varinard, Les grands arrêts de droit criminel, T. 1. n° 37*). Une telle solution, contraire aux principes fondamentaux de notre droit criminel, inutile et dangereuse sur le plan de la politique criminelle, est pratiquement inconcevable en droit positif. La position que le droit OHADA consacre est d'ailleurs celle que la chambre criminelle de la Cour de cassation française a bien souvent affirmée. Elle indique à ce sujet que « nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel » (*V. à titre d'exemple, Crim. 13 juill. 1893, arrêt Ferrand, commenté Crim. 6 déc. 1948, Bull. crim. no 291 puis, Crim. 23 nov. 1994, Bull. crim. no 376 ; RSC 1995. 571, obs. B. Bouloc ; JCP 1995. IV. 563*) et l'actuel Code pénal français le confirme de manière éclatante dans l'article 121-1 aux termes duquel « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait » (*V. par ex. : J.-Y. Lassale, « Réflexions à propos de l'article 121-1 du Code pénal consacrant le principe de*

la personnalité de la responsabilité pénale», JCP 1993. I. 3695 et pour quelques applications de la jurisprudence française fondées sur ce principe : Crim. 5 juin 1996, Gaz. Pal. 24-26 nov. 1996, p. 18 ; Dr pénal 1996, no 224, obs. J.-H. Robert ; Crim. 8 oct. 1997, Dr pénal 1998. 19 ; D. 2000. Somm. 113, obs. G. Roujou de Boubée ; JCP 1999. 1. 112, note M. Véron ; Crim. 11 mai 1999, Bull. crim. no 93 ; Dr pénal 1999. 140 ; D. 2000. Somm. 113, obs. G. Roujou de Boubée ; Crim. 22 juin 1999, Dr pénal 1999. 140 ; JCP 2000. 1. 207 ; CA Aix-en-Provence, 16 mai 2007, D. 2008. 55, note F. Gallardo. A. V n° 37).

Mais l'organisation sociale a évolué, notamment dans le cadre de l'entreprise, où les réseaux de pouvoir et de l'autorité se diversifient et s'enchevêtrent toujours davantage, dès lors que la concentration apparaît comme un phénomène décisif du droit économique se doublant d'un phénomène de déconcentration des pouvoirs de décision et parfois d'une véritable décentralisation (sur ces questions : V. M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, Thémis, 3^e édition, 1990, spéc. p. 88 et s. ; en droit du travail : A. Coeuret, *Droit pénal du travail*, Litec, 1998, p. 140 et s. ; V. également D. Mayer, *L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise*, D. 1996, Chr. 256 et suiv.).

On comprend alors que le principe de la personnalité des peines devienne inadapté dans des circonstances où l'infraction se situe dans la sphère plus diffuse des activités menées pour le compte de l'entreprise (M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, op. cit., Tome 1, p. 78).

Bien que limitée à des cas très spéciaux, cette forme de responsabilité suggérée par une partie de la doctrine fut consacrée par la jurisprudence, dont les premières manifestations eurent pour cadre des entreprises ou des professions réglementées. La responsabilité du fait d'autrui ainsi admise était celle que l'on fait peser sur un individu, communément le chef d'entreprise, à qui l'on fait remonter matériellement l'infraction commise par autrui (Muriel Giacomelli-Mori, *la délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise*, *Revue de science criminelle*, 2000, *Chroniques*, p. 52).

La controverse est donc aujourd'hui dépassée. La théorie de la faute du chef d'entreprise a été préférée à la théorie du risque qui n'a au demeurant été que timidement évoquée. C'est bien parce qu'il incombe au chef d'entreprise une obligation légale de surveiller son préposé et de veiller à l'observation des règlements au sein de son établissement que la jurisprudence et certains textes de loi le considèrent en tant « qu'auteur médiateur » (F. Le Gunebec et F. Desportes, *Le nouveau droit pénal*, t. 1, *Droit pénal général*, Economica, 6^e édition, n° 522) de l'infraction. La faute ainsi reprochée au chef d'entreprise a pour domaine de prédilection les infractions aux règles d'hygiène et de sécurité du travail. Et la législation française, pour ne citer que celle-ci, en

ce qu'elle influence énormément le droit pénal des pays membres du droit OHADA (*loi française du 6 décembre 1976, relative au développement de la prévention des accidents du travail*), en faisant expressément référence à la faute personnelle de l'agent, semble avoir conforté cette conception fautive de la responsabilité pénale du chef d'entreprise (V. Y. Reinbard, *La loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail*, RSC, 1978, p. 256 et s. ; B. Boubli, *La délégation de pouvoirs depuis la loi du 6 décembre 1976*, Dr. soc. mars 1977, p. 82 et s.). Ce domaine continue d'ailleurs à s'étendre.

41. Après avoir proclamé que « Si nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel, la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui lorsque certaines obligations légales imposent d'exercer une action directe sur les faits d'un subordonné » et qu'il en est ainsi « en matière d'industries spécialement réglementées où la responsabilité pénale peut remonter jusqu'au chef d'entreprise tenu d'assurer l'exécution des règlements ». Crim. 30 décembre 1892, Ferrand S. 1894. 1. 201, note E. Villey ; la jurisprudence a élargi le champ d'une telle responsabilité en décidant qu'il en est « de même pour l'observation des réglementations générales imposées dans un intérêt de salubrité ou de sécurité publiques comme la protection de l'environnement. Un délit de pollution de rivière peut ainsi être attribué à un chef d'entreprise à qui sont personnellement imposés les conditions et le mode d'exploitation de son industrie » (Crim. 28 février 1956, *Widerkehr*, JCP 1956. II. 9304, note R. de lestant).

Cette jurisprudence ne sanctionne cependant pas arbitrairement, car elle tient compte de la situation du chef d'entreprise ayant pris des précautions permettant d'éviter les manquements visés. C'est à cet effet que les juges ont décidé que « le chef d'entreprise peut néanmoins échapper à la sanction s'il démontre que l'infraction a été commise dans un service dont il avait confié la direction ou la surveillance à un préposé pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller à l'observation des réglementations » (Crim. 21 février 1968, *Morel* ; Bull. crim. no 57. Sur ces arrêts : J. Pradel et A. Varrinard, Tome 1 op. cit., n° 37).

Ce sont ces solutions qui seront par la suite consacrées en droit comparé ; (L'on notera d'ailleurs en ce qui concerne le droit pénal français que les avant-projets et projets de Code pénal qui se sont succédé avaient pour ambition de légaliser la jurisprudence qui impute au chef d'entreprise ou à son délégué les faits infractionnels observés dans son établissement. Le texte inséré dans le 3^o de l'article 121-4 qui donne la définition générale de l'auteur se présentait ainsi : « La personne qui laisse commettre, par une personne placée sous son autorité, l'acte incriminé, lorsque cet acte consiste en la violation de prescriptions qu'elle

avait, directement ou par délégation, l'obligation légale de faire respecter ».

42. Le fait que cette formule ne soit pas reprise dans le texte final fut alors regretté. C'est à ce sujet que M. Coeuret écrivait qu'on peut déplorer une « telle occasion manquée » qui aurait comblé un déficit de légalité, principe dont on sait l'importance en droit pénal (A. Coeuret, *La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture*, RSC, 1992, p. 476 et s. V. également : J.-H. Robert, *Projet de nouveau code pénal : Dernières nouvelles relatives à la responsabilité des personnes morales et des chefs d'entreprise, personnes physiques*, Dr. pénal, juill. 1990 ; pour une vue globale sur cette évolution, V. Muriel Giacomelli-Mori, *La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise*, op. cit.).

Intervenant plusieurs années après que ces solutions aient été considérées comme acquises, l'on ne comprend pas que le législateur OHADA ait omis de les retenir. L'interprétation stricte de la loi, conséquence du principe de la légalité criminelle risquera d'être bafouée car, voulant sanctionner des manquements dangereux, mais non expressément visés par la loi, il est à craindre que, jouant sur le concept de complicité, les juges veuillent se rattraper, un peu comme ils l'ont fait en faisant appel au droit pénal des affaires en surimpression.

En effet le chef d'entreprise doit assumer dans l'intérêt de l'entreprise même et des tiers, ès qualités une responsabilité pénale spéciale. Il doit être tenu de veiller, sous la menace d'une sanction pénale, à l'application des lois et règlements. À ce titre, il devrait répondre non seulement de son fait (s'il méconnaît personnellement le droit applicable) mais aussi du fait d'autrui (si, faute de surveillance suffisante, ses subordonnés méconnaissent le plus souvent à leur détriment ce même droit) (*En ce sens v. Emmanuel Dreyer, L'imputation des infractions en droit pénal du travail, Revue de science criminelle 2004, Chroniques, p. 813 et suiv. ; D. Mayer, L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise*, op. cit.).

Les diverses lacunes ci-dessus énumérées n'auraient concerné que les lois pénales de fond, que leurs conséquences auraient été moindres. Tel n'est cependant pas le cas car les omissions à regretter sont plus importantes encore en ce qui concerne les lois pénales de forme qui sont totalement oubliées du processus d'harmonisation.

II - Omission des lois pénales de forme

43. L'élaboration d'un droit pénal commun implique en fait la construction d'une politique criminelle commune pour tous les États membres. Or cette politique ne saurait se contenter des seules lois pénales de fond (encore que celles-ci sont incomplètes). Le législateur OHADA se devait donc, pour rester cohérent dans sa

politique, d'aller plus loin pour édicter des lois pénales de forme. Celles-ci auraient d'ailleurs eu pour but, entre autres, de pallier les vides juridiques constatés au regard des lois pénales de fond. Or, ce n'est qu'au détour de certaines dispositions visant la prescription (articles 164, 727, et 743 de l'AUSC) qu'il est sommairement fait allusion aux lois pénales de forme.

Mais, on pourrait nous rétorquer, déduction faite à partir du silence du législateur sur cette question, qu'il s'agit d'un domaine réservé aux législations nationales, comme c'est le cas pour les sanctions pénales. Tout a été dit en ce qui concerne les inconvénients d'une telle méthode. Peut-être, devrait-on se consoler en disant que les grands principes du droit judiciaire répressif ont déjà été posés en droit international (Traités et conventions divers). La transposition de ces textes internationaux en droit interne devrait alors conduire à la consécration de règles communes. Par voie de conséquence, l'édiction des textes spéciaux en ce domaine par le législateur OHADA pourrait paraître surabondant.

Cette compréhension ne saurait triompher. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler certains points qui auraient dû faire l'objet de dispositions spéciales afin de se rendre compte des limites du choix du législateur OHADA. C'est à cet effet que nous avons retenu le vide juridique relatif à la règle *non bis in idem*, et, d'une manière plus générale, la non-organisation d'une véritable coopération judiciaire dans l'espace OAHA.

a - Règle *non bis in idem*

44. La règle *non bis in idem* est souvent invoquée pour désigner l'autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal (*Pour plus de détails sur la question, v. J. PRADEL, Procédure pénale, 13^e édition 2006/2007, n° 1025 et suiv., S. GUINCHARD et J. BUISSON, Procédure pénale, 2003, pp. 1180 et suiv.*). Elle désigne le principe selon lequel l'individu ayant fait l'objet d'une décision répressive irrévocable ne peut plus être poursuivi en raison des mêmes faits. Ce principe trouve son fondement dans l'impérieux besoin de sécurité devant la justice. Il est consacré dans diverses législations pour résoudre non seulement les questions en droit interne, mais aussi en droit international (*v. M. PRALUS, Étude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect de la règle non bis in idem : non bis.*, RSC. 1996, pp. 551 et suiv.). Ce principe est consacré par l'article 14 al. 7 du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques et « constitue une garantie en matière procédurale pour l'individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale en ce qu'il le protège de la conséquence injuste qu'aurait le cumul de compétence répressive (...) s'il devait conduire à un cumul des condamnations et des peines » (*v. A. MINKOA SHE, Droit pénal et droits de l'Homme, op. cit., p. 275*).

Pour mieux comprendre les difficultés qui pourraient

surgir çà et là, il convient d'imaginer l'hypothèse des infractions commises à l'étranger mais pouvant relever de la compétence des juridictions nationales. Comme fondement de cette compétence, on peut citer les dispositions des législations nationales qui considèrent comme commises sur le territoire de la République, toute infraction dont un des éléments constitutifs a été accompli dans le pays concerné (C'est aussi le cas de l'article 668 du CPP du Sénégal qui dispose : « *Est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un des éléments constitutifs a été accompli au Sénégal* ». Ce texte est identique à l'article 640 (a) du Code camerounais de procédure pénale. Ce principe est également consacré en droit français, notamment à travers les principes relatifs à la compétence territoriale des juridictions françaises à l'égard des infractions internationales. Ainsi, l'article 693 du Code de procédure pénale, aujourd'hui abrogé, disposait : « *Est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France* ». Ce texte, fort étudié en doctrine (v. R. LEGAIS, « *L'évolution des solutions françaises de conflits de lois en matière pénale* », *Mélanges R. Savatier*, 1965, p. 545 et s.), posait de sérieuses difficultés qui subsistent d'ailleurs avec le nouvel article 113-2 du Code pénal rédigé presque identiquement : celui-ci en effet stipule que « *l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* » (v. A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, 3^e éd., 2005, n° 131 et s. ; A. FOURNIER, « *Conflits de lois (en matière pénale)* », *Rép. intern.*, Dalloz, 2^e éd. 1998. On retiendra deux difficultés illustrées par les deux arrêts ci-dessus rapportés).

Étant donné que l'étude du droit comparé, sous-entendu le droit pénal des États Parties nous a permis de constater que trois seulement des seize pays (retenant ainsi la situation nuancée de la République centrafricaine) ont expressément institué des peines et que, par voie de conséquence, la répression des infractions d'affaires continue à se faire sur la base du droit pénal en surimpression dans les autres pays, il n'est pas exclu qu'un fait soit poursuivi comme délit dans un de ces pays, et que le même fait soit poursuivi comme contravention dans l'un des pays n'ayant pas encore prévu de sanction aux incriminations OHADA. Cette situation sera fréquemment constatée, étant donné, comme nous l'avions déjà souligné, le réflexe des délinquants qui préféreront aller commettre des infractions dans les « pays refuges ».

45. Ces précisions faites, on est en droit de se demander si, compte tenu des multiples critères de détermination du lieu de commission d'une infraction, un pays ayant une politique criminelle plus sévère, tel que le Cameroun qui considère certaines infractions d'affaires comme constituant des crimes, pourra enga-

ger des poursuites contre une personne condamnée à des peines correctionnelles ou contraventionnelles dans un autre État.

De telles poursuites nous semblent en principe impossibles, du fait de la règle *non bis in idem* qui interdit qu'un même fait, autrement qualifié, fasse l'objet d'une double poursuite. Ainsi que nous venons de le faire observer, la règle *non bis in idem* qui est consacrée par le droit pénal international ne le permet pas (article 14 & 7 du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques). De même, cette interdiction est expressément prévue en droit pénal sénégalais où il est indiqué de manière claire « *qu'aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il l'a été définitivement à l'étranger et en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu grâce* » (Article 667 Code sénégalais de procédure pénale). On retrouve également cette exclusion à l'article 649 (c) du Code camerounais de procédure pénale.

De ce fait, il est à craindre que le nivellement, en ce qui concerne le droit pénal des affaires dans l'espace OHADA se fasse par référence à la législation la plus laxiste en terme de politique criminelle, et non selon les incriminations prévues dans les divers Actes uniformes. On est donc en droit d'affirmer que certaines législations nationales auront pour effet de paralyser le droit pénal OHADA.

On aurait pu, pour éviter les conséquences de l'application de la règle *non bis in idem*, s'inspirer des solutions souvent retenues en droit pénal international. L'on se souvient que la crainte de voir le recours à la règle *non bis in idem* déboucher sur la paralysie ou la banalisation de la répression de certaines infractions graves avait conduit les rédacteurs des statuts des tribunaux pénaux internationaux à prévoir une forme spéciale d'articulation des compétences des juridictions internationales d'avec celles des juridictions nationales en vue d'éviter l'application d'un droit pénal interne laxiste. C'est donc dans ce cadre qu'a été introduit « *un tempérament consistant en ce qu'une personne déjà jugée par un tribunal national peut être poursuivie devant le tribunal pénal international (...) si l'acte pour lequel la personne a été jugée a été qualifié de crime ordinaire* » (Articles 10 du Statut du tribunal de la Haye et 9 du Statut du tribunal d'Arusha. Lire sur cette question : A. MINKOA SHE, *op. cit.*, pp. 275-276).

Ce tempérament se justifie par la circonstance que la réception des principes généraux de la procédure pénale dans l'ordre juridique international ne saurait permettre un usage de ces règles détourné de leur fonction de protection des droits de l'homme et favorisant la remise en cause de l'autorité du droit international à l'égard du droit national (*Sur ces arguments*, V. Ph. WECKEL, *L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie*, AFDI, p. 257; A. MINKOA SHE, *op. cit.*, p. 276).

S'inspirant de cette solution, on aurait pu construire

un système permettant de minimiser l'impact de la règle *non bis in idem* en permettant de réprimer plus efficacement les comportements considérés à tort comme infractions bénignes dans les pays à législations laxistes.

Une telle dérogation devrait alors avoir pour conséquence, l'anéantissement des législations laxistes en ce domaine et obliger les pays concernés à prévoir des sanctions raisonnables.

b - Vide juridique relatif à une véritable coopération judiciaire

46. L'étude des exigences du principe de la double incrimination et de la règle *non bis in idem* nous a permis de voir qu'il sera difficile, voire impossible de réprimer efficacement les comportements incriminés en droit pénal OHADA. Ces difficultés résultent, entre autres, de l'absence des règles spéciales de procédure permettant une véritable coopération judiciaire entre les États parties. Pour résoudre un tel problème, l'on aurait dû songer à édicter des règles de forme permettant de combler les lacunes pouvant résulter de la mise en œuvre des législations nationales. Pour mieux comprendre les conséquences de telles lacunes, il convient de partir de l'hypothèse selon laquelle sur le plan international, la criminalité économique a pu se développer à cause d'un environnement très favorable (internationalisation des opérations commerciales et industrielles et développement technologique). L'émergence d'un terrain aussi criminogène devrait donc être compensée par un système répressif corrélatif (v. C. ELSÉN et G. SCHLEDER, *La coopération entre les États en vue de la prévention et de la répression de la criminalité au Luxembourg*, RJPIC, 1983.497).

Tel n'est cependant pas le cas dans l'espace OHADA où on s'est contenté de l'extradition sous sa forme classique, forme inadaptée aux contentieux internationaux des affaires (v. J.P. SPREUTELES, *Vers un droit international des affaires ?* JT 1981, 188, n° 18; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. I. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997); J. PRADEL et G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2002, n° 26 et 86).

Il eut en effet été nécessaire de compléter les règles de fond par des règles de procédure à même de faciliter l'harmonisation du droit pénal des affaires. Comme il a été suggéré par certains auteurs, « ces difficultés éventuelles auraient pu être tournées par les États de l'espace OHADA à leur avantage par la création d'une structure chargée de centraliser la répression des infractions d'affaires » (F. ANOUKAHA, A. CISSE, NDIAW DIOUF, NGUEBOU TOUKAM, P.G. POUGOUÉ et MOUSSA SAMB, *op. cit.*, p. 231-232).

47. Tel n'est malheureusement pas le cas, ainsi que nous venons de le rappeler, du système actuel qui semble se contenter du système extraditionnel classique. La lourdeur et les aléas caractérisent ce système ne permettent pas de tenir compte de cette réalité qui résulte de ce que la région couverte par le droit OHADA est devenue une zone d'intense circulation des personnes et des biens, avec comme conséquences évidentes la multiplication d'infractions d'affaires prenant la forme de criminalité transfrontalière (Traitant des défauts traditionnels de l'extradition J. PRADEL (*Le mandat d'arrêt européen*, D.2004, 1392-1404 et 1462-1469) a pu écrire : « Cette pièce cardinale de la coopération pénale internationale est traditionnellement une procédure aléatoire et lourde : aléatoire en ce qu'elle fait intervenir non seulement les autorités judiciaires de l'État requis, mais aussi le pouvoir exécutif (et donc politique) de celui-ci, ce qui peut bloquer la remise d'une personne ; lourde car elle comporte énormément de conditions, ce qui introduit une grande complexité dans le mécanisme extraditionnel. Tout donne l'impression que les États, certes portés à s'entraider, le font dans un climat de méfiance, au mieux de prudence. Le nationalisme pénal n'est pas loin, sous la couleur de la souveraineté pénale. Et ces deux caractères - aléa et lourdeur - font que les praticiens usent de succédanés fort regrettables et attentatoires aux droits de la personne comme la remise de fait ou enlèvement sans procédure formelle d'extradition ; en outre, apparaît un décalage entre le temps de l'extradition et le temps de la justice au plus grand préjudice des intérêts des victimes ». En ce sens J-J FOMCHIGBOU MBANCHOUT, *De quelques réflexions sur la « codification » pénale communautaire du « législateur » de l'OHADA*, in, *L'effectivité du droit OHADA*, sous la Direction de J. GATSI, p. 65).

48. De manière plus concrète, on aurait pu s'inspirer du droit communautaire européen et du droit français et créer une forme particulière de coopération judiciaire plus efficace entre les États Parties. En effet, l'entraide judiciaire internationale a connu en France, avec l'article 17 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, un toilettage complet. Deux nouveaux chapitres ont été introduits dans le titre X du Code de procédure pénale : le chapitre IV, qui transpose en droit interne la décision-cadre du Conseil européen du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise de quoi entre les États membres de l'Union européenne, et le chapitre V qui intègre dans le code les dispositions de la loi du 27 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers tout en les modernisant (*pour plus de détails sur cette question*, V.J. PRADEL, *Le mandat d'arrêt européen*, *op. cit.*).

Spener YAWAGA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

C

Conflits de lois 25 et s.
Coopération judiciaire 46 et s.
Cour commune de justice et
d'arbitrage 16

D

Droit pénal des affaires
- Contenu 3, 5
- Incriminations 14, 15
- Infractions 3, 4
- Sanctions pénales 17 à 22

H

Hiérarchie des normes 8, 11

L

Légalité criminelle 23
Lois pénales
- de fond 24 et s.
- de forme 43 et s.

O

OHADA
- Harmonisation 10, 14

- Historique 5
- Objectifs 1, 7

R

Responsabilité pénale 30 et s.

S

Souveraineté 13 et s.

U

Uniformisation 5, 7

PRESCRIPTION EXTINCTIVE COMMERCIALE

Table des matières

Introduction n° 1-3

Section 1 - Régime général de la prescription extinctive commerciale n° 4-39

§1 - Notion de la prescription extinctive commerciale n° 5-11

A - Définition de la prescription extinctive commerciale n° 6-9

B - Domaine de la prescription extinctive commerciale n° 10-11

§2 - Jeu de la prescription extinctive commerciale n° 12-39

A - Conditions du jeu de la prescription extinctive commerciale n° 13-36

I - Jeu normal de la prescription extinctive commerciale n° 14-21

a - Fixation du point de départ du délai n° 15-20

1 - Principe : exigibilité de l'obligation n° 16

2 - Affinement du point de départ n° 17-18

3 - Retardement du point de départ n° 19-20

b - Computation du délai n° 21

II- Jeu perturbé de la prescription extinctive commerciale n° 22-36

a - Interruption de la prescription extinctive commerciale n° 23-30

1- Causes d'interruption de la prescription extinctive commerciale n° 24-27

2 - Effets de l'interruption de la prescription extinctive commerciale n° 28-30

b - Suspension de la prescription extinctive commerciale n° 31-36

1 - Causes de suspension de la prescription extinctive commerciale n° 32-34

2 - Effets de la suspension de la prescription extinctive commerciale n° 35-36

B - Effets de la prescription extinctive commerciale n° 37

I - Mise en œuvre de l'exception extinctive commerciale n° 38

II- Effets proprement dits n° 39

Section 2 - Applications n° 40-50

§1 - Adaptations législatives n° 41-43

A - Adaptation à l'entrepreneur n° 42

B - Adaptation à la vente commerciale n° 43

§2 - Aménagements conventionnels n° 44-49

A - Conventions prohibées n° 45

B - Conventions permises n° 46

I - Délais conventionnels 47-48

II - Suspension et interruption conventionnelles n° 49

§3 - Renonciation à la prescription extinctive commerciale n° 50

Bibliographie

- BANDRAC (M.), Commentaire de la loi française du 17 juin 2008, RDL, 208, 1493.
- ISSA-SAYEGH (J.), Lohoues-Obles (J), Assi-Esso (A.M.), CIMA, Droit des assurances, Bruylant, Bruxelles, 2002, 506 p.
- TRICOT (D.), Prescription, Revue Droit et Patrimoine, n° 201, mars 2011, pp. 70 et s.

1. Remontant à la nuit des temps, largement partagée par les différents systèmes juridiques, la prescription en général traduit l'idée selon laquelle « *l'ordre établi ne puisse pas être sans cesse remis en cause et que les situations juridiques ou de fait acquièrent au bout d'un certain temps une stabilité suffisante* » (Bergel (J. L), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, p. 132, n° 117). Des délais doivent par conséquent être imposés aux intéressés pour revendiquer leurs droits prétendus ou pour contester les situations établies. Une fois ces délais écoulés, les choses doivent se trouver cristallisées et les actions destinées à les remettre en cause doivent

être considérées comme éteintes (Bergel (J.C.), *op. cit.*). La prescription apparaît ainsi comme une institution essentielle à la sécurité juridique. Elle peut être envisagée comme un moyen d'acquérir ou d'éteindre un droit au bout d'un certain temps. Dans la première hypothèse, il s'agit de la prescription acquisitive ou usucapion qui permet de devenir titulaire de certains droits par une possession d'une certaine durée. Dans la seconde hypothèse, la prescription est extinctive ou libératoire, car elle éteint les obligations du seul fait du défaut d'exercice des droits pendant un certain laps de temps.

2. Le législateur OHADA s'est, naturellement, intéressé à la prescription extinctive. C'est donc cette dernière qui va nous retenir.

Il faut d'emblée préciser que, dans le cadre du droit OHADA, il ne peut être question que de la prescription extinctive en matière commerciale. À cet égard, l'AUDCG initial du 17 avril 1997 avait, en son article 18, consacré la prescription quinquennale comme le droit commun pour toutes les obligations des commerçants, raccourcissant de moitié la prescription décennale connue dans la plupart des pays de la zone franc avant l'avènement de l'OHADA.

Dès le lendemain de l'adoption de l'Acte uniforme, est vite ressenti, le besoin d'un régime de l'interruption et de la suspension du délai quinquennal, à tel point que le Conseil des ministres de l'OHADA a retenu le principe d'étendre également à la prescription la matière d'un éventuel Acte uniforme relatif aux contrats. La réflexion a été amorcée et il existe maintenant un avant-projet d'acte sur les contrats et les obligations qui prévoient des règles sur la prescription. Mais, le processus est gelé et nul ne peut, à l'heure actuelle, dire quand il sera adopté et sous quelle forme (*Acte uniforme ? loi-type ? loi-cadre ?...*).

3. À la faveur de la révision de l'AUDCG, le législateur OHADA a tenté de combler le vide au moins dans les limites du droit commercial. En effet, l'AUDCG révisé du 15 décembre 2010 consacre d'importants développements à la prescription extinctive en matière commerciale. La source principale d'inspiration est la loi française n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription. Mais les dispositions les plus controversées de cette réforme ont été écartées, singulièrement la fixation d'un délai global de prescription et le jeu de l'ordre public (*sur cette réforme française de la prescription extinctive, voir Amrani-Mekki, JCP 2008 I.160 ; Ansel, Gaz. pal. 2009, 1. Doctrine 2119 ; Bandrac, RDC, 2008, 1413*), le souci majeur étant la nécessaire adaptation aux obligations du commerce international. L'approche du législateur OHADA du 15 décembre 2010 est plus globale : il organise un régime général de la prescription extinctive en matière commerciale (section 1) susceptible, moyennant le cas échéant quelques aménagements, de s'appliquer aux différentes situations particulières (section 2).

Section 1 - Régime général de la prescription extinctive commerciale

4. Le régime général de la prescription extinctive fait désormais l'objet d'un corpus législatif important et cohérent de quatorze articles (*articles 16 à 29 AUDCG révisés*). De manière aussi simple et claire que possible, le législateur a cerné la prescription extinctive, d'abord dans sa notion, ensuite dans son jeu.

§1 - Notion de prescription extinctive commerciale

5. La lecture combinée des articles 16 et 17 de l'AUDCG révisé permet d'appréhender la notion de prescription extinctive. Cette notion est dominée par deux questions, sur la définition et le domaine de la prescription extinctive.

A - Définition de la prescription extinctive dans l'AUDCG

6. La prescription extinctive est un mode d'extinction de l'obligation par le seul écoulement du temps. Si l'idée de sanction de la négligence du titulaire du droit est évidente, elle n'est pas prépondérante (*voir Bandrac (M.), La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, 1986, Economica*). La notion de bonne ou de mauvaise foi est ici indifférente. Ces données permettent de distinguer la prescription extinctive des notions voisines, notamment la déchéance, la forclusion et la préemption d'instance.

7. La déchéance est la perte d'un droit à défaut d'exercice ou d'accomplissement d'une condition ou d'une formalité. Lorsque l'impossibilité d'agir résulte de l'expiration d'un délai fixé par la loi, la déchéance est souvent désignée sous le nom de forclusion. L'article 17 de l'AUDCG révisé y fait référence. Il y a bien, dans la forclusion, un écoulement de temps comme pour la prescription (*le même article 17*).

Mais, la lecture de l'article 17 indique de nombreuses différences de fond. D'abord, le délai de la forclusion est imposé par la loi alors que le délai de la prescription découle d'une méconnaissance, peu importe volontaire ou non, des faits qui auraient permis l'exercice de l'action. Ensuite, les finalités sont différentes. Le délai de la forclusion, dénommé également délai préfixé, généralement assez bref, tend à « accélérer le cours du temps ou à anticiper sur l'œuvre naturelle du temps » (*Patarin (J), JCP 1971, II, 16 p900*). L'objet d'une prescription extinctive est surtout la consolidation de la situation du débiteur, autrement dit, pour reprendre Patarin, de rendre la situation juridique conforme « à la situation de fait qui s'est consolidée par l'écoulement du temps » (*Patarin (J.), op. cit.*).

8. Cette différence d'objet emporte des conséquences importantes sur le plan processuel (*voir Vasseur (M.), Délai de prescription, délai de procédure, RTD civ, 1950, 439*). L'idée de consolidation d'une situation de fait indique que la prescription s'oppose au droit lui-même. En réalité, derrière la prescription est sous-jacente l'idée de trancher un conflit, au moins virtuel, entre créancier et débiteur. L'on comprend alors que la prescription soit d'ordre privé, les intéressés pouvant y renoncer ou parfois l'aménager et le juge ne pouvant l'appliquer d'office. La prescription extinctive constitue finalement une fin de non-recevoir ;

l'adversaire est déclaré irrecevable en sa demande, sans examen au fond.

L'idée d'obliger le titulaire d'un droit à faire diligence explique que la forclusion soit un obstacle à la saisine du juge et s'oppose ainsi à l'exercice du droit, mais non au droit lui-même. L'on comprend que le délai de forclusion soit une mesure de police juridique d'ordre public, étrangère à toute considération de preuve ou de présomption (*Josserand, t. 2, n° 1006*), qu'il ne court qu'à compter de la survenance de l'événement que la loi fixe comme point de départ de la forclusion (*article 17 AUDCG révisé*) et que le juge doive l'appliquer d'office.

9. La prescription extinctive se distingue également de la préemption d'instance. Alors que celle-ci est un mode d'extinction de l'instance, celle-là constitue un mode d'extinction de l'action, donc une fin de non-recevoir.

B - Domaine de la prescription extinctive dans l'AUDCG.

10. La question est abordée dans les articles 16 et 33 de l'AUDCG révisé. La prescription concerne les obligations nées soit à l'occasion de leur commerce entre commerçants, ou entre commerçants et non-commerçants, soit à l'occasion de leurs activités entre entrepreneurs, ou entre entrepreneurs et non-entrepreneurs. Les articles 16 et 33 consacrent ainsi la prescription des obligations commerciales. Il est à noter l'extinction de la prescription commerciale par les textes de l'OHADA à des actes mixtes et à l'entrepreneur qui est, aux termes de l'article 30 de l'AUDCG révisé, « *un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole* » (*voir entrée Entrepreneur, pré-sente encyclopédie*).

Il faudra seulement prouver la commercialité de l'obligation. Faute de cette preuve, c'est le droit commun de la prescription en matière civile qui s'applique. Ainsi a jugé la cour d'appel de Ouagadougou dans une espèce où l'action visait à obtenir réparation du préjudice subi par une personne du fait d'autrui : « *Dans le cas d'espèce, la situation actuelle des parties ne pouvant en aucun cas être analysée comme étant la résultante de la commune intention recherchée par elles et devant être entièrement exécutée comme telle, c'est donc à bon droit que le premier juge a écarté l'application des dispositions de l'articles 18 AUDCG au profit de l'article 2262 du Code civil* » (*CA Ouagadougou, chambre civile et commerciale, arrêt n° 23 du 21 mars 2004, Burkinal & Shell C/Pare Adama, obadata J-05-238*).

De façon générale, en fonction de la nature purement civile ou commerciale de l'obligation dans une opération, il y aura lieu de combiner la prescription trentenaire du droit civil et la prescription quinquennale du droit OHADA. Le domaine de l'assurance offre un bon

champ de cette combinaison possible de prescription (*Issa-Sayegh (J.), Loboues Obles (J.), Assi-Esso (A.M.), CIMA, Droit des assurances, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 469, n° 1288 à 1290*). La prescription ne sera pas la même suivant que la victime se trouvera dans un véhicule ou, simple passant, hors de celui-ci. S'il est simple passant ou victime ayant achevé de descendre du véhicule, il est mis fin au contrat à titre onéreux ou à titre gratuit qui le lie au conducteur et la prescription quinquennale sera applicable. En revanche, si la victime se trouve encore dans le véhicule au moment où a lieu l'accident, le contrat est en cours et la prescription est celle du droit commun.

De même, si une collision a lieu entre le véhicule d'un transporteur civil et véhicule tiers, le passager dispose de 30 ans pour agir contre le transporteur et de 5 ans pour agir contre le tiers. Supposons que la victime attende 6 ans pour agir contre le transporteur, celui-ci, subrogé dans les droits de la victime, voit son action récursoire contre le tiers éteinte avant même qu'elle ait été mise en mouvement. Une action plus rapide de la victime permettrait de sauvegarder les droits du transporteur.

Enfin, si le voyageur est simplement blessé dans l'accident, la prescription de l'action contre le transporteur est trentenaire. S'il vient à mourir, ses ayants droit, victimes par ricochet, tiers au contrat agiront sur le plan délictuel ; ils ne disposent que de 5 ans. Les ayants droit, pour des raisons de prescription, peuvent avoir intérêt à se prévaloir du contrat.

11. Une difficulté peut surgir à la lecture de l'article 24 de l'AU sur le droit comptable qui prévoit que les livres comptables ou les documents qui en tiennent lieu, ainsi que les pièces justificatives, se conservent pendant 10 ans. Ce texte contient-il une prescription et pour quelles obligations ? L'on peut estimer que l'idée de conservation théorique de l'article 24 AU droit comptable renvoie à une question de preuve et de présomption et non à une question de prescription. Les obligations comptables sont bien des obligations commerciales qui se prescrivent désormais par application des articles 16 et 33 de l'AUDCG révisé.

§2 - Jeu de la prescription extinctive commerciale

12. Un jeu doit être canalisé pour atteindre les objectifs attendus. L'analyse des conditions du jeu doit donc précéder l'étude de ses effets.

A - Conditions du jeu de la prescription extinctive commerciale

13. L'écoulement d'un délai est la condition de principe de la prescription. Mais cet écoulement peut se produire normalement ou au contraire connaître

quelques turbulences. Le jeu de la prescription peut ainsi être normal ou perturbé.

I - Jeu normal de la prescription extinctive commerciale

14. Le jeu de la prescription est dominé par l'observation du délai. L'article 16 de l'AUDCG révisé prévoit une prescription de principe par l'écoulement d'un délai de 5 ans, reprenant ainsi les dispositions de l'article 18 de l'AUDCG initial rappelées par la jurisprudence (*CA Abidjan, arrêt n° 683 du 31 mai 2002, Zarour Gassano c/Ebua Julien, obadata J-03-27*). Le même article 18 offre la possibilité des délais plus courts. Ceux-ci pourront être décidés par le législateur ou, à certaines conditions, être aménagés par les parties (*cf. infra, section 2*). Les seules préoccupations à un niveau de notre étude sont relatives à la fixation du point de départ et à la computation du délai.

a - Fixation du point de départ du délai

15. La détermination du point de départ de la prescription est primordiale. L'article 17 AUDCG révisé pose le principe de l'exigibilité de l'obligation. Le principe a besoin d'être affiné dans certains cas. Il sera même parfois retardé par le législateur lui-même.

1 - Principe : exigibilité de l'obligation

16. Logiquement, la prescription commence à courir, non du jour du fait générateur de l'obligation, mais de celui, s'il est différent, de son exigibilité. C'est le sens de l'article 17 de l'AUDCG révisé aux termes duquel « le délai de prescription court à compter du jour où le titulaire du droit d'agir a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son action ». La jurisprudence est constante (*cf. CCJA, arrêt n° 20 du 17 juin 2002, affaire EAJCI c/G., Le juris obada, n° 3/2004, juillet-octobre 2004, p. 6 ; obadata J.04-381 [point II] ; à propos de loyers impayés ; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 1602 du 18 août 2001, SGBS c/FINANCO SA, obadata J-02-199 qui, après avoir dit que la prescription quinquennale des obligations entre commerçants ne court qu'à compter de la date d'exigibilité de la dette précise que si celle-ci est matérialisée par des lettres de change successives, ce sont les dates d'échéance respectives de ces effets de commerce qui constituent les dates d'exigibilité de la dette, de telle sorte qu'un commandement de payer servi avant la date d'expiration du délai de cinq ans pour l'acquisition de la prescription du premier effet de commerce interrompt le délai de la prescription*). C'est donc seulement au moment de l'exigibilité de l'obligation que le créancier peut utilement exercer son

droit. Quant au débiteur, tant qu'aucune action n'est ouverte contre lui, il ne peut commercer à prescrire.

2 - Affinement du point de départ

17. L'article 19 de l'AUDCG révisé indique comment appliquer le principe à certaines situations concrètes, étant entendu que la prescription est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte (*article 16 alinéa 2 AUDCG*).

À l'égard des créanciers sous condition suspensive, la prescription ne court pas jusqu'à l'arrivée de l'événement. C'est logique, puisque l'obligation n'est pas, jusque-là, susceptible d'exécution.

Dans la foulée, le même article 19 décide qu'à l'égard de l'action en garantie, la prescription ne court pas jusqu'à ce que l'éviction ait eu lieu. L'éviction joue en effet le rôle de condition, donnant ouverture au recours contre le garant. Le seul point controversé est de savoir s'il faut attendre une décision définitive consommant l'éviction (*cf., à titre de droit comparé, une vieille jurisprudence française : Cass. civ. 3 janvier 1842, Jur. Gén, v° Prescription civile n° 769 ; Cass. req, 18 juillet 1876, DP. 1877. 1.232*) ou si le trouble, dès qu'il s'est manifesté, suffit à faire courir la prescription (*cf., à titre de droit comparé, Cass. civ 12 décembre 1857, jur. gén, v° Prescription civile, n° 768 ; Cass. 3^e civile, 23 novembre 1982, Gaz. Pal. 1983, panorama 111, Bull. civ. III, n° 232*). La doctrine avisée penche pour cette dernière position (*Colin et Capitant, par Julliot de la Morandière, t. 2, n° 1617 ; Ripert et Boulanger, t. 2, n° 2016 ; Aubry et Rau, t. 2, par Esmein, D 213 ; Marty et Raynaud, t. 2, n°869B*).

L'action en résolution constitue un cas analogue qui est l'inexécution de ses engagements par une des parties au contrat synallagmatique.

Systématiquement, si la créance est soumise à une condition résolutoire, il n'en résulte aucune particularité ; la condition résolutoire n'empêchant pas l'obligation d'être immédiatement exécutoire, l'exécution peut être poursuivie dès à présent par le créancier.

L'obligation à terme ne se prescrit qu'à compter de l'arrivée du terme. Ainsi, s'agissant de la prescription quinquennale des créances périodiques, la prescription doit en principe être décomptée, pour chacun des termes périodiques, du jour de son échéance. Il faut distinguer les prestations périodiques à termes déterminés de celles qui seraient seulement successives ou multiples, mais susceptibles d'interruption à tout moment, comme les fournitures que ferait habituellement un commerçant ou les visites successives du médecin au cours d'une maladie. Normalement, la prescription court pour chaque prestation à compter de sa date. Cependant, en réalité de telles prestations successives, selon les circonstances et les usages, peuvent constituer une sorte de compte. Aussi, peut-on avancer que, dans ces cas, la prescription ne commence

à courir qu'à compter de la dernière en date. La jurisprudence française notamment va dans ce sens (*cf.*, *pour les fournitures*, *Civ. 1^{re}*, 24 juin 1986, *Bull. civ. I*, n° 181, *RTD civ.*, 1987, p. 764, *Obs. Mestre*; *pour les visites médicales*, *Civ.* 20 oct. 1936, *DH 1936 p. 538 S.*, 1937, 1 p. 22).

18. En dehors de ces cas exposés nettement par l'article 19 de l'AUDCG, d'autres cas d'applications modulées sont connus du droit commercial.

Les droits éventuels ne deviennent prescriptibles qu'à partir du moment où la survenance de l'éventualité envisagée leur donne une réalité actuelle. Ainsi, les droits soumis à l'éventualité de l'ouverture d'une succession ne commencent à se prescrire qu'à la date du décès : droit d'option successorale, action en réduction ou en rapport, action en nullité d'une institution contractuelle.

En matière d'assurance, le délai court en principe à compter de l'événement qui y donne naissance (*article 28, alinéa 1^{er} du code CIMA*). Ainsi la prescription de l'action en paiement des primes part de l'échéance ; celle de l'action en règlement du jour de la réalisation du risque. Dans les assurances en cas de décès ou contre les accidents corporels mortels, la prescription quinquennale court du jour du décès de l'assuré.

3 - Retardement du point de départ

19. Dans des circonstances très diverses, la loi retarde expressément le point de départ de la prescription. Il en est ainsi de la nullité relative dont la prescription ne court, le cas échéant, que du jour de la découverte de l'erreur ou du dol, de la cessation de la violence, de l'accession ou du retour à la pleine capacité. De même, la garantie des vices ou contre l'éviction ne se prescrit qu'à compter de la découverte du vice ou de l'éviction. En cas d'obligation de ne pas faire, le créancier ne peut réagir qu'à partir du moment où le débiteur a accompli un acte contraire à cette obligation. La prescription ne peut, en effet, logiquement courir que contre celui qui est en mesure d'agir : « *contra non valentem agere non currit prescriptio* ». La jurisprudence en a tiré une règle de droit : toutes les fois qu'une partie est, pour une raison quelconque, dans l'impossibilité d'agir, la prescription ne court contre elle que du jour où cette impossibilité a cessé (*en droit français par exemple*, *Civ.* 7 octobre 1992, *contrats, concurrence, consommation*, janvier 1993, n° 2, *note Leveneur*; *Soc.* 1^{er} avril 1997, *Bull. civ. V*, n° 130, *RTD civ.* 1997, p. 917, *Obs Jourdain*, *Com.* 13 avril 1999, *Bull. civ. IV*, n° 89, *JCP G* 1999, IV, 2064, *RTD com.* 1999, p. 948, *obs Bouloc*). Il en est ainsi, en particulier, lorsque l'intéressé n'a eu connaissance que tardivement du fait générateur de son droit.

20. En matière d'assurance, l'article 28 du code CIMA retarde le point de départ dans trois cas (*V. Issa-Sayegh (J)*, *Loboues-Oble (J)*, *Assi-Esso (A. M)*, *CIMA, Droit des assurances*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 228, n° 681 *et s.*; *Yigbedek (Z)*, *L'assurance automobile Théorie et pratique*, Presses Universitaires de Yaoundé, 2008, 2^e édition, 425p; *même auteur*, *L'interprétation des dispositions du code CIMA sur le contrat d'assurance*, Presses universitaires de Yaoundé, 2003, *article 28, pp 71 et s.*) :

- en cas de réticence, d'omission, de déclaration fautive ou inexacte sur le risque couru, la prescription court du jour où l'assureur a eu connaissance de l'irrégularité (*article 28 alinéa 2, 1^o Code CIMA*) ;
- l'action en règlement du sinistre ne se prescrit qu'à partir du jour où les intéressés ont eu connaissance du sinistre, s'ils prouvent qu'ils l'ont ignoré jusqu'à (*article 28, alinéa 2, 2^o code CIMA*) ;
- lorsque l'action de l'assuré contre l'assureur a pour cause le recours d'un tiers, notamment en cas d'assurance de responsabilité, la prescription court du jour où ce tiers a exercé son action en justice ou a été indemnisé par l'assuré (*article 28, alinéa 2, 3^o Code CIMA*).

b - Computation du délai

21. Il est absolument nécessaire d'avoir un mode précis de calcul du délai. Cette nécessité est d'autant plus forte que la prescription est plus courte. L'article 18 de l'AUDCG révisé énonce, à cet égard, deux règles simples : « la prescription se compte par jours et non par heures » et « elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli ».

Selon la première règle, le délai se compte par jours entiers ; ce qui signifie concrètement que le jour, par hypothèse entamé, du point de départ n'est pas pris en compte, le délai commençant à courir effectivement le lendemain à 0 heure.

D'après la seconde règle, la prescription n'est pas acquise lorsque le dernier jour du délai est entièrement accompli. Aucune disposition générale ne saurait proroger cette échéance si le *diem ad quem* est un jour non ouvrable. Il n'est pas tenu compte du nombre de jours, de mois ou d'années : le délai court toujours de quantième à quantième. Ainsi, si l'événement initial se produit le 1^{er} mai, le délai commence à courir le 2 mai à 0 heure et s'achève le 1^{er} mai à 24 heures ou le 2 mai à 0 heure.

II - Jeu perturbé de la prescription extinctive commerciale

22. Certains événements sont susceptibles d'affecter le jeu normal de la prescription, en interrompant ou suspendant l'écoulement du délai.

a - Interruption de la prescription commerciale

23. Le siège de la matière se trouve dans les articles 22 à 25 de l'AUDCG révisé.

L'interruption arrête définitivement le cours de la prescription ; le temps déjà écoulé est privé de tout effet. Elle fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien (*article 22 AUDCG révisé*).

L'interruption procède d'une manifestation volontaire du droit du créancier. Ce dernier ne peut se prévaloir d'une action introduite par le débiteur pour prétendre que la prescription a été interrompue à son propre profit (*comparer en France, Civ 1^{re}, 11 février 1992, Bull. civ, I, n° 44*).

1 - Causes d'interruption de la prescription extinctive commerciale

24. Les causes d'interruption de la prescription extinctive commerciale OHADA résultent, soit d'actes de poursuite exercés par le créancier contre le débiteur, soit de la reconnaissance par le débiteur du droit du créancier.

25. Les actes de procédure sont variés. On les trouve dans les articles 23, 24 et 25 de l'AUDCG révisé.

L'interruption résulte donc d'abord des actes de poursuite. À cet égard, l'article 23 alinéa 2 de l'AUDCG révisé emploie la formule générique de « *demande en justice, même en référé* ». Il en est ainsi d'une citation en justice, même en référé, d'un commandement ou d'une saisie, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire. Peu importe que la demande ait été portée devant une juridiction incompétente ou que l'acte de saisie de la juridiction ait été annulé par l'effet d'un vice de procédure. Il faut cependant que la demande en justice tende à la reconnaissance d'un droit et contienne les précisions indispensables à l'identification du débiteur et de la dette dont l'exécution est demandée. Si elle remplit ces conditions et si elle est régulière en la forme, la demande en justice produit son effet interruptif pendant toute la durée de la procédure (*article 23 alinéa 2 précité*). Elle est, en revanche, dénuée de cet effet et censée ne jamais avoir eu lieu si elle est nulle ou caduque, ou encore si elle est suivie d'un désistement, même pur et simple, ou d'une présomption d'instance, mais non si l'affaire est simplement radiée du rôle. Elle est pareillement privée d'effet, si elle se heurte à une fin de non-recevoir ou si elle aboutit à un rejet de la demande (*article 23 alinéa 2 in fine*).

En revanche, une simple demande gracieuse à l'administration n'interrompt pas la prescription. Il en est de même d'une simple mise en demeure, même par acte d'huissier, sauf disposition légale dérogatoire.

26. L'interruption résulte également d'un acte d'exécution forcée (article 24 AUDCG révisé). Lorsque le

créancier dispose d'un titre exécutoire, acte notarié ou décision de justice, il peut procéder directement à l'exécution forcée au moyen d'un commandement de payer délivré par acte extrajudiciaire. Un tel acte, prélude à la saisie, a le même effet interruptif de la prescription que la citation en justice. Il faut préciser qu'aux termes de l'article 24 in fine l'acte exécutoire interrompt aussi bien le délai de prescription que le délai de forclusion. Toute saisie, enfin, même non précédée d'un commandement, même seulement conservatoire, même non publiée, opère interruption de la prescription. Le commandement préliminaire de la saisie interrompt la prescription même s'il n'est pas suivi de saisie ou si la saisie est déclarée nulle. Une simple sommation par voie d'huissier n'interrompt pas la prescription. Il faut cependant préciser que si la saisie conservatoire concerne une dette non encore exigible, elle ne peut avoir l'effet interruptif, la prescription n'ayant pas commencé à courir.

Étant donné l'importance de ces énumérations des articles 23 et 24 AUDCG révisé, l'on peut se demander si elles sont limitatives. Autrement dit, la liste est-elle d'ordre public ? Les formules génériques employées par ces articles semblent laisser la porte ouverte. Surtout, il est admis que les causes d'interruption ne sont pas d'ordre public et que les parties sont libres de les régler comme elles l'entendent (*sur les aménagements des causes de la suspension et de l'interruption de la prescription en OHADA, voir infra, section 2, § 2, B, II*).

27. La reconnaissance de la dette par le débiteur est aussi une cause d'interruption de la prescription. Elle est prévue par l'article 23 alinéa 1 AUDCG révisé. En effet, en reconnaissant sa dette, même seulement partiellement, le débiteur est censé avoir renoncé à se prévaloir de la prescription.

Cette reconnaissance n'est soumise à aucune forme particulière. Elle peut être expresse et consister en tout acte suspensif ou confirmatif. Elle peut être simplement verbale. Elle peut être tacite et résulter de tout fait qui implique l'aveu de l'existence du droit en voie de prescription : paiement d'un acompte ou des intérêts de la dette, invocation de l'exception de compensation, demande d'un délai de grâce ou d'une remise, etc. La reconnaissance n'a pas besoin d'être acceptée. Sa preuve se fait conformément au droit commun.

2 - Effets de l'interruption de la prescription extinctive commerciale

28. L'effet ordinaire de l'interruption est d'effacer, pour le calcul de la prescription, tout le temps couru antérieurement ; mais une nouvelle prescription recommence à courir (*article 22 AUDCG révisé*). Le nouveau point de départ varie suivant la durée de la cause de l'interruption. En cas de reconnaissance de la dette, la cause de la prescription prend fin immédiatement, alors la prescription recommence à courir dès l'ins-

tant de l'interruption. En cas de demande en justice ou de saisie, la cause se prolonge parce que l'acte de procédure la renouvelle, alors la prescription ne peut commencer à courir qu'à l'issue de la procédure.

29. Auparavant l'on s'interrogeait sur la nature de cette prescription nouvelle : est-elle de même nature que l'ancienne ou a-t-elle une autre nature ? La solution de principe était que la prescription nouvelle était de la même nature que celle qui a été interrompue. À ce principe, il était cependant fait exception pour les courtes prescriptions ; alors l'effet n'était pas seulement d'interrompre la prescription en cours, mais aussi de conférer une autre nature à la prescription nouvelle qui commençait à courir, qui est celle de droit commun, donc trentenaire. Il y avait, disait-on, interversion des prescriptions (*Viandier (M.), Les modes d'intervention des prescriptions libératoires, JCPG, 1978, I, 2885*). L'article 22 de l'AUDCG abandonne cette solution et revient à la solution de principe : l'interruption fait courir un nouveau délai de même que l'ancien.

30. L'interruption extinctive commerciale, résultant d'un acte juridique, ne profite qu'à celui au profit de qui elle est faite ; elle ne peut être opposée qu'à celui contre qui elle est dirigée, alors même qu'il y a communauté d'intérêt entre diverses personnes. D'une manière générale, l'interruption n'a d'effet qu'à l'égard du droit qu'elle vise expressément ou implicitement. Ainsi l'interruption pour le principal s'étend aux intérêts et inversement, car l'un implique l'autre. En principe, l'interruption ne s'étend pas d'une action à l'autre, non seulement quand les actions procèdent de causes diverses, mais même lorsqu'elles se rattachent à un même titre. Ainsi l'interruption de la prescription de l'action principale ne peut s'étendre à la demande reconventionnelle. Il en est autrement lorsque les deux actions, bien qu'ayant une cause distincte, tendent à un seul et même but, de sorte que la seconde est virtuellement comprise dans la première.

Cela dit, la règle comporte diverses nuances décrites à l'article 25 AUDCG. L'interpellation faite à l'un des débiteurs solidaires ou sa reconnaissance interrompt la prescription contre tous les autres et contre leurs héritiers. Mais l'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire ou la reconnaissance de cet héritier, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers, quand même la créance serait hypothécaire, si l'obligation est indivisible. Cette interpellation ou cette reconnaissance n'interrompt la prescription, à l'égard des autres cohéritiers, que pour la part dont cet héritier est tenu. Pour interrompre la prescription pour le tout à l'égard des autres cohéritiers, il faut l'interpellation faite à tous les héritiers du débiteur décédé ou la reconnaissance de tous ses héritiers.

Lorsqu'un droit est indivisible, l'interruption faite par l'un des créanciers à l'égard d'un des débiteurs

interrompt la prescription au profit de tous les créanciers à l'encontre de tous les débiteurs, les héritiers des uns et des autres étant traités comme leurs débiteurs.

L'interruption faite à l'égard du débiteur principal interrompt la prescription à l'égard de la caution, mais non inversement, à moins qu'il ne s'agisse d'une caution solidaire.

b - Suspension de la prescription extinctive commerciale

31. La suspension est une mesure d'équité instituée par faveur pour certaines personnes qui ne sont pas en état d'interrompre la prescription lorsque celle-ci court contre elles.

1 - Causes de suspension de la prescription extinctive.

32. Les causes de suspension sont en principe déterminées par la loi. Toutefois, le législateur a admis la possibilité des causes conventionnelles de suspension de la prescription (*infra, section 2, § 3*).

Aux termes de l'article 21 alinéa 1 précité, « la prescription (...) est suspendue à l'égard de celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure ». Il s'agit là en réalité de la consécration de la maxime *non valentem agere non currit praescriptio*.

L'impossibilité d'agir doit être établie de la part du créancier ; elle lui est personnelle. Mais sa cause importe peu : loi, convention ou événement de force majeure. Toute la difficulté consistera à démontrer qu'il s'agit d'une véritable impossibilité d'agir. À titre illustratif, il en sera ainsi :

- en cas d'absence de liquidation de compte qui empêche la prescription quinquennale de tous les intérêts relatifs aux avances ou créances d'une des parties ;
- en cas de force majeure, telle que guerre, cataclysme naturel, épidémie, troubles sociaux, etc. ;
- en cas, même d'impossibilité morale résultant, notamment, d'une période de négociations amiables entre le créancier et le débiteur ;
- si le créancier est, pour une cause légitime, dans l'ignorance de ses droits ;
- si le débiteur a obtenu un sursis à exécution ;
- en présence d'une clause conventionnelle de conciliation, préalable obligatoire à une procédure contentieuse ;
- en cas de confusion temporaire sur la même personne des qualités de créancier et de débiteur d'une même créance en cours de prescription.

La règle de l'article 21 alinéa 1 comporte des limites compréhensibles. Elle ne pourra pas s'appliquer lorsque

le titulaire de l'action dispose encore, au moment où l'empêchement a pris fin, du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai. En réalité, il ne s'agit pas d'un véritable « *mécanisme de suspension [...] la prorogation accordée ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour introduire l'action* », (Mestre (J.), *RTD civ*, 1995, p. 114).

33. L'article 21 alinéas 2 et 3 envisage deux cas spécifiques de suspension : existence d'une convention de médiation ou de conciliation, recevabilité par le juge d'une demande de mesure judiciaire d'instruction. L'on peut aisément ajouter au premier cas une convention d'arbitrage ou, de façon englobante, une convention relative à un mode alternatif quelconque de règlement des différends contractuels. En réalité, l'énumération des alinéas 2 et 3 de l'article 21 peut se rattacher à l'idée d'impossibilité morale d'agir.

34. Les cas de suspension de la prescription de l'article 21 précité sont spéciaux. Ils n'empêchent pas que les causes de suspension du droit commun puissent trouver application. Il faudra alors interroger le droit interne du pays concerné pour savoir quelle cause de suspension de droit commun peut ou non s'appliquer s'agissant d'une prescription extinctive commerciale. Par exemple, l'on sait que dans les pays de l'espace OHADA d'inspiration juridique française, la règle d'après laquelle la prescription est suspensive au profit des mineurs non émancipés et des majeurs en tutelle reçoit exception pour les prescriptions qui ne dépassent pas cinq ans (*C. civ*, art. 2271 à 2277 ; *Colin et Capitant, par Julliot de la Morandière, t. 2, n° 1628*).

2 - Effets de la suspension de la prescription extinctive commerciale

35. Aux termes de l'article 20 AUDCG révisé, « *la suspension de la prescription a pour effet d'en arrêter temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru* ». La suspension ne modifie donc pas la nature et les délais de la prescription, puisque c'est toujours la même prescription qui continue ensuite. Autrement dit, quant il y a suspension de la prescription, le temps de prescription déjà couru avant que la suspension ne se produise demeure acquis ; lorsque la cause de la suspension prend fin, la prescription reprend au point où elle avait été arrêtée.

L'article 21 alinéas 2 et 3 donne des précisions utiles dans les deux cas particuliers de suspension qu'il a institués.

En cas de convention de médiation ou de conciliation, la prescription est suspensive à compter du jour où les parties ont exprimé leur accord ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée

qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée.

En cas de mesure judiciaire d'instruction, le délai de prescription est suspendu lorsque le juge accueille la demande. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter du jour où la mesure a été exécutée.

36. Dans tous les cas, le bénéfice de la suspension de la prescription reste personnel et ne s'étend pas aux cointéressés à la créance. Ainsi, s'il y a plusieurs créanciers solidaires et parmi eux un mineur, les autres ne peuvent invoquer la suspension de la prescription accordée au mineur. Inversement, le bénéfice de la suspension de la prescription ne peut être invoqué que contre les personnes vis-à-vis desquelles la suspension est édictée.

B - Effets de la prescription extinctive commerciale

37. Pour produire ses effets, il faut que l'exception de prescription soit mise en œuvre.

I - Mise en œuvre de l'exception de prescription

38. Les principes directeurs de la mise en œuvre de l'exception de prescription concernent les personnes pouvant invoquer la prescription, le moment où la prescription peut être invoquée, l'interdiction au juge de suppléer d'office le moyen tiré de la prescription, la présomption de paiement attachée à la prescription extinctive commerciale.

Sur le premier point, tout intéressé peut invoquer la prescription. Le mot « intéressé » doit s'entendre dans un sens très large. Il comprend tous les débiteurs à quelque titre que ce soit, acheteurs, emprunteurs, administrateurs tels que le tuteur après expiration de la tutelle, le mandataire ou *negotiorum gestor*, après la fin du mandat ou de la gestion, tous ceux qui ont un avantage matériel à ce que cette suspension ait été accomplie, soit à leur profit personnel, comme les codébiteurs, soit au profit d'une autre personne, comme les créanciers du poursuivant.

Sur le deuxième point, la prescription, aux termes de l'article 26 alinéa 2 AUDCG révisé, peut être opposée en tout état de cause, même devant la cour d'appel, à moins que la partie qui n'aurait pas opposé le moyen de la prescription ne doive, par les circonstances, être présumée y avoir renoncé. Le moyen peut être opposé en appel pour la première fois. Toutefois, le moyen tiré de la prescription, étant mélangé de fait et de droit, ne saurait être opposé pour la première fois devant la juridiction suprême (*cour suprême ou cour de cassation*).

Le troisième point est tranché par l'article 26 alinéa 1

aux termes duquel « les juges ne peuvent soulever d'office le moyen résultant de la prescription ». Peu importe la nature de la créance et la durée de la prescription. Le juge saisi d'un moyen tiré d'une prescription qu'il reconnaît inadmissible ne peut même pas rechercher si une autre prescription ne serait pas applicable. En tout état de cause, pour pouvoir être retenu par le juge, il faut que le moyen de prescription ait été proposé dans les conclusions.

Sur le quatrième point enfin, la présomption de paiement qui fonde les courtes prescriptions justifie deux règles particulières. Tout d'abord, le moyen tiré de la prescription est irrecevable lorsqu'il résulte des propres déclarations de la partie qui l'oppose ou de son système de défense qu'elle n'a pas payé ce qu'on lui réclame (article 23 alinéa 1 AUDCG révisé). Ensuite, il est permis à ceux qui sont opposés les courtes prescriptions de déférer le serment à ceux qui s'en prévalent.

II - Effets proprement dits de la prescription

39. La prescription extinctive a pour effet premier d'éteindre l'obligation prescrite. Ainsi, le créancier n'est plus en mesure d'exiger de son débiteur l'exécution de son obligation. Diverses précisions doivent être apportées.

On s'est demandé si la prescription supprimait seulement le droit d'agir en justice pour l'exécution de l'obligation ou si elle anéantissait l'obligation elle-même. L'effet exact de la prescription est de priver le créancier de son action en justice contre le débiteur. Aussi peut-on rapprocher la prescription extinctive des fins de non-recevoir. C'est ce qui explique aussi qu'il soit admis traditionnellement qu'une obligation naturelle survit à l'obligation prescrite (*Aubry et Rau, t. 4, D 297, note 11, Colin et Capitant, par Julliot de la Morandière, t. 2, n° 1407 et 1630; Mazeaud et Chabas, t. 2, 1^{er} vol, n° 1187*). La solution contraire est traditionnellement proposée seulement pour les très courtes prescriptions (*de dix mois à deux ans*) ; elle est fondée sur le fait que les courtes prescriptions constituent une véritable présomption de paiement.

On s'est interrogé aussi sur le sort du débiteur qui, après avoir invoqué la prescription, paierait volontairement le créancier. L'article 27 AUDCG tranche le débat. Le paiement effectué est véritable et inattaquable, non susceptible de répétition. De façon générale, le paiement effectué pour éteindre une dette ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription était expiré.

Section 2 - Applications

40. Pour être appliqué à certaines situations particulières, le régime général de la prescription connaît

parfois quelques remodelages. Les adaptations sont prévues par le législateur lui-même. À certaines conditions, les parties peuvent aménager le régime général. Une partie peut renoncer à une prescription acquise.

§1 - Adaptations législatives

41. L'AUDCG révisé contient deux applications particulières du régime général de la prescription. L'une concerne l'entrepreneur, l'autre la vente commerciale.

A - Adaptation à l'entrepreneur

42. La matière est traitée à l'article 33 de l'AUDCG révisé. Le principe reste bien la prescription quinquennale (*article 33 alinéa 1*). Les obligations visées sont elles nées de leurs activités entre entrepreneurs ou entre entrepreneurs et non entrepreneurs (*sur l'activité de l'entrepreneur, voir entrée « Entrepreneur », présente encyclopédie*).

Pour le reste, l'article 33 renvoie aux dispositions de la prescription prévues aux articles 17 à 29 de l'AUDCG révisé (voir Tricot (D), Prescription, revue Droit et Patrimoine, n° 201, mars 2011, pp. 71 et s). On peut résumer en quatre points les règles édictées :

- la durée de la prescription peut être abrégée ou allongée à la suite d'un accord entre les parties ;
- les contractants peuvent, d'un commun accord, ajouter aux causes de la prescription ;
- le paiement effectué pour honorer un engagement ne peut être au seul motif que le délai de prescription aurait expiré ;
- le bénéficiaire d'une prescription acquise a le loisir d'y renoncer soit expressément soit tacitement.

B - Adaptation à la vente commerciale

43. Cette application fait l'objet des articles 301 et 302 de l'AUDCG révisé (*voir entrée Vente commerciale, présente encyclopédie*). L'article 301 renvoie au régime général (*articles 16 à 29 AUDCG*), étudié ci-dessus, sous réserve des particularités suivantes.

En premier lieu, l'article 301 alinéa 2 raccourcit le délai en matière de vente commerciale : ce délai est de deux ans, sauf dispositions contraires.

En deuxième lieu, l'AUDCG prévoit effectivement des délais encore plus courts. Ainsi, l'action de l'acheteur, fondée sur un défaut de conformité caché le jour de la prise de livraison, est prescrite dans le délai d'un an à compter du jour où ce défaut a été constaté ou aurait dû l'être (*article 259 AUDCG révisé*).

En troisième lieu, en cas de garantie contractuelle, le délai de prescription de l'action visée à l'article 259 précité commence à courir à partir de la date d'expiration de la garantie (*article 302 AUDCG révisé*).

Cette application à la vente commerciale montre bien qu'à l'avenir, il conviendra, pour les autres contrats, de procéder ainsi par renvoi au régime général et de préciser seulement les règles d'adaptation.

§2 - Aménagements conventionnels

44. Si on ne peut, d'avance, renoncer à la prescription (article 28 AUDCG révisé), les parties peuvent, sous certaines réserves, aménager le délai de la prescription. Ce point est envisagé par l'article 29 AUDCG révisé : « *La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans.* »

Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension et d'interruption de la prescription ».

Il ressort de ces textes que certaines conventions sont prohibées alors que d'autres sont permises.

A - Conventions prohibées

45. La question est régie par l'article 28 alinéa 1 de l'AUDCG : « *Seule une prescription acquise est susceptible de renonciation (...)* ».

La lettre de l'article 28 alinéa 1 prohibe toute renonciation à une prescription non acquise. Autrement dit, toute renonciation anticipée à la prescription est prohibée. Cette règle s'explique par la finalité de la prescription qui, en tout état de cause, vise à éviter des procédures tardives. L'ordre public n'y est donc pas étranger.

B - Conventions permises

46. L'AUDCG prévoit plusieurs types licites de conventions relatives à la prescription. Certains sont relatifs au délai de la prescription, d'autres aux causes de suspension et d'interruption de la prescription.

I - Délais conventionnels

47. Deux hypothèses sont possibles. Le premier type de conventions licites relatives à la durée de la prescription est l'abréviation du délai légal. Il est prévu par l'article 29 alinéa 1 de l'AUDCG révisé. On comprend aisément cette hypothèse : l'abréviation du délai légal favorise une libération plus rapide du débiteur, sans porter d'aucune manière atteinte à l'ordre public. Il en résulte, notamment, que le débiteur d'une obligation contractuelle, régie par une loi étrangère à l'espace OHADA, est en droit d'invoquer les dispo-

sitions que contient cette loi relativement au délai de prescription et qui sont plus favorables pour lui que celles de l'AUDCG.

Les intérêts du créancier ne peuvent cependant être totalement méconnus. Les clauses restrictives ne sauraient priver en fait le créancier de toute possibilité d'agir utilement (*Péquirot, De la prescription conventionnelle, thèse, Dijon, 1905*). Ainsi, de telles clauses, parce qu'elles dérogent au droit commun, doivent être interprétées restrictivement. De même, serait nulle une clause qui stipulerait une prescription instantanée ou quasi instantanée, ce qui équivaldrait à priver l'obligation de toute force contraignante. C'est pour cette raison que le législateur OHADA a posé une limite au-dessous de laquelle la clause restrictive est illicite. La durée de la prescription ne peut être réduite à moins d'un an (*article 29 AUDCG révisé*).

48. Le second type de conventions licites relatives à la durée de la prescription résulte de l'article 29 précité mais concerne cette fois l'allongement de la durée. Antérieurement à l'Acte uniforme et de façon générale, les clauses extensives étaient frappées de nullité. Dans nombre de pays de l'espace OHADA, c'était une conséquence logique de l'interdiction de renoncer d'avance à la prescription posée par l'article 2270 du code civil français qui leur était applicable. Cependant, il faut noter que certaines atténuations ont été admises ou proposées notamment lorsqu'il s'agissait de prescriptions ne mettant en jeu que des intérêts privés et non des intérêts d'ordre public (CE 3 janvier 1881, DP. 1882, 3, 119). Le législateur OHADA a été sensible à cette argumentation, la prescription commerciale étant surtout d'intérêt privé. Aussi a-t-il, dans l'article 29 de l'AUDCG révisé, consacré la possibilité de clauses extensives de la durée de la prescription. Mais il ne s'agit pas d'allonger le délai de manière aussi extensive que l'on retombe dans la prescription civile ; ce qui changerait totalement la finalité profonde de la prescription et mettrait surtout en jeu l'intérêt général et contrarierait l'ordre public. Aussi, restant dans l'esprit de la courte prescription, le législateur, tout en permettant l'allongement conventionnel de la durée de la prescription, limite cette dernière à dix ans.

II - Suspension et interruption conventionnelles

49. Le système légal des causes de suspension ou d'interruption de la prescription commerciale, tel qu'il résulte de l'AUDCG, n'est pas d'ordre public. En conséquence, les parties peuvent, à condition que ce soit d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension et d'interruption de la prescription (article 29 alinéa 2 AUDCG révisé). Les parties pourront ainsi attribuer l'effet interruptif à une réclamation quelconque sans demande en justice. Il y a lieu seulement, pour l'interprétation des clauses obscures que les parties ont

adoptées ou des termes vagues qu'elles ont employés, de rechercher avant tout ce qu'elles ont voulu.

L'article 29 al. 2 précité parle explicitement d'« ajouter aux clauses de suspension et d'interruption ». Exclut-il alors la possibilité pour les parties de priver de tout effet interruptif ou suspensif certains actes prévus par l'AUDCG (*articles 21 et 23 singulièrement*) ? Il ne le semble pas. Le même raisonnement qui a conduit à admettre le principe de l'ajout des causes de suspension et d'interruption devrait justifier la possibilité de priver de tout effet interruptif ou suspensif certains actes, notamment la reconnaissance prévue par l'article 23 de l'AUDCG et qui interrompt le délai de prescription

III - Renonciation à la prescription

50. La renonciation est possible. Mais l'article 28 alinéa 1 de l'AUDCG révisé la limite à la seule prescription acquise. L'on retrouve là l'idée de présomption de paiement sur laquelle repose la courte prescription en matière commerciale. La renonciation est un acte unilatéral qui n'a pas besoin d'être acceptée par l'autre partie. Elle peut être, aux termes de l'article 28 alinéa 2, expresse ou tacite. Cette dernière hypothèse doit résulter de circonstances établissant sans équivoque l'abandon du droit acquis. La prescription devant être invoquée pour produire ses effets (*cf. supra, § 2 de*

la section 1), constitue à l'évidence une renonciation tacite à l'exécution volontaire par le débiteur d'une obligation qu'il sait prescrite. Mais, une renonciation tacite ne peut être déduite du seul fait de la défense au fond ou de la présence à une mesure d'instruction. Véritablement, il faut que la renonciation résulte d'actes accomplis en connaissance de cause et manifestant de façon non équivoque la volonté de renoncer. Il faut seulement, comme le précise le même article 28 en son alinéa 3, que le renonçant ait la capacité de s'obliger. Une telle renonciation est en effet aussi grave qu'un acte de disposition. Ainsi le mineur ne peut renoncer à la prescription, même avec l'assistance de son tuteur. Un mandataire général ne peut renoncer à la prescription.

Cela étant, la renonciation à une prescription acquise n'est pas une libéralité. L'exécution d'une obligation prescrite est bien un paiement, puisque la prescription, lorsqu'elle est réellement extinctive, laisse subsister une obligation naturelle.

Par ailleurs, un créancier ou toute personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise peut l'opposer ou l'invoquer alors même que le débiteur y renonce (*article 23 précité ali. 4*). Ainsi, si la renonciation intervient en fraude des droits des créanciers du renonçant, ceux-ci peuvent, si les conditions en sont réunies, la contester au moyen de l'action paulienne.

Paul-Gérard POUGOUÉ

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de progression des développements)

- | | | |
|--|---|---|
| <p>A
Assurance 10, 18, 20</p> | <p>F
Forclusion 6, 7, 8, 26</p> | <p>- Trentenaire 10
Présomption de paiement 38, 39, 50</p> |
| <p>C
Condition
- Suspensive 17
- Résolutoire 17</p> | <p>I
Interpellation 30
Interruption 2, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 44, 46, 49</p> | <p>R
Reconnaissance de la dette 27, 28
Renonciation 45, 50</p> |
| <p>D
Déchéance 6, 7
Délai 1, 2, 3, 7, 8, 13, 14, 16, 18, 21, 22, 23, 26, 27, 29, 33, 35, 39, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49
Demande en justice 25, 28, 49</p> | <p>O
Obligation 1, 2, 3, 6, 10, 11, 15, 16, 17, 19, 30, 39, 42, 47, 50</p> | <p>S
Suspension 2, 26, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 44, 46, 49</p> |
| <p>E
Entreprenant 10, 41, 42
Exécution forcée 26</p> | <p>P
Prescription
- Acquisitive 1
- Extinctive 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 24, 34, 38, 39
- Quinquennale 2, 10, 16, 17, 32, 42</p> | <p>V
Vente 41, 43</p> |

PRIVILÈGES

Table des matières

Généralités n° 1 à 3

Section 1 - Privilèges portant sur un ensemble de biens :

privilèges généraux n° 4 à 46

§1 - Différents privilèges généraux n° 9 à 39

A - Privilèges du droit civil n° 10 à 27

I - Privilège des frais de justice n° 11

a - Frais de justice couverts par le privilège n° 13

1 - Nécessité d'une procédure régulièrement introduite n° 14 à 15

2 - Caractère « utile » des frais de justice en cause n° 16 à 17

b - Assiette du privilège n° 18 à 19

II - Privilège des frais d'inhumation n° 20 à 22

III - Privilège des frais de dernière maladie n° 23 à 25

IV - Privilège des fournitures de subsistance n° 26 à 27

B - Privilèges du droit du travail n° 28 à 34

I - Privilège ordinaire des salaires n° 29

II - Super-privilège des salaires n° 34

C - Privilèges des créances fiscales, douanières et de la sécurité sociale n° 35 à 36

D - Privilège attaché aux créances dues aux auteurs d'œuvres intellectuelles, littéraires et artistiques n° 37 à 39

§2 - Conditions d'exercice des privilèges généraux n° 40 à 46

A - Règle de la subsidiarité n° 41 à 43

B - Exigence de publicité pour certains privilèges n° 44 à 46

Section 2 - Privilège portant sur un meuble précis :

privilèges spéciaux n° 47 à 89

§1- Privilèges fondés sur l'idée de gage tacite n° 49 à 62

A - Privilège du bailleur d'immeuble n° 50

I - Bénéficiaires du privilège n° 51

II - Créances garanties n° 52

III - Assiette du privilège n° 53 à 54

B - Autres privilèges fondés sur l'idée de gage n° 55

I - Privilège du transporteur n° 56 à 59

II - Privilège du commissionnaire n° 60 à 62

§2 - Privilèges fondés sur l'idée d'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur n° 63 à 79

A - Privilège du vendeur de meuble n° 64 à 68

I - Créanciers privilégiés et les créances garanties n° 65 à 66

II - Assiette du privilège n° 67 à 68

B - Privilège de l'auxiliaire salarié du travailleur à domicile n° 69 à 72

I - Conditions de mise en œuvre du privilège n° 70

II - Effets du privilège n° 71 à 72

C - Privilège des travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux n° 73 à 79

I - Conditions de mise en œuvre du privilège n° 76 à 78

II - Effets du privilège n° 79

§3 - Privilège fondé sur la conservation de la chose

A - Chose conservée n° 82

B - Frais de conservation n° 83 à 84

C - Notion de conservation n° 85

I - Conservation de la chose elle-même n° 86 à 87

II - Conservation de l'usage de la chose n° 88

D - Assiette du privilège n° 89

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.), *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA*, PUA. Yaoundé, 1998, 75 p.
- ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), FOL (M.), ISSA-SAYEGH (Y.), SAMB (M.), *OHADA sûretés*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 129 pp.
- KALIEU ELONGO (Y.), *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, PUA, Yaoundé, 2010.
- MINKOA SHE (A.), *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, 2 tomes, éd. Diainoïa, Paris, 2010.
- Revue droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, Dossier « Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA ».

Généralités

1. Les privilèges font initialement l'objet des articles 106 à 116 de l'acte uniforme OHADA du 17 avril 1997 portant organisation des sociétés. L'Acte uniforme révisé du 15 décembre 2010 reprend la notion dans ses articles 179

à 189, sans en réalité modifier la substance de l'acte uniforme original.

L'acte uniforme OHADA ne définit pas le privilège, contrairement au code civil dont l'article 2095 énonce que « le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires ».

2. De cette définition, il résulte que le privilège présente quatre caractéristiques :

1°- Le privilège est exclusivement attribué par la loi (*c'est-à-dire par l'autorité législative, qu'il s'agisse de l'OHADA ou d'un État partie*) et ne peut résulter d'une convention. La règle « *pas de privilège sans texte* » a été énoncée par la jurisprudence à plusieurs reprises (*cf. Cass. req. ; 18 mai 1931, GAJC. 8^e éd., n° 192*).

2°- Le privilège est lié, non à la personne du créancier, mais à la qualité de la créance. Cependant, certains privilèges ont été institués dans le but de protéger une catégorie particulière de créanciers. Tel est d'abord le cas des privilèges établis au profit du trésor public. C'est également le cas du privilège du conservateur.

3°- Le privilège confère un droit de préférence de bon rang. Tel en est d'ailleurs l'objet essentiel.

Le droit de préférence ainsi consacré s'exerce aussi, par subrogation, sur l'indemnité d'assurance du meuble qui a péri ou disparu tant qu'elle n'a pas été payée (*article 109 al. 2 AUS initial ; article 182 al. 2 AUS révisé*).

4°- Les privilèges sont généralement des sûretés occultes (*c'est-à-dire non publiées*), ce qui les rend dangereuses pour le crédit du débiteur surtout s'ils garantissent des sommes importantes : on hésitera à prêter de l'argent à une personne si on craint d'entrer en concours avec des créances privilégiées dont on ignore le nombre. C'est pourquoi pour les plus importants, le législateur OHADA a imposé une publicité (*v° infra, n° 44 et sq.*).

3. Les privilèges peuvent être classés selon leur assiette en deux groupes. Certains s'exercent sur les biens du débiteur pris « *ut universi* » : ce sont les privilèges généraux (section 1). D'autres s'exercent sur les biens pris « *ut singuli* » : ce sont les privilèges spéciaux (section 2).

Section 1 - Privilèges portant sur un ensemble de biens : privilèges généraux

4. Sous l'empire du code civil, on distinguait deux groupes de privilèges portant sur un ensemble de biens. Un premier groupe était constitué de privilèges portant sur tous les biens du débiteur, meubles et immeubles ; on parlait dans ce cas de privilèges pleinement généraux. Un autre groupe était constitué de privilèges portant sur l'ensemble des biens mobiliers du débiteur uniquement ; on parlait dans ce cas de privilèges mobiliers généraux.

L'acte uniforme OHADA ne comporte que des privilèges pleinement généraux.

5. Ces privilèges reposent sur des fondements différents. Certains, tels que les privilèges du fisc et de la sécurité sociale, sont justifiés par l'intérêt général. Le privilège des frais de justice est accordé au créancier ayant fait l'avance des frais nécessaires pour parvenir à

une exécution qui profite à tous. Les autres privilèges généraux ont pour but d'assurer l'existence de certaines personnes, soit en leur accordant un droit de préférence pour le paiement de leurs salaires ou autres indemnités, soit en leur permettant d'obtenir un meilleur crédit par la garantie accordée à leurs créanciers.

6. L'effet essentiel des privilèges généraux est de conférer à leur titulaire un droit de préférence particulièrement efficace. Ce droit de préférence est, en vertu de l'article 106 al. 1^{er} AUS., exercé selon un ordre réglé par les dispositions des articles 148 et 149 du même texte (articles 225 et 226 AUS révisé).

En revanche, les privilèges généraux ne confèrent pas de droit de suite, ce qui fait que certains doutent de leur nature de droit réel.

En réalité, outre le fait que l'article 106 al. 1^{er} AUS, (voir article 179 AUS révisé) à l'instar de l'article 2095 C. civ. ne fait allusion qu'au droit de préférence, la question est dépourvue d'intérêt véritable. En effet, le créancier privilégié qui prétend exercer un droit de suite sur les meubles se heurtera à la règle de l'article 2279 al. 1^{er} C. civ. dans la mesure où le meuble est en possession d'un tiers de bonne foi. Lorsqu'il veut exercer son droit de suite sur un immeuble, il ne pourra généralement l'opposer au tiers acquéreur, la publicité du privilège général n'étant prévue que dans quelques cas.

7. Le législateur OHADA a choisi de ne prévoir que quelques privilèges généraux énoncés dans les articles 107 et 108 AUS initial (voir articles 180 et 189 AUS révisé). Le nombre des privilèges ainsi énumérés est inférieur au nombre des privilèges antérieurement prévus par le code civil. Mais la liste de l'acte uniforme n'est pas exhaustive. En effet, l'article 106 al. 2 AUS initial (article 171 al. 2 révisé) n'interdit pas aux législateurs nationaux de créer (ou de maintenir) des privilèges autres que ceux énumérés par lui, à condition de déterminer leur rang, par rapport à celui établi par l'article 107 initial ou l'article 180 AUS révisé à défaut, les privilèges généraux des droits nationaux seront classés au dernier rang fixé par cet article.

8. Après avoir examiné les différents privilèges (§1) on analysera leurs conditions générales d'exercice (§2).

§1 - Différents privilèges généraux

9. On peut classer ces privilèges en quatre (4) groupes : les privilèges du droit civil (A) ; les privilèges du droit du travail (B) ; les privilèges du droit fiscal (C) ; le privilège des auteurs d'œuvres intellectuelles, littéraires et artistiques (D).

A - Privilèges du droit civil

10. On en dénombre quatre (4) : le privilège des frais

de justice (I), le privilège des frais d'inhumation (II), le privilège des frais de la dernière maladie (III) et le privilège des fournitures de subsistance (IV). Seuls les trois derniers privilèges sont énumérés par l'article 107 initial (article 180 AUS révisé), le privilège des frais de justice n'apparaissant que dans les dispositions relatives au classement des privilèges.

I - Privilège des frais de justice

11. Le fondement du privilège des frais de justice est aisé à comprendre. En effet, il est équitable que la personne (créancier, mandataire de justice, etc.) qui a fait l'avance des frais nécessaires à la réalisation des biens du débiteur, ne soit pas exposée, pour le remboursement de ces frais, à subir la loi du concours. En outre, il est logique de ménager à ces frais un règlement prioritaire sur le produit de la réalisation, puisque l'opération de réalisation fait apparaître un solde net après déduction de ces frais.

12. Ce privilège pose quelques difficultés quant à la détermination des frais de justice qu'il couvre (a), et quant à son assiette (b).

a - Frais de justice couverts par le privilège

13. D'une manière générale, le privilège permet le prélèvement par préférence sur l'actif liquidé du débiteur, des sommes dues au trésor public et aux officiers ministériels pour l'accomplissement des formalités prévues par la loi aux fins de conservation, liquidation, réalisation des biens du débiteur et de distribution des fonds en provenant (*cf. Cass. req. 19 sept. 1940, GP. 1940.2.108*).

Ce prélèvement ne peut être licite que si certaines conditions sont réunies :

- d'une part, une procédure doit avoir été régulièrement introduite (1°) ;
- d'autre part, les frais en cause doivent avoir été utiles aux créanciers auxquels le privilège est opposé (2°).

1 - Nécessité d'une procédure régulièrement introduite

14. Il importe de souligner que le terme procédure ne doit pas être entendu ici au sens strict de « *procédure judiciaire* » ou « *d'instance en justice* ». Il pourra aussi bien s'agir de frais liés à des procédures judiciaires (saisies, ventes, distribution par contribution, etc.) que de frais liés à des actes extrajudiciaires nécessaires à la conservation du gage commun des créanciers (*apposition de scellés, frais d'inventaire ou de partage ordonnés en justice, honoraires d'expert judiciaire, etc.*).

15. La procédure ainsi largement entendue doit avoir

été régulièrement introduite par les officiers ministériels et mandataires de justice chargés de conserver, recouvrer et liquider les biens du débiteur, ainsi que d'assurer la distribution du prix aux créanciers.

2 - Caractère « utile » des frais de justice en cause

16. Le privilège ne peut être opposé qu'aux créanciers qui ont retiré un profit des frais exposés, par exemple en épargnant des débours semblables.

Le privilège sera donc écarté pour les frais qui ont été faits par un créancier dans son intérêt exclusif.

Lorsque les frais de justice exposés profitent à plusieurs créanciers mais non à tous, ils ne sont privilégiés qu'à l'égard de ceux à qui ils profitent.

Les frais d'une saisie (conservatoire ou exécutoire) sont privilégiés uniquement à l'égard des créanciers qui se sont joints à la procédure, en formant opposition (*cf. article 130 AUYE*).

17. Le caractère utile des frais exposés s'apprécie au moment où se règle la procédure dans le cadre de laquelle la collocation privilégiée est réclamée.

La preuve de l'utilité des frais exposés peut être administrée par tous moyens et même par présomption.

Il incombe au (x) créancier(s) au (x) quels(s) le privilège est opposé de contester cette preuve pour tout ou partie desdits frais, et ce devant le juge chargé de régler la procédure d'ordre ou de distribution (*cf. Cass. req. 27 juil. 1893, DP.1893.1.599*).

b - Assiette du privilège

18. Les frais de justice ne sont privilégiés que sur les biens (meubles ou immeubles) pour la conservation, la réalisation, la liquidation ou la répartition desquels ils ont été exposés.

Ainsi, le privilège attaché aux dépens d'une procédure de saisie ne grève que les biens saisis : le créancier saisissant ne saurait l'invoquer sur d'autres biens du débiteur. Les frais de scellés et d'inventaire ne sont privilégiés que sur les biens placés sous scellés et inventoriés, etc.

Les honoraires et débours du syndic dans le cadre d'une procédure collective d'apurement du passif seront privilégiés sur la totalité du patrimoine du débiteur qu'il a mandat d'administrer et de liquider dans l'intérêt des créanciers. Il en est de même, en cas d'administration judiciaire d'une société. Le privilège des frais de justice est bien, alors, un privilège tout à fait général, car les frais sont relatifs au patrimoine tout entier du débiteur.

19. Ce qui précède appelle des précisions sur la qualification du privilège des frais de justice comme privilège général.

Cette qualification ne rend pas compte de la double relativité qui affecte ce privilège, quant aux biens grevés

et aux créanciers auxquels il peut être opposé. Certes, le privilège a vocation à s'étendre à tout le patrimoine du débiteur. Mais, il n'en est pas toujours ainsi. Comme on l'a vu, son assiette peut se limiter à tel ou tel bien (meuble ou immeuble) et il n'est pas nécessairement opposable à tous les créanciers du débiteur.

Pour autant, il n'est pas incorrect de parler, comme le fait la doctrine dominante, d'un privilège général. Il faut simplement admettre que la généralité du privilège des frais de justice est seulement virtuelle, et ne signifie pas que le privilège s'exerce « *sur tous les meubles et tous les immeubles* » du débiteur, mais plutôt « *sur n'importe lequel des meubles et des immeubles* ».

En tout état de cause, le particularisme du caractère général du privilège des frais de justice explique sans doute le fait que le législateur OHADA ne l'ait pas cité parmi les privilèges généraux énumérés à l'article 107 initial (article 180 AUS révisé), préférant n'en parler que dans les dispositions relatives à la distribution des deniers provenant des immeubles (article 148 initial article 225 AUS révisé) et des meubles (article 149 AUS initial, article 126 AUS révisé).

II - Privilège des frais d'inhumation

20. C'est un privilège d'incitation, justifié par des raisons d'ordre moral et de salubrité publique, et qui permet d'assurer une sépulture convenable à tous, en garantissant le paiement de celui qui en aura exposé la dépense.

21. Les frais couverts sont les frais d'inhumation « *stricto sensu* » et aussi ceux d'une cérémonie religieuse (cf. *Cass. civ. 15 mars 1897, DP.1897.1.280*). Ils doivent être mesurés et nécessaires pour une sépulture décente. Sont par conséquent exclues les dépenses somptuaires, telles que la construction d'un monument (cf. *Tribunal civil de la Seine, 6 mai 1873, DP.1875.3.8*). La jurisprudence doit apprécier ces différents caractères en tenant compte du patrimoine du défunt (cf. *Bordeaux, 15 juil. 1907, DP.1907.2.326*). La question se pose de savoir si le privilège s'applique aux frais de deuil de personnes autres que le défunt, en particulier celles qui étaient à sa charge. Si ces frais sont mesurés, ils devraient être couverts par le privilège.

22. Le privilège porte seulement sur les biens du défunt, à l'exclusion de ceux de l'héritier, que ce dernier ait accepté la succession ou non (cf. *Cass. civ. 22 oct. 1946, JCP. 1946. II.3350, note Becqué*).

III - Privilège des frais de dernière maladie

23. Le but de ce privilège, important en l'absence d'un système généralisé de sécurité sociale, est de permettre à une personne démunie de pouvoir se faire soigner. On

considère, en outre, que celui qui a soigné un débiteur a été utile à l'ensemble des créanciers.

24. Les créances garanties sont celles des frais médicaux, chirurgicaux, pharmaceutiques, de soins dentaires, de cure, etc. que peuvent invoquer les médecins, les chirurgiens, les pharmaciens, les infirmiers ou infirmières, les gardes-malades, les établissements hospitaliers ou de cure.

25. La maladie dont les frais sont privilégiés est celle du débiteur lui-même et non celle des membres de sa famille (cf. *Cass. civ., 3 août 1998, D.1998.1.394 ; S. 1900.1.39*), et c'est seulement la « *dernière maladie* ». Encore faut-il souligner que cette expression ne désigne pas forcément la maladie dont le débiteur est décédé, mais plutôt celle qui précède l'événement qui se trouve à l'origine de la répartition du patrimoine du débiteur (décès, saisie des biens, décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective).

IV - Privilège des fournitures de subsistance

26. C'est un privilège fondé sur la volonté de protéger le débiteur en lui permettant de se procurer, en toutes circonstances, les fournitures indispensables à sa propre subsistance et à celle de sa famille.

27. Sous l'empire de l'article 2101 – 5° C. civ., le terme « *fournitures de subsistance* » a été interprété de manière extensive par la jurisprudence et comprend, outre l'alimentation, tout ce qui assure la subsistance journalière : logement, éclairage, eau, gaz, etc. (cf. *Cass. civ. 11 avr. 1933, DH.1933.297*). Toutefois, l'expression n'a pas le même sens que le mot « *aliments* » dans les articles 205 et suivants du code civil : tandis que les « *aliments* » sont fonction des ressources du débiteur d'aliments et des besoins du créancier, qui dépendent de la condition sociale, les prestations visées ici sont seulement celles nécessaires à la vie du débiteur ; d'où l'exclusion des dépenses somptuaires (cf. *Cass. civ. 1^{er} fév. 1893, DP.1893.1.184*).

27. Les créances sont garanties par le privilège si elles sont nées dans l'année ayant précédé l'événement à l'origine de la répartition du patrimoine du débiteur (décès, saisie des biens, décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective).

B - Privilèges du droit du travail

28. Ces privilèges se justifient aisément : les salariés ont contribué, par leur travail, à augmenter ou à conserver le patrimoine du débiteur ; il est donc naturel qu'ils soient préférés aux autres créanciers dont ils ont préservé le gage. En outre, le caractère alimentaire de

la créance de salaire exige une protection spéciale et un rang particulier. La loi lui accorde donc un privilège (I). Lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective d'apurement du passif, le salarié bénéficie d'une protection encore plus forte, en raison du « *superprivilège* » qui lui est accordé (II).

I - Privilège ordinaire des salaires

29. Selon les articles 107 al. 3 AUS initial et 180 al. 3 AUS révisé, les créances de salaire bénéficient d'un privilège général sur les meubles et immeubles de l'employeur. Ce privilège doit être examiné quant aux personnes qui en bénéficient (a) et aux créances qu'il garantit (b).

a - Bénéficiaires du privilège

30. Le privilège est accordé aux « *travailleurs et apprentis* » (articles 107 al.3 AUS initial, article 180 al 3 AUS révisé), catégories qui doivent être déterminées selon le critère général de la relation de travail, celui de la subordination. Le privilège bénéficie donc à tous les salariés, à toutes personnes, quelles que soient leurs activités, liées à un employeur par un contrat de travail ou d'apprentissage ; d'où l'exclusion des mandataires et des représentants sociaux.

31. Le privilège bénéficie également aux titulaires de droits d'auteur. Cette assimilation permet aux titulaires du droit d'auteur de bénéficier du super-privilège.

b - Créances garanties

32. Selon l'article 107 al. 3 AUS initial et article 180 al. 3 AUS révisé, le privilège garantit « *les sommes dues aux travailleurs et apprentis pour exécution et résiliation de leur contrat, etc.* ».

Le privilège couvre les *rémunérations* dues en vertu du contrat ou de la relation de travail, quelles que soient leurs modalités ou la qualification donnée par les parties (salaire fixe, salaire proportionnel, commissions, etc.). Aux rémunérations, il faut assimiler les primes (d'ancienneté, de rendement, etc.) qui sont considérées comme un élément du salaire si elles ont un caractère périodique.

Le privilège s'étend aux *indemnités* qui constituent une contrepartie de la fragilité de l'emploi (indemnités de licenciement, indemnité de congé payé, etc.).

33. Le privilège est limité aux sommes dues durant la dernière année ayant précédé l'événement qui est à l'origine de la répartition du patrimoine du débiteur : décès, saisie de ses biens, décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective.

II - Super-privilège des salaires

34. Lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective d'apurement du passif, une partie des créances garanties par le privilège des salaires bénéficie d'une protection renforcée, qui se traduit par un rang très préférentiel par rapport aux autres créanciers, et des modalités de paiement très favorables.

Le superprivilège des salaires ne figure pas parmi les privilèges généraux énumérés par l'article 107 AUS initial et article 180 AUS révisé. Il apparaît uniquement dans les dispositions relatives au classement des droits préférentiels portant sur les immeubles (article 148 AUS initial, article 225 AUS révisé) et les meubles (article 149 AUS initial, article 226 AUS révisé). Il convient par conséquent de se référer au droit national, pour préciser son régime.

C - Privilèges des créances fiscales, douanières et de la sécurité sociale

35. Les bénéficiaires de ce privilège prévu par l'article 107-5° AUS sont :

1°- L'État pour ce qui est des créances douanières, celles-ci incluant aussi bien les droits simples que les pénalités ;

2°- L'État et les collectivités territoriales habilitées à lever l'impôt pour ce qui est des créances fiscales, qu'il s'agisse de taxes directes ou indirectes et des pénalités.

3°- Les personnes morales de droit privé ou de droit public chargées des régimes de prévoyance sociale pour le paiement des arriérés des cotisations et leurs pénalités dus par les employeurs et les travailleurs ainsi que le remboursement des prestations indûment perçues.

36. Les sommes garanties par ce privilège ne peuvent excéder le plafond du montant légalement fixé par les États parties pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires.

Par cette disposition, le législateur OHADA a voulu éviter que de telles créances, non publiées, surprennent la bonne foi des autres créanciers qui ne découvrent l'importance d'un tel passif qu'au moment de la répartition des deniers. D'où leur limitation au plafond précité.

D - Privilège attaché aux créances dues aux auteurs d'œuvres intellectuelles, littéraires et artistiques

37. Par analogie avec celui des salariés, ce privilège garantit les créances de ceux qui vivent de leur activité créatrice et des œuvres de leur intelligence.

38. Les bénéficiaires de ce privilège sont certainement, en premier lieu, les auteurs d'œuvres littéraires

et artistiques tels qu'ils sont définis par l'Annexe VII de l'Accord de Bangui du 2 mars 1977 sur la propriété intellectuelle et les lois nationales ayant le même objet.

Le privilège de l'article 107-4° AUS initial (article 180 al. 4 AUS révisé) bénéficie également aux titulaires de brevets, ou de certificats d'utilité, ainsi qu'aux déposants de dessins, modèles et marques qui, eux aussi, sont rangés par l'accord de Bangui parmi les créateurs d'œuvres intellectuelles. « *La lettre, mais aussi l'esprit de l'article 107-4° invitent à une telle interprétation* » (Issa-Sayeg (J.) et alii, *OHADA- Sûretés*, n° 577, p. 234).

39. Les créances garanties par ce privilège sont les droits d'auteur ainsi que les redevances dues aux brevetés et déposants de dessins, modèles et marques pour les trois dernières années ayant précédé le décès du débiteur, la saisie collective de ses biens ou l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif.

§2 - Conditions d'exercice des privilèges généraux

40. L'exercice des privilèges généraux est soumis à une condition liée à leur caractère pleinement général et qui est la règle dite de la subsidiarité (A). En outre, la loi a posé, pour certains de ces privilèges, une exigence spécifique de publicité (B).

A - Règle de la subsidiarité

41. La protection dont bénéficie traditionnellement la propriété immobilière et la vieille idée selon laquelle le débiteur engage tout particulièrement ses biens mobiliers se traduisent dans la règle de la subsidiarité, qui veut que le titulaire du privilège général n'exerce sa préférence sur le prix d'un immeuble qu'en cas d'insuffisance de l'actif mobilier. Cette règle, posée dans le droit antérieur par l'article 2105 C. civ. a été reprise par l'article 28 al. 2 AUVE. Même si la règle s'adresse formellement au créancier chirographaire, il faudrait continuer à l'appliquer au titulaire du privilège général qui, comme le créancier chirographaire, a le droit d'exercer son droit de préférence sur l'ensemble du patrimoine du débiteur.

42. En vertu de cette règle, le créancier privilégié qui aurait négligé d'exercer ses droits sur le mobilier pourrait être, dans la mesure du paiement qu'il aurait pu obtenir, déchu de ses droits sur les immeubles (*cf. Lyon, 14 déc. 1832, S.1832.II.169*).

43. La règle a toutefois un caractère plus théorique que réel. Il revient en effet aux personnes ayant un droit sur l'immeuble du débiteur d'établir qu'il existe un mobilier suffisant et d'avancer les frais des pour-

suites (*cf. sous l'empire du code civil, Cass. civ. 24 févr. 1932, D.H. 1932.217*).

B - Exigence de publicité pour certains privilèges

44. Les privilèges du fisc, de la douane et de la sécurité sociale tels que décrits ci-dessus, sont soumis à publicité pour les sommes excédant le plafond de l'exécution provisoire des décisions de justice.

Cette formalité a été imposée pour porter à la connaissance des créanciers l'existence de ces créances qui, dans bien des cas, absorbent la quasi-totalité de l'actif du débiteur. Ainsi, les créanciers accordent, désormais, du crédit au débiteur en parfaite connaissance de cause.

45. Les formalités d'inscription de ces privilèges au RCCM sont réglées par les articles 56 à 58 AUDCG initial et les articles 51 à 56 AUS révisé.

Le Trésor, l'Administration des douanes et les organismes de sécurité sociale doivent produire :

- le titre constitutif de la créance en original ou la décision judiciaire les autorisant à prendre inscription ;
- un formulaire d'inscription en quatre exemplaires portant mention des nom, prénom, raison sociale, adresse ou siège social du débiteur ; de la nature et de la date de la créance ; du montant des sommes dues au dernier jour de l'inscription et, le cas échéant, les conditions d'exigibilité de la dette ; de l'élection de domicile du créancier dans le ressort de la juridiction où est tenu le RCCM.

Le greffe vérifie la conformité du formulaire au titre présenté et procède à l'inscription sur le registre chronologique. Il en garde un exemplaire, en remet un second, visé et daté, au créancier ; les troisième et quatrième exemplaires sont envoyés au Fichier national pour transmission de l'un au Fichier régional tenu par la Cour commune de justice et d'arbitrage.

L'inscription doit avoir lieu dans les six mois de l'exigibilité des créances. Toutefois, s'il y a eu infraction à la législation fiscale, douanière ou sociale, le délai ne commence à courir qu'à compter de la notification de la contrainte ou du titre de perception ou de tout autre titre de mise en recouvrement (article 108 al. 2 AUS initial, article 181 al. 2 AUS révisé).

46. L'inscription régulièrement faite rend le privilège opposable aux autres créanciers et le conserve pendant trois années à compter du jour où elle a été prise ; son effet cesse sauf renouvellement demandé avant l'expiration de ce délai.

Si l'inscription n'est pas régulièrement prise dans le délai prescrit, les créances concernées sont considérées comme chirographaires.

Section 2 - Privilège portant sur un meuble précis : privilèges spéciaux

47. Les privilèges spéciaux n'existent plus qu'en matière mobilière, depuis que les décrets fonciers de l'époque coloniale ont transformé les privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques forcées.

Ces privilèges sont dits spéciaux car ils portent toujours sur un meuble précis ou sur un ensemble de biens meubles déterminé par le législateur pour garantir des créances bien définies.

48. Avant l'acte uniforme portant organisation des sûretés, il était assez difficile d'établir avec exactitude la liste des privilèges mobiliers spéciaux, du fait de la dispersion des textes qui les avaient créés.

L'acte uniforme a réduit le nombre de ces privilèges à sept, mais les États parties peuvent en créer d'autres, ou maintenir ceux qui ne sont pas cités dans l'acte uniforme. Cela ne pose pas de problèmes majeurs dans la mesure où le rang des privilèges mobiliers spéciaux (présents et à venir) est définitivement fixé dans l'article 149 AUS initial (article 226 AUS révisé), non seulement par rapport aux autres créanciers, mais aussi entre eux, par la préférence accordée au premier saisissant.

49. Les privilèges mobiliers spéciaux sont classiquement regroupés en trois catégories, à partir de leur fondement : gage tacite sur les biens du débiteur (§1), enrichissement de son patrimoine (§2), et conservation de l'un de ses biens (§3).

§1 - Privilèges fondés sur l'idée de gage tacite

L'archétype en est le privilège du bailleur d'immeuble (A), que l'on étudiera à part des autres (B).

A - Privilège du bailleur d'immeuble

50. Ce privilège, prévu par l'article 111 AUS initial (article 184 AUS révisé), se justifie par le fait qu'il faut accroître la crédibilité du locataire et garantir le bailleur.

L'idée de gage vient ici de ce que les meubles du locataire se trouvent dans l'immeuble loué et que le bailleur les détient par ce canal.

Les conditions d'exercice de ce privilège ont trait aux bénéficiaires (I), aux créances garanties (II) et à l'assiette du privilège (III).

I - Bénéficiaires du privilège

51. Le bénéficiaire du privilège est le bailleur d'immeuble. Il n'est pas nécessaire d'être propriétaire : on

peut être usufruitier, locataire (sous-location) et bénéficiaire du privilège.

Le privilège joue également en matière de bail commercial.

La location doit porter sur l'immeuble par nature lui-même, ce qui exclut le cas des matériaux à extraire et les concessions de droit public (*cf. Cass. soc. 17 févr. 1955, D.1955.465*).

II - Créances garanties

52. Selon l'article 111 al. 2 initial, (article 182 al. 2 AUS révisé) le privilège garantit, « *outre les dommages-intérêts qui pourraient lui être alloués, les créances du bailleur contre le preneur pour les douze mois échus précédant la saisie et pour les douze mois à échoir après celle-ci* ». Les créances garanties sont donc singulièrement réduites, par rapport au droit antérieur (*cf. article 2102-1 c. civ.*).

III - Assiette du privilège

53. Le privilège porte sur tous les meubles qui garnissent les lieux loués, ce qui doit s'entendre, non seulement des meubles meublants, mais aussi de tous les éléments de l'actif mobilier qui se trouvent dans les locaux, à l'exception de l'argent et des valeurs. Par exemple, le bailleur d'un immeuble à usage commercial peut exercer son privilège sur le matériel d'équipement de l'entreprise. Et, de manière tout à fait remarquable, on estime que ce privilège porte même sur les meubles qui n'appartiennent pas au locataire (meubles empruntés ou loués). Le bailleur se voit reconnaître le droit d'invoquer, comme le pourrait le gagiste, l'article 2279 C. civ. Pour écarter les effets du privilège, le propriétaire de ces meubles devra alors démontrer que le bailleur connaissait l'origine des meubles au moment de leur introduction dans l'immeuble (*v° en droit français, Cass. civ. 22 mai 1969, D.1970.43, note Malinvaud, Ph.*).

54. Le privilège du bailleur ne peut normalement s'exercer que si les biens se trouvent effectivement dans les lieux loués au moment de la saisie. Dans le droit antérieur, le bailleur, pour conserver son privilège, disposait d'une procédure particulière, la saisie-gagerie, saisie conservatoire qui lui permettait, en rendant les biens indisponibles, de prévenir les déménagements « *à la cloche de bois* ». Cette procédure a été supprimée par l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Mais, « *en cas de déplacement des meubles sans son consentement, le créancier peut encore procéder à leur saisie et conserve son privilège sur eux s'il en a fait la déclaration de revendication dans l'acte de saisie* » (article 111 al. 4 AUS initial, article 184 al. 4 AUS révisé). Cette prérogative qui ressemble à un droit de suite, fait que le privilège du bailleur apparaît comme une sûreté assez efficace.

Par ailleurs, pour préserver les droits du bailleur, l'article 111 al. 3 AUS initial, (article 184 al. 3 AUS révisé) énonce que : « *Le preneur ou toute personne qui, par des manœuvres frauduleuses, prive le bailleur de son privilège totalement ou partiellement, commet une infraction pénale réprimée par la loi nationale de chaque État partie* » (*chaque État partie doit fixer la sanction attachée à l'incrimination de l'article 111 al. 3. À défaut d'une loi particulière, on devrait appliquer les sanctions du détournement de gage, cette infraction englobant, à notre avis, le comportement visé ici*).

B - Autres privilèges fondés sur l'idée de gage

55. Ce sont le privilège du transporteur (I) et le privilège du commissionnaire (II). Le législateur africain n'a pas jugé utile de reprendre le privilège de l'hôtelier de l'article 2102 – 5° C. civ., probablement parce que, dans la pratique actuelle, les hôteliers et aubergistes exigent des clients le paiement d'une avance (un « *deposit* »).

I - Privilège du transporteur

56. Aux termes de l'article 112 AUS initial repris par l'article 185 AUS révisé, « *le transporteur terrestre a un privilège, sur la chose transportée, pour tout ce qui lui est dû, à condition qu'il y ait un lien de connexité entre la chose transportée et la créance* ».

57. Le texte ne vise que le transport terrestre, à l'exclusion des transports aérien et maritime. Mais il est applicable à tout transport terrestre, quel que soit son mode (routier ou ferroviaire).

58. Le privilège est reconnu au transporteur professionnel ou occasionnel. En revanche, il est refusé pour les frais de remorquage et de dépannage (*V° dans ce sens, Paris, 21 févr. 1873, D. 1873.1.33, S. 1874.2.278*), ou pour les contrats de louage de voiture (*dans ce sens, Cass. req. 20 juin 1922, D. 1923.1.186, S.1925.1.345, note SOLUS*).

59. Il garantit tout ce qui est dû au transporteur du fait du transport : le prix du transport proprement dit et les dépenses accessoires (frais d'emballage, de chargement et déchargement, de douane, etc.).

60. Il a pour assiette la chose transportée, à condition qu'il y ait un lien de connexité entre elle et la créance impayée. La notion de connexité s'entend ici de la même manière que pour le droit de rétention. Il s'ensuit que le privilège peut s'exercer sur des choses transportées autres que celles qui ont donné naissance à la créance impayée, s'il y a unité du contrat de transport entre les différentes opérations de transport.

II - Privilège du commissionnaire

60. Le contrat de commission est réglé par les articles 160 à 175 de l'AUDCG initial et les articles 192 à 207 de l'AUDCG révisé le 15 décembre 2010. Le commissionnaire contracte pour le compte du commettant mais en son nom propre, et transfère ensuite le résultat de l'opération traitée au commettant.

Le commissionnaire fait normalement profession de son activité et est spécialisé : on rencontre ainsi des commissionnaires à la vente, à l'achat des commissionnaires expéditeurs des commissionnaires agréés en douane etc. Le terme « *commission* » désigne aussi la rémunération du commissionnaire, payée par le commettant.

61. Pour inciter le commissionnaire à consentir les dépenses utiles à l'exécution correcte de l'opération (frais de douane, d'entreposage, de transport, d'assurance, etc.) dont il est chargé, l'article 115 AUS initial (article 188 AUS révisé) lui reconnaît un privilège spécial sur « *les marchandises qu'il détient pour le compte du commettant* », en garantie de tout ce qui lui est dû du fait du contrat : commission, défraiement, recouvrement des avances consenties, etc. Le terme « *marchandises* » a une portée très large : le privilège grève aussi, par exemple, entre autre les valeurs mobilières.

62. Le privilège du commissionnaire est complété par un droit de rétention, conformément à l'article 166 AUDCG initial et l'article 198 AUDCG révisé. Ce droit peut être exercé pour toutes les créances garanties par le privilège, même si la rotation des marchandises entre les mains du commissionnaire a détruit toute connexité matérielle entre la chose et la créance, en application de l'article 42 al. 2 AUS selon lequel : « *la connexité est réputée établie si la détention de la chose et la créance sont la conséquence de relations d'affaires entre le créancier et le débiteur* ». Or, par définition, tel est le cas entre le commissionnaire et le commettant. Il convient également de souligner que, outre les marchandises détenues, le commissionnaire en douane peut exercer un droit de rétention sur les documents qu'il détient, notamment les connaissements relatifs aux marchandises expédiées au profit et pour le compte de son client.

§2 - Privilèges fondés sur l'idée d'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur

63. Lorsqu'une personne devient créancière du débiteur tout en permettant l'augmentation de son actif, elle introduit une valeur supplémentaire dans son patrimoine sur laquelle les autres créanciers peuvent se faire payer. Pour éviter une telle injustice, des privilèges confèrent aux personnes qui ont introduit une valeur supplémentaire dans le patrimoine du débiteur et qui n'en ont pas reçu paiement, une préférence par rapport aux autres.

Toutefois, si l'idée qui est à la base de ce type de

privilèges est louable, il convient de ne pas les multiplier à l'excès, dans un double souci d'efficacité et de sécurité.

Pour ces raisons, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés n'a établi que trois privilèges mobiliers spéciaux sur ce fondement : celui du vendeur de meuble (A) ; celui du travailleur d'un exécutant à domicile (B) ; celui des travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux (C).

A - Privilège du vendeur de meuble

64. En vertu de l'article 110 AUS initial et de l'article 183 AUS révisé, « *le vendeur a, sur le meuble vendu, un privilège pour garantie du paiement du prix non payé, s'il est encore dû par le sous-acquéreur* ».

Le privilège du vendeur, qui grève le bien vendu et est attaché à la créance de prix est un des plus importants privilèges spéciaux, particulièrement dans le domaine commercial où les ventes sont nombreuses et rarement payées au comptant. Il n'est cependant que l'une des protections que la loi accorde au vendeur, les autres protections étant le droit de rétention et la revendication.

I - Créanciers privilégiés et créances garanties

65. Le privilège est accordé à tout vendeur de meubles. Peu importe l'objet de la vente, pourvu qu'il s'agisse d'effets mobiliers. La vente peut porter sur des meubles corporels ou des meubles incorporels, comme une créance.

66. Le privilège garantit le paiement du prix et de ses accessoires (intérêts et frais). Mais, s'agissant des accessoires, une distinction paraît s'imposer. Les intérêts contractuellement convenus compte tenu des délais de paiement consentis par le vendeur sont bien la contrepartie de l'enrichissement de l'acheteur et doivent être assimilés au prix dont ils sont l'accessoire. En revanche, les intérêts de retard, fussent-ils conventionnels, qui sanctionnent le défaut de paiement à l'échéance fixée sont davantage des dommages et intérêts dus suite à une faute et ne bénéficient pas du privilège. Il en serait de même des clauses pénales.

En cas d'échange, le privilège garantit le paiement de la soulte (*cf. Paris, 21 oct. 1933, DH.1933.577*).

II - Assiette du privilège

67. Le privilège ne grève que le meuble vendu, et dans la mesure où celui-ci « *est encore en la possession du débiteur* ». Lorsque le meuble a été aliéné par l'acheteur, le privilège du vendeur se reporte « *sur le prix encore dû par le sous-acquéreur* », mais le vendeur n'a pas le droit de saisir la chose entre les mains du tiers acquéreur.

68. La transformation de la chose vendue entraîne la disparition du privilège, si elle fait perdre à celle-ci son individualité. Il peut en être ainsi, soit en cas de transformation matérielle, soit en cas de transformation juridique.

La *transformation matérielle* éteint le privilège lorsqu'elle rend la chose méconnaissable, comme par exemple la transformation de maïs en farine.

La *transformation juridique* est celle qui résulte de l'immobilisation du meuble. Elle éteint le privilège du vendeur de ce meuble si l'individualité de celui-ci est perdue, par exemple lorsque le meuble devient immeuble par nature par son incorporation à une construction ; dans ce cas, il y a d'ailleurs à la fois transformation matérielle et transformation juridique.

En revanche, si le meuble devient seulement immeuble par destination, il n'a pas perdu son individualité, et le vendeur peut exercer son privilège à l'encontre des créanciers chirographaires, mais non à l'encontre des créanciers hypothécaires, dont le droit porte sur l'ensemble de l'immeuble : la jurisprudence donne préférence au crédit immobilier.

B - Privilège de l'auxiliaire salarié du travailleur à domicile

69. Aux termes de l'article 113 AUS initial et de l'article 186 AUS révisé, « *Le travailleur d'un exécutant de travail à domicile a un privilège sur les sommes dues par le donneur d'ouvrage pour garantir les créances nées du contrat de travail si celles-ci sont nées de l'exécution de l'ouvrage* ».

Ce privilège vise à protéger les travailleurs œuvrant sous la direction de deux types de sous-entrepreneurs en pleine expansion : le tâcheron et le travailleur à domicile, dont la solvabilité est généralement précaire.

La situation visée ici suppose deux contrats :

- un contrat d'entreprise entre celui qui commande l'ouvrage et celui qui s'engage à l'exécuter (tâcheron, travailleur à domicile) ;

- un contrat de travail entre le tâcheron ou le travailleur à domicile et la personne embauchée pour exécuter l'ouvrage (l'auxiliaire salarié).

La créance du tâcheron ou du travailleur à domicile sur le maître de l'ouvrage, relative aux travaux dont il a confié l'exécution à un travailleur, est grevée d'un privilège au profit de ce dernier, pour ce qui lui est dû.

I - Conditions de mise en œuvre du privilège

70. La mise en œuvre du privilège suppose la réunion de deux conditions de fond.

En premier lieu, le maître d'ouvrage, donneur d'ordre, doit encore être débiteur de l'exécutant d'ouvrage à domicile ou du tâcheron.

En second lieu, les créances de l'auxiliaire salarié vis-à-vis de l'exécutant à domicile ou du tâcheron doivent être « *nées de l'exécution de l'ouvrage* ». Autrement dit, il doit y avoir un lien de connexité entre les créances et l'ouvrage ayant ouvert droit aux salaires et accessoires du salaire impayés ; en conséquence, le privilège ne grève pas les créances du tâcheron ou de l'exécutant envers le donneur d'ordre, étrangères à l'ouvrage auquel les salariés ont participé.

II - Effets du privilège

71. Le privilège de l'article 113 AUS initial (article 186 AUS révisé) se cumule avec les privilèges du salaire. C'est donc une garantie complémentaire de celles du droit commun, qui peut se révéler précieuse pour la partie des salaires qui ne bénéficie pas du super-privilège, car le privilège spécial a un rang plus avantageux que le privilège général (*cf. article 149 AUS initial, article 226 AUS révisé*).

Conformément à l'article 149 – 6° AUS initial et (article 226 AUS révisé), en cas de pluralité de salariés exerçant leur privilège mobilier spécial sur les sommes dues par le maître de l'ouvrage, leur concurrence devrait être réglée en servant d'abord les premiers saisissants.

72. Conformément à l'article 1798 C. civ., les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise disposent d'une action contre le maître de l'ouvrage à concurrence de ce dont il est débiteur envers l'entreprise au moment où leur action est intentée.

La technique de l'action directe, qui ouvre à son bénéficiaire un droit propre contre le maître de l'ouvrage, peut s'avérer plus efficace que le privilège.

C - Privilège des travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux

73. Aux termes de l'article 114 al. 1^{er} AUS initial et de l'article 187 al. 1 AUS révisé « *Les travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux ont un privilège sur les sommes restant dues à celles-ci pour les travaux exécutés, en garantie des créances nées à leur profit à l'occasion de l'exécution de ces travaux* ».

Ce texte reprend un privilège connu en droit français sous l'appellation de « *privilège de pluviôse* », en souvenir du premier texte l'ayant institué.

74. Ce privilège, qui va trouver à s'appliquer surtout dans le cadre de grands marchés de travaux, est assez proche de celui qui précède ; il est inspiré par les mêmes préoccupations. Il vise à garantir les salaires des travailleurs et les créances de fournisseurs de l'entreprise de travaux. Ainsi, la créance de l'entreprise de travaux vis-à-vis du maître d'ouvrage est grevée d'un privilège

au profit des travailleurs et fournisseurs pour ce qui leur reste dû par l'entreprise de travaux.

75. Le schéma juridique repose sur deux types de rapports : d'une part, un contrat d'entreprise entre une entreprise de travaux et un maître d'ouvrage et, d'autre part, une entreprise de travaux et ses créanciers, qu'il s'agisse de ses travailleurs ou de ses fournisseurs.

I - Conditions de mise en œuvre du privilège

76. Si le privilège de l'article 114 AUS initial et de l'article 187 AUS révisé s'inspire du *privilège de pluviôse*, il s'en démarque nettement s'agissant des travaux couverts. En effet, alors que le privilège de pluviôse concerne exclusivement les marchés de travaux publics, à l'exclusion des marchés de droit privé, l'article 114 AUS initial repris par l'article 187 révisé ne donne aucune précision sur la nature des travaux ; il s'ensuit que le privilège couvre aussi bien les marchés de travaux publics que les marchés relevant du droit privé.

77. Le privilège est accordé, au premier rang, aux créances salariales sur l'entrepreneur.

Il est accordé, en second lieu, au fournisseur de l'entrepreneur.

Aux fournisseurs sont assimilés les sous-traitants par une jurisprudence ancienne et constante, dans le cadre du privilège de pluviôse.

78. L'assiette du privilège est constituée par les sommes dues par le donneur d'ouvrage à l'entrepreneur, au titre du marché qui a donné lieu à la prestation de travail, à la fourniture ou à la sous-traitance, et non à d'autres marchés, à l'exclusion du cautionnement versé par le titulaire du marché.

Le privilège porte donc sur une créance et s'évanouit dès que cette créance est éteinte (*Cass. req. 23 janv. 1888, DP.1888.1.410*). C'est pourquoi ce privilège ne devrait plus être exercé lorsque le maître d'ouvrage a régulièrement payé le prix du marché entre les mains de l'entrepreneur lui-même ou du créancier nanti, ou encore du syndic en cas de cessation de paiement. Aussi les fournisseurs doivent-ils, pour maintenir leur sûreté, notifier – par opposition – au maître de l'ouvrage leur intention de se prévaloir de leur garantie.

II - Effets du privilège

79. Si les conditions sont respectées, le privilège bénéficie du rang prévu par l'article 149 AUS initial et l'article 226 AUS révisé. Il se cumule avec les privilèges du salaire, comme le privilège précédant.

En cas de conflit entre les créanciers sur des sommes insuffisantes pour les désintéresser tous intégralement, la préférence est accordée aux salariés par rapport aux

fournisseurs (*cf. article 114 al. 2 AUS, article 187 al. 2 AUS révisé*).

En cas de pluralité de salariés, la préférence doit être accordée aux premiers saisissants.

§3 - Privilège fondé sur la conservation de la chose

80. Aux termes de l'article 116 AUS initial et de l'article 189 AUS révisé, « celui qui a exposé des frais ou fourni des prestations pour éviter la disparition d'une chose ou sauvegarder l'usage auquel elle est destinée a un privilège sur ce meuble ».

La justification de ce privilège est assez claire : celui qui, par son intervention, a contribué à la conservation d'un élément du patrimoine du débiteur gage commun de ses créanciers sera préféré, pour le recouvrement des frais ainsi consentis dans l'intérêt de tous, sur le bien conservé.

81. La mise en œuvre de ce privilège appelle des précisions sur la chose conservée (A), les frais de conservation (B), la notion de conservation (C) et l'assiette du privilège (D).

A - Chose conservée

82. La chose conservée doit être mobilière. Ce peut être une chose corporelle ou incorporelle, une chose animée ou inanimée. Ainsi, la conservation d'un animal (*v° Cass. civ. 14 févr. 1900, S. 1900.1.175*), d'un brevet (*Paris, 9 mars 1931, S.1933.2.32*), d'une assurance (*Paris, 3 juil. 1941, DA. 1941.377 ; GP. 1941.2.256*) ou encore celle d'une concession ont pu être retenues comme engendrant le privilège au profit de celui qui en a fait les frais.

B - Frais de conservation

83. Il faut éviter toute confusion avec la notion de gestion d'affaires. Car ici, on permet au conservateur d'être intéressé.

Les frais de conservation, ce sont donc les dépenses engagées par le conservateur, ainsi que sa rémunération.

84. Le privilège du conservateur va également bénéficier au prêteur qui aura fourni des fonds pour la conservation de la chose, à condition que puisse être établi le lien de connexité entre le prêt et la chose.

C - Notion de conservation

85. C'est cette notion de conservation qui a suscité dans la pratique les difficultés majeures. AUBRY

et RAU ont proposé la définition suivante des frais de conservation : « Tous ceux sans lesquels la chose eût péri en entier ou en partie, et même ceux sans lesquels elle serait devenue impropre à l'usage qui lui donne sa valeur » (*Aubry et Rau, 7^e éd., T. 3, par Esmein, n° 118*).

L'article 116 AUS initial (article 189 AUS révisé) a repris, peu ou prou, la même formule, qui invite à considérer successivement la conservation de la chose elle-même (I) et la conservation de l'usage de la chose (II).

I - Conservation de la chose elle-même

86. Les frais de conservation sont ceux sans lesquels la chose eût péri en entier ou en partie (*Cass. civ. 27 juil. 1931, S. 1931.1.302*). La conservation peut être assurée de diverses manières, par exemple par des soins donnés à un animal, par le paiement de droits en douane qui a permis l'embarquement d'une marchandise qui aurait sans cela péri sur les quais, le paiement des factures d'électricité lorsque la fourniture de courant a assuré la conservation en réfrigération de denrées périssables, les honoraires de l'avocat qui a pratiqué une saisie et permis à son client de recouvrer une créance, etc.

Le lien entre les frais exposés et le bien conservé peut donc être soit matériel, soit de nature juridique.

87. La conservation ne doit pas être confondue avec l'amélioration de la chose, laquelle augmente son utilité ou sa valeur. En effet, dans cette hypothèse, il y a apport d'une valeur nouvelle et non pas conservation. Ainsi, la Cour de cassation française a refusé le privilège du conservateur à celui qui avait installé des appareils radioélectriques sur des chantiers parce que ces aménagements, qui avaient rendu la chose plus rentable, l'avaient améliorée et non conservée. La question se pose différemment lorsqu'un texte légal ou réglementaire rend obligatoires certains accessoires. En pareille circonstance, on devrait considérer que la fourniture et le placement de ces accessoires permettent la conservation de l'usage et accorder le bénéfice du privilège à celui qui aura exposé les frais.

II - Conservation de l'usage de la chose

88. Selon la formule utilisée par l'article 116 AUS initial et l'article 189 AUS révisé, le privilège est également admis pour les frais sans lesquels la chose serait impropre à l'usage auquel elle est destinée.

Mais, il faut éviter ici une conception exagérément extensive. Pour préciser le domaine du privilège, on est alors amené à distinguer l'usage de l'exploitation, les frais nécessaires à l'usage étant privilégiés, les frais nécessaires à l'exploitation ne l'étant pas. Ainsi, s'agissant par exemple d'un véhicule, les frais relatifs au moteur, qui est nécessaire à l'usage, sont privilégiés,

alors que les frais relatifs à l'essence, qui est nécessaire à l'exploitation ne le sont pas.

On peut aussi opérer une autre distinction entre les frais correspondant au maintien de la valeur d'usage, qui se retrouve dans l'appréciation économique du bien, et les frais qui ont assuré l'usage consommé du bien dont l'utilité est nulle pour les créanciers : les premiers sont privilégiés, alors que les seconds ne le sont pas.

Mais, comme on l'a relevé plus haut, si les frais exposés résultent d'aménagements imposés par une prescription légale, en sorte que le propriétaire de la chose dépourvue de ces aménagements se voit interdire l'utilisation de la chose, il y a conservation de l'usage de la chose au sens des articles 116 AUS initial et 189 AUS révisé.

D - Assiette du privilège

89. Le privilège grève le meuble, objet des frais de conservation, mais ne peut grever que ce meuble, et tant que celui-ci n'a pas perdu son individualité. Si le meuble a été transformé, le privilège n'est perdu que dans le cas où son identification n'est plus possible :

ainsi, le privilège ne s'exercera pas faute d'assiette précise, lorsque le fournisseur d'aliments destinés au bétail ne peut identifier ceux des animaux que sa fourniture a permis de conserver.

Toutefois, s'il porte sur la totalité de la chose et non pas seulement sur la plus-value qui lui a été apportée, le privilège ne peut grever que des biens déterminés et ne saurait s'étendre à l'universalité des biens mobiliers d'un patrimoine. Ainsi, par exemple, ne reconnaîtra-t-on le privilège à l'avocat que s'il a recouvré telle ou telle créance, pratiqué une saisie conservatoire qui a maintenu, au profit de son client, tel bien dans le patrimoine du débiteur de celui-ci.

En revanche, le liquidateur d'une société ne saurait invoquer le privilège au motif que son intervention a préservé le patrimoine social car la chose prétendument conservée est, alors, une universalité qui ne saurait être l'assiette d'un privilège spécial.

Pour les mêmes raisons, il n'est pas certain que la conservation d'un fonds de commerce justifie l'invocation du privilège du conservateur.

Adolphe MINKOA SHE

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- | | | |
|--|--|--|
| <p>G
Gage 14, 28, 49, 50, 54, 80</p> | <p>Privilège ordinaire des salaires 29
Privilèges des créances fiscales 35
Privilèges spéciaux 3, 47, 64
Privilège du transporteur 55
Privilège du commissionnaire 55, 62
Privilège du vendeur de meuble 64
Privilège de l'auxiliaire salarié (du travailleur à domicile) 69</p> | <p>Privilège fondé sur la conservation de la chose 80
Publicité 2, 6, 40, 44</p> |
| <p>P
Privilèges (définition, classification) 1, 2, 3
Privilèges généraux 3, 5, 6, 7, 19, 34, 40</p> | <p>S
Superprivilège (des salaires) 28, 34</p> | |

PROCÉDURE D'ALERTE

Table des matières

Bibliographie

Chapitre 1 : Alerte par le commissaire aux comptes (Arts. 150-156 de l'AUDSC) n° 3

Section 1 - Modalités de déclenchement de la procédure d'alerte n° 4

§I- Existence préalable du commissaire aux comptes n° 5

A- Entreprises visées par l'obligation
de nomination du commissaire
aux comptes n° 6-7

B- Indépendance du commissaire aux comptes
dans sa mission d'alerte n° 8-9

§II- Indices révélateurs des difficultés de l'entreprise n° 10-14

Section 2 - Étapes de la procédure d'alerte n° 15

§I - Sociétés autres que les sociétés anonymes n° 16-17

§II - Sociétés anonymes n° 18-22

Chapitre II- Alerte par les associés

(Arts. 157-158 de l'AUDSC) n° 23-24

Section 1 - Libre mise en œuvre de l'alerte des associés n° 25

§I- Information des associés n° 26-27

§II- Déclenchement de la procédure n° 28-29

Section 2 - Procédures d'alerte dans les différentes sociétés n° 30

§I- Convergence des procédures n° 31

§II- Efficacité limitée des procédures n° 32-34

- A. M. CARTRON et B. MARTOR, L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA : *Cab. dr. entr.* n° 1, 2010, p. 21-29 ;
- A. S. ALGADI, Commissaire aux comptes et prévention des difficultés des entreprises : *Penant spécial procédures collectives*, n° 870, janvier- mars 2010, p. 5 ;
- A. S. ALGADI, *Les procédures préventives des difficultés des entreprises en droit OHADA*, Mémoire DEA, Université Yaoundé II, 2003 ;
- A. FENEON, La mésentente entre actionnaires dans les sociétés anonymes régies par l'acte uniforme OHADA : *Penant* n° 848, juillet-septembre 2004, p. 277-279 ;
- A. KENMOGNE SIMO, La prévention de la défaillance des entreprises dans les États africains parties à l'OHADA : *Rev. Jur. de l'ouest*, n° 2, 2008, p. 183 ;
- C. E. SAWADOGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans les États d'Afrique francophone*, Thèse Université Paris 1- Panthéon Sorbonne, 2006 ;
- C. L. AYITO ZEHBIKA, *La prévention des difficultés des entreprises dans le droit OHADA : Spécificité par rapport au droit français des procédures collectives*, Mémoire Master recherche, Université de Limoges, 2005 ;
- F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, éd. Bruylant Bruxelles, 2002
- M. LECERF, Procédure d'alerte en droit OHADA : *Cabiers juridiques et fiscaux d'exploitation*, n° 2, 1998, p. 327-331.

1. Lorsque l'entreprise connaît une phase économique difficile, du fait des multiples difficultés qui surviennent (cf. notamment GUYON (Y.), *Droit des affaires, T2, entreprises en difficulté, Economica, 9^e éd., 2003, n° 1046, 1047 et 1048 sur les causes des difficultés des entreprises, qui détaillent les différentes causes qui peuvent être d'origines interne, externe ou accidentelle*), il arrive très souvent que les dirigeants fassent preuve de laxisme ou d'indifférence totale. La raison peut tenir, en partie, de leur inconscience devant la régression de l'économie de l'entreprise ou de leur mauvaise appréciation de la gravité de la situation. Il apparaît dès lors impératif d'amener les dirigeants à prendre conscience de la situation du moment et de l'évolution de l'entreprise.

Le législateur OHADA, emboîtant le pas à son homologue français (V. *Loi n° 84 - 145 du 1^{er} Mars 1984 relative à la Prévention et au règlement amiable*

des difficultés des entreprises) a retenu la procédure d'alerte, une particularité typiquement française, essentiellement destinée à réveiller les dirigeants insouciants de l'état périlleux de l'entreprise (cf. GODFROY (A.), *Le commissaire aux comptes et la procédure d'alerte*, Thèse Université de Paris 2, 1999, p. 6).

Elle doit permettre pour les personnes morales de lancer une procédure destinée à lutter efficacement et précocement contre les difficultés de l'entreprise, car la prévention revêt deux sens : l'avertissement d'une part, et l'empêchement, d'autre part (Cf. M. ARMAND-PREVOST, *La prévention des difficultés des entreprises, droits et obligations des créanciers : Gaz. Pal. 1996, 1, doct. p. 184*).

2. La procédure d'alerte est « incontestablement une innovation pour la plupart des États parties au Traité

OHADA... » (SAWADOGO (F. M.), *Droit des entreprises en difficulté*, éd. Bruylant Bruxelles, 2002, n° 41 ; SAWADOGO (C.E.), *La prévention des difficultés des entreprises dans les États d'Afrique francophone*, Thèse, université Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2006, p. 106). Cependant, le droit OHADA n'a pas opté pour l'admission de plusieurs organes pouvant déclencher la procédure d'alerte, comme en droit français où une pluralité de personnes internes et externes peuvent initier l'alerte (*associés ou actionnaires, commissaires aux comptes, comité d'entreprise, président du tribunal, groupement de prévention agréé*. V. F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd. LGDJ, 2009, n° 35), ou encore en droit américain où même un salarié peut déclencher la procédure d'alerte à travers le système d'alerte éthique ou *Whistleblowing*, dès lors qu'il a connaissance de pratiques professionnelles prohibées (Cf. MERLE (C.), *L'alerte éthique : LPA*, n° 60). L'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du GIE qui l'organise ne prévoit que des alertes internes, en habilitant deux initiateurs de ladite procédure : d'une part, le commissaire aux comptes qui a une obligation d'alerte à sa charge (Chapitre I), et d'autre part, les associés qui ont une procédure facultative d'alerte à leur disposition (Chapitre II).

Chapitre I : Alerte par le commissaire aux comptes (Arts. 150-156 de l'AUDSC)

3. L'alerte ne peut être convenablement exercée que par celui qui suit de manière très attentive la vie économique de la société.

Le Commissaire aux comptes, investi d'une mission légale de certification des comptes, apparaît donc comme la personne la mieux habilitée à déclencher cette procédure (cf. pour une étude sur la question : GODFROY (A.), *Le commissaire aux comptes et la procédure d'alerte*, Thèse précitée). Il présente des atouts incontestables pour assumer une mission de détection des difficultés des entreprises (BARBIERI (J.F.), *L'amélioration de la prévention et la procédure d'alerte : le rôle des commissaires aux comptes : LPA* n° 110, 14 sept. 1994, p. 40). En effet, d'un côté cette alerte a toutes les chances d'être efficace car étant déclenchée par un professionnel qui suit de manière permanente l'évolution de la société et qui peut agir dès l'apparition des premiers indices de difficulté. Et d'un autre côté, elle a toutes les chances d'être déclenchée à bon escient, et dans des conditions d'objectivité indiscutables (GUYON (Y.), *Le rôle de prévention des commissaires aux comptes : JCPE* 1987. 15066) même si l'indépendance du commissaire fait très souvent l'objet d'un scepticisme justifié (ALGADI (A.S.), *Commissaire*

aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA : Revue Penant, Spécial procédures collectives, n° 870, 2010, p. 5 ; cf. aussi sur la question en droit français : MATSOPOULOU (H.), *Le renforcement de l'indépendance du commissaire aux comptes : Rev. des Sociétés* 2003, p. 813 ; BOULOC (B.), *Le renforcement de l'efficacité des contrôles effectués par les commissaires aux comptes : Rev. des sociétés* 2003, p. 807).

Ainsi, et à la différence de ce qu'il en est pour les associés, l'alerte constitue une obligation pour le commissaire aux comptes. Elle doit être déclenchée lorsque les circonstances l'exigent, et obéit à une procédure qui varie en fonction de la nature de la société concernée.

Section I - Modalités de déclenchement de la procédure d'alerte

4. Le déclenchement de la procédure d'alerte suppose au préalable l'existence d'un commissaire aux comptes (§I) qui, pour exercer sa mission de prévention, devra détecter plusieurs indices susceptibles de révéler la situation préoccupante de l'entreprise (§II).

§I - Existence préalable du commissaire aux comptes

5. Seules certaines catégories de sociétés ont l'obligation de désigner un commissaire aux comptes (A) qui devra jouir d'une parfaite indépendance dans l'exercice de sa mission d'alerte (B).

A - Entreprises visées par l'obligation de nomination du commissaire aux comptes

6. Toutes les sociétés commerciales ne sont pas dans l'obligation d'avoir un commissaire aux comptes. Le droit OHADA ne l'impose qu'à certaines catégories de sociétés dont la dimension économique exige une vigilance plus accrue. Ainsi en est-il pour les SA (art. 702 de l'AUDSC), les GIE (art. 880 de l'AUDSC) et les SARL dont le capital est supérieur à 10 000 000 de francs CFA ou dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 250 000 000 F. CFA ou encore d'un effectif permanent de plus de 50 personnes. (Art. 376 de l'AUDSC).

La raison de ce choix est toute simple : pour les sociétés de personnes, à défaut d'organisation de la gestion par les statuts, « tous les associés sont réputés être gérants » (art. 276 in fine de l'AUDSC) ; chaque associé veille donc à l'évolution économique de l'entreprise. Aussi, *l'intuitu personae*, qui y prévaut, établit-il une réelle relation de confiance entre les associés.

Quant aux SARL, lorsqu'elles sont de petite taille, c'est le même principe qui s'applique et les risques

de fraudes et de malversations sont quasi inexistantes. Toutefois, elles peuvent en désigner lorsqu'elles le souhaitent même si elles ne remplissent pas les conditions. Dans ce cas, elles seront soumises aux mêmes obligations, car la seule présence du commissaire aux comptes rend applicable la procédure d'alerte (Cf. *BARBIERI (J.F.), L'amélioration de la prévention et la procédure d'alerte : le rôle des commissaires aux comptes, article précité*).

7. Quant à la nomination dans les sociétés anonymes, bien que l'Acte uniforme l'exige quelle que soit leur taille, il établit une distinction entre les sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne qui doivent avoir un commissaire aux comptes et un suppléant et les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, tenues d'en désigner au moins deux avec deux suppléants (arts. 702 al 1 et 2 de l'AUDSC). Par contre, les sociétés qui n'ont pas de commissaires aux comptes ne bénéficient pas de procédure d'alerte du commissaire aux comptes ainsi que les sociétés en formation, les sociétés en participation et les sociétés créées de fait.

Peu importe donc que l'entreprise soit une société ou une GIE, les missions des commissaires aux comptes sont les mêmes. Certains auteurs ont soulevé la question de la nomination volontaire d'un commissaire dont l'entreprise n'est pas assujettie. Lorsqu'une société décide d'en désigner un, elle peut n'avoir qu'une comptabilité très sommaire, ce qui rendra la tâche du réviseur plus difficile (*SAYAG (A.) et PALMADE (A.), Le commissaire aux comptes en proie aux réformes : Rev. Soc. 1985, p. 399*). Cet argument ne doit pas décharger le commissaire aux comptes de son obligation d'alerte car dès l'instant où il est nommé, il aura à exercer sa mission d'alerte et ce, en toute indépendance.

B - Indépendance du commissaire aux comptes dans sa mission d'alerte

8. L'exercice de l'alerte par le commissaire aux comptes ne peut être efficace que si celui-ci jouit d'une parfaite indépendance. L'indépendance du commissaire aux comptes doit être garantie depuis sa désignation. En droit OHADA, lors de la constitution de la société, les commissaires aux comptes sont désignés par les statuts. Mais au cours de la vie sociale, ils sont désignés par l'assemblée générale ordinaire. C'est là que surgit le problème car il revient généralement aux dirigeants de la société de proposer la désignation de tel ou tel commissaire aux comptes à l'assemblée. Il faut noter sur ce point que la totale indépendance ne saurait être assurée dans ces conditions. Aussi, l'assemblée ne fait-elle qu'entériner les propositions des dirigeants puisque ceux-ci dominent l'assemblée (*GUYON (Y.), L'indépendance des commissaires aux comptes : J.C.P. 1977, I, 2831*). La désignation du commissaire aux comptes ne peut être absolument neutre.

Ainsi, l'efficacité de la procédure d'alerte est remise en cause dans la mesure où ce sont les dirigeants qui désignent indirectement leurs contrôleurs. Il s'agit ici d'un mécanisme où les dirigeants sociaux sont à la fois juges et parties.

L'autonomie du commissaire aux comptes est indispensable et garantit l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes à l'entreprise. Elle ne vise pas simplement à assurer la régularité et la sincérité des comptes, mais également à donner une impression positive aux tiers. L'indépendance du commissaire aux comptes est d'autant plus nécessaire que ce dernier est considéré comme le premier juge des comptes, et doit dès lors inspirer à tous une certaine crédibilité. (Cf. *ALGADI (A.S.), Commissaire aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA, article précité, p. 7*). Il doit être incorruptible, faute de quoi il pourrait se voir reprocher une complaisance, une connivence, voire une complicité à l'occasion de l'une des infractions d'ordre comptable pouvant être imputée à un dirigeant (*H. MATSOPOULOU, Le renforcement de l'indépendance du commissaire aux comptes, article précité, p. 814*). L'idée d'une désignation judiciaire défendue par certains auteurs (Cf. *ALGADI (A.S.), Commissaire aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA, article précité, p. 9*) pourrait permettre d'assurer une plus grande efficacité à la procédure d'alerte même si elle a subi par le passé de violentes critiques corporatistes qui voyaient en une telle solution, la négation du caractère libéral de la profession (*GUYON (Y.), article précité*).

9. Aussi la question de la rémunération du commissaire aux comptes a-t-elle été soulevée car celui qui peut mettre en œuvre la procédure d'alerte ne doit pas être sous la domination de celui qui l'a choisi et le fait payer (*MATSOPOULOU (H.), Le renforcement de l'indépendance du commissaire aux comptes, article précité, p. 814*). Sur ce point, le calcul des honoraires à la vacation selon un tarif fixé par arrêté ministériel a été suggéré pour résoudre le problème. Le système de rémunération est fondé sur un programme de travail établi par écrit qui indique face aux diligences nécessaires, le nombre d'heures effectuées pour accomplir le travail (*V. pour les détails sur le système : DU PONTAVICE (E.), Le nouveau rôle du commissaire aux comptes, article précité, p. 51 ; GODFROY (A.), Le commissaire aux comptes et la procédure d'alerte, Thèse précitée, p. 6*).

En définitive, c'est au prix d'une réelle indépendance que le commissaire aux comptes pourra se livrer à une recherche minutieuse de tous les indices susceptibles de révéler la dégradation de l'entreprise

§II - Indices révélateurs des difficultés de l'entreprise

10. Le commissaire aux comptes n'intervient que lorsqu'il constate certains signes qui traduisent l'exis-

tence de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Il est certain que cette notion de continuité de l'exploitation, retenue par le législateur OHADA qui l'a empruntée au droit français, lui-même reprenant le « *going concern* » anglo-saxon (v. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd. Montchrestien, 2009, n° 146), n'est pas aisée à cerner et est susceptible de se trouver dans des circonstances variées et hétérogènes. Toutefois, on doit retenir que ces faits sont généralement constitutifs d'un ensemble d'événements convergents suffisamment préoccupants compte tenu du contexte particulier propre à l'entreprise (cf. en droit français : *Compagnie nationale des commissaires aux comptes, le guide du commissaire aux comptes*, juin 2005, CNCC éd., 6-702, alerte). Le commissaire aux comptes ne s'en tiendra pas à une approche comptable et devra faire une appréciation *in concreto*, en prenant en compte la situation financière et patrimoniale de l'entreprise ainsi que des faits fondés sur l'exploitation et/ou son environnement économique (JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7^e éd. Dalloz, 2006, n° 32). Il fera donc référence aux indices tels que l'insuffisance de fonds propres, l'endettement excessif, le report renouvelé d'échéance d'un effet de commerce (par ex : une lettre de change ou un billet à ordre émis avec pour échéance une date qui fait l'objet d'un double report), l'achat à crédit de marchandises suivi de leur revente au comptant à un prix égal ou inférieur pour faire face aux obligations de l'entreprise, la perte d'une position dominante, la réalisation de trois exercices déficitaires successifs, comme si le but de la société était devenu non plus la réalisation et le partage des bénéfices mais plutôt l'accumulation des pertes, la trop lente rotation des stocks, la mise en gage d'actifs pour financer une dette, la perte d'un brevet, le non-paiement des impôts et cotisations sociales, le non-renouvellement de contrats importants arrivés à échéance ou encore leur résiliation (v. sur le sort des contrats dans le cadre d'une entreprise en difficulté : ALGADI (A.S.), *Contrats et droit OHADA des procédures collectives : Étude à la lumière du droit français*, éd. L'Harmattan, Paris, 2009).

11. Les événements sociaux et environnementaux ne sont pas à exclure. Il en est ainsi en cas de grèves importantes et répétées, de bouleversements politiques dans un pays où l'entreprise est largement engagée, ce qui est assez fréquent dans les pays de l'espace OHADA ; les catastrophes naturelles de nature à détruire l'outil de production (tremblements de terre, éruption volcanique à proximité du site de production).

12. Tous ces indices, bien que souvent annonciateurs de difficultés certaines, sont quelquefois trompeurs.

Les indices révélés sont effectivement assez relatifs en ce qui concerne leur signification ou leur pertinence dans la perspective de la prévention des difficultés des entreprises. En effet, la plupart des critères d'alerte pro-

posés jusqu'ici sont en réalité des critères qui conduisent au constat d'une situation financière déjà profondément dégradée (BENISTY, *Le moment d'ouverture des procédures collectives*, Thèse, Paris I. Dictionnaire permanent. Droit des Affaires, V. Alerte et Indicateurs.). Certains signes manquent de précocité et sont de ce fait, d'une moindre efficacité, dans la mesure où ils traduisent déjà la cessation des paiements ou la survenance imminente de celle-ci. Il peut en être ainsi du non-paiement des cotisations fiscales ou sociales, du report renouvelé d'échéance ou des achats pour revendre à un coût plus bas.

D'autres, *a contrario*, peuvent ne pas traduire l'existence de difficultés sérieuses en raison de circonstances particulières.

À ce titre, la non-certification des comptes peut résulter de simples erreurs dans la confection des comptes alors que l'entreprise ne connaît pas de difficulté particulière, notamment à la suite de la mise en vigueur d'un nouveau plan comptable.

Par ailleurs, certains indices doivent être interprétés avec prudence car un tel élément défavorable peut être contrebalancé par un élément favorable (baisse du chiffre d'affaires mais conclusion de marchés importants dans des domaines nouveaux).

De ce fait, il faut bien apprécier la situation avant de déclencher l'alerte pour ne pas jeter un discrédit erroné sur la situation de l'entreprise. Un membre de la doctrine estime, sur ce sujet qu'il ne serait pas concevable de prendre en considération des faits qui, dans l'avenir seulement, seraient susceptibles de compromettre l'exploitation, tels que l'âge des dirigeants, l'absence de successeur ou les dissentiments entre associés (LE CANNU (P.), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises* : Bull. Joly 1998, n° 96).

13. Le commissaire aux comptes, en tant que professionnel, doit pouvoir analyser avec beaucoup de lucidité l'état de l'entreprise afin de déclencher une procédure d'alerte justifiée. La détermination du moment de l'alerte est sans conteste très complexe. La délicatesse de la situation devrait imposer au commissaire aux comptes une attention plus soutenue sans pour autant qu'elle prenne l'aspect d'une véritable tutelle grevant par une révélation prématurée les efforts de redressement éventuellement réalisés. En effet, hésiter devant une révélation publique, ce n'est pas seulement maintenir le moral d'un malade en situation difficile, c'est surtout éviter l'aggravation du mal par l'attitude de tiers parfois intéressés à la disparition de l'entreprise (SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, 2^e éd. Litec 1995, n° 79).

La question de la nécessité de réunir plusieurs faits avant de déclencher une procédure d'alerte a justement été soulevée (cf. SAWADOGO (C.E.), *La prévention des difficultés des entreprises dans les États d'Afrique francophone*, Thèse université Paris 1- Panthéon-Sorbonne, précitée, p. 116). Sur cette question, même si l'Acte Uniforme semble n'exiger qu'un seul fait pour

déclencher l'alerte, la prise en compte concomitante de plusieurs faits devrait être nécessaire pour assurer une véritable crédibilité à cette mesure de prévention sans toutefois ignorer qu'un seul indice peut, dans certaines circonstances, être fatal à l'entreprise. La convergence des éléments doit permettre d'apprécier les faits globalement car certains d'entre eux peuvent être neutralisés par d'autres (*P. M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, 5^e éd. Dalloz, 2009, n° 122.32*). Il ne faudrait pas déclencher une alerte sans indices révélateurs sérieux. Pour déceler ces indices de défaillances, le commissaire aux comptes en dehors d'une référence inévitable aux comptes, peut également s'appuyer sur toutes les informations en sa possession en raison de l'exercice de sa mission, des informations relatives à des éléments financiers, économiques, humains ou encore commerciaux (*C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, précité, n° 146*). La formule volontairement vague laisse un large pouvoir d'appréciation au commissaire aux comptes, véritable spécialiste tenu de faire valoir ses compétences et sa lucidité.

14. La procédure d'alerte révèle un certain nombre d'incertitudes qui ne doivent pas conduire le commissaire aux comptes à se substituer aux dirigeants de l'entreprise, ni même à porter un jugement d'opportunité sur la gestion ou sur la valeur des gestionnaires (*BARBIERI (J.F.), article précité, n° 117; VIDAL (D.), L'intervention du commissaire aux comptes dans la gestion in Mélanges Adrienne Honorat éd. Frison-Roche, 2000, p. 327*). Le commissaire aux comptes n'est autorisé en aucun cas à participer à la gestion ou influencer l'opportunité des décisions techniques ou commerciales (*v. DUPONTAVICE (E.), Le principe de non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits : Rev. Sociétés 1973, 599*). Il ne peut nullement procéder à des analyses de gestion extérieures au contrôle et à la vérification des comptes sociaux ou encore à l'appréciation de l'opportunité des décisions prises.

Aussi, doit-il suivre la procédure telle qu'imposée par le droit uniforme.

Section 2 - Étapes de la procédure d'alerte

15. Elles varient en fonction de la forme de la société. Les sociétés anonymes sont soumises à une procédure plus longue (§II) que les autres types de sociétés (§I).

§I - Sociétés autres que les sociétés anonymes (Arts. 150-152 de l'AUDSC)

16. Une procédure plus rapide est consacrée aux sociétés autres que les sociétés anonymes par les dispositions du droit uniforme. Ces sociétés n'étant en effet pas dotées de la même structure que les SA, certains

organes n'existent pas tels que le Conseil d'administration. C'est ce qui explique la mise en place d'une procédure abrégée. La même procédure est prévue pour les SARL et les GIE.

17. La procédure d'alerte se déroule en deux phases :

Elle commence par une demande d'explication que le commissaire aux comptes adresse au gérant par lettre contre récépissé ou par lettre recommandée avec accusé de réception. Cette demande porte sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission (art. 150 de l'AUDSC).

Le gérant est tenu de répondre à la lettre du commissaire aux comptes dans les mêmes formes dans le mois de la réception en donnant une analyse de la situation et en précisant, le cas échéant, les mesures envisageables (art. 151 de l'AUDSC).

En cas d'inobservation des dispositions relatives à la réponse ou si malgré les décisions prises par le gérant, le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial. Il peut demander par lettre au porteur, contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis accusé de réception (AR), que ce rapport spécial soit adressé aux associés ou qu'il soit présenté à la prochaine assemblée générale. Dans ce cas, le gérant procède à cette communication dans les huit jours qui suivent la réception de la demande (art. 152 de l'AUDSC).

Toutefois, il importe de relever qu'en droit OHADA, aucune référence au juge n'est faite à ce stade de la procédure qui demeure absolument interne. Le droit français, par exemple, impose au commissaire aux comptes d'informer immédiatement le président de la juridiction commerciale de l'existence de la procédure par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, si les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation (*Encyclopédie Dalloz, Rep. Com. IV, Entreprises en difficulté, p. 16*). Le président du tribunal pourra alors décider de convoquer les dirigeants pour un entretien au cours duquel il leur demandera quelles sont les mesures de redressement qu'ils entendent prendre (*SAINTE-ALARY-HOUIN (C.), Droit des entreprises en difficulté, 6^e éd. Montchrestien, 2009, n° 152*). Cette mesure supplémentaire est d'autant plus salutaire qu'elle incite à une plus grande prise de conscience du dirigeant et il serait sans doute utile de l'envisager dans la législation OHADA.

La procédure d'alerte dans ce type de société est assurément moins longue que celle adressée aux SA.

§II - Sociétés anonymes (Arts 153-156 de l'AUDSC)

18. Contrairement à la procédure précédente, celle-ci est composée de plusieurs étapes supplémentaires

qui la rendent beaucoup plus longue et tatillonne (SAWADOGO (F.M.), *Droit des entreprises en difficulté*, ouvrage précité, p. 37).

Elle se déroule en trois étapes :

Tout d'abord, une demande d'explication faite par le commissaire aux comptes est adressée au PCA, au PDG ou à l'administrateur général. En droit français, cette première phase est précédée d'une phase informelle au cours de laquelle le commissaire aux comptes fera part aux dirigeants de l'entreprise de ses remarques sur des faits pouvant entraîner le déclenchement de l'alerte. Ce premier entretien peut permettre d'éviter de lancer la procédure si la réponse des dirigeants dissipe les risques latents susceptibles d'affecter la continuité de l'exploitation (VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, 5^e éd., LGDJ, 2006, n° 736). Par ailleurs, la même remarque sur le destinataire de la demande d'explication peut être faite à la législation OHADA. En effet, la doctrine française avait, à juste titre, mentionné une certaine inadéquation entre la compétence des organes visés et leur rôle dans ladite procédure. En ce sens, si les fonctions de PCA et de DG sont dissociées, il semble plus logique et opportun d'interroger le directeur général qui est alors l'organe exécutif de la société dans la mesure où le PCA n'a qu'un rôle d'animation et de contrôle du fonctionnement des organes sociaux. Le PCA et le PDG ou l'administrateur général répond par lettre au porteur ou par lettre recommandée dans le mois qui suit la demande d'explication. Dans sa réponse, il donne une analyse de la situation et précise, le cas échéant, les mesures envisagées.

La suite de la procédure prévoit qu'à défaut de réponse ou si celle-ci n'est pas satisfaisante, le commissaire aux comptes invite selon le cas, le PCA ou le PDG à faire délibérer le Conseil d'administration ou l'administrateur général à se prononcer sur les faits relevés.

Dans les quinze jours qui suivent la lettre du commissaire aux comptes, le Conseil d'administration doit être convoqué en vue de le faire délibérer sur les faits relevés, dans le mois qui suit la réception de cette lettre. Le commissaire aux comptes est convoqué à la séance du Conseil d'administration. Un extrait des délibérations du conseil d'administration ou de l'administrateur général est adressé au commissaire aux comptes dans le mois qui suit la délibération du conseil ou de l'administrateur général.

19. En cas d'inobservation des dispositions citées ci-dessus ou si, en dépit des décisions prises, le commissaire aux comptes constate que la continuation d'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale ou en cas d'urgence à une assemblée d'actionnaires qu'il convoque lui-même pour soumettre ses conclusions, après avoir vainement requis la convocation du conseil d'administration ou de l'administrateur général. Notons que les demandes d'éclaircissement ou de convocation de l'assemblée et les réponses des dirigeants doivent être faites par lettre au porteur contre récépissé ou par

lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. 153 de l'AUDSC).

20. La procédure devant la SA est à l'évidence assez longue, relativement complexe et formaliste. Elle s'étend sur plus de trois mois. La question qui se pose inéluctablement est celle de l'efficacité d'une telle procédure.

Alors que l'entreprise va inexorablement vers une situation irrémédiable, un dépôt de bilan probable, est-il raisonnable de prévoir une procédure si complexe et lente ? La célérité des réactions n'est-elle pas un gage de sauvetage de l'entreprise ?

Il serait préférable d'envisager des délais plus brefs à ce stade ; ceux-ci accroîtraient les chances de relance de la société car au moment où la concurrence internationale s'accroît du fait de la mondialisation, seule la promptitude des réactions garantit une certaine efficacité (cf. ALGADI (A.S.), *Les procédures préventives des difficultés des entreprises*, mémoire précité, p. 27.)

21. Aussi l'inexistence de sanction en cas de défaillance du commissaire aux comptes fragilise davantage la procédure. La négligence du commissaire aux comptes n'entraîne aucune sanction. Comme en droit français, l'abstention ou le déclenchement tardif du mécanisme d'alerte du commissaire aux comptes n'engage pas sa responsabilité ou du moins uniquement lorsqu'il y a une erreur manifeste d'appréciation de la situation périlleuse de l'entreprise contrôlée. Il faudra cependant démontrer le lien de causalité entre la faute - l'absence de déclenchement de l'alerte - et le préjudice - montant de l'insuffisance d'actif. Les tribunaux lui reconnaissent une nécessaire marge d'appréciation ; ce qui se justifie d'ailleurs totalement en raison du caractère limité de sa mission qui ne lui autorise pas une incursion dans la gestion de l'entreprise (cf. GIBIRILA (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, éd. Défrénois, Lextenso 2009, n° 73. V aussi : BARBIERI (J.F.), *Irresponsabilité de l'expert-comptable et du commissaire aux comptes d'une entreprise dont les graves difficultés étaient cachées* : Bull. Joly sociétés, 2008, n° 10, p. 774. cf. pour une opinion nuancée : LE CANNU (P.), *Responsabilité du commissaire aux comptes pour défaut de déclenchement de la procédure d'alerte* : BMIS 200, n° 7, p 945. L'auteur souligne avec pertinence que la Cour de cassation n'écarte pas de manière péremptoire la possibilité d'une responsabilité du commissaire aux comptes qui ne déclenche pas une procédure d'alerte alors que les conditions sont remplies).

22. En revanche, le déclenchement erroné de la procédure exclut toute responsabilité. Celle-ci est écartée car « une fausse alerte vaut mieux qu'un dépôt de bilan » (GUYON (Y.), *Le rôle de prévention des commissaires aux comptes in La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application* : JCPE 1987, II, 15066.) ; Aussi, cette irresponsabilité lui confère une sorte d'immunité même lorsque son initiative intempestive cause un préjudice à la société, sauf évidemment en cas de

mauvaise foi, d'intention de nuire ou de faute lourde assimilable au dol (cf. *en droit français* : Cass. com. 14 nov. 1995 : Bull. CNCC, n° 101, 1996, p. 99, note MERLE (Ph.) ; JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd. Litec, 2009, n° 60). La seule circonstance où l'alerte n'a pas été suivie d'effet ne peut pas permettre de caractériser la mauvaise foi du commissaire aux comptes. En cas de doute sur la nature des faits et leur incidence néfaste, le commissaire aux comptes doit déclencher l'alerte. Il est néanmoins clair que son immunité devrait être interprétée de façon raisonnable afin que la mauvaise foi ne « *prenne pas le masque facile de la bêtise* » (GUYON (Y.), *article précité*).

Au final, la mission d'alerte du commissaire aux comptes est très délicate et l'oblige à des contrôles plus fréquents, contrairement aux associés qui n'ont aucune contrainte dans l'exercice de leur droit d'alerte.

Chapitre II : Alerte par les associés (Arts 157-158 de l'AUDSC)

27. Un auteur affirmait, à juste titre, après la réforme de 1994 (Cf. Loi Française n° 94 – 475 du 10 Juin 1994 relative à la Prévention et au Traitement des difficultés des entreprises), que les associés sont les « *parents pauvres de la prévention* » (Cf. GUYON (Y.), *Droit des Affaires*, T2, *op. cit.*, p. 69). Cette remarque lucide, est, une fois de plus, parfaitement transposable en droit OHADA.

En effet, par opposition au devoir d'alerte mis à la charge du commissaire aux comptes, les associés n'ont, en vertu de l'Acte Uniforme, qu'une simple faculté d'alerte. Dès lors, la procédure d'alerte des associés s'apparente à une procédure subsidiaire à l'alerte du commissaire aux comptes qui n'intervient qu'en cas de défaillance ou de négligence de ce dernier (POUGOUÉ (P.G.) *et autres*, *ouvrage précité*, p. 304). Ce n'est qu'au cas où la société ne posséderait pas de commissaire aux comptes que les associés peuvent enfin jouer un rôle de premier plan. La doctrine française a d'ailleurs soulevé une controverse sur la qualification d'alerte par rapport à ce droit des associés car certains auteurs considèrent que le droit des associés ne saurait être considéré comme un véritable droit d'alerte car même si le critère permettant de déclencher l'alerte des associés est identique à celui du commissaire aux comptes, la procédure ne débouche pas sur la saisine du président du tribunal, de sorte que le vocable de procédure semble inadapté (LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 5^e éd. Ouvrage précité, n° 122.51. *L'auteur utilise le terme de « pseudo-alerte par les associés » ; v. aussi dans ce sens : B. SOINNE, La procédure d'alerte instituée par la loi du 1^{er} mars 1984 et la mission du*

commissaire aux comptes : JCP E 1985. II. 14563, n° 2 et s.), alors que d'autres soutiennent que même si le mécanisme est tellement sommaire qu'on peut hésiter à y voir une véritable alerte, il en a néanmoins la finalité et le contenu, ce qui légitime ladite qualification (F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, 2009, n° 36, p. 30). Le droit OHADA n'est pas plus précis sur la qualification car si l'article 158 de l'AUDSC qui traite de la question est inséré dans un chapitre intitulé « *alerte par les associés* », aucun moyen n'est mis à la disposition des associés pour forcer la réaction des dirigeants, à l'inverse de la procédure du commissaire (Cf. L-D. MUKA TSHIBENDE, *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes du droit français et périmètre OHADA*, Thèse Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille, PUAM, 2009, n° 66.). Il faut néanmoins souligner que les deux procédures n'aboutissent pas à la saisine du tribunal en droit OHADA ; ce qui permet d'affirmer que le rapprochement est beaucoup plus acceptable qu'en droit français.

24. Par ailleurs, une autre question relative à l'assimilation de l'expertise de gestion à une procédure d'alerte a animé le débat doctrinal. Toutefois, il convient de préciser que les juges français ont mis un terme à ce débat en relevant que l'expertise de gestion ne saurait en aucun cas être assimilée à une procédure d'alerte, dans la mesure où, ces deux techniques de prévention sont absolument autonomes et distinctes même si elles ont toutes les deux pour objectif de renforcer l'intervention des associés dans la gestion de leur structure (cf. GODON (L.), *Demande directe d'expertise de gestion par un associé de la SARL*, note sous C. A. ch. A, 8 octobre 2008, n° 08/08424, G. c/SARL Sté industrielle du meuble d'art : Bull. Joly Sociétés, 01 juillet 2009, n° 7, p. 653. *En l'espèce, la société dans l'espoir de repousser la demande d'expertise de gestion formulée par l'associée, arguait par la voix de son gérant, de ce que la demanderesse aurait pu obtenir les informations recherchées en recourant au droit d'alerte, reléguant ainsi l'expertise de gestion au rang d'alerte subsidiaire ; toute chose que la cour a vivement rejeté en rappelant que l'expertise de gestion « n'est pas subordonnée à l'exercice préalable du droit, pour tout associé non gérant, de poser des questions écrites au gérant... »).* Le droit OHADA ne fournit pas une jurisprudence sur la question. Toutefois, il y a lieu d'admettre que la subsidiarité entre les deux procédures n'est pas fondée. La logique de l'autonomie de la procédure d'alerte et de l'expertise de gestion semble s'imposer. Ce qui ne convainc pas certains auteurs qui ont même conclu que le juge devra vraisemblablement vérifier que toutes les autres voies d'information mises à la disposition de l'actionnaire par l'AUDSC ont été utilisées et n'ont pas permis d'obtenir les réponses souhaitées (FENEON (A.), *La mésentente des associés dans les sociétés anonymes OHADA. Prévention et modes de règlement :*

Recueil Penant, n° 848, 2004, p. 268) alors que d'autres, plus réservés, ont souhaité une graduation entre les deux procédures afin de prémunir les entreprises contre l'immixtion précoce du juge dans le fonctionnement de l'entreprise (*FOKO (A.)*, *L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA : Penant n° 867*, p. 198).

Les associés disposent donc d'une grande liberté dans l'exercice de leur droit d'alerte (S. I) qui obéit à une procédure d'une simplicité notoire (S. II).

Section 1 - Libre mise en œuvre de l'alerte des associés

25. Le déclenchement de la procédure d'alerte des associés suppose que ceux-ci bénéficient d'une information préalable afin de pouvoir déclencher l'alerte en connaissance de cause.

§I - Information des associés

26. Le droit communautaire africain a intégré une dimension prévisionnelle de l'information de l'associé qui ne doit pas être informé qu'a posteriori lorsque les difficultés sont présentes. C'est en ce sens qu'une obligation d'information a été mise à la charge des dirigeants. Garantir une information minimale à tout associé est en effet la clé d'une parfaite transparence de la gestion sociale et d'une bonne gouvernance (*CARTRON (A.M.) et MATOR (B.)*, *L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA : Cab. dr. entr.*, 2010, p. 21). Ainsi l'associé bénéficie d'une information occasionnelle et d'une information permanente.

Pour la première, l'article 525 de l'AUDSC offre la possibilité à tout actionnaire de consulter les états financiers de synthèse, la liste des administrateurs et le rapport des commissaires aux comptes, ainsi que le montant des rémunérations versées aux dirigeants et salariés les mieux rémunérés. Aussi, les articles 671 et 672 de l'AUDSC permettent-ils à l'associé d'exercer son droit à l'information avant l'assemblée générale. C'est le cas notamment lors de l'assemblée générale spécialement appelée pour se prononcer sur un projet de fusion ou de scission. Dans le cas d'un projet de fusion, tout associé doit pouvoir consulter le projet en question ainsi que les rapports du conseil d'administration, les états financiers de synthèse et les rapports de gestion de toutes les sociétés concernées par la fusion.

Quant à la scission, l'article 526 de l'AUDSC impose la mise à disponibilité des documents sociaux des trois derniers exercices et des procès-verbaux de ses assemblées ainsi que de tous les autres documents si les statuts le prévoient.

L'associé est donc libre au moment de la rédaction des statuts de se garantir une information plus complète et une meilleure visibilité des actes de gestion. Il peut, par exemple, exiger la communication des délibéra-

tions du conseil d'administration (*CARTRON (A.M.) et MARTOR (B.)*, *article précité*, p. 23).

Les dirigeants sociaux qui opposeraient un refus non justifié à cette demande d'information engageraient leur responsabilité et pourraient être condamnés à des dommages et intérêts. Ils pourraient aussi être poursuivis pénalement sur le fondement de l'instruction prévue à l'article 892 de l'AUDSC sanctionnant le fait d'empêcher un actionnaire de participer à une assemblée générale (*FENEON (A.)*, *article précité*, p. 267).

27. Toutefois, si l'information de l'associé est assurée par divers moyens, le principe de quérabilité choisi par le droit OHADA en limite la portée au regard de la politique de l'internationalisation de l'économie (*MEUKE (B.-Y.)*, *l'information des actionnaires dans l'OHADA : Réflexions sur l'expertise de gestion : RTDJA n° 001*, oct-nov-déc. 2008, p. 29). En effet, les articles 525 et 526 de l'AUDSC imposent une consultation des documents sociaux au lieu du siège social ; ce qui constitue une disposition très conservatrice et à contre-courant de la réalité économique actuelle et du développement des nouvelles techniques de l'information et la communication. L'obligation de se déplacer au siège social pour consulter les documents entrave considérablement l'accès à l'information sociale surtout qu'en Afrique, la lenteur des moyens de transport et la difficulté de localisation du siège peuvent décourager les associés peu déterminés.

Le principe de quérabilité est d'autant plus préjudiciable qu'il est impossible d'y déroger dans les statuts d'une société et l'AUDSC ne prévoit même pas la possibilité d'envoyer une copie de ces documents aux associés qui en feraient la demande (*FENEON (A.)*, *article précité*, p. 268).

Notons par ailleurs que la portabilité est reconnue pour un certain nombre de documents que le droit uniforme prévoit d'adresser directement au domicile des associés. Tel est le cas de l'avis de convocation à une assemblée générale, du rapport de l'expert de gestion, des indications relatives à la société en liquidation ou de l'offre de rachat par la société de ses propres actions. Une portabilité occasionnelle qui aurait pu être généralisée comme en droit français qui reconnaît fermement la règle (*cf. admission du principe depuis l'ordonnance du 4 février 1959 et encore récemment par le décret du 3 mai 2004 qui innove en admettant la transmission par les NTIC. v. CARTRON (A.M.) et MARTOR (B.)*, *article précité*, p. 23).

Il faut néanmoins penser que l'impératif de transparence va finir par avoir un impact sur l'organisation du droit d'information des associés qui pourront déclencher l'alerte dès qu'ils en voient la nécessité.

§II - Déclenchement de la procédure

28. Seule la volonté préside au déclenchement de l'alerte des associés.

L'Acte Uniforme octroie une totale liberté dans l'exercice de l'alerte. Aucune contrainte n'est imposée. Les associés ont le libre choix de poser des questions aux dirigeants. C'est un droit, une faculté (cf. arts. 157 et 158 de l'AUDSC).

Cette disposition se justifie par le fait que les associés sont directement concernés par la situation de l'entreprise : ce sont en effet leurs propres intérêts qui sont en jeu lorsque l'entreprise connaît des difficultés. Ayant contribué au capital de la société, ils ont naturellement intérêt à veiller sur elle. Il n'est point besoin de les obliger à contrôler l'entreprise : ils le font en principe spontanément.

29. Toutefois, les associés ne sont pas tous très attentifs à l'évolution sociale, soit parce qu'ils ont d'autres activités plus intéressantes, soit par simple ignorance, ne maîtrisant pas les rouages du fonctionnement de l'entreprise. Il faut remarquer que la comptabilité n'est pas le sujet de préoccupation essentiel des associés qui n'ont pas toujours les compétences nécessaires pour en apprécier toute la portée. Ils se contentent de percevoir les dividendes distribués. C'est lorsque ceux-ci ne sont plus partagés qu'ils réagissent mais trop tard.

Pour prévenir cette situation de passivité préjudiciable, une certaine doctrine suggère de faire du droit d'alerte des associés une obligation au même titre que celle mise à la charge du commissaire aux comptes (V. *ALGADI (A.S.)*, *Les mesures préventives des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA*, Mémoire DEA, Université de Yaoundé II, 2003, p. 38).

Si l'idée semble *a priori* intéressante, elle peut difficilement être mise en pratique car le nombre d'associés dans une société rendrait illusoire une quelconque contrainte. Toutefois, la question mérite d'être posée car, une obligation de s'informer à la charge de ces derniers émerge. D'ailleurs, souligne un auteur, comment doivent être interprétés « *le droit d'information permanent sur les affaires sociales* » et celui de prendre connaissance et copie d'un certain nombre de documents que l'AUDSC leur reconnaît ? (*KENMOGNE SIMO (A.)*, *article précité*, p. 187).

La facilitation de l'accès à l'information est primordiale pour que les associés puissent se servir efficacement des procédures d'alerte mises à leur disposition.

Section 2 - Procédures d'alerte dans les différentes sociétés

30. La procédure d'alerte des associés varie sensiblement en fonction du type de société. Les articles 157 et 158 déterminent le déroulement des procédures selon la distinction classique des sociétés anonymes et de celles qui ne le sont pas. On note, toutefois, une convergence entre les procédures (§I) qui, selon la doctrine, manquent d'efficacité (§II).

§I - La convergence des procédures

31. Les articles 157 et 158 de l'AUDSC définissent la même procédure aussi bien pour la société anonyme que pour les autres sociétés. La seule différence tient au destinataire des questions qui varie logiquement en fonction du type de société.

Dans tous les cas, tout associé ou tout actionnaire peut, deux fois par exercice, poser des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Aucune condition relative au pourcentage du capital détenu n'est exigée par l'Acte Uniforme. En droit français, les associés ou actionnaires doivent représenter au moins un vingtième du capital social conformément à l'article L. 225-120 du code de commerce (cf. *VIDAL (D.)*, *Droit de l'entreprise en difficulté*, 3^e Gualino, 2010, n° 105). Cette disposition qui vise à éviter les détournements et abus n'a pas été retenue par le législateur de l'espace OHADA qui favorise l'expression individuelle de tous les associés. Il est certain que cette faculté permet aux idées les plus singulières de se manifester dans l'entreprise, et garantit une prise en compte de toutes les préoccupations des associés. Ce dispositif est important pour les associés minoritaires qui se seraient trouvés exclus du bénéfice de ce droit si l'on avait institué des limites comme en France (*CARTRON (A.M.) et MARTOR (B.)*, *L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA*, *article précité*, p. 25).

La demande d'explication sera adressée s'il s'agit d'une SA au président du conseil d'administration, au président-directeur général ou à l'administrateur général selon le cas.

Le gérant, le PCA, le PDG ou l'administrateur général répondent dans le délai d'un mois aux questions posées dont ils adressent la copie à l'associé ou à l'actionnaire. Par ailleurs, et dans le même délai, ils adressent copie de la question et de sa réponse au Commissaire aux comptes s'il en existe un.

Ici également, on peut déplorer la longueur du délai accordé au dirigeant pour répondre aux questions qui lui sont posées. En outre, et de manière plus globale, la doctrine exprime son scepticisme face à cette procédure.

§II - Efficacité limitée des procédures

32. La procédure d'alerte des associés est une technique qui, du fait de son caractère facultatif, perd de son efficacité. Au surplus, même lorsqu'elle est exercée, l'Acte Uniforme n'en précise pas les suites (*POUGOUÉ (P.G.) et autres : Le droit des sociétés commerciales et du GIE*, *ouvrage précité*, p. 85). Cette procédure est confidentielle et d'efficacité limitée, dira un auteur (*SAWADOGO (F.M.)*, *ouvrage précité*, n° 45). Ce constat peut être valablement soutenu dans la mesure où,

comme le souligne le Professeur GUYON, « elle permet tout au plus à l'associé de prendre date en montrant qu'il a été conscient des difficultés à un moment où les dirigeants se sont montrés trop optimistes » (Dans son ouvrage précité, n° 1059).

33. Aussi, à la différence du régime de la procédure d'alerte mis en œuvre par le commissaire aux comptes, la loi ne permet-elle pas aux actionnaires dans les SA de saisir le conseil d'administration ou l'assemblée générale, si les réponses à leurs questions ne leur donnent pas satisfaction. Toutefois, les questions et les réponses étant transmises au commissaire aux comptes, lorsqu'il en existe, il appartient à ce dernier, s'il le juge utile, de déclencher la procédure d'alerte dont l'exercice lui est confié. Par ailleurs, en cas de refus de la société de communiquer les documents sollicités, l'associé peut saisir le président du tribunal compétent pour que la communication soit ordonnée sous astreinte (KENMOGNE SIMO (A.), *La prévention de la défaillance des entreprises dans les États africains parties à l'OHADA* : *Rev. Jur. de l'Ouest* 2008, n° 2, p. 188). Dans cette logique, il y a lieu de penser qu'une telle réticence puisse entraîner la mise en cause de la responsabilité du dirigeant. Le délit d'entrave au commissaire aux comptes peut également être invoqué car une telle attitude implique indirectement une obstruction à l'exercice de la mission du commissaire aux comptes qui est censé prendre la

relève lorsque les indices de difficultés sont avérés. Cette disposition bien que rassurante ne semble pas susciter un engouement des associés pour la mise en œuvre de la procédure d'alerte. L'absence de contentieux sur la mise en œuvre de cette alerte est certainement le signe que les associés n'en font pas usage (On note à ce jour deux décisions relatives à la question d'alerte en général et répertoriées par le site de l'OHADA : CA de Cotonou, arrêt n° 178/99, *Affaire Dame KARAMATOU IBIKUNLE c/Société CODA-BENIN et quatre autres* : OHADATAJ-06-93 ; CA Cotonou, arrêt n° 256/2000 du 17/08/2000, *aff. Société continentale des pétroles et d'investissements M. SEFOU FAGBOHOUN SONA COP, M. MONIROU OMI-CHESSAN c/État béninois* : OHADATAJ-06-101).

34. Par ailleurs, ce droit d'alerte des associés ne peut être exercé qu'à l'occasion de l'assemblée, c'est-à-dire une fois par an, alors que la situation de l'entreprise peut se dégrader rapidement (cf. en ce sens, Y. GUYON, *Ouvrage précité*, n° 1059). Cette restriction ne réduit pas pour autant à néant la prévention dans la mesure où le calcul du nombre d'alertes se fait par associés et non globalement. Il ne reste qu'à plaider pour un élargissement du cadre des organes habilités à déclencher l'alerte et notamment l'alerte du comité d'entreprise ou du président du tribunal de commerce.

Aziber Seïd ALGADI

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

Alerte des associés :

assemblée 36
 commissaire aux comptes 28,31, 36
 conseil d'administration 36,38
 demande d'explication 36
 efficacité 37
 expertise de gestion 29
 faculté 28, 33,37
 Information 31, 32
 limites 34
 obligation 34
 procédure 35,36
 qualification 28
 questions 30, 33,35
 sociétés anonymes 36, 38

volonté 33

Alerte du commissaire aux comptes :

assemblée générale 11,15
 autonomie 9
 contrôle de gestion 9
 dirigeant 8,15
 GIE 6, 7,17
 indépendance 8, 9,10
 indices 11, 12
 relativité des indices 13
 incertitude 15
 ingérence 15
 intervention dans la gestion 20

irresponsabilité 26
 moment de l'alerte 14
 mission 3
 négligence 17
 nomination commissaire aux comptes 6,7
 procédure dans la SA 20, 21, 22, 23, 24, 25,26
 procédure dans les autres sociétés 17, 18,19
 rémunération 10
 sanctions 25,26
 SARL 6,17
 Sociétés anonymes 7,24
 sociétés de personnes 6

PROCÉDURES COLLECTIVES INTERNATIONALES

Table des matières

Bibliographie

Introduction n° 1

§I - Problématique et solutions possibles n° 2-9

A - Questionnement juridique et réponses doctrinales n° 3-5

I - Questionnement juridique n° 4

II - Réponses doctrinales n° 5

B - Réponses des instruments internationaux n° 6

I - Techniques utilisées n° 7

II - Finalités poursuivies et les solutions préconisées n° 8-9

§II - Apports de l'Acte uniforme n° 10-19

A - Ouverture d'une seule procédure dans l'espace OHADA n° 11-23

I - Reconnaissance des décisions rendues dans un État membre n° 12

II - Possibilité d'exercice de prérogatives et d'opérations n° 13

B - Ouverture de plusieurs procédures dans l'espace OHADA n° 14

I - Pluralité de procédures n° 15

II - Coordination des procédures n° 16-19

Les procédures collectives internationales sont traitées par les articles 247 à 256 qui forment le titre VI de l'Acte uniforme. L'inclusion de telles dispositions constitue une originalité de cet Acte uniforme tant pour les États parties au Traité de l'OHADA que pour la plupart des États du monde. Malheureusement, leur portée semble se limiter aux territoires des États parties au Traité de l'OHADA alors qu'il eût été possible de leur conférer une plus grande portée. C'est dans le sens de la recherche d'une grande portée que se situe par exemple la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

Les dispositions du titre VI de l'Acte uniforme sont à rattacher à l'article 4 relatif à la compétence internationale des juridictions. D'une manière générale, ces dispositions, bien que sommaires, s'inspirent fortement de celles de trois instruments internationaux existants qui, malheureusement, ne sont pas encore en vigueur. Ce sont :

- la convention multilatérale du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite,

- ANOUKAHA (F.) : *L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les États africains membres de l'OHADA*, Afrique juridique et politique, Revue du CERDIP, n° 1, vol 1, janv.-juin 2002, pp. 62 et s.
- BEKEMEN MOUKOKO (F.R.) : *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, Mémoire de DEA Université de Yaoundé II, 2006.
- GOMEZ (J.R.) : *Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, ed BAJAG-MERI, Coll. Le droit en Afrique, Série droit des affaires, 2003.
- SAWADOGO (F.M.) : *Droit des entreprises en difficultés*, coll. Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- TCHANGUE (I.) : *L'internationalisation des procédures collectives dans l'espace OHADA*, mémoire de DEA, université de Douala, 2004.

faite à Istanbul le 5 juin 1990 ; cette convention, qui comporte 44 articles, traite de la plupart des questions que soulèvent les procédures collectives au plan international ; elle s'intéresse aux États membres du Conseil de l'Europe mais admet la possibilité d'adhésion d'États non-membres du Conseil de l'Europe ;

- la convention relative à l'insolvabilité, adoptée le 23 novembre 1995 par le Conseil de l'Union européenne (*Voy. au sujet de cette convention : Vallens J.-L., Le droit européen de la faillite : premiers commentaires de la convention relative aux procédures d'insolvabilité, Dalloz, 1995, p. 307 à 310*) ; c'est la convention la plus complète en ce sens qu'elle règle avec suffisamment de précision plusieurs aspects de la question ; elle ne s'intéresse qu'aux États membres de l'Union européenne et s'intègre harmonieusement à cet ensemble juridique ; l'essentiel du contenu de cette convention a été repris par une proposition de règlement présentée par l'Allemagne et la Finlande le 26 mai 1999 ; en

dernier lieu, il convient de signaler l'adoption du règlement du Conseil de l'Union européenne n° 1346-2000 du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité et qui est entré en vigueur le 31 mai 2000 ; (*Voy. sur ces instruments internationaux dont on retrouve le texte intégral sur le net : Krings E., Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite, Revue de droit uniforme, 1997-4, p. 657 à 673*) ;

- la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, adoptée le 30 mai 1997 à Vienne à la 30^e session de la CNUDCI ; ce texte assez détaillé de 32 articles aborde la plupart des questions que pose la faillite ou l'insolvabilité internationale ; son optique est différente puisqu'il s'agit simplement d'une loi modèle dont on souhaite l'intégration par le maximum d'États dans leurs législations, étant précisé qu'au cas où une convention ayant le même objet lierait un État adoptant, les dispositions de la convention l'emporteraient sur celles de la loi-type ; (*Ibid.*).

Pour tenter de cerner les procédures collectives internationales, il convient d'aborder d'une part la problématique et les solutions possibles, d'autre part les apports de l'OHADA.

§I - Problématique et solutions possibles

2. Avec la mondialisation et la globalisation croissante de l'économie, l'hypothèse de survenance d'une procédure collective internationale devient banale. On a pu constater dans les pays développés l'augmentation du nombre d'insolvabilités internationales, qui tient à l'expansion constante des échanges et des investissements dans le monde. Les pays en voie de développement ne sont pas en dehors de ce mouvement.

Au regard de la diversité des systèmes juridiques en présence sur le plan international, il faut considérer comme relevant des procédures collectives internationales les faillites et autres insolvabilités internationales pouvant conduire au redressement ou à la liquidation de l'entreprise et comportant un certain dessaisissement du débiteur au profit d'un syndic ou d'un organe équivalent dès lors que le débiteur n'est plus en mesure de payer ses dettes. Toutefois, il y a lieu de souligner qu'il n'y a de procédure collective ou de faillite ou d'insolvabilité internationale que si les activités ou les biens du débiteur se localisent dans au moins deux États différents. Quels problèmes juridiques cela pose-t-il ? Quelles sont les solutions possibles en l'absence d'une convention ou d'une loi-type et en présence de ces instruments ?

A - Questionnement juridique et réponses doctrinales

3. Les procédures collectives internationales soulèvent des problèmes de droit international privé rendus complexes du fait des conflits d'intérêts en présence auxquels la doctrine a proposé des réponses à travers ses théories (*sur la problématique des procédures collectives en droit international, voy. G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, L.G.D.J., tome 2, 16^e éd., 2000, par P. Delebeque et M. Germain, n° 1912 et s.*).

I - Questionnement juridique

4. D'abord, concernant la loi applicable, il n'y a pas de problème dans la mesure où on peut considérer que la juridiction compétente va appliquer sa loi nationale. Toutefois, ce problème peut se poser pour les effets de l'ouverture de la procédure si celle-ci doit étendre ses effets au-delà du territoire national. « *En raison du lien déjà mentionné entre compétence juridictionnelle et compétence législative en matière de procédures collectives de paiement, la loi applicable sera celle du for. C'est dire que la compétence des juridictions françaises entraîne la compétence de la loi française.*

La compétence de la lex fori s'explique à la fois par le caractère de voie d'exécution de la procédure et par le fait que la législation en la matière relève largement des lois de police et de sûreté.

*L'application de principe de la lex fori n'exclut cependant pas la prise en considération d'autres lois, notamment la loi personnelle du débiteur, la loi du lieu de situation de ses biens et la loi du contrat liant le débiteur. Ces interférences peuvent donner lieu à des problèmes juridiques théoriquement complexes, mais la jurisprudence est à l'heure actuelle inexistante à ce sujet. On peut néanmoins supposer que cette jurisprudence est appelée à se développer en raison de l'ouverture prochaine du Marché unique et de certaines dispositions particulières de la loi du 25 janvier 1985. Il importe donc de suivre le déroulement de la procédure, afin d'examiner quels problèmes pratiques se posent ou sont susceptibles de se poser » (B. Soinne, *Traité des procédures collectives, Commentaires des textes, Formules, LITEC, 2^e éd., 1995, 2812 p., avec la collaboration de Eric Kerkhove, n° 354*).*

Ensuite, pour la juridiction compétente, on peut considérer qu'il y a unicité et il revient alors à la juridiction de l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux de connaître de la procédure, ou bien qu'il y a pluralité de juridictions compétentes en ce sens qu'une procédure collective peut être ouverte dans tout État où le débiteur possède un établissement ou des biens.

Puis se pose la question de la reconnaissance et de l'exécution du jugement rendu à l'étranger dont

la solution est fonction certainement de la qualité de la juridiction qui aura rendu la décision : l'exequatur pourra aisément être accordé si la juridiction saisie est celle de l'État où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur et sera généralement exclu dans les autres hypothèses.

Enfin, si la décision est reconnue et exécutée, elle produira ses effets dans l'État de reconnaissance avec plus ou moins d'intensité : par exemple, les biens du débiteur situés dans l'État de reconnaissance peuvent-ils faire l'objet de mesures de protection, de liquidation ou de déplacement dans l'État d'ouverture de la procédure ? Les créanciers de l'État de reconnaissance seront-ils payés sur les biens situés dans cet État ou doivent-ils produire dans l'État où la procédure a été ouverte ? Quelle serait la situation en cas de pluralité de procédures ?

II - Réponses doctrinales

5. Face à ce foisonnant questionnement, la doctrine a élaboré deux théories opposées :

- la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite, qui veut qu'une seule procédure soit ouverte contre le débiteur et permette d'appréhender l'ensemble de ses biens quel que soit leur lieu de localisation et le paiement des créanciers domiciliés dans différents États sur un pied d'égalité ; une procédure répondant aux critères ci-dessus doit être ouverte uniquement dans l'État qui abrite le centre des affaires du débiteur ; une décision rendue dans ces conditions peut être aisément reconnue à l'étranger et recevoir l'exequatur ;
- la théorie des procédures dites plurales et territoriales, qui permet l'ouverture d'une procédure collective dans tout État où le débiteur possède des biens ; cette conception favorise les créanciers des États où le débiteur possède beaucoup de biens alors que le nombre des créanciers et surtout le montant des créances ne sont pas très élevés ; les procédures ouvertes sur la base de la seconde théorie ne peuvent pas, fort logiquement, obtenir l'exequatur à l'étranger ; c'est d'ailleurs pour cela qu'elles sont dites plurales et territoriales ; d'après un auteur, « la territorialité de la faillite est moins un système que l'effet d'une liquidation anarchique du patrimoine dont les éléments se localisent en plusieurs pays » (*F. Rigaux, Droit international privé, Larcier, tome 2, 1979, n° 1102*).

En l'absence de convention ou de loi-type, toutes ces questions peuvent recevoir des réponses variées. Tandis que certains États semblent favorables à la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite, d'autres y sont fermés, ou tout au moins n'ont pas entièrement pris conscience de la spécificité des procédures collectives internationales. Une troisième position, comme celle de la France, admet les deux

théories opposées en tirant avantage de chacune d'elles. À titre d'illustration, il s'agit d'obtenir la reconnaissance et l'exécution à l'étranger des jugements rendus en France lorsque le débiteur y possède le centre de ses intérêts principaux et de permettre, à l'avantage des créanciers français, l'ouverture d'une procédure collective en France dès lors que le débiteur y possède des biens susceptibles de désintéresser les créanciers français. Dans ce pays, les solutions dépendent également de l'existence ou non d'une convention bilatérale comme la convention franco-belge du 8 juillet 1889, la convention franco-italienne du 3 juin 1930 et la convention franco-monégasque du 13 novembre 1950 (*Voy. sur ces conventions : Code des procédures collectives, Dalloz, Edition 2000, p. 84-85*).

Face à cette situation manquant de certitude juridique, l'élaboration d'instruments juridiques internationaux a paru nécessaire ou tout au moins utile.

B - Réponses des instruments internationaux

6. Comme évoqué plus haut, trois instruments internationaux, non encore en vigueur, tentent de régler au mieux les problèmes soulevés par les procédures collectives, les faillites ou les insolvabilités internationales. Il s'agit d'une part de la convention multilatérale du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite faite à Istanbul le 5 juin 1990, d'autre part de la convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité adoptée le 23 novembre 1995 ainsi que du projet de règlement du 26 mai 1999 qui en reprend le contenu, projet qui fait désormais partie du droit positif européen puisqu'il a été adopté par le Conseil de l'Union par règlement en date du 29 mai 2000, et enfin de la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, adoptée le 30 mai 1997 à Vienne à la 30^e session de la CNUDCI. Certes, ces trois instruments utilisent des techniques quelquefois fort différentes. Cependant, les finalités poursuivies et les solutions préconisées sont les mêmes.

I - Techniques utilisées

7. S'agissant des techniques utilisées, en négligeant le règlement de l'Union européenne du 29 mai 2000 qui relève du droit dérivé du Traité créant cette Union - on pourrait rapprocher l'acte uniforme de l'OHADA du règlement de l'Union européenne -, les deux premiers instruments, qui datent de 1990 et de 1995, recourent à la convention internationale. Les difficultés y afférentes sont d'abord celles de la négociation, puis celles de la signature et, surtout, de la ratification. Ces difficultés expliquent que la première convention n'ait pour le moment été ratifiée que par Chypre tandis que

la seconde est bloquée dans son entrée en vigueur par l'absence de ratification du Royaume Uni. C'est ce qui explique le recours qui finalement était fait à la technique du règlement. Par rapport à la loi-type, les dispositions conventionnelles ont une plus grande force juridique vis-à-vis des États adhérents qui ont généralement une faible marge de manœuvre quant à leur modification. Dans le cas d'une convention, les possibilités de modification du texte uniforme par les États parties, généralement appelées réserves, sont restreintes ; les conventions en matière de droit commercial, en particulier, interdisent habituellement toutes réserves ou n'en autorisent que certaines bien précises (Voy. par exemple la Convention européenne d'Istanbul de 1990, art. 40.)

De ce point de vue, le règlement (de l'UE) comme l'Acte uniforme de l'OHADA sont des instruments directement applicables et qui n'admettent pas la moindre dérogation ou réserve. Concernant les États susceptibles d'être impliqués, la deuxième convention est ouverte à l'adhésion de tout État membre du Conseil de l'Europe mais également à tout État intéressé avec l'accord des premiers États tandis que la seconde s'adresse uniquement aux États membres de l'Union européenne.

Toute autre est la situation du troisième instrument qui est une loi-type. C'est un texte législatif qu'il est recommandé aux États - à tous les États du monde - d'incorporer dans leur droit national. Contrairement à une convention internationale, une loi-type ne contraint pas l'État qui l'adopte à en aviser l'Organisation des Nations Unies ou une autre organisation ou d'autres États qui peuvent l'avoir également adoptée. Lorsqu'il incorpore le texte de la loi-type dans son système juridique, un État peut le modifier ou supprimer certaines des dispositions. La souplesse inhérente à une loi-type est particulièrement souhaitable lorsqu'il y a lieu de penser que l'État désirera apporter diverses modifications au texte uniforme avant d'accepter de l'incorporer dans son droit national. Certaines modifications sont probables, notamment lorsque le texte uniforme est étroitement lié au système procédural et judiciaire national, comme c'est le cas de la loi-type de la CNU-DCI sur l'insolvabilité internationale. Cependant, la souplesse ou la malléabilité ci-dessus évoquée n'est pas toujours un avantage : en effet, une loi-type offrira, selon toute probabilité, un degré et une assurance d'harmonisation moins grands qu'une convention. C'est pourquoi il est recommandé aux États d'apporter aussi peu de changements que possible au texte de la loi-type en l'incorporant dans leurs systèmes juridiques.

II - Finalités poursuivies et solutions préconisées

8. Malgré ces différences d'ordre technique, les

trois instruments poursuivent des finalités et adoptent des solutions semblables, voire identiques. C'est ainsi que tous trois visent, mais également le règlement de l'Union européenne en ce qui concerne le territoire des États membres de l'Union, entre autres :

- à éviter la fraude des débiteurs dont les biens se localisent dans plusieurs pays, qui consisterait à faire échapper les biens localisés dans des pays autres que celui de l'ouverture de la procédure à la poursuite des créanciers ;
- à administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale de manière à assurer l'égalité de traitement entre les créanciers relevant d'États différents et à protéger les intérêts de toutes les parties intéressées, notamment favoriser la meilleure liquidation des biens du débiteur et en optimiser le produit et, dans la mesure du possible, permettre le sauvetage de l'entreprise et des emplois ;
- à assurer une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements ;
- et, d'une manière générale, à promouvoir les investissements étrangers et le commerce international, censés contribuer au développement de l'ensemble des États, particulièrement des États sous-développés.

9. Au plan de leur contenu, l'on peut, en s'en tenant à l'essentiel, conclure qu'ils adoptent des démarches et des solutions semblables, y compris le règlement de l'Union européenne du 29 mai 2000, ce qui n'est pas étonnant au regard de l'identité des objectifs poursuivis et de la connaissance qu'avaient les rédacteurs d'un texte donné de l'orientation, voire du contenu, des autres textes. On note un effort de clarté dans la définition du champ d'application. Celui-ci englobe toutes les procédures fondées sur l'insolvabilité du débiteur, qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic. Le terme syndic désigne toute personne ou organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires.

Tous ces textes proposent des solutions reposant sur le principe de l'universalité de la procédure tout en conservant la possibilité d'ouvrir des procédures secondaires dont les effets se limitent au territoire de l'État concerné. Cependant, le nombre de procédures secondaires à ouvrir n'est pas limité, sauf peut-être dans le règlement de l'Union européenne où il semble se dégager l'idée que le nombre de celles-ci doit être limité à ce que requiert l'administration efficace du patrimoine du débiteur. En effet, les procédures collectives secondaires ont une portée locale et une fonction liquidatrice et sont subordonnées à la procédure principale (*Yves Chaput, article précité, p. 5*).

Dans le principe, les juridictions compétentes pour ouvrir la procédure sont celles de l'État membre

où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur, c'est-à-dire l'État avec lequel le débiteur a de manière régulière les liens les plus étroits, où se concentrent ses multiples relations d'affaires et où se situe l'essentiel de ses biens. Cette procédure principale d'insolvabilité, qui peut être unique, a une portée universelle : elle vise à englober tous les biens du débiteur dans le monde entier et à désintéresser les créanciers où qu'ils se trouvent. Les différents textes organisent la reconnaissance à l'étranger du jugement ouvrant une telle procédure - qui peut être automatique (*Y. Chaput, article précité, p. 5*) ou nécessiter l'exequatur -, la publicité qu'il requiert, notamment vis-à-vis des créanciers, les pouvoirs du syndic et les mesures que celui-ci peut prendre relativement à l'administration et à la disposition des biens du débiteur ainsi que le traitement égalitaire des créanciers.

Une ou plusieurs procédures secondaires peuvent être ouvertes, notamment dans les hypothèses suivantes : lorsqu'une procédure principale ne peut être ouverte parce que la législation de l'État où celle-ci devrait s'ouvrir s'y oppose ; lorsque le syndic de la procédure principale le requiert en vue d'assurer une bonne administration ou liquidation des biens du débiteur ou le sauvetage de l'entreprise de celui-ci ; lorsque les créanciers du débiteur dans l'État qui ne constitue pas le centre de ses affaires le requièrent avant ou après l'ouverture de la procédure principale. Des relations d'information sont prévues entre la procédure principale et les procédures secondaires et celles-ci sont subordonnées à la première. En particulier, les décisions importantes concernant les procédures secondaires, comme la clôture de la procédure, nécessitent l'accord du syndic de la procédure principale.

Les créanciers, dont le désintéressement constitue l'une des principales finalités des procédures collectives, doivent être informés de l'ouverture de la ou des procédures, être invités à produire à la procédure principale et, le cas échéant, à toute procédure secondaire et recevoir paiement en fonction du rang de leurs créances. L'objectif visé, mais pas toujours atteint, est d'assurer aux créanciers domiciliés dans des États différents des dividendes équivalents.

Sur un plan d'ensemble, même s'ils ne sont pas tous aussi explicites que la loi-type de la CNUDCI, tous ces instruments internationaux supposent l'instauration de la coopération internationale, particulièrement entre les juridictions et les organes appelés à prendre des décisions comme les syndics relevant des États distincts, ce qui est exceptionnel. Cette collaboration, qui suppose un minimum de réciprocité et une confiance mutuelle, est indispensable à l'atteinte des finalités poursuivies par ces instruments internationaux. Elle est facilitée dans le cas du règlement de l'Union européenne en raison des liens particuliers instaurés entre ses membres par le Traité de l'Union.

L'Acte uniforme de l'OHADA se situe dans cette mouvance tant par ses objectifs que par les solutions adoptées.

§II - Apports de l'acte uniforme

10. L'Acte uniforme de l'OHADA prend assurément sa source d'inspiration dans les instruments internationaux évoqués plus haut, notamment les plus anciens en date. Il faut signaler que les instruments les plus récents s'inspirent des plus anciens, de sorte que des similitudes certaines existent entre eux. Il apparaît cependant nettement moins détaillé, et de ce fait moins ambitieux que ceux-ci. Par ailleurs, en raison de sa couverture territoriale (il concerne les États africains parties au Traité de l'OHADA), son optique s'apparente à celle de la convention et du projet de règlement de l'Union européenne.

Sur un plan d'ensemble, on peut considérer que les solutions que donne l'AUPCAP dans ses articles 248 à 256 distinguent d'une part le cas où une seule procédure est ouverte dans l'espace OHADA, d'autre part le cas de l'ouverture dans le même espace de plus d'une procédure collective concernant bien entendu le même débiteur.

A - Ouverture d'une seule procédure dans l'espace OHADA

11. Elle entraîne d'une part la reconnaissance des décisions rendues dans un État membre, d'autre part la possibilité d'exercice de prérogatives et d'opérations.

I - Reconnaissance des décisions rendues dans un État membre

12. L'article 247 de l'Acte uniforme reconnaît l'autorité de la chose jugée sur le territoire des États parties aux décisions suivantes, si elles sont devenues irrévocables :

- les décisions d'ouverture ;
- les décisions de clôture ;
- celles qui règlent les contestations nées de la procédure ;
- celles sur lesquelles la procédure exerce une influence juridique.

C'est une reprise substantielle de la formule de l'article 3 que l'on considère à juste titre comme conférant à la juridiction compétente une fonction de centralisation des contestations.

Il s'agit là d'une reconnaissance de plein droit de la

décision d'ouverture et des décisions subséquentes, ce qui apparente les solutions de l'Acte uniforme à celles du règlement de l'Union européenne. Cependant, une difficulté existe lorsque la procédure est ouverte dans un État qui ne constitue pas le centre des affaires du débiteur et que celui-ci se trouve dans un État partie : la décision d'ouverture sera-t-elle reconnue ? En principe non, même pas en tant que procédure secondaire si l'on se réfère aux instruments internationaux. Toutefois, l'Acte uniforme ne contenant aucune limitation, la décision d'ouverture doit être reconnue même dans l'État où se trouve le centre des affaires du débiteur, ce qui paraît *a priori* insolite.

Même si la reconnaissance est plus ou moins automatique, celle-ci ne peut produire tous ses effets que si la décision est connue. C'est pourquoi les décisions relatives à une procédure collective, notamment celle qui ouvre la procédure et celle qui nomme le syndic, peuvent être publiées, à la demande de ce dernier ou d'office par la juridiction compétente, dans tout État partie où la publication présente un intérêt. En cas de besoin, le syndic peut procéder dans les États parties à la publication des décisions relatives aux procédures collectives au livre foncier, au registre du commerce et du crédit mobilier ou même à tout autre registre public qui y est tenu.

II - Possibilité d'exercice de prérogatives et d'opérations

13. Dans la logique de l'admission de la théorie de l'unité et de l'universalité de faillite, l'article 249 permet au syndic désigné par une juridiction compétente d'exercer, sur le territoire d'un autre État partie, tous les pouvoirs qui lui sont reconnus par l'Acte uniforme. Le syndic doit à cet effet établir ses pouvoirs par la présentation d'une copie, certifiée conforme à l'original, de la décision qui le nomme ou par tout autre certificat établi par la juridiction compétente. Au besoin, il doit fournir une traduction de ce document dans la langue officielle de l'État partie sur le territoire duquel il veut agir. Cette reconnaissance quasi absolue des pouvoirs du syndic ne vaut que tant qu'aucune autre procédure n'est ouverte dans l'État concerné.

L'article 250 traite des opérations réalisées par les créanciers ou les débiteurs du débiteur après la décision d'ouverture : le créancier qui a obtenu un règlement total ou partiel doit restituer ce qu'il a reçu (al. 1^{er}) ; en revanche, le débiteur qui a exécuté son engagement au profit du syndic de la procédure est libéré s'il l'a fait avant les mesures de publicité de la décision, sauf s'il est prouvé qu'il a eu autrement connaissance de la procédure collective (al. 2). Le traitement différencié ci-dessus n'est pas fondé sur la réalisation ou non de la publicité puisque l'alinéa 1^{er} n'y fait pas allusion, ni sur l'existence ou l'absence de fraude. On peut en rechercher la *ratio legis* dans la distinction entre le

droit et l'obligation : celui qui a obtenu un droit, en l'occurrence un paiement, après la décision d'ouverture doit le restituer dans tous les cas, en raison du principe d'égalité entre les créanciers ; celui qui a exécuté une obligation, s'il est de bonne foi, est libéré dans la mesure où il n'en résulte aucun avantage à son profit.

Telle se présente la situation lorsqu'une seule procédure est ouverte dans l'espace OHADA. Les dispositions y afférentes peuvent trouver à s'appliquer en cas d'ouverture de plusieurs procédures, lesquelles appellent d'autres dispositions.

B - Ouverture de plusieurs procédures dans l'espace OHADA

14. Cette situation implique la présence d'une pluralité de procédures rendant nécessaire leur coordination.

I - Pluralité de procédures

15. Plusieurs procédures collectives peuvent être ouvertes à l'égard d'un même débiteur malgré la reconnaissance des effets d'une procédure collective ouverte par la juridiction compétente d'un État partie. En cas de pluralité de procédures, la situation est la suivante :

- il peut être ouvert une seule procédure principale mais seulement dans l'État partie où le débiteur a son principal établissement ou la personne morale son siège social ;
- une procédure secondaire peut être ouverte dans chaque État partie mais cela ne présente d'intérêt que si le débiteur y possède des biens ; il peut de ce fait y avoir plusieurs procédures secondaires.

Article 251. Cette solution est certainement inspirée de la conception française où l'on admet les deux théories opposées : on aura donc l'unité de la procédure principale et une possible pluralité de procédures secondaires, ce qui peut conduire à l'anarchie que tentent d'éviter les dispositions ci-après. Mais il peut s'agir simplement de la recherche de l'efficacité, une seule procédure pouvant présenter des déficiences dans l'appréhension des biens du débiteur. C'est ce que montre le droit comparé. En effet, le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (*Journal officiel n° L 160 du 30/06/2000, p. 0001 – 0018*) retient dans ses considérants 12 et 13 que :

« (12) Le présent règlement permet d'ouvrir les procédures d'insolvabilité principales dans l'État membre où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur. Ces procédures ont une portée universelle et visent à inclure tous les actifs du débiteur. En vue de protéger les différents intérêts, le présent règlement permet d'ouvrir des procédures secondaires parallèlement à la procédure principale. Des procédures secondaires

peuvent être ouvertes dans l'État membre dans lequel le débiteur a un établissement. Les effets des procédures secondaires se limitent aux actifs situés dans cet État. Des règles impératives de coordination avec les procédures principales satisfont l'unité nécessaire au sein de la Communauté.

(13) Le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers ».

* La faillite de la Société multinationale a donné l'occasion de prise de décisions peu cohérentes puisqu'elles aboutissent à une pluralité de procédures principales, ce qui ne semble pas avoir été envisagé par l'AUPC. Ces décisions s'appuient sur le fait que le traité et les statuts de la Compagnie multinationale prévoient qu'elle a un siège dans la capitale de chacun des États membres. Mais peut-être que l'objectif de ces décisions est que la procédure à ouvrir ne soit pas subordonnée à celle ouverte le 25 avril 2002 par le TPI d'Abidjan, qui devrait logiquement être la seule procédure principale, Abidjan étant le siège principal de la société Air Afrique. (Voy. à titre d'exemple :

- *Le Trib. rég. hors classe de Dakar, jugement n° 1503 du 27 avril 2002, Procureur de la République c/Compagnie multinationale aérienne Air Afrique, décide : - en présence de la rumeur publique propagée par la presse et de la décision d'une juridiction ivoirienne prononçant la liquidation des biens du débiteur (Compagnie multinationale Air Afrique), il y a lieu pour le tribunal de se saisir d'office à la demande du procureur de la République (art. 29 AUPC) ; - en vertu de l'art. 3 des statuts de la Compagnie multinationale Air Afrique, cette société a un établissement ayant les attributs d'un siège social dans la capitale de chaque État partie au traité. Il en résulte que le tribunal de Dakar est compétent territorialement et qu'en dépit de la décision ivoirienne précitée et en vertu de l'art. 251 AUPC, il peut également ouvrir une procédure collective principale ; - le syndic de la procédure collective principale ivoirienne peut intervenir à la condition de respecter les dispositions de l'art. 195 du code sénégalais de procédure civile qui exige que cette intervention se fasse par assignation et non par voie de conclusions lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, pour le débiteur, l'une des parties n'a pas constitué avocat, cette intervention est donc irrecevable.*
- *Le Trib. rég. hors classe de Dakar, Sénégal, 11 juin 2004, jugement commercial Compagnie Air Afrique c/Procureur de la République, rétracte un précédent jugement d'ouverture en date du 27 avril 2002 et prononce une procédure principale de liquidation des biens de la Compagnie ;*
- *Le Trib. hors classe de Niamey, jugement commercial n° 544 du 7 décembre 2005, prononce une procédure principale de liquidation des biens de la Compagnie Air Afrique, sur saisine de l'Association des travailleurs de l'ancienne Air Afrique et du Pro-*

cureur de la République ; le Tribunal se réfère à la liste non limitative de l'art. 29 de l'AUPC sur les personnes pouvant saisir la juridiction, donc à la saisine d'office, ce qui crée la confusion).

L'Acte uniforme ne précise pas laquelle doit être préalable, si bien que la ou les procédures secondaires pourraient être ouvertes avant la procédure principale. Il n'est pas précisé, comme l'admettent les instruments internationaux, que le syndic de la procédure principale peut prendre l'initiative de l'ouverture d'une ou de plusieurs procédures secondaires.

La pluralité de procédures, admise par l'Acte uniforme à la suite des instruments internationaux, peut entraîner l'anarchie mais les articles 252 à 256 tentent d'y mettre bon ordre.

II - Coordination des procédures

16. D'abord, un devoir d'information et de collaboration est instauré entre les syndics de la procédure principale et ceux des procédures secondaires et une hiérarchisation est opérée entre les procédures au profit de la procédure principale (art. 252). Ainsi, les syndics doivent communiquer sans délai tout renseignement qui peut être utile à une autre procédure, notamment l'état de la production et de la vérification des créances et les mesures visant à mettre fin à la procédure collective pour laquelle ils sont nommés. Dans le sens de la prééminence de la procédure principale, le syndic d'une procédure collective secondaire doit, en temps utile, permettre au syndic de la procédure principale de présenter des propositions relatives à la liquidation ou à toute utilisation des actifs de la procédure secondaire. De manière plus précise, l'article 254 prévoit qu'il ne peut être mis fin à la procédure secondaire (par concordat préventif, par concordat de redressement ou par liquidation des biens) qu'après accord donné par le syndic de la procédure principale. Ce droit est exercé dans des conditions strictes :

- l'accord est donné dans les 30 jours ;
- le silence gardé jusqu'à la fin de ce délai vaut accord ;
- le refus doit être fondé sur le fait que la solution proposée affecte les intérêts des créanciers de la procédure principale ;
- la juridiction compétente pour la clôture de la procédure secondaire tranche les éventuelles contestations.

17. Ensuite, l'Acte uniforme tente de traiter de la manière la plus égalitaire possible les créanciers domiciliés dans les différents États. Ainsi, tout créancier peut produire sa créance à la procédure principale et dans toute procédure secondaire. De même, le syndic d'une procédure donnée (principale ou secondaire) peut produire dans une autre procédure les créances

déjà produites dans sa procédure (art. 253). Il y a apparemment un accroissement des droits des créanciers avec cette possibilité de productions multiples, avec des risques sérieux que les créanciers obtiennent des dividendes de montants différents. Mais l'article 255 limite ces risques en prévoyant que le créancier qui a obtenu, dans une procédure collective, un dividende sur sa créance, ne participe aux répartitions ouvertes dans une autre procédure que lorsque les créanciers de même rang ont obtenu, dans cette dernière procédure, un dividende équivalent. En fait, cette disposition n'empêche pas un créancier d'obtenir dans sa procédure un paiement plus substantiel que celui que les autres créanciers obtiendront dans l'autre ou dans les autres procédures. Seulement un tel créancier ne pourra pas faire valoir utilement ses droits dans les autres procédures pour obtenir le paiement du reliquat impayé. *(Comparez au cas plus intéressant du créancier qui a plusieurs codébiteurs ou plusieurs cautions solidaires. Voy. supra n° 271. Celui-ci peut, en produisant dans plusieurs procédures, obtenir dans chacune d'elle un paiement partiel. Cela lui donne de fortes chances d'être intégralement désintéressé).*

18. Enfin, des relations sont instaurées entre les procédures quant à l'utilisation du reliquat ou boni

que certaines procédures pourraient dégager. Ainsi, la procédure qui parvient à payer toutes les créances admises transfère sans délai les actifs restants à l'autre procédure. S'il y a plusieurs procédures, le surplus d'actif est réparti également entre elles (art. 256). On peut déplorer l'absence de position nettement privilégiée de la procédure principale ainsi que le partage simplement égal des actifs restants de la procédure clôturée alors que toutes les procédures n'ont pas le même passif. Un partage proportionnel au montant du passif vérifié et non couvert par l'actif de chaque procédure aurait été plus juste. Pire, il en résulte un risque grave d'inégalité de paiement entre les créanciers puisque l'on admet que les uns pourraient être intégralement payés pendant que les autres demeurent dans l'expectative. Or c'est cela que les procédures collectives internationales devraient éviter.

19. En conclusion, le principal mérite de l'Acte uniforme relativement aux procédures collectives internationales est d'avoir pris conscience de l'existence et de l'importance de la question et de lui avoir consacré quelques dispositions, même si celles-ci sont dans l'ensemble lacunaires, voire sibyllines.

Filiga Michel SAWADOGO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

acte uniforme de l'OHADA, 1, 10.
apports de l'acte uniforme, 1, 10 et s.

C

convention multilatérale du Conseil de l'Europe, 1 et s.
convention du Conseil de l'Union européenne, 1 et s.
coordination entre procédures, 9, 16 et s.

F

faillite Air Afrique, 15
finalités, 8.

I

instruments internationaux, 1, 6 et s.

L

loi-type de la CNUDCI, 1 et s.

P

pluralité de procédures, 9, 14 et s.
prérogatives du syndic, 13.
procédure principale, 9, 14 et s.
procédure(s) secondaire(s), 9, 14 et s.

Q

questionnement juridique, 4.

R

reconnaissance des décisions, 12.
règlement de l'Union européenne, 1 et s.

S

solutions, 9.
sources, 1 et s.

T

techniques, 7.
théories doctrinales, 5.
- de l'unité et de l'universalité de la faillite, 5.
- des procédures dites plurales et territoriales, 5.

U

unicité de procédure, 11 et s.

PROPRIÉTÉ RETENUE OU CÉDÉE À TITRE DE GARANTIE

Table des matières

Bibliographie

Introduction n° 1 à 2

§1 - Clause de réserve de propriété n° 3 à 19

A - Constitution de la clause de réserve de propriété n° 5 à 8

I - Écrit n° 7

II - Publicité de la clause n° 8

B - Réalisation de la clause de réserve de propriété n° 9

I - Modalités de réalisation n° 10 à 15

a - Demande de restitution n° 11 à 12

b - Action en revendication n° 13 à 15

II - Objet de la réalisation n° 16 à 19

a - Biens fongibles n° 17

b - Biens incorporés n° 18

c - Revendication du prix n° 19

§2 - Propriété cédée à titre de garantie n° 20 à 32

A - Cession de créance à titre de garantie n° 21 à 27

I - Domaine de la cession de créance à titre de garantie n° 22 à 24

a - Bénéficiaires de la cession de créance à titre de garantie n° 23

b - Créances et dettes concernées n° 24

II - Constitution n° 25

III - Effets n° 26

B - Transfert fiduciaire de somme d'argent n° 28 à 32

I - Modalités de constitution n° 30

II - Réalisation n° 31 à 32

§3 - Crédit-bail n° 33 à 42

A - Notion de crédit-bail n° 35

B - Utilité du crédit-bail n° 36 à 37

C - Régime du crédit-bail n° 38 à 42

I - Inscription du crédit-bail n° 39 à 40

II - Mise en œuvre du crédit-bail n° 41

III - Dénouement du crédit-bail n° 42

- ANOUKAHA (F.), Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA, PUA, collection droit uniforme, Yaoundé, 1998, 75 pages.
- ANOUKAHA (F.), Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA au regard de l'évolution mondiale du droit des affaires, Recherche effectuée à l'institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Revue Unidroit.
- ANOUKAHA (F.), CISSE -NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA SAYEGH (J.), NDIAYE (I.Y.), SAMB (M.), OHADA Sûretés, Bruylant, Bruxelles, 2002, 279 pages.
- BROU KOUAKOU (M.), La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives, L'apport du Traité OHADA, Revue de recherche juridique, 2001, p. 273.
- CROCQ (P.),
 - Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 45 et sv. Not. P. 52.
 - Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 45 et sv. Not. P. 78.
- GRIMALDI (M.), L'Acte uniforme portant organisation des sûretés in L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) n° spécial, Petites affiches, n° 205, 13 octobre 2004, p. 30 et sv.
- KALIEU ELONGO (Y.R.), Droit et pratique des sûretés réelles OHADA, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé, 2010.
- KALIEU ELONGO (Y.R.), Les nouveaux attributs du droit de propriété : à propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits, Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang, T.1, V.1, 1997, p. 193.
- SOSSA (D. C.), Contribution à l'étude de la nature juridique de la clause de réserve de propriété, Revue béninoise des sciences juridiques et administratives, n° 16, 2006, p. 3.
- YONDO BLACK (L.), L'enjeu économique de la réforme de CROCQ (P.), Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 45.

Introduction

1. Depuis la réforme intervenue en décembre 2010, l'AUS consacre désormais un ensemble de dispositions à la propriété utilisée aux fins de sûretés sous un titre intitulé : « Propriété retenue ou cédée à titre de garantie ».

Ce faisant, il s'aligne sur les législations contemporaines qui ont également consacré ces différentes sûretés à l'exemple de la législation française. Tel était d'ailleurs le souhait de quelques auteurs et certains avaient même déjà vu dans certaines dispositions de l'Acte uniforme, dans sa version antérieure, une reconnaissance indirecte de certaines sûretés (*voir par exemple* : KALIEU ELONGO

Y.R., Droit et pratique des sûretés réelles OHADA, PUA, 2010, p. 191 et sv ; dans le même sens, SOSSA D.C., Contribution à l'étude de la nature juridique de la clause de réserve de propriété, Revue béninoise des sciences juridiques et administratives, n° 16, année 2006, p. 3). Cette réglementation permet aussi de lever l'équivoque sur la nature de ces mécanismes qui sont désormais de véritables sûretés et non tout simplement des mécanismes de garantie (*CROCQ P., Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 45 et sv. Not. p. 78 ; Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 45 et sv. Not. P. 52.*).

2. Le législateur communautaire, après avoir énuméré la propriété retenue ou cédée à titre de garantie parmi les sûretés mobilières à l'article 50, a organisé trois sûretés-propriétés à savoir la réserve de propriété, la cession de créance à titre de garantie et le transfert fiduciaire de créance à titre de garantie, la première est qualifiée de propriété retenue à titre de garantie alors que les deux dernières font partie des propriétés cédées à titre de garantie. À côté de ces trois sûretés, on peut s'interroger sur la place désormais réservée au crédit-bail.

§1 - Clause de réserve de propriété

3. La clause de réserve de propriété est définie à l'article 72 AUS comme la clause qui « suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie ». Les dispositions qui lui sont consacrées sont les articles 72 à 78 AUS. Il faut y ajouter l'article 103 de l'AUPCAP qui est consacré à la revendication des biens vendus avec une clause de réserve de propriété.

4. La nature juridique de la clause de réserve de propriété ne fait plus de doute (*sur les hésitations antérieures à propos de la nature de cette sûreté, lire, KALIEU ELONGO Y.R., Droit et pratique des sûretés réelles OHADA, PUA, 2010, p. 191 et sv.*). Le législateur communautaire en a fait une sûreté mobilière contrairement au législateur français qui, depuis la réforme des sûretés de 2006, a fait de la réserve de propriété une sûreté aussi bien mobilière qu'immobilière dont le régime est organisé par le code civil (*sur ce régime, voir CROCQ P., La réserve de sûreté, in Jurisclasseur Périodique éd. Générale, supplément au n° 20 du 17 mai 2006 ; ALBIGES C. et DUMOND-LEFRAND M.P., Droit des sûretés, Dalloz, collection HyperCours, 2007*). Quant à son régime, il découle des différentes dispositions précitées les règles

relatives à la constitution et à la réalisation de la clause de réserve de propriété.

A - Constitution de la clause de réserve de propriété

5. La clause de réserve de propriété suppose l'existence préalable d'un contrat translatif de propriété - à l'exemple du contrat de vente mais non exclusivement - dont la clause permet de garantir le paiement en permettant au vendeur de conserver la propriété de la chose vendue.

6. La constitution de la clause résulte de deux formalités que sont l'écrit et l'inscription au RCCM.

I - Écrit

7. La clause de réserve de propriété est nécessairement écrite conformément à l'article 73 AUS. Cet écrit peut être le contrat lui-même une clause insérée dans le bon de commande, le bon de livraison ou tout écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties à l'exemple d'un contrat-cadre. Cette mention doit être faite de manière apparente, ce qui permet de porter l'existence de la clause à la connaissance du cocontractant. L'écrit doit être établi au plus tard au jour de la livraison du bien. L'écrit est exigé à peine de nullité. La clause de réserve de propriété doit faire l'objet d'une acceptation par le contractant. Cette exigence n'est pas expressément prévue mais résulte de ce que la réserve de propriété « doit être convenue » entre les parties. Cette acceptation ne se fait pas séparément, elle résulte de l'acceptation de la convention, du bon de commande ou de livraison ou de tout document dans lequel elle est portée.

II - Publicité de la clause

8. La publicité de la clause de réserve de propriété est assurée par son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier comme l'exige l'article 74 de l'AUS qui renvoie lui-même aux articles 51 à 66 du même texte pour les formalités d'inscription. Cette inscription est faite, à la demande du créancier, de l'agent de sûretés ou du constituant par le greffier de la juridiction du ressort dans lequel est immatriculé le constituant ou de celui dans lequel il a son siège social ou son domicile (art. 52 AUS) sur la base d'un formulaire d'inscription comportant les mentions énumérées par l'article 53 AUS et qui sont, entre autres : les éléments permettant d'identifier le créancier ou l'agent de sûretés ainsi que le débiteur de la créance garantie et éventuellement le constituant, la nature et la date du titre générateur de la sûreté, la durée de sûreté, le montant maximum

de la créance garantie ou les éléments permettant de le déterminer, la désignation du bien grevé. L'effet principal de cette inscription est de rendre la clause opposable aux tiers à compter de sa date d'inscription au registre chronologique des dépôts. Ce n'est donc pas une condition de validité. En plus, l'inscription permettra, en cas d'ouverture d'une procédure collective, que le créancier soit averti d'avoir à déclarer sa créance, ce privilège étant réservé aux créanciers dont les sûretés ont été publiées.

La durée de validité de l'inscription peut être convenue librement par les parties, mais elle ne saurait excéder 10 ans à compter de l'inscription (article 58 AUS). L'absence de renouvellement de celle-ci entraîne la péremption de l'inscription et sa radiation d'office par le greffe (art. 58).

B - Réalisation de la clause de réserve de propriété

9. En cas de paiement, c'est-à-dire lorsque le débiteur s'acquitte à l'échéance du montant total de la dette, la propriété lui est transmise par le créancier qui perd définitivement tous les droits qu'il avait encore sur le bien. Mais la clause de réserve de propriété ne se réalise véritablement, n'est effectivement mise en œuvre, qu'en cas de non-paiement de la dette à l'échéance. Le bien devra être restitué au créancier propriétaire qui s'était dessaisi de la possession tout en gardant la propriété.

Il convient de préciser les modalités de la réalisation et l'objet de la réalisation.

I - Modalités de réalisation

10. L'article 77 dispose que : « À défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer ». Mais cette modalité ne concerne que le débiteur in bonis. Lorsque le débiteur est soumis à une procédure collective, la réalisation prend la forme d'une revendication.

a - Demande de restitution

11. S'inspirant du droit français et particulièrement de l'article 2371 C. Civ., les rédacteurs de l'AUS ont fait de la demande de restitution, la modalité de réalisation de la clause de réserve de propriété en cas de défaillance du débiteur en situation normale. Dans ce cas, la procédure d'injonction de restituer instituée par l'AUPSRVE devrait permettre au propriétaire de rentrer en possession de son bien si le débiteur ne le restitue pas spontanément (Pour les modèles de requête aux fins d'obtention d'une ordonnance d'injonction de délivrer ou de restituer, voir : TWENGENBO, *Formulaires d'actes de procédures OHADA*, PUA, 2^e éd., p. 119).

12. La valeur du bien repris est imputée, à titre de

paiement, sur le solde de la créance garantie. Mais, il peut se trouver que la valeur du bien repris soit supérieure à la somme due. Dans ce cas, la loi prévoit que le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence, toute clause contraire étant réputée non écrite.

b - Action en revendication

13. Dans le cas du débiteur soumis à une procédure collective, il faut s'en référer à l'article 103 AUPCAP qui reste le texte applicable (*BROU KOUAKOU M., La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives, L'apport du Traité OHADA, Revue de recherche juridique, 2001, p. 273*). Cette disposition n'a pas encore été modifiée pour s'arrimer au nouveau droit des sûretés (*CROCQ, P., Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité, préc., p. 81*). En cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, l'action en revendication permet au créancier revendiquant de ne pas subir la loi du concours avec les autres créanciers de l'acheteur sur le bien qui est resté sa propriété. (*Sur l'évolution du régime de la revendication dans les procédures collectives en droit français, lire par ex. : PEROCHON, F., La revendication favorisée, D. 1994, chr. 251 ; COQUELET, M. L., Entreprises en difficultés, Dalloz, 2^e éd, 2006, n° 300 et sv.*)

14. Cette revendication est soumise à des conditions préalables. Elle n'est possible que si le créancier a produit sa créance, s'il exerce son action dans le délai légal et à condition de ne pas avoir reçu paiement du syndic :

- **La production des créances** : le vendeur avec clause de réserve de propriété est soumis à la production préalable des créances qui pèse sur les créanciers antérieurs dans les délais prévus par la loi (article 78 AUPCAP). Lors de la production, il doit préciser s'il conserve ou non sa sûreté. Le défaut de production est sanctionné par la forclusion (article 79 AUPCAP) mais avec possibilité de relevé de forclusion. Cette production aboutit à l'admission de la créance du revendiquant. Si celle-ci est rejetée, le revendiquant, sur la base de l'avis de rejet, peut former opposition et l'action sera portée devant la juridiction compétente qui statuera. Mais en attendant, la revendication est admise à titre provisoire.
- **L'exercice de la revendication dans le délai légal** : la revendication doit être entreprise dans un délai précis qui est de trois mois à compter de la publicité du dépôt de l'arrêté des créances ou de la décision qui a admis la revendication si cette admission a fait l'objet d'une contestation.
- **Le non-paiement de la créance par le syndic** : le syndic peut s'opposer à la revendication et permettre que le bien reste dans le patrimoine du débiteur s'il en paie immédiatement et intégralement le prix. Il en sera ainsi si le syndic estime que le bien est nécessaire à la continuation de l'entreprise. Dans

ce cas, la revendication n'est plus possible parce qu'elle n'a plus d'objet.

15. Lorsque la revendication ou l'action en restitution aboutit, le vendeur doit restituer les acomptes perçus. Le problème se pose parfois de savoir si ces acomptes peuvent être compensés avec les dommages-intérêts éventuellement réclamés par le vendeur par exemple en raison de la dévaluation des marchandises, des désagréments subis du fait de la restitution d'un bien supposé vendu. Il faut aussi se demander si le vendeur ne peut pas retenir une partie des acomptes en contrepartie de la jouissance du bien par l'acquéreur. Il est possible alors que le droit de rétention puisse être mis en œuvre. Si malgré la revendication la créance n'est pas entièrement éteinte, le créancier revendiquant devient un chirographaire et il doit déclarer le surplus non payé s'il est encore dans les délais.

II - Objet de la réalisation

16. La revendication ou la restitution porte en principe sur les objets mobiliers qui ont fait l'objet du contrat et qui se retrouvent encore en nature dans le patrimoine du débiteur au moment de la demande de restitution ou de l'ouverture de la procédure collective. En dehors de cette hypothèse de principe, il faut distinguer quelques hypothèses particulières, celle de la demande de restitution des biens fongibles, celle de la demande de restitution des biens incorporés et l'hypothèse de la revendication du prix.

a - Biens fongibles

17. Les biens fongibles sont les biens interchangeables et qui perdent leur individualité tels que riz, blé, café, sel, sucre. Cette hypothèse est prévue par l'article 75 de l'AUS qui dispose que : « La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même espèce et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte ». Il en résulte que, contrairement à la solution classique qui retenait que la revendication était impossible puisque le bénéficiaire de la clause ne peut prouver que les biens qui sont en magasin sont ceux qu'il a effectivement livrés et qu'ils leur sont identiques, le droit OHADA a opté pour la solution moderne qui consiste à admettre la revendication pour les choses fongibles à la condition que des biens de même espèce et de même qualité se retrouvent chez le débiteur ou chez un tiers qui les détient pour le compte du débiteur. L'effectivité de cette seconde hypothèse peut être hypothétique car il faudra bien la préciser et éventuellement régler le conflit des droits lorsque le bien fait l'objet de plusieurs demandes de restitution ou de plusieurs revendications.

b - Biens incorporés

18. L'article 76 de l'AUS prévoit que : « L'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage. À défaut, le tout appartient au propriétaire de la chose qui forme la partie principale, à charge pour lui de payer à l'autre la valeur, estimée à la date du paiement, de la chose ». À la lecture de cet article, deux cas sont à distinguer.

Le premier cas est celui où l'incorporation ne fait pas perdre l'individualité du bien en ce sens qu'il peut être détaché du bien où il a été incorporé sans dommage pour ce bien ou pour le bien dans lequel il est incorporé. Dans ce cas, la demande de restitution du créancier réservataire doit être admise. Peu importe d'ailleurs selon la doctrine comparée que la chose dans laquelle le bien est incorporé soit une chose mobilière ou immobilière.

Le second cas est celui où le détachement du bien incorporé est impossible. La solution retenue par le législateur est que la restitution devenant impossible, c'est le propriétaire de la chose principale qui est tenu de payer la valeur de la chose au réservataire, créancier de la restitution.

c - Revendication du prix

19. La demande de restitution ou de revendication peut exceptionnellement porter sur le prix. L'article 78 AUS dispose : « Lorsque le bien est vendu ou détruit, le droit de propriété se reporte, selon le cas, sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien ». Cela est possible dans deux hypothèses.

La première hypothèse est le cas où les biens objet de la clause ont été revendus par l'acheteur/débiteur et que cette revente a été faite à crédit, la revendication s'exerce alors contre le sous-acquéreur pour tout ou partie du prix encore dû à condition qu'il n'ait pas été déjà payé au sous-acquéreur (en valeur ou par compensation en compte courant entre le débiteur et le sous-acquéreur).

La seconde hypothèse correspond au cas où le bien a été détruit alors qu'il était assuré. Dans ce cas, le propriétaire du bien peut revendiquer l'indemnité d'assurance en application du mécanisme de la subrogation réelle. On pourra y ajouter, même si la loi ne le précise pas, le cas de la perte du bien alors qu'il était assuré

§2 - Propriété cédée à titre de garantie

20. Aux termes de l'article 79 AUS, la cession de

propriété à titre de garantie consiste à céder c'est-à-dire transférer la propriété d'un bien (actuel ou futur), ou d'un ensemble de biens en vue de garantir le paiement d'une dette, actuelle ou future, ou d'un ensemble de dettes.

Le droit uniforme OHADA organise uniquement deux modalités de propriété cédée à titre de garantie. Dans l'une et l'autre modalité, il s'agit de sûretés portant sur les créances, c'est-à-dire sur des biens incorporels. Il y a d'une part la cession de créance à titre de garantie et d'autre part le transfert fiduciaire de somme d'argent (voir CROCQ P., *Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité, préc., not. p. 83* ; KALIEU ELONGO, Y.R., *Réflexions sur les nouveaux attributs du droit de propriété : À propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits, Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang, T.1, vol. 1, 1997, p. 193 et s.*).

A - Cession de créance à titre de garantie

21. La cession de créance à titre de garantie consiste à céder une créance actuelle ou future en vue du paiement d'une dette actuelle ou future. Elle peut être comparée au nantissement des créances réglementé par les articles 127 et suivants. Elle s'inspire de la cession de créance par bordereau Dailly connue en droit français et est réglementée par les articles 80 et sv de l'AUS. C'est une opération à trois personnes qui implique le cessionnaire qui est le créancier ou un tiers constituant, le débiteur qui est le cédant et le tiers cédé.

Il faut en déterminer le domaine, les modalités de constitution ainsi que les effets.

I - Domaine de la cession de créance à titre de garantie

22. L'article 80 dispose : « Une créance détenue sur un tiers peut être cédée à titre de garantie de tout crédit consenti par une personne morale nationale ou étrangère, faisant à titre de profession habituelle et pour son compte des opérations de banque ou de crédit ».

Le domaine de la cession de créance doit être précisé aussi bien par rapport aux bénéficiaires, qu'aux créances concernées.

a - Bénéficiaires de la cession de créance à titre de garantie

23. La cession de créance est une sûreté qui ne peut être consentie qu'au profit des personnes morales effectuant des opérations de banque ou de crédit. Il faut, pour déterminer ces personnes, se référer aux dispositions nationales ou communautaires y relatives. Dans le cas des pays de l'OHADA, les opérations de banque qui englobent les opérations de crédit peuvent

être effectuées soit par les établissements de crédit soit par les établissements de microfinance (cf. pour le cas de la CEMAC, le Règlement COBAC R-2009/02 du 1^{er} avril 2009 portant fixation des catégories des établissements de crédit, de leur forme juridique et des activités autorisées, pour le cas de l'UEMOA, la loi bancaire uniforme de 1990) soit par les établissements de microfinance (Voir par ex. le règlement COBAC 01/02 du 13 avril 2002 relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance dans la Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale).

b - Créances et dettes concernées

24. En application de l'article 79 AUS, les créances données en garantie sont celles détenues sur un tiers qui est le débiteur cédé. Elles peuvent être aussi bien actuelles que futures. Il peut s'agir d'une créance isolée ou d'un ensemble de créances. Aux termes de l'article 83, la cession s'étend, sauf volonté contraire des parties, aux accessoires de la créance cédée tels que les intérêts. Quant aux dettes garanties, elles peuvent être actuelles ou futures. Il peut même s'agir d'un ensemble de dettes.

II - Constitution

25. Aux termes de l'article 81, la cession de créance à titre de garantie doit être constatée par écrit. Cet écrit doit comporter, à peine de nullité, certaines mentions énumérées par la loi à savoir : le nom ou la dénomination sociale du cédant, le nom ou la dénomination sociale du cessionnaire, la date de la cession, la désignation des créances garanties, la désignation des créances cédées si elles sont actuelles et si ces créances sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance.

Toujours pour ce qui est de la constitution, la cession de créance doit être obligatoirement notifiée au débiteur cédé pour être valable. À défaut, celui-ci doit intervenir à l'acte.

III - Effets

26. La cession de créance produit effet entre les parties dès sa conclusion quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité de la créance cédée. À compter de cette date, le cédant ne peut plus, sans l'accord du cessionnaire, modifier l'étendue des droits attachés à la créance cédée.

S'agissant de la réalisation de la sûreté, l'article 86 prévoit que « Les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée s'imputent sur la créance garantie

lorsqu'elle est échue. Le surplus s'il y a lieu est restitué au cédant. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

27. À l'égard des tiers, la cession prend effet à compter de son inscription au RCCM.

B - Transfert fiduciaire de somme d'argent

28. Le transfert fiduciaire de somme d'argent est défini comme la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation. C'est une application particulière aux sommes d'argent de la fiducie utilisée comme garantie de crédit et qui est un mécanisme suivant lequel « en échange de l'obtention d'un crédit quelconque, le débiteur propose à son créancier de lui transférer la propriété de l'un de ses biens étant convenu que lorsqu'il aura remboursé sa dette, il redeviendra propriétaire » (*ALBIGES et DUMOND-LEFRAND, préc., n° 675*).

Mais, la fiducie ne joue pas qu'un rôle de sûreté, le transfert de la propriété du bien corporel ou incorporel par le fiduciaire au fiduciaire à charge de le rétrocéder peut être effectué en vue de réaliser une libéralité ou pour en assurer la gestion dans l'intérêt du fiduciaire.

L'utilisation de la fiducie remonte à l'époque romaine, depuis laquelle elle a connu un déclin puis un renouveau. Elle est désormais consacrée en France par la loi du 19 février 2007 qui a donné lieu au nouvel article 2011 du code civil. Cet article donne une définition générale de ce mécanisme. Aux termes de ce nouvel article 2011 du Code civil français, « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires, qui, les tenants séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Le législateur français n'a pas consacré le transfert fiduciaire de somme d'argent comme une sûreté. La proposition faite par la commission « Grimaldi » en ce sens a toutefois inspiré les rédacteurs de la réforme de l'AUS (*lire en ce sens : CROCO, P., Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, in Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p. 78 et sv. not. p. 84*).

29. En droit OHADA, le régime du transfert fiduciaire est organisé par les articles 87 à 91 nouveaux de l'AUS. Il faut préciser les modalités de constitution et de réalisation de cette garantie.

I - Modalités de constitution

30. Il faut d'abord préciser que contrairement à la cession de créance à titre de garantie, le domaine du transfert fiduciaire est plus ouvert parce qu'il peut être

constitué par toute personne (débiteur ou tiers) en faveur de tout créancier et en garantie de tout type de dette.

Concrètement, il est constitué par l'inscription des fonds donnés en garantie sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier de l'obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir.

Le transfert donne ensuite lieu à l'établissement d'une convention écrite. À peine de nullité et pour respecter le principe de la spécialité, la convention détermine la ou les créances garanties qui peuvent être présentes ou futures, ainsi que le montant des fonds cédés à titre de garantie, et identifie le compte bloqué. Le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement teneur du compte. L'inscription au RCCM n'a pas été prévue.

II - Réalisation

31. Il faut d'abord préciser qu'avant l'échéance de la dette, l'article 90 de l'AUS prévoit que si les fonds cédés produisent des intérêts, ces derniers sont portés au crédit du compte, sauf convention contraire.

32. Si le débiteur paie la dette, il n'y a pas lieu à réalisation de la garantie puisque l'article 91 prévoit qu'à l'échéance et en cas de complet paiement de la créance garantie, les fonds inscrits sur le compte sont restitués au constituant.

Mais, si le débiteur ne s'acquitte pas de la dette, le créancier peut procéder à la réalisation de la sûreté suivant la procédure prévue à l'article 91 alinéa 2. En effet, il peut se faire attribuer – par le banquier, au besoin sur autorisation judiciaire si le banquier refuse de s'exécuter spontanément, - à concurrence du montant impayé, les sommes bloquées dans le compte, huit jours après avoir averti le débiteur. L'avertissement peut être fait par tout moyen, l'essentiel étant que la preuve puisse en être rapportée. Toute clause contraire au présent article est réputée non écrite. Il s'agit par exemple de la clause qui autoriserait le créancier à se faire attribuer le montant sans respecter le délai minimum de huit jours après l'avertissement du créancier.

§3 - Crédit-bail

33. Le crédit-bail n'a pas été intégré dans la liste des sûretés prévues et organisées par l'Acte uniforme sur les sûretés aussi bien avant qu'après la réforme. Pourtant, quelques dispositions contenues dans d'autres Actes uniformes notamment l'AUPCAP et l'AUDCG sont consacrées au crédit-bail. Par exemple, les articles 34 et 35 de l'AUDCG prévoient que le Registre du Commerce et du crédit mobilier est institué entre autres aux fins

de recevoir les inscriptions des contrats de crédit-bail à côté de celles des sûretés. Pourtant ces articles ne définissent pas la notion de crédit-bail et ne décrivent pas le mécanisme. Le crédit-bail n'est donc pas une sûreté mais on peut considérer qu'il peut jouer le rôle d'une sûreté ou tout au moins d'une garantie (*en ce sens* : KALIEU ELONGO Y.R., *Droit et pratique des sûretés réelles, préc.* ; SOUPGUIE., *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve du droit des procédures collectives OHADA, thèse, Yaoundé 2, 2008, passim*).

34. Avant l'avènement de l'OHADA, la pratique connaissait déjà la technique du crédit-bail qui est pratiquée surtout par les établissements de crédit et plus particulièrement par les établissements financiers. En effet, dans la quasi-totalité des pays de l'OHADA, le crédit-bail est une opération de crédit réservée aux établissements de crédit et particulièrement aux établissements financiers (*sur la question, lire* : KALIEU, Y., *Réflexions sur les nouveaux attributs du droit de propriété : À propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits, Annales de la Faculté des Sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang, T.1, V.1, 1997, p. 193 et sv.*).

Il convient donc de définir le crédit-bail, d'en donner l'utilité avant de voir quel est son régime.

A - Notion de crédit-bail

35. Le crédit-bail ou leasing en anglais, est une opération qui permet à une personne appelée crédit-bailleur d'acquérir des biens qu'elle loue à un locataire appelé crédit-preneur avec possibilité pour ce dernier d'acquérir la propriété du bien à la fin de la période de location. Le mécanisme habituellement utilisé est le suivant : une entreprise – généralement commerciale ou industrielle –, désire acquérir du matériel professionnel. Elle ne dispose pas de moyens financiers pour l'acheter au comptant ; de même, elle ne souhaite pas obtenir un crédit classique pour l'acquérir. Elle contacte un établissement financier qui acquiert le matériel auprès d'un fournisseur et selon les spécifications du futur locataire et le met à sa disposition. L'établissement financier est le crédit-bailleur ou bailleur et l'entreprise qui acquiert le matériel est le locataire ou crédit preneur. Elle paiera en contrepartie de la mise à disposition du matériel un loyer et elle bénéficiera de la possibilité de devenir propriétaire à l'issue de la période de location. Le fait pour l'établissement financier de rester propriétaire de la chose louée sert de garantie pour le remboursement des sommes dues.

Le crédit-bail peut être mobilier ou immobilier suivant que l'opération porte sur un meuble ou sur un immeuble. Contrairement au législateur français qui a prévu les deux formes, la législation uniforme en prévoyant l'inscription des contrats de crédit-bail au RCCM ne semble avoir organisé que le crédit-bail mobilier. Celui-ci peut

permettre de financer l'acquisition de différents biens tels que : le matériel roulant (notamment les véhicules automobiles, les tracteurs), le matériel médical, le matériel industriel, le matériel informatique, etc. Peuvent y recourir, non seulement les entreprises, mais également les administrations publiques, les membres de professions libérales et même les particuliers.

B - Utilité du crédit-bail

36. Le crédit-bail est à la fois une technique de financement, un mécanisme de crédit et un mécanisme de garantie. Le crédit-bail est d'abord une technique de financement et un mécanisme de crédit. Il s'agit d'une opération de crédit à moyen ou long termes. L'achat de matériels par l'établissement financier représente une forme de prêt accordée à l'entreprise. Pour le locataire, cette forme de crédit est plus avantageuse que les autres pour plusieurs raisons : absence de lourdeur des formalités, non-limitation du montant du crédit, non-exigence d'un apport personnel de fonds propres, jouissance immédiate de la chose, avantages sur le plan fiscal même si ces avantages sont encore en deçà de ceux escomptés. La propriété conservée permet ensuite de garantir le bailleur contre le non-remboursement éventuel du montant du prêt. En cela, le crédit-bail constitue une technique de garantie.

37. Depuis quelque temps, on semble assister dans les pays de l'OHADA et au Cameroun particulièrement, à un certain engouement et même un engouement certain autour du crédit-bail. C'est ainsi qu'a été créée en 2009 la CAMLEASE (Association camerounaise de leasing), qui regroupe un certain nombre d'établissements financiers qui pratiquent le crédit-bail au Cameroun. Y font également partie d'autres organismes, comme la Chambre de commerce, d'industrie, des mines et de l'artisanat du Cameroun (CCIMA), ou associations, telles que l'Association des sociétés d'assurances. La création de la CAMLEASE a connu le soutien technique et financier de la Société financière internationale (SFI) qui est une filiale de la Banque mondiale. La CAMLEASE entend promouvoir le recours au crédit-bail surtout auprès des PME et contribuer à l'élaboration du cadre d'exercice de l'activité de crédit-bail au Cameroun sur les plans juridique, fiscal et comptable en particulier. En mai 2010, le Cameroun a reçu le 13^e congrès africain de leasing organisé par l'African leasing association sur le thème : « crédit-bail et croissance économique ». Une loi du 10 décembre 2010 régleme désormais le crédit-bail au Cameroun.

Il reste à espérer que les fruits tiennent la promesse des fleurs et que l'obstacle psychologique à une plus grande utilisation du crédit-bail soit dépassé car comme l'observait depuis quelques années un auteur dans la plupart des pays africains, « la dissociation entre propriété légale et usage économique du bien telle qu'elle est

pratiquée par le crédit-bail est souvent mal comprise » (AURILLAC, E., *Le crédit-bail en Afrique, in Marchés tropicaux*, 2 janvier 1987, p. 9).

C - Régime du crédit-bail

38. En dehors de l'inscription de la sûreté, ce régime n'a pas été spécifiquement organisé par le droit OHADA. Mais la pratique, s'inspirant du droit étranger, a élaboré des règles qui s'appliquent à la mise en œuvre et au dénouement de la sûreté.

I - Inscription du crédit-bail

39. Comme pour les sûretés mobilières expressément admises, le droit OHADA prévoit l'inscription du contrat de crédit-bail au RCCM (art. 34 et 35 5° AUDCG). L'inscription est prise par le crédit-bailleur ou par le crédit-preneur auprès du greffe de la juridiction compétente du lieu d'immatriculation, du lieu de déclaration ou du domicile du crédit-preneur (art. 41 AUDCG) ou encore, en application de l'article 70 AUDCG auprès du greffe de la juridiction spécialement désignée à cet effet. Cette inscription prend effet à compter de la date d'inscription qui est celle de la mention au registre chronologique du RCCM.

Lors de l'inscription, le requérant doit produire un certain nombre d'éléments qui permettent au greffier, après vérification, de procéder effectivement à l'inscription.

40. Relativement aux effets de l'inscription, en dépit de son caractère facultatif, elle aura pour effet de rendre le contrat opposable aux tiers. Elle permet donc de protéger le crédit-bailleur surtout que le locataire a l'usage matériel de la chose et peut par conséquent passer diverses conventions qui pourraient être préjudiciables au droit du bailleur. L'inscription permettra également qu'en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, le bailleur soit personnellement invité, en qualité de créancier inscrit et en application de l'article 79 AUPCAP, à produire sa créance.

II - Mise en œuvre du crédit-bail

41. Il convient surtout de déterminer les droits et obligations respectifs des parties au contrat que sont le crédit-bailleur et le crédit-preneur. S'agissant du crédit-bailleur, malgré sa qualité de propriétaire du bien, il n'est pas tenu de certaines obligations comme la garantie des vices cachés ou l'obligation d'entre-

tien de la chose louée mais il est tenu de la garantie d'éviction à l'égard du preneur. De nombreuses obligations sont imposées au preneur, ce qui se justifie par le fait qu'il est l'utilisateur du bien. Ainsi, il en assure l'entretien et prend en charge, en qualité de locataire, le paiement des loyers et les réparations locatives ; il est responsable de la perte, du vol et de la détérioration de la chose. Il ne peut aliéner la chose ni la déplacer.

III - Dénouement du crédit-bail

42. C'est à l'arrivée du terme de location convenu ou en cas de défaillance du preneur avant l'arrivée du terme que le problème du dénouement de l'opération se pose.

À l'arrivée du terme de location, le preneur peut soit restituer le matériel dont il n'a jamais acquis la propriété soit décider d'en acquérir la propriété en levant l'option d'achat dont il bénéficie depuis la conclusion du contrat. Dans ce cas, il doit payer un prix résiduel car les loyers payés sont pris en compte dans la détermination du prix de la chose.

En cas de défaillance du preneur en cours de location, le crédit-bailleur, en application généralement d'une clause contractuelle peut résilier le contrat. Cette résiliation lui permet de revendiquer le bien surtout lorsque le preneur est soumis à une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, et cela, sans avoir à justifier de sa qualité de propriétaire. C'est ce mécanisme qui fait du crédit-bail une technique de sûreté. La propriété retenue par le crédit-bailleur le protège de la défaillance éventuelle du locataire. La procédure d'injonction de restituer instituée par l'AUPSRVE est généralement utilisée par le crédit-bailleur ce qui lui permet de rentrer en possession du bien lorsque le preneur ne le restitue pas spontanément (*Pour les modèles de requête aux fins d'obtention d'une ordonnance d'injonction de délivrer ou de restituer, voir : Formulaires d'actes de procédures OHADA, par TWENGEMBO, PUA, 2^e éd., p. 119*).

Il ne pourra revendiquer que s'il a, au préalable, produit sa créance. Cette production porte sur le montant des loyers échus et non réglés au moment de l'ouverture de la procédure. Le crédit-bail étant mis en œuvre à travers un contrat de bail, il s'agira le plus souvent d'un contrat en cours qui ne peut être résolu de plein droit par le crédit-bailleur et dont le syndic décidera ou non de la continuation. Le crédit-bailleur en cas de continuation sera donc à la fois créancier antérieur et créancier postérieur à l'ouverture de la procédure et bénéficiera des protections accordées aux différentes catégories de créanciers.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

B

Biens 3, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 28,
35, 40, 42
- Incorporels 20
- Fongibles 17

C

Crédit-bail 33, 34, 35, 36, 37, 39, 42
- Notion 33, 35
- Utilité 34, 36
- Régime 4, 34, 38
- Mise en œuvre 38, 40
Cession de créance 2, 20, 21, 22, 23,
25, 26, 30

Constitution 4, 6, 21, 29
- Modalités de 21, 29

F

Fiducie 28

I

Inscription 6, 8, 27, 30, 35, 38, 39, 40

P

Paiement 3, 5, 9, 10, 12, 14, 18, 20,
21, 25, 32, 41
Propriété cédée 20
Publicité 8, 15

R

Réalisation 4, 9, 10, 11, 26, 29, 32
Réserve de propriété 1, 2, 3, 4, 5, 7,
8, 9, 11, 13, 14, 18
Restitution 10, 15, 16, 17, 18, 19
Revendication 3, 10, 13, 14, 15, 16,
17, 19

T

Transfert fiduciaire 2, 20, 28, 29,
30

REDRESSEMENT JUDICIAIRE CONCORDAT DE REDRESSEMENT

Table des matières

Introduction n° 1-5

Chapitre 1 : **Formation du concordat de redressement**
n° 6-84

Section 1 - **Concordat ordinaire** n° 7-72

§1 - Offre de concordat dispensée de vote n° 8

§2 - Offre de concordat soumise au vote n° 9-72

A - Situation du débiteur n° 10-12

B - Situation des créanciers n° 13-46

C - Principe d'égalité n° 47-53

D - Homologation de la juridiction compétente
n° 54-72

Section 2 - **Concordat comportant une cession d'actif**
n° 73-84

§1 - Domaine du concordat comportant une cession
partielle d'actif n° 75-77

§2 - Règles particulières du concordat comportant
une cession partielle d'actif n° 78-84

A - Délai pour la convocation de l'assemblée
concordataire n° 78

B - État descriptif des biens et offres de cession
n° 79

C - Vote et homologation du concordat avec
cession partielle d'actif n° 80

D - Cession partielle d'actif n° 81-82

E - Garanties de paiement du prix n° 83-84

Chapitre 2 : **Effets et Exécution du concordat**
de redressement n° 85-118

Section 1 - **Caractère obligatoire du concordat**
n° 87-99

§1 - Créanciers n° 87-92

§2 - Débiteur n° 93

§3 - Tiers n° 94-99

Section 2 - **Absence d'effet novatoire du concordat**
n° 100

Section 3 - **Concordat non constitutif de libéralité**
n° 101-102

Section 4 - **Fin de la procédure de redressement**
judiciaire n° 103-112

Section 5 - **Bénéfice et opposabilité du concordat**
de redressement n° 113-114

§1 - Bénéfice du concordat de redressement n° 113

§2 - Opposabilité du concordat de redressement
n° 114

Section 6 - **Exécution complète du concordat**
de redressement n° 115-118

§1 - Stipulation d'une clause de retour à meilleure
fortune n° 115-117

§2 - Portée d'une clause de retour à meilleure fortune
n° 118

Chapitre 3 : **Remise en cause du concordat**
de redressement n° 119-131

Section 1 - **Traits distinctifs de l'annulation et de la**
résolution du concordat n° 121-128

§1 - Annulation du concordat n° 121-123

A - Cause de l'annulation du concordat n° 121

B - Action en nullité n° 122

C - Libération des cautions n° 123

§2 - Résolution du concordat n° 124-128

A - Causes de résolution du concordat n° 124-126

B - Action en résolution du concordat n° 127

C - Survie du cautionnement n° 128

Section 2 - **Traits communs de l'annulation et de la**
résolution n° 129-131

Bibliographie

- *Code civil français*
- *Code de commerce français*
- DECKON (F. K.), « Le conjoint du débiteur soumis à une procédure collective en droit uniforme OHADA », PA, 14 juin 2008 ;
- KOUASSI (C.), *Traité des faillites et liquidations judiciaires en Côte-d'Ivoire, Études juridiques et formulaires*, Abidjan, Ed. SOCOGEC, 1987 ;
- MANKADA (L. N.), « La liquidation des entreprises publiques en droit camerounais, Penant, n° 835, janvier-avril 2001.
- *OHADA. Traité et Actes uniformes commentés* et annotés, Poitiers, Juriscope, 2008, 3^e éd.
- POUGOUÉ (P. G.), Kuate Tameghé (S. S.), *Les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA*, Paris, L'Harmattan, coll. Études africaines, 2010 ;
- SAWADOGO (F. M.), *Droit des entreprises en difficultés*, Bruxelles, Bruylant, Juriscope, 2002.

Introduction

1. On se référera utilement aux développements consacrés aux généralités sur le concordat dans l'étude relative au règlement préventif. Le concordat est défini comme la convention conclue entre un débiteur et ses créanciers chirographaires ou privilégiés, avec homologation de justice destinée à en garantir le sérieux et la viabilité, par laquelle le débiteur présente un plan de règlement du passif et de redressement de l'entreprise qu'il exécutera une fois remis à la tête de ses affaires (*Foko A., note sous CCJA, arrêt n° 023/2006, 16 nov. 2006, Société Africaine de Crédit Automobile dite SAFCA et Société Africaine de Crédit-Bail dite SAFBAIL c/Société Air Continental, in Pougoué P. G., Kuate Tameghé S. S., op. cit., p. 293*). Le concordat de redressement, encore appelé concordat de redressement judiciaire (*Sawadogo F. M., op. cit., n° 275*), est une des espèces de concordat. Il est régi par les articles 119 à 143 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC).

2. Le concordat de redressement est plus exactement une solution propre au redressement judiciaire. Il en constitue l'aboutissement immédiat. À l'instar de la clôture pour extinction du passif, il fait survivre l'entreprise. Mais à la différence de la clôture pour extinction du passif, il est une solution plus courante (*Sawadogo F. M., op. cit., n° 276*).

3. Le concordat de redressement présente des traits communs avec le concordat préventif. L'un et l'autre sont soumis à des règles communes. Il s'en éloigne cependant par des traits particuliers. Il est soumis à des règles spécifiques.

4. Dans sa définition, le plan contient la volonté de réaliser une action par étapes successives (*S. Neuville, Le plan en droit privé, Paris, LGDJ, Biblio. Dr. privé, t. 296, n° 311*). Inspiré par l'ordonnance française n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises (*M. Jeantin, P. Le Cannu, Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprise en difficulté, préc., n° 701*), le plan de redressement est introduit dans le droit français des procédures collectives par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires, dont il constitue une des innovations. Il a été maintenu dans la loi française n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (*JORF 27 juill. 2005; cf. art. L. 626-1 et suiv., L. 631-19 C. com.; P.-M. Le Corre, E. Le Corre-Broly, Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté, Paris, Sirey, 2006, 2^e éd. n°s 234 et suiv.; F.-X. Lucas, H. Lécuyer, La loi de sauvegarde article par article, PA. n° 28, 08 févr. 2006, art. L. 626-1 et suiv., L. 631-19 et suiv.*).

Le plan de redressement n'est pas aisé à cerner. Pour qui voudrait en rechercher la nature juridique, les lois du 25 janvier 1985 et du 26 juillet 2005 précitées et leurs décrets d'application sont de peu de secours. Ces textes se contentent, en effet, de tracer les grandes lignes du régime juridique du plan de redressement qui apparaît « comme le produit d'une négociation venant se couler dans le moule d'une décision judiciaire » (*M. Jeantin, P. Le Cannu, op. cit., n° 702*). Le but poursuivi par le législateur est double, le plan étant perçu comme la technique la plus à même d'assurer la meilleure efficacité des solutions retenues pour faire face aux difficultés des entreprises. De fait, par rapport au concordat, la technique du plan possède un avantage considérable (*M. Jeantin, J-Cl com., Fasc. 2150, n° 64*). Le plan fait l'objet d'une préparation négociée mieux organisée et garantissant la prise en considération de tous les intérêts contradictoires qui s'expriment au cours de la procédure collective et pas seulement ceux des créanciers. Il constitue la technique privilégiée de conciliation d'intérêts non plus individuels mais collectifs (*M. Jeantin, J-Cl com., Fasc. 2150, n° 64 et les références citées*). De surcroît, l'intensité de l'intervention judiciaire manifeste la supériorité de la technique du plan dans la mesure où les pouvoirs du tribunal arrêtant ce dernier sont supérieurs à ceux de la juridiction qui homologuait le concordat. Le corollaire obligé du plan est la disparition des assemblées concordataires.

En résumé, le plan de redressement s'insère dans un droit de réorganisation de l'entreprise (*Neuville S., op. cit., p. 55 et suiv.*). Il sert des besoins économiques (*Neuville S., op. cit., n° 309, p. 292*). Il est arrêté par acte juridictionnel. L'intervention du juge dépassant les volontés manifestées par acte juridique, il se pose le problème de la nature juridique du plan de redressement. Le plan se présente, en effet, comme l'une des notions transversales ou composites du droit contemporain et concentre des notions juridiques traditionnelles. De ce point de vue, il ne paraît pas inconnu, car il rappelle à la fois le contrat, l'acte unilatéral, l'engagement unilatéral de volonté, l'acte collectif ou l'acte juridictionnel.

5. Par son régime, le concordat de redressement de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif paraît un compromis entre le concordat du décret français n° 55-583 du 20 mai 1955 (*relatif aux faillites et règlements judiciaires et à la réhabilitation, J.O. 21 mai 1955, art. 120 et suiv.*) et le concordat de la loi française n° 67-563 du 13 juillet 1967 (*sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, art. 67 et suiv.*). L'AUPCAP a largement emprunté à ces deux textes juridiques. Mais ce n'est pas dire que le législateur de l'OHADA n'a pas innové.

Le législateur de l'OHADA a réglementé de manière assez précise les conditions et les effets du concordat de redressement, ainsi que sa disparition.

Chapitre 1 : Formation du concordat de redressement

6. Pour que le concordat se forme, il faut, d'abord, vérifier que le débiteur ou les dirigeants qui doivent l'exécuter ne sont pas sous le coup d'une banqueroute ou de la faillite personnelle. Il faut, ensuite, le faire adopter et, enfin, le faire homologuer par la juridiction compétente (*Sawadogo F. M., op. cit., n° 278*). L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif précise les règles applicables au concordat ordinaire, en premier lieu, et au concordat comportant une cession d'actif, en second lieu.

Section 1 - Concordat ordinaire

7. Conformément aux dispositions des articles 27, 28 et 29 de l'AUPCAP, une offre de concordat doit être présentée avant le jugement d'ouverture du redressement judiciaire. Le redressement judiciaire n'est ouvert que si la juridiction compétente estime cette offre sérieuse. Lorsque l'offre de concordat n'est pas sérieuse ou lorsqu'elle a été retirée, la juridiction compétente prononce l'ouverture de la procédure de liquidation des biens ou convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens (*art. 119, al. 1^{er} AUPCAP*).

De manière générale, l'offre de concordat est mise au vote. Mais, elle peut échapper au vote dans le cas particulier décrit par l'article 122, al. 3 de l'AUPCAP.

§1 - Offre de concordat dispensée de vote

8. L'article 122, al. 3 de l'AUPCAP institue un concordat simplifié ou allégé (*Sawadogo F. M., op. cit. n° 280, p. 272*). Cet article dispose que « dans le cas où la proposition de concordat de redressement ne comporte aucune demande de remise ni des demandes de délai excédant deux ans, il n'y a pas lieu à convocation de l'assemblée concordataire, même si d'autres mesures juridiques, techniques et financières, telles que prévues par l'article 27 ci-dessus sont proposées. Seuls le syndic, le Juge-commissaire, le représentant du Ministère Public et les contrôleurs, s'il en a été nommé, sont entendus ». Dans ce cas, le redressement judiciaire se rapproche nettement de la procédure de suspension provisoire des poursuites de l'ordonnance française n° 67-820 du 23 septembre 1967 (*tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises*) et du redressement judiciaire de la loi française n° 85-98 du 25 janvier 1985 (*sur le redressement et la liquidation judiciaires*), qui ne prévoient pas le vote des créanciers.

Le concordat simplifié a l'avantage d'éviter qu'une offre sérieuse de concordat, ne demandant aucune

remise de dette mais seulement des délais de paiement n'excédant pas deux ans, ne soit rejetée par les créanciers (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 284*).

§2 - Offre de concordat soumise au vote

9. Après une vérification des créances, l'offre de concordat sérieuse est mise au vote. C'est à l'occasion d'une telle vérification que les créanciers acquièrent la qualité nécessaire pour prendre part au vote. À la suite du vote, le concordat est soumis à l'homologation judiciaire.

La formation du concordat de redressement est plus strictement encadrée que celle du concordat préventif en ce sens que le législateur en a fixé les conditions. Celles-ci sont relatives à la situation du débiteur, à l'accord des créanciers et à l'homologation de la juridiction compétente.

A - Situation du débiteur

10. Seul le débiteur soumis au redressement judiciaire peut se faire consentir un concordat de redressement. En droit français, l'ancien article 510 C. com en avait exclu le débiteur failli. Cet article disposait que « si le failli a été condamné comme banqueroutier frauduleux le concordat ne pourra être formé ». Cette solution n'a pas été reprise en droit uniforme de l'OHADA. En effet, dans l'AUPCAP, la faillite du débiteur ne constitue pas un obstacle à la formation du concordat, mais en empêche l'homologation (*art. 127-4 AUPCAP*).

11. Pour que le concordat puisse intervenir, il faut que le débiteur présente une offre (*art. 119 AUPCAP renvoyant aux articles 27, 28, 29 AUPCAP*). Celle-ci doit émaner, s'il s'agit d'une société, de tous les associés, notamment de l'assemblée générale de la société anonyme (*comp. Rouen, 10 mars 1909, sous Req. 13 juill. 1910, Journ. faillites 1910, 385, adde sur les problèmes soulevés par les propositions concordataires que pourrait faire une société dissoute ou nulle admise au règlement judiciaire : Paris, 17 avr. 1894, S. 1895, 2, 121, note Wahl ; Paris, 28 juill. 1930, S. 1931, 2, 148*).

12. Lorsque le débiteur est décédé, soit avant le jugement de redressement judiciaire, soit en cours de procédure, ses héritiers peuvent se voir consentir un concordat. Les termes de ce concordat devront préciser si les héritiers qui ont accepté sous bénéfice d'inventaire entendent engager leurs biens personnels. Les héritiers qui ont accepté purement et simplement la succession du débiteur doivent exécuter le concordat sur leurs biens personnels, mais les stipulations concordataires ne sont pas opposables à leurs créanciers personnels (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2114, v. art. 30 AUPCAP*).

B - Situation des créanciers

Pour que le concordat se forme, les créanciers doivent accepter les propositions du débiteur. À cette fin, ils sont réunis en assemblée dite concordataire, où ils doivent prendre une décision en votant les propositions, dans le respect du principe d'égalité.

I - Convocation

13. Dans les quinze (15) jours qui suivent l'expiration du délai prévu à l'article 88 de l'AUPCAP, le juge-commissaire saisit le Président de la juridiction compétente qui fait convoquer, par avis insérés dans les journaux et par lettres adressées individuellement par le greffier, les créanciers dont les créances ont été admises à titre chirographaire, définitivement ou par provision (*art. 122, al. 1^{er} AUPCAP*). La convocation doit être décidée par le juge-commissaire qui doit prendre à cet effet une ordonnance.

Une lecture rapide de l'article 122, al. 1^{er} AUPCAP semble imposer l'envoi de la convocation dans le délai qu'il prescrit ; ce qui accélérerait sensiblement le déroulement de la procédure. Mais ce délai paraît trop bref et ne pourrait être objectivement respecté ; il suffit que l'ordonnance soit prise dans le délai légal ; d'ailleurs celui-ci n'est assorti d'aucune sanction (*comp. en droit français, Bordeaux, 6 avr. 1892, DP 1894, 2, 38 ; Bourges, 20 déc. 1892, DP 1894, 2, 273 ; Req. 25 nov. 1912, DP 1913, 1, 417, note Lacour*).

La formule de la convocation individuelle comporte une reproduction intégrale de l'article 125 AUPCAP qui organise le vote. Par ailleurs, il est joint à la convocation (*art. 122, al. 2 AUPCAP*) :

- un état établi par le syndic et déposé au greffe dressant la situation active et passive du débiteur avec ventilation de l'actif mobilier et immobilier, du passif privilégié ou garanti par une sûreté réelle et du passif chirographaire ;
- le texte définitif des propositions concordataires du débiteur avec indication des garanties offertes et des mesures de redressement, telles que prévues, notamment, par l'article 27 AUPCAP ;
- l'avis des contrôleurs s'il en a été nommé ;
- l'indication que chaque créancier muni d'une sûreté réelle a souscrit ou non la déclaration prévue aux articles 119 et 120 AUPCAP et, dans l'affirmative, la précision des délais et remises consentis.

Le législateur veut, à travers ces exigences, mettre les créanciers en mesure de mûrir leur décision et de la prendre en toute connaissance de cause.

14. Sous réserve de la limite fixée par l'article 122, al. 1^{er} AUPCAP, à savoir 15 jours suivant l'expiration du délai prévu à l'article 88 AUPCAP, la date de l'assemblée concordataire devrait être laissée à l'appréciation du juge-commissaire. Telle était la solution en droit

français. (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2420 et les références citées, Nancy, 11 févr. 1887, S. 1889, 2, 133 ; Req. 25 oct. 1912, DP 1913, 1, 417, note Lacour*). Le juge-commissaire doit tout de même laisser aux créanciers le temps nécessaire pour se rendre à l'assemblée concordataire ou s'y faire représenter (*Bourges, 20 déc. 1892, DP 1894, 2, 273 ; v. cpdt, pour des créanciers résidant hors de France, Lyon, 22 févr. 1937, S. 1937, 2, 187*) ou éventuellement prendre une décision. Il pourrait même la renvoyer à une autre date (*Paris, 17 juill. 1841, DP 1841, 2, 193 ; Besançon, 17 juin 1903, Journ. faillites 1903, 424*), notamment si l'intérêt de la masse des créanciers le commande, par exemple, pour statuer sur de nouvelles propositions concordataires (*Trib. com. Alger, 8 mars 1951, RTD com. 1951, 369, n° 20, obs. R. Houin*). Cependant, la liberté du juge-commissaire est doublement limitée : en premier lieu, il ne pourrait convoquer l'assemblée si le jugement d'ouverture du redressement judiciaire est frappé d'appel. L'appel interjeté hors délai doit être déclaré irrecevable (*Rennes, 3 déc. 1930, Gaz. Pal., tables 1930-1935, v° Faillite, n° 938 ; comp. Caen, 20 juin 1868, DP 1869, 2, 100*). En second lieu, le juge-commissaire doit respecter le délai pendant lequel une opposition pourrait être formée contre son ordonnance convoquant les créanciers.

15. La convocation peut être faite par avis insérés dans les journaux et par lettres adressées individuellement par le greffier. Lorsqu'elle est faite par lettre, l'article 122, al. 1^{er} AUPCAP n'en impose pas la recommandation (*en ce sens déjà en droit français, 24 juin 1887, Journ. faillites 1888, 177*), mais la preuve de l'envoi ne serait pas aisée à rapporter.

16. La convocation doit être adressée à tous les créanciers admis, donc non seulement aux créanciers chirographaires, mais aussi aux créanciers hypothécaires ou privilégiés qui ont produit (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2422 et les références citées ; Nancy, 11 févr. 1888, S. 1889, 2, 133 ; Req. 4 juill. 1855, DP 1855, 1, 277 ; Riom, 9 févr. 1891, Journ. faillites 1891, 322 ; Nancy, 2 févr. 1909, Journ. faillites 1910, 31*).

Doivent également être convoqués les créanciers admis à titre provisionnel (*art. 122, al. 1^{er}, AUPCAP*) et ceux qui auraient été admis entre les deux assemblées (*art. 125, al. 5 AUPCAP, Agen, 18 nov. 1936, S. 1938, 2, 215*).

17. Les tribunaux examinent si le créancier qui n'a pas été convoqué a subi un préjudice (*Bordeaux, 6 avr. 1892, DP 1894, 2, 38 ; Trib. civ. Vitry-le-François, 29 juin 1895, DP 1896, 2, 156 ; Trib. com. Nantes, 9 mars 1912, Journ. faillites 1912, 471 ; Rennes, 19 mai 1933, Gaz. Pal., tables 1930-1935, v° Faillite, n° 476, Trib. com. Boulogne-sur-mer, 24 nov. 1935, Gaz. Pal. 1935, 2, 857*). Dans l'affirmative, notamment si le créancier n'a pu se faire représenter, ils prononcent la nullité de

la délibération (*Alger, 30 nov. 1878, DP 1880, 2, 212*). Cependant, certaines décisions prononcent la nullité de façon systématique (*Caen, 7 janv. 1863, DP 1863, 2, 115*). L'action en nullité peut être exercée à titre individuel (*Trib. com. Nantes, 9 mars 1912 préc.*).

18. L'article 123, al. 4 de l'AUPCAP prévoit expressément que la convocation doit être adressée au débiteur. La présence de ce dernier à l'assemblée concordataire est indispensable. Il doit, en effet, répondre aux questions que pourraient lui poser les créanciers. Il faut cependant relever qu'aucun texte de l'AUPCAP ne requiert sa signature pour la formation du concordat.

La convocation du débiteur est nécessaire (*Arg. Angers, 30 juill. 1906, DP 1909, 5, 23*) ; elle peut lui être adressée à son domicile légal et non contesté, bien qu'il l'ait quitté depuis longtemps, si de multiples démarches ont été faites en vain pour l'atteindre (*Arg. Com. 3 juill. 1951, D. 1952, 269, RTD com. 1952, 406, n° 5*).

II - Délibérations

19. Bien qu'aucun texte relatif au concordat ne le précise, les délibérations sont présidées par le juge-commissaire ; la solution est commandée par les principes mêmes de l'organisation de l'institution et la nature des fonctions de ce magistrat. La délibération serait nulle si l'assemblée était présidée par un autre juge (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2426 et les références citées; Nîmes, 20 mai 1892, DP 1892, 2, 529*). Si le juge-commissaire est empêché, il doit rendre une ordonnance convoquant les créanciers à une autre date. En cas d'empêchement de longue durée, la juridiction compétente devrait en nommer un autre.

20. Un greffier doit assister à la délibération ; il procède à l'appel des créanciers, enregistre les votes, calcule les majorités, et dresse le procès-verbal de la délibération.

21. Le débiteur ou les dirigeants des personnes morales doivent participer à la réunion. Ils doivent se présenter à l'assemblée concordataire en personne. Ils ne peuvent s'y faire représenter que pour des motifs reconnus légitimes par la juridiction compétente (*art. 123, al. 4 AUPCAP*). Le débiteur peut-il être assisté d'un conseil ? Rien ne l'interdit, mais ce conseil ne pourrait pas être un avocat, car il ne s'agit pas d'une instance judiciaire.

Il a été jugé en droit français que si le débiteur était empêché de se présenter pour une cause reconnue légitime, le juge-commissaire pourrait renvoyer l'assemblée (*Paris, 28 avr. 1857, Journ. Trib. com. 1857, 66* ; *Douai, 7 août 1871, Journ. Douai 1871, 141, v. R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2428*).

22. Le syndic assiste également aux délibérations ; sa présence est obligatoire. Il ne pourrait se faire subs-

tituer. En cas d'empêchement la juridiction compétente devrait procéder à son remplacement (*Arg. Trib. com. Saint-Etienne, 22 juill. 1907, Journ. faillites 1908, 381*). Le syndic doit présenter un rapport à l'assemblée (*art. 124 AUPCAP*). La présentation d'un tel rapport éclairera les créanciers de façon précise sur la situation du débiteur, la valeur des propositions concordataires et les conséquences du rejet du concordat de redressement. Ce rapport constitue une formalité substantielle de la délibération ; il doit être joint au procès-verbal de l'assemblée ; son absence entraînerait la nullité de la décision, que seule la juridiction compétente pourrait prononcer, à l'exclusion du juge-commissaire (*Arg. Civ. 6 déc. 1937, Journ. faillites 1938, 23*).

23. Le représentant du Ministère public doit participer à la réunion (*art. 123, al. 5 AUPCAP*). Il est entendu en ses conclusions orales ou écrites.

24. Prennent part également aux délibérations tous les créanciers convoqués, ceux qui, omis dans les convocations, auraient été avertis par la publicité ou d'une autre façon, ainsi que ceux qui auraient été admis, même provisionnellement (*Arg. Req. 20 juill. 1858, 1, 403*), ou depuis l'envoi des convocations (*comp. Agen, 18 nov. 1936, Rev. gén. dr. Faillites 1937, 37*). Ils peuvent s'y présenter en personne, en justifiant de leur identité ; ils peuvent aussi s'y faire représenter « par un mandataire muni d'une procuration régulière et spéciale » (*art. 123, al. 2 AUPCAP*). L'exigence d'un mandat spécial ne signifie pas que le pouvoir doit énoncer exactement les conditions du concordat (*Arg. Trib. com. 24 mars 1885, Journ. faillites, 1885, 228*). La preuve du mandat résulte de la production du pouvoir écrit délivré au mandataire ; mais il n'est pas nécessaire que le pouvoir soit écrit, tout au moins s'il s'agit d'un mandat commercial ; la preuve peut en être faite par tout moyen (*Arg. Req. 11 févr. 1880, S. 1880, 1, 164, Trib. com. Seine, 12 avr. 1935, Gaz. Pal. 1935, 2, 182*) ; dans tous les cas, la présentation de la seule convocation serait insuffisante. Le pouvoir doit être produit au moment du vote, autrement, le vote est nul (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2430*).

Un avocat peut-il représenter un créancier ? La réponse à cette question ne va pas de soi. En effet, l'avocat doit être titulaire d'un pouvoir exprès (*Arg. Douai, 10 avr. 1913, Gaz. Pal. 1913, 1, 550*), il ne peut en être dispensé, car il ne s'agit pas d'une instance judiciaire (*Contra R. Houin, in RTD com. 1955, 479, n° 50* ; *Toujas, Juriscl. com. Fasc. 75, n° 138*). Mais il encourrait une sanction disciplinaire, car il aurait accepté le mandat d'un client en dehors d'une instance et aurait fait acte d'agent d'affaires.

Un huissier peut-il représenter un créancier ? La réponse négative paraît s'imposer. L'huissier ne pourrait être constitué comme mandataire (*Arg. Bordeaux, 6 avr. 1892, DP 1894, 2, 38* ; *comp. Trib. com. Verdun, 14 févr. 1895, Journ. faillites 1895, 170*).

Si le créancier n'a pas le pouvoir de disposer de la créance (*incapable ou protégé, débiteur en redressement judiciaire ou en liquidation des biens... etc.*), il est représenté ou assisté à l'assemblée concordataire. L'idée vient alors de se demander si le représentant ou l'assistant peut prendre une décision par lui-même, ou encore s'il doit en référer à l'autorité ayant le pouvoir de disposer de la créance.

25. Généralement, on analyse la participation au concordat en un acte de disposition de la créance, et on exige la capacité ou le pouvoir d'aliéner (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2431 et les références citées*). On en a inféré que le tuteur d'un enfant mineur ne peut voter qu'en respectant les formalités prescrites par la législation applicable à la vente des meubles des enfants mineurs (*par exemple, la loi française du 27 février 1880 sur la vente des meubles de mineurs ; pour une application de cette loi, v. Trib. com. Saint-Etienne, 5 oct. 1897, Journ. faillites, 1898, 230*). De même, le syndic de faillite ou l'administrateur au règlement judiciaire, dans l'ancien droit français des procédures collectives, doit obtenir l'autorisation du juge-commissaire (*Aix, 4 mars 1890, S. 1890, 2, 49, note Lyon-Caen*), sans qu'il y ait lieu cependant de respecter les formalités relatives aux transactions (*Bordeaux, 18 déc. 1878, D. 1881, 2, 215*). Pour finir, le curateur d'une succession vacante ne peut voter qu'avec l'autorisation du tribunal (*Trib. com. Lyon, 23 févr. 1904, Journ. faillites 1904, 370*).

26. Des auteurs proposent de distinguer selon que le vote sera favorable ou non au concordat ; si le vote est favorable, il conduira à la réduction de la créance ; il doit être précédé de l'accord de l'autorité qui peut disposer de la créance. En revanche, le vote défavorable tendant à la consolidation de la créance, pourrait être donné en toute liberté. R Houin et F. Derrida (*op. cit., n° 2431*) ont rejeté, en s'en expliquant, cette distinction. La solution pertinente, de leur point de vue, est d'admettre dans tous les cas ceux qui exercent des pouvoirs sur les biens d'autrui à participer seuls aux délibérations, sans avoir à recourir à une autorisation (*V. dans ce sens, Toujas, Juriscl. com., Fasc. 75, n° 38 ; Trib. com. Rennes, 15 déc. 1899, Journ. faillites 1900, 368 ; Trib. com. Lyon, 28 nov. 1919, Journ. faillites 1920, 180*).

Si, parmi les créanciers, se trouve une masse obligataire, celle-ci participe aux délibérations par son représentant.

Les cessionnaires de créances participent aux délibérations. Ils n'ont pas besoin de pouvoir de leur cédant si la cession a été signifiée au débiteur et au syndic. En pratique, pour éviter les formalités et les frais de la signification, le cédant remet toujours un pouvoir au cessionnaire.

27. Dans le but de favoriser une large participation des créanciers, le vote par correspondance et le vote par procuration sont admis (*art. 125, al. 2 AUPCAP*).

28. La participation des créanciers à l'assemblée concordataire est constatée par leur émargement au procès-verbal. Toutefois, l'article 126, al. 1^{er} de l'AUPCAP précise que la signature des bulletins de vote joints au procès-verbal vaut signature du procès-verbal lui-même.

III - Vote des créanciers

29. Les créanciers sont appelés à voter en fonction des propositions concordataires, du rapport présenté par le syndic, des conclusions du représentant du Ministère public, éventuellement des observations des contrôleurs et des explications fournies lors de l'assemblée. Mais, ils n'ont pas tous un droit de vote. Certains de ceux qui ont participé aux délibérations ne doivent pas voter. De la sorte, il y a intérêt à déterminer, d'abord, quels créanciers peuvent voter ; puis préciser l'objet du vote. Il y aura lieu, ensuite, d'indiquer comment se calcule la majorité et, enfin, quels peuvent être les résultats du vote.

Créanciers qui peuvent voter

30. En principe, tous les créanciers qui participent aux débats de l'assemblée concordataire peuvent voter. Ainsi, les créanciers admis ne pourraient être écartés du vote par le juge-commissaire (*Arg. Poitiers, 23 oct. 1922, S. 1923, 2, 73*). Aucun empêchement ne pourrait résulter d'un lien de parenté ou d'alliance avec le débiteur (*Arg. Douai, 27 mai 1841, S. 1841, 2, 450 ; Dijon, 21 mai 1844, DP 1844, 2, 566*). Par exemple, la femme du débiteur peut voter. Mais le débiteur lui-même ne pourrait voter en qualité de représentant légal d'un de ses enfants (*Contra Trib. com. Saint-Etienne, 18 oct. 1897, Journ. faillites 1897, 518*), en raison de l'opposition d'intérêts qui existerait entre ce dernier et lui-même ; cependant les créanciers n'auraient aucune qualité pour invoquer le vice qui résulterait de ce vote.

L'article 125, al. 3 de l'AUPCAP autorise à prendre part au vote du concordat sans renoncer à leur sûreté et consentir des délais et des remises différents de ceux proposés par le débiteur, les créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale qui n'ont pas indiqué le délai et/ou la remise qu'ils entendent accorder et qui différeraient de ceux résultant de la proposition concordataire (*art. 120 AUPCAP*). Telle n'était pas la solution en droit français. En effet, les créanciers titulaires de sûretés réelles ne pouvaient voter qu'en perdant leur sûreté. La solution qu'édicte déjà l'article 508 C. com. avait été reprise par l'article 122 du décret n° 55-583 du 20 mai 1955 précité. Elle avait notamment été justifiée parce que les sûretés réelles soustrayaient les créanciers aux conséquences du concordat ; il était alors normal qu'ils ne puissent intervenir dans la décision à prendre qu'en s'y soumettant eux-mêmes. Une certaine doctrine a jugé cette explication insuffisante, car les créanciers cautionnés, a-t-on fait valoir, peuvent voter, alors qu'ils conser-

vent leur action contre la caution. Cette objection ne paraît pas pertinente, parce que le bénéficiaire de la caution subit les remises concordataires sur les biens du débiteur. C'est là l'effet recherché. L'action qu'il conserve contre la caution est indifférente aux autres créanciers (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2438*).

31. La situation des créanciers munis de privilèges généraux est énigmatique (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 281*). De l'interprétation de l'article 134 de l'AUPCAP qui rend le concordat obligatoire pour tous les créanciers antérieurs, sauf les créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale qui ne sont obligés que par les remises et délais par eux consentis, on peut déduire que les créanciers munis de privilèges généraux sont autorisés à prendre part au vote du concordat mais sans que cela entraîne la perte de leurs sûretés. Ce serait là une grande innovation par rapport à la loi française n° 67-563 du 13 juillet 1967 (*art. 71, comp. art. 112, al. 3 Décr. n° 55-583 du 20 mai 1955 préc.*). En effet, les créanciers munis de privilèges généraux, tout comme les créanciers munis de sûretés réelles spéciales, qui prenaient part au vote étaient censés, de manière irrefragable, renoncer à leurs sûretés (*v. F. M. Sawadogo, op. cit., n° 281 et la note citée*).

32. Les créanciers doivent voter sur les propositions concordataires présentées par le débiteur. En principe, ces propositions sont contenues dans l'offre de concordat de redressement que le débiteur a déposé au greffe de la juridiction compétente (*dans les délais fixés par les articles 25, al. 2, 27, al. 1^{er} AUPCAP*) et que le greffier a joint aux convocations (*art. 122, al. 2 AUPCAP*).

33. On s'est demandé si les propositions peuvent être modifiées à l'assemblée concordataire. Il est possible, en effet, que des circonstances nouvelles apparues depuis les premières propositions incitent le débiteur à en faire de nouvelles. Il est également possible, qu'averti de l'insuffisance de ses propositions, il cherche à faire un effort supplémentaire et en soumette de plus intéressantes pour les créanciers. R. Houin et F. Derrida (*op. cit., n° 2454*) ne sont pas a priori hostiles à une modification de l'offre de concordat de redressement dans les circonstances décrites. Ils ont fait valoir que du seul fait que le débiteur a fait des propositions avant les convocations, l'assemblée est saisie de sa démarche de concordat. Étant nécessairement présents ou représentés à l'assemblée concordataire, les créanciers ont connaissance des nouvelles propositions et peuvent prendre position. Mais peut-on exiger d'eux une réponse immédiate et obliger l'assemblée à statuer et à voter sur le champ ? La question a suscité un débat, mais il a été finalement admis que le renvoi est possible. Une telle décision appartient au juge-commissaire seul. Celui-ci n'est pas lié par l'avis de l'assemblée concordataire, même s'il l'avait sollicité. L'ordonnance par laquelle il prononcerait le renvoi est soumise aux règles habituelles.

Cette ordonnance est notamment exécutoire par provision. Il n'y a donc pas lieu de craindre une procédure dilatoire (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2454*).

34. Le débiteur peut-il modifier l'offre de concordat entre les deux assemblées concordataires (*la première et celle sous huitaine*) de l'offre ? Le professeur F. M. Sawadogo a répondu à cette question par la négative. Le débiteur, a-t-il écrit, « ne peut pas modifier ses propositions pour les rendre plus alléchantes » (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 283*). C'est ce qui lui fait douter de l'efficacité de la seconde assemblée, c'est-à-dire celle sous huitaine (*art. 125, al. 6 AUPCAP*). Telle n'est pas la solution de l'article 123, al. 2 du décret français n° 55-583 du 20 mai 1955 précité qui dispose que « Dans ce cas, les créanciers présents ou légalement représentés, ayant signé le procès-verbal de la première assemblée, ne sont pas tenus d'assister à la deuxième assemblée ; les résolutions par eux prises et les adhésions données restent définitivement acquises, s'ils ne sont venus les modifier dans cette dernière réunion ou si le débiteur n'a pas, dans l'intervalle, modifié lui-même ses propositions » (*v. en ce sens, R. Houin et F. Derrida op. cit., n° 2471*). Sur ce point la loi du 13 juillet 1967 est muette.

35. Faut-il aller plus loin en admettant le renvoi de l'assemblée pour d'autres raisons ? Par exemple, parce que la discussion n'a pas été épuisée en une seule séance, ou même avant d'instaurer la discussion, parce que le débiteur n'a pas pu se rendre à l'assemblée par suite d'un cas de force majeure ? En droit français, la réponse affirmative avait prévalu jusqu'en 1955, mais seulement lorsque l'assemblée l'avait décidé à la double majorité légale (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2455 et les références citées ; Aix, 5 juin 1873, DP 1874, 5, 258 ; Toulouse, 1^{er} déc. 1884, S. 1885, 2, 177 ; Req. 31 oct. 1927, Journ. faillites 1928, 9 ; Trib. com. Saint-Etienne, 31 oct. 1933, motifs, ibid., 1933, 256*). L'assemblée disposait donc du pouvoir d'apprécier les excuses du débiteur (*Req. 11 nov. 1873, motifs, DP 1874, 5, 259 ; Com. 3 juill. 1951, motifs, D. 1952, 269*). Cette solution devrait être écartée de nos jours, car elle peut donner lieu à un allongement abusif de la procédure, même si le renvoi est le fait de la majorité légale (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2455*). De plus, la décision est du ressort du juge-commissaire qui pourrait accepter ou refuser le renvoi (*Trib. com. Narbonne, 19 mars 1937, Journ. faillites, 173*) et non pas à l'assemblée concordataire. D'ailleurs, celle-ci n'a aucune compétence pour statuer sur la date de sa réunion ; elle ne peut délibérer que sur les propositions concordataires. Il y aurait lieu de surseoir au concordat seulement lorsque des poursuites sont exercées pour banqueroute frauduleuse contre le débiteur (*art. 229 AUPCAP*).

36. Le concordat étant un contrat collectif sa validité n'est pas subordonnée à l'approbation unanime des créanciers. Il suffit qu'il soit voté par la majorité.

Même s'il n'a imposé aucun quorum, le législateur de l'OHADA a, en revanche, exigé une double majorité en nombre de créanciers et en sommes (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 283*). La règle est fixée par l'article 125, al. 5 de l'AUPCAP qui dispose que « le concordat est voté par la majorité en nombre des créanciers admis définitivement ou provisoirement représentant la moitié, au moins, du total des créances ».

L'AUPCAP a innové en exigeant une majorité en sommes plus faible que celle qui était exigée en droit français. En effet, reprenant les dispositions de l'ancien article 507, al. 2 C. com., l'article 121 du décret n° 55-583 du 20 mai 1955 précité affirme que « le concordat ne s'établit que par le concours de la majorité en nombre des créanciers admis définitivement ou par provision, et représentant les 2/3 du montant total de leurs créances ». Il faut en retenir qu'il était exigé une majorité en voix des créanciers et des deux tiers en sommes.

Dans le silence de l'article 125 de l'AUPCAP, le juge de l'OHADA pourrait reprendre les solutions dégagées en droit français pour le calcul des majorités. Entre autres solutions, les créances de ceux qui n'ont pas pris part au vote sont déduites pour le calcul des majorités (*cf. Décr.-L. 8 août 1935, DP. 1935, 4, 217*).

L'absence et l'abstention ne sont pas constitutives de refus du concordat ; le greffier ne doit compter que les votes exprimés ; ce qui peut conduire à des concordats votés par des majorités infimes (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2457 ; v. Trib. com. Troyes, 29 sept. 1941, Gaz. Pal. 1941, 2, 509*).

37. Le créancier qui aurait obtenu depuis le jugement de redressement judiciaire un paiement partiel d'un coobligé du débiteur vote pour le montant total de sa créance (*Arg. Civ. 6 mars 1905, DP 1908, 1, 511*). Ce n'est là qu'une application de la théorie des coobligés. Si un mandataire représente plusieurs créanciers, il a autant de voix que de mandants différents (*Montpellier, 10 juill. 1858, DP 1859, 2, 107*) et peut émettre pour chacun d'eux un vote différent.

38. Chaque créancier n'a qu'une voix même s'il constitue une personne morale (*Paris, 19 mai 1882, DP. 1883, 2, 111*) ; ainsi la masse des obligataires (*pour le droit applicable à cette masse en droit uniforme de l'OHADA, cf. art. 785 et suiv. AUSCGIE*), lorsqu'elle a désigné un représentant, a une seule voix ; le représentant vote suivant la décision prise par l'assemblée des obligataires (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2460*). Par ailleurs, la créance est comptée pour le montant total de l'emprunt obligataire, même si une partie seulement des obligataires a été représentée à l'assemblée des obligataires.

39. Si la créance est solidaire ou indivisible, si elle est soumise à un usufruit (*Trib. com. Tourcoing, 2 oct. 1908, Journ. faillites 1908, 516 ; Trib. com. Lyon, 28 nov. 1919, ibid. 1920, 180*), ou a fait l'objet d'une mise en gage, les intéressés ne disposent que d'une voix. Ils

doivent se mettre d'accord sur le parti à prendre, faute de quoi ils devront s'abstenir (*comp. Montpellier, 10 juill. 1858, DP. 1859, 2, 107*), à moins qu'ils ne fassent nommer un séquestre qui serait chargé de voter au mieux de leurs intérêts. Cependant, certaines décisions judiciaires assimilent à un refus du concordat la division des intéressés (*Trib. com. Lyon, 28 nov. 1919, Journ. faillites, 1920, 180*).

40. En cas de cession de créance, le cessionnaire exerce les droits de ses cédants pour le montant des créances cédées ; mais il ne compte que pour une voix (*Civ. 24 mars 1840, S. 1840, 1, 312 ; Nancy, 15 mars 1902, Gaz. Pal. 1902, 1, 551*), que la cession ait lieu avant ou après le jugement de règlement judiciaire ; il évite cette solution en se présentant comme mandataire. Certains auteurs ont admis par réciprocité que, lorsqu'un créancier a cédé sa créance entre plusieurs personnes différentes, celles-ci devraient avoir une voix chacune (*Lyon-Caen et Renault, t. 7, n° 591 ; Percerou et Desserteaux, t. 2, n° 1327*). D'autres auteurs proposent de distinguer selon que les cessions ont été antérieures ou postérieures au jugement de règlement judiciaire. Si les cessions sont antérieures au jugement de règlement judiciaire, chaque créancier aurait droit à une voix ; si elles lui sont postérieures, l'ensemble des cessionnaires n'aurait qu'une voix (*Toujas, Juriscl.-com., Fasc. 75, n° 180*). Cette solution a le mérite d'éviter la fraude qui consisterait à diviser les créances pour multiplier le nombre de créanciers et donc de voix. De plus, elle permet de tenir compte de la situation au jour du jugement sans que les événements ultérieurs puissent la modifier. En revanche, elle oblige les cessionnaires à adopter un parti unique, faute de quoi ils ne pourront voter. Tout en préférant cette solution, R. Houin et F. Derrida (*op. cit., n° 2462*) ont relevé qu'elle commande de conférer au cessionnaire de plusieurs créances autant de voix que de créances cédées, lorsque les cessions sont postérieures au jugement de règlement judiciaire.

Par ailleurs, il a été jugé que chaque héritier d'un créancier décédé après l'admission de la créance disposait d'une voix (*Trib. com. Lyon, 28 nov. 1919, Journ. faillites 1920, 180*). Dans une telle hypothèse, la fraude n'est pas à craindre.

41. Les résultats du vote sont consignés dans le procès-verbal dressé par le greffier, qui fait foi jusqu'à inscription de faux (*Paris, 7 août 1850, DP. 1851, 2, 33 ; Bordeaux, 6 avr. 1892, DP. 1894, 2, 38 ; Lyon, 8 juill. 1893, DP. 1894, 2, 257 ; Caen, 2 déc. 1931, Gaz. Pal. 1932, 2, 333 ; Colmar, 20 janv. 1933, DP. 1935, 2, 25, note Chéron*).

42. Les votes émis sont irrévocables. Il s'en déduit qu'un créancier qui a voté ne pourrait revenir sur son vote (*Trib. com. Tourcoing, 2 oct. 1908, Journ. faillites 1908, 516, v. R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2465*). Il n'est pas non plus possible de modifier le résultat acquis,

au prétexte que des créanciers se sont présentés après la clôture de la délibération (*Bordeaux, 21 mars 1937, DH. 1937, 387*) ou que des retards se sont produits dans la transmission des pouvoirs (*comp. Trib. com. Saint-Etienne, 6 oct. 1936, Gaz. Pal., tables 1935-1940, v° Faillite, n° 545, Rev. gén. dr. Faillites 1937, 299*) ou encore que des mandataires avaient voté à l'encontre des instructions qu'ils avaient reçues (*comp. Trib. com. Seine, 19 oct. 1937, Gaz. Pal. 1937, 2, 817*).

Le juge-commissaire n'a pas le pouvoir d'annuler la décision de l'assemblée concordataire (*Civ. 6 déc. 1937, motifs, Gaz. Pal. 1938, 1, 223*).

43. Le principe d'irrévocabilité des votes cède devant la nécessité de redresser les erreurs matérielles. En outre, si un créancier a voté alors qu'il n'en avait pas le droit (*un créancier de la masse, par exemple*), il faudra déduire son vote du résultat obtenu (*Req. 13 févr., 1855, DP. 1855, 1, 339; 15 févr. 1932, Journ. faillites 1933, 73; Angers, 28 juill. 1938, Rev. gén. dr. Faillites 1939, 30*). De manière plus générale, la nullité d'un vote entraîne nullité des résultats totaux si et seulement si ceux-ci ont été modifiés (*Paris, 8 juill. 1897, Journ. faillites 1898, 7; Trib. com. Seine, 19 décembre 1936, Rev. gén. dr. faillites 1937, 314; comp. Trib. com. Seine 26 avr. 1937, Gaz. Pal., tables, 1935-1940, v° Faillite, n° 481*). Réciproquement, si un créancier n'a pas voté, ou s'il n'avait pas été convoqué, alors qu'il aurait dû l'être, le résultat sera maintenu si l'intervention du créancier n'en eût pas changé la tendance (*Rennes, 19 mai 1933, Gaz. Pal. Tables 1930-1935, v° Faillite, n° 476*). Il appartient dans tous les cas à la juridiction compétente de procéder aux vérifications nécessaires avant d'accorder l'homologation.

Il peut en être ainsi dès la première assemblée ou bien à la suite du report ou de la continuation sous huitaine de celle-ci (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 283*). La juridiction compétente dresse procès-verbal de ce qui a été dit et décidé au cours de l'assemblée. La signature, par le créancier ou son représentant, des bulletins de vote joints au procès-verbal vaut signature du procès-verbal.

Lorsque les deux majorités sont acquises, le concordat est en principe formé. L'article 126, al. 2 de l'AUPCAP dispose par une formule floue que la décision de la juridiction compétente qui constate la réunion des deux majorités vaut homologation du concordat de redressement. Ceci étant précisé, l'AUPCAP n'exige pas expressément que le concordat soit signé séance tenante. Ce faisant, il se démarque de l'ancien droit français des procédures collectives qui avait imposé cette formalité, à peine de nullité (*art. 123, al. 1^{er} du décret n° 55-583 du 20 mai 1955 précité; v. Paris, 12 juill. 1869, DP. 1870, 2, 7; Toulouse, 7 août 1889, 1889, DP. 1890, 2, 260; Bordeaux, 6 avr. 1892, motifs, DP. 1894, 2, 38; comp. Nîmes, 20 mai 1892, DP. 1892, 2, 529*).

Dans le cas où aucune des deux majorités n'est obtenue, la décision de la juridiction compétente constate le rejet du concordat et convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens (*art. 126, al. 3 AUPC.*

comp. art. 150 décr. n° 55-583 du 20 mai 1955 préc. qui dispose que lorsque aucune des deux majorités n'est obtenue, les créanciers sont en état d'union de plein droit; un vote n'est pas nécessaire pour le constater. Pour une application de la règle, v. Nancy, 15 juill. 1902, Gaz. Pal. 1902, 1, 551. L'irrévocabilité de la décision s'applique même en cas de nouvelles propositions: Trib. com. Marseille, 24 nov. 1896, Journ. faillites 1897, 94).

44. Si une seule majorité est obtenue, la délibération est continuée à huitaine pour tout délai et sans autre formalité. Dans ce cas, les créanciers présents ou régulièrement représentés ayant signé le procès-verbal de la première assemblée, ne sont pas tenus d'assister à la seconde; les résolutions par eux prises et les adhésions données restent définitivement acquises.

La majorité obtenue à la première assemblée est-elle maintenue? Le juge français a répondu à cette question par l'affirmative. Il a nuancé sa réponse en décidant que si une des deux majorités est obtenue, elle reste acquise, sauf renonciation du débiteur (*Bourges, 11 avr. 1894, DP. 1894, 2, 588*).

Par huitaine, il faut entendre le jour correspondant de la semaine suivante. Aucun autre délai ne peut être admis. Si cependant le jour à retenir était férié, il semblerait que par application des dispositions du Code de procédure civile, l'assemblée devrait être fixée au lendemain. De même, un cas de force majeure permettrait de prolonger le délai (*Cass. 15 nov. 1871, DP 1871, 1, 326; S. 1871, 1, 191*). Le renvoi à huitaine pour tout délai n'est prescrit par l'Acte uniforme que dans le cas où le concordat n'a obtenu que l'une des deux majorités légales (*art. 125, al. 6 AUPCAP*).

45. Une nouvelle convocation n'est pas nécessaire puisque l'assemblée est « continuée » (*art. 125, al. 6 AUPCAP*). On y procède néanmoins dans la pratique (*Toujas, Juriscl. com., Fasc. 75, n° 240*).

Assistent à la nouvelle réunion ceux qui pouvaient participer à la première assemblée, même si, en fait, ils n'étaient pas présents, ainsi que ceux qui ont été admis depuis (*Trib. com. Seine, 25 oct. 1882 et 14 juin 1883, Journ. faillites 1883, 314; Agen, 18 nov. 1936, S. 1938, 2, 215*).

46. L'AUPCAP est muet sur cette question. Il paraît ne pas envisager l'hypothèse. En revanche, l'ancien droit français des procédures collectives offre une solution. En effet, il était admis, sous l'empire du décret français n° 55-583 du 20 mai 1955 précité, que les créanciers pouvaient modifier la décision prise lors de la première assemblée, et voter dans un sens différent (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2471*).

C - Principe d'égalité

L'Acte uniforme portant organisation des procédures

collectives d'apurement du passif n'a fait aucune référence expresse au principe d'égalité des créanciers. Mais il ne l'a pas ignoré, car ce principe se déduit de certaines de ses dispositions. Il y a alors intérêt à préciser son fondement et à dégager sa portée

I - Énoncé du principe

47. L'AUPCAP consacre indirectement le principe d'égalité des créanciers dans les dispositions qui sanctionnent les avantages particuliers, c'est-à-dire, les alinéas 2 et 3 de l'article 127 qui disposent que « en aucun cas, l'homologation du concordat ne peut valider les avantages particuliers tels que définis et réprimés par les articles 244 et 245 ci-après (...). La nullité de la stipulation d'avantages particuliers n'entraîne pas l'annulation du concordat, sous réserve des dispositions de l'article 140 ci-après ».

48. Il est généralement admis, en droit français, que le concordat ne peut être valable que s'il établit une stricte égalité entre les divers créanciers. Ce n'est là qu'une exigence de la loi de la majorité. Toute la procédure repose sur cette nécessaire égalité (*R. Houin, F. Derrida, op. cit. n° 2473 et les références citées*). Il ne peut donc être consenti à certains créanciers au détriment des autres des avantages particuliers (*Rappr. art. 127, al. 2 et 3 AUPCAP*). Ainsi, des créanciers ne peuvent obtenir un dividende plus élevé à raison de la nature ou de l'importance de leur créance (*Paris, 12 avr. 1934, Gaz. Pal., tables 1935-1940, v° Faillite, n°s 517 et suiv.*). Le tribunal compétent devrait refuser l'homologation dans de telles hypothèses (*cf. Civ. 13 juin 1893, Journ. faillites 1894, 49*). La Cour de cassation française a jugé que la règle de l'égalité absolue entre les créanciers chirographaires est d'ordre public et doit être rigoureusement observée (*Req. 13 juill. 1910, Journ. faillites 1910, 385; comp. Civ. 26 nov. 1919, DP. 1919, 1, 96; Req. 1^{er} févr. 1932, Journ. faillites, 1933, 26; adde: Req. 28 avr. 1891, Gaz. Pal. 1891, 1, 650; Rouen, 16 mars 1909, S. 1912, 2, 108; Colmar, 20 janv. 1933, DP. 1935, 2, 25, note Chéron; comp. Civ. 22 mars 1944, DC. 1944, 145, note P. L. P., S. 1945, 1, 77, note Niboyet*).

II - Fondement du principe

49. Le principe d'égalité n'est cependant expressément posé par aucun texte. Avant 1955, on le fondait sur les anciens articles 597 et 598 du Code de commerce français qui répriment pénalement et annulent les traités de faveur passés entre « le failli et ses créanciers ». Ce fondement a été remis en cause. Il n'est pas pertinent, car on peut douter que des textes à caractère pénal, qui ne sont donc susceptibles que d'une interprétation restrictive, puissent fonder un principe du droit du règlement judiciaire (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2474*).

De nos jours, la justification du principe d'égalité se trouve dans l'esprit même de l'institution, c'est-à-dire le concordat, dont l'égalité entre créanciers est l'une des raisons d'être.

III - Portée du principe

50. En pratique, cependant, nombreuses sont les stipulations concordataires qui créent ou paraissent créer un avantage au profit de certains créanciers. Les tribunaux français ne s'y sont pas montrés toujours défavorables, se rendant compte de l'intérêt qu'elles pouvaient présenter. Ils exigent avant tout que les stipulations soient faites ouvertement et qu'elles soient connues de tous les créanciers (*comp. Colmar, 18 avr. 1935, Rev. Alsace et Lorraine 1935, 594, Gaz. Pal., tables 1935-1940, v° Faillite, n°s 1065 et suiv.*). Cette condition essentielle posée, ils analysent la stipulation en elle-même (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2475*).

Dans certains cas, il n'y a pas à proprement parler inégalité ; il en est ainsi dans les clauses d'option en vertu desquelles tous les créanciers peuvent choisir entre un paiement immédiat avec dividendes plus faibles et un paiement à un terme plus ou moins éloigné avec dividendes plus élevés, ou encore entre un paiement en espèces et une remise d'actions ou d'obligations, le dividende variant suivant la modalité choisie (*Req. 5 nov. 1895, DP. 1897, 1, 114, note Thaller; contra: Rennes, 22 mars 1935, Gaz. Pal., tables 1935-1940, v° faillites, n° 520*). Dans cette dernière hypothèse, le paiement en espèces est licite lorsque la remise d'un nombre entier d'actions ou d'obligations n'assure pas le paiement intégral du dividende et que demeure en suspens une certaine somme (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2476 et la référence citée; Req. 5 nov. 1895, DP. 1897, 1, 114, note Thaller; Paris, 6 janv. 1905, Journ. faillites 1905, 200; Trib. com. Saint-Etienne, 3 juin 1908, Journ. faillites 1908, 374*).

51. Dans d'autres cas, l'inégalité n'est qu'apparente ; elle opère au contraire un traitement égal des créances (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2477*). Ainsi lorsqu'un créancier consent un sacrifice au profit des autres, la clause de traitement inégal constitue un dédommagement licite (*v. pour un créancier hypothécaire qui pour rendre possible le concordat, renonce à son hypothèque, à la condition d'être réglé par priorité, Paris, 17 juin 1887, DP. 1888, 2, 121, note, Levillain; Req. 13 juill. 1910, sol. impl., Journ. faillites 1910, 385*); mais encore faut-il qu'il y ait un sacrifice effectif du créancier (*Colmar, 20 janv. 1933, DP. 1935, 2, 25, note Chéron*). Il peut également être stipulé un avantage pour le créancier qui a fourni des fonds pour la continuation de l'exploitation commerciale du débiteur (*Req. 1^{er} févr. 1932, Journ. faillite 1933, 26*).

52. Dans d'autres cas encore, l'inégalité est réelle ; elle

est néanmoins admise lorsqu'elle est destinée à faciliter le vote du concordat. Ainsi le débiteur peut s'engager à payer les créanciers de petites sommes plutôt que les autres, afin d'obtenir leur accord et réunir ainsi la majorité en nombre (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2478 et la référence citée; adde: Angers, 28 juill. 1938, Rev. gén. dr. faillites 1939, 30; contra: Paris, 12 avr. 1934, Gaz. Pal. Tables 1935-1940, v° faillite, n°s 517 et suiv.*); il peut s'engager à payer immédiatement et en espèces les créanciers pour fournitures, les obligataires seront payés plus tard et par remise de titres.

53. Pour finir l'inégalité doit être admise si la stipulation d'inégalité est acceptée par tous les créanciers désavantagés (*parents du débiteur, gérant de société qui renoncent à leurs dividendes tant que les autres créanciers ne sont pas payés, v. Colmar, 20 janv. 1933, motifs, DP. 1935, 2, 25, note Chéron*) ou si elle n'entraîne aucune charge pour les créanciers, produisant ses effets seulement à l'égard des tiers (*Rennes, 19 mai 1933, Gaz. Pal., tables 1935-1940, v° faillite, n°s 947; Req. 1^{er} avr. 1945, JCP. 1945, IV, 75*) ou après l'exécution du concordat (*Req. 26 mars 1888, DP. 1889, 1, 258; Paris, 9 mai 1898, DP. 1898, 2, 240; Trib. civ. Seine, 17 janv. 1901, Journ. faillites 1902, 28; Trib. com. Seine, 23 juill. 1914, ibid. 1917, 38; Req. 8 janv. 1919, ibid. 1919, 160*).

D - Homologation de la juridiction compétente

L'homologation est la condition d'efficacité du concordat. Elle est soumise à un corps de règles générales. L'idée vient alors d'en rechercher le fondement. Il faut d'emblée souligner que la juridiction compétente n'a aucun pouvoir pour modifier le concordat de redressement. Cependant, elle peut en refuser l'homologation.

I - Règles générales

a - Conditions de fond

54. L'homologation du concordat est l'œuvre de la juridiction compétente qui a ouvert la procédure collective. Elle n'est accordée que :

- si les conditions de validité du concordat sont réunies (*art. 127-1° AUPCAP*) ;
- si, aucun motif, tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public, ne paraît de nature à empêcher le concordat (*art. 127-2° AUPCAP*) ;
- si le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise et de règlement du passif (*art. 127-3° AUPCAP*) ;
- si, en cas de redressement judiciaire d'une personne morale, la direction de celle-ci n'est plus assurée par les dirigeants dont le remplacement a été proposé dans les offres concordataires ou par le syndic ou

contre lesquels ont été prononcées, soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale (*art. 127-4° AUPCAP*).

Les conditions ainsi énumérées tendent à garantir la prise en compte par le concordat de redressement des intérêts en présence ainsi que sa viabilité. Elles sont cumulatives.

55. En aucun cas, l'homologation du concordat ne peut valider les avantages particuliers tels que définis et réprimés par les articles 244 et 245 de l'AUPCAP. Les avantages visés sont, notamment ceux consentis à certains créanciers afin d'obtenir leur vote (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 284*). Ne sont pas considérés comme des avantages particuliers, les délais et remises particuliers consentis par les créanciers munis de sûretés réelles spéciales dans les conditions prévues aux articles 120 et 125 de l'AUPCAP (*art. 127, al. 2 AUPCAP*). Sous réserve de l'article 140 de l'AUPCAP relatif à l'annulation du concordat, la nullité de la stipulation d'avantages particuliers n'entraîne pas l'annulation du concordat de redressement.

b - Procédure

56. Le législateur de l'OHADA a simplifié la procédure en ne distinguant pas l'assemblée concordataire de l'instance d'homologation, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de saisir spécialement la juridiction compétente aux fins d'homologation du concordat (*v. en ce sens, art. 126, al. 2 AUPC*). Il s'agit là d'une innovation de l'AUPC (*Rappr. art. 72L. 13 juill. 1967 précitée qui est muet sur la saisine du tribunal compétent. comp. art. 128 Décr. n° 55-583 du 20 mai 1955 précité qui a prévu la saisine du tribunal de commerce compétent en matière d'homologation du concordat judiciaire, v. R. Houin, F. Derrida, op. cit., n°s 2480 et suiv.*).

c - Publicité de la décision d'homologation ou de refus d'homologation

57. La décision d'homologation ou de refus d'homologation du concordat de redressement fait l'objet des communications et publicités prévues aux articles 36 et 37 de l'AUPCAP. L'extrait inséré dans un journal d'annonces légales mentionne le nom et l'adresse des contrôleurs du concordat ou du syndic désigné comme tel.

d - Voies de recours

Les voies de recours sont expressément limitées à un appel. Cependant on pourrait bien envisager un pourvoi en cassation.

L'appel

58. L'appel est dirigé contre la décision d'homologation et la décision de refus d'homologation.

En dépit des termes de l'article 129, al. 1^{er} de l'AUPCAP, c'est bien la décision d'homologation qui est susceptible d'appel. Cet appel doit être formé dans les quinze (15) jours par le représentant du Ministère public uniquement (*art. 129, al. 1^{er} AUPCAP*). Sur ce point, le droit communautaire de l'OHADA se démarque du droit français du règlement judiciaire en ce qu'il a réservé exclusivement le droit d'agir au représentant du Ministère public (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2529*). Les articles 72 et 73 de la loi du 13 juillet 1967 précitée et les articles 18 à 23 du décret du 20 mai 1955 précité sont muets.

Il faut regretter l'imprécision des termes de l'article 129, al. 2 de l'AUPC. L'appel est dirigé contre la décision qui refuse l'homologation. Une telle décision ne peut d'ailleurs faire l'objet que d'un appel. Cet appel est formé dans les quinze jours par le représentant du Ministère public ou le débiteur. Sur ce point également, le droit communautaire de l'OHADA se démarque du droit français du règlement judiciaire en ce qu'il a réservé exclusivement le droit d'agir au représentant du Ministère public et au débiteur (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2528*).

La décision de la juridiction d'appel fait l'objet des mêmes communications et publicités que la décision d'homologation ou de refus d'homologation (*art. 129 AUPCAP*).

- Le pourvoi en cassation

59. Même si l'AUPCAP ne le prévoit pas expressément, l'arrêt de la juridiction d'appel peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2534*). Ce recours doit alors être exercé conformément aux dispositions de l'article 14, al 3 et 5 du Traité OHADA.

II - Fondement de l'homologation

60. Pour déployer ses effets, le concordat de redressement doit être homologué, c'est-à-dire approuvé par justice (*art. 126 et suiv., art. 134 AUPCAP*). Trois justifications de cette intervention judiciaire sont traditionnellement proposées. En premier lieu, l'intervention du juge est expliquée par la nécessité d'assurer la protection des créanciers minoritaires et absents, qui seront liés par la décision de la majorité. En second lieu, il y a intérêt à éviter que les créanciers majoritaires eux-mêmes ne soient abusés par un débiteur qui leur ferait des propositions alléchantes, mais difficiles à exécuter. En dernier lieu, l'intérêt général commande d'écarter un concordat qui serait accordé à un débiteur indigne (*Percerou et Desserteaux, t. 2, n° 1335*), c'est pourquoi

l'homologation serait nécessaire même si le concordat avait été voté à l'unanimité (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2480*).

Sous certaines réserves, les développements consacrés à l'homologation du concordat préventif valent pour le concordat de redressement.

L'homologation pure et simple du concordat ne pose aucun problème. La juridiction compétente la prononce en procédant aux vérifications imposées par l'article 127 de l'AUPCAP. Entre autres, elle vérifie la régularité de la procédure suivie et le bien fondé de la décision prise par les créanciers tant à l'égard de leurs propres intérêts qu'à l'égard de l'intérêt public.

61. La juridiction compétente pourrait-elle modifier les décisions prises par l'assemblée concordataire ? Pourrait-elle décider une homologation conditionnelle ? Pourrait-elle tenir compte des nouvelles propositions présentées par le débiteur au cours de l'assemblée concordataire ? La réponse négative paraît s'imposer.

III - Refus de modifier le concordat

62. À la différence du concordat préventif (*art. 21, al. 1^{er} AUPCAP*), le concordat de redressement judiciaire ne peut pas être modifié pour quelque motif que ce soit par la juridiction compétente (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 83*). C'est dire que la juridiction compétente ne dispose d'aucun pouvoir pour modifier les décisions prises par l'assemblée des créanciers. Le fondement contractuel du concordat ressurgit pour s'opposer à une telle modification. Le concordat repose sur l'accord intervenu avec le débiteur ; la juridiction compétente est impuissante à en modifier les modalités. Elle ne peut davantage substituer sa propre conception à celle des créanciers. Ceux-ci sont libres de préférer un dividende réduit, mais payable rapidement, à un dividende plus important, mais tardif (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2506 et les références citées ; Paris, 21 févr. 1935, Gaz. Pal. 1935, 1, 545 ; Req. 25 juin 1945, sol. impl., S. 1945, 1, 116*). Ainsi, la juridiction compétente ne peut changer les conditions de vente des biens (*Nancy, 6 juin 1846, DP. 1846, 2, 198*), prononcer une homologation conditionnelle, en subordonnant, par exemple, l'homologation à l'augmentation du dividende (*Aix, 7 mai 1934, DH. 1934, 436*), à la fourniture d'une caution (*Paris, 23 févr. 1839, Jur. gén., v° Faillite, n° 766-4°*). De même, si le concordat a été voté sous certaines conditions, par exemple, le paiement immédiat ou à terme des créanciers privilégiés, et si la condition n'a pas été réalisée, la juridiction compétente doit constater la défaillance de la condition et refuser l'homologation ; cependant, dans une telle hypothèse, un délai de grâce est accordé au débiteur et l'homologation prononcée (*Lyon, 14 juin 1934, Journ. faillites 1934, 235*).

En définitive, la juridiction compétente ne dispose que

du pouvoir d'homologuer ou refuser d'homologuer le concordat. C'est dire que la règle « qui peut le plus peut le moins » n'est d'aucune application en cette matière.

63. Au demeurant, la juridiction compétente n'a pas à tenir compte des propositions nouvelles que présenterait le débiteur (*Arg. Paris, 21 févr. 1935, Gaz. Pal. 1935, 1, 541 ; Aix, 7 mai 1934, DH. 1934, 436*) ; elle ne peut statuer que sur le concordat, tel qu'il a été voté (*v. Fréjaville, « Des propositions nouvelles faites par le failli ou le liquidé judiciaire entre le vote du concordat et l'homologation » DH. 1935, Chron., 45*). Elle peut cependant donner acte de ces propositions et éventuellement de l'accord qui serait intervenu à leur sujet entre le débiteur et le syndic (*R. Houin et F. Derrida, op. cit., n° 2507 et les références citées ; Arg. Paris, 11 janv. 1905, Journ. faillites 1905, 200 ; Aix, 7 mai 1934, DH. 1934, 436 ; Grenoble, 29 déc. 1934, Journ. faillites 1935, 110 ; Req. 25 juin 1945, Gaz. Pal. 1945, 2, 100, S. 1945, 1, 116*).

64. Pourtant, certaines décisions rendues par des juridictions françaises ne se sont pas seulement bornées à donner acte de l'accord intervenu sur les nouvelles propositions, elles ont incorporé cet accord au concordat et homologué l'ensemble (*Paris, 6 janv. 1905, Journ. faillites 1905, 200 ; 22 mars 1929, Gaz. jud. et com., Lyon 1929, 113 ; 14 avr. 1934, Ann. dr. com. 1934, 273 ; 6 déc. 1934, Gaz. Pal. 1935, 1, 31 ; 21 févr. 1935, motifs, Gaz. Pal. 1955, 1, 545 ; 16 mai 1935, Journ. faillites 1935, 128*). Un tribunal a même invité un débiteur à présenter des propositions nouvelles (*Trib. com. Strasbourg, 11 juill. 1936, cité par M. Erhard-Schieble in Les concordats judiciaires et leur contrôle par la justice, Thèse Droit, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1936, p. 102*) ; un autre a fixé la date de l'assemblée à laquelle les créanciers devaient délibérer sur les nouvelles propositions du débiteur (*Trib. civ. Montbrisson, 15 nov. 1935, Gaz. Pal. 1936, 1, 173 ; comp. Angers, 3 mars 1936, DH. 1936, 275*). La solution a été critiquée. Elle est, a-t-on fait valoir, directement contraire au caractère contractuel du concordat (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2508*).

IV - Refus d'homologation

a - Causes du refus

65. Il résulte de l'interprétation *a contrario* de l'article 127, al. 1^{er} de l'AUPCAP que la juridiction compétente peut refuser l'homologation :

- si les conditions de validité du concordat ne sont pas réunies ;
- si un motif, tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public, paraît de nature à empêcher le concordat ;
- si le concordat n'offre pas des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise et de règlement du passif ;

- si, en cas de redressement judiciaire d'une personne morale, la direction de celle-ci est toujours assurée par les dirigeants dont le remplacement a été proposé dans les offres concordataires ou par le syndic ou contre lesquels ont été prononcées, soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale.

66. La moindre irrégularité juridique peut empêcher l'homologation du concordat de redressement. Elle peut consister, en premier lieu, en une violation des conditions (*de fond, de forme, de publicité*) de validité du concordat (*droit des contrats et droit des procédures collectives*). Elle peut résulter, en second lieu, du maintien en poste des dirigeants en cas de redressement judiciaire d'une personne morale, en dépit des offres concordataires ou de la proposition du syndic ou encore du maintien en poste des dirigeants contre lesquels ont été prononcées, soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale.

Mais il faut rappeler que la violation du principe d'égalité n'empêche pas l'homologation du concordat (*Arg. art. 127, al. 2 et 3 AUPCAP*), même si la stipulation d'avantages particuliers est, par ailleurs, sanctionnée par la nullité.

67. La juridiction compétente doit également vérifier au cas par cas si l'octroi du concordat est opportun. L'AUPCAP prévoit le refus d'homologation pour des motifs tirés soit de l'intérêt collectif des créanciers, soit de l'ordre public.

En l'absence de directive légale, les juges du fond disposent d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire (*R. Houin et F. Derrida, op. cit., n° 2507 ; Bordeaux, 18 déc. 1884, Journ. faillites, 1885, 286 ; Douai, 15 oct. 1953, motifs, D. 1953, 761*). La solution valable ou pertinente pour une espèce ne le serait pas nécessairement pour une autre. La Cour de cassation française se refuse à effectuer le moindre contrôle à cet égard (*Req. 1^{er} avr. 1901, DP. 1901, 1, 263 ; 7 févr. 1927, DP. 1929, 1, 95, note Pic ; Req. 4 juill. et 15 1933, Journ. faillites 1933, 70 ; 3 juin 1935, Gaz. Pal. 1935, 2, 558 ; 17 mai 1938, DH. 1938, 436 ; 31 oct. 1938, S. 1939, 1, 47 ; Com. 28 oct. 1953, Bull. civ., n° 333*) ; il suffit que la décision soit motivée (*Req. 3 juin 1935 préc., motifs*).

68. Les motifs concernés sont relatifs à l'intérêt collectif des créanciers. Ces motifs sont variés (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2520*) : dividende offert insuffisant (*Trib. com. Marseille, 3 avr. 1891, Journ. faillites 1891, 228 ; Bordeaux, 20 févr. 1899, ibid., 1899, 373 ; Aix, 1^{er} juill. 1915, ibid., 1917, 17 ; Lyon, 16 janv. 1935, Gaz. Pal., tables 1935-1940, v° Faillite, n° 512 ; comp. Paris, 17 juin 1903, DP. 1903, 2, 248*), délais de paiement des dividendes trop longs (Besançon, 21 nov. 1925, DP. 1927, 2, 100), majorité infime (*Trib. com. Troyes, 29 sept. 1941, Gaz. Pal. 1941, 2, 509*), obtenue grâce au vote

favorable des parents du débiteur (*Bordeaux, 20 févr. 1899, Journ. faillites 1899, 273 ; Lyon, 19 mai 1904, DP. 1905, 5, 24 ; comp. Lyon, 11 mai 1933, Gaz. Pal., tables 1935-1940, v° Faillite, n° 515*), ou en l'absence d'un créancier important (*Req. 7 févr. 1927, DP. 1929, 1, 95, note Pic*), fraude dans les opérations de vote concordataire (*Com. 28 oct. 1953, Bull. civ. n° 333, p. 233*)...

En revanche, le concordat a été homologué bien que le dividende fût peu élevé, dès lors que son exécution s'avérait plus avantageuse que l'union (*Paris, 5 mai 1892, Journ. Trib. com. 1893, 336 ; 27 juill. 1935, Gaz. Pal. 1935, 2, 489*), ou que le débiteur se soit montré négligent (*Lyon, 2 mars 1905, Gaz. Pal., tables 1902-1907, v° Faillite, n° 670*) ou encore que de nombreuses créances aient été achetées par des créanciers ou des tiers, si la masse n'en a subi aucun préjudice (*Paris, 29 janv. 1876, Journ. Trib. com., 1876, 416 ; Trib. com. Seine, 28 juin 1883, Journ. faillites 1884, 530*)...

69. L'ancien droit français du règlement judiciaire avait consacré l'expression « motifs tirés de l'intérêt public » (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2519*). Ces motifs ont, en droit français, fait l'objet de décisions nombreuses et très diversifiées : comptabilité irrégulière, bilan et inventaire mensongers (*Trib. com. Saint-Etienne, 5 oct. 1897, Gaz. Pal., tables, 1897-1902, v° Faillite, n° 547 ; Lyon, 31 mars 1911, Journ. faillites 1911, 425*), émission d'effets de complaisance et emploi de moyens ruineux pour se procurer du crédit (*Rennes, 3 avr. 1882, Rec. Nantes, 1885, 1, 277 ; Trib. com. Seine, 8 juin 1898, Journ. Trib. com. 1900, 166*), opérations frauduleuses (*Colmar, 26 juill. 1938, Rev. gén. dr. faillites, 1939, 26*)...

b - Conséquences du refus

70. Il est important de ne pas confondre le rejet du concordat et le refus d'homologation ; le premier étant le fait des créanciers, le second résultant de la décision du juge. L'article 126, al. 3 de l'AUPCAP fixe la règle applicable en cas de rejet du concordat en ce qu'il dispose que « dans le cas contraire, la décision constate le rejet du concordat et convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens ». Mais l'AUPCAP est muet sur les conséquences à tirer du refus d'homologation. Il y a alors intérêt à examiner les solutions proposées par l'ancien droit français du règlement judiciaire.

71. Le refus d'homologation « fait tomber le concordat » (*R. Houin et F. Derrida, op. cit., n° 2522*) ; il donne une ouverture de plein droit à l'union (*Com. 28 oct. 1953, motifs, D. 1954, 41, note Percerou*) ; le débiteur ne pourrait donc solliciter un second concordat (*Percerou et Desserteaux, t. 2, n° 1343 ; Alger, 15 mai 1854, DP. 1855, 2, 53 ; Toulouse, 7 août 1889, DP. 1890, 2, 260 ; Angers, 3 mars 1936, DH. 1936, 275*). L'opinion contraire a cependant été soutenue, aussi bien en doctrine (*Lyon-Caen et Renault, t. 7, 607*) qu'en

jurisprudence (*v. Cass. 10 août 1847, DP. 1854, 1, 360 ; Trib. Montbrison, 15 nov. 1935, Gaz. Pal. 1936, 1, 173*). D'après cette dernière opinion, le refus d'homologation n'aurait pas le même effet que le refus de concordat. Dans le premier cas, le débiteur aurait la possibilité de faire de nouvelles propositions concordataires. Dans le second cas, il ne le pourrait pas (*Cass. com. 28 oct. 1953, D. 1954, 42, note Percerou*). Ce qui paraît certain, c'est que si le tribunal refusait l'homologation en raison d'irrégularités ou vices de forme de l'assemblée ayant abouti au concordat, il y aurait lieu de tenir une deuxième assemblée (*Cass. 10 août 1847, DP. 1854, 5, 366*). Dans ce cas, en effet, la décision du tribunal constitue moins un refus d'homologation qu'une annulation des opérations concordataires et la constatation de l'inexistence du concordat. Il en serait de même si l'assemblée concordataire n'avait pu être tenue (*J. Argenson, G. Toujas, op. cit., n° 717*).

R. Houin et F. Derrida (*op. cit., n° 2522*) n'approuvent pas l'opinion favorable à la présentation de nouvelles propositions concordataires en cas de refus d'homologation. Cette solution, écrivent-ils, est fort discutable, car elle entraînerait un allongement considérable de la procédure ; tout au plus peut-on l'appliquer quand l'homologation a été refusée pour irrégularité des délibérations de l'assemblée concordataire ; dans ce dernier cas, une nouvelle délibération pourrait avoir lieu puisque, juridiquement, la première n'a jamais existé. Une nouvelle procédure d'homologation pourrait donc être engagée (*Lyon-Caen et Renault, t. 7, n° 607, Percerou et Desserteaux, t. 2, n° 1343 ; Toujas, juriscl. com., Fasc. 76, n° 143 ; Req. 10 août 1847, DP. 1854, 5, 366, Alger, 10 mai 1854, motifs, DP. 1855, 2, 52*).

72. Le refus d'homologation produit effet à l'égard de tous les créanciers.

Section 2 - Concordat comportant une cession d'actif

73. Le concordat comportant une cession partielle d'actif rappelle le concordat par abandon d'actif de l'ancien article 541 (*mod., L. 17 juill. 1856*), al. 2 C. Com. Cet article dispose qu'« aucun débiteur commerçant n'est recevable à demander son admission au bénéfice de cession des biens. Néanmoins, un concordat par abandon total ou partiel de l'actif du failli peut être formé suivant les règles prescrites par la section II du présent chapitre (...) ». Ces dispositions ont été reprises *mutatis mutandis* dans les articles 148 et 149 du décret français n° 55-583 du 20 mai 1955 précité.

Après avoir posé la règle générale selon laquelle aucun débiteur commerçant n'est recevable à demander son admission au bénéfice de la cession de biens, le législateur français y déroge en autorisant le concordat par abandon total ou partiel de l'actif du failli. La cession

totale ou partielle d'actif est une modalité particulière du concordat.

74. Dans le concordat par abandon d'actif des articles 148 et 149 du décret français n° 55-583 du 20 mai 1955 précité, le débiteur est libéré de tout ou partie de ses biens, qui seront réalisés. Le concordat par abandon d'actif tient donc à la fois du concordat et de l'union. Comme tout concordat, il aboutit à la libération définitive du débiteur, libération qui résulte du seul paiement des sommes provenant de la liquidation des biens ; mais cette liquidation le rapproche de l'union (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2559*).

§1 - Domaine du concordat comportant une cession partielle d'actif

75. **Droit de l'OHADA.** Le domaine du concordat comportant une cession partielle d'actif est large. Il concerne, ainsi que le précise l'article 131, al. 2 AUPCAP « un certain nombre de biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles ». En particulier, il peut s'agir de la cession d'entreprise ou d'établissement, c'est-à-dire d'un ensemble de biens susceptibles d'une exploitation autonome permettant le maintien d'une activité économique, des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif. Pour les biens isolés, il peut s'agir d'immeubles de grande valeur mais dont la propriété n'est pas indispensable à l'exploitation de l'entreprise. On peut regretter que l'Acte uniforme n'autorise pas une cession globale d'actif (*F. M. Sawadogo, op. cit. n° 288*).

76. Plus qu'il ne combine les avantages du concordat et de l'union, le concordat par abandon d'actif des articles 148 et 149 du décret français n° 55-583 du 20 mai 1955 précité, concentre leurs inconvénients en ce que le débiteur perd de façon définitive la propriété des biens abandonnés et les créanciers sont privés d'une partie de leurs créances que l'union leur aurait permis de conserver. Aussi, dans la pratique, sont souvent adoptées des modalités qui transforment dans une assez large mesure la figure du concordat par abandon d'actif. Celui-ci est accompagné de l'engagement du débiteur de payer un dividende déterminé soit en plus du produit de la vente des biens, soit à concurrence d'une certaine somme d'argent, en complément du produit de cette vente. Il a été jugé qu'un tel accord ne constituait plus un véritable concordat par abandon d'actif, mais un concordat pur et simple (*Paris, 11 déc. 1895, DP. 1897, 2, 345, note Thaller ; comp. Paris, 21 juill. 1938, Gaz. Pal. 1938, 2, 771, sous-note ; Req. 20 juill. 1939, Gaz. Pal. 1940, 1, 72*), car les créanciers se soustraient aux risques que comporte la réalisation des biens du débiteur (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2560*).

77. La Cour de cassation française a été amenée

à préciser que le concordat par abandon d'actif n'est pas opposable aux créanciers privilégiés (*Com. 29 oct. 1952, Bull. III, p. 250, n° 328*). La solution paraît aller de soi. Elle peut être valablement étendue par le juge de l'OHADA au concordat avec cession partielle d'actif.

§2 - Règles particulières du concordat comportant une cession partielle d'actif

Le concordat comportant une cession partielle d'actif est soumis à un corps de règles particulières relatives au délai pour la convocation de l'assemblée concordataire, à l'état descriptif des biens et offres de cession, au vote et l'homologation, à la cession partielle d'actif et aux garanties de paiement du prix.

A - Délai pour la convocation de l'assemblée concordataire

78. Le délai pour la convocation de l'assemblée concordataire est d'un (1) mois (*art. 131, al. 1^{er} AUPCAP, Rapp. art. 122, al. 1^{er} AUPCAP : quinze jours pour le concordat ordinaire*).

B - État descriptif des biens et offres de cession

79. Un état descriptif des biens doit être établi par le syndic. Cet état présente les biens meubles et immeubles dont la cession est envisagée, la liste des emplois qui y sont éventuellement attachés, les sûretés réelles dont ils sont affectés et la quote-part de chaque bien dans le prix de cession, afin de permettre aux créanciers d'exercer leurs droits sur le prix. Cet état est joint à la convocation individuelle prévue à l'article 122 de l'AUPCAP.

Le syndic est chargé de faire connaître les offres de cession par tous moyens, notamment par la voie d'annonces légales, dès le moment où elles sont définitivement arrêtées par lui et le débiteur et approuvées par une décision du juge-commissaire.

C - Vote et homologation du concordat avec cession partielle d'actif

80. Les offres d'acquisition sont reçues par le débiteur assisté du syndic et portées à la connaissance de l'assemblée concordataire qui décide, aux conditions de majorité prévues par l'article 125 de l'AUPCAP, de retenir l'offre la plus avantageuse. Outre les conditions habituelles, fixées par l'article 127 de l'AUPCAP, la cession partielle d'actif ne peut être homologuée par la juridiction compétente que si deux conditions supplémentaires sont réunies (*art. 132 AUPCAP*).

En premier lieu, le prix doit être suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés spéciales sur les

biens cédés, sauf renonciation par eux à cette condition et acceptation des dispositions de l'article 168 de l'AUPCAP. Aux termes de cet article, « si le prix de vente d'un bien spécialement affecté à une sûreté est insuffisant à payer la créance en principal et intérêts, le créancier de cette sûreté est traité, pour le reliquat non payé de sa créance, comme un créancier chirographaire ».

En second lieu, le prix doit être payable au comptant. Mais, dans le cas où des délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, ceux-ci ne doivent pas excéder deux ans et doivent être garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire (*art. 132, al. 2 AUPCAP*).

D - Cession partielle d'actif

81. Le débiteur, assisté du syndic, accomplit toutes les formalités de cession. Au cas où aucune offre d'acquisition n'est exprimée avant l'assemblée concordataire ou reconnue satisfaisante par celle-ci, le débiteur peut retirer son offre de cession. S'il la maintient, la cession sera réalisée ultérieurement dans les conditions prévues aux articles 160 et suivants de l'AUPCAP relatifs à la cession globale de l'actif en cas de liquidation des biens.

82. Seuls les biens dont le débiteur est propriétaire peuvent être cédés. Il en doit la garantie (*Lyon-Caen et Renault, t. 8, n° 747; Percerou et Desserteaux, t. 2, n° 1470; Poitiers, 21 mai 1906, DP. 1909, 2, 209; contra: Paris, 11 déc. 1895, motifs, DP. 1897, 2, 345*). Il en résulte que si le produit de la vente dépasse le montant des dettes du débiteur, le surplus doit revenir à ce dernier.

E - Garanties de paiement du prix

83. L'article 133 de l'AUPCAP prévoit des garanties de paiement du prix de la cession partielle d'actif. Ce prix est versé dans l'actif du débiteur. Lorsque l'ensemble cédé comporte des biens grevés d'une sûreté réelle spéciale, la cession n'emporte purge de cette sûreté qu'à deux conditions cumulatives : en premier lieu, le prix de cession doit être intégralement payé ; en second lieu, le créancier garanti par cette sûreté doit être désintéressé.

À peine de nullité, l'acquéreur ne peut céder les éléments d'actif qu'il a acquis, sauf en ce qui concerne les marchandises, tant que le prix n'est pas intégralement payé. L'inaliénabilité de ces éléments doit être publiée au Registre du commerce et de crédit mobilier dans les mêmes conditions que celles prévues pour le privilège du vendeur de fonds de commerce et au livre foncier conformément aux dispositions organisant la publicité foncière pour les éléments d'actif immobiliers.

84. Par ailleurs, le droit de préférence des créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur le prix des biens cédés s'exerce dans l'ordre prévu par les articles 166

et 167 de l'AUPCAP. En cas de non-paiement du prix, le débiteur a le choix entre la résolution de la cession et la mise en œuvre de la garantie prévue à l'article 132, al. 2 de l'AUPCAP, c'est-à-dire du cautionnement solidaire d'une banque.

En définitive, les spécificités du concordat comportant une cession partielle d'actif transparaissent de la volonté d'en obtenir le prix le plus avantageux, de garantir le paiement du prix dans des délais rapprochés et de protéger les créanciers munis de sûretés spéciales sur les biens cédés.

Chapitre 2 : Effets et Exécution du concordat de redressement

85. Les articles 134 à 138 de l'AUPCAP règlent les effets et l'exécution du concordat de redressement judiciaire.

Le concordat produit ses effets lorsque la décision d'homologation est devenue définitive (*v. déjà en ce sens en droit français, Trib. com. Seine, 3 déc. 1934, Gaz. Pal. 1935, 1, 317*). C'est la raison pour laquelle a été critiqué le motif développé par la Cour de cassation française dans son arrêt du 21 juillet 1903 (*DP. 1903, 596, concl. Baudoin, S. 1903, 1, 449, note Lyon-Caen*). Dans sa décision, la Cour a déclaré que le jugement d'homologation constitue une condition suspensive du traité intervenu entre les créanciers et le débiteur. Cette analyse qui procède de la conception contractuelle, tendrait à faire courir les effets du concordat dès le vote des créanciers, la condition jouant avec rétroactivité en droit français. R. Houin et F. Derrida (*op. cit., n° 2535*) n'approuvent pas une telle solution. De leur point de vue, la décision d'homologation est un élément constitutif du concordat, celui-ci ne produisant ses effets que lorsque la décision d'homologation est devenue définitive. C'est pourquoi les délais dans lesquels le paiement des dividendes concordataires doit avoir lieu court seulement du jour où le concordat est devenu définitif, et, s'il y a eu appel, de la date de l'arrêt qui a rejeté l'appel (*Trib. com. Seine, 3 déc. 1934, Gaz. Pal. 1935, 1, 317; 28 mai 1937, Gaz. Pal., tables 1935-1940, v° Faillite, n° 573*).

86. De manière générale, le concordat produit un double effet : d'une part, les stipulations qui font l'objet de l'accord deviennent obligatoires, d'autre part, le redressement judiciaire prend fin.

Le concordat met fin à la procédure collective de redressement judiciaire et permet, par conséquent, au débiteur de reprendre la libre administration de ses biens. Il bénéficie au débiteur et s'impose à tous les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture de la procédure collective. Il prend fin par sa complète exécution.

Homologué, le concordat est obligatoire mais il n'emporte pas novation. Il n'est pas non plus une libéralité.

Section 1 - Caractère obligatoire du concordat

Le concordat s'impose à tous ceux à l'égard desquels le redressement judiciaire doit produire effet, à savoir les créanciers, le débiteur et les tiers.

§1 - Créanciers

87. Aux termes de l'article 134 de l'AUPCAP, l'homologation du concordat le rend obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture du redressement judiciaire, quelle que soit la nature de leurs créances, sauf disposition législative particulière interdisant à l'administration de consentir des remises ou des délais.

88. Aux termes de l'article 134 du décret français n° 55-583 du 20 mai 1955 précité, l'homologation du concordat le rend obligatoire « pour tous les créanciers faisant partie de la masse, vérifiés ou non » (*Chéron, À l'égard de quels créanciers le concordat produit-il ses effets, Rev. crit. 1905, 24 et suiv. ; R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2572*). Cette formule est relativement différente de celle de l'article 74, al. 1^{er} de la loi du 13 juillet 1967 précitée qui affirme que « l'homologation du concordat le rend obligatoire pour tous les créanciers, que leurs créances aient été ou non vérifiées ».

Ceci étant précisé, il importe peu que les créanciers visés soient dissidents ou absents. Ils doivent subir tous les sacrifices résultant du concordat (*Trib. civ. Boulogne-sur-mer, 7 déc. 1934, Gaz. Pal. 1935, 1, 148 ; Civ. 6 nov. 1935, DH. 1936, 37*) ; ils le devraient même si, n'ayant pas participé à la procédure, ils n'ont pas été vérifiés, alors qu'ils l'auraient été s'ils s'étaient manifestés. Leur abstention, justifiée ou non, ne les soustrait pas au respect du concordat (*Civ. 26 déc. 1921, DP. 1925, 1, 158 ; comp. cependant l'espèce très particulière sur laquelle a statué Civ. 15 juin 1937, DP. 1939, 1, 15*). Par ailleurs, il importerait peu que le débiteur eût demandé à un créancier de ne pas produire, en l'assurant qu'il le payerait intégralement (*Trib. com. Lyon, 30 déc. 1948, D. 1949, 260, Banque 1953, 43, note Marin*).

89. Toutefois, l'article 134 du décret français n° 55-583 du 20 mai 1955 précité limite la solution qu'il pose aux créanciers faisant partie de la masse. Mais la notion de masse n'a pas toujours le même contenu ; à certains égards, elle englobe des créanciers qui n'y figurent pas à d'autres points de vue (*F. Derrida, note JCP. 1956, III, 9566 ; R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2573*). En ce qui concerne l'opposabilité du concordat, ne sont certainement pas compris dans la masse les créanciers de la masse (*Civ. 2 janv. 1849, DP. 1849, DP. 1849, 1, 85 ; 26 déc. 1921, motifs, DP. 1925, 1, 158*), non plus que les créanciers qui, titulaires d'un privilège général (*Paris, 28 mai 1927, DH. 1927, 454 ; F. Derrida, note JCP. 1956, III, 9566 préc.*) ou d'une sûreté réelle, n'ont

pas renoncé à leur garantie (*Civ. 6 nov. 1935, DH. 1936, 37 ; Com. 29 oct. 1952, RTD com. 1953, 494, n° 18, obs. Houin*) ; le concordat ne s'applique pas à eux, tout au moins dans la mesure où leur créance est garantie par leur sûreté (*v. art. 91 et 104 Décr. n° 55-583 du 20 mai 1955 ; adde : Civ. 28 mars 1898, DP. 1899, 1, 49 ; 29 janv. 1900, DP. 1900, 1, 200*) ; ils devraient respecter les stipulations concordataires pour la partie de leur créance qui ne serait pas garantie (*Civ. 29 janv. 1909, DP. 1900, 1, 200, préc.*), alors que légalement, ils n'avaient pas le pouvoir de participer au vote sans perdre leur sûreté pour le tout. La solution est justifiée par le caractère collectif du concordat.

90. En revanche, sont compris dans la masse et sont comme tels soumis aux stipulations concordataires tous les créanciers chirographaires, (*v. sur le principe, Req. 16 déc. 1896, DP. 1897, 1, 314 ; comp. Civ. 15 janv. 1936, Gaz. Pal. 1936, 1, 539*). Pour cela il faut (*Paris, 11 mars 1911, DP. 1912, 2, 115*), mais il suffit, que leur droit soit né avant le jugement de règlement judiciaire (*Civ. 28 mai 1847, DP. 1847, 1, 236 ; 20 janv. 1932, S. 1932, 1, 105, note Rousseau ; Trib. com. Seine, 6 juill. 1936, Rev. gén. dr. faillites 1936, motifs, DH. 1936, Rev. gén. dr. faillites 1936, 538 ; Paris, 19 oct. 1936, motifs, DH. 1936, 560 ; Civ. 2 déc. 1947, motifs, D. 1948, 577, note Ripert*) ; même si, conditionnel ou éventuel (*v. Trib. com. Seine, 9 janv. 1895, Journ. faillites 1896, 36*), il est devenu exigible seulement après l'homologation du concordat (*Orléans, 6 août 1897, DP. 1899, 2, 95 ; Paris, 15 mars 1898, DP. 1899, 2, 370 ; Req. 12 déc. 1899, DP. 1900, 1, 476*). Les créanciers chirographaires dont le droit est né postérieurement au jugement de règlement judiciaire n'ont pas à subir les stipulations concordataires, que leur droit soit né avant (*Req. 30 avr. 1889, motifs, Gaz. Pal. 1889, 1 795 ; Trib. civ. Seine, 8 juin 1896, Journ. faillites 1897, 308 ; comp. Trib. com. Aix, 2 juin 1910, Journ. faillites 1910, 425*) ou après (*Req. 6 juill. 1857, DP. 1857, 440 ; Lyon, 27 janv. 1911, motifs, DP. 1911, 2, 320*) l'homologation du concordat.

La difficulté à déterminer « les créanciers faisant partie de la masse » a rendu malaisée la mise en œuvre de l'article 134 du décret français n° 55-583 du 20 mai 1955 précité. On comprend alors pourquoi le législateur français a supprimé toute référence à la masse dans la formule de l'article 74, al. 1^{er} de la loi du 13 juillet 1967 précitée. Cette dernière formule peut être utilement rapprochée de celle de l'article 134, al. 1^{er} de l'AUPC.

91. La date de naissance de la créance revêt une importance considérable lorsqu'il s'agit de délimiter le champ de l'opposabilité du concordat. À cet égard, la jurisprudence française considère que la créance de dommages-intérêts appartenant à la victime d'un délit ou d'un quasi-délit commis par le débiteur ne prend naissance qu'au jour de la décision définitive de condamnation (*Rép. civ., v° Responsabilité civile, n°s*

337 et suiv.). Aussi, sans tenir compte de la date du fait dommageable, ni de celle de l'assignation, déclare-t-elle les stipulations concordataires inopposables aux créanciers de dommages-intérêts d'origine délictuelle, qui n'auraient pas obtenu la condamnation du débiteur antérieurement au règlement judiciaire (*v. notamment, Civ. 19 janv. 1898, DP. 1898, 1, 473, note Thaller, S. 1899, 1, 5, note Lyon-Caen ; 22 oct. 1901, DP. 1901, 1, 527 ; Req. 2 avr. 1941, motifs, DC. 1944, 43, note Chéron, JCP. 1943, II, 2096, note Péan ; contra Lyon, 15 juin 1932, Gaz. Pal., tables 1930-1935, v° Faillite, n° 264 ; Paris, 25 juin 1936, Rev. gén. dr. com. 1936, 631 ; Trib. com. Seine, 6 juill. 1936, Gaz. Pal. 1937, 2, 655, sous-note C.*)

De la sorte, seules les créances d'origine contractuelle antérieures au jugement de règlement judiciaire sont, en droit français, soumises au concordat (*Req. 16 déc. 1896, DP. 1897, 1, 314 ; Civ. 15 janv. 1936, Journ. faillites, 1936, 14 ; 6 déc. 1937, Gaz. Pal. 1938, 1, 232, S. 1939, 1, 20, Rev. gén. dr. com. 1938, 700, note Hémard ; Req. 2 avr. 1941, DC. 1944, 43, note Chéron ; Trib. civ. Seine, 5 juill. 1954, 2, 373, RTD com. 1955, 165, n° 37, obs. Houin*). Cette solution est écartée lorsque le débiteur a commis une faute grave, indépendante de l'inexécution proprement dite de ses obligations et causé un préjudice étranger à cette inexécution, notamment en abusant de son mandat ou en détournant des fonds (*Civ. 20 janv. 1932, DH. 1932, 130, S. 1932, 1, 105, note Rousseau ; Com. 2 déc. 1947, D. 1948, 577, note Ripert, JCP. 1948, II, 4269, note Becqué, RTD com. 1948, 492, n° 46, obs. Houin ; Com. 9 nov. 1953, Bull. civ. III, p. 246, n° 351 ; RTD com. 1954, 712, n° 6, obs. Houin*). Dans ce cas, le concordat n'est pas opposable aux créanciers.

La doctrine s'insurge contre cette jurisprudence (*v. notamment Morel, Des dommages-intérêts dus par le commerçant, spécialement à raison du délit ou du quasi-délit antérieur à la faillite, Rev. gén. dr. faillites, 1937, 337 et suiv. ; R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2577*), qu'elle trouve arbitraire et injustifiée ; arbitraire, la distinction entre créances contractuelles et délictuelles ; injustifiée, la fixation de la naissance de la créance délictuelle au jour de la condamnation (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2577 et les références citées*). On ajoute qu'avantagée, en étant ainsi soustraite aux réductions concordataires, la victime ne dispose d'aucun gage en cas d'union puisque les biens du débiteur sont liquidés au seul profit des créanciers dont le droit était né avant le jugement de règlement judiciaire (*Hérel et Meller, La masse en matière de faillite, Rev. gén. dr. com. 1938, 50 ; Chassagnon, Juriscl. com., Fasc. 23, la masse, n° 12*). Le sort du créancier dépendra donc de la solution d'une procédure à laquelle il est totalement étranger. Cependant, une considération pratique importante plaide en faveur de la jurisprudence. En effet, le plus souvent, le montant de la créance contractuelle est connu en dehors de toute instance judiciaire ; le passif contractuel du débiteur est connu au jour du jugement de règlement judiciaire ; il n'en est pas de même en matière délictuelle,

où l'évaluation étant des plus arbitraires, il est difficile de concevoir une admission provisionnelle. N'étant pas admis, les créanciers délictuels ne peuvent prendre part au vote du concordat. Comment alors leur en imposer le respect ? (*v. Pean, note JCP. 1943, II, 2096*).

Les créanciers auxquels le concordat est opposable sont tenus d'en respecter les termes. Ils ne peuvent exiger d'autres sûretés que celles qui leur avaient été consenties.

92. Lorsque le concordat a été homologué, les droits qui en résultent pour chaque créancier individuellement ne pourraient être modifiés en dehors de son consentement par un accord intervenu entre le débiteur et la majorité d'une assemblée « dont la réunion, le fonctionnement et les pouvoirs ne sont organisés ni même prévus dans un tel but par aucune loi » (*Civ. 16 nov. 1936, DH. 1937, 35*). Il a cependant été soutenu que pouvaient être admises des décisions majoritaires prises par des assemblées postérieures au concordat, mais prévues et organisées par le concordat lui-même ; il y aurait alors simple exécution du concordat homologué (*Percerou et Desserteaux, t. 2, n° 1361, 4 ; Escarra, n° 1595, p. 1125, note 3*) ; la solution est contestable, car l'assemblée concordataire n'a pas le pouvoir de se proroger ainsi après l'homologation du concordat (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2581*).

§2 - Débiteur

93. Le débiteur doit exécuter les stipulations concordataires dans leur intégralité, même à l'égard des créanciers qui n'ont pas participé au vote du concordat (*Lyon, 8 nov. 1934, DH. 1935, 26*). Il ne peut en modifier les modalités, car elles sont irrévocables (*Req. 16 nov. 1936, DH. 1937, 35*). Cependant, le concordat peut prévoir que les dividendes seront réduits si le débiteur ne peut tenir ses engagements.

La défaillance du débiteur permettrait aux créanciers qui ont recouvré leur droit de poursuite individuelle de saisir ses biens, d'invoquer l'hypothèque légale (*art. 74 AUPCAP*) et de demander la résolution du concordat.

§3 - Tiers

94. Le concordat produit ses effets *erga omnes*, en ce sens qu'il met fin à l'état de redressement judiciaire. La situation qu'il crée est opposable aux tiers ; ceux-ci pourront donc traiter avec le débiteur, remis à la tête de ses affaires. Mais, d'essence contractuelle, le concordat ne pourrait créer à la charge des tiers aucune obligation particulière.

En revanche, les coobligés du débiteur ne peuvent se prévaloir des stipulations concordataires. Les remises ne produisent aucun effet à l'égard des codébiteurs ou des cautions du débiteur. La règle est fixée par l'ar-

ticle 134 de l'AUPCAP qui dispose que « *le concordat de redressement accordé au débiteur principal ou à un coobligé ne profite pas à la caution ni aux autres coobligés* ». Cette disposition traduit la rigueur du droit commercial vis-à-vis des coobligés ou des cautions auxquels les créanciers pourront réclamer le paiement de l'intégralité de leurs créances immédiatement malgré les remises et délais du concordat. Les créanciers munis de garanties personnelles se trouvent ainsi dans une position très favorable tandis que les cautions et coobligés, qui seront dans la masse après le désintéressement des créanciers, subiront les stipulations concordataires (*art. 93 AUPCAP*).

95. Écartant les solutions posées par les articles 1285 et 1287 C. civ., l'article 88 du décret n° 55-583 du 20 mai 1955 précité affirme : « nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leurs créances contre les coobligés de leur débiteur » (*V. Req. 15 janv. 1901, DP. 1901, 1, 325 ; 6 févr. 1906, DP. 1908, 1, 225 ; 15 févr. 1937, DH. 1937, 179 ; Civ. 31 déc. 1940, DA. 1941, 65 ; comp. Civ. 10 juin 1941, DA. 1941, 168 ; adde, pour le concordat par abandon d'actif : Lyon, 18 févr. 1941, Gaz. Pal. 1941-1945, v° Faillite, n° 114 ; comp. Com. 16 avr. 1951, Bull. II, p. 101, n° 136 ; de même, les délais accordés au débiteur ne profitent pas à la caution : Com. 13 juill. 1955, Bull. III, p. 217, n° 261, RTD com. 1955, 897, n° 27*).

La solution résulte du rôle même que jouent les codébiteurs solidaires et les cautions. Ils doivent, en effet, soustraire le créancier à l'insolvabilité totale ou partielle du débiteur. Ce risque se réalise justement quand le débiteur est admis au redressement judiciaire et bénéficie d'un concordat.

96. La solution de l'article 134 de l'AUPCAP s'applique notamment quand le conjoint du débiteur a personnellement garanti les engagements de celui-ci (*Paris, 20 juin 1870, DP. 1871, 2, 3 ; Trib. com. Seine, 20 avr. 1893, Journ. faillites 1893, 471 ; Req. 20 juin 1904, Journ. faillites 1905*).

Le conjoint peut avoir consenti une sûreté réelle ou une sûreté personnelle au profit du débiteur. Il n'est pas rare que le conjoint *in bonis* soit débiteur solidaire, ou ait contracté une obligation conjointe (*comme co-emprunteur*). Le conjoint *in bonis* qui s'est porté caution du débiteur et, plus encore, le conjoint codébiteur solidaire supportent lourdement la défaillance de l'époux placé en redressement judiciaire. Sa situation est contrastée. Dans le cas où il s'est porté caution du débiteur, le caractère accessoire du cautionnement limite le droit de poursuite des créanciers. Dans le cas où il a contracté une obligation conjointe, le caractère autonome de l'obligation souscrite par rapport à la dette contractée par le débiteur, l'expose largement aux poursuites des créanciers (*A. Perrodet, « Le conjoint du débiteur en redressement judiciaire », RTD com. 1999, p. 15 et suiv. ; F. K. Deckon, « Le conjoint du débiteur soumis à*

une procédure collective en droit uniforme OHADA », PA., 14 janv. 2008, n° 10, p. 11 et suiv., 145). En effet, débiteur principal, le conjoint codébiteur solidaire est susceptible d'être poursuivi sans que le sort du débiteur en redressement judiciaire ne rejaillisse sur le droit des créanciers. Il en va autrement si le conjoint est caution du débiteur. L'engagement contracté par le conjoint *in bonis* est en effet accessoire par rapport à celui du débiteur soumis à la procédure collective. C'est ce qui explique que l'existence de la créance et son exigibilité sont assujetties à l'ouverture de la procédure collective.

En souscrivant de tels engagements, le conjoint *in bonis* est impliqué, avec des intensités variables, dans la procédure collective du débiteur. Son implication peut être expliquée, dans une analyse purement contractuelle, par l'autonomie de la volonté. En matière de cautionnement, par exemple, le redressement judiciaire du débiteur principal soumis à la procédure collective modifie la situation de la caution en réalisant le risque pour lequel sa garantie était demandée. Le conjoint-caution supporte alors une dette souvent importante. Plus spécifiquement, le caractère accessoire du cautionnement est fortement ébranlé (*J. François, Droit civil, Sous dir. de C. Larroumet, tome VII, Les sûretés personnelles, Paris, Economica, 2004, n° 34*). Par exemple, en droit uniforme de l'OHADA, le conjoint-caution ne peut invoquer l'arrêt du cours des intérêts à compter du jugement d'ouverture. Il ne profite pas des délais de paiement et des remises de dettes consenties par le concordat de redressement (*art. 91, 134, al. 5, AUPCAP*).

97. L'application de la solution aux époux mariés sous le régime de séparation des biens ne faisait l'objet d'aucun doute. Des difficultés surgissent lorsque les époux se marient sous le régime de communauté. On s'est demandé si la participation de la femme aux engagements du mari ne permettait pas aux créanciers de ce dernier de saisir les biens communs au-delà des dividendes concordataires. La jurisprudence française a répondu à cette question par la négative (*Req. 17 janv. 1881, DP. 1881, 1, 145 ; Delise, rapport Paris, 20 févr. 1891, DP. 1891, 2, 326*). Les créanciers ne peuvent saisir les biens communs que dans la limite du concordat (*V. en ce sens : Lyon-Caen et Renault, t. 7, n° 623 ; Thaller et Percerou, t. 2, n° 1374 ; Planiol et Ripert, t. 8, par Nast, n° 371, Rép. civ., v° Communauté, n° 1632*). L'intervention de la femme a seulement pour objet d'engager ses biens propres. Les biens communs étant déjà engagés par le mari, restent soumis aux règles qui résultent du concordat.

98. Le droit positif français consacre les mêmes solutions que le droit de l'OHADA. Le conjoint-caution ne peut invoquer l'arrêt du cours des intérêts à compter du jugement d'ouverture (*Cf. art. L. 622-28 C. com., anc. art. L. 621-48, al. 1, C. com., anc. art. 55, al. 1, L. 25 janv. 1985, red. L. 10 juin 1994*). Il ne profite pas des délais de paiement et des remises de dettes inscrits dans

le plan de redressement du débiteur (Cf. art. L. 626-11 C. com. comp. anc. art. L. 621-65, al. 2, C. com. anc. art. 64, al. 2, L. 25 janv. 1985. Pour une application récente de la règle, cf. Cass. com. 23 novembre 2004, pourvoi no 03-17235, *Revue des contrats*, 01 avril 2005, n° 2, p. 408). En revanche, il profitera des remises accordées dans le cadre d'un plan de sauvegarde). Il ne peut pas davantage opposer au créancier la suspension définitive des poursuites contre le débiteur, en cas de clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif (art. L. 643-11 C. com., anc. art. L. 622-32 C. com., anc. art. L. 169L. 25 janv. 1985). En revanche, il peut, depuis la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 précitée, se prévaloir de la suspension des poursuites individuelles dont bénéficie le débiteur (art. L. 622-21 C. com., anc. art. L. 621-40 C. com., anc. art. 47L. 25 janv. 1985. Rapp. anc. art. L. 621-48, al. 2, C. com., anc. art. 55, al. 2, L. 25 janv. 1985, *réd. L. 10 juin 1994*). Avec la réserve introduite par la loi française du 10 juin 1994 précitée, le législateur a voulu inciter les dirigeants-cautions à ne pas différer le dépôt de bilan de leurs sociétés de crainte d'être immédiatement poursuivis en paiement par le créancier. Mais en raison de la généralité des termes de la loi, la mesure profite au conjoint caution.

99. Si une caution ou un codébiteur a désintéressé le créancier, son recours contre le débiteur qui repose sur leur subrogation aux droits du créancier, est soumis aux stipulations concordataires (*Lyon-Caen et Renault*, t. 7, n° 620 ; *Agen*, 22 mars 1898, DP. 1898, 2, 269, et sur pourvoi, Req. 15 janv. 1901, DP. 1901, 1, 325).

Section 2 - Absence d'effet novatoire du concordat

100. Il est admis par la doctrine (*Lyon-Caen et Renault*, t. 7, n° 626 ; *Percerou et Desserteaux*, t. 2, n° 1363) et une jurisprudence presque constante (Req. 7 mars 1866, DP. 1866, 1, 298 ; *Aix*, 14 nov. 1889, *Journ. faillites* 1890, 61 ; Req. 5 avr. 1892, DP. 1892, 1, 246 ; comp. *Paris*, 12 févr. 1934, *Gaz. Pal.*, tables 1930-1935, v° *Faillite*, n° 519 ; contra : *Crim.* 10 avr. 1913, DP. 1915, 1, 41, note *Percerou*) que le concordat n'emporte pas novation des créances auxquelles il s'applique. Réduites dans leur montant, retardées dans leur exigibilité, celles-ci conservent cependant la même nature. Ainsi le dividende concordataire a un caractère civil s'il procède d'une créance civile (*Alger*, 19 sept. 1851, DP. 1854, 5, 163) ; il est soumis à la prescription cambiaire s'il repose sur une créance relative à une lettre de change (Req. 7 mars 1866, DP. 1866, 1, 298 ; 5 avr. 1892, 1, 246 ; *Trib. com. Seine*, 24 janv. 1896, *Journ. faillites* 1897, 227 ; contra : *Paris*, 20 janv. 1870, motifs, DP. 1872, 2, 3 ; *Trib. civ. Seine*, 20 avr. 1893, *Journ. faillites* 1893, 471).

La solution est cependant écartée lorsque le créancier est un créancier qui, en application de l'article 1978

C. civ., peut réclamer la constitution d'un capital permettant le service des arrérages réduits. Créancier d'une rente, il peut exiger du débiteur concordataire l'emploi d'un capital (*Percerou et Desserteaux*, t. 2, n° 1364 ; Req. 2 juill. 1902, DP. 1903, 1, 246, concl. *Feuilloley*).

Section 3 - Concordat non constitutif de libéralité

101. Quel que soit leur objet (concéder un terme ou remettre partiellement une dette), les stipulations concordataires ne constituent pas une libéralité que consentiraient les créanciers au débiteur. L'abandon partiel d'une partie de leur droit leur est imposé par la perspective de recouvrer ce qui leur en reste dans de meilleures conditions et à moindres frais que ne le permettrait la liquidation immédiate des biens.

102. De plus, les créanciers ne sont pas animés d'une intention libérale. C'est donc une opération intéressée, à titre onéreux, qui est réalisée. Aussi, une remise totale des dettes est-elle interdite. La remise concordataire est donc totalement différente de la remise de la dette que régissent les articles 1282 et suiv. C. civ. (*R. Houin, F. Derrida, op. cit.*, n° 2590 et les références citées). Il en résulte les solutions suivantes. En premier lieu, pour la partie remise, il subsiste à la charge du débiteur, une obligation naturelle d'en régler le montant (*Lyon-Caen et Renault*, t. 7, n°s 616 et suiv. ; *Percerou et Desserteaux*, t. 2, n°s 1368 ; *Ripert*, n° 2872 ; Req. 1^{er} déc. 1863, DP. 1864, 1, 132 ; *Civ.* 30 déc. 1908, DP. 1909, 1, 208). Par conséquent, le débiteur peut valablement s'engager à payer l'intégralité de ses dettes ; cet engagement transforme l'obligation naturelle en obligation civile (*Civ.* 29 avr. 1873, DP. 1873, 1, 207 ; *Trib. com. Nantes*, 3 nov. 1909, *Journ. faillites* 1911, 134). Le versement volontaire des sommes abandonnées constitue un paiement ; il ne peut faire l'objet d'une répétition (*Paris*, 21 juin 1911, *Journ. faillites* 1912, 154), ni d'une contestation de la part des autres créanciers qui n'ont perçu que leurs dividendes concordataires (*Civ.* 30 déc. 1908, DP. 1909, 1, 208). De même, les créanciers ne sont pas tenus de restituer leur titre de créance après le paiement des seuls dividendes concordataires ; ils peuvent les conserver jusqu'au paiement total de leurs créances (*Paris*, 2 déc. 1865, S. 1866, 2, 80). Il a même été jugé, sur le fondement du même principe, que le débiteur concordataire qui a souscrit une assurance de responsabilité peut exiger le paiement de l'indemnité totale due à la victime du dommage dont il est responsable, bien que celle-ci doive supporter la réduction concordataire (*Paris*, 28 juill. 1875, DP. 1877, 2, 116 ; *Civ.* 3 oct. 1906, 2^e esp., DP. 1908, 1, 265, note *Dupuich*, S. 1907, 1, 5, note *Lyon-Caen*).

Au reste, les sommes versées aux créanciers au

titre de l'obligation naturelle peuvent être déduites des bénéfiques (*CE, 7 juin 1948, D. 1948, 425*).

En second lieu, deuxième conséquence du principe selon lequel les stipulations concordataires ne constituent pas des libéralités, les règles de la réduction et du rapport ne sont pas applicables en la matière. Les héritiers réservataires d'un créancier ne peuvent exiger la réduction des remises concordataires, si le défunt avait antérieurement épuisé sa quotité disponible, ni prendre en compte le montant des remises dans le calcul du disponible. Si le débiteur hérite d'un créancier, ses cohéritiers ne peuvent exiger le rapport des sommes abandonnées (*Lyon-Caen et Renault, t. 7, n° 627; Percerou et Desserteaux, t. 2, n° 1371; Ripert, n° 2872; Req. 22 août 1843, DP. 1843, 1, 491; Civ. 1^{er} juin 1847, DP. 1847, 1, 175; Req. 4 nov. 1889, motifs, DP. 1890, 1, 435*), car il n'y a pas libéralité. Le rapport des dettes ne peut davantage jouer, l'obligation naturelle n'y étant pas soumise. Cependant, la solution est contestée. Certaines juridictions imposent le rapport dans tous les cas ; d'autres le subordonnent à la preuve du caractère désintéressé de la créance soumise au concordat, par exemple, en cas de prêt sans intérêt constitutif de libéralité indirecte. La remise concordataire ne pourrait modifier la nature originelle de l'opération (*Percerou et Desserteaux, t. 2, n° 137; Req. 17 avr. 1850, DP. 1850, 1, 107; 4 nov. 1889, DP. 1890, 1, 435; Bordeaux, 20 déc. 1901, S. 1904, 2, 25, note Tissier, DP. 1902, 2, 460; Req. 7 janv. 1913, Journ. faillites 1913, 148; 10 juin 1913, S. 1914, 1, 366*).

En dernier lieu, puisqu'il n'y a pas libéralité, les coobligés ne peuvent profiter de la remise concordataire (*art. 134, al. 5 AUPCAP*).

Section 4 - Fin de la procédure de redressement judiciaire

103. L'Acte uniforme n'est pas précis sur ce point. On peut néanmoins déduire des articles 136 et 137 de l'AUPCAP que le concordat met fin à la procédure collective de redressement judiciaire, dès que le jugement d'homologation a acquis force de chose jugée (*art. 136 AUPCAP*). Le jugement d'homologation, tout comme celui prononçant la faillite personnelle, n'est pas exécutoire par provision (*art. 217 AUPCAP*). Il résulte des articles 136 et 137 de l'AUPCAP les conséquences suivantes :

- le débiteur retrouve la libre administration et disposition de ses biens, à l'exception, le cas échéant, de ceux qui auraient fait l'objet d'une cession partielle d'actif telle que prévue par les articles 131 à 133 de l'AUPCAP. Il n'est donc plus dessaisi ;
- la masse est dissoute et les créanciers recouvrent leurs droits de poursuite individuelle ; cependant, ils doivent respecter les remises et les délais stipulés au concordat ;

- le syndic cesse ses fonctions après avoir rendu compte au juge-commissaire de la mission d'assistance ; le juge-commissaire vise le compte rendu écrit ; à défaut de retrait par le débiteur des papiers et les effets remis par lui au syndic, celui-ci en est dépositaire pendant seulement deux ans à dater du compte rendu ;
- les fonctions du juge-commissaire prennent également fin après le visa du compte-rendu du syndic. Toutefois, le juge-commissaire et le syndic restent en fonction au cas où aucune offre n'est exprimée avant l'assemblée concordataire ou reconnue satisfaisante et que le débiteur maintient son offre. Dans ce cas, la cession sera réalisée ultérieurement dans les conditions prévues aux articles 160 et suivants de l'AUPCAP relatifs à la cession globale d'actif en cas de liquidation des biens.

104. En règle générale, le concordat met fin à la procédure. Les effets que produirait le redressement judiciaire disparaissent dès que le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée. Cette règle est fixée par l'article 136 de l'AUPCAP qui dispose que « Dès que la décision d'homologation est passée en force de chose jugée, le débiteur recouvre la libre administration et disposition de ses biens à l'exception de ceux qui ont fait l'objet d'une cession conformément aux règles des articles 131 à 133 ci-dessus ». Il s'en déduit qu'à partir de ce moment, la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens pour une cause antérieure n'est plus possible (*Arg. Paris, 14 mars 1890, S. 1891, 2, 1 note Lyon-Caen; Civ. 27 juill. 1898, motifs, DP. 1899, 1, 497, rapport Ruben de Couder, note Thaller; 3 juin 1908, DP. 1908, 1, 456*).

105. La masse des créanciers est dissoute (*Arg. Civ. 23 avr. 1947, Gaz. Pal. 1947, 1, 248, S. 1947, 1, 112*). Par conséquent, les créanciers de la masse, aux droits desquels le concordat n'apporte aucune restriction, ne jouissent plus de leur situation préférentielle. Ils pourront seulement saisir les biens du débiteur (*Civ. 23 avr. 1947, préc.*). De même, les actes qui auraient pu être déclarés inopposables à la masse ne peuvent plus être attaqués, s'ils ne l'ont pas été antérieurement. Ni le débiteur à l'égard de qui les actes sont valables (*Arg. Req. 30 juill. 1866, DP. 1867, 1, 38; 18 févr. 1878, DP. 1878, 1, 291; Pau, 20 déc. 1886, Journ. faillites, 1887, 67; Agen, 24 avr. 1899, DP. 1899, 2, 476; Trib. com. Marseille, 21 nov. 1910, Journ. faillites 1911, 233*), ni le syndic dont les fonctions ont pris fin (*art. 137, al. 3 AUPC; v. à ce sens, en droit français, Req. 1^{er} mars 1911, Journ. faillites 1911, 337, Lyon, 16 mars 1911, Journ. faillites 1912, 11*) n'ont qualité pour faire tomber ces actes, non plus d'ailleurs que les contrôleurs de l'exécution du concordat (*Arg. Douai, 19 déc. 1939, Gaz. Pal., tables 1941-1945, v° Faillite, n° 112; Montpellier, 11 mai 1956, Gaz. Pal. 1956, 2, 224*).

On a cependant réservé le cas où le concordat contiendrait une cession du bénéfice des actions en

inopposabilité au profit du débiteur (*Colmar*, 10 juill. 1866, S. 1867, 2, 1). R. Houin et F. Derrida (*op. cit.*, n° 2598) n'approuvent pas une telle solution. De leur point de vue, les actions en inopposabilité ne peuvent pas faire l'objet d'une cession. De plus, le débiteur ne peut personnellement s'en prévaloir ; même par l'entremise d'une cession (*Trib. com. Marseille*, 21 nov. 1910, *Journ. faillites* 1911, 233 ; *Req.* 1^{er} mars 1911, *ibid.* 1911, 337).

Il a également été proposé de reconnaître aux créanciers la faculté d'agir, chacun pour sa part, tout comme ils peuvent se prévaloir dans cette mesure de l'hypothèque légale (*Lyon-Caen et Renault*, t. 7, n° 632 ; *Percerou et Desserteaux*, t. 2, n° 1539). Cette solution a été également désapprouvée (*R. Houin, F. Derrida, op. cit.*, n° 2598). Si l'hypothèque légale subsiste après le concordat, a-t-on fait valoir, ce n'est qu'à titre exceptionnel et en vertu d'un texte exprès (*art. 135 AUPC ; art. 134 Décr. n° 55-583 du 20 mai 1955 préc.*). Les principes organisant la fin de la procédure commandent de faire disparaître pour l'avenir toutes les conséquences attachées au redressement judiciaire ; la masse ne se continue pas en la personne des créanciers, même par fraction. Les actions en inopposabilité ne leur appartiennent pas à titre individuel. Il faut donc rejeter l'action en inopposabilité que les créanciers exerceraient de la sorte (*R. Houin, F. Derrida, op. cit.*, n° 2598 ; *Lyon*, 16 mars 1911, *Journ. faillites* 1912, 129).

106. Les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle qui ne peut trouver de limites dans les pouvoirs qui auraient été conférés au contrôleur au concordat (*Arg. Paris*, 12 avr. 1934, *Gaz. Pal.*, tables 1930-1935, v° *Faillite*, n°s 521 et suiv.). Ils peuvent donc agir contre le débiteur et saisir ses biens, mais seulement dans le cadre des stipulations concordataires (*Trib. com. Seine*, 11 août 1886, *Journ. faillites* 1887, 270 ; 15 juin 1893, *Le Droit* 20 juill. 1894 ; *Lyon*, 18 mars 1895, *Mond. jud. Lyon* 6 juill. 1896). Cependant, si le débiteur vendait son fonds, les créanciers concordataires, désireux de garantir les dividendes à échoir, peuvent faire opposition au paiement du prix, l'article 127 de l'AUPC (*Rappr. art. 3L. française du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce*, DP. 1909, 4, 41) permettant cette procédure, « que la créance soit ou non exigible » (*Trib. civ. Seine*, 7 juill. 1923, *Journ. faillites* 1923, 289 ; *Douai*, 23 févr. 1940, *Rec. Douai* 1940, 297, *Gaz. Pal.*, tables 1941-1945, v° *Faillite*, n° 84).

107. Le syndic doit cesser ses fonctions. Il rend compte au juge-commissaire de sa mission d'assistance (*art. 137, al. 1^{er} AUPCAP*). Le juge-commissaire vise le compte rendu écrit (*art. 137, al. 3 AUPCAP*). Le syndic restitue au débiteur les « papiers et effets » qu'il détenait dans l'exercice de ses fonctions. À défaut d'un retrait par le débiteur « des papiers et effets », le syndic en est dépositaire pendant seulement deux (2) ans à dater du compte rendu (*art. 137, al. 2 AUPCAP*).

108. Le débiteur recouvre son entière liberté dans la gestion de son patrimoine (*art. 136 AUPCAP ; Req.* 22 déc. 1902, DP. 1903, 1, 149 ; *Civ.* 26 mai 1910, DP. 1913, 5, 38 ; *Rouen*, 10 mars 1909, S. 1912, 2, 108 ; v. pour la compétence des actions nouvelles exercées par le débiteur : *Req.* 21 mai 1906, S. 1906, 1, 433 ; note *Lyon-Caen* ; adde, pour les instances en cours au moment du concordat : *Paris*, 23 avr. 1951, *Gaz. Pal.* 1951, 1, 428 ; *RTD com.* 1951, 600, n° 23, obs. *Houin*) ; notamment, les instances en cours au jour de l'homologation et indépendantes du redressement judiciaire sont continuées par ou contre le débiteur, sans assistance du syndic (*R. Houin, F. Derrida, op. cit.*, n° 2601 et les références citées). Cependant, il ne pourrait exercer ni continuer les actions qui appartenaient exclusivement à la masse, telle l'action en inopposabilité organisée par les articles 67 et suivants de l'AUPCAP (*Rappr.* 30 juill. 1866, DP. 1867, 1, 38 ; 18 févr. 1878, DP. 1878, 1, 291 ; *Paris*, 20 déc. 1886, *Journ. faillites* 1887, 67 ; *Trib. com. Marseille*, 21 nov. 1910, *Journ. faillites* 1911, 233 ; *Montpellier*, 11 mai 1956, *Gaz. Pal.* 1956, 2, 224). Certes, le débiteur pourrait profiter des décisions obtenues par le syndic, en ce sens que si, par suite d'une décision d'inopposabilité, une personne a dû rapporter à la masse une somme ou un objet, cette personne devenue créancière du débiteur devra subir la réduction concordataire ; mais encore faut-il que le syndic ait exécuté la décision (*Arg. Req.* 30 juill. 1866, DP. 1867, 1, 38 ; *Amiens*, 7 déc. 1895, S. 1897, 2, 51).

109. Réciproquement, il a été jugé qu'après le concordat, le débiteur devrait respecter les actes qui avaient été déclarés inopposables à la masse (*Req.* 22 mars 1932, *Journ. faillites* 1933, 177 ; *comp. pour le droit aux dommages-intérêts du vendeur non payé, avant la loi du 10 mars 1928, Civ.* 14 janv. 1935, *Journ. faillites* 1935, 25).

Le concordat ne produisant pas d'effet rétroactif, la cessation du redressement judiciaire ne joue que pour l'avenir. Les actes régulièrement accomplis avant l'homologation du concordat demeurent ; le débiteur doit les respecter (*Req.* 7 mars 1848, DP. 1849, 1, 83 ; *Nancy*, 23 mai 1893, DP. 1894, 2, 227 ; *Trib. civ. Seine*, 12 janv. 1897, *Journ. faillites*, 1897, 228). Les contrats auxquels le jugement de redressement judiciaire a mis fin ou qui n'ont pas été exécutés demeurent résolus (*Percerou et Desserteaux*, t. 2, n° 1351 bis ; *Civ.* 8 mars 1897, DP. 1897, 1, 321 ; *Douai*, 5 juill. 1928, *DH.* 1930, *Somm.* 5).

110. Le principe selon lequel les effets du redressement judiciaire cessent définitivement admet des tempéraments.

D'abord, en ce qui concerne le débiteur, subsistent les déchéances qui l'atteignent. Il peut en être relevé lorsqu'il a payé tous les dividendes concordataires (*R. Houin, F. Derrida, op. cit.*, n° 2605). Ensuite, il peut être désigné un ou plusieurs contrôleurs à l'exécution du concordat conformément aux dispositions de l'article 128 de l'AUPCAP. Ceux-ci doivent dès leur désignation faire rapport sur tout retard ou autre manquement à l'exécution du concordat

au Président de la juridiction qui « peut ordonner enquête par le syndic qui sera chargé de lui rendre compte ». F. M. Sawadogo, (*op. cit.*, n° 290) déplore l'incohérence. Le syndic, fait-il valoir, étant censé avoir cessé ses fonctions, peut être désigné comme contrôleur. Dans ce cas, c'est lui qui fait rapport de tout retard ou manquement et ne peut donc être chargé de l'enquête.

La mission des contrôleurs peut comporter aussi le paiement des dividendes aux créanciers (F. M. Sawadogo, *op. cit.*, n° 290). Dans ce cas, les contrôleurs à l'exécution du concordat doivent faire ouvrir, dans une banque, à leur nom et en leur qualité de contrôleur à l'exécution du concordat, un compte de dépôt spécial pour le concordat ou pour chaque concordat, s'ils sont nommés pour plusieurs procédures collectives. Ils communiquent au Président de la juridiction compétente, à la fin de chaque semestre civil, la situation des soldes créditeurs qu'ils détiennent au titre des concordats qu'ils contrôlent. Ils doivent, en leur qualité de contrôleur, être titulaires d'une police d'assurance couvrant leur responsabilité civile et en justifier auprès du Président de la juridiction compétente.

Enfin, sauf renonciation dans le concordat, l'hypothèque légale de la masse subsiste (*art. 74 AUPCAP*, F. M. Sawadogo, *op. cit.*, n° 203, 204, 290). Elle permet aux créanciers concordataires de primer les nouveaux créanciers sur les immeubles du débiteur. Le syndic est tenu de requérir, en vertu du jugement d'homologation, une nouvelle inscription sur les mêmes immeubles spécifiant les sommes garanties, conformément aux règles de la publicité foncière (*art. 135 AUPCAP*).

111. C'est même après le concordat que l'hypothèque légale de la masse produira le plus souvent ses effets les plus utiles, en assurant le paiement des dividendes concordataires (*Arg. Civ. 27 mars 1935, DP. 1936, 1, 13, note Besson*), tout au moins si le greffier de la juridiction compétente en a pris inscription (*art. 74, al. 1^{er} AUPCAP*). Elle change alors de caractère. La sûreté collective qu'elle était durant la procédure préparatoire subsiste, mais en se métamorphosant en garantie individuelle. L'article 135 de l'AUPC affirme nettement la règle : l'homologation conserve à chacun des créanciers l'hypothèque... À cet effet l'hypothèque doit être inscrite conformément aux dispositions relatives à la publicité foncière (*art. 74, al. 2 AUPCAP*). L'inscription doit contenir le nom de chaque créancier concordataire, ainsi que celui des créanciers hypothécaires ou privilégiés qui, n'ayant pas été intégralement désintéressés, sont chirographaires pour le solde de leur créance. Elle doit également indiquer le montant des dividendes concordataires qu'elle garantit exclusivement (*Arg. Trib. civ. Angers, 25 juill. 1932, DP. 1934, 2, 63, note A. C.*). Cette hypothèque grève les immeubles appartenant au débiteur au jour de la décision d'ouverture du redressement judiciaire et ceux dont il se rendra propriétaire par la suite au fur et à mesure des acquisitions (*art. 74, al. 1^{er} AUPCAP, v. cpdt pour la solution du droit français, R. Houin, F. Derrida, op. cit.*, n° 2607 : cette hypothèque grève les immeubles

appartenant au débiteur au jour de l'homologation du concordat, et non ceux qu'il acquerrait par la suite).

112. Lorsque le débiteur a payé tous les dividendes, il peut obtenir mainlevée de l'hypothèque de la part de chaque créancier. En pratique, lorsqu'il est prévu, le contrôleur de l'exécution du concordat reçoit mandat de donner mainlevée en ce cas. À défaut d'un tel mandat, le syndic n'aurait pas qualité pour l'effectuer (*Arg. Trib. civ. Nantua, 24 sept. 1910, Journ. faillites 1912, 84*).

Indépendamment des solutions précédentes, le concordat par abandon d'actif laisse subsister certains effets du redressement judiciaire en ce qui concerne les biens abandonnés.

Section 5 - Bénéfice et opposabilité du concordat de redressement

Il n'est pas douteux que le bénéficiaire du concordat est le débiteur. En est-il le bénéficiaire exclusif ?

Par ailleurs, dans une analyse purement contractuelle, l'efficacité du concordat dépend de son opposabilité. On ne peut alors s'empêcher de se demander à l'encontre qui le concordat peut être invoqué. L'AUPCAP contient des indications en ce sens.

§1 - Bénéfice du concordat de redressement

113. Le débiteur est le bénéficiaire exclusif du concordat. En effet, selon l'article 134 de l'AUPCAP, « *le concordat de redressement accordé au débiteur principal ou à un coobligé ne profite pas à la caution ni aux autres coobligés* ». Il s'en déduit que les créanciers pourront réclamer aux coobligés ou aux cautions le paiement de l'intégralité de leurs créances immédiatement, malgré les remises et délais du concordat. Les créanciers munis de garanties personnelles se trouvent ainsi dans une position très favorable tandis que les cautions et coobligés, qui seront dans la masse après le désintéressement des créanciers, subiront les stipulations concordataires (*art. 93 AUPCAP*).

§2 - Opposabilité du concordat de redressement

114. Le concordat, faut-il le rappeler, est obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture quelle que soit la nature de leurs créances (*art. 134 AUPCAP*), avec cependant les réserves suivantes :

- il ne s'impose pas à l'Administration, notamment au Trésor public, lorsqu'une disposition lui interdit de consentir des remises ou des délais ;
- les créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales ne sont obligés que par les délais et remises spécifiques qu'ils ont consentis. Toutefois, si le concordat comporte seulement des délais n'excédant pas deux

ans, ceux-ci peuvent leur être opposés si les délais par eux consentis sont inférieurs à deux ans. Ils ne perdent pas leurs sûretés, mais ils ne peuvent les réaliser qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat de redressement auquel ils ont consenti ou qui leur a été imposé. De même si une cession des biens affectés en garantie intervenait en cours d'exécution du concordat, ces créanciers pourraient exercer leurs droits sur le prix obtenu de ces biens ;

- les travailleurs sont protégés. Ils ne peuvent se voir imposer aucune remise, ni des délais excédant deux ans et l'éventuel délai qu'ils pourraient consentir ou se voir imposer ne devra pas concerner la fraction des salaires couverte par le superprivilège (*art. 134, al. 3 AUPCAP*).

Section 6 - Exécution complète du concordat de redressement

Le concordat de redressement prend fin par sa complète exécution, c'est-à-dire par le règlement de la dernière échéance concordataire (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 292*). Une telle exécution peut être relativement compliquée lorsque le débiteur a stipulé une clause de retour à meilleure fortune. Les auteurs peinent à dégager la portée d'une telle clause.

§1 - Stipulation d'une clause de retour à meilleure fortune

115. S'il a été stipulé une clause de retour à meilleure fortune, le débiteur s'oblige à régler même les créances atteintes par la forclusion et qui, en principe, sont éteintes et sous réserve des remises concordataires (*art. 83, al. 2 AUPCAP*). La formule signifie qu'avec cette clause, les créanciers forclos pourront réclamer leurs créances dans la limite prévue par le concordat si le débiteur revient effectivement à meilleure fortune.

La fraction ayant fait l'objet d'une remise concordataire des créances non frappées de forclusion doit-elle être réglée par le débiteur ? L'Acte uniforme est muet sur ce point. Il faut le regretter, car dans la solution classique, par la clause de retour à meilleure fortune, « le débiteur s'engage à payer à ses créanciers le montant des créances abandonnées lorsque ses moyens financiers s'amélioreront » (*C. Kouassi, op. cit., n° 608*). On peut néanmoins penser que la clause s'adresse davantage aux créanciers forclos participant au vote du concordat qu'aux créanciers forclos ignorés par la procédure. Tout en prescrivant le paiement de la partie remise des créances, l'Acte uniforme tire une conséquence particulière concernant les créanciers forclos. Dans le doute, si le débiteur se décide à insérer une telle clause dans sa proposition de concordat, il paraît indiqué, pour éviter des interprétations divergentes, que l'étendue de l'engagement soit précisée (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 292*).

116. Souvent, le débiteur prend l'engagement, dans le concordat, de payer le montant intégral de ses dettes, s'il revient à meilleure fortune. Certains tribunaux français exigent même, pour procéder à l'homologation du concordat, l'insertion de la clause de retour à meilleure fortune qui est ainsi devenue une clause de style. La valeur juridique de cette clause divise la jurisprudence (*R. Houin, F. Derrida, op. cit. n° 2591*). Certaines décisions considèrent qu'il s'agit d'une pure clause de style, qui n'ajoute rien aux effets habituels du concordat (*Bordeaux, 7 janv. 1874, DP. 1876, 5, 244 ; Paris, 30 janv. 1893, Journ. faillites, 1893, 294*). Il en est ainsi surtout si le débiteur prend « l'engagement d'honneur » de rembourser intégralement ses créanciers (*Trib. com. Seine, 13 mars 1878, Journ. Trib. com. 1879, 248*). D'autres décisions, plus nombreuses, imposent au débiteur le respect de la clause (*Aix, 11 juin 1872, DP. 1873, 2, 177 ; Rouen, 29 juill. 1908, DP. 1909, 2, 208 ; Trib. com. Nantes, 30 juill. 1910, Journ. faillites 1911, 136 ; Montpellier, 19 mai 1931, DH. 1932, Somm. 6 ; Lyon 24 juin 1932, DH. 1933, Somm. 3*), même lorsque la stipulation résulte d'un simple engagement d'honneur (*Nancy, 21 juin 1902, DP. 1902, 2, 471 ; Trib. com. Nantes, 28 nov. 1903, Rec. Nantes 1904, 1, 230, Gaz. Pal., tables 1902-1907, v° Faillite, n° 622*).

117. La Cour de cassation française laisse les juges du fond déterminer souverainement la valeur de la clause (*Req. 4 juill. 1904, DP. 1904, 1, 559*).

Dans tous les cas, le retour à meilleure fortune doit être effectif (*comp. Rouen, 29 juill. 1908, DP. 1909, 2, 208*) ; il ne suffit pas que le débiteur ait réalisé de petites économies (*Rouen, 28 déc. 1869, DP. 1871, 2, 198 ; Trib. com. Lille, 20 août 1894, Journ. faillites 1896, 278 ; adde : Trib. com. Liège, 26 févr. 1949, RTD com. 1953, 268, n° 34*). Les tribunaux doivent en apprécier le caractère effectif, et statuent souverainement à cet égard (*Req. 26 janv. 1874, DP. 1875, 1, 23 ; 4 juill. 1904, DP. 1904, 1, 559*) ; mais il n'est pas nécessaire que le débiteur soit en mesure de payer l'intégralité des sommes remises ; il suffit qu'il puisse en payer une partie (*Trib. com. Le Havre, 29 juill. 1903, Rec. Le Havre 1903, 1, 126, Gaz. Pal., tables, 1902-1907, v° Faillite, n° 620*).

§2 - Portée d'une clause de retour à meilleure fortune

118. La portée d'une clause de retour à meilleure fortune divise les auteurs. Pour certains, il s'agirait d'un simple engagement d'honneur ou d'un engagement moral sans portée juridique. Pour d'autres, la clause crée un engagement ferme du débiteur, c'est-à-dire une obligation civile permettant de le contraindre à s'exécuter. Cette dernière position se recommande de bons arguments (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 292*). En premier lieu, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans le sens de nature à lui faire

produire quelque effet, que dans celui avec lequel elle n'en produit aucun (*art. 1157 C. civ.*). En second lieu, les remises concordataires participent à une stratégie de redressement de l'entreprise (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 292 et la note citée*). Elles ne constituent pas des libéralités. Il va donc de soi que le débiteur revenu à meilleure fortune procède au règlement des remises, surtout s'il s'y est engagé par la stipulation de la clause de retour à meilleure fortune.

Chapitre 3 : Remise en cause du concordat de redressement

119. Le concordat cesse de produire ses effets lorsqu'il est exécuté ; il y aura lieu à mainlevée de l'hypothèque de la masse. Cette situation ne soulève aucune difficulté particulière.

Le concordat disparaît également en cas d'annulation et de résolution, ainsi qu'en cas d'ouverture d'une nouvelle procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. L'annulation et la résolution tirent leur cause du concordat lui-même ; aussi sont-elles soumises à un régime sensiblement voisin. L'ouverture d'une nouvelle procédure de redressement judiciaire ou d'une procédure de liquidation des biens entraîne l'application de règles différentes. L'annulation et la résolution provoquent une fin anormale du concordat.

120. En ce qu'il est un contrat, le concordat peut être l'objet, en premier lieu, d'annulation, si les conditions de validité n'en ont pas été respectées. Il peut être l'objet, en second lieu, de résolution, si le débiteur n'exécute pas les obligations concordataires. Cependant, le législateur a écarté les règles du droit commun, en raison des caractères très particuliers de l'accord intervenu entre les créanciers et le débiteur (*Lyon-Caen et Renault, t. 7, n° 635*). Le concordat est entouré de garanties multiples. Il est notamment soumis au contrôle de la justice. De plus, produisant des effets collectifs, nombreuses sont les personnes intéressées par son maintien. Au reste, il repose sur une décision judiciaire qui en est même un élément constitutif. Aussi, le législateur a-t-il strictement réglementé les causes, la procédure et les effets de l'annulation et de la résolution.

Section 1 - Traits distinctifs de l'annulation et de la résolution du concordat

Par nature, l'annulation du concordat est différente de sa résolution. Le législateur de l'OHADA a tenu à maintenir la différence entre ces deux sanctions en fixant des règles particulières à l'une et à l'autre.

§1 - Annulation du concordat

Le concordat ne peut être annulé que pour la cause indiquée par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. L'action en nullité est encadrée et lorsqu'elle aboutit, elle libère la caution.

A - Cause de l'annulation du concordat

121. L'annulation d'un concordat homologué ne peut être prononcée que pour cause de dol résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif découvert après l'homologation (*art. 140, al. 1^{er} AUP-CAP, v. A. Foko, note sous CCJA, arrêt n° 023/2006, 16 nov. 2006, Société Africaine de Crédit Automobile dite SAFCA et Société Africaine de Crédit-Bail dite SAFBAIL c/Société Air Continental, in P. G. Pougoué, S. S. Kuate Tameghé, op. cit., p. 296 v. pour la solution en droit français, R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2613*).

À l'exclusion de tout autre vice du consentement, le dol entraîne annulation du concordat. D'après l'article 140 de l'AUPC, le dol ne peut résulter que d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif. Il faut en déduire que toute autre cause de dol serait inopérante (*Civ. 28 mai 1941, DA. 1941, 258*) ; notamment l'omission d'une créance au bilan ne suffirait pas (*Rennes, 31 oct. 1940, Gaz. Pal., Tables, 1935-1940, v° Faillite, n° 581*). Les manœuvres frauduleuses ont dû tromper les créanciers (*Riom, 20 juill. 1840, S. 1840, 2, 354*) ; pour cela, il faut qu'elles soient volontaires et qu'elles ne procèdent pas seulement d'une erreur d'évaluation (*Req. 22 juill. 1868, motifs, S. 1869, 1, 56 ; 27 janv. 1874, DP. 1874, 1, 352 ; Trib. com. Seine, 14 mai 1906, Gaz. Pal. 1906, 1, 622 ; Rennes, 31 oct. 1934, Rec. Rennes 1935, 38, Gaz. Pal. 1935-1940, v° Faillite, n° 581*). De plus, il faut une véritable atteinte au gage commun des créanciers ; des manœuvres qui compromettraient le gage constitué au profit d'un créancier (*Douai, 28 févr. 1905, DP. 1906, 2, 303*) ou qui tendraient à écarter du vote un créancier en contestant ses droits (*Civ. 28 mai 1941, DA. 1941, 258*) ne seraient pas constitutives de dol.

Les causes du dol retenues par le législateur sont constitutives de faillite personnelle (*art. 196-1^o AUP-CAP*), cependant, l'article 140 de l'AUPC ne fait pas double emploi avec l'article 196-1^o de l'AUPC parce que l'annulation du concordat demeure possible alors même que l'action publique est éteinte par prescription ou par amnistie.

Au reste, les manœuvres frauduleuses doivent avoir été découvertes après l'homologation. Si elles avaient été connues auparavant, la juridiction compétente devrait en tenir compte avant de rendre sa décision d'homologation. Les manœuvres frauduleuses doivent avoir été connues par le syndic qui doit les avoir dénoncées à la juridiction compétente. La connaissance de

ces manœuvres qu'auraient eue certains créanciers n'empêcherait pas l'action des autres (*R. Houin, F. Derida, op. cit. n° 2616 et la référence citée*).

B - Action en nullité

122. L'action en nullité n'appartient qu'au seul représentant du Ministère public. Celui-ci apprécie l'opportunité de l'exercer. L'action en nullité doit être exercée dans le délai d'un an suivant la découverte du dol. La juridiction compétente apprécie souverainement l'opportunité de prononcer ou non l'annulation du concordat en fonction de l'intérêt collectif des créanciers et des travailleurs (*art. 140 AUPCAP, v. cpdt en droit français, R. Houin, F. Derida, op. cit., n°s 2617 à 2619*).

C - Libération des cautions

123. L'annulation libère, de plein droit, les cautions garantissant le concordat, sauf si celles-ci avaient connaissance du dol lors de leurs engagements (*art. 140, al. 2 AUPCAP*).

§2 - Résolution du concordat

Le concordat peut être résolu pour les causes indiquées par l'AUPCAP. L'action en résolution est soumise à des règles particulières. Le cautionnement au profit du débiteur survit à la résolution du concordat.

A - Causes de résolution du concordat

124. Comparée à l'annulation, les causes de résolution, énumérées par l'article 139 de l'AUPCAP, sont plus nombreuses. En effet, la résolution du concordat peut être prononcée dans trois cas :

- en premier lieu, en cas d'inexécution, par le débiteur, de ses engagements concordataires ou de non-respect des remises et délais consentis. La juridiction compétente apprécie cependant si ces manquements sont suffisamment graves pour compromettre définitivement l'exécution du concordat. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si ces manquements ne font pas définitivement obstacle à l'exécution du concordat de redressement, la juridiction compétente peut accorder des délais de paiement qui pourraient excéder de plus de dix mois ceux déjà consentis par les créanciers ;
- en deuxième lieu, lorsque le débiteur est frappé, pour quelque cause que ce soit, de l'interdiction d'exercer une activité commerciale, sauf si la durée et la nature de cette interdiction sont compatibles avec la poursuite de l'activité de l'entreprise par location-gérance, aux

fins, éventuellement, d'une cession d'entreprise dans des conditions satisfaisantes pour l'intérêt collectif ;

- en dernier lieu, lorsque, s'agissant d'une personne morale à qui le concordat a été accordé, les dirigeants contre lesquels a été prononcée la faillite personnelle ou l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale, assument de nouveau, en fait ou en droit, la direction de cette personne morale. Si l'interdiction frappe les dirigeants en cours d'exécution du concordat, celui-ci est résolu à moins que ces dirigeants ne cessent, en fait, d'exercer les fonctions qu'il leur est interdit de remplir. Toutefois, la juridiction compétente peut accorder un délai raisonnable, qui ne pourrait excéder trois mois, pour procéder au remplacement de ces dirigeants (*art. 139 AUPCAP*).

125. L'article 139-1° de l'AUPCAP prévoit la résolution du concordat si le débiteur n'exécute pas ses obligations (*Trib. régional hors classe de Dakar, jgmt. n° 074 du 27 février 2004, Société Carnaud Métal Box c/SNCDS, Obadat J- 05-280 ; A. Foko, note sous CCJA, arrêt n° 023/2006, 16 nov. 2006, Société Africaine de Crédit Automobile dite SAFCA et Société Africaine de Crédit-Bail dite SAFBAIL c/Société Air Continental, in P. G. Pougoué, S. S. Kuate Tamegbé, op. cit., p. 296*). Il n'y a là qu'une simple application de l'article 1184 C. civ., que justifie la nature contractuelle du concordat.

L'inexécution doit porter sur les clauses essentielles du concordat. La juridiction compétente apprécie si ces manquements sont suffisamment graves pour compromettre définitivement l'exécution du concordat et, dans le cas contraire, peut accorder des délais de paiement qui ne pourraient excéder, de plus de six mois, ceux déjà consentis par les créanciers (*art. 139-1° AUPCAP*).

126. En droit français déjà, le tribunal appréciait si l'inexécution est suffisamment grave pour entraîner la résolution (*Paris, 28 févr. 1896, DP. 1897, 2, 69*), ou si elle est imputable au débiteur (*Rennes, 13 juin 1936, Gaz. Pal., Tables 1935-1940, v° Faillite, n°s 587 et suiv. ; Paris, 12 mai 1954, JCP. 1954, IV, 103, v° Faillite*). Il en sera ainsi dans le concordat par abandon d'actif si le débiteur n'aide pas le représentant de la masse à appréhender les biens abandonnés aux créanciers (*Req. 29 avr. 1938, Journ. faillites 1938, 98*).

Les tribunaux français se reconnaissent le pouvoir d'accorder des délais de grâce au débiteur (*Angers, 13 févr. 1852, DP. 1852, 2, 286 ; Nancy, 17 janv. 1899, Journ. faillites 1899, 300 ; Trib. civ. Saint-Jean-de-Maurienne, 19 mars 1936, Journ. faillites 1936, 236*) et, de manière plus générale, d'apprécier la situation dans laquelle se trouve le débiteur (*Rennes, 13 juin 1936, Rec. Rennes 1936, 375, Gaz. Pal., tables 1935-1940, v° Faillite, n°s 587 et suiv.*). La résolution a été écartée lorsque le concordat était presque entièrement exécuté (*Paris, 28 févr. 1896, DP. 1897, 2, 69*). Mais le tribunal ne pourrait aller jusqu'à modifier les clauses du concordat homologué (*Trib. com. Seine, 29 juill. 1942, Gaz. Pal. 1942, 2, 271*).

Le pouvoir d'appréciation des tribunaux disparaîtrait si le concordat contenait une clause de résolution de plein droit (*A. Foko, note sous CCJA, arrêt n° 023/2006, 16 nov. 2006, Société Africaine de Crédit Automobile dite SAFCA et Société Africaine de Crédit-Bail dite SAFBAIL c/Société Air Continental, in P. G. Pougoué, S. S. Kuaté Tameghé, op. cit., p. 297*) ; comp. *Angers, 13 févr. 1852, DP. 1852, 2, 286*).

B - Action en résolution du concordat

127. La juridiction compétente peut être saisie à la requête d'un créancier (*v. cpdt en droit français, R. Houin, F. Derrida, op. cit. n° 2625*) ou des contrôleurs du concordat. Elle peut également se saisir d'office, le débiteur entendu ou dûment appelé (*art. 139, al 2 AUPCAP*).

Tout créancier concordataire peut demander la résolution (*Arg. Trib. com. Seine, 29 juill. 1942, Gaz. Pal. 1942, 2, 271*).

La demande ne peut être dirigée que contre un concordat homologué. Même si certaines stipulations concordataires devaient être exécutées avant l'homologation (*Arg. Civ. 3 juill. 1939, Journ. faillites 1939, 157*), l'inexécution de telles stipulations devait conduire au refus d'homologation (*R. Houin, F. Derrida, op. cit., n° 2621*).

C - Survie du cautionnement

128. À la différence de l'annulation du concordat, la résolution du concordat ne libère pas les cautions qui sont intervenues pour en garantir l'exécution totale ou partielle.

Section 2 - Traitement commun de l'annulation et de la résolution

129. L'instance est engagée contre le débiteur ou, si celui-ci est décédé, contre ses héritiers, conformément aux dispositions de la législation nationale.

130. En effet, en cas de résolution ou d'annulation du concordat de redressement, la juridiction compétente convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens et nomme un syndic (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 294*). Il est constitué une seule masse des créanciers antérieurs et postérieurs au concordat. Selon l'article 141 de l'AUPCAP, le syndic procède sans retard, sur la base

de l'ancien inventaire et avec l'assistance du juge-commissaire, si des scellés ont été apposés conformément à l'article 59 de l'AUPCAP, au récolement des valeurs, actions et papiers. Au besoin, il procède à un inventaire et dresse un bilan supplémentaire. Il fait immédiatement publier un extrait de la décision rendue et une invitation aux nouveaux créanciers, s'il en existe, de produire leurs titres de créance à la vérification dans les conditions prévues aux articles 78 et suivants de l'AUPCAP. Il procède sans retard à la vérification des nouveaux titres de créance produits. Les créances antérieurement admises sont reportées d'office au nouvel état des créances, sous déduction des sommes qui auraient été perçues par les créanciers au titre des dividendes.

131. L'article 142 de l'AUPCAP explicite la condition des créanciers antérieurs. En premier lieu, si avant la résolution ou l'annulation du concordat, le débiteur n'a payé aucun dividende, les remises concordataires sont anéanties et les créanciers antérieurs recouvrent l'intégralité de leurs droits. Tout se passe alors comme s'il n'y avait jamais eu de concordat (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 294*).

En second lieu, si le débiteur a déjà payé une partie du dividende, les créanciers antérieurs au concordat ne peuvent réclamer, à l'encontre des nouveaux créanciers, que la part de leurs créances primitives correspondant à la portion du dividende promis qu'ils n'ont pu toucher. Tout se passe comme si le concordat était maintenu puisque la réclamation ne porte que sur la part non payée du dividende promis.

En dernier lieu, les titulaires de créances contre la première masse conservent leur droit de préférence par rapport aux créanciers composant cette masse (*art. 142, al. 3 AUPCAP*). Cette solution se recommande de bons arguments (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 294*). En effet, l'annulation ou la résolution du concordat n'a pas pour effet de remettre en cause une position privilégiée qui existait avant l'adoption du concordat. Par ailleurs, en vue de protéger les créanciers postérieurs à l'homologation, l'Acte uniforme dispose que leurs droits ne peuvent être déclarés inopposables qu'en cas de fraude aux droits des créanciers et dans les conditions de l'action paulienne (*art. 143 AUPCAP*). Ces conditions sont plus difficiles à réunir que celles des inopposabilités de la période suspecte (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 294*).

En définitive, la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens est une solution énergique. La formule radicale de l'article 141 de l'AUPCAP n'autorise pas le juge à rouvrir la procédure (*v. cpdt, R. Houin, F. Derrida, op. cit. n°s 2636 et suiv.*).

**Kuassi DECKON H.
Koffi AGBENOTO M.**

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Annulation

- Action, 123
- Cause, 121
- Conséquences, 130, 131

Assemblée

- Convocation, 13, 15
- Délibérations, 19
- Procès-verbal, 28
- Vote, 27, 29, 32, 36, 41

Caution, 30, 94, 95, 96, 98, 99, 113, 123, 128

Cautionnement, 84, 86, 96

Cessionnaire, 26, 40

Clause de retour à meilleure fortune, 115, 140

Concordat

- Cession partielle d'actif, 73, 75, 77, 78, 80, 103
- Assemblée, 75, 78, 80, 92, 95
- Homologation, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61
- Garanties, 110, 113, 120
- Vote, 27-31
- Exécution, 79
- Intangibilité, 92
- Offre, 7, 9, 11, 32, 33, 34, 80
- Ordinaire, 6, 78
- Rejet, 70

C

Contrôleur, 8, 13, 29, 57, 105, 106, 110, 112

Convocation

- Créanciers, 16

- Débiteurs, 18

- Forme, 15

- Sanction, 17

Créanciers

- Décédé, 40
- Munis de sûretés, 31, 55
- Munis de privilèges, 31
- Vote, 29, 30

D

Débiteurs, 10, 12

Délibérations, 19, 22, 24

E

Égalité (Principe d'), 47, 48, 49, 66

G

Garanties, 83, 87, 113, 120

H

Homologation

- Conditions, 54
- Décision, 57, 58
- Procédure, 56
- Publicités, 57
- Refus, 65, 70-71
- Voies de recours, 57

I

Intérêt collectif, 54, 65, 66, 68, 122, 124

J

Juge-commissaire, 14, 19, 107

L

Libéralité, 86, 101, 102, 118

M

Majorité, 19, 29, 35, 36, 43, 60, 68, 80, 92

Masse

- des créanciers, 88, 90, 94, 103, 105
- des obligataires, 38

O

Opposabilité, 77, 89, 91

R

Résolution

- Action, 127
- Causes, 124
- Conséquences, 130, 131

S

Syndic, 79, 103, 107, 108, 110, 134, 121

T

Tiers, 94

V

Vote

- Irrévocabilité, 42, 43
- Objet, 32
- Par correspondance, 32

RÉGIME GÉNÉRAL DES SÛRETÉS

Table des matières

Introduction n° 1 à 3

Titre I : **Cadre général** n° 1 à 57

Chapitre I : **Définitions, domaine et moment d'application des sûretés** n° 5 à 33

Section I - **Définitions** n° 6 à 16

§1 - Sûretés et débiteur professionnel n° 7 à 11

A - Sûreté n° 8 à 10

B - Débiteur professionnel n° 11

§2 - Catégories principales de sûretés n° 12

A - Sûretés personnelles n° 13 et 14

B - Sûretés réelles n° 15 et 16

Section II - **Champ et moment d'application des sûretés** n° 17 à 33

§1 - Champ d'application des sûretés n° 17 à 28

A - Champ d'application territorial n° 18 à 20

B - Champ d'application matériel n° 21 à 28

I - Garanties soumises à l'AUS n° 22 et 23

II - Sûretés couvertes par l'AUS n° 24 à 28

§2 - Moment d'application de l'AUS n° 29 à 33

A - Organisation de la période transitoire n° 30 et 31

B - Indication de la période d'entrée en vigueur de l'AUS n° 32 et 33

Chapitre II : **Agent des sûretés** n° 34 à 57

Section I - **Signification de la notion** n° 37 à 41

§1 - Contenu n° 38 et 39

§2 - Contours n° 40 et 41

Section II - **Désignation** n° 42 à 44

§1 - Acte de désignation n° 43

§2 - Contenu de l'acte n° 44

Section III - **Pouvoirs** n° 45 à 49

Section IV - **Responsabilité de l'agent** n° 50 à 57

§1 - Transfert de propriété au profit de l'agent n° 51 à 53

§2 - Manquement de l'agent à ses devoirs n° 54 à 57

Titre II : **Différents types de sûretés** n° 58 à 186

Chapitre I : **Organisation des sûretés personnelles** n° 60 à 87

Section I - **Affirmation implicite du principe de la liberté contractuelle** n° 61 à 65

§1 - Déduction du principe de la définition légale des sûretés personnelles n° 62 et 63

§2 - Principales conséquences du principe en droit des sûretés OHADA n° 64 et 65

Section II - **Deux types de sûretés personnelles organisés par l'AUS** n° 66 à 87

§1 - Cautionnement n° 67 à 78

A - Amélioration du contenu du cautionnement n° 69 à 75

I - Extension du cautionnement aux obligations futures n° 70 à 72

II - Suppression du cautionnement conclu à l'insu du débiteur n° 73 à 75

B - Assouplissement des règles de mise en jeu de la caution n° 76 à 78

§2 - Garantie autonome n° 79 87

A - Clarifications relatives à la dénomination et à la formation de la garantie n° 80

I - Clarification apportée à la dénomination de la garantie n° 81 à 83

II - Clarifications relatives à la formation de la garantie n° 84 à 86

B - Clarifications relatives aux effets de la garantie autonome n° 87

Chapitre II : **Organisation des sûretés réelles mobilières** n° 88 à 186

Section I - **Généralisation de l'inscription des sûretés réelles mobilières sans dépossession** n° 89 à 97

§1- Domaine d'application désormais étendu n° 90 et 91

§2 - Régime juridique simplifié n° 92 à 97

Section II - **Elargissement de la gamme des sûretés réelles mobilières** n° 98 à 116

§1 - Consécration par l'AUS de la réserve de propriété n° 99 à 105

A - Conditions d'existence, de validité et d'opposabilité de la réserve de propriété n° 101 à 103

I - Conditions d'existence et de validité n° 101 et 102

II - Condition d'opposabilité n° 103

B - Effets de la réserve de propriété n° 104 à 105

I - Cas de l'utilisation par le débiteur du bien réservé n° 104

II - Cas de non-paiement ou paiement partiel à l'échéance n° 105

§2 - Consécration par l'AUS de la propriété cédée à titre de garantie n° 106 à 116

A - Cession de créance à titre de garantie n° 107 à 111

I - Conditions d'existence et de validité de la cession de créance à titre de garantie n° 107 et 108

II - Opposabilité de la cession de créance à titre de garantie n° 109 à 111

B - Transfert fiduciaire d'une somme d'argent n° 112 à 116

I - Conditions de formation et d'opposabilité n° 113 à 114

- II - Conditions d'achèvement de la sûreté n° 116
- Section III - **Etablissement d'un nouveau critère de distinction entre le gage et le nantissement** n° 117 à 125
 - §1 - Abandon de l'ancien critère de distinction entre le gage et le nantissement n° 118 à 120
 - §2 - Consécration d'un nouveau critère de distinction entre le gage et le nantissement n° 121 à 125
- Section IV - **Consécration de nouveaux nantissements** n° 126 à 186
 - §1 - Nantissement des créances n° 127 à 137
 - A - Constitution du nantissement des créances n° 128 à 132
 - I - Conditions de fond n° 129 et 130
 - II - Conditions de forme n° 131 et 132
 - B - Effets du nantissement des créances n° 133 à 137
 - I - Opposabilité n° 134 et 135
 - II - Réalisation n° 136 et 137
 - §2 - Nantissement de compte bancaire n° 138 à 145
 - A - Constitution du nantissement de compte bancaire n° 139 à 143
 - I - Objet du nantissement de compte bancaire n° 140 à 142
 - II - Liberté contractuelle des parties à l'acte du nantissement de compte bancaire n° 143
 - B - Effets du nantissement de compte bancaire n° 144 et 145
 - §3 - Nantissement de comptes de titres financiers n° 146 à 160
 - A - Constitution du nantissement de compte de titres financiers n° 148 à 155
 - I - Conditions de fond n° 149 et 150
 - II - Conditions de forme n° 151 à 155
 - a - Acte du nantissement de compte de titres financiers n° 152 et 153
 - b - Liberté contractuelle des parties à l'acte du nantissement de compte de titres financiers n° 154 et 155
 - B - Effets du nantissement de compte de titres financiers n° 156 à 160
 - I - Formalités préalables à la réalisation n° 157 et 158
 - II - Exercice du droit de réalisation n° 159 à 160
 - §4 - Nantissement des droits de propriété intellectuelle n° 161 à 186
 - A - Constitution du nantissement des droits de propriété intellectuelle n° 162 à 170
 - I - Assiette du nantissement des droits

- de propriété intellectuelle n° 163 à 166
- II - Forme du nantissement des droits de propriété intellectuelle n° 167 à 170
 - a - Nantissement conventionnel n° 168
 - b - Nantissement judiciaire n° 169 et 170
- B - Inscription du nantissement des droits de propriété intellectuelle n° 171 à 186
 - I - Formalités d'inscription n° 172 à 181
 - a - Inscription au registre du commerce et du crédit mobilier n° 173 à 179
 - b - Inscription au registre spécial OAPI n° 180 et 181
 - II - Droits du créancier inscrit n° 182 à 186
 - a - Droit de suite n° 183
 - b - Droit de préférence n° 184 et 185
 - c - Droit de réalisation n° 186

Bibliographie

- BRIZOUA-BI (M),
 - Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA, Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, pp. 63-65.
 - L'attractivité du nouveau droit OHADA des hypothèques, Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, pp. 86-88.
- CROCQ (P),
 - Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, pp. 52-58.
 - Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, pp. 78-85.
- FILLE-LAMBIE et MARCEAU-COTTE (A), Les sûretés sur les meubles incorporels : le nouveau nantissement dans l'Acte uniforme sur les sûretés. Droit et patrimoine, n° 197, novembre, 2010, pp. 72-77.
- ISSA-SAYEGH (J), Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA, Revue de droit uniforme, 1999.
- ISSA-SAYEGH (J), OHADA-Sûretés, Bruxelles, éd. Bruylant, Juriscope, 2002.
- MIENDJIEM (I.L.), La floating charge de droit anglais et les nantissements du droit OHADA, RRJ Droit prospectif, 2009-3, pp. 1571-1608.

Introduction

1. A la suite de l'avis donné le 3 août 2010 par la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) conformément à la procédure pertinente en vigueur en OHADA, le projet de réforme de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés (AUS) du 17 avril 1997 a reçu l'approbation de l'assemblée des experts de l'OHADA réunis à Lomé au Togo du 4 au 6 octobre 2010, sous réserves d'une

question relative au rang du privilège des organisme sociaux. Cette question réglée par la suite, le projet d'Acte uniforme portant organisation des sûretés, révisé a été adopté, par le Conseil des ministres des pays membres de l'OHADA, le 15 décembre 2010 à Lomé au Togo.

2. Cet Acte abroge l'AUS du 17 avril 1997 et consacre une véritable réforme du droit des sûretés en OHADA. Cette réforme poursuit un double objectif : d'une part, accroître la sécurité juridique des différents acteurs

économiques et, d'autre part, doter les créanciers d'instruments juridiques efficaces, ce qui résulte à la fois d'un assouplissement des modalités de constitution ou de réalisation des sûretés existantes et d'innovations juridiques telles que l'introduction des cessions à titre de garantie ou la consécration d'une nouvelle institution comme l'agent des sûretés [P. CROCCO, « *Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés* », *Droit et patrimoine*, n° 197, novembre 2010, p. 52].

3. Ces améliorations et innovations dessinent la tendance nouvelle du droit des sûretés en OHADA et constituent la charpente du nouveau régime général des sûretés en OHADA.

Ce régime général peut être présenté à partir du cadre général du nouveau droit des sûretés (Titre I), et à travers les différents types de sûretés consacrées (Titre II). La distribution des deniers et le classement des sûretés ne permettent pas de saisir le nouveau régime général des sûretés parce qu'ils n'ont pas connu d'innovations majeures. Tout au plus, on peut signaler une modeste amélioration au niveau de la réduction de huit à sept rangs l'ordre de classement des créanciers en matière mobilière [voir art. 149 AUS ancien et 226 AUS nouveau].

Titre I : Cadre général

4. Le cadre général des sûretés issues de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 est constitué par les définitions des notions clés, la détermination du domaine et du moment d'application des sûretés (Chapitre I) et la présentation de l'agent des sûretés (Chapitre II).

Chapitre I : Définitions, domaine et moment d'application des sûretés

5. Il convient d'abord de présenter les définitions (Section I) avant d'indiquer le domaine et le moment d'application des sûretés (Section II).

Section I - Définitions

6. Le législateur OHADA a pris le soin de définir certains termes clés de l'AUS. Certainement pour dissiper quelque malentendu, mais aussi pour indiquer l'esprit général de la réforme. C'est ainsi que le terme sûreté (§1) reçoit une nouvelle définition, pendant que l'expression « *débiteur professionnel* » rentre dans le champ des définitions (§1). Les deux principales catégories de sûretés sont également redéfinies (§2).

§1 - Sûretés et débiteur professionnel

7. La teneur de l'Acte uniforme s'ouvre par la définition de la sûreté (A), puis suit celle du débiteur professionnel (B).

A - Sûreté

8. D'après l'article 1 de l'AUS, « *une sûreté est l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant* ».

Cette définition de l'AUS du 15 décembre 2010 est nouvelle. Elle se distingue de celle de l'article 1^{er} alinéa 1 de l'AUS ancien en ce qu'elle est plus précise, plus détaillée, recouvre une très large catégorie de biens susceptibles de faire l'objet d'une sûreté ainsi qu'une gamme étendue d'obligations pouvant être garanties par une sûreté.

En effet, la définition ci-dessus énoncée vise autant les sûretés légales que conventionnelles, intègre les sûretés tant civiles que commerciales, consacre non seulement la possibilité de grever un bien unique, un ensemble de biens et même tout son patrimoine, mais aussi et surtout, la possibilité de garantir l'exécution de toutes sortes d'obligations, qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, que leur montant soit fixe ou fluctuant. Il y a là une avancée en droit des sûretés OHADA qui mérite d'être soulignée.

9. Toutefois, cette définition ne s'éloigne pas du fond commun à toutes les sûretés, à savoir l'idée que si tous les créanciers ont le droit de poursuivre la réalisation des biens de leur débiteur, le patrimoine de celui-ci constituant leur gage général [conformément à l'article 2093 c.civ. d'après lequel : « *Les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* »], leurs créances peuvent être garanties spécifiquement par une sûreté légale ou conventionnelle leur conférant un droit de préférence.

10. La définition de l'article 1 AUS ci-dessus citée, comme la plupart des définitions de la notion de sûretés, comporte les germes de la confusion entre les termes « *sûretés* » et « *garanties* ». Toute sûreté est, en effet, une garantie, mais toute garantie n'est pas une sûreté. Le concept de « *garantie* » recouvre des réalités plus étendues que celui de « *sûretés* ». Le mot « *garantie* » renvoie à toute mesure destinée à assurer la sécurité de la formation et de l'exécution des transactions

[ISSA-SAYEGH (J) et alii, *Sûretés-OHADA*, Bruxelles, éd. Bruylant, Juriscope, Collection droit uniforme africain, n° 1, p. 1] ; il en est ainsi, de la stipulation pour autrui, de la promesse de porte-fort, de la solidarité ou de l'obligation *in solidum*, de l'action directe, de la clause d'inaliénabilité, de l'exception d'inaliénabilité, de l'exception d'inexécution, de la clause de la garantie du passif social, de l'obligation de s'abstenir (non-concurrence, non-rétablissement), de la garantie de vice non caché, etc.

Alors que le mot « *sûreté* » s'entend de tout moyen juridique destiné à éviter les inconvénients de l'insolvabilité du débiteur en conférant au créancier un second débiteur ou un droit de préférence sur le prix d'un ou plusieurs biens du débiteur pour échapper au concours des autres créanciers ou un droit de suite pour poursuivre la réalisation du bien qui pourrait se trouver entre les mains de tout acquéreur à qui le débiteur aurait (de bonne ou mauvaise foi), transféré la propriété. La sûreté est destinée à garantir le crédit qu'accorde un créancier à un débiteur. Elle est consubstantiellement liée au crédit et ne peut exister en l'absence de celui-ci.

B - Débiteur professionnel

11. Selon l'article 3 de l'AUS, « *est considéré comme débiteur professionnel au sens du présent Acte uniforme, tout débiteur dont la dette est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport directe avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale* ».

On peut s'interroger sur l'opportunité de cette définition qui n'existait pas dans l'ancien Acte uniforme. Est-ce une simple précision apportée sur une notion nouvelle ou potentiellement confuse ? ou une volonté affirmée de distinguer clairement le débiteur professionnel et le débiteur non professionnel ? Si cette dernière distinction est la volonté du législateur, peut-on en déduire que l'AUS ne s'applique qu'au débiteur professionnel ? Certains semblent soutenir que les sûretés mises en place par le nouvel AUS concernent le débiteur professionnel [Sur ce point, voir CHIFFLOT BOURGEOIS (F), « *Les garanties de paiement : l'apport des sûretés dans l'espace OHADA* », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 1, janvier 2011, étude 2, p. 3]. Dans ce cas, quelle sera la législation applicable au débiteur non professionnel ? Par exemple, quelle est la législation applicable à un emprunt garanti par un nantissement de compte bancaire, effectué pour payer la scolarité de ses enfants ?

Il faut retenir que l'AUS nouveau, pour ce qui concerne les sûretés qu'il consacre, s'applique à tout type de débiteur y compris le débiteur non professionnel.

§2 - Catégories principales de sûretés

12. Les sûretés peuvent être classées en plusieurs

catégories selon des critères différents et susceptibles d'être combinés. Ainsi, on peut distinguer les sûretés conventionnelles, qui sont l'œuvre des parties et librement consenties par le débiteur ou le constituant, et les sûretés légales qui sont conférées par la loi ou les sûretés judiciaires qui sont celles imposées par le juge.

On peut aussi distinguer les sûretés personnelles et les sûretés réelles. C'est la *summa divisio* des sûretés. C'est cette distinction qui a emporté le choix du législateur OHADA. Elle constitue la charpente de l'AUS adopté le 15 décembre 2010. On précisera que les privilèges généraux ne peuvent pas être considérés comme faisant partie des catégories principales de sûretés parce qu'ils existent au profit spécialement de certains pour certains biens précis.

Il convient alors de présenter les sûretés personnelles (A) et les sûretés réelles (B).

A - Sûretés personnelles

13. Aux termes de l'article 4 alinéa 1 AUS, « *les sûretés personnelles, au sens du présent Acte uniforme, consistent en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie* ».

14. Au fond, cette définition est identique à celle que prévoyait déjà l'ancien AUS. Toutefois, il convient de souligner deux apports du nouvel AUS. D'abord, l'utilisation du pluriel : « *les sûretés personnelles* », pour marquer la variété des sûretés personnelles. A côté du cautionnement, il y a la lettre de garantie à première demande [MARTOR (B), « *Comparaison de deux sûretés personnelles : cautionnement et lettre de garantie* », *La semaine juridique*, éd. E, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 5 supplément au n° 44 du 28 octobre 2004, p. 21]. Ensuite, l'ajout dans le libellé de la définition des termes « (...) *au sens du présent Acte uniforme* (...) ». Ces termes laissent sous-entendre la possibilité de créer d'autres sûretés personnelles que celles régies par le nouvel AUS [CROCQ (P), « *Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés* », *Droit et patrimoine* n° 197, novembre 2010, p. 54]. Ce qui semble ne pas être le cas pour les sûretés réelles.

B - Sûretés réelles

15. Suivant les dispositions de l'article 4 alinéa 2 AUS, « *sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, les seules sûretés réelles valablement constituées sont celles qui sont régies par cet Acte. Elles consistent soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le*

droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation ».

16. Cette définition reprend en partie, celle que proposait déjà l'ancien AUS. Mais, elle contient aussi de substantiels apports. Les dispositions de l'article 4 alinéa 2 commencent d'abord par régler la question du *numerus clausus* des sûretés réelles. Il ne peut pas y avoir de sûretés réelles en dehors de celles qui sont réglementées par l'AUS, à moins que l'AUS ne l'ait expressément prévu, ce qui est le cas, d'après l'alinéa 4 de l'article 4, pour les sûretés propres au droit fluvial, maritime et aérien, pour les sûretés légales et pour les sûretés garantissant l'exécution de contrats conclus exclusivement entre établissements de financement.

Ensuite, tout en reconduisant l'ancienne définition de la sûreté réelle, l'alinéa 2 de l'article 4 ci-dessus cité enrichit celle-ci par des dispositions qui prennent en compte l'entrée de la propriété retenue à titre de garantie dans la liste des sûretés mobilières : « (...) soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation ».

Ces définitions qui relèvent en filigrane le sens de la réforme, permettent de fixer le champ d'application des sûretés. Celui-ci sera complété par le moment d'application de celles-ci.

Section II - Champ et moment d'application des sûretés

17. Pour la clarté de l'exposé, il convient de présenter successivement le champ d'application des sûretés (§1) et le moment d'application de celles-ci (§2).

§1 - Champ d'application des sûretés

Les sûretés ont un champ d'application territorial (A) et matériel (B).

A - Champ d'application territorial

18. L'AUS est, dès son entrée en vigueur, directement applicable dans tous les Etats membres de l'OHADA signataires du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique adopté à Port-Louis et révisé le 17 octobre 2008 à Québec. La révision est entrée en vigueur le 21 mars 2010. Conformément à l'article 53 de ce traité, l'AUS est également applicable aux Etats qui y adhéreront ultérieurement. Les sûretés applicables, sur la base de l'AUS, sont les mêmes d'un Etat à l'autre dans tout l'espace OHADA.

19. Les sûretés ne sont applicables que dans la zone OHADA et ne peuvent porter que sur des biens situés

à l'intérieur de la zone OHADA. De nombreuses règles contenant des élections de domicile et des clauses attributives de compétence ont été prévues dans l'AUS.

20. On signalera que rien n'a été prévu par l'AUS en cas de franchissement de frontière de la zone OHADA pour certains biens tels que les marchandises. Dans ce cas, on revient aux questions classiques relatives aux conflits de lois. En la matière et s'agissant des sûretés réelles, la règle de principe est que la sûreté doit être régie par la loi du lieu de situation du bien (*lex rei sitae*). Les sûretés réelles concernent la propriété du bien et la sécurité des droits des tiers qui font partie intégrante du statut réel. Cette solution ne fait aucun doute lorsque la sûreté en cause est une sûreté légale ou judiciaire ; par contre, si elle a une origine conventionnelle, elle pourra être soumise à la loi d'autonomie. Dans ce cas, la législation applicable pourra être l'AUS, la législation interne du pays où se trouvent les biens grevés ou une législation spécifique [CHIFFLOT BOURGEOIS (F), *op. cit.*, p. 5].

B - Champ d'application matériel

21. La détermination du champ d'application matériel de l'AUS n'est pas aisée. Pour mieux l'appréhender, il convient d'abord d'indiquer les garanties soumises à l'AUS (I), avant de présenter les sûretés soumises à l'AUS (II).

I - Garanties soumises à l'AUS

22. D'après l'article 2 de l'AUS, « *sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, les sûretés qu'il régit sont accessoires de l'obligation dont elles garantissent l'exécution* ». En d'autres termes, l'AUS ne s'applique pas aux garanties qui sont la conséquence d'une situation déterminée, d'un ensemble de liens, ou de la nature de ces liens. Par exemple, l'obligation *in solidum* est une conséquence de la pluralité de débiteurs et de l'unité de la dette. L'obligation *in solidum* doit demeurer étrangère à l'AUS parce que n'étant pas l'accessoire, mais la conséquence de l'obligation dont elle garantit l'exécution.

Le caractère accessoire de la sûreté par rapport à l'obligation dont elle garantit l'exécution emporte une série de conséquences. D'abord, le constituant n'est tenu que de la dette du débiteur principal ; ensuite, le constituant peut opposer au créancier les exceptions que pourrait invoquer le débiteur : exception de nullité, de résiliation, de résolution, de compensation, etc. ; enfin, il revient au créancier agissant contre le constituant de prouver l'existence et l'étendue de l'obligation principale.

23. Les sûretés régies par l'AUS sont en principe celles qui s'ajoutent au rapport d'obligation, n'en sont

jamais la conséquence et naissent d'une source distincte qui est la loi, la décision du juge ou une convention particulière [MALAURIE (Ph) et AYNES (L), *Droit civil, Les sûretés – La publicité foncière*, par Laurent AYNES, Paris, Cujas, 8^e éd., 1997, n° 2, p. 12]. De ce caractère accessoire de la sûreté naît l'hésitation à faire entrer dans la catégorie des sûretés certaines garanties inhérentes au rapport d'obligation : réserve de propriété, droit de rétention, crédit-bail, etc. [Sur cette question, voir CROCQ (P), *Propriété et garantie*, thèse, Paris II, LGDJ, 1995, n° 288 et s]. Dès lors, on comprend tout le sens des termes : « *sauf disposition contraire du présent Acte uniforme* », qui permettent de justifier la présence du droit de rétention et de la réserve de propriété dans la catégorie des sûretés, notamment des sûretés mobilières prévues par l'AUS.

II - Sûretés couvertes par l'AUS

24. D'abord l'AUS s'applique aux sûretés personnelles [Sur leur définition, voir *supra* n°s 13-14]. Deux types sont expressément régis par l'AUS : le cautionnement (art. 13 à 38) et la garantie autonome (art. 39 à 49). Mais, il faut signaler qu'en la matière une large place est laissée à la liberté contractuelle, comme en témoigne les termes : « (...) *au sens du présent Acte uniforme (...)* » contenus dans le libellé de la définition des sûretés personnelles. Ces termes sous-entendent que dans l'espace OHADA, il peut y avoir d'autres sûretés personnelles qui ne sont pas régies par l'AUS.

25. L'AUS s'applique, ensuite, aux sûretés réelles [Sur leur définition, voir *supra* n°s 12-13]. Il procède à la distinction classique des sûretés mobilières et les hypothèques.

D'après l'article 50 AUS, « *les sûretés mobilières sont : le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels et les privilèges* ».

De manière détaillée, il s'agit :

- du droit de rétention (art. 67 à 70)
- de la réserve de propriété (art. 72 à 70)
- de la cession de créance à titre de garantie (art. 80 à 86)
- du transfert fiduciaire d'une somme d'argent (art. 87 à 91)
- du gage des meubles corporels (art. 93 à 117)
- du gage du matériel professionnel et des véhicules automobiles (art. 118 à 119)
- du gage des stocks (art. 120 à 124)
- du nantissement des créances (art. 127 à 135)
- du nantissement de compte bancaire (art. 136 à 139)
- du nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières (art. 140 à 145)
- du nantissement de compte des titres financiers (art. 146 à 155)

- du nantissement des propriétés intellectuelles (art. 156 à 161)
- du nantissement du fonds de commerce (art. 162 à 165)
- du privilège du vendeur du fonds de commerce (art. 166 à 178)
- des privilèges généraux (art. 179 à 181)
- des privilèges spéciaux (art. 182 à 189).

S'agissant des hypothèques, l'article 190 alinéa 2 précise que l'hypothèque « *est légale (art. 210 à 212), conventionnelle (art. 203 à 208) et judiciaire (art. 213 à 221)* ».

26. Cette longue liste des sûretés réelles est close. Il y a en droit OHADA un *numerus clausus* des sûretés réelles qui peut être justifié, d'une part, par le principe de l'égalité des créanciers qui implique que des droits de préférence sur les biens de leur débiteur ne leur soient reconnus que si un texte l'admet expressément, et, d'autre part, par la volonté d'éviter de trop grands bouleversement du droit des sûretés. L'objectif global a été d'assurer une uniformité des pratiques en matière de crédit.

27. Enfin l'AUS peut s'appliquer à une dernière catégorie de sûreté qui a la particularité de pouvoir faire aussi l'objet d'une législation particulière. Il s'agit, d'après l'article 4 alinéa 4 AUS des « *sûretés propres au droit fluvial, maritime et aérien, les sûretés légales autres que celles régies par le présent Acte uniforme, ainsi que les sûretés garantissant l'exécution de contrats conclus exclusivement entre établissements de financement* ». Le même alinéa 4 de l'article 4 précise *in fine* que ces sûretés « *peuvent faire l'objet de législations particulières* ».

28. Autrement dit, pour ces sûretés, les parties doivent choisir le droit applicable qui peut être soit l'AUS, soit une autre législation. Il y a là une innovation de l'AUS qui, non seulement n'exclut plus expressément, comme l'avait fait l'ancien AUS, les sûretés relatives au domaine fluvial, maritime et aérien de son champ d'application, mais aussi vise désormais les sûretés garantissant l'exécution de contrats conclus exclusivement entre établissements de financement. Ce qui n'était pas le cas dans l'ancien AUS.

Le champ d'application matériel de l'AUS est vaste, diversifié et porte sur tout type de biens qui puissent exister au profit d'un créancier. Le moment d'application réglera la question des rapports entre l'ancien et le nouvel AUS.

§2 - Moment d'application de l'AUS

29. L'indication du moment d'application de l'AUS permet de présenter l'organisation de la période tran-

sitoire (A) et d'indiquer la période d'entrée en vigueur de l'AUS (B).

A - Organisation de la période transitoire

30. La période transitoire vise de passage de l'ancien AUS vers le nouveau. Concrètement, il s'agit d'organiser les rapports entre l'ancien AUS et le nouveau. A cet effet, l'article 227 alinéa 1 AUS nouveau dispose que « *le présent Acte uniforme, qui abroge l'Acte uniforme portant organisation des sûretés du 17 avril 1997, n'est applicable qu'aux sûretés consenties ou constituées après son entrée en vigueur* ».

Il ressort très clairement de l'article 227 alinéa 1 AUS ci-dessus cité que l'AUS nouveau abroge uniquement l'AUS du 17 avril 1997. Il en résulte une interrogation sur le sort des dispositions des textes législatifs et réglementaires antérieures à l'adoption de l'AUS du 17 avril 1997 et qui sont restées en vigueur malgré l'application de cet AUS [sur cette question, voir *ISSA-SAYEGH (J), « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA », Revue de droit uniforme, 1999-1, pp. 5 et s. ; ISSA-SAYEGH (J), et alii, op. cit., n° 8, pp. 4 et 5*], notamment les textes nationaux spéciaux destinés à préciser les modalités particulières de certaines sûretés, lorsque les dispositions concernés ne sont pas contraires à l'AUS. Il en est ainsi :

- du décret n° 84-501 du 2 juin 1983 sur le cautionnement ou l'aval de l'Etat ivoirien (J.O.R.C.I., n° 29 du 21 juillet 1983, p. 361) ;
- de la loi n° 94-620 du 18 novembre 1994 sur la tierce détention en matière de café et de cacao (J.O.R.C.T., n° 58 du 8 décembre 1994, p. 959) et de son décret d'application n° 99-43 du 20 janvier 1999 (J.O.R.C.I., du 18 mars 1999, p. 196) ;
- du décret n° 92-08 du 8 janvier 1994 portant code des marchés publics, notamment art. 93 et suivants relatifs au nantissement des marchés publics (J.O.R.C.I., n° 6 du 6 février 1992) et plus généralement, toutes les dispositions identiques des codes des marchés publics de certains pays membres de l'OHADA [sur cette question, Voir *entrée Nantissement*].

31. L'alinéa 2 de l'article 227 AUS précise que « *les sûretés consenties ou constituées antérieurement au présent Acte uniforme et conformément à la législation alors en vigueur restent soumises à cette législation jusqu'à leur extinction* ».

L'on observera que les termes : « *la législation alors en vigueur* » renvoient non seulement à l'ancien AUS du 17 avril 1997, mais aussi à la législation antérieure à l'entrée en vigueur de cet AUS. C'est-à-dire, celle qui était appliquée dans chaque Etat partie au Traité OHADA avant le 1^{er} janvier 1998, date d'entrée en vigueur de l'ancien AUS. Il s'agit essentiellement du code civil (art. 2011 à 2203), du code de commerce (pour le gage commercial), des textes spéciaux fran-

çais et des textes fonciers coloniaux (pour les sûretés réelles immobilières).

B - Indication de la période d'entrée en vigueur de l'AUS

32. Conformément à l'article 228 AUS « *le présent Acte uniforme sera publié au journal officiel de l'OHADA dans un délai de soixante jours à compter de la date de son adoption. Il sera également publié dans les Etats parties, au journal officiel ou par tout moyen approprié. Il sera applicable quatre-vingt dix jours à compter de la date de sa publication au journal officiel de l'OHADA conformément à l'article 9 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port-Louis le 17 octobre 1993, tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008* ».

33. L'article 228 AUS ci-dessus cité règle d'abord les modalités de publication de l'AUS en même temps qu'il fournit des éléments qui permettront de situer la période d'entrée en vigueur de l'AUS. La date d'entrée en vigueur étant liée à celle de la publication.

Concrètement, l'AUS a été adopté le 15 décembre 2010. Il doit être publié au journal officiel de l'OHADA dans un délai de 60 jours à compter du 15 décembre 2010, c'est-à-dire le 15 février 2011. Ce qui a été fait. Il est applicable 90 jours à compter du 15 février 2011. Arithmétiquement, l'AUS devrait entrer en vigueur le 15 mai 2011. En principe, cette date ne pourra pas être évitée car comme l'indique l'article 9 du Traité OHADA, seules les modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par l'Acte uniforme lui-même peuvent repousser le délai de 90 jours. Or, l'AUS n'a prévu aucune modalité particulière de son entrée en vigueur. Le 15 mai 2011, l'AUS entrera en vigueur et sera opposable aux Etats parties. Par ces dispositions de l'article 228 AUS, il est désormais clair que la seule formalité de publication qui emporte des effets juridiques est la publication du journal officiel de l'OHADA. La publication dans et par les Etats parties n'a qu'un caractère purement informatif concourant à la bonne diffusion du droit OHADA. Il n'y a là rien d'illégal en raison de la primauté du Traité et des Actes uniformes sur les droits internes des Etats membres [KAMTO (M), *Traité de Québec-OHADA, Traité commenté, Juriscope, 2010, p. 15*].

Chapitre II : Agent des sûretés

34. La consécration en droit OHADA de la notion d'agent des sûretés est une innovation majeure de la réforme de l'AUS. Le législateur OHADA s'est inspiré à la fois du droit français, notamment de l'actuel article 2328-1 du code civil, et du droit luxembourgeois, plus particulièrement de la réglementation des représentants fiduciaires prévue par les articles 67 et suivants de la loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation.

35. Mais le législateur OHADA a eu la sagesse, d'abord d'éviter les difficultés rencontrées en droit français par l'application de l'article 2328-1 du code civil, et ensuite, de réglementer de manière détaillée l'institution d'agent des sûretés afin d'écartier des renvois à des institutions sœurs comme le trust ou la fiducie qui sont inconnus des législations des pays membres de l'OHADA. Une possible réglementation par la technique du renvoi aurait compliqué la réception en droit OHADA de la notion d'agent des sûretés.

36. A travers sept articles, en l'occurrence les articles 5 à 11, le législateur OHADA donne la signification de la notion d'agent des sûretés (Section I), indique le mode de désignation de l'agent des sûretés (Section II), détermine ses pouvoirs (Section III) et envisage sa responsabilité (Section IV).

Section I - Signification de la notion

37. La notion d'agent des sûretés peut être appréhendée à travers son contenu (§1) et ses contours (§2).

§1 - Contenu

38. La définition de l'agent des sûretés peut être dégagée de l'article 5 de l'AUS modifié qui dispose que « *Toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée par une institution financière ou un établissement de crédit, national ou étranger, agissant en son nom et en qualité d'agent des sûretés, au profit des créanciers de la ou des obligations garanties l'ayant désigné à cette fin* ».

39. Il convient de faire remarquer que l'on retrouve dans cet article 5, le texte de l'article 2328-1 du code civil français qui dispose que « *Toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'opération garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation* ».

Mais, la similitude entre l'article 5 de l'AUS et l'article 2328-1 du code civil français n'est que relative dès lors que sont abordés les contours de la notion d'agent des sûretés.

§2 - Contours

40. D'abord, les dispositions de l'article 5 de l'AUS sont plus étendues. Elles ne se limitent pas aux seules sûretés réelles, mais s'étendent à toutes les sûretés et même, plus généralement, aux garanties de l'exécution d'une obligation. Ce qui permettra à l'agent des sûretés de gérer les délégations de créance ou des promesses

d'affectation hypothécaire [*Dans le même sens, P. CROCO, op. cit., p. 58*].

41. Ensuite, la qualité d'agent des sûretés en OHADA est réservée exclusivement aux institutions financières ou établissements de crédit nationaux ou étrangers. L'avantage de cette limitation est qu'en droit OHADA, la qualité d'agent des sûretés n'est reconnue qu'aux créanciers dont l'activité fait l'objet d'un agrément et d'un contrôle étatique.

Sur ce point, le droit OHADA n'est pas éloigné du droit français qui veut que l'activité de fiduciaire soit réservée à des personnes dont le statut implique un contrôle étatique, ou soumises à l'obligation d'effectuer des déclarations de soupçons si elles découvrent des indices d'une opération de blanchiment d'argent. La même obligation de déclaration pèse sur les banques ou les établissements de crédit en droit OHADA. Avant d'entrer en exercice, l'agent des sûretés doit être désigné.

Section II - Désignation

42. L'agent des sûretés doit être désigné dans un acte (§1) dont il convient de préciser le contenu (§2).

§1 - Acte de désignation

43. Bien que cela n'apparaisse pas clairement de l'AUS, l'acte de désignation de l'agent des sûretés est un contrat spécial. Ce contrat emprunte à la fois les éléments du contrat de commission et ceux du contrat de fiducie [*P. CROCO, op. cit., p. 58*]. Il comporte aussi des éléments usuellement exigés en matière de constitution de sûreté.

Cet acte est un contrat *intuitu personae*.

§2 - Contenu de l'acte

44. Le contenu de l'acte désignant l'agent des sûretés est bien déterminé par l'article 6 de l'AUS. Cet article précise que les mentions prévues doivent être contenues dans l'acte à peine de nullité. En conséquence, ces mentions sont obligatoires et se présentent comme suit :

- la ou les obligations garanties ou, si elles sont futures, les éléments de nature à permettre leur individualisation, tels que l'indication de leur débiteur, de leur lieu de paiement, de leur montant ou l'évaluation de ce dernier, et de leur échéance ;
- l'identité, au jour de la désignation de l'agent des sûretés, des créanciers de la ou des obligations garanties ;
- l'identité et le siège social de l'agent des sûretés ;
- la durée de sa mission et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition ;
- les conditions dans lesquelles l'agent des sûretés

rend compte de sa mission aux créanciers de la ou des obligations garanties.

Ainsi désigné selon la forme ci-dessus décrite, l'agent des sûretés agit sur la base des pouvoirs indiqués par l'AUS.

Section III - Pouvoirs

45. L'agent des sûretés a des pouvoirs qui lui permettent de bien accomplir ses missions de constitution, d'inscription, de gestion et de réalisation d'une sûreté ou autre garantie.

46. L'agent des sûretés agit en son nom propre au profit des créanciers qui l'ont désigné à cet effet. Il est nécessaire que les tiers sachent bien à quel titre, exactement, il agit. C'est pour cela que l'article 7 de l'AUS précise que « *Lorsque l'agent des sûretés agit au profit des créanciers de la ou des obligations garanties, il doit en faire expressément mention et toute inscription d'une sûreté effectuée à l'occasion de sa mission doit mentionner son nom et sa qualité d'agent des sûretés* ».

47. Si tel est le cas, les tiers pourraient valablement se fier à l'apparence des pouvoirs de l'agent des sûretés puisque l'article 8 alinéa 1^{er} de l'AUS dispose que « *Sauf stipulation contraire et pour tout ce qui a trait aux obligations garanties, les créanciers sont représentés par l'agent des sûretés dans leurs relations avec leurs débiteurs, leurs garants, ainsi que les personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie de ces obligations, et les tiers* ».

48. En réalité, l'article 8 alinéa 1^{er} ci-dessus cité pose une présomption de pouvoir qui doit jouer au profit des tiers, car ceux-ci sont dès lors fondés à considérer que l'acte accompli par l'agent des sûretés entre bien dans les pouvoirs qui lui ont été conférés ; sauf si l'acte qui limite les pouvoirs de l'agent a été porté à leur connaissance.

49. S'agissant des cas particuliers des actions en justice, l'article 8 alinéa 2 indique que « *Dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés par les créanciers de la ou les obligations garanties, l'agent des sûretés peut intenter toutes les actions pour défendre leurs intérêts, y compris en justice, la seule indication qu'il intervient en sa qualité d'agent des sûretés étant suffisante* ». Ces dispositions de l'article 8 alinéa 2 facilitent la tâche à l'agent des sûretés qui ne sera plus tenu de justifier d'un mandat spécial chaque fois qu'il voudra exercer une action en justice. L'utilité de ces dispositions apparaît clairement lorsque l'agent veut déclarer une créance à la procédure collective du débiteur de l'obligation garantie.

Doté de tels pouvoirs, l'agent des sûretés est responsable des actes posés dans le cadre de son mandat.

Section IV - Responsabilité de l'agent

50. Le législateur OHADA a visé les hypothèses dans lesquelles l'activité de l'agent pourrait être préjudiciable aux créanciers au profit desquels il agit. Deux hypothèses principales ont été envisagées. Celle dans laquelle un transfert de propriété est effectué au profit de l'agent des sûretés (§1) et celle du manquement de l'agent à ses devoirs (§2).

§1 - Transfert de propriété au profit de l'agent

51. L'agent des sûretés agit au profit des créanciers de la ou des obligations garanties l'ayant désigné à cet effet. La gestion des sûretés, notamment la constitution ou la réalisation de celles-ci, peut le conduire à devenir propriétaire dans au moins trois cas. D'abord, lorsque la sûreté constituée est une cession de créance ou un transfert de somme d'argent à titre de garantie ; ensuite, lorsque la réalisation de la sûreté emporte transfert de propriété du bien grevé ; enfin, en cas d'attribution judiciaire ou de pacte commissaire ou en cas de paiement, par exemple en cas de paiement reçu d'un garant ou d'un débiteur délégué.

52. Dans toutes ces hypothèses, il est nécessaire de protéger les créanciers au profit desquels agit l'agent des sûretés, contre une saisie effectuée par un créancier personnel de l'agent ou même contre l'ouverture à son encontre d'une procédure collective.

C'est pour assurer cette protection que l'article 9 de l'AUS dispose que « *Lorsque la constitution ou la réalisation d'une sûreté entraîne un transfert de propriété au profit de l'agent des sûretés, le ou les biens transférés forment un patrimoine affecté à sa mission et doivent être tenus séparés de son patrimoine propre par l'agent des sûretés. Il en va de même des paiements reçus par l'agent des sûretés à l'occasion de l'accomplissement de sa mission* ».

53. L'on remarquera que pour protéger les créanciers, le législateur OHADA consacre un véritable patrimoine d'affectation. L'alinéa 2 du même article précise que « *Sous réserve de l'exercice éventuel d'un droit de suite sur ces biens et hors les cas de fraude, ils ne peuvent alors être saisis que par les titulaires de créances nées de la conservation et de la gestion de ces biens, y compris en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif à l'encontre de l'agent des sûretés* ». Il y a là une différence avec le droit français.

§2 - Manquement de l'agent à ses devoirs

54. L'article 10 alinéa 2 est très clair sur les activités préjudiciables de l'agent des sûretés. Cet article dispose que l'acte désignant l'agent des sûretés « *peut également prévoir les conditions de remplacement de l'agent des*

sûretés si celui-ci manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet de l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif. En l'absence de dispositions contractuelles en ce sens, les créanciers de l'obligation garantie peuvent, dans les hypothèses précitées, demander à la juridiction compétente, statuant à bref délai, la nomination d'un agent des sûretés provisoire ou solliciter le remplacement de l'agent des sûretés ».

55. L'alinéa 3 du même article 10 précise qu'« *En cas de remplacement de l'agent des sûretés, qu'il soit de source contractuelle ou judiciaire, tous les droits et toutes les actions que celui-ci détient dans l'intérêt des créanciers de la ou des obligations garanties sont transmis de plein droit et sans autre formalité au nouvel agent des sûretés ».*

56. Il convient de souligner que le législateur OHADA va au-delà du remplacement de l'agent des sûretés en cas de manquement à ses devoirs ou d'ouverture d'une procédure collective à son encontre et envisage également la question de savoir si l'agent des sûretés peut ou non déléguer à un tiers la gestion des sûretés.

Sur ce point, l'article 10 alinéa 1 dispose que « *L'acte désignant l'agent des sûretés peut prévoir les conditions dans lesquelles l'agent des sûretés peut, sous sa responsabilité, se substituer à un tiers pour accomplir sa mission. En ce cas, les créanciers de la ou des obligations garanties peuvent agir directement contre la personne à laquelle l'agent des sûretés s'est substitué ».* Autrement dit, la substitution n'est possible que si cette éventualité a été prévue au contrat. Et lorsqu'elle est possible, les créanciers de la ou des obligations garanties bénéficient d'une action directe à l'encontre de l'agent des sûretés substitué.

Les traits d'un contrat *intuitu personae* [voir *supra*, n° 43] existent dans le texte sus-cité.

57. Le législateur OHADA achève la réglementation de la responsabilité de l'agent des sûretés par la fixation des règles d'interprétation. A cet effet, l'article 11 de l'AUS précise qu'« *A défaut de disposition contraire dans l'acte le désignant, la responsabilité de l'agent des sûretés à l'égard des créanciers de la ou des obligations garanties s'apprécie comme celle d'un mandataire salarié ».*

Après avoir ainsi réglementé cette nouvelle institution qu'est l'agent des sûretés, l'AUS aborde les différents types de sûretés.

Titre II : Différents types de sûretés

58. L'AUS du 15 décembre 2010 n'a pas échappé à la distinction classique entre les sûretés personnelles

et les sûretés réelles. Pouvaient-elles en être autrement ? Dès lors qu'elles ne sont pas concurrentes et qu'il n'est pas démontré de manière péremptoire qu'une catégorie est préférable et plus protectrice des intérêts du créancier que l'autre [DAGOT, « *Sûretés réelles contre sûretés personnelles* », JCP, éd. N, 1986, I, 93 ; PIEDELIEVRE (S), *Les sûretés*, Paris, Armand Colin, 1996, n° 4, p. 5]. Le législateur OHADA a reconduit cette distinction, certainement pour offrir aux débiteurs et créanciers une variété de sûretés, afin qu'ils puissent opportunément choisir celle qui convient le mieux à la garantie de leurs transactions.

59. L'AUS n'a pas non plus échappé à la dialectique permanente qui secoue le droit des sûretés : dialectique de la simplicité et de la complexité, et dialectique de la diminution et de l'accroissement du nombre des sûretés.

Toutes ces considérations ont imprégné les choix du législateur OHADA quant aux différents types de sûretés consacrés et quant à leurs modalités d'organisation. Ceci est perceptible dans l'organisation des sûretés personnelles et des sûretés mobilières. Les privilèges désormais contenus dans les nouveaux articles 179 et 189 [*privilèges généraux : art. 179-181, privilèges spéciaux : 182-189*] n'appellent pas à des développements particuliers de mêmes que les hypothèques qui sont désormais réglementées par les articles 190 à 223. Ces articles reprennent pour la plupart les dispositions des articles 117 à 146 de l'AUS ancien. Globalement, les anciennes dispositions ont été reconduites sans grand changement. L'on signalera la consécration de la possibilité exceptionnelle d'hypothéquer un immeuble futur (art. 203 al. 2 AUS) et celle d'une attribution conventionnelle de l'immeuble hypothéqué (art. 1999 AUS).

Il convient dès lors de n'insister que sur l'organisation des sûretés personnelles (Ch. I) et des sûretés mobilières (Ch. II).

Chapitre I : Organisation des sûretés personnelles

60. L'organisation des sûretés personnelles est implicitement dominée par le principe de la liberté contractuelle (Section I), même si le législateur OHADA a expressément choisi de n'organiser que deux types (Section II).

Section I - Affirmation implicite du principe de la liberté contractuelle

61. Le principe de la liberté contractuelle est déduit de la définition légale des sûretés personnelles (§1). Son inscription au cœur de l'organisation des sûretés personnelles, bien qu'implicite, produit des conséquences importantes en droit des sûretés dans l'espace OHADA (§2).

§1 - Déduction du principe de la définition légale des sûretés personnelles

62. Le principe de la liberté contractuelle qui domine l'organisation des sûretés personnelles n'est pas expressément affirmé par une disposition de l'AUS. Il est déduit de la définition légale des sûretés personnelles. L'article 4 alinéa 1 de l'AUS dispose que « *Les sûretés personnelles, au sens du présent Acte uniforme, consistent en l'engagement d'une personne de répondre à l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie* ».

63. Les termes « *au sens du présent Acte uniforme* » sous-entendent qu'il puisse y avoir d'autres sûretés personnelles que celles régies par l'AUS. Autrement dit, le législateur OHADA n'a pas entendu limiter le nombre et les types de sûretés personnelles qui peuvent être constituée en zone OHADA [voir *supra* n°s 10 et 11]. Les parties à une opération de crédit sont libres d'imaginer, de créer et de constituer les sûretés personnelles de leur choix, y compris en dehors de celles expressément prévues et organisées par l'AUS. Il n'y a pas en la matière de *numerus clausus*. Il y a là une affirmation du principe de la liberté contractuelle prévu par l'article 1134 du code civil.

L'application du principe de la liberté contractuelle en matière de sûreté personnelle produit des conséquences importantes en droit des sûretés OHADA.

§2 - Principales conséquences du principe en droit des sûretés OHADA

64. La consécration implicite du principe de la liberté contractuelle ouvre la voie à la création et à la multiplication, en zone OHADA, des sûretés personnelles non régies par l'AUS. Ce qui conduirait inéluctablement à la multiplication des législations applicables pertinentes. On pourrait même assister en zone OHADA, à la concurrence entre l'AUS et les législations nationales ou autres. De cette concurrence pourrait résulter des *téléscopages* législatifs, et donc, des conflits de lois.

65. La multiplication possible des sûretés personnelles non régies par l'AUS est contraire à l'objectif d'uniformisation du droit [Sur cette question, voir ISSA-SAYGH (J), « *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA* », *Revue de droit uniforme*, 1999, n°s 46 et s.] recherchée à travers l'adoption du Traité OHADA. Pour limiter les effets néfastes de la multiplicité possible des sûretés personnelles non régies par l'AUS, le législateur OHADA a organisé expressément les deux types de sûretés personnelles actuellement les plus usités.

Section II - Deux types de sûretés personnelles organisés par l'AUS

66. D'après l'article 12 AUS « Les sûretés personnelles régies par le présent Acte uniforme sont le cautionnement (§1) et la garantie autonome (§2).

§1 - Cautionnement

67. Le cautionnement est organisé par les articles 13 à 38 AUS [Voir *entrée Cautionnement*]. A l'origine, c'est un office d'amitié se traduisant par l'engagement de payer la dette, en cas de défaillance du débiteur. Il garde encore cette conception originelle, bien qu'il ait connu un essor remarquable du fait de sa souplesse. Il s'est aussi hétérogénéisé. Aujourd'hui coexistent différents types de cautionnement : cautionnement professionnel (donné par une banque), le cautionnement amical, familial ou d'affaires (garantie d'un prêt au consommateur, du paiement d'un loyer ou des dettes d'une entreprise). C'est aussi la sûreté de ceux qui n'ont rien et ne peuvent offrir une sûreté réelle. Tous ces cautionnements bien que différents sont régis par les mêmes règles.

68. Mais, l'ancre actuel du cautionnement dans la vie des affaires a influencé le comportement du législateur OHADA dans l'organisation de cette sûreté. Celui-ci a assoupli les formalités du cautionnement pour l'adapter davantage à la pratique des affaires et assurer sa conformité aux grands systèmes juridiques internationaux. Dans ce sens, l'AUS améliore le contenu du cautionnement (A) et assouplit les règles de la mise en jeu de la caution (B).

A - Amélioration du contenu du cautionnement

69. L'amélioration du cautionnement s'est traduite par l'extension du cautionnement aux obligations futures (I) et la suppression du cautionnement conclu à l'insu du débiteur (II).

I - Extension du cautionnement aux obligations futures

70. Selon les termes de l'article 13 alinéa 1 AUS, « *le cautionnement est un contrat par lequel la caution s'engage envers le créancier qui accepte à exécuter l'obligation présente ou future contractée par le débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même* ».

Le cautionnement peut désormais porter sur une obligation future. L'ancien AUS n'avait pas prévu cela.

71. Une obligation future est une obligation qui n'existe pas encore dans le patrimoine du débiteur. Mais, cela n'induit pas une impossibilité à garantir le

paiement d'une telle obligation par le cautionnement. Juridiquement, le cautionnement sur une chose future n'est pas une incongruité. D'après le code civil, « *Les choses futures peuvent être l'objet des obligations* » (art. 1130 c. civ.). Les conventions sur les choses futures sont très fréquentes [WEILL (A) et TERRE (F), *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 1986, n° 228, pp. 238-239]. Il y a longtemps que la jurisprudence a admis, par exemple, la constitution d'une hypothèque pour garantir une créance non encore née, notamment pour garantir une ouverture de crédit ou des titres non encore émis [Civ. 20 octobre 1897, S. 97, I, 489].

L'obligation ou dette future peut parfaitement faire l'objet d'un cautionnement. Il suffit qu'elle soit simplement envisagée, qu'elle soit déterminable et qu'il y ait certitude que la caution a de façon non équivoque la connaissance de la nature et de l'étendue de l'obligation garantie [Cass. Civ., 1^{re}, 12 novembre 1987, D, 1988, *Somm.*, p. 272, obs. L. Aynès].

72. Notons qu'une difficulté peut surgir sur le caractère accessoire du cautionnement d'une dette future. Suivant l'article 2 AUS, les sûretés qui sont régies par l'AUS sont accessoires de l'obligation dont elles garantissent l'exécution. On peut alors se demander comment le cautionnement déjà convenu peut être l'accessoire d'une dette ou d'une obligation qui n'existe pas encore dans le patrimoine du débiteur de quoi ? Ce cautionnement serait l'accessoire ? L'article 17 AUS qui réaffirme le caractère accessoire du cautionnement donne la solution : « *Le cautionnement ne peut exister que si l'obligation principale est valablement constituée* ». En d'autres termes, si l'obligation future une fois née n'est pas valable, le cautionnement ne le sera pas non plus [BRIZOUA-BI (M), *Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *Droit et patrimoine*, op. cit., p. 61].

Il est indéniable que la consécration du cautionnement des dettes futures est une avancée du droit des sûretés en zone OHADA, il en est de même de la suppression du cautionnement pris à l'insu du débiteur.

II - Suppression du cautionnement conclu à l'insu du débiteur

73. Conformément à l'article 13 alinéa 2 sur la définition du cautionnement, « *cet engagement peut être contracté sans ordre du débiteur* ». Cet alinéa n'est plus prolongé des termes « *et même à son insu* » comme on pouvait le noter dans l'ancien AUS (art. 3). La disparition de ces termes dans le libellé de l'article 13 alinéa 2 AUS marque la suppression du cautionnement pris à l'insu du débiteur. Cette suppression traduit la volonté du législateur OHADA d'exiger que les parties au contrat de cautionnement informent le débiteur principal de l'existence d'un tel contrat.

74. Le cautionnement est certes un contrat bilatéral

entre la caution et le créancier. Le débiteur n'est pas partie à ce contrat et n'a pas à être nécessairement informé de l'existence du cautionnement. Mais, cet argument juridique est bien théorique et ne correspond pas à la réalité. Concrètement, il est impossible de tenir le débiteur dans l'ignorance définitive de l'existence du cautionnement. D'abord, parce que généralement le cautionnement est souscrit sur sa sollicitation ou sur sa demande. Ensuite, parce que le cautionnement est un contrat accessoire, il naît inéluctablement des rapports entre le débiteur principal et les parties au cautionnement. Il existe des obligations réciproques entre la caution et le débiteur. Enfin, le débiteur principal pourrait, le moment venu, s'opposer au contrat souscrit à son profit, au motif qu'on ne peut stipuler pour une personne contre son gré (art. 1121 c. civ.), ce qui pourrait anéantir l'efficacité du cautionnement.

75. Il est alors logique de supprimer le cautionnement pris à l'insu du débiteur. Ce qui n'est pas exactement la même chose que le cautionnement contracté sans ordre du débiteur. Car ne pas ordonner un cautionnement ne signifie pas exactement être dans l'ignorance de sa conclusion ou de son existence. Le cautionnement conclu à l'insu du débiteur n'avait pas de sens.

B - Assouplissement des règles de mise en jeu de la caution

76. Le législateur OHADA allège un peu les formalités de l'appel de la caution. A cet effet, l'article 23 alinéa 1 AUS dispose que « *la caution n'est tenue de payer la dette qu'en cas de non paiement du débiteur principal* ». L'alinéa 2 du même article indique que « *Le créancier ne peut entreprendre de poursuites contre la caution qu'après une mise en demeure de payer adressée au débiteur principal et restée sans effet* ». On note, notamment dans le libellé de l'alinéa 2 ci-dessus cité la disparition de la formalité de l'obligation faite au créancier d'aviser la caution de toute défaillance du débiteur principal. Formalité auparavant prévue par les articles 13 et 14 de l'ancien AUS.

77. Il s'est avéré inutile que la même formalité soit prévue par deux articles qui se suivent et qui visent toutes l'appel de caution. Dans le nouvel AUS, le souci de supprimer les formalités surabondantes à amener le législateur à prévoir uniquement dans l'article 24 AUS, la formalité de l'obligation faite au créancier d'informer la caution de la défaillance du débiteur.

78. Observons qu'à côté des améliorations apportées à l'organisation du cautionnement ci-dessus présentées, d'autres, de moindre importance, ont porté sur une écriture améliorée des dispositions de l'ancien AUS. Dans ce sens, on peut citer l'article 14 alinéa 1 AUS sur le mode de preuve du caution-

nement [Comp. Art. 4 al. 1 ancien AUS], l'article 18 alinéa 1 AUS sur l'assiette du cautionnement [Comp. Art. 8 al. 1 AUS ancien]. Ces améliorations se sont poursuivies avec les précisions apportées au régime de la garantie autonome.

§2 - Garantie autonome

79. Le législateur n'a pas profondément modifié le régime juridique de la garantie à première vue. Il a préféré apporter davantage de clarifications sur certains points du régime juridique qui pouvaient être sources d'ambiguïté. L'essentiel des clarifications se situe au niveau de la dénomination et la formation de la garantie (A) ainsi qu'à celui de ses effets (B).

A - Clarifications relatives à la dénomination et à la formation de la garantie

80. Il convient de présenter successivement les clarifications apportées à la dénomination de la garantie (I) avant d'aborder celles relatives à sa formation (II).

I - Clarification apportée à la dénomination de la garantie

81. Dénommée « *La lettre de garantie* » dans l'AUS du 17 avril 1997, cette appellation a été changée en « *garantie autonome* » dans l'AUS du 15 décembre 2010. On peut se demander pourquoi ce changement de dénomination, alors qu'il s'agit de la même sûreté personnelle.

82. Il faut dire que le législateur a voulu par cette modification affirmer le caractère autonome ou indépendant de la garantie. Par cette affirmation, il rappelle le caractère non accessoire de la garantie. Cette dernière n'est pas l'accessoire d'une obligation principale dont elle garantirait l'exécution. En conséquence, aucune exception tirée des relations du débiteur principal avec le créancier ne pourra être a priori opposée à celui-ci. Le créancier n'aura pas à prouver l'exigibilité de la dette principale afin d'obtenir paiement du garant.

83. Par cette affirmation, le législateur détache la garantie de l'obligation principale. Cette séparation met la garantie à l'abri des effets liés à l'obligation principale qui pourraient affaiblir son efficacité. Ainsi, l'exigibilité de l'obligation du garant ne dépend pas de celle de l'obligation du débiteur principal. Le garant s'engage à payer de manière autonome.

L'autre dénomination de la garantie autonome est la garantie indépendante.

II - Clarifications relatives à la formation de la garantie

84. La première clarification relative à la formation porte sur la consécration d'une définition plus large ou plus ouverte. Dans ce sens, l'article 39 alinéa 1 AUS dispose que « *La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instruction de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au bénéficiaire, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon les modalités convenues* ». L'alinéa 2 du même article dispose également que « *La contre-garantie autonome est l'engagement par lequel le contre-garant s'oblige en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instruction de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au garant, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon les modalités convenues* ».

Les définitions données par l'article 28 de l'AUS ancien étaient plus restrictives, se limitaient exclusivement au paiement à la première demande et ne prévoyaient pas le paiement « *selon les modalités convenues* ». Ces termes contenus in fine dans le libellé de l'article 39 alinéas 1 et 2 offrent davantage de liberté à la pratique pour adapter la technique de garantie au particularisme de chaque opération envisagée [BRI-ZOUA-BI (M), *op. cit.*, p. 64]. Ainsi par exemple, les parties pourraient opter pour une garantie documentaire plutôt que pour une garantie à première demande.

85. La seconde clarification porte sur la détermination claire de la nature juridique de la garantie autonome ; il résulte des énonciations de l'article 39 ci-dessus cité qu'il s'agit d'un engagement unilatéral de volonté. Par ce choix le législateur OHADA s'éloigne de la nature contractuelle que l'article 28 de l'ancien AUS conférait à la lettre de garantie [Voir SAMB (M), *La lettre de garantie, in, ISSA-SAYEGH (J) (sous la coordination de), OHADA-Sûretés, Juriscope, Collection droit uniforme africain, n° 113, pp. 46-47*], prend le contre-pied de la doctrine française [SIMLER (Ph), *Cautionnement et garanties autonomes, Litec, 1999, n° 866* ; MALAURIE (Ph) et AYNES (L), *op. cit.*, n° 333, pp. 130-131] et de la jurisprudence française [Cass. Com., 2 févr. 1988, JCP G. 1988, IV. 113] qui sont favorables à une qualification contractuelle de la garantie autonome. Par ce choix, le législateur OHADA s'aligne sur l'option déjà prise par des Etats comme la Belgique et l'Allemagne [Voir MATTOU (J.P.) et PRŪM (A), « *Les règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande* », *Banque et droit, 1993, n° 30, p. 111 et n°s 222 et 223*].

86. Cette qualification juridique de la garantie autonome en engagement unilatéral de volonté n'est pas une simple convenance. Par celle-ci, le législateur OHADA rappelle la véritable substance de la garantie autonome.

B - Clarifications relatives aux effets de la garantie autonome

87. Il s'agit concrètement d'une série de précisions nécessaires pour dissiper quelques ambiguïtés.

La première porte sur l'affirmation expresse de la révocabilité possible des garanties et contre-garanties autonomes à durée indéterminée, affirmation contenue dans l'alinéa 3 de l'article 43 AUS. Il s'agit là d'une application du principe de l'interdiction des engagements perpétuels. Principe bien connu du droit positif des Etats membres de l'OHADA. La révocabilité des garanties et contre-garanties autonomes n'était pas affirmée par l'ancien AUS. La voie était ainsi ouverte à l'existence des garanties et contre-garanties à durée indéterminée irrévocables, et donc perpétuelles.

La deuxième précision est relative à la fixation à 5 jours ouvrables le délai accordé au garant ou au contre-garant pour vérifier la conformité de la demande en paiement aux termes de la garantie ou de la contre-garantie. Cette fixation est l'œuvre de l'article 46 alinéa 1 AUS. L'ancien AUS (art. 35 al. 1) était vague sur ce délai. Il parlait de « *délai raisonnable* ».

D'autres clarifications, par rapport aux dispositions correspondantes de l'ancien AUS, sont apportées dans le même article 46 notamment à son alinéa 3.

La troisième clarification vise le recours du garant ou du contre-garant contre le donneur d'ordre. D'abord « *le garant ou le contre-garant qui a fait un paiement conformément aux termes de la garantie ou de la contre-garantie autonome dispose des mêmes recours que la caution contre le donneur d'ordre* » (art. 48 AUS). La disposition correspondante dans l'ancien AUS parlait du « *garant ou contre-garant qui a fait un paiement utile* », formule quelque peu ambiguë.

On observe que sur la cessation de la garantie ou de la contre-garantie, l'article 49 alinéa 3 AUS apporte une précision supplémentaire à travers la distinction entre déclaration écrite au donneur d'ordre libérant le garant et la déclaration écrite du garant libérant le contre-garant. Les termes de l'article correspondant dans l'ancien AUS (art. 38al. 3) étaient peu claires. Cet article disposait en effet que la garantie ou la contre-garantie cesse « (...) *sur déclaration écrite du bénéficiaire libérant le garant et le contre-garant de leur obligation* ».

Chapitre II : Organisation des sûretés réelles mobilières

88. L'organisation des sûretés mobilières est marquée par la généralisation de l'inscription de la sûreté réelle mobilière sans dépossession (Section I), l'élargissement de la gamme des sûretés réelles mobilières (Section II), l'établissement d'un nouveau critère de distinction entre gage et nantissement (Section III) et la consécration de nouveaux nantissements (Section IV).

Section I - Généralisation de l'inscription des sûretés réelles mobilières sans dépossession

89. L'un des objectifs de cette généralisation est d'établir un régime commun de la publicité des sûretés réelles sans dépossession en général, mais davantage celui des sûretés réelles mobilières sans dépossession. Par la volonté du législateur OHADA, l'inscription des sûretés réelles mobilières sans dépossession a un domaine d'application désormais étendu (§1) et un régime juridique simplifié (§2).

§1 - Domaine d'application désormais étendu

90. L'inscription des sûretés réelles mobilières sans dépossession est totale. Aucun type de bien meuble n'y échappe, qu'il soit corporel ou incorporel, qu'il soit présent ou futur. Il suffit que la sûreté constituée n'entraîne pas dépossession du débiteur. Ainsi doivent être obligatoirement inscrits au registre du commerce et du crédit mobilier, le gage, la réserve de propriété, le transfert de propriété à titre de garantie, tout type de nantissement.

L'ancien AUS prévoyait uniquement l'inscription des nantissements et du privilège du vendeur du fonds de commerce. En excluait le gage parce qu'il entraînait nécessairement la dépossession du débiteur. La réserve de propriété et la propriété transférée à titre de garantie n'étaient pas consacrées par l'AUS ancien, par conséquent, ces deux sûretés étaient ignorées de l'inscription.

91. L'inscription a pour but de rendre la sûreté publique. On parle de la publicité de la sûreté. Cette publicité est un succédané de la dépossession [Voir CABRILLAC (M) et MOULY (Ch), *op. cit.*, n° 944, p. 736]. Elle permet d'éviter une apparence de solvabilité du débiteur, fait naître le droit de préférence du créancier, révèle l'existence de la sûreté aux tiers et assure son opposabilité à leur égard. Il est évident que la publicité de la sûreté réelle mobilière renforce la sécurité juridique des tiers.

Tout en étendant ainsi le domaine d'application de la publicité des sûretés réelles mobilières, le législateur OHADA s'est efforcé de simplifier son régime juridique.

§2 - Régime juridique simplifié

92. La simplification du régime juridique de l'inscription obligatoire a pour but d'éviter de la rendre dissuasive, inadaptée ou trop complexe, et en définitive rebutante.

Le législateur OHADA, pour aller dans le sens de la simplification, a d'abord consacré l'unicité du régime juridique de la publicité. Désormais, les règles qui l'organisent sont énoncées essentiellement dans l'AUS, contrairement à la pratique qui voulait qu'il y ait autant de régimes juridiques d'inscription des sûretés réelles mobilières sans dépossession que de sûretés à inscrire. Cette pratique

en cours sous l'ancien AUS aboutissait à un total de quarante huit articles répartis entre l'AUDCG ancien et l'AUS ancien. La pratique actuelle consacrée par l'AUS nouveau n'y consacre que seize articles, de 51 à 66.

93. Puis le législateur a précisé le cercle des personnes pouvant initier une inscription. Il s'agit du créancier, de l'agent des sûretés ou du constituant (art. 51 al. 1). Pour les privilèges généraux du Trésor, de l'Administration des douanes et des institutions de sécurité sociale, l'inscription est faite par le comptable public de l'administration concernée (art. 51 al. 2). De manière générale, le législateur a visé les personnes qui ont le plus intérêt à inscrire le plus vite possible la sûreté constituée.

94. Ensuite, le législateur OHADA a adapté les formalités de publicité au nouveau régime juridique des différentes sûretés réelles (par exemple, si un pacte comissoire a été prévu, il doit être publié. Si la faculté d'aliéner les biens fongibles grevés a été accordée au constituant, elle doit être publiée) en tenant notamment compte du fait qu'elles peuvent avoir pour objet des biens, ou ensemble de biens présents ou futurs.

Le même législateur a, dans le même élan de simplification, supprimé l'exigence de la production du titre initial constatant la créance garantie. Par cette suppression, il écarte une formalité particulièrement rebutante, notamment lorsqu'il fallait présenter un titre initial dont l'original en anglais, comportant des dizaines de pages, nécessitait une traduction en français.

95. Enfin, le législateur OHADA, non seulement a élargi le cercle des personnes habilitées à contrôler la régularité de l'inscription, en l'occurrence le greffier (unique personne habilitée sous l'ancien AUS) et le responsable de l'organe compétent dans l'Etat partie, mais a aussi et surtout, assoupli ce contrôle. Il doit désormais s'effectuer sans délai et se limiter à la vérification de la conformité du formulaire produit aux mentions obligatoires requises sans avoir à comparer ce formulaire avec quelque autre document que ce soit (art. 54 AUS).

96. L'on remarquera tout de même que ce législateur allonge la durée des effets de l'inscription d'une sûreté. Cette durée est désormais laissée à la libre détermination des parties avec cependant une limite maximale de dix ans. Sous l'ancien AUS, la durée maximale était de cinq ans. Cet allongement a pour effet de repousser dans le temps le moment du renouvellement qui est une source d'enchérissement du crédit.

97. L'œuvre de simplification des formalités d'inscription s'est parallèlement poursuivie dans l'AUDCG qui a été adopté en même temps que l'AUS. A travers l'AUDCG, le législateur OHADA consacre l'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier

et la possibilité d'accomplir les formalités d'inscription par voie électronique. Il offre aussi aux Etats membres de l'OHADA la possibilité de désigner un registre du commerce et du crédit mobilier national unique et informatisé chargé de recueillir toutes les inscriptions. Ainsi, le législateur OHADA inscrit le registre de commerce et du crédit mobilier dans l'environnement numérique. Ce qui est une innovation considérable.

Section II - Elargissement de la gamme des sûretés réelles mobilières

98. Jusqu'alors, le droit OHADA des sûretés ne connaissait que les quatre sûretés mobilières consacrées par l'article 39 de l'AUS ancien. A cette liste, l'AUS nouveau a ajouté la réserve de propriété (§1), que l'article 50 AUS dénomme « *propriété retenue (...) à titre de garantie* », et la propriété cédée à titre de garantie (§2).

La gamme des sûretés mobilières prévues par l'AUS a ainsi été enrichie de deux autres sûretés.

§1 - Consécration par l'AUS de la réserve de propriété

99. A dire vrai, la réserve de propriété n'était pas totalement inconnue du droit OHADA. Elle y était partiellement réglementée, mais en dehors de l'AUS. Elle faisait l'objet de l'article 284 de l'AUDCG et de l'article 103 de l'AUPC.

Cette ignorance, même partielle, n'était plus possible au regard de l'importance pratique de la réserve de propriété et des enjeux actuels du développement du crédit en Afrique.

100. La nouveauté est que la majeure partie de la réglementation applicable à la réserve de propriété figure désormais au sein de l'AUS : cependant, toute cette réglementation ne peut pas être entièrement rassemblée dans un seul Acte uniforme, notamment parce que les dispositions régissant le sort de la réserve de propriété en cas d'ouverture d'une procédure collective doivent demeurer au sein de l'AUPC.

La réglementation actuelle de la réserve de propriété s'inspire du droit français, notamment de l'ordonnance du 23 mars 2006 qui a réformée le droit des sûretés en France. Elle fait l'objet des articles 72 à 78 AUS qui organisent aussi bien les conditions d'existence, de validité et d'opposabilité de la réserve de propriété (A) que ses effets (B).

A- Conditions d'existence, de validité et d'opposabilité de la réserve de propriété

Les conditions d'existence et de validité (I) seront présentées avant celles de son opposabilité (II).

I - Conditions d'existence et de validité

101. Les conditions d'existence de la réserve de propriété sont contenues dans l'article 72 AUS qui dispose que « *La propriété d'un bien mobilier peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* ».

Il résulte des énonciations de l'article 72 AUS que la réserve de propriété peut figurer dans tout contrat emportant transfert de propriété, alors que l'AUDCG ne l'avait envisagée qu'à propos du seul contrat de vente.

102. Les conditions de validité de la réserve de propriété sont affirmées par l'article 73 AUS qui dispose que « *A peine de nullité, la réserve de propriété est convenue par écrit au plus tard au jour de la livraison du bien. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties* ».

Plusieurs conditions de validité sont consacrées par cet article. La réserve de propriété doit résulter d'un accord de volonté entre les parties et être constatée par un écrit. L'absence de l'écrit est sanctionnée par la nullité. La réserve de propriété doit être stipulée au plus tard au jour de la livraison. La réserve de propriété peut être stipulée dans un contrat-cadre régissant les relations contractuelles actuelles et à venir des parties. Elle peut par exemple figurer dans les conditions générales de vente acceptées par l'acquéreur. Ainsi, cette stipulation éviterait que la clause de réserve de propriété soit stipulée par écrit pour chaque vente conclue entre les parties.

II - Condition d'opposabilité

103. La condition d'opposabilité de la réserve de propriété aux tiers est fixée par l'article 74 AUS qui dispose que « *La réserve de propriété n'est opposable aux tiers que si celle-ci a été régulièrement publiée au registre du commerce et du crédit mobilier, conformément aux dispositions des articles 51 à 66 de l'Acte uniforme* ». Il est clair que seule l'inscription de la réserve de propriété au registre de commerce et du crédit mobilier rend opposable la sûreté aux tiers. En l'absence d'inscription, la sûreté demeure valable entre les parties. Mais, étant inconnue des tiers, elle ne peut leur être opposée.

B - Effets de la réserve de propriété

Les effets principaux portent sur l'utilisation du bien réservé par le débiteur (I) et l'application de la réserve de propriété en cas de non paiement du prix à l'échéance (II).

I - Cas de l'utilisation par le débiteur du bien réservé

104. Dans le cours normal de ses activités, le débiteur peut utiliser le bien réservé soit parce qu'il s'agit d'un bien fongible (bien interchangeable parce que identique), soit en incorporant ce bien à un autre bien meuble ou immeuble, soit en aliénant le bien réservé parce qu'il est destiné à être revendu. Dans ces différentes hypothèses, le législateur OHADA a préservé l'efficacité de la sûreté à travers les dispositions des articles 75 à 78. Ces articles permettent le report de la réserve de propriété sur des biens de même espèce et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte (en cas de fongibilité) ou sur la créance du débiteur à l'encontre du sous-acquéreur (en cas de revente du bien grevé) ou sur l'indemnité d'assurance (en cas de destruction du bien réservé). Lorsque le bien réservé a été plutôt incorporé à un autre, le législateur OHADA distingue selon que les biens peuvent être séparés ou non. Dans le premier cas, les droits du créancier demeurent sur le bien réservé qui a été uni à un autre bien (art. 76 AUS). Dans le second cas, le tout appartient au propriétaire de la chose qui forme la partie principale, à charge pour lui de payer à l'autre la valeur, estimée à la date du paiement, de la chose qui y a été unie (art. 76 al. 2 AUS).

II - Cas de non-paiement ou paiement partiel à l'échéance

105. En cas de non-paiement ou de paiement partiel à l'échéance fixé dans le contrat, la réserve de propriété doit être mise en œuvre. A cet effet, l'article 77 AUS indique clairement que « *A défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer (alinéa 1)*.

La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie (alinéa 2).

Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de ce solde, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence (alinéa 3).

Toute clause contraire aux alinéas 2 et 3 du présent article est réputée non écrite ». Ces deux derniers alinéas ont pour but d'éviter tout enrichissement sans cause du créancier.

§2 - Consécration par l'AUS de la propriété cédée à titre de garantie

106. La propriété cédée à titre de garantie est une sûreté mobilière qui était ignorée par l'ancien AUS. Elle est aujourd'hui consacrée par l'AUS du 15 décembre 2010. Elle y fait l'objet des articles 79 à 91.

D'après l'article 79, « *La propriété d'un bien, actuel ou futur, ou d'un ensemble de biens, peut être cédée en garantie du paiement d'une dette, actuelle ou future, ou d'un ensemble de dettes (...)* ».

Dans la catégorie des sûretés mobilières constituée

par la propriété cédée à titre de garantie, le législateur vise et organise deux types : la cession de créance à titre de garantie (A) et le transfert fiduciaire d'une somme d'argent (B).

A- Cession de créance à titre de garantie

La cession de créance à titre de garantie n'est opposable aux tiers (II) que sous conditions d'existence et de validité (I).

I - Conditions d'existence et de validité de la cession de créance à titre de garantie

107. Ces conditions sont prévues par l'article 80 AUS qui dispose que « *Une créance détenue sur un tiers peut être cédée à titre de garantie de tout crédit consenti par une personne morale nationale ou étrangère, faisant à titre de profession habituelle et pour son compte des opérations de banque ou de crédit* ».

Il résulte de l'article 80 AUS ci-dessus cité que la cession de créance à titre de garantie est désormais possible en zone OHADA. Mais, le législateur a restreint le cercle des bénéficiaires. Seules les banques et autres établissements de crédit peuvent en être bénéficiaires. Toutefois, l'opération de la cession de créance à titre de garantie peut être perturbée par une exception. En effet, l'incessibilité conventionnelle de la créance cédée peut être opposée au cessionnaire par le débiteur cédé. Mais, l'article 80 alinéa 2 atténue cette perturbation en précisant que « *L'incessibilité de la créance ne peut être opposée au cessionnaire par le débiteur cédé lorsqu'elle est de source conventionnelle et que la créance est née en raison de l'exercice de la profession du débiteur cédé ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale* ».

108. Les conditions de validité de la cession de créance à titre de garantie sont contenues dans l'article 81 AUS qui précise que « *La cession de créance à titre de garantie doit être constatée dans un écrit comportant à peine de nullité, les énonciations suivantes :*

1°) *le nom ou la dénomination sociale du cédant et du cessionnaire ;*

2°) *la date de la cession ;*

3°) *et la désignation des créances garanties et des créances cédées.*

Si ces créances sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci, tels que l'indication du débiteur, le lieu du paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance ».

Les énonciations de l'article 81 AUS ci-dessus présentées sont claires. La cession de créance à titre de garantie doit être écrite. Le contenu de l'écrit est bien énuméré. Les éléments qui le constituent varient selon

que la créance cédée à titre de garantie est présente ou future. Mais, quelle que soit la nature de la créance cédée, l'absence d'un de ces éléments constitutifs de l'écrit est sanctionnée par la nullité de l'acte.

II - Opposabilité de la cession de créance à titre de garantie

109. Le contrat de cession d'une créance présente ou future, à titre de garantie, prend immédiatement effet entre les parties à la date de sa conclusion (art. 82 al. 1 AUS). La date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité de la créance cédée n'a aucune influence sur cette prise d'effet entre les parties.

Le contrat de cession d'une créance, actuelle ou future, à titre de garantie, devient opposable aux tiers à la date de sa publication au registre du commerce et du crédit mobilier, quelles que soient la loi applicable à la créance et la loi du pays de résidence du débiteur (art. 82 al. 1 AUS).

Dès la date de la conclusion du contrat de cession, le cédant ne peut plus, sans l'accord du cessionnaire, modifier l'étendue des droits attachés à la créance cédée (art. 82 al. 2 AUS). Force obligatoire du contrat oblige. La cession couvre le principal et s'étend aux accessoires de la créance. Ceux-ci sont, de ce fait, également transférés à titre de garantie et sont opposables aux tiers sans autre formalité que celles prévues pour la cession (art. 82 AUS).

110. Le débiteur de créance cédée resté dans l'ignorance de la cession ne peut se voir opposer la cession de créance. Pour que celle-ci lui soit opposable, elle doit lui avoir été notifiée ou alors qu'il soit intervenu dans l'acte de cession (art. 84 al. 1 AUS). En dehors de ces deux voies d'information, il peut être considéré comme étant resté dans l'ignorance de la cession. Dans ce cas, le cédant reçoit valablement paiement de la créance (art. 84 al. 2) effectué par le débiteur cédé.

Si le débiteur de la créance cédée est un débiteur professionnel (voir supra n° 8), celui-ci peut, à la demande du cessionnaire, s'engager à le payer directement en acceptant la cession. Dans ce cas, le débiteur ne peut opposer au cessionnaire les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant, à moins que le cessionnaire, en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur. Cet engagement doit être constaté par écrit intitulé « *Acte d'acceptation d'une cession de créance à titre de garantie* ». A défaut de cet intitulé, l'engagement est nul. De même cet écrit doit reproduire, à peine de nullité, en caractères suffisamment apparents, les dispositions prévues pour l'acceptation de la cession (art. 85 al. 1 et 2 AUS).

111. Les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue. Le surplus, s'il y a lieu, est restitué au cédant. Toute clause contraire est réputée non écrite (art. 86 AUS).

B - Transfert fiduciaire d'une somme d'argent

112. Le transfert fiduciaire d'une somme d'argent est une sûreté nouvelle, créée et consacrée par le législateur OHADA. Elle n'a pas d'homologue en droit français. L'AUS a fixé les conditions de formation et d'opposabilité du transfert (I) ainsi que celles de l'achèvement de la sûreté (II).

I - Conditions de formation et d'opposabilité

113. Le transfert fiduciaire d'une somme d'argent est la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation (art. 87 al. 1 AUS). Ces fonds doivent être inscrits sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier de cette obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir (art. 87 al. 2).

Le transfert fiduciaire n'est pas un engagement unilatéral. C'est une convention. Il a une nature contractuelle. Sa formation doit obéir aux conditions de formation de tout contrat prévues par l'article 1108 du code civil du Cameroun.

Le compte bloqué ne peut être ouvert dans n'importe quel établissement de crédit. Seuls les établissements de crédit habilité peuvent recevoir et garder les sommes d'argent au titre d'un transfert fiduciaire.

114. Le législateur OHADA a également déterminé le contenu de la convention de transfert fiduciaire de somme d'argent. A cet effet, l'article 88 AUS précise que « *A peine de nullité, la convention détermine la ou les créances garanties, ainsi que le montant des fonds cédés à titre de garantie, et identifie le compte bloqué* ».

Si le montant principal des fonds cédés produit des intérêts, ces derniers sont portés au crédit du compte bloqué (art. 90 AUS). Les intérêts produits par le capital cédé ne peuvent pas être restitués au constituant, sauf s'il existe une convention stipulant la restitution des intérêts (art. 90 AUS).

115. Le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement teneur du compte, pourvu que les fonds soient inscrits sur le compte bloqué (art. 89 AUS). Il revient au créancier de notifier à la banque qui tient le compte le transfert fiduciaire, car c'est lui qui a le plus intérêt à sauvegarder l'objet de sa sûreté. La notification n'entraînera l'opposabilité aux tiers qu'à la condition que les fonds cédés soient déjà inscrits sur le compte bloqué.

II - Conditions d'achèvement de la sûreté

116. Le transfert fiduciaire de somme d'argent prend fin à l'échéance de la dette.

Si à cette échéance le débiteur a entièrement payé

la créance garantie, les fonds bloqués sont restitués au constituant (art. 91 al. 1 AUS).

Si à l'échéance le débiteur est entièrement ou partiellement défaillant, huit jours après que le constituant ait été dûment averti, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées (art. 91 al. 2 AUS). Toute clause contraire qui consisterait à modifier le mécanisme prévu à l'échéance de la dette est réputée non écrite (art. 91 al. 3 AUS). Le transfert fiduciaire de somme d'argent ne peut pas être un motif d'enrichissement sans cause.

Section III - Etablissement d'un nouveau critère de distinction entre le gage et le nantissement

117. La volonté de régler toutes les sûretés réelles possibles dans un seul Acte uniforme, l'AUS, et la nécessité conséquente que le contenu de cet AUS soit adapté aux évolutions à venir de l'économie et permette de constituer des sûretés réelles sur des nouvelles formes de richesses, ont contraint le législateur OHADA à abandonner l'ancienne distinction entre gage et nantissement fondée sur le critère de l'existence ou de l'absence de la dépossession (§1) au profit d'un autre fondé sur la nature corporelle ou incorporelle du bien grevé (§2).

§1 - Abandon de l'ancien critère de distinction entre le gage et le nantissement

118. L'ancien critère de distinction entre le gage et le nantissement était fondé sur l'existence ou l'absence de la dépossession. Les sûretés réelles mobilières étaient constituées, d'une part, des sûretés réelles mobilières avec dépossession et, d'autre part, des sûretés réelles mobilières sans dépossession [Voir *ISSA-SAYEGH et alii, OHADA-Sûretés, op. cit., n°s 166 et s., pp. 63 et s.*]. Cette distinction découlait de l'article 39 AUS ancien qui opposait expressément le gage au nantissement sans dépossession. Cette distinction n'était pas nouvelle en droit africain. Le législateur sénégalais faisait déjà cette distinction entre le gage et le nantissement sans dépossession (art. 851, COCC).

119. Dans la catégorie des sûretés réelles mobilières étaient rangés le droit de rétention et le gage. Le régime juridique du droit de rétention était défini par référence au gage (art. 43 AUS ancien).

Dans la catégorie des sûretés réelles mobilières sans dépossession étaient classés le nantissement du fonds de commerce et le privilège du vendeur, le nantissement des matériels professionnels et des véhicules automobiles, le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières et le nantissement des stocks.

120. Ce critère de distinction avait pour inconvénient

majeur d'empêcher la création d'une sûreté mobilière sans dépossession sur un bien nouveau (sauf à recourir à la technique de l'entiercement) puisque le gage suppose nécessairement la dépossession et que le nantissement sur le bien nouveau ou futur n'est pas expressément prévu par l'AUS [CROCQ-P], « *Les grandes orientations (...)* », *op. cit.*, p. 55]. Afin d'éviter cela, et de faciliter la sûreté mobilière sur des biens futurs et/ou nouveaux, le législateur OHADA a consacré un nouveau critère de distinction entre le gage et le nantissement.

§2 - Consécration d'un nouveau critère de distinction entre le gage et le nantissement

121. Dans l'optique d'ouvrir la possibilité de constituer une sûreté réelle mobilière sur des biens nouveaux et/ou futurs, le législateur OHADA a fait que le critère de la dépossession ne soit plus une condition de validité du gage, mais une simple condition de son opposabilité. Ce critère susceptible d'être remplacé par l'accomplissement d'une formalité de publicité au registre du commerce et du crédit mobilier. En conséquence, le critère de distinction entre le gage et le nantissement ne pouvait plus reposer sur l'existence ou l'absence de dépossession [CROCQ (P), *op. cit.*].

122. Le législateur OHADA fait reposer, désormais, ce critère sur la nature corporelle ou incorporelle du bien ou de l'ensemble des biens composant l'assiette de la sûreté. Lorsque la sûreté réelle mobilière portera sur un bien corporel, il s'agira d'un gage. Lorsqu'elle portera sur un bien incorporel, il s'agira d'un nantissement.

123. Ce nouveau critère offre ainsi la possibilité, sur le seul fondement du droit commun du gage, de constituer soit un gage avec dépossession sur un bien corporel futur, soit un gage sans dépossession sur un bien corporel futur. Etant entendu que pour cette dernière catégorie de gage, la publicité obligatoire de ce gage joue le même rôle que la dépossession.

124. L'affectation au gage des biens corporels a bouleversé la nomenclature des nantissements établit par l'AUS ancien. Les nantissements du matériel professionnel et des véhicules automobiles ainsi que celui des stocks consacrés sous l'ancien AUS [Voir entrée *Nantissement*] deviennent désormais, sous l'empire de l'AUS nouveau des gages, notamment des gages spéciaux réglementés par les articles 118 à 124.

125. L'affectation au nantissement des biens incorporels a eu pour conséquence, d'abord de sortir de cette catégorie de sûretés réelles mobilières tous les nantissements ayant un objet corporel (matériel professionnel, véhicules automobiles, stocks), ensuite de ne garder

que ceux qui avaient déjà un objet incorporel (droits des associés et de valeurs mobilières, fonds de commerce), et, enfin, d'ajouter à ces derniers de nouveaux biens incorporels : créance, compte bancaire, compte des titres financiers, droits de propriété intellectuelle. Désormais, on distingue à côté du nantissement du fonds de commerce et celui des droits d'associés et des valeurs mobilières devenus classiques, de nouveaux nantissements comme le nantissement de créance, le nantissement de compte bancaire, le nantissement de compte des titres financiers, le nantissement des droits de propriété intellectuelle.

On observera que bien que close, la liste des nantissements est assez longue pour tenir compte du maximum de biens incorporels possibles pouvant être affectés à la garantie du paiement d'une créance. Les nouveaux nantissements feront l'objet des développements qui suivent.

Section IV - Consécration de nouveaux nantissements

126. Avant de présenter chaque nantissement, il convient de souligner qu'un apport significatif de l'AUS du 15 décembre 2010 porte sur la définition même du nantissement qui n'existait pas dans l'ancien AUS. D'après l'article 125 AUS, « *Le nantissement est l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables* ».

La mise en place de nouveaux nantissements obéit à la volonté du législateur OHADA d'étendre l'assiette du nantissement en y intégrant de nouveaux biens incorporels très prisés par la pratique. A cet effet, le législateur OHADA a expressément consacré et organisé des nantissements qui étaient inconnus de la liste de ceux prévus par l'AUS ancien. Ainsi sont désormais réglementés expressément par l'AUS, le nantissement de créance (§1), le nantissement de compte bancaire (§2), le nantissement des comptes des titres financiers (§3) et le nantissement des droits de propriété intellectuelle (§4).

§1 - Nantissement des créances

127. L'on doit à la vérité de reconnaître que la sûreté ayant pour objet une ou plusieurs créances n'est pas nouvelle en droit OHADA. Sous l'ancien AUS, les créances pouvaient faire l'objet de gage. La combinaison des articles 44, 48 à 50 AUS ancien permettait de constituer valablement une telle sûreté [Voir *ISSA SAYEGH (J)*, « *Le gage sur créance de sommes d'argent* », *Penant*, n° 840, 2002, pp. 285-368]. Ce qui est nouveau c'est sa consécration expresse dans la catégorie des nantissements (la créance ne peut plus faire l'objet de gage) et sa réglementation propre par l'AUS du 15 décembre 2010. Il est

régi par les articles 127 à 135 AUS qui réglementent sa constitution (A) et ses effets (B).

A - Constitution du nantissement des créances

128. La constitution du nantissement des créances obéit à des conditions de fond (I) et de forme (II).

I - Conditions de fond

129. Il est évident que seules les créances doivent faire l'objet du nantissement de créance. Il peut s'agir soit des créances ou d'un ensemble des créances présentes ou futures. D'après l'article 128, lorsque le nantissement a pour objet une créance future, le créancier nanti acquiert un droit sur la créance dès la naissance de celle-ci. Autrement dit, dès l'entrée de la créance dans le patrimoine du constituant, celle-ci est immédiatement grevée de la sûreté, sans qu'un acte spécifique soit nécessaire à cet effet. Le législateur OHADA s'est inspiré sur ce point d'un mécanisme bien connu de la « floating charge » de droit anglais [Sur cette question, voir MIENDJIEM (I.L.), « La floating charge de droit anglais et les nantissements du droit OHADA », *Revue de la recherche juridique Droit prospectif*, 2009-3, n° 29, p. 1585].

130. Les créances dont il s'agit sont diverses ; elles peuvent consister en des reconnaissances de dette, factures, effets de commerce, jugements de condamnation, bon de caisse, obligations anonymes, etc.

Le nantissement de créance peut porter sur une fraction de créance, sauf si elle est indivisible (art. 129 AUS). Ce qui signifie, par exemple, que le nantissement des créances futures n'oblige pas le constituant à céder la totalité de ses créances futures. Le législateur OHADA a également réglé la question du sort des intérêts éventuels produits par la créance. La solution est contenue dans l'article 130 qui précise que « *Le nantissement s'étend aux accessoires de la créance nantie, à moins que les parties n'en conviennent autrement* ». En d'autres termes, l'assiette du nantissement des créances comporte le capital de la créance, les intérêts générés par ce capital et les autres accessoires.

II - Conditions de forme

131. Ces conditions sont essentiellement contenues dans l'article 127 AUS. Mais, on retrouve aussi des éléments de forme dans l'article 131 AUS.

D'après l'article 127 AUS, le nantissement de créance doit être constitué par un écrit. Mais, la loi ne dit pas si cet écrit doit être authentique ou sous seing privé. L'on pense que, par la non indication de la forme de l'écrit, le législateur a voulu laisser le choix aux parties.

Ce qui participe de sa volonté de simplification des règles de forme.

L'écrit exigé doit contenir obligatoirement la désignation des créances garanties et des créances nanties ou, si elles sont futures, les éléments de nature à permettre leur individualisation, tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et leur échéance (art. 127 AUS). Il s'agit là des mentions exigées ad validitatem. Les termes « *à peine de nullité* » qui ouvrent le libellé de l'article 127 le prouvent.

132. L'article 131 AUS renforce la formalité de l'écrit ci-dessus présentée en précisant que « *A la date de la conclusion, le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité de la créance nantie (...)* ». Autrement dit, le nantissement de créance est valable entre les parties dès la signature d'un écrit et sans aucune autre formalité. Ce qui permet à son bénéficiaire, lorsque la sûreté porte sur un bien futur, de primer celui qui s'est fait ultérieurement accorder une sûreté sur le même bien futur.

B - Effets du nantissement

133. Les effets du nantissement des créances peuvent être situés à deux niveaux : celui de son opposabilité (I) et, ensuite à celui de sa réalisation (II).

I - Opposabilité

134. Le nantissement est, d'abord, opposable au débiteur de la créance nantie. Pour lui être opposable, le nantissement de la créance doit lui être notifié par écrit ou alors ce dernier doit intervenir à l'acte (art. 132 al. 1 AUS).

135. Le nantissement est, ensuite, opposable aux tiers. Cette opposabilité aux tiers commence dès l'inscription du nantissement au registre du commerce et du crédit mobilier, et ce, quelles que soient la loi applicable à la créance et la loi du pays de résidence de son débiteur (art. 131 AUS). Les modalités d'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier sont celles prévues par les articles 51 à 66 AUS et relatives au droit commun des inscriptions des sûretés mobilières [Sur cette question, voir *supra* n°s 87-97].

II - Réalisation

136. En l'absence de toute notification écrite du nantissement de créance au débiteur ou de toute intervention de celui-ci à l'acte, la sûreté ne lui est pas opposable. Dans ce cas, seul le constituant reçoit valablement paie-

ment de la créance, à charge d'en verser le montant au créancier nanti, sauf stipulation contraire et sous réserve du respect des dispositions de l'article 134 AUS (art. 132 al. 2 AUS).

Après notification ou intervention à l'acte du débiteur de la créance, le nantissement lui est opposable. Dans ce cas, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de cette créance tant en capital qu'en intérêts et autres accessoires, même lorsque le paiement n'a pas été poursuivi par lui (art. 133 AUS).

137. La réalisation du nantissement de créance proprement dite prend en compte les spécificités d'une sûreté sur créance. Dans ce sens, deux hypothèses sont envisageables.

La première est celle dans laquelle la créance nantie arrive à échéance avant la créance garantie. Dans ce cas, précise l'article 134 alinéa 1, « *le créancier nanti conserve les sommes à titre de garantie (...) à charge pour lui de les restituer au constituant si l'obligation garantie est exécutée. En cas de défaillance du débiteur de la créance garantie et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier nanti affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées* ».

La seconde est celle dans laquelle la créance garantie vient à échéance avant la créance nantie. Le législateur offre au créancier nanti plusieurs possibilités. Il peut solliciter l'attribution judiciaire de la créance nantie. Il peut exiger l'attribution de la créance dans les conditions prévues par la convention : c'est la mise en œuvre d'un pacte commissaire. La stipulation d'un pacte permet de conjurer les aléas des procédures judiciaires tout en protégeant les droits du constituant [FILLE-LAMBIÉ (O) et MARCEAU-COTTE (A), *op. cit.*, p. 74, note 11]. Le créancier nanti peut enfin attendre simplement l'échéance de la créance nantie (art. 134 al. 2).

La réalisation de la créance ne peut pas être l'occasion d'un enrichissement sans cause du créancier nanti. Ce dernier devra percevoir la créance nantie jusqu'à due concurrence de la créance garantie et devra restituer au constituant le surplus. Toute clause tendant à lui permettre de garder le surplus est réputée non écrite (art. 135 AUS).

§2 - Nantissement de compte bancaire

138. Le nantissement de compte bancaire est en droit OHADA une nouveauté du point de vue de sa réglementation. La pratique de ce type de nantissement avait déjà cours dans la zone OHADA où elle ne faisait l'objet d'aucune réglementation spécifique. Le nantissement de compte bancaire y était largement utilisé dans le cadre des financements internationaux, car il permet de garder un certain contrôle sur les flux financiers de l'emprunteur sans pour autant le priver de leur usage [FILLE-LAMBIÉ (O) et MARCEAU-COTTE (A), *op. cit.*, p. 75]. Ce méca-

nisme du nantissement de compte bancaire emprunte beaucoup à celui de la *floating charge* bien connu du droit anglais [Sur la question, voir MIENDJIEM (I.L.), « *La floating charge...* », *op. cit.*, *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2009-3, n°s 16-23, pp. 1579-1582]. C'est d'ailleurs une jurisprudence relative à une *floating charge* sur compte bancaire qui a contribué à affiner la conception de la *floating charge* [Sur cette question, voir l'arrêt national *Westminster Bank plc V. Spectrum plus Limited and others* (2005), UKHL 41. Cet arrêt dans le jargon courant du droit anglais et appelé « *Re spectrum* »].

L'AUS du 15 décembre 2010 réglemente le nantissement de compte bancaire aux articles 136 à 139 et met fin à toute ambiguïté sur cette sûreté. Très peu d'articles, quatre au total, lui sont consacrés. Le motif est que ce nantissement est soumis aux règles qui régissent le nantissement de créance. Les quatre articles qui lui sont dédiés visent les aspects qui lui sont propres et portent essentiellement sur sa constitution (A). Un seul est relatif aux effets propres de ce nantissement (B).

A- Constitution du nantissement des créances

139. D'après l'article 136 AUS, « *le nantissement de compte bancaire est un nantissement de créance. Les règles qui régissent celui-ci sont applicables, sous réserve des dispositions de la présente section* ». Cette section est consacrée aux dispositions qui organisent les aspects qui sont propres au nantissement de compte bancaire.

Autrement dit, le nantissement de compte bancaire est une variété de nantissement de créance. En conséquence, les conditions de forme et de fond du nantissement de créance sont les mêmes pour le nantissement de compte bancaire.

Toutefois, le souci de clarification a contraint le législateur à préciser l'objet du nantissement (I) et à consacrer la liberté des parties dans l'organisation de leur rapport contractuel (II).

I - Objet du nantissement

140. Evidemment, l'objet du nantissement c'est le compte bancaire, mais plus exactement le solde créancier provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté (art. 137 al. 1 AUS). En sorte qu'on peut parfaitement qualifier aussi cette sûreté de nantissement de solde créancier provisoire ou définitif.

En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur de la créance garantie, les droits du créancier nanti portent sur le solde créancier du compte au jour de cette ouverture (art. 137 al. 2 AUS).

141. Quant aux opérations en cours, elles seront, d'après l'article 137 alinéa 1 AUS, régularisées selon les modalités prévues par l'Acte uniforme portant organi-

sation des procédures simplifiées de recouvrement de créances et des voies d'exécution en matière de saisie-attribution des créances pratiquées entre les mains d'un établissement de crédit. Cette disposition sur les opérations en cours s'explique par le fait que le nantissement est généralement constitué sur le solde d'un compte à vue qui fonctionne et continue d'enregistrer des opérations après sa constitution. Il était nécessaire, pour le législateur OHADA, de se prononcer clairement sur ces éventuelles opérations.

142. Il convient de signaler que des dispositions de l'article 136 AUS ci-dessus cité, on peut déduire une autre clarification sur le rôle du teneur de compte. Ce dernier est le débiteur de la créance de solde nantie. En conséquence, le nantissement ne lui est opposable que s'il lui a été notifié ou s'il est intervenu à l'acte constitutif du nantissement, conformément aux dispositions de l'article 132 AUS.

II - Liberté contractuelle des parties à l'acte de nantissement de compte bancaire

143. Suivant l'article 138 AUS, « *Les parties peuvent convenir des conditions dans lesquelles le constituant pourra continuer à disposer des sommes inscrites sur le compte nanti* ». Cet article affirme le principe de la liberté contractuelle reconnue aux parties à l'acte de nantissement. En effet, les parties peuvent choisir de bloquer le compte, et donc de limiter les mouvements sur le compte nanti. Dans ce cas, seules les entrées seront possibles et augmenteront l'assiette du nantissement. Ces entrées peuvent provenir, entre autres, d'une domiciliation de paiement dans le compte nanti.

Les parties peuvent, plutôt, décider de laisser le constituant faire fonctionner normalement le compte. Dans ce cas, le constituant disposera d'une plus grande marge de manœuvre sur le compte. Cette hypothèse comporte le risque qu'au jour de la réalisation (on parlera de cristallisation s'agissant de la floating charge) [MIENDJEM (I.L.), *op. cit.*, n°s 65-68, pp. 1600-1601], le solde créditeur ne permette pas de payer entièrement la créance garantie. Pour conjurer ce risque, les parties stipulent généralement, dans la convention de nantissement, un engagement du constituant de maintenir une somme minimum au crédit du compte.

B - Effets du nantissement des créances

144. Rappelons qu'aucune disposition spécifique n'est prévue pour l'opposabilité du nantissement au débiteur de la créance nantie et aux tiers. Aucune autre n'est prévue pour la réalisation du nantissement de compte bancaire.

Sur ces points, il convient de s'en tenir au renvoi général fait par l'article 136 AUS aux règles applicables

au nantissement de créance [Sur cette question, voir *supra* n°s 133-137]. Toutefois, on notera qu'en pratique, la réalisation de ce nantissement résultera de la notification au débiteur de la créance nantie puisque, dans la majorité des cas, le nantissement de compte bancaire est pratiqué sur un compte à vue dont la créance de solde est exigible à tout moment.

145. La particularité forte du nantissement du compte bancaire lors de sa réalisation est que « *même après réalisation, le nantissement de compte bancaire subsiste tant que le compte n'a pas été clôturé et que la créance garantie n'a pas été intégralement payée* » (art. 139 AUS).

§3 - Nantissement de comptes de titres financiers

146. Le nantissement de compte de titres financiers est une innovation en droit OHADA. Cette sûreté y était inconnue jusqu'à lors. Elle a été consacrée par le législateur OHADA pour tenir compte des évolutions futures et d'anticiper sur le développement d'un nouveau bien dans l'espace OHADA. En effet, pour être inscrits en compte, les titres et valeurs mobilières doivent être dématérialisés. Or, les titres dématérialisés ne sont pas encore répandus dans la zone OHADA. Pour l'instant, seuls les titres et valeurs mobilières des sociétés cotées auprès des bourses régionales de la zone OHADA sont concernés. Il s'agit de la Bourse régionale des valeurs mobilières (BRVM) basée à Abidjan en Côte d'Ivoire, de la Douala Stock Exchange (Bourse nationale de valeurs mobilières du Cameroun) basée à Douala au Cameroun et de la Bourse des valeurs mobilières d'Afrique Centrale (BVMAC) basée à Libreville au Gabon. On rappellera que le nombre de sociétés cotées dans ces différentes bourses n'est pas encore considérable.

147. Du fait de la proximité des titres financiers avec les valeurs mobilières, le législateur OHADA a ajouté au nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières les comptes de titres financiers. Ces différents types de biens constituent tous la même section. Mais, pour l'organisation du nantissement des comptes des titres financiers, une sous-section propre lui a été réservée. Elle regroupe les articles 146 à 155 AUS. De ces articles se dégagent la constitution (A) et les effets (B) de ce nantissement.

A - Constitution du nantissement de compte de titres financiers

148. La constitution du nantissement de comptes de titres financiers obéit aux conditions de fond (I) et de forme (II).

I - Conditions de fond

149. Selon l'article 146 AUS, le nantissement porte essentiellement sur l'ensemble des valeurs mobilières et autres titres financiers figurant dans le compte nanti. L'article 148 AUS précise davantage le contenu de l'assiette du nantissement de compte de titres financiers. Ce nantissement a pour assiette, d'abord, les titres financiers initialement inscrits au crédit du compte nanti ; ensuite, ceux qui lui sont substitués ou qui le complètent ; et enfin, leurs fruits et produits. Il en résulte que le contenu de l'assiette de ce nantissement n'est pas figé. Le compte nanti peut connaître des mouvements d'entrées et de sorties qui augmenteraient l'assiette du nantissement. Ce mouvement ne peut se faire au détriment du créancier nanti puisque conformément à l'article 148 alinéa 2 AUS, les titres et les sommes en toute monnaie inscrites au crédit du compte nanti postérieurement à la date de constitution du nantissement sont réputés avoir été remis à la date de constitution du nantissement. En outre, pour son information, et le suivi des mouvements sur le compte nanti, sur simple demande, le créancier nanti peut obtenir du teneur du compte nanti une attestation de comptes de titres financiers comportant l'inventaire des titres financiers et sommes en toute monnaie inscrites à la date de délivrance de ladite attestation (art. 148 al. 3).

150. Afin d'éviter toute confusion, le compte nanti doit être un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par la personne morale émettrice ou l'intermédiaire financier (art. 149 AUS) en charge de la gestion des titres apportés en garantie. S'il arrive que le compte nanti est tenu par une personne non autorisée à recevoir des fonds du public, le compte recevant les fruits et produits des titres nantis devra être ouvert au nom du titulaire du compte nanti auprès des établissements habilités à cet effet (art. 150 al. 1 AUS). Cet autre compte spécial est réputé faire partie intégrante du compte nanti à la date de la déclaration constitutive du nantissement (art. 150 al. 2 AUS). De ce fait, le créancier nanti peut obtenir, sur simple demande au teneur du compte spécial, une attestation comportant l'inventaire des sommes en toute monnaie inscrites au crédit de ce compte à cette date (art. 150 al. 3 AUS).

II - Conditions de forme

151. Ces conditions peuvent être présentées à travers l'acte du nantissement (a) et la liberté dont jouissent les parties dans l'organisation de leurs rapports contractuels (b).

A - Acte du nantissement de compte de titres financiers

152. D'après l'article 146 AUS, « *Le nantissement d'un compte des titres financiers est la convention par laquelle*

le constituant affecte en garantie d'une obligation l'ensemble des valeurs mobilières et autres titres financiers figurant dans ce compte ».

Il résulte de l'article 146 AUS que le nantissement des titres financiers est une convention. A ce titre, sa formation doit obéir aux règles de formation de toute convention prévue par le code civil (art. 1108). Cette convention est nécessairement écrite, puisqu'elle doit, conformément à l'article 147 AUS, prendre la forme d'une déclaration datée et signée.

C'est dès cette déclaration que le nantissement de comptes de titres financiers est considéré comme constitué, tant à l'égard des parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers (art. 147 al. 1 AUS).

153. La déclaration constitutive du nantissement comporte, à peine de nullité, les mentions suivantes :

- la désignation du créancier, du débiteur et du constituant du nantissement ;
- le nombre et la nature des titres financiers formant l'assiette initiale du nantissement ;
- les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évaluation, sa durée et son échéance ;
- les éléments d'identification du compte spécial nanti.

En dehors de ce formalisme rigoureux qui entoure la constitution du nantissement de comptes des titres financiers, les parties jouissent d'une liberté dans la détermination des conditions de gestion de ce compte.

B - Liberté contractuelle des parties à l'acte du nantissement de compte de titres financiers

154. Le champ de la liberté contractuelle reconnue aux parties à l'acte du nantissement est circonscrit autour de la gestion du compte nanti. A cet effet, l'article 151 alinéa 1 AUS dispose que « *Le créancier nanti définit avec le titulaire du compte nanti les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des titres financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans ce compte* ».

Les parties sont donc libres de stipuler au profit du titulaire du compte nanti, soit une possibilité limitée, soit une possibilité large de disposer des titres financiers et sommes d'argent inscrits sur le compte. Cette possibilité reconnue au titulaire du compte nanti comporte le risque qu'au jour de la réalisation, la valeur du compte soit inférieure au montant de la créance garantie. Pour éliminer ce risque, le législateur accorde au créancier nanti, non seulement un droit de regard sur les mouvements enregistrés sur le compte nanti (art. 148 al. 3 AUS), mais aussi et surtout un droit de rétention sur les titres financiers et sommes en toute monnaie figurant au compte nanti (art. 151 al. 1 in fine).

155. Lorsque, n'étant pas le teneur du compte nanti, le créancier a autorisé le titulaire du compte à disposer

des valeurs mobilières et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte nanti, le titulaire du compte et le créancier nanti informent par écrit le teneur du compte des conditions de cette disposition. Le teneur de compte ne peut déroger aux instructions reçues sans l'accord du créancier nanti (art. 151 al. 2 AUS).

B - Effets du nantissement de compte de titres financiers

156. Le créancier nanti bénéficie, naturellement, d'un droit de réalisation. L'exercice de ce droit (II) est soumis à des formalités préalables (I).

I - Formalités préalables à la réalisation

157. Ces formalités sont prévues par les articles 152 et 153 AUS. Lorsque la créance est certaine, liquide, exigible, le créancier nanti peut réaliser le nantissement huit jours ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu entre les parties.

Mais, cette réalisation ne peut intervenir qu'après une mise en demeure du débiteur remise en mains propres ou adressée par courrier recommandé. Cette mise en demeure du débiteur est également notifiée au constituant du nantissement lorsqu'il n'est pas le débiteur ainsi qu'au teneur du compte lorsque ce dernier n'est pas le créancier nanti.

158. La mise en demeure prévue à l'article précédent contient, à peine de nullité, la reproduction intégrale des mentions suivantes énoncées par l'article 153 AUS :

- « *Faute de paiement, le nantissement pourra être réalisé par le créancier dans les huit jours ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte nanti* » ;
- « *Le titulaire du compte nanti peut, jusqu'à l'expiration du délai mentionné ci-dessus, faire connaître au teneur de compte l'ordre dans lequel les sommes ou titres financiers devront être attribués en pleine propriété ou vendues, au choix du créancier* ».

Lorsque la mise en demeure reste sans effet jusqu'à l'expiration du délai, la réalisation du nantissement peut alors être effectuée.

II - Exercice du droit de réalisation

159. Dans la limite du montant de la créance garantie et, le cas échéant, dans le respect de l'ordre indiqué par le titulaire du compte nanti, la réalisation du nantissement de ce compte intervient selon la manière suivante indiquée par l'article 154 AUS :

- pour les sommes en toute monnaie figurant dans le compte nanti, directement par transfert en pleine propriété au créancier nanti ;

- pour les titres financiers admis aux négociations sur un marché financier que le titulaire du compte nanti ou, à défaut, le créancier nanti a désigné, par vente sur un marché réglementé ou attribution en propriété de la quantité déterminée par le créancier nanti. Cette quantité est établie par le créancier nanti, sur la base du dernier cours de clôture disponible sur un marché réglementé.

160. L'on signalera que les frais résultant de la réalisation du nantissement sont à la charge du titulaire du compte nanti. Ces frais sont imputés sur le montant résultant de cette réalisation (art. 154 al. 4 AUS).

Les modalités de réalisation du nantissement de comptes des titres financiers ci-dessus décrites sont les mêmes lorsque, n'étant pas le teneur du compte nanti, le créancier nanti estime réunies les conditions de la réalisation du nantissement. Il demande simplement par écrit au teneur du compte de procéder à cette réalisation selon ces modalités (art. 155 AUS).

§4 - Nantissement des droits de propriété intellectuelle

161. Le nantissement des droits de propriété intellectuelle n'est pas inconnu du droit positif OHADA. Il était déjà consacré par l'AUS du 17 avril 1997. Mais, il n'avait pas sa vie propre. Il intervenait dans le sillage du nantissement du fonds de commerce dont il était un complément facultatif.

Le nantissement des droits de propriété intellectuelle a gagné en autonomie sous l'AUS du 15 décembre 2010. Cet Acte uniforme lui consacre une réglementation propre autour des articles 156 à 161. Ces articles organisent tant les modalités de constitution de la sûreté (A) que celles de son inscription (B).

A - Constitution du nantissement des droits de propriété intellectuelle

162. La constitution du nantissement des droits de propriété intellectuelle oblige à présenter les objets sur lesquels est assise la sûreté (I) et la forme de l'acte la constatant (II).

I - Assiette du nantissement des droits de propriété intellectuelle

163. L'article 156 AUS qui définit le nantissement des droits de propriété intellectuelle cite comme droits de propriété intellectuelle susceptibles d'être nantis, les brevets d'invention, les marques de fabrique et de commerce, des dessins et modèles. Il est évident que cette énumération n'est qu'indicative, car doivent être susceptibles d'être nantis tous les droits de propriété intellectuelle consacrés par l'Accord de Bangui (A.B.)

du 2 mars 1977 portant organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), révisée en 1999. Tous les pays membres de l'OAPI (à l'exception de la Mauritanie et de la République démocratique du Congo) sont membres de l'OHADA.

L'A.B. prévoit dix annexes qui concernent chacune un droit de propriété intellectuelle. Mais en réalité, seules neuf annexes visent véritablement les droits de propriété intellectuelle. L'annexe VIII est relative à la concurrence déloyale qui n'est pas à proprement parlé un droit.

A côté des brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles, expressément cités par l'article 156 AUS, il faut énumérer également les obtentions végétales, la propriété littéraire et artistique, les indications géographiques, le nom commercial, les schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés.

- Le brevet d'invention. C'est un titre délivré par l'OAPI pour les pays membres ou par l'autorité gouvernementale habilitée pour les pays membres de l'OHADA et non membres de l'OAPI (République Démocratique du Congo et République fédérale islamique des Comores) qui confère à son bénéficiaire le monopole d'exploitation de l'invention qui en est l'objet. Ce monopole d'exploitation est enfermé dans une durée limitée. Cette durée est de 20 ans pour les pays membres de l'OAPI (art. 19 annexe I A.B.). Pour faire l'objet d'un brevet d'invention, l'invention doit être nouvelle, résulter d'une activité inventive et être susceptible d'une application industrielle (art. 2 annexe I A.B.). Le brevet d'invention fait l'objet de l'annexe I de l'Accord de Bangui révisé en 1999 et entré en vigueur en 2002.
- Les marques de fabrique et de commerce. Elles font l'objet de l'annexe III de l'Accord de Bangui révisé en 1999 et entré en vigueur en 2002. Il faut faire remarquer que contrairement à l'article 69-2 AUS, l'annexe III parle plutôt de marques de produits et de services. Cette nuance est sans grande conséquence car quelle que soit la terminologie employée, c'est tout signe visible utilisé ou que l'on se propose d'utiliser et qui est propre à distinguer les produits ou services d'une entreprise quelconque.
- La marque de produit ou de service peut être un nom patronymique, une dénomination particulière, arbitraire ou de fantaisie, la forme caractéristique du produit ou de son conditionnement, les étiquettes, les enveloppes emblèmes, empreintes, la combinaison ou disposition de couleurs, dessins, reliefs, lettres, chiffres, devises, pseudonymes, etc. La marque ne doit pas être générique, c'est-à-dire dépourvue de tout caractère distinctif ; elle ne doit pas être déceptive, c'est-à-dire mensongère ou susceptible d'induire en erreur le public ou les professionnels sur l'origine géographique, la nature ou les caractéristiques du produit ou service considéré. Le monopole d'exploitation de la marque dure 10 ans et peut être renouvelé successivement et sans limitation tous les 10 ans (art. 19 annexe III A.B.).

- Les dessins et modèles. Il faut distinguer les modèles d'utilité qui font l'objet de l'annexe II de l'Accord de Bangui révisé et les dessins et modèles industriels qui font l'objet de l'annexe IV du même Accord. Le modèle d'utilité est un instrument de travail ou un objet destiné à être utilisé pour autant qu'il soit utile au travail ou à l'usage auquel il est destiné grâce à une configuration nouvelle, à un arrangement ou à un dispositif nouveau et qu'il soit susceptible d'application industrielle (art. 1 annexe II A.B.). Tout modèle d'utilité ayant déjà fait l'objet d'un brevet d'invention ne peut plus être protégé par l'annexe II. Le monopole d'exploitation d'un modèle d'utilité dure 10 ans. Le renouvellement n'est pas prévu (art. 6 annexe II A.B.). Alors que le dessin industriel est tout assemblage de lignes ou de couleurs, toute forme plastique associée ou non à des lignes ou à des couleurs, pourvu que cet assemblage ou forme donne une apparence spéciale à un produit industriel ou artisanal et puisse servir de type pour la fabrication d'un produit industriel ou artisanal. La durée du monopole d'exploitation du dessin ou modèle industriel est de 5 ans renouvelable deux fois (art. 12 annexe IV A.B.).
- Les obtentions végétales. Elles font l'objet de l'annexe X de l'Accord de Bangui révisé. L'obtention végétale c'est la découverte ou la mise au point d'une variété végétale. Pour pouvoir être protégée par un certificat d'obtention végétale, la variété végétale doit être nouvelle, distincte, homogène, stable et faire l'objet d'une dénomination (art. 4, annexe X, A.B.). La durée du monopole d'exploitation d'une variété végétale est de 25 ans sans possibilité de renouvellement (art. 33 annexe X A.B.).
- La propriété littéraire et artistique. Elle est régie par l'annexe VII de l'Accord de Bangui révisé. Mais, elle fait également l'objet dans chaque Etat membre de l'OHADA d'une législation nationale propre. C'est le droit exclusif d'exploitation qu'a le créateur d'une œuvre littéraire et artistique sur son œuvre. On parle aussi de droit d'auteur. Ce droit confère à l'auteur les prérogatives d'ordre moral et d'ordre patrimonial (art. 4, annexe VII, A.B.). Seules ces dernières peuvent faire partie de l'assiette du nantissement du fonds de commerce. Elles durent toute la vie de l'auteur et 70 ans après sa mort (art. 22, annexe VII, A.B.).
- Les indications géographiques, anciennement dénommées appellations d'origine, sont prévues par l'annexe VI de l'Accord de Bangui révisé. Il s'agit des indications qui servent à identifier un produit comme étant originaire du territoire ou d'une région ou localité de ce territoire dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique (art. 1-a, annexe VI, A.B.).
- Le nom commercial. Il désigne toute appellation sous laquelle un commerçant exerce son activité. L'annexe V de l'Accord de Bangui relatif à l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) emploie

la même expression pour désigner la dénomination sous laquelle est également connu et exploité un établissement industriel, artisanal ou agricole (art. 1^{er}). A la différence de l'enseigne, le nom commercial est réglementé par cet Accord. D'après celui-ci, ne peut constituer un nom commercial, le nom ou la désignation qui, par sa nature ou l'usage qui peut en être fait, est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public et qui, notamment, pourrait tromper les milieux commerciaux ou le public sur la nature de l'établissement commercial, industriel, artisanal ou agricole désigné par ce nom (art. 2). Mais, cette réglementation ne s'impose que dans les pays membres de l'OHADA qui sont en même temps membres de l'OAPI. Elle n'est pas en principe contraignante pour les pays membres de l'OHADA qui ne relèvent pas de l'espace OAPI, comme par exemple la République Fédérale Islamique des Comores et la République Démocratique du Congo.

- Les schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés. Ils sont consacrés par l'annexe IX de l'Accord de Bangui révisé. Le schéma de configuration est la disposition tridimensionnelle quelle que soit son expression, des éléments dont l'un au moins est un élément actif, et de tout ou partie des interconnexions d'un circuit intégré, ou une telle disposition tridimensionnelle préparée par un circuit intégré destiné à être fabriqué (art. 1 b), annexe IX A.B.). Le circuit intégré est un produit sous sa forme finale ou sous une forme intermédiaire dans lequel les éléments, dont l'un au moins est un élément actif, et tout ou partie des interconnexions font partie intégrante du corps ou de la surface, d'une pièce de matériau et qui est destiné à accomplir une fonction électronique (art. 1 a), annexe IX, A.B.). Un schéma de configuration n'est protégé par la loi que s'il est original. Le monopole d'exploitation du schéma de configuration a une durée de 10 ans, sans possibilité de renouvellement (art. 7-2, annexe IX, A.B.).

164. Toutefois, il convient de souligner que l'assiette du nantissement des droits de propriété intellectuelle constituée des droits consacrés par la législation OAPI peut soulever des difficultés s'agissant d'un pays membre de l'OHADA comme la République Fédérale Islamique des Comores qui n'est pas membre de l'OAPI.

Peut-on valablement constituer et inscrire dans ce pays un droit de propriété intellectuelle inconnu de la législation nationale ? L'on pense que pour ce pays, il faudra s'en tenir à l'énumération de l'article 156 AUS et éventuellement admettre les nantissemements sur les droits de propriété intellectuelle consacrés par la législation nationale.

165. Il faudra, par souci de clarification et de cohérence, réécrire les dispositions pertinentes de l'Accord de Bangui qui utilise encore l'expression « *gage* » alors que désormais il s'agit de « *nantissement* » [*Gage des*

brevets d'invention : art. 33 al. 2, annexe I A.B. ; gage des modèles d'utilité : art. 28 al. 2, annexe II, A.B. ; gage des marques de produits ou de services : art. 26 al. 2, annexe III, A.B. ; gage des dessins et modèles industriels : art. 20 al 2, annexe IV, A.B. ; gage des schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés : art. 18 al. 2, annexe IX, A.B.] et qui parmi les droits de propriété intellectuelle susceptible d'être nantis, omet de citer la propriété littéraire et artistique, les obtentions végétales, les indications géographiques et le nom commercial.

166. Le nantissement des droits de propriété intellectuelle ne s'étend pas, sauf convention contraire des parties, aux accessoires et aux fruits résultant de l'exploitation du droit de propriété intellectuelle objet du nantissement (art. 159 AUS). L'assiette de ce nantissement n'est donc pas susceptible d'augmentation automatique, sauf si les parties le veulent et l'expriment clairement dans une convention.

II - Forme du nantissement des droits de propriété intellectuelle

167. L'article 145 alinéa 1 AUS définit le nantissement des droits de propriété intellectuelle comme « *la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation tout ou partie de ses droits de propriété intellectuelle existants ou futurs, tels que brevets d'invention, des marques de fabrique et de commerce, des dessins et modèles* ».

L'alinéa 2 du même article précise que ce nantissement peut être conventionnel (a) ou judiciaire (b).

a - Nantissement conventionnel

168. Le nantissement conventionnel résulte d'une convention passée entre un créancier et un constituant de la sûreté conformément aux exigences de l'article 1108 du code civil. D'après l'article 157 AUS, cette convention doit être à peine de nullité, constatée par un écrit. Ce dernier doit à son tour, à peine de nullité, contenir les mentions suivantes prévues par l'article 157 AUS :

- la désignation du créancier, du débiteur et du constituant du nantissement si celui-ci n'est pas le débiteur ;
- les éléments identifiant ou permettant de déterminer les droits apportés en garantie ;
- les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évaluation, sa durée et son échéance.

b - Nantissement judiciaire

169. Le nantissement judiciaire est prévu par l'ar-

ticle 158 AUS. Cet article précise, à cet effet, que « *La juridiction compétente peut autoriser le créancier à prendre une inscription de nantissement sur les droits de propriété intellectuelle* ». Le même article indique que « *Le nantissement judiciaire est régi par les dispositions relatives à la saisie conservatoire des titres sociaux réglementée par les dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et de voies d'exécution* ».

170. Le renvoi effectué par l'article 158 AUS aux dispositions de l'AUVE sur la saisie conservatoire des titres sociaux touche exactement aux articles 85 à 90 AUVE.

Concrètement, il est procédé à la saisie conservatoire par la signification, dans un délai de huit jours à peine de caducité, de l'autorisation judiciaire au débiteur ou au constituant si celui-ci n'est pas le débiteur. La décision de justice doit comporter les mentions prévues pour le nantissement conventionnel (art. 157 al. 2 AUS) [Voir *supra*, n° 168]. L'acte de signification doit contenir, à peine de nullité, les mentions suivantes contenues dans l'article 86 AUVE :

- copie du procès-verbal de saisie ;
- la mention, en caractères très apparents, du droit qui appartient au débiteur, si les conditions de validité de la saisie ne sont pas réunies, d'en demander la mainlevée à la juridiction du lieu de son domicile ;
- la juridiction devant laquelle seront portées les autres contestations notamment celles relatives à l'exécution de la saisie ;
- l'élection de domicile du créancier dans le ressort territorial juridictionnel où la saisie est effectuée s'il n'y demeure pas afin qu'il y soit fait toute signification ou offre ;
- la reproduction des articles 62 et 63 AUVE relatifs aux contestations justifiant une mainlevée.

B - Inscription du nantissement des droits de propriété intellectuelle

171. L'inscription du nantissement obéit à certaines formalités (I). Elle génère, en outre, des droits importants pour le créancier inscrit (II).

I - Formalités d'inscription

172. Qu'il s'agisse du nantissement conventionnel ou du nantissement judiciaire, une publicité est indispensable pour rendre la sûreté opposable aux tiers. Cette publicité consiste en l'inscription de la sûreté. C'est dès cette inscription que la sûreté devient opposable aux tiers.

L'inscription du nantissement des droits de propriété intellectuelle doit être faite à la fois au registre du commerce et du crédit mobilier (a) et au registre spécial de l'OAPI (b).

a - Inscription au registre du commerce et du crédit mobilier

173. D'après l'article 160 alinéa 1 AUS, « *Le nantissement conventionnel ou judiciaire n'est opposable aux tiers dans la mesure et selon les conditions prévues par les articles 51 à 66 du présent Acte uniforme que s'il est inscrit au registre du commerce et du crédit mobilier* ».

Les articles 51 à 66 visés par l'article 160 alinéa 1 AUS ci-dessus cité établissent un régime commun des inscriptions des sûretés mobilières.

174. Le nantissement des droits de propriété intellectuelle doit être inscrit dans le registre du commerce et du crédit mobilier situé dans le ressort duquel est immatriculé le constituant de la sûreté ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation d'immatriculation, celui dans le ressort duquel est situé, selon le cas, le siège ou le domicile du constituant (art. 52 al. 2 AUS).

175. Lorsqu'il s'agit du nantissement judiciaire, une inscription provisoire doit, d'abord, être prise après la décision autorisant le nantissement. L'inscription définitive n'intervient qu'après la décision de validation passée en force de chose jugée (art. 160 al. 2 AUS).

176. Pour obtenir inscription de la sûreté, le créancier, l'agent des sûretés ou le constituant doit présenter au greffe chargé de la tenue du registre du commerce et du crédit mobilier ou à l'organe compétent dans l'Etat partie, un formulaire d'inscription portant les mentions suivantes (art. 53 AUS) :

- nom, prénom, dénomination sociale, domicile ou siège social, et, s'il y a lieu, les coordonnées électroniques et le numéro d'immatriculation ou de déclaration d'activité du créancier ou de l'agent des sûretés, du débiteur de la créance garantie et du constituant, s'il n'est pas le débiteur ;
- la nature et la date du titre générateur de la sûreté ;
- le cas échéant, la durée de l'inscription convenue par les parties ;
- montant maximum de la créance garantie comprenant le principal, les intérêts et autres accessoires, la date de son exigibilité et de l'existence d'un pacte commissoire. Pour les créances futures, le formulaire mentionne les éléments permettant de les déterminer ;
- la désignation du bien grevé avec indication des éléments permettant de l'identifier, notamment sa nature, son lieu de situation et, le cas échéant, son numéro de série, ou, lorsqu'il est un ensemble de biens présents ou futurs, leur nature, qualité, quantité ou valeur.

177. Saisi du formulaire, le greffier ou le responsable de l'organe compétent vérifie que le formulaire comporte les mentions obligatoires ci-dessus énumérées [Voir *supra* n° 176], procède immédiatement à l'inscription sur le

registre chronologique des dépôts et délivre immédiatement au requérant un accusé d'inscription avec mention de la date, de la désignation de la formalité effectuée et du numéro d'ordre porté au registre chronologique des dépôts (art. 54 al. 1 AUS).

L'inscription est également notifiée au débiteur ou au constituant s'il n'est pas le débiteur.

178. En cas d'irrégularité du formulaire, le greffier ou le responsable de l'organe compétent rejette l'inscription. Le rejet, obligatoirement motivé, doit être notifié immédiatement par le même responsable, au requérant et porté en marge de l'inscription au registre chronologique des dépôts. Le rejet peut, dans un délai de huit jours à compter de sa notification, faire l'objet d'un recours de la personne qui a requis l'inscription devant la juridiction compétente ou devant l'autorité compétente dans l'Etat partie statuant à bref délai (art. 54 al. 2 AUS).

La décision d'inscription comme celle du rejet est susceptible de recours, dans un délai de quinze jours à compter de la notification, devant la juridiction de recours compétente statuant à bref délai (art. 54 al. 3 AUS).

179. Lorsque tout est conforme, le responsable de l'inscription doit sans délai :

- faire mention de l'inscription au dossier individuel ouvert au nom de la personne physique ou morale contre laquelle est prise l'inscription ;
- classer audit dossier le formulaire de la déclaration, avec mention de la date d'inscription et de son numéro d'ordre ;
- notifier l'inscription au fichier national du registre du commerce et du crédit mobilier en lui transmettant une copie du formulaire d'inscription et un extrait du dossier individuel ouvert au nom de la personne contre laquelle est prise l'inscription.

b - Inscription au registre spécial OAPI

180. Selon l'article 160 alinéa 3 AUS, « *Si le nantissement a pour objet un droit inscrit sur l'un des registres régis par la réglementation applicable en matière de propriété intellectuelle, il doit en outre être satisfait aux règles de publicité prévues par cette réglementation* ».

181. D'après l'article 16 de l'Accord de Bangui révisé, l'OAPI tient pour l'ensemble des Etats membres, un registre spécial pour chacun des propriétés industrielles qu'elle administre. Il n'y a pas de registre pour la propriété littéraire et artistique.

De manière invariable, il est prévu que les actes comportant, soit transmission de propriété, soit concession de droit d'exploitation ou cession de ce droit, soit gage ou mainlevée de gage relativement à une demande de brevet ou à un brevet (art.33-2 et 34, annexe I), à une demande d'enregistrement de modèle d'utilité ou à un

modèle d'utilité enregistré (art. 28-2 et 29 annexe II), à une marque (art. 26-2 et 27, annexe III), à un dessin ou modèle (art. 20-2 et 21 annexe IV), à une demande d'enregistrement d'un schéma de configuration (topographie) de circuit intégré (art. 18-2 et 19, annexe IX) ne sont opposables aux tiers que s'ils ont été inscrits dans le registre spécial correspondant tenu par l'OAPI. Le législateur OAPI n'a pas prévu de dispositions analogues dans son annexe V consacré aux noms commerciaux, ni dans son annexe VI consacré aux indications géographiques, encore moins dans l'annexe VII concernant la propriété littéraire et artistique et l'annexe X relative aux obtentions végétales. Il y a là une lacune qu'il convient de combler

II - Droits du créancier inscrit

182. Il appartient aux parties à l'acte du nantissement de convenir de la durée de l'inscription, et donc de celle des droits inscrits, sans que cette durée dépasse dix ans à compter de l'inscription (art. 58 al. 2 AUS). L'inscription garantit, au même rang que le principal, deux années d'intérêts (art. 58 al. 4 AUS).

L'AUS confère au créancier nanti trois droits : le droit de suite (a), le droit de préférence (b) et le droit de réalisation (c).

a- Droit de suite

183. Conformément à l'article 161 alinéa 2 AUS, le droit de suite conféré au créancier s'exerce selon les dispositions de l'article 97 alinéa 2 de l'AUS.

Il convient de rappeler que le droit de suite est le droit pour le créancier inscrit de saisir le ou les droits de propriété intellectuel grevés en quelques mains qu'ils se trouvent, même entre les mains d'un tiers acquéreur. C'est d'ailleurs le sens de l'article 97 alinéa 2 AUS auquel renvoie l'article 160 alinéa 1 AUS sur le droit de suite. L'article 97 alinéa 2 précise que « *lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent être regardés comme des possesseurs de bonne foi et le créancier gagiste peut exercer son droit de suite à leur rencontre* ».

b - Droit de préférence

184. Suivant l'article 161 alinéa 4 AUS, le droit de préférence reconnu au créancier inscrit s'exerce conformément aux dispositions de l'article 226 AUS.

Le droit de préférence est le droit pour le créancier d'être payé par préférence à tous les autres sur le prix de vente du bien grevé.

185. L'article 226 AUS visé par l'article 160 alinéa 4 AUS sur le droit de préférence fixe les modalités d'exercice du droit de préférence en indiquant l'ordre de

distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles.

Lorsque le créancier inscrit est en présence de créanciers chirographaires, il les prime. En cas de pluralité de créanciers inscrits, chaque créancier exerce son droit de préférence dans l'ordre d'inscription de sa sûreté. Il peut arriver que le créancier nanti se trouve primé par d'autres créanciers ayant une sûreté meilleure que la sienne. C'est ainsi que dans le classement de la distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles, le nantissement des droits de propriété intellectuelle ne vient qu'au quatrième rang. Les créanciers inscrits peuvent donc être primés, dans l'ordre, par :

- les créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix ;
- les créanciers de frais engagés pour la conservation du bien dans l'intérêt des créanciers dont le titre est antérieur en date ;
- les créanciers de salaires super privilégiés.

C - Droit de réalisation

186. D'après l'article 161 alinéa 3 AUS, le créancier inscrit bénéficie d'un droit de réalisation qui s'exerce conformément aux dispositions des articles 104 et 105 AUS.

Il résulte de l'article 104 AUS qu'à défaut de paiement à l'échéance, le créancier inscrit dispose d'une option.

S'il est muni d'un titre exécutoire, il peut faire procéder à la vente forcée de la chose nantie, huit jours après une sommation de payer infructueuse faite au débiteur et, s'il y a lieu, au tiers constituant dans les conditions prévues par les dispositions organisant les voies d'exécution auxquelles le contrat de nantissement ne peut déroger. Dans ce cas, il exerce son droit de préférence sur le prix de la chose vendue, dans les conditions de l'article 226 AUS.

Le créancier inscrit peut aussi faire ordonner par la juridiction compétente que les droits de propriété intellectuelle nantis lui soient attribués en paiement jusqu'à due concurrence du solde de sa créance et d'après estimation suivant les cours ou à dire d'expert.

L'article 105 AUS précise qu'en cas d'attribution judiciaire ou conventionnelle, lorsque la valeur du bien excède le montant qui lui est dû, le créancier nanti doit consigner une somme égale à la différence s'il existe d'autres créanciers bénéficiant d'un nantissement sur le même bien ou, à défaut, verser cette somme au constituant. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Mais, l'article 105 AUS ne s'est pas prononcé sur le cas contraire où la valeur du bien grevé est inférieure au montant de la créance nantie. L'on peut soutenir que dans ce cas, le débiteur demeure redevable de la différence. De créancier privilégié, le créancier nanti devient un simple créancier chirographaire du solde dû.

Isidore Léopold MIENDJIEM

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Agent des sûretés 2, 4, 34, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 56, 57, 93, 176

AUS 1, 3, 10, 11, 13, 14, 15, 25, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 59, 66, 67, 70, 72, 73, 76, 77, 78, 84, 85, 87, 90, 92, 95, 96, 98, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 116, 118, 119, 124, 126, 127, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 139, 142, 145, 147, 149, 152, 155, 157, 158, 160, 163, 164, 166, 167, 168, 170, 173, 175, 180, 182, 183, 184, 185, 186

B

Bien 8, 10, 15, 16, 20, 43, 45, 46, 47, 48, 51, 61, 67, 74, 87, 90, 100,

103, 104, 105, 108, 117, 120, 122, 123, 125, 129, 132, 138, 146, 176, 184, 185, 186

C

Cautionnement 14, 24, 30, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 78, 85

Champ d'application 16, 17, 21, 28

Compte bancaire 11, 25, 125, 126, 138, 139, 144, 145

Contrat 43, 56, 70, 73, 74, 101, 102, 105, 109, 113, 186

Créance 9, 25, 40, 49, 51, 53, 71, 94, 104, 105, 107, 108, 109, 110, 114, 116, 125, 126, 127, 128, 129, 30, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145

D

Débiteur 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 22, 26, 44, 47, 49, 51, 58, 62, 67, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 82, 90, 91, 103, 104, 107, 108, 109, 110, 116, 131, 134, 135, 136, 137, 140, 142, 144, 157, 168, 170, 176, 186

Disposition 15, 16, 22, 23, 30, 33, 40, 44, 49, 57, 62, 78, 87, 100, 103, 110, 136, 139, 141, 144, 155, 163, 165, 169, 182, 184, 186

Droit de préférence 9, 10, 91, 182, 184, 185, 186

Droit de réalisation 156, 182, 186

Droit de suite 10, 53, 182, 183

E

Entrée en vigueur 18, 29, 30, 31, 33

Exécution 8, 9, 10, 16, 22, 27, 28, 38,
40, 72, 82, 113, 141, 169, 170, 186

F

Fiducie 3, 5, 43

G

Gage 9, 25, 31, 88, 90, 117, 118, 120,
121, 122, 123, 124, 127, 165, 181,
183

Garantie autonome 24, 66, 78, 81, 83,
84, 85, 86, 87

L

Liberté contractuelle 24, 60, 61, 62,
63, 64, 142, 143, 153, 154

Lettre de garantie 14, 81, 85

M

Manquement 50, 56

N

Nantissement 11, 25, 30, 88, 90, 117,
118, 119, 120, 121, 122, 124, 125,
126, 128, 129, 130, 131, 132, 133,
134, 135, 136, 137, 138, 139, 140,
141, 142, 143, 144, 145, 146, 147,
148, 149, 151, 152, 153, 154, 157,

158, 159, 160, 161, 162, 163, 164,
165, 166, 167, 168, 169, 170, 171,
172, 173, 174, 175, 180, 182, 185,
186

O

OAPI 163, 164, 181

Obligation 8, 10, 13, 15, 22, 38, 39,
40, 41, 44, 46, 47, 49, 51, 56, 62,
69, 70, 71, 72, 74, 77, 82, 83, 87,
101, 113, 130, 137, 152, 167, 174

OHADA 1, 3, 6, 8, 10, 11, 12, 18, 19,
20, 24, 26, 30, 33, 34, 35, 36, 41,
50, 53, 56, 59, 61, 62, 63, 64, 65,
66, 67, 68, 72, 73, 76, 85, 89, 91,
94, 97, 104, 107, 112, 117, 120,
126, 129, 138, 141, 146, 161

P

Patrimoine 2, 8, 14, 52, 53, 71, 129

Période 29, 30, 31, 33

Procédure 1, 49, 52, 53, 54, 56, 100,
137, 140, 169

Professionnel 6, 7, 11, 25, 67, 110,
124, 125

Propriété intellectuelle 126, 161, 162,
163, 164, 165, 166, 167, 172, 174,
185, 186

R

Recouvrement 141, 169

Registre 90, 97, 103, 109, 121, 135,
141, 172, 173, 174, 176, 177, 178,
179, 180, 181

Réserve de propriété 23, 25, 90, 98,
99, 101, 102, 103, 104, 105

S

Somme d'argent 25, 51, 106, 112,
113, 116

Sûretés 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 12,
13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22,
23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 34, 36,
37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45,
47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55,
56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64,
65, 66, 72, 85, 88, 89, 90, 91, 92,
93, 94, 98, 100, 106, 117, 119,
125, 135, 173, 176

T

Titres 25, 71, 125, 126, 146, 147, 148,
149, 150, 151, 152, 153, 154, 155,
156, 157, 158, 159, 160, 169

Transfert 25, 50, 51, 90, 101, 106,
112, 115, 116, 159

Trust 35

REGISTRE DU COMMERCE ET DU CRÉDIT MOBILIER

Table des matières

Introduction n° 1 - 10

I - Organisation du Registre du commerce et du crédit mobilier n° 11

A - Différents fichiers relatifs au Registre du commerce et du crédit mobilier n° 12

1 - Registre local n° 13 - 14

a - Registre d'arrivée ou registre chronologique n° 15 - 16

b - Dossiers individuels n° 17 - 20

2 - Fichiers centraux n° 21 - 22

a - Fichier national n° 23 - 27

b - Fichier régional n° 28 - 31

B - Acteurs du Registre du commerce et du crédit mobilier n° 32

1 - Autorités responsables de la tenue du registre n° 33 - 41

a - Autorité en charge de la tenue du RCCM n° 34 - 37

b - Autorité en charge de la surveillance des actes relatifs au RCCM n° 38 - 41

2 - Personnes assujetties n° 42 - 51

a - Assujettis classiques n° 43 - 48

b - Assujettis spéciaux n° 49 - 51

C - Objet des inscriptions sur le RCCM n° 52

1 - Immatriculation des personnes n° 53 - 58

a - Immatriculation des personnes physiques n° 54 - 56

b - Immatriculation des personnes morales n° 57 - 58

2 - Inscription des sûretés mobilières n° 59

a - Nantissements n° 60 - 66

b - Autres sûretés et contrats soumis à inscription n° 67 - 70

D - Différentes inscriptions n° 71

1 - Inscriptions initiales n° 72 - 74

2 - Inscriptions ultérieures n° 75

a - Inscriptions rectificatives n° 76

b - Inscriptions complémentaires n° 77 - 79

c - Radiations n° 80

II - Fonctionnement du Registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) n° 81 - 82

A - Procédure en vue d'une inscription au RCCM n° 83

1 - Formalités en vue d'une immatriculation n° 84

a - Formalités d'immatriculation des personnes physiques n° 85 - 87

b - Procédure d'immatriculation des personnes morales n° 88 - 89

2 - Procédure d'inscription des sûretés n° 90

a - Modalités d'inscription d'une sûreté mobilière n° 91 - 95

b - Renouvellement de l'inscription des sûretés n° 96 - 99

B - Contentieux lié à l'inscription sur le registre du commerce n° 100

1 - Contentieux de l'immatriculation n° 101 - 103

2 - Contentieux de l'inscription des sûretés n° 104 - 108

C - Publicité relative au registre du commerce n° 109

1 - Formalité informative imposée n° 110 - 111

a - Publicité dans un journal d'annonces légales n° 112 - 114

b - Publicité par mentions sur les documents n° 115 - 116

2 - Information destinée au public n° 117

a - Publicité par consultation n° 118

b - Publicité par communication n° 119 - 120

D - Effets de l'inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier n° 121

1 - Attestation d'une qualité juridique n° 122 - 126

2 - Attestation d'une situation juridique n° 127 - 134

E - Sanctions relatives aux opérations d'inscription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier n° 135

1 - Sanctions civiles n° 136 - 139

2 - Sanctions pénales n° 140 - 143

Bibliographie

- Avant-projet d'amendements pour l'AUDCG, Rapport pour le Secrétariat permanent de l'OHADA, 15 novembre 2009.
- KALIEU ELONGO (Y.R.), *Le rôle du registre du commerce et du crédit mobilier OHADA dans l'amélioration de l'accès au crédit* in Les mutations juridiques dans le système OHADA, L'Harmattan, 2009, pp. 133 à 140.
- SANTOS (A. P.) et TOE (J. Y.), *OHADA – Droit commercial général*, Bruylant, 2002.

Introduction

1. Pour les entreprises ainsi que pour tout opérateur économique, se faire connaître et, en même temps, bénéficier d'une sécurité juridique, constituent un besoin et une opportunité de création de relations d'affaires avec un minimum de sécurité garantie. Le registre du commerce, par la publicité qu'il réalise au profit des personnes qui se font enregistrer, répond bien à un tel besoin. Par ailleurs, le registre du commerce est un instrument de contrôle de l'État sur les activités économiques (et un outil au service de la statistique). Il est d'un intérêt certain à l'économie-politique dans la mesure où il est l'un des centres privilégiés de l'observation et de l'analyse de la dynamique économique dans un pays. Pour toutes ces raisons, la plupart des États modernes disposent d'un registre du commerce. En droit OHADA, il y a désormais depuis le 15 décembre 2010, à côté du registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM), un registre spécifique pour les sociétés coopératives (voir Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif aux sociétés coopératives. Le registre sera étudié avec l'entrée sur les sociétés coopératives) est institué par l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, adopté le 17 avril 1997 et entré en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1998. Ce texte a été révisé et la réforme a abouti à l'adoption d'un nouvel Acte uniforme relatif au droit commercial général, le 15 décembre 2010 à Lomé. Ce nouvel Acte uniforme comporte trois cent sept articles contre les deux cent quatre-vingt et neuf de la version précédente. Il est subdivisé en un chapitre préliminaire et dix livres contre six, précédemment. *Le Registre du commerce et du crédit mobilier* (RCCM), *lato sensu*, est régi par un certain nombre de dispositions qui ne peuvent être limitées aux règles contenues dans le seul Livre II de l'AUDCG du 15 décembre 2010. Aussi faut-il convenir que l'étude du Registre du commerce et du crédit mobilier, dans le cadre de cette encyclopédie, mérite d'être ouverte au-delà des cloisonnements formels, structurels et terminologiques du nouvel AUDCG. De ce fait, une présentation sommaire du RCCM s'impose.

2. Le Registre du commerce et du crédit mobilier est régi par les articles 34 à 100. Ces articles sont répartis entre un certain nombre de Livres. Le Livre II, intitulé « *Registre du commerce et du crédit mobilier* » ne doit pas tromper. Il n'est pas le texte exclusif sur le Registre du commerce et du crédit mobilier dans la mesure où les dispositions des Livres III à V se rattachent nécessairement au RCCM. Partant de cette considération, la présentation du RCCM invite à l'exploration des données sur le Fichier national (*Livre III*) et le Fichier régional (*Livre IV*), puis sur l'informatisation du RCCM (*Livre V*). La présentation du Registre du commerce et du crédit mobilier, de façon sommaire, peut se réduire en une revue des différents Livres qui constituent ce registre pris au sens large.

Comparativement à l'ancien AUDCG, la structure du RCCM est réorganisée (*Par exemple, les Fichiers national et régional accèdent à une certaine autonomie par la réservation d'un livre à chacun d'eux*), enrichie par des éléments nouveaux (*par exemple, le Titre III : Déclaration d'activité de l'entrepreneur au Registre du commerce et du crédit mobilier ; le Livre V : Informatisation du Registre du commerce et du crédit mobilier*). Ces innovations se traduisent en termes de volume de texte : 67/307 articles contre 50/289, précédemment, d'une part, et, certainement, en termes d'amélioration et de qualité des dispositions, d'autre part. Sur ce dernier point, les propos peuvent être discutés. Dans tous les cas, le RCCM est un registre moderne, rapproché au registre colonial du 18 mars 1919 (*D'un registre perçu comme archaïque (v. infra n° 5 et 7), on est parvenu à un registre qui répond au souci de centralisation des données, qui attache plus d'effet à l'immatriculation et à la non-immatriculation et qui sanctionne, etc.*). Avant d'aller plus loin dans l'étude du Registre du commerce et du crédit mobilier, il paraît opportun de cerner cette institution dans sa conception, son évolution, son intérêt et les problèmes qu'il suscite, ainsi que les solutions que lui donne l'AUDCG d'autant plus qu'elle n'est pas une création nouvelle.

3. « *Le Registre du commerce* » est un concept qui comporte deux termes : « *Registre* » et « *commerce* ». Selon le dictionnaire Le Petit Robert 1, « *Registre* » viendrait du bas latin *regesta* découlant de *regestus*. Littéralement, ce dernier signifie « rapporter, inscrire ». Ceci suppose un support de transcription. Ainsi, le registre renvoie à un gros cahier sur lequel il est noté des données (noms, faits, chiffres, etc.) dont on veut conserver des souvenirs. Le registre est perçu comme un livre, un album ou un répertoire. Le registre du commerce, peut donc être perçu comme un outil de la transcription de données du commerce. Et le « *commerce* » se rapporte ici à tous actes et faits entrant ou intéressant l'activité du commerçant (personne physique ou personne morale) ou des personnes assimilées (assujetties aux obligations des commerçants). Trouver une définition juridique acceptable paraît une gageure. Les différentes législations qui ont eu à consacrer le registre du commerce se contentent d'organiser, d'indiquer le rôle, le fonctionnement et les sanctions relatives à cette institution tout en étant muettes sur sa définition (*voy. P. Beder, Registre du commerce et des sociétés, Rép. com. Dalloz, octobre 2008, n° 1*). La doctrine a alors proposé quelques approches de définitions. Par exemple, selon M. Pascal Beder, « *il s'agit d'un répertoire officiel des personnes physiques et morales exerçant une activité commerciale ou civile* » (*in Registre du commerce et des sociétés, Rép. com. Dalloz, octobre 2008, n° 1*). Une autre proposition plus ou moins complète perçoit le registre du commerce « *comme un catalogue officiel des commerçants (personnes physiques et personnes morales) réunissant et diffusant un certain nombre de renseigne-*

ments concernant les commerçants et leurs entreprises et pouvant produire des effets juridiques plus ou moins étendus (voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *Droit commercial général*, vol. 1, Dalloz, 1980, n° 276, p. 445). Si ces définitions permettent d'avoir une idée de ce qui peut être un registre du commerce, il reste à préciser le contenu du Registre du commerce et du crédit mobilier.

4. Il peut être retenu des termes de l'article 35 AUDCG (anc. article 19 AUDCG) que le Registre du commerce et du crédit mobilier est un répertoire destiné à recevoir l'immatriculation des commerçants, personnes physiques, des sociétés commerciales et d'autres personnes morales assujetties à l'immatriculation, ainsi que des succursales des sociétés étrangères exerçant leurs activités dans l'espace OHADA. Il est aussi destiné à recueillir la déclaration des entrepreneurs (article 35, 2° AUDCG (*Nouveau statut professionnel créé par la réforme de l'AUDCG du 14 déc. 2010. Selon l'article 30, « L'entrepreneur est un entrepreneur individuel, personne physique qui sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole » et, ce, conformément aux dispositions dudit Acte uniforme, voy. entre autres, article 30 al. 2 à 6) et l'inscription des sûretés mobilières (article 35, 2° AUDCG), d'où, certainement, il tire son appellation de « Registre du commerce et du crédit mobilier ». Il s'agit d'un outil de publicité légale (voy. article 34 et 36 al. 4) qui comprend un registre local et des fichiers de centralisation (voy. article 36, anc. article 20 et 21 AUDCG). Selon la doctrine, la publicité légale n'a rien à voir avec la promotion publicitaire (voy. F. Dekeuwer-Défossez, *Droit commercial général*, Monchrestien, 1990, n° 484). Ainsi, la publicité légale que réalise le Registre du commerce et du crédit mobilier a vocation à assurer une transparence dans les affaires (*En ce sens, voy. P. Beder, op. cit., n° 1*). Cette publicité vise à éviter que ne nuise aux tiers et au public le traditionnel secret des affaires (voy. F. Dekeuwer-Défossez, *Droit commercial général*, Monchrestien, 1990, n° 484). Outre cette vocation première, elle vise un contrôle étatique sur les conditions d'exercice de la profession commerciale. Le registre du commerce, tel qu'il est organisé aujourd'hui, est un puissant instrument d'information au service du développement des affaires et de l'économie. À ce propos, « une juste et complète information sur les partenaires économiques apparaît comme une condition majeure du développement dans une économie de marché » (cf. A. P. Santos et Jean Yado Toé, *OHADA – Droit commercial général*, Bruylant, 2002, n° 183). En effet, le registre du commerce dans sa conception actuelle est une vitrine d'informations à l'adresse du public, d'une part, par le biais de la publicité faite dans un journal d'annonces légales (*Ibid.* n° 201) et, d'autre part, par le biais de la publicité par communication au public (*Ibid.* n° 202). Il faut cependant observer qu'un registre du commerce qui diffuse les informations des assujettis pour permettre un contrôle étatique et une démythification du secret*

des affaires n'a pas toujours prévalu (voy. *La position d'Edmond Thaller à la séance du 19 décembre 1901, lors de la rencontre de la Société de législation comparée. Pour celui-ci, il n'était pas opportun d'introduire le registre du commerce en France. La raison en est qu'il avait des appréhensions concernant le contrôle étatique sur le commerce, in Bull. soc. lég. comparée, 1902, p. 92 et s. Contra. Lyon-Caen, communication à la séance du 28 janvier 1902, in Bull. soc. lég. comparée, 1902, p. 135 et s.*). C'est dire que l'institution d'un registre du commerce ne s'est imposée qu'au fil du temps et donc, il a une longue histoire.

5. Il faut reconnaître que le registre du commerce institué par l'AUDCG reste dans le prolongement de l'héritage de la colonisation française (*Le registre du commerce du 18 mars 1919 a été introduit en Afrique, à l'époque coloniale, par Décret du 14 avril 1928 fixant les conditions d'application dans les colonies de l'Afrique équatoriale française (AEF) et par Décret du 15 septembre 1928 rendant applicable les mêmes textes portant sur le registre du commerce dans les colonies de l'Afrique occidentale française (AOF). Au Togo, c'est par Décret en date du 26 juillet 1928 (avec les modifications du 20 janvier 1939) que ce registre du commerce a été rendu applicable tandis que le Cameroun y accède par le Décret du 17 février 1930 (avec les modifications du 20 juillet 1939, 6 février 1950 et 15 avril 1954). Cf. A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 183, note de bas de page, n° 1) et il est inspiré du droit français dans son évolution la plus récente (On peut se référer à la date du 30 mai 1984 avec le Décret n° 84-406). De ce fait, remonter le passé du Registre du commerce et du crédit mobilier de l'AUDCG revient à rechercher ses origines depuis le droit français.*

6. L'utilité d'un registre du commerce est apparue depuis longtemps. Tout part de l'instant où il était admis que le droit commercial doit développer le crédit des commerçants (*Trois idées force sous-tendent l'utilité du registre du commerce : sécurité, publicité et transparence, voy. P. Beder, op. cit., n° 2*). Et pour cela, il importait que les tiers puissent être mis au courant des faits susceptibles d'affecter la situation des commerçants. Mais l'évolution vers la consécration d'un registre du commerce a été le fruit d'un processus progressif et « parcellaire » (*La publicité légale à travers l'institution d'un registre était allée point particulier après point particulier, domaine après domaine, avant de se généraliser*). L'histoire enseigne que la publicité des sociétés commerciales a été la plus ancienne (voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *Droit commercial*, Vol. 1, t. 1, Dalloz, 1980, n° 276). Elle a été prévue par une ordonnance du commerce en 1673. Plus tard, le Code de commerce de 1807 l'avait réglementée (*Ibid.*). Ce code avait également prévu la publicité du contrat de mariage du commerçant (*Ibid.* n° 354-6). Mais jusque-là, le droit français ne prévoyait pas encore l'existence d'un

véritable registre du commerce tel qu'il était institué en Allemagne, en Suisse et en Espagne, notamment. Il a fallu attendre la loi du 18 mars 1919 pour que la France puisse être comptée parmi les systèmes juridiques dotés d'un registre du commerce. Dès lors, la tradition d'un registre du commerce permettant une publicité générale de tous faits intéressant l'activité des commerçants plonge ses racines ailleurs que dans le droit français et, certainement, plus loin.

En effet, l'histoire lointaine du registre du commerce permet de relever que, contrairement, au registre du commerce florentin qui n'a pas survécu à la fin des corporations, les *ghildes* (corporations) ont maintenu une tradition de listes matriculaires et des protocoles qui ont permis plus tôt la consécration de registre du commerce en Allemagne. Il fut de même en Espagne. Ainsi, le registre du commerce a été institué en Espagne dès le Code de commerce de 1829 tandis que l'Allemagne a suivi le mouvement en 1861. Toutefois, il a été observé que les registres du commerce allemand et suisse étaient mieux organisés et avaient plus de portée juridique que celui issu du Code de commerce espagnol (*Sur cette évolution historique*, voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *op. cit.*, n° 276). Ce n'est donc pas ce dernier qui a pu inspirer les législations actuelles. Au contraire, l'ancêtre des registres du commerce actuels serait d'origine allemande. Pour preuve, le vœu émis lors du Congrès de la propriété industrielle de Paris en 1900. Lors de ce Congrès, il a été souhaité, pour le compte de la France, la création d'un registre du commerce comme celui qui est institué en Allemagne. Malgré la réticence d'une partie de la doctrine (voy. Edmond Thaller, *in Bull. soc. lég. comparée*, 1902, p. 92 et s.), l'idée a évolué. En 1914, une Commission spéciale de la Société d'étude législative a procédé à l'examen du sujet. Plus tard, le Comité de législation commerciale, institué auprès du ministre du commerce, avec à sa tête le Professeur Lyon-Caen, a élaboré et déposé un projet de loi le 17 octobre 1916. Ce dernier a été discuté à la Chambre des députés et l'exposé des motifs faisait valoir que le registre du commerce devrait constituer « l'état civil des établissements commerciaux » et favoriser une meilleure défense des entreprises nationales. C'est ce projet de loi qui a abouti finalement à la loi du 18 mars 1919 (*Sur cette genèse du Registre de commerce de 1919*, voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *op. cit.*, n° 276, p. 445). Et cette dernière, par la suite, a été importée en Afrique. Elle continue à survivre par sa puissance d'inspiration à travers le Registre du commerce et du crédit mobilier de l'AUDCG, applicable dans les États parties au Traité de l'OHADA. Mais du registre de commerce de 1919 au registre du commerce actuellement en vigueur dans les États membres de l'OHADA, le rôle, les matières, le niveau d'efficacité, etc. ont été améliorés en vue de conférer à cette institution plus d'utilité qu'un simple répertoire de renseignements sur les commerçants.

7. S'il est vrai que le Registre du commerce et du crédit

mobilier institué par l'AUDCG puise sa source dans la tradition française, cette dernière source est, elle-même, dérivée ou importée (*Son inspiration et son organisation proviennent d'un mimétisme du droit allemand (et suisse)*). La création du Bulletin officiel du registre du commerce et du registre des métiers (BORCRM) par la loi du 9 avril 1949 fut inspirée du journal institué en droit allemand et suisse pour publier les inscriptions. voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *op. cit.*, p. 447, n° 277). La pratique du registre du commerce était connue dès le XIII^e siècle en Florence italienne. Dans cette *Republica*, il était tenu un registre spécial sur lequel étaient inscrits les commerçants et, ce, de façon non obligatoire (voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *op. cit.*, p. 445, n° 276). Un tel registre ne correspond pas à la philosophie de la plupart des registres du commerce actuels. Les articles 44 et 46 (*anc. article 25 et 27*) AUDCG, par exemple, rendent obligatoire l'immatriculation, au Registre du commerce et du crédit mobilier, de toutes les personnes assujetties (voy. aussi article 1^{er} al. 1^{er} AUDCG). La loi française du 4 janvier 1978 a, de son côté, élargi l'obligation d'immatriculation aux sociétés civiles de sorte qu'un auteur a pu estimer qu'il s'agissait d'« un bon exemple de contagion du droit civil par les institutions commerciales » (voy. F. Dekeuwer-Défossez, *op. cit.*, n° 172). Le droit OHADA édictant que, les textes nationaux non contraires à ses Actes uniformes peuvent continuer à s'appliquer (voy. article 1^{er} al. 3 (*anc. al. 2*) AUDCG et article 10 Traité OHADA), l'immatriculation au registre du commerce des sociétés autres que commerciales va rester la règle dans les États où elle est instituée. D'ailleurs les réformes à venir s'inscrivent dans une logique d'ouverture du registre du commerce à une plus large diversité d'assujettis (voy. *L'avant-projet d'amendements pour l'AUDCG, Rapport pour le Secrétariat permanent de l'OHADA, 15 novembre 2009* (article 1^{er} al. 2 et article 17 et s. dudit projet).

8. Le Registre du commerce et du crédit mobilier institué par l'AUDCG est venu combler les insuffisances inhérentes au rôle minimal de répertoire matriculaire qui avait été assigné au registre du commerce issu de la loi du 18 mars 1919 rendu applicable dans les anciennes colonies françaises (voy. *supra*, n° 5). Il faudra rappeler que l'intérêt du registre du commerce a très tôt convaincu les usagers (*On estime que « le succès du registre du commerce avait, d'ailleurs, entraîné la création, pour les artisans, d'un registre analogue, le registre des métiers, par la loi du 27 mars 1934 »*, cf. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *op. cit.*, n° 276, p. 445. *Il convient de préciser, au passage, que le registre des métiers a été supprimé par le décret du 1^{er} avril 1962 pour être remplacé par le répertoire des métiers*) et le législateur français s'était rendu compte des limites de son texte. (Voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *op. cit.*, n° 276, p. 445. *Pour ces auteurs, « (...) cette acclimatation, cette tendance à accroître son rôle, faisaient apparaître les insuffisances de la loi du 18 mars*

1919 et la nécessité d'opérer une réforme profonde »). Aussi, ce dernier a-t-il dès les années 30 envisagé une refonte de la loi du 18 mars 1919 pour répondre aux diverses sollicitations des différents acteurs intéressés par le registre. En effet, les uns et les autres attendaient du registre du commerce qu'il soit un moyen de renseignement plus complet et plus exact et mieux sanctionné (*Il importe de relever que la non-application des sanctions relatives aux opérations d'inscription sur le registre de commerce a conduit la Commission européenne à exercer une action en justice, devant la Cour de justice des communautés européennes, contre l'Allemagne en 1997. Il lui était reproché, à l'occasion, le non-respect des directives sur l'information légale. En réaction, les Chambres de commerce allemandes ont créé une société dont l'objectif est de constituer une base de données sur les entreprises allemandes – ECOFIS, à partir des données du registre du commerce complétées par d'autres sources*) pour procurer plus de sécurité aux partenaires d'affaires (voy. A. P. Santos et J. Y. Toé, *op. cit.*, n° 183). Le législateur français a, de ce fait, procédé à plusieurs réformes dans le sens de répondre à ces attentes (*Sur cette évolution, voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op. cit.*, n° 277 à 278). À titre indicatif, il peut être mentionné la loi du 1^{er} juin 1923 qui a rendu obligatoire la mention du numéro d'immatriculation sur les papiers commerciaux ; la loi du 9 avril qui a institué le Bulletin officiel du registre du commerce et du registre des métiers (*BORCRM (Ce bulletin est remplacé est depuis le Décret n° 67-238 du 23 mars 1967 par le Bulletin officiel des annonces commerciales (BODAC))*). Ce dernier est devenu à la suite de la loi du 4 janvier 1978 et avec le Décret n° 78-705, le Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC), jusqu'à ce jour). En tout état de cause, il est généralement admis que c'est avec la loi du 9 Août 1953 que s'ouvrit l'ère d'un registre du commerce moderne, répondant au besoin d'une publicité légale juridiquement et économiquement intéressant (*transparence, sécurité juridique, instrument de statistique, etc.*). Or, tous ces réaménagements ne sont pas étendus aux colonies, ce qui a eu pour conséquence qu'à l'aube de leur indépendance la loi du 18 mars 1919 ne constituait qu'un héritage de registre du commerce archaïque (*cf. A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit.*, n° 183) de peu d'intérêt juridique (*Il est admis que le registre du commerce institué par le Décret du 18 mars 1919 n'était qu'« une très pâle imitation du registre du commerce allemand » et qu'« il n'avait pratiquement aucun rôle juridique », cf. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op. cit.*, n° 276-1, p. 446) et économique (*Le registre du commerce est aussi un précieux instrument au service de la statistique et donc de l'économie, v. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op. cit.*, n° 278, p. 447). Prenant conscience de ce fait, certaines anciennes colonies françaises d'Afrique avaient opéré des réformes de sorte à offrir plus d'intérêt et d'efficacité à leur registre du commerce (*Ces réformes ont permis à ces États de se mettre à niveau en prenant*

en compte l'essentiel des améliorations effectuées par le législateur français. Les pays qui se sont livrés à ces réformes sont, entre autres : le Tchad, avec le Décret n° 25 du 10 juin 1959 ; la Centrafrique, avec le Décret n° 59-94 du 22 juillet 1959 créant un registre central du commerce ; la Guinée Conakry, avec le Décret n° 171 du 2 juin 1961 qui apporte une refonte complète au registre du commerce ; la Côte-d'Ivoire, avec le Décret n° 62-5 du 3 janvier 1962 créant également un registre central du commerce ; le Sénégal, avec le Décret n° 76-780 du 23 juillet 1976 constituant la troisième partie du Code des obligations civiles et commerciales (COCC) ; Le Togo, avec la Loi n° 82-4 du 16 juin 1982 portant réorganisation du registre du commerce, etc.). Mais c'est avec l'AUDCG qu'une refonte acceptable a été réalisée avec, en prime, quelques innovations.

Obtenir toutes les informations sûres et nécessaires sur un commerçant personne physique ou morale, sur une entreprise ou tout opérateur économique, n'est-ce pas ce qui est attendu d'un registre du commerce par les partenaires d'affaires, les tiers, l'État, etc. ?

Il semble que cette question est aussi vieille que la quête de la meilleure formule de registre du commerce. L'évolution de la législation française dans le sens d'atteindre une efficacité et une efficience semblables à celles du registre du commerce allemand, voire le surpasser (*Il importe de relever que le registre du commerce allemand ne dispose pas de fichier central. L'information est éparpillée dans les nombreux tribunaux cantonaux*) est assez significative. À ce jour, malgré les progrès réalisés, il est souhaité une meilleure centralisation des informations et des données concernant les commerçants ou, tout simplement, les opérateurs économiques assujettis, de sorte à posséder un renseignement global et complet en un seul endroit. Un guichet unique de la publicité légale ne serait pas une mauvaise chose pour le développement du commerce en toute sécurité dans la mesure où le « *time is money* » est un impératif indiscutable dans le monde des affaires (*En faveur de cette opinion : J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op. cit.*, n° 278-1, p. 450 ; Ph. Fargeaud, « *Le fichier (ou casier) commercial* », *RTD com.* 1965, p. 1 et s.). Mais une telle concentration est-elle réaliste ?

9. En s'appuyant sur l'expérience française, il est remarquable qu'un effort a été fait en vue d'une centralisation des informations concernant les opérateurs économiques. Par exemple, depuis la loi du 18 mars 1919, était institué un « *Registre central* » tenu pour toute la France. Ce registre est actuellement désigné « *Registre national* » et est tenu par l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) (*Sur cet élément, voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op. cit.*, n° 280, p. 451). Mais le constat est que, nonobstant cette institution de centralisation, les informations concernant les opérateurs économiques ne se retrouvent pas toujours en un centre unique. Les exclusions en raison du défaut de qualité (voy. Paris, 3^e ch. C, 8 févr. 2002, Varin, *RTD com.*

2002, p. 263), par exemple, conduisent à l'inscription sur d'autres registres. *Les entreprises de la batellerie artisanale sont exclues d'immatriculation au registre du commerce et au répertoire des métiers (Le Décret n° 83-487 du 10 juin 1983, relatif au répertoire des métiers, précise que les activités de navigation ne donnent pas lieu à l'immatriculation à ce répertoire.) en vertu des dispositions de l'article 160 du Code du domaine fluvial et de la navigation intérieure. Leur immatriculation est requise dans un registre spécial tenu par les Centres de formalités des entreprises depuis le Décret n° 90-471 du 8 juin 1990, modifiant le Décret n° 81-257 du 18 mars 1981) ou à l'éviction de toute possibilité d'inscription (Un arrêt de la chambre commerciale en date du 1^{er} mars 1994 (D 1994, 528) a confirmé une décision de la Cour d'appel de Paris, 13 février 1992 (RTD com. 1992, 409) qui avait refusé à une association « commerçante » son inscription au Registre du commerce. Le motif en est que l'association n'entre dans aucune des catégories de personnes morales assujetties aux termes du décret du 30 mai 1984. Ainsi, la doctrine appelle de ses vœux une modification des textes afin d'aboutir à plus de réalisme. En ce sens, voy. J. Derruppé, « Observations », in RTD com. 1991, 412. On peut considérer que le législateur est à l'écoute lorsque, par exemple, par la loi n° 97-1051 du 18 novembre 1997, il ouvre le registre du commerce aux pêcheurs professionnels (RTD com. 1998, 567). Plus loin, certaines données concernant les assujettis ne requièrent leur inscription que dans d'autres registres. Il est, à ce titre, relevé que la publicité en matière de propriété industrielle, en matière de sûreté, en matière de protêts, s'opère en marge du registre du commerce et des sociétés. Ainsi, il a pu être dénombré une multitude de registres destinés à accueillir, soit les personnes exclues pour défaut de qualité, soit les matières dont l'inscription au registre du commerce n'est pas prévue (voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *op. cit.*, n° 278-1, p. 449 et 450). Ambitieuse et idéale serait la réalisation d'une centralisation intégrale de toutes les situations concernant les opérateurs économiques. Mais irréaliste est la solution de faire du registre du commerce un guichet unique de la publicité légale des entreprises. La diversité et la multiplicité des situations pourraient difficilement autoriser un dénominateur commun. Si par ailleurs cela devait être possible, la mission du greffier en charge de la tenue du registre serait immense et lourde. De la rapidité, le risque de la lenteur redoutée par les hommes d'affaires serait à nouveau d'actualité ! Les choix sont donc à concilier dans cette matière avec les réalités et les contraintes qui s'imposent. C'est alors que le législateur OHADA a choisi d'instituer un Registre du commerce et du crédit mobilier organisé autour d'un registre local et des fichiers centraux et dont le rôle s'étend de l'inscription des entreprises individuelles, en groupement ou sociétés, à l'inscription des sûretés mobilières.*

10. Son étude pourrait donc se faire en se focalisant

sur l'organisation et la tâche classique assignée à un registre du commerce, d'une part, et l'élargissement du domaine des inscriptions réalisé par l'AUDCG, d'autre part. Mais une approche classique et simple commande que l'inscription des sûretés (mobilières) ne puisse pas être regardée comme un phénomène nouveau, dans la mesure où une telle inscription s'opérait depuis longtemps dans des registres autres que le registre du commerce. Dès lors, la portée de l'innovation est limitée et les axes principaux d'étude du registre du commerce peuvent être maintenus. Ainsi, il sera examiné, en premier lieu, l'organisation du registre du commerce institué par l'AUDCG (I) et, en second lieu, son fonctionnement (II).

I - Organisation du Registre du commerce et du crédit mobilier

11. Si le Registre du commerce et du crédit mobilier peut être regardé comme un catalogue d'informations sur la situation des personnes assujetties, alors son organisation intéresse l'ordre dans lequel les données sont enregistrées (voy. *article 37 et 38 AUDCG*) et les acteurs qui interviennent en vue des inscriptions sur le registre du commerce (voy. *article 36 al. 1^{er} AUDCG*). Il paraît donc pertinent d'orienter l'étude de l'organisation du Registre du commerce et du crédit mobilier en examinant, en premier lieu, les différents fichiers institués par la réglementation (A), en second lieu, les intervenants dans l'inscription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier (B), en troisième lieu, l'objet des inscriptions (C) et, enfin, en quatrième lieu, les différentes inscriptions (D).

A - Différents fichiers relatifs au Registre du commerce et du crédit mobilier

12. Les al. 2 et 3 de l'article 36 (*anc. article 20*) AUDCG permettent d'identifier trois (03) niveaux correspondant à trois différents fichiers destinés à recueillir les inscriptions sur le Registre du commerce et du crédit mobilier. Il s'agit, d'une part, du Registre du commerce et du crédit mobilier proprement dit et qui correspond au concept de « registre local » (*infra*, n° 13), et d'autre part, de deux (02) fichiers de centralisation ou de transcription des données : le Fichier national (*article 36 al. 2 AUDCG*) et le Fichier régional (*article 36 al. 3 AUDCG*). Il convient d'observer que lorsqu'on parle de Registre du commerce et du crédit mobilier, *stricto sensu*, il est visé le Registre « (...) tenu par le Greffe de la juridiction compétente ou l'organe compétent dans l'État partie sous la surveillance du président de ladite juridiction ou du juge délégué par lui à cet effet ou de l'autorité compétente dans l'État partie », selon les termes

de l'article 36 al. 1^{er} AUDCG. Mais ce registre local fait l'objet de transcription de ses données dans des fichiers de centralisation que sont les fichiers national et régional indiqués respectivement par les alinéas 2 et 3 de l'article 36 précité. Aussi, l'organisation du registre du commerce *lato sensu* incline-t-elle à l'étude du Registre « local » (1), selon la terminologie désormais retenue par la doctrine (*cf. A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 186, p. 115*), d'une part, et les fichiers centraux (2), d'autre part.

1 - Registre local

13. Elle résulte de l'article 36 AUDCG. Ce texte déclare que « *le Registre du commerce et du crédit mobilier est tenu par le Greffe de la juridiction compétente ou l'organe compétent dans l'État partie (...)* ». La notion de « juridiction compétente » renvoie certainement à une double limitation, mais il faut ici s'intéresser à la compétence *ratione loci* (*cf. infra, n° 39*), c'est-à-dire, à la compétence territoriale de chaque juridiction pouvant procéder à une inscription sur le registre du commerce. Étant entendu que sur un territoire donné, la bonne administration de la justice commande la proximité des juridictions des justiciables, il peut exister un nombre plus ou moins important de juridictions réparties sur l'ensemble du territoire national. À partir de ce fait, l'éparpillement sur le territoire de juridictions compétentes en matière d'inscription sur le registre du commerce (compétence *materiae*) impose une localisation des registres du commerce. Autrement dit, à chaque localité son registre de commerce local. De là, il apparaît indiscutable l'institution par l'AUDCG d'un Registre local. L'al. 2 de l'article 36 AUDCG conforte ce point de vue dans la mesure où il convie à une centralisation des inscriptions effectuées sur les registres locaux disséminés sur le territoire national. Dans tous les cas, il semble inopportun, voire inconcevable que sur un territoire donné, il n'existe qu'une seule juridiction compétente pour qu'il existe un registre unique et national. D'ailleurs, la tendance est à la décentralisation et à la proximité du registre du commerce du siège des affaires de chaque entreprise intéressée par les inscriptions au Registre du commerce et du crédit mobilier. Pour preuve, l'Avant-projet d'amendements de l'AUDCG conserve la logique actuelle (*cf. article 21 Avant-projet d'amendements AUDCG*). Il tend même à amplifier la démocratisation et la décentralisation en permettant, si besoin est, à une entité autonome spécialisée, dotée de la personnalité morale d'être habilitée à tenir le rôle dévolu en la matière au greffe de la juridiction compétente (*Il semble que ce choix est à inscrire, sans doute, dans la perspective des solutions à l'insuffisance en nombre des juridictions compétentes de proximité et/ou au besoin de célérité dans le traitement des demandes et à la diversité des systèmes*

juridiques qui ont désormais en partage le même droit OHADA). La nouvelle rédaction de l'article 36 al. 1^{er} en indiquant aux côtés de la juridiction compétente, l'organe compétent dans l'État partie ou l'autorité compétente de l'État partie, vient favoriser l'adéquation des prévisions aux institutions des États membres étant entendu que le droit OHADA est respectueux de l'organisation judiciaire ou administrative préexistant dans les États parties.

14. De cette analyse, l'institution d'un registre local permettant une proximité est d'une utilité indiscutable et le choix du législateur de l'AUDCG est pertinent. Toutefois, le risque de l'éparpillement est évident. Dès lors, il était nécessaire de mettre en place un mécanisme de sorte à rétablir *in fine* l'idéal de la centralisation. Ainsi, la prévision d'un registre d'arrivée ou registre chronologique (a) et la collection des dossiers (b) est le socle d'une centralisation de type pyramidal.

a - Registre d'arrivée ou registre chronologique

15. L'article 37, 1^o (anc. article 21) AUDCG prévoit deux entrées qui constituent les composantes du Registre local. L'énumération n° 1 de ce texte consacre le registre d'arrivée. Expressément la réglementation énonce que le registre tenu au greffe ou par l'organe compétent dans l'État partie comprend un registre d'arrivée. L'objet de ce registre d'arrivée est de recueillir dans l'ordre chronologique des dépôts : la date et le numéro de chaque déclaration acceptée et d'autres données d'identification complète du déclarant. En plus de tout cela, chose importante, l'objet de la déclaration doit être précisé (*voy. A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 187, p. 115*).

16. En pratique, le registre d'arrivée serait un album ou un répertoire chronique des déclarations acceptées par le greffe de la juridiction compétente ou de l'organe étatique habilitée. De ce point de vue, le registre d'arrivée est une réplique de la conception originelle du registre français de 1919. Les écrits laissent entrevoir que le premier registre du commerce français était tenu comme un simple livre (*Synonyme de répertoire*) et qu'actuellement, il est une série de dossiers individuels (*voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op. cit., n° 279, p. 450 et 451*). Il est donc indiscutable de rapprocher le registre d'arrivée de cette ancienne formule du registre français. Ainsi, ce répertoire, en dehors de la logique chronologique n'offrirait pas une facilité de recherche d'informations. Or, une des vocations du registre du commerce est de favoriser la recherche de données sur la situation des entreprises enregistrées. Cette lacune pourrait donc conduire à orienter les recherches vers les dossiers individuels qui sont doublement ordonnés (ordre alphabétique et par catégories de personnes physiques et de personnes morales (*voy. infra n° 20 et s.*)). Mais l'accès

à ces dossiers individuels ne doit pas être facile. Pour résorber ces difficultés, l'Avant-projet d'amendements de l'AUDCG refond les fichiers du registre du commerce pour créer, aux côtés du registre d'arrivée, un répertoire alphabétique (*voy. article 22, 2 Avant-projet d'amendements AUDCG. Ce répertoire est aujourd'hui institué par l'article 37, 2° de l'AUDCG du 14 déc. 2010*) et un répertoire numérique (*voy. article 22, 3 Avant-projet d'amendements AUDCG, répertoire concrétisé par les dispositions de l'article 37, 3° AUDCG version 2010*). Ces nouveautés ne portent pas de modifications significatives touchant au registre d'arrivée. Au plus il peut être constaté la création de deux répertoires supplémentaires : l'un alphabétique et l'autre numérique. En revanche, la collection des dossiers individuels pourrait se trouver perturbée dans la mesure où l'ordonnancement alphabétique était une exigence dans le cadre de la collection des dossiers individuels.

b - Dossiers individuels

17. Les articles 37, 4° et 38, 3° (*anc. article 20, 2°*) AUDCG prescrivent la collection des dossiers individuels. Mais l'exigence d'un classement par ordre alphabétique n'apparaît plus dans les nouvelles dispositions comme il était indiqué dans l'ancien texte qui ordonnait une collection des dossiers individuels « *tenus par ordre alphabétique* », *cf. anc. article 21, 2° AUDCG*).

Le dossier individuel est un casier ou une chemise mise à la disposition de chaque déclarant. Dans ce casier, il est rangé les pièces constituant la déclaration initiale, les inscriptions modificatives ultérieures et les radiations éventuelles. Tout comme le registre local, un dossier individuel doit comporter un certain nombre de mentions et de pièces selon que le déclarant est une personne physique (*voy. article 37, 4° (anc. article 21, 2°, a) AUDCG*) ou une personne morale (*le texte de l'anc. article 21, 2°, b AUDCG – disait expressément : « sociétés commerciales et autres personnes morales assujetties » ; voy. aussi l'article 38, 3° AUDCG*).

18. Pour les personnes physiques, il s'agit de l'indication des nom et prénoms, de la date et du lieu de naissance. En somme, des indications relatives l'identité civile du déclarant. Ces données sont complétées par la précision de l'activité exercée, l'adresse de l'établissement principal et, s'il y a lieu, l'adresse des établissements secondaires fixés sur le territoire de la juridiction compétente du siège, ainsi que les autres établissements hors de ce ressort territorial ; puis l'ensemble des actes et pièces déposés relativement à ces établissements.

19. Les mentions exigées pour les personnes morales concernent les indications de leur identification à savoir : la dénomination ou raison sociale, la forme juridique, la nature de l'activité exercée, l'adresse du siège social. Les précisions sur les établissements secondaires et autres

sont faites de manière semblable que pour les personnes physiques.

20. C'est l'ensemble des dossiers individuels des personnes physiques et ceux des personnes morales réunis et ordonnés dans l'ordre alphabétique qui constitue véritablement ce qui est désigné « dossiers individuels ». Il ne peut en être autrement puisque la réglementation impose au greffier ou au responsable de l'organe compétent dans l'État partie « *la collection des dossiers individuels* » et à un classement de tous les dossiers. Il s'en déduit donc que la deuxième composante du registre local est la collection des dossiers individuels. Ainsi, comme il était envisagé plus haut (*supra, n° 16*), la création prochaine d'un répertoire alphabétique et numérique, dès lors que le nouveau texte n'impose plus expressément un ordonnancement alphabétique des dossiers individuels (*voy. article 37 AUDCG*), cela pourrait conduire à l'arrêt du classement alphabétique des dossiers individuels (*un classement numérique peut être tentant*). Mais la question est de savoir, comment réaliser ce répertoire alphabétique si l'on s'abstenait de ranger les dossiers individuels. Les difficultés qu'un tel relâchement peut engendrer peuvent conduire le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'État partie à continuer une collection des dossiers individuels suivant l'ordre alphabétique. Au cas contraire, un désordre à la base de la pyramide du Registre du commerce et du crédit mobilier devra rendre compliquée et fastidieuse l'élaboration de fichiers centraux fiables.

2 - Fichiers centraux

21. Le concept de « Fichiers centraux », n'est pas une formule de la réglementation. L'AUDCG n'emploie pas cette terminologie dans ses dispositions. Il se contente d'instituer un Fichier national et un Fichier régional aux termes de l'article 20 al. 2 et 3. La doctrine s'est donc appuyée sur l'objectif ou la mission première de ces Fichiers pour créer le concept de « Fichiers centraux » (*cf. OHADA – Traité et actes uniformes commentés et annotés, notes d'A. P. Santos, sous l'article 20 AUDCG ; A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 185 et n° 189*). Au demeurant, le concept ne serait pas une création aussi originale qu'il paraît. L'hésitation dans le choix entre « registres centraux » et « fichiers centraux » dans l'ouvrage de MM. Santos et de Toé (*in op. cit., n° 183 et 189*), atteste d'une construction aux matériaux empruntés.

22. Historiquement, la loi du 18 mars 1919 avait mis en place un registre tenu pour toute la France. Ce registre a été, à son origine, désigné « Registre central » (*voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op. cit., n° 279, p. 451*). Probablement, le concept de « Fichiers centraux » est une réactualisation et un dérivé de cette ancienne institution française. Dans tous les cas, la logique de fond est la même puisqu'une vocation à la centralisa-

tion des données sur la situation des entreprises est un objectif majeur de tout registre de commerce. Pour cette raison, un Fichier national (*L'Avant-projet d'amendements AUDCG lui donnait l'appellation de « Fichier national du commerce et du crédit » (cf. article 23 al 5)*) équivalent au Registre central d'hier et au Registre national d'aujourd'hui, en France, et un Fichier régional qui n'est pas encore imaginé par les législateurs de l'Union européenne et de la France (*L'OHADA, sur ce point, aurait-il sans doute une longueur d'avance sur l'UE en ce qui concerne la marche vers une intégration juridique et économique ?*), sont prévus par l'AUDCG. Et ce sont ces deux fichiers destinés à concentrer les renseignements consignés dans les registres locaux que la doctrine et tout analyste s'imposent de désigner par le vocable de « Fichiers centraux ». Ceux-ci se décomposent donc en un Fichier national (a) et un Fichier régional (b).

a - Fichier national

23. Il s'agit désormais d'une prévision du Livre III du nouvel AUDCG qui comporte deux chapitres et trois articles (73 à 75) alors qu'il était prévu par l'anc. article 20 al. 2 AUDCG. Ce dernier était peu explicite et se réduisait à la prévision du Fichier national et à la prévision de son rôle : le « Fichier national centralise les renseignements consignés dans chaque Registre du commerce et du crédit mobilier » ; et pour chaque inscription, les anciennes dispositions prescrivaient la transmission des données reçues en vue de leur transcription sur le Fichier national (voy. entre autres, les anc. article 30 al. 4 ; 45 al. 3 ; 49 al. 3 ; 66 al. 3). Le texte actuel est plus prolixe et assigne expressément plus de rôles au Fichier national (voy. article 73 al. 1^{er}, tirets 1 à 4 AUDCG) en détaillant mieux et davantage son organisation (article 74 et 75 AUDCG).

24. Le rôle premier du Fichier national est la centralisation des renseignements et informations consignés dans les RCCM locaux (article 73, 1^{er} tiret). Trois autres rôles complètent ce premier. Il s'agit de « *permettre l'accès des assujettis et des tiers aux informations conservées par le Fichier national ; permettre de satisfaire aux exigences de sécurité, de célérité, de transparence et de loyauté nécessaires au développement des activités économiques et, enfin, recevoir les déclarations relatives aux hypothèques faites à la diligence de l'autorité en charge de la publicité des hypothèques ou d'une des personnes visées à l'article 51 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés* ». Ces différents rôles qui sont précisés par les nouvelles dispositions de l'AUDCG pouvaient déjà être déduits de l'idéal de la centralisation ou de l'intérêt d'une centralisation des renseignements et informations des RCCM. Et cet idéal est depuis toujours une quête de tous les temps de sorte que les prévisions de l'AUDCG sont pratiquement classiques. Le Registre

national, en droit français (*Article L.411-1, 2^o Code de la propriété industrielle*) est à l'image du Fichier national. Certains États membres de l'OHADA connaissaient déjà l'institution. À titre indicatif, une ancienne législation togolaise peut être citée. L'article 28 al. 2 de la Loi togolaise n^o 82-4 du 16 juin 1982 portant réorganisation du registre du commerce (*JORT du 16 juillet 1982, p. 415*) organisait une telle institution. Il en est de même en Guinée, avec l'article 957 du Code guinéen des activités économiques (*JO République de Guinée, n^o spécial, mars 1993*) et au Sénégal (voy. *Encyclopédie juridique de l'Afrique, t. 7, Droit des entreprises, éd. NEA, 1982, p. 89*), notamment.

25. Le législateur OHADA, en instituant le Fichier national, entend opérer un premier degré de centralisation des renseignements et informations sur la situation des personnes assujetties, étant entendu que le deuxième degré concerne tous les territoires couverts par le Traité de Port-Louis et les Actes uniformes de l'OHADA. Ceci implique donc pour chaque État partie au Traité de Port-Louis de se doter d'un Fichier dans lequel il est consigné les données contenues dans les RCCM locaux. Par cette institution, l'AUDCG offre « un guichet unique » de recherche sur les entreprises nationales. De plus, il faciliterait le travail de contrôle de l'administration sur celles-ci. À titre d'exemple, l'existence d'un Fichier national devrait faciliter le contrôle des dossiers de demande d'immatriculation. Dans l'hypothèse d'une demande d'immatriculation faite par un commerçant indélicat, sous le coup d'une déchéance ou d'une interdiction ayant entraîné sa radiation dans un RCCM local, l'absence d'un Fichier national imposerait au greffier en charge du registre de commerce et du crédit mobilier d'une autre localité, hésitant sur le fait, de se renseigner en faisant le tour des registres locaux. Ce qui paraît fastidieux et décourageant. L'existence d'un Fichier national règle ce problème et fait gagner du temps. Avec le Fichier national, il est très sûr d'obtenir d'un seul coup et en un seul lieu les renseignements sur un déclarant ou sur un assujetti dont les établissements se retrouvent dans les limites territoriales d'un même État. Les mêmes avantages sont garantis à tout opérateur, partenaire, ou service de l'État, et même aux assujettis (*cf. article 73, 3^e tiret*). En effet, du moment où le Fichier national recueille un exemplaire ou un extrait de tout le contenu des dossiers individuels (*cf. article 73, al. 2 AUDCG*) et les conserve, aucun élément sur la situation d'une entreprise ou d'une personne assujettie ne saurait échapper à cette source de publicité et d'information légale. Il ne reste alors qu'à désigner l'autorité en charge du Fichier national.

26. à la question de savoir quelle est l'autorité en charge du Fichier national, l'AUDCG donne aujourd'hui des directives. Dans les anciennes dispositions, aucune indication n'était donnée et il était légitime de se demander qui doit assurer la tenue du Fichier national ou à

quelle autorité le greffe doit envoyer les exemplaires du contenu des RCCM locaux. En effet, l'anc. article 20 al. 2 AUDCG était muet sur la question. L'article 23 de l'Avant-projet d'amendements de l'AUDCG n'apporte guère de solution lorsqu'il se contente d'indiquer que le greffe doit, dans un délai d'un mois, adresser une copie du formulaire de déclaration et du dossier individuel au Fichier national (*De même l'article 49 Avant-projet d'amendements AUDCG demeure évasif sur le sujet en renvoyant à la discrétion du législateur national alors que sans tergiversation il confie la surveillance au ministère en charge de la justice (article 49 al. 3)*). Il faut à l'avenir combler cette lacune même si la pratique attribue cette charge à certaines autorités (*infra*, n° 33). La rigueur législative ne recommande-t-elle pas que l'œuvre législative se dépouille de toute approximation ? Alors, pour le Fichier national, il est souhaitable que le législateur instruisse davantage sur l'autorité qui aura cette charge à l'image du Fichier régional, confié aux soins de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA).

Le nouvel AUDCG donne aujourd'hui des indications sur les autorités en charges du Fichier national. Aux termes de l'article 74, « *Chaque État partie désigne l'organe en charge de la tenue du Fichier national* ». Il faut penser que désormais, chaque État partie a l'obligation de désigner une autorité ou un responsable chargé de la tenue, la conservation et la production des informations recueillies par le Fichier national. D'après ce qui résulte des textes (*voy. article 74 al. 4 AUDCG*), cette autorité peut être un greffier, ou tout agent désigné à cet effet et qui exercera sa fonction sous la surveillance du Ministère en charge de la justice.

27. L'organisation structurelle du Fichier national est faite à l'image du RCCM. Il comporte un registre d'arrivée (*voy. article 75, 1° AUDCG*) ; trois répertoires alphabétiques spécialisés, l'un recueillant les données relatives aux transcriptions concernant les personnes physiques (*voy. article 75, 2°, a. AUDCG*), l'autre concernant les personnes morales (*voy. article 75, 2°, b. AUDCG*), et, enfin, un répertoire alphabétique consacré aux personnes concernées par des inscriptions de sûretés, de crédit-bail, ou de déclaration d'hypothèques (*voy. article 75, 3° AUDCG*). En plus de ces éléments précités, un dossier individuel pour chaque personne concernée par les formulaires de déclaration d'hypothèques et dossier reçus par le Fichier national (*voy. article 75, 4° AUDCG*). Ce sont des copies de ces données transcrites sur le Fichier national qui seront adressées à la CCJA pour la constitution du Fichier régional.

b - Fichier régional

28. Il s'agit d'une création récente, fruit des innovations du droit africain d'expression francophone. Il serait apparu pour la première fois avec l'accord de Bangui du 2 mars 1962. Il est unique et propre au

droit OHADA (*Il a été désigné « Fichier régional du commerce et du crédit » par l'article 23 Avant-projet d'amendements AUDCG mais au final, son appellation initiale a été maintenue*). Le registre du commerce français, par exemple, ne connaît pas ce deuxième degré de centralisation. Il se limite au Registre national, correspondant du Fichier national. L'OHADA ayant pour finalité la création, dans les États membres, d'un droit des affaires unifié, il paraît cohérent et pertinent d'instituer un registre central couvrant tout le territoire d'intégration issu du Traité OHADA. De ce fait, l'existence de trois échelons de publicité légale s'impose lorsque l'on dépasse la logique de micro-États pour s'engager dans les perspectives de la construction de grands ensembles d'intégration juridique et économique. Le Fichier régional, prévu par l'anc. article 20 al. 3 AUDCG, est une matérialisation de la volonté des parties au Traité de Port-Louis d'aboutir à un espace juridique vaste et commun. Pour cette raison, le Fichier régional est destiné à centraliser les renseignements consignés dans chaque Fichier national provenant de l'ensemble des États parties. Il est aujourd'hui régi par les dispositions du Livre IV, subdivisé en deux chapitres comprenant trois (03) articles (*article 76 à 78*).

29. Ce fichier concentre un exemplaire des données recueillies par les Fichiers nationaux, notamment les dossiers individuels. Dans sa précédente organisation, il les ordonne suivant un ordre alphabétique (*cf. article 23, 1° AUDCG*). Concrètement, ce fichier est constitué de formulaires et d'extraits des dossiers individuels. Il les présente dans un ordre alphabétique puis suivant deux classes : la classe des personnes physiques et la classe des personnes morales (*cf. article 23, 2° AUDCG*).

Dans sa configuration actuelle, le Fichier régional est organisé suivant la même logique fonctionnelle (*cf. article 76 AUDCG*) et structurelle (*cf. article 77 AUDCG*) que le Fichier national. Sur le plan fonctionnel, par exemple, l'alinéa 3 de l'article 76 précise que le Fichier régional « (...) assume la même mission d'information du public que le Fichier national » après avoir repris à son compte, avec les adaptations nécessaires, les rôles essentiels du Fichier national. Sur le plan structurel, l'article 77 s'approprie la construction et l'organisation prévues par l'article 75, avec un registre d'arrivée (*article 77, 1°*) ; un répertoire alphabétique affecté aux personnes physiques (*article 77, 2, a.*) ; un autre, aux personnes morales (*article 77, 2°, b.*) ; un dernier, aux inscriptions des sûretés, crédit-bail et déclaration d'hypothèques (*article 77, 3°*), en plus d'un extrait des dossiers individuels (*article 77, 4°*) qui ont été adressés à la CCJA par l'organe national compétent.

30. La tenue du Fichier régional est assurée par La CCJA, mais les textes actuels ne précisent pas le véritable responsable. Mais la doctrine estime qu'il va de soi que cette charge incombe au greffe de la CCJA. Elle n'est pas suivie par le législateur dans sa réforme du

15 décembre 2010. En effet, à la lecture de l'article 78, al. 2, la liberté est laissée à la CCJA de désigner un responsable qui n'est pas textuellement, pour l'heure, le greffier de la CCJA. Ceci étant, il reste à s'intéresser à l'utilité du Fichier régional.

31. À l'instar du Fichier national, le Fichier régional devrait permettre un accès rapide aux renseignements sur les entreprises établies dans l'espace OHADA. Si certains ont pu hésiter sur son utilité pour les citoyens, c'est probablement en raison de l'éloignement de la CCJA et de la faiblesse des relations d'affaires inter-États. Mais si l'on imagine un avenir dans lequel deviendront effectifs les principes de la liberté d'entreprendre et de la liberté d'installation des entreprises, la publicité légale offerte par un fichier qui donne une vue d'ensemble sur les entreprises de plusieurs États est une opportunité énorme. Entre autres, non seulement les assujettis et les tiers peuvent accéder facilement aux informations vitales à toute décision, mais aussi les États et les partenaires peuvent y accéder en toute sécurité, économie d'énergie et de temps et, surtout, en un seul point. L'article 51 de l'Avant-projet d'amendements de l'AUDCG éclaire sur ces finalités (*cf. article 51 2^e et 3^e tirets, Avant-projet d'amendements AUDCG*) et permet de croire que le registre du commerce intéresse au-delà des personnes qui peuvent être qualifiées d'acteurs, d'autres personnes (*Les tiers sont, par exemple, des intéressés*). Les finalités assignées au Fichier régional, à l'article 76, notamment, permettre l'accès rapide, sûr et fiable des assujettis et des tiers aux informations qui y sont conservées confortent les précédentes projections. Il appartient donc aux divers acteurs de tirer profit de ces outils.

B - Acteurs du Registre du commerce et du crédit mobilier

32. Le registre du commerce peut être regardé comme un outil de service public destiné à la promotion et au contrôle des entreprises d'affaires. À ce titre, il intéresse des utilisateurs parmi lesquels compte une diversité de personnes. Au premier plan il est cité : les commerçants et les intermédiaires de commerce, les sociétés commerciales, les succursales de sociétés étrangères (*Ici, il est visé les sociétés commerciales dont le siège n'est pas fixé dans un État membre de l'OHADA, ce qui suppose une société immatriculée hors OHADA. Autrement dit, une société de nationalité étrangère qui vient installer un établissement sur le territoire juridique de l'OHADA. La succursale, aux termes de l'article 118 AUDSC GIE, « peut être l'établissement d'une société ou d'une personne physique étrangère. Sous réserve de conventions internationales ou de dispositions législatives contraires, elle est soumise au droit de l'État partie dans lequel elle est située ».* Ce texte révèle une restriction inopportune de la notion de succursale lorsque l'anc. article 19 AUDCG semble la limiter aux sociétés. Aussi, l'analyste pense-t-il

que l'établissement d'un commerçant, personne physique étrangère, devra être compté au rang des succursales assujetties à l'immatriculation.) et d'autres personnes assimilées ou auxquelles la loi fait obligation de procéder à une inscription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier (*L'article 48 nouveau est dans cette logique*). Au second plan, l'État (*pour ses besoins fiscaux, notamment*), les partenaires d'affaires (*les investisseurs, les sociétés étrangères, les promoteurs d'affaires, etc.*)..., peuvent être cités. Mais ils ne compteront pas dans le cadre de cette étude étant entendu qu'ils sont considérés par le Registre comme des tiers ou public. En effet, ces entités sont potentiellement des tiers intéressés car ils n'ont besoin du registre du commerce que pour ses informations.

En revanche, il en est autrement s'agissant des autorités en charge de la tenue et de la surveillance. Ces derniers participent activement à l'élaboration du registre du commerce et à son contrôle afin que les informations à mettre à la disposition des usagés soient sûres et utiles. Pour cela, elles prennent place au rang des acteurs de premier plan. Cette clarification permet de comprendre le choix de la terminologie d'« acteurs du registre du commerce ». Ces acteurs sont donc ceux qui déclarent des actes portés sur le Registre du commerce et ceux qui sont impliqués dans sa tenue. Pour des raisons de commodité, il sera, d'abord, examiné les autorités responsables de la tenue du Registre du commerce et du crédit mobilier (1) et, ensuite, les personnes assujetties (2).

1 - Autorités responsables de la tenue du registre

33. La tenue suppose des actes positifs. Parmi ces actes figurent : la détention du registre, la réception et la transcription des déclarations, la conservation des dossiers individuels et leur classement suivant les prescriptions réglementaires et les mises à jour. Il s'agit donc de l'ensemble des actes matériels qu'effectue une personne habilitée et permettant la réalisation des inscriptions et la constitution du Registre du commerce. Cette mission est dévolue à deux autorités : une autorité en charge de tenue du Registre du commerce et du crédit mobilier (a) et une autorité de surveillance (b).

a - Autorité en charge de la tenue du RCCM

34. Le droit OHADA réunit une diversité d'États et a vocation à s'ouvrir à l'adhésion d'autres membres (*voy. article 53 Traité OHADA*). Or, les institutions dans ces différents États ne sont pas toujours les mêmes quoique la plupart de ceux-ci, de tradition francophone, ont hérité des institutions administratives et judiciaires françaises. Les institutions peuvent donc être différentes d'un État à un autre. Ainsi, l'exclusivité de la charge de la tenue du RCCM reconnue par l'anc. article 20 AUDCG

est apparue inopportune. Aussi, dans la difficulté de désigner un organe unique et identique de la tenue du RCCM, le législateur de la réforme du 15 décembre 2010 a fait le choix de recourir à une terminologie générique. Le nouveau texte (*article 36 al. 1^{er} AUDCG*) indique que l'autorité en charge de la tenue du Registre du commerce et du crédit mobilier est le greffe de la juridiction compétente (ce qui s'inscrit dans la continuité) ou l'organe ou l'autorité compétente dans l'État partie (ce qui correspond au souci d'adéquation des prévisions des Actes uniformes avec la diversité des institutions des États parties). Néanmoins, le greffe de la juridiction compétente peut ici tenir lieu d'archétype de l'organe ou de l'autorité compétente en charge de la tenue du RCCM.

35. Le greffe est un bureau près des juridictions. Il est chargé de la réception, la transcription et la conservation des minutes des actes de procédure. De façon simpliste, le greffe est le secrétariat et le centre des archives des juridictions. Ce bureau est tenu par des personnes habilitées, officier public, assermentées que l'on désigne sous le nom de greffier. Lorsque le nombre de greffiers dans une juridiction excède le chiffre de deux, il est désigné un chef du greffe dénommé : le greffier en chef. Toute juridiction a donc un greffe et un greffier. C'est donc à cette autorité que l'anc. article 20 AUDCG et l'article 36, nouveau, confient la charge de la tenue du Registre du commerce et du crédit mobilier. Les textes désignent expressément et clairement le Greffe en ces termes, « *Le Registre du commerce et du crédit mobilier est tenu par le greffe de la juridiction compétente (...)* », l'article 36 complétant sa formule par « *(...) ou l'organe compétent dans l'État partie (...)* ». Le greffe ou tout organe compétent sont donc les premières autorités intervenant dans les formalités de transcription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier. Lorsqu'on sait que l'organisation du registre est pyramidale, l'importance de cette autorité paraît capitale.

36. Le greffe est l'autorité de base et l'interface d'accès au Registre du commerce et du crédit mobilier. Il est la porte d'accès des assujettis au RCCM. Il les reçoit, les écoute et, s'il y a lieu, leur fournit les formulaires indiqués pour leur déclaration. Sous son autorité, il est procédé à la vérification des déclarations et des pièces requises pour l'inscription souhaitée (*voy. article 50, et 66 nouveaux et anc. article 41 et 67 AUDCG*). Il a pouvoir d'accepter le dossier et de procéder à la transcription ou de décider autrement (invitation du requérant ou du déclarant à fournir des explications ou à compléter les dossiers ou refus motivé alors que les anciens textes lui indiquaient la saisine de la juridiction compétente au cas où la demande lui paraît comporter des insuffisances) (*voy. anc. article 41 al. 2, rapproché à l'article 66 al. 3 et s. Sur le sujet, A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 195*). Ses pouvoirs se trouvent donc renforcés. Il faut rappeler que ce renforcement a, dès

les premières heures, été envisagé dans l'article 42 al. 4 et 5 de l'Avant-projet d'amendements de l'AUDCG et l'article 66 AUDCG vient réaliser cette évolution. (*voy. sur l'évolution connue en droit français : Saint-Alary, « La Réforme du registre du commerce, JCP, 1954, I, 1153, n° 19 et 20 ; A Jauffret, cette RTD com. 1954. 251, n° 30*). Mais pour l'heure, ses pouvoirs sont limités.

37. De façon succincte, les inscriptions sur le registre d'arrivée et l'enrôlement des dossiers individuels procèdent de la compétence du greffier ou du responsable de l'organe compétent dans l'État partie. Cependant, en sa qualité d'autorité habilitée à un contrôle de régularité formelle (*voy. article 66 al. 2 AUDCG. Adde. le rappel de ce principe, en droit français, par les réponses ministérielles aux questions écrites : n° 47690, JO AN, 9 déc. 1991, p. 5098 ; n° 17666, JO Sénat 12 déc. 1991, p. 2802 ; RTD com. 1992, p. 582*), ses décisions sont susceptibles de recours devant la juridiction compétente. La législation française est inscrite dans la même logique (*Voy. Derruppé, in RTD com. 1998, p. 132. Cet auteur note à ce propos que : « Le clivage entre contrôle de régularité formelle et contrôle au fond s'est sérieusement altéré avec les réformes de 1984 et de 1995 (RTD com. 1984, 652 et 1995, p. 581) qui ont accentué le pouvoir de contrôle du greffier, et incidemment du juge commis »*), tandis que les Allemands ont opté pour la concentration de la tenue et du contrôle au fond entre les mains d'un juge (*voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op. cit., n° 284, p. 455*). Autrement dit, l'autorité de la tenue du registre allemand a une double casquette, celle de surveillant et de contrôleur au fond. En droit OHADA, les pouvoirs sont séparés et l'autorité de la tenue du registre du commerce est distincte de l'autorité de contrôle au fond.

b - Autorité en charge de la surveillance des actes relatifs au RCCM

38. En confiant la mission de la tenue du Registre du commerce et du crédit mobilier au greffe de la juridiction compétente ou à l'organe compétent dans l'État partie, le législateur OHADA n'a pas entendu faire de lui une autorité indépendante. L'article 36 al. 1^{er}, reprenant le principe de l'anc. article 20 al. 1^{er} AUDCG a insisté sur la soumission de l'autorité de la tenue du RCCM à la surveillance du président ou du juge délégué de la juridiction compétente ou encore à l'autorité compétente de l'État partie. Ceci voudrait dire que la tenue du Registre du commerce et du crédit mobilier s'effectue sous la supervision d'une autorité de surveillance. Cette autorité existait déjà dans le système français avec le Décret-loi du 8 août 1953. Mais il faut reconnaître que cette institution n'était pas prévue dans le cadre du Registre de commerce de 1919. Le juge commis à la surveillance du Registre du commerce est une institution des années 53. Sa

mise en place est motivée par le souci de renforcer le contrôle des données inscrites par le greffe. Et l'intérêt de cette institution reste d'actualité dans son principe eu égard aux choix opérés à l'article 21 de l'Avant-projet d'amendements de l'AUDCG qui maintient le principe de la séparation de l'autorité de la tenue et de l'autorité de surveillance, constituée principalement par le président de la juridiction compétente.

39. En termes de juridiction du fond, les Actes uniformes de l'OHADA renvoient à la juridiction nationale compétente (*Par exemple : article 1^{er} al. 4 ; article 14 al. 2 ; article 25 al. 1 ; article 36 al. 3 ; article 37 al. 1^{er} anc. AUDCG*). Autrement dit, il s'agit de scruter l'organisation judiciaire de chaque État membre pour déterminer laquelle est compétente en matière commerciale et laquelle est territorialement compétente à propos d'une requête ou d'un dépôt relatif au RCCM.

Cette dernière précision apparaît clairement dans l'article 51 al. 1^{er}, 2^e tiret (*voy. l'anc. article 25*) AUDCG qui requiert l'immatriculation des commerçants, personne physique ou morale, en cas de transfert de siège, suivant la juridiction territorialement compétente. Il ne fait aucun doute que cette règle de compétence territoriale concerne toute demande ou requête se rapportant au RCCM. La réforme de l'AUDCG demeure encore attachée à ce principe malgré l'introduction de l'institution « autorité compétente de l'État Partie ». Il faut croire que la détermination de cette autorité devrait s'inspirer de l'institution qu'est la juridiction compétente. La détermination de la juridiction compétente ou de l'autorité compétente de l'État partie tient donc compte à la fois de la compétence *ratione materiae* et de la compétence *ratione loci*.

S'agissant de la compétence *ratione materiae*, étant donné que les inscriptions visées entrent dans le domaine commercial, c'est le tribunal compétent en matière commerciale qui s'imposerait. En revanche, s'agissant de la compétence *ratione loci*, les textes donnent des directives. Pour les inscriptions relatives à l'immatriculation et à la situation de l'entreprise, la juridiction territorialement compétente est celle du siège de l'activité tandis qu'à propos des inscriptions relatives aux sûretés, la juridiction du fond du débiteur s'impose, par principe (*anc. article 44 al. 1^{er} AUDCG et son correspondant dans le nouvel Acte uniforme. Le nantissement de parts sociales ou d'actions appelle inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier sur lequel avait été effectuée l'immatriculation de la société dont est membre le débiteur garant*). Dans ce cas, le créancier est tenu d'y élire domicile (*cf. anc. article 44 al. 1^{er}, 2, d. AUDCG et leur correspondance dans le nouvel Acte uniforme*) s'il ne relève pas du ressort de la même juridiction.

40. Les anc. article 20 al. 1^{er} et 67 al. 2 AUDCG indiquent le responsable de la juridiction compétente qui est en charge de la surveillance du Greffe. Il s'agit soit du président de ladite juridiction, soit d'un juge délé-

gué, soit encore d'une autorité étatique compétente. Ce dernier est exactement l'*alter ego* du juge commis, en droit français avec pratiquement les mêmes pouvoirs.

41. La mission première de l'autorité chargée de la surveillance est administrative : la surveillance de la tenue du Registre du commerce et du crédit mobilier. Or, surveiller, consiste à observer avec une attention soutenue, de manière à exercer un contrôle ou une vérification (*cf. Le dictionnaire Petit Robert 1*). Ainsi, il lui incombe de contrôler la tenue et la conservation du Registre du commerce et du crédit mobilier conformément à la réglementation. Il doit, par exemple, veiller au respect des textes. À ce titre, il est chargé de trancher les contestations élevées entre le greffe et les déclarants ou requérants. Il s'agit d'une compétence contentieuse qui vient s'adjoindre à sa fonction administrative (*voy. article 66 al. 4 à 6 AUDCG*). En pratique, l'implication de la juridiction compétente apparaît essentiellement à travers cette fonction contentieuse. Mais le pouvoir du juge ou de l'autorité compétente de l'État partie est susceptible de recours juridictionnel. Cette approche incline à penser qu'il ne s'agirait plus d'un simple contentieux sur la forme, mais que la décision peut porter aussi bien sur la forme que sur le fond (*En faveur de cette opinion, cf. article 66 al. 5 et 6 AUDCG. Sur l'approche classique d'une ordonnance limitée à une décision sur la régularité formelle, voy. A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 198. Sur une telle limite en droit français : Com. 29 avr. 1997, Sté Alex c/époux Lallement, Bull. civ. IV, n° 115 ; J. Derruppé, RTD com. 1998, p. 132*).

En outre, il dispose d'un pouvoir d'injonction en matière d'immatriculation (*anc. article 42 AUDCG*), de complètement ou de rectification de certaines énonciations (*anc. article 42 al. 2 AUDCG*) ou de radiation (*anc. article 42 al. 2*). Il ne fait aucun doute que la juridiction compétente puisse être considérée comme une autorité vis-à-vis des assujettis.

2 - Personnes assujetties

42. L'AUDCG énumère les personnes assujetties à l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier (*voy. art 35 et anc. article 19, 1^o, a et b AUDCG et article 20 et 20-1 de l'Avant-projet d'amendements AUDCG*) et les personnes qui, n'étant pas assujetties de plein droit, peuvent être soumises à ces formalités par le fait d'une prescription légale spéciale (*légalement, les sociétés civiles deviennent commerciales par fait du choix de l'une des formes prévues par l'article 6 AUDSCGIE ou par leur objet. De ce point de vue, elles deviennent des assujettis comme tout commerçant (anc. article 25 AUDCG) ou toute société commerciale (anc. article 27 AUDCG)*). Le nouvel article 35 al. 1^{er} AUDCG est formel sur le sujet en incluant dans son énumération « (...) tout groupement doté de la personnalité juridique que la loi soumet à l'immatriculation audit Registre » et « les

établissements publics ayant une activité économique et bénéficiant d'une autonomie juridique et financière ». Dès lors il peut être distingué les assujettis classiques (a) des bénéficiaires en raison d'une prescription légale spéciale (b).

a - Assujettis classiques

43. Les commerçants. - Aux termes de l'article 2 AUDCG, « *est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession* ». Qu'est-ce alors qu'un acte de commerce pour permettre d'identifier celui qui l'accomplit comme étant un commerçant ? Les articles 3 et 4 AUDCG donnent quelques pistes. Selon l'article 3 AUDCG, ont le caractère d'actes de commerce par nature : tout acte par lequel une personne s'entretient dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de services avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire. Ce peut être : l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente ; les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit ; la passation de contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ; l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles ; les opérations de location de meubles ; les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication ; les opérations des intermédiaires de commerce, telles que commission, courtage, agence, ainsi que les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts sociales de sociétés commerciales ou immobilières ; les actes effectués par les sociétés commerciales. Cette liste est complétée par les actes de commerce par leur forme, envisagés par l'article 4 AUDCG. La question se pose toujours de savoir si ces prévisions sont exclusives de l'existence d'autres actes de commerce.

Par la formule « notamment » employée par l'article 4, il est permis d'admettre que la liste des actes de commerce n'est pas, aux termes de l'AUDCG, exhaustive. Néanmoins, à titre de directive, les personnes qui accomplissent l'un quelconque des actes visés par les articles 3 et 4 AUDCG à titre de profession doivent être considérées comme des commerçants. En cette qualité donc, elles sont tenues de la formalité d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier. Il s'agit d'une obligation imposée expressément et impérativement par l'article 44 AUDCG (*voy. anc. article 25* : « *Toute personne physique ayant la qualité de commerçant aux termes du présent Acte uniforme doit, dans le mois d'exploitation de son commerce, requérir du greffe de la juridiction compétente dans le ressort de laquelle ce commerce est exploité, son immatriculation au Registre* ». Cette même obligation est imposée aux intermédiaires de commerce en leur qualité de commerçant.

44. Les intermédiaires de commerce ne sont pas de véritables commerçants dans la mesure où leur indépendance est limitée par le mandat qui leur permet de jouer aux entremetteurs pour le compte d'un véritable commerçant. Mais ils sont alignés sur le même régime que les commerçants à propos de la plupart de leurs obligations. Il ne pouvait en être autrement du moment que les actes qu'ils accomplissent font partie de la liste des actes de commerce. Dès lors, il ne reste qu'à préciser qui peut être considéré comme un intermédiaire de commerce.

L'intermédiaire de commerce « *est celui qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, le représenté, pour conclure avec un tiers un contrat de vente à caractère commercial* » (*anc. article 137 AUDCG*). Cette définition est précisée et enrichie par le nouvel article 169 AUDCG qui indique clairement que l'intermédiaire de commerce peut être « une personne physique ou morale ». Il est un commerçant, précise l'article 170 (*anc. article 138*) AUDCG. Mais il faut le reconnaître, l'AUDCG suggère à travers les dispositions de l'article 3 al. 1^{er}, (7^e tiret) la possibilité de distinguer une diversité d'intermédiaires de commerce avant d'en consacrer trois types, des plus significatifs, sans doute. Il s'agit du commissionnaire (*voy. article 192 et anc. article 161 AUDCG*), du courtier (*voy. article 208 et anc. article 176 AUDCG*) et de l'agent commercial (*voy. article 216 et anc. article 184 AUDCG*). Il faut observer qu'un registre était, en droit français, dédié aux agents commerciaux sous la désignation de : Registre des agents commerciaux. Ceux qui désiraient exercer la profession d'agent commercial devaient préalablement et obligatoirement y requérir leur inscription. Au-delà de cet élément historique et de droit comparé, les trois types d'intermédiaires expressément visés par le droit OHADA doivent impérativement requérir leur immatriculation dans le mois de l'exploitation de leur activité (*article 44 précité*). Il en sera de même pour toute personne physique qui répondrait à la définition de l'intermédiaire de commerce ou à la définition de société commerciale.

45. - Les sociétés commerciales. La réglementation les astreint à l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier. Ceci ressort des articles 35 al. 1^{er} et 46 al. 1^{er} (*anc. article 19, al. 1^{er}, 1^o, b*) AUDCG et article 97 AUDSC GIE. En effet, aux termes de l'article 97, « *À l'exception de la société en participation, toute société doit être immatriculée au Registre du commerce et du crédit mobilier* ». Par l'expression « *toute société* », il importe de se demander si la généralité des termes vise tous les groupements organisés suivant un contrat de société (*Référence à l'article 1832 C. civ. puis aux articles 4 et 5 AUDSC GIE*). Il semble que non. La portée du texte serait limitée aux sociétés régies par l'AUDSC GIE. Il s'agit entre autres de la société en nom collectif (SNC), de la société en commandite simple

(SCS), de la société à responsabilité limitée (SARL), de la société anonyme (SA), qu'elles soient pluripersonnelles ou unipersonnelles. Il est donc exclu, par principe, les sociétés civiles (*L'article 20 Avant-projet d'amendements AUDCG paraît innover en allongeant la liste des assujettis par l'énumération des sociétés civiles par leur forme et commerciale par leur objet. Mais il faut observer que l'article 6 AUDSC GIE induisait plus largement l'assujettissement de telles personnes morales au Registre du commerce et du crédit mobilier*). D'ailleurs la perspective des articles 35 al. 1^{er} et 46 al. 1^{er} AUDCG du 15 décembre 2010 permet d'entrevoir l'ouverture du RCCM à des sociétés et groupements, c'est-à-dire, tout court, à des personnes morales autres que celles envisagées expressément par les Actes uniformes de l'OHADA. Le changement de l'intitulé de la Section 2 : « *Immatriculation des personnes morales* », à l'origine, « *Immatriculation des sociétés et autres personnes* » est assez significatif sur cette tendance libérale (*voy. anc. article 27 AUDCG*). Le nombre des assujettis éventuels serait donc plus important (*voy. infra, n° 49*) mais, dans le cadre de cette étude, les assujettis classiques resteront limités aux personnes qui apparaissent dans l'énumération de l'article 35 AUDCG.

46. - Les sociétés civiles par leur forme et commerciales par leur objet. Elles sont envisagées expressément dans la liste de l'article 35 AUDCG et implicitement dans l'anc. article 19. L'indication de cette catégorie dans la liste des assujettis est en harmonie avec les prévisions de l'article 6 AUDSC GIE qui précisent les critères de commercialité d'une société. Mais il est étonnant qu'il ne soit pas envisagé la catégorie semblable, c'est-à-dire, la catégorie des sociétés civiles optant pour une des formes sociales de l'article 6 al. 2 AUDSC GIE. Est-ce à dire que la société civile qui opte pour l'une des quatre (04) formes de sociétés commerciales prévues par l'AUDSC GIE ne serait pas assujettie à la formalité d'immatriculation ? Il semble que non, eu égard aux dispositions de l'article 6 AUDSC GIE, qui indique les critères de la commercialité d'une société et par voie de conséquence la soumission au régime de l'AUDSC GIE. En premier lieu, le choix d'une des quatre formes prévues par l'article 6 al. 2 AUDSC GIE (*à savoir; la SNC, la SCS, la SARL, et la SA*) confère le caractère commercial à la société en cause. Et, en second lieu, comme toute société commerciale est assujettie à l'immatriculation, il apparaît impensable que la société civile optant pour l'une des formes commerciale de l'article 6 puisse être laissée en marge des obligations incombant aux sociétés commerciales. Ainsi, il paraît opportun d'indiquer qu'une société civile, quel que soit son objet, devient commerciale dès lors qu'elle est constituée sous la forme d'une SNC, SCS, SARL ou SA. De ce fait, elle est une personne morale assujettie au Registre du commerce et du crédit mobilier. À ce titre, ces sociétés civiles pourraient figurer sur le Registre du commerce et du crédit mobilier aux côtés des succursales éligibles.

47. - Les succursales de sociétés étrangères. Elles sont aussi citées par l'article 35 AUDCG. Il faut relever que les anc. articles 19 et 29 al. 1^{er} AUDCG soumettaient également ces établissements à l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier. La succursale, dans la logique de ces textes, semble se réduire à un établissement d'une société étrangère installé sur le territoire d'un État membre de l'OHADA. Les analyses précédentes appuyées sur la définition de la succursale par les articles 116 et 118 AUDSC GIE convainquent d'une restriction erronée dans l'approche des anciennes dispositions en la matière ; les succursales de commerçants, personne physique, ne devraient pas échapper à l'obligation de se faire immatriculer au Registre du commerce et du crédit mobilier (*supra, n° 32*). La précision de la formule de l'article 35, retenant que le RCCM reçoit aussi, pour dire que sont également assujetties au Registre du commerce et du crédit mobilier, « *des succursales au sens de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* », est un réaménagement et une évolution positifs à l'actif des réformateurs de l'AUDCG.

48. - Les groupements d'intérêt économique (GIE). Définis par l'art 869 AUDSCGIE comme le groupement « *qui a pour but exclusif de mettre en œuvre pour une durée déterminée, tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité* », les GIE figurent également sur la liste des personnes assujetties aux termes de l'article 35 AUDCG aux côtés des sociétés commerciales. Il ne peut en être autrement dans la mesure où le GIE emprunte, pour l'essentiel, le régime des sociétés commerciales (particulièrement, celui de la SNC). D'ailleurs, l'article 872 AUDSCGIE confirme son éligibilité comme sujet aux côtés d'autres bénéficiaires de la publicité du Registre du commerce et du crédit mobilier, notamment les établissements publics ayant une activité économique et bénéficiant d'une autonomie juridique et financière.

b - Assujettis spéciaux

49. Le registre du commerce est ouvert à des bénéficiaires qui n'étaient pas classiquement admis. L'AUDCG, dans sa version initiale, limitait plus ou moins la liste des éventuelles personnes éligibles au Registre du commerce et du crédit mobilier aux assujettis énumérés ci-dessus (*supra, n° 42 et s.*), auxquelles peuvent s'ajouter certaines sociétés civiles et certains établissements publics (*voy. article 35 al. 1^{er}, 1^o, 3^e et 8^e tirets*). Avec l'adoption du nouvel AUDCG, les portes du Registre du commerce et du crédit mobilier s'ouvrent plus grandement. En dehors des personnes éligibles, d'après ce qui précède, les entrepreneurs (*voy article 35 al. 2, 2^o AUDCG et article 20 Avant-projet AUDCG*) et divers autres personnes ou professionnels peuvent bénéficier de la

publicité légale et des services du Registre du commerce et du crédit mobilier. Au nombre de ces nouvelles personnes éligibles, il faut compter : les entrepreneurs, les groupements dotés de la personnalité juridique que la loi soumet à l'immatriculation au RCCM, toute personne physique exerçant une activité professionnelle que la loi soumet à l'immatriculation au RCCM, etc., puisque l'article 35 les cite « *notamment* ».

50. - Les entrepreneurs. Ils sont une création nouvelle consacrée par l'AUDCG adopté le 15 décembre 2010. Leur définition résulte des dispositions de l'article 30 AUDCG. (*Voy. ses origines avec les articles 17 et s. Avant-projet AUDCG*). Aux termes de l'article 30 al. 1^{er}, « *L'entrepreneur est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue par le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle, civile, commerciale, artisanale ou agricole* ». Il s'agit de tout entrepreneur individuel qui, en raison du niveau de son chiffre d'affaires annuel, a choisi de s'abriter sous le régime de faveur des entrepreneurs (article 30 al. 2 à 4 AUDCG). Entre autres : il bénéficie d'une dispense d'immatriculation (article 30 al. 5. *Rapprochement avec le statut des commerçants bénéficiaires du régime microsocietal de la Loi française n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JO 5 août 2008, p. 12471 ; voy. B. Saintourens, « La dispense d'immatriculation au RCS pour les commerçants bénéficiaires du régime microsocietal », RTD com. 2008, p. 687 ; bénéfice de mesures d'incitation : avantages fiscaux, réduction des charges sociales, etc. Voy. aussi, article 17 al. 2 et 3 Avant-projet AUDCG*). L'entrepreneur est tenu de procéder à une déclaration de son activité au Registre du commerce et du crédit mobilier. Ceci voudrait dire qu'il est une personne assujettie non classique dans la mesure où sa qualité est associée au RCCM non en raison de la formalité classique de l'immatriculation des personnes, mais plutôt en raison de l'exigence de sa déclaration audit registre. Le principe de la déclaration est posé par l'article 30 al. 6 AUDCG. Selon le texte, « *L'entrepreneur qui est dispensé d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier, est tenu de déclarer son activité tel qu'il est prévu dans le présent Acte uniforme* » (*voy. article 20 Avant-projet AUDCG qui dispose que le registre du commerce permet « aux entrepreneurs de faire leur déclaration d'activité, d'obtenir dès le dépôt de celle-ci, leur numéro de déclaration d'activité et d'accomplir les autres formalités prévues par le présent Acte uniforme et toute autre disposition légale* »). Les entrepreneurs sont de ce fait parmi les personnes à citer au titre des bénéficiaires des services du Registre du commerce et du crédit mobilier. Même dispensés de la formalité d'immatriculation au RCCM, ils y associent leur nom tandis que d'autres acteurs y accèdent seulement par le biais de l'obligation de se faire immatriculer au Registre du commerce et du crédit mobilier par le fait d'une prévision de l'AUDCG ou d'une obligation légale nationale spéciale.

51. - Les bénéficiaires subsidiaires. Aux termes de l'article 20-1 de l'Avant-projet d'amendements de l'AUDCG, le Registre du commerce et du crédit mobilier peut être ouvert à des bénéficiaires subsidiaires. Il s'agit, par exemple, de tout groupement doté de la personnalité morale et devant requérir son immatriculation d'après une loi nationale. L'assujettissement de telles personnes est aujourd'hui une prévision de l'article 35 al. 1^{er}, 1^o, 6^e tiret AUDCG. Pour les découvrir, il faut alors scruter les lois nationales pour identifier ces assujettis supplémentaires. Les associations seraient cependant difficilement éligibles à l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier. D'après un arrêt relativement récent en droit français (*Com. 1^{er} mars 1994, D 1994, 528, note M.-F. Coutant ; Rev. sociétés 1994, 502, note Y. Guyon*), l'association, quelle que soit son activité, n'a pas qualité pour prétendre à son immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier (*voy. Com. 15 nov. 1994, Assoc. La croisade du livre chrétien, D 1994 IR 269 ; Paris, 13 février 1992, RTD com. 1992, 409 ; Bull. Joly 1992, p. 437, § 139, note Jeantin, Gaz. Pal. 1993, 4-6 avril, comm. Mme Benas ; 12 nov. 1992, Bull. Joly 1993, p. 103, § 20, note J.-P. Legros*). Si cette jurisprudence devait s'imposer dans le droit africain, il faudrait bien croire que la seule échappatoire pour une association de bénéficiaire, dans l'espace OHADA, du droit à l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier ne pourrait résulter que d'une prescription spéciale d'une loi nationale. Ceci serait opportun dans la mesure où, par exemple, l'activité d'une association tombe sous le coup des règles du droit commercial et, qu'en plus, il existe une loi nationale qui requiert l'immatriculation des groupements exerçant de telles activités, peu importe leur qualification juridique (*sur l'opportunité de cette opinion, voy. J. Derruppé, in RTD com. 1995, p. 385*). La formule, « *tout groupement doté de la personnalité juridique* » peut laisser admettre qu'une association ou un syndicat régulièrement et légalement constitué peut être éligible au RCCM par exigence d'une loi nationale. Ce raisonnement vaut aussi pour les personnes physiques exerçant une profession et auxquelles une loi nationale fait obligation de se faire immatriculer au RCCM. L'article 35 al. 1^{er}, 1^o, 7^e tiret est le fondement de cette éventualité d'assujettissement. L'obligation de s'immatriculer au RCCM est donc une cause d'assujettissement tout comme l'obligation de procéder à une déclaration ou à une inscription au registre du commerce. Ainsi, ces formalités exigées constituent l'objet de la transcription sur le RCCM.

C - Objet des inscriptions sur le RCCM

52. Avant toute chose, il convient de relever que la notion d'inscription est ici entendue dans un sens général d'écrit porté sur un support. De la lecture de l'article 35 (*anc. 19*) AUDCG, il ressort que les matières soumises à une inscription au Registre du commerce et

du crédit mobilier sont l'immatriculation ou la déclaration des personnes et l'inscription des sûretés. Le texte précise bien respectivement en ses points 1, 2 et 6 que le registre reçoit l'immatriculation (ou la déclaration) des personnes (1) et l'inscription d'un certain nombre de sûretés (2).

1 - Immatriculation des personnes

53. L'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier concerne deux catégories de personnes. Il s'agit d'une part, des personnes physiques dont certaines sont dispensées contre une simple déclaration (a) et d'autre part, des personnes morales (b).

a - Immatriculation des personnes physiques

54. La personne physique, c'est le sujet de droit par excellence. Il s'agit de l'être humain, qu'il soit femme ou homme. Il a un corps physique et la personnalité juridique. Cependant, cette personnalité juridique est relativement modulée par les règles relatives à la capacité juridique (*Capacité de jouissance ou d'exercice*). La capacité de jouissance est reconnue à tous les êtres humains, mais la capacité d'exercice est réglementée. Concernant la matière commerciale, la capacité juridique d'exercice est conditionnée par l'âge de la majorité, l'émancipation (*Se référer à la loi nationale de chaque État membre de l'OHADA. Par exemple, en droit togolais, la majorité est acquise à 21 ans (cf. article 265 Code togolais des personnes et de la famille), sauf en cas d'émancipation (article 310 et s.) ; en droit le Burkinabé, c'est à 20 ans (article 554 Code des personnes et de la famille (CPF)) ; elle est abaissée à 18 ans en droit béninois par l'article 459 CPF (l'avant-projet de Code togolais de la famille est dans cette perspective)*), l'absence d'incompatibilité (*article 9 AUDCG*) et d'interdiction (*article 10 AUDCG. sur l'ensemble de ces questions, voy. l'entrée 14 : Commerçant, par Bokalli Victor Emmanuel*).

Au demeurant, il faut retenir que les personnes physiques sont opposées aux personnes morales (*infra, n° 57 et s.*), mais elles peuvent toutes les deux, être reçues sur le Registre du commerce et du crédit mobilier.

55. Au risque de se répéter, les personnes physiques qui requièrent l'immatriculation sur le Registre du commerce et du crédit mobilier sont : les commerçants, les intermédiaires de commerce, auxquels il pourrait être ajouté les locataires-gérants, puis les entrepreneurs, dispensés de l'immatriculation, mais soumis à une formalité de déclaration qui donne droit à un numéro de déclaration d'activité (*article 35 al. 1^{er}, 2^o AUDCG*). Pour le détail, il convient de se reporter à l'analyse qui précède (*supra, n° 42 et s., spéc. n° 43, à 44 et 50*). Dès lors, il ne reste plus qu'à préciser que toutes ces personnes ne sont pas soumises à une véritable immatriculation (*voy.*

« la procédure en vue d'une inscription au registre du commerce » infra, n° 83 et s.). Cependant, leur présence sur le Registre du commerce et du crédit mobilier leur assure un statut ou une qualité.

56. Qu'il s'agisse de l'immatriculation ou de la simple déclaration d'une personne physique, la finalité commune est l'acquisition et la garantie d'une qualité. L'immatriculation d'une personne physique fait présumer la qualité de commerçant. En revanche, la déclaration d'entrepreneur, ne confère pas la qualité de commerçant, mais assure à son auteur la qualité d'entrepreneur. Dans les deux cas, il s'agit d'une présomption de qualité (*infra, II, D, n° 122 et s.*). C'est une telle finalité qui est garantie avec l'immatriculation des personnes morales.

b - Immatriculation des personnes morales

57. Ce ne sont pas seulement les personnes physiques qui sont reconnues sujets de droit. La protection du droit est accordée à des entités, groupements ou intérêts organisés auxquels, même en l'absence d'un corps physique, la loi et la jurisprudence reconnaissent une capacité juridique. En effet, la capacité juridique est reconnue à certaines organisations, selon la théorie de la fiction légale (*cf. article 98 AUDSC GIE. Sur les théories de la personnalité juridique, voy. P. Le Cannu, Droit des sociétés, Monchrestien, 2002, n° 299 et s.*), à l'issue de l'accomplissement d'une formalité : l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier. Les sociétés commerciales, les GIE et d'autres personnes morales (*voy. supra, n° 45 et s.*) sont ainsi éligibles à l'immatriculation sur le Registre du commerce et du crédit mobilier en vue de l'acquisition de la personnalité juridique ou, tout simplement, par effet d'une obligation légale.

58. L'article 46 (*anc. 27*) AUDCG impose la formalité d'immatriculation aux sociétés et aux autres personnes visées à l'article 35 al. 1^{er}, 1^o AUDCG. Ce devoir est confirmé par l'article 97 AUDSC GIE. L'accomplissement régulier de cette formalité confère au requérant, la personnalité juridique (*voy. article 98 AUDSC GIE*), en plus de la qualité de commerçant article 58 al. 1^{er} (*anc. article 38*) AUDCG. Il faut admettre que l'immatriculation consacre la personne morale avant de lui assurer une qualité. En revanche, s'agissant d'une personne physique, l'immatriculation n'a pas cet effet créateur (*Il s'agit de ce qu'il convient de retenir à propos des groupements dotés de la personnalité juridique, mais tenus de s'immatriculer au RCCM sur réquisition d'une loi nationale (voy. article 35 al. 1^{er}, 1^o, 6^e tiret)*). Ici, l'effet essentiel serait la garantie particulière des droits statutaires du commerçant ou du groupement. Dans tous les cas, l'immatriculation des personnes morales comme des personnes physiques permet une publicité et une protection minimales. C'est dans cette optique que le législateur OHADA a entendu ouvrir le Registre

du commerce et du crédit mobilier à l'inscription des sûretés.

2 - Inscription des sûretés mobilières

59. Aux termes de l'article 1^{er} AUS révisé (15 déc. 2010), « Une sûreté est l'affectation au bénéficiaire d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant » (voy. aussi la formule de l'anc. article 1^{er} AUS : « Les sûretés sont les moyens accordés au créancier par la loi de chaque État partie ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci »). Cette définition donne une notion plus ou moins générale sur les sûretés réelles. Mais il convient de relever que le Registre du commerce et du crédit mobilier ne couvre pas cette généralité des sûretés. Il est concerné par l'inscription des sûretés mobilières (voy. article 35, 6^o AUDCG qui renvoie à l'AUS). Cette limitation découle du Titre 2 de l'AUS, intitulé « Sûretés mobilières », sous lequel il est envisagé l'inscription de certaines sûretés mobilières au RCCM (voy. article 51 et s. et anc. article 39 et s. AUS). Les Actes uniformes n'en donnent pas une définition conceptuelle. Cependant, il peut être retenu qu'il s'agit des garanties offertes par le débiteur, en exécution de ses obligations, et portant sur des biens meubles, droits ou valeurs mobilières, à l'exclusion des sûretés immobilières (notamment, les hypothèques de l'article 117 et s. AUS) et des sûretés personnelles (article 4 al. 1^{er}, et anc. art 3 et s. AUS). En effet, la dénomination du registre du commerce du droit OHADA est évocatrice de cette restriction. Un « Registre du commerce et du crédit mobilier » ne saurait avoir vocation à couvrir des sûretés autres que celles qui sont mobilières. Eu égard à ce qui précède, il reste à se demander si toutes les sûretés mobilières peuvent faire l'objet d'une inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier.

Cette question avait déjà été soulevée par MM. Santos et Toé dans leur ouvrage de référence sur le droit commercial général (op. cit., n^o 239). Et ceux-ci avouaient que certaines sûretés mobilières ne peuvent pas entrer opportunément dans les matières qui peuvent faire l'objet d'une inscription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier. Le droit de rétention, (anc. article 41 AUS), par exemple, paraît mal indiqué selon eux (ibid.). D'ailleurs, en confrontant la liste désignant les sûretés qui peuvent être qualifiées de sûretés mobilières au sens de l'anc. article 39 AUS à celle de l'article 19, 2^o AUDCG, cette exclusion paraît judicieuse. Mais cette opinion semble être relativisée par les dernières évolutions du droit OHADA avec les réformes de l'AUDCG et de l'AUS. Pour preuve l'article 35, 6^o (comp. anc. article 19, 2^o)

n'indique plus limitativement les sûretés pouvant faire l'objet d'une inscription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier. Il ne s'agit plus d'une liste comme il en était question dans l'ancien texte (article 19, 2^o), ce qui pourrait présager d'une multiplication des types de sûretés pouvant faire l'objet d'une inscription au RCCM. Selon l'article 35, 6^o AUDCG, toutes les sûretés prévues par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés et par toute autre disposition légale peuvent faire l'objet d'une demande d'inscription au RCCM. À ces sûretés, il faut ajouter expressément les contrats de crédit-bail qui figuraient aux côtés des anciennes sûretés mobilières indiquées par l'article 19, 2^o précité. Même si de ce fait, la liste des sûretés objet de l'inscription sur le RCCM peut être étendue à raison d'une prévision des lois nationales, les sûretés mobilières prévues par l'AUS et qui sont soumises à l'inscription sur le RCCM sont celles qui font l'objet d'une publicité et les textes précisent leur soumission à cette formalité. Cet éclairage qui permet de circonscrire le champ de cette étude résulte des données de l'article 50 AUS, notamment son al. 2^e qui dispose que « sauf disposition contraire, les sûretés mobilières soumises à publicité font l'objet d'une inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier conformément aux dispositions du chapitre premier du présent titre ».

À l'analyse, les sûretés mobilières envisagées par le nouvel AUS en vue de la formalité d'inscription au RCCM se réduisent largement aux prévisions existant dans l'ancien AUDCG auxquelles s'ajoutent quelques nouvelles créations. Il convient donc de les passer successivement en revue en examinant d'abord, les nantissements (a) et ensuite, les autres sûretés et contrats (b).

a - Nantissements

60. Habituellement, le nantissement est défini comme un engagement par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette. Il est dénommé gage lorsque la chose remise est un bien mobilier (*antichrèse, s'agissant d'un bien immobilier, cf. article 2373 et 2387*). Il suppose, en principe, une dépossession du débiteur, ce qui paraît peu intéressant en matière commerciale. La pratique a donc imaginé les nantissements sans dépossession (voy. A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n^o 241, p. 146) dont les inconvénients sont compensés par l'obligation d'inscription et de publicité au Registre du commerce et du crédit mobilier (voy. Ph. Malaurie et F. Aynès, *Droit civil – Les sûretés*, Cujas, 1994, n^o 499). Il s'agit alors de considérations d'ordre pratique et sécuritaire qui sont mises en avant. Les nantissements visés par l'article 52 al. 1^{er}, 2^e à 4^e tirets (anc. article 19, 2^o) AUDCG trouvent donc leur signification dans cette double logique.

61. Le nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières correspond au nantissement des actions et

des parts sociales, initialement prévu par l'article 19, 2°, a. Il concerne, aux termes de l'anc. article 64 AUS, les droits sociaux des associés. Ce peut être les droits attachés à une action (*article 772 et 773 AUDSC GIE*), à une part sociale (*article 322 AUDSC GIE*) ou à une valeur mobilière (*article 747 AUDSC GIE*). Ainsi, le fait que les prévisions actuelles (*article 140 et 143 AUS*) couvrent le nantissement des droits d'associés et les valeurs mobilières, constitue une adéquation des textes à la diversité des titres sociaux pouvant servir de sûreté, même s'il est regrettable que les comptes de titres financiers, pourtant, envisagés aux côtés du nantissement des droits sociaux et valeurs mobilières, ne soient pas soumis de plein droit à la publicité du RCCM (*article 146 et s. AUS*). Par ailleurs, il convient de relever que la condition de cessibilité de ces différents titres sociaux est un élément essentiel à la constitution du nantissement sur les actions et parts sociales et autres valeurs mobilières.

62. Le nantissement du fonds de commerce et l'inscription du privilège du vendeur de fonds de commerce constituent les sûretés mobilières portant sur le fonds de commerce. Il faut rappeler que le fonds de commerce fait partie des biens du commerçant. Il est défini comme un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle (*article 138 AUDCG*). Il se compose de biens mobiliers, corporels et incorporels (*cf. article 140, anc. article 103 AUDCG*). Il comporte nécessairement des éléments obligatoires (*réunis dans la notion de « fonds commercial », abandonnée par l'article 139*) que sont : la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial (*cf. anc. article 104 AUDCG*) et d'autres éléments facultatifs tels que, les installations, l'aménagement et l'agencement, les matériels, le mobilier, le droit au bail, etc. (*cf. article 140, anc. article 105 AUDCG*).

Le fonds de commerce ainsi envisagé peut faire l'objet d'une vente. Et le vendeur peut bénéficier à l'égard du cessionnaire d'un privilège sur le fonds cédé. Ce privilège peut à son tour permettre au vendeur nanti d'obtenir du crédit et constituer un nantissement sur son privilège. Telle est l'opération envisagée par l'anc. article 19, 2°, b. Ce nantissement est assis sur des éléments du fonds de commerce qui seraient limitativement admis (*cf. anc. article 69. AUS*). Ainsi, par exemple, les droits réels immobiliers (*anc. article 69, 3° AUS*). À propos des marchandises et autres éléments corporels, facultativement incorporés dans un fonds de commerce pour en assurer davantage la consistance, une hésitation est permise. Le point 2 de l'anc. article 69 AUS consacre une faculté par le verbe « peut » et invite à marquer la volonté des parties par une clause précise indiquant les éléments facultatifs du fonds de commerce nanti. Certains auteurs ne semblent pas admettre une telle hésitation en tirant argument de la précision de l'extension opérée par ce point 2 qui limiterait les éléments à ceux qui sont incorporels en plus du matériel. En suivant donc cette dernière approche, l'assiette du nantissement du fonds de commerce devrait être purgée d'un certain nombre

de composantes au regard de l'article 105 AUDCG (*voy. article 69 AUS et l'analyse de MM. Santos et Toé, in op. cit., n° 242, p. 147*). L'admission de ces exclusions n'empêche pas néanmoins de constituer spécialement un nantissement sur certains de ces biens corporels, notamment le stock de marchandises, de même que le matériel professionnel.

63. Le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles est envisagé par l'article 119 AUS (*anc. article 19, 2°, c.*) AUDCG et organisé par les articles 118 et 119 (*anc. article 91 et s.*) AUS. D'après l'anc. article 91 al. 1^{er}, « *Le matériel servant à l'équipement de l'acheteur pour l'exercice de sa profession, qu'il soit neuf ou usagé, peut faire l'objet d'un nantissement au bénéfice du vendeur. La même sûreté peut être consentie au tiers ayant garanti les engagements de l'acquéreur envers le vendeur par cautionnement, aval ou tout autre engagement ayant le même objet, ainsi qu'à toute personne ayant prêté les fonds nécessaires à l'achat (...)* ». Un élément essentiel pour la constitution de ce nantissement est la destination du matériel. Seul le matériel destiné à l'activité professionnelle est éligible à ce nantissement et à son inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier. Cette condition n'est pas impérative s'agissant du nantissement du véhicule automobile alors même que, l'article 93 AUS soumet le nantissement de véhicules automobiles au même régime que le matériel professionnel. Dans l'ensemble, ces prévisions légales sont inspirées par les textes du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (*article 893*).

64. L'inscription du nantissement des stocks au Registre du commerce et du crédit mobilier est prévue par les articles 19, 2°, d. et 54 AUDCG. Ce nantissement est soumis aux dispositions des articles 120 et s. (*anc. article 100 et s.*) AUS. D'après ces textes, une diversité de choses peut constituer les stocks, objet de nantissement. Ce peut être les marchandises, les matières premières, etc. (*voy. anc. article 100 al. 1^{er} AUS. Ce texte donne des précisions sur le sujet en indiquant que : « Les matières premières, les produits d'une exploitation agricole ou industrielle, les marchandises destinées à la vente peuvent être nantis sans dépossession par l'émission d'un bordereau de nantissement, à condition de constituer un ensemble déterminé de choses fongibles avant l'émission du titre »*).

65. Le nantissement peut porter sur les droits de propriété intellectuelle. Il s'agit de l'un des apports au rallongement de la liste des sûretés mobilières soumises à l'inscription au RCCM. Cette prévision résulte de l'article 160 AUS.

66. Les nantissements de créance et de compte bancaire font partie des innovations résultant du nouvel AUS. Le nantissement de créance est la remise en garantie d'une créance ou d'une partie de créance (*cf.*

article 129 AUS) par un débiteur à son créancier avec les accessoires de cette créance (*voy. article 130 AUS*). Aux termes de l'article 131 AUS, le nantissement de créance est soumis, pour son efficacité, à la formalité de son inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier. Cette formalité est aussi celle qui s'impose en cas de nantissement de compte bancaire. Le nantissement de compte bancaire est envisagé comme une variante des nantissements de créance. En effet, l'article 136 AUS pose le principe selon lequel le nantissement de compte bancaire est un nantissement de créance et qu'à ce titre, il obéit aux mêmes règles. L'exigence de son inscription au RCCM résulte donc de son régime d'emprunt : l'article 131 AUS lui est applicable.

b - Autres sûretés et contrats soumis à inscription

67. Les sûretés mobilières autres que les nantissements étudiées plus haut ne sont pas les seules qui requièrent une inscription au RCCM. Déjà l'anc. article 19, 2° AUDCG ajoute aux nantissements soumis à la publicité du Registre du commerce et du crédit mobilier, les privilèges du trésor, de la douane et des institutions de sécurité sociale, la réserve de propriété, et le contrat de crédit-bail. Il convient ici de les passer successivement en revue.

68. Les privilèges soumis à la publicité du registre du commerce concernent les créances que certains services publics de l'État peuvent avoir à l'égard des entreprises. Fréquemment, il s'agit du trésor (*trésor public et services fiscaux*), de la douane et des institutions sociales (*Caisse nationale de sécurité sociale, caisse de retraite, etc.*). Avant d'aller plus loin, la notion de privilège mérite d'être cernée. Par privilège, il faut entendre le droit que donne la loi à un créancier de se faire payer sur le prix de vente d'un ou de plusieurs biens du débiteur par préférence à d'autres créanciers. Les services publics ci-dessus nommés sont bénéficiaires d'un privilège légal que l'AUDCG soumet à l'inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier. Les articles 56 et s. AUDCG organisent cette inscription.

69. La cession de créance à titre de garantie est une des nouvelles prévisions issues de la révision de l'AUS. Aux termes de l'article 80 al. 1^{er} AUS, « *Une créance détenue sur un tiers peut être cédée à titre de garantie par une personne morale nationale ou étrangère, faisant à titre de profession habituelle et pour son propre compte des opérations de banque ou de crédit* ». L'efficacité de cette sûreté à l'égard des tiers nécessite son inscription au RCCM d'après les exigences de l'article 82 AUS.

Aux côtés de la cession de créance à titre de garantie, le législateur qui a, pourtant, envisagé le transfert fiduciaire d'une somme d'argent comme une sûreté mobilière (*article 87 et s. AUS*), ne requiert pas expressément son inscription au RCCM, alors même que certains contrats

portant sur le transfert de propriété sont retenus comme des sûretés admises à l'inscription sur le registre.

70. Les sûretés propriété sont constituées par la réserve de propriété et le crédit-bail. La réserve de propriété est une sûreté qui découle d'une clause permettant au cédant d'un bien d'en conserver la propriété jusqu'à paiement complet du prix convenu avec l'acquéreur (*voy. J. Gbestin, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », cit. par A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 250*). Aux termes de l'article 72 AUS, la réserve de propriété peut s'entendre de la rétention de la propriété d'un bien en garantie par l'effet d'une clause contractuelle qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'à exécution de l'obligation qui en constitue la contrepartie. Du fait que le transfert de propriété soit retardé, le mécanisme de la réserve de propriété n'est pas trop éloigné du contrat de crédit-bail (*Leasing, selon la terminologie originelle*). En effet, le contrat de crédit-bail est un montage qui combine le prêt, le louage et la vente. Cette opération implique un crédit-bailleur qui finance ou acquiert un bien qu'il met à la disposition d'un crédit-preneur. Ce dernier doit payer un loyer durant une période déterminée au bout de laquelle il lui est possible de lever ou non l'option de devenir propriétaire. Le crédit-bail et la réserve de propriété dont l'aperçu sommaire vient d'être fait, sont, aux termes des anc. article 19, 2°, f et g. et 59 à 61 AUDCG, des matières assujetties à l'inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier. Précisément, l'article 74 AUS fait de la publicité de la réserve de propriété au RCCM une condition de son efficacité, tandis que l'inscription du crédit-bail est envisagée par l'article 35, 6° AUDCG. Le crédit-bail et la réserve de propriété sont soumis, comme la plupart des matières à une diversité d'inscriptions sur le Registre du commerce et du crédit mobilier.

D - Différentes inscriptions

71. Les textes régissant le Registre du commerce et du crédit mobilier laissent apparaître deux classes principales d'inscriptions. Il s'agit des inscriptions initiales (1) et des inscriptions ultérieures (2).

1 - Inscriptions initiales

72. La première apparition d'un assujetti sur le registre du commerce découle, conformément à la réglementation, soit de l'immatriculation des personnes, soit de l'inscription d'une sûreté. L'immatriculation des personnes et l'inscription des sûretés constituent donc les inscriptions initiales dès lors que c'est la toute première fois que la déclaration est portée sur le Registre du commerce et du crédit mobilier.

73. L'immatriculation initiale principale ou secondaire concerne autant les personnes physiques que les per-

sonnes morales (*voy. supra*, n° 53 *et s.*). L'immatriculation est une formalité administrative et juridique qui permet à une personne de se faire enregistrer au Registre en vue de bénéficier des effets juridiques attachés à ladite formalité. Il peut être à titre principal ou à titre secondaire. Elle est initiale et à titre principal lorsque c'est la première demande d'inscription d'un commerçant ou d'une société. Elle est initiale et à titre secondaire dans le cas de la création d'un établissement secondaire appartenant à un assujetti déjà immatriculé et situé dans un territoire d'une autre juridiction compétente organe compétent dans l'État partie (*L'immatriculation des établissements secondaires ou succursales installés dans le territoire d'une autre juridiction compétente que celle qui a reçu l'immatriculation principale* (*voy. article 53, anc. article 34 AUDCG*)). Dans le premier cas, le principe est : une personne, un numéro unique sur un seul registre à la fois (*voy. article 49, anc. article 30 et 31 AUDCG*). Ainsi, la création d'établissement secondaire après une inscription initiale et à titre principal ne donnera lieu qu'à une inscription complémentaire (*infra* n° 77). L'article 44 al. 1^{er} (*anc. article 25*) AUDCG la requiert pour les personnes physiques dans le premier mois d'exploitation de l'activité. Pareil délai s'impose aux personnes morales, et ce, non pas à compter de l'entrée en exploitation, mais à partir de la date de constitution (*voy. article 46, anc. article 27 AUDCG*). Cette formalité permet d'attribuer un numéro d'enrôlement (*numéro d'immatriculation*), d'où la terminologie : immatriculation qui est une formalité semblable à l'inscription initiale des sûretés.

74. Le concept d'inscription initiale des sûretés apparaît aux détours des dispositions sur la question du renouvellement de l'article 59 AUDCG. L'inscription initiale serait donc celle dont traitent les articles 52 et s. AUDCG. C'est le premier enregistrement de la situation juridique des biens relativement aux droits des créanciers et des débiteurs concernant ces biens. Il s'agit d'une formule qui permet une transparence et une sécurité juridique par un jeu d'écriture qui atteste de la situation réelle des droits de chacun, nonobstant une situation apparente. Elle n'est pas une création de l'AUDCG puisqu'elle était déjà instituée par certaines législations (*Code de commerce malien de 1992, Loi n° 70-60 du 12 juin 1976, article 827 à 1077*) qui ont fortement inspiré les rédacteurs de l'AUDCG (*voy. A. Fénéon, « Le RCCM » Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, mai 1998, n° 2, p. 284*).

La transcription des sûretés sur le Registre du commerce et du crédit mobilier est donc une inscription initiale du moment qu'elle est réalisée pour la première fois. Au cas contraire, ce serait une inscription ultérieure.

2 - Inscriptions ultérieures

75. Pour assurer une publicité qui colle à la réalité

et favorise la fiabilité et la sécurité juridique, un certain nombre de dispositions de l'AUDCG relatives au Registre du commerce et du crédit mobilier prévoient des inscriptions ultérieures. Ce peut être une inscription modificative (*« rectificative » lui est synonyme, voy. anc. article 33 AUDCG*), complémentaire, secondaire (*voy. article 35, 4° et anc. article 33 et 34 AUDCG*), ou un renouvellement d'une inscription (*voy. article 59 AUS, anc. article 64 AUDCG*), voire une radiation (*voy. article 35, 8° et anc. article 31, 36 et s. 66, 67 AUDCG, entre autres*).

a - Inscriptions rectificatives

76. L'évolution de la situation du déclarant, notamment en ce qui concerne les informations portées sur le Registre du commerce et du crédit mobilier appelle une rectification. Aux termes de l'article 52 (*anc. article 33*) AUDCG et bien d'autres dispositions de l'AUDCG, toute modification de la situation de l'assujetti doit faire l'objet d'un réajustement tenant compte de la réalité actuelle. Ceci peut donc conduire à une rectification ou à une modification des données initiales. Mais il peut s'agir aussi d'inscription de données complémentaires.

b - Inscriptions complémentaires

77. L'inscription complémentaire est prévue, soit lorsqu'au départ toutes les informations requises n'ont pas été portées sur le Registre du commerce et du crédit mobilier (*article 33 AUDCG*), soit parce que l'évolution de la situation de l'assujetti requiert un complément d'informations sur le registre (*voy. article 52, in fine et anc. article 34 et autres AUDCG*). Ceci peut s'observer en cas de création d'établissements secondaires ou de succursales.

78. Pour une actualité des informations, et suivant le principe un registre, une seule immatriculation, si la création d'un établissement secondaire ou d'une succursale, en dehors de la juridiction du lieu de l'immatriculation principale requiert une immatriculation secondaire (*voy. article 53 et 54 et anc. article 34 AUDCG*), le registre de l'inscription initiale subit toujours une inscription complémentaire (*voy. article 54 al. 2 et anc. article 35 al. 2 AUDCG*). Telle n'est pas la situation lorsqu'à l'issue d'une période donnée la réglementation requiert un renouvellement de l'inscription d'une sûreté. Dans cette dernière hypothèse, il s'agit d'une réactualisation de l'inscription.

79. Le renouvellement est une des variantes des inscriptions ultérieures qui proroge une inscription initiale (*A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 263*). Il concerne les inscriptions des sûretés mobilières. Ces dernières sont aux termes de l'anc. article 63 AUDCG, viagères.

Ce principe est reconduit à l'article 58 du nouvel AUS mais suivant deux régimes : les privilèges généraux du trésor, de l'administration des douanes et des institutions de sécurité sociale sont valides pendant une période de trois ans alors que les autres sûretés sont valides pendant la période conventionnellement retenue dans l'acte de constitution. Dans tous les cas, étant entendu que ces inscriptions demeurent viagères, pour assurer leur pérennité, il est prévu leur renouvellement à l'issue de la période de leur validité (voy. pour mémoire les prévisions de l'anc. article 63 : pendant une durée de cinq ans pour l'inscription du nantissement sur les actions ou parts sociales, du nantissement sur fonds de commerce et du nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles, celle du privilège du vendeur, et des contrats de crédit-bail – pendant une durée de trois ans pour l'inscription des privilèges généraux du trésor public, de l'administration des douanes et des institutions de sécurité sociale (principe reconduit) – pendant une durée d'un an pour l'inscription du nantissement des stocks, et de la clause de réserve de propriété.). Ceci suppose une réinscription ultérieure, coïncidant, au plus tard avec la date d'expiration de l'inscription initiale. L'anc. article 63 al. 2 AUDCG le prescrit formellement à peine de radiation, en ces termes : « À l'issue de ces périodes, et sauf renouvellement par le requérant dans les conditions prévues à l'article 62 ci-dessus, l'inscription sera périmée et radiée d'office par le greffe ». Cette approche est celle que retient l'article 58 al. 3 AUDCG à quelques mots près. Mais la radiation peut, en réalité, être considérée comme une inscription négative portée sur le Registre du commerce et du crédit mobilier (voy. article 62 AUS).

c - Radiations

80. La radiation peut généralement se définir comme l'opération qui consiste à rayer sur le Registre du commerce et du crédit mobilier toute ou partie des données concernant une matière ou un assujetti. En pratique, il s'agit d'une mention portée en marge d'une mention précédente en vue de lui enlever ses effets (voy. A. P. Santos et J. Y. Toé, *op. cit.*, n° 230). C'est donc un moyen de droit permettant l'interruption du cours d'une inscription. Cela ne signifie pas qu'une radiation emporte toujours toutes les inscriptions concernant la matière ou l'assujetti. Ainsi, la radiation peut être partielle ou totale (voy. article 62 AUS et anc. article 66 AUDCG et anc. article 82 al 1^{er} AUS). Elle peut donner lieu à des inscriptions modificatives, secondaires, etc. (Pour cette éventualité, voy. par exemple, anc. article 42 AUDCG). Elle se réalise par une inscription en marge de l'inscription qu'elle touche pour lui enlever son efficacité (cf. anc. article 82 al. 1^{er} préc.). Elle met donc fin à la foi d'une inscription qui était jusqu'alors valide (contrairement au renouvellement qui ressuscite une inscription pour lui éviter d'être périmée). La radiation, de ce fait,

interrompt le cours d'une inscription (cf. A. P. Santos et J. Y. Toé, *op. cit.*, n° 264). Elle peut être volontaire (radiation conventionnelle, voy. article 64 AUS. Adde. A. P. Santos et J. Y. Toé, *op. cit.*, n° 265 : mais cette hypothèse n'est pas la seule (Ibid. n° 231 et s.). Par exemple, les anc. article 31 al. 1^{er}, premier tiret, 36 et 37 AUDCG, invitent à une radiation volontaire et unilatérale) ou contrainte judiciairement (radiation judiciaire, voy. article 63 AUS. Adde. A. P. Santos et J. Y. Toé, *op. cit.*, n° 266. En plus du cas envisagé par ces auteurs dans l'élément référencé, il existe d'autres situations, cf. anc. article 36 al. 3, article 37 AUDCG). Toutes ces nuances et subtilités ne peuvent être mieux comprises qu'avec l'analyse de la procédure de radiation. Or, une telle analyse fait entrer dans le fonctionnement du Registre du commerce et du crédit mobilier.

II - Fonctionnement du Registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM)

81. Il n'est pas facile de séparer l'organisation du Registre du commerce de son fonctionnement compte tenu du lien étroit qui unit les éléments structurels du registre et les actes qui y sont relatifs. Malgré ce fait, les actes qui sont effectués dans le cadre d'une transcription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier et leurs incidences méritent d'être rattachés au fonctionnement ou la vie dudit registre.

82. La vie du Registre du commerce et du crédit mobilier est rythmée par des actes et des procédures prescrits de manière plus ou moins précise. Ces prescriptions auxquelles sont attachés des effets de droit et des sanctions, régulent le fonctionnement du Registre du commerce et du crédit mobilier. Aussi, peut-il être admis que le fonctionnement du Registre du commerce et du crédit mobilier implique une revue de la procédure des inscriptions au RCCM (A), des exigences de publicité (B), des effets attachés à la régularité ou au manquement à ces opérations (C) pour enfin déboucher sur les sanctions possibles (D).

A - Procédure en vue d'une inscription au RCCM

83. Pour qu'une personne ou une sûreté figure sur le Registre du commerce et du crédit mobilier, des démarches et des formalités bien déterminées doivent être suivies. Il peut être distingué depuis l'adoption de l'AUDCG et de l'AUS révisés, le maintien de l'organisation d'une procédure classique (demande au greffe – déclaration sur formulaire – et dépôt de pièces justificatives papier) et d'une procédure par recours à l'électronique

(cf. Livre V : « Informatisation du Registre du commerce et du crédit mobilier », article 79 à 100 AUDCG). Au fond, il ne s'agit pas de deux procédures différentes mais de deux moyens mis à la disposition des requérants et des assujettis pour réaliser les formalités prescrites. Aussi, les exigences et les contenus dans les deux voies de procédure seront-ils quasiment les mêmes, sauf à identifier des accommodations inhérentes à la spécificité et au souci de sécurité propre à chacun des procédés admis (voy., par exemple, sur l'authentification, article 82 à 85 AUDCG ; sur la conservation, article 86 à 91 AUDCG ; sur l'accomplissement des formalités, article 92 à 96 AUDCG). Au reste, les formalités empruntent les principes et exigences classiques. Ainsi, pour la simplicité et la commodité de l'analyse, il convient d'envisager en premier lieu, les formalités en vue de l'immatriculation (1) et en deuxième lieu, les formalités à suivre pour l'inscription des sûretés (2).

1 - Formalités en vue d'une immatriculation

84. Les formalités à accomplir pour aboutir à l'immatriculation d'une personne physique ou d'une personne morale sont quasiment les mêmes. Tout commence par une demande, la remise d'un formulaire, l'instruction du dossier et l'immatriculation si le dossier ne pose aucun problème. Mais le contenu des demandes n'est pas le même selon que l'immatriculation est demandée pour une personne physique ou pour une personne morale. Pour tous ces motifs, il convient d'examiner séparément les formalités de l'immatriculation des personnes physique (a) avant celles des personnes morales (b).

a - Formalités d'immatriculation des personnes physiques

85. La règle est posée par l'article 44 (*anc. article 25*) AUDCG. Selon ce texte, toute personne physique dont l'immatriculation est requise par la loi doit, dans le premier mois de l'exercice de son activité, demander au greffe de la juridiction compétente ou à l'organe compétent dans l'État partie, dans le ressort de laquelle son activité se déroule, son immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier. Au rang des personnes visées, viennent de toute évidence les commerçants ou personnes assimilées (voy. *supra*, n° 43 et s.).

Concernant le délai d'un mois indiqué par les textes, il convient de se demander s'il s'agit d'un délai de prescription ou non. La réponse n'est pas évidente. À l'analyse, aucune disposition de l'AUDCG n'interdit une demande ultérieure à l'expiration de ce délai. Ainsi, ce délai ne semble pas être impératif et ne saurait être regardé comme un délai de prescription ou de forclusion. Il faut tout simplement observer que, s'agissant de l'immatriculation et des inscriptions ultérieures, le juge ou l'autorité chargé de la surveillance peut enjoindre

à l'assujetti de procéder à l'inscription nécessaire (voy. *anc. article 42 AUDCG* ; voy. aussi en droit comparé, *Décret français n° 84-406 du 30 mai 1984, article 58* ; *adde. les réponses ministérielles aux questions écrites : n° 17662, JO Sénat 12 déc. 1991, p. 2801* ; n° 52546, *JO AN 17 févr. 1992, p. 794*). En revanche une chose est certaine, le contenu de la demande d'immatriculation est indiqué par une liste précise et tout porte à croire que l'omission d'une de ces réquisitions entraînera le rejet de la demande.

86. Sur un ton imposant, l'article 44 al. 2, (*anc. article 25 al. 2*) AUDCG exige que la demande d'immatriculation indique onze catégories d'éléments. Il s'agit entre autres : des nom, prénoms et domicile personnel de l'assujetti ; de la date et du lieu de naissance ; de la nationalité ; le cas échéant, du nom sous lequel il exerce le commerce, ainsi que l'enseigne utilisée ; de la ou les activités exercées, et de la forme d'exploitation ; de la date et du lieu de mariage, le régime matrimonial adopté, les causes opposables aux tiers restrictives de libre disposition des biens des époux ou l'absence de telles clauses, les demandes en séparation de biens ; les noms, prénoms, date et lieu de naissance, domicile et nationalité des personnes ayant le pouvoir d'engager par leur signature la responsabilité de l'assujetti ; l'adresse du principal établissement et, le cas échéant, celle de chacun des autres établissements ou succursales exploités sur le territoire de l'État partie ; la date du commencement, par l'assujetti, de l'exploitation du principal établissement et, le cas échéant, des autres établissements et toutes autres indications prévues par des textes particuliers (*cf. dispositions légales nationales*). Il faut relever que certaines de ces déclarations sont relatives, d'une part à la personne du requérant, et d'autre part à l'activité de l'assujetti. En outre, il est requis des pièces justificatives énumérées par l'article 45 (*anc. article 26*) AUDCG pour tenir lieu de titre attestant les déclarations. À titre indicatif, il est nécessaire d'accompagner la demande d'une pièce d'identité, d'un titre de situation matrimoniale (*sur cette exigence, en droit français, voy. L. n° 97-987 du 28 oct. 1997, Décret français n° 98-508 du 23 juin 1998 – voy. aussi, M. Revillard, Defrénois, 1997, article 36700 ; T. Vignal, JCP 1998, I, 146*), une déclaration sur l'honneur signée du demandeur attestant qu'il n'est frappé d'aucune incapacité et interdiction (*cf. article 10 AUDCG*) qui sera suivie d'un extrait de casier judiciaire ou de tout document en tenant lieu, dans les soixante et quinze jours de l'immatriculation ; d'un certificat de résidence ; d'une copie de titre de propriété ou de bail, ou encore d'occupation de l'établissement principal, secondaire ou succursale, s'il y a lieu ; de même qu'une copie de l'acte d'acquisition d'un fonds ou de location-gérance, une autorisation administrative préalable et toutes pièces prévues par des textes particuliers, le cas échéant.

87. La demande est effectuée, dans le respect de

ces exigences auprès du greffier ou du responsable de l'organe compétent dans l'État partie, sur un formulaire, sauf en cas de demande par voie électronique (cf. *article 39 AUDCG. Les anciens textes prévoyaient quatre (04) exemplaires, cf. anc. article 22 AUDCG. Voy. en droit comparé sur l'accomplissement des formalités par voie électronique, Décret n° 2005-77, 1^{er} févr. 2005, modifiant le décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés et le décret n° 58-1345 du 23 déc. 1958 relatif aux agents commerciaux, JO 2 févr. 2005, p. 1709; B. Saintourens, « La réforme des modalités d'inscription et des mentions au registre du commerce et des sociétés », RTD com. 2005, p. 475 et s.*). Le demandeur ou le requérant remplit le formulaire puis le signe. Après, il le dépose au greffe ou à l'organe compétent dans l'État partie accompagné des pièces justificatives nécessaires. Le dossier est alors contrôlé et mis en état par le greffier ou l'autorité responsable de l'organe compétent dans l'État partie. Dès lors qu'aucun problème apparent ne se pose (*au cas contraire, l'on se retrouve dans le contentieux des inscriptions sur le registre du commerce, voy. infra n° 99 et s.*), le greffe ou l'organe compétent dans l'État partie délivre immédiatement au déclarant ou au demandeur un accusé d'enregistrement avec mention de la date, de la désignation de la formalité : « immatriculation » en l'espèce, et du numéro d'immatriculation qu'il attribue (*voy. article 39 (anc. article 30) AUDCG*). L'immatriculation de la personne est ainsi réalisée et pourra ultérieurement faire l'objet d'inscription modificative, complémentaire, secondaire et même de radiation, si une des informations déclarées a changé ou évolué ou était erronée, ou encore insuffisante (*voy. anc. article 29, 33 et s.*).

Toute inscription ultérieure s'opère sous le même numéro sauf lorsqu'il est créé un ou des établissements secondaires dans le ressort d'une autre juridiction compétente (*voy. article 52 et 53, anc. article 29 AUDCG*). Même dans cette hypothèse, mention doit être faite sous le numéro principal tandis qu'une immatriculation secondaire confère un numéro propre à l'établissement secondaire.

b - Procédure d'immatriculation des personnes morales

88. Les démarches qui s'imposent pour l'immatriculation d'une personne morale sont les mêmes que celles des personnes physiques. Il est pareillement requis, une demande, une remise de formulaire et au bout du compte l'attribution d'un numéro d'immatriculation (*voy. article 46 à 48, anc. article 22, 27, 28 et 30 AUDCG*). Seulement, le contenu des déclarations est réaménagé et adapté à cette catégorie d'assujetti. En ce qui concerne la personne morale, il faut mentionner, entre autres : la dénomination sociale, le nom commercial, le sigle ou l'enseigne, la forme de la société, le montant du capital social, l'adresse du siège et,

s'il y a lieu, celle des établissements secondaires, la durée, etc. (*cf. article 46 al. 2, énumération 1 à 11, anc. article 27 AUDCG*). Des mentions concernant les membres du groupement et des mentions concernant les organes essentiels, notamment les administrateurs, les gérants, les commissaires aux comptes, sont aussi exigées (*article 46 al. 2 AUDCG, anc. article 27 préc.*). En plus de ce qui précède, des mentions concernant les activités du groupement sont aussi requises. Toutes ces déclarations doivent être soutenues par des attestations envisagées par l'article 47 (*anc. article 28*) AUDCG. Dans tous les cas, le dépôt des statuts du requérant devrait faire partie du dossier individuel d'immatriculation aux côtés du formulaire régulièrement rempli (*voy. article 47, 1° (anc. article 28, 1°) AUDCG; CCJA, arrêt n° 3/2004, 8 janvier 2004, Société INNOVEST Industrie Congo SA c/Société MAN FAITAI; Le Juris Ohada n° 1/2004, janvier-mars 2004, p. 20, note anonyme; Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 3, janvier-juin 2004, p. 11*).

89. Qu'il s'agisse de l'immatriculation des personnes physiques ou des personnes morales, un dossier individuel (*voy. Fichier local*) est constitué près le greffe de la juridiction compétente. Une copie du formulaire et du dossier individuel est ensuite transmise par le greffier ou l'organe compétent dans l'État partie pour la constitution du Fichier national, puis à partir de ce dernier, une transmission de copie à la CCJA pour la constitution du Fichier régional (*voy. article 39 al. 5 AUDCG*). Toute inscription ultérieure suit pratiquement ce cheminement.

À partir de l'immatriculation initiale, d'autres inscriptions, notamment les inscriptions complémentaires, modificatives, secondaires et surtout l'inscription d'une sûreté constituée par l'assujetti au profit d'un créancier deviennent possibles.

2 - Procédure d'inscription des sûretés

90. Une multitude de règles de l'AUDCG indiquent les modalités dans lesquelles telle ou telle sûreté peut être inscrite sur le RCCM et les formalités nécessaires au maintien en vigueur de la sûreté. Ces règles concernent donc les modalités d'inscription d'une sûreté (a) et de son renouvellement (b).

a - Modalités d'inscription d'une sûreté mobilière

91. Si, la législation ancienne a fixé les modalités d'inscription propres à chaque sûreté soumise au RCCM (*sous un Titre III dont le chapitre premier est intitulé : « Conditions de l'inscription des sûretés mobilières », il est précisé au cas par cas la démarche à suivre*), il peut aujourd'hui être observé un effort de prévision des démarches communes à l'inscription des sûretés

mobilières soumises au Registre du commerce et du crédit mobilier.

92. Les règles de base pour l'inscription des sûretés mobilières au RCCM sont fixées par les dispositions du chapitre 1^{er} du Titre II (AUS), relatif aux sûretés mobilières. Il peut être préalablement observé des règles concernant la détermination du Registre du commerce et du crédit mobilier habilité à recevoir l'inscription envisagée. Ensuite, il serait intéressant d'indiquer les personnes appelées à procéder à l'inscription avant les formalités proprement dites.

93. Les règles concernant le Registre habilité à recevoir une inscription donnée de sûreté mobilière sont envisagées par l'article 52 AUS (*cf. anc. article 44 et s AUDCG*). Par principe, le requérant doit s'adresser au greffe de la juridiction compétente ou de l'organe compétent dans l'État partie. Ce principe est précisé par l'article 52 AUS qui désigne le RCCM habilité, en réglant la question de compétence territoriale. Selon le texte, il s'agit généralement du RCCM du lieu d'immatriculation de la personne débitrice, ou à défaut de son immatriculation, le RCCM du siège ou du domicile du constituant. Ainsi, s'il s'agit de l'inscription du nantissement de créance ou de cession de créance à titre de garantie, le RCCM habilité est celui du lieu d'immatriculation, ou du siège, ou encore du domicile, selon les cas ; s'agissant du nantissement des droits d'associé ou des valeurs mobilières d'une personne morale, c'est le RCCM du lieu d'immatriculation de cette personne morale (*voy. anc. article 44 AUDCG*). S'agissant du nantissement d'un fonds de commerce et d'un privilège du vendeur de fonds de commerce (*anc. article 46 AUDCG*) ou d'un nantissement de stock (*anc. article 54 AUDCG*), le RCCM habilité est celui du lieu d'immatriculation de la personne physique ou morale propriétaire dudit fonds ou dudit stock. Il s'agit aussi du RCCM du lieu de l'immatriculation de l'acquéreur en cas de nantissement de matériel professionnel ou de véhicules automobiles (*anc. article 51 AUDCG*), de réserve de propriété (*article 59 AUDCG*).

Il faut penser que le principe est ici, le RCCM du for du débiteur (*voy. anc. article 56 et 61 AUDCG*) et c'est cette logique qui gouverne l'inscription des privilèges généraux du Trésor, de l'administration des douanes et des institutions de sécurité sociale qui incombe à une personne déterminée.

94. La demande d'inscription d'une sûreté n'incombe pas à n'importe quelle personne (*voy. art 41 AUDCG et 51 AUS*). Aux termes de la réglementation (*article 51 et 53 AUS*), le créancier, ou l'agent de sûreté, ou un comptable public, ou encore le constituant, selon les cas, peut demander l'inscription sur un Registre du commerce et du crédit mobilier. S'ajoutent à ces personnes, le crédit-bailleur ou le crédit-preneur, aux termes de l'article 41 al. 2 AUDCG. Dès lors que l'une de ces personnes détient les pièces nécessaires portant sur

une sûreté mobilière soumise à l'inscription au RCCM, elle doit saisir le greffe de la juridiction compétente ou l'organe de l'État partie pour procéder à cette formalité suivant la procédure prévue.

95. En premier lieu, tout comme la formalité d'immatriculation, le requérant, à sa demande, se fait remettre un formulaire (*cf. article 40 AUDCG*). Ce formulaire est rempli en respectant les mentions y figurant. Il s'agit notamment d'indiquer entre autres : les références relatives au débiteur, l'objet de l'inscription et sa date, le montant actuel de la créance et les conditions d'exigibilité, un titre d'élection de domicile, s'il y a lieu, etc. (*voy. énumérations a, b, c, d e et f de l'article 53 (anc. article 44, 46, 47, 51, 54, 56, 59 et 61) AUDCG*). Il faut observer que la précision et l'individualisation des biens grevés et des droits garantis sont fondamentales dans cette formalité (*voy. article 53 al. 2 et 3 AUS*). Le formulaire, une fois rempli conformément aux dispositions de l'AUS, est ensuite retourné au greffier ou à l'organe compétent dans l'État partie, dûment signé (*voy. article 40 al. 2 AUDCG*). Il faut supposer que le formulaire est accompagné de pièces justificatives qui constituent le dossier individuel. On pense notamment au titre constitutif de la sûreté mobilière à inscrire ou au contrat de crédit-bail. Ce titre peut être une attestation d'existence de la sûreté (*titre mentionnant la sûreté, cf. A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 253*). Ce peut être un acte sous seing privé (*en original ou copie certifiée conforme (article 59, 1° AUDCG)*), une expédition de minute ou une décision de justice (*cf. énumération n° 1 des articles 44, 46, 47, 51, 54, 56, 59 et 61 AUDCG*).

Celui-ci contrôle la conformité des mentions du formulaire avec le contenu du titre produit. Dès lors que tout est régulier (*dans le cas contraire, le contentieux de l'inscription pourrait s'ouvrir, voy. infra n° 100 et s.*), il procède immédiatement à l'inscription demandée par le requérant et lui remet un accusé de réception avec mention de la date, de la désignation de la formalité effectuée et le numéro d'ordre porté au registre chronologique des dépôts (*cf. article 54 al. 1^{er} AUS*). Dans tous les cas, que l'inscription soit admise ou refusée, une notification est adressée au débiteur (*idem.*). Des modifications ou, plus génériquement, des inscriptions ultérieures sont toujours possibles comme il en est en matière d'immatriculation. De pareilles inscriptions ultérieures peuvent être le fait du débiteur ou du créancier. Elles peuvent être soit conventionnelles, soit judiciaires. Qu'elles soient conventionnelles ou judiciaires, la procédure à suivre est globalement celle décrite plus haut. Mais, l'inscription d'une sûreté mobilière a une autre cause qui convie à sa répétition, même si rien n'a été modifié entre-temps. Une sûreté inscrite sur le RCCM est appelée à se périmer. Aussi, le caractère viager de l'inscription des sûretés mobilières sur le Registre du commerce et du crédit mobilier (*voy. article 59 AUS et anc. article 63 AUDCG*) appelle-t-il souvent le renouvellement de l'inscription.

b - Renouvellement de l'inscription des sûretés

96. L'article 59 AUS (*anc. article 64 AUDCG*) est le siège de ce principe. Expressément, l'alinéa 1^{er} de ce texte dispose que : « *Le renouvellement d'une inscription s'effectue dans les mêmes conditions que l'inscription initiale* ». Cette modalité prescrite par la réglementation conduit à se demander si tout doit être repris à zéro.

97. Pris au pied de la lettre, tout devrait être recommencé (*voy. les étapes décrites, supra, n° 92*). Mais une telle approche ne paraît pas réaliste. En partant de l'article 44 al. 1^{er} AUDCG, la réglementation exige que le bénéficiaire d'un nantissement de droits sociaux « *présente* » au greffe de la juridiction compétente : un titre constitutif ou attestant de la réalité des droits du créancier et un formulaire d'inscription. Ces exigences sont pratiquement reprises dans le cadre de l'inscription initiale d'autres sûretés mobilières. En revanche, s'agissant du renouvellement, l'*anc. article 64 al. 2 AUDCG* indique que le greffier de la juridiction compétente, « *après avoir vérifié la conformité des formulaires avec les titres déposés au greffe, (...) procède au renouvellement de l'inscription* ». Par cette formule, tout porte à croire que le requérant au renouvellement n'est pas forcément appelé à reproduire le titre constitutif ou attestant de ses droits. « *Les titres déposés au greffe* » initialement peuvent valablement prendre place dans le dossier de renouvellement, en cas de *statu quo*.

98. Si la reconduite du titre ancien est possible, il n'en est pas de même à propos du formulaire de déclaration. L'*anc. article 64 AUDCG, in fine*, précise que le greffier remet un formulaire portant de façon apparente la mention renouvellement d'inscription (*cf. al. 4*). Il s'agit clairement d'un nouveau formulaire, différent de celui de l'inscription initiale. Il ne fait aucun doute que le requérant doit refaire les déclarations eu égard à la précision des mentions prévues pour chaque sûreté à inscrire sur le Registre du commerce et du crédit mobilier. Par exemple, les mentions concernant, d'une part, la description du bien qui constitue l'assiette de la sûreté et, d'autre part, la valeur actuelle de la créance (*voy. énumération 2, c et/ou d des dispositions du chapitre premier du Titre III du Livre II de l'AUDCG*), ne sauraient qu'exceptionnellement se maintenir dans un *statu quo*. Leur actualisation emprunte le canal du formulaire puisque c'est dans ce document que sont reproduites les déclarations. Aussi, apparaît-il clairvoyant de la part du législateur d'exiger, après une période (*voy. supra, n° 79*), le renouvellement de l'inscription des sûretés mobilières notamment des déclarations du formulaire pour que la publicité réalisée par le RCCM soit fiable.

99. La régularité des formalités et la conformité des déclarations avec les pièces justificatives requises conditionnent l'inscription ou son renouvellement sur

le Registre du commerce et du crédit mobilier. Porter la vraie information sur le registre est un devoir du greffier ou du responsable de l'organe compétent dans l'État partie. Par contre, le requérant qui sollicite une inscription sur le registre du commerce entend aboutir à cette fin. De ce fait, il se découvre un droit d'inscription du requérant sur le Registre du commerce et du crédit mobilier opposé au pouvoir de contrôle de l'autorité en charge du registre. Dans ces conditions il faut considérer que le contentieux de l'inscription sur le registre du commerce peut s'ouvrir.

B - Contentieux lié à l'inscription sur le registre du commerce

100. La fiabilité des inscriptions sur le Registre du commerce et du crédit mobilier exige une déclaration sincère de la part du requérant et un contrôle sans complaisance de l'autorité en charge de la tenue du registre du commerce. Il peut arriver qu'une demande d'inscription sur le registre du commerce et du crédit mobilier pose des problèmes. Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées. Suivant les dispositions relatives au Registre du commerce et du crédit mobilier, il faut distinguer le contentieux de l'immatriculation (a) du contentieux de l'inscription des sûretés (b).

1 - Contentieux de l'immatriculation

101. Pour appréhender le contentieux né d'un défaut de conformité des déclarations avec les pièces justificatives produites, il faut partir du contrôle que le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'État partie effectue lors d'une demande d'immatriculation. Aux termes de l'article 66 (*anc. article 41*) AUDCG, le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'État partie doit s'assurer que les dossiers sont complets et ensuite vérifier la conformité de leurs énonciations aux pièces justificatives produites. Ainsi, lorsqu'il apparaît une inexactitude entre les déclarations (*par exemple, fausse identité civile ou fausse dénomination de l'assujetti*) et les documents joints au dossier de l'inscription sollicitée, il peut convoquer le requérant pour recueillir toute explication et pièces nécessaires (*article 66 al. 3, comp. anc. article 41 al. 2 AUDCG*). Contrairement à la législation ancienne qui indique qu'en cas de difficultés dans l'accomplissement de sa mission (*ce qui paraît vague*), il peut aussi saisir la juridiction compétente, les dispositions actuelles reconnaissent plus de pouvoir au greffier ou au responsable de l'organe compétent dans l'État partie. En effet, aux termes de l'article 66 AUDCG, lorsqu'au cours du contrôle, il rencontre des inexactitudes ou des difficultés, il doit prendre une décision à l'issue des explications ou pièces complémentaires demandées au requérant. Avant d'aller plus loin, il convient de savoir quelle sorte de difficultés est ici envisagée.

Selon MM. Santos et Toé, (*op. cit.* n° 195), il peut s'agir de la situation d'un commerçant qui refuse de fournir une explication ou une pièce demandée, ou lorsque les éléments apportés n'emportent pas conviction. Dans ces conditions, l'autorité en charge du Registre du commerce et du crédit mobilier peut décider de refuser l'inscription sollicitée. Il faut observer que ce refus peut intervenir après trois mois (*voy. article 50 al. 2 AUDCG qui dispose que « Le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'État partie dispose d'un délai de trois mois pour exercer son contrôle tel que prévu à l'article 66 du présent Acte uniforme et le cas échéant notifier à la partie intéressée le retrait de son immatriculation et procéder à sa radiation »*). La décision doit être motivée et notifiée au requérant. La décision de refus ou de retrait est susceptible de recours devant la juridiction compétente dans les quinze jours de la notification (*cf. article 66 al. 4 AUDCG*).

102. L'article 66 al. 5 (*anc. article 41 al. 3*) AUDCG ouvre la possibilité de saisir le juge ou l'autorité de l'organe compétent dans l'État partie en cas de contestations entre les requérants et l'autorité en charge du RCCM. La situation visée peut être le cas où le requérant s'oppose à la décision issue du contrôle formel (*cf. article 50 et 66 AUDCG*) du greffier ou du responsable de l'organe compétent dans l'État partie. Par exemple, le greffier estime que l'assujetti n'aurait pas la qualité requise alors que ce dernier est d'avis contraire ou qu'il y a absence des statuts dans le dossier (*voy. CCJA, arrêt n° 3/2004, 8 janvier 2004, préc.*).

En outre, il convient d'observer qu'il existe d'autres contentieux relatifs à l'immatriculation dont la justice peut être saisie.

103. Ils sont envisagés par l'article 68 AUDCG (*voy. anc. article 42 AUDCG*). Ce texte vise les cas d'abstention à une formalité, d'immatriculation, de mentions complémentaires ou rectificatives omises, de mentions ou rectifications nécessaires en cas de déclaration inexacte ou incomplète ou de radiation (*voy. aussi l'anc. article 37 al. 4 AUDCG*).

Dans le premier cas (*voy. l'article 68 al. 1^{er} (anc. article 42 al. 1^{er}) AUDCG*), le contentieux peut être élevé d'office par le juge ou à la requête du greffier ou de l'organe compétent dans l'État partie, ou encore de tout autre intéressé. Les étapes suivantes peuvent être indiquées dans cette procédure : d'abord, il est nécessaire de détenir une preuve du défaut d'immatriculation d'une personne physique ou d'une personne morale dans le délai prescrit ; ensuite, il est nécessaire de saisir la juridiction compétente aux fins de rendre une décision enjoignant à l'assujetti récalcitrant de requérir l'immatriculation. Cette décision peut être négative dans l'hypothèse d'une société en participation. En effet, l'article 97 AUDSC GIE exempte la société en participation de la formalité d'immatriculation. Il suffit que les statuts soient représentés pour attester de la volonté des

associés de se soustraire à l'immatriculation (*article 114 AUDSC GIE*). Dans tous les cas, le juge doit apprécier la requête à charge et à décharge eu égard à la situation juridique du prétendu assujetti.

Dans les autres cas (*voy. article 68 al. 2 (anc. article 42 al. 2) AUDCG*), les mêmes considérations s'imposent. Autrement dit, il faut posséder une preuve de l'insuffisance ou de l'omission, ou encore de l'inexactitude des mentions et saisir la juridiction compétente ou l'autorité de l'organe compétent dans l'État partie. La décision du juge pourrait être soit une injonction de procéder à la formalité requise si les faits sont établis, soit une radiation. L'initiative de cette action peut relever d'office du juge ou de l'autorité de l'organe compétent dans l'État partie. Les principes ci-dessus étudiés s'appliquent au contentieux de l'inscription du crédit-bail (*cf. article 67 al. 1^{er} AUDCG*). Quant aux sûretés mobilières, les règles relatives au contentieux peuvent être trouvées dans l'AUS auquel renvoie l'article 67 AUDCG.

2 - Contentieux de l'inscription des sûretés

104. Les dispositions de l'article 61 AUS (*voy. anc. article 65 et 67 AUDCG*) laissent apparaître respectivement une action en vue d'une mainlevée, la modification ou le cantonnement de l'inscription, d'une part, et une action en vue d'une inscription régulière, d'autre part.

105. L'action en vue d'une mainlevée de l'inscription est prévue par l'anc. article 65 AUDCG qui dispose « *La personne physique ou morale contre laquelle a été prise une ou plusieurs inscriptions énumérées au chapitre premier du présent titre peut, à tout moment, saisir la juridiction compétente d'une demande visant à obtenir la mainlevée (...)* ». Cette formule est désormais celle de l'article 61 AUS qui vient combler les insuffisances, jadis observées dans l'AUS. En effet cette action n'est pas prévue à propos des sûretés mobilières telles qu'elles sont organisées par l'anc. AUS. Ce dernier l'envisageait seulement dans le cas des hypothèques (*voy. article 125, 141 et 142 AUS*). Sa prévision dans les règles du contentieux de l'inscription des sûretés sur le RCCM devrait combler ce qui serait une omission de l'anc. AUS. Ceci étant, la question se pose de savoir dans quel cadre et comment une procédure de mainlevée peut être menée.

106. Le cours d'une sûreté mobilière peut être interrompu. La péremption est la première cause qui permet de radier et donc d'interrompre le cours d'une sûreté (*voy. A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 262*). Mais il existe d'autres situations qui permettent d'obtenir la radiation d'une sûreté en cours. Il peut être cité le cas d'un accord intervenu entre les parties tendant à priver d'efficacité la sûreté qui était inscrite au RCCM. Il peut aussi être cité le cas d'une décision de justice qui a admis l'extinction de la dette ou la caducité de la sûreté par effet du défaut ou de la disparition de

l'objet (voy. *A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 262*). Ces deux cas correspondent respectivement à la radiation conventionnelle et à la radiation judiciaire. La radiation conventionnelle est encore appelée mainlevée conventionnelle. Cette formule peut bien tromper car, en réalité, il s'agit, au départ, d'un acte de volonté unilatérale du créancier bénéficiaire de la sûreté. On estime qu'il intervient le plus souvent en cas de paiement de la dette et, dans cette hypothèse, la sûreté devrait être radiée. Aussi, l'anc. article 66 AUDCG précise-t-il la procédure à suivre pour aboutir à cette fin. Tout d'abord, il importe d'indiquer que la demande peut être faite par le créancier (*une simple radiation*) ou par le débiteur libéré (*mainlevée conventionnelle*). Dans ce dernier cas, celui-ci doit déposer un titre (*authentique, ou original d'un seing privé*) (voy. *A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 265*) indiquant l'accord du créancier ou de ses ayants droit. Ensuite, il doit remplir un formulaire délivré par le greffier dans les mêmes conditions qu'à l'inscription de la sûreté. La régularité du dossier, une fois constatée, permet au greffier de procéder à la radiation par une mention en marge de l'inscription. Cette procédure n'est pas contentieuse puisqu'aucun juge n'y intervient. Dès lors, il convient de conclure que la mainlevée conventionnelle mérite d'être distinguée de la mainlevée contentieuse, ici envisagée.

La mainlevée visée par l'anc. article 65 AUDCG est celle qui procède d'une situation de résistance du bénéficiaire d'une sûreté mobilière à s'accorder avec le débiteur sur la radiation de l'inscription portée sur le RCCM. Dans quelle hypothèse cette situation peut-elle se présenter ?

Plusieurs situations sont envisageables. MM. Santos et Toé soulignent les cas d'une inscription sans objet ou dont l'objet a disparu, ou celui d'une nullité ultérieure du titre fondant l'inscription ou encore celui de l'acquiescement de la dette (voy. *A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 266*). Dans ces conditions, le recours au juge ne s'impose qu'en raison de la résistance du bénéficiaire qui prétend à une garantie devenue caduque. L'action est initiée par le débiteur qui entend vaincre la résistance du bénéficiaire récalcitrant. Il a donc le droit, aux termes de l'anc. article 65 AUDCG, de saisir la juridiction compétente pour obtenir la mainlevée de l'inscription querellée. Ce droit peut être reconnu à tout requérant (*le subrogé, l'ayant droit, etc.*) justifiant d'un intérêt légitime et sérieux (*en ce sens, A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 266*).

En tout état de cause, dès lors que la demande est fondée, il est procédé à la mainlevée (*totale ou partielle, même avant tout examen du fond, voy. article 61 al. 2 AUS et anc. article 65 al. 2 AUDCG*) puis, il est ordonné la radiation de la sûreté (voy. *article 62 AUS*). Cette radiation peut être soit totale soit partielle (*anc. article 66 AUDCG*), ce qui emportera certainement une modification des mentions.

107. L'action en vue d'une modification de l'ins-

cription est l'hypothèse dans laquelle un événement ultérieur modifie la consistance de la sûreté ou la situation juridique des parties. Pour coller à la réalité, l'article 61 AUS (*anc. article 65 AUDCG*) accorde le droit à la personne contre laquelle la sûreté est inscrite d'obtenir une décision de justice autorisant une modification des mentions initiales. La situation et la procédure sont calquées sur celles d'une demande de mainlevée contentieuse. Aussi, dès l'instant où l'action aboutit favorablement, l'ordonnance de mainlevée permet au greffier de procéder aux modifications requises.

108. Il peut aussi arriver que le bénéficiaire d'une sûreté entende étendre la garantie à d'autres créances contre le même débiteur dans le but de renforcer son droit de recouvrement. Pour empêcher ce fait, le débiteur peut saisir la juridiction compétente pour bloquer l'extension des dettes garanties. Cette demande a donc pour objet « *le cantonnement de l'inscription* ». Cette action ne peut se révéler véritablement utile que lorsque le bien objet de la sûreté a une grande valeur ou, dans tous les cas, une valeur supérieure au montant de la créance initialement garantie. Il s'agit sans doute d'un moyen de défense contre un fait dont la publicité peut être défavorable au débiteur.

C - Publicité relative au registre du commerce

109. Les inscriptions sur le Registre du commerce et du crédit mobilier sont par elles-mêmes une publicité légale. Cependant, une formalité publicitaire spéciale est parfois requise en vue d'assurer d'une part, une efficacité à la situation juridique conférée et d'autre part, l'information du public. Ainsi, la publicité relative au registre du commerce peut être perçue, d'abord, comme une publicité informative imposée (1) et ensuite, comme une publicité destinée à l'information du public (2).

1 - Formalité informative imposée

110. L'intérêt du registre du commerce est étroitement lié à la publicité qui est faite aux assujettis. Aujourd'hui le journal des annonces légales est une vitrine de présentation, d'affirmation de l'existence légale et de la crédibilité d'une personne ou d'une situation juridique. En France, il est admis que la méfiance de départ à l'égard de l'institution d'un registre du commerce a vite laissé place à l'engouement en raison de la publicité qu'offre l'inscription sur le registre du commerce (voy. *J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op. cit. n° 282 et s.*). Ceci dit, la formalité de publicité est avant tout une formalité de reconnaissance d'une situation juridique. Aussi, le législateur de l'AUDCG l'impose-t-il comme une exigence formelle à la pleine efficacité de toutes les inscriptions sur le Registre du commerce et du crédit mobilier.

111. La publicité est aux termes de l'anc. article 40 al. 1^{er} AUDCG, il est posé le principe selon lequel « *Les personnes assujetties à l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier ne peuvent, dans leurs activités commerciales, opposer aux tiers et aux administrations publiques qui peuvent toutefois s'en prévaloir, les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre* ». L'essentiel de cette disposition est reconduit à l'article 61 AUDCG révisé. D'après ces textes, la formalité de publicité au RCCM est une obligation nécessaire pour l'affirmation de la situation juridique de la personne immatriculée. Même s'il est admis que la publicité légale et directe par le fait des mentions inscrites sur le registre du commerce assure leur opposabilité à l'égard de tiers et l'administration publique, en pratique, la publicité dans un journal habilité à recevoir les annonces légales (a) et la publicité par mention de certaines données essentielles sur les documents émanant de la personne immatriculée (b) participent du parachèvement de la publicité légale.

a - Publicité dans un journal d'annonces légales

112. À l'issue de l'immatriculation d'une personne physique ou d'une personne morale, il est requis une publicité spéciale dans un journal d'annonces légales même si une telle prescription apparaît effacée dans l'AUDCG révisé. Le principe est d'abord énoncé par l'anc. article 32 AUDCG. Il s'agit sans doute d'un moyen destiné à porter efficacement et directement l'essentiel des informations transcrites sur le Registre du commerce et du crédit mobilier à la connaissance du public. Le texte pose un principe de droit objectif en ces termes « *Toute immatriculation, ainsi que toute inscription ou mention constatant les modifications survenues depuis la date de leur immatriculation dans l'état et la capacité juridique des personnes physiques ou morales assujetties, doivent en outre, dans le mois de l'inscription de cette formalité, faire l'objet d'un avis à insérer dans un journal habilité à publier les annonces légales* ». La publicité instituée par ce texte concerne les immatriculations et inscriptions ultérieures, qu'elles soient modificatives, complémentaires ou qu'il s'agisse d'une radiation. Cette formalité est aussi requise à propos de l'immatriculation initiale et secondaire (*cf. anc. article 35 al. 3 AUDCG*). Elle concerne aussi bien les assujettis, personnes physiques que les personnes morales. Elle doit être effectuée au plus tôt, précisément dans le mois de l'inscription. Autrement dit, dans un délai de trente jours à compter de la date de l'inscription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier. L'article 261 AUDSC GIE réduit ce délai en prévoyant que cette publicité doit intervenir dans les quinze jours suivant l'immatriculation des sociétés commerciales. Les mentions qui doivent apparaître dans l'avis d'annonce sont une reprise de l'essentiel des mentions obligatoires de la demande d'immatriculation. Ainsi, pour les personnes

physiques, il est visé les mentions de l'anc. article 25 AUDCG, énumération 1 à 6 (*voy. article 44 AUDCG révisé*) et pour les personnes morales, les mentions de l'anc. article 27 AUDCG, énumération 1 à 9 (*voy. article 46 AUDCG révisé*) sont impératives. Il convient d'ajouter que cette formalité incombe au premier chef à l'assujetti qui a intérêt au plein effet des mentions sur le registre du commerce. L'article 259 AUDSC GIE fait pencher en faveur de cette solution, même si elle est, en principe, particulière aux sociétés commerciales et aux GIE (*sur la question, voy. A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 201*). En plus de cela, il faut admettre que toute personne qui a un intérêt sérieux et légitime puisse être habilitée à accomplir cette formalité. N'est-ce pas pour cette raison que la formalité de publicité dans un journal d'annonces légales est reconnue au greffier ?

113. Les autres cas particuliers apparaissent à la lecture de l'article 58 (*anc. article 37*) AUDCG qui vise d'abord une transcription au RCCM en cas de dissolution ou de nullité d'une société. Dans ces deux situations, une publicité au journal est requise aux termes du dernier alinéa de cet article. L'acteur majeur à ce niveau est, semble-t-il, le liquidateur. Il est la personne indiquée pour procéder à la publicité. Ensuite, le texte vise les cas de radiation. Le requérant à la radiation est la personne indiquée. Il peut donc être le greffier lorsque la radiation est faite d'office (*voy. A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 201*). Ici, l'avis dans le journal habilité à recevoir les annonces légales doit être inséré sans délai.

114. Au total, en plus de la publicité légale par simple inscription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier, une publicité spéciale au journal des annonces légales incombe aux assujettis relativement à certaines données transcrites sur le Registre du commerce et du crédit mobilier. L'efficacité de l'inscription des sûretés n'exige pas ce complément de formalité pour être opposable aux tiers. Elle ne nécessite pas non plus une publicité au quotidien par mention d'éléments de référence sur les actes juridiques émanant du bénéficiaire de l'inscription.

b - Publicité par mentions sur les documents

115. Les personnes physiques ou morales qui ont requis leur immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier ont l'obligation d'indiquer sur les documents juridiques et comptables qu'elles produisent un certain nombre de leurs références matriculaires (*numéro d'immatriculation, nom commercial ou dénomination sociale, notamment*). Le principe est posé par l'article 59 al. 3 (*anc. article 38 al. 3*) AUDCG. Cette obligation concerne les documents comme les factures, les bons de commande, les tarifs et documents commerciaux, puis le journal et le livre d'inventaire, toute correspondance, etc. L'anc. article 14 AUDCG, par

exemple, indique que « *le journal et le livre d'inventaire doivent mentionner le numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier de la personne physique ou morale concernée* ». Ce principe est maintenu dans l'AUDCG révisé avec une formulation plus générale : « *Les livres de commerce doivent mentionner le numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier* » (cf. article 14 nouveau). Une telle obligation n'est pas fortuite.

116. La mention de ces références matriculaires sur les documents permet sans doute de renseigner les personnes qui entrent ou souhaitent entrer en relation d'affaires avec la personne immatriculée d'identifier facilement celle-ci (voy. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *op. cit.*, n° 282). Connaître le véritable statut juridique de son partenaire d'affaires est nécessaire pour la confiance dans les affaires. C'est dans cette perspective que l'article 143 (anc. article 108) AUDCG s'inscrit en exigeant avec davantage de fermeté cette mention à propos du locataire-gérant. Cette disposition précise que celui-ci doit, en plus du numéro et du lieu d'immatriculation, indiquer sa qualité sur ses documents d'affaires.

L'exigence d'une mention des références matriculaires peut aussi servir à faire des investigations au sujet de la personne immatriculée. Elle permettrait aussi de rassurer sur la crédibilité de l'assujetti. En effet, l'assujetti qui ne mentionne pas son numéro pourrait laisser penser qu'il n'est pas immatriculé et entretiendrait le soupçon d'un exercice illicite ou illégal de l'activité. Par voie de conséquence, sa crédibilité est en jeu vis-à-vis des partenaires et, pour l'administration, un indicateur d'infraction à la loi (sur les objectifs de cette formalité, voy. A. P. Santos et J. Y. Toé, *op. cit.* n° 200). Globalement, pour des raisons de transparence et de contrôle de l'État sur les activités des assujettis, la publicité par mention de références matriculaires est une formalité sanctionnée (voy. article 69 (anc. article 43 et 108) AUDCG). Dans tous les cas, la publicité par mention des références matriculaires sur les documents tout comme toute formalité de publicité vise principalement à rendre les informations accessibles au public.

2 - Information destinée au public

117. L'accès aux déclarations portées sur le Registre du commerce et du crédit mobilier est libre et le public peut consulter le registre ou demander copie ou extrait d'une pièce du dossier d'immatriculation. De ce fait, le registre serait une base d'informations déposées au profit du public qui peut les consulter (a) ou se faire communiquer des pièces (b).

a - Publicité par consultation

118. Le public intéressé par le contenu du Registre du

commerce et du crédit mobilier est libre de s'adresser au greffe ou au responsable de l'organe compétent dans l'État partie, en vue de consulter les données transcrites sur un Registre du commerce et du crédit mobilier ou sur les Fichiers de centralisation. Le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'État partie doit lui permettre cette consultation sur place. En droit français, cette modalité est admise uniquement s'agissant du Registre national, la modalité usuelle par-devant le Registre local étant la délivrance de copie ou d'extrait ou encore de certificat (voy. H. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *op. cit.* n° 283 ; sur les conditions, voy. B. Saintourens, « *La réforme des conditions de délivrance par le greffier de copies, extraits ou certificats du RCS* », *RTD com.* 2010, p. 59). Le Registre du commerce et du crédit mobilier étant, à l'image du RSC, un registre de publicité légale, il ne peut en être autrement. Pour MM. Santos et Toé, l'absence d'une prévision légale expresse dans l'AUDCG instituant la consultation du registre par le public n'empêche pas cette pratique (*op. cit.* n° 202). Il faut donc penser que le droit du public à consulter les informations portées sur un Registre du commerce et du crédit mobilier constitue une pratique solidement établie. L'avant-projet d'amendements de l'AUDCG a envisagé de manière assez appuyée la publicité relative au Registre du commerce et du crédit mobilier (voy. article 55-4, 57 de l'avant-projet d'amendement de l'AUDCG) et la publicité par consultation et par communication se trouve améliorée avec l'adoption de l'AUDCG révisé qui a entériné ce projet et offre la possibilité de recourir au moyen électronique (voy. article 79 et s., spéc. article 92 à 100).

b - Publicité par communication

119. En dehors de la possibilité offerte au public de consulter sur place les mentions inscrites sur le Registre du commerce et du crédit mobilier, il est toujours possible d'obtenir une copie ou des extraits de pièces constituant un dossier d'immatriculation ou d'inscription d'une sûreté. Aux termes de l'article 97 AUDCG, « (...) toute personne peut obtenir sous forme électronique les informations figurant sur les formulaires déposés au Registre du commerce et du crédit mobilier ». Et l'alinéa 2 du texte sus-cité indique qu'il peut être obtenu aussi communication des extraits ou copies de tout ou partie des documents publiés au Registre du commerce et du crédit mobilier. La publicité par communication peut être regardée comme différente de la précédente contrairement à l'analyse de MM. Santos et Toé (*op. cit.*, n° 202). Si la publicité par communication au public suppose une consultation sur place et la possibilité de se faire délivrer à ses frais une copie intégrale ou un extrait des déclarations ou pièces par le greffier, celui qui ne se déplace point et qui obtient par correspondance

un transfert électronique ou sur support papier d'informations transcrites sur un RCCM ou sur un des fichiers de centralisation, ou encore un extrait ou une copie d'une pièce de dossier constituant le registre du commerce et du crédit mobilier procède autrement. Il serait donc permis de distinguer la publicité par communication de la publicité par consultation. Ainsi, la publicité par communication est une seconde modalité de la publicité informative au profit du public. Il serait même la modalité normale et classique de diffusion des informations portées sur le registre du commerce (*voy. H. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op. cit., n° 283, 1°*). L'AUDCG révisé privilégie la publicité par communication et le recours à la voie électronique et les articles 92 à 100 indiquent cette perspective qui, par endroits, peut soulever des inquiétudes en termes de liberté et protection des informations personnelles (*voy. les prescriptions de l'article 100 AUDCG*).

120. Il est aussi intéressant de se demander si le public peut obtenir la communication de toutes les informations portées sur le Registre du commerce et du crédit mobilier ou seulement celles qui sont encore actuelles et utiles (*voy. A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit., n° 202*). Les rédacteurs des textes, en droit français, ont indiqué les pistes. Ils ont retenu qu'il convient de s'abstenir de délivrer une copie comportant des informations qui n'ont aucun intérêt actuel et à venir (*voy. H. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op. cit. n° 283, 1°*). Ce sont donc les inscriptions qui produisent encore leurs effets qui pourraient être normalement et facilement communiquées.

D - Effets de l'inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier

121. Les inscriptions sur le Registre du commerce et du crédit mobilier permettent pour l'essentiel d'attester la qualité ou le statut juridique de la personne ou de la sûreté mobilière inscrite. Elle produit aussi des effets de publicité et d'efficacité juridique des mentions qui y sont portées (*cf. supra, n° 56 et s.*). Ainsi, les effets de l'inscription au RCCM seront ici limités à l'étude de leur utilité comme attestation de qualité ou de situation juridique. Pour l'essentiel, une inscription au registre du commerce et du crédit mobilier atteste la qualité de la personne immatriculée ou déclarée (1) ou de la situation juridique de la personne ou de la sûreté (2).

1 - Attestation d'une qualité juridique

122. L'immatriculation d'une personne physique a pour effet de lui faire reconnaître la qualité de commerçant. La même formalité permet aux sociétés commerciales, aux

GIE et autres entités assujetties de bénéficier de la qualité de personne juridique. En réalité, l'immatriculation est une formalité de consécration d'une qualité et non de véritable création. C'est donc une attestation de qualité, potentiellement existante de fait, que l'inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier consacre. Le fait que cette présomption ne soit pas réaffirmée à l'article 59 al. 2 AUDCG confirme la thèse selon laquelle l'immatriculation n'est pas créatrice de la qualité. Aussi, sera-t-il retenu que la déclaration d'un entreprenant tout comme l'immatriculation, permet simplement la reconnaissance de la qualité d'entreprenant (*voy. article 65 al. 1^{er} AUDCG*). Dans tous ces cas, il s'agit d'établir une présomption de qualité.

123. Celui qui accomplit, à titre de profession habituelle, des actes de commerce par la nature est un commerçant (*voy. article 2 AUDCG*). De coutume, la profession commerciale précède dans la plupart des cas la formalité d'immatriculation. Ceci voudrait dire que la qualité de commerçant est acquise par l'exercice professionnel du commerce. Cette activité permet de se reconnaître assujetti et ensuite d'accomplir les formalités d'immatriculation imposées par la réglementation. D'ailleurs, il serait parfois difficile de faire certaines déclarations et fournir certaines pièces justificatives si la profession ne précédait pas l'immatriculation (*voy. article 44, anc. article 25 al. 2, 5° et article 46, anc. article 26 al. 2, 5° et 6° AUDCG*). Il peut être indiqué, par exemple, la mention prévue par l'anc. article 25, al. 2, 5° AUDCG. Comment déclarer « *la ou les activités exercées, et la forme d'exploitation* » si l'éventuel assujetti n'exerçait déjà aucune activité commerciale ? La formule du texte conforte donc le point de vue selon lequel la qualité de commerçant est acquise par l'exercice de la profession de commerçant et l'immatriculation vient attester cette qualité. Sinon, cette formule entérine au moins la pratique. Ceci étant, l'article 59 al. 1^{er} (*anc. article 38 al. 1^{er}*) AUDCG qui énonce que « *Toute personne immatriculée au Registre du commerce et du crédit mobilier est présumée, sauf preuve contraire, avoir la qualité de commerçant au sens du présent Acte uniforme* » permet de dire que la qualité de commerçant attestée est une présomption simple.

124. La règle posée par l'article 59 al. 1^{er} (*anc. article 38 al. 1^{er}*) AUDCG a une portée et un champ d'application limités.

D'abord, le fait que la présomption de commercialité soit simple, autorise que la qualité de commerçant attestée par l'immatriculation puisse être remise en cause par une preuve contraire. Cette preuve incombe à la personne qui entend contester cette qualité à une personne assujettie à la formalité de l'immatriculation.

Ensuite, la présomption de commercialité ne concerne pas toutes les personnes assujetties à l'immatriculation. Ce qui voudrait dire que l'immatriculation

ne consacre pas toujours la qualité de commerçant (*voy. déjà, supra, n° 122*). Les GIE ont l'obligation de se faire immatriculer au Registre du commerce et du crédit mobilier, mais la qualité de commerçant n'est pas présumée à leur égard (*voy. article 59 al. 2, anc. 38 al. 2 AUDCG*). Il s'agit là d'une exception négative au principe posé à l'alinéa 1^{er} de l'article 59, précité. Positivement, cependant, les sociétés commerciales (*article 6 et 98 AUDSC GIE*), tenues de requérir leur immatriculation sur le Registre du commerce et du crédit mobilier, sont commerciales par leur forme ou par leur objet (*cf. article 6 AUDSC GIE*). De la confrontation de ces éléments, il faut donc retenir que l'immatriculation a un effet de présomption de commercialité plus modeste ou limité, sinon secondaire, étant entendu que la commercialité est consacrée par la forme ou l'objet commercial de la société avant que l'immatriculation ne vienne confirmer cette qualité. La présente analyse conforte donc la thèse de l'effet testimonial de l'immatriculation. Plus encore, une règle spécifique au droit des sociétés commerciales établit que la non-immatriculation n'exclut pas la possibilité d'admettre la qualité de commerçant à l'égard d'une société en participation (*article 97 AUDSC GIE*) ou d'une société de fait. L'objet commercial desdites sociétés non immatriculées suffit à attester cette qualité sur le fondement de l'article 6 AUDSC GIE.

125. La présomption de commercialité établie par l'immatriculation a plus d'intérêt s'agissant des personnes physiques. En effet, les personnes morales disposent de règles particulières qui permettent de leur reconnaître ou de leur dénier la qualité de commerçant. Pour cette raison, MM. Santos et Toé ont très tôt admis que « *le principe [de l'article 38 al. 1^{er} devenu 59 al. 1^{er} AUDCG] paraît ne s'appliquer qu'aux personnes physiques malgré l'indication contraire résultant du caractère générique du terme « personne » mentionné à l'article 38 al. 2 [ces auteurs visaient plutôt l'alinéa 1^{er}] de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général* ».

126. Dans tous les cas, une chose est certaine, l'immatriculation atteste la qualité de commerçant aux personnes physiques et morales qui, sans doute, l'avaient potentiellement déjà par l'objet de leur profession ou par leur organisation. Elle est aussi la clé d'ouverture d'autres inscriptions qui attestent la situation juridique de la personne ou du rapport de la personne aux biens.

2 - Attestation d'une situation juridique

127. L'immatriculation et les autres inscriptions sur le Registre du commerce et du crédit mobilier ont pour effet d'établir légalement une situation juridique.

128. La personne physique qui se fait immatriculer au Registre du commerce et du crédit mobilier bénéficie d'un

statut juridique particulier : celui de commerçant (*voy. Livre I, article 2 à 29 AUDCG*). De même, l'entrepreneur qui procède à la déclaration de son activité, bénéficie du statut juridique d'entrepreneur (*voy. article 65 al. 2 AUDCG*). Ainsi, à défaut de l'immatriculation du commerçant ou à défaut pour l'entrepreneur de procéder aux formalités de sa déclaration (*article 62 à 64 AUDCG*), l'existence juridique de ces assujettis et la garantie de leurs droits seraient aléatoires (*voy. article 60, anc. article 39 et article 65 al. 1^{er} AUDCG*). La situation précaire qui peut résulter du fait de la non-immatriculation des personnes physiques (ou du défaut de déclaration d'un entrepreneur) est probablement semblable à celle dans laquelle se trouverait une société commerciale dépourvue de personnalité juridique.

129. L'acquisition de la personnalité juridique est, par principe subordonnée à l'immatriculation des sociétés commerciales et du GIE et autres sociétés au Registre du commerce et du crédit mobilier. L'article 98 AUDSC GIE pose le principe selon lequel la personnalité juridique est acquise à la date de l'immatriculation. Le même principe est prévu par l'article 872 AUDSC GIE à propos des GIE. Ainsi l'existence et la vie juridique de la société commerciale et du GIE ne commencent qu'à cette date. Il s'agit de la date à laquelle l'assujetti acquiert la capacité juridique contrairement, au commerçant, personne physique qui devient capable à la date de sa majorité ou de son émancipation. En tout état de cause, il faut admettre que l'immatriculation à un effet spécial et supplémentaire : l'acquisition de la personnalité juridique en plus de l'éventuelle qualité de commerçant.

Une exception est pourtant admise. Elle concerne la société en participation (*article 97 AUDSC GIE*). Cette dernière en dehors du fait que l'Acte uniforme adopte la théorie de la réalité en lui déniait la personnalité juridique (*article 114 AUDSC GIE*), pourrait se voir reconnaître la personnalité juridique dans certaines circonstances selon une jurisprudence (*voy. Civ. 2^e, 28 janv. 1954, Bull. civ. II, n° 32 ; JCP G 1954, II, 7978, concl. Lemoine ; D 1954, p. 217, note G. Levasseur ; Civ. 2^e, 24 mars 1993, JCP G 1993, IV, n° 1337*). En clair, en dehors de la société en participation, l'immatriculation est une formalité importante pour la vie juridique des sociétés et GIE. En effet, sans personnalité juridique par défaut d'immatriculation, une société (ou un GIE) ne peut posséder des droits (*voy. Com. 25 mars 1997, Mme Jollin c/Proc. gén. CA Bourges, D 1997, IR 105, Rev. sociétés 1997, p. 599, note A. Honorat*) ou les défendre. Elle ne peut agir en justice pour ou contre un sujet de droit (*voy. Com. 20 juin 2006, arrêt n° 821, pourvoi n° 03-15.957*). Le contenu des statuts et les limitations éventuelles de responsabilité des associés ou actionnaires peuvent difficilement être opposables aux tiers. En revanche l'immatriculation régulière assure à la société ou au GIE toutes les prérogatives reconnues aux sujets de droit, notamment la possibilité de posséder des biens (un patrimoine) et de les mettre en garantie de dettes

dont la situation peut être retracée grâce à une inscription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier.

130. L'inscription d'une sûreté sur le Registre du commerce et du crédit mobilier a sans doute pour objet d'indiquer les droits du débiteur et du créancier garanti relativement au bien déposé en garantie. L'inscription d'une sûreté sur le Registre du commerce et du crédit mobilier indique donc la situation juridique du débiteur immatriculé en rapport avec un bien donné en garantie et les droits du créancier bénéficiaire. Il s'agit donc d'attester et de publier la situation juridique du bien objet d'une sûreté mobilière. L'inscription d'une sûreté mobilière assure alors la traçabilité de la situation juridique de ce bien. Cette situation pouvant évoluer, les inscriptions ultérieures qui s'imposent permettraient d'établir une attestation actualisée.

131. Après l'inscription initiale, la situation juridique établie par les mentions sur le Registre du commerce et du crédit mobilier peut changer ou être corrigée. Les inscriptions ultérieures, dans leur ensemble, ont vocation à établir une attestation actuelle qui donne une image réelle des situations portées sur le Registre du commerce et du crédit mobilier. Leur effet essentiel est donc d'indiquer la situation juridique actuelle et véritable des personnes ou des sûretés inscrites sur le registre et de la rendre opposable à tous.

132. *In fine*, l'utilité d'une inscription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier est de rendre opposable la qualité ou la situation juridique ayant fait l'objet de la publicité légale. Le sujet a été plus ou moins abordé dans les développements précédents, notamment sous la rubrique de « *La publicité relative au registre du commerce* » (*supra*, n° 109 et s., spéc. n° 110). Ceci étant, il faut aussi apporter quelques précisions particulières à propos de la radiation ou de la non-radiation et à propos de l'inscription des sûretés mobilières.

133. La radiation met fin à une inscription portée sur le registre du commerce. Ainsi, il peut logiquement être admis que la radiation d'un assujéti a pour conséquence la perte de la qualité de commerçant (*voy. Com. 20 févr. 2001, Sté Les Cocotiers c/Sté Caraïbes tourisme, arrêt n° 364 FS-P, D 2001, 1472*). Selon MM. Santos et Toé (*op. cit.*, n° 236, p. 141), ce point de vue doit être nuancé dans la mesure où, la radiation d'un commerçant n'entraîne de façon certaine la perte de la qualité de commerçant qu'en cas de cessation de son activité (*retrait du commerce, cession du fonds de commerce, etc.*). Autrement dit, cette qualité serait maintenue si le commerçant radié continue d'effectuer des actes de commerce. Il faut dès lors se demander si la publicité légale du Registre du commerce et du crédit mobilier ne permettrait pas à un tiers d'opposer cette radiation au commerçant de fait. Il semble qu'une réponse affirmative pourrait s'imposer. En effet, la lecture combinée

des anc. article 39 et 40 AUDCG autorise la dénégalion de cette qualité à toute personne radiée (*voy. article 57 AUDCG*). La même logique devrait guider s'agissant des personnes morales. Ici, la fin de la société n'appelle pas immédiatement la radiation. Ainsi, la personnalité juridique est maintenue pour les besoins de la liquidation (*voy. article 58 (anc. article 37) AUDCG et article 201, 205 AUDSC GIE ; A. Billoux, « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », Rev. sociétés, 1994, 393*), la radiation n'intervenant qu'à l'issue de la publication de la clôture de la liquidation (*voy. article 58 al. 3 (anc. article 37 al. 3) AUDCG et article 205 AUDSC GIE*). Dans tous les cas, il ne s'agit que des exceptions qui confirment la règle (*cf. article 57 AUDCG*).

En ce qui concerne les sûretés mobilières, l'inscription régulière au Registre du commerce et du crédit mobilier demeure une exigence incontournable pour leur opposabilité aux tiers (*voy. A. P. Santos et J. Y. Toé, op. cit. n° 260*). En revanche, cette rigueur s'impose moins à l'égard des parties, sauf pour les privilèges. Pour autant, il semble, de manière générale, que l'inscription est indispensable à la pleine efficacité des sûretés mobilières dans la mesure où le but recherché est d'assurer à son bénéficiaire un meilleur rang dans la masse des créanciers.

134. Au total, les inscriptions sur le Registre du commerce et du crédit mobilier produisent divers effets dont les plus remarquables sont la présomption de la qualité de commerçant ou d'entrepreneur, l'acquisition de la personnalité juridique, dans le cas spécifique de l'immatriculation et l'attestation de situation juridique, de manière générale. Déclarer donc les situations, mais les déclarer avec exactitude au profit du public et de l'administration est une conditionnalité de la publicité légale recherchée à travers l'institution d'un Registre du commerce et du crédit mobilier. Aussi, les sanctions prévues en cas de manquement aux formalités relatives à l'inscription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier constituent-elles des mesures sans lesquelles la crédibilité du Registre du commerce et du crédit mobilier serait illusoire.

E - Sanctions relatives aux opérations d'inscription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier

135. Un certain nombre d'opérations d'inscription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier sont requises à peine de sanctions (*voy. article 69 AUDCG*). Ces sanctions peuvent être civiles (1) ou pénales (2).

1 - Sanctions civiles

136. Elles sont plus ou moins nombreuses et innom-

mées. Entre autres, il peut être retenu le rejet (*voy. anc. article 28 al. 1^{er} AUDCG*), le refus ou le retrait (*voy. article 50 AUDCG*), l'inopposabilité, la radiation d'office ou sur décision de justice (*voy. article 54 al. 3 ; 50 et 56 AUDCG*).

137. Le rejet est prévu pour sanctionner une demande non conforme aux exigences légales. L'anc. article 28 AUDCG en est le siège. Selon, ce texte, toute demande qui serait dépourvue d'une des pièces justificatives visées par les énumérations 1 à 5 doit être rejetée par le greffier. Il s'agit d'une sanction civile d'ordre processuel. Elle est analogue au pouvoir de refus d'inscription reconnu au greffier en droit français depuis 1984 (*voy. supra, n° 37 ; J. Derruppé, in : RTD com. 1998, p. 132. et RTD com. 1984, 652 et 1995, p. 581. Comp. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op. cit., n° 284*). Or, dans le droit OHADA, le pouvoir de refuser une inscription n'était pas reconnu au greffier dans l'ancien AUDCG. Celui-ci, en face d'un dossier soulevant un problème n'avait pas le pouvoir de le refuser. Au contraire, il devait saisir le juge. Aujourd'hui, avec l'AUDCG révisé, les pouvoirs de l'autorité chargée de la tenue du Registre du commerce et du crédit mobilier ont été étendus. Désormais, le greffier ou l'autorité responsable dans l'État partie peut, par une décision motivée, refuser ou retirer une immatriculation ou une inscription dans le cadre de son pouvoir de contrôle formel (*article 50 et 66 AUDCG*). Formellement, les textes n'emploient pas la terminologie « refus ». Ceci peut s'expliquer par le choix du législateur d'adopter une procédure rapide en faveur des requérants, l'autorité en charge de la tenue devant délivrer immédiatement un accusé d'enregistrement dès réception des dossiers de demande, les dossiers apparemment conformes aux exigences légales seront retenus. De ce fait, seuls les dossiers manifestement déficients pourront faire l'objet d'une décision immédiate de refus. Cette hypothèse peut être inscrite dans la logique du rejet initialement prévu par l'anc. article 28 AUDCG. Le refus, sanction possible avec l'AUDCG révisé, et le rejet de l'ancienne législation sont donc similaires et peuvent être rapprochés du retrait, expressément envisagé par l'article 50 al. 1^{er} AUDCG.

Le retrait, est un moyen de droit qui permet à une autorité, ou plus généralement, à l'auteur d'un acte juridique de rapporter ce dernier et de lui retirer tous ses effets pour l'avenir. Appliqué en l'espèce, le retrait serait la sanction civile, à caractère administratif par laquelle le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'État partie rapporte l'immatriculation, la déclaration ou l'inscription d'une sûreté à l'issue de son contrôle conformément aux articles 50 et 66 AUDCG. Le retrait serait une sorte de droit de rétractation reconnu à l'autorité en charge du Registre du commerce et du crédit mobilier qui, contrainte de répondre avec célérité peut commettre des erreurs d'appréciation sur lesquelles il est en droit de revenir au plus tard dans les trois mois suivant la réception de la demande.

En termes d'effets, le retrait serait moins sévère qu'un refus ou un rejet dans la mesure où dans le premier cas, la sanction est retardée et soumise à un contrôle plus posé tandis que dans la seconde situation, la sanction est immédiate et le contrôle, probablement rapide et « lâche ». En dehors de ce jugement de valeur, le retrait tout comme le refus ou le rejet entraîne irrecevabilité de l'immatriculation ou de la déclaration voulue, ou encore celle de l'inscription de la sûreté sur le Registre du commerce et du crédit mobilier. À défaut de la transcription demandée, l'opposabilité de la qualité ou de la situation ne pourra pas être envisagée.

138. L'inopposabilité est une sanction civile négative qui n'emporte pas la validité de l'acte, mais atteint son efficacité. Elle est prévue à l'article 60 (*anc. article 40*) AUDCG. Elle sanctionne le défaut d'immatriculation des personnes physiques comme des personnes morales, ou le défaut de déclaration d'un entreprenant. Elle sanctionne aussi le défaut d'inscription des sûretés mobilières soumises au RCCM et tout défaut de radiation. Il s'agit donc de la sanction qui serait la plus fréquente en cas de non-respect des obligations relatives aux formalités de transcription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier. L'inopposabilité est une sanction automatique.

139. L'immatriculation consacrant légalement la qualité de commerçant ou l'existence d'une personnalité juridique, le défaut d'y requérir est sanctionné par l'impossibilité de se prévaloir de cette qualité ou de la personnalité morale. En effet, aux termes de l'anc. article 39 al. 1^{er} AUDCG, « *Les personnes physiques et morales assujetties à l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier qui n'ont pas requis celle-ci dans les délais prévus ne peuvent se prévaloir, jusqu'à leur immatriculation, de la qualité de commerçant* » (*voy. dans le même sens l'article 60 al. 1^{er} et 2 AUDCG révisé*). Ce texte pose une règle d'inopposabilité. Il signifie que les assujettis défaillants ne peuvent invoquer les règles protectrices inhérentes au statut du commerçant ou de société, personne morale.

En revanche, la réglementation est doublement sévère à leur égard en retenant en outre que les tiers peuvent leur opposer la qualité de commerçant avec toutes les obligations et charges qui s'y attachent (*article 60 al. 3 et anc. article 39 al. 2 AUDCG*). La preuve par tous les moyens pourrait leur être opposée par tout commerçant et toute personne non commerçante. Ils peuvent être attirés selon l'intérêt de la partie adverse, en cas de litige, devant les juges civils ou les juges consulaires. Spécifiquement, le défaut d'immatriculation d'une société commerciale à risque limité rend inopposable la limitation de responsabilité des associés à l'égard des tiers.

2 - Sanctions pénales

140. Le principe de renvoi à la loi nationale et à la

réglementation spéciale est posé par l'article 69 (*anc. article 43*) AUDCG en ces termes « *Toute personne tenue d'accomplir une des formalités prescrites au présent titre, et qui s'en est abstenue, ou encore qui aurait effectué une formalité par fraude, sera punie des peines prévues par la loi pénale nationale, ou encore le cas échéant par la loi pénale spéciale prise par l'État partie en application du présent Acte uniforme* ». Ce texte se rapporte aux formalités d'immatriculation et il est permis de s'interroger pour savoir si les infractions aux autres inscriptions éventuelles sur le Registre du commerce et du crédit mobilier ne requièrent pas la prescription de textes particuliers puisque, en matière pénale, le principe de la légalité des délits et des peines est une règle fondamentale. L'anc. article 68 AUDCG vient apporter la solution à cette inquiétude en prévoyant en des termes quasi analogues que les infractions concernant l'inscription des sûretés mobilières peuvent être punies de peines conformément à la loi nationale. Expressément ce texte dispose que, « *Toute inscription de sûreté mobilière, effectuée par fraude, ou portant des indications inexactes données de mauvaise foi, sera punie des peines prévues par la loi pénale nationale* ». Les prévisions de ce texte sont aujourd'hui renvoyées à l'article 65 AUS révisé. Il faut observer que cette dernière disposition n'envisage pas *in extenso*, à l'instar de l'article 69 AUDCG, l'éventualité qu'il soit édicté une législation spéciale concernant les infractions aux inscriptions des sûretés mobilières. Dès lors faut-il croire que l'analyse des législations pénales nationales des États parties a permis au législateur OHADA de se rendre compte de l'existence, en la matière, de prévisions suffisantes dans les codes pénaux nationaux ? Une réponse prudente convie à admettre que la logique de l'article 69 (*anc. article 43*) AUDCG doit s'imposer s'agissant de l'inscription des sûretés mobilières. Ici comme précédemment, les infractions non prévues par la loi pénale nationale appelleraient une disposition spéciale. Au cas contraire, certaines infractions aux formalités d'inscription sur le Registre du commerce et du crédit mobilier échapperaient à toute sanction pénale. Dans tous les cas, les infractions pouvant être sanctionnées doivent correspondre à une fraude, à une abstention, à une déclaration inexacte ou

mensongère, ou à une production de faux documents, etc. (*Sur le sujet, voy. A. P. Santos, OHADA – Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Bruylant 2008, p. 228 et 238*).

141. Une loi nationale peut prévoir une sanction pénale (*amende, par exemple*) en cas d'abstention d'un assujetti à se faire immatriculer sur le Registre du commerce et du crédit mobilier. De même, l'abstention à compléter ou à rectifier une inscription ou encore à procéder à une radiation pourrait être érigée en une infraction pénale. Dans cette perspective, la réforme des codes pénaux des États membres est plus qu'attendue à la suite de l'adoption des Actes uniformes de l'OHADA en vue de garantir une meilleure efficacité du droit des affaires, en général, et de la publicité légale, en particulier.

142. La fraude en tant qu'un acte accompli de mauvaise foi dans le but de tromper de surprendre son vis-à-vis peut s'observer dans l'accomplissement des formalités d'inscription des sûretés mobilières sur le Registre du commerce et du crédit mobilier. Elle peut être constituée par une déclaration ou une mention frauduleuse. La fraude peut résulter aussi des pièces justificatives produites. Les faux documents pourraient non seulement être incriminés dans le cadre d'une fraude, mais aussi dans le cadre d'une infraction autonome : la répression des faux.

143. L'altération matérielle ou intellectuelle d'une pièce requise à une formalité d'immatriculation, de déclaration ou d'inscription d'une sûreté sur le Registre du commerce et du crédit mobilier peut s'accompagner d'une sanction pénale lorsque la production et l'usage du faux sont constatés. La falsification de pièces d'état civil ou des statuts, ou encore des autorisations administratives peut appeler une sanction pour faux et usage de faux. Pour le détail, il faut se rapporter au code pénal de chaque État membre de l'OHADA.

Santos AKUETO PEDRO
Komi ALEMAWO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Assujetties 3, 4, 7, 9, 32, 42, 48, 70,
111, 122, 124, 139
- Commerçants 3
- Intermédiaire de commerce 44

- Sociétés commerciales 4, 6, 17,
32, 43, 45, 46, 47, 48, 57, 112,
124, 129

- Sociétés civiles 7, 42, 45, 46, 49

- Succursales 4, 32, 46, 47, 73,
77, 86

- GIE 32, 48, 57, 112, 122, 124,
129

C

Cession de créance à titre de garantie
69, 93

Commerçant 6, 25, 42, 43, 58, 62, 73,
101, 123, 124, 127, 128, 133, 134
- Personne physique 3, 8, 126
- Personne morale 3, 8, 126

Compétence 13, 39, 41, 93
- Ratione materiae 13, 39
- Ratione loci 13, 39

Crédit 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 13,
20, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 32, 33,
34, 35, 36, 38, 39, 41, 42, 43, 45,
46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 57,
58, 59, 60, 62, 63, 64, 66, 67, 68,
69, 70, 72, 74, 75, 76, 79, 80, 81,
82, 91, 94, 98, 100, 109, 114, 115,
117, 120, 121, 123, 130, 133, 137,
139, 140, 141, 142, 143

Crédit-bail 27, 29, 59, 70, 79, 95, 103

D

Dossier individuel 17, 26, 27, 88, 89,
95

Droit de rétention 59

E

Entreprenant 2, 4, 49, 50, 55, 56, 122,
128

F

Fichier national 2, 12, 21, 22, 23, 24,
25, 26, 27, 28, 29, 31, 89

Fichier régional 2, 12, 21, 22, 26, 27,
28, 29, 30, 31, 89

G

Greffe 12, 13, 15, 26, 34, 38, 40, 43,
79, 83, 85, 87, 89, 93, 97, 118
- CCJA 30, 31, 88, 89, 102

- Jurisdiction compétente 12, 13,
16, 18, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41,
43, 73, 85, 87, 89, 93, 94, 97,
101, 103, 105, 106, 108

H

Hypothèque 24, 27, 29, 59, 105

I

Immatriculation 2, 4, 7, 8, 9, 25, 32,
39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49,
50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 72, 73,
78, 83, 85, 87, 88, 93, 95, 103,
111, 115, 119, 122, 124, 127,
129, 140, 143

Inscription initiale 73, 74, 78, 79,
96, 97, 131,

- Ulérieure 74, 79, 87, 89

- Complémentaire 73, 77, 78

Inscription des sûretés 4, 9, 10, 52,
58, 59, 72, 83, 91, 92, 95, 98,
100, 105, 114, 132

N

Nantissement 39, 60, 61, 62, 64, 66,
79, 93, 97

- Droits d'associés et valeurs
mobilières 61

- Fonds de commerce 43, 60, 79,
93, 133

- Stock 62, 64, 79, 93

- Créance 66, 68, 69, 93, 95, 98, 108

- Compte bancaire 66

P

Privilège légal 68

- du trésor 67, 68, 79, 93

- de la douane 67

Publicité 1

- Légale 4, 6, 8, 9, 28, 31, 49, 109,
111, 114, 118, 132, 133, 134,
141

- Journal d'annonce 4, 112

- Consultation 118, 119

R

RCCM 1, 2, 24, 25, 26, 27, 34, 36,
38, 39, 45, 47, 49, 50, 51, 58, 59,
61, 65, 66, 67, 69, 70, 74, 82, 90,
91, 92, 93, 94, 95, 98, 102, 105,
106, 111, 113, 119, 121, 138

Refus 36, 101, 136, 137

Registre d'arrivée 14, 15, 16, 27,
29, 37,

Registre des agents commerciaux
Registre local 4, 9, 12, 13, 14, 15,
17, 20, 118,

Rejet 85, 136, 137

Répertoire alphabétique 16, 20, 27,
29

Répertoire numérique 16

Retrait 101, 133, 136, 137

S

Sanction 137, 138, 140, 141, 143

- renvoi à la loi nationale et à la
réglementation spéciale 140

Sûretés 4, 10, 24, 27, 29, 39, 52, 58,
59, 60

Surveillance du greffe 40

RÈGLEMENT PRÉVENTIF

Table des matières

Introduction n° 1-13

Chapitre 1 : **Ouverture de la procédure** n° 14-41

Section 1 - **Conditions d'ouverture de la procédure** n° 15-30

§1 - Décision de recourir au règlement préventif n° 15

§2 - Accès au règlement préventif n° 16-19

A - Activité et forme de l'entreprise n° 16

B - La situation économique et financière difficile n° 17-19

§3 - Demande de règlement préventif n° 20-30

A - Requête en règlement préventif n° 20-28

B - Offre de concordat préventif n° 29-30

Section 2 - **Effets attachés à l'ouverture de la procédure de règlement préventif** n° 31-41

§1 - Rôle du président de la juridiction compétente à l'ouverture de la procédure n° 31

§2 - Entreprise en difficulté sous protection judiciaire n° 32-36

A - Décision de suspension des poursuites individuelles n° 32-34

B - Restrictions aux droits du débiteur n° 35-36

§3 - Expertise sur la situation économique et financière de l'entreprise n° 37-41

A - Désignation d'un expert n° 37

B - Statut de l'expert n° 38-40

C - Mission de l'expert n° 41

Chapitre 2 : **Effets et exécution de la procédure** n° 42-99

Section 1 - **Concordat préventif** n° 42-88

§1 - Généralités n° 42-54

§2 - Formation n° 55-74

A - Négociation n° 56-57

B - Contenu définitif n° 58-71

C - Rôle décisif de l'expert n° 72-73

D - Forme et la preuve du concordat préventif n° 74

§3 - Homologation du concordat préventif n° 75-78

§4 - Refus d'homologation du concordat préventif n° 79

§5 - Effets du concordat préventif n° 80-83

A - Effets sur l'expert n° 80

B - Effets sur les créanciers n° 81-83

§6 - Remise en cause du concordat préventif n° 84-88

A - Annulation n° 85

B - Résolution n° 86

C - Effets de l'annulation et de la résolution n° 87

D - Caducité n° 88

Section 2. **Décision de règlement préventif** n° 89-99

§1 - Effet sur la situation du débiteur n° 89

§2 - Organes mis en place n° 90-93

A - Syndic n° 91-92

B - Juge-commissaire n° 93

§3 - Publicité de la décision de règlement préventif n° 94-95

Section 3 - **Voies de recours** n° 96-99

Bibliographie

- AGBÉNOTO (K.M.), Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives, thèse, droit, Lomé, Le Mans, 2008 ;
- MBAYE (M.N.), « Réflexions sur la modification du concordat préventif », *Rec. Penant*, n° 870, janv.-mars 2010 ;
- NGUIHE KANTÉ (P.), « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *Penant*, n° 838, Janv./mars 2002 ;
- OHADA. *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Poitiers, Juriscope, 2008, 3^e éd.
- ROUSSEL-GALLE (Ph.), « OHADA et les difficultés des entreprises : Étude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif », *RJ com.* 2001 ;
- POUGOUÉ (P.G.), KUATÉ TAMEGHÉ (S.S.), Les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA, Paris, L'Harmattan, coll. Études africaines, 2010 ;
- SAWADOGO (F.M.), Droit des entreprises en difficulté, Bruxelles, Bruylant, Juriscope, 2002.

Introduction

1. Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de

son passif au moyen d'un concordat préventif (*art. 2 AUPCA*). Il vient remplacer et tend à rendre plus efficace :

- en premier lieu, la procédure de suspension provisoire des poursuites issue de l'ordonnance française du 23 septembre 1967 (*ord. n° 67-820 tendant à faciliter le redressement économique et financier de*

certaines entreprises) que certains États parties au Traité de l'OHADA avaient reprise *mutatis mutandis* dans leur législation ;

- en second lieu, le règlement amiable de la loi française du 1^{er} mars 1984 (*L. n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*), adopté par le Gabon.

2. Le règlement préventif est inspiré par des solutions anciennes qui s'appliquaient aux entreprises en difficulté sans être encore en état de cessation des paiements. Il rappelle, toutes proportions gardées, le règlement amiable, institué, en droit français, par la loi du 1^{er} mars 1984 précitée. Cette procédure avait pour but de permettre de sauver certaines entreprises par des moyens contractuels. L'idée est de favoriser un accord entre l'entreprise en difficulté et ses principaux créanciers avant que la cessation des paiements ne rende inévitable l'ouverture d'une procédure judiciaire. Les précédents historiques n'appellent cependant pas à l'optimisme. Le concordat amiable du décret français du 22 août 1848 disparaît dès 1849 (*P.-Cl.-J.-B. Bravard-Veyrières, Assemblée nationale législative. Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition tendant à mettre un terme à l'application du décret du 22 août 1848 sur les concordats amiables, préc. ; P.-Cl.-J.-B. Bravard-Veyrières, art. préc.*) avant d'être ressuscité en 1870 pour une courte période de trois ans. Le règlement transactionnel de la loi du 2 juillet 1919 (*D.P. 1919, 4, 321 ; cette loi a été modifiée par une loi du 28 avril 1922, D.P. 1923, 4, 227*) ne couvrit rétroactivement que la période de la Première guerre mondiale. L'application de ces dispositions prit fin le 10 janvier 1923.

3. Le règlement amiable homologué du décret-loi du 31 août 1937 s'acheva dès le 31 décembre 1938. Intrinsèquement le règlement amiable ou le concordat amiable s'est révélé une institution malheureuse. C'est ainsi que le règlement transactionnel de la loi du 2 juillet 1919 est resté dans l'histoire sous le nom « d'escroquerie légale », et que la dernière expérience, celle du règlement amiable homologué du décret-loi du 31 août 1937 (*D.P. 1937, 4, 242*) ne reçut qu'un accueil très froid. (*F. Derrida, Concordat préventif en droit français, Mélanges J. Hamel, Dalloz, 1961, p. 493*). Ce règlement a pris fin le 31 décembre 1939.

Malgré l'opinion favorable qui a été émise en 1950 à la commission de réforme du Code de commerce (*Travaux, t. 1, p. 266 et t. 3, p. 496*), le concordat préventif n'a pas été introduit dans le droit français par le décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires.

4. Le règlement amiable de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 (relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises) n'a pas produit les effets escomptés par ses rédacteurs, si ce n'est au travers de la crise du secteur immobilier parisien survenue en 1991.

5. Aussi, la loi française n° 94-475 du 10 juin 1994, relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, est-elle venue modifier les articles 35 à 37 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984. Cette loi (*L. n° 94-475 du 10 juin 1994*) a renforcé le rôle du juge tout en préservant la nature contractuelle de l'accord intervenant entre le débiteur et ses créanciers. Ce qui a fait dire qu'elle a éloigné le règlement amiable de la figure purement contractuelle, pour le rapprocher d'une conception plus judiciaire (*M. Jeantin, P. Le Cannu, Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprise en difficulté, Paris, Dalloz, 1999, 5^e éd, n° 475, note 1*).

Le règlement amiable a finalement été abandonné par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises qui l'a remplacé par une procédure de conciliation (*art. L. 611-4 C. com. ; V. à propos de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde*).

6. Un débiteur en difficulté peut s'adresser individuellement à ses créanciers et tenter de négocier des prorogations de délai et des remises de dettes. Consentis en ordre dispersé, ces accords ne constituent pas un concordat amiable. Mais, le débiteur peut aussi tenter de rallier, autour de ses propositions d'aménagement du passif, la totalité ou du moins la plupart de ses créanciers. Il y parviendra au moyen d'un concordat amiable. Généralement, les créanciers consentent des délais de paiement, parfois ils acceptent une remise partielle de dettes, rarement ils libèrent totalement le débiteur en échange de la cession, à leur profit, d'une partie de son actif. Le concordat amiable n'est soumis à aucun régime juridique particulier. Il est simplement aux conditions générales des contrats. Dès lors il n'est pas surprenant que la terminologie utilisée soit un peu flottante.

7. L'expression concordat ou pacte amiable met l'accent sur la manière dont se forme le contrat. Elle ne donne aucune indication relative au contenu de l'accord. Au contraire, lorsque l'on veut insister sur le contenu, notamment les délais de paiement consentis par les créanciers au débiteur, l'on parle de pacte d'atermolement ou de moratoire général. Dans les rares hypothèses où le concordat est obtenu grâce à une cession d'actif, le contrat est dit d'abandonnement ou de cession de biens volontaire. Il s'agit là, en dépit des variations de vocabulaire, d'un véritable concordat amiable.

8. Bien différent était le concordat judiciaire de la loi française du 13 juillet 1967 (*L. n° 67-563 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*). Il était voté par les créanciers qui se déterminaient par la voie de la majorité. En outre, il n'était acquis que par l'homologation du tribunal. A fortiori, le concordat amiable ne peut être confondu avec le plan de redressement de l'entreprise de la procédure de redressement judiciaire puisque les textes français de 1985 (*L. n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires, complétée par les*

décrets n°s 85-1387 et 85-1388 du 27 décembre 1985) prévoyaient que le tribunal « arrête » le plan. L'expression est de nouveau reprise par la loi française n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (*art. L. 626-13, art. L. 626-14 C. com.*).

9. À la différence du plan, le concordat amiable ne lie que les créanciers qui l'ont approuvé, et il ne produit pas d'effet sans homologation judiciaire. De plus, le débiteur ne peut proposer un concordat amiable que s'il n'est pas déjà en état de cessation des paiements. En effet, un débiteur en cessation des paiements doit obligatoirement déposer son bilan. Le caractère d'ordre public des procédures collectives anciennes (*liquidation des biens et règlement judiciaire*) et actuelle (*redressement judiciaire*) s'oppose à ce qu'un concordat amiable puisse être conclu alors que les conditions de déclenchement d'une procédure de « faillite » sont réunies.

10. La nature juridique du règlement amiable avait déjà suscité un débat en droit français. Les principaux arguments développés à cette occasion peuvent être repris en ce qui concerne le règlement préventif. Afin d'éviter les inconvénients du règlement ou de l'accord amiable (*v. à ce propos G. Endréo, op. cit., n° 2*), on a pensé à l'intervention d'une autorité judiciaire. Ainsi, le règlement transactionnel de 1919 était en réalité un concordat préventif judiciaire. En outre, le législateur français abandonne la logique du concordat purement amiable pour entrer dans celle du concordat judiciaire. Il passe insensiblement d'un mode contractuel à un mode juridictionnel de règlement des difficultés relatives aux entreprises.

11. Bien qu'on ait pu considérer que le juge intervenait alors en qualité de « notable » et qu'il soit incontestable que le stade de la négociation simplement privée ait été dépassé, cette procédure se situe à un stade pré-contentieux.

Si la nature du règlement amiable n'est pas exclusivement contractuelle, la nature même de l'intervention judiciaire est très incertaine. Il n'est pas sûr, en effet, que la figure de la juridiction gracieuse soit ici transposable. Si, pour reprendre une formule imagée, on se trouve très loin de la figure du juge-pacificateur, et si celle du juge-arbitre n'est pas admissible, le règlement amiable paraît caractériser l'existence d'une nouvelle forme de l'intervention judiciaire, celle du juge-entraîneur (*ou encore du juge-catalyseur*).

12. Si l'issue du règlement amiable de la loi française n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 est comparable à celle du règlement préventif de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, les moyens pour y parvenir sont sensiblement différents, puisque la suspension des poursuites individuelles est automatique en droit uniforme de l'OHADA, alors qu'elle est facultative et exceptionnelle en droit

français. À l'analyse, les solutions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif paraissent plutôt se rapprocher de celles de l'ordonnance française n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises.

13. Elle est double. C'est par le règlement préventif que vont se négocier les délais et remises de dettes accordés à l'entreprise par ses créanciers les plus importants. La contrepartie du sacrifice consenti par les créanciers apparaît dans la nécessité de prévoir un plan de restructuration de l'entreprise. De surcroît, le règlement préventif a été conçu pour servir de cadre aux diverses interventions administratives destinées au redressement des entreprises en difficulté. L'idée générale est, dès lors, de faire du règlement préventif la technique unique de négociation sur le sort des entreprises en difficulté.

L'idée de remédier aux défaillances des entreprises par des mesures préventives est ancienne. La pratique des concordats amiables au XIX^e siècle avait pour objectif d'éviter la mise en faillite du débiteur, mais les inconvénients qu'elle présentait et notamment le manque de garanties offertes aux créanciers avaient conduit la doctrine française à réclamer la mise en place de véritables mesures préventives. Le législateur français a répondu timidement à cette attente en 1967. Depuis lors, la prévention est au cœur des préoccupations législatives

Chapitre 1 : Ouverture de la procédure

14. Le règlement préventif a été conçu comme un processus purement volontaire. C'est au chef d'entreprise, et à lui seul, qu'il appartient de solliciter un règlement préventif. De la sorte, la décision de recourir au règlement préventif est volontaire. Elle conditionne l'intervention et le rôle du Président de la juridiction compétente.

Section 1 - Conditions d'ouverture de la procédure

Le commerçant ou le représentant légal des personnes morales décide dans les conditions fixées par l'article 2-1, al. 2 AUPC de recourir au règlement préventif. Il saisit à cette fin la juridiction compétente d'une demande.

§1 - Décision de recourir au règlement préventif

15. C'est au représentant légal de la personne morale ou au chef de l'entreprise individuelle qu'il appartient de saisir d'une telle demande le président de la juridiction compétente (*art. 5 AUPCAP*). Les dirigeants

sont totalement libres de solliciter un règlement préventif. Ce règlement ne peut jamais apparaître comme la conséquence d'une procédure d'alerte ou encore des questions écrites sur la situation sociale pouvant être posées par les associés. En pratique, cependant, le règlement préventif sera sollicité à la suite de demandes plus ou moins pressantes de certains créanciers (*M. Jeantin, P. Le Cannu, op. cit., n° 477*).

§2 - Accès au règlement préventif

L'AUPC a indiqué les caractéristiques du débiteur qui peut faire l'objet d'un règlement préventif. Un tel débiteur doit traverser une situation économique et financière difficile.

A - Activité et forme de l'entreprise

16. Le règlement préventif a le même champ d'application in personam, c'est-à-dire les mêmes justiciables que le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Il bénéficie aux commerçants personnes physiques et aux personnes morales de droit privé, même non commerçantes, y compris les entreprises publiques revêtant la forme d'une personne morale de droit privé (*art. 2-1, al. 2 AUPCAP*).

B - La situation économique et financière difficile

17. Il est devenu classique de distinguer la cessation de paiement des autres espèces de difficulté des entreprises.

La situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise est le critère d'ouverture du règlement préventif (*art. 2-1, al. 2 AUPCAP*). À la situation financière difficile, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ajoute la situation économique difficile. Ces deux types de difficultés sont-ils exigés cumulativement ? La question oppose les auteurs. Dans une première opinion, on fait valoir qu'il ne faut pas déduire des termes de l'article 2-1, al. 2 AUPCAP l'exigence cumulative d'une situation financière difficile et d'une situation économique difficile. La condition est alternative, c'est-à-dire l'une ou l'autre de ces situations difficiles suffit à ouvrir la procédure de règlement préventif (*K. M. Agbénoto, op. cit., n° 21*). L'interprétation littérale de l'article 2-1, al. 2 AUPCAP n'est cependant pas en ce sens. En effet, selon la lettre de l'article 2-1, al. 2 AUPCAP, le cumul des difficultés d'ordre économique et d'ordre financier est nécessaire. De la sorte, une lecture littérale commanderait de refuser le bénéfice du règlement préventif à une entreprise qui éprouverait des difficultés seulement économiques. Une telle solution est regrettable, mais elle n'est pas grave, puisque les difficultés financières ne

sauraient tarder, quand elles ne sont pas concomitantes. De même, une entreprise en proie à des difficultés seulement financières devrait se voir refuser le bénéfice de la procédure, encore faudrait que s'y ajoutent des difficultés économiques, ce qui obligerait alors à rechercher et à apprécier les causes de la situation difficile que traverse l'entreprise. Une telle lecture, fait-on valoir dans une deuxième opinion, est inopportune, tout particulièrement au regard du caractère subjectif du critère économique. « Une interprétation plus souple est préférable : le critère économique doit être entendu au sens large et toute difficulté, quelle que soit son origine, peut fonder une demande en ouverture de la procédure, si elle s'accompagne de difficultés financières ».

En fait, c'est essentiellement le critère financier qui commande le recours à une telle procédure, et c'est de son appréciation que dépend la décision de la juridiction compétente.

18. En visant aussi bien la situation financière difficile que la situation économique difficile, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif se démarque de l'ordonnance française n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises (*art. 1^{er}*) qui n'avait visé que la situation financière difficile, mais il se rapproche de la loi française du 1^{er} mars 1984 précitée qui, depuis la réforme de 1994, a également pris en compte le critère économique. Ceci autorise le débiteur à se prévaloir des difficultés liées à la conjoncture et au contexte économiques ou des difficultés financières qui ne peuvent être résolues par des moyens habituels de gestion.

Ceci étant précisé, l'entreprise doit être en état de précession des paiements, c'est-à-dire dans une situation financière difficile mais non irrémédiable. Le débiteur dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise peut assez généralement obtenir des crédits sérieux qui lui permettent de régler ses dettes exigibles (*Comp. Amiens, 8 juill. 1982, RJ com., 1983, 73, RTD com. 1983, 264 ; Paris, 28 avr. 1982, D. 1983, IR 82, obs. A. Honorat ; Aix, 16 avr. 1985, 264, Rev. Soc., 1987, 71, note Bousquet*).

19. La situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise est une notion juridico-économique qui correspond au constat de la non-cessation des paiements et à celui du maintien des chances de redressement. Elle est la conséquence, en général, de mauvais résultats d'exploitation se traduisant par un « endettement lourd, des fonds propres très faibles, un fonds de roulement détérioré, une politique d'investissement mal contrôlée, le financement d'immobilisations par des fonds à court terme... ».

À la différence de la cessation des paiements, on ne constate aucune manifestation financière dangereuse telle que l'arrêt matériel des paiements, des protêts. L'entreprise a encore du crédit auprès de ses banques

et de ses fournisseurs. Cette situation de fait, encore plus insaisissable que la cessation des paiements, n'est définie que négativement par rapport à elle ; l'entreprise se trouve ainsi menacée à court terme du point de vue financier.

D'un point de vue théorique, la situation financière difficile ne paraît pas aisée à définir et à mettre en œuvre. On a pu dire d'elle qu'elle est une cessation des paiements virtuelle et qu'en d'autres circonstances, cet état eût été reconnu.

§3 - Demande de règlement préventif

La demande de règlement préventif est faite sous la forme d'une requête qui doit être accompagnée ou suivie d'une offre de concordat préventif, sous peine d'irrecevabilité (*art. 7, al. 1^{er} AUPCAP*).

A. Requête en règlement préventif

20. Une requête à la seule initiative du débiteur. Le législateur de l'OHADA a réservé la faculté de demander l'ouverture de la procédure de règlement préventif au seul débiteur. Ph. Roussel-Galle a salué son réalisme. En effet, fait-il valoir, l'exclusion des créanciers paraît fondée, puisque l'entreprise n'étant pas encore en cessation des paiements, ils n'ont aucun intérêt à faire ouvrir une telle procédure. Il est peu probable qu'ils provoquent l'ouverture d'une procédure dont l'effet principal est de réduire leurs chances d'obtenir paiement de leurs créances. Tout au plus, aurait-on pu envisager, sous certaines conditions, d'étendre la faculté de saisine aux créanciers de salaires, sans doute intéressés au premier plan par la survie de l'entreprise, mais là encore il n'est pas certain que ceux-ci usent d'une telle possibilité.

21. L'exclusion du Ministère public et de la juridiction compétente –ou de son Président– peut surprendre. L'un et l'autre peuvent avoir connaissance des éventuelles difficultés de l'entreprise. De surcroît le Ministère public représente l'intérêt général qui commande un traitement précoce de la crise. Toutefois, permettre à la juridiction compétente de se saisir d'office ou au Ministère public de le saisir suppose à la fois une sécurité judiciaire accrue et une appréciation de la situation de l'entreprise qui ne relève pas de la compétence de ces deux organes. Si l'on s'accorde sur ce que la procédure doit être ouverte le plus tôt possible, une ouverture trop précoce ou inopportune risque de hâter la faillite du débiteur, puisque la procédure n'est pas confidentielle. Le débiteur est incontestablement le mieux à même d'apprécier la gravité de la situation de l'entreprise, et rien n'empêche le Ministère public, ou encore la juridiction compétente d'attirer son attention sur ce point.

22. L'Acte uniforme portant organisation des pro-

cédures collectives d'apurement du passif réserve la faculté de saisine au débiteur, sans autre précision sur cette qualité. Il faut en déduire qu'ont qualité pour agir, les commerçants personnes physiques, mais également les dirigeants de droit des personnes morales et leurs représentants. En revanche, des doutes subsistent quant aux dirigeants de fait. Il faut pour les dissiper convoquer les articles 194 et 197 AUPCAP qui disposent qu'encourent la faillite personnelle, les dirigeants des personnes morales «... de droit ou de fait, rémunérés ou non, apparents ou occultes », s'ils ont « commis des actes de mauvaise foi, imprudences inexcusables ou infractions graves, aux règles et usages du commerce ». Ce qui est notamment le cas dans l'hypothèse de la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire l'entreprise qu'à la cessation des paiements » (*art. 197, 5^o AUPCAP*).

23. Les dirigeants de fait doivent donc nécessairement avoir qualité pour agir. De plus, le caractère préventif de la procédure qui commande une intervention précoce, s'accommode fort bien d'une appréciation large de la qualité pour agir. Toutefois, il serait abusif de faire une application systématique de ces sanctions pénales du seul fait de l'absence ou du caractère tardif de la saisine, qui ne peuvent à eux seuls caractériser les actes visés par l'article 197 AUPCAP. Pour fonder une sanction pénale, un défaut de diligence doit par exemple être accompagné d'une poursuite abusive de l'exploitation, ce qui suppose une appréciation délicate et casuistique. Parallèlement, même si une procédure d'alerte a été déclenchée conformément à l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le débiteur ne pourrait être tenu de demander l'ouverture de la procédure préventive. À l'inverse, l'absence d'alerte ne lui interdit pas de recourir à cette procédure. Parce qu'il est le mieux à même d'apprécier la situation de l'entreprise, le débiteur reste donc seul à pouvoir décider de l'opportunité de la saisine, et il sera bien difficile et sans doute inopportun de rechercher sa responsabilité en se prévalant de son manque de diligence.

24. Description de la requête en règlement préventif. Si l'opportunité du moment est librement appréciée par les dirigeants de l'entreprise, la demande, aux termes de l'article 5, al. 1^{er} AUPCAP doit être formée par requête et doit comporter un certain nombre de renseignements.

En effet, la juridiction compétente (*le tribunal de première instance ou le tribunal de grande instance, selon les États de l'espace OHADA*) est saisie par requête du débiteur, adressée précisément au président de la juridiction et déposée contre récépissé au greffe de cette juridiction.

25. La requête expose, en premier lieu, la situation économique et financière de l'entreprise qui doit être difficile, mais non irrémédiablement compromise, en

second lieu, les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif. Par ailleurs, la requête indique les créances pour lesquelles le débiteur demande la suspension des poursuites individuelles. Cela suppose que le débiteur connaisse l'étendue de son passif et les caractéristiques de ses dettes : montant plus ou moins élevé, exigibilité immédiate ou à terme, existence ou non de sûreté, importance du bien servant d'assiette à la sûreté, etc.

26. Le règlement préventif permet à un débiteur *in bonis* de ne pas payer momentanément ses dettes. Il est, de ce fait, susceptible d'abus. Plus nettement, des débiteurs peuvent y recourir à titre dilatoire. Pour éviter ou limiter ces abus, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (art. 5, al. 3) dispose qu'aucune requête en règlement préventif ne peut être présentée par le débiteur avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant une précédente requête ayant abouti à une décision de règlement préventif.

27. Documents joints à la requête et informations nécessaires. Le demandeur d'un règlement préventif doit déposer, en même temps que la requête (art. 6 AUPCAP) :

- un extrait d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- les états financiers de synthèse comprenant notamment le bilan, le compte de résultat, un tableau financier des ressources et des emplois ;
- un état de trésorerie ;
- l'état chiffré des créances et des dettes avec indication du nom et du domicile des créanciers et des débiteurs ;
- l'état détaillé, actif et passif, des sûretés personnelles et réelles données ou reçues par l'entreprise et ses dirigeants ;
- l'inventaire des biens du débiteur avec indication des biens mobiliers soumis à revendication par leurs propriétaires et de ceux affectés d'une clause de réserve de propriété ;
- le nombre des travailleurs et le montant des salaires et des charges salariales ;
- le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices imposables des trois dernières années ;
- le nom et l'adresse des représentants du personnel ;
- s'il s'agit d'une personne morale, la liste des membres solidairement responsables des dettes de celle-ci, avec indication de leurs noms et domiciles ainsi que les noms et adresses de ses dirigeants.

28. Tous ces documents doivent être datés, signés et certifiés conformes et sincères par le requérant (art. 6, al. 2 AUPCAP). Dans le cas où l'un de ces documents ne peut être fourni, ou ne peut l'être que de façon incomplète, la requête doit contenir l'indication des motifs de cet empêchement (art. 6, al. 3 AUPCAP).

La requête et les documents susvisés doivent être

accompagnés ou suivis d'une offre de concordat préventif.

B - Offre de concordat préventif

29. L'offre de concordat préventif est présentée par le débiteur (art. 7, al. 1^{er} AUPCAP). Elle doit préciser les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise ou plus exactement pour éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité. Un tel redressement ne doit pas être confondu avec le redressement judiciaire qui s'ouvre après la cessation des paiements. L'article 7 de l'AUPCAP énumère, à titre indicatif, des exemples de mesures ou conditions de redressement de l'entreprise. Il s'agit :

- en premier lieu, des modalités de continuation de l'entreprise telles que la demande de délais et de remises ; la cession partielle d'actif avec indication précise des biens à céder ; la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce ; la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise, sans que ces modalités soient limitatives et exclusives les unes des autres ;
- en deuxième lieu, de l'indication des personnes tenues d'exécuter le concordat et l'ensemble des engagements souscrits par elles et nécessaires au redressement de l'entreprise ; les modalités du maintien et du financement de l'entreprise, du règlement du passif né antérieurement à la décision prévue à l'article 8 AUPCAP, ainsi que, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution ; ces engagements et garanties peuvent consister, notamment, en la souscription d'une augmentation du capital social par les anciens associés ou par de nouveaux, l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers, la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la requête, la fourniture de cautions ;
- en troisième lieu, des licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail ;
- en quatrième lieu, du remplacement des dirigeants.

En définitive, l'offre de concordat doit prévoir, d'une part, les mesures tendant à la continuation de l'entreprise et à son assainissement, d'autre part, les modalités et garanties du règlement de son passif. L'offre de concordat préventif doit être déposée en même temps que les documents accompagnant la requête ou au plus tard dans les trente (30) jours qui suivent le dépôt des documents (art. 7 AUPCAP). Hors ce délai, l'offre est irrecevable.

La proposition de concordat préventif déposée est transmise, sans délai, au Président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles.

En récapitulant, l'offre de concordat doit prévoir,

d'une part, les mesures tendant à la continuation de l'entreprise et à son assainissement, d'autre part, les modalités et garanties du règlement de son passif.

30. L'offre de concordat préventif doit être déposée en même temps que les documents accompagnant la requête ou au plus tard dans les trente (30) jours qui suivent le dépôt des documents. Si ce délai expire, l'offre est irrecevable (*art. 7, al. 1^{er} AUPCAP*). Le délai d'un mois pour déposer une offre de concordat préventif peut paraître trop court au regard du contenu d'une offre sérieuse (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 71, p. 63*). Cela tend à réserver la procédure aux entreprises bien structurées, dont les dirigeants sont avertis. Cependant le court délai imposé par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif n'est pas fondamentalement un inconvénient. En effet, son point de départ est l'introduction de la requête. Or, le législateur n'a imposé aucun délai pour introduire la requête. La seule exigence est que l'entreprise ne soit pas encore en état de cessation des paiements. Il paraît donc conseillé au débiteur d'élaborer son offre de concordat préventif avant d'introduire sa requête si la situation financière de l'entreprise l'y autorise.

Section 2 - Effets attachés à l'ouverture de la procédure de règlement préventif

Selon l'article 8 AUPCAP, la proposition de concordat préventif est transmise dès son dépôt et sans délai au président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles et désigne un expert.

§1 - Rôle du président de la juridiction compétente à l'ouverture de la procédure

31. La lettre de l'article 8 AUPCAP, ne paraît laisser aucune liberté d'appréciation au Président de la juridiction compétente en ce qu'elle affirme que « dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, celle-ci est transmise sans délai, au Président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension provisoire des poursuites individuelles... ». Il doit, certes, vérifier préalablement que le demandeur entre dans le champ d'application personnel, mais il paraît qu'il ne doit pas se prononcer sur l'état des difficultés de l'entreprise. Il n'est pas certain en outre qu'il puisse fonder un éventuel refus sur le manque de sérieux apparent du projet de concordat. Au demeurant, l'article 22 AUPCAP, précise que la décision de suspension des poursuites individuelles n'est susceptible d'aucune voie de recours. De l'interprétation a contrario de cette disposition, il résulte qu'une décision refusant l'ouverture de la procédure de règlement préventif est soumise aux recours de droit commun.

§2 - Entreprise en difficulté sous protection judiciaire

L'entreprise en difficulté est placée sous protection judiciaire. Ceci se traduit par la suspension des poursuites individuelles et par les restrictions aux droits du débiteur.

A - Décision de suspension des poursuites individuelles

La suspension des poursuites individuelles est le but poursuivi par le débiteur à travers l'introduction de sa requête. La décision de suspension des poursuites individuelles concerne les créanciers, mais elle entraîne également des restrictions aux droits du débiteur.

32. Le domaine de la suspension des poursuites individuelles est étendu. Prévues à l'article 8 AUPCAP, la décision qui suspend toutes les poursuites individuelles tend à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à ladite décision (*art. 9 AUPCAP*). On peut en tirer les conséquences suivantes (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 72 ; Ph. Roussel-Galle, art. préc., n°s 32 et suiv., pp. 66-68*) :

D'abord, la suspension concerne toutes les créances antérieures à la décision de suspension à la condition qu'elles aient été visées dans la requête du débiteur ; celui-ci doit donc veiller à ne pas oublier de mentionner les créances importantes dont les demandes de paiement pourraient accroître les difficultés de l'entreprise. Il faut déduire de la règle que tous les créanciers sont concernés, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés ou munis de sûretés réelles spéciales. Il y a intérêt à rappeler que pour les créances dont la suspension n'aura pas été sollicitée, le débiteur peut, en principe, obtenir des délais de paiement dans les conditions de l'article 1244-1 C. civ., autrement dit, sur un fondement autre que le règlement préventif ;

Ensuite, il n'y a pas lieu de distinguer suivant que les poursuites sont engagées avant ou après la décision de suspension ; il suffit qu'elles n'aient encore produit aucun effet définitif ;

Enfin, la suspension s'applique aussi bien aux demandes en paiement qu'à l'exercice de voies d'exécution, qui intéressent les créanciers munis de sûretés réelles spéciales ou possédant un titre exécutoire. L'exercice des voies d'exécution peut compromettre le redressement ou l'assainissement de l'entreprise s'il aboutit à la saisie et à la vente d'un ou de plusieurs biens indispensables à la poursuite de l'activité. C'est certainement pour cette raison que l'Acte uniforme suspend même les saisies conservatoires (*art. 9, al. 2 AUPCAP*).

33. La suspension ne s'étend pas :

- aux actions tendant à la reconnaissance de créances ou de droits contestés, ni aux actions cambiales dirigées contre les signataires d'effets de commerce,

autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites individuelles (*art. 9, al. 4 AUPCAP*) ; de telles actions ne rompent pas l'égalité entre les créanciers ou découlent de la rigueur du droit cambiaire ;

- aux créanciers de salaires (*art. 9, al. 3 AUPCAP*), sans doute en raison du caractère alimentaire de leurs créances ;
- aux poursuites pénales en raison de l'autonomie du droit pénal ;
- aux créances nées régulièrement après la décision de suspension (*art. 9, al. 1^{er} AUPCAP, a contrario*) ; celles-ci seront payées à leur échéance ; mais il est à craindre que tous les créanciers postérieurs n'exigent un paiement au comptant ; l'idée est certainement que le débiteur, momentanément débarrassé ou déchargé de son passif, doit être en mesure de faire ponctuellement face aux nouvelles dettes (*F. M. Sawadogo, op. cit., n° 73*).

34. De plus, sauf remise par les créanciers, les intérêts légaux et conventionnels ainsi que les intérêts moratoires et les majorations continuent de courir, mais ne sont pas exigibles (*art. 10 AUPCAP*). La règle est expliquée par le fait que l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements. Elle tranche avec la règle de l'arrêt du cours des intérêts applicable en cas de redressement judiciaire et de liquidation des biens (*art. 77 AUPCAP*).

B - Restrictions aux droits du débiteur

35. Corrélativement aux limitations qui frappent les créanciers, le débiteur voit sa liberté d'action limitée. Bien entendu, l'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période de suspension, ce qui est de nature à faciliter l'assainissement de l'entreprise. Toutefois, la poursuite de l'activité ne doit pas offrir au chef d'entreprise l'occasion de prendre des mesures défavorables aux créanciers ou qui lèsent ou compromettent leurs intérêts. C'est pourquoi, sauf autorisation motivée du président de la juridiction compétente, il est interdit au débiteur, sous peine d'inopposabilité de droit (*art. 11 AUPC*) :

- de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles et visées par celle-ci : ce serait rompre l'égalité entre les créanciers antérieurs ; cette règle ne paraît toutefois pas applicable aux créances salariales. Au demeurant, il est légalement possible au débiteur d'accorder un traitement de faveur à un créancier antérieur : il suffit de ne pas faire figurer sa créance parmi celles dont on demande la suspension ;
- de libérer ou de désintéresser les cautions qui ont acquitté des créances nées antérieurement à la décision de suspension ; cette hypothèse se ramène à la précédente puisque la caution qui a payé prend la place du créancier ;

- de consentir des actes de disposition étrangers à l'exploitation normale de l'entreprise ; il en serait ainsi, par exemple, de la vente d'un immeuble nécessaire à l'exploitation ou de stocks de matières premières entrant dans la production ;
- de consentir une sûreté conventionnelle quelconque ; une telle mesure renforce le respect de l'égalité entre les créanciers.

36. La violation des dispositions de l'article 11 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif est sanctionnée :

1/ au plan civil, par l'inopposabilité de droit, qui permet d'ignorer l'acte irrégulier ; par exemple, le créancier qui a reçu paiement doit rapporter le montant encaissé ; l'acheteur irrégulier d'un bien doit le restituer. On se demande s'il pourra obtenir remboursement du prix s'il a été payé entre les mains du débiteur et que la somme ne se retrouve pas dans la « caisse de la procédure » ;

2/ au plan pénal, par la banqueroute frauduleuse dont est frappé le débiteur (*art. 233, 2, 2° AUPCAP*).

§3 - Expertise sur la situation économique et financière de l'entreprise

La juridiction compétente nomme un expert. Le statut et la mission de cet expert sont fixés par l'AUPCAP.

A - Désignation d'un expert

37. Par la décision qui prononce la suspension des poursuites individuelles, la juridiction compétente désigne un expert pour lui faire rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif (*art. 8, al. 1^{er} AUPCAP*).

B - Statut de l'expert

38. L'expert est soumis aux dispositions des articles 41 et 42 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Ces articles sont en réalité relatifs à la nomination et à la révocation du syndic. Dans certaines de leurs dispositions ces mêmes articles sont difficilement transposables à l'expert dans la mesure où, en premier lieu, la pluralité d'experts n'est pas prévue, en second lieu, le juge-commissaire, à cette étape de la procédure, n'est pas encore nommé.

Ceci étant précisé, il se déduit des deux dispositions convoquées que l'expert ne peut être ni un parent, ni un allié du débiteur jusqu'au quatrième degré inclusivement. Sa révocation peut être prononcée par la juridiction compétente, soit d'office, soit sur les réclamations qui

lui sont adressées par le débiteur ou par les créanciers. Il est informé de sa mission par lettre recommandée ou par tout autre moyen laissant trace écrite du président de la juridiction compétente ou du débiteur dans le délai de huit (8) jours suivant la décision de suspension des poursuites individuelles (*art. 8, al. 3 AUPCAP*).

39. L'expert a droit à une large information (*art. 12-1 AUPCAP*). Il peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par le commissaire aux comptes, les comptables, les représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales, les établissements bancaires ou financiers, ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

40. L'expert a droit à une rémunération en tant qu'auxiliaire de justice, même si l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif est, à ce propos, muet. D'une manière générale, dans la plupart des États parties au Traité de l'OHADA, la fonction de syndic n'est pas réglementée, aussi bien au plan des aptitudes et de la moralité requises qu'au plan de la rémunération accordée. Cette situation est de nature à compromettre le déroulement et le dénouement de la procédure.

C - Mission de l'expert

41. L'expert est le garant du bon déroulement de la procédure de règlement préventif. L'une de ses missions est de signaler les manquements à l'article 11 AUPCAP qui interdit au débiteur d'accomplir ou de consentir certains actes.

La mission principale de l'expert est de faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers sur les modalités de redressement de l'entreprise et de l'apurement de son passif (*délais de paiement, remises*). A cet effet, il entend le débiteur et les créanciers et leur prête ses bons offices (*art. 12. 3 AUPCAP*). Le cadre de la mission n'est pas exactement précisé par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Ceci a fait dire que cette mission n'est pas très juridique. Il n'est pas douteux qu'elle va porter sur les éléments de l'offre de concordat tels que prévus à l'article 7 AUPCAP. Il paraît intéressant de rapprocher l'expert du conciliateur prévu dans la loi française du 1^{er} mars 1984 relative au règlement amiable. En effet, le conciliateur n'est pas chargé d'administrer l'entreprise en difficulté, ni même de négocier directement les termes du règlement amiable. Sa mission est uniquement d'animer une négociation, à laquelle il n'est nullement partie (*art. 36, al. 1^{er}, L. 1^{er} mars 1984*).

Dans le cadre de sa mission principale, l'expert élabore un rapport contenant le concordat préventif proposé par le débiteur ou conclu entre lui et ses créanciers, au plus tard dans les deux mois de sa saisine. Mais ce délai peut être prorogé d'un mois sur autorisation motivée du président de la juridiction compétente. L'expert engage sa responsabilité civile envers le débiteur ou les créanciers en cas de non-respect du délai ci-dessus indiqué.

Le rapport d'expertise, en double exemplaire, doit être déposé dans ce même délai au greffe de la juridiction compétente. Un exemplaire est transmis au ministère public par le greffier en chef.

Chapitre 2 : Effets et exécution de la procédure

Traiter des effets et de l'exécution de la procédure incline à étudier notamment le concordat préventif et la décision de règlement préventif.

Section 1 - Concordat préventif

Le concordat préventif est un acte juridique typique. Sa formation est subordonnée à des règles juridiques précises. Il paraît intéressant d'en décrire le processus de formation. Il ne développe ses effets qu'après homologation. Naturellement, le refus d'homologation en contrarie le dénouement heureux. En outre, même homologué, il peut être remis en cause.

§1 - Généralités

42. Le concordat (*Lat. médiév. Concordatum, dér. du V. concordare : s'accorder*) est une convention conclue entre le débiteur et ses créanciers, chirographaires et privilégiés (*Rappr. G. Cornu, Vocabulaire juridique, préc., v^o « Concordat », I*), en vue d'obtenir des délais de paiement et éventuellement des remises de dette. Il peut prévoir, soit un règlement intégral des créances, mais avec des délais plus ou moins longs, soit éventuellement un remboursement partiel immédiat (*dividende concordataire*), soit le plus souvent une combinaison de ces deux solutions (*ou procédés*).

43. En mettant l'accent sur la manière dont se forme la convention, on distingue traditionnellement le concordat amiable du concordat judiciaire. Le premier échappe à l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (*AUPC*). Le second est prévu et réglementé par cet Acte uniforme.

44. Le concordat amiable n'est soumis à aucune dis-

position législative particulière. Il obéit au droit commun des contrats. La jurisprudence française a toujours admis la validité du contrat conclu (*avant tout jugement de faillite ou de liquidation judiciaire*) par un débiteur et ses créanciers, accordant certaines facilités au débiteur : délais, remises (*Agen, 23 juin 1859, D.P. 1859, 2, 175; Req. 17 oct. 1939, motifs, D.H. 1940, 3*).

Le concordat amiable n'est valable que lorsqu'il est conclu avant tout jugement déclaratif. Il n'est pas un contrat collectif ; sa formation n'obéit pas à la loi de la majorité. Les créanciers minoritaires qui refusent d'adhérer au concordat amiable ne sont aucunement liés. Le concordat amiable reste un contrat ; il s'analyse donc en un faisceau de contrats individuels ; seuls les signataires de l'accord sont engagés. Encore faut-il, pour que l'accord produise des effets de droit, que les conditions de validité des contrats soient respectées. On comprend alors qu'il ne soit pas visé par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

45. Deux types de concordat sont réglementés par l'Acte uniforme précité. Le premier est dit « préventif » (*art. 7 AUPCAP*). Il est préventif de l'état de cessation des paiements. Il est l'aboutissement du règlement préventif. Le second est dit « concordat de redressement » ou « concordat de redressement judiciaire » (*art. 119 AUPCAP*). Il est « *une convention conclue entre le débiteur et ses créanciers, chirographaires et privilégiés, avec homologation de justice destinée à garantir son sérieux et sa viabilité, convention par laquelle le débiteur présente un plan de règlement du passif et de redressement de l'entreprise qu'il exécutera une fois remis à la tête de ses affaires* ».

46. Le concordat préventif et le concordat de redressement sont élaborés dans un cadre judiciaire ; ils ont un caractère collectif. Une décision rendue par la cour d'appel d'Abidjan a pris position sur la nature juridique du concordat préventif (*CA Abidjan, arrêt n° 1129 du 8 nov. 2002, Jean Mazuet C/GOMP-CI, cité par F. M. Sawadogo sous art. 18 AUPCAP, in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, Poitiers, 3^e éd. 2008, p. 909; Obadata J-03-291*). En l'espèce, Jean Mazuet a interjeté appel contre une ordonnance de référé rendue le 11 mars 2002 par la juridiction présidentielle du tribunal d'Abidjan. Cette décision a ordonné la mainlevée d'une saisie attribution pratiquée à l'encontre de la société GOMP-CI. Dans son acte d'appel, Jean Mazuet reproche au premier juge d'avoir violé les dispositions de l'article 222 du Code de procédure civile en passant outre l'existence d'un arrêt qui lui reconnaissait la possibilité d'exercer des poursuites contre la société GOMP-CI. En outre, l'appelant relève que le concordat préventif n'ayant aucun caractère obligatoire à l'égard des créanciers qui n'y ont pas consenti, n'a par conséquent aucun effet sur ceux-ci. Il explique

cette solution par l'absence de masse de créanciers en matière de règlement préventif.

La Cour d'appel d'Abidjan a jugé que le concordat préventif a une nature contractuelle qu'il conserve même après son homologation par le tribunal. La solution peut globalement être étendue au concordat de redressement. Même si elle ne met pas fin à la controverse, il faut saluer la prise de position des conseillers de la Cour d'appel d'Abidjan dans l'arrêt précité, car la détermination de la nature juridique du concordat n'a pas paru aisée.

47. La question de la nature juridique du concordat a donné lieu à de vives controverses fondées notamment sur l'opposabilité du concordat aux créanciers qui n'y ont pas volontairement consenti. À la réponse à cette question sont attachés des intérêts importants, notamment l'étendue des pouvoirs d'homologation de la juridiction compétente.

Les opinions sont contrastées. Elles varient entre l'acte judiciaire ou à caractère judiciaire et le contrat ;

48. Des auteurs se sont prononcés en faveur du caractère exclusivement judiciaire du concordat (*Chéron, art. préc., 24 et suiv.*). Il y a intérêt à exposer brièvement les arguments développés : il ne peut y avoir de contrat sans consentement ; s'imposant à ceux qui n'y ont pas donné leur adhésion, et même qui s'y sont opposés, le concordat tire sa force obligatoire de la décision d'homologation. Cette conception conduirait notamment à reconnaître à la juridiction compétente le pouvoir de modifier l'accord intervenu entre le débiteur et les créanciers.

49. Une telle conception n'a pas été admise, car un jugement suppose un litige pendant entre deux parties ; or, même en présence d'un accord unanime des créanciers et du débiteur, la juridiction compétente doit homologuer le concordat. De plus, sans l'accord de la majorité des créanciers, la juridiction compétente ne peut imposer le concordat ; elle est donc liée par le refus des créanciers. Au demeurant, le concordat peut être annulé ou résolu. Une telle solution ne correspond guère à un caractère exclusivement judiciaire. Il faut donc tenir compte du fondement contractuel de l'opération.

50. Quelle est la nature de ce contrat ?

Dans une première opinion, le concordat est un contrat ordinaire. Au soutien de cette opinion, on relève l'application à la matière de nombreuses règles d'essence contractuelle, telles la résolution et l'annulation, qui ne se conçoivent pas pour un jugement ; quant à l'intervention de la justice, elle se justifie par la nécessité d'assurer la protection des dissidents et des absents. Dans ces conditions, la juridiction compétente ne peut modifier l'accord conclu entre les parties.

Dans une seconde opinion, la judiciarisation du concordat n'affecte pas fondamentalement sa nature juridique (*Rappr. B. Soinne, Rev. proc. coll. 1996, 313 et suiv.*). Traitant de l'accord amiable en droit français, M.-H. Monsérié-Bon a écrit que « malgré la lettre apparemment contraignante des dispositions légales, l'accord passé par le débiteur et ses principaux créanciers est largement soumis au droit commun et son contenu est influencé par l'autonomie de la volonté puisque sa nature contractuelle est unanimement admise (...) ».

À l'opinion favorable à la nature contractuelle a été adressée une objection : si le dol entraîne l'annulation du concordat (*art. 196, 4° AUPCAP*), pourquoi les autres vices du consentement (*erreur, violence*), ne le peuvent-ils pas ? Dans une troisième opinion, le concordat a un double caractère. C'est un acte à la fois contractuel et judiciaire. Certes, il forme un ensemble unitaire, c'est pourquoi doit être rejetée l'opinion qui voulait en faire une opération contractuelle exclusivement pour les créanciers qui l'ont voté, une opération judiciaire pour les autres (*Toulouse, 3 févr. 1886, Clunet 1886, 332*). La Cour de cassation française a jugé à cet égard que le concordat forme avec la décision d'homologation un tout indivisible : *Civ. 21 juill. 1903, D.P. 1903, 1, 594, concl. Baudoin, S. 1903, 1, 449, note Lyon-Caen*). Cependant, il comporte à la fois un élément contractuel et un élément judiciaire qui doivent être réunis tous les deux pour que l'acte soit valable. Il constitue le type même des contrats collectifs. Il a donc une nature mixte. C'est sa nature mixte qui explique, semble-t-il, les solutions intervenues en la matière, si diversifiées soient-elles ; notamment, de son fondement contractuel, la Cour de cassation française a déduit que le concordat, qui entraîne transfert de propriété, est soumis aux droits qui grèvent les actes volontaires translatifs de propriété, et non pas à ceux concernant les jugements (*Req. 23 juill. 1941, D.A. 1942, 3*).

Dans une dernière opinion qui rappelle dans une certaine mesure de la précédente, le concordat se rapproche du contrat dans la mesure où il faut une offre du débiteur et une acceptation des créanciers. Cependant, il diffère du contrat ordinaire en ce qu'il s'impose aux créanciers qui n'ont pas pris part au vote (*pour le concordat de redressement*) ou ont été opposants. Au reste, l'homologation judiciaire du concordat ne rappelle pas le contrat. C'est pourquoi, l'on considère généralement en doctrine que le concordat s'apparente à un acte collectif, à l'instar des conventions collectives du droit du travail et des contrats de société.

51. En droit belge, Émile Brunet avait défini le concordat comme un contrat, *sui generis*, qui est conclu par la masse créancière et le failli sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Il ajoute qu'en droit strict, le concordat ne devait être obligatoire que pour les créanciers qui l'ont consenti. C'est ainsi que la Cour de cassation belge avait déjà jugé, le 5 février 1903, que « le concordat après la faillite, quoique subordonné à des conditions parti-

culières, est un contrat » (*Cass., 5 février 1903, Pas., I, 102 ; Bull. des juges, 545*).

52. Il n'est pas, en d'autres termes, constitutif de libéralité. Quel que soit leur objet (*concession d'un terme ou d'un délai de règlement, remises partielles*), les stipulations concordataires ne constituent pas une libéralité que consentiraient les créanciers au débiteur. L'abandon d'une partie de leur droit leur est imposé par la perspective de recouvrer ce qui leur en reste dans de meilleures conditions et à moindres frais que ne le permettrait la liquidation immédiate des biens. Au surplus, les créanciers ne sont pas animés d'une intention libérale ; c'est donc une opération intéressée, à titre onéreux, qui est réalisée. De la sorte, une remise totale est interdite.

53. De ce que le concordat n'est pas une libéralité, il faut tirer toutes les conséquences. En premier lieu, pour la partie remise, il subsiste à la charge du débiteur une obligation naturelle d'en régler le montant (*1^{er} déc. 1863, DP 1864, 1, 132 ; Civ. 30 déc. 1908, DP 1909, 1, 208*). En conséquence, le débiteur peut valablement s'engager à payer l'intégralité de ses dettes ; cet engagement transforme l'obligation naturelle en obligation civile (*Civ. 29 avr. 1873, DP 1873, 1, 207 ; Trib. com. Nantes, 3 nov. 1909, Journ. Faillites 1911, 134*). Le versement volontaire des sommes abandonnées constitue un paiement ; il ne peut faire l'objet d'une répétition (*Paris, 21 juin 1911, Journ. Faillites 1912, 154*), ni d'une contestation de la part des autres créanciers qui n'ont perçu que leurs dividendes concordataires (*Civ. 30 déc. 1908, DP 1909, 1, 208*). De même, les créanciers ne sont pas tenus de restituer leur titre de créance après le paiement des seuls dividendes concordataires ; ils peuvent les conserver jusqu'au paiement total de leurs créances (*Paris, 2 déc. 1865, S. 1866, 2, 80*). Au demeurant, il a été jugé que le débiteur concordataire qui a souscrit une assurance de responsabilité peut exiger le paiement de l'indemnité totale due à la victime du dommage dont il est responsable, bien que celle-ci doive supporter la réduction concordataire (*Paris, 28 juill. 1875, DP 1877, 2, 116 ; Civ. 3 oct. 1906, 2^e esp., DP 1908, 1, 265, note Dupuich, S. 1907, 1, 5, note Lyon-Caen*). Il a été également jugé que les sommes versées aux créanciers au titre de l'obligation naturelle peuvent être déduites des bénéfices (*CE, 7 juin 1948, D. 1948, 425*).

En second lieu, parce que le concordat n'est pas une libéralité, il n'y a lieu, en matière successorale, ni à rapport, ni à réduction. En outre, les héritiers réservataires d'un créancier ne peuvent exiger la réduction des remises concordataires, si le défunt avait antérieurement épuisé sa quotité disponible, ni comprendre le montant des remises dans le calcul de la quotité disponible. Ils ne peuvent donc demander la résolution du concordat au motif que celui-ci porterait atteinte à la réserve héréditaire.

Si le débiteur hérite d'un créancier, ses cohéritiers ne peuvent exiger le rapport des sommes abandonnées (*Req. 22 août 1843, DP 1843, 1 ; Req. 4 nov. 1889, motifs, DP 1890, 1, 435*), car il n'y a pas libéralité ; le rapport des dettes ne peut davantage jouer, l'obligation naturelle n'y étant pas soumise. Cependant, la solution est contestée, certaines juridictions imposent le rapport dans tous les cas ; d'autres le subordonnent à la preuve du caractère désintéressé de la créance soumise au concordat, par exemple, en cas de prêt sans intérêt constitutif d'une libéralité indirecte ; la remise concordataire est impuissante à modifier la nature originaire de l'opération (*Req. 17 avr. 1850, DP 1850, 1, 107 ; 4 nov. 1889 DP 1890, 1, 435*).

En dernier lieu, puisqu'il n'y a pas libéralité, les coobligés ne sont pas libérés. Ils ne peuvent donc pas profiter de la remise concordataire (*R. Houin et F. Derrida, op. cit., n° 2596*).

54. Il est admis, en jurisprudence et en doctrine (*R. Houin et F. Derrida, op. cit., n° 2588 et les références citées*), que le concordat n'emporte pas novation de la créance originaire (*v. en ce sens en droit français, Cass. 7 mars 1866, DP 1866, 1, 298 ; Cass. 5 avr. 1892, 1, 246 ; Aix, 14 nov. 1889, J. faill. 1890, 61 ; comp. Paris, 12 févr. 1934, Gaz. pal., tables 1930-1935, v° Faillite, n° 519 ; contra : Crim. 10 avr. 1913, DP 1915, 1, 41, note Percerou*). Réduite dans son montant, retardée dans son exigibilité, cette créance conserve cependant la même nature et son caractère propre. Ainsi, le dividende concordataire a un caractère civil s'il procède d'une créance civile (*Alger, 19 sept. 1851, DP 1854, 5, 163*) ; il est soumis à la prescription cambiaire s'il repose sur une créance relative à une lettre de change (*Req. 7 mars 1866, DP 1866, 1, 298 ; 5 avr. 1892, DP 1892, 1, 246 ; contra : Paris, 20 janv. 1870, motifs, DP 1872, 2, 3*).

La solution est cependant écartée lorsque le créancier est un créancier qui, en application de l'article 1978 C. civ., peut réclamer la constitution d'un capital permettant le service des arrérages réduits ; créancier d'une rente, il peut exiger du débiteur concordataire l'emploi d'un capital (*Req. 2 juill. 1902, DP 1903, 1, 246, concl. Feuilletoy*)

§2 - Formation

Le débiteur ne peut proposer un concordat préventif que s'il n'est pas déjà en état de cessation des paiements ou de cessation d'activité (*art. 2-1, al. 1^{er} AUPC*).

55. L'intervention du Président de la juridiction compétente, celle de l'expert commis et les règles de fond et de forme de l'AUPC ne remettent pas fondamentalement en cause la nature contractuelle du concordat. Il ne s'agit pas de réunir l'ensemble des créanciers, notamment les créanciers chirographaires et de leur faire voter les

propositions du débiteur. Le concordat préventif requiert du débiteur qu'il parvienne avec chacun des créanciers à un accord sur les délais ou les remises qu'il consent. Il est bien entendu que le créancier ne se prononcera qu'en fonction des mesures que le débiteur entend mettre en œuvre pour assainir rapidement l'entreprise et garantir le paiement des créanciers. Tel ou tel créancier peut donc refuser tout délai et/ou toute remise de dette sans que son refus empêche la formation du concordat.

A - Négociation

56. Contrairement au concordat de redressement dont il a rigoureusement encadré le processus de formation (*art. 119-126 AUPCAP*), l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif est muet sur la phase de préparation du concordat préventif. Il n'a donc pas pu mettre un terme à la pratique courante en la matière. Le processus de formation du concordat préventif devrait de ce point de vue être plus flexible que celui du concordat de redressement. En pratique, c'est le débiteur qui presque toujours prend l'initiative de la négociation (*A. Foko, note sous CCJA, arrêt n° 023/2006, 16 nov. 2006, Société Africaine de Crédit Automobile dite SAFCA et Société Africaine de Crédit-Bail dite SAFBAIL c/Société Air Continental, in P. G. Pougoué, S. S. Kuaté Tameghé, op. cit., p. 292*). Selon la taille de l'entreprise, il adresse une lettre-circulaire à chaque créancier et/ou convoque une assemblée. Le schéma est le suivant : le débiteur, dans sa lettre-circulaire, fait état des difficultés auxquelles est confrontée son entreprise et des sacrifices personnels auxquels il a consenti. En pratique toujours, « l'état de l'entreprise » est souvent dressé, non par le débiteur lui-même, mais par un mandataire : un cabinet d'affaires connu, ou bien une société de gestion de dettes.

Si l'entreprise est importante, la négociation ne se déroule pas uniquement par lettre ; une assemblée est convoquée. Le débiteur et les créanciers y assistent. Au cours de cette réunion, l'on examine la comptabilité de l'entreprise ; les créances sont vérifiées et admises ; des contrôleurs sont nommés parmi les créanciers importants ou bien l'on choisit un mandataire (*la société de gestion de dettes, par exemple*) dont la mission est de surveiller l'exécution du plan d'assainissement de l'entreprise.

57. Plus tôt les négociations sont engagées, plus grandes sont les chances de parvenir à un accord (*dès le dépôt de l'offre de concordat, art. 7 AUPCAP*). Cependant, les débiteurs répugnent à avouer leurs difficultés. De la sorte, c'est souvent un dirigeant aux abois qui sollicite un concordat préventif. La question se pose toutefois de savoir jusqu'à quelle date extrême le concordat préventif est possible. La réponse paraît simple. Elle se déduit de l'article 2-1, al. 1^{er} de l'AUPCAP. Le débiteur ne peut proposer un concordat préventif que s'il n'est

pas déjà en état de cessation des paiements ou en cessation d'activité.

B - Contenu définitif

L'article 7 de l'AUPCAP donne des indications sur le contenu du concordat préventif.

- Modalités du concordat préventif

58. Les modalités du concordat sont ce que les parties ont voulu. La règle est la liberté contractuelle. L'imagination du débiteur et des créanciers n'a de limite que dans le respect des règles générales relatives aux contrats et des règles particulières au concordat préventif.

59. De manière presque obligée, un concordat comporte des délais de paiement. C'est principalement ce que sollicite le débiteur. Si ses prétentions sont raisonnables, il les obtiendra sans trop de difficulté. Notamment, si l'entreprise rencontre de réelles difficultés, l'expérience prouve que l'administration fiscale et les organismes de sécurité ou de prévoyance sociale consentent des délais.

Les créanciers, à l'exemple des fournisseurs, ne répugnent pas aussi à accorder des délais. D'ailleurs, une action en justice ne leur permettrait pas d'obtenir un règlement immédiat car les juges usent assez largement de la possibilité de faire bénéficier le débiteur d'un délai de grâce compte tenu de sa position personnelle ou de la situation économique (*cf. par exemple, art. 1244-1 C. civ.*). L'article 15-2, al. 3 de l'AUPCAP pose une règle de nature à étendre la validité du concordat préventif au plus grand nombre de créanciers en ce qu'il dispose que dans le cas où le concordat préventif comporte une demande de délai n'excédant pas deux (2) ans, la juridiction compétente peut rendre ce délai opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise, sauf si ce délai met en péril l'entreprise de ces créanciers. Toutefois, la règle ne s'applique pas aux créanciers de salaire. En effet, ceux-ci ne peuvent consentir aucun délai qu'ils n'ont consenti eux-mêmes (*art. 15-2, a. 4 AUPCAP*). Les délais consistent souvent en un échelonnement des dettes : un premier dividende doit par exemple être acquitté six (6) mois après la signature de l'accord et ainsi de suite, de six (6) mois en six (6) mois.

Lorsque le concordat proroge ainsi les délais de paiement, les possibilités d'acquittement du débiteur dépendent évidemment de l'amélioration future de la situation financière de l'entreprise. C'est pourquoi il est préférable d'incorporer au concordat un plan de redressement et, pour en surveiller l'exécution, les créanciers ont la possibilité de désigner un mandataire (*l'un des créanciers principaux*). Presque toujours, aussi, un plan social s'avérera nécessaire afin de ramener les effectifs salariaux à des proportions convenables. Pour renforcer leur pouvoir de surveillance, les créanciers peuvent prendre une participation dans le capital de l'entreprise.

Il suffit pour ce faire de convertir les créances existantes en apport en numéraire. Une réserve cependant, les créanciers « surveillant » le redressement pourront être qualifiés de dirigeants de fait et obligés de combler le passif.

60. Les remises de dettes, plus ou moins importantes, caractérisent aussi certains concordats. Les créanciers y consentent parce que les dividendes versés à l'issue d'une liquidation des biens sont modiques (4 % du montant du nominal en moyenne). L'article 15-2, al. 4 AUPCAP a posé une règle au profit des créanciers de salaire. En effet, ceux-ci ne peuvent consentir aucune remise qu'ils n'ont consentie eux-mêmes.

En abandonnant leurs créances, les créanciers ne sont pas animés d'une intention libérale, ce qui peut entraîner des conséquences fiscales et comptables. De toute manière, la remise de dette laisse subsister une obligation naturelle à la charge du débiteur. En outre, l'obligation naturelle peut se transformer en une obligation civile sous l'effet d'une clause de retour à meilleure fortune.

61. Souvent, le débiteur prend l'engagement, dans le concordat, de verser le montant intégral de ses dettes s'il revient à meilleure fortune. En droit français, certains tribunaux exigeaient même, pour procéder à l'homologation du concordat, l'insertion de cette clause qui était ainsi devenue de style.

Suivant la volonté des parties, cette clause peut n'être qu'un engagement d'honneur, elle peut aussi constituer un engagement formel et obligatoire pour le débiteur. Il appartient aux juges, au besoin, de dire quelle a été l'intention des parties (*v. en ce sens en droit français, Cass. civ. 4 juill. 1904, DP 1904, 1, 559*). Les solutions dégagées en droit français peuvent inspirer le juge de l'espace OHADA. Par exemple, c'est aux juridictions compétentes qu'il échoit de dire si le débiteur est réellement revenu à meilleure fortune (*Cass. req. 26 janv. 1874, DP 1875, 1, 23; Cass. civ. 4 juill. 1904, DP 1904, 1, 559. Sur la question de savoir quelle amélioration dans l'état des affaires permet d'imposer au débiteur l'application de la clause, v. Rouen, 28 déc. 1869, DP 1871, 2, 198; Trib. com. Le Havre, 29 juill. 1903, Rec. Havre 1903, 1, 126*). La clause de retour à meilleure fortune paraît pouvoir résulter d'une convention postérieure au concordat (*Cass. com. 18 oct. 1961, JCP 1962, II, 12438, note Gavalda*).

62. L'action tendant à obtenir l'application de la clause de retour à meilleure fortune est de la compétence de la juridiction compétente en matière des procédures collectives d'apurement du passif. Elle appartient à chaque créancier individuellement à moins qu'un contrôleur à l'exécution du concordat ait reçu mission de l'exercer dans l'intérêt commun des créanciers. Les clauses de retour à meilleure fortune sont fréquentes dans les abandons de créance. Elles permettent de vaincre la résistance des créanciers pour lesquels l'abandon pur

et simple d'une créance constitue un acte « antiéconomique » par nature.

63. La clause de retour à meilleure fortune se borne-t-elle à consacrer l'obligation naturelle qui résulte du concordat lui-même ? Est-elle au contraire constitutive d'une obligation civile qu'assumerait le débiteur, sous condition de retour à meilleure fortune ? La portée d'une clause de retour à meilleure fortune divise les auteurs et la jurisprudence française. Pour certains auteurs, il s'agirait d'un simple engagement d'honneur ou d'un engagement moral sans portée juridique. Pour d'autres, la clause crée un engagement ferme du débiteur, c'est-à-dire une obligation civile permettant de contraindre le débiteur à s'exécuter. Cette dernière position se recommande de bons arguments. En premier lieu, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans le sens de nature à lui faire produire quelque effet, que dans celui avec lequel elle n'en produit aucun (*art. 1157 C. civ.*). En second lieu, les remises concordataires participent à une stratégie de redressement de l'entreprise. Elles ne constituent pas des libéralités. Il va donc de soi que le débiteur revenu à meilleure fortune procède au règlement des remises, surtout s'il s'y est engagé par la stipulation de la clause de retour à meilleure fortune.

64. À la division de la doctrine répond en écho celle de la jurisprudence française. En effet, certaines décisions considèrent que la clause de retour à meilleure fortune est une pure clause de style, qui n'ajoute rien aux effets habituels du concordat (*Bordeaux, 7 janv. 1874, DP 1876, 5, 244 ; Paris, 30 janv. 1893, Journ. faillites 1893, 294*). Il en est ainsi surtout si le débiteur prend « l'engagement d'honneur » de rembourser intégralement ses créanciers (*Trib. com. Seine, 13 mars 1878, Journ. Trib. com. 1879, 248*). D'autres décisions imposent au débiteur le respect de la clause (*Aix, 11 juin 1872, DP 1873, 2, 177 ; Rouen, 29 juill. 1908, DP 1909, 2, 208*), même lorsque la stipulation résulte d'un simple engagement d'honneur (*Nancy, 21 juin 1902, DP 1902, 2, 471 ; Trib. com. Nantes, 28 nov. 1903, Rec. Nantes, 5 mars 1904, 1, 230, Gaz. pal., tables, 1902-1907, v° Faillite, n° 618*).

La Cour de cassation française laisse les juges du fond déterminer souverainement la valeur de la clause (*Req. 4 juill. 1904, DP 1904, 1, 559*).

65. Le débiteur peut céder une partie de ses biens à ses créanciers qui acceptent, en contrepartie, de le libérer. Tel est l'objet du concordat par abandon d'actif. Les biens abandonnés sont réalisés par un liquidateur choisi par les créanciers.

66. Plus radicalement, les créanciers et le débiteur peuvent constater que la situation est sans issue. Le concordat préventif n'est pas totalement inutile en cas de redressement judiciaire. Il facilitera, au besoin, l'élaboration de l'offre de concordat de redressement

judiciaire. Ceci étant précisé, un jugement du tribunal de grande instance de Ouagadougou rendu le 25 mai 2004 (*Revue burkinabé de droit, n° 45, note F. M. Sawadogo, Obadata, J-05-249*), mérite d'être signalé. En l'espèce, une société, plus exactement, la Société internationale Faso Export, en abrégé IFEX, Société Anonyme, dont le siège social est à Ouagadougou, a, par requête en date du 29 mai 2002 de son directeur général, introduit une requête en vue de bénéficier de la procédure de règlement préventif prévue par les articles 6 et suivants de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP). Le tribunal, après analyse des pièces soumises à son appréciation et au vu de la situation financière exposée par la requérante, a, par jugement avant dire droit, prononcé le 24 juillet 2002 le règlement préventif de la société IFEX et désigné, conformément aux dispositions de l'article 8 de l'Acte uniforme précité, un expert-comptable en vue de lui établir la situation réelle de la société IFEX.

67. Par la suite, le rapport d'expertise n'a pas conclu à la liquidation des biens de la société, mais le tribunal a relevé des éléments négatifs tels que des poursuites en paiement des créanciers engagés contre les dirigeants sociaux qui s'étaient portés cautions de la société auprès d'une banque de la place, le retrait de la proposition du Groupe Fadoul de racheter la société, qui constituait l'unique solution de sauvetage de l'entreprise, l'affirmation du directeur général de la société de son incapacité à faire de nouvelles propositions de sauvetage de l'entreprise alors que celle-ci se trouvait en état de cessation des paiements. En se fondant sur l'article 33 AUPCAP selon lequel la juridiction compétente prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens lorsqu'elle constate la cessation des paiements et précisément la liquidation des biens lorsque le débiteur n'a pas fait une proposition de concordat sérieux, le tribunal prononce la liquidation des biens de la société IFEX. Sur ce point, le professeur F. M. Sawadogo a approuvé, dans la note précitée, la solution du Tribunal de grande instance de Ouagadougou. Il résulte de la décision, écrit-il, que l'expert a rendu un rapport qui fait une proposition de concordat où le groupe Fadoul s'engage à racheter la société, mais entre-temps ce groupe s'est rétracté. Il n'y a pas de nouvelle proposition. Il n'y en aura plus. Le tribunal l'a constaté en ce qu'il a affirmé « qu'aucune possibilité n'est envisagée pour un redressement éventuel ». Et comme l'entreprise est en cessation des paiements, il y a lieu d'ouvrir la liquidation des biens. Conformément aux dispositions de l'article 15, al. 2 AUPCAP, en présence de la cessation des paiements et s'il n'y a pas d'offre de concordat ou si celle-ci est rejetée, le tribunal doit prononcer directement la liquidation des biens.

68. Le concordat doit-il être consenti par l'unanimité des créanciers ? Les solutions dégagées en droit fran-

çais, à propos du concordat amiable, peuvent, *mutatis mutandis*, être étendues au concordat préventif. Ces solutions peuvent être reprises en droit OHADA. Ceci étant précisé, les auteurs insistent de manière générale sur ce que l'unanimité est nécessaire à l'existence du concordat. Ils ont, bien, entendu, réservé le cas où les créanciers sont regroupés en une masse, (*qui n'existe pas dans l'hypothèse du règlement préventif*). Dans un tel cas, l'organe de la masse peut consentir sans que le consentement individuel de chacun des créanciers soit requis.

69. La thèse de l'unanimité se recommande de bons arguments. Elle s'appuie sur un arrêt de la Cour de cassation française : le concordat amiable, déclare la chambre des requêtes (17 oct. 1939, DH 1939, 3) « *ne peut exister sans le consentement de l'unanimité des créanciers, ni par suite, sans leurs délibérations* ». Telle est la formule qui fonde la thèse de l'unanimité. Pourtant l'arrêt n'est pas décisif. Le problème soumis à la Cour de cassation française n'était pas, semble-t-il, celui de l'existence du concordat, mais celui de la validité d'une convention de vote, contre rémunération, en vue d'un concordat amiable ; le motif relatif à l'unanimité n'entre donc pas dans le *ratio decidendi* de l'arrêt ; il s'agit d'un simple *obiter dictum* qui ne tranche nullement pas la question de l'unanimité.

70. En outre, d'autres arrêts ont jugé très clairement qu'« *un concordat amiable ne saurait obliger que les créanciers qui ont (...) adhéré* » (Cass. req. 7 déc. 1936, DH 1937, 85). C'est dire implicitement, mais nécessairement, qu'une adhésion unanime n'est pas requise pour la validité du concordat. En réalité, il apparaît que l'arrêt de 1939 précité a confondu la validité et l'efficacité du concordat amiable. En effet, l'efficacité du concordat passe par l'adhésion de la quasi-totalité des créanciers. Si, par exemple, le Trésor public ou les banques refusent leur participation, les chances de succès du concordat amiable sont minces. De même, à condition de prouver que le débiteur est en état de cessation des paiements, rien n'empêche un créancier resté tiers à l'accord de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Mais, il faut changer la perspective et poser autrement les questions lorsqu'il s'agit de la validité du concordat amiable. En l'absence de règles spéciales, le concordat amiable obéit simplement aux conditions générales de validité des contrats. Dès lors, il est valablement conclu par la rencontre des volontés des parties ; mais seuls les créanciers ayant consenti se trouvent obligés.

71. Rien n'interdit aux créanciers de subordonner leur consentement à une condition. C'est ainsi que les créanciers peuvent n'accepter les propositions concordataires du débiteur que sous la condition suspensive de l'adhésion de tous les créanciers dans un délai déter-

miné (Cass. civ. 20 mars 1889, DP 1889, 1, 416 ; 6 nov. 1907, DP 1908, 1, 86). Cette condition s'explique par deux raisons. En premier lieu, l'efficacité du concordat : si certains créanciers importants restent étrangers au concordat, l'échec paraît inévitable. En second lieu, les créanciers qui ont consenti des délais et des remises supportent mal que d'autres puissent échapper à tout sacrifice. Cependant, pour être opérante, la formule stipulant la condition doit être nuancée. En effet, en l'absence d'une procédure de déclaration et d'admission des créances, l'on n'est jamais sûr de connaître l'ensemble des créanciers. Mais peut-on alors surmonter cette difficulté en présumant la condition d'unanimité ou au moins de quasi-unanimité ? Certains auteurs sont favorables à cette solution. Ils tirent argument de l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation française du 20 mars 1889 précité. Pourtant, cet arrêt concerne une condition expresse. En vérité, la solution ne pourrait résider que dans la nuance. En cas de difficulté, le juge exercera naturellement son office en interprétant les formules obscures (CA Paris, 16 mai 1980, 25^e ch., *Juris-Data* n° 000290).

C - Rôle décisif de l'expert

72. La mission principale de l'expert est de faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers sur les modalités de redressement de l'entreprise et de l'apurement de son passif (*délais de paiement, remises de dette*). À cet effet, il entend le débiteur et les créanciers et leur prête ses bons offices. L'Acte uniforme n'est pas très explicite sur les contours de cette mission qui n'est pas, à l'analyse, très juridique (F. M. Sawadogo, *op. cit.*, n° 76). Il n'est pas douteux qu'elle portera sur les éléments de l'offre de concordat tels que prévus à l'article 7 de l'AUPCAP.

L'expert rappelle, toutes proportions gardées, le conciliateur prévu à l'article 35 de la loi française du 1^{er} mars 1984 relative au règlement amiable.

73. Dans le cadre de sa mission principale, l'expert élabore et dépose, en double exemplaire, au greffe de la juridiction compétente un rapport contenant le concordat préventif proposé par le débiteur ou conclu entre lui et ses créanciers, au plus tard dans les deux (2) mois de sa saisine. Mais, ce délai peut être prorogé d'un (1) mois sur autorisation motivée du Président de la juridiction compétente. L'expert engage sa responsabilité civile envers le débiteur ou les créanciers en cas de non-respect de ce délai (art. 13 AUPCAP). De nombreuses décisions judiciaires montrent que ce délai n'est généralement pas respecté (*v. par exemple TPI Libreville, jug. Répertoire n° 02/2004/2005 du 17 janv. 2005 ; TPI Libreville, ord. Répertoire n° 628/2005/2006 du 19 juin 2006 ; Trib. com. Bamako, jgmt n° 113 du 2 mars 2005 ; TGI Ouagadougou, jgmt n° 20 du 29 janv. 2003, cités par F. M. Sawadogo, note sous art.*

13 AUPC, in OHADA. *Traité et Actes uniformes commentés et annotés, préc.*, pp. 904-905). Un exemplaire du rapport est transmis au représentant du Ministère public par le greffier en chef (art. 13, al. 3 AUPCAP).

D - Forme et preuve du concordat préventif

74. En dehors des conditions générales de validité des contrats, des règles de preuve des contrats, des règles particulières au concordat, il n'existe aucune règle particulière de forme et de preuve du concordat préventif. Pourtant, on imagine mal que le concordat ne soit pas constaté par écrit. La subtilité et la technicité des problèmes relatifs aux entreprises en difficulté créent un besoin de précision que seul l'écrit peut satisfaire.

De plus, les tensions à l'occasion de la conclusion du concordat font de l'écrit une précaution. Il ne faut pas en conclure que le problème du consentement ne se pose pas. Il se pose dans les circonstances suivantes : un concordat comporte des délais et des remises. Il n'a été signé que de la majorité des créanciers. À l'échéance prévue au concordat, le débiteur effectue des paiements partiels en faveur de l'ensemble de ses créanciers. De ce que les minoritaires acceptent de recevoir ces règlements, doit-on déduire qu'ils adhèrent tacitement au concordat ? La réponse, en droit français, s'agissant d'un concordat amiable, est négative (*Cass. civ. 20 mars 1889, préc.* ; *CA Paris, 5^e ch., sect. C, 24 janv. 1978, Sté Merlin Gérin C/Théaux cité par G. Endréo in J-cl com., Fasc. 2030, n° 58*).

§3 - Homologation du concordat préventif

75. Dans les huit (8) jours du rapport de l'expert, le Président saisit la juridiction compétente et convoque le débiteur à comparaître devant cette juridiction en audience non publique (art. 14, al. 1^{er} AUPCAP, cf. F. M. Sawadogo, *op. cit.*, n° 79). Il doit également convoquer à cette audience l'expert et tout créancier qu'il juge opportun d'entendre. Le débiteur et, éventuellement, le ou les créanciers sont convoqués par lettre recommandée ou par tout autre moyen laissant trace écrite, trois (3) jours au moins à l'avance (art. 14, al. 2 AUPCAP).

La juridiction compétente doit se prononcer dans un délai de trente (30) jours à compter de sa saisine (art. 15.4 AUPCAP). Elle ne peut homologuer le concordat que si les conditions suivantes sont réunies (art. 15. 2 AUPCAP) :

- les conditions de validité du concordat sont réunies ;
- aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat ;
- le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, de règlement du passif et des garanties suffisantes d'exécution ;
- les délais consentis n'excèdent pas trois ans pour

l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires.

Si ces conditions sont remplies et que la situation du débiteur le justifie, la juridiction rend une décision de règlement préventif et homologue le concordat préventif en constatant les délais et remises consentis par les créanciers et en donnant acte au débiteur des mesures proposées pour le redressement de l'entreprise. Les délais et remise consentis par les créanciers peuvent être différents (art. 15.2 AUPCAP ; v. également *TPI Libreville, jgmt répertoire n° 48/2002/2003, du 11 juill. 2003* ; *TRHC Dakar, jgmt com. N° 6 du 9 janv. 2004, IPRES C/Eurafricaine d'Industries, cités par F. M. Sawadogo, notes sous art. 15 AUPCAP, in Traité et Actes uniformes, préc.*, p. 907).

76. L'homologation est l'approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice (*G. Cornu, op. cit.*, v° *homologation*). Elle est un acte « normateur et perfecteur ».

L'intervention de l'autorité judiciaire donne au concordat homologué une nature hybride. Celui-ci se présente, en raison du contrôle opéré par le juge, comme un acte « mi-judiciaire, mi-conventionnel » ce qui fait que le concordat homologué n'est pas un contrat judiciaire.

77. À la différence de l'autorisation judiciaire, l'homologation est une intervention du juge a posteriori, après l'adoption du concordat. Dans cette figure, le juge n'exerce en la matière qu'un contrôle sur la façon dont le débiteur et les créanciers font usage de leur liberté contractuelle. D'un point de vue téléologique, a écrit Balensi, l'intervention du juge de l'homologation est le moyen d'assurer le contrôle d'actes que le législateur, en raison de leur importance aussi bien sociale qu'individuelle, n'a pas voulu laisser à l'entière liberté des parties. C'est donc à cette technique qu'a recouru le législateur moderne pour mettre sous tutelle du juge les intérêts privés qu'il n'entendait pas laisser à la libre disposition des justiciables.

Le jugement d'homologation, ne tranchant pas une contestation, est un acte de juridiction gracieuse et ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée.

78. **La modification du concordat préventif homologué.** L'article 21, al. 1^{er} de l'AUPC a prévu que le concordat préventif peut être modifié selon certaines. Il autorise la juridiction compétente à décider toute modification de nature à abréger ou à favoriser cette exécution, à la demande du débiteur et sur rapport du syndic chargé du contrôle de l'exécution du concordat préventif, s'il en a été désigné. Ce pouvoir de modification du concordat préventif reconnu au juge discrédite la thèse de la nature contractuelle du concordat. Il n'est pas courant d'admettre la modification unilatérale d'un

concordat, sauf si cela va dans l'intérêt des créanciers. Les modifications de nature à favoriser l'exécution du concordat peuvent consister en un paiement plus important et plus rapide des créanciers rendu possible par un brusque retour à meilleure fortune du débiteur.

§4 - Refus d'homologation du concordat préventif

79. Le concordat préventif n'est pas homologué dans les cas suivants (*impl. art. 15 AUPCAP*) :

1/ si le débiteur est en état de cessation des paiements : dans ce cas, la juridiction compétente prononce d'office à tout moment le redressement judiciaire ou la liquidation des biens du débiteur en lui laissant la possibilité de faire sa déclaration et de déposer sa proposition de concordat (*délai de trente jours*) ;

2/ si les conditions mises à l'homologation ne sont pas remplies ; cela laisse supposer que la juridiction compétente pourrait subordonner l'homologation du concordat à la prise de mesures comme le changement de dirigeants ou l'accroissement des fonds propres ;

3/ si la juridiction compétente estime que la situation du débiteur ne relève d'aucune procédure collective ; par exemple, le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements et ses difficultés financières ne sont pas suffisamment graves ou sérieuses pour justifier sa mise sous règlement préventif. Dans ce cas, la juridiction rejette le concordat préventif proposé par le débiteur et annule la décision de suspension provisoire des poursuites individuelles, ce qui remet les parties en l'état antérieur à cette décision.

Le concordat devient-il caduc faute d'homologation ? La réponse affirmative paraît s'imposer, ce qui refole le caractère contractuel du concordat préventif (*M. Jeantin, P. Le Cannu, op. cit., n° 492, p. 322*).

§5 - Effets du concordat préventif

On peut regrouper ces effets selon qu'ils concernent l'expert ou selon qu'ils concernent les créanciers.

A - Effets sur l'expert

80. La décision d'homologation du concordat met fin à la mission de l'expert. Cela est logique puisque sa mission, qui consiste à aider le débiteur à parvenir à un accord avec ses créanciers est arrivée à son terme. L'article 17 de l'AUPCAP lui impose une ultime obligation, celle de procéder à la vérification de la publicité légale de la décision de règlement préventif.

L'expert rend compte de sa mission au président de la juridiction compétente dans le délai d'un (1) mois à compter de la décision homologuant le concordat préventif. Le Président vise le compte rendu. Les papiers et effets remis à l'expert doivent être retirés par le débiteur. À défaut de retrait, l'expert en est dépositaire seulement pendant deux (2) ans à compter de son compte rendu.

B - Effets sur les créanciers

81. Le concordat homologué s'impose à tous les créanciers antérieurs, qu'ils soient chirographaires ou munis de sûretés, dans les conditions de délais et de remises qu'ils ont consenties au débiteur sauf, si le délai n'excédant pas deux ans, la juridiction l'a rendu opposable même aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise. Il s'impose également aux cautions qui ont acquitté des dettes du débiteur nées antérieurement à la décision d'homologation (*art. 18 AUPCAP*). Les créanciers munis de sûretés réelles ne perdent pas leurs garanties mais ils ne peuvent les réaliser qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat auquel ils ont consenti ou qui leur a été imposé. Or, une sûreté n'a d'intérêt que si elle garantit le paiement dans le délai convenu. Mais la réaliser, en dépit du concordat préventif, pourrait perturber ou faire échouer le redressement de l'entreprise. Il ne faut pas en conclure que la situation des créanciers munis de sûretés se confond avec celle des créanciers chirographaires.

82. Les cautions et coobligés du débiteur ne peuvent pas se prévaloir des délais et remises du concordat préventif. Ils peuvent donc être immédiatement poursuivis pour le tout alors que, dans leurs recours contre le débiteur, ils doivent respecter les dispositions concordataires. Bien entendu, la prescription est suspendue à l'égard des créanciers qui, par l'effet du concordat préventif, ne peuvent exercer leurs droits ou actions.

83. Le concordat préventif ne s'impose qu'aux seuls créanciers qui y ont consenti, à moins que la juridiction compétente l'ait expressément imposé aux créanciers qui n'y ont pas consenti. Il faut en déduire qu'en règle générale le concordat préventif n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers qui y ont consenti. Ce n'est là qu'une application du principe de l'effet relatif des conventions (*art. 1165 C. civ. français*). La Cour d'appel d'Abidjan a rappelé la règle générale dans l'arrêt n° 1129 du 8 nov. 2002, Jean Mazuet C/GOMP-CI précité (*v. supra, n° 46*). Elle a jugé « qu'ainsi le concordat préventif par sa nature contractuelle, qui demeure, même en cas d'homologation par le Tribunal, ne peut être opposé qu'aux créanciers qu'y ont consentis ». Il y a lieu cependant de réserver l'hypothèse prévue par l'article 15. 2, al. 3 AUPCAP qui dispose que « dans le cas où le concordat préventif comporte une demande de délai n'excédant pas deux ans, la juridiction compétente peut rendre ce délai opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise sauf si ce délai met en péril l'entreprise de ces créanciers ».

§6 - Remise en cause du concordat préventif

84. Les articles 139 à 143 de l'AUPCAP, relatifs à l'annulation et à la résolution du concordat de redressement judiciaire, sont déclarés applicables à la résolution et

à l'annulation du concordat préventif (*art. 21, al. 2 AUPC, A. Foko, note sous CCJA, arrêt n° 023/2006, 16 nov. 2006, Société Africaine de Crédit Automobile dite SAFCA et Société Africaine de Crédit-Bail dite SAFBAIL c/Société Air Continental, in P. G. Pougoué, S. S. Kuate Tameghé, op. cit., p. 296*). Rien ne s'oppose à ce que le concordat préventif soit frappé de caducité.

A - Annulation

85. L'annulation est encourue en cas de dol résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif si le dol a été découvert après l'homologation du concordat. L'annulation peut être assortie de sanctions contre le débiteur ou les dirigeants de la personne morale. Plus exactement, ils peuvent, à toute époque de la procédure, être déclarés en faillite personnelle (*art. 196, 4° AUPCAP*).

D'une manière plus générale, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (*art. 233, 2*) punit des peines de la banqueroute frauduleuse les dirigeants et représentants permanents de personnes morales qui, à l'occasion d'un règlement préventif, ont :

- de mauvaise foi, représenté ou fait représenter un compte de résultat ou un bilan ou un état des créances et des dettes ou un actif et passif des privilèges et sûretés inexact ou incomplet ;
- sans autorisation du président de la juridiction compétente, accompli un des actes interdits au débiteur (*ou aux dirigeants de la personne morale*) par l'article 11 AUPCAP.

B - Résolution

86. La résolution est une sanction qui frappe un concordat régulièrement formé. Les causes de résolution du concordat préventif sont nombreuses : l'inexécution grave par le débiteur de ses engagements concordataires comme le non-paiement de ses dettes dans les délais stipulés ; l'interdiction d'exercer une activité commerciale frappant le débiteur ; dans le cas d'un concordat accordé à une personne morale, ses dirigeants frappés de faillite personnelle, assument à nouveau, en fait ou en droit, la direction de cette personne morale (*art. 139 AUPCAP ; A. Foko, note sous CCJA, arrêt n° 023/2006, 16 nov. 2006, Société Africaine de Crédit Automobile dite SAFCA et Société Africaine de Crédit-Bail dite SAFBAIL c/Société Air Continental, in P. G. Pougoué, S. S. Kuate Tameghé, op. cit., p. 296*).

C - Effets de l'annulation et de la résolution

87. L'annulation et la résolution produisent des effets

quasi-identiques. Si le tribunal constate la cessation des paiements, il a le choix, au regard des conditions d'ouverture, de prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. Si le débiteur n'est pas en cessation des paiements, l'annulation ou la résolution entraînent l'annulation de la décision de suspension provisoire des poursuites individuelles, ce qui remet les parties en l'état antérieur à cette décision (*art. 141 AUPCAP*).

D - Caducité

88. La jurisprudence française a répondu à la question du sort d'un concordat à la suite de l'ouverture d'une nouvelle procédure du débiteur engendrée par le défaut de paiement non seulement de ses créanciers concordataires, mais également de ceux envers lesquels ce débiteur s'est engagé au cours de la reprise de son activité postérieurement à l'homologation du concordat. Dans un premier temps, la Cour de cassation française avait jugé qu'un tel concordat était frappé de résolution (*Cass. com. 8 janv. 1963, Bull. civ. III, n° 26 ; JCP 1963, IV, p. 18 ; v. toutefois Cass. com. 1^{er} juill. 1975, Bull. civ. IV, n° 188, où le terme de caducité figure, mais seulement dans les motifs de la cour d'appel maintenu*). Dans un second temps, elle a jugé qu'un tel concordat encourt la caducité (*v. Cass. com. 23 mai 1995, D. 1996, p. 82, avec la note de A. Honorat*).

Section 2 - Décision de règlement préventif

Lorsque la situation du débiteur le justifie, la juridiction compétente rend une décision de règlement préventif (*art. 15. 2 AUPCAP*).

§1 - Effet sur la situation du débiteur

89. Le débiteur recouvre la liberté d'administration de son entreprise et la libre disposition de ses biens dès que la décision de règlement préventif est passée en force de chose jugée, sous réserve cependant du respect de ses engagements concordataires (*art. 18 in fine AUPCAP*).

§2 - Organes mis en place

90. La juridiction compétente désigne un juge-commissaire (*art. 16, al. 2 AUPCAP*), elle peut également désigner un syndic et des contrôleurs chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif dans les mêmes conditions que celles prévues pour le concordat de redressement judiciaire (*art. 16 AUPCAP*). On peut donc se référer utilement aux dispositions relatives à

ce concordat (*art. 39-46 ; art. 48-49 AUPCAP*) pour déterminer le statut et la mission de ces organes. Cela étant précisé, la désignation d'un syndic et/ou des contrôleurs est facultative.

A - Syndic

91. Le syndic contrôle l'exécution du concordat, autrement dit le respect des engagements pris par le débiteur aussi bien en ce qui concerne le paiement des créanciers qu'en ce qui concerne les mesures d'assainissement de l'entreprise. Il signale immédiatement tout manquement au juge-commissaire (*art. 20 AUPCAP*). C'est sur son rapport que la juridiction compétente décide, à la demande du débiteur, d'une modification du concordat préventif (*art. 21 AUPCAP*). Il est tenu de vérifier si les mentions de publicité prévues par les articles 36 et 37 AUPC ont été accomplies (*art. 17 AUPCAP renvoyant aux articles 36 et 37 AUPCAP*). Il est également tenu d'inscrire la décision de règlement préventif conformément aux dispositions organisant la publicité foncière (*art. 38 AUPCAP*). Il contribue ainsi à l'effectivité de la publicité.

Tous les trois (3) mois, il rend compte au juge-commissaire du déroulement des opérations et en avertit le débiteur qui dispose, s'il y a lieu, d'un délai de quinze (15) jours pour formuler ses observations et contestations (*art. 20, al. 2 AUPC*).

92. La rémunération du syndic en qualité de contrôleur est fixée par la juridiction qui l'a nommé. Lorsqu'il cesse ses fonctions, il doit déposer ses comptes au greffier dans les mois suivant la cessation de ses fonctions.

B - Juge-commissaire

La nomination du juge-commissaire est obligatoire.

93. Le rôle du juge-commissaire consiste :

- à servir d'intermédiaire entre le syndic et/ou les contrôleurs, d'une part, et la juridiction compétente, d'autre part, afin d'aboutir à la bonne exécution du concordat ou d'en sanctionner les manquements ;
- à exercer lui-même le contrôle de l'exécution du concordat et à dénoncer les manquements constatés à la juridiction compétente.

§3 - Publicité de la décision de règlement préventif

94. La décision de règlement préventif est publiée dans les conditions prévues par les articles 36 et 37 AUPCAP relatifs à la décision de redressement judiciaire ou de liquidation des biens (*art. 17 AUPCAP*). Cette publicité a pour but d'informer les créanciers et les personnes ayant traité ou qui voudraient traiter avec le débiteur.

La publicité a lieu, en premier lieu, au registre du commerce et du crédit mobilier. Toute décision de règlement préventif y est mentionnée sans délai. Si le débiteur est une personne morale de droit privé non commerçante, la mention est portée au registre chronologique ; en outre une fiche est établie au nom de l'intéressé au fichier alphabétique avec mention de la décision le concernant ; il est indiqué, de plus, les nom et adresse du ou des dirigeants ainsi que le siège de la personne morale.

La publicité a lieu, en second lieu, dans un journal d'annonces légales du lieu du siège de la juridiction compétente. Deux (2) insertions par extrait doivent y être faites avec un intervalle entre les deux de quinze (15) jours. Les deux extraits doivent contenir un avertissement fait aux créanciers de produire leurs créances auprès du syndic et une reproduction intégrale des dispositions de l'article 78 AUPCAP. La même publicité doit être faite au lieu où le débiteur ou la personne morale ont des établissements principaux. La publicité au registre du commerce et du crédit mobilier et dans le journal d'annonces légales est faite d'office par le greffier. En dernier lieu, la publicité a lieu au journal officiel. En effet, les mentions faites au registre du commerce et du crédit mobilier sont adressées pour insertion au journal officiel dans les quinze (15) jours de la décision. Cette insertion contient, d'une part, l'indication du débiteur ou de la personne morale débitrice, de son domicile ou siège social, de son numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, la date de la décision qui prononce le règlement préventif et, d'autre part, l'indication des numéros du journal d'annonces légales où ont été publiés les extraits. Elle indique également les nom et adresse du syndic auprès duquel les créanciers doivent produire leurs créances et reproduit intégralement les dispositions de l'article 78 AUPCAP. L'insertion au journal officiel est effectuée d'office par le greffier ou, à défaut, par le syndic. Elle est facultative si la publicité dans un journal d'annonces légales a été faite conformément aux dispositions de l'article 36 AUPCAP. Elle est obligatoire dans le cas contraire.

95. La publicité de la décision de règlement préventif éloigne le droit OHADA de l'ancien droit français du règlement amiable. En droit français, en effet, la discrétion est décisive du succès de la procédure (*art. 35 Décr. n° 85-295 du 1^{er} mars 1985 pris pour l'application de la loi n 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, JORF, 5 mars 1985, p. 2704. v. en ce sens, réponse ministérielle, 9 mai 1985, JCP 1985, éd. E, II, 14598*). Parce que le débiteur n'est pas en cessation des paiements, il n'est pas absolument nécessaire de protéger les créanciers par la publicité de la décision de règlement amiable. Une telle publicité peut en effet nuire au crédit de l'entreprise du débiteur en incitant ses partenaires à être réservés ou plus réticents dans leurs relations avec celle-ci.

Section 3 - Voies de recours

96. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif a énuméré, en les réduisant, les voies de recours qui peuvent être exercées dans le cadre du règlement préventif (*art. 22-24*). La réglementation vise la célérité et l'efficacité du règlement préventif et donc le sauvetage des entreprises en difficulté. D'une manière générale, il s'agit de supprimer ou de limiter les voies de recours et d'accélérer le traitement de celles qui subsistent.

97. La décision de suspension des poursuites individuelles prévue à l'article 8 AUPCAP n'est susceptible d'aucune voie de recours.

98. **Les décisions de la juridiction compétente.** Les décisions de la juridiction compétente sont exécutoires par provision et ne peuvent être attaquées que par la voie d'appel (*art. 23 AUPCAP*). L'appel doit être interjeté dans le délai de quinze (15) jours à compter du prononcé de la décision de la juridiction compétente et la juridiction d'appel doit statuer dans le mois de sa saisine (*art. 23, al. 2 AUPCAP*). Si la juridiction d'ap-

pel confirme la décision de règlement préventif, elle admet le concordat préventif. Si la juridiction d'appel constate la cessation des paiements, elle prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens et renvoie devant la juridiction compétente.

99. Les décisions du président de la juridiction visées à l'article 11 AUPCAP (*autorisation du débiteur à passer outre les interdictions*) ne peuvent faire l'objet que d'une opposition devant ladite juridiction dans le délai de huit (8) jours (*v. à ce propos, F. M. Sawadogo, op. cit., n° 85, p. 75*). La juridiction d'appel doit statuer dans le délai de huit (8) jours à compter du jour où l'opposition est formée (*art. 24, al. 3 AUPCAP*). L'opposition est faite par déclaration au greffe. Le greffier convoque l'opposant, par lettre recommandée ou par tout autre moyen laissant trace écrite, à la plus prochaine audience pour y être entendu en chambre du conseil (*art. 24, al. 3 AUPCAP*).

Les décisions de la juridiction statuant sur l'opposition ne sont susceptibles que d'un pourvoi en cassation (*art. 24, al. 4 AUPC*).

Kuassi DECKON H.
Koffi AGBENOTO M.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abandon d'actif, 65

C

Concordat

- Caractères juridiques, 52
- Généralités, 42
- Judiciaire, 48, 49, 50
- Nature juridique, 46
- Amiable, 43, 44

Concordat préventif

- Annulation, 85
- Caducité, 79, 88
- Clause de retour à meilleure fortune, 61, 62, 63, 64
- Délais de règlement, 59
- Effets 80, 81
- Forme et preuve, 74
- Homologation 76, 79
- Offre
 - Contenu, 29
 - Délai, 30
 - Modification, 78
 - Modalités, 58

- Négociation

· Initiative, 56

· Date, 57

- Remise de dette, 60

- Résolution, 86

E

Expert

- Désignation, 37

- Statut, 38

- Droit à l'information, 39

- Droit à rémunération, 40

- Mission, 41, 72, 73

J

Juge-commissaire

- Mission, 93

R

Redressement judiciaire, 66

Règlement amiable, 3, 4, 6

Restrictions aux droits du débiteur,
35

- Sanctions de la violation, 36

S

Situation économique et financière
difficile, 17, 19

Suspension des poursuites
individuelles

- Domaine, 32

- Exclusions, 33

- Sanctions, 36

Syndic

- Mission, 91

- Rémunération, 92

U

Unanimité

- Règlement amiable, 69

- Tempérament, 71

V

Voies de recours

- Décision de suspension des
poursuites, 97

- Décisions de la juridiction
compétente, 98

- Décisions du président de la
juridiction compétente, 99

RÈGLEMENTS ET DÉCISIONS

Table des matières

Introduction n° 1

Section 1 - Première vue n° 2-7

§1 - Dans le traité originaire de Port-Louis n° 3-5

§2 - Dans le traité révisé de Québec n° 6-7

Section 2 - Approfondissement n° 8-22

§1 - Analyse n° 9-17

A - Pratique des règlements n° 10-16

I - Règlement de l'OHADA selon l'organe compétent n° 11-12

II - Règlement de l'OHADA selon les modalités de leur adoption n° 13-15

III - Règlement de l'OHADA selon leur nature juridique n° 16-17

B - Pratique des décisions n° 18

§2 - Essai de systématisation n° 19-22

A - Distinction entre règlement et décision n° 21

B - Classification des règlements n° 22

Section 3 - Présentation de quelques règlements

particuliers n° 23-103

Introduction n° 24-27

§1 - Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage n° 24-79

A - Exercice des recours admis devant la CCJA n° 28-40

I - Exercice du recours en cassation n° 29-32

a - Recours en cassation porté par l'une des parties n° 30

b - Recours en cassation porté par voie de renvoi n° 31-32

II - Exercice du recours en annulation n° 33-36

III - Demande d'avis consultatif n° 37-40

a - Initiative de la demande d'avis consultatif n° 38

b - Examen de la demande d'avis consultatif n° 39

c - Issue de la demande d'avis consultatif n° 40

B - Instance devant la CCJA n° 41-61

I - Règles générales relatives à l'instance n° 42-46

a - Délais et actes de procédure n° 43-45

1 - Signification des actes n° 44

2 - Computation des délais n° 45

b - Mise en état des affaires n° 46

II - Déroulement de l'instance n° 47-56

a - Principes directeurs de l'instance n° 48-50

1 - Publicité de l'audience n° 49

2 - Ministère d'avocat n° 50

b - Modalités procédurales n° 51-54

1 - Procédure écrite n° 52-53

2 - Procédure orale n° 54

c - Moyens de défense n° 55

d - Incidents de procédure n° 56

III - Clôture de l'instance n° 58-61

a - Délibéré et le prononcé de la décision n° 59

b - Désistement n° 60

c - Publication des décisions n° 61

C - Décisions de la CCJA n° 62-79

I - Ordonnances n° 63

II - Arrêts n° 64-79

a - Contenu des arrêts de la CCJA n° 65

b - Exécution des arrêts de la CCJA n° 66-69

1 - « Force obligatoire » des arrêts de la CCJA n° 67-68

2 - Sursis à exécution n° 69

c - Recours contre les arrêts de la CCJA n° 70-79

1 - Recours en interprétation n° 71

2 - Recours en rétractation n° 75-79

2.1 - Tierce opposition n° 76

2.2 - Recours en révision n° 77-79

§2 - Règlement d'arbitrage de la CCJA n° 80-103

Introduction n° 80-81

A - Bases conceptuelles de l'arbitrage CCJA n° 82-88

I - Champ spatial du système d'arbitrage CCJA n° 83

II - Arbitrabilité du litige n° 84-86

III - Immunité diplomatique n° 87-88

B - Attributions de la CCJA en matière d'arbitrage n° 89-99

I - Attributions administratives n° 90

II - Attributions juridictionnelles n° 91

C - Procédures suivies n° 92-95

I - Date d'ouverture de l'instance n° 93

II - Déroulement de l'instance n° 94-95

D - Reconnaissance et exécution forcée de la sentence arbitrale CCJA n° 96-103

I - Exequatur communautaire n° 97-99

II - Voies de recours n° 100-130

Bibliographie

- DIALLO (B.), *La CCJA et le contentieux des Actes uniformes*, Pénant, n° 850, 2005, p. 35.
- ISSA-SAYEGH (J.), *La fonction juridictionnelle de la CCJA*, ohadata D-02-16.
- ISSA-SAYEGH (J.), et LOHOUES-OBLE (J.), *Harmonisation du droit des affaires*, coll. Droit uniforme africain, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- KAMTO (M.), Commentaire du Traité portant révision du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, in OHADA, Traité, Actes uniformes commentés et annotés, JURISCOPE, 3^e édition, 2008.
- MEYER (P.), OHADA, *Droit de l'arbitrage, collection droit uniforme africain*, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- NGOUMTSA ANOU (G.), *Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, Jurisclasseur droit international, 5, 2010
- POUGOUE (P.G.) et KALIEU ELONGO (Y.R.), *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, 2008.
- POUGOUE (P.G.), TCHAKOUE (J.M.), FENEON (A.), *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, PUA, Yaoundé, 2000.

1. Les règlements et décisions sont pris pour l'application du Traité OHADA. Ils forment avec ce dernier le droit primaire de l'OHADA. Pour cela, ils tranchent nettement avec les actes uniformes qui constituent le droit dérivé de l'OHADA (*voir entrée Actes uniformes*). L'on constate, en passant que le Traité ne retient pas les autres catégories d'actes généralement utilisés par les organisations communautaires : directives, recommandations, avis (*bormis, naturellement, les avis juridictionnels de la Cour commune de justice et d'arbitrage*), ni loi-cadre, etc.

Le siège de la matière est l'article 4 du Traité OHADA. Le caractère laconique de ce dernier laisse entière la question de la notion de règlement et de décision dans le droit OHADA. Les interrogations, nombreuses et parfois même embarrassantes, sont relatives à l'objet des règlements et des décisions, à la hiérarchie entre les règlements et les décisions, à la typologie de ces actes, à leurs auteurs, à leur force contraignante, à leur portée, aux conditions de leur adoption, aux modalités de leur entrée en vigueur. Il faut par conséquent dépasser la première lecture des textes et analyser avec minutie la pratique pour tenter de préciser le régime juridique des règlements et décisions. Pour compléter l'étude, quelques règlements particuliers seront présentés.

Section 1 - Première vue

2. Les textes en matière de règlements et décision ont connu une légère mutation dans le temps, sans pour autant apporter les clarifications nécessaires.

§1 - Dans le Traité originaire de Port-Louis

3. Le Traité de Port-Louis ne connaît que les règlements comme acte pouvant être pris pour son application (article 4 du Traité de Port-Louis). Certes l'on trouve à l'article 30 une allusion aux « décisions ». Mais en réalité, cet article est relatif au fonctionnement du Conseil des ministres et précise les conditions de vote de majorité et de quorum. Les « décisions » ici sont comprises dans le sens très général de décision collective et englobent aussi bien les actes uniformes que les règlements.

La compréhension du règlement dans ce Traité est malaisée. L'article 4 qui en est la référence ne donne aucune définition ; mais il donne quelques éléments caractéristiques du règlement relativement à l'auteur de l'acte (*en l'occurrence le Conseil des ministres*) et à la condition de majorité requise (*majorité absolue des États parties présents et votant, chaque État disposant d'une voix*).

Mais la situation est embrouillée par les articles 19, 26 et 41 du Traité qui déterminent un type particulier

de règlement soumis au régime d'adoption des actes uniformes (*unanimité des représentants des États parties présents et votant*).

4. On peut en tirer deux conclusions. Premièrement, et de façon générale, les règlements sont pris pour l'application du Traité. En cela ils diffèrent des règlements connus d'autres organismes d'intégration régionaux, notamment la Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) et l'Union économique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA) qui constituent leur droit dérivé. Dans le cadre de l'OHADA, le droit dérivé est formé par les actes uniformes. Mais, ils sont des actes normatifs obligatoires en tous leurs points. En cela, comme les règlements des organismes précités, ils ont trois caractéristiques majeurs : la portée générale, le caractère obligatoire et d'application directe dans les États parties (*cf. GUEYE (D) et TALL (S.N.), Commentaire de l'article 4 du Traité, OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 3^e édition, JURISCOPE, 2008, p. 27*).

En second lieu, les règlements des articles 19, 26 et 41 sont assez particuliers, même s'ils sont adoptés par le Conseil des ministres. Le règlement de l'article 19 fixe la procédure devant la CCJA alors que celui de l'article 26 régit l'arbitrage sous l'auspice de la CCJA. Manifestement, il ne s'agit pas de règlement au sens du droit international : à l'article 19, il est question d'un règlement de procédure ; à l'article 26, d'un règlement d'arbitrage comme pour tout centre d'arbitrage institutionnel. Le règlement de l'article 41 vise l'organisation et le fonctionnement de l'ERSUMA. Au fond, il porte statut de celle-ci.

5. Ces conclusions ne sont pas remises en cause par le Traité de Québec révisant le Traité de Port-Louis. L'Élément nouveau porte sur la constitutionnalisation de la décision à côté du règlement comme acte pris pour l'application du traité.

§2 - Dans le Traité de Québec

6. L'élément nouveau par apport au Traité de Port-Louis est la constitutionnalisation des « décisions » comme une nouvelle catégorie d'actes de mise en œuvre du traité (*article 4 nouveau Traité OHADA*). Dans le prolongement logique de cet article, la nouvelle rédaction de l'article 14 mentionne les décisions parmi les actes dont la CCJA assure l'interprétation et l'application.

Comme pour les règlements, l'article 4 se borne à mentionner la décision sans la définir. Toujours comme le règlement, la décision pourra être prise, chaque fois que de besoin, par le Conseil des ministres, à la majorité absolue.

7. Ainsi, prima facie, les décisions ressemblent à des décisions, même si se référant au droit international, l'on peut estimer que les décisions sont des actes

individuels visant à régler les situations personnelles (KAMTO (M.), *Commentaire du Traité de Québec, en annexe à OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 3^e édition, JURISCOPE, 2008*).

Section 2 - Approfondissement

8. Les règlements et décisions dans le système OHADA visent un seul dessein, à savoir l'organisation et le fonctionnement des organes et institutions, y compris dans leurs relations avec les États parties. L'on comprend du coup une variété de situations concrètes à laquelle la pratique a essayé de trouver des réponses. Un inévitable besoin de systématisation s'impose pour la compréhension des règlements et décision et leur praticabilité judiciaire.

§1 - Analyse

9. L'analyse de la pratique des règlements et de celle des décisions est édifiante tout en montrant de nombreuses incohérences.

A - Pratique des règlements

10. L'analyse de la pratique donne d'utiles indications sur la typologie des règlements. On peut les classer selon l'organe compétent, selon les modalités de leur adoption, selon leur nature.

I - Règlements de l'OHADA selon l'organe compétent

11. La pratique des organisations communautaires distingue généralement les « règlements » et leurs « règlements d'application ». Les premiers peuvent se comparer aux lois ou aux différents types de décrets ; ils relèvent généralement de la compétence du Conseil des ministres (*parfois un Conseil d'administration comme c'est le cas à l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle*). Les seconds sont assimilables aux arrêtés d'application des premiers ; la compétence de les édicter revient aux organes exécutifs des organismes concernés (*Commission, secrétariat exécutif, Secrétariat général, Secrétariat permanent, etc.*). Il apparaît ainsi que la considération de l'auteur de l'acte n'est pas un exercice vain, loin s'en faut, dans la mesure où il permet de distinguer, selon le rang hiérarchique de celui-ci, entre un règlement normal et un règlement d'application. Il faut observer, d'ailleurs, qu'un jeu de verbes juridiques est parfois utilisé pour distinguer les règlements selon leur auteur : il s'agit notamment des verbes édicter et adopter pour les règlements du Conseil des ministres, des verbes

prendre et arrêter, pour ce qui est des règlements pris par des organes exécutifs.

12. Qu'en est-il à l'OHADA ? La question de l'organe compétent semble avoir été réglée par l'article 4 du Traité de l'OHADA qui, cette fois-ci, dit expressément : « Des règlements pour l'application du présent Traité et des décisions seront pris chaque fois que de besoin, par le Conseil des ministres, à la majorité absolue ». C'est apparemment clair : c'est le Conseil des ministres qui adopte les règlements dans l'OHADA. Le texte ne laisse envisager aucune distinction entre les règlements. Doit-on conclure qu'une telle distinction n'est pas utile dans le cadre de l'OHADA ou est seulement une lacune ?

Et pourtant l'OHADA, à l'instar d'autres organisations communautaires, telles que la CEMAC et l'UEMOA, est une organisation d'intégration régionale (avec un propos certes modeste qui se résume à l'intégration juridique et judiciaire), qui a des États parties à son Traité fondateur, des institutions supérieures délibérantes et non permanentes comme le Conseil de ministres et plus récemment la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement ; elle aussi des institutions permanentes d'exécution et de représentation qui sont le Secrétariat permanent, la Cour commune de justice et d'arbitrage et l'École régionale supérieure de l'OHADA. Un fonctionnement efficace de l'ensemble des mécanismes institués par les États parties n'autorise pas le renoncement, dans certains cas, à un certain nombre d'outils juridiques existants.

Dans certains cas, il est même souhaitable que des règlements généraux adoptés par le Conseil des ministres soient autosuffisants et ne pas autoriser la prise d'un quelconque acte complémentaire par le Secrétariat permanent de l'OHADA (car c'est bien de lui qu'il s'agit ici). Ce sera, par exemple, le cas du règlement instituant le mécanisme de financement autonome de l'OHADA ; ce règlement qui institue le « Prélèvement OHADA », organise, entre les États parties, le Secrétariat permanent de l'OHADA et les Banques centrales, la collecte et l'utilisation dudit prélèvement. Il va sans dire que le Secrétariat Permanent ne doit absolument pas intervenir dans un tel texte. Il rendra compte au Conseil des ministres de ses observations qui avisera d'un réaménagement ou non.

En revanche, l'on s'accordera pour reconnaître qu'il est manifestement difficile, voire non souhaitable, que des règlements, tels que ceux qui organisent le statut du personnel de l'OHADA, la gestion budgétaire et financière des institutions, l'organisation et le fonctionnement des institutions, puissent prévoir tous les détails de leur mise en œuvre. Fût-il possible de mettre dans de tels règlements pareils détails qu'il ne serait pas recommandable de le faire, afin de leur garantir la souplesse et l'adaptabilité qui doivent les caractériser à certains niveaux de leur mise en œuvre.

La force de cette considération pratique a conduit le Secrétariat permanent et parfois la CCJA à recourir,

à un stade donné de l'évolution de l'OHADA et avec la bénédiction du Conseil des ministres lui-même, à la prise de plusieurs règlements d'exécution de l'ancien Règlement N° 0002/1998/CM du 30 janvier 1998, portant statut des fonctionnaires de l'OHADA, de nos jours abrogé et remplacé par le Règlement N° 001/2007/CM/OHADA du 27 juillet 2007 portant statut du personnel de l'OHADA. Ce sont les :

- Règlement d'exécution n° 001/2000/SP-OHADA fixant les conditions d'application du statut des fonctionnaires de l'OHADA au personnel du Secrétariat permanent ;
- Règlement d'exécution n° 002/2000/SP-OHADA fixant les indemnités à allouer aux fonctionnaires et agents non permanents du Secrétariat permanent de l'OHADA appelés à se déplacer, par ordre ou pour le service ;
- Règlement d'exécution n° 004/2000/SP-OHADA fixant le montant et les modalités d'attribution de l'indemnité d'équipement et d'installation aux fonctionnaires internationaux et aux agents du régime international du Secrétariat permanent de l'OHADA.

Tous ces règlements d'exécution avaient été pris par le Secrétariat permanent après approbation du Conseil des ministres de l'OHADA à sa session tenue à Yaoundé le 24 mars 2000.

L'on peut également signaler, à titre illustratif de la pratique, le cas des règlements portant règlement intérieur des institutions et pris par le Secrétariat permanent ou par la Cour commune de justice et d'arbitrage. Il s'agit du Règlement intérieur du Secrétariat permanent de l'OHADA, signé par le Secrétaire permanent après approbation du Conseil des ministres ; c'est aussi les cas du Règlement intérieur de la CCJA en matière contentieuse et consultative du 24 novembre 1999 et du Règlement intérieur de la CCJA en matière d'arbitrage du 02 juin 1999. Ces deux derniers règlements ont été adoptés par l'assemblée générale de la Cour et signés par le Président de ladite Cour.

Cela étant, les règlements d'exécution doivent être approuvés par le Conseil des ministres pour entrer en vigueur. Ce qui, à la vérité, relative la distinction des règlements selon l'organe compétent.

Au regard d'un tel constat, on peut affirmer que l'OHADA connaît tout aussi bien la pratique des règlements généraux relevant de la compétence du Conseil des ministres que celle des règlements d'exécution que peuvent prendre ses institutions d'exécution et ce, nonobstant les dispositions restrictives de l'article 4 du Traité sur ce distinguo fort utile pour le fonctionnement des institutions.

II - Règlements de l'OHADA selon les modalités de leur adoption

13. Y a-t-il un intérêt à mettre en exergue les condi-

tions dans lesquelles sont adoptés les règlements ? La réponse serait négative en règle générale. En revanche, cette question revêt un intérêt évident dans le cadre de l'OHADA, en ce sens qu'elle renvoie à une spécificité du « règlement » de l'OHADA. En effet, ce règlement, en plus des éléments retenus plus haut pour la définition du règlement en général, est en plus un acte adopté dans certaines conditions de majorité. Cette particularité concerne surtout les règlements généraux adoptés par le Conseil des ministres et exclut, d'office, les règlements d'exécution que les institutions d'exécution peuvent être amenées à prendre. Ainsi, l'on est amené à distinguer, selon une lecture combinée des articles 4, 8, 19, 26, 28 et 30 du Traité de l'OHADA, entre les règlements que nous qualifions d'« ordinaires » et les règlements spéciaux que nous pouvons encore qualifier d'« extraordinaires ».

a - Règlements généraux ordinaires

14. Les règlements généraux ordinaires sont ceux adoptés par le Conseil des ministres à la majorité absolue, conformément aux dispositions des articles 4 et 30 du Traité. Le fait qu'ils soient adoptés par le Conseil des ministres implique que cette adoption se fasse au quorum exigé par l'article 28 du Traité pour les délibérations dudit Conseil, à savoir la présence d'au moins deux tiers des États Parties. Les règlements généraux « ordinaires » sont donc ceux adoptés à la majorité absolue d'au moins deux tiers des États parties présents et votant.

En fait, ces règlements généraux « ordinaires » sont tous les autres règlements de l'OHADA à l'exception de ceux prévus aux articles 19 et 26 du Traité de l'Organisation. Ce sont donc les règlements nommément désignés dans le Traité comme ceux des articles 40 (attributions et organisation du Secrétariat permanent de l'OHADA), 41 (dénomination, attributions, organisation et fonctionnement de l'ERSUMA) et 43 (financement de l'OHADA) ; ce sont aussi tous les autres règlements non nommés dans le traité mais adoptés en tant que de besoin, comme le veut l'article 4 du même traité, pour l'application de celui-ci.

On peut ranger dans cette catégorie notamment les règlements suivants :

- Règlement N° 004/2000/CM du 09 mai 2000 fixant les conditions financières et avantages attachés aux fonctions de juge de la CCJA, de Secrétaire permanent de l'OHADA et de Directeur général de l'école régionale supérieure de la magistrature ;
- Règlement N° 005/2000/CM-OHADA du 30 janvier 1998 du 09 mai 2000 portant modification du Règlement N° 001/98/CM du 30 janvier 1998 portant règlement financier des institutions de l'OHADA ;
- Règlement N° 001/2001/CM du 23 mars 2001 portant organisation et fonctionnement du Secrétariat permanent de l'OHADA ;
- Règlement N° 001/2003/CM du 22 mars 2003 portant

- création, organisation et fonctionnement du comité des experts ;
- Règlement N° 002/2003/CM du 18 octobre 2003 relatif au mécanisme de financement autonome de l'OHADA ;
 - Règlement N° 002/2007/CM/OHADA du 12 décembre 2007 portant révision du statut du personnel ;
 - Règlement N° 001/2009/CM/OHADA du 22 mai 2009 portant attributions et organisation du Secrétariat permanent de l'OHADA ;
 - Règlement N° 002/2009/CM/OHADA du 22 mai 2009 portant création, organisation et fonctionnement de la Commission de normalisation comptable de l'OHADA ;
 - Règlement du 15 décembre 2010 instituant un comité technique des normes informatiques.

b - Règlements spéciaux

15. Les règlements spéciaux sont ceux adoptés par le Conseil des ministres à l'unanimité des représentants des États parties présents et votant. Ici, ce sont les dispositions de l'article 8 relatives à l'adoption des actes uniformes qui s'appliquent. La compétence du Conseil des ministres est alors exclusive. Entrent dans cette catégorie le règlement de procédure CCJA et le règlement d'arbitrage de la CCJA. En réalité, cela s'applique par la nature de ces règlements qui tranchent nettement avec les règlements au sens normal, c'est-à-dire pris pour l'application du Traité.

III - Règlement de l'OHADA selon leur nature juridique

16. Lato sensu, tous les règlements sont pris pour l'application du Traité. Il s'agit donc d'acte normatif obligatoire dans ses éléments.

17. Stricto sensu, l'on dénote plusieurs nuances. D'abord, l'on trouve, à côté des règlements de portée générale, quelques rares règlements individuels.

Ensuite et surtout, deux règlements sont de « faux » règlements et ont chacun une nature juridique spécifique : le règlement d'arbitrage de la CCJA et le règlement de procédure de la CCJA.

Le règlement d'arbitrage de la CCJA présente une spécificité certaine pour ce qui concerne la portée générale et le caractère obligatoire reconnus aux règlements OHADA. En effet, en tant que règlement d'un centre d'arbitrage, ce centre fut-il de la CCJA, reste marqué par le caractère conventionnel et relatif de tout règlement de ce genre, la personne intéressée ayant en principe l'option de son centre d'arbitrage. Pour que ce règlement s'applique, il faut que l'adhésion des parties se traduise par l'option du centre d'arbitrage de la CCJA. Le fait que le règlement d'arbitrage a été adopté par le Conseil des ministres ne change rien de ce point de vue. Dès lors, le règlement d'arbitrage de la CCJA a un caractère plutôt

relatif que général et un effet plutôt conventionnel que normatif au sens du Traité OHADA (*voir infra, section 3, § 2 consacré à la présentation du Règlement d'arbitrage de la CCJA ; voir aussi, entrée Arbitrage sous les auspices de la CCJA, présente encyclopédie*).

Quant au règlement de procédure de la CCJA, il s'apparente à un acte uniforme. Il fixe le droit dérivé de la procédure devant la CCJA.

B - Pratique des décisions

18. Le Traité de Québec en date du 17 octobre 2008, en ajoutant les décisions à l'article 4 parmi les actes pouvant être pris pour la mise en œuvre du Traité, n'a fait qu'entériner une pratique courante, les décisions étaient régulièrement prises par les Institutions de l'OHADA alors même que le Traité de Port-Louis n'en parle pas.

Une revue des décisions prises alors dans la pratique indique une typologie variée de décisions. *Certaines décisions sont prises indifféremment par les Institutions de l'OHADA (Conseil des ministres CCJA, Secrétariat permanent, Conseil d'administration de l'ERSUMA). D'autres, prises par les institutions de l'OHADA, sont aussi bien de portée générale qu'individuelle. D'autres encore portent sur des questions diverses touchant à l'organisation ou au fonctionnement des Institutions de l'OHADA (en cela, elles ressemblent quelquefois à des Règlements).*

À titre d'illustration, l'on peut citer :

- les décisions prises par le Conseil des ministres sur les attributions des sièges des institutions (*Décision N° 001/96/CM du 26 septembre 1996 portant attribution du siège de la CCJA ; Décision N° 002/96/CM du 26 septembre 1996 portant attribution du siège du Secrétariat permanent ; Décision N° 003/96/CM du 26 septembre 1996 portant attribution du siège de l'École régionale supérieure de la magistrature*) ; sur le programme d'harmonisation du droit des affaires (*Décision N° 002/2001/CM du 23 mars 2001 relative au programme d'harmonisation du droit des affaires*) ; sur le prélèvement OHADA (*Décision 001/2004/CM du 27 mars 2004 portant création d'un poste d'Expert financier auprès du Secrétariat permanent chargé du suivi du prélèvement OHADA ; Décision 004/2004/CM du 27 mars 2004 portant adoption de la clé de répartition pour la contribution de chaque État partie au prélèvement OHADA*) ; sur la sécurité du personnel international de l'OHADA (*Décision N° 006/2005/CM du 07 octobre 2005 relative à la sécurité du personnel international de l'OHADA*)
- les décisions prises par le Secrétaire permanent (*Décision N° 00310/2001/SP/OHADA du 18 juin 2001 portant nomination du Directeur de l'administration générale, du Journal officiel et des Relations publiques ; Décision N° 002/2009/SP du 22 mai 2009 portant définition des modalités et critères de recrutement des membres du personnel de l'OHADA de grade hors catégorie*) ;

- les décisions prises par la Cour commune de justice et D'arbitrage (CCJA) (*Décision N° 004/99/CCJA du 03 février 1999 relative aux frais d'arbitrage ; Décision N° 004/99/CM du 12 mars portant approbation de la Décision N° 004/99/CCJA du 03 février 1999 relative aux frais d'arbitrage ; Décision N° 002/99/CCJA du 04 février 1999 augmentant les délais de distance en raison de la distance ; Décision N° 003/99/CCJA du 04 février 1999 fixant les tarifs des actes du greffe de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA ; Décision 013/2008/CCJA établissant la liste de l'année 2008*) ;
- les décisions prises par l'École régionale supérieure de la magistrature (Décision 002/01/SP/CA du 22 mai 2001 portant nomination du Directeur des études et des stages de l'ERSUMA).

L'observation générale à l'issue de cette analyse de la pratique, est que les décisions sont prises par toutes les institutions de l'OHADA ; elles sont aussi bien de portée générale qu'individuelles, même si cette dernière catégorie constitue la plus grande catégorie.

19. En somme, la pratique des règlements et des décisions engendre de nombreuses confusions. Il faut mettre un minimum d'ordre.

§2 - Essai de systématisation

20. Un effort de systématisation vise d'une part à clarifier la distinction entre les règlements et les décisions, d'autre part à préciser la typologie des règlements.

A - Distinction entre règlements et décisions

21. Les règlements et les décisions sont, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Québec, les deux actes normatifs constituant avec le Traité OHADA le droit primaire de l'OHADA (*voir supra n° 1-7*).

La lettre des textes et l'étude de la pratique ont montré que ces actes concourent parallèlement à l'application du Traité sans qu'on puisse véritablement déceler une hiérarchie entre eux. L'on trouve aussi bien des règlements et des décisions à portée générale d'une part, que des décisions visant à régler les situations personnelles, même si, la plupart de décisions sont des actes individuels. Mieux vaudrait, par souci de clarification et de simplification, réserver les décisions aux actes individuels. Encore faudra-t-il avoir assaini la catégorie des règlements.

B - Clarification des règlements

22. Si l'on part de l'article 4 du traité, texte de référence, l'on peut distinguer les « vrais » règlements, les « pseudo » règlements, les « faux » règlements.

Les « vrais » règlements sont ceux qui relèvent exclusivement de la procédure de l'article 4 du Traité parce que leur objet est véritablement l'application du Traité. Ces règlements sont « des actes de portée générale portant sur les questions d'organisation et de fonctionnement des institutions et des organes et des procédures suivies devant eux, ainsi que sur le statut des personnels des institutions » (*KAMTO (M.), op. cit.*).

Les « pseudo » règlements sont ceux identifiés comme règlements d'exécution et qui peuvent être pris par les institutions de l'OHADA sous réserve de leur approbation par le Conseil des ministres. L'effort de clarification souhaité devrait aboutir à prendre sous cette forme également les mesures qui, dans la pratique actuelle de l'OHADA, sont des décisions de portée générale parce qu'elles portent sur les questions diverses touchant à l'organisation ou au fonctionnement des institutions.

Les « faux » règlements sont ceux qui relèvent de la procédure de l'article 8 du Traité. On parle ici de règlement seulement par commodité du langage utilisé par le Traité. Il s'agit en réalité parfois des actes apparents aux actes uniformes (*cas du règlement de procédure de la CCJA*), parfois à des conventions (*cas du règlement d'arbitrage de la CCJA*). À cause de leur spécificité et de leur portée dans le droit positif, ces deux règlements feront l'objet d'une présentation succincte.

Section 3 - Présentation de quelques règlements particuliers

23. À cause de leur nature singulière de leur objet et de leur importance dans la mise en œuvre du droit OHADA, deux règlements sont présentés succinctement. Il s'agit du règlement de procédure de la CCJA et du règlement d'arbitrage de la CCJA.

§1 - Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage

24. La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA est une juridiction particulière. Pour cette raison, la procédure devant elle devait être tout aussi particulière. Cette procédure a été organisée par un Règlement, texte dérivé du Traité relatif à l'organisation du droit des affaires en Afrique (*en ce sens : A. Ouattara, De la nature juridique des actes uniformes de l'ohada, Obadata D-02-08*). Ce Règlement qui constitue la source essentielle de la procédure devant la haute juridiction communautaire a été adopté par le Conseil des ministres (*V. pour la justification de l'investiture de ce Conseil du pouvoir d'adoption des normes OHADA : D. Abarchi, La supranationalité de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, Obadata D-02-02*) dans les conditions de

l'article 8 du Traité, c'est-à-dire en observant la même procédure que celle prévue pour les actes uniformes. En effet, selon l'article 4 du Traité, le Conseil de ministres peut prendre des règlements et des décisions pour l'application du Traité, chaque fois que le besoin fait ressentir, à la majorité absolue. Or, on peut lire dans le préambule du Règlement de procédure devant la CCJA, d'une part, que ce texte a été « adopté à l'unanimité des États parties présents et votants » et, d'autre part, que le visa est non l'article 4, mais plutôt les articles 8 et 19 du Traité. Cet emprunt fait à la procédure des actes uniformes est, en lui-même, un élément important, pour au moins deux raisons. D'une part il signifie que lorsqu'il s'est agi du Règlement de procédure, les rédacteurs du Traité ont estimé que la procédure devait être dérogatoire à celle prévue par l'article 4 pour les règlements en général. Ils ont préféré emprunter à la procédure d'adoption des actes uniformes, comme pour signifier que ce texte, bien que qualifié de Règlement, présenterait une importance particulière. D'autre part et selon toute vraisemblance, l'objectif poursuivi par les Rédacteurs des textes de l'OHADA était de soumettre le Règlement aux différentes étapes imposées pour les actes uniformes ; or, ces étapes tendent à leur conférer la meilleure légitimité possible. On pourrait alors penser que le souci est le même en ce qui concerne le Règlement devant régir la procédure devant la haute juridiction communautaire.

25. Dans tous les cas, il résulte de l'article 59 du Règlement commenté, que celui-ci est entré en vigueur le jour même de sa signature, puis, qu'il a été publié au journal officiel de l'OHADA.

En ce qui concerne le jour de l'entrée en vigueur, celui-ci peut étonner à première vue. Mais, si l'on poursuit le parallèle avec les actes uniformes qui peuvent, selon l'article 9 du Traité, définir eux-mêmes le jour de leur entrée en vigueur, on comprend aisément que le jour de la signature du Règlement ait pu être retenu. D'ailleurs, la même situation se rencontre dans les législations de l'Union européenne et de la CEMAC. Pour les deux institutions, l'entrée en vigueur des Règlements peut être effectuée au jour fixé par le texte lui-même (*v. sur cette question : J.M. Tchakoua, Introduction générale au droit camerounais, Presses de l'UCAC, 2008, n° 90, pp. 115 et 116 ; B. Stark, H. Roland et L. Boyer, Introduction au droit, Litec, 4^e éd. 1996, n° 501 et s., pp. 201 et s.*).

En ce qui concerne la publication du Règlement de procédure, deux observations importantes méritent d'être faites. D'une part, celle-ci a dû être effectuée au journal officiel de l'OHADA postérieurement à son entrée en vigueur. Il en découle que, contrairement à ce qui est de tradition pour les actes législatifs, la publication n'est pas une condition indispensable pour l'entrée en vigueur du Règlement. Le problème prend un relief particulier lorsqu'on se rappelle que le Règlement a emprunté à la procédure des actes uniformes. En effet, en toute logique, cet emprunt aurait pu se conclure par la soumission du Règlement à l'article 9 du Traité, pour

lequel la publication au journal officiel de l'OHADA conditionne l'entrée en vigueur des actes uniformes (*la publication dans les journaux officiels des États n'est d'aucune incidence sur leur mise en application*), à moins que l'acte ait lui-même défini une autre modalité d'entrée en vigueur (*sur cette question : v. Me Ipanda, Le Traité OHADA et la loi nationale, Rev. Cam. Dr. Aff., n° 1, p. 3*). À la vérité, l'article 9 est inapplicable lorsqu'il s'agit de la publication du Règlement, cette question étant réglée de façon autarcique par les dispositions de l'article 19, alinéa 1. Encore faut-il relever qu'il ne devrait pas s'agir de dispositions d'ordre public. En effet, la réglementation de la publication telle que prévue par l'article 19 est différente de celle qui résulte de l'article 9 consacré aux actes uniformes. Dans un cas, le législateur prescrit la publication en précisant clairement qu'elle conditionne l'entrée en vigueur et dans l'autre, il se contente de la prescrire sans évoquer la conséquence qui résulterait de l'inobservation de cette formalité. On peut en déduire que la publication au journal officiel de l'OHADA ou dans un support interne d'un État partie est inefficace comme condition d'entrée en vigueur du Règlement de procédure ou pour, revenir à la proposition de départ, que l'absence de publication du Règlement ne peut être invoquée pour remettre en cause son entrée en vigueur.

D'ailleurs, l'article 59 du Règlement qui évoque sa publication n'est pas aussi complet que l'article 19 du Traité qui en constitue le socle. En effet, faut-il le rappeler, pour ce dernier texte, la publication du Règlement doit être faite au journal officiel de l'OHADA, mais aussi « au journal officiel des États parties ou par tout autre moyen approprié » alors que pour le premier, seule la publication au journal officiel de l'OHADA est prévue. Dans tous les cas, dès lors qu'aucune de ces publications n'est indispensable pour l'entrée en vigueur du Règlement, tout débat sur les différences rédactionnelles des deux textes est dénué d'intérêt.

26. Sur la forme, les rédacteurs des textes de l'OHADA ont choisi de structurer le Règlement en quatre Titres, eux-mêmes subdivisés en chapitres là où cela s'avérait nécessaire. Le Titre I est réservé à l'organisation de la Cour. Dans ce Titre, cinq chapitres réglementent les questions relatives aux membres de la Cour, à la présidence, aux chambres, au greffe et au fonctionnement de la juridiction. Quant aux Titres II et III, ils sont consacrés aux procédures ouvertes devant la Cour commune. Dans ce découpage, la procédure contentieuse occupe, on s'en doute, une place de choix en ce sens que pas moins de onze chapitres lui sont accordés, tandis que la procédure consultative se contente de quelques articles. Enfin, un Titre IV constitué d'un seul article règle la question des dispositions finales du Règlement.

Dans l'ensemble, ce découpage est satisfaisant en ce qu'il permet d'avoir un aperçu rapide et complet de l'ensemble des questions qui sont traitées dans le règlement. Pour autant, la lecture n'est pas toujours aisée. En

effet, à côté des multiples renvois, on peut observer que le Règlement recourt parfois à des termes et expressions qui ne sont pas en tous points identiques (*V. notamment la rédaction ci-dessus évoquée des articles 19 du Traité et 59 du Règlement ; v. également l'article 41 du Règlement qui confère aux arrêts de la CCJA la « force obligatoire à compter du jour de son prononcé » alors que l'article 20 du Traité parle de la « force exécutoire », etc.*) à ceux utilisés par le Traité alors qu'il en est dérivé. Ce choix des rédacteurs du Règlement ne se justifie nullement.

27. Sur le fond, les questions abordées sont toutes d'un intérêt certain. Cependant, certaines sont analysées dans le cadre de l'étude consacrée à la Cour commune de justice et d'arbitrage. Il s'agit essentiellement de celles relatives à l'organisation de la Cour, et qui sont contenues dans le Titre I du Règlement. Il en découle que ne seront traitées dans le cadre de la présente entrée, que celles qui organisent la procédure elle-même et qui font l'objet des Titres II et III (*le Titre IV ne comporte que l'article 59 qui règle le problème, de l'entrée en vigueur et de la publication du Règlement*). Dans cette optique, on verra que le Règlement a défini les modalités d'exercice des recours qui peuvent être portés devant la Cour communautaire (A), qu'il a réglementé tous les aspects relatifs à l'instance (B) et qu'il s'est montré exhaustif quant à la décision devant être rendue à l'issue de l'instance (C).

A - Exercice des recours admis devant la CCJA

28. Les modalités d'exercice des recours pouvant être portés devant la Cour commune de justice et d'arbitrage ont été clairement définies par le Règlement de procédure. Il s'agit de celles qui s'appliquent au recours en cassation (I), de celles qui concernent le recours en annulation (II), et même de celles qui ont trait à une simple demande d'avis consultatif (III).

I - Exercice du recours en cassation

29. Le recours en cassation permet à la Cour communautaire de se prononcer sur des décisions rendues par les juridictions nationales d'instance statuant en premier et dernier ressort, ou par les juridictions d'appel. Son organisation résultant du Règlement de procédure lui confère un régime dualiste, selon qu'il émane de l'une des parties à la procédure devant la juridiction nationale (a) dont la décision est attaquée ou de la juridiction nationale de cassation qui décide de renvoyer l'affaire devant la juridiction communautaire (b).

a - Recours en cassation porté par l'une des parties

30. Lorsque le recours en cassation est porté à la

CCJA par l'une des parties, l'article 28 précise qu'il doit être présenté au Greffe de la CCJA dans les deux mois de la signification de la décision attaquée. La question peut se poser de savoir si cette signification doit être faite en vertu des règles de droit interne ou d'après les règles du droit communautaire. L'intérêt de l'interrogation vient de ce que le Règlement de procédure organise lui-même à l'article 24, une procédure de signification (*v. infra*). Néanmoins, la réponse est aisée. En effet, dès lors que la décision faisant l'objet du pourvoi est celle rendue par la juridiction nationale, il est logique de soutenir que la signification dont il est question ne doit obéir qu'aux règles juridiques internes des États parties. Au demeurant, il suffit de lire l'article 24 pour comprendre que les significations qu'il régit sont uniquement celles prévues par le Règlement lui-même et non celles prévues par les Codes de procédure internes.

Les autres règles prévues pour l'exercice du recours en cassation émanant d'une partie au procès devant la juridiction nationale dont la décision est attaquée constituent des éléments de la procédure, qu'elle soit écrite ou orale (*v. infra*).

b - Recours en cassation porté par voie de renvoi

31. Aux termes de l'article 51 du Règlement, « lorsque la Cour est saisie conformément aux articles 14 et 15 du Traité par une juridiction nationale statuant en cassation qui lui renvoie le soin de juger une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes, cette juridiction est immédiatement dessaisie. Elle transmet à la Cour l'ensemble du dossier de l'affaire, avec une copie de la décision de renvoi. Dès réception de ce dossier, les parties sont avisées de cette transmission par la Cour.

Les dispositions des articles 23 à 50 du présent Règlement sont applicables sous réserve des adaptations imposées par le mode de saisine ».

L'idée maîtresse qui sous-tend l'article 51 est le dessaisissement de la juridiction nationale de cassation à la suite du renvoi qu'elle a opéré au profit de la CCJA. De fait, si elle a décidé d'un tel renvoi, c'est bien parce qu'elle a estimé que l'affaire relève du domaine de compétence de la Cour communautaire. Ce dessaisissement organisé par l'article 51 du Règlement fait penser au sursis à statuer prévu par l'article 16 du Traité qui dispose que « la saisine de la Cour commune de justice et d'arbitrage suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée (...) ». En effet, il paraît clair que l'idée défendue par l'article 51 est le prolongement de celle évoquée à l'article 16 du Traité. Pour l'illustrer, on peut remarquer que les deux dispositions obligent le juge national à se dessaisir dès la saisine du juge communautaire et ce, jusqu'à ce que ce dernier se soit prononcé sur sa compétence pour connaître du litige. S'il confirme sa compétence, il est évident qu'en application de l'une ou

de l'autre disposition, le juge national est définitivement privé du pouvoir d'examiner le litige. En revanche, s'il se déclare incompétent, ce juge devra accepter d'être à nouveau saisi du litige, sinon, il naîtrait assurément un conflit négatif de compétences.

32. Mais, même si le dessaisissement prévu par l'article 51 du Règlement présente des suites similaires avec le sursis à statuer de l'article 16 du Traité, il recèle une véritable singularité en ce qu'il précise de manière univoque l'origine du pourvoi : celui-ci doit émaner d'un renvoi de la juridiction nationale de cassation. Cette précision permet de comprendre que l'article 16 du Traité concerne avant tout, les hypothèses où le pourvoi émane de l'une des parties au procès. En mettant les deux dispositions côte à côte, l'édifice est complet.

Dans tous les cas, le dessaisissement de la juridiction nationale de cassation n'est subordonné à aucune autre formalité. Il résulte du seul renvoi opéré au profit de la juridiction communautaire. Néanmoins, l'article 51 laisse comprendre qu'une « décision de renvoi » doit être prise. Celle-ci peut revêtir la forme d'une simple ordonnance ou celle d'un arrêt.

Lorsque le renvoi est décidé, la juridiction nationale transmet à la Cour communautaire l'ensemble du dossier de l'affaire, accompagné de la décision de renvoi. Le greffe de la CCJA informe dès réception du dossier, les parties au litige devant la juridiction nationale. Par la suite, toutes les règles applicables à la procédure contentieuse (telle que prévue par les articles 23 à 50) devant la CCJA peuvent être actionnées, sous réserve des adaptations imposées par la saisine par voie de renvoi.

II - Exercice du recours en annulation

33. Les modalités d'exercice du recours en annulation créé par l'article 18 du Traité sont fixées par l'article 52 du Règlement de procédure de la CCJA. De la lecture combinée de ces deux textes, il ressort que le recours en annulation tend à réparer la méconnaissance par une juridiction nationale, de la compétence de la CCJA. Cet objectif clairement affiché par la loi ne peut cependant être atteint que si l'incompétence de la juridiction nationale a été, au préalable, soulevée devant elle-même (*la CCJA refuse d'examiner le recours en annulation lorsque le requérant n'a pas préalablement soulevé un tel déclinatoire*. V. par ex. : CCJA, arrêt n° 009/2003 du 24 avril 2003 (H. C./D.), *Le Juris-Obada*, n° 2/2003, avril-juin 2003, p. 29, note anonyme ; *Recueil de jurisprudence CCJA*, n° 1, janvier-juin 2003, p. 7 ; *Obadata J-03-125* ; CCJA, arrêt n° 24 du 17 juin 2004, *Affaire : A. C/La Société Générale DE Banques en Cote D'Ivoire dite SGBCI et Monsieur S. S.*, *Le Juris Obada*, n° 3/2004, juillet-octobre 2004, p. 27, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 3, janvier-juin 2004, p. 14 ; *Obadata J-04-385* ; CCJA, arrêt n° 06/2005 du 27 janvier 2005, Murielle Corinne Christèle KOFFI et

Sabouot. Cédric Koffi c/La Société Ecobank, Le Juris Obada n° 1/2005, janvier-mars 2005, p. 16 ; *Recueil de jurisprudence, de la CCJA* n° 5, janvier-juin 2005, volume 1, p. 8 ; *Obadata J-05-188* ; V. sur l'ensemble de la question : B. Diallo, *La CCJA et le contentieux des actes uniformes, Penant*, n° 850/2005, p. 34.). L'intérêt de cette exception d'incompétence que les plaideurs soulèvent devant la juridiction nationale de cassation et qui constitue un préalable pour la compétence de la CCJA n'est pas aisé à trouver. Les rédacteurs du Traité ont-ils voulu cristalliser la résistance éventuelle des Cours suprêmes nationales ? Ont-ils voulu empêcher aux justiciables de plaider à tâtons devant les juridictions ? L'intention était-elle d'éviter une profusion de procès sur la compétence, sachant qu'en soulevant l'exception d'incompétence de la juridiction nationale devant elle-même, son office va constituer un premier filtre qui pourrait, en cas de reconnaissance de son incompétence rendre sans intérêt un procès fondé sur la même cause devant la CCJA ? En tout cas, il paraît bien qu'en exigeant le déclinatoire de sa propre compétence devant la juridiction nationale de cassation, le Traité OHADA a inutilement compliqué la procédure. D'ailleurs, cette exigence pourrait encourager une collusion des parties pour éviter la compétence de la CCJA afin de laisser le litige à la connaissance de leur juridiction de cassation (*en ce sens : B. Diallo, Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la Cour commune de justice et d'arbitrage dans le cadre du traité de l'OHADA, Penant* n° 858/2007, p. 40 ; P.G. Pougoué, *Présentation générale et procédure en OHADA, PUA*, 1998, p. 15 ; J. Issa Sayegh, *Conflit entre droit communautaire et droit régional dans l'espace OHADA, Obadata, D-06-05*). Le législateur OHADA aurait dû laisser, dans le souci de préserver le domaine de compétence de la CCJA, la possibilité pour cette juridiction d'examiner le recours même en l'absence d'un déclinatoire préalable de compétence.

34. Quoi qu'il en soit, si un tel déclinatoire a été soulevé, le recours est, en principe, recevable. Mais, le déclinatoire de compétence doit avoir eu pour objet de faire renvoyer le litige à la connaissance de la CCJA, ce qui suppose, que le demandeur doit pouvoir justifier de l'applicabilité du droit uniforme au litige. En effet, la Cour communautaire a estimé que les conditions pour sa saisine sur le fondement de l'article 18 ne sont pas réunies lorsque le défendeur a décliné la compétence de la Cour suprême nationale en l'invitant à se dessaisir au profit d'une juridiction nationale du fond (CCJA, arrêt n° 004/2005 du 27 janvier 2005, *Société générale de banques en Côte d'Ivoire (SGBCI) c/Ayants Droit de Tahirou Moussa, Le Juris-Obada*, n° 1/2005, janvier-mars 2005, p. 10, note M. Brou Kouakou – *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 5, janvier-juin 2005, volume 1, p. 5, note W.J. Ngoué, *Obadata J-05-186*). En outre, le recours en annulation doit être dirigé contre l'arrêt de la juridiction de cassation qui s'est prononcé sur le pourvoi et non contre la décision qui s'est bornée à

rejeter l'exception d'incompétence. En effet, il ressort de la jurisprudence de la CCJA, qu'un arrêt avant dire droit n'est pas, en lui-même, susceptible d'être déféré devant cette juridiction (*CCJA, ordonnance n° 2/2001 du 13 juin 2001, Caisse nationale de prévoyance sociale (CNPS) du Cameroun et Maître Ebongo Alexandre Nemès contre Sarl Pamol Plantations LTD, Recueil de jurisprudence de la CCJA, numéro spécial, janvier 2003, p. 82 ; Obadata J-03-125*). Cette démarche est parfaitement logique pour au moins deux raisons. D'une part, il est peu probable qu'une telle décision soulève une question relative au Traité, à un Acte uniforme ou à un règlement. D'autre part, le fait pour la Cour suprême nationale de retenir sa compétence ne peut pas en soi être à l'origine d'un grief. Une double conséquence peut être extraite de ce raisonnement : sur un plan objectif, la compétence de la CCJA n'est pas enclenchée par un tel arrêt ; sur un plan subjectif, le demandeur au recours en annulation dirigé contre une telle décision n'a pas d'intérêt à agir. Néanmoins, cette difficulté peut être contournée : le défendeur au pourvoi peut ne pas attendre l'ouverture des débats devant la Cour suprême nationale pour soulever l'exception d'incompétence ; il lui suffit de saisir la CCJA du même litige pour que, par le jeu de l'article 16 du Traité, la procédure engagée devant cette Cour suprême nationale soit suspendue. En outre, la question peut se poser de savoir si, du fait que l'enjeu de forme (*suffisamment important*) à ce niveau est la détermination de la juridiction de cassation compétente pour trancher le litige, il n'aurait pas été concevable de permettre à la partie qui soulève l'incompétence de la juridiction nationale, de porter la décision rendue sur le déclinatoire à la censure de la CCJA. Le bénéfice d'une telle possibilité aurait été un certain gain de temps : plutôt que de laisser la juridiction nationale continuer l'examen du pourvoi jusqu'à la décision alors qu'il existe un risque que cette décision soit ultérieurement annulée, on aurait pu envisager de laisser au demandeur au déclinatoire le loisir de saisir immédiatement la Cour régionale.

Dans tous les cas, il résulte de l'alinéa 1 in fine et des alinéas 2 et 3 de l'article 52, que dès que la Cour est saisie d'un recours en annulation, le greffier en chef le signifie immédiatement à toutes les parties à la procédure devant la juridiction nationale de cassation. Cette signification marque le point de départ d'un délai de trois mois qui leur est accordé pour présenter un mémoire. Puis, les mémoires déposés sont communiqués au requérant et aux autres parties auxquelles le président fixe un autre délai pour la présentation d'éventuels nouveaux mémoires, tout en appréciant l'opportunité ou non de convoquer une audience.

35. Après examen du recours et des mémoires produits, la Cour décide soit du rejet du recours, soit de l'annulation de la décision attaquée. Dans la première hypothèse, elle confirme que le litige relevait bien de la compétence de la juridiction nationale de cassation.

Dans la seconde, elle estime que cette juridiction s'est déclarée compétente à tort. Dans ce cas, la décision attaquée par le recours est, selon l'alinéa 4 de l'article 52 (*qui reprend sur ce point l'alinéa 3 de l'article 18 du Traité*), considérée comme nulle et non avenue (*la CCJA n'hésite pas à prononcer cette nullité. V. par ex. prononçant la nullité d'un arrêt de la Cour suprême de Côte d'Ivoire : (CCJA, arrêt n° 31 du 04 novembre 2004, Ayants droit de Bamba Etigué. C/Madame Adia Yéguo Thérèse, Le Juris-Obada n° 4/2004, octobre-novembre 2004, p. 27, note M. Brou Kouakou, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 4, juillet-décembre 2004, p. 48, Jurisprudence commentée de la CCJA, octobre 2005, n° 1, p. 40 note F. Onana Etoundi, Obadata J-05-172)*). La possibilité est alors offerte à toute partie qui le désire de saisir à nouveau la CCJA, mais cette fois par un recours en cassation dirigé contre la décision rendue par le juge du fond et qui avait fondé la saisine de la juridiction nationale de cassation.

Il en résulte que le Traité et le Règlement de procédure font obligation aux plaideurs de saisir deux fois la CCJA, lorsqu'une juridiction nationale de cassation a statué alors qu'elle était incompétente. Dans un premier procès, la Cour communautaire se borne à se prononcer sur sa compétence par un arrêt qu'elle notifie tant aux parties qu'à la juridiction nationale en cause. À cette phase, son arrêt n'est pas substitué à celui de cette juridiction nationale, dans la mesure où la CCJA ne peut, lors de ce premier procès, évoquer et statuer sur le fond. Elle doit être de nouveau saisie d'un pourvoi l'invitant à statuer sur le fond du droit tel qu'appliqué devant la dernière juridiction nationale ayant tranché le litige sur le fond (*CCJA, arrêt n° 31 du 04 nov. 2004, Penant 852/2005, p. 382, note B. Diallo*). Cette véritable navette infligée aux plaideurs amène à s'interroger sur le point de savoir si un pourvoi unique invitant la CCJA à statuer sur sa compétence, et dans l'affirmative, à statuer sur le fond n'était pas concevable. En fluidifiant ainsi la saisine de la Haute juridiction communautaire, on aurait incité les parties à s'adresser à elle sans craindre l'obstacle de la lourdeur de la procédure.

36. De toute manière, dans l'hypothèse de l'annulation de la décision rendue par le juge national de cassation, l'article 52, alinéa 4 in fine offre à la partie désireuse de se pourvoir en cassation devant la CCJA un délai de deux mois à compter de la signification de l'arrêt d'annulation, pour introduire son recours. Il va de soi que celui-ci est dirigé non contre l'arrêt rendu par le juge suprême national mais, contre la décision rendue par le dernier juge national ayant statué sur le fond et sur laquelle ledit juge suprême s'était prononcé. Il faut cependant relever que le délai de deux mois accordé aux parties pour saisir à nouveau la Cour communautaire d'un recours en cassation ne doit pas être mis en rapport avec celui de deux mois accordé aux plaideurs et aux Cours suprêmes nationales pour introduire un recours en cassation devant la CCJA. Les deux délais s'exercent, le cas échéant, à des époques différentes. On suppose par exemple que dans

le premier délai de deux mois, l'une des parties au litige saisit la Cour suprême de son pays. Devant cette Cour, son adversaire soulève l'incompétence, mais, la juridiction passe outre et statue. Son arrêt est par la suite attaqué en annulation par l'auteur du déclinatoire de compétence qui obtient gain de cause devant la CCJA. Il dispose alors d'un nouveau délai deux mois pour introduire son pourvoi en cassation devant la CCJA dont il est désormais sûr de la compétence pour connaître du litige.

III - Demande d'avis consultatif

37. La procédure consultative instituée par l'article 14 du Traité permet de mettre en exergue la seconde fonction fondamentale de la Cour commune de justice et d'arbitrage. Elle permet notamment à la Cour d'apporter son éclairage a priori, sur des questions relatives à l'interprétation ou à l'application des actes uniformes et des Règlements prévus par le Traité. Cette procédure est régie principalement par les règles contenues dans les articles 53 à 58 du Règlement de procédure. Toutefois, il est permis à la Cour de recourir également aux règles qui gouvernent la procédure contentieuse. En combinant toutes ces règles, on peut identifier deux questions principales et une question accessoire. Les premières ont trait à l'initiative de la demande d'avis consultatif (a) et à l'examen de ladite demande (b). Quant à la dernière, elle concerne l'issue de la demande (c).

a - Initiative de la demande d'avis consultatif

38. L'initiative de la demande d'avis consultatif appartient concurremment au Conseil des ministres de l'OHADA, aux États parties et aux juridictions nationales. Seules ces trois entités sont autorisées à saisir la Cour aux fins de solliciter son avis sur une question qui échappe à leur compréhension. Ainsi, la Cour ne peut d'office se saisir elle-même en vue d'émettre un avis sur une question donnée. De même, contrairement à la procédure contentieuse qui admet que les parties puissent directement saisir la Cour, celles-ci sont exclues de la procédure consultative.

Lorsque la demande émane du Conseil des ministres ou d'un État partie, elle revêt la forme d'une requête écrite (*article 54 du Règlement*) ; lorsqu'elle est le fait d'une juridiction, nationale, elle résulte d'une décision (*article 56 du Règlement*). Mais dans un cas comme dans l'autre, obligation est faite aux demandeurs à l'avis, de préciser de manière claire et précise la question ou les questions pour lesquelles l'avis de la Cour est sollicité et d'y adjoindre tous documents propres à éclairer la lanterne de la Cour (*cf. articles 54 et 56 du Règlement*). Cette exigence semble se justifier par le fait que, conformément à l'article 57, une audience n'est pas obligatoire, le Président ayant été investi du pouvoir de décider de l'opportunité de celle-ci. Dans ces conditions où

les demandeurs à l'avis consultatif peuvent ne pas être invités à se présenter pour s'expliquer, la documentation fournie pour élucider la question posée à la Cour doit être aussi exhaustive que possible.

b - Examen de la demande d'avis consultatif

39. L'examen de la demande obéit à une procédure rigoureusement organisée. Celle-ci commence par la notification de la demande à tous les acteurs intéressés, par les soins du greffier en chef. Ces acteurs sont, selon le cas, les autres États parties au Traité (*lorsque la demande émane d'un État*) ou les parties au litige et les tous les États parties (*lorsque la demande émane d'une juridiction*). Cette logique de concertation permet à tous les intervenants ayant reçu notification des demandes d'avis, de faire des observations écrites qui seront par la suite retransmises non seulement à celui qui a sollicité l'avis, mais aussi aux autres protagonistes ayant fait des observations écrites. Ces observations peuvent être discutées par les différents acteurs selon des dispositions qui sont arrêtées par le président de la Cour qui décide s'il y a lieu à audience ou pas (*cf. articles 55 et 57 du Règlement*). L'on remarquera cependant qu'aucune allusion n'est faite à une quelconque notification lorsque la demande émane du Conseil des ministres. Doit-on comprendre que dans ce cas point n'est besoin de recueillir les observations venant des États parties ? Une réponse négative ne fait pas de doute. Et elle est aisée à justifier : dès lors que les États parties sont déjà représentés au sein du Conseil, il serait illogique de demander à nouveau aux États de se prononcer sur une question qui a été soulevée par un organe qui est censé agir en leur nom. La Cour se contentera alors dans ce cas d'examiner la demande d'avis au vu des seuls éléments fournis dans la requête, sans qu'il soit besoin d'offrir la possibilité aux autres acteurs de faire des observations comme c'est le cas pour les demandes émanant des États parties ou des juridictions nationales. À la fin de la procédure, la Cour émet un avis par lequel elle répond à la question posée.

c - Issue de la demande d'avis consultatif

40. À l'issue de l'examen de la demande, la Cour se prononce par un avis daté qui contient outre les faits et les motifs, les noms des juges ainsi que celui du greffier. Mais, la question qui s'impose immédiatement à l'esprit est celle de la force juridique d'un tel avis. La Cour donne-t-elle à ceux qui ont sollicité son avis, une simple orientation dans l'interprétation et l'application de la règle invoquée ou leur adresse-t-elle une véritable instruction qui obligerait les différents acteurs ?

Pour répondre à cette interrogation, il importe d'abord de dissocier les cas où l'avis est adressé aux États parties ou au Conseil des ministres, de celui où il est adressé

à une juridiction nationale. Dans la première hypothèse, il serait logique de penser que l'avis de la Cour a valeur de simple indication et permet aux États parties et au Conseil des ministres d'avoir un éclairage dont ils pourraient utilement se servir (*encore faut-il relever que l'on peut dissocier la situation des États parties de celle du Conseil des ministres, car ainsi que le pense un auteur « les avis donnés aux États parties ou juridictions ont un caractère consultatif, mais ne lient pas moins les demandeurs » ; cf. J. Loboues-Oble, Le traité OHADA Cinq ans après, Obadata D-03-06*).

Dans la seconde hypothèse, l'hésitation est permise. Pour certains, les avis de la CCJA ne lient pas les juridictions nationales de fond qui les ont sollicités, ni la CCJA elle-même (*en ce sens : B. Boumakani, Les juridictions communautaires en Afrique noire : La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, les Cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC, Ann. FSJP Dschang, Tome 3, 1999, p. 67 ; A. Fall, Les normes juridiques et leur applicabilité dans le processus d'intégration, Mémoire de DEA, FSJP, Université Cheik Anta Diop de Dakar, Obadata, D-05-31, p. 48 ; I.K. Diallo, La problématique de l'intégration africaine : l'équation de la méthode, Bulletin de transport multimodal, n° 00, p. 8, Obadata, D-05-16*). Pour d'autres au contraire, les avis donnés aux États parties et aux juridictions ont certes un caractère consultatif, mais ils ne lient pas moins ceux qui les ont sollicités, car en dépit de ce qu'il « s'agit d'un simple avis dépourvu de tout effet décisoire découlant de l'autorité de la chose jugée et de la force de chose jugée (...), on comprendrait mal que saisie par voie de pourvoi de la même question que la cour vienne à se déjuger » (*J. Loboues-Oble, Le traité OHADA Cinq ans après, préc. ; dans le même sens : C. Glaubert, La question préjudicielle en droit OHADA et droit communautaire, Obadata, D-05-20*). Il est difficile de se prononcer à propos d'une telle question. Néanmoins, il paraît inopportun de donner à la notion d'avis, une importance supérieure à celle qu'elle mérite. En effet, il y a lieu de penser que si les Rédacteurs des textes de l'OHADA avaient entendu conférer à l'opinion de la Cour un effet contraignant à propos de la question qui lui est posée, ils auraient choisi une technique différente pour permettre sa prise en compte. Ils auraient par exemple recouru à la technique des questions préjudicielles à effet obligatoire.

B - Instance devant la CCJA

41. Faut-il le rappeler, l'instance est, selon le vocabulaire Cornu, la suite des actes et délais de procédure à partir de la demande introductive jusqu'au jugement ou jusqu'à l'intervention d'un autre mode d'extinction de cette instance (*désistement, péremption, etc.*). Devant la CCJA, celle-ci est, par principe, engagée par le pourvoi en cassation. Puis, pour sa conduite, le Règlement de procédure prévoit des règles qui peuvent être considérées comme des règles générales (I) à côté de celles que

l'on peut rattacher au déroulement (II), et à la clôture de l'instance (III).

I - Règles générales relatives à l'instance

42. Les règles générales prévues par le Règlement de procédure ont trait aux actes et aux délais de procédure (a) ainsi qu'à la mise en état des affaires (b).

a - Délais et actes de procédure

43. Les questions relatives aux délais et aux actes de procédure concernent deux aspects essentiels : la signification des actes (1) et la computation des délais (2).

1 - Signification des actes

44. La question de la signification des actes devant la CCJA est réglée par l'article 24 du Règlement de procédure. Aux termes de ce texte, les significations concernant les actes de procédure devant cette Cour sont faites soit par envoi postal recommandé avec accusé de réception, d'une copie de l'acte à signifier, soit par remise d'une copie contre reçu, la copie étant certifiée conforme par le greffier en chef de la cour. On le remarque, les modalités de la signification ont été redéfinies pour adapter la circulation des actes de procédure à l'éloignement de la Cour communautaire par rapport à ses justiciables.

2 - Computation des délais

45. La computation des délais prévus pour l'accomplissement d'une formalité prévue par le Traité ou le Règlement est organisée par l'article 25 du Règlement de procédure. Cet article rédigé en cinq (5) alinéas précise toutes les modalités habituellement prises en compte pour la computation d'un délai de procédure. Tout d'abord, en ce qui concerne le point de départ, l'alinéa 1 le fixe à la date de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la signification qui le fait courir. Il précise que ce jour n'est pas compris dans le délai. En d'autres termes, le *dies a quo* ne doit pas être compté dans le délai. Ensuite, en ce qui concerne la date d'expiration du délai, l'alinéa 4 dispose que « tout délai expire le dernier jour à 24 heures » et, en reprenant une règle traditionnelle applicable en matière de délais, il précise que le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié légal dans le pays où l'acte ou la formalité doit être accompli est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Si la formalité doit être accomplie auprès de la CCJA elle-même, le plaideur bénéficiera de la prorogation si le délai expire un jour considéré par cette Cour comme étant pour elle non ouvrable. De cette prise en compte du dernier jour du délai dans le décompte, on

peut déduire que les délais devant la CCJA ne sont pas francs. Cependant, lorsque le délai est exprimé en mois ou en années, l'alinéa 2 du Règlement de procédure dispose qu'il expire « le jour du dernier mois ou de la dernière année qui porte le même quantième que le jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la signification qui fait courir le délai ». L'échéance du délai est alors reportée au dernier jour du mois s'il n'y a pas de quantième identique. Lu au pied de la lettre, l'alinéa 2 fait perdre un jour au plaideur. En effet, dès lors que le délai court à compter, non de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la signification mais plutôt le lendemain, il est amputé d'un jour s'il expire comme le veut le texte, au jour portant le même quantième que le jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la signification. Il ne fait l'ombre d'aucun doute, que l'alinéa 2 a été mal rédigé. D'ailleurs, c'est assurément pour obvier aux inconvénients de cette maladresse de rédaction que la CCJA considère que les délais en mois expirent au jour portant le même quantième que le lendemain de l'acte, de l'événement, de la décision, ou de la signification qui le fait courir. En effet, saisie d'un pourvoi pour lequel l'adversaire soulevait l'irrecevabilité pour cause de forclusion, elle a déclaré : « Attendu, en l'espèce, que l'Arrêt n° 532 rendu le 12 décembre 2002 par la Cour d'appel de Dakar a été signifié le 24 avril 2003 ; que ce jour étant exclu dans la computation du délai de deux mois accordé au Groupement d'intérêt économique SENEPRESCO dit GIE SENEPRESCO pour former son pourvoi, ledit délai qui avait commencé le 25 avril 2003 et expiré normalement le dimanche 25 juin 2003 était prorogé jusqu'au prochain jour ouvrable, le 26 juin 2003 ; d'où il suit que le pourvoi formé le 24 avril 2003, mais reçu et enregistré au greffe de la Cour de céans le 27 juin 2003, doit être déclaré irrecevable » (CCJA, 2^e chambre, arrêt n° 17 du 24 février 2005, Affaire : GIE SENEPRESCO c/Compagnie bancaire d'Afrique de l'Ouest dite CBAO, *Le Juris Ohada*, n° 2/2005, p. 26, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 5, janvier-juin 2005, volume 1, p. 11, *Obadata J-05-362*).

Par ailleurs, c'est toujours en reprenant une règle traditionnelle en matière de délais, que l'alinéa 3 dispose que les jours fériés légaux, les samedis et les dimanches sont comptés dans le délai.

Enfin, l'alinéa 5 organise les délais de distance, ou en tout cas, il en pose les jalons. Il dispose à cet effet que la Cour les établit par décision. Cette Décision, prise le 4 février 1999 sous le n° 002/99/CCJA, augmente les délais de 14 jours pour les personnes qui demeurent en Afrique de l'Ouest (*exclue la Côte-d'Ivoire*), 21 jours pour les personnes qui demeurent en Afrique Centrale, et de 30 jours pour celles demeurant en République fédérale islamique des Comores ou dans tout autre pays.

De manière surabondante, il faut encore préciser le champ d'application des délais de l'article 25 du Règlement. Celui-ci se limite aux formalités prévues par le Traité ou le Règlement de procédure. Il en résulte que chaque acte uniforme devrait prévoir le mode de

computation des délais applicables à la matière qu'il régit. Tel est d'ailleurs l'orientation jusqu'ici choisie. Par exemple, les articles 218 et 335, respectivement de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, excluent du décompte du délai, à la fois le *dies a quo* et le *dies ad quem* (V. *par ex.* CCJA, Arrêt N° 017 du 29 mars 2004, Affaire BATIM-CI c/Société GIC, *Le Juris Ohada*, n° 2/2004, juin-août 2004, p. 53.- *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 3, janvier-juin 2004, p. 125. *Obadata J-04-302* ; arrêt n° 041/2005 du 07 juillet 2005, Affaire : Société BEN International Ship Suppliers dite BENIS contre Établissement KOUASSI N'DAH *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 6, juin-décembre 2005, p. 65.- *Le Juris-Ohada*, n° 1/2006, p. 2, *Obadata J-06-40*).

b - Mise en état des affaires

46. Il résulte de l'article 26 du Règlement de procédure, que dès la saisine de la Cour, le président désigne un juge rapporteur chargé de suivre l'instruction de l'affaire et de présenter un rapport à la Cour. Pour présenter de manière lapidaire le rôle du juge désigné par le président, il s'agit pour lui de mettre l'affaire en état d'être jugée par la Cour. Le rôle de ce juge est celui traditionnellement assigné aux rapporteurs devant les juridictions de cassation de type francophone (*par exemple, il doit instruire sur la base des pièces contenues dans le dossier, il peut soulever d'office les moyens de cassation, etc.*). La question se pose alors de savoir s'il peut ordonner des mesures d'instruction. Cette question qui réveille le débat relatif à la considération ou non de la CCJA comme troisième degré de juridiction et qui divise la doctrine (V. *par ex.* E. A. Assi, *La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'ohada : un troisième degré de juridiction ?*, *Obadata D-06-23* ; A. Akam Akam, « L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 29 ; *Contra* : I. Ndam, *Le pourvoi devant la Cour commune de justice et d'arbitrage*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2009, n° 228-233) n'a sans doute plus le même intérêt aujourd'hui. En effet, il ne semble pas que depuis sa création il y a déjà une quinzaine d'années, la CCJA ait recouru à une mesure d'instruction pour rechercher la vérité dans une affaire dont elle était saisie. À partir de ce constat, on peut subodorer que cela lui est interdit. Par conséquent, le juge rapporteur et plus tard la Cour elle-même, doivent se conformer à la tradition de toutes les autres juridictions francophones de cassation, c'est-à-dire qu'ils se borneront à rechercher la vérité à partir des faits constatés dans la décision dont pourvoi. Néanmoins, on peut se demander si la création par les articles 34 et suivants d'une procédure orale n'est pas une technique détournée pour admettre l'une des principales mesures d'instruction

devant la CCJA. En effet, telle qu'elle est organisée, cette procédure orale (*v. infra* n° 54) fait penser à la comparution personnelle des parties (*convocation des parties par le greffier, direction de l'audience par le président, questions adressées aux parties qui sont, par hypothèse tenues d'y répondre, procès-verbal dressé à la fin, etc.*).

II - Déroulement de l'instance

47. L'instance se déroule selon des principes directeurs dont certains sont rappelés dans le règlement de procédure (a). En outre, elle est essentiellement marquée par un échange d'écritures, même si la Cour peut ordonner une procédure orale (b). Enfin, comme dans toutes les instances, des moyens de défense sont mis à la disposition des plaideurs (c) de même que des incidents peuvent émailler la procédure (d).

a - Principes directeurs de l'instance

48. Les principes directeurs de l'instance devant la CCJA sont en réalité prévus par le Traité OHADA lui-même. Il s'agit du principe du contradictoire, de la publicité des audiences et de l'exigence du ministère d'un avocat. Le premier n'a pas été repris par le Règlement de procédure, au contraire de la publicité (1) et du ministère d'avocat (2) qui ont été précisés par ledit Règlement.

1 - Publicité de l'audience

49. L'article 35 du Règlement de procédure dispose que « l'audience est publique ». Cette exigence traditionnelle du procès équitable résulte en réalité, de l'article 19, alinéa 2 *in fine*, du Traité OHADA. Elle n'a nullement « besoin d'être justifiée : la justice doit normalement se rendre en public et la solution inverse aurait pour effet de susciter le soupçon » (*J. Héron et Th. Le Bars, Droit judiciaire privé, Domat droit privé, 2006, n° 451, p. 362*). Néanmoins, il faut relever que le principe comporte une restriction traditionnelle connue de tous. Il s'agit du huis clos. Celui-ci est décidé par la CCJA elle-même, d'office ou à la demande de l'une des parties. Dans une situation où le huis clos aurait été décidé, cette décision emporte, selon l'article 35 *in fine*, défense de publication des débats. Mais, comme il est de règle en matière de procédure civile, l'article 42, alinéa 1, dispose que le prononcé de la décision se fait publiquement après convocation des parties, encore que les débats se soient déroulés à huis clos.

2 - Ministère d'avocat

50. Le ministère d'avocat est obligatoire devant la Cour commune de justice et d'arbitrage. Cette exigence

trouve sa véritable source dans l'article 19 du Traité. Mais, l'article 23 du Règlement de procédure qui la réitère n'est pas superfétatoire pour autant. Dès son entame, il annonce qu'il ira plus loin. En effet, dès son alinéa 1, il précise les conditions de recevabilité de la constitution de l'avocat et encadre l'exercice de ses fonctions devant la Cour.

En ce qui concerne les conditions de recevabilité, l'alinéa 1 précise que seules les personnes « pouvant se présenter en qualité d'avocat devant une juridiction de l'un des États parties au traité » peuvent exercer à ce titre devant la Cour. Il en résulte que si une partie présente un mémoire non signé d'un avocat, on peut présumer qu'il n'en a pas constitué et déclarer ce mémoire irrecevable (*V. pour un mémoire irrecevable pour défaut de signature par un avocat : CCJA, arrêt n° 8/2002 du 21 mars 2002, Société PALMAFRIQUE c/Etienne KONAN BALLY KOUAKOU, Le Juris Ohada, n° 4/2002, octobre – décembre 2002, p. 19, note anonyme. – Recueil de jurisprudence CCJA, n° spécial, janvier 2003, p. 49, Ohadata J-02-163*). Mais, si la partie au procès est un avocat inscrit au Barreau de l'un des États membres de l'OHADA, l'exigence de constitution d'un avocat s'assouplit. En effet, la Cour communautaire a logiquement admis qu'en cette hypothèse, cette partie puisse assurer elle-même sa défense (*V. CCJA, arrêt n° 10 du 26 février 2004, Maître Tonye Arlette c/BICEC, in F. Onana Etoundi et J. M. Mbock Biumla, OHADA Cinq ans de jurisprudence commentée de la CCJA de l'OHADA (1999-2004), Yaoundé, Ama-cenc, 2005, pp. 48 et s., Ohadata J-04-295*). Dans l'un et l'autre cas, l'alinéa 1 de l'article 23 exige que ces personnes prouvent à la Cour leur qualité, on le suppose, par tous les moyens. Cette exigence pourrait s'expliquer par le fait que la Cour communautaire est dans l'impossibilité matérielle de vérifier elle-même à chaque fois, que la personne qui se présente à elle comme défenseur d'une partie est effectivement avocat. Cependant, il est clair que si elle a été flouée par un individu qui s'est prévalu de faux documents, la partie adverse peut démontrer que cet individu n'a pas le titre requis pour exercer devant elle.

Lorsque la qualité de l'avocat est prouvée, il doit encore présenter à la Cour un mandat spécial à lui délivré par la partie qu'il prétend représenter (*sauf l'hypothèse sus-évoquée où la partie ayant elle-même la qualité d'avocat, agit pour son propre compte*). À défaut de présentation d'un tel pouvoir, le mémoire éventuellement introduit par l'avocat est irrecevable (*CCJA, 1^{re} chambre, arrêt n° 30 du 26 mai 2005, affaire La Société SATOYA GUINÉE SA c/Maîtres Aboubacar CAMARA et Boubacar Télélimélé SYLLA, Le Juris Ohada, n° 3/2005, p. 43. – Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 5, janvier-juin 2005, volume 1, p. 1, Ohadata J-05-382 ; dans le même sens : CCJA, arrêt n° 4/2001 du 11 octobre 2001, BICIG c/ENGATRANS et arrêt n° 6/2001 du 1 octobre 2001, S.A. Aminou et Cie et MAB c/CCEI BANK, Recueil de jurisprudence CCJA, n° spécial, janvier 2003, p. 3 et p. 8. – Le Juris Ohada, n° 1/2002, janvier-mars 2002,*

p. 16 et p. 21. – *Penant n° 843, p. 221 Obadata J-02-09*), car c'est lui qui, pour reprendre les mots de la CCJA elle-même, permet à la Cour de « s'assurer si l'avocat par le ministère duquel la Cour est saisie a bien qualité pour agir au nom et pour le compte du requérant » (*CCJA, arrêt n° 4/2001 du 11 octobre 2001, préc.*).

En ce qui concerne l'exercice de ses fonctions devant la Cour, l'avocat doit se conformer à la dignité de la Cour et respecter les limites du mandat qui lui a été donné. En effet, selon l'article 23, alinéa 2, l'avocat qui ne se conforme pas à ces deux exigences peut être exclu de la procédure par le moyen d'une ordonnance immédiatement exécutoire de cette Cour. Et, pour préserver les droits de la partie que l'avocat exclu représentait, la Cour suspend la procédure et impartit à cette partie, un délai pour en constituer un autre.

b - Modalités procédurales

51. L'article 34 dispose d'entrée de jeu, que la procédure devant la CCJA est « essentiellement écrite ». Elle laisse ainsi entendre que, comme devant toutes les juridictions francophones de cassation, la procédure est par définition écrite (1). Néanmoins, la même disposition se poursuit par la reconnaissance de la possibilité pour la Cour d'organiser pour certaines affaires une procédure orale (2).

1 - Procédure écrite

52. La procédure écrite est organisée par les articles 27 et suivants. Elle est marquée par trois temps forts. Le premier concerne la présentation des actes de procédure soumis à la Cour. Le second concerne l'attitude de la Cour lorsqu'elle a reçu ces actes de procédure et le troisième est relatif à la contribution des parties à l'animation de l'instance.

Relativement à la présentation des actes de procédure, l'article 27 du Règlement dispose de façon générale, que l'original de tout acte de procédure présenté devant la Cour doit être signé par l'avocat de la partie. Cet acte doit en outre s'accompagner d'un dossier contenant les pièces et documents invoqués pour l'appuyer et d'un bordereau de ces pièces et documents (*alinéa 3*). Le dossier comporte toutes les annexes mentionnées, en sept copies certifiées conformes par la partie qui les dépose pour la Cour, et autant de copies tout aussi certifiées pour toutes les parties en cause. Si, en raison du volume d'une pièce ou d'un document, il n'en est annexé à l'acte que des extraits, la pièce ou le document entier ou une copie complète est déposé au greffe (*alinéa 4*).

L'alinéa 2 de l'article 27 termine ce dispositif général en précisant que tout acte de procédure présenté devant la Cour est daté. C'est d'ailleurs cette date qui est prise en considération pour la computation des délais de procédure.

L'article 28 quant à lui est spécialement consacré au recours en cassation. Ce texte, d'une importance capitale commence par fixer à deux mois le délai pour former ledit recours. Le point de départ dudit délai est la signification de la décision attaquée. Ce délai est invariable, que la saisine de la CCJA émane d'une partie au litige (*CCJA, arrêt n° 21 du 26 décembre 2002, Société Mobil Oil Côte d'Ivoire c/Soumahoro Mamadou, Recueil de jurisprudence de jurisprudence, numéro spécial, janvier 2003, p. 65, Obadata J-03-122*) ou qu'elle résulte du renvoi d'une juridiction nationale de cassation (*V. CCJA, arrêt n° 004 du 1^{er} février 2007, Mambo Serges Henri Séraphin c/Société SAGA-CI, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 9, janvier-juin 2007, pp. 5-7*). Même lorsque le pourvoi a été formé à tort dans le délai devant la juridiction nationale de cassation, la computation du délai de deux mois reste rigoureuse devant la Cour (*CCJA, arrêt n° 2/2004 du 8 janvier 2004, Société Ansari trading company ltd c/Société commerciale de banque crédit lyonnais Cameroun SA (SCB-CLC) dénommée actuellement Crédit Lyonnais Cameroun SA en présence de La Banque des États de l'Afrique centrale dite la BEAC, Le Juris-Obada, n° 1/2004, janvier-mars 2004, p. 15, note M. Brou Kouakou, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 3 janvier-juin 2004, p. 5, Obadata J-04-86*). Cette rigueur dans l'appréciation du délai du recours en cassation peut surprendre dans la mesure où elle peut, à certains égards, constituer un handicap pour le demandeur au pourvoi. En effet, si le renvoi est opéré par la juridiction nationale de cassation plus de deux mois après sa saisine, le demandeur à la procédure perd le procès pour le seul fait de s'être trompé de juridiction. Dans de telles conditions, l'exigence faite aux juridictions nationales de renvoyer devant la CCJA pourrait être vidée de sa substance par ces juridictions, car il leur suffirait d'attendre que ce délai soit écoulé pour se déclarer incompétente (*si elle se déclare compétente, sa décision peut être attaquée par le moyen du recours en annulation de l'article 18 du Traité*). Par conséquent, il aurait été préférable de fixer un délai de pourvoi différent pour l'hypothèse où une juridiction nationale de cassation a été saisie du litige (*dans ce sens : soutenant que le système actuel ne contribue pas à vaincre la résistance des Cours suprêmes nationales : M. Brou Kouakou, note sous CCJA, arrêt n° 2/2004 du 8 janvier 2004, préc.*). Seul le point de départ du délai diffère en certaines hypothèses. Par exemple, lorsque le recours en cassation fait suite à un arrêt d'annulation de la CCJA, l'article 52, alinéa 4 du Règlement le fixe au jour de la signification de l'arrêt d'annulation.

En toute hypothèse, les éléments du recours sont listés par le même article 28. Selon ce texte, le recours en cassation doit contenir l'identification tant du requérant que des autres parties à la procédure devant la juridiction nationale qui a rendu la décision attaquée, une copie de ladite décision, la mention de la date de sa signification et l'élection de domicile au siège de la CCJA.

Le recours indique en outre les actes uniformes ou les

Règlements prévus par le traité dont l'application dans l'affaire justifie la saisine de la Cour communautaire (*v. par ex. CCJA, arrêt n° 022/2002 du 26 décembre 2002 (Société Mobil Oil-CI c/S.M., Le Juris Obada, n° 1/2003, janvier-mars 2003, p. 17 et note ; Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° spécial, janvier 2003, p. 10, Obadata J-03-108)*).

Cette exigence capitale qui permet à la Cour d'apprécier sa compétence vis-à-vis du recours en cassation signifie que celui-ci doit être rejeté lorsque le moyen invoqué, à la fois vague et imprécis, ne vise aucun texte violé ou faussement appliqué (*CCJA, arrêt n° 005/2004 du 8 janvier 2004, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 3, jan. 2004, p. 52*). Elle signifie également que le pourvoi doit être déclaré irrecevable dès lors que « l'affaire ne soulève pas une question relative au contentieux de l'application des actes uniformes et Règlements de l'OHADA » (*CCJA, 27 janv. 2005, SGBCI c/ayants droit de TM, Juris OHADA n° 1/2005, janv-mars 2005, p. 10*), mais relève plutôt de la compétence des juridictions nationales. Elle signifie enfin que le pourvoi en cassation qui saisit la CCJA doit être fondé sur un moyen de pur droit, comme tous les pourvois destinés aux cours suprêmes de tradition francophone. Dans le cas contraire, elle le déclare irrecevable. Il en a été décidé ainsi, pour un pourvoi mélangé de fait et de droit (*la CCJA a en effet estimé que « le moyen tiré de la non-liquidité et de la non-exigibilité de la créance, qui n'a pas été soutenu devant le Tribunal, ni devant la Cour d'appel, constitue un moyen nouveau, mélangé de fait et de droit et doit être déclaré irrecevable »*. Cf. *CCJA, arrêt n° 32/2004 du 04 nov. 2004, Penant n° 854/2006, p. 98, obs. B. Diallo et A.F. Tjouen ; Les grandes décisions de la CCJA, L'Harmattan, 2010, p. 647, note A.F. Tjouen, Obadata J-05-173*).

Si le requérant est une personne morale de droit privé, des éléments spécifiques doivent être joints au recours. Il s'agit notamment de tout moyen de nature à prouver son existence juridique, tel que les statuts ou un extrait récent du registre de commerce ; il s'agit également de tout élément de nature à permettre la vérification de la régularité du mandat de l'avocat. Cette régularité se vérifie sur le plan intellectuel à un double niveau. Dans un premier niveau, il s'agit de s'assurer que l'avocat a été effectivement mandaté par le requérant. Ainsi, dans une espèce intéressante, la Cour communautaire a estimé, à propos d'une société, que « le défaut de certaines pièces, notamment (...) le mandat donné par celle-ci à Maître Jean Bernard Padaré, avocat au Barreau du Tchad (...), ne permet pas de savoir si l'avocat par le ministère duquel la Cour a été saisie avait bien qualité pour agir au nom et pour le compte de ladite société (...) » (*CCJA, arrêt n° 022/2005 du 31 mars 2005, Total Tchad c/Tchad Soumaine, Le Juris Obada, n° 3/2005, p. 20. – Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 5, janvier-juin, volume 1, p. 14, Obadata J-05-374*). Dans un second niveau, il s'agit de s'assurer que la personne qui donne mandat à l'avocat est elle-même légalement investie d'un tel pouvoir. La Cour commune a ainsi pu juger comme étant irrecevable pour défaut

de qualité pour agir, l'appel interjeté par le Directeur du risque et du crédit d'une société aux motifs que « ledit directeur, d'une part, n'était pas le représentant légal au sens des articles 465 et 487 de l'AUDSC, et d'autre part, n'ayant pas reçu un pouvoir spécial donné par le représentant légal... » (*CCJA, arrêt n° 022/2003 du 06 novembre 2003, BIAO-CI c/Nouvelle Scierie d'Agnibilekro et autres, Obadata J-04-123 ; sur l'ensemble de la question, v. CCJA, arrêts n° 004 et n° 006/2001 du 11 octobre 2001, Afrique juridique et politique, vol., n° 2, juill.-déc. 2002, p. 177 ; arrêts n° 031/2007 du 22 novembre 2007 et n° 030/2005 du 26 mai 2005, Les grandes décisions de la CCJA, L'Harmattan, 2010, p. 459, note R. Nemedeu*).

53. Lorsque le recours n'est pas conforme aux conditions fixées par l'article 28, la Cour ne peut opter pour un rejet immédiat. En effet, l'alinéa 5 oblige le greffier en chef de la Cour à fixer au requérant un délai raisonnable aux fins de régularisation du recours ou de production des pièces mentionnées ci-dessus (*v. R. Nemedeu, note sous : arrêts n° 031/2007 du 22 novembre 2007 et n° 030/2005 du 26 mai 2005, préc.*). À défaut de cette régularisation, la Cour décide de la recevabilité du recours. Une illustration est fournie par les affaires BICIG c/ENGATRANS et S. A Aminou et Cie M.A. c/CCEI Bank, dans lesquelles invités à régulariser leurs recours, les demandeurs au pourvoi avaient conservé le silence au terme du délai d'un mois fixé par le greffier en chef de la CCJA. Cette juridiction a alors déclaré le recours irrecevable faute « d'éléments essentiels d'appréciation » (*cf. CCJA, arrêts n° 004 et n° 006/2001 du 11 octobre 2001, préc. v. également : CCJA, arrêt n° 005/2002 du 10 janv. 2002, Juridis périodique n° 54, p. 117 ; CCJA, arrêt n° 5/2002 du 10 janvier 2002, Société commerciale et industrielle du Cameroun (SOCINCAM) c/Société Pierson Meunier Cameroun, Recueil de jurisprudence CCJA, n° spécial, janvier 2003, p. 7, Le Juris obada, n° 2/2002, avril-juin 2002, p. 8, Penant n° 843, p. 240, Obadata J-02-119 ; CCJA, arrêt n° 6/2001 du 11 octobre 2001, S. A Aminou et Cie et Mohaman Adamou Bello c/CCEI Bank, Recueil de jurisprudence de la CCJA numéro spécial, janvier 2003, p. 8, Penant n° 843, p. 224, Obadata J-03-120*).

Après cette éventuelle régularisation, le recours est signifié par la Cour à toutes les parties à la procédure devant la juridiction nationale. Puis, chaque partie à la procédure devant la juridiction nationale présente, si elle le souhaite, un mémoire en réponse dans un délai de trois mois à compter de la signification du recours. Ce mémoire peut être, conformément à l'article 31, le début d'une série d'échanges susceptible de se poursuivre tant que le juge l'estime nécessaire.

2 - Procédure orale

54. Les articles 34 et suivants du Règlement sont

consacrés à une procédure dite orale. Celle-ci consiste à organiser un échange verbal entre la Cour et les parties au litige. Cette procédure commence, selon l'article 34, par la demande de la partie qui sollicite l'organisation de l'échange verbal. Lorsque la Cour fait droit à cette demande, elle fixe une date qui est communiquée aux parties par le greffier en chef. Le jour venu, les parties comparaissent en audience publique ou à huis clos, selon le cas. Le président dirige les débats. Dans ce cadre, il détermine, selon l'article 37 in fine, l'ordre dans lequel les parties sont appelées à prendre la parole. En outre, il exerce la police d'audience. Il peut poser des questions aux parties ; la même faculté est reconnue aux différents juges qui composent la collégialité (*ceux-ci doivent cependant obtenir l'accord du président*). À la fin de chaque audience, le greffier en chef établit un procès-verbal qu'il contresigne avec le président. Ce procès-verbal est un acte authentique.

La véritable question qui peut se poser au sujet de cette procédure est celle du parallèle que l'on peut en établir avec les mesures d'instruction. En effet, la procédure orale n'est pas sans rappeler la comparution personnelle des parties au procès. Mais, le parallèle ne devrait pas aller bien loin, dans la mesure où plusieurs traits de la procédure orale permettent de penser que le législateur communautaire n'avait pas en vue, la création d'une véritable mesure d'instruction. Trois de ces traits peuvent être pris en exemple. Le premier est celui de l'initiative de la mesure. En règle générale, la comparution personnelle peut être sollicitée par une partie, mais, le juge peut également l'ordonner. Or à la lecture du Règlement de procédure (*article 34, alinéa 1*), tout porte à croire que l'initiative de la procédure orale doit nécessairement émaner d'une partie. Le deuxième trait qui distance la procédure orale des mesures d'instruction est le procès-verbal qui est établi à l'issue de l'audition des parties. Dans la comparution personnelle, le procès-verbal relatant les déclarations des parties est lu à chacune d'elles. La partie qui reçoit ainsi lecture est interpellée à confirmer si elle a dit la vérité et si elle maintient sa déclaration. Elle peut encore ajouter des déclarations. Celles-ci sont alors mentionnées en marge ou à la suite des autres, puis elles lui sont relues. Il lui est fait la même interpellation que ci-dessus. Pour terminer, le procès-verbal est signé du président, du greffier et des parties. Ce formalisme détaillé dans les droits internes (*V. par ex. articles 203 et s. du code de procédure civile malien et articles 129 et s. du code de procédure civile du Cameroun*) pour la comparution personnelle est relativement allégé devant la CCJA : à la fin de la procédure orale, un procès-verbal est dressé par le greffier en chef, mais, il n'est signé que du Président et du greffier en chef et non des parties. Enfin, le déroulement de la procédure différencie les deux techniques procédurales. Dans un cas, il est possible de faire tenir la comparution devant une juridiction autre que celle saisie du litige, de même que ladite juridiction peut se déporter pour procéder à l'audition d'une partie. Dans

l'autre, cette possibilité est inenvisageable compte tenu des spécificités de la Cour communautaire. On peut en déduire que la procédure orale, même si elle vise comme la comparution personnelle la recherche de la vérité par l'interrogatoire des parties, elle ne constitue pas une mesure d'instruction.

c - Moyens de défense

55. De façon traditionnelle, les moyens de défense constituent une trilogie. En effet, ils renvoient aux défenses au fond, aux fins de non-recevoir et aux exceptions de procédure. Le Règlement de procédure de la CCJA n'a pas jugé opportun de reprendre tous ces moyens de défense. Il s'est contenté de légiférer sur les exceptions de procédure.

Ainsi, d'après le Règlement, trois catégories d'exceptions sont susceptibles d'être soulevées devant cette Cour. La première est l'exception d'incompétence, la seconde est l'exception d'irrecevabilité et la troisième est l'exception de connexité. Les deux premières obéissent à un régime unique résultant des alinéas 1 et 2 de l'article 32. L'un des traits de ce régime est le moment où doit intervenir l'exception. Selon le Règlement de procédure, celle-ci doit être présentée dans « le délai fixé pour le dépôt de la première pièce de procédure émanant de la partie soulevant l'exception ». A contrario, cela signifie que si l'exception est soulevée après le dépôt de la première pièce de procédure, celle-ci est irrecevable. Cependant, les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité n'ont pas besoin d'être soulevées par une partie si l'incompétence ou l'irrecevabilité sont manifestes. Dans ces hypothèses, la Cour peut, d'office et à tout moment, rejeter le recours en cassation par voie d'ordonnance motivée.

L'autre trait de ce régime commun concerne justement la décision de la Cour sur l'exception. Celle-ci peut être un arrêt d'irrecevabilité ou d'incompétence ou alors un simple élément de la décision rendue sur le fond de l'affaire. Cela signifie qu'en fait, la Cour peut statuer distinctement sur l'exception ou la joindre au fond. Dans le dernier cas, il commence, bien évidemment, par répondre sur la recevabilité avant de se prononcer sur le fond.

En ce qui concerne l'exception de connexité, celle-ci résulte de l'article 33. Elle peut intervenir à tout moment, à la demande d'une partie. Elle se traduit alors par une jonction d'instances (*le juge peut également d'office, ordonner la jonction*). Lorsque, après une jonction, le juge réalise qu'elle ne se justifiait pas suffisamment, il peut, à nouveau, procéder à la disjonction.

d - Incidents de procédure

56. Comme dans les procédures civiles internes, des

incidents peuvent émailler la procédure devant la Cour communautaire de l'OHADA. Néanmoins, choisissant la même logique qu'en matière de moyens de défense, le Règlement de procédure s'est limité à l'organisation d'un seul incident de procédure. Il s'agit de l'intervention.

Pour comprendre que l'intervention soit analysée comme un incident de procédure, il faut se rappeler que le procès oppose à l'origine deux parties, une demanderesse et une défenderesse ; il ne concerne pas, au départ, le tiers qui, grâce à une demande incidente, peut figurer désormais dans ce procès. Traditionnellement, l'intervention est soit volontaire, soit forcée. Elle est forcée lorsque l'une des parties au litige oblige un tiers à figurer au procès ; elle est volontaire lorsqu'un tiers demande de son plein gré, à figurer à l'instance en cours, soit pour la préservation de ses droits, soit pour apporter son soutien aux prétentions de l'une des parties.

Devant la CCJA, l'article 45 qui organise l'intervention inclus à l'alinéa 1, des indications devant guider l'interprète dans la délimitation du domaine de l'intervention devant cette Cour. Cet alinéa dispose en effet que « les États parties au Traité peuvent intervenir aux litiges soumis à la Cour. Le même droit appartient à toute personne ayant intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir les prétentions de l'une des parties ». Il en résulte que l'intervention devant la CCJA peut émaner de deux catégories de personnes : les États parties et les personnes justifiant d'un intérêt à agir pour la conservation de leurs droits. Cette typologie ne laisse pas de doute sur une catégorie de personnes habituellement recevables à agir en intervention ; il s'agit des personnes agissant pour défendre leurs droits propres et qui ne visent nullement à soutenir les prétentions de l'une des parties. En termes lapidaires, il s'agit des personnes agissant en intervention volontaire principale. L'exclusion de ces personnes paraît logique devant une juridiction de cassation : pour tenir compte des intérêts du tiers qui intervient à titre volontaire principal, la juridiction devant laquelle l'intervention est introduite doit examiner les faits, lesquels échappent par hypothèse aux Cours suprêmes.

De même, positivement, l'alinéa 1 de l'article 45 ne laisse pas de doute sur le fait que lorsque l'intervention volontaire émane d'un État, elle est recevable, quelle que soit sa nature. Il en découle que les États membres ont le privilège d'intervenir devant la CCJA en toute hypothèse. La question se pose simplement de savoir quelles prérogatives juridiques peuvent justifier l'intervention d'un État membre. Dans un espace de droit uniforme comme celui de l'OHADA où les États ont dû renoncer à leur souveraineté judiciaire, on peut se demander si l'intervention d'un État ne pourrait pas consister en une revendication de la compétence de sa juridiction nationale de cassation. En d'autres mots, on pourrait concevoir qu'un État partie intervienne pour présenter un déclinatoire de compétence devant la CCJA si les conditions sont réunies.

Si la demande en intervention n'émane pas d'un

État, elle doit nécessairement appuyer les prétentions d'une partie au procès, étant entendu que le gain de ce procès permettrait de conserver les droits de l'intervenant. Une illustration intéressante pourrait être offerte par le cas d'un créancier chirographaire intervenant aux côtés de son débiteur poursuivi par un autre créancier (*Y. Strickler, Procédure civile, Paradigmes, 2008-2009, n° 222, p. 110*).

57. Sur la forme, la demande en intervention est présentée dans les trois mois de la publication de l'acte introductif d'instance dans le journal officiel de l'OHADA, telle que prévue à l'alinéa 6 de l'article 13 du Règlement de procédure. La demande contenant entre autres l'indication de l'affaire et des parties ainsi que l'exposé des raisons qui la justifient est signifiée aux parties. Puis, le président permet aux parties de présenter leurs observations par écrit ou oralement et il statue sur la recevabilité de la demande en intervention (article 45, alinéa 3). S'il la déclare recevable, l'intervenant reçoit communication de tous les actes de procédure signifiés aux parties. Cependant, le président peut, à la demande d'une partie, exclure de communication des pièces confidentielles.

Une règle importante inspirée des principes généraux de procédure est contenue dans l'alinéa 5. Selon ce texte, « l'intervenant accepte le litige dans l'état où il se trouve lors de son intervention ». En réalité il s'agit vraisemblablement de rappeler d'une part, que l'intervenant ne doit en aucun cas oublier que sa demande incidente est formée devant une juridiction de cassation et que, d'autre part, comme dans les procédures civiles internes, l'intervention ne doit pas retarder l'instance en cours. D'ailleurs, pour éviter ce retard éventuel, l'alinéa 6 précise que le président fixe le délai dans lequel l'intervenant peut présenter un mémoire en intervention et un délai dans lequel les parties peuvent répondre à ce mémoire.

III - Clôture de l'instance

58. Lorsque les parties et le juge ne disposent plus de moyens à invoquer, la Cour met l'affaire en délibéré et rend sa décision (a) à moins qu'il y ait eu désistement (b). La décision est ensuite publiée dans un recueil de jurisprudence (c).

a - Délibéré et prononcé de la décision

59. Selon l'article 22 du Règlement, la Cour délibère en chambre du Conseil, en présence des seuls juges ayant pris part à l'instance, à l'exclusion, précise l'alinéa 2, de toute autre personne qui n'aurait pas été autorisée par la Cour. Les délibérations, comme toutes les délibérations des juridictions, sont et restent secrètes. La décision à rendre est prise selon le système

démocratique appliqué à toute juridiction statuant en collégialité. En effet, aux termes de l'alinéa 4 de l'article 22, les décisions de la Cour sont prises à la majorité des juges présents. Cependant, ce texte accorde une certaine préséance aux juges les plus anciens ainsi qu'aux présidents et vice-présidents : lors des délibérations, les votes sont émis dans l'ordre hiérarchique inversé, en commençant par le moins ancien et en terminant par le deuxième, puis le premier vice-président, et le président lui-même.

Le vote ainsi présenté clôture la délibération. L'étape suivante est le prononcé de la décision. Sur ce point et selon l'article 40, la CCJA rend son arrêt en audience publique, encore que les débats se soient déroulés à huis clos. La minute de l'arrêt est signée par le président et le greffier en chef. Une Copie certifiée conforme en est signifiée à chacune des parties. Celles-ci peuvent, si elles le désirent, obtenir une grosse de l'arrêt au tarif fixé par la Cour.

b - Désistement

60. Le désistement devant la CCJA est organisé par l'article 44 du Règlement. Selon ce texte, le désistement peut intervenir avant que la Cour ait statué. Cette orientation relève de la pure logique : une fois le jugement intervenu, la renonciation éventuelle d'une partie ne peut plus s'analyser que comme un acquiescement à la décision. Mais, le plus intéressant de l'article 44 se trouve dans la reprise de la traditionnelle distinction que l'on fait, entre le désistement à l'action et le désistement à la demande.

Le premier est contenu dans l'alinéa 1 dont les termes sont assez évocateurs. En effet, ce texte dispose que les parties peuvent renoncer « à toute prétention » avant que la Cour ait statué. Interprété littéralement, on peut penser que l'alinéa 1 n'envisage que la situation dans laquelle une transaction est intervenue entre les parties, qui sollicitent du juge communautaire qu'il en prenne acte et qu'il mette fin à leur litige (*V. CCJA, ord. n° 3 du 22 mai 2002, Société Star Auto c/Fanny Mory, obada.com, Obadata J-03-128.*). D'ailleurs dans cette hypothèse, l'accord des parties peut régler tous les aspects, y compris la question des dépens. À la réflexion, cette disposition va bien plus loin. Car au fond, il ne fait pas de doute que lorsqu'un plaideur « renonce à toute prétention », il « renonce à exercer l'action et donc, à se prévaloir du droit dont l'action est destinée à assurer la sanction » (*Y. Strickler, Procédure civile, op. cit., n° 300 et s., p. 153*). Dans ces conditions, il n'a nullement besoin de l'accord de l'autre partie au procès pour exercer son droit ; il lui suffit d'avoir la capacité de disposer du droit litigieux (*Y. Strickler, préc., sp. n° 301, p. 153*).

Le deuxième est évoqué par l'alinéa 2 selon lequel le requérant peut « renoncer à l'instance ». Ce désistement se distingue du précédent en ce qu'il ne touche que

la procédure et non le droit substantiel et l'action. En d'autres termes, le renonçant, plutôt que de poursuivre une instance mal engagée, préfère y mettre fin, en se réservant éventuellement la possibilité de la réintroduire dans de meilleures conditions. En droit français, ce désistement ne peut s'opérer qu'avec l'accord de la partie adverse, à moins que celle-ci n'ait encore présenté aucune défense au fond ou une fin de non-recevoir au moment où le demandeur se désiste (*articles 395 et s., CPC*). Dans le Règlement de procédure, cette condition n'a pas été reprise. Il en résulte que, le plus souvent, la Cour se prononce sur le désistement en se contentant d'énoncer la demande de radiation présentée par le requérant (*V. par ex. CCJA, ordonnance n° 4 du 3 août 2005, Société de transport de Yamassoukro c/TRA ZO BI, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 5, janvier-juin 2005, volume 2, p. 75, Obadata J-06-10; CCJA, Ordonnance n° 06/2005/CCJA du 7 juillet 2005, Affaire : Société d'Exploitation Hôtelière et Immobilière du CAMEROUN dite SEHIC HOLLYWOOD SA contre Société Anonyme de Brasseries du CAMEROUN dite SABC SA -Banque Internationale pour l'Épargne et le Crédit dite BICEC, Recueil de jurisprudence CCJA, n° 6, juin-décembre 2005, p. 110, Obadata J-06-51*).

Cela signifierait-il que le désistement d'instance peut intervenir en tout état de cause et que le défendeur au pourvoi ne peut s'y opposer ? Une telle orientation pourrait se justifier : la lecture des modes de saisine de la CCJA étant loin de rallier tous les suffrages, il ne serait nullement choquant d'admettre qu'un plaideur reconnaisse qu'il s'est trompé et qu'il recommence la procédure devant la juridiction communautaire si les délais le lui permettent encore, sans que l'adversaire ait à donner son accord. Cependant, telle ne semble pas être l'option choisie par la Cour. En effet, sans se prononcer expressément sur la question, la Cour a déclaré que « si, après formation d'un pourvoi et avant que la CCJA ait statué, le requérant lui fait savoir, par écrit, qu'il entend renoncer à l'instance par suite d'une transaction intervenue entre les parties et *si le défendeur au pourvoi ne s'y oppose pas, même implicitement*, la Cour peut ordonner la radiation de l'affaire au moyen d'une Ordonnance rendue en vertu de l'article 44-2 du règlement de procédure de la Cour » (*CCJA, ordonnance n° 1/2002 du 27 juin 2002, Fazah Souleymane c/La société commerciale ivoirienne de matériel industriel (SCIMI, Recueil de jurisprudence de la CCJA, numéro spécial, janvier 2003, p. 83, Obadata J-03-126*). Si ce choix de la Cour devait se confirmer, cela signifierait que le défendeur peut s'opposer au désistement d'instance devant la CCJA.

À vrai dire, ces débats théoriques paraissent ne pas constituer une préoccupation véritable pour la juridiction communautaire. En effet, tout porte à croire que le critère déterminant pour le choix de la modalité du désistement est celui du nombre de demandeurs à la radiation. Dans l'affaire Fazah sus-évoquée (*CCJA, ordonnance n° 1/2002 du 27 juin 2002, préc.*), elle

s'est prononcée sur la base de l'alinéa 2 de l'article 44 qui semble être le siège du désistement d'instance. Or ce fondement ne peut se justifier que par le fait que la demande de radiation émanait du seul demandeur au pourvoi. Pourtant, au fond, les conditions de l'alinéa 1 paraissent également réunies, puisque la demande faisait suite à un procès-verbal transactionnel intervenu entre les parties et emportant désistement à toute action en justice (*dans le même sens pour un autre protocole d'accord comportant expressément un désistement d'action : CCJA, ordonnance n° 6/2004 du 2 novembre 2004, Société Palmindustrie Liquidation c/cabinet Ivoirien de surveillance, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 4, juillet-décembre 2004, p. 56. - Jurisprudence commentée de la CCJA, n° 1, octobre 2005, p. 48, note F. Onana Etoundi, Obadata J-05-279*).

Au total, il s'avère que la Cour ne se prononcerait sur le fondement de l'alinéa 1 de l'article 44 que si, de façon formelle, la demande émane des deux parties. Si celle-ci est le fait exclusif du requérant, seul l'alinéa 2 sera utilisé, même si cette disposition évoque expressément le désistement d'instance.

Dans tous les cas, le désistement se termine par la radiation de l'affaire du registre. Et, dans l'ensemble, la Cour statue sur les dépens, selon l'accord des parties le cas échéant.

c - Publication des décisions

61. La publication des décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage appelle peu de commentaires. En réalité, cette prescription de l'article 42 permet simplement de comprendre que l'effort de vulgarisation de la jurisprudence OHADA ne relève pas de la seule volonté du greffe de la Cour et de son président ; il s'agit d'une obligation légale. Néanmoins, il faut apprécier à sa juste valeur le fait que cet effort soit allé au-delà des prescriptions de la loi. Celle-ci n'impose que la publication d'un recueil de la jurisprudence de la Cour. Or aujourd'hui, cette jurisprudence est augmentée de celle des juridictions nationales du fond et elle est disponible sur Internet.

C - Décisions de la CCJA

62. Lorsque la CCJA est saisie d'un litige, elle examine la demande qui lui est présentée comme toute juridiction. Elle vide alors sa saisine soit au moyen d'une ordonnance (I) soit au moyen d'un arrêt (II).

I - Ordonnances

63. Dans plusieurs hypothèses, la Cour est appelée à statuer par ordonnance. Il en est ainsi de celle de l'exclusion d'un avocat. En effet, lorsque le comporte-

ment d'un avocat est contraire à la dignité de la Cour ou lorsque celui-ci use « des droits qu'il tient de ses fonctions à des fins autres que celles pour lesquelles ces droits lui ont été reconnus » (*article 23, alinéa 2 Règlement de procédure*), la Cour peut l'exclure à tout moment de la procédure, par une ordonnance. La Cour utilise la même technique pour accorder un sursis à exécution (*article 46, alinéas 2 et s.*), pour relever son incompétence manifeste vis-à-vis d'un recours ou encore pour rejeter un recours manifestement irrecevable ou non fondé (*article 32, alinéa 2*). Ces ordonnances sont, de façon générale, immédiatement exécutoires. D'ailleurs, l'article 23 le déclare expressément tandis que l'article 46 utilise une formule voisine pour, selon toute vraisemblance, exprimer la même réalité (*l'article 46, alinéa 4 dispose que « l'ordonnance est immédiatement signifiée aux parties »*). En tout état de cause, il est clair que le caractère exécutoire des ordonnances se situe dans la logique globale qu'ont voulu imprimer les pères fondateurs de l'OHADA aux décisions que rendrait la juridiction communautaire.

II - Arrêts

64. À l'égard des arrêts de la CCJA, trois aspects du Règlement de procédure peuvent retenir l'attention. Il s'agit d'abord du contenu des arrêts qui est précisé par le législateur (a). Il s'agit ensuite de la très importante question de l'exécution des décisions de cette juridiction (b). Il s'agit enfin, des différents recours qui peuvent être exercés contre ses arrêts (c).

a - Contenu des arrêts de la CCJA

65. À l'instar des Codes de procédure civile internes, le Règlement de procédure de la CCJA précise les mentions que doit contenir un arrêt rendu par cette Cour. À l'article 39 en effet, il est mentionné que l'arrêt doit contenir entre autres la date de son prononcé, les noms des avocats des parties, leurs conclusions, les motifs et le dispositif, lequel inclus la charge des dépens. Ces mentions peuvent être considérées comme obligatoires. Certaines font écho à d'autres dispositions. Tel est le cas de la mention des avocats, qui résulte de l'obligation faite aux parties par l'article 23, de se constituer un avocat. Tel est également le cas de la mention relative à la charge des dépens qui annonce l'article 43. En effet, ce dernier prescrit à la Cour de statuer sur les dépens en rendant l'arrêt qui met fin à l'instance. Bien évidemment, ces dépens seront, par principe, mis à la charge de la partie qui a succombé et, exceptionnellement, à la charge de la partie qui a obtenu le gain du procès (*article 43, alinéa 3 ; cette disposition précise que si plusieurs parties succombent, la Cour décide du partage des dépens entre elles*). Cepen-

dant, si aucune partie ne présente des conclusions sur les dépens, la Cour ne peut statuer sur cette question. Dans cette situation, chaque partie est obligée de supporter ses propres dépens (*V. CCJA, ord. n° 6 du novembre 2004, Société Palmindustrie Liquidation c/ Cabinet ivoirien de surveillance, Obadata J-05-279 ; CCJA, ord. n° 3 du 3 mars 2004, Société Roméo International c/Maître Niangadou Aliou, Ossey Gnanssou et dame Ossey Gnanssou, Obadata J-05-275 ; CCJA, ord. n° 2 du 25 février 2004, Société commerciale du centre ouest (SOCOCE) c/Société sucrière africaine de Côte d'Ivoire (SUCAF-CI), Obadata J-05-274 ; CCJA, ord. n° 2 du 27 mars 2002, Société des transports saint Christophe (TT Saint Christophe) c/Société d'études et réalisations industrielles foncières et agricoles (SERIFA), Obadata J-03-12*).

De façon générale, certains dépens sont récupérables par la partie qui a avancé les frais de procédure. Il s'agit notamment, selon l'article 43, alinéa 2, des droits de greffe, des frais indispensables exposés par les parties aux fins de la procédure (*notamment les frais de déplacement et de séjour et la rémunération des avocats*), ainsi que des frais qu'une partie a dû exposer aux fins d'exécution forcée (*suiivant le tarif en vigueur dans l'État où l'exécution forcée a lieu*). Comme on peut le remarquer, le législateur a spécialement pris en considération l'éloignement de la CCJA par rapport aux personnes qui en sont justiciables. Si les frais de séjour et de déplacement ainsi que la rémunération des avocats (*qui se renchérit forcément du fait de cet éloignement*) n'avaient pas été intégrés dans les dépens récupérables, ils auraient pu constituer un motif de découragement pour les justiciables convaincus d'être dans leur droit. Il a également pris en considération la nature de la CCJA. Celle-ci étant une juridiction de cassation, le pourvoi qui la saisit n'a pas d'effet suspensif. Dès lors, la dernière décision rendue sur le plan interne a pu être exécutée avant que la Cour communautaire se soit prononcée. Les frais de cette exécution, mis à la charge du perdant devant la CCJA, peuvent être récupérés par la partie qui, ayant exposé des frais sur le plan interne, a de nouveau obtenu le gain du procès devant la haute juridiction communautaire.

b - Exécution des arrêts de la CCJA

66. Deux aspects de l'exécution sont intéressants par rapport aux arrêts de la CCJA. Le premier concerne ce que le Règlement appelle la force « obligatoire » de ces arrêts (1) et le second concerne le sursis à exécution (2).

1 - « Force obligatoire » des arrêts de la CCJA

67. Selon les termes de l'article 41 du Règlement de procédure, l'arrêt rendu par la CCJA « a force obligatoire à compter du jour de son prononcé ». En réalité, dire

d'une décision de justice qu'elle a « force obligatoire » n'est pas assez révélateur de la réalité du droit processuel. En effet, cette formule a été employée visiblement pour répondre à celle utilisée par l'article 20 du traité, qui attribue *la force exécutoire* aux arrêts de la CCJA. Cette formule classique signifie que dans le cas où le débiteur ne se soumettrait pas volontairement à la décision de la Cour, celle-ci peut être exécutée par un recours à la force publique. En outre, elle tend à la fois, à supprimer le contrôle que le juge national exerce traditionnellement sur les décisions étrangères avant leur exécution et à étendre à toute la zone OHADA, l'autorité de ces décisions (*J. Issa Sayeg, La fonction juridictionnelle de la CCJA, Obadata D-02-16*).

Les dispositions de l'article 41 sont utilement complétées par celles de l'alinéa 1 de l'article 46, qui constitue à lui seul le Chapitre VIII du Titre II du Règlement et qui est, de façon révélatrice, intitulé « De l'exécution forcée ». En effet, cet article précise, en son alinéa 1, les modalités de mise en œuvre de la force exécutoire des arrêts de la CCJA. Ces modalités gravitent autour de la législation qui doit servir de fondement à l'exécution. Le Règlement de procédure relève sur ce point, que « l'exécution forcée des arrêts de la Cour est régie par les règles de la procédure civile en vigueur dans l'État sur le territoire duquel elle a lieu ». Cette formule est maladroite à certains égards. Elle laisse penser que chaque État membre de l'OHADA conserve sa souveraineté vis-à-vis de l'exécution des décisions de justice, y compris celles rendues par la CCJA. En réalité, cette vue n'est que partiellement exacte. La formule sus-citée de l'alinéa 1 n'a nullement pour finalité de conduire à un renoncement par le législateur communautaire à l'acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et aux voies d'exécution. Elle tend simplement à prendre en compte à la fois les spécificités des droits nationaux relatifs à l'exécution et l'impossibilité pour l'OHADA, de mettre elle-même en place toutes les structures nécessaires à l'exécution. En d'autres termes, la loi applicable n'est pas celle des États parties, mais bien l'acte uniforme relatif aux voies d'exécution (*même si celui-ci renvoie pour certains aspects, à la loi nationale*). En revanche, du point de vue des organes impliqués dans l'exécution, il est clair que l'OHADA ne disposant pas matériellement de moyens de contrainte propres, ces organes sont ceux désignés par la loi nationale des États (*en ce sens : J. Issa Sayeg, Introduction au droit OHADA, Obadata D-02-17*). La lecture de la suite de l'alinéa 1 confirme cette approche. En effet, *in fine*, cette disposition annonce que « la formule exécutoire est apposée, sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre », par une autorité nationale que le Gouvernement de chacun des États parties est supposé avoir, à ce jour déjà désigné ; surtout, elle termine en permettant au bénéficiaire de la décision de la CCJA, de « poursuivre l'exécution forcée en saisissant directement l'organe compétent, suivant la législation nationale ».

68. Certains ont, à raison, estimé que le droit OHADA a amoindri la force exécutoire des arrêts de la CCJA en concédant un espace excessif aux droits nationaux. Pour le Pr. Issa Sayeg par exemple, « non seulement l'arrêt de la CCJA n'a pas de force exécutoire supranationale mais il n'en a aucune en soi et le plaideur qui a obtenu gain de cause doit renouveler sa demande d'exécution chaque fois que nécessaire et dans tous les États où il procédera. On est loin de l'espace judiciaire unique qui aurait bien convenu à l'espace juridique unique créé par le droit uniforme substantiel » (*J. Issa Sayeg, La fonction juridictionnelle de la CCJA, OHADATA D-02-16; V. également, pour une critique de la domestication de la formule exécutoire : J.-M. Tchakoua, L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA : regard sur une construction inachevée à partir du cadre camerounais, RASJ, vol. 6, n° 1, 2009, p. 12.*). Cependant, si l'attribution du pouvoir d'apposer la formule exécutoire aux États peut être regrettée, il ne faut pas en exagérer la portée en reniant aux arrêts de la CCJA, toute force exécutoire. On ne peut en effet négliger le fait qu'elle permet de soustraire ces arrêts de la formalité de l'exequatur et qu'elle facilite la circulation de ces arrêts au sein de l'espace OHADA. Qui plus est, il ne faut pas non plus exagérer le rôle que joue la formule exécutoire pour les titres du même nom : la première n'est pas, pour ces derniers « un élément absolument essentiel (...) car la véritable source de la force exécutoire réside non dans la formule, mais, dans l'original même de l'acte ou du jugement considéré dont elle n'est elle-même qu'un relais, un organe de transmission » (*M. et J. B. Donnier, Voies d'exécution et procédures de distribution, Litec, 2004, n° 182, p. 60*); elle n'a qu'une « valeur informative (...) et non sacramentelle » (*G. Deharo, Ce que exécuter veut dire... une approche théorique de la notion d'exécution, Droit et procédures, juillet 2005, <http://revue.lex-act.fr>.*).

Au total, en dépit de toutes les imperfections du système, on peut conclure sur ce point avec une doctrine autorisée pour laquelle « l'efficacité des arrêts de la CCJA est plus redoutable qu'on ne l'imagine a priori, si l'on considère leur force exécutoire qui, sur le territoire de chacun des États parties est aussi rigoureuse que celle des décisions des juridictions étatiques ». (*Cf. P.G. Pougoué et Y.R. Kalieu Elongo, Introduction critique à l'OHADA, PUA, Ruisseaux d'Afrique et Eburnie, 2008, n° 27, p. 43*).

2 - Sursis à exécution

69. Il résulte de l'alinéa 1 de l'article 46 du Règlement de procédure, qui complète lui-même l'article 41. Ces deux textes font écho à l'article 20 du Traité qui dispose que dès lors qu'un arrêt de la Cour a été obtenu, il est exécutoire dans l'ensemble de la zone OHADA.

L'exécution ne peut alors être suspendue que par une décision de la CCJA elle-même (*article 46, alinéa 2*). La reconnaissance de la compétence exclusive à la CCJA pour la suspension de l'exécution a pour conséquence particulière de retirer ce contentieux aux juridictions nationales. Il en découle que les Cours suprêmes des États membres, généralement investies du pouvoir d'ordonner le sursis à exécution ne peuvent intervenir lorsque l'exécution vise une décision de la CCJA. Cependant, il faut bien comprendre que les Cours suprêmes nationales ne perdent leur pouvoir d'ordonner le sursis à exécution que lorsque la décision en cause émane de la juridiction communautaire. S'il s'agit d'une décision rendue par un juge national, elles demeurent compétentes. Saisie d'une telle demande, la CCJA a estimé que ni le Traité, ni le Règlement de procédure ne lui en donnent compétence (*CCJA, arrêt n° 20/2003 du 06 novembre 2003, CI-TELCOM devenue Côte-d'Ivoire TELECOM contre Société ivoirienne d'assurances mutuelles dite SIDAM, Le Juris-Obada, n° 4/2003, octobre-décembre 2003, p. 29, note M. Brou Kouakou, Recueil de jurisprudence CCJA, n° 2, juillet-décembre 2003, p. 5, Obadata J-04-122; dans le même sens : CCJA, ordonnance n° 4/2004 du 9 mars 2004, société INDUS CHIMIE c/dame Mermoz Roch Pauline et autres, Obadata J-05-276*).

En revanche, si la demande vise une décision de la CCJA, elle relève bien de la compétence de cette juridiction. Elle doit alors être présentée, selon l'article 46, alinéa 3, dans les mêmes conditions que les autres recours soumis à cette Cour, c'est-à-dire selon les conditions prévues aux articles 23 et 27 du Règlement. La demande est immédiatement signifiée aux autres parties, qui vont bénéficier d'un bref délai fixé par le président, pour la présentation de leurs observations écrites ou orales. Ensuite, le président statue sur la demande par voie d'ordonnance motivée et non susceptible de recours. Sa décision peut faire droit à la demande ou la rejeter. Selon une ordonnance rendue par la Cour à la suite d'une demande de sursis à exécution, la demande est automatiquement rejetée si l'exécution n'a pas encore commencé (*CCJA, Ord. n° 04/2003/CCJA, Société SOTACI contre 1° Monsieur DELPECH Gérard 2° Madame DELPECH Joëlle, Obadata J-04-134*). Pour autant, il ne semble pas que la demande doit obligatoirement connaître une issue favorable si cette exécution a commencé. En fait, c'est dans ce cas de figure que le pouvoir d'appréciation du président devrait jouer pleinement et lui permettre de juger de l'opportunité d'accorder ou non le sursis.

Lorsque le sursis a été accordé, il ne constitue pas un acquis définitif, de même que le rejet n'a autorité de la chose jugée que vis-à-vis des faits invoqués à l'appui de la demande de sursis. En cas de survenance de faits nouveaux, un sursis déjà accordé peut être rapporté ou modifié de même qu'un sursis précédemment refusé peut être accordé (*article 46, alinéas 5 et 6*).

c - Recours contre les arrêts de la CCJA

70. Le Chapitre IX du Règlement de procédure organise les différents types de recours qui peuvent être formulés contre un arrêt de la CCJA. Ce chapitre intitulé « Des voies de recours extraordinaires » suscite une critique préalable : en adoptant un tel titre, les rédacteurs du Règlement laissent penser qu'il existe contre les arrêts de la CCJA des voies de recours ordinaires, ou même que de façon générale, une voie de recours de cette nature peut être portée devant cette juridiction. Si on répondait à cette idée par l'affirmative, les conséquences seraient assez importantes. Cela pourrait signifier que dans l'esprit des initiateurs de l'OHADA, le pourvoi (*qui est la seule autre voie de recours susceptible de permettre la saisine de la CCJA*) était considéré comme une voie de recours ordinaire et que, par conséquent, la Cour communautaire devrait être reconnue comme un degré supplémentaire de juridiction, avec toutes les implications juridiques qui naîtraient d'une telle reconnaissance. Au regard de la situation actuelle, il est clair que les juges désignés auprès de cette Cour se sont démarqués de cette idée en donnant au pourvoi en cassation sa conception et ses implications traditionnelles. Dès lors, il faut interpréter le caractère extraordinaire des recours contenus dans le chapitre IX en considérant uniquement la décision (*l'arrêt de la CCJA*) contre laquelle ils sont dirigés et en se gardant de penser à la décision nationale qui, critiquée au moyen d'un pourvoi, a donné lieu à cette décision.

Ces recours ont pour principal trait commun, qu'ils ramènent le litige devant la Cour communautaire elle-même et jamais devant une autre juridiction. Or comme on le sait, les recours de cette nature sont susceptibles de se terminer par hypothèse par une rétractation de la décision attaquée (2). Cependant, il ne peut pas s'agir d'un recours destiné à rouvrir le contentieux. En effet, si le juge est de nouveau saisi pour préciser le sens de sa décision, le recours permet d'obtenir une simple interprétation de celle-ci (1).

1 - Recours en interprétation

71. Le recours en interprétation (*selon une partie de la doctrine, cette expression n'est pas appropriée dans la mesure où il ne constitue pas une véritable voie de recours. Pour cette doctrine, l'action introduite n'a pas pour objet l'anéantissement ou le remplacement de la décision en cause. V. K. Salbi, Contribution à la théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé, thèse, Caen, 2004, cité par J. Heron et T. Le Bars, op. cit. n° 359, p. 290*) est organisé par l'article 48 du Règlement. Ce texte règle plusieurs questions.

72. La première est celle de la juridiction compétente pour connaître du recours. Sur ce point, l'alinéa 1 de

l'article 48 est clair. La CCJA est la juridiction qui doit être saisie pour l'interprétation de ses décisions. Cette option est logique, si l'on se réfère aux droits processuels nationaux de l'OHADA. Au Mali par exemple, l'article 469 du Décret n° 99-254/P-RM du 15 septembre 1999 portant code de procédure civile, commerciale et sociale attribue la compétence de principe pour l'interprétation d'une décision à la juridiction qui l'a rendue (*Cependant, ces dispositions précisent que dans le cas où la décision est frappée d'appel, la Cour d'appel peut en connaître*). Au Burkina Faso, l'article 389 du Code de procédure civile va dans le même sens.

73. La deuxième est celle de l'objet du recours. Il résulte des alinéas 1 et 2 de l'article 48, que le recours tend à obtenir l'interprétation d'un arrêt rendu par la CCJA. En d'autres termes, le recours permet de mettre fin à une contestation qui serait née entre les parties, sur le sens ou la portée à donner au dispositif d'un arrêt de la Cour. Pour reprendre les mots d'une doctrine autorisée (*J. Héron et T. Le Bars, op. cit., n° 359, p. 290*), ce recours est ouvert lorsque la décision présente « une obscurité, une ambiguïté ou une contradiction. Le juge s'étant mal exprimé, on ne comprend pas ce qu'il a voulu dire (en cas d'obscurité), ou ce qu'il a dit peut être compris de plusieurs façons (en cas d'ambiguïté) ou il a dit une chose et son contraire (en cas de contradiction) ». On en déduit que la recevabilité d'un tel recours par la CCJA est indubitable.

La question peut se poser en revanche pour le recours en rectification. Ce recours dont l'objet est la correction d'une erreur ou d'une omission (*par exemple, constitue une erreur matérielle, la mauvaise transcription du montant de la créance litigieuse : Cass. Civ. 2^e, 23 sept. 1998, Bull. Civ. II, n° 244 ; Par extension, la Cour de cassation française soumet à la procédure de rectification des erreurs matérielles, la correction des erreurs de calcul : Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1976, Bull. Civ. I, n° 203*) n'a pas été expressément envisagé par le Règlement de procédure de la juridiction communautaire. Pourtant, la question de l'interprétation et celle de la rectification sont, le plus souvent, envisagées simultanément (*V. par exemple : articles 461 et 462 du code de procédure civile français, 469 et 470 du code de procédure civile malien...*), ce qui dénote le lien qui existe entre les deux procédures. Ce lien est-il assez fort pour justifier que l'article 48 puisse servir de fondement à une action en rectification ? La réponse n'est pas aisée. Autant il est crucial de laisser ouverte la possibilité de provoquer la correction d'une erreur par le juge, autant il est difficile d'admettre que cela puisse se faire par le biais d'une procédure prévue pour la simple interprétation. En fait, les enjeux des deux techniques processuelles sont différents. Dans un cas, il s'agit simplement de préciser le sens ou la portée d'un point du dispositif et dans l'autre, il s'agit de la corriger, ce qui en définitive va conduire à une modification tendant à mettre le dispositif en adéquation avec les motifs. On le voit,

l'enjeu juridique qu'évoque la rectification est la chose jugée. Si cette rectification n'est pas bien encadrée, la procédure engagée peut conduire le juge à revenir sur ce qu'il a déjà tranché.

Cependant, en dépit de la prudence qu'inspire cet enjeu, le pragmatisme commande qu'en l'état actuel du droit OHADA, la CCJA soit investie du pouvoir de corriger les erreurs ou omissions que recèlent ses arrêts. D'ailleurs, sa jurisprudence va dans ce sens. En effet, dans un litige dans lequel elle s'était trompée en transcrivant la date d'un jugement, elle a estimé « qu'il est de principe que les erreurs et omissions matérielles qui affectent une décision, même passée en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendue » (*V. CCJA, arrêt n° 015/2003 du 1^{er} juillet 2003, CI-TELCOM devenue Côte d'Ivoire TELECOM contre Société PUBLISTAR. - Le Juris-Ohada, n° 3/2003, juillet-septembre 2003, p. 38. - Recueil de jurisprudence CCJA, n° 2, juillet-décembre 2003, p. 43, Ohadata J-04-109*). Le problème de l'admission de l'action en rectification est ainsi résolu. Reste à scruter la décision du 1^{er} juillet 2003, pour en rechercher le fondement juridique. Sur ce point, la CCJA est restée prudente. Elle a préféré invoquer les principes généraux de droit en utilisant la formule générique « il est de principe... ». Cette prudence laisse l'interprète sur sa faim, dans la mesure où l'arrêt contient bien le Règlement de procédure dans son visa. Si, pour la CCJA, c'est bien le Règlement de procédure qui fonde la recevabilité de l'action en rectification, il aurait fallu qu'elle trouve une disposition qu'elle devait expressément citer pour justifier sa décision. Imagine-t-on un juge interne de cassation qui inclurait dans le visa d'un arrêt « vu le code civil... », pour ensuite dans le texte de cet arrêt déclarer qu'il est « de principe que... », sans faire référence à un article précis de ce code ? Une réponse négative ne fait pas de doute. Il aurait été préférable de fournir une de ces interprétations hardies auxquelles la CCJA a habitué les observateurs. Dans cette logique, elle aurait pu inclure le recours en rectification dans le champ de l'article 48 du Règlement de procédure. Cette proposition peut être justifiée par au moins deux arguments. D'une part, le juge suprême de l'OHADA est, on le sait, juge de sa propre compétence. Dans cette logique il peut s'arroger tout domaine juridique relevant de l'OHADA, dès lors que les textes lui offrent une opportunité lui permettant de le faire. D'autre part, la crainte nourrie à l'égard du recours en rectification se justifie dans le cadre d'une organisation judiciaire étatique : compte tenu du nombre de juridictions, si l'on permet à chacune de rectifier ses décisions sans encadrer le pouvoir de rectifier, on peut effectivement faire planer une menace sur la chose jugée. Or par rapport aux erreurs ou omissions que recèleraient les arrêts de la CCJA, cette juridiction est seule en cause. Par conséquent, même si elle définit un fondement textuel qui n'encadre pas suffisamment le pouvoir de réparation des décisions, les risques sont limités par

le fait qu'elle devrait pouvoir se contrôler elle-même. Au total, il ne serait pas incongru que la CCJA étende l'article 48 à l'action en rectification.

74. La troisième question réglée par l'article 48 est celle de la procédure du recours. Celle-ci obéit aux prescriptions des articles 23 et 27 du Règlement qui obligent les parties à solliciter le ministère d'un avocat et apportent des précisions par rapport au dossier de procédure. En outre, la demande doit spécifier l'arrêt dont l'interprétation est sollicitée et le texte dont la clarification est demandée. La référence au texte laisse comprendre que le Règlement de procédure a songé davantage aux situations d'ambiguïté et d'obscurité. Mais, il est clair que même si l'interprétation du texte visé dans la décision n'est pas à l'origine de la confusion, le recours demeurera recevable.

Dans tous les cas, le recours doit être introduit dans un délai maximum de trois ans à compter du prononcé de l'arrêt. Ce délai est suffisamment généreux. Il laisse d'ailleurs comprendre que le bénéficiaire de la décision ne devrait pas attendre éternellement avant d'entreprendre l'exécution à la faveur de laquelle la difficulté d'interprétation sera mise au jour. Lorsque la Cour en achève l'examen, elle statue par voie d'arrêt, après avoir mis les parties en mesure de présenter leurs observations. La minute de l'arrêt interprétatif est annexée à la minute de l'arrêt interprété et mention de l'arrêt interprétatif est faite en marge de la minute de l'arrêt interprété.

2 - Recours en rétractation

75. Deux voies de recours susceptibles de conduire à la rétraction d'un arrêt de la CCJA ont été prévues par le Règlement de procédure. Il s'agit de la tierce opposition et du recours en révision.

2.1 - Tierce opposition

76. La tierce opposition est une voie de recours permettant à un tiers lésé ou menacé de l'être par l'effet d'un jugement auquel il n'a pas pris part, d'essayer d'éviter les conséquences néfastes. La tierce opposition est, par définition, une voie de recours extraordinaire parce qu'elle est réservée aux tiers. Elle permet d'assurer la relativité de la chose jugée car elle évite qu'un jugement rendu entre deux parties nuise à une troisième personne. Il en résulte que le demandeur à la tierce opposition ne doit avoir été ni partie, ni représenté au procès dont il conteste le jugement et, qu'il doit avoir intérêt à remettre en cause le jugement (*l'intérêt existe dès lors que le tiers éprouve un préjudice ou s'il est sous la menace d'un préjudice. V. pour une situation où le tiers n'avait aucun intérêt : CCJA, arrêt n° 37 du 2 juin 2005, Société de transformation industrielle de Lomé dite STIL contre Société des tubes d'acier et d'aluminium dite SOTACI, Recueil de jurisprudence de*

la CCJA, n° 5, janvier-juin 2005, volume 1, p. 21 ; *Le Juris-Obada*, n° 4/2005, juillet-septembre 2005, p. 16, *Obadata J-06-06*). Ces conditions ont été reprises à l'alinéa 1 de l'article 47. Celui-ci dispose en effet, que « toute personne physique ou morale peut présenter une demande en tierce opposition contre un arrêt rendu sans qu'elle ait été appelée, si cet arrêt préjudicie à ses droits ».

Cette voie de recours est, en général, principale ou incidente. Elle est *principale*, lorsqu'elle est portée devant la juridiction qui a rendu la décision attaquée. C'est alors une voie de rétraction. Elle est *incidente* lorsqu'elle est déclenchée par une partie au cours d'un procès, contre un jugement invoqué par son adversaire et auquel elle a été étrangère. Dans l'ordre juridique interne, la juridiction compétente pour connaître de la tierce opposition incidente varie selon que l'incident est porté devant une juridiction supérieure, égale ou inférieure à celle qui a rendu la décision attaquée. Dans les deux premiers cas, la juridiction saisie de la tierce opposition incidente statue sur le recours qui est alors une voie reformation. En revanche, si la juridiction saisie du recours incident est inférieure à celle qui a rendu la décision attaquée, elle ne peut statuer sur la tierce opposition incidente. Le tiers doit alors porter l'opposition devant la juridiction qui a rendu le jugement litigieux par voie principale (*v. par ex. articles 566 et s., code procédure civile burkinabè, articles 217 et s., code de procédure civile camerounais, etc.*). Dans la mesure où aucune juridiction de l'ordre interne des États ne peut prétendre être supérieure ou égale à la CCJA, toute tierce opposition adressée contre ses arrêts devra lui être portée par voie principale.

Sur la forme, elle est faite au moyen d'une demande formulée contre toutes les parties au litige ayant donné lieu à la décision attaquée (*article 47, alinéa 2 in fine*). Cette demande spécifie l'arrêt attaqué, et les aspects de l'arrêt qui préjudicient aux droits du demandeur à la tierce opposition. La demande spécifie également les raisons pour lesquelles le tiers n'a pas pu participer au litige principal. Cette exigence résultant de l'alinéa 2 (c) de l'article 47 tire son importance du fait qu'en réalité, la tierce opposition est la symétrique de l'intervention volontaire principale. En effet, tandis que cette dernière fait entrer, en amont, un tiers dans un procès pour y défendre ses intérêts, la tierce opposition lui permet, en aval, de neutraliser les dispositions d'un jugement auquel il n'a pas été partie et qui lui cause ou menace de lui causer un préjudice. Il en résulte que si le demandeur à la tierce opposition ne justifie pas suffisamment l'absence d'intervention volontaire pendant le procès, la Cour peut déclarer sa tierce opposition irrecevable.

Lorsque la Cour déclare la tierce opposition recevable (*il faut préciser que si le tiers ne justifie pas d'un intérêt, sa demande est irrecevable : v. CCJA, arrêt n° 37 du 2 juin 2005, préc.*) deux situations sont à envisager. Si elle est déclarée fondée, l'arrêt attaqué est rétracté pour

tenir compte de l'intérêt du tiers. La minute de l'arrêt rendu sur tierce opposition est alors, selon l'article 47, alinéa 3, annexée à la minute de l'arrêt attaqué et mention de l'arrêt rendu sur tierce opposition est faite en marge de la minute de l'arrêt attaqué. Cependant, il faut rappeler que, comme pour la tierce opposition du droit interne, la modification apportée à la décision initiale est sans incidence entre les parties qu'elle concernait ; celles-ci demeurent régies par cette ancienne décision. Si, en revanche, la tierce opposition n'est pas fondée, le recours est rejeté et, de manière logique, le demandeur est condamné aux dépens de la procédure.

2.2 - Recours en révision

77. Le recours en révision est une voie de recours extraordinaire de rétractation par laquelle on revient devant le juge qui a déjà statué pour lui demander de modifier sa décision passée en force de chose jugée, que l'on estime entachée d'un vice éventuellement provoqué par la fraude de l'une des parties.

Cette voie de recours (*justifiée pour certains par le fait que la CCJA serait un troisième degré de juridiction, cf. A. F. Tjouen, note sous : CCJA, arrêt n° 040/2008, du 17 juillet 2008, Les grandes décisions de la CCJA, L'harmattan, 2010, p. 437*) est réglemmentée par l'article 49 du Règlement qui, en cinq alinéas, règle deux questions pluridimensionnelles. La première est relative aux conditions de ce recours et la seconde a trait à sa procédure.

78. En ce qui concerne les conditions d'exercice du recours en révision, celles-ci ont trait d'une part, à la situation susceptible d'ouvrir le droit d'introduire ce recours et, d'autre part, à ses délais.

Sur le premier point, le recours en révision est, selon les termes de l'alinéa 1, recevable en cas de « découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la révision » (*v. estimant que malgré les termes généraux utilisés par le Règlement, ce recours n'est recevable que contre les arrêts de cassation rendus par la CCJA : L. Kaossiri Hounbara, Le recours en révision, Mémoire de DEA, FSJP, Université de Ngaoundéré, 2009, no 45-51, pp. 28 et s.*). Il en résulte tout d'abord, que seul un fait nouveau peut justifier la recevabilité du recours en révision. Il faut comprendre par là, toute information, document ou autre qui n'aurait pas été pris en compte par le juge au moment du prononcé de sa décision. D'ailleurs, les caractères exigés de ce fait permettent de la confirmer. En effet, le Règlement de procédure laisse comprendre que le fait ne peut être nouveau que s'il est inconnu à la fois du demandeur à la révision et de la Cour au moment du prononcé de la décision attaquée. En d'autres termes, si le fait était connu de la Cour, celle-ci est considérée de façon irréfragable comme l'ayant inclus parmi les éléments de la cause et

en a tenu compte lors de son délibéré. Si ce fait était inconnu de la Cour mais connu de la partie demanderesse à la révision, le rejet de sa demande sanctionnera sa négligence ou son incompétence en ce sens qu'il aurait dû savoir que sa turpitude lui ferait perdre le procès (*V. déclarant irrecevable une demande en révision pour absence d'élément nouveau : CCJA, arrêt n° 38 du 2 juin 2005, Société des tubes d'acier et d'aluminium dite SOTACI c/Delpech Gérard et Delpech Joëlle, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 5, janvier-juin 2005, volume 1, p. 25 ; Le Juris-Obada, n° 4/2005, juillet-septembre 2005, p. 19, Obadata J-06-07*).

Il résulte ensuite de l'alinéa 1 de l'article 49, que le fait nouvellement découvert doit pouvoir exercer une « influence décisive ». Malgré l'imprécision relative de cette formule, la compréhension de l'exigence légale ne devrait susciter aucune difficulté particulière. En effet, dès lors que l'on sait que la demande en révision vise un procès précis et qui s'est déjà terminé par le prononcé d'une décision, il est clair que c'est sur ce procès que le fait nouveau doit pouvoir influencer de façon décisive. En d'autres termes, l'on exige du demandeur à la révision, qu'il ne fasse recours à cette procédure que si le fait qu'il invoque pour solliciter la réouverture des débats est de nature à modifier le sens de la décision du juge. On subodore que si un tel fait ne permet éventuellement de modifier que les motifs et non le dispositif de cette décision, il ne peut être considéré comme décisif (*V. sur l'appréciation des caractères du fait invoqué : CCJA, arrêt n° 38 du 2 juin 2005, préc.*). Une analyse a contrario peut aussi être conduite : en considérant que l'influence décisive s'applique au procès terminé, il n'est pas incongru de penser que l'absence ou la méconnaissance du fait invoqué par le demandeur a conditionné la décision précédemment rendue. Au total, la notion d'influence décisive du fait invoqué peut s'interpréter de deux manières, toutes convergeant vers le même point : l'influence est décisive soit parce que la méconnaissance du fait explique la décision attaquée, soit parce que la connaissance de ce fait va modifier ladite décision.

Sur le deuxième point, deux précisions ont été fournies par le texte communautaire. La première est relative au délai qui doit s'être écoulé depuis le prononcé de la décision attaquée. Selon l'alinéa 5 de l'article 49, le recours en révision n'est plus recevable lorsqu'il s'est écoulé un délai de plus de dix ans depuis le prononcé de l'arrêt. La seconde a trait au délai proprement dit, du recours en révision. Celui-ci est de trois ans à compter « du jour où le demandeur a eu connaissance du fait sur lequel la demande en révision est basée » (*alinéa 4*). La difficulté qui peut surgir par rapport à ce délai concerne la preuve de la date de la découverte du fait ouvrant droit au recours et qui marque le point de départ du délai. Cette difficulté joue, bien évidemment en défaveur du défendeur à la révision : comment celui-ci pourra-t-il démontrer que son adversaire est forclo ?

Au vrai, ce reproche n'est pas propre au Règlement

de procédure de la CCJA. Dans les codes de procédures civiles nationaux, il n'existe aucune précision relative à la preuve du jour de la connaissance du fait qui ouvre droit à la révision. Dès lors, le défendeur se débrouillera par tous les moyens, pour établir la forclusion éventuelle du demandeur à la révision.

79. En ce qui concerne la procédure du recours en révision, l'article 49 ne précise que les préalables, les autres éléments de procédure étant contenus dans l'article 50. En effet, il relève d'abord à l'alinéa 2, que la procédure commence par un arrêt rendu sur la recevabilité du recours. Cet arrêt, bien que consacré à la recevabilité est très important : il se prononce sur le caractère nouveau du fait invoqué et décide si ce fait présente les caractères requis pour justifier une remise en cause de la chose déjà jugée par la Cour. L'article 49 relève ensuite en son alinéa 3, que la Cour a le droit d'exiger, avant l'examen du recours, que le demandeur à la révision exécute au préalable la décision qu'il critique. Cet alinéa règle la question de l'effet suspensif du recours en révision. En fait, il est rédigé comme si dans l'esprit des rédacteurs du Règlement, le recours est en lui-même suspensif, l'obligation faite au demandeur par la Cour d'exécuter au préalable étant exceptionnelle. Il faut tout de suite préciser que de façon générale, le recours en révision n'est admis que lorsqu'aucune voie de recours suspensive n'est plus recevable. Dès lors, si on lui confère un caractère suspensif, les plaideurs peuvent chercher à l'utiliser pour paralyser les décisions passées en force de chose jugée. Il faut comprendre les termes de l'alinéa 3 comme signifiant que la Cour n'est pas tenue de suspendre l'exécution de ses arrêts du simple fait de l'exercice d'un recours en révision et que bien au contraire, elle peut faire de l'exécution la décision attaquée, un préalable à l'examen d'un tel recours.

Les autres règles de procédures applicables au recours en révision sont contenues dans l'article 50 (*cette présentation est passablement gênante en ce sens que tous les autres recours font l'objet d'un article unique réglant tous les aspects*). Selon l'alinéa 1 de celui-ci, le recours en révision, comme celui en interprétation et la tierce opposition, obéit aux contraintes des articles 23 et 27 du Règlement. En outre, la demande en révision doit contenir les indications propres à établir que le fait invoqué satisfait aux exigences de la loi et, en principe, que la demande est formée dans les délais. Cette demande devrait logiquement, comme dans les droits nationaux, être introduite par toutes les personnes qui étaient parties ou représentées lors du procès initial (*En ce sens : B. J.-C. Bonzi, Commentaire du Règlement de procédure, in Traité et actes uniformes OHADA, Juriscope, 2008, p. 98*). Mais, la rédaction des alinéas 2 à 4 de l'article 50 permet de penser qu'une interprétation différente est possible. En effet, tandis que l'alinéa 2 dispose que « la demande en révision est formée contre toutes les parties à l'arrêt dont la révision est deman-

dée », les autres précisent que « les parties » ont le droit de présenter leurs observations avant que le juge ne se prononce sur la recevabilité de la requête et que leurs observations sont communiquées à la « partie » qui sollicite la révision. Littéralement interprétées, ces dispositions laissent penser que la demande en révision pourrait émaner d'un tiers qui dirigerait alors son recours contre les parties à l'arrêt attaqué, et qui devient elle-même partie à la faveur de son recours. De fait, si elle émane d'une partie, elle n'a pas besoin d'être dirigée contre « toutes les parties ». Elle devrait, si tant est qu'on doit considérer qu'elle vise une partie au procès, être dirigée contre l'adversaire. Au vrai, on devrait dire que le recours est dirigé contre la décision, car même si la remise en cause sollicitée résulte d'une attitude frauduleuse d'une partie, c'est bien contre la décision que cette remise en cause est introduite. Mais, si on admet qu'un tiers soit à l'origine d'un recours en révision, on efface toute frontière entre ce recours et la tierce opposition devant la CCJA. Par conséquent, on devrait considérer que seules les parties au litige initial peuvent solliciter la révision et que les tiers qui désirent s'attaquer aux arrêts de la juridiction communautaire doivent procéder par la tierce opposition.

Dans tous les cas, si la demande est déclarée recevable, la Cour fixe les délais qu'elle estime nécessaires pour se prononcer sur le fond de la demande. Si elle déclare la demande fondée, la décision attaquée est logiquement rétractée et les parties sont remises au même et semblable état où elles se trouvaient avant son prononcé. La minute de l'arrêt portant révision est annexée à la minute de l'arrêt révisé. Mention de l'arrêt portant révision est faite en marge de la minute de l'arrêt révisé (*article 50, alinéa 5*).

§2 - Règlement d'arbitrage de la CCJA

80. Depuis l'adoption des instruments de l'OHADA, le paysage de l'arbitrage dans l'espace OHADA avec d'un côté l'arbitrage traditionnel pratiqué selon le droit commun de l'arbitrage (à savoir l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage), de l'autre l'arbitrage sous l'égide de la CCJA, original et pratiqué selon des règles spécifiques. Ce dernier fait précisément l'objet du règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999 complété par la décision n° 00/99/CCJA du 3 février 1999, relative aux frais d'arbitrage et approuvée par la décision n° 004/99/CM du 12 mars 1999 et le règlement intérieur de la CCJA du 2 juin 1999 en matière d'arbitrage.

La formule de l'arbitrage de la CCJA est sans précédent aussi bien en Afrique que dans le monde. Les États conviennent de créer un centre permanent d'arbitrage et le logent dans une cour judiciaire commune à ces États. L'arbitrage CCJA est d'émanation publique tandis que les autres centres d'arbitrages existant dans l'espace OHADA sont généralement d'origine privée ; ce qui explique que son règlement soit pris en Conseil

des ministres de l'OHADA. Par ailleurs, l'arbitrage CCJA, parce que institué au sein de la CCJA a la CCJA pour seul juge d'appui alors que les arbitrages institutionnels et l'arbitrage ad hoc dans l'espace OHADA ont pour juge d'appui les juridictions désignées à cet effet dans les États parties. Ceci éclaire la compréhension du règlement d'arbitrage de la CCJA.

81. Ce dernier est pris en application des articles 21 à 25 du Traité de l'OHADA qui posent les bases conceptuelles d'un centre permanent d'arbitrage pour l'espace OHADA. Bien qu'il soit pris en Conseil des ministres, il s'agit indubitablement d'un règlement ayant le caractère contractuel de tout règlement d'arbitrage. Il comporte trois chapitres : le premier traite des attributions de la CCJA en matière d'arbitrage, le deuxième de la procédure suivie devant la CCJA et le troisième de la reconnaissance et de l'exécution forcée des sentences arbitrales. Ce schéma sera suivi pour le présenter.

A - Champ spatial du système d'arbitrage CCJA

82. C'est le Traité de l'OHADA lui-même qui crée et organise un centre permanent d'arbitrage - la CCJA chargée à la fois d'attribution d'administration des arbitrages comme tout centre permanent d'arbitrage et de fonctions juridictionnelles de contrôle comme tout juge étatique en matière d'arbitrage. La philosophie de base de cet arbitrage est consignée dans l'article 21 ali. 1 du Traité de l'OHADA qui dispose « En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs États parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage ». Cet article tranche deux questions fondamentales qui impriment le destin singulier de l'arbitrage CCJA : le champ spatial du système d'arbitrage CCJA (I), l'arbitrabilité du litige dans le cadre de l'arbitrage CCJA (II), institution de l'immunité diplomatique pour les arbitres (III).

I - Champ spatial du système d'arbitrage CCJA

83. Il résulte clairement de l'article 21 précité du Traité de l'OHADA que le champ territorial du système d'arbitrage de la CCJA est constitué par l'ensemble des territoires des États parties au Traité OHADA. Ces territoires sont attractifs de compétence par une double variable : la situation du domicile ou de la résidence des parties au contrat et l'exécution du contrat. Le premier élément appelle deux commentaires. En ce qui concerne les personnes physiques, on ne confondra pas le domicile ou la résidence avec la nationalité, qui exprime plus un lien d'allégeance qu'une localisation

territoriale. En ce qui concerne les personnes morales, la notion de domicile se comprend comme celle de siège. Le domicile ou la résidence des personnes physiques et le siège des personnes morales s'apprécieront suivant les critères d'identification qui ne relèvent pas du droit de l'arbitrage. Le second élément appelle un seul commentaire. Il n'est pas nécessaire que l'exécution ait commencé, ni qu'elle se fasse totalement sur le territoire d'un des États parties au Traité OHADA : suffit une exécution partielle, voire une exécution simplement projetée.

Il faut aussi préciser que le législateur n'exige pas que les éléments de rattachement au territoire se retrouvent tous dans un rapport : un seul suffit. En s'arc-boutant sur le territoire de l'OHADA, le système d'arbitrage de la CCJA se ferme aux opérateurs domiciliés ou résidant à l'extérieur de son espace et aux contrats exécutés ou à exécuter hors de cet espace. La solution est certaine quand bien même le contrat serait conclu dans le territoire de l'OHADA. Elle peut étonner s'agissant d'un système qui souhaite s'imposer face à un certain nombre de systèmes concurrents. Si le système d'arbitrage de la chambre de commerce internationale connaît aujourd'hui une grande notoriété, c'est aussi parce qu'il est ouvert à tous les différends d'ordre commercial et international. Il est indifférent à la situation géographique des parties et au lieu d'exécution des contrats.

La solution du système d'arbitrage de la CCJA semble s'expliquer par une raison simple : dans l'esprit des concepteurs du système, l'arbitrage n'est pas complètement détaché de la justice étatique. La CCJA qui administre les arbitrages, appuie les procédures en cas de difficulté, contrôle la régularité des sentences et délivre l'exequatur, est avant tout une Cour judiciaire d'émanation étatique. Le système d'arbitrage de la CCJA serait une sorte de prolongement de la justice étatique des États parties à l'OHADA. On comprend qu'il circonscrive son champ aux limites territoriales d'exercice de la souveraineté des États de l'OHADA.

II - Arbitrabilité du litige

84. La question de l'arbitrabilité du litige est double. D'un point de vue subjectif, on peut se demander si telle partie qui veut recourir à l'arbitrage est habilitée par la loi à le faire. D'un point de vue objectif, on peut se demander si telle question qu'on veut soumettre à l'arbitrage peut l'être.

85. La première question intéresse particulièrement l'État et les autres personnes morales de droit public dont on connaît la réticence à participer à l'arbitrage. L'article 21 du Traité OHADA pose implicitement le principe de la participation de l'État à l'arbitrage en ouvrant la faculté de recourir à l'arbitrage à « toute partie à un contrat ». À titre comparatif, l'AUA (art 2) sera plus précis : « Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition ». « Les États

et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

Au passage, l'AUA laisse voir que le recours à l'arbitrage est un acte de disposition. C'est dire que la seule capacité d'exercice ne suffit pas pour conclure une convention d'arbitrage ; il faut le pouvoir de disposer. La règle devrait sans doute être étendue au système de la CCJA.

86. La question de l'arbitrabilité objective est résolue par l'article 21 du Traité OHADA repris par l'article 2.1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA en indiquant simplement que les différends susceptibles d'être soumis à l'arbitrage sont ceux « d'ordre contractuel ». La formule semble bien large. Mais seule une certitude s'en dégage : peu importe que le différend porte sur une matière civile ou commerciale. Le texte tarit ainsi une source de difficulté sur la qualification civile ou commerciale des matières, et enlève son intérêt à une éventuelle réserve de commercialité faite par un pays partie à la convention de New York.

Faut-il en déduire qu'il suffit qu'on se trouve en matière contractuelle pour que l'arbitrage soit possible ? Les incertitudes commencent. La première difficulté apparaît lorsqu'on fait un rapprochement entre l'AUA d'un côté et le Traité OHADA et le Règlement d'arbitrage de la CCJA de l'autre. L'AUA prévoit que l'arbitrage n'est possible que « sur des droits dont on a la libre disposition » : le Traité et le Règlement d'arbitrage de la CCJA sont muets sur ce point, l'AUA reprend simplement une solution prévue dans un certain nombre d'États par le code de procédure civile (*pour le Togo, art 275, pour le Cameroun, art 576, pour le Sénégal, art. 755*). Sur la base de ces dispositions nationales, un auteur avait estimé que la condition de la libre disposition des droits était implicitement exigée par le Traité OHADA (*A. Amoussou-Guenou, L'arbitrage dans le Traité relatif à l'OHADA, RDAI, 1996, p. 324*). La solution semble s'imposer comme principe général de droit.

III - Immunité diplomatique

87. L'OHADA est une personne morale internationale, ce qui lui confère une immunité diplomatique (*art 46 et 47 du Traité OHADA*). Cette immunité a été étendue naturellement à son personnel (*les juges de la CCJA*) et, assez curieusement aux arbitres que la CCJA nomme dans le cadre de la justice arbitrale (*art 49 du Traité OHADA*).

La formule a deux importantes conséquences en matière arbitrale. D'une part, en tant que centre d'arbitrage, la CCJA administre les arbitrages et peut commettre les fautes (*la CCJA peut commettre des négligences, des maladroites voire une faute au détriment d'une partie*), mais elle ne peut être poursuivie (*art 3 et 48 du Traité OHADA*). L'idée de liens contractuels qui existeraient

entre la CCJA et les parties à l'arbitrage est sinon totalement écartée, du moins édulcorée. D'autre part, l'arbitre qui commet des fautes dans l'exercice de ses fonctions ne peut être poursuivi.

En vérité, la solution n'étonne que par son radicalisme. L'idée d'une immunité protégeant l'arbitre dans l'exercice de sa mission est communément admise. Mais il ne s'agit pas d'une immunité de forte intensité comme l'immunité diplomatique. Plus précisément, et dans le but de laisser les arbitres dans la sérénité nécessaire à leur mission, il s'agit simplement de les mettre à l'abri des actions en responsabilité pour les sentences qu'ils rendent. Les arbitres sont ainsi assurés que leurs éventuelles erreurs de jugement ne peuvent rien leur coûter. En revanche, leurs fautes graves et a fortiori intentionnelles ne peuvent être couvertes par une telle immunité.

88. Le système de la CCJA dresse une forteresse autour des arbitres en étendant l'immunité à toutes les fautes. Concrètement toute action en responsabilité contre les arbitres désignés par la CCJA buterait sur une fin de non-recevoir. Si on lit littéralement les textes, on doit dire que l'immunité ne profite qu'aux arbitres désignés par la CCJA (*l'art 49 du Traité OHADA dit précisément que «... les juges et les arbitres désignés par cette dernière (la CCJA) jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions, des privilèges et immunités diplomatiques»*), à l'exclusion de ceux désignés par les parties (*dans ce sens, P. Leboulangier, op cit, p. 578*). Mais une telle discrimination ne se justifie pas, du moment où les arbitres désignés par les parties sont nécessairement confirmés par la CCJA. Sans doute faut-il penser que la confirmation d'un arbitre par la Cour doit valoir nomination au sens du texte.

Quoi qu'il en soit, l'immunité des arbitres est une solution exorbitante qui semble ne pas pouvoir traverser les frontières territoriales de l'OHADA. Non pas seulement parce que le Traité lui-même la limite à cet espace (*l'art 47 du Traité OHADA semble suggérer cette solution*), mais parce que les systèmes étrangers peuvent difficilement admettre une immunité diplomatique au bénéfice d'un arbitre, fût-il désigné par une institution d'une organisation internationale. En conférant l'immunité diplomatique aux arbitres et surtout la double qualité de centre d'arbitrage et de Cour judiciaire de contrôle des sentences arbitrales à la CCJA, le législateur africain veut que le système d'arbitrage de la CCJA s'impose dans le champ territorial qu'il a défini. Mais ce qui importe plus encore du point de vue des opérateurs économiques ce sont les avantages procéduraux qu'offre le système.

B - Attributions de la CCJA en matière d'arbitrage

89. Dans son organisation, le système d'arbitrage de la CCJA se singularise par la double fonction de la Cour : celle-ci est en même temps centre permanent d'arbitrage et Cour judiciaire contrôlant la régularité des sentences et délivrant l'exequatur.

En matière d'arbitrage, la CCJA exerce des attributions administratives et des attributions juridictionnelles.

I - Attributions administratives

90. L'article 21 du Traité OHADA dispose que la CCJA ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de l'instance et examine les projets de sentences (*l'article 24 du Traité précise qu'à l'issue de l'examen de la sentence, la CCJA ne peut proposer que des modifications de pure forme*). Le Règlement d'arbitrage de la CCJA reprend ces dispositions (*art 2.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA*) et précise ses attributions. La CCJA ne nomme les arbitres pour siéger dans une affaire qu'en cas de carence des arbitres (*l'art. 3 du Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit des hypothèses plus habituelles où la Cour peut avoir à nommer un arbitre à la place d'une partie défaillante (dans ce cas, et sauf convention contraire, le troisième arbitre est désigné par la Cour)*). Le texte prévoit aussi l'hypothèse où l'arbitre unique est désigné par la Cour parce que les parties ne s'entendent pas sur l'arbitre unique ou parce que la convention d'arbitrage est muette sur le nombre d'arbitres et que la Cour estime que le différend doit être tranché par un arbitre. *L'hypothèse la plus audacieuse est celle où la Cour nomme l'ensemble des arbitres parce que plusieurs parties demanderesses ou défenderesses doivent présenter à la Cour des propositions conjointes pour la nomination d'un arbitre et celles-ci ne s'accordent pas dans les délais impartis. Il a là une réponse à l'arrêt DUTCO dans lequel la Cour de cassation française avait jugé que la désignation d'un arbitre par la Cour, en lieu et place des parties co-défenderesses constituait une violation du principe d'ordre public et de l'égalité de traitement : Cass civ 1^{re}, 7.1, 1992, Rev arb 1992, 470 note P. Bellet*). Pour la procédure, la CCJA ne se contente pas de recevoir des informations et d'examiner les projets de sentence (*l'article 23 du Règlement d'arbitrage prévoit plus précisément que les projets de sentence sur la compétence, de sentence partielle qui mettent un terme à certaines prétentions des parties, et de sentences définitives sont soumises à l'examen de la CCJA avant signature. Les autres sentences ne sont pas soumises à un examen préalable, mais seulement transmises à la Cour pour information. La Cour ne peut proposer que des modifications de pure forme. Il faut bien souligner que la Cour se limite à faire des propositions. L'intérêt en jeu est la préservation du pouvoir de juge des arbitres. C'est une importance différente par rapport à la solution du règlement d'arbitrage de la CCI qui prévoit que la Cour peut « prescrire » des modifications de pure forme qu'aucune ne peut être rendue sans avoir été approuvée en la forme par le Cour (art. 21)* ; dans bien des cas, elle va veiller au bon déroulement de l'instance. En particulier, elle statue sur les demandes

de récusation (*art 4.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA*) et apprécie l'opportunité du remplacement d'un arbitre (*art 4.3 du Règlement d'arbitrage de la CCJA*). *Il ne faut pas sous-estimer le pouvoir que la Cour exerce en matière de remplacement des arbitres. Lorsque l'arbitre est décédé, ou lorsque la Cour constate son empêchement, son remplacement doit être ordonné. Le remplacement doit être ordonné lorsque la Cour a admis la récusation. En revanche lorsque l'arbitre offre de démissionner, la Cour peut refuser la démission. Mais il se peut que malgré le refus de la Cour, l'arbitre ne continue plus sa mission. Alors la Cour est obligée de le faire remplacer s'il est un arbitre unique ou s'il est le président du tribunal arbitral. Dans les autres cas, elle peut estimer, après avis des autres arbitres que la procédure se poursuivra.*

L'article 1.1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA indique que les décisions que la CCJA prend dans le cadre de ses attributions administratives sont de nature administrative, sans recours, non motivées et dépourvues de l'autorité de la chose jugée. Il est sûr que la formule n'exclut pas la possibilité d'un recours gracieux. Si la solution peut générer quelques lenteurs, elle est tout de même plus conforme à l'état de droit. Reste qu'il conviendrait qu'un tel recours reste vraiment un recours gracieux.

Par ailleurs, l'article 25 prévoit que les sentences peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur. La CCJA a seule compétence pour rendre la décision d'exequatur. Outre l'exequatur, la CCJA statue sur les demandes de contestation de validité de la sentence arbitrale (*art 29 du Règlement d'arbitrage de la CCJA*) et reçoit les recours en révision (*art 32 du Règlement d'arbitrage et 49 du Règlement de procédure de la CCJA*) et la tierce opposition (*art 33 du Règlement d'arbitrage et 47 du Règlement de procédure de la CCJA*).

II - Attributions juridictionnelles

91. La CCJA exerce les attributions juridictionnelles dans sa formation contentieuse ordinaire, conformément à son règlement de procédure.

Les appréciations divergent sur la double fonction de la CCJA. On a souligné que le système de la CCJA pratiquait un mélange de genres qui n'était pas sans danger. Il pourrait notamment rebuter les opérateurs économiques qui voient dans l'arbitrage un moyen de soustraire leurs différends à la justice étatique. La formule apparaît donc comme une régression. En sens inverse, un auteur trouve que « *l'arbitrage OHADA a des avantages incontestables sur toute autre formule proposée par les institutions arbitrales. Le fait de n'avoir de contact qu'avec une seule autorité pour la phase arbitrale et pour la phase contentieuse qui peut être éventuellement suivie, d'avoir à sa disposition une autorité de très haut niveau donnant ainsi toutes les garanties d'intégrité*

et d'indépendance, sont des atouts considérables » (R. Bourdin, op cit. 14)

Mais tous les auteurs soulignent la nécessité d'établir une bonne séparation entre les deux fonctions (*ibid. p. 10*). Pour apaiser les inquiétudes, il est indispensable que la Cour, conformément aux articles 9 de son Règlement de procédure et 1.1 et 2.4 de son Règlement d'arbitrage, prenne en assemblée générale une résolution qui précise quelle formation et dans quelles conditions sera pris tel ou tel type de décision. On doit en attendre outre une séparation de fonctions, une répartition du personnel de telle sorte qu'aucun membre de la Cour participant à l'administration des arbitrages ne prenne part à l'exercice des attributions juridictionnelles.

C - Procédure suivie

92. Les spécificités du système d'arbitrage de la CCJA apparaissent d'une part dans les règles applicables à la date d'ouverture (I) et d'autre part dans les règles applicables au déroulement de l'instance (II).

I - Date d'ouverture de la procédure

93. Dans les arbitrages institutionnels, il est habituel que la date de réception par le centre d'arbitrage de la demande d'arbitrage soit réputée date d'introduction de la procédure d'arbitrage. La solution est prévue par les articles 3 du règlement d'arbitrage de la CCI et 4 du Règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la CCIAD. Les frais d'ouverture du dossier sont également versés à ce moment, mais sans que ce versement influence la date du début de l'instance. Dans la pratique il en résulte quelques difficultés pour les centres qui voient parfois la procédure s'enclencher sans que la provision pour frais d'arbitrage ne soit versée, même en partie. Le Règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale a cru résoudre la question en prévoyant que le secrétaire de la Cour peut subordonner la remise du dossier à l'arbitre au versement par les parties ou l'une d'elles de tout ou partie de la provision (*art. 56 ali 3 du Règlement d'arbitrage de la CCI*). Le Règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de la médiation et de conciliation de la CCIAD prévoit que si le dépôt de provision n'est pas fait, le secrétaire du centre peut impartir un délai pour le versement. Si à l'expiration du délai rien n'est fait, la demande est classée (*art 4 du Règlement d'arbitrage de la CCIAD*). Cette solution est déjà plus contraignante que la première, puisque le règlement précise que le secrétaire du centre ne transmet le dossier que si celui-ci remplit toutes les conditions.

La solution du système de la CCJA est plus énergique encore. En effet, la fixation de la date d'ouverture de la procédure est étroitement liée au versement de la

caution. Concrètement, l'instance arbitrale commence non pas à la date à laquelle la demande d'arbitrage est reçue au secrétariat de la Cour, mais à celle où le dossier est déclaré conforme, et donc après versement du droit prévu pour l'introduction des instances dans le barème des frais de la Cour (*la solution résulte de la combinaison des paragraphes 1 et 4 de l'article 5 (f) du Règlement d'arbitrage de la CCJA*). D'un point de vue de facilité de recouvrement des frais d'arbitrage, la solution semble plus pratique.

II - Déroulement de l'instance

94. Le trait marquant du déroulement de la procédure est l'institution d'un procès-verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de la procédure en lieu et place de l'acte de mission communément prévu. Si la formule n'est pas opposée à celle de l'acte de mission, telle que pratiquée à la CCI, elle s'en démarque néanmoins. Le procès-verbal constatant l'objet du litige se rapproche de l'acte de mission par son contenu : outre l'identification des parties, ces documents qui sont une sorte de gouvernail contiennent l'exposé sommaire des prétentions, la détermination des points litigieux, les précisions sur les règles applicables au litige.

Le caractère prévisionnel de l'acte de mission est parfois insuffisant et ce malgré la possibilité que donne l'article 13 du Règlement d'arbitrage de la CCI d'insérer « *toute autre mention* » dans l'acte de mission. Le procès-verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de la procédure va plus loin. Comme l'indique son nom, il a deux objets principaux : il constate l'objet du litige et fixe le déroulement de la procédure. Ce second point est intéressant parce qu'il touche au calendrier prévisionnel : date de remise des mémoires, date d'audience, date de mise en délibéré de l'affaire, etc. Ces questions sont importantes parce qu'elles ont un lien direct avec l'égalité de traitement des parties qui est un principe cardinal du droit de l'arbitrage (*l'art 9 de l'AUA le rappelle de manière fort sentencieuse : « Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité (...) »*).

En plus de ces objets principaux, le procès-verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de la procédure constate un certain nombre d'accords : sur la langue d'arbitrage, sur le siège de l'arbitrage, etc.

Le procès-verbal se démarque aussi de l'acte de mission par sa procédure d'élaboration. L'arbitre n'en élabore pas le projet pour soumission aux parties (*c'est le cas de l'acte de mission. Dans la pratique les parties sont souvent amenées à corriger le projet après les précisions fournies par les parties. La solution peut allonger les délais d'arbitrage, alors que l'opportunité de la rédaction d'un acte de mission est parfois contestée au motif que la confection de l'acte entraîne de retard*) ; le document est élaboré par l'arbitre et les parties au cours d'une réunion convoquée par celui-ci. Il s'agit donc d'un

procès-verbal de réunion. Il est signé de l'arbitre et des parties. La participation active des parties à l'élaboration du procès-verbal est un gage d'efficacité du document. Le texte ne néglige pas l'éventualité d'une obstruction. Si l'une des parties refuse de signer le document, ou formule des réserves, celui-ci est soumis à la Cour pour approbation.

95. Le système d'arbitrage de la CCJA lève toutes les incertitudes sur la portée du procès-verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de la procédure. La solution adoptée est exposée à l'occasion des précisions sur le traitement des demandes nouvelles. L'article 18 du Règlement d'arbitrage de la CCJA dispose que les parties peuvent formuler des demandes nouvelles si celles-ci restent dans le cadre de la convention d'arbitrage, et à moins que l'arbitre considère qu'il ne doit pas autoriser une telle extension de sa mission, en raison notamment du retard avec lequel elle a été sollicitée. Une lecture attentive du texte révèle qu'une demande peut rester dans le cadre de la convention d'arbitrage, mais excéder le cadre de la mission de l'arbitre (*l'arbitre peut alors la refuser*).

C'est que la mission de l'arbitre est fixée en définitive par le procès-verbal constatant l'objet du litige (*peu importe qu'une partie ait refusé de le signer*), lequel se substitue en quelque sorte à la convention d'arbitrage (*le droit comparé enseigne même qu'en l'absence de toute clause compromissoire, la soumission des parties à une procédure d'arbitrage, concrétisée par la signature d'un acte de mission peut valoir compromis ; Paris, 19 mars 1987, Rev. arb., 1987, 498, note L. Lollinger*). Les parties devront donc apporter la plus grande attention à la rédaction du procès-verbal constatant l'objet du litige afin de ne pas laisser à l'écart certains points en litige. Ainsi, plus que la convention originale d'arbitrage, c'est le procès-verbal constatant l'objet du litige qui servira à apprécier la conformité de la sentence arbitrale à la mission qui avait été conférée à l'arbitre.

D - Reconnaissance et exécution forcée des sentences arbitrales CCJA

96. La question essentielle est celle de son efficacité. Elle ne peut pas être examinée sans les voies de recours disponibles contre la sentence arbitrale. Pour assurer une grande efficacité à la sentence arbitrale on a eu recours à un exequatur communautaire (I). L'organisation des voies de recours (II) dénote une recherche de l'efficacité pour l'ensemble du dispositif.

I - Exequatur communautaire

97. En droit commun de l'arbitrage, l'exequatur relève, aux termes de l'article 30 de l'AUA, du juge compétent dans l'État partie. Après avoir affirmé que les

sentences rendues sous l'égide de la CCJA ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État, l'article 25 du Traité OHADA ajoute qu'« Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur. La Cour commune de justice et d'arbitrage a seule compétence pour rendre une telle décision ». En donnant à la Haute juridiction communautaire compétence exclusive pour délivrer l'exequatur, le Traité indique implicitement que cet exequatur va permettre de poursuivre l'exécution forcée sur l'ensemble des territoires des États parties au Traité. Cette conséquence va être dégagée clairement ensuite par l'article 30.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

La procédure d'exequatur est l'examen qui permet de délivrer la formule exécutoire à la sentence arbitrale. Or, la formule exécutoire est d'ordinaire accordée au nom du Souverain. Au confluent du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif, elle est en quelque sorte la matérialisation de la souveraineté. Il était donc difficile de concevoir que même dans un espace communautaire impliquant des transferts de compétences par les États aux instances communautaires, on en arrive à organiser un exequatur communautaire.

Mais les intérêts en jeu ont conduit les rédacteurs du Traité à prévoir un exequatur communautaire. Le premier intérêt tient à l'économie de temps et de procédure pour celui qui veut poursuivre l'exécution forcée dans plusieurs États de l'Organisation. Le second intérêt tient à l'accomplissement de l'objectif premier de l'Organisation qui est l'harmonisation et sans doute plus précisément l'unification. En exposant les sentences de la CCJA à l'épreuve de plusieurs exequaturs dans plusieurs États, il était à craindre que par exemple la même sentence soit rejetée comme irrégulière au Congo mais déclarée régulière et exequaturée au Gabon ou vice-versa. Un troisième intérêt est la volonté de démarquer le système d'arbitrage de la CCJA des systèmes existants. En l'état actuel du droit, aucun autre système d'arbitrage ne peut offrir un exequatur dont les effets dépassent le cadre territorial de l'État qui l'a délivré.

98. Le législateur détache clairement l'examen en vue de l'exequatur de sa conséquence nécessaire qu'est l'application de la formule exécutoire : seul l'exequatur est communautaire, les formules exécutoires restent nationales. En effet, l'article 46 du Règlement de procédure de la CCJA indique que la formule exécutoire est apposée, sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'autorité nationale que le gouvernement de chacun des États parties désignera à cet effet. Plus expressif, parce qu'il concerne particulièrement les sentences arbitrales, l'article 31 du Règlement d'arbitrage de la CCJA dispose que le Secrétaire général de la Cour délivre à la partie qui lui en fait la demande, une copie de la sentence certifiée conforme à l'original, sur laquelle figure une attestation d'exequatur. Cette

attestation mentionne que l'exequatur a été accordé à la sentence. Au vu de la Cour, l'autorité nationale désignée par l'État pour lequel l'exequatur a été demandé, appose la formule exécutoire telle qu'elle est en vigueur dans ledit État.

Cependant, à l'examen, la distinction entre l'exequatur et l'apposition de la formule exécutoire est susceptible de poser des problèmes. En effet, rien ne garantit que les autorités nationales n'exerceront pas un autre contrôle de régularité au lieu de se contenter de vérifier l'authenticité du document produit. Et même si les autorités nationales comprennent bien la formule, les pertes de temps que va occasionner la recherche de la formule exécutoire ne sont pas à négliger. De plus l'article 31.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA qui règle les modalités de l'intervention de l'autorité nationale laisse penser qu'au niveau communautaire l'exequatur est demandé par un État (*le texte parle en effet de « l'État pour lequel l'exequatur est demandé »*). Fort heureusement l'article 30.1 indique que l'exequatur permet à la sentence d'avoir un caractère exécutoire dans tous les États parties.

99. Pour le reste, l'exequatur est accordé par ordonnance du Président de la CCJA (*art 30.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA*). La partie contre laquelle l'exequatur est délivré peut, dans les quinze jours de la signification, faire opposition. Celle-ci est jugée contradictoirement à l'une des audiences ordinaires de la Cour (*art 30.5 du Règlement d'arbitrage de la CCJA*). Si l'exequatur est refusé, le requérant peut saisir la Cour elle-même, non plus son président. Il notifie alors sa démarche à la partie adverse. Mais le président doit refuser l'exequatur si la Cour se trouve déjà saisie d'une contestation de validité de la sentence (*il faut penser, que si dans l'ignorance de la saisine de la Cour en contestation de la validité l'exequatur est délivré, il ne peut être invoqué, à moins que le recours en contestation de validité ne soit rejeté*). Dans ce cas, les demandes sont jointes et jugées par la Cour. Les motifs de refus de l'exequatur sont les mêmes que ceux qui peuvent fonder une contestation de validité de la sentence arbitrale et sont examinés dans ce cadre.

II - Voies de recours

100. Contre la sentence arbitrale, le système d'arbitrage de la CCJA ouvre trois voies de recours : la contestation de validité, le recours en révision, et la tierce opposition.

On peut s'efforcer de trouver dans le Traité OHADA le principe de l'ouverture des voies de recours contre la sentence arbitrale. Le propos serait par exemple de dire que le Traité n'accorde l'autorité de la chose jugée à une sentence arbitrale qu'autant qu'elle est rendue conformément à ses dispositions. Mais en prévoyant

que les sentences ont « l'autorité définitive de la chose jugée », et surtout en gardant le silence sur la question des voies de recours alors qu'il avait longuement réglé la procédure arbitrale, le Traité avait plutôt laissé l'impression que les sentences étaient soustraites à toutes voies de recours.

Qu'importe aujourd'hui, le Règlement d'arbitrage a organisé des recours et permet aux parties de renoncer éventuellement à la contestation de validité de la sentence arbitrale, dans la convention d'arbitrage (*art 29.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA*). Le législateur suggère ainsi aux parties une solution qu'il a hésité à appliquer d'autorité.

Les moyens (*selon les art. 29.2 et 30.6 du Règlement, la contestation de validité est possible : si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée/si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée/lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté/si la sentence est contraire à l'ordre public international*) de contestation de la validité de la sentence arbitrale ressemblent à s'y méprendre aux moyens en annulation ouverts en droit commun (*art 26 de l'AUA*). Cependant, trois différences doivent être relevées. La première est la disparition de l'hypothèse où le tribunal arbitral est irrégulièrement constitué. En vérité, la solution n'étonne pas : la CCJA semble tirer conséquence de ce qu'elle est étroitement associée à la constitution du tribunal arbitral. La deuxième différence est la disparition du motif d'annulation qu'est le défaut de motivation de sentence (*art 26 de l'AUA*). Cette absence peut étonner tant la motivation des sentences est une pratique générale. Sans doute a-t-elle un rapport avec l'idée que la CCJA examine les projets de sentences, encore qu'il n'est pas sûr que l'exigence des motifs relève de la pure forme qui, seule, peut justifier des propositions de la Cour (*art 24 du Traité et 23 du Règlement d'arbitrage de la CCJA*). De plus, la Cour se contente de proposer des modifications, sans se substituer aux arbitres. La dernière est une nuance plutôt de rédaction. Alors que l'AU prévoit qu'il faut rejeter la sentence si l'arbitre a violé une règle « *d'ordre public international des États signataires du Traité* », le Règlement d'arbitrage prévoit qu'il faut la sentence si elle est « *contraire à l'ordre public international* ». La première formule semble postuler l'idée d'un ordre public communautaire alors que la seconde s'inscrit dans la logique classique de l'ordre public en matière internationale, c'est-à-dire un ordre public au contenu allégué. Mais seules les applications concrètes diront si les deux formules ne se confondent pas.

Contrairement à l'AU qui prévoit que, sauf exécution provisoire prononcée, l'exercice du recours en annulation suspend l'exécution de sentence (*art 28 du Règlement d'arbitrage de la CCJA*), le Règlement d'arbitrage de la CCJA garde le silence sur le caractère suspensif ou non de l'exercice du recours en contestation de validité. Ce silence est très gênant puisque, quand bien même les parties ou les arbitres auraient fait recours à une loi de

procédure pour appuyer le Règlement d'arbitrage (*par application de l'article 16 du Règlement d'arbitrage de la CCJA*), on n'y trouverait pas le recours en contestation de validité puisqu'il est sans précédent. Il restera alors à raisonner par analogie. Dans ces conditions, il est très probable qu'il soit retenu que l'exercice du recours en contestation de validation est suspensif d'exécution, sauf naturellement s'il s'agit d'une exécution provisoire.

101. La spécificité la plus remarquable des voies de recours contre la sentence arbitrale du système de la CCJA tient au développement possible de l'instance. La CCJA peut évoquer l'affaire si elle annule la sentence. Dans ces conditions, on semble sortir de la procédure arbitrale. Mais l'évocation ne sera possible après annulation de la sentence sur contestation de validité que si les parties le demandent. Il est clair que la volonté d'une seule partie ne pourrait pas suffire pour permettre à la CCJA d'évoquer. L'évocation se faisant ainsi sur la base d'une commune volonté des parties, l'abandon de la voie arbitrale est compréhensible. Entrées dans la procédure arbitrale par convention, les parties peuvent en sortir par le même moyen.

La procédure qui s'ouvre à la suite de l'évocation se déroule comme une procédure au fond ordinaire devant la CCJA. Mais jusqu'où peut-on aller dans cette conséquence ? Faut-il tout rejeter des arrangements que les parties à l'arbitrage avaient acceptés en matière de procédure ? Quid par exemple d'un accord entre les parties sur la solution du litige intervenu avant que la Cour ne décide ? La Cour resterait-elle liée par l'accord antérieur des parties sur les règles applicables ? On peut estimer que même en cas d'évocation, on reste dans l'esprit de l'arbitrage et tenir le plus grand compte du Règlement d'arbitrage de la CCJA, de la convention d'arbitrage conclue par les parties et du cadre de l'arbitrage défini dans le procès-verbal constatant l'objet du litige. La CCJA devra rapidement clarifier ce point.

102. Le même raisonnement doit être suivi en cas de recours en révision ou de tierce opposition. Le recours en révision de la sentence et la tierce opposition contre celle-ci s'exercent devant la CCJA (*art 32 et 33 du Règlement d'arbitrage de la CCJA et 47 et 49 du Règlement de procédure de la CCJA*). Celle-ci statue par arrêt sur le fond du litige (*signalons qu'en ce qui concerne le recours en révision, la Cour doit préalablement avoir pris un arrêt constatant l'existence d'un fait nouveau de nature à donner lieu à la révision*). Par le jeu d'un recours, on passe ainsi de la compétence arbitrale à la base du recours à l'arbitrage à la compétence judiciaire, en méconnaissance de l'accord de volontés à la base du recours à l'arbitrage. L'exercice du recours deviendrait purement et simplement un acte de sortie de la voie arbitrale, si on ne s'assure pas que sont préservés au moins les arrangements intervenus entre les parties.

Le législateur africain devrait donc apporter beaucoup de précisions en matière de voies de recours.

103. Le législateur OHADA entend faire de l'arbitrage CCJA un instrument apprécié de règlement des différends contractuels et, partant, propice à encourager l'investissement et à créer un nouveau pôle de développement en Afrique. Véritablement, l'arbitrage CCJA est un mécanisme d'action original de l'OHADA.

Le mécanisme imprime ses marques peu à peu. À cet égard, la sentence arbitrale CCJA vient d'être considérée comme une sentence internationale détachée de tout ordre juridique étatique ; elle « est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard

des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées (...) » (*CA, Paris, arrêt n° 06/0778, du 31 juillet 2008, affaire Société Ivoirienne de Raffinage (SIR) contre Teckey Shipping Norway As et autres, Revue camerounaise de l'arbitrage, n° 044, janvier – mars 2009, p. 11 note Le Bras*).

Paul-Gérard POUGOUE

Idrissa KERE

Joseph FOMETEU

Augustin Berceau OMGBA MBARGA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de progression des développements)

A

Acte uniforme 17, 34, 45, 67, 80
 Actes 1, 3, 4, 6, 7, 15, 18, 21, 22, 24, 25, 31, 33, 37, 41, 43, 44, 52, 57, 79
 Arbitrabilité 82, 84, 85, 86
 Arbitrage 1, 4, 12, 15, 17, 23, 27, 31, 33, 37, 40, 46, 50, 61, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103
 Arrêt 32, 33, 34, 35, 36, 45, 50, 52, 53, 55, 59, 62, 65, 69, 70, 73, 75, 76, 79, 102, 103
 Avis 1, 38, 39, 40, 90

C

CCJA 4, 6, 12, 14, 15, 17, 18, 22, 24, 30, 32, 33, 34, 36, 40, 41, 45, 49, 50, 52, 53, 55, 60, 62, 65, 67, 68, 70, 72, 73, 76, 77, 79, 80, 83, 86, 87, 88, 90, 93, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103
 Conseil des ministres 3, 4, 6, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 22, 38, 40, 80, 81

D

Décisions 1, 6, 7, 12, 18, 22, 29, 52, 59, 61, 63, 67, 72, 77, 79, 90, 97

E

ERSUMA 4, 14, 18
 Exequatur 97, 98, 99

I

Immunité 82, 87, 88
 Instance 27, 29, 41, 47, 48, 52, 55, 56, 57, 60, 65, 90, 92, 93, 97, 101

O

Ordonnance 31, 34, 50, 55, 60, 62, 63, 69, 99

P

Procédure 4, 15, 17, 22, 24, 25, 28, 30, 32, 34, 35, 37, 38, 39, 41, 43, 45, 48, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 60, 63, 64, 65, 66, 67, 70, 71, 74, 78, 83, 86, 90, 91, 94, 95, 97, 99, 100, 101, 102

R

Règlements 1, 2, 4, 6, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 20, 22, 23, 24, 37, 52

S

Secrétariat permanent 11, 12, 14, 18
 Sentence arbitrale 90, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 103
 Sursis à exécution 63, 66, 69

T

Traité 1, 3, 4, 5, 6, 7, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 24, 26, 31, 32, 33, 37, 40, 45, 48, 52, 56, 57, 69, 79, 81, 82, 83, 86, 87, 88, 90, 97, 100

V

Voies de recours 70, 71, 75, 96, 100, 101, 102

SAISIE DES DROITS D'ASSOCIÉS ET DES VALEURS MOBILIÈRES

Table des matières

Introduction n° 1	a - Formalité préalable n° 72 à 77
§I - Quelques considérations historiques n° 2 à 23	1 - Contenu du commandement préalable n° 73 à 75
A - Prémices n° 3 à 5	2 - Effets du commandement à fin de saisie n° 76 et 77
B - L'avènement n° 6 à 9	b - Formalités relatives à l'exécution de la mesure n° 78 à 83
C - Concepts n° 10 à 23	1 - Acte de saisie n° 79 à 81
§II - Similitudes et distinctions n° 24 à 32	2 - Signification de l'acte de saisie n° 82 et 83
A - Similitudes certaines n° 25 à 29	III - Dénouement de la saisie n° 84 à 93
I - Similitudes avec la saisie des biens meubles corporels n° 26 et 27	a - Contestations n° 85
II - Similitudes avec la saisie des immeubles n° 28 et 29	b - Vente des biens n° 86 à 93
B - Distinctions nécessaires n° 30 à 32	1 - Contenu du cahier des charges n° 88 à 90
I - Distinctions d'avec la saisie des biens incorporels n° 31	2 - Notification du cahier des charges n° 91 et 92
II - Distinction d'avec les biens corporels n° 32	3 - Publicité n° 93
§III - Modalités de la saisie n° 33 à 93	
A - Saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières n° 34 à 62	
I - Conditions de la saisie n° 35 à 47	
a - La saisie sur le fondement d'une autorisation judiciaire préalable n° 36 à 46	
1 - Conditions liées à la créance n° 37 à 40	
2 - Conditions liées aux circonstances de la saisie n° 41	
3 - Portée des conditions légales n° 42 à 46	
b - La saisie sans autorisation judiciaire préalable n° 47	
II - Déroulement de la saisie n° 48 à 55	
a - L'agent d'exécution n° 49	
b - Opérations accomplies par l'agent d'exécution n° 50 à 55	
1- Transport sur les lieux de la saisie n° 51	
2- Saisie entre les mains du tiers n° 52	
3- Dénonciation au débiteur n° 53 à 55	
III - Dénouement n° 56 à 62	
a - Saisie conservatoire est contestée n° 57 à 61	
1 - Contestations et leur règlement n° 57 à 60	
2 - Mainlevée de la saisie n° 61	
b - Acceptation de la saisie et rejet de la demande en contestation n° 62	
B - Saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières n° 63 à 93	
I - Conditions n° 64 à 69	
a - Certitude quant à la cessibilité des valeurs mobilières n° 65 et 66	
b - Hésitation quant à la cessibilité des droits d'associés n° 67 à 69	
II - Déroulement de la saisie-vente n° 70 à 83	

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.) et TJOUEN (A.), *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA*, presse universitaire d'Afrique, 1999 ;
- ASSI-ESSO (A.) et DIOUF (N.), *Recouvrement des créances*, Bruylant, Bruxelles 2002 ;
- BONZI (B.J.C.), *Théorie et pratique des saisies, tome 1 les procédures simplifiées de recouvrement des créances et les saisies mobilières*, PADEG, Juillet 2008 ;
- CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, Paris, 2004, 1362 p.
- CADIET (L.), NORMAND (J.), MEKKI (S.A.), *Théorie générale du procès*, Thémis, PUF, Paris, 2010, 993 p.
- COUCHEZ (G), *voies d'exécution*, Sirey, 6^e édition, 2001 ;
- GUINCHARD (S) et MOUSSA (T), (sous la direction de) «*Droit et pratique des voies d'exécution* », 5^e édition, Dalloz, Paris 2007-2008.
- ISSA-SAYEGH (J) et LOUHOUES-OBLE (J), «*OHADA : harmonisation du droit des affaires* » collection droit uniforme africain, juriscope, Bruyant, Bruxelles, 2002 ;
- MARTOR (B), PILKINGTON (N), SELLERS (D) et THOUVENOT (S), «*Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA* », Litec, juris-classeur, Paris Octobre 2007 ;
- POUGOUE (P. G) et KALIEU ELONGO (Y. R), «*Introduction critique à l'OHADA* », édition, PUA, Yaoundé-Cameroun, 2008 ;
- WANDJI KAMGA (A.D.), *Observations sous CCJA, arrêt n° 020/2006, 26 octobre 2006, Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 499 à 509

1. « *Pourrait-on se passer des saisies* » ? Cette interrogation, posée en forme de chute par M. Ph. THERY à l'entrée qu'il a consacrée aux « saisie(s) » dans le dictionnaire de la Justice (*in, L. CADIET (Dir.), Dictionnaire de la Justice, PUF Paris, 2004, p. 1200*) intéresse particulièrement celle des droits d'associés et des valeurs mobilières. Cette voie d'exécution semble éclore en droit européen certes, mais aussi en droit OHADA. Quelques considérations historiques rappellent bien que l'institution est le produit du contexte. Les concepts qu'elle innerve, les allusions qu'elle suggère comme autant d'alluvions, ne manquent pas de déteindre sur les modalités de sa mise en œuvre.

§I - Quelques considérations historiques

2. L'accouchement a été difficile. Les prémices, plus ou moins évidentes, ont préparé l'avènement dans l'espace juridique OHADA de la saisie de ce qui ne paraissait pas saisissable.

A - Les prémices

3. **Une saisissabilité peu évidente.** Les biens appartenant au débiteur constituent le gage commun de ses créanciers (Articles 2092 et 2093 du Code civil tel qu'il est encore appliqué dans les États francophones d'Afrique. En droit français, la réforme des sûretés intervenue suivant l'ordonnance n° 2006-346, du 23 mars 2006 a consacré ces règles respectivement au travers des articles 2284 et 2285 du Code civil. La renumérotation formelle subséquente ne semble pas avoir une incidence sur le fond). En cas de défaillance de ce dernier, ceux-ci peuvent alors faire saisir ses biens et les faire vendre afin de se faire payer sur le produit de la vente. La garantie des créanciers, c'est donc le pouvoir du débiteur sur ses biens, dont il peut, soit volontairement, soit par contrainte, être dépouillé aux fins de paiement.

Mais le « bien » est d'abord une donnée des sens, particulièrement du toucher. Il est physique, et donc visible, constituant une émanation de la chose, produit de la nature. Certes, il faut bien distinguer : si la chose est un produit de la nature, le bien est, au premier degré, une émanation de la chose. Le bien est en effet perçu comme la chose matérielle susceptible d'appropriation. C'est la chose qui procure une jouissance, une utilité économique. En quelque sorte, c'est la chose regardée par l'homme, sous sa maîtrise ou domination, pour son usage et son épanouissement. On peut le dire : le bien réalise la domination prophétique de la nature par l'homme qui transforme celle-là en bien et celui-ci en maître. On comprend alors que le matériel, perçu par les sens, ait pendant longtemps été consi-

déré comme seul élément du patrimoine, donc objet de garantie et, par suite, intéressant de l'exécution forcée. C'est ce qui justifie l'importance prise par les immeubles et les meubles corporels dans le droit du patrimoine. C'est aussi pourquoi les législations des États membres de l'OHADA ont d'abord manifesté, à l'instar du droit français, peu d'intérêt à l'égard des données non sensorielles, c'est-à-dire immatérielles, dont on doutait même de la saisissabilité.

4. Certes, on a bien senti les tentatives en faveur de la juridicité des données immatérielles dans la plupart des législations. C'est ainsi qu'au travers des créances de sommes d'argent, on a pu progressivement viser les biens incorporels. Le Code de procédure civile napoléonien, introduit dans les États jadis sous domination française et encore en vigueur dans certains États comme le Bénin et le Niger, envisageait bien la saisissabilité de la créance sous la forme de la saisie-arrêt, de nature conservatoire ou à fin d'exécution. L'article 557 du Code de procédure civile français, introduit dans certains États membres de l'OHADA dont certaines dispositions sont encore en vigueur disposait bien que : « Tout créancier peut, en vertu d'un titre authentique ou privé, saisir arrêter entre les mains d'un tiers, les sommes et effets appartenant à son débiteur, qui ne sont pas des immeubles par nature, ou s'opposer à leur remise ». On a vu dans les termes généraux un fondement à la saisie des « effets », c'est-à-dire, celle des « titres ». L'article 48 du même texte (article 54 de l'AUVE) admettant déjà le créancier dont la créance paraît fondée en son principe, à solliciter une autorisation aux fins de saisie conservatoire sur les « meubles » appartenant à son débiteur. Mais il faut bien réaliser que la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières ne vise point la créance, concept théorique, mais les « somme d'argent », son produit concret.

5. **Notoriété récente.** Or, sur le terrain des sûretés mobilières (Acte uniforme portant organisation des sûretés), d'une part, du droit commercial et des sociétés commerciales d'autre part (Acte uniforme relatif au droit commercial général et celui relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE), les droits incorporels, acquièrent une notoriété remarquable. Le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières devient une réalité (Articles 64-68 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés).

En droit français, les titres (voir article 529 du code civil, Dalloz, édition 2009, p. 1809) qui constituent aussi des biens dont la valeur pouvait figurer dans le patrimoine du débiteur ne pouvaient, pendant longtemps, être appréhendés, d'où une réticence des professionnels à se lancer dans une telle entreprise (GUINCHARD Serge et MOUSSA Tony (sous la direction de) « Droit et pratique des voies d'exécution », 5^e édition, Dalloz, Paris 2007-2008, p. 637). La saisie-arrêt (dans les États parties à l'OHADA, l'ancienne saisie-arrêt est remplacée par la saisie-attribution qui se trouve être

plus efficace, moins formaliste et rapide) avait servi de Cheval de Troie pour saisir l'insaisissable. Avec, quelque fois l'indulgence de la Cour de cassation, elle avait vocation à tout appréhender. Au fond, l'on ne discutait pas fondamentalement de la saisissabilité des droits d'associés et des valeurs mobilières.

L'on considérait en effet que les dispositions du Code de procédure civile n'avaient point édicté une prohibition générale relative à la saisie des droits incorporels, même s'il existait quelques prohibitions spécifiques à l'exemple de l'article 8 du décret du 28 février 1852 concernant les obligations foncières du Crédit Foncier de France ainsi que l'article 8 du décret du 4 août 1949 prohibant la saisie-arrêt sur les comptes tenus par la Société Interprofessionnelle pour la Compensation des valeurs mobilières (S.I.CO. VA. M). C'est plutôt sur le terrain de la procédure convenable à ce type de saisie que le débat a parfois été vif. On a en effet discuté sur le fait de savoir s'il fallait emprunter la voie de la saisie-exécution ou celle de la saisie-arrêt ; la solution dépendant du statut que l'on voulût conférer à l'associé. En effet, le considérer comme copropriétaire de l'actif social avait conduit à emprunter la voie de la saisie-exécution alors que son assimilation au créancier de la personne morale conduisait à la saisie-arrêt. Pour des raisons d'opportunité et d'efficacité juridique, l'on a pu retenir finalement la saisie-arrêt, à propos notamment des titres nominatifs.

Il a fallu attendre l'avènement de la loi du 09 Juillet 1991 qui a réformé l'ensemble des procédures civiles d'exécution, pour que la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières soit rendue possible. Avant cette loi qui a porté réforme de la procédure civile d'exécution, aucune mesure ne permettait de saisir et de vendre de manière réellement effective les droits incorporels et parts sociales détenus par un associé.

B - L'avènement

6. Quelques raisons. Le patrimoine des particuliers et des entreprises s'est élargi grâce à l'importance des valeurs mobilières et droits d'associés qui constituent des éléments essentiels des sociétés de bourses des valeurs. Le processus prodigieux de dématérialisation a créé, puis étendu l'espace des biens incorporels qui ne sont pas, en théorie, des choses. C'est le cas surtout, des valeurs mobilières et des droits d'associé. Ici, le droit s'incorpore au titre et fait de ces valeurs des biens mobiliers. On peut citer aussi les droits intellectuels, la propriété commerciale (Un numéro de carte de paiement est un bien, les quotas de gaz à effet de serre, issu du protocole de Kyoto du 11 décembre 1997, sont également considérés, en droit interne français, (ordonnance du 15 avril 2004), comme des « biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur ». Il en est ainsi, dans le commerce international, des quotas d'importation des matières premières, sous le régime des accords ACP-UE). Les législateurs ont réalisé la néces-

sité d'établir un ensemble de règles afin de rendre plus adapté et surtout plus complet l'objet des procédures civiles d'exécution. Il n'était pas normal que certains éléments de l'actif patrimonial fussent exclus de ces mesures par la carence de la loi.

7. Pourtant, des incertitudes et des lacunes existent dans certaines distinctions faites par les rédacteurs des nouveaux textes.

8. Dans les États membres de l'OHADA, les dispositions du code de procédure civile hérité de la colonisation ignoraient la saisie des valeurs mobilières et des droits d'associé (À l'exception du Mali, décret N° 94-226 P-RM du 28 Juin 1994 portant code de procédure civile, commerciale et sociale en ses articles 747 et 748 relatifs à la saisie des droits incorporels). Le législateur OHADA a institué, à travers les dispositions des articles 85 et suivants et les articles 236 et suivants de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées et des voies d'exécution, la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières (mesure conservatoire et mesure d'exécution). Ainsi la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières constitue une innovation de l'acte uniforme. Depuis lors, tout créancier peut saisir et faire vendre les parts sociales, les actions et autres valeurs mobilières appartenant à son débiteur.

9. Autant l'on pouvait expliquer le peu d'intérêt manifesté à l'égard des droits d'associé et des valeurs mobilières dans le droit antérieur à l'OHADA par la rigidité de l'économie de ces pays, le peu de cas fait à l'initiative privé et, corrélativement, la part considérable acquise par l'État, la nucléarisation des marchés ; la célébration contemporaine par le droit de ces éléments du patrimoine trouve son explication dans la situation inverse. Dématérialisation de plus en plus importante des biens et des services, ouverture des marchés économiques ; stimulation de l'initiative privée et, surtout, le détournement progressif de la fortune du bien matériel vers les droits incorporels.

C - Concepts

10. D'abord les valeurs mobilières. Le législateur donne rarement la définition des valeurs mobilières. En cette matière règne une relative incertitude du fait de la non-concordance des textes. C'est la doctrine qui s'est essayé à cerner le contenu à la notion. À la suite de M. GUYON, on pourrait définir les valeurs mobilières comme des titres négociables qui représentent des droits identiques par catégories, acquis par ceux qui ont apporté à la société anonyme des espèces ou des biens nécessaires à son financement. Elles représentent tantôt une quotité du capital de la société émettrice (actions) tantôt une créance contre celle-ci (obligations).

11. Les valeurs mobilières sont d'abord un procédé de mobilisation de l'épargne à long terme. Cette épargne se transforme, grâce à elles, en investissements productifs d'autant plus stables que la durée est longue. C'est ainsi que les valeurs émises par l'État et les collectivités publiques constituent la contrepartie d'une dette à long ou moyen terme. Dans les entreprises privées, les valeurs mobilières sont le moyen d'élargir la sphère de recrutement des actionnaires (actions) ou des prêteurs (obligations). Le développement des valeurs mobilières est indissociable de celui des sociétés anonymes de vaste dimension. Les valeurs mobilières ont un second avantage. Si elles transforment l'épargnant en investisseur, elles ne lui donnent pas un pouvoir tel qu'il puisse contrebalancer celui du chef d'entreprise. Certes l'actionnaire possède le droit de vote, mais, en pratique, il se désintéresse souvent de la gestion de l'entreprise et ne possède pas les moyens d'exercer un véritable contrôle de cette gestion. Il ne voit dans la souscription de titres qu'un mode d'investissement. S'il est en désaccord avec l'orientation générale de la société, il la quittera plutôt que de combattre la direction en place. La négociabilité des valeurs mobilières permet, à tout moment, de récupérer l'investissement, sans que, pour autant, la stabilité de la société soit mise en cause. Grâce à la négociabilité, la personnalité des actionnaires est indifférente ; l'entreprise bénéficie ainsi d'une grande stabilité dans ses ressources.

12. Le législateur OHADA, en prenant le parti de ne réglementer que les actions et les obligations, a laissé la possibilité aux sociétés anonymes d'émettre d'autres valeurs mobilières représentatives de créances (article 822 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique). Nonobstant cette liberté laissée à chaque société anonyme, le législateur OHADA interdit formellement l'émission des parts de bénéficiaires ou de fondateurs (*Il s'agissait d'actions dont l'objet était de rémunérer les services rendus à la constitution de la société par certaines personnes. Elles ne correspondaient donc ni à un actif réel, ni à une fraction du capital. En raison des abus commis, la loi du 24 juillet 1966 en a interdit l'émission ; seules subsistent les parts de fondateurs émises antérieurement à son entrée en vigueur*). Mais seules demeurent celles émises avant l'entrée en vigueur de l'acte uniforme le 1^{er} janvier 1998, le législateur OHADA n'ayant contraint les porteurs des parts fondateurs à les convertir en actions ou en obligations dans un délai donné, cette catégorie vivra encore longtemps dans les États de l'espace OHADA et continuera à être régie par la loi du 23 janvier 1929.

13. On peut toutefois s'accorder sur une définition minimale qui voit dans les valeurs mobilières des titres négociables dans lesquels sont incorporés soit des droits d'associés (les actions), soit des droits de créance contre une collectivité publique ou privée (obligations).

Ils font l'objet d'une émission globale, chaque titre de l'émission conférant des droits identiques.

14. Un titre négociable ne sera une valeur mobilière que s'il représente une créance à moyen ou long terme. Les bons de caisse à court terme émis par les banques ne sont donc pas des valeurs mobilières ; il s'agit plutôt d'effets de commerce, sauf lorsqu'ils sont émis pour une longue durée. Le droit d'associé ou de créance n'est pas seulement représenté par le titre : il y est incorporé. Les valeurs mobilières sont des biens meubles qui bénéficient d'une autonomie juridique par rapport à ce qui constitue la cause de leur émission (Contrat de société ou contrat de prêt selon qu'il s'agit d'une action ou d'une obligation).

15. La forme du titre revêt une grande importance. On oppose les titres nominatifs aux titres au porteur. L'action est dite nominative lorsqu'elle est représentée par un titre sur lequel se trouve transcrit le nom de son titulaire. Par contre elle est dite au porteur, lorsqu'elle ne porte aucune mention de nom. D'autres catégories existent, telle par exemple celle des titres à ordre. Le droit français tout comme les états africains d'inspiration française n'en admettent toutefois pas l'existence, telle a été la position du législateur OHADA. L'intérêt de cette distinction entre action nominative et action au porteur réside dans leur mode de transmission.

16. Les valeurs mobilières sont négociables. Ce sont les articles 759 et suivants de l'acte uniforme relatifs aux sociétés commerciales et les groupements d'intérêts économiques qui fixent les conditions dans lesquelles les valeurs mobilières peuvent être négociées. L'article 760 dispose que « les actions ne sont négociables qu'après immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier ou de l'inscription de la mention modificative à la suite d'une augmentation de capital ». Et l'article 761 suggère que « les actions de numéraires ne sont négociables qu'après avoir été entièrement libérées ». Quant à l'article 762, il dispose également que : « les actions demeurent négociables après la dissolution de la société et jusqu'à la clôture de la liquidation ».

Les actions (même sans droit de vote), les obligations, les titres participatifs et les certificats pétroliers sont des valeurs mobilières. De même en est-il des parts de production, des bons d'investissement ou encore des bons d'amortissement. La transmission des titres au porteur s'effectue en principe par simple tradition manuelle, le droit de propriété du cédant étant suffisamment établi par la possession. Ce mode de transmission, où le titre est individualisé par un numéro, est devenu, avec le temps, de plus en plus rare.

17. **Les actions.** Seules les sociétés anonymes ont la possibilité d'émettre, en représentation des apports faits par les associés, des parts sociales négociables appelées actions (article 744 de l'acte uniforme relatif

aux droits des sociétés et groupements d'intérêt économique). Les actions représentent la contrepartie des biens mis à la disposition de la société et matérialisent le droit d'associé : droit à percevoir des dividendes, droit de participer à la vie sociale. Grâce au mécanisme de la négociabilité, l'action est un bien meuble qui acquiert une valeur propre, distincte de son nominal, et qui dépend de la santé financière de la société. La logique de ce système conduit, dans certaines législations, à faire disparaître l'idée de valeur nominale des actions (C'est le cas aux États-Unis, où le prix d'émission des actions est fixé en fonction de la situation du marché. Dans les pays européens, le rôle du capital social reste prédominant, et les actions conservent une valeur nominale.).

18. La catégorie des actions comporte de très nombreuses sous-distinctions. La plus commune est l'opposition entre les actions nominatives et les actions au porteur. Les termes de cette distinction ont été bouleversés en France par une loi de 1981 qui impose la mise au nominatif de toutes les actions des sociétés non cotées en Bourse. Depuis ce texte, la technique de l'ordre au porteur est exclusivement réservée aux sociétés cotées ou assimilées. Le législateur OHADA adopte une position moins radicale. En effet selon ce dernier la forme nominative pourra être imposée par l'acte uniforme ou par les statuts de la société (*ANOU-KAHA (F.), NGUEBOU TOUKAM (J.) et POUGOUE (P.G.). Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, presse universitaire d'Afrique, 1998, p. 239*) et pour des périodes bien déterminées. En revanche, la forme au porteur ne peut être imposée.

Le nouveau texte pourrait donner un rôle non négligeable aux certificats représentatifs d'actions nominatives. Seules les Bourses anglo-saxonnes ont organisé un mode de circulation des titres nominatifs, par l'intermédiaire de certificats au porteur pouvant être admis à la cotation boursière. C'est un intermédiaire, le plus souvent une banque, qui exerce les droits d'associé pour le compte des porteurs de certificats, ces derniers pouvant toujours renoncer à ce mécanisme et demander leur inscription sur les registres de la société. (Un mécanisme analogue existe aux Pays-Bas. C'est une société intermédiaire ou un « bureau administratif » (*administratie kantoor*) qui détient les titres et émet les certificats dans le public). Ce mécanisme permet d'éviter les changements de majorité, notamment en constituant une protection efficace contre les prises de contrôle. Une réforme récente a donné aux porteurs de ces certificats le droit d'assister aux assemblées générales, bien qu'ils ne soient pas actionnaires. Il existe, dans de nombreuses législations, des actions privilégiées qui confèrent la garantie d'un dividende minimum (premier dividende) et d'un privilège lors du partage social. De même existe-t-il des actions de priorité (notamment aux Pays-Bas) qui assurent à leurs titulaires soit un droit de nomination direct du conseil d'administration, soit un droit de présentation de ses membres à l'assemblée

générale. Ces clauses statutaires, dites oligarchiques, permettent le contrôle de la société par une minorité.

19. Le droit français admet que les statuts prévoient la création de plusieurs catégories d'actions auxquelles seraient attachés des droits différents, sous réserve de ne pas porter atteinte au droit de vote. Les actions à vote plural sont admises dans le seul cas où elles sont inscrites au nominatif depuis au moins deux ans et sans que l'on puisse excéder un droit de vote double (loi du 24 juillet 1966, art. 175). Elles sont toutefois interdites dans de nombreux pays.

Suivant en cela des exemples étrangers, une loi de 1978 a donné aux sociétés anonymes la possibilité d'émettre des actions à dividende prioritaire sans droit de vote. La perte du droit de vote est compensée par l'attribution d'un dividende prioritaire et d'un privilège pour le remboursement des titres. Si la situation sociale ne permet pas le paiement de ce dividende pendant trois exercices, les titulaires de ces actions retrouvent le droit de vote. Ce nouveau type d'action paraît correspondre aux souhaits des épargnants qui voient dans la souscription d'actions un simple mode de placement.

Lorsque les actions de capital sont remboursées au moyen des réserves (plan d'amortissement du capital, très rare en pratique sauf dans les sociétés dont l'objet social est limité) ou lorsqu'elles sont annulées du fait de la diminution du capital en raison des pertes, la société émet des titres appelés actions de jouissance. Elles confèrent les mêmes droits que les autres actions, mais, lors de la dissolution de la société, elles ne donnent droit qu'au partage du surplus du boni de liquidation, après remboursement du montant nominal des actions de capital. Enfin, la pratique des parts bénéficiaires ou parts de fondateurs a connu un déclin certain.

Créé en France en 1983 sur le modèle des certificats pétroliers, le certificat d'investissement constitue une nouvelle forme de valeur mobilière qui repose sur un démembrement des prérogatives traditionnelles de l'action : les prérogatives financières seules sont accordées au titulaire du certificat d'investissement alors que le droit de vote est détenu par le titulaire d'un certificat de droit de vote incessible entre vifs. On peut dire, en simplifiant, que le certificat d'investissement est une action sans droit de vote.

20. Les obligations. Ce sont des titres de créance. Elles sont émises collectivement pour un même montant, constituant une masse dont chacun des membres possède des droits identiques. Le législateur africain n'a pas spécialement aménagé les différents modes de transmission des obligations. Il faut donc s'en référer aux différents modes de transmission prévus par le droit commun. L'emprunt obligataire est en général un emprunt à long terme. Seules les sociétés anonymes (sous réserve des conditions de fond énoncées aux articles 780 et suivants et de forme prévue à l'article 783 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et

du groupement d'intérêt économique) et les collectivités publiques peuvent y recourir.

21. L'obligation est un moyen de financement essentiel pour la personne qui y recourt ; L'acte uniforme interdit l'émission d'obligations tant que le capital n'est pas intégralement libéré. Le placement d'obligations se fait par appel public à l'épargne. De nombreuses législations prévoient en effet que les obligataires sont regroupés en une masse, destinée à la défense de leurs intérêts et à leur représentation vis-à-vis des organes sociaux. Les décisions prises à la majorité en assemblée des obligataires s'imposent à tous ; la loi contraint les organes sociaux à consulter les obligataires préalablement à la réalisation de certaines opérations sociales et la société émettrice doit publier l'ouverture de la souscription dans les journaux d'annonces légales.

L'emprunt obligataire peut être assorti de garanties (Article 715 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés). Le recours aux garanties hypothécaires est rare dans la mesure où elles gênent, par leur étendue et les prérogatives qu'elles confèrent aux créanciers, la gestion sociale (notamment pour la cession de tout ou partie des biens formant l'assiette du privilège).

Il existe de très nombreuses modalités d'obligations. Si, en principe, l'obligation confère un intérêt fixe, on rencontre des obligations à revenu variable, constitué par une part de bénéficiaires : les obligations participantes. De même existe-t-il des obligations indexées dont le revenu varie en fonction de l'évolution du coût de la vie, ou de tout autre indice (seule la France (et, avant 1968, la Finlande) y a recours). Cette mobilité particulière d'obligation est rare. Le législateur n'a pas fait cette option. Les obligations indexées sont le plus souvent émises par des collectivités publiques ; elles ont connu un certain engouement en France, en raison du succès de la « rente Pinay » de 1952 indexée sur le prix de la pièce d'or de 20 francs. L'intérêt de ce procédé est de faire échapper l'obligataire au risque de dépréciation monétaire ; l'opération présente toutefois de graves dangers pour la collectivité émettrice lorsque l'indice de référence varie trop rapidement : la charge de remboursement peut alors devenir considérable.

Le législateur OHADA n'a pas réglementé spécialement le remboursement des obligations. Le remboursement devra intervenir à l'arrivée du terme toutefois, un remboursement anticipé par tirage au sort reste possible (*ANOUKAHA (F), NGUEBOU TOUKAM (J) et POUGOUE (P. G), le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, presse universitaire d'Afrique, 1998, P. 245*).

La catégorie la plus novatrice est celle des obligations convertibles ou échangeables en actions. Le titre incorpore alors une double série de droits : une créance de remboursement contre la société et une promesse de société. Tant que la conversion n'est pas opérée, un intérêt fixe est servi au titulaire. Selon les cas, la conversion est réalisée soit par l'émission de

nouvelles actions (obligations convertibles) soit par un échange avec des actions préexistantes (obligations échangeables). La conversion peut se réaliser soit à certaines périodes déterminées, soit à tout moment, sur simple demande du titulaire des obligations. Pour le souscripteur, l'intérêt de l'opération est la perspective d'un gain en capital s'il apparaît que la valeur de l'action augmente rapidement ; si, au contraire, la société est en pertes, la conservation de la qualité d'obligataire lui permet de ne prendre aucun risque. Pour la société émettrice, cette technique permet de réduire le coût de l'emprunt obligataire à la perspective de la conversion et permet d'offrir un taux d'intérêt inférieur à ceux du marché. Il ne faut pas négliger enfin l'importance des obligations émises par les collectivités publiques. Elles constituent un élément essentiel des finances publiques pour faire face à certaines dépenses et jouent le rôle d'instruments de régulation du marché des capitaux ou encore du marché monétaire à court terme.

22. Émission et négociation. L'importance des valeurs mobilières dans la vie économique et la nécessaire protection des souscripteurs ont conduit les différents législateurs nationaux à élaborer des règles destinées à réprimer certains abus. Le but est d'assurer une information exacte au public par un contrôle étroit de la publicité effectuée par les personnes émettrices. La négociation des valeurs mobilières suppose l'organisation d'un marché, tenu et surveillé par les Bourses de valeurs. Il est impossible de présenter sur ce point une vue synthétique, tant les législations sont disparates. On notera que la négociation de valeurs mobilières cotées en Bourse s'effectue, souvent, par l'intermédiaire d'un professionnel spécialisé.

23. Définition et caractères généraux des droits d'associés. L'expression désigne au sens strict les parts sociales qui sont des parts du capital détenues par des associés dans les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, ou encore ceux dans les sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés civiles. Mais au sens large, on peut bien y comprendre aussi bien les actionnaires que les associés. Ainsi les droits d'associés peuvent provenir d'une variété de sociétés. Les parts sociales que ce soit au sein des sociétés de personnes qu'aux seins des Sociétés à responsabilités ont particularité de ne pas être librement cessibles. En effet, cette dernière catégorie est une société hybride à mi-chemin entre la société de personne et celle de capitaux. Elle comprend des associés qui sont porteurs de parts qui peuvent être cédées, saisies ou nanties. Les sociétés en nom collectif quant à elles sont toujours commerciales et constituées d'associés à qui est faite obligation d'être des commerçants. Dans ces types de société l'intuitu personae des associés est prépondérant, et parfois le départ de l'un de ses associés doit entraîner la dissolution de la société. De façon générale, ces parts sociales sont saisissables et peuvent être nanties, le caractère

intuitu personae de la société ne pouvant pas justifier une insaisissabilité.

L'assiette des saisies des droits d'associés et des valeurs mobilières influence les modalités de leur mise en œuvre.

§II - Similitudes et distinctions

24. Les droits d'associés et les valeurs mobilières sont des droits incorporels, c'est-à-dire des biens qui sont des droits sans être des choses. Cette particularité rejaillit inéluctablement sur l'ambivalence du régime de réalisation par voie forcée de ces droits. Tantôt cette réalisation forcée se rapproche des procédures mobilières, notamment corporelles, ou immobilières ; tantôt, elle s'en éloigne. Des similitudes certaines et des distinctions nécessaires sont à établir, qui permettraient de mieux appréhender une voie quasiment sui generis d'exécution.

A - Similitudes certaines

25. La saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières, n'est, en principe pas une saisie de biens corporels. Mais il s'en rapproche notablement. Elle n'est pas non plus une saisie immobilière. Mais elle a des éléments de cette procédure dans son viseur.

I - Similitudes avec la saisie des biens meubles corporels

26. La saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières n'est pas sans rappeler celles des biens meubles corporels. Bien plus, le législateur n'a disposé, autant en ce qui concerne la saisie conservatoire que la saisie-vente que sur les particularités de ce type de saisie. Le chapitre V de l'AUVE sur la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières commence bien sa première section sur « les opérations de saisie ». Les conditions de la saisie conservatoire sont ainsi placées sous le régime des dispositions générales posées par les articles 54 et suivants. Quant à la saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières, le renvoi aux dispositions de la saisie-vente des meubles corporels est plus explicite. D'une part, il permet de réaliser que bien qu'étant des biens incorporels, les droits d'associés et les valeurs mobilières font l'objet de « saisie-vente ». Or, on eût attendu qu'il soit posé les règles souvent attachées aux biens incorporels et que, par exemple, la saisie des droits et valeurs fût une application de la saisie conservatoire de créance ou de la saisie-attribution selon les cas. Il est vrai, qu'à cet égard, des rapprochements ne

manquent pas non plus : la dénonciation au débiteur (qui devient une signification) par exemple.

27. Cet apparentement au régime des meubles corporels est en outre consacré par l'intitulé même du titre VII de l'AUVE : « Dispositions particulières à la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières ». La saisie-vente des meubles corporels à laquelle le législateur renvoie la procédure et les modalités de la vente (Articles 237, 238 et 240 AUVE) sur saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières constitue alors le genre. On n'est donc pas étonné de voir la procédure de saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières commencée par un commandement de payer, ce qui n'est pas le cas de la saisie-attribution (article 153 AUVE). Similitude avec la saisie des biens meubles corporels, mais encore avec la saisie des immeubles.

II - Similitudes avec la saisie des immeubles

28. L'une des particularités importantes de la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières, procédure mobilière d'exécution, c'est l'institution, dans la phase de la préparation de la vente, d'un cahier des charges. Or, le cahier des charges, comme un réceptacle de conditions et de « doléances » en forme d'observation, est exigé dans le cadre de la procédure immobilière (articles 266 et suivants AUVE). Ce cahier des charges est inspiré, dans sa forme et en ce qui concerne le fond, de celui qui prépare la vente judiciaire d'immeuble. Le législateur ne prend-il pas ainsi en considération cette évolution des temps modernes qui neutralise progressivement la distinction entre biens meubles et immeubles, de sorte que l'on pourrait bien relever, que de nos jours, *res mobilis, res non vilis* ?

29. Qu'il s'agisse des meubles corporels ou des immeubles, les similitudes n'effacent pas les dissimilitudes qu'il importe de souligner en forme de distinctions.

B - Distinctions nécessaires

30. La saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières nourrit des distinctions marquées aussi bien avec l'exécution portant sur les biens incorporels que celle relative aux biens corporels.

I - Distinctions d'avec la saisie des biens incorporels

31. On a vu que, à la différence de la saisie-attribution avec laquelle la parenté est plus profonde, la saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières est soumise au préalable de la mise en demeure par acte

extrajudiciaire et en vertu d'un titre exécutoire. Toutefois, il est juste de préciser que l'absence de prévision du commandement de payer en ce qui concerne la saisie-attribution n'est pas liée à la nature du bien. En raison de la consomptibilité prononcée des droits sur lesquels porte la saisie des créances, le préavis contenu dans un commandement de payer pourrait conduire le débiteur à les dissiper, de sorte que les droits du créancier eussent été mis en péril. Par contre, cette crainte disparaît en ce qui concerne les droits d'associés et les valeurs mobilières. Leur consomptibilité est relative. Ces droits ne pouvant circuler que dans un espace encadré et contrôlé, il serait difficile pour un débiteur mal intentionné de les dissiper à la suite de la signification du commandement. Du reste, ces droits sont portés par des titres inscrits, dont la mutation, est nécessaire à la possession.

II - Distinction d'avec les biens corporels

32. Il est bien entendu que l'assimilation de la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières avec celles des biens corporels ne peut qu'être limitée. Tout au moins, les saisies portant sur les droits et valeurs ne conduisent pas à la désignation d'un gardien. Cela est bien évident : il ne s'agit pas de mobiliers corporels.

§III - Modalités de la saisie

33. L'on étudiera tour à tour la saisie conservatoire et la saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières.

A - Saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières

34. Les droits des associés et les valeurs mobilières peuvent être saisis à titre conservatoire. Ce sont les dispositions des articles 85 et suivants et 236 et suivants de l'AUVE qui constituent le fondement de la saisie. En réalité, ces dispositions sont relatives aux opérations de saisie ainsi qu'à la conversion de la saisie conservatoire en saisie vente. Elles n'établissent pas expressément les conditions générales de cette saisie particulière. À cet égard, il faut recourir aux dispositions générales posées par les articles 54, 55 et suivants du même acte. Il convient alors de ressortir les conditions qui permettent le déroulement, puis le dénouement de la saisie.

I - Conditions de la saisie

35. Les conditions de la saisie conservatoire sont

à rechercher, suivant que l'on a recours ou pas à une autorisation judiciaire préalable. En effet, la saisie conservatoire intervient, soit sur le fondement d'une autorisation préalable de la juridiction compétente, soit sans cette autorisation préalable.

a - La saisie sur le fondement d'une autorisation judiciaire préalable

36. L'article 54 détermine, pour l'essentiel, ces conditions : « Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut, par requête, solliciter de la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure le débiteur, l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur tous les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstance de nature à en menacer le recouvrement ». On peut déjà chercher à saisir l'expression « toute personne ». Elle laisse penser que la procédure est ouverte, sans restriction, à toute personne intéressée, titulaire d'un droit de créance. Mais il faut convenir que toute saisie conservatoire oppose généralement deux parties : le créancier (ou saisissant), le débiteur (ou saisi). La saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières ajoute, à l'instar des saisies de créance, une troisième partie : le tiers. Il peut s'agir de la société ou de la personne morale émettrice des droits ou valeurs, soit du mandataire chargé de conserver ou de gérer les titres.

L'article 54 précise en outre les circonstances devant présider à la mise en œuvre de la mesure. On distingue bien les conditions attachées à la créance d'avec celles relatives aux circonstances causes de la saisie. Mais il faudra ensuite établir la portée de cette disposition.

1 - Conditions liées à la créance

37. En principe, une mesure d'exécution suppose que la créance doit revêtir les caractères certain, liquide et exigible. Ces critères permettent, avons-nous observé, d'exclure de la procédure d'exécution les créances conditionnelles, éventuelles ou futures. Une créance remplie de ces caractères peut servir de fondement, *a fortiori*, à la saisie conservatoire.

38. Mais celle-ci, est fondamentalement un acte d'administration et de précaution. C'est une mesure provisoire dont le but est de rendre indisponible les biens du débiteur en les plaçant « *sous main de justice* ». Mesure moins redoutable pour le débiteur qu'une procédure d'exécution, la saisie conservatoire admet, pour sa réalisation, des conditions plus souples que celles prescrites dans le cadre des mesures à fin d'exécution.

39. Le texte de l'article 54 se montre extrêmement large quant à la créance en vertu de laquelle la mesure

peut être pratiquée. Il se contente de prescrire que cette créance paraisse « fondée en son principe ». Il n'est pas exigé qu'elle soit constatée par un titre exécutoire. La saisie conservatoire peut même avoir lieu sans un titre quelconque. Cependant, même si pour pratiquer la saisie conservatoire, la créance alléguée doit sembler justifiée, elle ne doit pas être fantaisiste.

40. À ce sujet, la Cour d'Appel de Dakar précise dans un arrêt rendu le 25 mai 2001 que « *le semblant de créance exigé par l'article 54 n'est pas un principe certain de créance mais doit résulter d'indices sérieux, sauter, en quelque sorte, à l'esprit pour que ne s'y insère aucun doute...* » : Dakar, arrêt n° 299, 25 mai 2001 (Anne-Marie ASSI-ESSO, *commentaire sous art. 54, AUVE, in, OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés ; Juriscope, 2^e éd. 2002*).

Il ne suffit pas seulement que la créance paraisse fondée en son principe ; encore faudra-t-il que le créancier « *justifie de circonstances de nature à en menacer le recouvrement* ». Cette formulation dégage les conditions liées aux circonstances causes de la saisie.

2 - Conditions liées aux circonstances de la saisie

41. L'acte uniforme indique que la mesure conservatoire ne peut être pratiquée que dans les circonstances qui menacent le recouvrement de la créance. Cette formulation plus générale réunit en réalité les conditions classiques dégagées tant par l'article 48 du code de procédure civile que la jurisprudence classique : l'urgence et le péril. L'urgence serait la nécessité qui ne pourrait souffrir d'aucun retard. C'est, en fait, le péril immédiat.

Le péril est, le plus souvent, caractérisé par la mauvaise foi du débiteur à libérer son obligation. C'est également le risque ou la crainte, en l'absence de la mesure sollicitée, à voir la créance vidée de son contenu. Un débiteur de mauvaise foi est celui qui entreprend d'organiser son insolvabilité.

Lorsque la créance est fondée en son principe et que son recouvrement est menacé, le créancier peut engager la procédure de saisie conservatoire.

3 - Portée des conditions légales

42. On s'est interrogé sur le point de savoir si les conditions fixées par l'article 54 de l'Acte uniforme sont de pur droit ou de pur fait. Si les conditions étaient de pur droit, la Cour commune de justice et d'arbitrage, juridiction de cassation, pourrait exercer pleinement son contrôle sur l'appréciation qu'en font les juges de fond. En revanche, si ces conditions sont considérées comme des questions de fait, l'appréciation relèverait du pouvoir souverain des juges du fond. Une espèce connue par la CCJA (CC. JA, Arrêt n° 014/2007 du 29 mars 2007, in, CCJA, « Recueil de jurisprudence semestriel »,

n° 9, Janv.-Juin 2007, pp. 39-41.) a permis de fixer l'interprétation sur le sujet. Une société de droit ivoirien, le bailleur, avait stipulé un bail commercial sur un lot relevant du domaine portuaire au profit d'une autre société, le preneur. Le contrat stipulé le 30 août 1999 avait prévu, à la charge du preneur un loyer mensuel de F CFA 11 550 000 payable tous les trois mois. Mais depuis 2001, le preneur a cessé tout paiement au motif qu'il détiendrait ses droits d'un tiers, dans l'espèce le Port Autonome d'Abidjan. Le bailleur fit pratiquer alors saisie conservatoire sur les créances ainsi que sur les biens meubles corporels du preneur pour recouvrement d'une créance alors estimée à la somme de F CFA 554 400 000. Sur la contestation du preneur saisi, le juge des référés du tribunal de première instance d'Abidjan statuant en matière de contentieux d'exécution rejeta la demande de mainlevée des saisies suivant ordonnance du 8 juillet 2004. En revanche, la Cour d'Appel accorda la mainlevée, par arrêt rendu le 28 janvier 2005. C'est contre cet arrêt que s'est pourvu le bailleur, créancier, devant la Cour commune de justice et d'arbitrage.

43. Le demandeur au pourvoi reprochait à l'arrêt attaqué d'avoir violé les dispositions de l'article 54 de l'Acte uniforme visé en ce que la Cour d'appel exciperait à tort de l'existence d'une instance en annulation du bail commercial introduite par le preneur pour décider que les saisies pratiquées étaient prématurées et inopportunes alors que l'article 54 de l'Acte uniforme exigerait une « *créance qui paraît fondée en son principe* », c'est-à-dire une simple apparence de créance. On voit bien poser en silhouette, la question de la nature des conditions prévues par le texte.

44. En réponse, la CCJA considère que : « *Les conditions sus-énoncées par l'article 54 de l'Acte uniforme précité renvoient à des éléments de pur fait dont l'appréciation relève du pouvoir souverain du juge* ». Cette position a permis à la Haute juridiction de conclure que : « *La Cour d'appel d'Abidjan a fait usage de son pouvoir souverain d'appréciation du caractère apparent de la créance et de la réalité ou non des circonstances de nature à en menacer le recouvrement ; que ce faisant, elle ne viole en rien les dispositions sus énoncées de l'article 54 précité...* ».

45. La position de la CCJA mérite d'être approuvée. Le principe de créance ainsi que les circonstances qui en menaceraient le recouvrement apparaissent, à la vérité, comme des éléments de fait que seuls les juges du fond pourront apprécier. Il faut néanmoins préciser qu'il revient au juge du fonds de caractériser les éléments de son appréciation. C'est sur la présence de la caractérisation de ses éléments d'appréciation, c'est-à-dire sur l'existence d'une sérieuse motivation que s'élève le mur du contrôle de la juridiction de cassation. Il en est ainsi en raison de ce que le pouvoir souverain des juges du fond ne constitue pas un pouvoir arbitraire. Or, l'absence de motivation est la marque de l'arbitraire.

46. La procédure est à l'image de celle qui règle la saisie conservatoire de créance. Elle a lieu en effet entre trois parties : le créancier, le tiers détenteur (la société) et le débiteur à qui le procès-verbal de saisie est dénoncé.

b - La saisie sans autorisation judiciaire préalable

47. Elle résulte de l'application de l'article 55 de l'AUVE. Suivant ce texte, l'autorisation préalable n'est pas nécessaire lorsque le créancier dispose déjà d'un titre exécutoire et s'en prévaut. L'autorisation préalable n'est pas non plus nécessaire en cas de défaut établi de paiement d'une lettre de change, d'un billet à ordre, d'un chèque ou, encore, de défaut de paiement d'un loyer. Dans ce dernier cas, il doit s'agir d'un contrat de bail d'immeuble écrit et la saisie intervient à la suite d'un « commandement » préalable. Le commandement étant, *stricto sensu*, une mise en demeure effectuée par voie extrajudiciaire mais fondée en titre exécutoire, on peut considérer que le législateur OHADA vise plutôt la sommation, c'est-à-dire la mise en demeure extrajudiciaire non fondée en titre exécutoire.

II - Déroulement de la saisie

48. La saisie a lieu, à l'initiative du créancier, par l'organe d'un agent d'exécution qui doit accomplir certaines opérations.

a - L'agent d'exécution

49. Pour procéder à l'exécution forcée, le créancier fait appel à une personne habilitée par la loi à cette fin : c'est l'agent d'exécution. Le plus souvent, c'est l'huissier de justice qui procède à l'exécution forcée. Mais la vente des biens mobiliers relève de la compétence des commissaires-priseurs. Commissaire-priseur et huissier de justice sont des officiers publics ministériels. À ce titre, il n'est pas exigé de leur part de justifier d'un mandat exprès du créancier pour toute mesure d'exécution pour laquelle la loi n'en dispose pas autrement (*CCJA, arrêt n° 020/2006 du 26 octobre 2006, in, Recueil, n° 8, Juill.-Déc 2006, pp. 23-26*: « Mais attendu qu'en effet, l'huissier de justice, de par son statut d'officier ministériel et officier public chargé des significations et de l'exécution forcée des actes publics, n'a pas besoin de justifier de la part du créancier, d'un mandat exprès de saisir ou d'encaisser, la remise à lui du jugement ou de l'acte valant pouvoir pour toute exécution pour laquelle il n'est pas exigé de pouvoir spécial... »); voir également in *Les grandes décisions de la Cour commune et d'arbitrage, L'Harmattan, 2010, pp. 499-509, observations Wandji Kamga*).

Il y a lieu de préciser que l'agent d'exécution ne peut agir que pendant les jours et heures légaux. L'article 46 de

l'acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution prescrit qu'« aucune mesure d'exécution ne peut être effectuée un dimanche ou un jour férié si ce n'est en cas de nécessité et en vertu d'une autorisation spéciale du président de la juridiction dans le ressort de laquelle se poursuit l'exécution ». La même disposition édicte en son alinéa 2 : « Aucune mesure d'exécution ne peut être commencée avant huit heures ou après dix-huit heures, sauf en cas de nécessité avec l'autorisation de la juridiction compétente et seulement dans les lieux ne servant pas à l'habitation ». Si la loi a disposé ainsi, c'est pour protéger, entre autres, le droit du débiteur à la vie privée et éviter des abus dans le cadre de l'exécution forcée.

b - Opérations accomplies par l'agent d'exécution

50. Les opérations intègrent le transport sur les lieux de la saisie, la saisie entre les mains des tiers et sa dénonciation au débiteur.

1 - Transport sur les lieux de la saisie

51. L'agent d'exécution se transporte sur les lieux de la saisie. La saisie ayant lieu entre les mains d'un tiers, notamment d'une personne morale détentrice des droits ou valeurs mobilières, l'agent d'exécution se transporte à son siège. À l'égard du tiers à saisir, l'agent d'exécution assure d'abord une obligation d'information qui porte sur l'objet, la cause et le fondement de la saisie. En ce qui concerne l'identification du fondement, l'agent d'exécution y procède par voie de notification au tiers de l'autorisation préalable ou du titre en vertu duquel la saisie a lieu. Mais l'agent d'exécution a également une obligation de mise en garde à l'égard du tiers. Il interpelle ainsi le tiers sur l'état des droits et valeurs qu'il détient pour le compte du débiteur. Il s'assure également de l'existence d'une saisie antérieure auprès du tiers. Toutes ces formalités devront être portées au procès-verbal de saisie.

2 - Saisie entre les mains du tiers

52. L'agent d'exécution effectue la saisie entre les mains du tiers détenteur. Il s'agit, suivant les termes de l'article 236 de l'AUVE, de la société ou de la personne morale émettrice, ou encore du mandataire chargé de conserver ou de gérer les titres. Le procès-verbal établi à cet effet par l'agent d'exécution contient, nécessairement, les mentions relatives à l'identification des parties (les noms, prénoms et domiciles du débiteur et du saisissant ou, s'il s'agit de personnes morales, leur forme, dénomination et siège social. En outre, en raison de ce que le créancier a l'obligation d'élire domicile dans le ressort territorial où s'effectue la saisie s'il n'y demeurerait pas, la mention de l'accomplissement de cette formalité

doit également figurer dans l'acte. Il sera également effectué le décompte des sommes réclamées en principal, frais et intérêts échus ainsi que l'indication du taux d'intérêt. L'huissier avertit ensuite le tiers que les droits et les valeurs saisies sont indisponibles. La saisie rend indisponibles les droits pécuniaires attachés à l'intégralité des parts ou valeurs mobilières dont le débiteur est titulaire. Enfin, l'agent d'exécution met en demeure le tiers-saisi de faire connaître, dans un délai de huit jours, l'existence d'éventuels nantissements ou saisie ou d'avoir à communiquer au saisissant copie des statuts.

Le procès-verbal est l'acte qui constate les opérations effectuées. Il doit comporter certaines mentions à peine de nullités. Ces mentions sont relatives à l'identité du saisi et du saisissant, au titre en vertu duquel la saisie est effectuée (autorisation présidentielle, titre exécutoire ou le support de la mesure en cas de dispense de l'autorisation préalable). L'acte comportera également élection de domicile du créancier dans le ressort territorial de la juridiction où s'effectue la saisie au cas où le créancier n'y demeurerait pas. L'huissier porte également mention de la déclaration du débiteur sur l'existence éventuelle d'une saisie antérieure.

3 - Dénonciation au débiteur

53. Pour être efficace, la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières doit être signifiée au débiteur dans un délai de huit jours. Quoique, contrairement aux autres types de saisies exécutées entre les mains d'un tiers avant d'être portées à la connaissance du débiteur, le législateur, sur le fondement de l'article 86 de l'AUVE, ait préféré ici la modalité de la « signification » à la place de la « dénonciation », les concepts n'ont pas de sens distincts. Il s'agit, au sens concret, de porter au débiteur l'information de la saisie effectuée et lui ouvrir la possibilité légale, soit de succomber en toute connaissance de cause, soit de contester la voie d'exécution.

54. En ce qui concerne la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières, l'article 86 de l'AUVE met à la charge du saisissant d'introduire dans l'acte de signification du procès-verbal de saisie, les éléments nécessaires à l'information et à la décision du débiteur. Ces mentions sont prévues, sous la sanction de la nullité en cas d'omission ou d'insuffisance, pour être insérées dans l'acte de signification. C'est ainsi que l'acte de signification doit porter la copie de l'autorisation préalable aux fins de saisie conservatoire de droit d'associés ou de valeurs mobilières (régime de l'article 54 de l'AUVE) ou du titre en vertu duquel la saisie est pratiquée (régime de l'article 55 de l'AUVE). Il doit également porter la copie du procès-verbal de la saisie pratiquée : il s'agit, en effet, de la signification du procès-verbal de la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières. Il doit y figurer, en outre, la mention, en caractères « très apparents »,

du droit qui appartient au débiteur de demander la mainlevée de la saisie à la juridiction du lieu de son domicile, lorsqu'il considère que les conditions de validité de la saisie ne sont pas réunies.

55. L'expression « caractères très apparents », loin de constituer une forme de redondance fantaisiste, semble marquer le souci du législateur de protéger les droits des non professionnels, enclins à la routine de la « réception-classement » des actes, préjudiciable à leurs intérêts. La mention de la désignation de la juridiction devant laquelle seront portées les autres contestations, notamment celles relatives à l'exécution de la saisie doit également figurer dans l'acte de signification. À l'instar de toutes les procédures d'exécution, lorsque le saisissant ne demeure pas dans le ressort juridictionnel du lieu de la saisie, il y élit domicile afin qu'il puisse y être effectué les significations ou offres à son égard. La mention de cette élection de domicile figure aussi dans l'acte de signification. L'article 86 de l'AUVE prescrit, enfin, au titre des mentions devant figurer dans l'acte de signification du procès-verbal de saisie, la reproduction des articles 62 et 63 du même texte, sur les contestations relatives à toutes les saisies conservatoires. En exigeant cette mention, le législateur semble anticiper sur les issues possibles de la procédure : il envisage le dénouement de la saisie.

III - Dénouement

56. À terme, la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières pourrait connaître deux issues : soit être contestée ; soit être acceptée. Une conversion est possible, soit en cas d'acceptation, soit en cas de rejet de la contestation et, dans tous les cas, lorsque le créancier justifie d'un titre exécutoire.

a - Saisie conservatoire est contestée

1 - Contestations et leur règlement

57. À l'occasion de la procédure de saisie, deux types de contestations peuvent être soulevés : les contestations liées à la créance et celles liées à l'exécution de la mesure. On pourrait s'interroger sur le fondement juridique des contestations éventuelles. Les textes des articles 85 et suivants de l'AUVE n'ont pas disposé, à titre particulier, des contestations relatives à la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières. L'on peut considérer, qu'en raison du renvoi effectué par l'article 86-6) aux articles 62 et 63 relatifs aux demandes en mainlevée ainsi que les autres demandes en contestation, l'instance en contestation de la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières est réglée par les dispositions portant sur

les saisies conservatoires générales. Il faut néanmoins distinguer entre les contestations relatives à la validité de la saisie et celles portant sur la régularité de la saisie. La distinction n'est pas que théorique. Elle postule, en effet, la compétence territoriale pertinente.

58. On parle de validité de la saisie lorsque sont en jeu les conditions d'ouverture de la procédure d'exécution. À cet égard, et sur le fondement de l'article 54 de l'AUVE, le débiteur pourrait en effet contester l'existence même de la créance en apportant la preuve par exemple qu'il a libéré sa dette ou qu'il n'y a aucun rapport de créance entre le saisissant et lui. La condition relative à la créance, qui devra, à tout le moins, paraître « fondée en son principe », serait alors mise en cause. De la même manière, le débiteur pourrait contester les menaces qui pèseraient, selon le créancier, sur le recouvrement de la créance supposée.

59. On pourrait néanmoins s'interroger sur la possibilité théorique de quereller, sur le fondement de l'article 55 de l'AUVE, la validité de la saisie, lorsque celle-ci est effectuée en vertu d'un titre exécutoire. Ce n'est pas que toute contestation de la validité de la saisie conservatoire ne serait pas possible. On pourrait sans difficulté admettre la contestation de la validité de la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières effectuée sans autorisation préalable en vertu d'un effet de commerce ou d'un bail écrit. La juridiction instituée par l'article 49 al. 1^{er} de l'AUVE est compétente pour connaître définitivement ces litiges. Mais la question se pose lorsqu'il s'agit des titres exécutoires. Le juge de l'exécution, saisi d'une pareille contestation ne pourrait en connaître, en raison de ce que son office ne permet point de remettre en cause un titre exécutoire. Cela est évident en ce qui concerne les jugements. On sait en effet que seul l'exercice des voies de recours permet d'anéantir les effets d'un jugement : il n'y a point de voie de nullité contre les jugements hors les voies de recours. Mais, à l'image du droit français, les autres titres exécutoires ne peuvent être remis en cause par le juge de l'exécution. Il n'y a donc, au fond, que le champ de l'article 54 de l'AUVE qui s'offre à la contestation de la validité de la saisie.

60. On parle de contestation de la régularité lorsque l'exécution de la mesure est critiquée, suivant les termes de l'article 63 al. 2 de l'AUVE. Sous ce chapitre, c'est le déroulement de la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières qui est porté devant le juge : les mentions devant figurer dans le procès-verbal de saisie ou dans l'acte de signification etc.

Si la contestation porte sur la validité le débiteur saisit alors le Président de la juridiction qui a ordonné la mesure pour solliciter la rétractation de l'ordonnance et la mainlevée de la saisie. Dans ce cas, suivant les termes de l'article 62 de l'AUVE, il appartient au saisissant,

donc au créancier, de rapporter qu'il a réuni les conditions prescrites par la loi pour faire procéder à la saisie conservatoire : «... si le saisissant ne rapporte pas la preuve que les conditions prescrites par les articles 54, 55, 59, 60 et 61 ci-dessus sont réunies ». Il y a là un renversement de la charge de la preuve qui pèse, en principe, sur le demandeur à l'action qui serait, en cette occurrence, le débiteur.

Mais si la contestation est relative à la régularité, le débiteur saisit, aux mêmes fins, le président de la juridiction de son domicile ou du lieu où il demeure, en vertu, notamment, de l'article 49 al. 1^{er} de l'AUVE.

2 - Mainlevée de la saisie

61. Lorsque la juridiction compétente accueille favorablement la demande en rétractation de l'ordonnance à fin de saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières, elle pourrait, si la demande attaquait la validité de la saisie, sur le fondement de l'article 62 de l'AUVE, rétracter la décision portant autorisation de saisie, et en ordonner, de jure, la mainlevée. Mais si la demande était relative à la régularité de la procédure et vise l'article 63 al. 2 de l'AUVE, c'est la mainlevée qui est ordonnée, sans qu'il soit besoin de rétracter l'ordonnance de saisie. L'autorisation survivra ainsi à la mainlevée et pourrait, lorsque le délai préfix de trois mois à partir de sa signature (article 60 AUVE) n'est pas expiré, être à nouveau exécutée.

b - Acceptation de la saisie et rejet de la demande en contestation

62. Lorsque le débiteur succombe à la procédure et ne la conteste pas, ou lorsque, à la suite d'une contestation, son action est déclarée irrecevable ou sa demande rejetée, il ne demeure pas moins que le créancier devra chercher un titre exécutoire et procéder à la conversion de la saisie conservatoire en saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières. Avec le titre exécutoire, la créance acquiert les qualités autorisant une saisie mesure d'exécution. Un acte de conversion est alors signifié au débiteur et au tiers-saisi conformément aux dispositions des articles 88, 89 et 90 de l'AUVE. Cet acte contient, à peine de nullité, les mentions relatives à l'identité du saisi et du saisissant (noms, prénoms et domiciles, et, s'il s'agit de personnes morales, leurs forme, dénomination et siège social). Il contient également la référence du titre exécutoire ou la mention de ce titre lorsque, avec le procès-verbal de saisie, il a été déjà communiqué. Mais avec le titre exécutoire, la créance est certaine, liquide et exigible. C'est pourquoi l'acte de conversion doit contenir le décompte, de manière distincte, des sommes à payer en principal, frais et intérêts échus, ainsi que l'indication du taux des intérêts. Il doit contenir en outre le commandement de

payer le montant de ladite créance, avec l'avertissement qu'à défaut de paiement, il sera procédé à la saisie. Il y est ajoutée toutes les mentions relatives à la saisie-vente, notamment, l'information assurée au débiteur qu'il dispose d'un délai d'un mois pour procéder à la vente amiable de son titre.

B - Saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières

63. Les conditions, le déroulement et le dénouement de la saisie-vente seront également et successivement envisagés.

I - Conditions

64. Le législateur OHADA n'a pas prévu de conditions spécifiques à la saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières. Le titre consacré par l'AUVE à ce type de saisie n'ayant envisagé que des « dispositions particulières » au déroulement puis au dénouement de la procédure de saisie, les conditions de la saisie sont donc régies par les dispositions relatives à la saisie-vente fixées à l'article 91 de l'AUVE. Aussi, « tout » créancier est-il admis, suivant la formulation de cette disposition, à entreprendre la saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières. « Tout », pronom qui désigne dans le texte, indifféremment, chaque créancier, semble exclure toute distinction. Quelle que soit l'origine de la créance, la saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières est alors possible. Encore faut-il, d'une part, que le créancier soit « muni d'un titre exécutoire », et qu'il ait, d'autre part, préalablement signifié « un commandement ». Les catégories de titres exécutoires sont fixées à l'article 33 de l'AUVE. Ces titres établissent les caractères certain, liquide et exigible de la créance. On ajoutera qu'à l'égard du créancier, la finalité de la saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières est de faire vendre les titres et de se faire payer sur le produit de la vente. On voit bien qu'au fond, cette procédure s'achève sur une cession de droits et de valeurs. L'on ne peut s'empêcher, à cet égard, de relever un balancement entre certitude et d'hésitation.

a - Certitude quant à la cessibilité des valeurs mobilières

65. Les valeurs mobilières ont une fongibilité intrinsèque à leur nature interchangeable. Ce sont des titres négociables, qui peuvent être cotés en bourse. Les actions, qui représentent une part du capital de la société ; et les obligations qui représentent un emprunt et, par suite, constituent un titre de créance ou une reconnaissance de dette, remplissent parfaitement les fins attachées par les acteurs économiques aux valeurs mobilières.

66. C'est par cette caractéristique et nature que l'on explique la cessibilité des valeurs mobilières. Elles peuvent donc faire l'objet de saisie en vue de leur vente. Tel n'est, néanmoins, pas le cas des droits d'associés par rapport auxquels une hésitation est permise.

b - Hésitation quant à la cessibilité des droits d'associés

67. La cessibilité des droits d'associés est plus discutée, et, franchement, limitée. Ainsi que l'a rappelé un auteur, « Compte tenu des structures personnalisées des sociétés concernées [...] les droits d'associés ne sont cessibles que si certaines conditions rigoureuses sont remplies... » (N. DIOUF, « Commentaire Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », in, OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2008). Dans la société en nom collectif, les parts sociales ne peuvent, selon les termes de l'article 274 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, être cédées qu'avec le « consentement unanime des associés ». Toute clause contraire est réputée non écrite par le même texte (al. 2). À défaut d'unanimité, le retrait d'un associé ne peut intervenir que par le mécanisme de rachat de parts sociales par les coassociés. Cette cessibilité encadrée des parts sociales dans une société en nom collectif est d'ordre public.

68. Dans les sociétés à responsabilité limitée, si la cession entre associés est libre, sous les modalités prévues par les deux alinéas de l'article 318 de l'AUSC, la cession à l'égard des tiers est également encadrée par les articles 319 et 320 du même texte. En principe, les statuts organisent la cession, à titre onéreux et à l'égard des tiers des parts sociales. À défaut, la cession n'est possible qu'avec la majorité des associés non-cédants, représentant les trois quarts des parts sociales, sous déduction de celles de l'associé cédant.

69. Dans ces conditions, la vente forcée des droits d'associés ne peut intervenir sans violer les dispositions visées. Cette vente forcée ne semble envisageable que si le capital social de la société est constitué par une seule personne, physique ou morale.

C'est sous cette réserve qu'il convient d'examiner le déroulement de la saisie-vente des droits d'associés.

II - Déroulement de la saisie-vente

70. La saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières ne peut avoir lieu sans commandement préalable adressé à la personne du débiteur. Le commandement préalable auquel renvoie l'article 237 de l'AUVE constitue une formalité préalable à la saisie. Cette formalité préalable rapproche la saisie-vente des

droits d'associés et des valeurs mobilières du régime des procédures à fin d'exécution applicable aux biens mobiliers corporels. Or, l'on pouvait s'attendre, en raison de l'assiette de la saisie, que fussent prévues les règles envisagées à la saisie à fin d'exécution des biens mobiliers incorporels comme la saisie-attribution.

71. En définitive, la saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières emprunte aussi bien au régime des biens incorporels qu'à celui des biens corporels.

Il convient donc d'examiner successivement la formalité préalable avant celles qui rentrent dans l'exécution de la saisie.

a - Formalité préalable

72. Le commandement préalable, dont le contenu (1) et les effets (2) sont déterminés par l'article 91 de l'AUVE sur la saisie-vente, constitue une mise en demeure effectuée par voie extrajudiciaire.

1 - Contenu du commandement préalable

73. Le commandement est un préavis ou une mise en demeure délivrée à la requête du créancier. Dans le souci de protéger les droits du débiteur, le législateur énonce à son profit un droit à l'information et, de ce fait, lui évite une surprise désagréable. Le commandement est un ordre de payer signifié par un huissier. Ce sont les articles 92 à 94 qui fixent son régime juridique.

74. Le commandement doit être signifié au débiteur au moins huit (8) jours avant la saisie. Ce délai minimum est édicté dans l'intérêt du débiteur ; le créancier pouvant laisser écouler un délai plus long. Il comporte, à peine de nullité, la mention du titre exécutoire déjà notifié ou la notification de ce titre. Il comporte également l'énonciation des sommes réclamées en principal, frais et intérêts échus ainsi que la précision du taux d'intérêt pratiqué. Il contient en outre l'ordre de payer cette somme dans le délai indiqué avec la précision qu'à défaut de paiement, il sera procédé à la saisie-vente des biens meubles corporels.

75. Le commandement doit en plus comporter élection de domicile dans le ressort de la juridiction devant laquelle l'exécution est poursuivie si le créancier n'y demeure pas.

Cet exploit doit être nécessairement signifié à personne ou au domicile.

2 - Effets du commandement à fin de saisie

76. Deux effets sont attachés au commandement

à fin de saisie. Le premier consiste en ce que le commandement est un acte interruptif de prescription. En effet, sa signification a pour but d'interrompre la prescription en mettant le créancier en demeure. Le second fait du commandement un préalable à la saisie. Le commandement permet la saisie. C'est le sens que lui donne, par ailleurs, la jurisprudence : «... le rôle du commandement précité (commandement aux fins de saisie-vente) étant de permettre une saisie sans pour autant avoir pour effet de rendre indisponible en tout ou en partie les biens du débiteur, il n'est pas une mesure d'exécution forcée » (CCJA, Arrêt n° 007/2005 du 27 janvier 2005, Recueil, N° 5, Janv.-Juin 2005, vol. 2.). Aucune saisie-vente ne saurait avoir lieu sans commandement préalable. Mais la saisie n'est possible qu'à l'issue du délai de huit jours accordé.

77. Si le législateur a prévu ce système d'information préalable du débiteur, c'est qu'il le considère de bonne foi. Il peut en effet avoir oublié de payer la dette et le commandement, constituant une menace, la lui rappellerait. Mais le débiteur peut être de mauvaise foi. Dans ce cas, il profiterait de cette obligation légale qui pèse sur le créancier pour organiser son insolvabilité et disparaître, au besoin, à la cloche de bois.

La dette rappelée par la mise en demeure, l'inaction positive du débiteur pourrait conduire à la saisie-vente proprement dite.

b - Formalités relatives à l'exécution de la mesure

78. La saisie est sanctionnée par un procès-verbal (1) qui sera dénoncé au débiteur également par acte extrajudiciaire (2).

1 - Acte de saisie

79. La saisie a lieu entre les mains d'un tiers. Il s'agit, en particulier, suivant les termes de l'article 236 de l'AUVE, de la société ou de la personne morale émettrice, ou du mandataire en charge de la conservation ou de la gestion du titre. Les titres peuvent être gérés en compte ou inscrit au porteur auprès d'un intermédiaire agréé. Le débiteur peut, en outre, confier la gestion des valeurs nominatives à un intermédiaire.

80. La saisie intervient huit jours après la signification du commandement de payer, et lorsque cette signification est infructueuse. Il contient des mentions substantielles dont le défaut est sanctionné de la nullité. Ces mentions, dont l'énonciation est contenue dans le texte de l'article 237 de l'AUVE, sont essentielles à tout acte de saisie à fin d'exécution. Ce sont les noms, prénoms et domiciles du débiteur et du saisissant ; et, s'il s'agit d'une personne morale, sa forme, sa dénomination et son siège social. C'est

encore l'indication du domicile élu dans le ressort territorial juridictionnel où la saisie a lieu, et lorsque le créancier ne demeure pas dans ce ressort territorial, de sorte qu'il pourrait lui y être fait toute offre ou signification. L'indication du titre exécutoire en vertu duquel la saisie est effectuée doit en outre figurer dans l'acte. Il doit y être également établi le décompte des sommes réclamées en principal, frais et intérêts échus, avec la précision du taux pratiqué.

81. L'acte de saisie doit, enfin, contenir deux sortes d'avertissement. Il s'agit, d'une part, de la sommation faite au tiers saisi de faire connaître, dans un délai de huit jours, l'existence d'éventuels nantissemements ou saisies et d'avoir à communiquer au saisissant copie des statuts. Le délai imparti au tiers court à partir de la signification qui lui est faite de l'acte de saisie. Il s'agit, d'autre part, de l'avertissement qui tend à indiquer au tiers que la saisie rend indisponibles les droits pécuniaires attachés à l'intégralité des parts ou valeurs mobilières dont le débiteur est titulaire dans ses livres ou dans son portefeuille. L'article 237 en fait une mention dont l'omission est sanctionnée de la nullité. L'article 239 la réitère dans son alinéa 1^{er}. Cet avertissement a une implication nécessaire à l'efficacité de la procédure : l'indisponibilité des dividendes aux dépens du débiteur ainsi que leur inaccessibilité. Mais le débiteur pourra, néanmoins, continuer de prendre part aux assemblées, bénéficier des droits préférentiels de souscription, et accomplir tous autres actes de nature conservatoire des droits et valeurs poursuivis. Mais il faut considérer que ce qui rend indisponibles les droits et valeurs, c'est, contrairement à la formulation de l'alinéa 1^{er} de l'article 239, moins « l'acte de saisie » que la signification qui en est faite au débiteur.

2 - Signification de l'acte de saisie

82. La signification de l'acte de saisie rapproche la saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières d'une saisie de biens incorporels, notamment la saisie-attribution. La variation conceptuelle entre « dénonciation » et « signification » ne semble pas avoir une portée théorique et, *a fortiori*, pratique. Le but visé est contenu dans le texte de l'alinéa 1^{er} de l'article 238 de l'AUVE : «... la saisie est portée à la connaissance du débiteur... ». L'acte de signification assure l'information du débiteur. Cette information est nécessaire au dénouement de la saisie. C'est pour cette raison que le législateur sanctionne le défaut de signification « dans un délai de huit jours » de la caducité. La caducité est l'épuisement d'effet d'un acte ou d'une décision du fait de la non-exécution ou, plus simplement, du non-usage. On ne recherche pas ici si les formalités qui président à l'accomplissement de l'acte ou à la formation de la décision ont été effectuées, ce qui

eut, en cas de défaut, valu la nullité. On vérifie plutôt si l'acte, ou la décision, a été exécuté dans le temps imparti par le législateur ou une juridiction.

83. Mais l'acte de signification contient, sous la sanction, cette fois-ci, de la nullité, les mêmes mentions que l'acte de dénonciation de la saisie-attribution : une copie du procès-verbal de saisie ; l'indication, en caractères très apparents, que les contestations doivent être soulevées, à peine d'irrecevabilité, dans le délai d'un mois qui suit la signification de l'acte avec précision de la date à laquelle ce délai expire ; la désignation de la juridiction compétente, c'est-à-dire celle du domicile du débiteur ; l'indication, en caractères très apparents du délai dont le débiteur dispose pour procéder à la vente amiable des valeurs saisies, dans les conditions prévues pour la saisie-vente. Par conséquent, l'acte de signification doit contenir la reproduction des dispositions de l'AUVE sur la vente amiable à l'occasion de la saisie-vente des objets mobiliers corporels (article 115 à 119 de l'AUVE).

III - Dénoûement de la saisie

84. La saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières n'échappe pas aux différentes étapes généralement connues du dénouement des procédures civiles d'exécution. Lorsqu'il s'agit d'une procédure à fin d'exécution comme la saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières, on imagine bien que celle-ci puisse faire l'objet de contestations. Mais en l'absence de contestations ou lorsqu'elles sont tranchées en faveur du saisissant, la vente pourrait intervenir.

a - Contestations

85. Le débiteur, les autres créanciers, s'il en existe ainsi que le tiers-saisi peuvent contester la saisie. Ces contestations sont soumises au régime des contestations de la saisie-vente des biens corporels.

b - Vente des biens

86. L'on retrouve, comme en matière de saisie-vente, les deux modalités de la vente : la vente amiable et la vente forcée. Le législateur semble soumettre la vente amiable aux règles de la saisie-vente, suivant les dispositions des articles 115 à 119 de l'AUVE. On peut néanmoins s'interroger sur la pertinence de la possibilité offerte par le législateur de procéder à la vente amiable par le débiteur de ses droits et valeurs. On a déjà relevé que la cessibilité de certains droits d'associés est assez limitée. En pure théorie, la vente amiable des parts sociales dans une société en nom collectif et dans une société à responsabilité limitée est possible

sous la réserve des associés de les racheter et, dans le cas contraire, d'admettre le cessionnaire, dans les conditions prévues par les statuts ou, à titre supplétif, par les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Au demeurant, la vente amiable, en cas de succès, sera, en ce qui concerne la procédure, soumise au double régime du droit des sociétés commerciales et du droit de l'exécution forcée.

87. La vente forcée a fait l'objet de dispositions particulières en ce qui concerne la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières. L'article 240 de l'AUVE dispose que « la vente forcée est effectuée sous forme d'adjudication, à la demande du créancier, sur la présentation d'un certificat délivré par le greffe attestant qu'aucune contestation n'a été formée dans le mois suivant la dénonciation de la saisie ou, le cas échéant, d'une décision judiciaire rejetant la contestation soulevée ». La vente forcée des droits d'associés emprunte, pour l'essentiel, la procédure de la saisie-vente. Mais les particularités sont tout aussi prononcées. Par l'institution d'un cahier des charges, le législateur OHADA rapproche le régime de la vente des droits d'associés et des valeurs mobilières de celui de la saisie immobilière. Pour en isoler la quintessence, il suffira de fixer son contenu ainsi que les règles relatives à sa notification et à sa publicité.

1 - Contenu du cahier des charges

88. Le cahier des charges est le document qui contient les clauses et conditions auxquelles l'adjudication sera faite. C'est d'abord un outil d'information à l'endroit des enchérisseurs éventuels. Ceux-ci ont en effet intérêt à avoir et à vérifier toute information relative aux droits et aux valeurs dont la réalisation est poursuivie. C'est aussi le fondement des obligations des enchérisseurs et de l'adjudicataire éventuel. Comme en matière immobilière, le cahier des charges fixe en effet les conditions auxquelles les enchères sont reçues, celles auxquelles l'adjudication est faite, les charges qui pèseraient sur l'adjudicataire etc.

Il reste une question : à qui incombe la rédaction du cahier des charges en matière de saisie-vente de droits d'associés et des valeurs mobilières ? Le législateur est resté muet sur le sujet. Serait-ce l'agent d'exécution ? Et lequel : l'huissier de justice ou le commissaire-priseur ? Serait-ce l'avocat ?

89. La réponse dépend de la nature juridique que l'on affecte au cahier des charges en matière mobilière, notamment en ce qui concerne l'exécution sur les droits incorporels. Si l'on considère que la rédaction du cahier des charges reviendrait à l'agent d'exécution, c'est qu'on admettrait que le cahier des charges est un acte de nature extrajudiciaire. Par contre, si l'on considère

que la rédaction du cahier des charges reviendrait à un avocat, il resterait une simple proposition de vente, effectuée par un mandataire. En ce qui concerne la saisie-vente des droits d'associés et des valeurs mobilières, il faut rappeler que la procédure s'inscrit dans une perspective de déjudiciarisation. Le juge est, en principe, absent de la mise en œuvre. Il n'intervient, à titre exceptionnel, que pour trancher les incidents. C'est en raison de ce paradigme que l'agent d'exécution s'est vu confier la rédaction des actes de procédures. Contrairement à la saisie immobilière, la rédaction du cahier des charges ne relève donc pas de l'office d'un Avocat. Même si l'AUVE est resté muet sur la question, seul l'agent d'exécution, habilité à accomplir les actes extrajudiciaires pourrait le rédiger. Mais de quel agent d'exécution s'agit-il ? Il faut interroger, à cet égard, les législations nationales. Mais deux agents d'exécution se partagent généralement l'exécution mobilière dans les États membres de l'OHADA : l'huissier de justice qui conduit la procédure d'exécution jusqu'à l'étape de la vente ; et le commissaire-priseur qui procède à la vente des biens. Il semble qu'en raison de l'étape de la procédure, le commissaire-priseur ne puisse encore intervenir. Le cahier des charges tend en effet à préparer la vente des droits incorporels saisis. Il s'agirait bien de l'huissier de justice. Mais le cahier est déposé, par les soins de ce dernier, au commissaire-priseur. L'interprétation de l'article 242 de l'AUVE autorise cette compréhension. En effet, c'est auprès du commissaire-priseur que les autres créanciers, sommés, viendront prendre connaissance du cahier des charges.

90. Le contenu du cahier des charges n'est pas tout aussi particulier. Selon l'article 241 de l'AUVE, l'agent d'exécution y fait le point de la procédure antérieure : commandement, saisie entre les mains du tiers et signification au débiteur. Le cahier des charges devra ainsi contenir les mentions relatives au fondement de la poursuite : l'énonciation du titre exécutoire en vertu duquel les poursuites sont exercées contre le débiteur ainsi que du commandement. Il devra également y être indiqué toutes autres décisions intervenues postérieurement à la signification du commandement. Sans que le texte le précise formellement, l'agent d'exécution fera figurer, à bon escient : les mentions portant sur l'identité du créancier poursuivant et de son avocat ; celles relatives à la juridiction devant laquelle les incidents peuvent être portés. Les conditions de la vente, notamment les droits et obligations des vendeurs et adjudicataires doivent être précisées ainsi que les conditions particulières le cas échéant. C'est ainsi qu'il peut être inséré dans le cahier des charges les conventions instituant un agrément ou un droit de préférence au profit des associés. En effet, de telles conventions ne s'imposeront à l'adjudicataire que si elles figurent au cahier des charges conformément à l'article 241 in fine de l'AUVE.

Le cahier des charges doit en outre contenir un fond documentaire dont les éléments nécessaires ont

été énumérés par l'article 241 de l'AUVE. Il s'agit, en premier lieu, des statuts de la société. Par société, il faut bien entendre tout tiers, personne morale, qui détient les droits ou valeurs du débiteur. Ces statuts apparaissent en effet comme l'instrument juridique nécessaire à l'appréciation des rapports de droit entre le débiteur et le tiers. Il s'agit, en second lieu, de « tout document nécessaire à l'appréciation de la consistance et de la valeur des droits mis en vente ». Par cette formulation, il faut encore entendre les actes qui établissent l'étendue et la valeur des droits.

2 - Notification du cahier des charges

91. Le contenu du cahier des charges est porté à la connaissance des protagonistes de l'exécution forcée. C'est l'article 242 de l'AUVE qui organise cette information nécessaire à leur profit. Les créanciers de cette information sont d'abord les associés. Ils sont informés par la société détentrice des droits qui assure à leur profit cette information. Une copie du cahier des charges est ainsi notifiée à la société. Ce sont, ensuite, les autres créanciers. Mais ceux-ci sont invités, par voie de sommation, à prendre connaissance du cahier des charges déposé auprès du commissaire-priseur ou de tout autre auxiliaire de justice chargé de la vente (article 242 al. 2 AUVE).

92. Cette information est assurée en vue de recueillir les observations, en forme de contestations éventuelles, de toute personne intéressée. Ces observations sont inscrites au cahier des charges par le commissaire-priseur. Elles ne sont plus recevables à compter d'un délai de deux mois qui court à partir de la notification du cahier des charges.

3 - Publicité

93. La vente des droits et valeurs est annoncée, par voie de publicité. Le texte de l'article 243 de l'AUVE, fondement de la publicité, est resté muet sur le débiteur de cette obligation. Mais les règles générales à la saisie-vente y suppléent : il s'agit du commissaire-priseur. La publicité est effectuée par voie de presse, par voie d'affiches si nécessaire. Elle indique les jour, heure et lieu de la vente. Elle est organisée un mois au plus et quinze jours au moins avant la date fixée pour la vente. Tous les protagonistes de l'exécution doivent être informés de cette date : le débiteur, les autres créanciers opposants, la société. Cette information est assurée par voie de notification.

Joseph DJOGBENOU

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- A**
 Abus, 48
 Acte
 - d'administration, 38
 - de conversion, 62
 - de dénonciation, 83
 - de signification, 54, 55, 82
 - extrajudiciaire, 78
 - interruptif de prescription, 76
 - public, 48
 Actif patrimonial, 6
 Actions
 - au porteur, 14, 18
 - de priorité, 18
 - de jouissance, 19
 - nominatives, 15, 18
 Adjudication, 87, 88
 Agent d'exécution, 49, 51, 89
 Amortissement du capital, 19
 Assiette du privilège, 21
 Augmentation de capital, 16
 Autonomie juridique, 14
 Autorisation, 48, 54
 Avocat, 69
- B**
 Balancement, 64
 Bien
 - corporel, 17, 18, 54
 - incorporel, 4, 17, 53, 54
 Boni de liquidation, 19
 Bons, 19
 - d'amortissement, 16
 - de caisse, 14
 - d'investissement, 16
 Bourses de valeurs, 22
- C**
 Caducité, 82
 Cahier des charges, 28, 87, 88, 89,
 90, 91
 Capital social, 69
 Certificat
 - au porteur, 18
 - d'investissement, 19
 - pétrolier, 16, 19
 - représentatif, 18,
 Cessibilité, 65 et s.
 Clauses statutaires dites
 oligarchiques, 18
 Coassociés, 67
 Collectivités publiques, 21
 Commandement,
 - à fin de saisie, 76
 - de payer, 27, 31, 62, 70
 Commissaires-priseurs, 48, 89
 Consomptibilité, 31
 Contestation,
 - notion, 55 et s., 92
 - compétence, 60, 61
 Conversion, 55, 62
 Cotation boursière, 18
 Créances
 - conditionnelles, 37
 - éventuelles, 37

- futures, 37
Créanciers opposants, 93

D

Décompte, 62, 81
Déjudiciarisation, 89
Dématérialisation, 6 et s.
Dénonciation, 26, 87
Dénouement de la saisie, 55, 64, 84
Dépréciation monétaire, 21
Déroutement, 64 et s.
Dissolution, 19
Dividendes, 17, 19
Droits
- à l'information, 73
- d'associés, 4, 18, 22, 65
- de créance, 13
- de l'exécution forcée, 86
- préférentiels, 81,
- de vote, 19
- incorporels, 4, 5, 24, 89
- identiques, 13
- intellectuels, 90
- préférentiels de souscriptions,
61

E

Effets de commerce, 14
Élection de domicile, 52, 75
Emprunt,
- à long terme, 20
- obligataire, 20
Enchérisseurs, 88

F

Finances publiques, 21
Fongibilité, 64

G

Garantie, 3

H

Huissier de justice, 48, 89

I

Immatérielle, 3, 4
Immatriculation, 16
Immeubles, 3
Inaccessibilité, 81
Insaisissable, 5
Inscription au compte, 6
Insolvabilité, 77
Intermédiaire agréé, 79

J

Juridicité, 4

L

Législateur communautaire, 12, 82

M

Mainlevée, 38, 54, 57, 60, 61
Mandataire, 89
Marché,
- des capitaux, 12
- monétaire, 21
Masse, 20
Mauvaise foi, 77
Meuble
- corporel, 3, 27, 76
- incorporel, 2

N

Nantissement des droits d'associés,
5, 51, 81
Négociabilité, 11 et s.
Nucléarisation, 9
Nullité, 54, 59, 74, 80, 81, 82, 83

O

Obligations, 21
- convertibles, 21
- d'information, 50
- échangeables, 21
Officiers
- publics, 48
- ministériels, 48
Organes sociaux, 21

P

Parts,
- de bénéficiaire ou de
fondateurs, 12
- sociales, 5, 8, 23, 67, 86

Patrimoine, 6

Personne morale, 50 et s.

Placement d'obligations, 21

Procédures civiles,

- d'exécution, 5 et s.
- simplifiées, 6

Procès-verbal de saisie, 50, 54, 62,
83

Promesse de société, 21

Q

Quotas,
- de gaz à effet de serre, 6
- d'importation, 6

Quotité du capital, 10

R

Réalisation, 88
Réception-classement, 55
Reconnaissance de dette, 65
Rétractation, 60

S

Saisie,
- arrêt, 5
- attribution, 26
- conservatoire, 4, 26, 38, 44
- de biens incorporels, 82
- des droits d'associés et des
valeurs mobilières, 3, 4, 6, 27,
32, 53, 54, 59
- exécution, 5
- immobilière, 16, 27, 87, 89
- vente, 26, 70, 71, 83, 84, 85, 86,
89

Saisissabilité, 3, 5

Signification, 22, 40, 80, 81, 82

Société,

- anonyme, 19 et suivant
- à responsabilité limitée, 23
- civile, 23
- cotée ou assimilée, 18
- de bourses des valeurs, 6
- en commandite, 14
- en nom collectif, 23, 67, 86
- interprofessionnelle, 5

Sûreté mobilière, 5

T

Titre,

- à ordre, 15
- authentique, 4
- de créance, 65
- exécutoire, 52, 64
- négociables, 10 et s.
- nominatif, 5, 15
- participatifs, 16

Tiers, 50

- détenteur, 51
- saisi, 51, 62, 65

V

Valeur,

- mobilière, 10 et s.
- nominale 10 et s.

Validité, 59

Vente amiable, 83

Vente forcée, 86

SAISIE DES RÉMUNÉRATIONS

Table des matières

Introduction n° 1 à 4

§I - Conditions de la saisie des rémunérations n° 5

A - Conditions relatives aux parties prenantes n° 6 à 9

B - Conditions relatives à l'objet de la saisie n° 10 à 24

§II - Mise en œuvre de la saisie des rémunérations n° 25 à 49

A - Phase de la conciliation n° 26 à 32

B - Phase de l'exécution n° 33 à 49

Bibliographie

- ASSI-ESSO A.M.H., DIOUF (N.), *Recouvrement des créances*, coll. DUA, Bruylant, Bruxelles, 2002 ;
- KENFACK (P.E.), Commentaire du décret n° 94/197/PM du 9 mai 1994 relatif aux retenues sur salaire, *Juridis info* n° 19, juil. sept. 1994, p. 16 et s. ;

1. Il n'est pas question plus grave que celle se rapportant aux atteintes à la rémunération d'une personne. À lui tout seul, ce détail peut expliquer ou justifier qu'un titre entier, le cinquième du livre 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, y ait été spécifiquement consacré.

2. La gravité de telles atteintes tient à plusieurs facteurs qu'il sied d'exposer d'entrée de jeu.

Tout d'abord, dans les pays africains en particulier, il est généralement considéré que la rémunération des travailleurs est dérisoire ou à tout le moins insuffisante au regard notamment de leurs besoins, du niveau de vie, des standards admis lorsque vient le moment d'évaluer la décence des conditions d'existence des gens. Il s'y ajoute que cette rémunération constitue presque toujours leur unique source de revenus. C'est du moins ce que donne notamment à croire l'article 9 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général qui exclut de l'activité commerciale les personnes soumises à une incompatibilité parmi lesquelles les fonctionnaires, les personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique.

Ensuite, le développement des moyens de com-

- KUATE TAMEGHE (S.S.), *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, l'Harmattan, Paris, 2004 ; « Délicatesse, convivialité et humanité dans le système OHADA des voies d'exécution », *Juridis périodique* n° 62, avril-juin 2005, pp. 41-51 ; « Les mystères des articles 50 alinéa 1 et 51 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », *Afrilex* n° 2006, pp. 177-212 ;
- LANDZE (D.R.), « La saisie des rémunérations dans l'Acte uniforme de l'OHADA : une réforme au succès mitigé », *www.obada.com* ;
- POUGOUE (P.G.), KUATE TAMEGHE (S.S.), *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, l'Harmattan, coll. Études africaines, Paris, 2010 ; SOH M., « La situation des créanciers du salarié dans les procédures d'exécution de l'OHADA ou le difficile équilibre entre les intérêts en présence », *Juridis périodique* n° 49, janv. - mars 2002, p. 101 et s. ;
- WANDJI KAMGA (A.D.), *Le droit à l'exécution forcée, Réflexion à partir des systèmes camerounais et français*, Thèse de droit en cotutelle, Université de Yaoundé II et Université de Limoges, 2009.

munication et de la publicité incite quotidiennement à la consommation à outrance. Lorsque l'invitation à consommer ne provient pas de spots publicitaires, l'effet d'imitation va encore pousser quelques-uns à s'endetter au-delà de leurs capacités financières. La cession ou la saisie des traitements et salaires deviendra alors la seule solution à laquelle le créancier peut avoir recours pour obtenir le paiement. Cette mesure sera d'autant plus incontournable que le plus grand nombre des personnes qui répondent favorablement aux offres de crédit dispose rarement d'autres biens mobiliers ou immobiliers pouvant intéresser ceux qui attendent d'être payés et donc se tiennent prêts, pour y arriver, à mobiliser les voies de droit aménagées dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Pour autant, il ne faudrait pas que l'individu dont les gains d'origine salariale vont être amputés en arrive à se révolter ou ne trouve plus d'intérêt à travailler. De nombreuses études se rattachant à la criminologie relèvent en effet que cela se retournerait contre le créancier et contre la société dans son ensemble, la preuve ayant été apportée que les crimes les plus crapuleux sont la plupart du temps perpétrés par des individus dans une situation de totale indigence qui estiment « n'avoir

plus rien à perdre » (BOULOC (B.), *Pénologie*, Dalloz, Paris, 2005, p. 38 ; THERY (Ph.), « *Beati esurientes... Les aliments devant la Cour de cassation* », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, p. 644).

3. De telles observations ne devraient cependant pas amener à assimiler la saisie des rémunérations à leur cession. Certes, ces voies de droit sont couramment organisées l'une à côté de l'autre. Il n'en reste pas moins que, tandis que la première suppose une contrainte sur le salarié afin d'être payé lorsqu'il ne l'a pas fait de son plein gré, la seconde ne se conçoit que dans un contexte où l'employé y a librement consenti par le truchement d'une déclaration faite par ses propres soins au greffe de la juridiction du lieu où se trouve son domicile ou sa demeure (article 205, Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution). Le plus souvent, la cession des traitements et salaires sera consentie pour garantir le paiement d'une dette contractée au profit d'un organisme public ou privé dans l'optique de l'acquisition d'un bien mobilier ou immobilier, lorsque l'acquéreur est manifestement dans l'incapacité d'offrir d'autres garanties suffisantes. La mesure n'appartient donc pas à proprement parler à la catégorie des voies d'exécution, lesquelles selon la Cour commune de justice et d'arbitrage sont des « *procédures légales permettant à un créancier impayé soit de saisir les biens de son débiteur et, au besoin, les vendre et se faire payer, soit de procéder à une saisie de créance en vue de se la faire attribuer, soit enfin, de se faire délivrer ou restituer un bien mobilier corporel* » (arrêt n° 010/2005, 29 juin 2006, *Société d'études et de représentation en Afrique centrale, dite SERAC c./ Bureau de recherche, d'études et de contrôle géotechniques SARL, dite BRECG*, Rec. n° 7, janv. juin 2006, p. 16 et s.). À dire vrai, et quelque surprenant que cela paraisse, le législateur semble en avoir eu conscience. Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer que l'article 208 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution envisage, après la cession des traitements et salaires, et pendant que l'exécution des obligations du cédant se poursuit, qu'une saisie puisse survenir. En ce cas, y peut-on lire, le cessionnaire est, de droit, réputé saisissant pour les sommes lui restant dues et entre en concours avec les autres créanciers intéressés par l'exécution forcée. Pareillement, l'article 211 énonce que, s'il existe de fortes présomptions que la cession a été opérée en fraude de ses droits, tout créancier saisissant pourrait, parallèlement à l'action en annulation de cet acte qui lui est réservée en semblable occurrence, obtenir du juge de l'urgence, en attendant le prononcé d'une décision sur le fond, la consignation entre les mains du greffier des sommes retenues.

4. On ne devrait pas non plus confondre la saisie

des rémunérations et les retenues sur salaire. Au sens des prévisions de l'Acte uniforme précité, la saisie des rémunérations suppose que l'employeur ne soit pas celui au profit de qui l'exécution est conduite. Aurait-on voulu que les prélèvements sur salaire soient entièrement rattachés aux voies d'exécution qu'il aurait été stipulé, ainsi que c'est le cas s'agissant par exemple de la saisie-vente (à l'article 106 alinéa 2 singulièrement), que le créancier peut toujours pratiquer une saisie entre ses propres mains. Du coup, étant entendu que le droit du travail n'a pas à ce jour été harmonisé ou uniformisé, ces retenues demeurent soumises aux droits nationaux lorsque ces derniers veulent bien s'en préoccuper. Elles ne devraient relever du droit OHADA que dans l'hypothèse où elles ont un lien avec la cession des rémunérations que les articles 205 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution encadrent.

La mise au point est utile. Elle ne suffit cependant pas à cerner la saisie des rémunérations. Il faut aller plus loin pour s'intéresser à ses conditions (§I) et la procédure de sa mise en œuvre (§II).

§I - Conditions de la saisie des rémunérations

5. Seules peuvent être impliquées dans une saisie des traitements et salaires les personnes auxquelles les articles 173 et 174 de l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution font référence (A). Cela posé, cette voie d'exécution n'atteint pas l'ensemble de ce qui est dû par l'employeur. C'est pourquoi son assiette doit par la suite être circonscrite (B).

A - Conditions relatives aux parties prenantes à la saisie

6. Les protagonistes de la saisie des rémunérations sont essentiellement au nombre de trois.

7. Il s'agit, tout d'abord, de celui qui prétend avoir la qualité de créancier. Ce dernier est soit une personne physique soit une personne morale, laquelle au demeurant peut être chirographaire ou privilégiée. À dire vrai, dans l'hypothèse où le débiteur n'a pas spontanément payé, tout créancier n'est pas autorisé à se servir de la saisie des rémunérations du travail pour obtenir le paiement de ce qui lui revient. Pour y avoir accès, et l'article 173 l'indique sans ambages, le créancier devrait être muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible, donc certaine à coup sûr. Il suffit alors de se reporter à l'article 33 développé sous les dispositions communes à toutes les voies d'exécution pour prendre

connaissance de la liste de ce que l'on devrait tenir pour tel. Y sont visés : les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles exécutoires sur minute, les actes et décisions juridictionnelles étrangers, les sentences arbitrales déclarées exécutoires par une décision juridictionnelle, les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties, les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ; plus globalement, les « décisions auxquelles la loi nationale de chaque État (...) attache les effets d'une décision judiciaire ». Clarifiant le sens de cette formule, la Cour commune de justice et d'arbitrage a jugé qu'elle ne vise pas les actes émanant d'un Conseil des télécommunications car celui-ci n'est pas appelé à trancher des différends pour y mettre fin (CCJA, arrêt n° 009/2008, 27 mars 2008, *Société Côte-d'Ivoire Télécom c/Société Loteny Télécom*, in *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, L'Harmattan, Paris, 2010, p. 371 et suivantes, obs. NEMEDEUR. Adde : CCJA, n° 031/2008, 3 juill. 2008, *Oka Kokoré Félix c/Banque internationale pour le commerce et l'industrie en Côte d'Ivoire*, in *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA préc.*, p. 425 et suivantes, obs. TJOUENA.F.). Dans la même logique et sans surprise, les juridictions nationales ont estimé, tantôt implicitement tantôt tacitement, qu'une saisie des rémunérations ne saurait être mise en œuvre sur la base d'un acte sous seing privé à l'instar d'un contrat de bail, d'un jugement contre lequel a été engagé un recours ayant un caractère suspensif ou encore qui a été infirmé en cause appel (Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 446, 02 avril 2004, *Kouakou Jean c/Dame Agama Malanda*, obadata, J-05-268; arrêt n° 722, 29 juin 2004, *Mme Konan Abou Odette épouse Kouadio c/Kouadio Koffi Frédéric*, Obadata, J-05-314; n° 506, 6 mai 2005, G.J c/L. K, Obadata, J-07-33, *Le Juris-Obada*, n° 4/2006, p. 37; TPI Yaoundé Centre administratif, ord. n° 64/C, 25 janv. 2008, *Nni Jean c/Dahda Louis*, inédit). La solution était bien inspirée : cette mesure étant devenue une saisie à fins exécutoires, les traitements et salaires des gens ne devraient plus, comme autrefois, faire l'objet d'une saisie conservatoire (Cf. : l'article 175, Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ; TPI Yaoundé, ord. n° 218, 16 déc. 1999, *dame Tagny née Kamdom Fotso Alice c/Ngnintedem Bavoua Joseph et BICEC*, préc.).

8. Il s'agit, ensuite, du débiteur. En première approximation, dans le contexte spécifique de cette voie de droit, l'endetté a la qualité de salarié. En tant que tel, celui-ci est théoriquement sous un lien de subordination crée par le contrat de travail. Pourtant, la question peut encore faire jour de savoir si ceux qui travaillent sans être sous l'empire d'un lien de subordination pourraient succomber à une saisie des gains résultant de leur activité professionnelle. Par exemple, peut-on y avoir recours pour mettre sous main de la justice la commission d'un commissionnaire, d'un courtier ou

d'un agent commercial ? La préoccupation n'est pas infondée. Elle est suscitée par le contenu de l'article 174 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution inclinant à croire que cette mesure pourrait servir à « *la saisie des sommes dues à titre de rémunération (...), à toutes les personnes salariées ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit (...)* ». Après un temps d'hésitation, les auteurs s'accordent désormais à reconnaître que si la saisie des rémunérations peut excéder le cadre traditionnel du contrat de travail, elle ne devrait se concevoir que dans un contexte où subsiste un minimum de dépendance juridique ou économique. À l'aune de ce critère, la conclusion s'impose que les honoraires servis aux individus exerçant des professions libérales ou les droits d'auteurs ne sont pas concernés par elle (ASSI-ESSO.A.M.H., DIOUFN., *Recouvrement des créances*, coll. DUA, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 374, p. 173).

Pourtant, il faut se garder de conclure hâtivement, au cas où les éléments décisifs du contrat de travail n'auraient pas été identifiés pour justifier l'utilisation d'une saisie des rémunérations, que les sommes d'argent dues au débiteur soient hors d'atteinte. En effet, si la partie endettée et le tiers considéré a priori comme l'employeur n'étaient pas unis par une relation de travail, le créancier intéressé par l'argent détenu par le second pour le compte du premier pourrait mobiliser non pas la saisie des traitements et salaires, mais la saisie - attribution des créances régie par les articles 153 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (*En ce sens*, Soc., 9 mars 1957, D. 1958. II.91, note BRETHE J. DE LA GRESSAYE ; Paris, 25 mai 1988, D. 1989. II. 215, note PREVAULT J.).

9. Il s'agit, enfin, de l'employeur tiers saisi. Au sens de la législation sociale, l'expression fait référence à cette personne physique ou morale au profit de laquelle le débiteur offre une prestation de travail et, en contrepartie, reçoit d'elle, périodiquement, une rétribution. Ce schéma traditionnel ne devrait cependant pas conduire à perdre de vue :

- que l'employeur pourrait être une personne morale publique, singulièrement l'État, une collectivité infra-étatique, une entité rattachée au secteur public ou parapublic c'est-à-dire, dans le détail, un établissement public administratif, une société à capital public, une société d'économie mixte ;
- qu'un individu pourrait concomitamment être employé par un nombre plus ou moins important de personnes, notamment lorsqu'il dispose de qualifications pointues. Aussi a-t-il été prévu (article 174) que le créancier puisse saisir les sommes dues à titre de rémunérations entre les mains de plusieurs employeurs ; ce qui n'invite nullement, pour une créance dérisoire par son montant, à bloquer entre les mains de ces employeurs l'intégralité de ce qui

est dû au salarié. En effet, il est constant aussi bien en législation qu'en jurisprudence qu'on ne devrait jamais saisir qu'à concurrence de ce qui est dû (*Sur l'ensemble, nous-même, La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution, l'Harmattan, Paris, 2004, p. 149 et s., n° 174 et s.*) ;

- que la partie débitrice pourrait, à un moment où à un autre, changer d'employeur. En pareilles circonstances, l'exécution déjà entreprise devrait se poursuivre entre les mains du nouvel employeur, à condition toutefois que la demande en soit faite dans l'année suivant l'avis adressé par l'ancien employeur au créancier et au nouvel employeur les renseignant au sujet des développements survenus entre-temps concernant le lien avec l'endetté. La difficulté sera alors de déterminer son assiette.

B - Conditions relatives à l'assiette de la saisie

10. En raison du caractère alimentaire de la créance de salaire, on a depuis toujours pris conscience de la nécessité de contenir dans certaines proportions la saisie portant sur elle. Respectueux de cette tradition séculaire, il a été énoncé à l'article 177 alinéa premier de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution que « *Les rémunérations ne peuvent être cédées ou saisies que dans les proportions déterminées par chaque État* ». Au fond, cette disposition fait en quelque sorte écho à l'article 50 de l'Acte uniforme d'après lequel les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des États signataires du traité OHADA.

Allant au-delà de cette pétition de principe, et à dessein de s'assurer en tout état de cause que le minimum de survie soit laissé à la disposition du salarié, l'article 177 détermine, à son deuxième alinéa, l'assiette devant servir au calcul de la partie saisissable de la rémunération. Elle comprend le traitement ou le salaire brut global avec tous ses accessoires, déduction faite des taxes et prélèvement légaux obligatoires retenus à la source, des indemnités représentatives de frais, des prestations, majorations et suppléments servis pour charge de famille, des indemnités déclarées insaisissables par les textes législatifs et réglementaires à l'échelle nationale.

Quoi qu'il en soit, et pour en revenir à ces lois nationales auxquelles on doit se reporter pour avoir un aperçu de ce qui est à saisir ou de ce qui ne devrait pas l'être, elles ont un contenu hétérogène.

11. Au Congo par exemple, les proportions concernées sont déterminées par le décret n° 84/209 du 8 mars 1984 portant application de l'article 339 du Code de procédure civile, commerciale, administrative et financière. L'article 2 de ce texte vise, à l'occasion du paiement du salaire, le dixième sur la portion inférieure ou égale à 50 000 francs, le cinquième sur la portion supérieure à 50 000 francs et inférieure à 100 000 francs, le quart

sur la portion supérieure à 100 000 francs et inférieure ou égale à 150 000 francs, le tiers sur la portion supérieure ou égale à 150 000 francs, la moitié sur la portion supérieure à 250 000 francs.

Au Cameroun, il est revenu à l'article 2 (1) du décret n° 94/197/PM du 9 mai 1994 relatif aux retenues sur salaire, pris en application des articles 75 et 76 du Code du travail, de déterminer la quotité saisissable du salaire, laquelle varie selon le montant de celui-ci. Elle est fixée, à l'occasion de chaque paie, ainsi qu'il suit : un dixième sur la portion inférieure ou égale à 18 750 francs par mois, un cinquième sur la fraction supérieure à 18 750 francs et inférieure ou égale à 37 500 francs par mois, un quart sur la portion supérieure à 37 500 et inférieure ou égale à 75 000 francs par mois, un tiers de la portion supérieure à 75 000 et inférieure ou égale à 112 500 francs par mois, la moitié sur la portion supérieure à 112 500 et inférieure ou égale à 142 500 francs par mois, la totalité de la portion supérieure à 142 500 francs.

12. La détermination du minimum de survie dans le contexte de la saisie des rémunérations ne va pas sans histoires.

13. Premièrement, il est incontestable que la saisie des gains du travail effectuée entre les mains de l'employeur avant le versement effectif au travailleur est une saisie des rémunérations et, comme telle, soumise aux prévisions des législations nationales sur renvoi du Code de travail et de l'article 177 alinéa 1 de l'Acte uniforme précité. Que penser cependant lorsque l'exécution forcée est pratiquée entre les mains d'une banque, d'un centre de chèques postaux ou d'un établissement de crédit quelconque après virement des sommes dues au titre des rémunérations par l'employeur ?

14. Jusqu'à très récemment, il a semblé, à en croire l'opinion majoritaire, que la règle de l'insaisissabilité générale n'avait été prévue, à l'origine, que pour s'appliquer aux saisies de salaires à la source, c'est-à-dire entre les mains de l'employeur. D'après elle, à s'en tenir au droit bancaire, et spécialement au principe de la fongibilité instantanée des articles portés sur le compte, dès leur inscription en compte, les gains et salaires devraient perdre leurs caractères propres pour devenir des éléments indifférenciés que l'on pourrait mettre sous main de la justice sans égard aux règles à observer en cas de saisie des rémunérations du travail. En conséquence, ils devraient pouvoir être appréhendés en totalité ou tout au moins jusqu'à concurrence de ce qui revient au créancier (*LAPOYADE-DESCHAMPS (C.)*, « *Un texte insaisissable. Commentaire du décret n° 87-637 du 5 août 1987 pris pour l'application de l'article 1414 du code civil* », *D.* 1989, *chron.*, p. 155 ; *THERY (Ph.)*, « *Beati esurientes...* », *op cit.*, p. 646-647). En sens contraire, une autre opinion estimait que, à partir du moment où des sommes d'argent sont insaisissables, à l'instar de pensions civiles et militaires, de frais chirurgicaux ou

pharmaceutiques, leur dépôt sur un compte ne devrait pas aboutir à les rendre saisissables (VERON (M.), *obs. sous Civ.*, 25 mai 1987, *Gaz. Pal.*, 1988, *somm.*, p. 22). Pour asseoir cette thèse, elle attirait l'attention, compte tenu de l'accroissement des naissances hors mariage et de la démultiplication des divorces, sur le risque de voir la fraction intouchable être entièrement absorbée. De là la question capitale de savoir, dans l'hypothèse théorique où plusieurs créanciers d'aliments pratiqueraient simultanément une saisie du salaire constituant l'unique revenu de l'endetté et vidé dans un compte, qui nourrirait le nourricier lui-même ? Pour peu que les créanciers s'emparent de tout ce qui est versé dans le compte, s'écriait indigné un auteur y apportant réponse, « la règle devient digne de Kafka : le nourricier meurt de faim et ne perdra rien à quitter un emploi qui ne lui profite plus (...). L'image du pélican apportant son cœur à sa progéniture ne relève pas du droit, lequel s'en tient à des considérations plus quotidiennes et moins héroïques : pour que les créanciers vivent, il faut que le débiteur survive » (THERY (Ph.), « *Beati esurientes...* », *op cit.*, p. 645 ; « *L'après jugement, aspects sociologiques* », *Archives de philosophie du droit*, tome 39, Sirey, Paris, 1994, p. 261, n° 5).

15. Appelés à prendre position dans ce débat enflammé, les rédacteurs de l'Acte uniforme ont, après quelques hésitations dévoilées par les travaux préparatoires, pris leur décision. Elle est exposée à l'article 52 de l'Acte uniforme ainsi rédigé : « *les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeurent insaisissables* ». Le sens de la formule est on ne peut plus clair : l'insaisissabilité d'une somme d'argent déposée dans un compte se reporte automatiquement, à due concurrence, sur le solde de celui-ci. C'est donc sans surprise que le président du tribunal de première instance de Yaoundé a pu estimer que l'exécution pratiquée sur un compte courant essentiellement alimenté par le salaire de la partie débitrice est une saisie des rémunérations et non une saisie-attribution de créances (TPI Yaoundé, *ord. n° 218*, 16 déc. 1999, *dame Tagny née Kamdom Fotso Alice c/Ngnintedem Bavoua Joseph et BICEC*, *obadata*, J-02-17, *obs. ISSA-SAYEGHJ.*). À l'opposé, dans des cas de figure où la certitude n'était pas acquise que le compte était essentiellement pourvu par le salaire du débiteur, le même magistrat a jugé qu'il n'y avait pas saisie des rémunérations, mais saisie-attribution de créances (TPI Yaoundé, *ord. n° 498/c*, 23 mars 2000, *Njiké Gilbert c./ Njiké née Kemayo Bétoni Sylvie et BICEC*, *obadata*, J-02-16, *obs. ISSA-SAYEGHJ.*).

16. L'analyse attentive de cette jurisprudence révèle un enseignement précieux. La qualification d'une voie d'exécution en saisie des rémunérations ou en saisie-attribution de créances est largement tributaire de la preuve de l'assiduité du versement dans un compte bancaire du salaire de la partie poursuivie. Au cas où cette preuve n'est pas administrée avec succès et ne

convainc pas le juge, l'exécution entreprise prendra les allures d'une saisie irrégulière des rémunérations. En conséquence, elle sera très probablement requalifiée ou levée (SOH (M.), « *La situation des créanciers du salarié dans les procédures d'exécution de l'OHADA ou le difficile équilibre entre les intérêts en présence* », *Juridis périodique n° 49*, janv. - mars 2002, p. 104).

17. Bien que fondamental, cet enseignement ne supprime pas toutes les zones d'ombre. Au contraire, sa compréhension au second degré amène inévitablement à se soucier de ce qui devrait être résolu lorsque le même compte reçoit dans des proportions équivalentes, en partie la rémunération du travailleur, en partie de l'argent obtenu à un autre titre. Comment identifier dans cet ensemble les sommes provenant du salaire et celles provenant d'autres sources pour conclure éventuellement que celles-ci pourraient être mises sous main de la justice par le truchement d'une saisie des rémunérations et que celles-là ne devraient souffrir que d'une saisie-attribution ? La préoccupation est d'actualité car non seulement le jargon bancaire consacre l'existence de « comptes de salaires » correspondant à ce que le droit connaît sous l'appellation « comptes courants », mais surtout le constat a été fait que la quasi-totalité des salariés du secteur public ou privé a un compte unique où sont déposés aussi bien leurs salaires que des sommes provenant d'autres opérations. C'est assez dire que l'hypothèse de l'existence de comptes recevant à la fois les rémunérations du travail et des revenus sans lien immédiat avec le contrat de travail est loin d'être une construction de l'esprit ; qu'elle est fréquemment au centre du débat devant les tribunaux dans un contexte où le coût des services liés à la gestion des comptes décourage ceux qui seraient tentés de solliciter l'ouverture de plusieurs comptes pour dissocier leurs gains divers (TCHAKOUA (J.M.), *obs. sous TPI Yaoundé, ord. n° 557*, 08 avril 1999, *Dame Tagny née Kamdom Fotso c./Ngintedem Bavoua Joseph*, *Juridis périodique n° 39*, juill.-sept. 1999, p. 68, *obadata*, J-03-157).

18. À l'évidence, il est bien difficile d'y répondre avec assurance. On comprend alors, en pareilles circonstances, la nécessité de procéder à la qualification en s'intéressant à la personne entre les mains de qui l'exécution forcée a été ou pourrait être pratiquée. S'il s'agit d'un établissement bancaire, on devrait s'orienter vers la thèse d'une saisie-attribution. À l'inverse, s'il s'agit d'un employeur, la conclusion devrait être favorable à la thèse de la saisie des rémunérations (*Dans le même sens, voir ISSA-SAYEGH (J.)*, *obs. sous TPI Yaoundé, ord. n° 498/c*, 23 mars 2000, *Njiké Gilbert c./ Njiké née Kemayo Bétoni Sylvie et BICEC*, *préc.*).

19. Une incongruité est cependant à signaler parce qu'elle dilue la pertinence du schéma proposé. Elle se trouve à l'article 53 de l'Acte uniforme, lequel indique,

lorsqu'un compte même joint alimenté par les gains d'époux communs en biens fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une saisie conservatoire pour le paiement ou la garantie d'une créance née du chef de ce conjoint, qu'il est laissé immédiatement à la disposition de l'autre une somme équivalant, à son choix, au montant des gains et salaires versés au cours du mois précédant la saisie ou au montant moyen mensuel des gains et salaires versés dans les douze mois précédant la saisie.

Certes le soin a été pris d'offrir une option au conjoint de l'époux endetté. Selon que ce dernier perçoit un salaire fixe ou reçoit des gains irréguliers à l'exemple d'honoraires et de commissions, il aura intérêt à choisir de conserver une somme représentant son dernier mois de rémunération ou une moyenne mensuelle des gains versés à son compte au cours de la dernière année qui précède l'exécution forcée. À la réflexion, si le conjoint est fonctionnaire ou salarié et a une rémunération stable, son intérêt sera sans doute d'opter pour le montant des gains et salaires versés au cours du dernier mois précédant la saisie. Par contre, s'il exerce une profession libérale ou une activité commerciale, son intérêt sera peut-être de demander que lui soit laissé l'équivalent du montant moyen mensuel des gains obtenus dans les douze mois ayant précédé l'exécution forcée, notamment dans le cas de figure où, précisément, les sommes engrangées pendant le dernier mois n'ont pas été importantes comparativement à celles obtenues trois ou quatre mois auparavant. L'impression demeure toutefois que le législateur n'a pas réalisé au mieux l'équilibre recherché. En effet, non seulement la saisie-attribution a été privilégiée ici, mais encore le constat peut être fait que, sous le couvert de garantir un minimum de survie aux conjoints et à la famille, les prévisions de l'article 53 amputent d'une manière assez étonnante l'autre partie, spécialement la femme, du bénéfice de certaines prérogatives que le Code civil (articles 223 à 225) lui reconnaît depuis toujours, à savoir la libre disposition de son salaire sous tous les régimes, la protection des biens indispensables à l'exercice par elle d'une profession séparée, le renforcement de son indépendance professionnelle. Cela explique que d'aucuns se soient demandés ce que deviendra l'indépendance professionnelle des conjoints recherchée, obtenue et saluée par le corps social dans son ensemble. Y apportant réponse, Lapoyade – Deschamps écrivait : « que l'on protège une part des salaires de l'époux débiteur, soit ; mais l'on ne saurait raisonner de la même manière pour celui qui est étranger à la dette. Ce serait d'ailleurs, au-delà du droit des régimes matrimoniaux, aller à contre-courant d'un principe fondamental de la théorie des obligations : *ubi emolumentum, ibi onus* » (*op cit*, p. 156). Et, si la solution peut être tolérée lorsque l'entente règne au sein du couple, elle sera particulièrement frustrante lorsque, la mésintelligence s'étant installée entre les époux, il y aura eu séparation de fait. En semblable hypothèse, à bien regarder, les dettes de l'un seront ni plus ni moins payées par l'autre.

20. Deuxièmement, la technique utilisée pour l'identification de la fraction intouchable de la rémunération et consistant à renvoyer aux codes de procédure des États membres de l'OHADA pour sa détermination, pose d'autres difficultés sur lesquelles un temps d'arrêt doit être marqué.

21. Tout d'abord, on est sans ignorer, au Cameroun par exemple, que l'article 2 (3) du décret n° 94/197/PM du 9 mai 1994 relatif aux retenues sur salaire laisse augurer, s'agissant du recouvrement d'une dette alimentaire, que le terme mensuel courant de ce qui est dû est, à chaque échéance, prélevé en tant que de besoin sur la fraction insaisissable du traitement. De même, après avoir formellement interdit toute compensation entre les salaires et indemnités du travailleur d'une part, et les sommes que ces derniers pourraient devoir à quelque titre que ce soit à leurs employeurs d'autre part, l'article 4 de ce décret souligne que la prohibition ne s'applique pas : aux prélèvements obligatoires, aux remboursements d'acomptes sur travail en cours, aux consignations prévues par les conventions collectives ou par les contrats individuels, aux remboursements de dettes nés à la suite de l'exécution de cette obligation de ravitailler en denrées alimentaires le travailleur que l'employeur logerait et qui serait dans l'incapacité de se les procurer par ses propres moyens (obligation formulée à l'article 66 (3) du Code du travail camerounais). On s'en rend bien vite compte, le risque est grand, au cas où l'application de ces règles serait envisagée, d'en arriver à heurter les orientations inscrites aux articles 213 alinéa 1 et 206 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, lesquels exigent respectivement que les créances d'aliments n'aboutissent jamais qu'à mettre sous main de la justice « la partie saisissable des salaires, rémunérations, traitements et pensions payés au débiteur d'aliments sur des fonds publics ou particuliers », que la cession des rémunérations soit cantonnée dans les limites de la quotité saisissable. Or, l'article 336 du même Acte uniforme abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne et se situe en droite ligne de l'article 10 du Traité OHADA qui postule que les Actes uniformes sont applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute prévision contraire de droit interne, antérieure ou postérieure (*en ce sens, voir not. : CCJA, avis n° 2/2000/EP, 26 avril 2000, Rec. CCJA, spécial, janv. 2003, pp. 73-74, obadata, J-03-02 ; avis n° 001/2001/EP, 30 avril 2001, Rec. CCJA, spécial, janv. 2003, pp. 73-77 ; arrêt n° 34, 16 févr. 2005, Banque africaine de développement c. Soc. Ivoire Café, Rec. CCJA n° 5, janv.-juin 2005, p. 48 et s.*).

22. Ensuite, et c'est une autre difficulté découlant de la technique du renvoi, les textes nationaux auxquels référence est faite n'ont dans l'ensemble subi que très peu de modifications depuis leur entrée en

vigueur et donc sont demeurés fidèles à l'esprit de l'époque de leur conception laquelle se situe avant la signature du Traité de Port-Louis en 1993. Sous d'autres cieux, l'acuité du problème a été perçue depuis longtemps. En France par exemple, la partie du Code du travail traitant de la saisie des rémunérations a très fréquemment été modifiée en vue de son adaptation à l'environnement économique et social y prévalant. De nouvelles proportions ont ainsi régulièrement été fixées dans lesquelles elles seront désormais saisissables. À titre d'exemple, ces fractions se présentaient ainsi en 1992 : le vingtième sur la tranche inférieure ou égale à 17 000 francs, contre 9 000 francs précédemment (*rédaction de l'article R-145 du Code du travail issu du décret n° 79-893 du 15 octobre 1979, D. 1979,361*) ; le dixième sur la tranche entre à 17 000 et 34 000 francs, contre 9 000-18 000 francs précédemment ; le cinquième sur la tranche entre 34 000 francs et 51 000 francs, contre 18 000-27 000 francs précédemment ; le quart sur la tranche entre 51 000 et 68 000 francs, contre 27 000-36 000 francs précédemment ; le tiers sur la tranche entre 68 000 et 85 000 francs, contre 36 000-45 000 francs précédemment ; les deux tiers sur la tranche entre 85 000 et 102 000 francs, contre 45 000 à 54 000 francs précédemment ; la totalité sur la tranche supérieure à 102 000 francs, contre 54 000 francs précédemment. Ces seuils, prévoyait l'article R. 145-1, alinéa 10, sont augmentés d'un montant de 6 000 francs (2 640 francs dans la rédaction issue du décret du 15 octobre 1979 précité) par personne à la charge du débiteur saisi, sur justification présentée par l'intéressé (sont des personnes à charge, y est-il dit : le conjoint ou le concubin du débiteur, dont les ressources personnelles sont inférieures au montant du revenu minimum d'insertion ; tous les enfants ouvrant droit aux prestations familiales et tous ceux à qui ou au profit de qui le débiteur verse une pension alimentaire ; les ascendants dont les ressources personnelles sont inférieures au montant du revenu minimum d'insertion ou ceux qui habitent avec le débiteur ou auxquels celui-ci verse une pension alimentaire). Toujours dans une perspective de modernisation et en vue d'une adaptation constante aux données socio-économiques du moment, il était opportunément énoncé, à l'alinéa 11 du même article, que ces seuils correctifs seront révisés annuellement, par décret, en fonction de l'évolution de l'indice des prix à la consommation des ménages urbains au mois d'août. Entre-temps, l'effort d'adaptation n'a pas faibli. À preuve, le décret n° 2010-1565 du 15 décembre 2010 révisant le barème des saisies et cessions des rémunérations au courant de l'année 2011 retient pour l'année 2011 les proportions insaisissables suivantes : le vingtième sur la tranche inférieure ou égale à 3 510 euros ; le dixième sur la tranche supérieure à 3 510 euros, inférieure ou égale à 6 880 euros ; le cinquième sur la tranche supérieure à 6 880 euros, inférieure ou égale à 10 290 euros ; le quart sur la tranche supérieure à 10 290 euros, inférieure ou égale à 16 660 euros ; le

tiers sur la tranche supérieure à 16 660 euros, inférieure ou égale à 17 040 euros ; les deux tiers sur la tranche supérieure à 17 040 euros, inférieure ou égale à 24 470 euros ; la totalité sur la tranche à 24 470 euros (*pour aller plus loin concernant ce décret, voir <http://www.legifrance.gouv.fr>*).

23. Au-delà des chiffres, de tels bouleversements conduisent à la conclusion que le seuil d'insaisissabilité prévu par les législations du travail dans les États parties au Traité OHADA est loin d'être en harmonie avec les données socio-économiques de l'heure. À dire vrai, en s'en tenant au cas du Cameroun, on pourrait même être surpris, en procédant à une comparaison avec le décret n° 69/DF/289 du 30 juillet 1969 relatif aux saisies-arrêts et retenues sur salaires, de constater que les quotités saisissables à cette époque adhèrent mieux à la situation du salarié aujourd'hui que celles contenues dans le décret n° 74/197/PM du 9 mai 1994. En effet, l'article premier (1) de ce texte prévoyait pour chaque paie : le 10^e de la portion supérieure à 75 000 francs par an ; le 5^e sur la portion entre 75 000 et 150 000 francs par an ; le quart sur la portion entre 150 000 francs et 300 000 francs par an ; le tiers sur la portion entre 300 000 francs et 450 000 francs par an ; la moitié sur la portion entre 450 000 et 750 000 francs par an ; la totalité de la portion supérieure à 750 000 francs. Il est bien connu que le coût des denrées de première nécessité, du logement et des vêtements était faible à cette époque, que les sommes à déboursier pour les soins de santé étaient abordables, etc. ; bref, que les revenus de son activité professionnelle permettaient au citoyen raisonnable de couvrir ses besoins. Or, à l'inverse, depuis 1994 jusqu'à nos jours, les gains des travailleurs ont subi d'importantes réductions, puis des réaménagements légers, sans pour autant que la quotité saisissable telle que décidée ait été révisée. Durant cette même période, on ne le sait que trop, le coût des denrées de consommation courante, du logement et des vêtements a pris de l'envol à la suite de l'inflation consécutive à la dévaluation du franc CFA (*KUATE TAMEGHE (S.S.), op cit., p. 119, n° 132*).

24. Par ailleurs, et paradoxalement aussi, la détermination de la fraction intouchable des rémunérations ne tient pas compte des personnes à la charge du saisi. Pourtant, il est évident que deux individus ayant un traitement identique, mais avec un nombre différent de personnes à leur charge, ne ressentiraient pas de la même manière les effets de la saisie des rémunérations de leur travail. En effet, le minimum intouchable permettrait sans nul doute à l'un et aux siens de mener une vie moins difficile qu'à l'autre ; ce qui paraît peu compatible avec le sentiment de justice ou d'équité et justifie largement la confession d'un praticien d'après qui la réglementation de « la saisie des rémunérations du travail laisse un goût d'inachevé » (*LANDZE (D.R.), « La saisie des rémunérations dans l'Acte uniforme de*

l'OHADA : une réforme au succès mitigé», *www.obada.com*). Fort heureusement, l'observation ne s'applique que partiellement à la procédure de sa mise en œuvre.

§II - Mise en œuvre de la saisie des rémunérations

25. En faisant volontiers fi du détail, la saisie des rémunérations comporte, sur le terrain de la procédure, deux grandes phases. La première est celle de la conciliation (A) ; la seconde celle de l'exécution proprement dite (B).

A - Phase de la conciliation

26. Le point de départ de la saisie des rémunérations est la tentative de conciliation. C'est du moins ce que souligne l'article 174 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, lequel énonce avec autorité que « *la saisie des sommes dues à titre de rémunération (...) ne peut être pratiquée qu'après une tentative de conciliation devant la juridiction compétente du domicile du débiteur* ». En conséquence, la jurisprudence n'a eu de cesse de rappeler la nécessité de respecter cette règle ou d'annuler les saisies pratiquées au mépris de cette exigence (*TPI Yaoundé, ord. n° 218, 16 déc. 1999, dame Tagny née Kamdom Fotso Alice c/Ngnintedem Bavoua Joseph et BICEC, obadata, J-02-17* ; *TPI Yaoundé Centre administratif, ord. n° 64/C, 25 janv. 2008, Nni Jean c/Dabda Louis, op cit. Implicitement, TPI Yaoundé, ord. n° 22/ADD, 12 avril 2010, N.S.P. c. D.A. épse M.E.B.R., inédit*).

Cela s'imagine sans peine, le préalable de la tentative de conciliation n'est pas sans fondement. Dans la vie courante, les engagements que l'on contracte vis-à-vis des tiers sont parfois si nombreux qu'il pourrait arriver que les échéances ne soient pas toutes connues. Ceci est particulièrement vérifié dans les milieux d'affaires où le commerçant traite avec une infinité de clients, les clients avec une infinité de fournisseurs. Dans un tel contexte, l'inexécution d'une obligation issue d'un contrat, d'une décision de justice ou d'un titre quelconque ne traduit pas forcément la mauvaise foi du débiteur. Elle peut simplement résulter d'un oubli de celui-ci ou de la négligence de l'un de ses préposés (*KUATE TAMEGHE S.S., op cit., p. 75, n° 71*). Le préliminaire de la tentative de conciliation vise donc à trouver un terrain d'entente avec le créancier de manière à éviter que l'employeur du débiteur soit éventuellement tenu au courant des difficultés financières de ce dernier. Il est en effet dans l'ordre des choses que quelques-uns des engagements que les gens prennent au jour le jour ne soient pas portés à la connaissance

des tiers et singulièrement de leurs collègues ou de leurs employeurs. Dans le prolongement de ce raisonnement, la phase initiale de la conciliation va aboutir à protéger le salarié de cette crise de confiance pouvant survenir et se développer notamment parce que son employeur aurait des doutes quant à sa probité. A cela s'ajoute, si la tentative de conciliation se révèle fructueuse, qu'il ne sera pas utile, au moins pas dans l'immédiat, de passer à la phase de l'exécution. En conséquence, l'employeur n'aura pas à subir ce surcroît d'activité que la qualité de tiers saisi impose à ceux qui l'acquièrent. La qualité de la relation entre l'employé et l'employeur se trouvera par le fait même préservée.

27. En réalité, la demande tendant à la conciliation est introduite par le créancier. Ainsi que l'indique l'article 179, sa requête est adressée à la juridiction du lieu où le débiteur a son domicile, accompagnée du titre exécutoire sur la base duquel la mesure est sollicitée. Elle contient au minimum : les identités et adresses de l'endetté et de son employeur, le décompte distinct des sommes réclamées en principal, frais et intérêts échus, le taux des intérêts non encore exigibles, l'existence éventuelle d'un privilège, les indications relatives aux modalités de versement des sommes à saisir. De deux choses l'une : soit « la juridiction compétente » rejette la demande de conciliation ; soit elle l'accepte. Dans cette dernière hypothèse, le dossier est transmis au greffier en chef qui, à son tour, accomplit deux diligences : il notifie au créancier, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen laissant trace écrite, les lieu, jour et heure retenus pour la tentative de conciliation ; par le même moyen, il convoque le débiteur à la conciliation. L'acte de convocation mentionne la date et l'heure de la tentative de conciliation, l'identité et l'adresse du créancier, l'objet de sa demande, la possibilité reconnue à son destinataire d'élever toute contestation paraissant opportune, les conséquences pour lui d'une contestation présentée tardivement, etc. (*Cour d'appel d'Abidjan, n° 407, 24 mars 2000, A.K.G. c/SONARECI, obadata, J-20-136, note anonyme*).

À la date retenue, avec l'assistance du greffier, le juge dresse un procès-verbal constatant la comparution des deux parties ou de l'une d'entre elles seulement. En tout état de cause, soit il y a conciliation, soit il n'y a pas conciliation. Une certitude est acquise, c'est qu'au cas de conciliation l'arrangement obtenu a vocation à mettre prématurément fin à la procédure initiée par le créancier. À l'inverse, à défaut d'accord, le président de la juridiction saisie a l'obligation : de procéder à la vérification du montant de la créance. Généralement, c'est à l'issue de cette opération qu'il ordonnera à l'employeur de produire le bulletin de paie du débiteur afin de pouvoir déterminer la quotité saisissable et corrélativement, la fraction insaisissable de son traitement (*TPI Yaoundé, ord. n° 22/ADD, 12 avril 2010, N.S.P. c. D.A. épse M.E.B.R., préc.*) ; le cas échéant, de trancher les contestations soulevées par la partie débitrice.

Linéaire à première vue, ce schéma s'avère troublant à plus d'un titre lorsqu'on l'examine avec recul.

29. La première zone d'ombre tient à ce que le texte des articles 174, 181 et 182, pour ne viser que ceux-ci, donne à croire, tantôt que la conciliation s'opère devant la « juridiction compétente », tantôt qu'elle intervient devant le « président » de ladite juridiction. Il convient, pour venir à bout du flottement que charrie cette confrontation, de considérer que la compréhension la plus cohérente de ces prévisions devrait être celle qui rejoint les orientations inscrites à l'article 49 de l'Acte uniforme. Cet article consacre le principe général suivant lequel la juridiction compétente pour statuer sur « tout litige » ou « toute demande » relative à une mesure d'exécution ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui. A ce jour la solution est bien établie, la Cour commune de justice et d'arbitrage ayant à maintes reprises censuré les décisions des juridictions inférieures ou des cours suprêmes nationales méconnaissant la règle ainsi dégagée (*Pour une bonne synthèse de la jurisprudence, voir notamment les observations de FOMETEU (J.) sous CCJA, n° 039, 2 juin 2005, Drabo Bia et autres c/Madame Touré Magbé ; n° 012/2002, 18 avril 2002, Total Fina Elf c/Société Cotracom, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, op cit., p. 587 et s. ; 30 avril 2008, Société Lam Burkina c/Société Trident Shipping, inédit*). Sauf à signaler que, dans chaque État partie au Traité OHADA, il faudra encore compiler le droit positif pour identifier avec exactitude la juridiction statuant en matière d'urgence dont le président est désormais chargé du contentieux de l'exécution. Au Cameroun par exemple, la loi n° 2007/001 du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécution et fixant les conditions de l'exécution des décisions judiciaires et actes publics étrangers montre nettement que ce contentieux échoit au président de la juridiction dont provient la décision mise à exécution, statuant en matière d'urgence, ou le magistrat par lui délégué à cet effet. Partant de cette idée, les présidents des tribunaux de première instance se déclarent très souvent incompétents lorsque le créancier sollicite une tentative de conciliation dans la perspective d'une saisie des rémunérations fondée sur un jugement ou une ordonnance émanant du tribunal de grande instance ou de son président (*TPI Yaoundé Centre administratif, ord. du 13 avril 2009, J.P.B. c./M.C. épse B., inédit*).

30. La deuxième difficulté, découlant de la précédente, tient au rôle que le juge est appelé à jouer à l'occasion de la tentative de conciliation. A priori, on aurait pu penser que ce dernier aurait une attitude passive et que les parties auraient la charge soit de s'accorder afin d'éviter l'ouverture de la phase exécutoire, soit de ne pas s'entendre et alors la saisie s'avérerait incontournable. Une telle perception du rôle des uns et des autres au cours de la phase précédant la saisie

des rémunérations proprement dite cadrerait parfaitement avec la posture classique du juge dans les systèmes accusatoires de procédure. S'écartant légèrement de cette grille d'analyse, l'article 181 alinéa 1 (3) évoque l'idée d'une audience à la phase de conciliation. Lui faisant écho, l'alinéa 2 ajoute expressément que, dans l'éventualité où le débiteur ne comparaitrait pas, si le magistrat estime que les circonstances n'appellent pas une nouvelle convocation de l'intéressé, il « *rend une décision... qui n'est pas susceptible d'opposition et ne peut être attaquée par la voie de l'appel* ». Au fond, pour éviter la querelle, on devrait considérer que lorsque les parties se sont présentées devant le juge et se sont accordées, le président du tribunal ne devrait pas en tant que tel rendre une décision. Simplement, il devrait consigner dans le procès-verbal les termes de l'arrangement entre le créancier et le débiteur. C'est assez dire qu'une décision ne devrait intervenir que dans l'hypothèse de non-conciliation. En semblable occurrence, le juge des référés commence par vérifier le montant de la créance en principal, frais et intérêts. Ensuite seulement, il rend une ordonnance tranchant les contestations soulevées par l'endetté et ouvrant la phase exécutoire, c'est-à-dire autorisant la saisie.

31. La troisième zone d'ombre tient à ce que la phase initiale de la conciliation n'a pas été circonscrite dans sa durée. Tout au plus sait-on qu'un minimum de quinze jours devrait s'écouler entre l'acte de convocation du débiteur et l'audience de conciliation proprement dite. Aucun maximum n'est en revanche prescrit à ce niveau ; ce qui signifie concrètement que la juridiction ayant reçu la requête du créancier dispose d'une marge de manœuvre assez grande quant à la fixation de la date de la conciliation. Rien n'est dit non plus au sujet du laps de temps dans lequel la conciliation devrait être organisée. Cela est regrettable dans la mesure où une lecture au second degré des règles relatives à la saisie des rémunérations met clairement en évidence que les rédacteurs de l'Acte uniforme n'ont pas souhaité que l'on puisse spontanément avoir recours à cette voie de droit. Pour s'en convaincre, il n'est que de relever que l'article 175 a formellement interdit que les rémunérations soient conservatoirement saisies, et que la jurisprudence est plutôt assise sur ce point (*TPI Yaoundé, ord. n° 218, 16 déc. 1999, dame Tagny née Kamdom Fotso Alice c/Ngnintedem Bavoua Joseph et BICEC, préc.*). Heureusement, quelques-unes des lois nationales imposent au juge du contentieux de l'exécution d'avoir à se prononcer dans de brefs délais. Au Cameroun par exemple, d'après l'article 3 (3) de la loi n° 2007/001 du 19 avril 2007 instituant ce juge et fixant les conditions de l'exécution des décisions judiciaires et actes publics étrangers, ce laps de temps est de trente jours à compter de sa saisine.

32. La quatrième zone d'ombre tient à ce que le préalable de conciliation peut être supprimé dans un

nombre important de cas. Il ne s'impose plus lorsque le débiteur était endetté auprès de plusieurs personnes intéressées par l'exécution sur les gains résultant de son activité professionnelle. Il n'est plus obligatoire lorsqu'un créancier muni d'un titre exécutoire souhaite intervenir à une procédure en cours afin de prendre part à la répartition des sommes mises sous main de la justice (article 190). La conciliation ne s'impose pas non plus lorsque la créance à recouvrer a un caractère alimentaire. En effet, l'article 231 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution énonce que, « pour le dernier arrérage échu et les arrérages à échoir, les créanciers d'aliments peuvent, en vertu d'un titre exécutoire, pratiquer une saisie simplifiée sur la partie saisissable des salaires, rémunérations, traitements et pensions payés au débiteur d'aliments sur des fonds publics ou particuliers ». L'article 214 est davantage clair encore dans ce cas, puisque la demande doit directement être notifiée au tiers saisi (Il est donc surprenant, pour le recouvrement des créances d'aliments, que la pratique continue à exiger le préliminaire de la conciliation). Enfin, la tentative de conciliation est inutile lorsque la partie endettée a changé d'employeur après le déclenchement de la première phase de la procédure. Elle se poursuit auprès du nouvel employeur (article 204). La conciliation est encore écartée lorsque, après la mise en œuvre de la saisie, le débiteur transfère son domicile dans le ressort d'une juridiction autre que celle devant laquelle elle avait été initiée. En revanche, rien n'est sûr au sujet de la préoccupation de savoir si le préliminaire de la tentative de conciliation doit encore être observé dans l'éventualité où le créancier est l'État ou l'une de ses excroissances. C'est que, d'ordinaire, pour faciliter le recouvrement des créances de ceux-ci, le droit positif leur reconnaît un privilège concrétisé par les mécanismes de l'avis et de la sommation à tiers détenteur. Exceptionnel, ce privilège donne lieu à une procédure extrajudiciaire dispensée des formalités du droit commun, y compris lorsque la phase de l'exécution proprement dite s'avère incontournable.

B - Phase de l'exécution

33. Dans l'hypothèse où le créancier et le salarié endetté n'ont pas trouvé un point d'entente, la loi invite à passer à la phase radicale de l'exécution. Elle intervient au plus tard 8 jours à compter de l'audience de non-conciliation ou suivant l'expiration des délais de recours si une décision a été rendue qui tranchait les contestations soulevées par le débiteur.

L'une des spécificités de la saisie des rémunérations, à ne pas perdre de vue, c'est qu'elle est diligentée non pas par un huissier de justice ainsi que c'est le cas dans l'immense majorité des voies d'exécution, mais par le greffier qui a pris part au préalable de la conciliation. Dans le détail, ce dernier déclenche cette

phase de la procédure en accomplissant deux actes importants. Dans un premier temps, le greffier dresse l'acte de saisie. Celui-ci contient, d'après l'article 184 : l'identité et le domicile du créancier et du débiteur ; le décompte distinct des sommes pour lesquelles la saisie est pratiquée ainsi que le taux des intérêts ; le mode de calcul de la fraction saisissable et les modalités de son règlement (cela suppose que le bulletin de paie du débiteur ait été communiqué auparavant, notamment à la suite d'une ordonnance avant dire droit du président de la juridiction devant laquelle a été engagée la tentative de conciliation dès lors que celle-ci n'a pas été concluante) ; l'injonction de déclarer au greffe, dans le délai de quinzaine, la situation de droit existant entre l'employeur et le débiteur saisi et les éventuelles cessions ou saisies en cours d'exécution ainsi que toute information permettant la retenue lorsque la saisie est pratiquée sur un traitement ou sur un salaire payés sur les fonds publics ; la reproduction des articles 185 à 189 de l'Acte uniforme concernant respectivement les sanctions encourues par l'employeur qui n'exécuterait pas ses obligations et les effets de la saisie. Dans un second temps, le greffier notifie l'acte de saisie à l'employeur, par lettre recommandée avec accusé de réception ou tout moyen laissant trace écrite. Cette notification, qui s'opère dans le délai de huit jours à compter de l'audience de non-conciliation ou dans les huit jours suivant l'expiration des délais de recours contre la décision tranchant des contestations, est économique : elle permet d'éviter ces frais que les services d'un huissier de justice auraient occasionnés (*ASSI-ESSO A.M.H., DIOUF N., op cit, p. 176, n° 383*).

34. À son tour, et l'acte d'exécution le souligne, l'employeur est tenu de déclarer au greffe, dans les quinze jours suivant la notification, la relation juridique qui l'unit au débiteur. À ce titre, il ne semble pas faire de doute, en première approximation, que des informations seront données se rapportant directement au contrat liant les parties : sa nature, sa durée, la rémunération servie au débiteur, etc. Allant un peu plus loin, on imagine également, sur la base du contenu de l'article 204 précité, que certaines autres informations à produire pourraient être relatives à la cessation de la relation de travail et éventuellement à la conclusion d'un nouveau contrat de travail avec un tiers. Plus simplement, les renseignements à fournir pourraient se rapporter aux cessions, saisies, avis à tiers détenteur ou paiements de créances d'aliments susceptibles d'avoir un impact sur la procédure. Une chose est sûre, et l'article 185 le relève avec autorité, l'employeur qui, sans motif légitime, n'effectue pas la déclaration mise à sa charge ou qui a effectué une déclaration mensongère peut devenir débiteur des retenues à opérer et être condamné au remboursement des frais exposés pour la recherche des informations cachées. Rien ne s'oppose du reste à sa condamnation à des dommages-intérêts (*TRHC Dakar, 2 janv. 2002, Dame Doris Vacherot c/Radio Nostalgie, Obadata, J-04-*

482, obs. DIOUF N. ; TRHC Dakar, jugement n° 378, 26 févr. 2002, Laboratoire médical Croix de Berthel c/ Société Sofravin SA, obadata, J-02-202).

La compréhension du texte de l'article 185 semble a priori aller de soi. À regarder de plus près, la réalité est toute autre.

35. Tout d'abord, l'obligation de présenter la situation de droit existant entre l'employeur et le débiteur peut ne pas échoir à cet employeur qui avait reçu l'acte de saisie. C'est que, en cas de changement d'employeur, l'exécution se poursuit entre les mains du nouvel employeur. Toutefois, dans cette hypothèse particulière, le créancier est astreint de manifester son intention de la continuer. Elle est contenue dans une demande à formuler au plus tard dans l'année suivant l'avis donné par l'ancien employeur, lequel précise la situation juridique existant désormais avec le débiteur. « À défaut, la saisie prend fin », prescrit l'article 204 in fine.

36. Ensuite, dans le prolongement de l'article 185, l'article 186 développé sous la section intitulée « Les opérations de saisie » est ainsi configuré : « *l'employeur est tenu d'informer le greffe et le saisissant, dans les huit jours, de toute modification de ses relations juridiques avec le saisi, de nature à influencer sur la procédure en cours* ». Ce texte, il importe de le mettre en évidence, est immédiatement suivi par une nouvelle section qui ne s'intéresse plus aux opérations de saisie, mais aux effets de celle-ci. Surgit alors la préoccupation de savoir quelle sanction s'appliquera à l'employeur qui s'abstient d'exposer les modifications survenues dans le cadre de sa relation juridique avec la partie endettée depuis la notification de l'acte de saisie. Devrait-on considérer que l'article 185 formule une règle générale et une sanction s'appliquant à tout refus de déclarer ou à toute déclaration mensongère provenant de l'employeur dans une saisie des rémunérations ? Quelques-uns n'hésiteront pas à y répondre par l'affirmative. Dans cette perspective, deux sanctions devraient pouvoir être prononcées : la condamnation à payer les retenues à opérer et les frais occasionnés par la recherche de la bonne information, la condamnation à réparer le préjudice résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de l'obligation déclarative. Bien que cohérente, cette lecture devrait, à la réflexion, être écartée. En effet, mieux vaudrait revenir au titre premier du livre 2 consacré aux voies d'exécution, lequel est intitulé « Dispositions générales », pour trouver une solution plus convaincante. Sous ces principes communs se trouve précisément un article 38 qui retient que tout manquement des tiers à l'obligation de concours mise à leur charge « peut entraîner leur condamnation à verser des dommages-intérêts ». Ils peuvent également, y peut-on lire, être condamnés au paiement des causes de la saisie, sauf leur recours contre le débiteur. À tout prendre, le juge aurait la latitude de retenir les deux sanctions. Toutefois, il pourrait également, et sans enfreindre la loi, ne retenir que

l'une d'entre elles. Si un choix s'impose absolument, l'ordre de présentation devrait conduire à privilégier les dommages-intérêts.

37. Par ailleurs, le délai de la déclaration incombant à l'employeur est de quinze jours à compter de la dénonciation de l'acte de saisie. Sa longueur surprend à l'abord. On croyait en effet savoir, sur la foi du contenu de l'article 156 développé sous la partie de l'Acte uniforme consacrée à la saisie-attribution, que la déclaration du tiers saisi est exécutée sur le champ ou au plus tard dans les cinq jours au cas où l'acte d'exécution n'a pas été signifié à personne. Il est autrement résolu concernant la saisie des rémunérations où le délai d'exécution de l'obligation de renseigner du tiers saisi est prolongé. À l'évidence, la coexistence de plusieurs délais s'agissant de la même obligation est perturbatrice et génératrice d'insécurité juridique. Elle ne manquera pas de porter préjudice au tiers saisi entre les mains duquel seront saisies à la même époque une créance du débiteur et les rémunérations de son travail. L'important contentieux provoqué par la défaillance du tiers saisi dans l'exécution de l'obligation de déclarer mise à sa charge est là qui accrédite ce présage (*Pour une bonne synthèse, voir les observations de J. FOMETEU (J.), LEVOA AWONA (S.P.) sous CCJA, n° 009/2005, 27 janvier 2005, Société Afrocom - CI c/Citibank ; n° 010/2007, 15 mars 2007, Société Ecobank Côte d'Ivoire c/Société Dalyna Voyages Travel Agency, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, op cit., p. 519 et s.*)

38. Enfin, et cela ne surprend guère rendu à ce stade de la procédure, d'autres personnes pourraient être intéressées par le recouvrement forcé de leur créance sur les rémunérations déjà saisies d'un salarié. En semblable occurrence, une requête en intervention devra être remise ou adressée à la juridiction du ressort où celui-ci a son domicile, laquelle a curieusement un contenu similaire à la demande tendant à la conciliation préalable, même si celle-ci est paradoxalement supprimée ici (voir l'article 190 alinéa 3). Parce que le débiteur et le créancier dont les diligences ont été antérieures devraient en être informés, obligation est faite aux créanciers postérieurs de leur notifier leur intervention par lettre recommandée avec avis de réception ou par tout autre moyen laissant trace écrite. Très logiquement, l'intervention peut être contestée, à tout moment, au greffe de la juridiction du domicile de l'endetté. La saisie terminée, le débiteur pourrait encore agir en répétition de l'indu contre l'intervenant indûment payé (proclame l'article 192). La règle a quelque chose d'inédit. Pour s'en persuader, il suffit d'avoir le souvenir de l'article 144 qui ne permet à l'endetté d'évoquer la nullité de la saisie-vente que jusqu'à l'adjudication des biens mis sous main de la justice, mais également de l'article 142 qui prescrit que l'action en distraction cesse d'être recevable après la vente des objets saisis (*En ce sens, nos observations sous*

CCJA, n° 016/2005, 24 février 2005, *Sabbah Afif Youssef et autres c/Madame Guity née Karidjatou Tassabedo et Société de commerce général du centre dite CGC* ; n° 011/2008, 27 mars 2008, *Société Tégram Transit c/Mademoiselle N'gbesso Berthe Eliane*, in *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, op. cit., p. 539 et s.).

39. En tout état de cause, l'acte de saisie produit des effets drastiques et connaît un dénouement singulier.

40. S'agissant tout d'abord de ses effets, l'acte de saisie rend indisponible la quotité saisissable du salaire. Et, on ne le sait que trop, lorsque le débiteur perçoit de plusieurs payeurs des sommes susceptibles d'être saisies, la quotité à retenir se calcule sur l'ensemble de ces sommes (*Cour d'appel d'Abidjan*, n° 866, 5 juillet 2002, *Athoguié Kouadio Pascal c/N'guessan Affoue Elisabeth, Ohadata*, J-03-289). La règle doit être comprise : elle ne signifie nullement qu'un tiers ne pourrait plus nourrir l'ambition d'obtenir simultanément le recouvrement de son dû sur les sommes mises sous main de la justice. Elle implique seulement que l'employeur ne devrait plus verser au salarié la fraction de sa rémunération affectée au désintéressement du créancier saisissant ; que seule devrait désormais lui revenir la partie insaisissable de son salaire (*Cour d'appel de Dakar*, arrêt n° 124, 16 février 2001, *La compagnie Royal Air Maroc c/Moustapha Thiam, Ohadata*, J-03-267, obs. N. Diouf). Dans cette perspective, et le législateur en a eu conscience, il fallait encore se préoccuper du sort de l'argent saisi. C'est ainsi qu'il a prévu que, tous les mois, l'employeur adressera le montant des sommes prélevées sur la rémunération de l'employé soit directement au greffier, soit à l'organisme spécialement désigné à cet effet dans les États signataires du traité OHADA. A contrario, et le juge de l'exécution l'a rappelé, cet argent ne devrait jamais directement partir du trésor public vers le compte de la partie saisissante lorsque le débiteur a la qualité de fonctionnaire (*TPI Yaoundé Centre administratif*, ord. n° 64/C, 25 janv. 2008, *Nni Jean c/Dabda Louis*, op cit.).

41. Deux remarques sont cependant à faire concernant l'obligation incombant à l'employeur d'adresser le montant des sommes retenues soit au greffe soit à un organe spécial désigné dans les États pour en accuser réception :

Primo, cette obligation est strictement contrôlée. À preuve, le soin a été pris de préciser très explicitement les moyens pouvant servir à établir la véracité de l'exécution de l'obligation en cause. Seuls peuvent servir en ce sens, peut-on lire à l'article 188 alinéa 2, une quittance délivrée par le greffier ou un avis de réception du mandat dressée par l'administration des postes. C'est dire que, bien que la matière soit éminemment commerciale, le tiers saisi ne pourrait pas, sur la base de la règle inscrite à l'article 5 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, prétendre avoir recours à

tous les moyens probatoires pour convaincre de ce que l'argent frappé d'indisponibilité par l'acte de saisie a été remis à ceux qui devraient le recevoir. Se remémorant que les rémunérations de plusieurs salariés pourraient être appréhendées entre les mains d'un employeur unique, les rédacteurs de l'Acte uniforme sont allés plus loin pour obliger le tiers saisi à joindre à chaque versement une note fournissant des renseignements au sujet des personnes concernées par l'exécution, le montant des sommes versées, la date et les références de l'acte d'exécution (article 188 alinéa 3).

Secundo, cette obligation est sévèrement sanctionnée. C'est en tout cas ce qui s'infère de l'article 189 de l'Acte uniforme lorsqu'il énonce que « *si l'employeur omet d'effectuer les versements, la juridiction compétente rend à son encontre une décision le déclarant personnellement débiteur* ». Ce texte ne s'arrête pas là. En effet, la précision est ensuite apportée que la décision de condamnation est notifiée, par les soins du greffier ou du créancier, dans un délai de trois jours à compter de sa date. On l'aura compris, la préoccupation était d'éviter que l'inexécution par l'employeur de son obligation d'effectuer mensuellement le versement de la fraction saisissable ne retarde à l'excès le paiement que le saisissant attend. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les contestations provenant du tiers saisi sont rigoureusement circonscrites dans le temps. Ce dernier dispose d'un délai maximum de quinze jours à compter de la notification de la décision pour s'y opposer, au moyen d'une déclaration faite au greffe. Passé ce « délai butoir », la décision devient définitive et est revêtue de la formule exécutoire en vue de son exécution (*Cour d'appel de Dakar*, arrêt n° 124, 16 février 2001, *La compagnie Royal Air Maroc c/Moustapha Thiam*, op. cit. ; *TRHC Dakar*, jugement n° 378, 26 février 2002, *Laboratoire médical Croix de Berthel c/Société Sofravin SA*, op. cit. Dans le même sens et concernant la saisie-attribution, voir not. CCJA, arrêt n° 23, 30 avril 2008, *Société Loteny télécom SA c/Société Insurances Broker Association dite Ibas SARL* ; arrêt n° 008, 21 mars 2002, *Société Palmafrrique c/Etienne Konan Bally Kouakou*, *ohadata* J-02-163).

42. Le regret reste cependant que la sanction de l'inexécution de l'obligation de l'employeur d'adresser le montant des sommes retenues à des personnes déterminées soit exclusivement civile. Certes, d'aucuns pourraient-ils objecter que le tiers saisi est une personne morale et par conséquent que sa responsabilité pénale n'aurait pas pu être retenue du fait de son caractère fictif, de l'absence de la conscience d'enfreindre la loi, de l'inadéquation de l'emprisonnement avec la spécificité de cette dernière qui n'a ni corps ni esprit. L'argument pourra néanmoins encore prêter le flanc à la critique pour diverses raisons. D'une part, un nombre non négligeable d'États signataires du Traité OHADA est depuis assez longtemps favorable à la thèse de la responsabilité pénale des personnes morales. D'autre part, rien n'ex-

clut que la relation de travail unissant le débiteur et le tiers saisi intervienne ailleurs que dans le cadre d'une entreprise sociétaire ainsi que le suggère l'article 174 de l'Acte uniforme relatif au droit des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Enfin, et même à supposer que la responsabilité pénale de l'entreprise soit difficile à envisager en raison de sa « fictivité », aucun obstacle sérieux ne s'oppose à ce que ses dirigeants soient menacés d'une peine qui les inciterait à exécuter avec diligence et probité les obligations mises à leur charge en tant que mandataires sociaux. De nombreuses dispositions de l'Acte uniforme sont dans ce sens, en particulier celles qui requièrent la mention dans l'acte d'exécution des sanctions encourues au cas de détournement d'objets saisis. Le Code civil n'y est pas défavorable dans la mesure où on y retrouve une construction relative à la responsabilité du fait d'autrui, laquelle inspire d'autres législations.

43. S'agissant ensuite du dénouement de la saisie des rémunérations, deux situations sont à distinguer.

44. La première situation, relativement simple, est celle dans laquelle l'exécution a été engagée et conduite jusqu'à son terme par un seul créancier. Le greffier en chef remet à celui-ci ou, à défaut, à son mandataire muni d'un pouvoir spécial, le montant de la retenue effectuée (qui lui a été adressé par l'employeur). L'article 195 prescrit avec fermeté que le versement est opéré par le greffier « dès qu'il l'a reçu de l'employeur ». Le texte ajoute, et cela n'est pas à négliger, qu'émargement doit être donné sur le registre tenu au greffe et qui, selon les termes de l'article 176 de l'Acte uniforme, reçoit mention de tous les actes de nature quelconque, décisions ou formalités auxquels donnent lieu les cessions et saisies atteignant les traitements et salaires.

Si cette dernière règle ne suscite aucune inquiétude, il n'en va pas de même des précédentes. En effet, on peut légitimement, malgré les orientations fournies à l'article 195, se demander à quel moment précis le paiement devrait effectivement être fait entre les mains du créancier. C'est que, à moins d'être excessivement optimiste, il est difficile d'envisager que le greffier reverse séance tenante l'argent reçu, surtout si l'on ne perd pas de vue qu'il assume diverses responsabilités mises à sa charge par la loi qui organise sa profession. Pareillement, l'interrogation peut naître de savoir si le greffier pourrait procéder au retrait des sommes à verser au créancier en se considérant comme un mandataire de ce dernier. Anodine d'apparence, cette préoccupation est importante lorsqu'on se souvient que, dans son arrêt de principe du n° 020/2006 du 26 octobre 2006, affaire époux Komenan contre la Banque internationale pour le commerce et l'industrie de Côte d'Ivoire dite BICICI (*in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, op cit., pp. 499 et s., obs. WANDJI KAMGA A.D.*), la Cour commune de justice et d'arbitrage a pu juger que « l'huissier de justice, de par son statut d'officier

*ministériel et officier public chargé des significations et de l'exécution forcée des actes publics, n'a pas besoin de justifier de la part du créancier, d'un mandat exprès de saisir ou d'encaisser, la remise à lui du jugement ou de l'acte valant pouvoir pour toute exécution (...) » (Dans le même sens, CCJA, n° 002/2006, 9 mars 2006, *Lell Emmanuel et Société camerounaise de transformation dite SOCATRAF c/Caisse commune d'épargne et d'investissement dite CCEI-Bank SA, devenue Afriland First Bank SA, Rec. CCJA n° 7, janv. – juin 2006, p. 20 et s.*). Ce raisonnement lui a permis de conclure que la sommation d'avoir à payer entre ses mains, faite par un huissier de justice, est régulière dès lors que ce dernier est porteur de la grosse d'une décision ; puisque le paiement entre ses mains est valable.*

45. Dans l'attente d'un éclairage de la Haute juridiction pour ce qui concerne le greffier, on peut estimer, à la lumière des dispositions précitées de l'Acte uniforme et des législations nationales organisant cette profession, que celui-ci devrait s'abstenir de percevoir de l'argent à rétrocéder au créancier. Une telle manière de voir s'impose pour plusieurs raisons. Primo, la loi indique clairement que « le greffier verse à celui-ci ou à son mandataire » les fonds reçus ; ce qui est incompatible avec un paiement entre ses propres mains de ce qui revient à la partie saisissante. Secundo, contrairement à l'huissier de justice qui reçoit le créancier et à sa demande, signifie directement l'acte d'exécution aux tiers, le greffier n'est pas un mandataire du saisissant ne serait-ce que parce que ce dernier adresse sa requête en vue de la saisie des rémunérations du salarié au président de la juridiction du lieu où celui-ci a son domicile. Tertio, cet auxiliaire de la justice n'appartient pas à la catégorie des officiers ministériels couramment chargés de recouvrer par la force les créances et garantir l'exécution des décisions de justice ou plus globalement des titres exécutoires. La preuve la plus convaincante de cette allégation se trouve dans la formule exécutoire qui, un peu partout, au nom du peuple, « *mande et ordonne à tous les huissiers et agents d'exécution sur ce requis, de mettre le présent arrêt (ou jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République, d'y tenir la main, à tous les commandants et officiers de la force publique, de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis* ». Nulle part n'apparaît le greffier.

46. Le second cas de figure, moins linéaire, est celui où la saisie a été menée par plus d'un créancier. En semblable occurrence, il ne revient plus au greffier de procéder au paiement des gens. La loi prévoit en effet que son rôle se réduit d'un côté à centraliser les versements effectués par le tiers saisi dans un compte qu'il est tenu d'ouvrir dans un établissement bancaire ou postal ou encore au trésor public ; de l'autre côté d'opérer, sur justification de l'autorisation du président du tribunal dans le ressort duquel l'exécution est poursuivie, des retraits pour les besoins de la répartition

(article 197). On le devine assez vite, c'est au président de la juridiction visée que reviendra la charge de procéder à la répartition des sommes encaissées au profit des créanciers qui viendront en concours sous réserve des causes légitimes de préférence, lesquelles tiennent au caractère alimentaire de la créance (article 213) ou à l'existence de privilèges (dont la liste est dressée aux articles 106 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés). Le soin ne lui est cependant pas laissé de déterminer arbitrairement l'époque de la distribution des fonds. D'après les termes de l'article 198 alinéa premier, celle-ci s'opère obligatoirement « chaque trimestre dans la première semaine des mois de février, mai, août et novembre ». Un procès-verbal est dressé par lui qui mentionne le montant des frais à prélever, celui des créances privilégiées s'il en existe, et le montant des sommes attribuées aux créanciers n'ayant le bénéfice d'aucun privilège (article 198 alinéa 2).

47. À n'en pas douter, le schéma conçu réalise un équilibre subtil des intérêts des parties en présence. Il laisse cependant encore songeur lorsqu'on se demande s'il était logique, après avoir prévu que le greffier en chef a la charge d'ouvrir un compte recevant les versements provenant de l'employeur, d'énoncer qu'aucun retrait ne pourrait être opéré par lui sur ce compte sans l'autorisation du président de la juridiction devant laquelle la saisie est menée. L'embarras s'accroît : lorsqu'on se préoccupe de savoir qui supportera les frais d'ouverture du compte où sont encaissées les sommes retenues ; lorsqu'on se demande si le greffier ouvrira un compte pour chaque procédure engagée devant le tribunal du ressort où plusieurs débiteurs ont leur domicile ; lorsqu'on s'interroge sur le point de savoir si, contrairement aux prévisions de l'article 197 alinéa 2, les paiements pourraient s'opérer par virements bancaires ou par chèques et, corrélativement, dispenser le greffier de procéder aux retraits à la banque ou lui éviter de courir inutilement le risque d'une perte ou d'une agression. Enfin, il y a comme une contradiction entre la règle de l'article 198 alinéa 3 qui met à la charge du greffier l'obligation de notifier aux créanciers l'état de répartition et de leur verser ce qui leur revient, puis celle des articles 199 et 200 qui disposent qu'un délai de quinze jours devrait s'écouler entre cette notification et le paiement afin de permettre à ceux qui le désirent de contester l'état concerné au moyen d'une opposition formée au greffe. En effet, de deux choses l'une : soit la contestation intervient après la notification de l'état de répartition et avant la mise en distribution des fonds et alors il se comprend que l'argent réservé au créancier contesté soit consigné et payé au cas où la contestation est rejetée ou, dans le cas contraire, distribué aux créanciers ou restitué au débiteur ; soit la contestation intervient après la distribution et alors on peut avoir du mal à comprendre le sens de ces articles lorsqu'ils suggèrent que l'état de répartition pourrait être contesté dans un délai de quinzaine et que les sommes revenant

à celui dont la créance est contestée sont consignées jusqu'à ce que le juge ait statué sur l'incident.

48. De telles interrogations conduisent au constat que mieux eût valu alléger la procédure à l'étape cruciale de la répartition en retenant la solution du désintéressement direct du créancier (ou de son représentant) par l'employeur. Pareillement, dans l'hypothèse d'une pluralité de créanciers, il eût été de bonne méthode d'envisager prioritairement un paiement par chèque ou un virement bancaire. Dans cette perspective, le règlement de mains à mains aurait pu, sans disparaître, avoir un caractère exceptionnel. On aurait alors fait l'économie du contentieux récurrent soulevé par la saisie des rémunérations des fonctionnaires lorsque les sommes prélevées ont directement été adressées à la partie saisissante. En effet, il arrive de plus en plus que la mainlevée de la saisie des rémunérations soit sollicitée et même ordonnée parce que le Trésor public a versé les fonds retenus dans d'autres mains que celles du greffier ou de cet organisme qui devrait être désigné pour les recevoir (*Implicitement, TPI Yaoundé Centre administratif, ord. n° 52/C, 20 sept. 2010, N.S.P. c/D.A. épse M.E.B.R., inédit ; ord. n° 64/C, 25 janv. 2008, Nni Jean c/Dabda Louis, op cit*). À dire vrai, la querelle était inévitable : tantôt il est prescrit que les sommes devenues indisponibles entre les mains de l'employeur sont adressées au greffier ou à un organisme spécial ; tantôt, en particulier au cas de saisies en vue du recouvrement de créances d'aliments, la règle est que le tiers saisi verse aussitôt au saisissant le montant de son dû (article 215 de l'Acte uniforme). Dans l'hypothèse d'une cession des traitements et salaires pendant laquelle survient une saisie de ceux-ci, les deux exigences sont même combinées, puisque l'article 207 prévoit, avant la survenance de l'exécution, que le montant des retenues est immédiatement versé au cessionnaire. L'orientation change radicalement lorsque survient la saisie des rémunérations cédées, car alors les versements devront désormais être effectués au greffe (article 209 alinéa 2). Accroissant le trouble, l'article 210 traitant du sort de la mesure d'exécution engagée après la cession et prenant fin avant elle dispose que « le greffier avise l'employeur et l'informe que les sommes cédées doivent à nouveau être versées directement au cessionnaire (...) ».

49. Cela réservé, la mainlevée de la saisie résultera le plus souvent, soit d'un accord du ou des créanciers, soit de la constatation de l'extinction de la dette par le président du tribunal du ressort dans lequel l'exécution avait été engagée. Dans l'une ou l'autre configuration, elle est ensuite notifiée à l'employeur dans les huit jours qui suivent. Tel est du moins le scénario final imaginé à l'article 201 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

C

Créancier 2, 3, 4, 7, 8, 14, 16, 26,
27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 38,
40, 41, 44, 45, 46, 47, 48, 49
Créances insaisissables 15
Conciliation 7, 25, 26, 27, 29, 30, 31,
32, 33, 38
Contestations 28, 30, 33, 41

D

Débiteur 7, 8, 9, 14, 15, 19, 21, 22,
26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35,
36, 37, 38, 40, 41

E

Employeur 4, 5, 8, 9, 13, 14, 18, 21,
26, 27, 28,
Employé 3, 9, 26, 40

F

Fraction insaisissable 21, 28

G

Greffier 3, 28, 33, 40, 41, 44, 45, 46,
47, 48

I

Information 33, 34, 36

J

Jurisdiction 3, 7, 26, 28, 29, 31, 32,
33, 38

L

Lettre recommandée 28, 33, 38

P

Procès-verbal 28, 30, 46

Q

Quotité saisissable 11, 21, 23, 28, 40

R

Rémunération 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9,
10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19,
20, 21, 22, 24, 25, 26, 29, 30, 31,
32, 33, 34, 36, 37, 38, 40, 41, 43,
45, 48

S

Salarié 3, 8, 9, 10, 16, 17, 19, 23,
26, 33

T

Tiers 8, 9, 11, 22, 23, 26, 32, 34, 36,
37, 40, 41, 42, 45, 46
Titre exécutoire 7, 28, 32

SAISIE FORAINE

Table des matières

Introduction, n° 1-5

§1 - Conditions d'emploi de la saisie foraine, n° 6-30

- A - Champ d'application de la saisie foraine, n° 7-21
 - I - Créancier et débiteur de la saisie foraine, n° 8-15
 - a - Créancier, n° 9-11
 - b - Débiteur, n° 12-15.
 - II - Assiette de la saisie foraine, n° 16-21.
 - a - Créance cause de la saisie, n° 17-19
 - b - Biens assiette de la saisie, n° 20-21
- B - Procédure préalable, n° 22-30
 - I - Nécessité de l'autorisation, n° 23-25
 - II - Procédure de l'autorisation, n° 26-30

§2 - Mise en œuvre et effets de la saisie foraine, n° 31-68

- A - Formes de la saisie foraine, n° 32-40.
 - I - Règles de forme en cas de saisie entre les mains du débiteur, n° 34-36
 - II - Règles de forme en cas de saisie entre les mains d'un tiers ou du saisissant, n° 37-40
- B - Effets et contentieux de la saisie foraine, n° 41-67
 - I - Effets, concours de saisies et issue de la saisie foraine, n° 42-61
 - a - Effets de la saisie foraine, n° 43-44
 - b - Concours de saisies, n° 45-53
 - c - Issue de la saisie foraine, n° 54-61
 - II - Contentieux de la saisie foraine, n° 62-68

Bibliographie

- ANABA MBO (A.), *Exécution définitive et exécution provisoire dans l'espace OHADA*, in Rev. Cam. dr. Aff. 2000, N° 5.
- ANABA MBO (A.), *La nouvelle juridiction présidentielle dans l'espace OHADA : l'endroit et l'envers d'une réforme multiforme*, in Rev. Cam. dr. Aff. 2000, N° 3.
- ANOUKAHA (F.) et TJOUEM (A.-D.), *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA*, Coll. Droit Uniforme, Yaoundé, PUA. 1999,
- ASSI-ESSO (A.M.), *OHADA, Traité et Actes Uniformes commentés et annotés*, 2^e, Juriscope. 1999,
- BEASSOUM BEN NGASSORO, *L'exécution des décisions de justice*, sur [http : www.cefod.org/spip.php?article1128](http://www.cefod.org/spip.php?article1128). 2007
- ISSA-SAYEGH (J.), *Présentation générale de l'Acte Uniforme OHADA sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution*, 1998, Penant, n° 827.
- OMAM (F.), *Le rôle de l'huissier en matière d'exécution des décisions de justice depuis l'Acte uniforme relatif aux mesures de recouvrement forcé et aux voies d'exécution*, in Rev. Cam. Dr. aff. n° 4. 2000,
- POUGOUÉ (P.-G.) et KUATE TAMEGHE (S.S.), *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, L'Harmattan. 2010,
- VINCENT (J.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 14^e édition, Paris, Dalloz. 1981,
- WANDJI KAMGA (A.-D.), *Le droit à l'exécution forcée, réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse de droit en cotutelle Université de Yaoundé II et Université de Limoges. 2009.

Introduction

1. La saisie foraine est une voie d'exécution par laquelle un créancier fait placer sous main de justice les biens meubles corporels appartenant à son débiteur dépourvu de domicile fixe ou dont le domicile ou l'établissement se trouve à l'étranger. Elle est réglementée par l'article 73 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUVE).

Historiquement, la saisie foraine est un legs de l'ancien droit français. À l'origine, les forains proprement dits sont des marchands qui vont de foire en foire pour vendre les objets de leur commerce. L'idée qui inspire cette saisie, c'est d'assurer une garantie particulière au crédit que les habitants d'une ville (*aubergistes et hôte-*

liers) font aux étrangers de passage, afin de favoriser le séjour de ces étrangers et le mouvement des affaires.

2. La consécration à la saisie foraine d'un seul article formant la Section III du Chapitre III, qui traite de la saisie conservatoire de biens meubles corporels, traduit le constant souci d'uniformisation du régime des saisies conservatoires par le législateur communautaire OHADA et n'amoindrit en rien l'importance de ce dispositif qui n'est pas appelé à disparaître de si tôt du contexte juridique africain subsaharien.

3. Si le législateur OHADA a tout simplement reconduit tout en la rénovant, la saisie foraine qui était déjà connue dans les législations de la plupart des États parties, c'est une institution nouvelle qui n'existait pas dans l'espace juridique de pays tels que le Tchad.

4. Les dispositions de l'article 73 de l'AUVE règlent pour l'essentiel la nécessité d'une autorisation préalable, la compétence juridictionnelle, la garde des biens du débiteur forain et renvoient pour la procédure au droit commun de la saisie conservatoire de biens meubles corporels.

5. Il convient donc de mettre en lien le domaine d'application de la saisie foraine et la procédure préalable (§1) avant d'en préciser les formes, effets et contentieux (§2).

§1 - Conditions d'emploi de la saisie foraine

6. Les conditions d'engagement de la saisie foraine dépendent à la fois de son champ d'application (A) et de l'exigence d'une procédure préalable (B).

A - Champ d'application de la saisie foraine

7. Le domaine d'application de la saisie foraine couvre à la fois les parties concernées (I) et l'assiette de cette mesure conservatoire (II).

I - Créancier et débiteur de la saisie foraine

8. Les parties à cette mesure conservatoire sont le créancier (a) et le débiteur (b).

a - Créancier

9. Dans le silence de l'article 73 de l'AUVE, ce sont les dispositions de l'article 54 du même Acte uniforme qui permettent de définir le créancier de la saisie foraine. En utilisant les mots « toute personne », ce texte reprend une position traditionnelle des législations antérieures de certains États parties qui parlaient de « tout créancier » (article 380 du CPCC du Cameroun). Sous l'empire de cette législation ancienne, cette position était d'autant plus généreuse qu'il est peu de saisies pour lesquelles le législateur se soit montré aussi favorable au créancier. Aucun titre n'est exigé car s'agissant des avances que l'on fait à des hôtes de passage, par exemple pour leur nourriture et leur logement, ils sont rarement constatés par écrit. Il n'y a pas non plus de commandement préalable, puisqu'il n'y a pas de titre à notifier, et en outre, il importe de ne pas avertir le débiteur de l'imminence de la saisie.

10. Ainsi, les créanciers admis au bénéfice de la saisie foraine sont, les créanciers contractuels, les proprié-

taires spoliés, les créanciers d'aliments, les victimes de délits, etc. Il devrait aussi être admis que le créancier d'un créancier puisse pratiquer une saisie foraine « par voie oblique ».

11. L'exercice d'une mesure conservatoire étant considéré comme un acte d'administration, sont aussi éligibles à la saisie foraine, les incapables, le mandataire, le syndic dans la copropriété des immeubles bâtis et le conjoint, marié sous le régime communautaire, pour la sauvegarde des propres de l'autre conjoint.

b - Débiteur

12. Le débiteur visé par la saisie foraine doit être en principe le débiteur direct du saisissant (l'article 54 de l'AUVE dit « son débiteur »). Il s'agit d'un débiteur dépourvu de domicile fixe ou dont le domicile ou l'établissement se trouve à l'étranger (article 73 de l'AUVE). L'appréciation de la qualification de débiteur forain ne s'opère plus par rapport à une commune ou une ville comme dans les législations antérieures mais a dorénavant pour critère la résidence ou l'établissement dans un pays.

13. Il est cependant des situations où le poursuivi l'est pour le compte au moins partiel d'autrui. Ainsi en est-il en cas d'action oblique (V. supra, n° 10) ou dans tous les cas de solidarité ou d'indivision. Dans la communauté conjugale, la solidarité de principe pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants fait courir ce risque. Quant à l'indivision, bien qu'elle ne réponde avant le partage que des dettes de l'indivision, mais pas des dettes personnelles d'un indivisaire sauf au créancier à provoquer le partage, la saisie foraine sur les biens indivis au titre d'une dette propre d'un indivisaire devrait être envisagée.

14. Cette saisie atteint naturellement une personne physique ou une personne morale. Est donc débiteur forain, le débiteur qui est dépourvu de domicile fixe pour les nationaux ou dont le domicile ou l'établissement se trouve à l'étranger. L'inefficacité d'un système d'adressage encore peu développé dans l'espace OHADA pourrait être source de bien de difficultés d'interprétation de la notion de domicile fixe, les huissiers de justice et agents d'exécution s'étant le plus souvent contentés de celles de demeure ou de résidence précaire. La qualité de débiteur forain s'apprécie dorénavant par rapport à un pays et non plus une commune ou une ville.

15. Une interrogation potentielle qui ne manquera pas de se poser et à laquelle la jurisprudence devra répondre utilement est celle de savoir si le domicile élu chez son conseil ou en l'étude de l'huissier de justice instrumentaire est un domicile fixe ou suffisant pour ne pas être qualifié de forain.

II - Assiette de la saisie foraine

16. Outre la créance cause de la saisie foraine (a), celle-ci ne peut porter que sur certains biens (b).

a - Créance cause de la saisie

17. Les caractéristiques de la créance qui servira de fondement à la saisie foraine sont énoncées par l'article 54 de l'AUVE (V. CCJA, arrêt n° 014/2007, 29 mars 2007 ; CCJA, arrêt n° 06/2002, 21 mars 2002, *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage*, 2010, p. 451-457, observations Pierre Etienne Kenfack). L'énoncé de cette disposition du droit nouveau comporte deux conditions corrélatives. La première est la preuve à apporter à la juridiction compétente que la créance paraît fondée en son principe. La seconde condition de cet énoncé légal est l'exigence de circonstances de nature à en menacer le recouvrement.

18. La loi nouvelle évoque la preuve de l'apparence de fondement de la créance en son principe comme condition nécessaire et obligatoire pour solliciter l'autorisation de la juridiction compétente. Il n'est pas fait de distinction selon que le bénéficiaire d'une saisie foraine est titulaire d'un titre ou non. L'apparence doit prévaloir sur la certitude, tandis que le mot « principe » s'oppose à la liquidité et à l'exigibilité.

19. Quoique l'exigence de menaces sur le recouvrement soit posée au seul soutien de la demande d'autorisation judiciaire préalable, cette précision de la terminologie dans le droit nouveau vient combler le vide dans bien de législations antérieures (CPCC du Cameroun) et révèle en même temps l'abandon de l'ancienne notion jurisprudentielle « d'urgence et de péril dans le recouvrement ».

b - Biens assiette de la saisie

20. Une saisie foraine peut porter sur tous les biens mobiliers corporels appartenant au débiteur forain. Sont donc exclus de son champ les biens mobiliers incorporels tels que les brevets et logiciels, les actions, parts sociales et valeurs mobilières, les créances qui sont réglementées par des dispositions particulières. Certains biens mobiliers corporels tels que les navires, bateaux et aéronefs, sont exclus parce qu'ils sont régis par des textes spéciaux.

21. La saisie foraine peut toutefois porter sur certains biens meubles incorporels tels les titres au porteur, les connaissements et lettres de voiture. Dans tous les cas, les meubles du débiteur forain ne peuvent être l'objet d'une saisie foraine que s'ils sont saisissables, plusieurs catégories de meubles corporels étant insaisissables.

Les biens et droits insaisissables sont définis par le droit interne de chacun des États parties (article 51 de l'AUVE).

B - Procédure préalable

22. L'article 73 *in fine* de l'AUVE pose en principe que la procédure applicable pour pratiquer la saisie foraine est celle prescrite pour les saisies conservatoires. Elle commence par l'autorisation préalable.

I - Nécessité de l'autorisation

23. La saisie foraine ne peut être faite qu'en vertu d'une autorisation du juge. La détermination de la compétence d'attribution et de la compétence territoriale en la matière, relève du droit interne de chaque État partie. Cette compétence d'attribution appartient au président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui (*article 49 de l'AUVE*). Au Cameroun, l'article 15 (2) de la loi N° 2006/015 du 29/12/2006 portant organisation judiciaire énonce que cette autorisation est donnée par le président du tribunal de première instance ou le magistrat du siège par lui délégué à cet effet (V. aussi *Loi camerounaise n° 2007/001 du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécution*).

24. Cette autorisation constituant une formalité substantielle, on peut en déduire que son omission entraîne la nullité de la saisie bien que cette nullité ne soit pas écrite dans l'acte uniforme. En outre, le débiteur forain saisi pourrait obtenir des dommages-intérêts contre le créancier saisissant et l'huissier de justice instrumentaire. La jurisprudence décide d'ordonner la mainlevée d'une saisie conservatoire de biens meubles corporels pratiquée sous la qualification erronée de saisie foraine sans autorisation du juge des requêtes (*TPI Yaoundé, Référé, Ord. N° 1095/C du 28 sept. 2000, Sté Koa Fouda c/Sté Super Doll s.a.*).

25. Le juge territorialement compétent pour autoriser la saisie foraine est celui du domicile du créancier. Cet énoncé de l'article 73 de l'AUVE déroge à la règle de droit commun de l'article 54 de l'AUVE selon laquelle le juge compétent pour autoriser une mesure conservatoire est le juge du domicile ou du lieu où demeure le débiteur. Le lieu d'exécution de la mesure ou de situation des biens meubles corporels à saisir ne détermine plus la compétence, alors même qu'il s'agit d'un débiteur forain dont la demeure est inconnue ou située à l'étranger. Le débiteur étant dorénavant forain par rapport à un pays et non plus à une commune, cette solution est très avantageuse pour le saisissant et l'huissier de justice qui peuvent saisir les biens du débiteur en quelque endroit que ce soit sur le territoire national.

II - Procédure de l'autorisation

26. La procédure de l'autorisation comporte deux étapes (la requête et la décision) que clôt l'exécution.

27. Des dispositions de l'article 54 de l'AUVE, il ressort que le demandeur à la saisie foraine doit saisir le juge par requête. Le créancier peut présenter personnellement sa requête. Selon les dispositions de droit interne à chaque État de l'espace OHADA, les parties auront la faculté de se faire assister ou représenter suivant les règles applicables devant la juridiction compétente : essentiellement, avocat, conjoints, parents, employés et l'huissier de justice chargé de l'exécution.

Pour son contenu et bien que l'AUVE ne le dise pas, la requête doit obéir au droit commun de la requête : double exemplaire, motivation, indication des pièces à l'appui, indication de la juridiction saisie, nom et adresse du saisissant, date et signature, mandat éventuel. En outre, le requérant a intérêt à fournir au juge tous les éléments circonstanciés sur les conditions de la saisie foraine (droits et position juridique exacte des parties, principe de créance, menace sur le recouvrement, intentions processuelles du créancier, attitude du débiteur) ; il donnera toutes précisions sur les conditions de mise en œuvre de la saisie (évaluation précise de la créance, assiette de la saisie, lieu de situation des biens, nom de l'huissier chargé de l'exécution de la saisie).

28. Le juge dont l'autorisation est requise dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier aussi bien l'apparence de fondement, que les menaces sur le recouvrement ainsi que les conditions de forme de la requête présentée. Lorsqu'il accède à la demande, le plus souvent le juge rend sa décision par adoption de motifs contenus dans la requête, notamment sous forme d'une mention approbative au pied de cette requête. La décision autorisant la saisie foraine doit, à peine de nullité, préciser le montant des sommes pour la garantie desquelles la saisie est autorisée et préciser la nature des biens sur lesquels elle porte (*article 59 de l'AUVE*).

Si le rejet s'impose néanmoins, il doit être motivé, car contrairement à certaines habitudes, il est susceptible d'appel. La décision du juge peut être une ordonnance sur requête (*article 15 al 2 de la loi camerounaise n° 2006/015 du 29/12/2006 organisation judiciaire*). Lorsque le requérant a indiqué le nom de l'huissier de justice chargé de la mise en œuvre de la saisie dans sa requête, le juge doit l'approuver, et non pas, contrairement à certaines habitudes, en désigner un autre, bien qu'il lui soit loisible de ne pas en commettre.

29. La saisie foraine peut être autorisée un jour de fête légale ou en dehors des heures légales (*conformément à l'article 46 de l'AUVE*).

30. L'exécution de la décision autorisant le poursuivant à pratiquer la saisie foraine peut se faire sur minute

ou avec une « grosse » (*copie revêtue de la formule exécutoire*) conformément au droit commun des actes juridictionnels.

La saisie foraine autorisée doit être effectivement pratiquée dans un délai de trois mois à compter de la décision autorisant la saisie, à peine de caducité de la décision (*article 60 de l'AUVE*). Ce délai qui part du jour de l'ordonnance et non pas de sa signification, semble suffisant pour lever la copie exécutoire ou la minute au greffe et pratiquer la saisie. Lorsque la saisie foraine a été pratiquée sans titre exécutoire, le créancier doit, dans le mois qui suit ladite saisie, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire (*article 61 de l'AUVE*).

§2 - Mise en œuvre et effets de la saisie foraine

31. Il convient de distinguer les formes de la saisie foraine (A) de ses effets (B).

A - Formes de la saisie foraine

32. Aux termes des articles 41 et suivants de l'AUVE, l'exécution de la saisie foraine est en principe l'œuvre d'un huissier de justice ou d'un agent d'exécution. La jurisprudence décide que l'huissier de justice est mandataire du saisissant (*CCJA, arrêt n° 020/2006, 26 octobre 2006, Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage, 2010, p. 499-509, observations Alain-Douglas Wandji Kamga*).

Le commandement préalable n'est pas requis (*article 54 de l'AUVE*). L'huissier de justice est seulement tenu de présenter l'autorisation de saisie foraine des meubles en vertu duquel il pratique la saisie. Cette présentation se confond en pratique avec la signification de la décision d'autorisation en original ou en copie certifiée conforme.

33. La saisie foraine est faite suivant les modalités qu'elle emprunte, selon l'énoncé de l'article 73 de l'AUVE, à la saisie conservatoire des biens meubles corporels. Ces modalités se réfèrent le plus souvent aux procès-verbaux de la mesure d'exécution correspondante. Cette saisie peut se faire entre les mains soit du débiteur forain lui-même (I), entre les mains d'un tiers, soit du saisissant (II).

I - Règles de forme en cas de saisie entre les mains du débiteur

34. Le déroulement de la saisie foraine entre les mains

du débiteur forain et le contenu du procès-verbal ne sont pas décrits dans l'AUVE et doivent être adaptés de ses articles 64 et suivants.

Après avoir rappelé au débiteur qu'il est tenu de lui indiquer les biens qui auraient fait l'objet d'une saisie antérieure et de lui en communiquer le procès-verbal, l'huissier ou l'agent d'exécution dresse un procès-verbal de saisie qui contient, à peine de nullité :

1) la mention de l'autorisation de la juridiction compétente en vertu de laquelle la saisie est pratiquée ; ces documents sont annexés à l'acte en original ou en copie certifiée conforme ;

2) les noms, prénoms et domicile du saisissant ou, s'il s'agit de personnes morales, leurs forme, dénomination et siège social ainsi que les noms et prénoms du saisi ;

3) éléction de domicile dans le ressort territorial juridictionnel du domicile ou du lieu où demeure le créancier ; il peut être fait, à ce domicile élu, toute signification ou offre ;

4) la désignation détaillée des biens saisis ;

5) si le débiteur est présent, sa déclaration au sujet d'une éventuelle saisie antérieure sur les mêmes biens ;

6) la mention, en caractères très apparents, que les biens saisis sont indisponibles, qu'ils sont placés sous la garde d'un tiers désigné d'accord parties ou, à défaut par la juridiction statuant en matière d'urgence, qu'ils ne peuvent être ni aliénés ni déplacés, si ce n'est dans le cas prévu à l'article 97 de l'AUVE, sous peine de sanctions pénales, et que le débiteur est tenu de faire connaître la présente saisie à tout créancier qui procéderait à une nouvelle saisie sur les mêmes biens ;

7) la mention, en caractères très apparents, du droit qui appartient au débiteur, si les conditions de validité de la saisie ne sont pas réunies, d'en demander la mainlevée à la juridiction compétente du lieu du domicile du créancier ;

8) la désignation de la juridiction devant laquelle seront portées les autres contestations, notamment celles relatives à l'exécution de la saisie ;

9) l'indication, le cas échéant, des noms, prénoms et qualités des personnes qui ont assisté aux opérations de saisie, lesquelles doivent apposer leur signature sur l'original et les copies ; en cas de refus, il en est fait mention dans le procès-verbal ;

10) la reproduction des dispositions pénales sanctionnant le détournement d'objets saisis ainsi que celles des articles 62 et 63 de l'AUVE.

Il peut être fait application des dispositions de l'article 45 de l'AUVE sur la faculté de photographier les objets saisis notamment en vue de la vérification de ces biens.

35. Quid d'un bien saisi dans un pays et qui fait l'objet d'une saisie antérieure dans un autre pays ? Par ailleurs, la pratique professionnelle au Cameroun renseigne que les huissiers de justice ne procèdent pas à la désignation du gardien d'accord parties comme prescrit

et recourent encore moins au juge de l'exécution pour ce faire. Dans le silence de la décision autorisant la mesure d'exécution, ils établissent directement et souvent sous leur responsabilité, un gardien des biens saisis.

36. Si le débiteur est présent aux opérations de saisie, l'huissier de justice ou l'agent d'exécution lui rappelle verbalement le contenu des mentions du 6 et 7 de l'article 64. Une copie du procès-verbal portant les mêmes signatures que l'original lui est immédiatement remise ; cette remise vaut signification (*article 65 de l'AUVE*).

L'autre hypothèse est celle d'une saisie faite entre les mains du débiteur mais en l'absence de celui-ci. Elle ne se confond pas avec le cas où la saisie est faite auprès d'un tiers, le plus souvent aussi en l'absence du débiteur. Lorsque le débiteur n'a pas assisté aux opérations de saisie, une copie du procès-verbal lui est signifiée, en lui impartissant un délai de huit jours pour qu'il porte à la connaissance de l'huissier ou de l'agent d'exécution, toute information relative à l'existence d'une éventuelle saisie antérieure et qu'il lui en communique le procès-verbal (*article 65 de l'AUVE*).

Les dispositions de l'article 99 de l'AUVE sont applicables à la saisie foraine lorsque celle-ci est pratiquée entre les mains du débiteur forain, notamment en ce qui concerne la double obligation qui incombe à l'huissier de justice ou l'agent d'exécution, avant toute opération de saisie, si le débiteur est présent, de réitérer verbalement la demande de paiement et d'informer le débiteur qu'il est tenu de faire connaître les biens qui auraient fait l'objet d'une saisie antérieure (*article 66 de l'AUVE*).

II - Règles de forme en cas de saisie entre les mains d'un tiers ou du saisissant

37. La saisie foraine est possible alors même que les biens meubles corporels du débiteur seraient détenus par des tiers ou le saisissant (*article 73 de l'AUVE*).

38. Les opérations de saisie entre les mains d'un tiers débutent nécessairement par la présentation de l'autorisation judiciaire de saisir en vertu de laquelle va être pratiquée la saisie. Cette signification équivaut à la présentation du commandement préalable prévu en matière de saisie-vente. Elle se fait en général en même temps et dans le même acte que la signification de la saisie elle-même, c'est-à-dire le procès-verbal de saisie. Aux termes de l'article 67 de l'AUVE, la saisie foraine pratiquée entre les mains d'un tiers obéit aux règles prescrites pour la saisie-vente, sauf ce qui touche au commandement préalable et à la phase de vente amiable. Il est précisément procédé comme il est dit aux articles 107 à 110 et 112 à 114 inclusivement de l'AUVE. Il est établi un gardien d'accord parties ou, à défaut par le juge statuant en matière d'urgence (*article 64 de l'AUVE*).

39. La dénonciation au débiteur se fait en signifiant le procès-verbal de saisie au débiteur forain dans un délai de huit jours. Il contient en outre à peine de nullité :

- 1) une copie de l'autorisation de la juridiction compétente en vertu de laquelle la saisie est pratiquée ;
- 2) la mention, en caractères très apparents, du droit qui appartient au débiteur, si les conditions de validité de la saisie ne sont pas réunies, d'en demander la mainlevée à la juridiction compétente du lieu du domicile du créancier ;
- 3) la reproduction des articles 62 et 63 de l'AUVE.

40. La saisie foraine est également possible quand les biens meubles corporels du débiteur sont détenus par le saisissant. Dans cette hypothèse, il est procédé comme il vient d'être vu pour la saisie foraine entre les mains d'un tiers. La seule différence est qu'en l'espèce, le saisissant est gardien des biens meubles corporels saisis entre ses mains (*article 73 de l'AUVE*).

B - Effets et contentieux de la saisie foraine

41. L'examen du contentieux de la saisie foraine se fera (II) après avoir abordé les questions relatives à ses effets, le concours de saisies et son issue (I).

I - Effets, concours de saisies et issue de la saisie foraine

42. Il y a lieu d'examiner d'emblée les effets de la saisie foraine (a), ensuite les situations de pluralité de saisies (b) avant d'aborder l'issue (c).

a - Effets de la saisie foraine

43. Le principal et seul effet immédiat de la saisie foraine est l'indisponibilité. La saisie foraine des biens meubles corporels rend ceux-ci indisponibles. Cette règle, générale à toutes les saisies conservatoires est aménagée par l'article 56 de l'AUVE (*V. aussi article 36 de l'AUVE*).

44. À cette indisponibilité s'ajoute un droit de suite et de préférence. Les droits du créancier poursuivant sur les biens meubles corporels objets de la saisie foraine sont selon les cas des droits de paiement par préférence ou des droits de suite sur la chose saisie. Ce sont ces droits qui garantissent à la saisie foraine son utilité économique.

b - Concours de saisies

45. Le concours de saisies (*articles 74 à 76 de l'AUVE*) sur les mêmes biens meubles corporels peut se produire

sans que l'antériorité en date confère un quelconque avantage. La question est plus complexe lorsque les différentes saisies n'ont pas les mêmes effets, c'est-à-dire lorsqu'une saisie-vente concurrence une saisie foraine. En cas de concours entre une saisie conservatoire et une autre saisie, quel qu'en soit le type, une collaboration des cosaisissants est exigée par les textes.

46. L'hypothèse du concours de saisies conservatoires est expressément admise par l'article 74 de l'AUVE. Elle donne lieu à une communication forcée entre cosaisissants puis à une participation à la vente et à la distribution des deniers. Le concours ici examiné ne concerne que des saisies conservatoires : si l'une d'elles est faite postérieurement à la conversion d'une autre, il s'agira d'un concours entre une saisie foraine et une saisie-vente, réglé aux dépens de la saisie foraine.

47. L'huissier de justice ou l'agent d'exécution qui procède à une saisie foraine sur des biens rendus indisponibles par une ou plusieurs saisies conservatoires antérieures signifie une copie du procès-verbal de saisie à chacun des créanciers dont les diligences sont antérieures aux siennes. De même, l'acte de conversion d'une saisie foraine en saisie-vente doit être signifié aux créanciers qui, avant cette conversion, ont saisi les mêmes biens à titre conservatoire.

48. Les saisies conservatoires concurrentes, dûment converties, permettent de faire valoir des droits sur le prix de la vente, amiable ou forcée, exactement dans les mêmes conditions qu'en cas de concours de saisies-ventes entre elles. L'agent chargé de la vente propose une répartition amiable : il ne tient aucun compte de l'antériorité d'une saisie conservatoire par rapport à une autre mais tient évidemment compte des privilèges et sûretés qui affecteraient certains des biens meubles saisis.

49. Dans l'hypothèse du concours d'une saisie foraine avec d'autres procédures civiles d'exécution autres que conservatoires, l'antériorité de la saisie foraine est nécessaire. Si un même bien corporel meuble peut faire l'objet de plusieurs saisies, c'est à la condition expresse que la saisie foraine soit antérieure à toute autre. Une solution différente anéantirait l'avantage du titre exécutoire. D'ailleurs, le procès-verbal de saisie-vente ultérieure doit mentionner la saisie foraine antérieure. Une saisie foraine sur des biens meubles corporels qui auraient auparavant fait l'objet d'une saisie-vente n'est pas nulle mais ne produirait effet qu'en cas de mainlevée de cette première saisie-vente. Pour obtenir la mainlevée, le créancier second saisissant dispose d'une action oblique à partir du moment où sa créance aura acquis les caractères de certitude, de liquidité et d'exigibilité requis pour une telle action. Cette hypothèse, assez rare, montre combien l'antériorité de la saisie foraine est précieuse ; mais l'antériorité s'apprécie selon une chronologie complexe : le procès-verbal de chaque

saisie, la date de l'acte de conversion de saisie foraine en saisie-vente, enfin la date de vérification des biens saisis, entrent en ligne de compte.

50. Si le procès-verbal de saisie foraine puis l'acte de sa conversion sont antérieurs au procès-verbal de saisie-vente, il s'agit d'un concours de saisies-ventes, réglé dans des formes particulières de l'opposition.

51. Lorsque la conversion intervient entre la saisie-vente et la vérification, l'auteur de la saisie-vente se doit de signifier son procès-verbal au créancier qui a antérieurement pratiqué la saisie foraine. Quant au créancier qui avait pratiqué une saisie foraine et qui l'avait convertie ensuite, il doit procéder à une opposition. Son antériorité ne lui donne pas la maîtrise de la vente, car il n'est pas « premier saisissant ». Son opposition se traduit par un droit à la distribution des deniers après la vente forcée.

52. Si la conversion de la saisie foraine intervient après la vérification en vue de la vente forcée, l'opposition n'est plus ouverte à l'auteur de la saisie foraine convertie. Cependant, ce saisissant peut participer sur le prix de la vente, à la condition bien entendu d'avoir converti.

53. Lorsque le concours est admis, la communication forcée entre cosaisissants jusqu'à la vente s'avère une nécessité. Les créanciers cosaisissants collaborent jusques y compris la vente. Si le débiteur présente des propositions de vente amiable, le créancier saisissant qui les accepte en communique la teneur, par lettre recommandée avec avis de réception ou tout moyen laissant trace écrite, aux créanciers qui ont saisi les biens à titre conservatoire, soit avant l'acte de saisie, soit avant l'acte de conversion, selon le cas. À peine de nullité, la lettre ou le moyen utilisé reproduit, en caractères très apparents les alinéas 2, 3 et 4 de l'article 75 de l'AUVE, à savoir :

« Chaque créancier doit, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la lettre recommandée ou du moyen utilisé, prendre parti sur les propositions de vente amiable et faire connaître au créancier saisissant la nature et le montant de sa créance.

À défaut de réponse dans le délai imparti, le créancier est réputé avoir accepté les propositions de vente.

Si dans le même délai, il ne fournit aucune indication sur la nature et le montant de sa créance, il perd le droit de concourir à la distribution des deniers résultant de la vente amiable, sauf à faire valoir ses droits sur un solde éventuel après la répartition. »

Le créancier saisissant qui fait procéder à l'enlèvement des biens en vue de leur vente forcée doit en informer, par lettre recommandée avec avis de réception ou tout moyen laissant trace écrite, les créanciers qui ont pratiqué une saisie conservatoire sur les mêmes biens avant l'acte de saisie ou l'acte de conversion, selon le cas. À peine de nullité, cette lettre ou le moyen utilisé indique

le nom et l'adresse de l'auxiliaire de justice chargé de la vente et reproduit, en caractères très apparents, l'alinéa qui suit.

Chaque créancier doit, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la lettre recommandée ou du moyen, utilisé l'informant de l'enlèvement des biens en vue de leur vente, faire connaître à l'auxiliaire de justice chargé de la vente, la nature et le montant de sa créance au jour de l'enlèvement. À défaut de réponse dans le délai imparti, il perd le droit de concourir à la distribution des deniers résultant de la vente forcée, sauf à faire valoir ses droits sur un solde éventuel après la répartition (*article 76 de l'AUVE*).

c - Issue de la saisie foraine

54. La mainlevée amiable de saisie foraine de biens meubles corporels n'est pas fréquente. La saisie foraine est très utile grâce à l'effet de surprise en l'absence de commandement préalable, contre un débiteur forain dépourvu de domicile fixe ou qui pourrait se volatiliser à l'étranger.

55. La mainlevée judiciaire quant à elle, n'obéit pas à des causes ou des formes différentes de celles des mesures conservatoires en général ou bien de la saisie-vente (*V. infra n° 61 et suivants sur le contentieux*).

56. La conversion de la saisie foraine est la suite primordiale de l'obtention du titre. Le droit de vendre de force le bien saisi n'apparaît qu'après la conversion de la saisie foraine en saisie définitive.

57. Quelques règles de base président à la conversion. En premier lieu, une saisie foraine peut être pratiquée alors même que le créancier dispose déjà d'un titre exécutoire : dans cette stratégie particulière, le créancier n'en est pas moins obligé, au moment de son choix, de signifier un acte de conversion de sa saisie foraine en saisie-vente. En deuxième lieu, lorsque la saisie foraine est pratiquée sans titre exécutoire, l'obtention d'un titre « vrai » est évidemment requise, puis la délivrance d'un acte de conversion. En troisième lieu, la conversion prend toujours la forme d'un acte pris dans la même forme que la saisie foraine elle-même. Cet acte comportera la mention du titre exécutoire obtenu, la mention de la saisie foraine antérieure, un commandement et surtout le décompte précis et à jour des sommes dues en vertu du titre exécutoire. En dernier lieu, le créancier après conversion peut exercer tous les droits que lui confère sa qualité de créancier muni d'un titre exécutoire : faire vendre les biens meubles corporels objets de la saisie foraine.

58. Le créancier qui a obtenu ou possède un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut faire procéder à la vente des biens meubles corporels

qui ont été rendus indisponibles jusqu'à concurrence du montant de sa créance.

Les articles 69 à 71 de l'AUVE prescrivent : Muni d'un titre exécutoire constatant l'existence de sa créance, le créancier signifie au débiteur un acte de conversion qui contient à peine de nullité :

1) les noms, prénoms et domicile du saisissant ou, s'il s'agit de personnes morales, leurs forme, dénomination et siège social ainsi que les noms et prénoms du saisi ou s'il s'agit de personnes morales, leurs forme et dénomination ;

2) la référence au procès-verbal de saisie foraine ;

3) une copie du titre exécutoire ;

4) le décompte distinct des sommes à payer, en principal, frais et intérêts échus, ainsi que l'indication du taux des intérêts ;

5) un commandement d'avoir à payer cette somme dans un délai de huit jours, faute de quoi il sera procédé à la vente des biens saisis.

La conversion peut être signifiée dans l'acte portant signification du titre exécutoire.

Si la saisie a été effectuée entre les mains d'un tiers, une copie de l'acte de conversion est dénoncée à ce dernier.

À l'expiration d'un délai de huit jours à compter de la date de l'acte de conversion, l'huissier de justice ou l'agent d'exécution procède à la vérification des biens saisis. Il est dressé procès-verbal des biens manquants ou dégradés.

Dans ce procès-verbal, il est donné connaissance au débiteur qu'il dispose d'un délai d'un mois pour vendre à l'amiable les biens saisis dans les conditions prescrites aux articles 115 à 119 de l'AUVE.

Si les biens ne se retrouvent plus au lieu où ils avaient été saisis et gardés, l'huissier de justice ou l'agent d'exécution fait injonction au débiteur ou au gardien établi de l'informer, dans un délai de huit jours, du lieu où ils se trouvent et, s'ils ont fait l'objet d'une saisie-vente, de lui communiquer le nom et l'adresse, soit de l'huissier de justice ou de l'agent d'exécution qui y a procédé, soit du créancier pour le compte de qui elle a été diligentée.

À défaut de réponse, le créancier saisit la juridiction compétente qui peut ordonner la remise de ces informations sous astreinte, sans préjudice d'une action pénale pour détournement d'objets saisis.

59. Lorsque la saisie foraine est faite entre les mains du saisissant, la question peut se poser de savoir si le débiteur forain peut obtenir des dommages-intérêts contre le saisissant qui ne garde pas toujours en bon père de famille. D'autre part, il existe un réel risque d'abus de la part du créancier saisissant qui, établi gardien, pourrait être tenté de s'approprier purement et simplement le bien du débiteur forain dont il est chargé d'assurer la garde.

60. À défaut de vente amiable dans le délai prévu,

il est procédé à la vente forcée des biens saisis selon la procédure prévue pour la saisie-vente (*article 72 de l'AUVE*).

61. Le débouché naturel de la saisie-vente est la distribution du prix.

II - Contentieux de la saisie foraine

62. Le contentieux de la saisie foraine peut surgir devant la juridiction d'appel en cas de refus d'autorisation judiciaire préalable ou devant le juge compétent en matière d'urgence (le plus souvent le juge de l'exécution), à la demande du poursuivi ou d'un tiers.

63. Le débiteur forain qui est le principal auteur de la saisine peut, dans un premier cas se plaindre de l'absence de fondement de la créance ou de celle de menace sur le recouvrement. Dans un second cas, il reconnaît le principe de créance et les risques d'impayé mais propose une autre garantie que celle choisie par le créancier.

Il n'est pas exclu qu'un tiers disposant d'un intérêt légitime à agir puisse aussi saisir le juge de l'exécution, notamment d'une demande de distraction d'un objet saisi.

64. Aux termes de l'article 49 de l'AUVE, la possibilité pour le juge qui a autorisé la saisie foraine de décider de réexaminer sa décision ou les modalités de son exécution à la suite d'un débat contradictoire (telle que par la clause de référé lorsqu'il décide sur requête) est formellement écartée au profit du juge d'urgence, véritable juge du contentieux de l'exécution. Cette solution peut avoir au moins deux justifications. L'une réside dans le cantonnement de la « saisine à nouveau » aux cas d'opposition, d'interprétation ou de rectification. L'autre justification tient à ce que, bien que la décision judiciaire autorisant la saisie foraine soit rendue sur requête, elle a une nature précontentieuse qui la différencie des procédures gracieuses.

65. La compétence d'attribution en matière de contentieux de la saisie foraine appartient au juge qui a autorisé la saisie. La demande de mainlevée est portée, selon l'article 63 de l'AUVE, devant la juridiction compétente qui a autorisé la mesure. En clair, le président de la juridiction en qualité de juge de l'exécution est compétent au contentieux, à l'exclusion de tout autre, notamment du juge des référés.

66. La compétence territoriale en matière de contentieux de la saisie foraine est celle du juge qui a rendu la décision d'autorisation. Par dérogation aux dispositions de l'article 63 de l'AUVE, la demande de mainlevée et les autres contestations relatives à l'exécution de la saisie foraine sont portées devant la juridiction compétente du domicile du créancier (*article 73 de l'AUVE*).

67. En ce qui concerne les pouvoirs du juge au contentieux, il dispose fondamentalement de trois possibilités : mettre fin à la saisie foraine, y substituer une autre mesure de sauvegarde au profit du créancier, ou bien laisser en place la saisie, purement et simplement ou avec des modifications de détail. Dans tous les cas, il n'est pas juge du principal. Lorsque le juge est saisi d'une saisie foraine, il se limite à l'examen des mérites de ladite saisie ; notamment, il ne lui revient que d'examiner le principe de créance, non de la liquider. Il doit simplement déterminer le montant des sommes pour la garantie desquelles la mesure est utile, ce qui est différent en droit et en fait d'une liquidation du compte des parties. Il lui revient aussi d'évaluer les menaces sur le recouvrement, mais non de vérifier la solvabilité immédiate du poursuivi.

68. Le jugement rendu est susceptible d'appel selon les règles du droit commun de l'exécution (*article 49 de*

l'AUVE) dans un délai de quinze jours. Le délai d'appel ainsi que l'exercice de cette voie de recours n'ont pas un caractère suspensif, sauf décision contraire spécialement motivée du président de la juridiction compétente statuant en matière d'urgence ou du magistrat délégué par lui. Le droit OHADA exclut ainsi l'opposition et déroge au principe traditionnel d'effet suspensif de l'appel. Les décisions rendues par le juge des contestations relatives à l'exécution de la saisie foraine sont de plein droit exécutoires par provision, sans qu'il soit besoin de le spécifier (*A. NDZUENKEU, 2001*). Le pourvoi formé devant la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA ne suspend pas l'exécution de la décision rendue en appel, conformément à l'article 16 alinéa 1^{er} du Traité du 13 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

Joseph Simplicie TCHATCHUENG

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Assiette, 16 s.
- créance, 17 s
- biens, 20 s
Autorisation préalable, 22 s.

C

Commandement préalable (absence), 32
Concours de saisies, 45 s.
- communication entre cosaisissants, 53
Contentieux, 62 s.
Conversion en saisie-vente, 56 s.
Créancier, 9 s.

D

Débiteur, 12 s.
- présent, 36
- absent, 36
Définition, 1 s.
Dénonciation au débiteur, 39
Distribution du prix, 61

F

Forme, 32 s.
- saisie entre les mains du débiteur, 34 s
- saisie entre les mains d'un tiers ou du saisissant, 37 s

H

Huissier de justice,
- obtention de l'autorisation préalable, 27 s
- exécution de la saisie foraine, 32

I

Indisponibilité, 43 s

M

Mainlevée, 54 s

P

Procédure préalable, 22 s.

- nécessité de l'autorisation, 23 s
- procédure de l'autorisation, 26 s
- requête, 26 s
- autorisation, 28 s
Procès-verbal,
- entre les mains du débiteur, 34 s
- entre les mains d'un tiers ou du saisissant, 38 s

R

Requête, 26 s

S

Signification (saisie entre les mains d'un tiers), 38

T

Textes, 4

V

Vente, 60.

SAISIE IMMOBILIÈRE

Table des matières

Introduction n° 1-3

Chapitre I : **Mise en œuvre de la saisie immobilière** n° 4-87

Section I - Ouverture de la saisie immobilière n° 5-32

§1 - Acteurs n° 6-19

A - Sujet actif : créancier poursuivant n° 7-10

B - Sujet passif n° 11-19

I - Débiteur tenu personnellement n° 12-17

II - Tiers détenteur n° 18-19

§2 - Assiette de la saisie immobilière n° 20-25

A - Au regard du Code Civil n° 21

I - Immeubles par Nature n° 22

II - Immeubles par Destination n° 23

III - Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent n° 24

B - Au regard de l'acte uniforme n° 25

§3 - Créance et titre n° 26-32

A - Caractères de la créance n° 27-29

B - Titre n° 30-32

Section II : **Conduite de la saisie immobilière** n° 33-87

§1 - Mise de l'immeuble sous main de justice n° 34-51

A - Poursuites déclenchées à l'encontre du débiteur lui-même n° 35-43

I - Débiteur en difficulté financière n° 36-38

II - Débiteur en cessation des paiements n° 39

a - Personnes chargées de la poursuite n° 40

b - Juge-commissaire n° 41-43

B - Poursuites déclenchées Contre un tiers détenteur n° 44-46

C - Effets du commandement et de la sommation n° 47-51

§2 - Préparation de la vente n° 52-68

A - Cahier des charges n° 53-54

C - Éventualité d'une audience n° 57-59

I - Intervention du procureur de la République n° 60-61

II - Cadre des débats n° 62

III - Compétence de l'arbitre n° 63

IV - Compétence du juge de l'exécution n° 64-65

D - Publicité en vue de l'Adjudication n° 66-68

§3 - Vente ou Adjudication n° 69-87

A - Institution chargée de la vente d'Immeuble n° 70

I - Détermination légale de l'institution chargée de la vente n° 71-72

II - Détermination conventionnelle de l'institution chargée de la vente n° 73

B - Pouvoirs accordés au poursuivant à l'occasion de la vente n° 74

C - Enchérisseurs n° 75

D - Formalisme entourant la vente d'immeuble n° 76

E - Éventualité d'un report d'adjudication n° 77

F - Éventualité d'une surenchère n° 78-82

G - Acte d'Adjudication n° 83-87

I - Nature juridique de l'acte d'adjudication n° 84

II - Effets de l'adjudication n° 85-87

Chapitre II : **Incidents de la saisie immobilière** n° 88-139

Section I - **Typologie des incidents** n° 89-124

§1 - Incidents liés aux personnes en cause n° 90-101

A - Concours de Plusieurs Saisies n° 91-95

B - Subrogation dans les poursuites n° 96

I - Cas d'ouverture de la subrogation n° 97

II - Procédure de la subrogation n° 98-99

C - Demandes en distraction n° 100-101

§2 - Incidents liés aux vices de forme n° 102-104

§3 - Incidents liés au transfert de la propriété n° 105-114

A - Cas d'ouverture de la folle enchère n° 106

B - Acteurs de la folle enchère n° 107

C - Procédure de la folle enchère n° 108-113

D - Incidences de la folle enchère n° 114

Section II : **Pratique des incidents de la saisie immobilière** n° 115-139

§1 - Formalisme n° 116-121

A - Modes de saisine n° 117-119

B - Délais n° 120

C - Sanction de l'inobservation des délais et formalités n° 121

§2 - Voies de Recours n° 122-130

A - Voies de recours ordinaires n° 123-125

B - Voies de recours extraordinaires n° 126

I - Tierce opposition n° 127

II - Requête civile n° 128

III - Recours en cassation n° 129-130

§3 - OHADA et contentieux de l'exécution en matière d'incidents de saisie immobilière n° 131

A - Règles de droit antérieurement applicables n° 132

B - Impact du droit OHADA sur les règles d'exécution préexistantes n° 133-139

Chapitre III : **Distribution du prix** n° 140-158

Section 1 - **Mise en œuvre de la procédure de la distribution du prix** n° 141-152

§1 - Distribution amiable n° 142-145

A - Créancier unique n° 143

B - Existence de plusieurs créanciers n° 144-145

§2 - Distribution par voie de justice n° 146-152

A - Délai de saisine de la juridiction compétente n° 147

B - Instance en répartition du prix n° 148

I - Conditions relatives à l'acte de saisine n° 149

II - Audience de répartition du prix n° 150

III - Décision au cours de l'instance en répartition du prix n° 151

IV - Décision sur la répartition du prix n° 152

Section 2 - **Rang dans la distribution du prix** n° 153-158

§1 - Immeuble appartenant à un débiteur in bonis n° 154-157

§2 - Spécificités de la distribution du prix lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements n° 158

Conclusion générale n° 159

Bibliographie

- ADJAKA (M.) la pratique des procédures simplifiées de recouvrement de créances dans l'espace OHADA, 1^{re} éd. Ets SOUKOU.
- ANOUKAHA (F.) et al., OHADA, Sûretés, Bruylant, 2002.
- ANOUKAHA (F.) & TJOUEN (A.D.), les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA, PUA, Ydé 1999.
- ASSI-ESSO & NDIOW DIOUF. OHADA, recouvrement des créances, Bruylant, 2002.
- BIRIKA BONZI (J.C.), Théorie et Pratique des saisies, tome I, PADEG, juillet 2008.
- Boris Martor & al. Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, LITEC, 2004.
- BOUVENET ET BOURDIN, Codes et lois du Cameroun, Tome II.
- FOUCHARD (ph.), l'OHADA et les perspectives de l'Arbitrage en Afrique, travaux du centre RENE Jean Dupuy, vol 1, Bruylant, 2000
- Gatsi (J.) et al. L'effectivité du droit de l'OHADA, PUA, coll. Droit uniforme, Ydé, 2006.
- ISSAH SAYEH, Répertoire quinquennal OHADA, 2000-2005 ;
- ISSA SAYEGH (J.) et al. OHADA, Harmonisation du droit des affaires, Juriscope, Bruylant, 2002.
- ISSA SAYEGH (J.) et al. Traité & actes uniformes commentés et annotés, 3^e éd. Juriscope, 2008.
- KALIEU (Y.), Droit et pratique des sûretés réelles OHADA, P.U.A, coll. Vademecum, ydé. 2010.
- KALIEU (Y.), Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA, PUA, coll. Vademecum, Ydé, 2006.
- MEYER (P.) OHADA, Droit de l'arbitrage, Bruylant, 2002.-
- NYAMA (J.M.) OHADA/Droit des Entreprises en difficultés, CERFOD, 2004.
- POUGOUE (P. G) & TCHAKOUA (J.M.), Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, PUA, coll. Droit Uniforme, Ydé, 2000.
- POUGOUE (P. G) & KALIEU (Y), Introduction critique à l'OHADA, PUA, 2008.
- POUGOUE (P. G). Présentation Générale et procédure en OHADA, PUA Ydé, 1998.
- POUGOUE (P.G.) et TEPEI KOLLOKO (F.), La saisie immobilière dans l'espace OHADA, PUA, Ydé 2005.
- POUGOUE et al, Les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage, Harmattan, 2010.
- SAWADOGO (F.) OHADA, Entreprises en difficultés, Bruylant, 2002.
- TWENGEMBO, formulaires d'acte de procédure OHADA, 2^e éd, PUA ; Ydé, 2007
- WANDJI KAMGA (A.D.), le droit à l'exécution forcée, réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français, Thèse en cotutelle, Université de Yaoundé II et Université de Limoges, 2009

Quelques arrêts de la CCJA sur la question traitée.

- Arrêt N° 011 du 26 février 2009
- Arrêt N° 007 du 26 février 2009
- Arrêt N° 002 du 5 février 2009
- Arrêt N° 061 du 30 décembre 2008
- Arrêt N° 060 du 30 décembre 2008
- Arrêt N° 41 du 17 juillet 2008
- Arrêt N° 31 du 3 juillet 2008
- Arrêt N° 35 du 3 juillet 2008
- Arrêt N° 025 du 30 avril 2008
- Arrêt N° 008 du 27 mars 2008
- Arrêt N° 004 du 28 février 2008
- Arrêt N° 002/2006 du 09 mars 2006
- Arrêt N° 057/2005 du 22 décembre 2005
- Arrêt N° 025/2004 du 15 juillet 2004
- Arrêt N° 013 du 18 mars 2004
- Arrêt N° 21/2003 du 06 novembre 2003
- Arrêt N° 013/2002 du 18 avril 2002

Introduction

1. La sécurité des affaires est tributaire de la sécurité juridique et judiciaire. Ce pari, le législateur de l'OHADA, instrument d'intégration juridique, en fait depuis plus de 15 ans, sa préoccupation essentielle. Son action se traduit par l'adoption des actes uniformes contenant des dispositions fiables, adaptées et applicables à ses États membres (*A ce jour, l'adhésion officielle de la RDC est toujours attendue. Pour l'instant, les États membres de l'OHADA sont au nombre de 16. Il s'agit de : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo Brazzaville, Côte-d'Ivoire, Gabon, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo, Guinée Conakry, Guinée-Bissau*). S'il est exact que l'entreprise intéresse les règles de fond (*Il s'agit des actes uniformes portant respectivement droit des sûretés, droit de l'arbitrage, droit commercial, droit*

des sociétés commerciales et GIE, etc.), la réforme des règles de forme n'est pas épargnée, l'efficacité du droit substantiel ou matériel ne pouvant être appréciée qu'en raison de sa mise en œuvre à travers les règles de procédure. Il s'agit donc, pour ainsi dire, d'une réforme d'ensemble. C'est surtout à travers la réforme des règles de procédure que le législateur s'est intéressé aux différentes formes de saisies et, singulièrement à la saisie immobilière. Il les a organisées dans l'acte uniforme portant à la fois organisation des procédures simplifiées de recouvrement (*Les articles 1^{er} à 27 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement (Injonctions de payer et de restituer) et des voies d'exécution (Les articles 28 à 337 de l'AUVE)*). Celles-ci se définissent comme étant un ensemble de mesures et de techniques juridiques mises à la disposition de tout créancier, titulaire à quelques exceptions près (*L'article 55 de l'acte uniforme autorise la saisie conservatoire sans décision de justice préalable en cas*

de défaut de paiement dûment établi d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque, ou d'un loyer impayé après commandement dès lors que celui-ci est dû en vertu d'un contrat de bail d'immeuble écrit), d'un titre exécutoire, pour mettre sous mains de justice les biens appartenant à son débiteur dans le but d'être rétabli dans ses droits. Ainsi, au-delà des mesures conservatoires (*Il s'agit notamment des saisies conservatoires des biens meubles corporels, de la saisie conservatoire des créances, de la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières*), le législateur uniforme a catalogué et analysé les procédures à fin d'exécution (*On peut citer la saisie vente, la saisie attribution des créances, la saisie immobilière*).

2. L'étude de la saisie immobilière telle que issue du traité OHADA présente des intérêts variés et diversifiés.

D'un point de vue théorique, l'analyse permet de dégager la portée abrogatoire du Droit OHADA par rapport aux législations nationales des États partie et de rendre compte de ce qui reste des législations nationales des États après l'avènement de l'OHADA. Elle permet de guider la jurisprudence dont la lecture traduit parfois et malheureusement des insuffisances aussi bien quant au choix de la loi applicable qu'à la procédure applicable à l'espèce en cause. L'interprétation de l'article 150 al. 2 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés, pour ne citer que cet exemple, a parfois conduit le juge à se méprendre de la loi applicable à la procédure de recouvrement forcé à engager. Ce texte dispose en effet que « sont abrogées toutes les dispositions antérieures contraires à celles du présent acte uniforme. Celui-ci n'est applicable qu'aux sûretés consenties ou constituées après son entrée en vigueur (al. 1).

Les sûretés consenties ou constituées ou créées antérieurement au présent acte uniforme et conformément à la législation alors en vigueur restent soumises à cette législation jusqu'à leur extinction (al. 2). » (*article 227 du nouvel acte uniforme sur les sûretés adopté à LOME le 15 décembre 2010*).

Lorsqu'on sait que le paiement constitue l'un des modes d'extinction d'une sûreté (*Pour une étude exhaustive des causes d'extinction d'une sûreté, lire : ANOUKAHA et al. OHADA Sûretés, coll. Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles 2002 ; Anoukaba (F). Droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA, PUA, coll. Droit uniforme, Yaoundé, 1998 ; Kalieu Elongo (Y). Droit et Pratique des sûretés dans l'espace OHADA, à paraître, etc.*), la question se pose de savoir si les dispositions de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution doivent régir la mise en œuvre d'une procédure d'exécution forcée engagée après l'entrée en vigueur de celui-ci, mais sur le fondement de la Grosse dûment en forme exécutoire d'une convention de prêt avec affectation hypothécaire consentie ou constituée avant l'entrée en vigueur de l'acte uniforme portant organisation des sûretés. La Cour d'Appel du centre à Yaoundé, dans

son arrêt N° 414/CIV du 2 juillet 2003 a conclu pour l'application du droit antérieur à l'acte uniforme. De cette espèce, il ressort que la société SERAC SARL a bénéficié de la défunte BICIC d'un prêt garanti par une hypothèque en vertu d'une convention notariée conclue le 17 novembre 1982. La SERAC SARL n'ayant pas honoré à ses engagements malgré plusieurs relances, la société de recouvrement des créances au Cameroun, agissant ès qualité de liquidateur de la BICIC a entrepris de procéder au recouvrement de cette créance qui, en principal, intérêts et frais s'élevait à la somme de 195 275 122 francs CFA. Un commandement aux fins de saisie immobilière est ainsi servi à la débitrice par exploit en date du 21 février 2001 suivi du dépôt du cahier des charges et de la sommation d'en prendre communication. Des dires et observations sont déposés et insérés au cahier des charges par le saisi, en contestation entre autres de la créance et en nullité des poursuites. Par jugement N° 656 du 19 septembre 2001, le Tribunal de Grande Instance du MFOUNDI à Yaoundé les déclare non fondés, ordonne la continuation des poursuites et fixe la nouvelle date d'adjudication. Dans l'intervalle, le jugement N° 656 ci-dessus est frappé à la fois d'appel et de pourvoi en cassation avec, en appendice, la saisine de Monsieur le Premier Président de la Cour Suprême d'une requête aux fins de sursis à exécution. Le 8 février 2002, le Premier Président de la Cour Suprême du Cameroun rejette par ordonnance N° 352 la requête aux fins de sursis à exécution présentée, rendant ainsi exécutoire le jugement N° 656 du 19 septembre 2001. Par ordonnance N° 161 du 8 février 2002, le Président du Tribunal de Grande Instance de Yaoundé fixe la nouvelle date d'adjudication au 14 mars 2002. L'immeuble est vendu par-devant notaire.

On pensait avoir anéanti et rendu sans objet l'appel interjeté contre le jugement N° 656 du 19 septembre 2001 du Tribunal de Grande Instance du MFOUNDI lorsque la Cour d'Appel du Centre, saisi de cet appel, annule suivant arrêt N° 414/CIV du 2 juillet 2003 la procédure de saisie immobilière en articulant :

« Considérant que la convention de prêt hypothécaire du 17 novembre 1982 entre la BICIC et la SERAC... a été conclue sous l'empire des dispositions des articles 2114 et suivants du code civil ;

Que la saisie immobilière du 21 février 2001 pratiquée en vue de la réalisation de l'hypothèque constituée avant l'entrée en vigueur de l'acte uniforme relatif aux sûretés aurait dû être opérée en application des dispositions des articles 390 et suivants du code de procédure civile ainsi que le stipule la convention de prêt avec affectation hypothécaire.

Que c'est à tort qu'elle l'a été suivant les dispositions de l'acte uniforme N° 6 non applicable en l'espèce ;

Qu'il y a lieu d'infirmer le jugement entrepris et statuant à nouveau, de déclarer nulle la saisie immobilière querellée... »

Du coup, les interrogations fusent de part et d'autre.

Comment pourrait-il en être autrement ? Si la compétence de la Cour d'Appel peut se justifier par la contestation qui portait sur la créance, on peut sérieusement douter de l'analyse qui a conduit à l'infirmité du jugement. S'il est en effet exact qu'aux termes de l'article 150 al. 2 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés, « les sûretés consenties ou constituées ou créées antérieurement au présent acte uniforme et conformément à la législation alors en vigueur restent soumises à cette législation jusqu'à leur extinction », il faut dire, pour le préciser, que le législateur de l'OHADA est plutôt resté fidèle au principe fondamental de droit selon lequel « la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif » consacré à l'article 2 du code civil. N'est-il pas juste que la validité des sûretés consenties, constituées ou créées avant l'entrée en vigueur de l'acte uniforme portant organisation des sûretés soit appréciée sur la base de la loi alors applicable au moment de leur constitution ? Devrait-on, pour cet exercice, faire application des dispositions encore inexistantes de l'acte uniforme sans heurter un principe fondamental de droit ? Il importe de préciser que la législation sur les sûretés concerne les règles de constitution, de fonctionnement et d'extinction. Il s'agit pour l'essentiel des règles de fond même si la constitution de certaines sûretés conduit à certaines exigences de forme telles que l'écrit, notarié ou sous seing privé, ou même l'obtention préalable d'une ordonnance du juge comme c'est le cas en matière d'hypothèques forcées. En tout cas, il ne s'agit encore là que des règles de constitution des sûretés.

L'acte uniforme portant organisation des sûretés ne régit pas et ne régleme pas les procédures de recouvrement et d'exécution forcée. Il ne contient non plus des dispositions relatives aux procédures d'exécution forcée. Il s'agit d'un acte uniforme autonome, distinct en tous points de vue de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qui, en son article 337 dispose clairement que « le présent acte uniforme sera applicable aux mesures conservatoires, mesures d'exécution forcée et procédures de recouvrement engagées après son entrée en vigueur ». Comment la Cour d'appel du centre en est-elle arrivée à sa conclusion ? L'expression « conformément » contenue dans l'article 150 al. 2 (*nouvel article 227*) de l'acte uniforme sur les sûretés aurait pu permettre à la cour de saisir l'esprit du législateur : les sûretés consenties, constituées ou créées sous l'ancienne législation relative aux sûretés restent soumises à celle-ci jusqu'à leur extinction. En outre, le terme « extinction » contenu dans l'article 150 al. 2 (*nouvel article 227*) ne pouvait davantage déjouer l'analyste. Définis comme étant des moyens accordés par la loi ou par la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations du débiteur, quelle que soit la nature juridique de celle-ci, la sûreté s'éteint tantôt par voie principale, tantôt par voie accessoire ; en tout cas suivant la législation en vigueur au moment de sa

création. La réalisation de la sûreté en recouvrement de la créance garantie échappe au champ d'application de l'acte uniforme sur les sûretés pour embrasser tantôt celui relatif au recouvrement par voie simplifiée des créances et des voies d'exécution s'il s'agit d'un débiteur simplement récalcitrant, tantôt celui relatif aux procédures collectives d'apurement du passif s'il s'agit d'un débiteur soumis soit au règlement préventif, soit au redressement judiciaire ou en liquidation des biens.

L'espèce ayant donné lieu à l'arrêt N° 414/CIV du 2 juillet 2003 ci-dessus de la Cour d'appel du centre n'est pas isolée. Parfois même, le juge statuant en matière d'incidents de saisie immobilière s'est empressé d'appliquer les dispositions de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution alors que le commandement a été signifié avant même l'adoption de l'acte uniforme. C'est ainsi que pour un commandement signifié le 31 mars 1998, c'est-à-dire avant l'adoption le 10 avril 1998 et l'entrée en vigueur le 10 juillet 1998 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, le Tribunal de Grande Instance de la MIFI à Bafoussam a en date du 6 février 2001 fait application de cet acte uniforme dans le cadre d'une saisie immobilière (*Affaire Crédit Foncier du Cameroun C/Kamgue jacob legrand, inédit. Dans cette espèce, le tribunal a fixé la date de l'adjudication prescrit ses formalités préalables sur la base des dispositions de l'OHADA*). Pourtant, seules les dispositions de droit interne devaient recevoir application (*Lire avec beaucoup d'intérêt l'article 337 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution*). Mieux qu'un intérêt simplement théorique, il s'agit d'un intérêt beaucoup plus juridique.

3. D'un point de vue pratique, l'étude de la saisie immobilière permet de rendre compte de son effectivité, de son efficacité et surtout de sa dynamique. Elle permet de mettre en exergue, par comparaison aux anciennes législations, la souplesse de la procédure, toute chose qui fait du Droit OHADA un droit moderne, attractif et adapté au monde des affaires, gage du développement. C'est même d'un intérêt économique qu'il est question ici, l'existence des moyens efficaces de recouvrement des créances constituant un facteur encourageant pour les prêteurs de deniers à entretenir des relations d'affaires avec les opérateurs économiques dont l'activité favorise le développement.

Jusqu'à une certaine période, la matière était régie dans différents États Africains par leurs législations nationales. Au Cameroun en particulier, l'essentiel de la législation se ramenait aux articles 390 et suivants du code de procédure civile et à certaines dispositions éparses contenues dans le code civil. Le législateur OHADA à travers l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution a uniformisé la matière dans les États Parties et partant abrogé diverses législations nationales en leurs dispositions contraires. La matière

s'est enrichie de décisions jurisprudentielles lui donnant pleine vie. On peut dès lors aborder à travers un exposé illustrer la mise en œuvre de la saisie immobilière telle que issue de la législation OHADA (chapitre I) avant d'envisager, en ses aspects théorique et pratique les incidents nés de celle-ci (chapitre II). L'immeuble adjudgé, il peut se présenter une difficulté liée à la distribution du prix (chapitre III).

Chapitre I : Mise en œuvre de la saisie immobilière

4. Le déclenchement de la procédure de saisie immobilière (section 2) est subordonné à l'existence de certaines conditions préalables (section 1).

Section I - Ouverture de la saisie immobilière

5. L'ouverture de la saisie immobilière suppose résolues trois interrogations relatives aux acteurs (§ 1), à l'objet (§ 2), et aux conditions liées à la créance et aux titres (§ 3).

§1 - Acteurs

6. Le déclenchement de toute procédure et celle de la saisie immobilière particulièrement, fait intervenir un ou plusieurs sujets actifs d'une part, et un ou plusieurs sujets passifs d'autre part.

A - Sujet actif : créancier poursuivant

7. La saisie immobilière est ouverte à tout créancier titulaire d'un titre exécutoire. Il peut s'agir aussi bien d'un créancier chirographaire que d'un créancier hypothécaire ou privilégié. En effet, aux termes de l'article 247 de l'acte uniforme, « la vente forcée d'immeuble ne peut être poursuivie qu'en vertu d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible ».

Dans l'espèce ayant donné lieu au jugement civil N° 01 du 1^{er} octobre 1997 du Tribunal de Première Instance de Bafoussam (*Aff. : SCP NOUGWA & KOUONGUENG C/ liquidation BMBC*), une société civile professionnelle d'Avocats avait été constituée par la BIAO Méridien Bank (BMBC) dans le cadre de plusieurs procédures que celle-ci leur avait confiées. Plus tard, ladite SCP a été heurtée à la résistance de leur cliente qui s'opposait au paiement de leurs honoraires. Face à ce refus, la SCP obtint une ordonnance de taxe qui, signifiée, n'a fait l'objet d'aucune voie de recours ; ce qui la rendait dès lors exécutoire. Nantis de ce titre exécutoire, lesdits

avocats initièrent une procédure de saisie immobilière sur l'un des immeubles de la BMBC situé à Bafoussam.

Pour soutenir la nullité du commandement, le conseil de l'ex-BMBC invoquait la non-reproduction dans le commandement du certificat d'inscription hypothécaire qui au demeurant n'existait pas en l'espèce pour n'avoir pas été obtenu auprès de la conservation foncière par le créancier poursuivant. Le jugement susvisé ne fera pas droit à cette demande, consacrant ainsi le droit, même pour un créancier chirographaire, de poursuivre par voie de saisie immobilière sur la base de son seul titre exécutoire (*Il convient néanmoins de relever que c'était vraiment osé pour ces Avocats d'avoir initié et diligenté une telle procédure sans avoir au préalable, fort de leur titre exécutoire, obtenu une inscription d'hypothèque judiciaire auprès du conservateur de la propriété foncière. Cela leur aurait permis non seulement d'avoir rang utile en cas de concours de créanciers, mais aussi d'avoir droit de préférence et de suite entre les mains de tout éventuel tiers détenteur ; le débiteur pouvant au reçu du commandement organiser son insolvabilité en sortant par des artifices ledit immeuble de son patrimoine*).

Cette décision n'est pas isolée. Le Tribunal hors classe de Dakar, suivant jugements n°s 798 et 800 du 04 mai 1999 a statué dans le même sens. Il en est de même du Tribunal de Grande Instance du MFOUNDI à Yaoundé dans son jugement N° 234 du 26 mars 2006 (*Aff. KAMAPI Joseph contre YAMGA Gabriel, inédit*). Il suffit, avant d'engager la procédure de saisie immobilière, de se conformer préalablement aux dispositions de l'article 28 alinéa 2 de l'Acte Uniforme aux termes desquelles «...Sauf s'il s'agit d'une créance hypothécaire ou privilégiée, l'exécution est poursuivie en premier lieu sur les biens meubles et en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur les immeubles ». Il peut s'agir d'une hypothèque conventionnelle ou d'une hypothèque judiciaire (*TGI Nkongsamba, jugement N° 42/CIV du 5 juin 2003, Aff. Ets GORTZOUNIAN C/Ayants droit de FINGOUE Pierre, inédit*).

8. L'appréciation de la notion d'exécution préalable sur les biens meubles peut donner lieu à contestation. Dans l'espèce ayant opposé Robert TABEL dit KHADIM à OUSSEYNOU CHAMSEDINE objet du jugement n° 798 susvisé, le Tribunal hors classe de Dakar au Sénégal a décidé que le fait d'initier les procédures paralysant l'exécution sur les meubles et partant la vente de ceux-ci justifie la mise en œuvre d'une procédure de saisie immobilière subséquente. En outre, le créancier chirographaire poursuivant doit justifier, au cas où une vente mobilière a préalablement eu lieu, que le produit de cette vente était insuffisant pour couvrir sa créance. Il en a ainsi été jugé dans l'affaire ayant opposé Laborex Sénégal à Aly Cise objet du jugement n° 800 du 04 mai 1999 également susvisé.

La mise en œuvre de l'article 28 al. 2 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement est parfois source de difficulté. C'est ce qui justifie que la

plupart des créanciers titulaires des décisions de justice recourent préalablement à l'hypothèque forcée judiciaire avant d'entamer la procédure de saisie immobilière. Assez rarement, on connaît les biens meubles du débiteur qui, quand bien même ils sont retrouvés se révèlent être de moindre importance. Il est beaucoup plus aisé de se renseigner auprès des services de la conservation foncière sur la consistance du patrimoine immobilier du débiteur ainsi que les charges qui le grèvent. Il en est délivré un relevé foncier.

Par l'article 28 de l'acte uniforme, le législateur réitère la place importante de l'immeuble comparativement au bien meuble considéré comme étant une « *res vilis* » dans le patrimoine de l'individu. Mais, quelles que soient les raisons qui peuvent être avancées, la préoccupation du juriste procédurier, relativement à l'article 28 al. 2 demeure celle de savoir si cette disposition est impérative. Ce texte dispose en effet que « *sauf s'il s'agit d'une créance hypothécaire ou privilégiée, l'exécution est poursuivie en premier lieu sur les biens meubles et, en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur les immeubles* ». Cet article fait partie du Titre I qui traite des dispositions générales aux voies d'exécution consacrées au livre II. Il s'agit d'une disposition qui concerne essentiellement et uniquement la saisie immobilière bien que ne figurant pas dans le titre VIII consacré à cette procédure spéciale et particulière. Ce texte ne contenant dans ses dispositions aucune sanction en cas de non-respect, sa violation doit-elle être soumise au même régime que celui relatif aux autres dispositions concernant la saisie immobilière ? On peut douter d'une réponse négative. De quelle sanction s'agirait-il cependant ? L'article 28 al. 2 de l'acte uniforme ne traitant pas de délai, mais de l'ordre de saisie des biens lorsque le créancier chirographaire entend procéder à une saisie immobilière, la déchéance se trouve d'emblée écartée. S'agirait-il alors de nullité ? Celle-ci tend à sanctionner le défaut d'accomplissement de certaines formalités et n'est prononcée, lorsqu'elle est prévue, que lorsque l'irrégularité a pour effet de causer un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque (*art. 297 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution*). Lorsqu'elle n'est pas expressément prévue, la nullité ne peut en principe être encourue en raison de la règle « *pas de nullité sans texte* ». L'article 28 al 2 semble se retrouver dans ce cas de figure. Mais, il reste à se demander si le fait pour le créancier chirographaire de commencer par les meubles avant de s'attaquer aux immeubles constitue une simple formalité soumise au régime de la nullité en matière de saisie immobilière. Beaucoup plus efficace semble être la solution consacrée à l'article 246 de l'acte uniforme. Ce texte dispose en effet que « *le créancier ne peut faire vendre les immeubles appartenant à son débiteur qu'en respectant les formalités prescrites par les dispositions qui suivent... Toute convention contraire est nulle* ». Ce texte consacre à peine de nullité de toute convention contraire le caractère d'ordre public des règles applicables à la saisie immobilière. Le caractère d'ordre public de la

procédure de saisie immobilière a été mis en relief dans le jugement N° 48/CIV du 7 septembre 2004 du Tribunal de Grande Instance de la MIFI à Bafoussam, République du Cameroun. Dans cette espèce qui opposait la Banque Crédit Lyonnais Cameroun à MBOBDA Daniel, dame MBOBDA et la société ERECAM SARL, une procédure de saisie immobilière avait été initiée par la Banque Crédit Lyonnais Cameroun sur l'immeuble objet du titre foncier N° 7322 du département de la MIFI appartenant à monsieur MBOBDA Daniel, caution hypothécaire de la société ERECAM SARL suivant commandement en date du 13 octobre 2003 en recouvrement de la somme de 30 183 501 francs CFA en principal. Les dires et observations n'ayant pas été déposés par les saisis, le créancier poursuivant a procédé à la vente de l'immeuble saisi par-devant Maître NGUEGANG, notaire à Bafoussam. On pensait avoir terminé avec cette mesure d'exécution lorsque le Tribunal saisi, s'offusquant de ce que la vente a été effectuée sans que la déchéance du saisi ait été judiciairement prononcée, a soulevé d'office plusieurs moyens le conduisant à annuler l'entièreté de la procédure avant d'autoriser le créancier poursuivant à reprendre la procédure à partir du commandement. Pour y parvenir, le Tribunal a articulé : « *Attendu que les défendeurs n'ont pas inscrit leurs dires et observations. Que sans qu'une décision de déchéance ne soit rendue à leur encontre, le crédit lyonnais a fait procéder à la vente de l'immeuble par-devant Maître GUEGANG, notaire à Bafoussam.*

Attendu que l'article 246 de l'acte uniforme dispose que « *le créancier ne peut faire vendre les immeubles appartenant à son débiteur qu'en respectant les formalités prescrites par les dispositions qui suivent. Toute convention contraire est nulle* ».

Qu'en l'espèce, le Crédit Lyonnais Cameroun dans son article 17 du cahier des charges a précisé que la vente aura lieu par-devant Maître GUEGANG, notaire au ressort de la Cour d'Appel de l'Ouest à Bafoussam ;

Que ce notaire n'est pourtant pas le notaire convenu entre les parties, ce qui est une violation flagrante des dispositions des articles 262 al. 3 et 282 al. 1 de l'acte uniforme.

Qu'en outre, la sommation de prendre communication du cahier des charges indique que la vente sera faite par-devant Maître GUEGANG, notaire, ce qui est une violation de l'article 270 alinéa 2 selon lequel la sommation indique à peine de nullité, les jours et heures prévus pour l'adjudication ;

Que par ailleurs, le Tribunal n'a pas eu à taxer préalablement les frais de poursuites, ce qui constitue une violation des dispositions de l'article 280 de l'acte uniforme ;

Attendu que les règles de procédure sont d'ordre public et l'inobservation des articles 246, 267 et 270 est obligatoire à peine de nullité.

Qu'en conséquence, il échet de déclarer nuls le cahier des charges déposé le 20 novembre 2003, la sommation de prendre connaissance du cahier des

charges et la vente de l'immeuble objet du titre foncier N° 7322 du Département de la MIFI, vente intervenue le 16 Mars 2004 suivant l'acte N° 1490 du répertoire de Maître GUEGANG, notaire à Bafoussam.

Attendu qu'il échet d'autoriser le Crédit Lyonnais à reprendre la procédure à partir du commandement aux fins de saisie immobilière du 03 octobre 2003 et de dire que les délais de divers actes à édifier commenceront à courir à compter de la signification du présent jugement... ». On peut se demander si c'est vraiment en respect à l'ordre public consacré par l'article 246 que cette décision a été rendue. Lorsqu'on sait que l'ordre public tel que prévu par ce texte oblige simplement le créancier à procéder à la réalisation par voie judiciaire de l'immeuble objet de la saisie, on peut s'étonner que le non-respect de certaines mentions dans les actes et le non-respect de certaines formalités par le créancier poursuivant soient considérés comme une violation de l'article 246 de l'acte uniforme. Il importe de préciser que l'acte uniforme a soigneusement indiqué les hypothèses dans lesquelles le Tribunal peut d'office intervenir dans le cadre de la procédure de saisie immobilière. Il en est ainsi notamment lorsqu'il doit assurer le contrôle du cahier des charges relativement à la mise à prix ou lorsqu'il doit ordonner la distraction de certains biens conformément à l'article 275 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Dans ce cas, il doit informer les parties de son intention de modifier le cahier des charges. Il peut même requérir l'avis d'un expert. Le Tribunal de Grande Instance de Dschang au Cameroun a déjà usé de la faculté que lui reconnaît ce texte en modifiant la mise à prix contenue au cahier des charges comme violant l'article 267 al 10 de l'acte uniforme. (TGI Menoua, Jugement N° 35/ADD/CIV du 12 mai 2003 (Affaire Afriland First Bank C/Fongou Fidèle, Tanezou et autres, inédit).

9. L'article 246 semble plutôt consacrer à notre avis l'interdiction de la clause de voie parée par laquelle le débiteur peut être amené à consentir à l'avance au créancier le droit de vendre l'immeuble hypothéqué ou même de se l'approprier en paiement sans avoir besoin de se soumettre à la procédure de vente sur saisie immobilière prévue par la loi et non donner au tribunal la possibilité de soulever, même en l'absence des dires et observations des moyens tendant à la nullité de la procédure d'exécution engagée et dont la sanction est au demeurant subordonnée, pour être prononcée, à certaines conditions au nombre desquelles la justification d'un grief (Art. 297 AUGE).

Il importe de relever que le caractère d'ordre public consacré par ce texte ne concerne que les articles 247 et suivants, à s'en tenir à la lettre de l'article 246 lui-même. Dans cette logique, il ne concernerait en rien l'article 28 al. 2, disposition de portée générale. Au bout du compte, doit-on conclure que l'article 28 al. 2 n'a valeur que de simple recommandation ? En attendant que

la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA ait l'occasion de se prononcer sur le caractère impératif ou non de cette disposition, les juridictions des États parties pourraient user de la procédure d'avis pour se faire une conviction. Dans l'intervalle, certains y voient une formalité substantielle dont l'omission emporte nullité de la procédure. Dans l'espèce ayant donné lieu au jugement N° 15/CIV du 7 décembre 2006, le Tribunal de Grande Instance du MOUNGO à Nkongsamba était appelé, entre autres, à se prononcer sur le sort d'une procédure de saisie immobilière initiée par un créancier chirographaire sur un bien immobilier appartenant à son débiteur. La saisie de l'immeuble n'ayant pas été précédée d'une tentative d'exécution sur les meubles, il était question de savoir si pareil manquement encourait la nullité. Le tribunal y a répondu par l'affirmative en annulant la procédure initiée. (TGI MOUNGO, aff. LANKEUH S. C/NGAMOU Théophile, inédit).

Il faut dire toutefois que la réforme de l'acte uniforme sur les sûretés tel que adopté le 14 décembre 2010 à LOME a remis en cause les principes jusque-là chers au droit des voies d'exécution. Désormais, il est possible pour le créancier hypothécaire de se faire attribuer l'immeuble en propriété ou de se le faire attribuer en justice sans avoir besoin de procéder par la saisie immobilière (*titre III du nouvel acte uniforme*). Même si cette formalité est subordonnée à une expertise préalable de la valeur de l'immeuble, il reste qu'il y a là une remise en cause de l'interdiction de la clause de voie parée qui, bien qu'allégeant et facilitant le recouvrement, fragilise la propriété immobilière alors considérée comme le bien essentiel du patrimoine de l'individu. L'attribution du bien en propriété n'était jusque-là connue que pour les biens meubles (*article 2078 du code civil*) considérés comme étant de peu de valeur. Lorsqu'on sait que le débiteur est rarement assisté lors de la conclusion de la convention d'hypothèque devant notaire, son souci primordial étant de bénéficier du crédit, ce dernier ne peut réaliser à cet instant le risque qu'il court lorsque la convention prévoit la clause d'attribution en propriété (*nouvel article 199*) ou l'attribution judiciaire de l'immeuble en paiement au profit du créancier (*nouvel article 198*). Il faut même craindre que le créancier en fasse plutôt un argument de chantage à l'endroit de tout constituant d'hypothèque qui choisirait de ne pas souscrire à pareille clause. Même si la mesure ne concerne pas les immeubles servant à l'habitation (*cas de l'attribution en propriété*) et la résidence principale (*cas de l'attribution judiciaire en paiement*) et est subordonnée à une expertise préalable, on aurait encore préféré une vente à réméré par laquelle le débiteur bénéficierait encore de la faculté de rachat en lieu et place d'une légitimation de la clause de voie parée.

10. En tout état de cause, le créancier poursuivant qui peut, au moment de l'adjudication en être déclaré adjudicataire, doit avoir la capacité d'ester en justice et de poser des actes de disposition. Il en résulte que seul

le tuteur pour le mineur non émancipé peut engager une saisie immobilière au nom de celui-ci. L'autorisation préalable du conseil de famille sera cependant nécessaire (*article 464 du code civil Camerounais*). S'agissant du mineur émancipé, pareille action ne peut être engagée sans l'assistance de son curateur (*art. 482 du c. c.*). De même, le père et à défaut la mère ayant l'administration légale des biens de leur fils mineur, a seul (e) qualité pour engager toute action immobilière au nom et pour le compte de cet incapable (*art. 389 c. c.*).

Par ailleurs, en cas de décès du créancier originaire, ses héritiers, à condition de justifier de l'existence d'un jugement d'hérédité passé en force de chose jugée, peuvent initier et diligenter une saisie immobilière à l'encontre de tout débiteur de la succession sur la base d'un titre exécutoire.

Il convient d'indiquer que toute saisie immobilière au profit d'un interdit judiciaire, c'est-à-dire du « majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur se présentant même à des intervalles lucides » doit être initiée par son curateur désigné par jugement dans les formes prescrites par la loi.

De même, les créanciers d'un créancier peuvent par voie d'action oblique exercer les droits et actions de ce dernier devenu négligent et laxiste.

Le cessionnaire du créancier est également recevable à pratiquer une saisie immobilière entre les mains du débiteur du cédant à condition de signifier préalablement à ce débiteur la cession tant du titre que de la créance conformément aux articles 1690 et 2214 du code civil. Les Cours d'Appel de Toulouse et de NIMES par leurs arrêts respectifs des 8 août 1850 (*in jurisclasseur des Huissiers, t. 32, P. 50*) et 02 juillet 1808 (*S. 09, 2, 61*) indiquent fort à propos que la notification du transport peut se faire valablement par le même acte que le commandement à fin de saisie immobilière. Il s'agira donc dans la pratique d'un exploit de notification de transport de créance contenant commandement afin de saisie immobilière.

B - Sujet passif

11. En principe, la procédure de saisie immobilière est diligentée contre le débiteur tenu personnellement de la dette (I). Il peut toutefois arriver que celle-ci soit dirigée contre un tiers détenteur tenu « *propter rem* » et non personnellement. (II).

I - Débiteur tenu personnellement

12. Le débiteur est celui qui est tenu personnellement ou solidairement de la dette. Il peut également s'agir d'une caution personnelle. En effet, la caution s'engage, dit l'article 3 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés (*version de 1997*), envers le créancier qui accepte, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y

satisfait pas lui-même. (*Pour une étude plus approfondie de la question, lire : Kalieu ELONGO (Y), Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA, PUA, Yaoundé, 2007, ANOUKAHA (F) et autres, OHADA-Sûretés, juriscope, éd. Bruylant, 2002*).

En cas de décès du débiteur, la poursuite sera dirigée à l'encontre des héritiers au moins huit (8) jours après signification du titre exécutoire à ceux-ci conformément à l'article 877 du code civil. Il en est de même si le débiteur décède en cours de procédure. Dans ce dernier cas, les formalités ne sont valablement continuées qu'après notification préalable aux héritiers du titre exécutoire. C'est du moins ce qu'a décidé la Cour d'Appel de Montpellier dans son arrêt en date du 2 décembre 1901. Le non-respect de cette formalité entraîne la nullité de toute la procédure et de l'adjudication. (*Cass. civ. 1^{re} 15 janvier 1974, D. 1974, J, 307*).

Il convient d'avoir une exacte compréhension de l'article 877 du code civil. Ce texte dispose en effet que « les titres exécutoires contre le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement et néanmoins les créanciers ne pourront en poursuivre l'exécution que huit jours après la signification de ces titres à la personne ou au domicile de l'héritier ».

13. Deux cas de figure doivent dès lors être envisagés :

Si le débiteur avait constitué des sûretés en garantie de ses engagements auprès du créancier, son décès survenu après coup ou pendant la procédure ne peut empêcher la réalisation de ces garanties par le créancier. Il en est de même si la masse successorale est suffisante pour désintéresser le créancier. Il suffit de signifier le titre exécutoire à ses héritiers huit jours au moins avant la mise en œuvre de la procédure d'exécution forcée proprement dite. La signification du titre exécutoire et des actes de procédure aux héritiers pris individuellement n'est pas nécessaire, car le créancier ne s'intéresse que très rarement aux enfants du défunt pendant que ce dernier est encore en activité. Il se peut qu'il ne connaisse aucun à son décès. Les actes de procédure sont dans ce cas signifiés à la succession ou aux ayants droit du défunt (*TGI Bafoussam, jugt n° 30/civ du 3 juin 2008. Aff. Succession YEMTSA C/Succession Tchassem David, inédit*). La signification à domicile est valable. Il s'agit dans la plupart des cas du dernier domicile du défunt, ce dernier tenant lieu de domicile successoral dès lors que l'héritier est censé y résider.

Si par contre la masse successorale est insuffisante pour désintéresser le créancier, la poursuite peut être dirigée sur les biens personnels de ses héritiers. C'est ce que traduit la formule de l'article 877 du code civil. Il suffit que ceux-ci aient accepté purement et simplement la succession. Il n'en sera pas de même si l'héritier a accepté sous bénéfice d'inventaire ou s'il y a simplement renoncé. En effet, la dévolution ab intestat n'est pas obligatoire pour les successibles (*art. 775 Code Civ.*). Ceux-ci disposent d'une option. L'option du successible est confinée dans un certain délai. Il est de 40 jours

à compter de l'expiration du délai d'inventaire après décès, lui-même fixé à 3 mois (*art 795 Code Civ.*) : l'héritier peut soit accepter purement et simplement la succession, soit l'accepter sous bénéfice d'inventaire, soit y renoncer tout simplement.

L'acceptation de la succession peut être tacite ou expresse. Le code civil en son article 778 détermine soigneusement chacune de ces hypothèses. Ainsi, l'acceptation est dite expresse quand le successible prend la qualité d'héritier dans un acte authentique ou privé. Elle est en revanche tacite quand le successible pose un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter et dont seule sa qualité d'héritier donnerait droit de faire. Il en est ainsi, par exemple, de la donation, vente ou transport que fait de ses droits successifs un cohéritier soit à un tiers, soit à ses cohéritiers.

L'acceptation de la succession est en principe irrévocable. Il n'en est autrement que si le consentement du successible a été surpris par dol ou de l'hypothèse où, du fait de la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation, la succession se trouve absorbée ou diminuée de plus de la moitié.

Si l'acceptation pure et simple d'une succession peut se traduire aussi bien expressément que tacitement, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire en revanche obéit à un formalisme confiné dans certains délais. Aux termes de l'article 793 du code civil applicable au Cameroun, elle doit se faire par déclaration au greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle la succession est ouverte et inscrite dans un registre ad hoc. Pour être efficace, celle-ci doit être précédée ou suivie d'un inventaire fidèle et exact des biens constituant la masse successorale. Le délai est de 3 mois et 40 jours comme précédemment indiqué. Passé ce délai et sans qu'aucune procédure d'acceptation sous bénéfice d'inventaire ait été engagée, le successible peut être déclaré héritier pur et simple de la succession par décision de justice et pourra donc subir l'exécution d'un titre exécutoire ayant existé contre celui dont il est héritier pur et simple. Au cours de l'instance, il est possible à ce dernier de solliciter un nouveau délai que le juge peut accorder ou refuser. Les délais impartis au successible pour délibérer ne sont cependant pas impératifs. Il en est de même de ceux de prolongation que peut lui avoir accordés le juge. En effet, l'article 800 du code civil lui donne la faculté, les délais légaux et ceux éventuellement accordés étant expirés, de procéder à un nouvel inventaire et de se porter héritier bénéficiaire. Il ne peut en être autrement que s'il existe contre lui un jugement qui le condamne en qualité d'héritier pure et simple dûment passé en force de chose jugée.

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire a des effets significatifs au profit du successible. Ce dernier ne peut être tenu au paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis. On dit qu'il ne peut être tenu « *ultra vires successionis* », c'est-à-dire au-delà de la succession. Il peut même se décharger du paiement de ces dettes en

abandonnant les biens recueillis aux créanciers et aux légataires. Elle a également pour avantage est de ne pas confondre ses biens personnels à ceux de la succession et de conserver contre elle le droit au paiement de ses créances.

L'héritier qui a renoncé à la succession ne peut non plus voir exécuter sur ses biens personnels un titre exécutoire contre le de cujus. Comme l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, la renonciation à une succession ne se présume pas. Elle doit être faite au greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle la succession est ouverte et inscrite dans un registre tenu à cet effet. Elle n'est ouverte qu'aux successibles non frappés de déchéance. Il en est ainsi de celui qui dissimule ou divertit les biens de la succession. Ceux-ci demeurent héritiers purs et simples de la succession et en assument les conséquences.

14. Les règles tirées du régime matrimonial du débiteur n'ont pas échappé au législateur uniforme. Aux termes de l'article 250 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, la vente forcée des immeubles communs doit être poursuivie contre les deux époux sans qu'il y ait lieu à liquidation préalable. Cette exigence est suivie par la jurisprudence (*Abidjan, Arrêt n° 402 du 13 avril 2001, dame AIZAN N'SALE Marie Mouchia épouse PORQUET C/PORQUET Séverin, BICICI, inédit*).

La détermination de la nature d'immeuble commun peut poser quelques difficultés surtout dans les pays où les immeubles sont soumis au régime de l'immatriculation. Assez fréquemment, l'immeuble est immatriculé au nom d'un seul des conjoints, l'époux en l'occurrence. La saisie et la vente de cet immeuble devront-elles être poursuivies contre les époux ou contre celui dont le titre porte le nom ? La question revêt toute son importance lorsqu'elle se heurte aux dispositions organisant le régime matrimonial applicable aux époux. Il est possible de s'en tenir uniquement au débiteur au profit duquel l'immeuble est immatriculé si l'on admet que le titre foncier est la certification officielle de la propriété immobilière comme c'est le cas dans certains pays de l'espace OHADA (*article 1^{er} du décret N° 76/165 du 27 avril 1976 modifié par le décret N° 2005/481 du 16 décembre 2005 fixant la procédure d'obtention du titre foncier au Cameroun*). Les adeptes de cette tendance soutiennent, comme c'est le cas du jugement N° 798 du Tribunal de Grande Instance de Yaoundé en date du 26 septembre 2007 que l'acte de mariage ne peut prouver l'existence d'une communauté sur l'immeuble saisi. Dans l'espèce ayant donné lieu au jugement N° 798 ci-dessus, la PRO-PME FINANCEMENT avait initié à l'encontre de monsieur AZANGUE Bernard, caution hypothécaire de la société ÉLEVAGE Promotion Afrique, une procédure de saisie immobilière. Des dires et observations déposés soulèvent plusieurs moyens, avec, entre autres, la violation des articles 1399, 1401 du code civil, 249 et 250 de l'acte OHADA portant Organisation des procédures

simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Par ce moyen, les disants soutiennent la nullité de la procédure au motif que l'épouse de la caution réelle n'a pas été mise en cause alors que suivant l'acte de mariage produit au dossier, ils sont soumis au régime de la communauté des biens en l'absence de tout contrat de mariage existant entre eux. Ils poursuivent en soutenant qu'aux termes de l'article 250 de l'acte uniforme OHADA, la vente forcée des immeubles communs est poursuivie contre les deux époux. Pour rejeter ce moyen, le Tribunal de Grande Instance de Yaoundé articule : « Attendu que l'article 250 s'il énonce que la vente forcée des immeubles est poursuivie contre les époux, n'a pas prévu la sanction en cas de violation, que l'immeuble litigieux est au nom de AZANGUE Bernard, que dès lors l'article 1421 du code civil que n'a pas abrogé le traité OHADA dispose que le mari administre seul les biens de la communauté, il peut les vendre, aliéner ou hypothéquer sans le concours de la femme ; que l'immeuble étant au seul nom de AZANGUE, ce dernier n'a pas rapporté la preuve qu'il était commun, l'acte de mariage produit aux débats n'étant pas une preuve suffisante, l'immeuble pouvant aussi être un bien propre ; que ce grief n'est pas fondé ». Mais, pour rigoureuse et aussi scientifique qu'elle soit, cette analyse demeurerait incomplète et brillerait par son insuffisance lorsqu'on sait qu'en l'absence de contrat de mariage, les articles 1400 et suivants du code civil ont soigneusement régleménté le régime des biens du couple. C'est ainsi qu'en application de l'article 1401 du code civil, « la communauté se compose activement... de tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage ». Dans cette logique, l'immeuble même immatriculé au nom d'un seul des conjoints mais acquis pendant le mariage appartient au couple, la saisie et la vente ne pouvant dès lors être dirigées que contre les deux époux. Les applications sont nombreuses (-TGI Bafoussam, jugement N° 03/CIV du 15 janvier 2008. Aff. Liquidation BIAOC (SRC) C/ Tankou Philippe, inédit. Dans cette espèce, le tribunal a annulé les poursuites parce que dirigées contre un seul des conjoints. -Jugement N° 56/CIV/TGI du 6 septembre 2005, inédit. Dans cette procédure, le tribunal a annulé les poursuites pour violation de l'article 250 de l'acte uniforme.). Les articles 1400 et suivants du code civil consacrent donc une présomption de communauté qui ne peut être écartée que par la preuve du contraire. Il reste que l'intervention de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA sur ce point précis sera salutaire dans l'harmonisation et l'unification de la jurisprudence dans l'espace OHADA.

15. Une autre difficulté peut naître de la mise en œuvre de l'article 250 de l'acte uniforme en raison de l'option matrimoniale des époux. Le législateur de l'OHADA n'a pas envisagé l'hypothèse des mariages polygamiques très fréquents en Afrique lorsqu'en son article 250 il indique que la vente forcée des immeubles communs est poursuivie contre les deux époux. En limitant le mariage au

couple, le législateur uniforme n'a pas tenu compte des spécificités Africaines. La question s'est posée devant le Tribunal de Grande Instance de la MIFI à Bafoussam dans l'affaire opposant la BICEC à MFOKEU Ousmanou et autres. Les parties saisies invoquaient la violation de l'article 250 de l'acte uniforme en ce que, s'agissant d'un mariage polygamique, c'est au mépris de la disposition ci-dessus que la BICEC a servi le commandement uniquement à monsieur MFOKEU Ousmanou et à l'une de ses épouses, partie à la convention d'hypothèque dont l'exécution forcée était entamée. Le Tribunal saisi aurait eu l'occasion de se prononcer sur ce cas particulier de figure si les disants avaient produit au dossier les éléments pour permettre à la juridiction saisie de s'assurer de l'existence effective de la polygamie arguée. Les actes de mariage n'étant pas produits au dossier, le Tribunal a rejeté ce moyen articulé sur la violation de l'article 250 de l'acte uniforme (*TGI Bafoussam, jugement N° 25/CIV du 20 février 2007, inédit*).

Il reste que, si le législateur a prévu la poursuite contre les deux époux, le détail tiré de l'existence des mariages polygamiques en Afrique lui a malheureusement échappé. Le souci du législateur n'est-il pas celui de l'opposabilité aussi bien de la procédure que du jugement à tous ceux qui auraient un quelconque intérêt ou droit sur le bien saisi ? Dans la pratique, le créancier poursuivant peut ne pas savoir sous quelle option matrimoniale est marié le débiteur. Si le titre exécutoire n'en fait pas cas, le créancier court le risque de voir sa procédure subir la sanction de la nullité si les conditions exigées par la loi sont réunies. Cette difficulté n'est cependant pas sans issue. Il suffirait alors d'engager la procédure contre les « époux... », cette formulation ayant le mérite de pouvoir englober les différents cas de figure d'option matrimoniale.

Fortement attachée à la lettre de la loi, une décision du Tribunal de Grande Instance du Moungo à Nkongsamba a cependant affirmé sa rigueur dans l'interprétation de l'article 250 de l'acte uniforme. Elle a refusé de s'ouvrir à la polygamie en raison de ce que l'acte uniforme ne parle que de deux époux. En effet, dans l'espèce ayant donné lieu au jugement N° 24/CIV du 6 mars 2003, les disants soutenaient, sur la base des actes de mariage qu'ils avaient versés aux débats, que la procédure dirigée uniquement contre deux époux était nulle. Il s'agissait d'un mariage polygamique. Pour rejeter ce moyen, le Tribunal de Grande Instance du Moungo à Nkongsamba articule : « mais attendu que la convention hypothécaire querellée ne concerne que sieur F. et son épouse MB. ; qu'il y est consigné que celle-ci, après avoir pris connaissance de la convention de compte courant, a déclaré se rendre et se constituer caution solidaire et indivisible du constituant sans réserves ni bénéficiaire de discussion... et qu'elle renonce au profit de la banque sur les biens immobiliers appartenant à son mari et spécialement affectés à la garantie des présentes en principal, intérêts et frais accessoires, à l'hypothèque légale que lui reconnaît l'article 2121 du code civil. Attendu

donc que l'apparition maintenant de dame K. épouse F. pourtant mariée depuis le 3 août 1983, mais jamais mêlée à la convention exprime quelque volonté de dol ou dilatoire... Attendu que le code civil a été conçu pour des cas de monogamie ; qu'il y est même interdit de contracter un second mariage avant la dissolution du premier (*article 147 du code civil*) ; que tous les articles afférents aux biens ou à quelque partage font état de la femme (*marié, survivante...*) et non des femmes ; qu'ainsi l'article 1474 du code civil dit explicitement que le partage de l'actif de la communauté se fait par moitié entre les époux, ce qui suppose l'existence seulement d'un homme et d'une femme ; Attendu que l'article 250 de l'acte uniforme OHADA stipule que « la vente forcée des immeubles communs est poursuivie contre les deux époux », que la loi de ce fait ignore la famille vicieuse que constitue la polygamie, celle-ci étant par nature illimitée, permettant abus et spéculations pernicieuses ; Qu'il échet de dire qu'il n'y a nullement violation de cette loi... » (*TGINkongsamba, jugement N° 24/CIV du 6 mars 2003. Affaire SGBC C/Fengyep et autres, inédit*). La solution serait-elle la même si le titre exécutoire n'était pas constitué d'une convention portant engagement des conjoints ? La question en vaut la chandelle !

Une autre difficulté s'est posée dans la pratique relativement à l'application de l'article 250 de l'acte uniforme. Il était question de savoir si la mise en œuvre du conjoint survivant était encore nécessaire en cas de décès de l'autre conjoint. En l'espèce, l'époux étant décédé, la poursuite avait été dirigée uniquement contre la succession. Les dires et observations déposés tendant à la nullité de la procédure invoquaient entre autres la violation de l'article 250 de l'acte uniforme en ce que le commandement n'a pas été servi au conjoint survivant alors qu'aux termes du texte visé au moyen, la procédure portant sur un immeuble commun doit être poursuivie contre les deux époux. Pour invalider la procédure, le Tribunal de Grande Instance de Bafoussam a énoncé : « Attendu qu'il ressort des dispositions de l'article 249 de l'acte uniforme OHADA N° 6 que la part indivise d'un immeuble ne peut être mise en vente avant le partage ou la liquidation que peuvent provoquer les créanciers d'un indivisaire ; que l'article 250 du même acte dispose que la vente forcée des immeubles est poursuivie contre les deux époux ; Attendu qu'il ressort clairement du certificat de propriété reproduit dans l'exploit du commandement du 18 juillet 2006 que l'immeuble objet de poursuite appartient en toute propriété à Tchassem David, marié sous le régime de la communauté des biens ; qu'en poursuivant la seule succession Tchassem David, la saisissante a violé les dispositions impératives sus-décrites puisqu'elle n'a pas poursuivi la veuve commune en biens d'une part avec le de cujus et que d'autre part cet immeuble n'a pas fait l'objet d'un partage ou d'une liquidation entre les indivisaires alors même que le législateur communautaire a reconnu la possibilité à tout créancier de provoquer ce partage ou liquidation ; qu'il

échet sur ce moyen unique d'ordonner la nullité de la procédure engagée contre la succession Tchassem et partant la discontinuation des poursuites sur l'immeuble suscité... ». Il faut observer que cette décision, bonne quant à l'application de l'article 250 de l'acte uniforme pêche cependant quand elle mêle dans sa motivation l'article 249 qui n'en est pas concerné et dont elle fait une mauvaise lecture. Certes, on peut envisager une indivision entre les époux sans que cela ne change pour autant la nature d'immeuble commun sur lequel les époux ont chacun un droit indivis. Cette difficulté remarquée dans cette décision avait déjà été perçue par le législateur de l'OHADA qui y a consacré l'article 249 de l'acte uniforme dont le sens mérite d'être précisé pour éviter désormais différents sons de cloches.

En effet, le législateur uniforme a tenu compte de ce que l'immeuble à saisir peut avoir une nature indivise. En son article 249, l'acte uniforme, suivi en cela par la jurisprudence dispose clairement que la part indivise d'un immeuble ne peut être mise en vente avant le partage ou la liquidation que peuvent provoquer les créanciers d'un indivisaire. (*Tribunal Régional Hors classe de Dakar, jugement du 31 décembre 2002. SNR contre ADAMA DIOP et FATIMA DIALLO, inédit*). Lorsque l'immeuble appartient en copropriété à plusieurs personnes à la suite d'une acquisition par achat, il n'y a pas de difficulté particulière. La part d'un indivisaire ne peut être saisie et vendue qu'après le partage que peuvent provoquer les créanciers de cet indivisaire. Dans ce cas, l'indivision ou la copropriété se traduisent par la mention des noms de l'ensemble des indivisaires sur le titre de propriété.

16. Un autre cas de figure fait couler cependant beaucoup d'encre dans la pratique. C'est celui où l'un des conjoints commun en biens décède, laissant un ou plusieurs immeubles hypothéqués et des enfants. La question est celle de savoir si le décès du conjoint a pour conséquence de rendre indivis l'immeuble hypothéqué. En d'autres termes, le créancier hypothécaire qui entreprend de réaliser l'hypothèque à lui consentie par le défunt doit-il provoquer le partage de l'immeuble hypothéqué ? Cette question, apparemment sans enjeu juridique tient pourtant à cœur les praticiens de la saisie immobilière qui veulent en avoir le cœur net. On soutient, en invoquant l'article 249 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution que le décès de l'ascendant a pour conséquence de créer une indivision de plein droit entre ses successibles au point où l'immeuble objet de l'héritage devient un bien indivis. Dès lors, poursuivent les adeptes de cette tendance, aucune saisie ne peut porter sur tel immeuble devenu indivis, sauf à provoquer le partage. Mais il importe de restituer le Droit en la cause. En effet, l'article 249 invoqué dispose clairement que « la part indivise d'un immeuble ne peut être mise en vente avant le partage ou la liquidation que peuvent provoquer les créanciers d'un indivisaire ». Ce texte est d'ailleurs la reprise de l'article 2205 du code civil aux

termes duquel « néanmoins, la part indivise d'un héritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels, avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer... ». S'il n'est pas contesté que les héritiers sont saisis de plein droit des biens du de cujus, il est aussi vrai que le créancier de l'indivisaire ne peut saisir sa part héréditaire dans la masse successorale qu'après un partage qu'il peut provoquer. S'agissant cependant du créancier hypothécaire du défunt, le bien hypothéqué peut aisément être saisi entre les mains de toute personne et même de la succession sans qu'il soit besoin de provoquer un quelconque partage qui ne se justifie pas. La seule exigence incombant au créancier hypothécaire dans ce cas étant la mise en cause du conjoint survivant conformément à l'article 250 de l'acte uniforme. Est-il encore besoin de rappeler qu'aux termes de l'article 724 du code civil, « les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession » et de dire que l'article 249 de l'acte uniforme renvoie expressément aux créanciers d'un indivisaire et concerne la part de cet indivisaire ? En effet, il faut soigneusement distinguer le passif héréditaire devenu indivis et les dettes personnelles d'un indivisaire.

Dans un arrêt de la cour de cassation française en date du 24 décembre 1912, il a été dit et jugé que « malgré la division légale entre les héritiers des dettes de la succession, le gage dont les créanciers du défunt jouissaient de son vivant continue, même après son décès, et ce jusqu'au partage, de subsister d'une manière indivisible sur l'hérédité tout entière ». (*Cass. req. 24 décembre 1912, Frécon, D.P., 15, I, 45*). Dans un autre arrêt, la chambre commerciale de la même cour a statué dans le même sens en articulant que « l'intégralité de ces dettes (*dettes de la succession*) est garantie par l'hérédité tout entière tant que le partage n'est pas effectué » (*cass. com. 28 avril 1987, B. IV. N° 98 ; J.C.P.N., 88. II. 16 ; R., 88, 157, note J. Patarin.*). Le partage du bien successoral, loin de constituer un préalable à la saisie du bien par les créanciers du défunt, en crée plutôt une impossibilité.

En ce qui concerne les créanciers personnels de l'indivisaire pour les dettes personnelles de ce dernier, ceux-ci ne peuvent saisir le bien devenu indivis, sauf à provoquer le partage avant toute réalisation de leurs droits. La jurisprudence précise cependant que s'il est interdit au créancier personnel d'un indivisaire de faire saisir et vendre la part indivise de son débiteur, cela ne porte en rien entorse au pouvoir de disposition de l'indivisaire sur sa quote-part, notamment son pouvoir de constituer une hypothèque (*civ. 1^{re}, 20 octobre 1982, B. I. N° 287 ; civ. 3^e, 2 novembre 1983, B. III, N° 212 ; JCP, 85. II. 20354, note R. Perrot, P. catala.*).

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA fait une singulière application de l'article 249 en protégeant le conjoint commun en biens contre les dettes personnelles de son conjoint n'ayant aucun rapport avec la famille. Dans l'espèce ayant donné lieu à

l'arrêt N° 025/2008 du 30 avril 2008, monsieur Konan Kouadio Camille, gérant de la SARL unipersonnelle INTE-RACO, s'était porté caution solidaire de ladite société en date du 23 juin 1986 pour bénéficier auprès de la SGBCI d'un prêt hypothécaire de 550 000 000 FCFA en principal. En garantie, la SGBCI a bénéficié d'une hypothèque sur les immeubles objets des titres fonciers N°s 18901, 24884 et 24956 établis au nom de Konan Kouadio Camille. N'ayant pas été payée, la SGBCI a entrepris de réaliser ces garanties en initiant à l'encontre du débiteur Konan Kouadio une procédure de saisie immobilière portant sur les immeubles ci-dessus. Des dires et observations sont déposés par madame Konan Kouadio marie aimée, ex-épouse de monsieur Konan Kouadio qui soutient d'une part que la créance dont le recouvrement est poursuivi par la SGBCI ne résulte pas d'une dette commune aux époux Konan ; d'autre part que si la SGBCI, créancière hypothécaire peut poursuivre la vente des immeubles qui lui sont hypothéqués par monsieur Konan Camille, elle ne le peut que sur la part de celui-ci dans les immeubles communs. Cet argumentaire ne triomphera pas devant le premier juge qui après avoir rejeté les dires et observations présentés, a ordonné la vente des immeubles saisis. L'appel formé contre ce jugement fera l'objet d'un arrêt infirmatif de la Cour d'Appel d'Abidjan en date du 1^{er} avril 2005. La SGBCI s'est pourvue en cassation devant la CCJA. Le pourvoi est rejeté suivant arrêt N° 025/2008 du 30 avril 2008. Cette Cour était appelée à se prononcer sur le point de savoir si le régime de la communauté de biens équivalait à un état d'indivision appelant à l'application de l'article 249 de l'acte uniforme OHADA tel que le soutenait Dame Konan Kouadio marie aimée. La Cour communautaire a répondu par l'affirmative. Elle articule en effet : «... - Vu l'article 249 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

Mais attendu que, en l'espèce, qu'il est constant comme ressortant des pièces du dossier de la procédure que les ex-époux Konan s'étaient mariés le 09 octobre 1965 à Abidjan sous le régime de la communauté des biens, seul régime matrimonial en vigueur au moment de leur mariage ; qu'ayant divorcé le 14 mai 1993 suivant jugement N° 363/CIV 118 du Tribunal de Première Instance d'Abidjan, soit bien après l'entrée en vigueur de la loi N° 83-300 du 02 août 1983 modifiant radicalement l'ancien et unique régime précédent, il n'est toutefois pas prouvé par les parties litigantes, et singulièrement la SGBCI qu'il y a eu partage ou liquidation des biens de la communauté entre les deux époux, ni qu'il y a eu ou non changement du régime matrimonial entre eux avant le divorce ; que dans ces conditions, la violation excipée par la requérante des dispositions visées au moyen se heurte nécessairement aux déclarations unanimes et péremptoires des ex-époux selon lesquelles les immeubles litigieux sont et demeurent communs et indivis ; qu'il suit que leur bonne foi ne peut valablement être vérifiée et contestée que dans le cadre et à

l'issue du partage ou de la liquidation des biens présumés communs formant l'indivision ; qu'à cet égard, l'article 249 de l'acte uniforme précité ayant prescrit que la part indivise d'un immeuble ne peut être mise en vente avant le partage ou la liquidation que peuvent provoquer les créanciers d'un indivisaire, ce partage ou cette liquidation n'étant pas intervenus alors même qu'ils pouvaient être provoqués par la requérante, il échet, en l'état, de dire que le moyen ne peut être accueilli... ». La Cour Commune de Justice et d'arbitrage de l'OHADA vient par cet arrêt prendre position quant à la nature des biens faisant partie de la communauté. Elle décide qu'il s'agit d'un état d'indivision. Il s'agirait alors d'une indivision communautaire. Mais là où pêche la CCJA, c'est qu'elle a perdu de vue que bien qu'ayant attribué le caractère indivis aux biens formant la communauté, elle étend l'application de l'article 249 de l'acte uniforme à ce cas particulier d'indivision qui, sur le plan de la procédure, est soumis à un régime particulier. En effet, aux termes de l'article 250 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, « la vente forcée des immeubles communs est poursuivie contre les deux époux ». À l'analyse, la CCJA n'avait pas besoin de rechercher si l'engagement du conjoint procédait d'une dette commune aux époux, c'est-à-dire contractée ensemble et de concert et dans l'intérêt commun. En le faisant, elle a ajouté à la loi. Ceci est d'autant plus vrai qu'aux termes de l'article 1421 du code civil de 1804 encore applicable dans la plupart des États membres de l'OHADA, « le mari administre seul les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme ». On peut penser que le raisonnement de la Cour dans cette espèce soit la conséquence de l'erreur procédurale commise par la SGBCI. Elle aurait dû, conformément aux dispositions de l'article 250, initier la procédure contre les deux époux, bien que divorcés plus tard, dès lors que les biens objet de la saisie étaient des biens communs, la dette ayant par ailleurs été contractée pendant le mariage. Elle n'avait pas alors à solliciter la liquidation ou le partage préalable avant de procéder à la saisie. Ce qui importe de noter avec force c'est que le législateur de l'OHADA distingue soigneusement les biens communs des biens indivis soumis à des régimes procéduraux différents des articles 249 et 250 de l'acte uniforme. Pour les biens communs, l'exigence est celle de la poursuite contre les deux époux alors que pour les biens indivis, il est absolu de procéder à la liquidation ou au partage préalable. L'amalgame ainsi créé par la CCJA est dangereuse pour l'harmonisation recherchée et la sécurité judiciaire. On espère qu'elle aura une autre occasion pour relire sa copie.

17. Une difficulté peut se présenter lorsque le débiteur est une personne frappée d'incapacité. C'est notamment le cas du mineur. La procédure sera dirigée contre son représentant légal après discussion préalable du mobilier. Il en est ainsi, quand bien même il s'agirait d'un mineur

émancipé ou d'un interdit. En effet, aux termes de l'article 2206 du code civil, « les immeubles d'un mineur, même émancipé, ou d'un interdit, ne peuvent être mis en vente avant la discussion du mobilier. Toutefois, cette formalité n'est pas nécessaire lorsque l'immeuble appartient en indivision à un majeur et un mineur ou un interdit contre lesquels la dette est commune ». Aux termes de l'article 2207 du code civil, « la discussion du mobilier n'est pas requise avant l'expropriation des immeubles possédés par indivis entre un majeur et un mineur ou interdit si la dette leur est commune, ni dans le cas où les poursuites ont été commencées contre un majeur, ou avant l'interdiction ».

Si l'immeuble appartient à une succession vacante, la procédure est dirigée à l'encontre du curateur. La succession vacante est celle à laquelle soit tous les héritiers ont renoncé parce que celle-ci est criblée de dette, soit en raison de l'animosité existant entre les successibles, ou encore une succession qui n'a pas d'héritier connu. Dans ce cas, le Tribunal de Première Instance du lieu de l'ouverture de la succession, saisi à la requête de toute personne ayant intérêt et même du Ministère Public, rend une décision désignant un curateur ayant les mêmes missions qu'un séquestre. (*articles 811 et suivants du code civil*).

Une autre difficulté d'ordre procédural peut provenir de la cessation des paiements constatée sur le débiteur. La mise en liquidation des biens du débiteur principal peut-elle constituer un obstacle à l'exécution sur la caution in bonis ? La réponse est négative. En effet, la suspension des poursuites découlant de l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur ne profite pas aux co-obligés ou à la caution du débiteur. Ce qui est normal dès lors que leur intervention avait pour objectif de pallier aux difficultés ou la cessation des paiements de celui-ci. Dans le cadre du règlement préventif, la caution et les co-obligés ne peuvent même pas bénéficier des délais et remises consentis au débiteur (*art. 18 al 3 de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif. Sur la question des délais, lire : Pougoué (P. G.) & Kalieu Elongo (Y.) : Les procédures collectives d'apurement du passif OHADA, PUA, collection Droit uniforme, 1999 ; Sawadogo (F.M.), OHADA-Droit des entreprises en difficultés, collection Droit uniforme Africain, Bruylant, juriscope, 2002 ; NYAMA (J.M.), OHADA- Droit des entreprises en difficultés, CERFOD, 2004 ; TEPPI KOLLOKO (F.) : Les délais en matière des procédures collectives, mémoire de DEA en Droit Communautaire et comparé CEMAC, université de Dschang, 2006.*). La solution serait-elle la même si le co-obligé ou la caution réelle était également en cessation des paiements ? La cessation des paiements dûment constatée par le Tribunal donne lieu au prononcé soit du redressement judiciaire si l'assistance du débiteur peut le sauver du naufrage, soit de la liquidation des biens lorsque aucun espoir n'est plus permis. Le jugement d'ouverture a des conséquences significatives relativement aux voies d'exécution. Les

poursuites sont suspendues, les créanciers étant désormais réunis dans une masse et représentés par le syndic désigné dans le jugement d'ouverture. La suspension des poursuites concerne toutes les créances, qu'elles soient chirographaires ou assorties de sûretés réelles. Cette suspension, s'agissant singulièrement des sûretés réelles, est temporaire et conditionnelle. En effet, aux termes de l'article 150 al. 3 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « si, dans le délai de trois mois suivant la décision de liquidation des biens, le syndic n'a pas entrepris la procédure de réalisation des immeubles, le créancier hypothécaire peut exercer ou reprendre son droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic ».

II - Tiers détenteur

18. Les rédacteurs de l'acte uniforme ont voulu traiter l'acquéreur particulier comme un étranger à la dette en le qualifiant de « tiers détenteur ».

Cela étant, le débiteur dont l'immeuble est affecté en garantie de sa créance peut être tenté de l'aliéner. La loi ne lui retire pas cette possibilité. En effet, aux termes de l'article 2182 du code civil, « la simple transcription des titres translatifs de propriété sur le registre du conservateur ne purge pas les hypothèques et privilèges établis sur l'immeuble. Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue : il les transmet sous l'affectation des mêmes privilèges et hypothèques dont il était chargé ». L'acquéreur d'un tel bien le fait à ses risques et périls. La constitution d'une hypothèque n'a donc pas pour effet de rendre indisponible l'immeuble (*TGI Bafoussam, jugement N° 39/CIV du 19 avril 2005, inédit*). Une telle aliénation n'emporte pas pour le créancier hypothécaire la perte de sa garantie. Ce dernier dispose d'un droit de suite entre les mains de tout tiers acquéreur, ce droit se traduisant par le pouvoir qui lui est reconnu de saisir entre les mains de toute personne autre que son débiteur l'immeuble aliéné, de le faire vendre aux enchères publiques et de se faire payer sur le prix.

Commençons par définir la notion de tiers détenteur. On désigne sous ce nom tout acquéreur ou donataire d'un immeuble grevé d'une hypothèque ou d'un privilège, non personnellement obligé à la dette, mais tenu comme détenteur ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles quel que soit leur montant, ou de délaisser l'immeuble sans aucune réserve, à moins de procéder à la purge qui limite le droit de poursuite des créanciers hypothécaires au prix payé ou à la valeur de l'immeuble. Cette définition tirée du lexique des termes juridiques (*13^e édition, Dalloz, 2001, p. 543*) est rejointe par la jurisprudence qui définit le tiers détenteur comme étant « le nom donné à l'acquéreur d'un immeuble grevé d'une hypothèque ou d'un privilège qui, n'étant pas personnellement tenu de la dette, peut

délaisser l'immeuble ». Cette jurisprudence va plus loin et précise que le locataire n'est pas un tiers détenteur. En effet, dans une espèce qui opposait la société PRO-PME à la société Élevage Promotion Afrique et AZANGUE Bernard, les dires et observations déposés invoquaient entre autres, la violation de l'article 255 alinéa 1 de l'acte uniforme OHADA portant Organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en ce que le commandement n'avait pas été signifié au locataire alors tiers détenteur. Pour rejeter ce moyen, le Tribunal de Grande Instance du MFOUNDI à Yaoundé après avoir défini la notion de tiers détenteur articule : « Attendu qu'il est fait grief à PRO-PME de n'avoir pas fait commandement au tiers détenteur ; Attendu que le tiers détenteur est le nom donné à l'acquéreur d'un immeuble grevé d'une hypothèque ou d'un privilège qui, n'étant pas personnellement tenu de la dette, peut délaisser l'immeuble ; Que le locataire n'est donc pas un tiers détenteur, qu'il n'avait pas à être notifié, que c'est plutôt AZANGUE qui pouvait suspendre les poursuites contre lui, en offrant le versement des loyers des 12 locataires pendant deux ans si ceux-ci pouvaient couvrir le montant de sa dette » (TGI Yaoundé, jugement N° 798 du 26 septembre 2007, Aff. Sté Élevage Promotion Afrique (EPA) SARL & AZANGUE Bernard contre PRO-PME FINANCE, inédit). C'est le lieu d'affirmer avec Michel DAGOT que parler de tiers détenteur n'a rien à voir avec la notion de détention matérielle de l'immeuble. Bien au contraire, le tiers détenteur à l'encontre duquel va s'exercer le droit de suite est titulaire d'un droit des plus solides, qui n'a rien à voir avec une simple détention précaire telle celle du locataire (*Michel DAGOT, LES SURETES, Thémis, Presses Universitaires de France, 1^{re} édition, 1981, PP. 458 et suivantes*).

La qualité de tiers détenteur suppose que soit soigneusement défini le caractère de son droit, la notion de tiers et les caractères de l'acquisition de ce dernier.

Le tiers détenteur est celui qui dispose sur le bien immobilier un véritable droit réel. Il faut en plus que ce droit soit publié à la conservation foncière. La publication revêt la forme d'une inscription dans le livre foncier. Si le droit n'est pas publié, il est inopposable aux tiers et le créancier hypothécaire est en droit de l'ignorer. Ce dernier n'aura donc pas besoin d'user de son droit de suite pour procéder à la saisie qui, dans ce cas, sera dirigée contre celui qui, d'après les documents officiels disponibles à la conservation foncière, est propriétaire de l'immeuble.

Une parenthèse semble nécessaire pour préciser l'effet de l'inscription : Au-delà de l'opposabilité aux tiers, la date de l'inscription fixe le rang. C'est d'ailleurs le sens de l'adage « *Prior tempore potior jure* » qui signifie que c'est l'inscription et non la naissance du droit qui donne rang à l'hypothèque. L'article 2147 du code civil encore applicable dans plusieurs pays membres de l'OHADA précise que tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du

matin et l'inscription du soir, quand bien même cette différence serait marquée par le conservateur. L'obligation d'inscription est opposable au tiers acquéreur que la loi dénomme improprement tiers détenteur. C'est cette publicité qui permettra au créancier hypothécaire de considérer l'existence du tiers et de lui signifier le commandement avec sommation exigé par l'article 255 de l'acte uniforme OHADA.

19. Au total, lorsque l'hypothèque est constituée par le débiteur, on ne saurait parler de tiers tant que cet immeuble n'est pas aliéné. On assimile les ayants cause universels ou à titre universel au débiteur. Ceux-ci succèdent à toutes les obligations de leur auteur et supportent personnellement la dette hypothécaire de ce dernier. Ils ne peuvent donc juridiquement avoir la qualité de tiers et ne peuvent partant subir le droit de suite du créancier hypothécaire de leur auteur. En revanche, les ayants cause particuliers tels que l'acheteur, le donataire, le légataire particulier, le coéchangiste et même l'héritier qui n'acceptent la succession que sous bénéfice d'inventaire sont de véritables tiers parce que détenant un pouvoir et un droit propre sur l'immeuble objet de l'hypothèque d'une part, et d'autre part, ne sont pas personnellement tenus à la dette du débiteur envers le créancier. On dit de ces derniers qu'ils ne sont tenus que *propter rem*. Le droit de suite leur est applicable.

Lorsque l'hypothèque a été consentie par un tiers non personnellement tenu à la dette, le créancier hypothécaire n'a non plus besoin, en principe, d'user de son droit de suite contre la caution réelle ainsi constituée, celle-ci faisant partie de la convention d'hypothèque. Il en est ainsi lorsque la caution réelle n'a pas aliéné l'immeuble avant la saisie. Mais, mise à part l'hypothèse où la caution réelle est également caution solidaire du débiteur, il ne faut pas perdre de vue que la caution uniquement réelle n'est pas tenue personnellement de la dette comme le débiteur constituant d'hypothèque puisqu'elle n'a engagé que son immeuble en garantie de la créance du débiteur. Si la caution réelle aliène donc l'immeuble hypothéqué, elle cessera d'être obligée. C'est pour cette raison qu'on tend à l'assimiler au tiers détenteur avec des conséquences procédurales qui en découlent. Pourtant, en bien de points, la situation du tiers détenteur est différente de celle de la simple caution réelle. Le tiers acquéreur peut obliger le créancier à discuter préalablement les immeubles détenus par le débiteur et peut même purger l'immeuble de toutes ses hypothèques en offrant le prix aux créanciers. La caution réelle ne peut ni exciper du bénéfice de discussion, ni procéder à la purge.

Le tiers détenteur est donc quelqu'un d'étranger au contrat fondamental. Le débiteur et toute personne assimilable au débiteur ne peuvent être des tiers. Sont ainsi exclus les ayants cause universels et à titre universel du débiteur, la caution personnelle tenue personnellement de la dette dont la situation est plutôt assimilable à celle

du débiteur principal. En définitive, seul l'acquéreur à titre particulier a la qualité de tiers détenteur de l'immeuble.

Ainsi, au même titre que le débiteur principal ou la caution personnelle, le tiers détenteur peut subir la procédure de saisie immobilière sans être tenu personnellement de la dette comme ceux-là. On dit donc du tiers détenteur qu'il est tenu « *propter rem* », c'est-à-dire par le seul fait qu'il détient matériellement l'immeuble convoité.

Toutefois, il convient de préciser que seuls les créanciers hypothécaires ou privilégiés peuvent, en raison du droit de suite qui leur est reconnu, diligenter une telle procédure contre le tiers (Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 895 du 02 mai 2000. CBAO C/SCI JABULA). Les créanciers chirographaires dépourvus de toute sûreté réelle ne peuvent se contenter que de l'immeuble faisant encore partie du patrimoine de leur débiteur et détenu par celui-ci.

Lorsqu'ils sont publiés, l'hypothèque et le privilège immobilier ont pour avantage de rendre inopposable toute transaction immobilière faite par le débiteur au profit des tiers sur le bien objet de ladite sûreté dans le but d'organiser son insolvabilité et d'empêcher les créanciers de recouvrer leur créance.

Les acteurs de la saisie immobilière étant précisés, on peut s'interroger sur l'objet de cette mesure d'exécution forcée.

§2 - Assiette de la saisie immobilière

20. Sur quoi porte la saisie en matière immobilière ? C'est toute la question relative à l'assiette de la saisie immobilière qui se trouve ainsi posée. Les articles 249 et suivants de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution, loin de s'attarder sur les conditions relatives à la nature des biens, se contentent d'énoncer les particularités relatives à la saisie des biens d'un indivisaire et des biens de la communauté, de la préférence accordée aux biens hypothéqués qui doivent être saisis avant ceux non hypothéqués et des particularités relatives à la vente des immeubles situés dans plusieurs ressorts.

En tous ces points, ces dispositions intéressent beaucoup plus la procédure, ce qui laisse entier le problème de la détermination de l'assiette de la saisie immobilière qui en réalité trouve sa solution tant dans le code civil (A) que dans quelques dispositions de l'acte uniforme. (B)

A - Au regard du Code Civil

21. Aux termes de l'article 2204 du code civil, « le créancier peut poursuivre l'expropriation :

- des biens immobiliers et de leurs accessoires réputés immeubles appartenant en propriété à son débiteur,
- de l'usufruit appartenant au débiteur sur les biens de même nature ».

Cette disposition, prise isolément est insuffisante. Il convient de la compléter avec celle de l'article 517 du code civil qui précise que « les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent ».

I - Immeubles par nature

22. Il s'agit du sol, c'est-à-dire du fonds de terre et des plantations et constructions dont il est le support. Les articles 518 à 521 du code civil règlent ce point avec détails.

Toutefois, la saisie immobilière ne peut porter sur le sous-sol. Ce dernier appartient, conformément à l'article 3 de l'ordonnance n° 74/2 du 6 juillet 1974 fixant le régime foncier et domanial au Cameroun, au domaine public de l'État. Il est insusceptible d'appropriation privée.

Les constructions et les végétaux, tant qu'ils ne sont pas détachés du sol constituent des immeubles par nature. Il s'agit notamment, s'agissant des végétaux, de tout ce qui est planté au sol. Les récoltes n'obéissent pas à un régime particulier. En effet, les fruits et récoltes ne sont considérés comme étant des meubles que lorsqu'ils sont détachés de leur support pour acquérir une individualité distincte ; à moins que conventionnellement les parties aient fait d'elles des meubles par anticipation tels que l'a décidé la Cour d'Appel de Paris dans un arrêt du 28 décembre 1940.

II - Immeubles par Destination

23. On entend par « immeuble par destination » tout meuble considéré fictivement par la loi comme immeuble en raison du lien qui l'unit à un immeuble par nature dont il est l'accessoire. Il ne peut être saisi indépendamment de l'immeuble par nature que pour le paiement de son prix. Ainsi, toutes les fois qu'une procédure de saisie immobilière est initiée, elle porte naturellement sur l'immeuble par destination.

Deux critères permettent d'identifier un immeuble par destination :

1) L'immeuble par nature et le meuble affecté doivent appartenir en propriété à la même personne. C'est ainsi que l'objet apporté par un fermier, bien que servant à l'exploitation du fonds du propriétaire, conserve sa nature de meuble.

2) Il doit exister un rapport de destination entre les deux biens, c'est-à-dire le meuble et l'immeuble. Ce rapport peut s'établir de deux manières :

* soit par l'affectation du meuble au service ou à l'exploitation d'un fonds ;

* soit par la fixation matérielle au fonds du meuble à perpétuelle demeure. Cette attache à perpétuelle demeure se traduit par « des faits matériels d'adhérence apparente et durable » (*civ. 18 octobre 1950*).

III - Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent

24. Aux termes de l'article 526 du code civil, « sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent :

- L'usufruit des choses mobilières ;
- Les servitudes ou services fonciers ;
- Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.

On peut citer dans cette dernière catégorie, le bail emphytéotique, les actions pétitoires immobilières, hypothécaires, confessoires ou négatoires de servitude et d'usufruit, les actions mixtes immobilières.

Le législateur de l'OHADA, soucieux d'assurer la sécurité des affaires dans son espace, a agrandi l'assiette de la saisie.

B - Au regard de l'acte uniforme

25. A la différence du code civil, on se rend compte à la lecture des dispositions de l'AUVE en ses articles 247, 249, 250 et 252 que le législateur communautaire se contente à chaque coup de la formule « vente forcée d'immeuble » sans pour autant énumérer, comme le code civil l'a fait, les immeubles concernés par la procédure de saisie immobilière. Il a certainement, par souci de simplicité, éviter de reprendre les dispositions nationales respectives sur ce point.

Cette particularité mise à part, le législateur OHADA a agrandi l'assiette de la saisie immobilière, marquant par là même une innovation certaine par rapport à la législation interne antérieure.

Désormais, même si l'adjudication est soumise au préalable de l'immatriculation, il n'en demeure pas moins que la procédure de saisie immobilière peut être déclenchée sur les immeubles non encore immatriculés (*art 253 AUVE*). Une autre innovation importante concerne les impenses. Le lexique des termes juridiques les définit comme étant « les dépenses faites pour la conservation ou l'amélioration ou l'embellissement d'une chose ». Entrent dans l'assiette de la saisie immobilière les impenses réalisées par le débiteur sur un terrain dont il n'est pas propriétaire mais qui lui a été affecté par décision d'une autorité administrative. (*Arts. 254, 258 et 259 AUVE*).

La créance objet de la saisie et les titres justifiant la saisie doivent obéir à certaines exigences.

§3 - Créance et titre

26. Envisageons successivement la créance (A) et les titres (B).

A - Caractères de la créance

27. L'ouverture d'une procédure de saisie immobilière

suppose l'existence d'une créance liquide et exigible. En effet, aux termes de l'article 247 de l'AUVE, « La vente forcée d'immeuble ne peut être poursuivie qu'en vertu d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible. La poursuite peut également avoir lieu en vertu d'un titre exécutoire par provision, ou pour une créance en espèce non liquidée ; mais l'adjudication ne peut être effectuée que sur un titre définitivement exécutoire et après liquidation ».

Une créance est liquide lorsqu'elle est déterminée dans son montant ou lorsque son montant est déterminable (*CCJA, arrêt N° 007/2003 du 24 avril 2003, CI-TELECOM devenue Société TELECOM Côte d'Ivoire C/Société PUBLISTAR*).

Lorsque la créance est constatée dans un titre exécutoire, aucune difficulté particulière ne se présente habituellement. On peut citer ici le cas d'une créance matérialisée dans une décision de justice passée en force de chose jugée. C'est encore le cas lorsque celle-ci est issue d'une convention notariée de prêt avec affectation hypothécaire ou même d'une reconnaissance de dette passée en la forme notariée. Dans tous ces cas, aucune difficulté ne se pose quant à la détermination du caractère liquide de la créance. La difficulté peut se présenter lorsque le titre exécutoire est assis sur un compte courant bancaire. Il importe de déterminer à quel moment la créance issue d'un compte courant peut être déclarée liquide. La caractéristique essentielle du compte courant est que pendant son fonctionnement, les parties sont réciproquement créancière et débitrice l'une de l'autre. On ne peut à ce moment savoir laquelle des parties est débitrice ou créancière de l'autre, sauf à s'en tenir au solde provisoire. Seule la clôture du compte permet de dégager le solde du compte. Celui-ci peut être créancier ou débiteur. Dans une espèce où la procédure de recouvrement avait été engagée avant la clôture du compte, le Tribunal de Grande Instance de OUAGADOUGOU par un jugement N° 437 du 26 octobre 2005 a dit et jugé, pour conclure à l'absence de liquidité de la créance, que le compte courant étant « un contrat par lequel les parties sont créancière et débitrice réciproquement périodiquement, le solde n'est dû qu'après la clôture du compte, il s'en suit en l'espèce que la créance n'est pas liquide... ». Beaucoup plus délicates semblent plutôt être les modalités de l'arrêt du compte. Le solde d'un compte courant doit-il être arrêté en présence de toutes les parties au compte courant ? En principe, le solde du compte courant doit être arrêté en présence de toutes les parties à la convention de compte courant et principalement le créancier et le débiteur. C'est ce qu'a rappelé la Cour d'Appel de l'Ouest à Bafoussam, République du Cameroun, dans l'affaire ayant opposé Afriland First BANK à MINOCAM et KAMO GAMO Ruben dans son arrêt N° 63/CIV du 14 juin 2006. Dans cette espèce, Afriland first Bank avait arrêté, hors la présence de MINOCAM et KAMO GAMO Ruben les comptes de ces derniers avant d'engager à leur rencontre une procédure de saisie immobilière. L'arrêt infirmatif de

la Cour d'Appel de Bafoussam, sanctionnant le jugement N° 43/CIV rendu en date du 17 Mai 2005 par le Tribunal de Grande Instance de la MIFI à Bafoussam qui ordonnait la continuation des poursuites énoncé : « Mais considérant que le compte courant résulte d'une convention par laquelle deux personnes qui sont périodiquement créancières et débitrices réciproques, font figurer leurs créances et dettes en articles de compte indivisible, seul le solde étant dû après clôture. Qu'un tel compte ne peut valablement être clôturé que s'il est arrêté soit à l'amiable, c'est-à-dire lorsqu'il est approuvé ou ratifié par les parties dans les conditions qui impliquent dans leur commune intention, la volonté de fixer définitivement leur situation juridique et comptable, soit par la juridiction compétente à la demande de la partie la plus diligente. Que ce principe admis tant par la doctrine que par la Jurisprudence s'inscrit dans le cadre des conditions posées par les articles 247 de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution et l'article 2213 du code civil, lesquels stipulent que la vente forcée des immeubles ne peut être poursuivie qu'en vertu d'un titre authentique et exécutoire, pour une dette certaine et liquide ; Que si les deux premières conditions sus-spécifiées sont remplies en l'espèce, la dernière, à savoir le caractère liquide de la créance concernée fait défaut dans la mesure où le solde du compte litigieux, arrêté unilatéralement par Afriland First Bank SA à 1 066 949 831 francs et cela en violation du principe sus-évoqué, est contesté par les appelants... »

Si cette décision de la Cour d'Appel a quelque mérite en ce qu'il relève à juste titre que l'arrêt du solde du compte courant peut être soit amiable, soit judiciaire à la demande de la partie la plus diligente, force est de relever qu'icelle pêche en plusieurs points. En effet, l'arrêt du solde d'un compte de façon amiable dans le sens de l'arrêt de la Cour d'Appel de Bafoussam suppose que les parties ne sont pas en litige, seule hypothèse dans laquelle les parties peuvent se retrouver autour d'une même table pour discuter amiablement de la situation comptable de leur compte et de l'approuver s'il y a lieu. Bien plus, l'arrêt de la Cour bien qu'ayant relevé que le compte courant est un contrat s'est refusé de tirer les conséquences juridiques d'une telle convention assise sur le consensualisme. Or, les conventions de compte courant prévoient toujours les modalités de clôture du compte lorsque les parties ne s'accordent plus sur son fonctionnement. C'est ainsi qu'il est permis au cocontractant qui entend mettre un terme à l'existence du compte d'adresser une mise en demeure à l'autre partie dans un délai conventionnel d'assister à la clôture, délai à l'issue duquel la partie ayant pris l'initiative de la mise en demeure est autorisée à arrêter unilatéralement le solde du compte si l'autre partie ne comparait pas. C'est ce que soutenait le conseil de Afriland First Bank. Les conventions tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites conformément aux dispositions de l'article 1134

du code civil, cet élément aussi capital n'aurait pas dû échapper à la Cour. Loysel ne disait-il pas déjà que les hommes ont parlé et la parole les a liés ? La jurisprudence précise que le juge est lié par les conventions comme il l'est par la loi elle-même et il ne peut les modifier au nom de l'équité (En ce sens : Cass. civ. 17 juin 1896, D.P. 99, I, 159 ; 19 mars 1913, D.P. 1916, I, 1238 ; 8 mai 1933, D. 1993, 395.). Bien plus, les règles et usages de la profession du banquier semblent avoir échappé à la Cour. En effet, la clôture du compte est toujours notifiée à l'autre partie avec indication du solde arrêté par le banquier. Les règles et usages de la profession bancaire par ailleurs contenus dans les conditions générales des banques autorisent le cocontractant à contester s'il y a lieu le solde arrêté unilatéralement dans un certain délai, lequel est généralement d'un mois. Les relevés de compte remis au client de la Banque en font toujours état. Passé ce délai, le compte est réputé approuvé. Plus grave, alors que la Cour d'Appel dans l'arrêt du 14 juin 2006 ci-dessus a considéré la demande subsidiaire d'expertise comptable tendant à déterminer le montant exact de la créance formulée par les appelants comme nouvelle en cause d'Appel et l'a rejetée, elle a curieusement, au motif que la créance de Afriland First Bank est contestée pour avoir été arrêtée unilatéralement par celle-ci, infirmé le jugement dont appel et donné main levée du commandement aux fins de saisie immobilière du 24 février 2005 délivré par l'huissier instrumentaire. Pourtant, s'il est exact que l'alinéa 1^{er} de l'article 247 de l'acte uniforme OHADA exige pour la poursuite par voie de saisie immobilière une créance liquide, l'alinéa 2 du même article 247 précise que la poursuite peut également avoir lieu pour une créance en espèce non liquidée, mais l'adjudication ne peut être effectuée que sur un titre définitivement exécutoire et après la liquidation. La cour d'Appel dans l'espèce ci-dessus visée n'avait pas besoin d'annuler le commandement aux fins de saisie immobilière quand bien même le montant de la créance serait contesté. Elle a consacré en cela une méprise de l'article 247 alinéa 2 de l'acte uniforme. Après avoir rejeté comme nouvelle en cause d'Appel la demande d'expertise comptable formulée par les appelants, la cour d'appel devait, comme l'a fait la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA dans plusieurs espèces, statuer sur le montant de la créance sur la base des éléments en sa possession. Dans l'affaire ayant opposé la SCB Crédit Lyonnais à dame Mondaju Jacqueline objet de l'arrêt N° 25/2004 du 15 juillet 2004, l'expertise comptable ordonnée par le Tribunal de Grande Instance du Mounjo par jugement N° 45/CIV/ADD du 3 mai 2001 n'avait pas été exécutée en raison du défaut de paiement des frais d'expertise par dame Mondaju qui contestait le montant de la créance. Le Tribunal étant passé outre l'exécution de ce jugement avant dire droit et ordonné la continuation des poursuites par la fixation d'une nouvelle date d'adjudication, dame Mondaju formait pourvoi devant la CCJA contre ce jugement en invoquant l'absence de liquidité de la

créance et donc la violation de l'article 247 de l'acte uniforme OHADA sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Ce moyen est rejeté par la CCJA qui par ailleurs a fixé le montant de la créance à celui arrêté par le créancier poursuivant. Pour y parvenir, la Cour a articulé : «... Attendu que la débitrice n'a pas, d'une part, contesté que la banque a établi le solde définitif conformément aux stipulations conventionnelles sus-indiquées, d'autre part, versé aux débats des pièces contredisant le montant de celui-ci ; qu'il échète en conséquence de retenir comme montant de la créance en principal de la SCB Crédit Lyonnais, la somme de 15 098 049 francs CFA correspondant à celui du solde débiteur arrêté par la banque... ». Il en a été de même dans l'affaire ayant opposé la Société Générale de Banque au Cameroun à monsieur FOTOH FONJUNGO Tobias, objet de l'arrêt N° 013 du 18 mars 2004 de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Dans cette espèce, monsieur Fotoh Fonjongo n'avait pas, comme dame Mondaju Jacqueline, payer les frais d'expertise comptable fixés par jugement Avant dire Droit N° 41/ADD/CIV du 03 mai 2001 rendu par le Tribunal de Grande Instance du MOUNGO. Le Tribunal, statuant par jugement N° 47/CIV en date du 21 mars 2002 est passé outre l'exécution du jugement Avant dire droit ci-dessus, a ordonné la continuation des poursuites et fixé la nouvelle date d'adjudication. Le pourvoi formé devant la CCJA invoquait à son appui et entre autres moyens, la violation de l'article 247 de l'acte uniforme tiré de l'absence de liquidité de la créance dès lors que son montant est contesté. Pour rejeter ce moyen, la Cour a articulé : «... Attendu que monsieur Fotoh Fonjongo Tobias conteste le montant de son endettement vis-à-vis de la SGBC et demande qu'une décision de justice en établisse le montant exact.

Attendu que les articles II, VII et XIX de la convention de compte courant susvisée disposent respectivement que « jusqu'à la clôture du compte, les intérêts et commissions dus à la banque y seront portés et en deviendront des articles.

Après la clôture du compte, les intérêts courent sur le solde et sur tous les accessoires aux derniers taux appliqués lors de la clôture. Ils seront exigibles à tout instant (...). »

« Le montant du solde exigible et, d'une manière générale, toutes les opérations du compte courant pourront être établies, même vis-à-vis des tiers, par tous les moyens de preuve, notamment par correspondance, par toutes pièces comptables et par les livres des parties. »

« Tous impôts ou taxes quelconques présents et à venir sur les intérêts ou le principal des sommes portées au compte courants seront à la charge du client (...).

Il en sera de même de tous frais, droits et émoluments quelconques afférents au présent acte ou à ses suites, notamment de ceux de tout renouvellement d'inscriptions. » ;

Attendu qu'il est de règle que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Récipro-

quement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation » ;

Attendu que l'examen des pièces du dossier de la procédure révèle que par lettre en date à Limbé du 14 février 1993 ayant pour objet la « dénonciation du compte courant et déchéance du terme », la SGBC faisait savoir à monsieur Fotoh Fonjungo tobias qu'en raison du gel de son compte en dépit de nombreuses correspondances et entretiens, elle se voyait dans l'obligation de dénoncer la convention de compte courant liant leurs deux établissements et de prononcer la déchéance du terme de son crédit à moyen terme (...)

Que jusqu'au 26 novembre 1999, date de ses dires et observations formulés à la suite de la sommation à lui faite par la SGBC de prendre communication du cahier des charges relatif à la vente de son immeuble hypothéqué, monsieur Fotoh Fonjungo Tobias n'a pas rapporté la preuve de l'extinction de son obligation de rembourser à la SGBC le montant de ses concours financiers ; qu'en outre, accédant à la demande du même Fotoh Fonjungo tobias de voir évaluer par un expert-comptable le montant exact de sa dette, le Tribunal a ordonné une expertise comptable de ladite dette, désigné un expert-comptable agréé pour y procéder et fixé une consignation de 1 500 000 FCFA pour ce faire ; que monsieur Fotoh Fonjungo tobias qui avait intérêt à cette évaluation et qui l'avait sollicitée, n'a point payé la consignation exigée pour cette expertise comptable, rendant la réalisation de celle-ci impossible ;

Attendu qu'au regard de tout ce qui précède, il y a lieu de constater que la contestation par monsieur Fotoh Fonjungo tobias du montant de sa dette ne repose sur aucune pièce contredisant le montant de celle-ci tel qu'arrêté par la SGBC à travers les pièces produites ; qu'il échet par conséquent de rejeter ladite contestation comme étant non fondée ».

28. Il faut dire que s'il suffisait au débiteur de contester une créance issue d'un compte courant pour obtenir la nullité et la main levée du commandement au motif que la créance ne serait pas liquide, on ferait la part belle à tous les débiteurs et paralyserait les procédures d'exécution sur les immeubles. Au bout du compte, l'efficacité recherchée à travers le Droit OHADA ne serait alors qu'un leurre. La liquidité de la créance étant préalable à l'adjudication, il importe seulement de la déterminer dans son quantum soit de façon amiable par les parties, soit par justice avant l'adjudication. La seule contestation du montant de la créance ne saurait, comme semble le soutenir la Cour d'Appel de Bafoussam dans son arrêt du 14 juin 2006, constituer une cause de main levée du commandement.

Plus sage est la décision rendue par le tribunal de Grande Instance de Yaoundé dans son jugement N° 338 du 25 février 2004 dans l'affaire opposant la BICEC à Kamdem Jérôme. Il s'agissait d'une procédure de saisie immobilière initiée sur la base d'une convention

de compte courant avec affectation hypothécaire. En contestation de cette mesure d'exécution forcée, le saisi saisissait le Tribunal des dires et observations axés sur la violation de l'article V de la convention de compte courant en ce qu'aucune mise en demeure n'a été faite avant la clôture du compte, ce qui emportait celle de l'article 247 de l'acte uniforme OHADA qui énonce que la vente forcée d'un immeuble ne peut être faite qu'en vertu d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible. Pour ordonner la suspension des poursuites jusqu'à la liquidation définitive de la créance, le Tribunal a dit et jugé « que la clôture juridique du compte du sieur Kamdem n'est pas intervenue de façon régulière ce qui aurait pour effet de rendre le solde immédiatement exigible, que la BICEC ne peut pas se fonder sur une créance non liquide pour engager une procédure de vente immobilière... ».

Au-delà de l'exigence de liquidité, la créance objet de la saisie immobilière doit être exigible. La créance exigible est celle dont le paiement peut être immédiatement exigé. Elle ne doit donc être affectée d'aucun terme. C'est par exemple le cas du solde provisoire d'un compte courant qui ne peut justifier une saisie immobilière.

29. Bien que le législateur communautaire ne le dise pas expressément, la créance doit également être certaine, c'est-à-dire, exister même si son montant est contesté (Contra, A. D. TJOUEN in les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en OHADA, PUA. 1999). Comment pourrait-on imaginer une créance exigible mais qui serait incertaine ? Le législateur a voulu simplement, nous semble-t-il, faire une économie d'espace et de temps. La jurisprudence a toujours exigé cette condition. Le Tribunal régional hors classe de Dakar l'a fait dans son jugement n° 873 du 08 mai 2001 (AFF. CHEIK AHMED TIDIANE DIOP et Autres C/CBAO, inédit.). La créance cesse d'être exigible si le débiteur bénéficie d'un délai de grâce. La saisie immobilière doit dans ce cas être différée.

B - Titre

30. La mise en œuvre de la saisie immobilière suppose l'existence préalable d'un titre. Il doit s'agir d'un titre exécutoire, c'est-à-dire d'un titre revêtu de la formule exécutoire. La formule exécutoire est une formule sacramentelle dont l'omission ôte au titre son caractère exécutoire. Dans l'espèce ayant donné lieu au jugement civil N° 371 du 12 avril 2007 (Aff. Afriland First Bank C/Kamche luc, inédit), le Tribunal de Grande Instance du MFOUNDI à Yaoundé a annulé une procédure de saisie immobilière parce que la formule exécutoire n'a pas été reproduite dans le commandement. Ce jugement articule : « Attendu que la reproduction de la formule exécutoire est une formalité substantielle ; que sa non reproduction est une cause de nullité ».

Il peut s'agir d'une convention d'ouverture de cré-

dit avec affectation hypothécaire ou même de tout acte notarié (*Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 1725 du 27 septembre 2000 ; Dakar Arrêt n° 147 du 20 mars 2003 etc.*), des décisions de justice passées en force de chose jugée et en tout cas des titres tels qu'énumérés à l'article 33 de l'Acte Uniforme. Ceci exclut les décisions non assorties de l'exécution provisoire frappées d'appel (*Abidjan, Arrêt n° 1213 du 14 novembre 2003*), les protocoles d'accord même revêtus de la formule exécutoire dès lors qu'ils n'ont pas fait l'objet d'un procès-verbal de conciliation signé par les parties et le Juge (TGI du Wouri à Douala, jugement civil n° 283 du 07 février 2003. UNIMARCHE S. A C/Sté GLOBE TRAVEL). Toutefois, si le protocole d'accord est contenu dans un acte notarié revêtu de la formule exécutoire, il tient lieu de titre exécutoire valable. La cour d'Appel de Bafoussam dans son arrêt N° 63/CIV du 14 juin 2006 l'a rappelé en ces termes : « Considérant que passé avec les solennités requises par-devant un notaire compétent, ce protocole d'accord est un acte authentique au sens de l'article 1317 du code civil ; qu'il tient lieu de loi à l'égard des parties en cause parce que légalement formé ; que la formule exécutoire dont il est par ailleurs revêtu lui confère le caractère d'un titre exécutoire et l'habilité à justifier le recours à l'exécution forcée en la cause... ».

31. Une difficulté se présente lorsque nanti d'un titre exécutoire, le créancier poursuivant entreprend une saisie qui plus tard est paralysée par l'exercice d'une voie de recours contre le jugement rejetant les dires et observations et ordonnant la continuation des poursuites. L'appel ou le pourvoi en cassation initié contre pareil jugement retire-t-il au titre sa force exécutoire ? La réponse est négative. En effet, le jugement statuant sur les incidents de saisie ne remplace pas le titre exécutoire et n'enlève pas à ce dernier son caractère exécutoire. Les voies de recours initiées contre ce jugement ont seulement pour objectif de retarder ou de différer la poursuite de l'exécution du titre exécutoire. Les juridictions ordonnent tout simplement le sursis à statuer jusqu'à l'issue des recours exercés.

32. Une difficulté peut se poser, s'agissant des titres constitués de jugement assorti de l'exécution provisoire. Le titre exécutoire par provision peut-il fonder une poursuite par voie de saisie immobilière ? L'article 247 alinéas 2 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution répond par l'affirmative. Aux termes de ce texte, «... la poursuite peut également avoir lieu en vertu d'un titre exécutoire par provision, ou pour une créance en espèces non liquidée ; mais l'adjudication ne peut être effectuée que sur un titre définitivement exécutoire et après la liquidation ». Il en résulte que si la poursuite peut commencer sur le fondement d'un titre provisoirement exécutoire, l'adjudication quant à elle est subordonnée à l'obtention d'un titre définitivement exécutoire. Sur ce point,

l'article 247 rejoint ainsi les dispositions de l'article 32 de l'acte uniforme aux termes duquel « à l'exception de l'adjudication des immeubles, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision... ». Le législateur de l'OHADA, en exigeant un titre définitivement exécutoire pour les adjudications est soucieux de l'importance de l'immeuble dans le patrimoine de l'individu. Le danger n'est cependant pas écarté. Le titre exécutoire sur la base duquel une vente d'immeuble a été initiée et poursuivie jusqu'à son terme peut être annulé pour des vices intrinsèques à ce titre. Quel sera dans ce cas le sort de la vente intervenue ? Le législateur de l'OHADA n'a pas envisagé ce cas de figure. Il s'est limité à réglementer, s'agissant de la procédure après l'adjudication, le recours en nullité contre le procès-verbal ou le jugement d'adjudication en son article 313. La nullité de la convention aurait-elle pour conséquence la nullité de l'adjudication intervenue antérieurement. Dans ce cas, de quelle protection jouit l'adjudicataire ? Doit-on lui retirer l'immeuble qu'il a acheté de manière régulière à l'occasion de la vente aux enchères publiques ? Le créancier dont le titre est anéanti après coup devrait-il répéter l'indu à l'adjudicataire ? Ne devrait-on pas protéger l'adjudicataire contre de tels risques ? Même en reconnaissant à l'adjudicataire l'action de *in rem verso* contre le créancier, ce recours serait illusoire dès lors que le créancier peut dans l'intervalle devenir insolvable. Il ne s'agit pas d'une simple hypothèse d'école. Avant l'entrée en vigueur de l'acte uniforme, le tribunal de Grande Instance de Mfoundi a eu l'occasion de connaître ce genre de rebondissement à l'occasion d'une procédure de saisie immobilière. Dans une espèce, la signature de la prétendue caution solidaire et hypothécaire avait été imitée, certainement avec la caution morale du notaire, pour permettre au fossoyeur d'obtenir un prêt auprès d'une banque implantée au Cameroun. Ce dernier naturellement n'a pas honoré à ses engagements en ne remboursant pas les sommes empruntées. La banque créancière déclencherà une procédure de saisie immobilière à l'encontre de la caution qui à cet instant n'était pas domiciliée au Cameroun et n'avait été mise au courant que par un ami qui avait surpris l'annonce par des placards de la vente qu'après que la vente de son immeuble ait eu lieu par-devant notaire. Pour parvenir à cette vente, les actes de poursuites avaient été signifiés en fausse direction. Commence alors une série de procédures. D'abord, celle en requête civile tendant à démontrer l'existence de pièces fausses ayant sous-tendu la procédure conformément aux dispositions des articles 217 et suivants du code de procédure civile. Le jugement autorisant la vente est rétracté (TGI Yaoundé, Jugement N° 157/CIV du 29 novembre 1995). Ensuite, des dires et observations tendant à obtenir la nullité du commandement et des poursuites dont les actes ont été signifiés en fausse direction dans une matière aussi sensible et sur le fondement d'une convention hypothécaire nulle comme consentie sur la base d'une signature avérée fausse. La nullité du commandement et

des poursuites est prononcée par le Tribunal, avec toutes les conséquences de droit sur le procès-verbal d'adjudication qui subissait ainsi le même sort (*TGI Yaoundé, Jugements N°s 452/CIV & 453/CIV du 29 mai 1996*). L'immeuble dont le titre foncier était déjà muté au profit du tiers adjudicataire a fait l'objet d'une rétrocession par le conservateur foncier en exécution du jugement ayant annulé la vente. Enfin, une procédure en expulsion est engagée contre l'adjudicataire par le propriétaire initial de l'immeuble alors caution hypothécaire à un moment où les opérations de liquidation de la banque créancière sont achevées. Serions-nous en matière mobilière que la solution tout au moins théorique ressortirait de l'acte uniforme en son article 32. Elle consiste pour le créancier à réparer intégralement le préjudice causé sans qu'il y ait lieu de relever de faute de sa part. Aucune disposition semblable n'existe en matière immobilière dans l'acte uniforme OHADA, ce qui constitue un vide juridique aux conséquences hautement préjudiciables à l'adjudicataire de bonne foi.

Les cas d'ouverture étant précisés, on peut aisément aborder la procédure sans incident de la saisie immobilière.

Section II - Conduite de la saisie immobilière

33. Avant l'intervention de l'AUVE, la procédure de saisie immobilière ne pouvait être déclenchée que si l'immeuble visé et objet des poursuites était immatriculé, c'est-à-dire inscrit au livre foncier sous un numéro donné.

Cet acte notamment en son article 253 a innové lorsqu'il autorise la signification d'un commandement à fin de saisie immobilière à la suite du simple dépôt à la conservation foncière concernée de l'ordonnance prescrivant l'immatriculation. Seulement, dit le même texte, « la vente ne pourra avoir lieu qu'après délivrance du titre foncier ».

Concrètement, pour déclencher une procédure de saisie immobilière sur un immeuble non encore immatriculé, le créancier poursuivant doit saisir par requête le Président de la juridiction compétente du lieu de situation dudit immeuble pour solliciter et obtenir l'ordonnance autorisant l'immatriculation forcée de celui-ci.

L'ordonnance une fois obtenue et déposée à la conservation foncière, le créancier est libre soit de déclencher immédiatement sa procédure en signifiant un commandement à fin de saisie immobilière, soit d'attendre la délivrance du titre foncier pour le faire.

Dans tous les cas, quand bien même la procédure serait déclenchée avant la délivrance du titre foncier, aucune vente ne pourra être possible en son absence.

Le Président de la Juridiction compétente indiqué dans le texte susvisé renvoie en Droit Camerounais au Président du Tribunal de Première Instance du lieu de situation de l'immeuble, conformément à l'article 13 de l'ordonnance n° 72/4 du 26 août 1972 modifié par l'article 15 de la loi N° 2006/015 du 29 décembre 2006

et portant organisation judiciaire qui fait du Président du Tribunal de Première Instance le juge des requêtes de droit Commun. L'ordonnance rendue, précise l'acte uniforme, n'est pas susceptible de recours.

Cela étant, la procédure de saisie immobilière dans l'espace OHADA commence par la mise sous main de justice de l'immeuble ou des immeubles convoités (§ 1). Elle se poursuit par les formalités afférentes à la préparation de la vente (§ 2) et prend fin par l'adjudication elle-même (§ 3).

§ 1 - Mise de l'immeuble sous main de justice

34. La mise de l'immeuble sous mains de justice se fait par un commandement inscrit.

Les formalités diffèrent selon que les poursuites sont déclenchées contre le débiteur lui-même (A) ou contre un tiers détenteur (B). Dans l'un ou l'autre cas, le commandement emporte des effets (C).

A - Poursuites déclenchées à l'encontre du débiteur lui-même

35. Il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un débiteur en difficulté financière (I) ou d'un débiteur en cessation de paiement (II).

I - Débiteur en difficulté financière

36. Le créancier poursuivant doit, par l'intermédiaire d'un huissier de justice ou d'un agent d'exécution, faire signifier au débiteur un commandement aux fins de saisie immobilière conformément à l'article 254 de l'acte uniforme. Ce commandement contient à peine de nullité :

- La reproduction ou la copie du titre exécutoire et le montant de la dette ainsi que les noms, prénoms et adresses du créancier et du débiteur, et s'il s'agit d'une personne morale, ses formes, dénomination et siège social ;
- La copie du pouvoir spécial de saisir donné à l'huissier ou à l'agent d'exécution par le créancier poursuivant, à moins que le commandement ne contienne, sur l'original et la copie, le bon pour pouvoir signé de ce dernier ;
- L'avertissement que faute de payer dans les 20 jours, le commandement pourra être transcrit à la conservation foncière et vaudra saisie à compter de sa publication ;
- Le numéro du titre foncier et l'indication de la situation précise des immeubles faisant l'objet de la poursuite. S'il s'agit d'un immeuble non encore immatriculé, le numéro de la réquisition d'immatriculation, et s'il s'agit d'impenses réalisées par le débiteur sur un terrain dont il n'est pas propriétaire, mais qui lui a été affecté par une décision adminis-

trative, sa désignation précise ainsi que la référence de la décision d'affectation ;

- La constitution de l'avocat chez lequel le créancier poursuivant élit domicile et où devront être notifiés les actes d'opposition au commandement, offres réelles et toutes significations relatives à la saisie.

L'article 256 de l'AUVE précise que pour obtenir les renseignements utiles à la rédaction de son commandement, l'huissier instrumentaire peut pénétrer dans le ou les immeubles de son débiteur sur lesquels doit porter la saisie, au besoin, avec l'assistance de la force publique.

Le ressort territorial de l'huissier de justice étant l'arrondissement, une difficulté se présente si l'immeuble à saisir se trouve dans un autre arrondissement du ressort du même Tribunal de Grande Instance qui doit connaître de la procédure de vente sur saisie immobilière. L'huissier ayant en charge la rédaction du commandement ne peut se déplacer lui-même pour obtenir les renseignements voulus. Il se rapprochera de son confrère de l'arrondissement dans lequel se trouve (nt) l'immeuble ou les immeubles à saisir, lequel dressera, sur sa demande, un procès-verbal de description dudit ou desdits immeubles. Le procès-verbal de description a la même valeur qu'un procès-verbal de constat. Si l'immeuble est détenu par un tiers, il doit s'y rendre sur ordonnance du juge (*art. 256 al 2 AUVE*).

Une fois le commandement rédigé, l'huissier ou l'agent d'exécution doit le servir au débiteur pour emporter pleins effets. En effet, aux termes de l'article 254 al 2 de l'AUVE «... À peine de nullité, ce commandement est signifié au débiteur et le cas échéant au tiers détenteur de l'immeuble...». La notion de « signification au débiteur » peut être source de difficulté dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure de saisie immobilière. S'agirait-il d'une signification à la personne même du débiteur ? Cette option exclurait la signification à domicile pour les personnes physiques et la signification à toute personne n'ayant pas une certaine qualité dans l'entreprise pour les personnes morales. La solution à cette préoccupation relève des règles régissant la signification des exploits d'huissier, donc du Droit Judiciaire Privé. Les règles de procédure civile interne prévoient en général deux modes principaux de signification : la signification à domicile et la signification à personne. On dit qu'il y a signification à personne lorsque l'huissier remet la copie de l'acte au destinataire en mains propres, peu importe le lieu où il est trouvé. La signification à domicile quant à elle suppose que l'huissier s'est transporté au domicile du débiteur et, ne l'y ayant pas trouvé, a remis l'exploit à la personne rencontrée dans ce domicile. Dans l'un ou l'autre cas, la personne ayant reçu l'acte doit être formellement identifiée. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA décide que la signification à domicile est valable. Dans son arrêt N° 35 daté du 3 juillet 2008, elle décide que la signification faite au domicile des personnes morales n'est régulière que lorsque l'exploit est remis à un employé trouvé au sein

de l'entreprise qui accepte de le recevoir, fait connaître ses noms, prénoms, qualité et poste occupé (*AFF. Standard chartered Bank Cameroun C/Société industrielle des tabacs du Cameroun SA dite SITABAC SA & Société AZUR Finances SA*).

37. La question s'est posée sous l'ancienne législation de savoir si ce commandement pouvait être servi à parquet. Le Tribunal de Grande Instance du Wouri dans l'espèce opposant la Standard Chartered Bank à monsieur NANA Sinkam a répondu par la négative en annulant tant le commandement que les poursuites diligentées dans ces conditions (*jugement civil N° 364 du 07 avril 1994*). Une telle décision semble d'autant plus judicieuse que l'immeuble constitue le bien essentiel du patrimoine et son expropriation forcée doit répondre à certaines exigences au nombre desquelles la connaissance par le débiteur poursuivi de l'existence dans les délais de cette procédure afin de prendre des dispositions utiles pour sa défense ; ce qui est difficile lorsqu'un commandement est signifié à parquet. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage l'a rappelé dans son arrêt N° 060 rendu en date du 30 décembre 2008 dans l'affaire ayant opposé la Banque Internationale de l'Afrique de l'Ouest dite BIAO-CI à monsieur S. et madame C. Dans cette espèce, la Cour a invalidé une procédure de saisie immobilière parce que la sommation de prendre communication du cahier des charges a été signifiée à parquet.

L'article 254 al. 2 de l'acte uniforme en prescrivant à peine de nullité la signification au débiteur ou au tiers détenteur exclut implicitement mais nécessairement la signification à parquet.

Dans la pratique, le déclenchement de la saisie immobilière suppose l'existence préalable d'un pouvoir spécial ainsi conçu :

POUVOIR AUX FINS DE SAISIE IMMOBILIÈRE

La Société (indiquer la raison sociale, la forme, l'adresse complète, le siège social...) prise en la personne de ses représentants légaux,

Donne par les présentes, pouvoir spécial à maître..... (indiquer le nom de l'huissier ainsi que son adresse complète), huissier de justice près les Tribunaux de..... (indiquer la ville), y demeurant et domicilié, B. P.....

De, pour nous, à notre nom et pour notre compte, procéder à la saisie de l'immeuble situé à....., formant le lot N°, immatriculé au livre foncier du département de....., sous N°, vol., fol et appartenant en pleine propriété à monsieur (ou madame ou à la société.....) domicilié à ; (ou dont le siège social est à..... lorsqu'il s'agit d'une personne morale).

À cette fin, instruisons formellement l'huissier

susnommé de dresser tous actes de poursuites de son ministère, de constituer maître..... (nom et adresse de l'avocat) à l'effet d'occuper pour notre compte, d'élire domicile au cabinet dudit avocat.

Et généralement, de faire toutes diligences utiles pour l'expropriation de l'immeuble sus-désigné.

En foi de quoi, nous lui délivrons spécialement le présent pouvoir pour servir et valoir ce que de droit.

**Fait à le
Signature du mandant**

N. B : Bien que l'acte uniforme ne le dise pas, le pouvoir comme toute procuration devrait être légalisé. C'est bien cette légalisation qui authentifie la signature du mandant qui y est apposée.

Le mandant peut également le faire enregistrer et même le déposer au rang des minutes d'un notaire aux fins d'authentification de l'acte lui-même.

Toutefois, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de cassation n° 025/2004 du 15 juillet 2004, la CCJA saisie d'un pourvoi en cassation contre le jugement n° 32/Civ du 17 janvier 2002 du Tribunal de Grande Instance du Mounjo à Nkongsamba, recours qui entre autres, articulait au soutien de la demande en nullité, la violation des articles 294 du code de procédure civile camerounais, 79 du code de l'enregistrement camerounais et 1328 du code civil camerounais pris ensemble du défaut de légalisation et d'enregistrement du pouvoir spécial aux fins de saisie immobilière, a précisé que les textes invoqués « ne disposent pas que le pouvoir spécial de saisir à l'huissier ou l'Agent d'Exécution par le créancier poursuivant doit, à peine de nullité, être légalisé, enregistré et avoir date certaine... ». En conséquence de cet attendu, le dire axé sur les textes sus-visés a été déclaré non fondé.

38. Une fois le pouvoir délivré, commence la procédure de saisie immobilière proprement dite par un commandement ainsi conçu :

N° ___/REP COMMANDEMENT AUX FINS DE SAISIE IMMOBILIÈRE

L'an.....

Et le..... (date du jour) du mois de..... (indiquer le mois)

*À la requête de la société (indiquer sa dénomination, sa forme, son siège social) ou de monsieur/madame..... (indiquer les nom, prénom et adresse complète du créancier), ayant pour conseil maître..... (indiquer le nom de l'avocat constitué), avocat au barreau du Cameroun, B. P..... Tél..... Fax..... au cabinet duquel il (ou elle) fait élection de domicile aux fins des présentes et ses suites, ainsi qu'en mon étude ;
- Et en vertu de la grosse dûment en forme exécutoire*

de (indiquer les références du titre exécutoire) ainsi conçue :..... (reproduire intégralement le titre exécutoire ici)

- D'un pouvoir spécial aux fins de saisie immobilière en date du..... (date du pouvoir) et dûment légalisé ainsi conçu : (reproduire intégralement le pouvoir ici)

J'ai, maître..... (indiquer nom, prénom et adresse complète de l'huissier), huissier de justice près les tribunaux de..... (indiquer la ville de résidence professionnelle de l'huissier), B. P.....y demeurant et domicilié, soussigné ;

Fait commandement à :..... (indiquer nom, prénom et adresse du débiteur), domicilié à....., en ce domicile où étant et parlant à..... ;

De, dans un délai de vingt jours, pour tout délai et à compter de la signification des présentes, payer à mon requérant ou à moi, huissier de justice porteur de pièces ayant

Charge et pouvoir de recevoir et de donner bonne et valable quittance, la somme totale de :..... fcfa ventilée ainsi qu'il suit : (ventiler ici les causes du commandement en principal, intérêts et frais etc.)

- Lui rappelant que faute par lui de se conformer au présent commandement dans le délai sus-indiqué, celui-ci pourra être transcrit à la conservation foncière et vaudra saisie à partir de sa publication ; l'expropriation de son immeuble situé à :....., objet du titre foncier N°....., d'une superficie de :..... ; devant être poursuivie par-devant le Tribunal de Grande Instance de..... statuant en matière civile et commerciale (ou devant maître..... ; notaire à.....)

Sous toutes réserves

Et afin qu'il n'en ignore, je lui ai où étant et parlant comme ci-dessus, remis et laissé tant copie de la grosse du titre exécutoire susvisé que celle du présent exploit dont le coût est de :.....

Employé pour copie une feuille de la dimension du timbre à 1 000 f, somme incluse dans le coût de l'acte.

Signature et cachet de l'étude de l'huissier

N.B. : Le commandement qui est un acte d'huissier doit être signé par celui-ci, lequel y apposera le cachet de l'étude.

Par ailleurs, l'original de ce commandement devra être visé par le conservateur de la propriété foncière (art 259 AUYE).

II - Débiteur en cessation des paiements

39. La poursuite par voie de saisie immobilière sur les biens immeubles d'un débiteur en cessation des paiements obéit à un régime particulier. La procédure est organisée par les articles 150 et suivants de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

a - Personnes chargées de la poursuite

40. La poursuite est initiée par le syndic désigné par le jugement d'ouverture. Ce dernier dispose d'un délai de 3 (trois) mois pour entamer la réalisation des immeubles du débiteur en liquidation des biens. Toutefois, si dans le délai ci-dessus imparti, le syndic n'a pas entamé la procédure, le créancier hypothécaire peut exercer ou reprendre son droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic. (*article 150 de l'acte uniforme*). En tout état de cause, que la poursuite soit conduite par le syndic ou par le créancier hypothécaire, elle ne peut l'être qu'avec l'autorisation du juge-commissaire chargé de contrôler les opérations de la liquidation et désigné par le jugement qui ouvre la procédure de la liquidation des biens. La requête en vue d'obtenir l'autorisation de poursuite par voie de saisie immobilière est ainsi conçue :

**REQUÊTE AUX FINS DE RÉALISATION
DES IMMEUBLES PAR VOIE
DE SAISIE IMMOBILIÈRE**

À monsieur le juge-commissaire chargé de
la liquidation de la société TARTAMPION S.A.
B.P. 45678
DOUALA-CAMEROUN

L'an deux mille dix
Et le 24 du mois de janvier.

Monsieur TEPSON, expert comptable demeurant à Douala, B.P. 897, tel/fax. 33-00-00-00, cabinet sis rue baby Torro, immeuble Casanova, porte N° 37 a le profond respect de vous imposer :

Que suivant jugement N° 65/CIV rendu en date du 12 décembre 2009 ci-joint (Pièce N° 1), il a été désigné syndic de la liquidation de la société TARTAMPION S.A.

Que cette société est propriétaire, entre autres, de plusieurs immeubles affectés en hypothèque en garantie d'une créance de 550 000 000 FCFA au profit de la banque FINANCIAL GROUP dont le siège social est à Yaoundé au Cameroun.

Qu'il s'agit notamment des immeubles objet des titres fonciers numéros 234, 546, 987 situés respectivement à Yaoundé, obala et Nkongsamba (Pièces N°s 2,3 et 4) ;

Que la loi, notamment l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif en OHADA lui impartit un délai pour entamer la réalisation de ces hypothèques, délai à l'expiration duquel le créancier hypothécaire pourra entreprendre ou continuer la poursuite ;

Que le requérant entend engager de suite lesdites poursuites en application des dispositions de l'article 150 de l'acte uniforme sus-visé ;

Que votre autorisation est cependant nécessaire et préalable à cette fin ;

Attendu que pour permettre au requérant de pour-

suivre ses opérations de liquidation dans les meilleurs délais, il y a lieu de faire droit à la demande.

Sous toutes réserves

Profonds respects

b - Juge-commissaire

41. C'est le personnage central de la procédure de liquidation des biens. Saisi soit par le syndic, soit par le créancier hypothécaire exerçant son droit de reprise de poursuite individuelle, c'est lui qui doit autoriser la réalisation des immeubles par voie de saisie. La réponse à la requête qui lui est adressée prend la forme d'une ordonnance qui doit contenir :

- la mise à prix de chacun des biens à vendre et les conditions de la vente. Lorsque la vente est poursuivie par un créancier, la mise à prix est déterminée en accord avec le créancier poursuivant, le syndic dûment entendu.
- le ou les numéros des titres fonciers et la situation des immeubles faisant l'objet de la vente ou, s'il s'agit d'immeubles non encore immatriculés, leur désignation précise ainsi que la copie de la décision ou de l'acte autorisant le poursuivant à requérir l'immatriculation ;
- les modalités de la publicité compte tenu de la valeur, de la nature et de la situation des biens ;
- s'il y a lieu, le notaire commis
- l'indication de la juridiction compétente devant laquelle l'expropriation sera poursuivie ;
- la constitution de l'avocat chez lequel le domicile du créancier poursuivant est élu de droit et en l'étude duquel pourront être notifiés les actes d'opposition au commandement et offres réelles et toutes significations relatives à la vente.

L'alinéa 4 in fine de l'article 151 de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif ajoute que le juge-commissaire peut préciser dans son ordonnance qu'à défaut d'enchères atteignant cette mise à prix, la vente pourra se faire sur une mise à prix inférieure qu'il fixe. Il peut, si la valeur et la consistance des biens le justifient, faire procéder à leur estimation totale ou partielle.

Le juge-commissaire peut même autoriser le syndic ou le créancier à poursuivre simultanément la vente de plusieurs ou de tous les immeubles, même s'ils sont situés dans des ressorts de juridictions différentes. Il décide enfin si la vente des immeubles sera poursuivie devant les juridictions dans le ressort desquels ils se trouvent ou devant celle dans le ressort de laquelle est situé le domicile du débiteur ou le siège de l'entreprise.

42. L'ordonnance du juge-commissaire autorisant la vente et délivrée conformément aux dispositions des articles 151 et 154 de l'acte uniforme portant organisa-

tion des procédures collectives d'apurement du passif est ainsi conçue :

ORDONNANCE N°

Nous..... juge commissaire chargé de veiller aux opérations de la liquidation de la société TARTAMPION SA.

Vu la requête des co-syndics chargés des opérations de la liquidation de la société TARTAMPION SA ;

Vu les dispositions des articles 150 et suivants de l'acte uniforme OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif ;

Vu le rapport de l'expert TEKOFI, expert en bâtiment agréé près la Cour D'appel du littoral à Douala ;

Après avoir entendu les co-syndics en leurs observations ;

Le débiteur bien qu'ayant comparu refuse de signer ;

CLAUSES ET CONDITIONS DE VENTE- DÉSIGNATION DE L'IMMEUBLE À VENDRE

Un immeuble Urbain bâti situé au centre commercial de Yaoundé objet du titre foncier N° 205 du département du Mfoundi et appartenant à la société TARTAMPION SA, d'une superficie de 1806 m² formant le lot N° 4/A du lotissement « COMMERCIAL », immatriculé au livre foncier du Département du MFOUNDI le 21 Août 1953 au volume 2 et folio 6.

CONDITIONS ESSENTIELLES DE LA VENTE

Entrée en Jouissance

L'adjudicataire aura par le seul fait de l'adjudication, la propriété et la jouissance par prise de possession ;

Fixons les conditions essentielles de vente dans les articles ci-après :

Article 1 : GARANTIE

L'adjudication sera faite avec garantie de la part du liquidateur de la société TARTAMPION contre tous troubles, éviction et empêchements quelconques ;

L'adjudicataire prendra l'immeuble qui lui sera adjudgé dans son état au jour de l'adjudication sans pouvoir exercer aucun recours contre le liquidateur pour quelque cause que ce soit (mauvais état du sol, état des bâtiments, vice de construction ou autre, apparents ou cachés, mitoyenneté, erreurs dans la désignation ou dans la contenance indiquée) ;

Article 2 : SERVITUDES

L'adjudicataire souffrira des servitudes passives de toutes natures et profitera de celles actives, le tout s'il en existe, à ses risques et périls, sans recours contre le liquidateur et sans que la présente clause puisse être

évoquée et leur donner beaucoup plus de droit qu'il n'en posséderait en vertu de titres réguliers ou légalement ;

Article 3 : ABONNEMENT

L'adjudicataire fera de son affaire personnelle de manière que le liquidateur ne soit jamais inquiété ni recherché pour l'exécution ou la réalisation des contrats d'abonnement en eau et électricité dix (10) jours à compter du jour de l'adjudication ;

Article 4 : IMPÔTS ET CHARGES ;

L'adjudicataire paiera à compter de la date d'entrée en jouissance, les impôts, contributions et charges de toute nature, résultant de la propriété de l'immeuble adjudgé ;

Article 5 : ASSURANCES

L'adjudicataire fera son affaire personnelle de façon que le liquidateur ne soit inquiété ni recherché pour la continuation ou la réalisation des assurances que doit contracter tout propriétaire ;

Article 6 : FRAIS ET ÉMOLUMENTS DUS AU NOTAIRE

L'adjudicataire paiera en sus du prix d'adjudication, à l'instant de l'adjudication ou dans les vingt-quatre heures (24 heures) les droits de timbre, d'enregistrement, taxe, débours divers et des émoluments dus au notaire.

Et au plus tard dans la huitaine de l'adjudication, les émoluments et remises dus au notaire et avocat, les coûts d'expédition, de grosse, les frais de publication s'il y a lieu ;

Article 7 : FRAIS DE POURSUITES

L'adjudicataire paiera sans délai en plus du prix d'adjudication, tous les frais pour parvenir à la vente, ceux du présent cahier de charges, de son dépôt, de tous procès-verbaux et dires, ceux de publicité, de la mutation du titre de propriété ainsi que d'autres frais à venir intervenant après la vente sur la plus-value etc. d'après la taxe qui en aura été faite et dont le montant sera annoncé publiquement lors de l'ouverture des enchères ;

Article 8 : DÉLIVRANCE DES EXPÉDITIONS OU EXTRAITS

Les expéditions ou extraits ne seront délivrées à l'adjudicataire que lorsqu'il aura satisfait aux charges qui lui sont imposées par les articles 6 et 7 ci-dessus et l'article 12 ci-dessous ;

Article 9 : PAIEMENT DU PRIX

L'acquéreur paiera le prix principal de l'acquisition avant l'adjudication si la vente se fait de gré à gré et séance tenante en cas de vente d'immeuble aux enchères... ;

Article 10 : RÉSERVE DU PRIVILÈGE, ACTION RÉSOLUTOIRE

L'immeuble adjudgé demeurera affecté par le privi-

lège au profit du liquidateur au paiement du prix et à l'exécution des charges et conditions de l'adjudication ;

Article 11 : NOTIFICATION

Le liquidateur sera tenu de faire la notification prévue à l'article 152 de l'acte uniforme OHADA à la diligence du greffier par acte extrajudiciaire, aux débiteurs et aux créanciers inscrits s'ils existent à domicile élu ;

Article 12 : REMISE DES TITRES

L'adjudicataire se fera délivrer à ses frais tous titres de propriété relatifs à l'immeuble par lui acheté ;

Article 13 : MISE A PRIX

La mise à prix est fixée à 40 000 000 francs (quarante millions francs) ;

Article 14 : FIXATION ET MODE DES ENCHÈRES

Les enchères se feront par tranche de 5 000 000 francs (cinq millions francs). Toutefois, compte tenu des circonstances, les co-syndics pourront modifier le montant des enchères soit en les élevant soit en les diminuant.

Les offres seront portées par ministère d'avocat ou par les enchérisseurs eux-mêmes étant entendu que le même avocat peut représenter plusieurs enchérisseurs lorsque ceux-ci désirent se porter adjudicataires ;

DATE ET LIEU DE LA VENTE

La vente aura lieu à l'étude de Maître SOULE, notaire au siège de la Cour d'Appel du centre à yaoundé, B. P 749 Tél. : 33-22 27 19 ; étant entendu que la date de la vente est fixée dans l'acte de dépôt du cahier des charges quarante-cinq jours au plus tôt après celui-ci ;

MODALITÉS DE LA PUBLICITÉ

Disons que la vente s'effectuera après publication d'un extrait de cahier des charges sous la signature de l'avocat poursuivant par insertion dans un journal d'annonces légales et par apposition de placards à la porte du domicile du saisi, de la juridiction compétente ou du notaire ainsi que dans les lieux officiels d'affichage de la commune de la situation de l'immeuble ;

Disons que ladite publicité pourra se faire tant dans les chaînes de radio privée que publique ;

PAR CES MOTIFS

Autorisons les co-syndics à poursuivre la vente aux enchères aux prix et conditions susvisées par-devant le tribunal de Grande Instance de..... ;

Commettons maître SOULE, Notaire au siège de la Cour d'Appel du Centre pour procéder à la rédaction du cahier des charges ;

Disons qu'élection de domicile sera faite au cabinet de maître TOTO, avocat au Barreau du Cameroun, B.P. 009 Yaoundé.

Disons qu'en cas d'empêchement du notaire sus-désigné, il sera procédé à son remplacement par ordonnance sur requête des co-syndics ;

Disons notre ordonnance exécutoire sur minute et avant enregistrement nonobstant toutes voies de recours.

Fait en notre Cabinet sis au palais de Justice de Douala Le.....

43. L'ordonnance délivrée par le juge-commissaire, elle doit être notifiée à la diligence du greffier. Le poursuivant n'a plus besoin de rédiger un commandement. L'ordonnance du juge-commissaire en tient lieu. Elle se substitue au commandement (*art. 152 de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif*). Elle est notifiée, par acte extrajudiciaire, à la diligence du greffier au conservateur de la propriété foncière qui procède à son inscription dans le livre foncier, au syndic, au débiteur et aux créanciers inscrits à domicile élu dont les noms sont indiqués dans la décision. Le délai de publication, c'est-à-dire d'inscription dans le livre foncier est de trois (3) mois à peine de péremption. Il s'agit des conditions prévues par l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution, notamment en son article 259 al 3. Le procès-verbal de notification de l'ordonnance du juge-commissaire par le greffe est ainsi conçu :

**COUR D'APPEL DU LITTORAL
RÉPUBLIQUE DU CAMEROUN
TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE
DU WOURI
GREFFE PAIX- TRAVAIL- PATRIE**

**PROCÈS-VERBAL DE NOTIFICATION D'UNE
ORDONNANCE DU JUGE-COMMISSAIRE**

L'an deux mille dix

Et le 26 du mois du mois de.....

AU GREFFE DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE
DU.....

Et par-devant nous, Greffier en chef soussigné
À COMPARU

Monsieur TEPSON, expert comptable demeurant à Douala et syndic de la liquidation de la société TARTAMPION S.A., B.P. 789,

Lequel, après avoir été informé de l'objet de notre convocation, a reçu notification de l'ordonnance N° rendue en date du par monsieur le juge commissaire chargé de contrôler les opérations de la liquidation de la société TARTAMPION S.A. autorisant et fixant les charges et conditions de la vente sur saisie de l'immeuble objet du titre foncier N°....., d'une superficie de....., appartenant à la société TARTAMPION SA mise en liquidation des biens suivant jugement N° du Tribunal de Grande Instance de céans rendu en date du.....

Du tout quoi, nous avons dressé le présent procès-verbal que nous avons signé avec le comparant les mêmes jour, mois et an que ci-dessus.

Le comparant Le Greffier en chef

B - Poursuites déclenchées Contre un tiers détenteur

44. Aux termes de l'article 255 de l'acte uniforme, « à peine de nullité, le commandement est signifié le cas échéant au tiers détenteur avec sommation, soit de payer l'intégralité de la dette en principal et intérêts, soit de délaisser l'immeuble hypothéqué, soit enfin de subir la procédure d'expropriation ».

La formule « le cas échéant » utilisée par le législateur communautaire signifie que toutes les fois que le débiteur principal ne détient pas réellement l'immeuble convoité, le tiers détenteur de celui-ci doit nécessairement être mis en cause dans les formes prescrites par l'acte uniforme.

L'on est tenté, à la lecture de ce texte et à la faveur de l'expression « signifié » qui y est contenue, de penser que dans l'hypothèse où l'immeuble est détenu par un tiers, le commandement lui serait signifié dans les mêmes conditions que pour le débiteur originaire. Mais une telle assimilation n'est pas soutenable car le titre de créance dont dispose le créancier poursuivant ne comporte aucune condamnation contre le tiers, seul élément qui aurait pu justifier un commandement de payer. Ce dernier n'est tenu que *propter rem*.

Aussi, pour mieux comprendre le sens de « signifié » dans le contexte de l'article 255, il faut revenir à la signification même de ce mot pour se rendre compte qu'il est simplement question de porter un acte à la connaissance d'un tiers.

45. Concrètement, il est question dans le contexte de l'article 255 de servir au tiers détenteur une sommation de payer ou de délaisser en prenant soin de porter à sa connaissance et de lui laisser copie, un commandement aux fins de saisie immobilière préalablement servi au débiteur, suivant acte ainsi conçu :

N°___/REP SIGNIFICATION COMMANDEMENT A TIERS DÉTENTEUR CONTENANT SOMMATION

L'an.....

Et le..... (date du jour) du mois de.....
(indiquer le mois)

À la requête de la société (indiquer sa dénomination, sa forme, son siège social) ou de monsieur/madame.....
(indiquer les noms, prénom et adresse complète du créancier), ayant pour conseil maître-.....
(indiquer le nom de l'avocat constitué), avocat au barreau du Cameroun, B. P..... Tél..... Fax..... au cabinet duquel il (ou elle) fait élection de domicile aux fins des présentes et ses suites, ainsi qu'en mon étude ;

J'ai, maître..... (indiquer nom, prénom et adresse complète de l'huissier), huissier de justice

près les tribunaux de..... (indiquer la ville de résidence professionnelle de l'huissier), B. P..... y demeurant et domicilié, soussigné ;

SIGNIFIÉ ET EN-TÊTE DE CELLES DES PRESENTES, REMIS ET LAISSE A :

Monsieur..... (indiquer nom, prénom et adresse du tiers détenteur), en son domicile sis à :..... où étant et parlant à :.....

Copie d'un commandement aux fins de saisie immobilière en date du..... servi à monsieur..... (nom et adresse du débiteur) et relatif à l'immeuble objet du titre foncier N°..... du département de..... ;

Et à même requête, demeure et élection de domicile que ci-dessus, j'ai huissier susdit et soussigné ;

FAIT SOMMATION AU SUS-REQUIS, en son domicile où étant et parlant comme ci-dessus,

De, dans un délai de vingt jours, pour tout délai et à compter de la signification des présentes :

- soit de payer à mon requérant ou à moi, huissier chargé de recevoir et de donner bonne et valable quittance la somme totale de :..... en principal, intérêts et frais etc.

- soit de délaisser l'immeuble hypothéqué

- soit de subir la procédure d'expropriation

Sous toutes réserves

Et afin qu'il n'en ignore, je lui ai où étant et parlant comme ci-dessus, remis et laissé tant copie du commandement susvisé que celle du présent exploit dont le coût est de :.....

Employé pour copie une feuille de la dimension du timbre à 500 f, somme incluse dans le coût de l'acte.

Signature et cachet de l'étude de l'huissier

46. Dans le régime du code civil, les articles 2168 et suivants qui réglementent la procédure de saisie immobilière diligentée contre le tiers détenteur indiquent que la sommation de payer ou de délaisser doit impartir au tiers détenteur un délai de 30 jours pour s'exécuter. Avec l'avènement de l'acte uniforme OHADA dont l'article 336 abroge toutes les matières qu'il concerne dans les États Parties, aucun délai n'est légalement impartit au tiers détenteur pour exécuter les termes de la sommation qui lui est servie. Le créancier poursuivant est-il tenu de lui impartir 20 jours comme c'est le cas pour le commandement du débiteur originaire, ou plutôt 30 jours comme le prescrit le code civil ?

On peut penser que le mutisme du législateur communautaire sur ce point l'a été également à dessein. Il a simplement encore voulu, à notre avis, faire une économie d'espace et de temps. Le délai de la sommation est donc le même que celui du commandement servi au débiteur originaire, c'est-à-dire 20 (vingt) jours. Le délai de 30 jours prévu par le code civil Camerounais n'a plus sa raison d'être.

La question s'est également posée dans le cas où il

existe plusieurs débiteurs originaires tenus solidairement de la dette de savoir, si le créancier poursuivant pouvait déclencher les poursuites contre le tiers détenteur sans mettre en cause tous les codébiteurs solidaires.

Pour y répondre affirmativement, certains ont invoqué les dispositions de l'article 1203 du code civil qui énoncent que le « créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division ». Dans cette optique, la signification commandement servie à un des codébiteurs suffirait.

Seulement, si l'approche ci-dessus est valable pour une créance ordinaire sur plusieurs débiteurs solidaires, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'une créance contre plusieurs débiteurs solidaires et sous-tendue par une hypothèque consentie par un tiers. C'est ce qu'a décidé la chambre civile de la cour de cassation dans son arrêt du 8 janvier 1997 (D. 1997, Somm. P. 254 Obs. Piedelièvre).

Le commandement pour le débiteur et la sommation pour le tiers étant signifiés, ceux-ci emportent des effets qu'il convient de rappeler et de préciser.

C - Effets du commandement et de la sommation

47. En dehors des effets classiques attachés à tous commandements et sommations de payer et notamment l'interruption de la prescription et le cours des intérêts moratoires, le commandement et la sommation en matière de saisie immobilière n'ont pas d'effet particulier. Signifiés, ils déclenchent la procédure et tiennent lieu de mise en demeure. Leurs effets ne deviennent plus significatifs qu'une fois publiés à la conservation foncière et en tout cas par l'autorité administrative compétente.

En effet, aux termes de l'article 262 al 1 de l'acte uniforme portant voies d'exécution, «... le commandement vaut saisie à compter de son inscription ». Il en est de même de l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la vente par voie de saisie de l'immeuble du débiteur en liquidation des biens. L'article 152 al 4 de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif précise que le conservateur de la propriété foncière procède à la formalité de publicité de la décision même si des commandements ont été antérieurement publiés, lesquels cessent de produire effet à compter de la publication de cette décision. La publication de cette ordonnance par le conservateur emporte donc la péremption automatique des commandements précédemment inscrits sur le même immeuble. Sur ce point, rejaillit encore la particularité tirée de l'arrêt des poursuites individuelles dans le cadre des procédures collectives.

Concrètement, le commandement étant signifié au débiteur, l'huissier du créancier poursuivant doit se rapprocher des services du conservateur de la propriété foncière du lieu de situation de l'immeuble pour les besoins de sa publication. Celle-ci se matérialise par l'inscription du commandement dans le livre foncier.

Cette inscription qui vaut publication se prouve par un certificat d'inscription du commandement délivré par le conservateur et ainsi conçu :

CERTIFICAT D'INSCRIPTION D'UN COMMANDEMENT AUX FINS DE SAISIE IMMOBILIERE

Le chef de service provincial des domaines du Littoral, conservateur de la propriété domaniale et foncière du Wouri, soussigné ; certifie :

Qu'il a effectué ce jour..... (date du jour d'inscription) à la section III/B (causes d'indisponibilité) uniquement du livre foncier au vol....., fol..... ; le duplicatum du titre foncier N°..... du département du Wouri n'ayant pas été présenté à la conservation de la propriété domaniale et foncière du Littoral à Douala ;

- L'inscription d'un commandement aux fins de saisie immobilière signifié le..... par maître..... ; huissier de justice près les Tribunaux de Douala.

- Contre monsieur....., commerçant demeurant à.....

- Pour paiement de la somme de..... (indiquer les causes de la saisie en chiffres et en lettres) en principal, intérêts et frais ;

- En vertu de..... (indiquer le titre exécutoire)

Concernant l'immeuble urbain bâti situé à....., formant le lot N°..... du lotissement..... ; d'une superficie de.....,

- Appartenant à monsieur....., commerçant, fils de..... et de....., né le..... à....., domicilié et demeurant à..... B.P..... ;

Fait à Douala, le.....

Le Conservateur,

Si la poursuite met en cause un tiers détenteur à qui la sommation est signifiée, celle-ci également doit être publiée en même temps que le commandement ou postérieurement à celui-ci. Si le débiteur est en liquidation des biens, l'ordonnance du juge-commissaire qui tient lieu de commandement doit aussi être inscrite pour valoir publication. Le conservateur foncier en dresse également un certificat comme pour le commandement ordinaire dans la même forme que ci-dessus.

48. On peut s'interroger sur le point de savoir si le commandement et la sommation peuvent être inscrits avant l'expiration du délai de 20 (vingt) jours impartis au débiteur pour s'exécuter.

La doctrine animée par les professeurs Marc DONNIER (- *In voies d'exécution et procédures de distribution*, 5^e Ed. Litec. 1999, P. 418), Jean Vincent et Jacques PREVAULT (*In voies d'exécution et procédures de distribution*, 6^e Ed. Dalloz 1987, P. 388) et M. A.D.TJOUEN (In les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en OHADA, coll. droit uniforme, PUA, 1999, P. 53) répond

par l'affirmative au motif que la loi n'indique que le délai maximum à cette fin, lequel est de 3 mois.

Abondant dans le même sens, Anne-Marie ASSI-ESSO et NDIAW DIOUF (In OHADA, recouvrement des créances, collection Unida, Bruylant, Bruxelles 2002, P. 205) trouvent la solution dans les dispositions de l'article 261 al 1 de l'acte uniforme aux termes desquelles l'inscription du commandement est radiée par le conservateur en cas de paiement dans le délai fixé par l'article 254 al 3.

À la lecture de cet article 261, on peut penser qu'il vient en contradiction avec l'article 254 al 3 du même acte uniforme aux termes desquelles «... faute de payer dans les vingt jours, le commandement pourra être transcrit à la conservation foncière et vaudra saisie à partir de sa publication ». Mais, il convient d'avoir une exacte compréhension de l'intention du législateur. Ce dernier ayant imparté au créancier un délai maximum de trois mois à compter de la date du commandement pour lui permettre de l'inscrire, il n'a non plus voulu le pénaliser en réduisant ce délai de vingt jours. L'article 261 est donc une autorisation implicite à l'inscription du commandement même dans l'intervalle de vingt jours impartis au débiteur pour s'exécuter (*en ce sens : Tribunal régional hors classe de Dakar. Jugement du 02 novembre 1999. SGBS C/ADYNIANG*). Cette inscription faite sous condition résolutoire est susceptible d'être radiée dans les conditions de l'article 261 en cas de paiement dans les vingt jours. Le créancier gagnerait cependant à attendre le non-paiement dans les délais sus-indiqués pour faire inscrire son commandement, la radiation faite sur main levée donnée par le créancier poursuivant ou par voie judiciaire nécessitant des frais.

En somme, la publication se fait soit par le conservateur de la propriété foncière qui, après avoir visé l'original du commandement conserve copie pour inscription dans le livre foncier (art. 259 al 1), soit par l'autorité administrative compétente lorsque la poursuite s'exerce sur les impenses réalisées par le débiteur sur un terrain dont il n'est pas le propriétaire mais qui lui a été affecté par décision d'une autorité administrative... (*art. 259 al 2*). Si la poursuite porte sur un droit réel immobilier comme le droit au bail inscrit sur un immeuble immatriculé dont la gestion est confiée au conservateur de la propriété foncière du lieu de situation de l'immeuble, les formalités de visa sont accomplies par celui-ci. C'est du reste ce qu'a décidé le Tribunal régional hors classe de Dakar en son audience éventuelle du 07 mars 2000 dans l'affaire ayant opposé ISSA SALL à la SGBS.

En tout état de cause, la publication effective du commandement doit être effectuée dans un délai maximum de trois (3) mois à compter de sa date sous peine de déchéance. La jurisprudence ajoute que cette déchéance doit être prononcée même en l'absence de tout préjudice (- Civ. 2^e 28 mai 1984, D. 1985, IR 54 ; Cass. Com. 15 juillet 1987, G.P. 1988, I, Somm. 1955 obs. Véron ; Tribunal Régional hors classe de Dakar, jugement n° 675 du 03 avril 2001).

Contrairement aux saisies mobilières, l'huissier de justice n'a donc plus besoin dans le cadre de la saisie immobilière de dresser un procès-verbal de saisie ; celui-ci devant faire double emploi avec le commandement inscrit qui en tient légalement déjà lieu.

49. Ces précisions faites, le commandement dûment inscrit et valant donc saisie emporte des effets énergiques : l'immeuble est indisponible et mis sous main de justice. Non seulement ses revenus sont immobilisés, mais en plus le débiteur saisi ne peut ni l'aliéner, ni le grever d'aucune charge ou d'un droit réel quelconque, à moins que le débiteur ou l'acquéreur éventuel ne consigne avant le jour fixé pour l'adjudication une somme suffisante pour acquitter en principal, intérêts et frais ce qui est dû aux poursuivant(s). La somme ainsi consignée est affectée spécialement au (x) poursuivant(s) et créanciers inscrits. Telle est l'économie des dispositions de l'article 262 de l'acte uniforme.

Il convient de bien comprendre que ce n'est pas le jour du dépôt de la copie du commandement à la conservation foncière ou même de son visa qui consacre la date de la saisie. C'est au contraire le jour de l'inscription effective du commandement dans le livre foncier qui en tient légalement lieu. Cette précision n'est pas inutile, car il peut arriver que bien qu'ayant reçu copie du commandement pour publication, le conservateur l'effectue quelques jours ou quelques semaines après. Il revient donc à l'avocat du créancier poursuivant de s'assurer auprès de la conservation foncière qui au besoin peut lui délivrer un certificat d'inscription du commandement, que la formalité matérielle de publication a été effectivement faite dans le livre foncier.

Il faut néanmoins relever que, même sans attendre la saisie matérialisée par l'inscription du commandement au livre foncier, le législateur communautaire a réservé des effets spéciaux au commandement simplement déposé à la conservation foncière.

En effet et de manière générale, seule la saisie emporte indisponibilité du bien saisi et des fruits de toute nature en découlant.

50. Seulement et exceptionnellement, l'article 263 de l'acte uniforme précise que « les fruits naturels ou industriels, les loyers et fermages recueillis postérieurement au dépôt du commandement ou le prix qui en provient sont, sauf l'effet d'une saisie antérieure, immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble... ». Le législateur communautaire a été certainement animé par le souci d'assurer satisfaction aux autres créanciers susceptibles de se réveiller suite au déclenchement par le plus diligent d'une procédure de saisie immobilière à l'encontre de leur débiteur commun lorsqu'il a pensé à l'immobilisation pour être distribués, des fruits et revenus du bien saisi. Ces fruits, loyers et fermages sont donc de par la loi frappés de ce que l'on peut appeler une indisponibilité par anticipation. Concrètement et dans la pratique, une fois le commandement servi, l'avocat du créancier

poursuivant saisira d'une requête le Président de la juridiction compétente pour obtenir que les fruits, loyers et fermages issus de l'immeuble convoité soient consignés à la caisse de dépôt et consignation ou entre les mains d'un séquestre judiciaire que la décision nommera. Les requête et ordonnance y relatives sont ainsi conçues :

REQUÊTE AUX FINS DE DÉSIGNATION D'UN SÉQUESTRE

À Monsieur le président du Tribunal de Première Instance de

L'an.....

Et le..... du mois de.....

Monsieur..... homme d'affaires demeurant à....., lequel a pour conseil maître....., Avocat, B. P..... Douala, au cabinet duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes et ses suites, a le profond respect de vous exposer :

Qu'il est créancier de madame....., commerçante demeurant à..... de la somme de..... tel qu'en fait foi la grosse dûment en forme exécutoire de..... ci-jointe ;

Qu'en exécution dudit titre et en vue de recouvrer sa créance, il a fait servir à dame..... un commandement aux fins de saisie immobilière en date du..... suivant exploit de maître..... huissier de justice à..... et dont copie ci-jointe ;

Que ledit commandement a été régulièrement inscrit à la conservation foncière tel qu'en fait foi le certificat délivré par l'autorité compétente dont copie ci-jointe ;

Mais que ledit immeuble rapportant des loyers, il y a lieu de craindre que ces revenus ne soient utilisés à d'autres fins par le débiteur, diminuant ainsi les chances du requérant quant au recouvrement de la totalité de sa créance en raison de l'importance de celle-ci ;

Qu'il vous remercie en conséquence de bien vouloir conformément aux dispositions de l'article 263 al. 1^{er} de l'acte uniforme portant voies d'exécution, désigner monsieur..... en qualité de séquestre desdits loyers avec pour mission de les collecter aux périodes indiquées et de les reverser dans un compte qu'il ouvrira spécialement à cet effet jusqu'à l'issue de la procédure dont s'agit.

Sous toutes Réserves

Profonds respects

ORDONNANCE N°..... /

Nous,....., Magistrat-Président du Tribunal de Première Instance de..... ;

Vu la requête qui précède, le cas dont s'agit, ensemble les pièces y annexées et les dispositions de l'article 263 al 1^{er} de l'acte uniforme N° 06 portant sur les voies d'exécution ;

Ordonnons la mise sous séquestre des loyers générés par la location de l'immeuble objet du titre foncier N°..... appartenant à..... et objet de saisie suivant certificat d'inscription du commandement en date

du..... délivré par le conservateur de la propriété domaniale et foncière du département du.....

Désignons monsieur..... en qualité de séquestre avec pour mission de collecter les revenus mensuels dudit immeuble et de les reverser dans un compte qu'il ouvrira à cet effet jusqu'à l'issue définitive de la procédure de saisie immobilière déclenchée.

Disons notre ordonnance exécutoire sur minute, avant enregistrement et qu'il nous en sera référé en cas de difficultés.

Fait en notre cabinet,

Douala, le.....

Toutefois, si l'immeuble ne rapporte aucun revenu, le saisi restera en possession de celui-ci jusqu'à la vente, sauf, précise l'article 263 al 2, si le Président de la juridiction compétente à la demande d'un ou de plusieurs créanciers en décide autrement.

51. La question va se poser de savoir si le Président auquel fait allusion l'article 263 de l'acte uniforme est celui du Tribunal de grande Instance qui connaîtra de la procédure de saisie immobilière ou bien celui de Première Instance du lieu de situation de l'immeuble qui est le juge institué des requêtes conformément à l'article 13 de l'ordonnance n° 72/4 du 26 août 1972 modifiée par l'article 15 de la loi N° 2006/015 du 29 décembre 2009 portant organisation judiciaire au Cameroun.

On peut soutenir que si le législateur communautaire n'a pas pris le risque de s'y prononcer, c'est en raison des particularités des textes organisant le fonctionnement de la Justice dans les États membres. Il a ainsi laissé le soin à chaque État partie de régler cette difficulté sur la base des règles de compétence interne propres.

En droit Camerounais en particulier, en l'absence d'un texte formel ayant conféré ce pouvoir au Président du Tribunal de grande Instance, seul le Président du Tribunal de Première Instance, juge des requêtes de droit commun, aura compétence pour en connaître.

L'immeuble convoité étant ainsi mis sous main de justice et ses fruits et revenus immobilisés et rendus indisponibles, il ne reste au créancier qu'à procéder aux formalités pour parvenir à la vente.

§2 - Préparation de la vente

52. Elle commence par la rédaction et le dépôt du cahier des charges (A), se poursuit par la sommation d'en prendre communication (B), passe le cas échéant par une audience (C) et se termine par la publicité (D).

Envisageons pour mieux les cerner, l'étude successive de chacune de ces formalités.

A - Cahier des charges

53. Aux termes de l'article 266 al 1 de l'acte uniforme OHADA portant voies d'exécution, « le cahier des charges est le document rédigé et signé par l'avocat du créancier poursuivant qui précise les conditions et les modalités de vente de l'immeuble saisi ». Il est ainsi conçu :

CAHIER DES CHARGES RELATIF À L'ADJUDICATION DE L'IMMEUBLE OBJET DU TITRE FONCIER N°..... APPARTE- NANT À.....

À la requête de la société..... (indiquer dénomination, forme, siège social, Nationalité, date de création etc.) prise en la personne de ses représentants légaux, laquelle a pour conseil maître....., avocat, B. P..... Tél/Fax. :..... au cabinet duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes et ses suites ;

Et en vertu de la grosse dûment en forme exécutoire de..... (indiquer titre exécutoire) délivrée par..... Du commandement aux fins de saisie immobilière du ministère de maître....., huissier de justice près les Tribunaux de....., B. P..... ; Tél/Fax. :....., en date du..... et dûment inscrit pour valoir saisie dans le livre foncier de monsieur le conservateur de la propriété foncière du..... en date du....., pour avoir paiement de la somme totale de..... en principal et intérêts outre divers frais et celle de..... francs représentant le coût du commandement ;

Ce commandement étant resté lettre morte, maître....., Avocat du créancier poursuivant a dressé conformément à l'article 266 de l'acte uniforme OHADA N° 06 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, le présent cahier des charges relatif à la vente de l'immeuble ci-après :

DÉSIGNATION DE L'IMMEUBLE

Un immeuble urbain bâti situé à....., d'une superficie de....., immatriculé au livre foncier du département de.....le....., sous N°....., vol.....folio;....., appartenant en pleine propriété à monsieur....., homme d'affaires demeurant à..... ;

ORIGINE DE PROPRIÉTÉ DES CHARGES, CLAUSES ET CONDITIONS DE VENTE

Article 1^{er} Du transfert de propriété et des servitudes

Cet immeuble appartient en toute propriété à monsieur..... pour l'avoir acquis de..... suivant acte N°..... reçu le..... par maître....., notaire à..... et dûment enregistré.

La propriété de l'immeuble sera acquise à l'adjudicataire dès l'adjudication, dans l'état où il se trouve ; lequel fera des servitudes existantes ce que bon lui semble sans recours contre le vendeur.

Article 2 : Des contributions diverses et locations

L'adjudicataire supportera les charges fiscales, les primes d'assurance et toutes autres charges dès son entrée en jouissance.

De même, il initiera contre les éventuels occupants des locaux vendus toutes actions qu'il jugera à propos à ses frais, risques et périls.

Article 3 : Des frais & du paiement du prix d'adjudication

Dans les 20 jours de l'adjudication, l'adjudicataire paiera en sus du prix d'adjudication, tous droits liés à l'enregistrement, les redevances du greffe ainsi que tous autres frais auxquels donnera lieu l'adjudication et notamment les frais depuis le commandement jusqu'à la vente et dont le montant sera indiqué à l'occasion de la vente après taxe qui en aura été faite par le Président du Tribunal chargé de contrôler les opérations de la vente.

Il en est de même et dans le même délai des frais de poursuite et émoluments dus à l'avocat et dont le montant dûment taxé sera annoncé publiquement à l'ouverture des enchères.

Article 4 : De la folle enchère

À défaut pour l'adjudicataire de se conformer à l'article 3 sus-visé et dans les délais indiqués ainsi que faute par lui de faire publier le jugement d'adjudication dans les délais prévus par la loi, l'immeuble dont s'agit sera remis en vente dans les formes et délais légaux avec toutes les conséquences de droit aux risques et périls du fol enchérisseur.

Article 5 : De la consignation du prix et ses suites

La consignation du prix d'adjudication ainsi que de tous frais, sera faite par l'adjudicataire au greffe du Tribunal chargé de la vente ou entre les mains du notaire désigné à cette fin.

Cette consignation emportera pour l'adjudicataire le droit de requérir du greffe du Tribunal ou du notaire expédition de l'acte d'adjudication pour les formalités de transcription.

Article 6 : De l'interdiction de détériorer l'immeuble

Avant le paiement intégral de son prix et des frais accessoires, l'adjudicataire évitera de démolir celui-ci ou de diminuer par quelque moyen que ce soit la valeur de l'immeuble, à peine d'être immédiatement contraint au paiement de son prix sans préjudice de dommages-intérêts.

Article 7 : De la solidarité

La solidarité sera de droit pour le paiement du prix et l'exécution du cahier des charges lorsque plusieurs personnes se sont mises ensemble pour enchérir ou lorsqu'une personne est déclarée adjudicataire par command.

En cas de prédécès de l'un des codébiteurs solidaires avant parfait et complet paiement des obligations financières, les héritiers supporteront la dette indivisiblement.

Article 8 : Mise à prix et montant des enchères

L'immeuble sus-désigné sera adjudgé sous les charges et conditions sus-indiquées sur la mise à prix de..... (en chiffres et en lettres). Chacune des enchères fixées à....., et seront portées par les enchérisseurs eux-mêmes à défaut d'avocat constitué à cette fin.

Article 9 : Des dates d'audience éventuelle et d'adjudication

En cas de dépôt de dires et observations sur le présent cahier des charges, il sera tenu par-devant le Tribunal de Grande Instance de..... le..... à..... heures précises, une audience dite éventuelle pour examiner les contestations élevées.

L'adjudication de l'immeuble sera faite le..... à..... heures précises par-devant..... (notaire ou Tribunal), sauf si le jugement rendu à l'audience éventuelle en a fixé une nouvelle ou si les dires et observations formulées ont été accueillis favorablement par le Tribunal.

L'adjudication sera prononcée dans les conditions fixées par les articles 282 et suivants de l'acte uniforme OHADA N° 06 portant voies d'exécution.

Article 10 : Élection de domicile

Domicile est élu pour le créancier poursuivant au domicile de son avocat. L'adjudicataire est également tenu d'élire domicile au lieu de l'adjudication.

Article 11 : *Le présent cahier des charges est rédigé et signé par maître..... Tél/Fax....., conseil du poursuivant.*

Date..... ;

(Signature de l'avocat
du créancier poursuivant)

Il doit contenir de façon exhaustive les prescriptions énumérées à l'article 267 de l'acte uniforme à peine de nullité et avoir en annexe un état de droits réels inscrits sur l'immeuble à la date du commandement. Cet état résulte du certificat de propriété délivré par le conservateur de la propriété foncière. Une fois le cahier des charges rédigé et signé par l'avocat de la partie poursuivante, il doit être déposé au greffe de la juridiction compétente dans un délai maximum de 50 jours à compter de la date de publication du commandement à peine de déchéance.

Il faut se souvenir que dans l'ancien code de procédure civile applicable au Cameroun, le cahier des charges bien que pratiquement rédigé par l'avocat du créancier poursuivant, était toujours signé par le notaire. Ce qui donnait lieu à des frais supplémentaires à payer par le poursuivant. Le nouveau droit de la sous-région a eu le mérite d'avoir résolu cette difficulté en reconnaissant cette prérogative à l'avocat poursuivant.

De même, le délai de dépôt du cahier des charges a considérablement augmenté. Il passe de 30 à 50 jours à compter de la publication du commandement.

54. La question peut se poser de savoir si le cahier

des charges peut être déposé avant la publication du commandement. Cette préoccupation est capitale lorsqu'on sait que seule la publication du commandement, c'est-à-dire l'inscription de celui-ci dans le livre foncier, consacre la saisie de l'immeuble convoité (article 262 al. 1^{er} de l'acte uniforme). En effet, le cahier des charges définit par la loi elle-même comme étant le document qui précise les conditions et les modalités de la vente d'un immeuble saisi, on doit naturellement penser que celui-ci ne peut être déposé au greffe que si l'immeuble concerné est effectivement saisi. Tel ne semble pas cependant être l'avis de la CCJA. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt n° 025/2004 du 15 juillet 2004, le commandement avait été déposé à la conservation foncière pour publication le 14 Septembre 2000. Celui-ci ne sera effectivement inscrit dans le livre foncier que le 12 octobre 2000 au moment où le cahier des charges avait été déjà déposé le 27 Septembre 2000, c'est-à-dire avant la saisie au sens de l'article 262 al. 1 de l'acte uniforme. La CCJA, statuant sur le pourvoi dirigé contre le jugement du Tribunal déféré à sa censure a dit et jugé que « l'article 262, en son alinéa 1^{er} aux termes duquel « en cas de non-paiement, le commandement vaut saisie à compter de son inscription » n'a pas pour objet de déterminer l'ordre de l'accomplissement des formalités de la saisie immobilière, mais de préciser le point de départ des effets du commandement à l'égard du débiteur saisi et de certains tiers, qu'il situe au jour où celui-ci est publié, d'autre part, l'appelante n'a pas allégué, comme lui en fait l'obligation l'article 297 du même acte uniforme, de préjudice que lui aurait causé l'irrégularité relevée de la procédure de saisie immobilière ».

La CCJA semble cependant n'avoir pas bien compris la préoccupation du demandeur au pourvoi. En effet, le recours était articulé entre autres, sur la violation combinée des articles 262 al. 1 et 266 al. 2 de l'acte uniforme, ce dernier texte disposant en substance que le cahier des charges est « déposé au greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve l'immeuble dans un délai maximum de 50 jours à compter de la publication du commandement, à peine de déchéance ». Le cahier des charges en l'espèce, ayant été déposé avant la publication du commandement, la difficulté qui était posée à l'auguste Cour était bien celle de savoir si la procédure de saisie immobilière devait être invalidée. Il ne s'agissait donc pas de formalités au sens de l'article 297 al. 2 de l'acte uniforme tel que l'a certainement pensé la Cour, mais plutôt des délais dont la sanction aux termes de l'alinéa 1 de l'article 297 est la déchéance. Il faut simplement espérer que la CCJA aura d'autres occasions pour préciser sa pensée.

En tout état de cause, il est délivré à l'avocat du poursuivant un procès-verbal de dépôt du cahier des charges contenant entre autres la date projetée de la vente de l'immeuble, laquelle doit se situer entre le 45^e et le 90^e jour après le dépôt du cahier des charges. Le procès-verbal susvisé est conçu ainsi qu'il suit :

PROCÈS-VERBAL DE DÉPÔT DU CAHIER DES CHARGES

L'an.....

Et le.....

Au Greffe du Tribunal de Grande Instance de.....
et par-devant nous, maître....., Greffier en chef
dudit Tribunal soussigné ;

A COMPARU :

Maître....., Avocat, B. P.....

Tél/Fax..... agissant au nom et pour le
compte de....., entrepreneur domicilié
à....., lequel fait élection de domicile au
cabinet dudit avocat aux fins des présentes et ses suites ;

Lequel a déclaré faire dépôt à notre greffe du cahier
des charges N°..... relatif à l'adjudication
de l'immeuble objet du titre foncier N°..... du Dépar-
tement de....., situé à....., formant le lot
N°..... du lotissement....., d'une
superficie de..... m² et dont la vente est
entrevue pour le..... à..... heures précises par-devant
le Tribunal de céans (ou devant maître.....,
notaire à.....).

Du tout quoi, nous avons après avoir reçu copie dudit
cahier des charges, dressé le présent procès-verbal pour
servir et valoir ce que de droit.

Le Greffier en chef

Cette formalité terminée, il reste à signifier au débi-
teur et aux autres créanciers inscrits la sommation d'en
prendre communication.

B - Sommation de prendre communication du cahier des charges

55. Cette sommation doit être diligentée dans un
délai maximum de 08 jours suivant le dépôt du cahier
des charges et contenir à peine de nullité :

- Les jour et heure de l'audience éventuelle appelée à
statuer sur les éventuels dires et observations. La date
de cette audience ne saurait être fixée à moins de 30
jours après la dernière sommation (TGI Douala, Jgt
Civ. N° 14 du 04 octobre 2001. Aff : BICEC C/Bibout
Josué. Dans cette espèce, le Tribunal a déclaré irrece-
vable l'action de la BICEC parce que celle-ci n'a pas
respecté le délai minimum de 30 jours exigé entre la
sommation de prendre communication du cahier des
charges et la date de l'audience éventuelle).
- Les jour et heure prévus pour l'adjudication, laquelle
doit avoir lieu entre le 30^e et le 60^e jour après l'au-
dience éventuelle.
- La mention que les dires et observations seront reçus,
à peine de déchéance jusqu'au 5^e jour précédant l'au-
dience éventuelle et qu'à défaut de former et de faire
mentionner à la suite du cahier des charges dans ce
même délai la demande en résolution d'une vente

antérieure, ils seront déchus à l'égard de l'adjudica-
taire de leur droit d'exercer ces actions.

L'article 270 de l'acte uniforme sus-rapporté appelle
pour mieux le comprendre quelques explications.

En effet, après le dépôt du cahier des charges, le
créancier poursuivant doit dans un délai maximum de
8 jours suivant ledit dépôt faire signifier par huissier au
saisi et à sa personne ou à son domicile, sommation
de prendre connaissance du cahier des charges. Ladite
sommation lui rappellera qu'au cas où il a des moyens
à faire valoir, d'y faire insérer ses dires et observations
dans un délai qu'elle précise. L'exploit y afférent est
ainsi conçu :

N°_____/REP SIGNIFICATION CONTENANT SOMMATION DE PRENDRE COMMUNICATION DU CAHIER DES CHARGES

L'an.....

Et le.....

À la requête de monsieur.....,
commerçant, B. P..... Yaoundé, lequel a pour
conseil maître....., Avocat, B. P..... Tél/
Fax....., au cabinet duquel il fait élection de
domicile aux fins des présentes et ses suites, ainsi qu'en
mon étude, j'ai, maître....., huis-
sier de justice près les Tribunaux de.....,
B. P....., Tél....., y demeurant et
domicilié, soussigné ;

1)- SIGNIFIE ET EN TÊTE DE CELLES DES PRE- SENTES, REMIS ET LAISSE A :

Madame..... (noms, prénoms,
domicile et adresse du saisi), en son domicile élu sis
au cabinet de maître....., avocat, B. P.....,
Tél....., où étant et parlant à :.....

- Expédition du procès-verbal de dépôt du cahier
des charges N°..... ; du.....attestant
du dépôt au greffe du Tribunal de Grande Instance
de....., du cahier des charges relatif à l'adju-
dication de l'immeuble objet du titre foncier N°.....
du département du....., situé à..... formant
le lot N°..... du lotissement....., d'une super-
ficie de..... m², appartenant en toute propriété
à..... et dont la vente est entrevue pour le.....
à..... 7 heures 30 minutes précises par-devant
maître....., notaire à..... ;

2)- FAIT SOMMATION A LA SUS-NOMMÉE, en
son domicile élu où étant et parlant comme ci-dessus ;

- De prendre communication dudit cahier des charges
au greffe sus-indiqué et d'y faire insérer ses dires et obser-
vations jusqu'au 5^e jour précédant l'audience éventuelle
fixée au..... à 7 heures 30 minutes du
matin, à peine de déchéance.

- Lui rappelant à toutes fins utiles, qu'à défaut de
former et de faire mentionner à la suite du cahier des
charges dans le même délai sus-indiqué la demande

en résolution d'une vente antérieure ou la poursuite de folle enchère d'une réalisation forcée antérieure, il sera déchu à l'égard de l'adjudicataire de son droit d'exercer ces actions.

- Lui rappelant enfin que la date d'adjudication est fixée au..... à 7 heures 30 minutes précises par-devant maître....., Notaire à.....

Sous Toutes Réserves

Et afin qu'elle n'en ignore, je lui ai où étant et parlant comme ci-dessus, remis et laissé tant expédition du procès-verbal de dépôt des dires susvisés que copie du présent exploit dont le coût est de :

Employé pour copie.....feuille(s) de la dimension du timbre à 500 francs, somme incluse dans le coût de l'acte.

Signature et cachet de l'huissier

56. Il est possible qu'en dehors du créancier poursuivant, d'autres personnes aient des droits inscrits sur l'immeuble convoité. Une sommation doit dans ce cas être également signifiée à ceux-ci pour susciter leur réaction. Il n'est pas exclu qu'en dehors de ces autres créanciers inscrits, certaines personnes aient des droits sur l'immeuble. Nous pensons ici au vendeur impayé dudit immeuble ou même à un créancier poursuivant originaire dont la procédure a fait l'objet d'une folle enchère. La particularité de ces créanciers spéciaux réside en ce que l'exercice de leur droit est de nature à mettre à néant la procédure en cours. Il ne fait pas de doute que le vendeur impayé qui bénéficie d'une créance privilégiée prenant rang avant tous les autres créanciers, pourra, au lieu de solliciter simplement le prix de vente de l'immeuble (*auquel cas la poursuite suivra son cours normal jusqu'à son désintéressement par préférence sur le prix d'adjudication*), opter pour une action en résolution de ladite vente conformément à l'article 1184 du code civil. La résolution ayant des effets rétroactifs, l'exercice de cette action par le vendeur impayé aura pour conséquence la sortie du bien saisi du patrimoine du débiteur rendant partant la procédure de saisie immobilière sans objet.

De même, un créancier originaire poursuivant, alors victime d'une folle enchère a encore le droit de poursuivre l'adjudicataire défaillant, alors fol enchérisseur. Cette action devant porter sur le même immeuble convoité par les autres créanciers, elle intéressera tous les créanciers de ce même débiteur en ce qu'ils viendront chacun en son rang sur le prix de la nouvelle adjudication suite à la folle enchère.

On comprend donc qu'il est tout à fait légitime que le créancier poursuivant sache si les titulaires de ces droits et actions y ont renoncé ou pas. C'est pour mettre fin à cette inquiétude que le législateur communautaire à travers l'article 270 a indiqué de façon précise et à peine de déchéance le délai dans lequel ils doivent se prononcer.

Tous ces éléments permettent de comprendre qu'une fois les contestations soulevées, elles doivent être tranchées.

C - Éventualité d'une audience

57. Avant l'avènement de l'acte uniforme, chaque État membre avait une pratique qui lui était propre.

Au Cameroun par exemple, lorsqu'une procédure de saisie immobilière faisait l'objet de contestations (*que celles-ci soient fondées sur les moyens de forme ou de fond*), le greffier se contentait de recevoir les actes préparés par l'avocat du contestataire contre simple décharge pour certaines juridictions et procès-verbal pour d'autres juridictions.

Ces actes de contestation faisaient l'objet de l'ouverture d'un dossier qui était immédiatement communiqué au Parquet pour notification aux parties et pour réquisitions. Ces contestations étaient généralement de deux (2) ordres : nullité de commandement et nullité de poursuites.

Alors que la requête aux fins de nullité de commandement concernait essentiellement les vices qui l'entachaient, la requête aux fins de nullité des poursuites était l'acte par lequel l'avocat du contestataire saisissait la juridiction compétente pour lui permettre de statuer sur les dires et observations déposés en même temps que ladite requête.

Ces deux (2) procédures obéissaient à deux régimes juridiques distincts : au reçu de la requête aux fins de nullité de commandement, le Président de la juridiction compétente rendait au pied de celle-ci une ordonnance fixant la date à laquelle le Tribunal devait statuer sur le mérite des moyens excipés ; laquelle date ne devait être fixée au-delà de huit jours. Le ministère public était dûment entendu à l'audience. Par contre, les dires et observations déposés en même temps que la requête aux fins de nullité des poursuites ne pouvaient être enrôlés que pour le jour fixé pour l'adjudication lorsque la vente devait avoir lieu par-devant le Tribunal ou à une date d'audience quelconque lorsque la vente était prévue par-devant notaire.

58. Les dispositions de l'OHADA ont rendu ces procédures caduques. Elles consacrent une audience éventuelle ayant pour objet de statuer sur toutes les contestations susceptibles d'être élevées à l'occasion d'une procédure de saisie immobilière. Cette audience a lieu par-devant le Tribunal de Grande Instance du lieu de situation de l'immeuble et au jour fixé tant par l'acte de dépôt du cahier des charges que par la sommation d'en prendre connaissance. Le principe du contradictoire est expressément consacré par l'article 272 de l'acte uniforme qui dispose que « les dires et observations sont jugés après échange des conclusions motivées des parties qui doit être effectué dans le respect du principe du contradictoire ».

Le législateur communautaire a par ailleurs été animé par le souci de vaincre le dilatoire dans les procédures de saisie immobilière. Aussi, n'a-t-il autorisé la remise de l'audience éventuelle que lorsqu'il s'agit des causes graves et dûment justifiées ou lorsque le Tribunal exerce d'office son contrôle sur le cahier des charges.

La notion de cause grave est soumise à l'appréciation souveraine du juge. Dans l'espèce ayant donné lieu au jugement n° 1044 du 07 juin 1999, sieur MOUSTAPHALO sollicitait la remise de l'audience éventuelle aux motifs qu'il était en pourparlers avec la banque poursuivante pour un règlement amiable du litige, que la créance réclamée était dérisoire en raison de la valeur de l'immeuble et de la mise à prix et que la créance n'était nullement en péril parce que garantie par une hypothèque forcée inscrite sur son immeuble. Pour rejeter la demande de remise de l'audience éventuelle, le Tribunal Régional hors classe de Dakar a dit et jugé qu'il n'est établi l'existence d'aucune cause grave au sens de l'article 273 de l'Acte uniforme, l'audience éventuelle ayant pour seul objet de vider les contestations tant de forme que de fond relatives à la régularité de la procédure d'expropriation engagée et non sur l'expropriation elle-même.

Ce vœu tenant à la célérité et qui mérite d'être loué est néanmoins difficile à être observé tant que la pratique de l'avocat n'aura pas fait l'unanimité sur la question. Et pourtant, il suffit de s'accorder à dire que l'avocat ayant déposé les dires doit les communiquer à l'avocat adverse le lendemain au plus tard dudit dépôt et que l'avocat du poursuivant dispose d'un délai maximum de trois (3) jours pour faire ses observations écrites ; lesquelles devront être déposées et communiquées dans ce délai ; de telle sorte qu'advenue le jour de l'audience éventuelle, les conseils des parties soient entendus en leurs explications purement orales. Dans ces conditions, le Tribunal, à défaut de mettre l'affaire en délibéré pour la plus prochaine audience, pourra statuer le siège.

59. Une autre préoccupation mérite d'être relevée. C'est celle de savoir si la date de l'audience éventuelle fixée dans le cahier des charges peut être modifiée. La question s'est posée devant le Tribunal de Grande Instance du MOUNGO qui, par souci de respecter la contradiction et de s'assurer que le saisi avait été réellement touché par les différents actes de procédure dès lors qu'il n'avait ni déposé des dires et observations ni comparu par soi-même ou par représentation, a ordonné par jugement avant dire droit une nouvelle signification soit par deux huissiers territorialement compétents, soit par un huissier territorialement compétent assisté de deux témoins dûment identifiés, aussi bien du commandement que de la sommation au débiteur saisi et par voie de conséquence a fixé une nouvelle date de l'audience éventuelle (*TGI MOUNGO à Nkongsamba, jugement N° 08/ADD/CIV du 21 janvier 2010. Aff. SRC contre Ayants droit de siébetche David, inédit*). Une telle démarche est contraire au principe de l'immutabilité de la date de l'audience éventuelle, à la jurisprudence

de la CCJA et aux dispositions de l'article 275 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. L'immutabilité de la date de l'audience éventuelle signifie que la date fixée par le cahier des charges ne peut être modifiée ni par lui-même ni par la juridiction compétente. En effet, l'article 275 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution dispose que « la juridiction compétente peut, d'office, à l'audience éventuelle, et si nécessaire, après consultation par écrit d'un expert, recueillie sans délai :

1)-ordonner la distraction de certains biens saisis toutes les fois que leur valeur globale apparaît disproportionnée par rapport au montant des créances à récupérer ;

2)- modifier le montant de la mise à prix si celle-ci n'a pas été fixée conformément aux dispositions de l'article 267-10 ci-dessus.

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

À la lecture de ce texte, on peut aisément se rendre compte que la juridiction compétente ne peut modifier d'office le cahier des charges que lorsqu'il s'agit de distraire de l'assiette de la saisie certains biens ou lorsqu'il est question de modifier la mise à prix fixée dans le cahier des charges et dans ces cas, la juridiction compétente est tenue d'observer une certaine procédure, notamment l'information des parties et leur invitation à produire leurs observations dans un certain délai. Tout au plus, le tribunal est-il autorisé à procéder à une remise de l'audience éventuelle comme c'est le cas de l'article 275 in fine ci-dessus et non à la modification de la date de l'audience éventuelle qui est immuable. La remise de l'audience éventuelle a simplement pour effet de différer le jour des débats relativement aux dires et observations déposés par les parties. Elle a lieu pour des causes graves et dûment justifiées. En revanche, la date de l'audience éventuelle fixée par le poursuivant dans le cahier des charges permet de vérifier la recevabilité des dires et observations des parties qui doivent être déposés dans un certain délai à peine de déchéance (article 311 de l'acte uniforme). Il était loisible au tribunal de prononcer la nullité de la procédure au cas où il estimait que des actes auraient été irrégulièrement signifiés, ce qui aurait permis au créancier poursuivant de reprendre la procédure au lieu de modifier la date de l'audience éventuelle à cette même audience et d'ordonner la nouvelle signification du commandement et de la sommation au débiteur. En statuant ainsi, le tribunal a réhabilité la forclusion dont était atteint le saisi et partant violé les règles de la procédure. Plus grave, le Tribunal a prescrit la signification par deux huissiers territorialement compétents ou par un huissier assisté de deux témoins. Or, non seulement en

matière de saisie immobilière l'huissier instrumentaire est désigné par le pouvoir aux fins de saisie immobilière, mais en plus l'intervention de deux huissiers ou d'un huissier assisté de deux témoins ne peut constituer pour le juriste qu'une découverte lorsqu'on sait quelle est la force probante des actes d'huissier. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt N° 013 du 18 mars 2004 dans le cadre de l'affaire opposant la SGBC à monsieur FOTOH Fonjungo tobias, l'audience prévue à la date de l'audience prévue dans le cahier des charges n'avait pas eu lieu. Pensant tirer avantage de la non tenue de cette audience, le second conseil constitué plus tard par monsieur Fotoh Fonjungo avait soulevé de nouveaux dires qui malheureusement ont été déclarés irrecevables pour déchéance motif pris du caractère immuable de la date de l'audience éventuelle.

Au-delà du respect du contradictoire et de la célérité qui ont animé le législateur OHADA, beaucoup d'autres préoccupations continuent d'alimenter le prétoire et portent sur l'intervention du procureur de la république (I), sur le point de savoir si le Tribunal saisi des contestations peut statuer en chambre de conseil (II), sur la compétence du tribunal arbitral à connaître de la procédure de saisie immobilière (III) et sur celle de la juridiction des référés à connaître des contestations de vente sur saisie immobilière (IV).

I - Intervention du procureur de la République

60. Il faut se souvenir que sous le régime de l'ancien code de procédure civile alors applicable au Cameroun, l'intervention du Procureur de la République était obligatoire et incontournable dans toute procédure de saisie immobilière. Le nouveau droit de la saisie immobilière n'y a consacré aucune disposition, ce qui amène beaucoup d'avocats à conclure à l'irrecevabilité des réquisitions du Ministère Public dans le cadre des procédures dans lesquelles ils sont constitués.

On peut penser à l'opposé que, s'il est vrai que l'acte uniforme n'a consacré aucune disposition favorable à l'intervention du ministère public dans les procédures de saisie immobilière, aucune disposition dudit acte ne l'interdit formellement. Qu'en plus, l'acte uniforme dont l'article 336 n'abroge que les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les États parties, c'est-à-dire les voies d'exécution et les procédures simplifiées de recouvrement, n'a nullement abrogé les dispositions de l'article 36 al 8 du code de procédure civile qui énoncent : « le Procureur de la République pourra néanmoins prendre communication de toutes les autres causes dans lesquelles il croira son ministère nécessaire ; le Tribunal ou le juge de paix à compétence étendue pourront même l'ordonner d'office ». Qu'enfin, le législateur OHADA aurait laissé le soin à chaque État partie en raison de la spécificité reconnue à chaque organisation judiciaire interne, de définir les organes devant intervenir dans la procédure de saisie immobilière.

Le débat est d'autant plus actuel qu'il divise la Jurisprudence Camerounaise ; la plupart des décisions de Justice étant favorables à l'intervention du Procureur de la République (*TGI Douala, jgts N°S 283 du 1^{er} février 2001 ; 14 et 15 du 04 Octobre 2001 ; 624 du 07 juin 2001 ; TGI Nkongsamba, jgt N°S 32/Civ du 17 Janvier 2002 ; 47/Civ du 21 Mars 2002 etc.*).

61. Certaines décisions de justice ont déduit de l'article 298 al 2 de l'AUVE, l'inopportunité de communication au ministère public. Ce texte dispose en effet : « toute contestation ou demande incidente relative à une poursuite de saisie immobilière formulée postérieurement à la signification du commandement est formulée par simple acte d'avocat contenant les moyens et conclusions... »

- Les affaires sont instruites et jugées d'urgence ».

Dans l'espèce ayant donné lieu aux jugements n° 06/CC/ADD, 07/CC/ADD et 08/CC du 13 septembre 2000, le Tribunal de Grande Instance du Moungo avait été saisi par la société agricole et industrielle de Penja (SAIP) en contestation d'une procédure de saisie immobilière diligentée à son encontre par la CCEI Bank. Le Président du Tribunal de Grande Instance du Moungo sur la base de l'alinéa 2 de l'article 298 sus-visé avait rendu au pied d'une requête à lui présentée par le conseil de la SAIP, une ordonnance fixant au 13 septembre 2000 la date à laquelle devaient être examinées les contestations soulevées. Advenue ladite date, le Tribunal rejettera respectivement par jugements numéros 06/CC/ADD et n° 07/CC/ADD l'exception d'incompétence et la fin de non-recevoir tirées des articles 298 et 299 de l'acte OHADA, puis annulera par jugement N° 08/CC de la même date la procédure de saisie immobilière déclenchée par la CCEI Bank à l'encontre de la SAIP (*société agricole et industrielle de Penja*). Le Tribunal avait statué sans que la cause soit communiquée au ministère public, argument étant tiré de ce qu'en cette matière, les affaires sont instruites et jugées d'urgence (*art. 298 al 2 de l'acte uniforme*).

L'arrêt n° 003/2002 du 10 janvier 2002 de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage vient mettre un terme à ce débat (*Aff. : Société Ivoirienne d'emballage métallique (SIEM) C/Sté ATOU et Banque ivoirienne pour le Commerce et l'Industrie de Côte-d'Ivoire (BICICI)*). Cet arrêt est ainsi motivé : « Attendu qu'il résulte de l'analyse des dispositions combinées des articles 28, 336 et 337 de l'acte uniforme susvisé que celui-ci contient aussi bien des dispositions de fond que de procédure qui ont seules vocation à s'appliquer aux mesures conservatoires, mesures d'exécution forcée et procédures de recouvrement engagées après son entrée en vigueur ; que dans la mise en œuvre de celles-ci, ledit acte uniforme n'ayant pas prévu de procédure de communication de la cause au Ministère public telle que fixée à l'article 106 du code Ivoirien de procédure civile, commerciale et administrative qui édicte que « sont obligatoirement communicables au Ministère

public trois jours au moins avant l'audience, les causes concernant tout litige de quelque nature que ce soit dont l'intérêt financier est égal ou supérieur à 25 000 000 de francs... Toute décision rendue au mépris de cette disposition est nulle et de nul effet... » ; il s'ensuit que cette disposition du Droit interne, au demeurant contraire à la lettre et à l'esprit des dispositions de l'acte uniforme susvisé, est inapplicable au litige ayant donné lieu au jugement N° 193/CIVB du 30 novembre 1999 dont appel ; qu'en conséquence (...), la fin de non-recevoir fondée sur l'application de l'article 106 susvisé est à rejeter... ». Cette décision est suivie par d'autres décisions de la même cour, dont celui N° 057 du 22 décembre 2005 rendue dans l'affaire opposant la SGBC à Essoh Grégoire (*Pour un commentaire de cette décision : lire YIKAM (J) et TEPPI KOLLOKO (F.), juris périodique N° 69, janvier-février-mars 2007, PP. 51 et s.*). La CCJA réaffirme ainsi non seulement la force obligatoire des actes uniformes mais en plus, la suprématie aussi bien de ses règles de forme que de fond sur les dispositions nationales des États Parties. Reste donc à déterminer le cadre des débats.

II - Cadre des débats

62. Une autre curiosité nous amène à nous interroger sur le point de savoir si, comme dans l'espèce sus-rapportée, le Tribunal saisi des contestations en matière de saisie immobilière, peut statuer en chambre de conseil ;

Pour l'admettre, le Tribunal de Grande Instance du Mounjo dans l'espèce CCEI Bank contre SAIP ci-dessus rapportée a certainement tenu compte non seulement de l'alinéa 2 de l'article 298 de l'acte uniforme et du fait qu'à l'époque où cette décision intervenait, les audiences civiles avaient lieu une seule fois par mois. Cela ne semble pas être l'avis de la CCJA qui, dans un arrêt en date du 3 juillet 2008, penche plutôt pour une saine application de la pratique judiciaire des États parties. En effet, alors que le demandeur au pourvoi décriait un excès de pouvoir en ce que le tribunal de grande instance de Douala, saisi en matière d'incidents de saisie immobilière a statué en chambre de conseil, la Cour, rendant un arrêt qui tombe comme un couperet dit et juge : « Mais attendu que contrairement à l'argumentaire de la requérante, l'article 248 al. 1 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution prescrit que « la juridiction devant laquelle la vente est poursuivie est celle ayant plénitude de juridiction dans le ressort territorial où se trouvent les immeubles » et que l'article 298 al 2 du même acte uniforme précise que « les affaires sont instruites et jugées d'urgence » ; qu'il ressort de ces dispositions que l'identification de la juridiction compétente pour connaître du contentieux des incidents de la saisie immobilière relève de l'organisation judiciaire de chaque Etat partie au Traité institutif de l'OHADA ; qu'en décidant, en l'occurrence,

d'examiner en chambre de conseil l'incident de saisie immobilière dont était saisi son président, le Tribunal de Grande Instance du Wouri à Douala n'a fait qu'aménager le fonctionnement de l'audience des incidents de saisie immobilière conformément aux considérations internes de la pratique judiciaire camerounaise et ne commet aucun excès de pouvoir, lequel n'est constitué que lorsque le juge a cessé de faire œuvre juridictionnelle pour se conduire en administrateur, ou pour commettre un abus de force, ce qui en l'espèce n'est pas avéré... ». Le risque, gros et grand pour la CCJA ne valait pas la peine ; toute pratique judiciaire devant être conforme à la loi au risque de créer une insécurité judiciaire. Les honorables membres de la CCJA ont-elles seulement connaissance de la réglementation relative à l'organisation judiciaire au Cameroun ? On peut douter lorsqu'on sait que l'article 6 de la loi N° 2006/015 du 29 décembre 2006 reprenant l'article 4 de l'ordonnance n° 72/4 du 26 août 1972 modifiée et portant organisation judiciaire dispose précisément :

- « (1) la justice est rendue publiquement et toute décision est prononcée publiquement.
- (2) toute violation de l'alinéa (1) ci-dessus entraîne nullité d'ordre public de la procédure de jugement.
- (3) cependant :
 - a) en cas de disposition expresse de la loi, les débats ont lieu hors la présence du public, en chambre de conseil
 - b) toute juridiction peut, d'office ou à la demande d'une ou de plusieurs parties, ordonner dans une affaire déterminée le huis clos pour tout ou partie des débats lorsque la publicité paraît dangereuse pour la sûreté de l'État, l'ordre public ou les bonnes mœurs ».

On le voit, une juridiction ne peut connaître d'une procédure en chambre de conseil que si la loi le prévoit expressément. Il en est ainsi par exemple de la procédure de divorce (*article 239 du code civil*), du contentieux des honoraires d'avocat (*article 24 al 3 (2) de la loi n° 90/059 du 19 décembre 1990 portant organisation de la profession d'avocat*) ; etc.

III - Compétence de l'arbitre

63. Il serait inhabile de passer pieds joints sur une question aussi fondamentale. Le tribunal arbitral est-il compétent pour connaître de la procédure de saisie immobilière ? C'est la question plus générale de l'arbitrabilité du litige qui se trouve ainsi posée. Le législateur de l'OHADA ne procède à aucune énumération des matières arbitrables. Il se contente d'énoncer que toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Mais qu'entend-t-on par « droit dont on a la libre disposition ? » Un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire qui peut l'aliéner ou même y renoncer. Quid des voies d'exécution, dont

la saisie immobilière ? L'article 246 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution consacre le caractère d'ordre public des règles régissant la saisie immobilière. La vente étant prévue soit par-devant le Tribunal, soit par-devant notaire, cette procédure échappe par conséquent à la justice arbitrale. Cette solution est ancienne et se justifie par le fait que l'exécution interpelle à la contrainte publique, ce qui suppose l'existence d'un dispositif de force publique investi par l'État. Incontestablement, la saisie immobilière qui a pour objet la vente forcée du bien immobilier relève de la compétence exclusive des juridictions étatiques seules à même de régler les incidents survenus et de contrôler son bon déroulement en dépit de la clause compromissoire contenue dans certaines conventions et qui ont conduit malheureusement certaines juridictions à se déclarer incompétentes (TGI Bafoussam, jugements N°s 79/CIV du 1^{er} août 2006 ; 33/CIV du 03 avril 2007, inédits). Le tribunal de Grande Instance de Yaoundé a eu le mérite de le rappeler dans son jugement N° 798 du 26 septembre 2007 qui précise que la clause compromissoire concerne les différends autres que la réalisation des garanties (*Aff. PROPME FINANCEMENT C/Sté Élevage Promotion Afrique & Azangue Bernard*). Les professeurs Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman soutiennent que la compétence exclusive des juridictions étatiques en matière d'exécution des décisions de justice fait obstacle à ce que les arbitres puissent se prononcer sur ces matières. (*pour une étude plus approfondie de la question, lire : Fouchard (ph.) et al., Traité de l'arbitrage commercial international, pp. 733 et s ; POUGOUE (P. G), TCHAKOUA (J. M), FENEON (A.), Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, PP. 62 et s ; MEYER (P.) ; OHADA, Droit de l'arbitrage, coll. Droit uniforme Africain, 2002, P. 100 et s., Traité et actes uniformes commentés, 3^e 2008 ; CHEKROUN (D.), L'imperium de l'arbitre, in archives de philosophie du droit, Tome 52, L'arbitrage, Dalloz, PP. 135 et s.*)

IV - Compétence du juge de l'exécution

64. Une autre préoccupation tirée de l'article 49 de l'acte uniforme mérite d'être relevée. Elle est celle de savoir si le Président du Tribunal de Première Instance statuant en matière d'exécution, est compétent pour connaître des incidents de la saisie immobilière.

On peut estimer que la saisie immobilière étant une mesure d'exécution forcée, cette juridiction serait compétente pour connaître de ses questions incidentes. L'article 49 précité dispose en effet que : « La juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui... » ;

Dans l'espèce ayant donné lieu à l'ordonnance N° 18/Ref du 08 février 2000, la veuve et les enfants

NDEFFO avaient saisi le juge des référés statuant en matière d'exécution pour solliciter la discontinuation des poursuites engagées par la société de recouvrement des créances (SRC) à l'encontre de leur défunt époux et père en réalisation d'une hypothèque consentie par ce dernier au profit de la défunte BICIC (*Banque Internationale pour le Commerce et l'industrie du Cameroun*).

La veuve et les enfants NDEFFO invoquaient au soutien de leur demande la violation de l'article 877 du code civil en ce qu'à la date du 31 mars 1999, date à laquelle le commandement a été servi par l'huissier instrumentaire, leur époux et père était décédé et avait cessé d'être un sujet de droit ; toute chose qui commandait que le commandement soit servi plutôt à la succession après accomplissement des formalités de l'article 877 du code civil.

En réaction à cet argument, la SRC par le biais de son conseil concluait au mal fondé de la demande présentée et sollicitait reconventionnellement la continuation des poursuites par la vente de l'immeuble litigieux.

Vidant son délibéré dans ladite espèce, le juge des référés de Nkongsamba statuant en matière d'exécution rappellera le caractère d'ordre général de l'article 49 de l'acte uniforme applicable seulement en matière de saisie mobilière et non en matière de saisie immobilière dont les incidents ne peuvent être connus que par le Tribunal ayant plénitude de juridiction, c'est-à-dire le Tribunal de Grande Instance en droit positif Camerounais. Aussi, se déclarait-il incompétent à connaître tant de la demande principale que de la demande reconventionnelle.

Cette incompétence de la juridiction des référés à connaître des incidents de la saisie immobilière est réitérée dans l'espèce SAIP C/CCEI Bank et objet de l'ordonnance N° 40/REF du 13 septembre 2000.

De cette deuxième décision, s'est dégagé un autre problème de droit à savoir si le juge des référés est compétent pour connaître d'une demande de délai de grâce dès lors que la date d'adjudication est fixée.

À cette question, le juge des référés de Nkongsamba dans l'espèce objet de l'ordonnance N° 40/REF du 13 septembre 2000 a répondu par l'affirmative au motif que l'article 39 de l'acte uniforme qui régit la question ne distingue pas selon qu'on se trouve en matière de saisie immobilière ou de saisie mobilière.

Ce raisonnement aurait été logique s'il avait commandé la décision du même juge lorsqu'il appréciait de la compétence du juge des référés statuant en matière d'exécution à connaître des incidents de la saisie immobilière au regard de l'article 49 de l'acte uniforme. Car, il est bien difficilement justifiable qu'ayant à apprécier de l'applicabilité de deux textes de portée générale, la décision dont s'agit ait pu consacrer deux raisonnements contraires ; toutes choses qui fragilisent la portée d'une telle décision rendue en marge d'une nombreuse jurisprudence devenue constante (*Cass Civ 2^e, 4 Février 1965, D. 1965, 617 note vidal ; 25 Juin 1975 GP. 1975, PAN, 222 ; 9 Octobre 1975, JCP 1976, 4, 6573 ; 20 Novembre 1975, D. 1976, IR 36 ; 4 Janvier 1979, D. 1979, IR 200 etc.*).

65. En dernière analyse, l'examen critique de diverses décisions susvisées nous amène à conclure que l'audience éventuelle devant connaître de tous les incidents de saisie immobilière a lieu par-devant le Tribunal de Grande Instance du lieu de situation de l'immeuble et en audience publique à l'exclusion de la juridiction des référés même statuant en matière d'exécution.

Seulement, la tenue de cette audience est-elle automatique ? En l'absence de toute disposition légale, la pratique n'est pas unanime sur la question. Pour certains, elle ne peut avoir lieu que lorsque les dires et observations ont été déposés par toute personne ayant intérêt (*Dakar, Arrêt du 23 janvier 2003, Paul FAYE et Véronique SARR C/BICIS*), ce qui colle au nom donné à cette audience dite « éventuelle ». Dans ce cas, et à défaut de dires, le créancier procède immédiatement à la publicité sans qu'il soit besoin d'y être autorisé par une décision de justice. Pour d'autres, même en l'absence de dires de contestations, le tribunal doit statuer pour le constater avant d'ordonner la continuation des poursuites après avoir validé la procédure faite jusque-là. Il est important que la CCJA prenne position dans cette controverse pour uniformiser la pratique en la matière. Dans tous les cas, suivront les formalités de publicité.

D - Publicité en vue de l'Adjudication

66. Dans le souci d'intéresser le maximum d'enchérisseurs, le législateur communautaire a organisé la publicité en matière de saisie immobilière sous un double aspect : l'insertion d'un extrait du cahier des charges dans un journal d'annonces légales et l'apposition des placards.

Les placards, dit l'article 276, doivent être apposés à la porte du domicile du saisi, de la juridiction compétente (*si la vente doit avoir lieu par-devant le tribunal*) ou du notaire convenu (*si la vente doit avoir lieu devant notaire*), ainsi que dans les lieux officiels d'affichage de la commune de la situation des biens.

La publicité doit être faite dans un délai de 30 jours au plus tôt et de 15 jours au plus tard avant la date de l'adjudication.

On se demande si malgré le dépôt des dires et observations nécessitant la tenue de l'audience éventuelle, le créancier poursuivant peut continuer à diligenter les formalités de publicité. L'intérêt de cette préoccupation réside en ce que la tenue de l'audience éventuelle peut avoir une influence sur la date d'adjudication initialement indiquée dans la sommation :

- si les dires et observations sont fondés et la procédure annulée, on comprend donc que le créancier poursuivant aurait perdu et du temps et de l'argent pour une publicité devenue inutile.
- si les dires et observations sont jugés mal fondés et la continuation des poursuites ordonnée, le même jugement au cas où il n'a pas été rendu sur le siège, fixera une nouvelle date d'adjudication qui servira de repère au créancier poursuivant pour le respect des

délais de l'article 276 de l'acte uniforme. À cet égard, le Tribunal de Grande Instance de Douala dans l'es-pèce *ABDOUL HADY contre CCEI Bank a*, à juste titre décidé que la publicité ne peut intervenir que postérieurement aux dires et observations (*TGI Douala, JGT CIV n° 15 du 4 octobre 2001. ce jugement aurait été cependant plus explicite s'il énonçait que la pu-blicité ne peut intervenir qu'après le sort réservé aux dires et observations ; Cotonou, Arrêt n° 163 – 2001 du 21 juin 2001*).

En tout état de cause, aussi bien les placards que l'an-nonce dans le journal doivent contenir à peine de nullité :

- les noms, prénoms, domicile ou demeure des parties et de leurs avocats ;
- la désignation des immeubles saisis ;
- la mise à prix ;
- l'indication des jours, lieu et heure de l'adjudication, de la juridiction compétente ou du notaire convenu devant qui elle se fera.

67. Le législateur communautaire a abordé le problème de la preuve de la formalité obligatoire de publicité. La preuve de l'insertion est administrée par un exemplaire du journal dûment signé par l'imprimeur et celle de l'affichage par un procès-verbal d'Huissier rédigé sur un exemplaire du placard (*art 278 de l'acte uniforme*) ainsi conçus :

CABINET D'AVOCAT (S).....

(Indiquer noms & adresse de l'avocat ou des Avocats poursuivants).

VENTE SUR SAISIE IMMOBILIÈRE

Il est porté à la connaissance du public qu'il sera procédé le..... à 7 heures 30 minutes précises du matin, par-devant le Tribunal de Grande Instance de..... statuant en matière civile, dans la salle ordinaire de ses audiences, sise au Palais de justice de ladite ville, à la vente aux enchères publiques de l'immeuble appartenant à.....,

À la requête de monsieur....., homme d'affaires, B. P....., lequel élit domicile au cabinet de maître....., Avocat, B. P.....

- Et en vertu de la grosse dûment en forme exécutoire de l'ordonnance d'injonction de payer N°..... ren-due le..... par monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance de.....

- D'un commandement aux fins de saisie immobilière du ministère de maître....., huissier de justice à..... en date du..... publié pour valoir saisie le..... par monsieur le conservateur de la propriété foncière du..... à..... ;

- D'un certificat d'inscription d'hypothèque judiciaire délivré le..... par monsieur le conservateur de la pro-priété foncière du.....

IL SERA ADJUGÉ AU PLUS OFFRANT ET DERNIER ENCHÉRISSEUR

L'immeuble ci-dessous désigné appartenant à....., domicilié à....., ayant pour conseil maître....., Avocat à.....;

DÉSIGNATION

Un immeuble Urbain bâti situé à....., formant les lots N°S..... et..... du lotissement communal N° 3, d'une superficie de....., immatriculé au livre foncier du département de..... le..... sous N°....., vol..... folio.....;

MISE À PRIX

Outre les charges, clauses et conditions insérées au cahier des charges dressé le..... par maître....., Avocat, et déposé le..... au greffe du Tribunal de Grande Instance de....., les enchères seront reçues sur :

- La mise à prix de : fcfa 40 000 000*
- Montant des enchères : fcfa 100 000*
- Fait et rédigé à.....,*
- Le.....*

Par l'avocat de la partie poursuivante

Pour tous renseignements, s'adresser à :

- 1)- Cabinet maître....., Avocat
Tél.....*
- 2)- Étude maître.....huissier
Tél.....*
- 3)- Greffe du Tribunal de Grande instance de.....*

La preuve de l'apposition des placards se fait au moyen d'un procès-verbal rédigé sur un exemplaire de placard et ainsi conçu :

**N°____/REP : PROCÈS-VERBAL
D'APPOSITION DES PLACARDS**

L'an.....

Et le.....à.....heures.....

À la requête de monsieur....., homme d'affaires demeurant à....., lequel a pour conseil maître....., Avocat, B. P.....Tél/Fax....., au cabinet duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes et ses suites, ainsi qu'en mon étude ;

Et en vertu du commandement aux fins de saisie immobilière servi le..... à madame..... partie saisie, demeuré sans effet ;

Du cahier des charges dressé et signé par maître..... Avocat de la partie poursuivante le..... et déposé le..... au greffe du Tribunal de Grande Instance de..... ;

- De l'article 276 de l'acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ;

Je, maître....., huissier de justice près les Tribunaux

de....., B. P....., Tél....., y demeurant et domicilié, soussigné ;

Certifie avoir apposé les placards aux endroits et lieux prévus par la loi pour la vente de l'immeuble objet du titre foncier N°..... du..... du Département de..... laquelle aura lieu le....., à 7 heures 30 minutes du matin, par-devant le Tribunal de Grande Instance de.....; dans la salle ordinaire de ses audiences.

Mentionnons que ces placards ont été apposés aux endroits ci-dessous :

- À la porte du domicile du saisi,*
- À la porte du Tribunal de Grande Instance de..... (ou du notaire convenu pour la vente)*
- Dans les lieux officiels d'affichage de la commune du lieu de situation des biens.*

Sous Toutes Réserves

Du tout quoi, j'ai dressé le présent procès-verbal clos à..... pour servir et valoir ce que de droit et dont le coût est de :

Employé pour copie..... feuille(s) de la dimension du timbre à 500 francs, somme incluse dans le coût de l'acte.

Signature et cachet de l'Huissier

68. Enfin, compte tenu de la nature et de la valeur des biens saisis, le législateur a pensé que suivant les cas, la double formule publicitaire indiquée par la loi pouvait être insuffisante ou de trop. Aussi, a-t-il prévu à son article 279 la possibilité de la restreindre ou de l'accroître. La restriction ou l'accroissement de la publicité sera subordonné à l'obtention par l'avocat du créancier poursuivant d'une ordonnance de la juridiction compétente. Cette ordonnance, dit le même texte est insusceptible de recours. L'obtention de celle-ci suppose qu'une requête dont l'exemple est ci-dessous reproduit a été déposée à cette fin.

**REQUÊTE AUX FINS DE RESTRICTION
DE LA PUBLICITÉ LÉGALE**

À Monsieur le Président du Tribunal
de..... Instance de.....

L'an.....

Et le.....

Monsieur....., Commerçant domicilié à....., lequel a pour conseil maître....., Avocat, B. P..... au cabinet duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes et ses suites, a le profond respect de vous exposer :

Qu'en vertu de la grosse dûment en forme exécutoire de l'ordonnance d'injonction de payer N°..... délivrée le..... par monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance de....., le requérant a engagé une procédure de saisie immobilière sur l'immeuble objet du titre foncier N°..... du Département

du..... et appartenant à monsieur.....tels qu'en font foi le commandement et le certificat d'inscription dudit commandement ci-joints ;

Que ce commandement étant resté sans effet, le cahier des charges relatif à la vente dudit immeuble a été déposé au greffe et sommation d'en prendre communication et d'insérer les dires a été servie au saisi tels qu'en font foi le procès-verbal de dépôt du cahier des charges du..... et la sommation en date du..... ci-joints ;

Que la vente dudit immeuble étant prévue pour le....., le requérant entend procéder à la publicité légale prévue par les articles 276 et suivants de l'acte uniforme OHADA N° 06 portant voies d'exécution ;

Que l'article 276 dudit acte uniforme prescrivant la publicité tant par voie d'apposition des placards que par insertion dans un journal d'annonces légales, l'article 279 du même acte uniforme a le mérite de préciser que « le Président de la juridiction compétente peut par décision non susceptible de recours rendue sur requête, restreindre ou accroître la publicité légale, suivant la nature et la valeur des biens saisis » ;

Attendu que le requérant sollicite le bénéfice de cette disposition exceptionnelle dans la mesure où non seulement il a déjà fait d'énormes débours pour tenter vainement de recouvrer cette créance, mais encore le requérant se trouve aujourd'hui réduit à néant à cause de l'extrême mauvaise foi du saisi ;

Qu'au demeurant, l'immeuble dont s'agit non seulement est un immeuble rural non bâti d'une superficie négligeable, mais en plus il est de peu de valeur car estimé à 1000 000 fcfa alors que la créance, les droits de recettes de l'huissier, les frais de poursuites et les intérêts légaux sont 5 fois supérieurs à la susdite valeur ;

Qu'en fixant la mise à prix dudit immeuble à 1 500 000 fcfa, le requérant l'a même surestimé ;

Que la demande du requérant est donc recevable et fondée et qu'il convient d'y faire droit.

Sous Toutes Réserves

Profonds Respects

ORDONNANCE N°...../

Nous,....., Magistrat-Président du Tribunal de..... Instance de..... ;

Vu la requête qui précède, ensemble les moyens y exposés et les pièces y annexées ;

Vu les dispositions de l'article 279 de l'acte uniforme N° 06 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ;

Restreignons exclusivement à l'apposition des placards la publicité en vue de la vente de l'immeuble objet du titre foncier N°..... immatriculé au nom de....., poursuivie devant le Tribunal de Grande Instance de..... ;

Disons notre ordonnance exécutoire sur minute et avant enregistrement.

Fait en notre cabinet.....

Yaoundé le,

Le Président du Tribunal

Il ne sera donc pas surprenant qu'extraordinairement, une publicité à son de cloche, trompe, tambour ou par prospectus soit autorisée et exécutée surtout lorsque la nature et la valeur des biens saisis révèlent une certaine importance.

La publicité étant organisée et faite, les tiers et les parties mis au courant, il peut alors être procédé à la vente.

§3 - Vente ou Adjudication

69. La vente constitue la dernière formalité de la procédure sans incident de la saisie immobilière. Sa réalisation pour être exempte de tout vice et de tout reproche suppose qu'elle ait été faite par-devant l'institution compétente (A), que les pouvoirs accordés au poursuivant à l'occasion de celle-ci aient été préservés (B), que l'assiette légale des enchérisseurs ait été respectée (C), ainsi que le formalisme de l'adjudication (D). Il peut toutefois arriver que la vente n'ait pas lieu au jour initialement fixé par celle-ci. On parlera alors du report de l'adjudication (E). Bien que régulièrement adjugé, l'immeuble peut faire également l'objet d'une nouvelle adjudication sur initiative d'un enchérisseur offrant un supplément du prix : C'est la surenchère (F). Une fois l'immeuble définitivement adjugé, il ne restera qu'à envisager les formalités post-adjudication (G).

A - Institution chargée de la vente d'Immeuble

70. La détermination de l'institution chargée de la vente est faite par la loi (I). Celle-ci peut également être le fruit d'un accord de volontés (II).

I - Détermination légale de l'institution chargée de la vente

71. Aux termes de l'article 248 de l'acte uniforme, « la juridiction devant laquelle la vente est poursuivie est celle ayant plénitude de juridiction dans le ressort territorial où se trouvent les immeubles ».

La juridiction ayant plénitude de juridiction en droit positif Camerounais c'est le Tribunal de Grande Instance qui, en matière de vente d'immeuble, statue en matière civile et Commerciale.

Seulement, si le problème de la compétence matérielle se trouve être évacué, celui de la compétence territoriale mérite une particulière attention.

En effet, il peut arriver qu'un débiteur soit propriétaire de plusieurs immeubles situés dans plusieurs localités différentes dans le ressort de diverses juridictions normalement compétentes. La vente de l'un de ces immeubles n'étant pas de nature à couvrir la totalité de la créance en principal, intérêts et frais,

le créancier poursuivant doit-il déclencher autant de procédures qu'il y a d'immeubles à saisir et donc poursuivre leur vente respective devant chacune des juridictions normalement compétentes ? La solution à cette préoccupation ressort des dispositions combinées des articles 248 et 252 de l'acte uniforme. Ceux-ci, en même temps qu'ils posent le principe selon lequel la vente de ces immeubles situés dans les ressorts de plusieurs juridictions normalement compétentes ne peut être poursuivie que successivement, prévoient des exceptions lorsque lesdits immeubles font partie d'une seule et même exploitation ou lorsque bien que ne faisant pas partie d'une même exploitation, le Président de la juridiction compétente ou le débiteur lui-même l'a expressément autorisé. Dans chacun de ces cas exceptionnels, la procédure sera celle édictée par l'article 248 de l'acte uniforme en son alinéa 2 et aux termes duquel « La vente forcée des immeubles dépendant d'une même exploitation et situés dans le ressort de plusieurs juridictions se poursuit devant l'une quelconque de celles-ci ».

L'alinéa 2 de l'article 248 consacre ainsi une prorogation légale de compétence qui permet au créancier poursuivant de faire une économie de temps et d'argent et à l'une quelconque des juridictions normalement compétentes que le créancier indiquera dans la sommation, de connaître non seulement de tous les incidents, mais aussi de la vente de tous ces immeubles. On le voit, le créancier poursuivant n'aura plus à servir plusieurs commandements au même débiteur relativement à ses multiples immeubles. Concrètement, le créancier poursuivant fera servir un seul commandement englobant les immeubles à saisir bien que ceux-ci soient situés dans le ressort de plusieurs juridictions. Il fera par la suite inscrire ledit commandement dans chacune des conservations foncières intéressées par les immeubles compris dans le commandement. Dès cette inscription valant saisie, le créancier poursuivant déposera le cahier des charges devant l'une des juridictions qu'il aura choisie et servira sommation au débiteur d'y insérer ses dires et observations au cas où il aurait des contestations à faire valoir. C'est donc cette juridiction qui connaîtra de tous les incidents et de la vente desdits immeubles. Les immeubles vendus, les jugements y afférents devront être transcrits dans les conservations foncières intéressées.

72. Le jugement d'adjudication est ainsi conçu :

JUGEMENT D'ADJUDICATION

Audience des saisies immobilières du Tribunal de Grande Instance du Wouri, tenue le..... par :

- Monsieur....., Président du Tribunal de Grande Instance du Wouri à Douala ;.....
Président.

Assisté de maître....., greffier ;

A été rendu le jugement dont la teneur suit :

S'est présenté maître....., avocat de la société générale de banques au Cameroun (SGBC) partie poursuivante, qui a conclu comme suit :

- Faire annoncer le montant des frais des poursuites et dire qu'il sera ensuite procédé à l'adjudication des immeubles saisis sur la mise à prix de deux millions cinq mille francs pour le terrain objet du titre foncier N° 7131/w et 12 000 000 (douze millions de francs) pour le terrain objet du titre foncier N° 12930/w.

- Nul pour la partie saisie non comparante, ni personne pour la représenter.

- Sur l'ordre du Président, les enchères ont été ouvertes. Trois bougies ont été allumées successivement sans qu'il ne survienne d'enchères pendant leur durée ;

le Tribunal

- Vu l'extinction des feux voulus par la loi sans nouvelle enchère ;

- Adjuge à la SGBC, partie poursuivante les immeubles dont s'agit aux clauses et conditions du cahier des charges ;

- Ordonne sur la signification du présent jugement à tous détenteurs ou possesseurs de délaisser les immeubles dont est cas au profit de l'adjudicataire sous peine d'y être contraints par voie d'expulsion ou par tous autres moyens légaux ;

- Dit que les frais de poursuites seront prélevés par privilège sur le prix de la vente ;

- Dépens à la charge de..... ;

- Ainsi fait, jugé et prononcé en audience publique ordinaire les mêmes jour, mois et an que dessus ;

- Et ont signé sur la minute du présent jugement le président qui l'a rendu et le greffier approuvant ;

-... lignes et..... mots rayés, ainsi que nuls..... renvois en marge.

Ces exceptions qui inspirent une procédure exceptionnelle, rappellent le particularisme de la procédure de vente sur saisie immobilière dans le cadre de la liquidation des biens édictée par les articles 150 à 154 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif où, le juge-commissaire qui en est le personnage clé, non seulement est seul à pouvoir autoriser la vente d'immeuble mais en plus il en fixe la mise à prix, les conditions de vente, les modalités de la publicité compte étant tenu de la valeur de l'immeuble, de sa situation et de sa nature. Il peut même autoriser la poursuite simultanée de la vente des immeubles situés dans les ressorts des juridictions différentes et décide de la juridiction devant laquelle la vente sera poursuivie. Dans ce dernier cas, il peut décider de faire vendre le ou les immeubles devant le tribunal du domicile du débiteur ou du siège de l'entreprise même si aucun des immeubles à être vendus n'est situé dans ces ressorts respectifs.

Ces précisions faites, il convient de relever que si la vente par-devant le tribunal constitue la règle, il arrive assez souvent que les parties y dérogent en désignant par convention une autre institution compétente à cette fin.

II - Détermination conventionnelle de l'institution chargée de la vente

73. C'est la résultante de l'accord des volontés des parties. En principe, la vente d'immeuble a lieu par-devant le Tribunal de Grande Instance du lieu de situation de l'immeuble tel que le prescrit l'article 248 de l'acte uniforme. Il arrive cependant et assez souvent que dans le cadre de leur convention de prêt, les parties conviennent que la vente aura lieu par-devant notaire, lequel sera désigné sur simple ordonnance du juge des requêtes. Le notaire ainsi désigné sera chargé exclusivement de la vente et non du règlement des incidents de la saisie, la fonction de juger ne lui étant pas reconnue.

Aussi, si une procédure de saisie immobilière donne lieu à incidents, le jugement qui réglera ces incidents fixera une nouvelle date de vente si celle initialement fixée ne peut être maintenue. La Jurisprudence attache du prix à la volonté des parties.

Dans l'espèce ayant donné lieu au jugement n° 1653 du 27 septembre 2000 du Tribunal hors classe de Dakar, la BICIS, partie poursuivante, avait au mépris de l'article 6 de l'acte de crédit des 09 et 10 janvier 1992 qui prévoyait la vente par-devant notaire, indiqué dans les actes de poursuites que l'adjudication devait avoir lieu par-devant le Tribunal. Emmanuel SENGHOR et Colette DIOKH déposeront des dires articulés entre autres, sur la violation de l'article 6 de la convention liant les parties, sur l'article 287 de l'Acte uniforme en ce que le cahier des charges a visé le Tribunal comme institution chargée de la vente au lieu du Notaire tel que prévu à l'article 6 du contrat. Pour annuler les poursuites, le Tribunal a dit et jugé que contrairement aux allégations de la BICIS, l'Acte Uniforme a prévu la vente par-devant Notaire comme cela résulte clairement des dispositions des articles 267 et 276 qui parlent de la vente devant le Tribunal territorialement compétent ou devant le Notaire convenu ; qu'en l'espèce, il était clairement spécifié dans l'acte notarié que la vente devait se faire devant Maître Daniel SEDAR SENGHOR ; qu'en décidant de procéder à la vente devant le Juge, la BICIS a violé non seulement les clauses de son contrat mais également les dispositions de l'article 96 du COCC et 267 de l'Acte Uniforme. Ce dernier texte, en son alinéa 3 parle de notaire convenu entre le poursuivant et le saisi. Est-ce à dire que la clause des conventions prévoyant la désignation du notaire par simple ordonnance sur requête devient désormais non écrite ? Avant l'entrée en vigueur de l'acte uniforme, les conventions des parties prévoyaient la désignation du notaire par voie d'ordonnance. Il n'en demeure pas moins que l'élément fondamental reste celui de la volonté des parties qui ont entendu réaliser la garantie par-devant notaire. Peu importe si ce notaire est désigné dans la convention ou s'il le sera par ordonnance sur requête. Aucune difficulté ne devrait se présenter à ce niveau.

B - Pouvoirs accordés au poursuivant à l'occasion de la vente

74. Aux termes de l'article 280 de l'acte uniforme, « au jour indiqué pour l'adjudication, il est procédé à la vente sur réquisition, même verbale, de l'avocat du poursuivant ou de tout créancier inscrit. Celui-ci indique publiquement le montant des frais de poursuite préalablement taxés par le Président de la juridiction compétente ».

L'article 280 met l'accent sur le fait que la saisie immobilière reste et demeure l'affaire des parties.

En effet, il peut arriver qu'avant le jour fixé par le tribunal pour l'adjudication ou même qu'après accomplissement des formalités de publicité, le créancier poursuivant et le saisi se soient rapprochés pour tenter de trouver une solution amiable. Advenue la date de l'adjudication, le Tribunal ou le notaire chargé de la vente ne l'imposera pas aux parties : il faut la réquisition même verbale de l'avocat du créancier poursuivant ou de tout créancier inscrit (*Tribunal Régional hors classe de Dakar, jugement d'adjudication du 08 mai 2003. YERO MBAYE KONATE et SNR C/SOULEYMANE SOW*). Il s'en suit que la non-comparution du créancier poursuivant ou de son avocat ainsi que la non comparution de tout autre créancier inscrit au jour fixé pour l'adjudication constitue un obstacle pour la vente de l'immeuble. Le Tribunal ne le vendra pas d'autorité.

La réquisition exigée par le législateur communautaire interpelle le créancier poursuivant ou tout créancier inscrit sur l'ampleur du risque qu'ils encourent à requérir l'adjudication : ils pourront être déclarés adjudicataires dudit immeuble, ce qui les exposera au paiement des frais de poursuite initialement taxés par le Président de la juridiction compétente ; ce qui n'est pas évident lorsqu'on sait que leurs moyens peuvent se trouver limités du fait du saisi lui-même.

L'exigence de la réquisition de l'avocat du créancier poursuivant laisse présager le cérémonial qui entoure la vente sur saisie de l'immeuble ; ce qui suppose que les enchérisseurs sont préalablement connus.

C - Enchérisseurs

75. La vente sur saisie immobilière étant précédée de la publicité telle qu'organisée par la loi, toute personne dotée de la capacité juridique peut se porter enchérisseur. Toutefois, les personnes mineures ne peuvent enchérir que par le biais de leur représentant légal.

Au-delà du critère de l'incapacité de droit commun emportant exclusion du droit d'enchérir, le législateur communautaire en son article 284, a formellement exclu, à peine de nullité de l'adjudication ou de la surenchère et de dommages-intérêts, certaines personnes, bien que capables, du droit de se porter enchérisseurs. Il en est ainsi notamment des membres de la juridiction ou de l'étude de notaire devant lesquels la vente est poursui-

vie ; du saisi, des personnes notoirement insolvable, de l'avocat poursuivant.

L'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 02 juin 1977 de la cour suprême du Cameroun constitue une intéressante illustration du critère tiré de l'insolvabilité notoire de l'enchérisseur réitéré par l'acte uniforme OHADA. Les faits et la procédure de ladite espèce sont les suivants : Le 04 mars 1969, monsieur Rodolphe CHIDIACK, coliquidateur de la société « tout pour le cycle », consentait au profit des créanciers de ladite société et en sa qualité de coliquidateur, une hypothèque conventionnelle sur son immeuble objet du titre foncier n° 1410 de l'actuel département du Mfoundi. Entre-temps, la société PATERZON ZOCHONIS, l'un des créanciers de la société « tout pour le cycle » initiait une procédure de saisie immobilière sur ledit immeuble, ce qui se soldait par le jugement d'adjudication N° 424 du 14 mai 1970. Deux (2) jours après (*c'est-à-dire le 16 mai 1970*), le conseil de la société poursuivante faisait enregistrer au greffe du Tribunal une déclaration de command au profit de la société civile immobilière de l'hippodrome dont le capital social ne représentait que 13 % du montant des enchères.

Estimant qu'il n'a été mis en cause qu'en sa qualité de coliquidateur et non comme propriétaire de l'immeuble, monsieur Rodolphe CHIDIACK saisissait le Tribunal tant contre la société PATERZON ZOCHONIS que contre la société civile immobilière de l'hippodrome pour s'entendre entre autres, déclarer nulle et non avenue l'adjudication du 14 Mai 1970 ainsi que la déclaration de command faite par l'avocat poursuivant au profit de la société civile immobilière de l'hippodrome.

Statuant dans ladite cause, le Tribunal de Grande Instance de Yaoundé par jugement N° 38 du 08 janvier 1974 annulait l'adjudication du 14 Mai 1970 ainsi que la déclaration de command du 16 Mai 1970 et la procédure de saisie immobilière dont s'agit depuis le procès-verbal d'apposition des placards avec toutes les conséquences de droit ; débouter le demandeur de toutes les autres demandes et mettra les dépens à la charge de la société P. Z et de la société civile immobilière de l'hippodrome.

Sur appel de la SCIH, la cour d'appel de Yaoundé suivant arrêt du 20 août 1974, infirmera le jugement appelé et débouter Rodolphe Chidiack de l'intégralité de ses demandes.

Le pourvoi formé contre cet arrêt invoquait un seul moyen de cassation pris de la violation de l'article 711 du code de procédure civile Français auquel se referait l'article 411 du code de procédure civile et commerciale Camerounais et tiré de l'insolvabilité notoire de la société civile immobilière de l'hippodrome, bénéficiaire de la déclaration de command faite par le conseil de la partie poursuivante.

Pour casser l'arrêt rendu par la cour d'appel de Yaoundé, la cour suprême du Cameroun à la suite du remarquable rapport du Conseiller EBONGUE NYAMBE, relève fort à propos que « la société civile immobilière de

l'hippodrome, ... avec un capital de 1 000 000 FCFA, soit 13 % du montant de l'adjudication (...) est notoirement insolvable et partant ne peut valablement surenchérir » ; non sans avoir précisé que la notion d'insolvabilité notoire est laissée à l'appréciation du juge du fond et qu'elle est réalisée « lorsque l'enchérisseur est hors d'état de payer le montant de la mise à prix, soit qu'il ne possède pas de fortune suffisante, soit parce qu'elle est inaliénable et insaisissable ».

D - Formalisme entourant la vente d'immeuble

76. La vente sur saisie d'immeuble a lieu aux enchères publiques, animée par les offres successives des personnes intéressées par l'immeuble mis en vente et faites par elles-mêmes ou par ministère d'avocat. Le ministère d'avocat n'est donc plus désormais obligatoire pour se porter enchérisseur. Le législateur communautaire en son article 282 al 3, en faisant de la constitution d'un avocat à la seule fin d'enchère une faculté, a ainsi résolu de façon préventive toute contestation relative à la validité d'une enchère faite par soi-même sans constitution d'avocat. Il a également le mérite d'avoir précisé que le même avocat ne peut représenter plusieurs enchérisseurs que lorsque ceux-ci désirent se porter coadjudicataires ; la question aussi longtemps débattue tant en doctrine qu'en jurisprudence sur le point de savoir si le même avocat peut représenter plusieurs clients concurrents à l'occasion d'une vente aux enchères d'immeuble étant ainsi évacuée.

La vente aux enchères d'immeuble obéit à une tradition vieille de plusieurs décennies : au jour fixé pour la vente, le créancier se munira de bougies spéciales dont la durée sera d'une minute environs chacune. Dès que la première bougie est allumée, on rappelle à l'auditoire la mise à prix et au besoin la désignation de l'immeuble mis en vente. S'il n'y a aucune enchère après avoir allumé chaque minute après et successivement 3 (trois) bougies, l'immeuble est adjugé au créancier poursuivant pour la mise à prix. Sauf à ce dernier à solliciter la remise de l'adjudication à une autre audience sur une nouvelle mise à prix après nouvelle apposition des placards et nouvelle publicité dans un journal d'annonces légales. À la date de la remise, le créancier poursuivant sera adjudicataire pour la première mise à prix s'il n'y a pas d'enchérisseur. A contrario, si une enchère se signale pendant la durée d'une bougie, elle n'emportera effet et donc adjudication que s'il ne se manifeste pas de nouvelle enchère avant l'extinction de deux bougies.

Il peut arriver qu'un enchérisseur se manifeste par exemple au moment où la 3^e bougie est allumée. Il faudra pour que cette enchère soit définitive et emporte adjudication que deux autres bougies se soient éteintes après elle sans qu'une autre enchère ne se soit signalée.

E - Éventualité d'un report d'adjudication

77. L'adjudication peut être remise à la demande du créancier poursuivant usant du droit qui lui est reconnu à l'article 283 al 5 de l'acte uniforme. Elle peut également l'être pour causes graves et légitimes. La notion de cause grave et légitime est soumise à l'appréciation des juges du fond (*Tribunal Régional hors classe de Dakar, jugements n°s 798 du 04 mai 1999, 11 février 2003*). Elle doit être faite par jugement et non par ordonnance sur requête comme on peut l'observer dans la pratique de certaines juridictions.

À l'exception de l'hypothèse prévue à l'article 283 al 5, toute demande à fin de remise de l'adjudication est formée par requête déposée cinq (5) jours au moins avant le jour fixé pour la vente.

La remise de l'adjudication est faite par décision judiciaire motivée, laquelle doit fixer la nouvelle date d'adjudication qui ne saurait excéder 60 jours à compter de sa date et ordonner une nouvelle publicité.

Un simple renvoi du dossier de la procédure à 60 jours aux fins d'adjudication viole manifestement les dispositions de l'article 281 de l'acte uniforme.

F - Éventualité d'une surenchère

78. La surenchère est ouverte à tous ceux qui, en offrant de payer un supplément du prix, se proposent d'acquérir un immeuble déjà adjudiqué. Bien que n'étant pas fréquente, elle est la suite normale de la procédure de saisie immobilière et ne saurait être rétractée une fois exercée.

Elle doit être faite à peine d'irrecevabilité dans les dix (10) jours qui suivent la première adjudication et être au moins du 1/10 du prix de la première adjudication.

Tout commence par la déclaration de surenchère faite par l'enchérisseur lui-même ou son avocat au greffe de la juridiction ou à l'étude du notaire qui a connu de la première adjudication. Au reçu de ladite déclaration, il en est dressé procès-verbal dont expédition est délivrée au surenchérisseur ou à son conseil constitué. Mention de cette déclaration doit être faite sur le cahier des charges.

79. Le procès-verbal de déclaration de surenchère susvisé est ainsi conçu :

**PROCÈS-VERBAL DE DÉCLARATION
DE SURENCHÈRE**

L'an.....

Et le.....

*Au Greffe du Tribunal de Grande Instance de.....
et par-devant nous, maître....., Greffier en
chef dudit Tribunal soussigné ;*

A COMPARU :

Maître....., Avocat, B. P.....Tél/Fax.....

*agissant au nom et pour compte de....., Entrepreneur
domicilié à....., lequel nous a déclaré :*

*Qu'il se porte surenchérisseur pour le compte de
son client..... et offre de payer le mon-
tant de l'adjudication de l'immeuble objet du titre
foncier N°.....adjudgé suivant jugement N°.....
du..... ; outre le dixième dudit montant ;*

*Du tout quoi, nous avons dressé le présent procès-
verbal que nous avons signé avec le comparant pour
servir et valoir ce que de droit.*

Le Comparant Le Greffier en chef,

80. Ensuite, vient la dénonciation de la surenchère dans un délai de 5 jours à compter de la déclaration de surenchère, à l'adjudicataire, au poursuivant et à la partie saisie ; le tout à la diligence du surenchérisseur ou de son avocat qui après formalités veilleront à ce que celle-ci soit mentionnée sur le cahier des charges par le greffe dans le délai de 5 jours.

La déclaration de surenchère ayant un effet certain sur le droit de l'adjudicataire, le surenchérisseur peut par la suite avoir du remords en ce que son action pourra aboutir à la perte dudit bien par celui-là avec qui il entretiendrait de très bonnes relations par exemple. Aussi, sera-t-il tenté de ne pas continuer la procédure notamment en se refusant de procéder à la dénonciation de la surenchère. Cette attitude n'arrangera ni le poursuivant, ni les autres créanciers qui, venant en concours, auront tout intérêt à ce que l'immeuble objet de la surenchère soit adjudiqué au plus fort prix possible. Il en est de même du saisi dont la vente de l'immeuble à un prix assez élevé aura plus de chance à ce que non seulement tous ses créanciers soient désintéressés, mais en plus pourra espérer obtenir un reliquat du prix et donc une bouffée d'oxygène lui permettant de relancer ses activités surtout lorsqu'on sait que la procédure de surenchère peut aboutir à une forte bataille d'enchères à l'audience d'adjudication sur surenchère. Le législateur communautaire en a tenu très grand compte lorsqu'en son article 288 al 4, il donne la possibilité au créancier poursuivant, au saisi et à tous créanciers, de suppléer à la carence du surenchérisseur négligent, en procédant eux-mêmes à la dénonciation de surenchère et en la faisant mentionner sur le cahier des charges, le tout dans un délai de cinq (5) jours et aux frais du surenchérisseur.

En tout état de cause, la dénonciation de la surenchère se fait par acte extrajudiciaire indiquant la date de l'audience éventuelle au cours de laquelle seront débattues et jugées toutes les contestations sur la validité de la surenchère. Cette audience ne peut avoir lieu avant vingt (20) jours à compter de la dénonciation. L'acte de dénonciation fixe également la date de la nouvelle adjudication sur surenchère, laquelle ne peut avoir lieu plus de 30 jours après l'audience éventuelle.

81. Cet acte est ainsi conçu :

**N° ____/REP DÉNONCIATION DE
SURENCHÈRE CONTENANT SOMMATION
D'ASSISTER A L'AUDIENCE ÉVENTUELLE**

L'an.....

Et le.....

*À la requête de monsieur....., homme
d'affaires demeurant à....., lequel a pour conseil
maître....., Avocat, B. P....., au cabinet
duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes
et ses suites, ainsi qu'en mon étude ;*

*J'ai, maître....., huissier de justice près les
Tribunaux de....., B. P....., Tél/Fax.....,
y demeurant et domicilié, soussigné ;*

**1) - Dénoncé et en tête de celles des présentes,
remis et laissé à :**

*Monsieur....., mécanicien demeurant
à....., en son domicile élu sis au cabinet de
maître....., Avocat, B. P....., où étant
et parlant à :.....*

*- Expédition d'un procès-verbal de déclaration de
surenchère en date du..... délivrée par mon-
sieur le greffier en chef du Tribunal de Grande Instance
de..... (ou par Maître..... Notaire
à.....) initiée par Maître..... ; Avo-
cat agissant pour le compte du requérant ;*

*Lui rappelant que la présente dénonciation est faite
conformément à l'article 288 al. 2 de l'acte uniforme
n° 06 portant voies d'exécution.*

*Et à même requête, demeure et élection de domicile
que ci-dessus, j'ai huissier susdit et soussigné ;*

*2) - Fait sommation au susnommé, en son domicile
tel que sus-indiqué où étant et parlant comme ci-dessus ;*

*- D'assister à l'audience éventuelle du.....
au cours de laquelle il sera statué sur les contestations
éventuelles relatives à la validité de la surenchère formée
par le requérant ; par-devant le Tribunal de Grande Ins-
tance de..... à 7 heures 30 minutes du matin ;*

Sous toutes réserves

*Et afin qu'il n'en ignore, je lui ai où étant et parlant
comme ci-dessus, remis et laissé tant expédition du procès-
verbal de déclaration de surenchère susvisée que copie
du présent exploit dont le coût est de..... ;*

*Employé pour copie une feuille de la dimension du
timbre à 500 f, somme incluse dans le coût de l'acte.*

Signature et cachet de l'huissier

82. Enfin, suivent les placards 8 jours au moins avant la date fixée pour l'adjudication.

Il peut cependant arriver que le jugement sur la validité de la surenchère ne soit pas rendu sur le siège. Dans ce cas, le jugement rendu fixera, si la procédure est validée, une nouvelle date d'adjudication qui ne saurait excéder 30 jours à compter du jugement et qui doit être précédée de l'apposition des placards huit (8) jours au moins avant la vente.

Ceci permet de comprendre que pendant que la

procédure de surenchère suit son cours, il peut s'élever des contestations tenant notamment à sa validité pour une raison ou pour toute autre. Aussi, l'article 289 de l'acte uniforme en a organisé le régime lorsqu'il indique que ces contestations se feront par conclusions déposées et communiquées cinq (5) jours au moins avant la date de l'audience éventuelle. Ces conclusions seront mentionnées à la suite de la mention de la dénonciation de surenchère dans le cahier des charges.

La procédure de surenchère donne lieu à une double éventualité :

- Elle peut être annulée sur contestations à l'audience éventuelle : dans ce cas, les droits de l'adjudicataire initial sont maintenus et confirmés.
- Elle peut être validée. Dans ce cas, le jugement y afférent fixe une nouvelle date d'adjudication si celle initialement fixée ne peut être maintenue. Advenue celle-ci, l'adjudicataire initial pourra également se porter enchérisseur au même titre que tous ceux qui y sont intéressés. À défaut de nouvel enchérisseur, le surenchérisseur est déclaré adjudicataire pour la nouvelle mise à prix. Cette seconde adjudication n'est pas susceptible d'une nouvelle surenchère en respect à la règle « surenchère sur surenchère ne vaut ».

G - Acte d'Adjudication

83. L'adjudication est matérialisée soit par un procès-verbal d'adjudication, soit par un jugement d'adjudication selon que celle-ci a été faite par-devant notaire ou par-devant le Tribunal. Il convient de s'appesantir d'une part sur la nature juridique de l'acte d'adjudication (1) avant d'envisager les effets de l'adjudication d'autre part (2).

I - Nature juridique de l'acte d'adjudication

84. L'acte qui consacre l'adjudication, que ce soit le procès-verbal du notaire ou le jugement du Tribunal, ne constitue pas en droit une décision de justice susceptible de voies de recours telles que l'opposition, l'appel, le pourvoi, la tierce opposition, la requête civile. Il ne peut en être autrement s'agissant précisément du jugement d'adjudication que si celui-ci statue sur une contestation élevée et survenue postérieurement à l'audience éventuelle. Dans ce dernier cas, ledit jugement devient contentieux et est susceptible de voies de recours admises par la loi.

De façon constante, la cour de cassation considère l'acte d'adjudication stricto sensu comme un contrat et qui, à ce titre, ne peut être susceptible que d'un recours en nullité par voie d'action principale ou d'exception (*Cass. Civ 2^e, 9 février 1977, G.P. 1977, 2, 453, note Viatte ; 21 février 1981, 1, PAN, 184 ; 13 décembre 1993, D. 1994, Somm P. 350 Obs Julien*). C'est du reste ce que consacre l'acte uniforme OHADA en son article 313 aux termes duquel « la nullité de la décision judiciaire ou

du procès-verbal notarié d'adjudication ne peut être demandée par voie d'action principale en annulation portée devant la juridiction compétente dans le ressort de laquelle l'adjudication a été faite que dans un délai de quinze jours suivant l'adjudication.

Elle ne peut être demandée que pour des causes concomitantes ou postérieures à l'audience éventuelle, par tout intéressé, à l'exception de l'adjudicataire.

L'annulation a pour effet d'invalider la procédure à partir de l'audience éventuelle ou postérieurement à celle-ci selon les causes de l'annulation ».

Le tribunal de Grande Instance du MOUNGO à Nkong-samba a fait application de cette disposition dans son jugement N° 13/CIV rendu en date du 21 février 2008 (*Aff. Sambalis contre COFINEST, inédit*). Dans cette espèce, le Tribunal a annulé l'adjudication faite par-devant notaire parce qu'elle a été faite au mépris de l'appel interjeté par le saisi contre le jugement ordonnant la continuation des poursuites et fixant la date de l'adjudication.

II - Effets de l'adjudication

85. Aux termes de l'article 294 de l'acte uniforme, « lorsque l'adjudication est devenue définitive, une expédition de la décision judiciaire ou du procès-verbal d'adjudication établi par le notaire est déposée à la conservation foncière aux fins d'inscription. La délivrance de cet acte suppose que l'adjudicataire s'est conformé aux stipulations du cahier des charges et notamment au paiement dans les délais de divers frais et du montant de l'adjudication. Si le poursuivant est déclaré adjudicataire, il ne paiera que les frais de poursuite ainsi que l'excédant de sa créance par rapport au montant de l'adjudication. La publication de l'acte d'adjudication doit être faite à la diligence de l'adjudicataire dans un délai maximum de deux (2) mois sous peine folle enchère.

En tout état de cause, l'adjudication emporte pour son bénéficiaire transfert de propriété et donc délivrance à son profit de l'immeuble saisi et vendu. Ceci suppose que le jugement ou l'acte d'adjudication n'a fait l'objet d'aucune voie de recours en l'occurrence, l'action en nullité prévue par l'article 313 de l'acte uniforme. L'exercice de cette action dont l'aboutissement heureux aura pour conséquence l'anéantissement des droits de l'adjudicataire constitue un obstacle de droit à l'exécution de celui-ci.

On le voit, l'acte d'adjudication ne peut avoir pleins effets que s'il est passé en force de chose jugée. Dans ce cas, l'expédition dudit acte devra être déposée à la conservation foncière aux fins de publication. Cette publication le rendra opposable aux tiers et emportera purge de tous hypothèques et privilèges inscrits sur l'immeuble. Une disposition analyse existe en matière des procédures collectives. Aux termes de l'article 150 al 4 de l'acte uniforme organisant les procédures collectives d'apurement du passif, «... les adjudications réalisées en application des alinéas précédents emportent purge

des hypothèques ». C'est également sur la base de l'acte d'adjudication que le conservateur délivrera à son bénéficiaire le titre foncier qui en droit Camerounais est la « certification officielle de la propriété immobilière ».

86. La purge des hypothèques et privilèges empêche les titulaires de ces sûretés de les réaliser par la saisie du même immeuble, ceux-ci n'ayant désormais à leur actif que le recours sur le prix de vente.

L'article 295 de l'AUVE précise que lorsque l'adjudication devenue définitive a porté sur des impenses réalisées par le débiteur sur un terrain dont il n'est pas propriétaire, mais qui lui a été affecté par décision d'une autorité administrative, l'expédition de l'acte d'adjudication est déposée auprès de cette autorité administrative aux fins de mention en marge de la décision d'affectation. Au reçu de ladite expédition, l'autorité administrative procède à la radiation de toutes les mentions opérées en marge de la décision d'affectation initiale et transfère l'affectation au profit de l'adjudicataire.

C'est donc dans l'un ou l'autre cas la propriété du saisi dûment nettoyée d'hypothèques et privilèges qui est transférée à l'adjudicataire, nouvel acquéreur suivant décision de justice. La publication du jugement d'adjudication emporte par conséquent purge automatique de toutes inscriptions existantes sans que l'adjudicataire n'ait besoin d'obtenir une autre décision de justice spécialement à cette fin. Elle empêche également de nouvelles inscriptions sur ledit immeuble du fait du saisi et ceci conformément à l'article 2147 du code civil.

Lorsque l'adjudication intervient à la suite de la surenchère, elle emporte certes les mêmes effets que ci-dessus, mais amène à s'interroger sur d'autres préoccupations qu'il convient de relever.

En effet, la décision de surenchère a la particularité d'affecter les droits de l'adjudicataire initial. Aussi, la question se pose de savoir à qui bénéficient les fruits et revenus générés par l'immeuble saisi pendant que la procédure de surenchère n'a pas encore abouti à l'adjudication. De même, qui supportera la perte s'il advient que l'immeuble saisi fasse l'objet d'une destruction pour cause de cas fortuit par exemple

87. Bien que saisi, l'immeuble reste la propriété du débiteur tant qu'il n'est pas définitivement adjugé. C'est dire que toutes les fois qu'il y a surenchère, l'adjudicataire initial ne peut se prévaloir d'un quelconque droit de propriété sur l'immeuble tant qu'il n'aura pas été maintenu adjudicataire à l'occasion de la seconde adjudication. Ses droits jadis attachés à la première adjudication n'ont jamais été consolidés du fait de l'exercice de la surenchère de telle sorte qu'il ne peut se prévaloir d'aucun droit. Il ne peut non plus, à moins d'être de mauvaise foi, poser d'actes tant que l'adjudication initiale dont il a bénéficié n'est pas devenue définitive. Il a donc intérêt à attendre l'expiration du délai de surenchère et au besoin obtenir auprès du greffe ou du notaire une attestation constatant l'inexistence de la surenchère

pour poser quelque acte que ce soit ; c'est-à-dire pour se conformer aux exigences financières contenues dans le cahier des charges et prétendre aux fruits et revenus générés par l'immeuble adjudgé.

Quand bien même l'adjudicataire surenchéri aura été déclaré adjudicataire à la suite de la surenchère, ce n'est qu'à ce moment et à ce moment seulement qu'il devra se conformer aux prescriptions du cahier des charges et donc prétendre avoir droit aux fruits, au même titre que si la seconde adjudication a été faite au profit d'un autre. C'est dire qu'en cas de destruction de l'immeuble par cas fortuit, c'est bien le saisi qui supporte la perte en raison de la règle « res perit domino ».

S'agissant des fruits et revenus générés dans l'intervalle de surenchère, ceux-ci restent et demeurent immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble dans les conditions édictées par l'article 263 al 1 de l'acte uniforme si le montant de l'adjudication ne permet pas de désintéresser tous les créanciers.

Telle est la procédure classique de la saisie immobilière édictée par l'acte uniforme. Celle-ci cependant, dans la plupart des cas, se heurte à des résistances nécessitant l'intervention du juge.

Chapitre II : Incidents de la saisie immobilière

88. Les articles 298 et suivants de l'acte uniforme se contentent de réglementer et d'énumérer les incidents de la saisie immobilière sans y consacrer pour autant une définition qui aurait pu éviter toute spéculation sur la question. Ce vide juridique nous amène à consulter la jurisprudence qui, à la suite d'une évolution assez remarquable, s'est faite une conviction.

En effet, longtemps attachée à la conception extensive, la jurisprudence avait toujours considéré comme incidents de saisie immobilière toutes demandes formulées à la suite du déclenchement d'une procédure de saisie immobilière et qui est de nature à l'influencer. Dans ces conditions, les contestations élevées pouvaient être liées indistinctement à la procédure ou au fond du droit.

Cette conception a très tôt montré ses limites en ce que certaines contestations bien que liées au fond du droit ne pouvaient faire l'objet d'appel dès lors qu'elles avaient toutes la nature d'incidents. Il en était ainsi entre autres de celles liées à la validité du titre excipé par le saisissant.

Cet inconvénient ne laissera pas insensible la deuxième chambre civile de la cour de cassation Française qui, en son arrêt en date du 21 Mai 1954, considérait comme incidents de saisie immobilière toutes contestations nées de la procédure de saisie ou s'y référant directement et qui sont de nature à exercer une influence immédiate et directe sur cette procédure. Elle consacrait ainsi la

conception restrictive de la notion d'incidents qui au demeurant est devenue constante (*Civ 2*, 21 mai 1954, *JCT 1954, Ed. Avoués, Obs Madray*; 23 octobre 1996, *JCP 1997, 2, 22795, Note Prévault*; 3 juin 1998, *D. 1998, INF. Rap. P. 168*; *Civ 1^{re}*, 21 octobre 1980, *Bull Civ. 1, n° 276*).

Dans la présente étude, nous nous limiterons à l'examen des incidents prévus par le législateur communautaire (section I), puis envisagerons les règles de procédure gouvernant ceux-ci (section II).

Section I - Typologie des incidents

89. La lecture des dispositions des articles 302 et suivants de l'acte uniforme permet de se rendre compte qu'ils sont tantôt liés aux personnes en cause (§ I), tantôt aux vices de forme (§ II), tantôt encore au transfert de la propriété (§ III).

§1 - Incidents liés aux personnes en cause

90. Ils concernent essentiellement les créanciers et les tiers, se traduisent par le concours de plusieurs saisies (A), la subrogation dans les poursuites (B) et les demandes en distraction (C).

A - Concours de Plusieurs Saisies

91. Il est réglementé par les articles 302 et 303 de l'acte uniforme qui prévoient successivement l'hypothèse où plusieurs saisies portent sur les immeubles distincts du même débiteur et celle où une seconde saisie est plus ample que la précédente.

Le législateur communautaire ne s'est pas contenté de rappeler les hypothèses de concours, mais a surtout indiqué la procédure à suivre au cas où celles-ci se présenteraient. C'est ainsi notamment que lorsque plusieurs saisies porteront sur des immeubles différents appartenant au même débiteur et poursuivies devant une seule et même juridiction, il y aura à la demande d'une quelconque des parties jonction de celles-ci ; le premier saisissant ayant désormais la charge de poursuivre pour toutes ces saisies. Si les commandements sont inscrits le même jour, le créancier le plus ancien en date aura la charge de la poursuite pour le tout.

92. Les actes y relatifs sont ainsi conçus :

REQUÊTE AUX FINS DE JONCTION DE POURSUITES

À Monsieur le Président du
Tribunal de Grande Instance
de.....

Monsieur....., Planteur demeurant à....., lequel a pour conseil maître..... Avocat, B. P..... Tél/Fax..... au cabinet duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes et ses suites, a le profond respect de vous exposer :

Que suivant commandement en date du....., du ministère de maître....., huissier de justice à....., dûment publié à la conservation foncière concernée le....., il a saisi et mis sous mains de justice deux immeubles appartenant à monsieur....., commerçant, demeurant à..... et objet des titres fonciers N°S..... et..... ;

Que quelques jours après l'inscription du commandement susvisé, le conservateur de la propriété foncière a également reçu un autre commandement diligenté par maître....., Huissier de justice à....., à la requête d'un autre créancier du même débiteur et portant sur deux autres immeubles du même débiteur objets des titres fonciers N°s..... et..... ;

Que le conservateur de la propriété foncière a également procédé à l'inscription de ce commandement en date du....., tel qu'en fait foi le certificat y afférent ci-joint ;

Que les deux saisies étant poursuivies devant une seule et même juridiction, le requérant sollicite le bénéfice de l'application des dispositions de l'article 302 de l'acte uniforme aux termes duquel « si deux ou plusieurs saisissants ont fait publier des commandements relatifs à des immeubles différents appartenant au même débiteur et dont la saisie est poursuivie devant la même juridiction, les poursuites sont réunies à la requête de la partie la plus diligente et continuées par le premier saisissant.

Si les commandements ont été publiés le même jour, la poursuite appartient au créancier dont le commandement est le premier en date et, si les commandements sont de même jour, au créancier le plus ancien ».

Qu'il convient donc de faire droit à la présente requête.

PAR CES MOTIFS

- Vu les dispositions de l'article 302 de l'acte uniforme.
- Recevoir le requérant en son action et y faisant droit.
- Ordonner la jonction des procédures sus-évoquées.

Dire et juger qu'en raison de cette jonction, le second créancier devra à la première demande, remettre au requérant les titres exécutoires et copies des actes posés jusqu'à lors dans le cadre de sa procédure ;

Dire et juger que cette jonction de saisies et de poursuites ne fait pas obstacle pour l'avocat du second poursuivant de se joindre au conseil précédent dans la préparation des actes communs et des plaidoiries auxquels la procédure donnera lieu ;

Statuer ce que de droit sur les dépens.

Sous Toutes Réserves

Et ce sera Justice

Douala, le

93. Si la jonction est sollicitée par le créancier second poursuivant, la requête y afférente sera ainsi conçue :

REQUÊTE AUX FINS DE JONCTION DE POURSUITES

À Monsieur le Président du Tribunal de..... Instance de.....

Monsieur....., Commerçant demeurant à....., lequel a pour conseil maître....., Avocat, B. P..... Tél/Fax..... au cabinet duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes et ses suites, a le profond respect de vous exposer :

Que suivant commandement en date du....., du ministère de maître....., huissier de justice à....., dûment publié à la conservation foncière concernée le....., il a saisi et mis sous mains de justice un immeuble appartenant à monsieur....., Planteur, demeurant à..... et objet du titre foncier N°..... ;

Qu'au moment de l'inscription dudit commandement, il a été constaté qu'un précédent commandement venait d'être inscrit sur un autre immeuble du même débiteur et objet du titre foncier N°..... ;

Que les deux saisies étant poursuivies devant une seule et même juridiction, le requérant sollicite le bénéfice de l'application des dispositions de l'article 302 de l'acte uniforme aux termes duquel « si deux ou plusieurs saisissants ont fait publier des commandements relatifs à des immeubles différents appartenant au même débiteur et dont la saisie est poursuivie devant la même juridiction, les poursuites sont réunies à la requête de la partie la plus diligente et continuées par le premier saisissant.

Si les commandements ont été publiés le même jour, la poursuite appartient au créancier dont le commandement est le premier en date et, si les commandements sont de même jour, au créancier le plus ancien »

Qu'il convient donc de faire droit à la présente requête.

PAR CES MOTIFS

Recevoir le requérant en son action et y faisant droit ;
Vu l'article 302 de l'acte uniforme

Ordonner la jonction des deux procédures évoquées ;
Dire et juger que les deux procédures dûment jointes seront désormais diligentées par monsieur....., créancier premier saisissant à la requête conjointe et dans l'intérêt des deux créanciers poursuivants ;

Dire et juger qu'en raison de cette jonction, il sera donné acte au requérant de la remise au premier saisissant des titres et actes posés jusqu'à lors dans le cadre de sa procédure ;

Dire et juger que cette jonction de saisies et de poursuites ne fait pas obstacle au conseil du requérant de se joindre à celui du créancier premier saisissant pour la préparation des actes communs et des plaidoiries auxquels la procédure donnera lieu.

Sous Toutes Réserves

Et ce sera Justice

Douala, le.....

94. Si par ailleurs, il advient que le second commandement a une assiette plus grande que la première, le conservateur de la propriété foncière n'inscrira ce commandement que relativement aux immeubles non contenus dans le premier commandement. Il ne peut d'ailleurs en être autrement dès lors qu'il ne s'agit là que de l'application de la règle « saisie sur saisie ne vaut » si bien connue en voies d'exécution. Une fois cette publication faite, le second créancier la dénoncera au premier qui désormais prendra soin de l'ensemble des poursuites. Si la seconde procédure n'est pas au même niveau que la première, il veillera préalablement à ce qu'elle le soit et poursuivra l'expropriation devant une seule et même juridiction conformément à l'article 303 al 2 de l'acte uniforme. L'exploit de dénonciation susvisé est ainsi conçu :

N° _____/REP DÉNONCIATION D'UN COMMANDEMENT CONTENANT SOMMATION DE CONTINUER LES POURSUITES

L'an.....

Et le.....

À la requête de la société....., S. A, prise en la personne de ses représentants légaux et dont le siège social est à....., B. P....., laquelle a pour conseil maître....., Avocat, B. P....., Tél/Fax....., au cabinet duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes et ses suites, ainsi qu'en mon étude aux fins du présent exploit

J'ai, maître....., huissier de justice près les Tribunaux de....., B. P....., Tél/Fax....., y demeurant et domicilié, soussigné ;

1)-DENONCE ET EN TÊTE DE CELLES DES PRESENTES, REMIS ET LAISSE A :

Monsieur....., homme d'affaires demeurant à....., en son domicile élu sis au cabinet de maître....., Avocat, B. P..... Douala, où étant et parlant à :.....

Copie d'un commandement aux fins de saisie immobilière en date du....., dûment inscrit à la conservation foncière de..... le....., sous N°....., diligentée par le requérant et portant tant sur les immeubles initialement saisis par le requis que sur 2 (deux) autres immeubles de leur débiteur commun et dont la vente est poursuivie devant la même juridiction ;

Et à même requête, demeure et élection de domicile que ci-dessus, j'ai huissier susdit et soussigné ;

2) - FAIT SOMMATION AU SUS-REQUIS, de, dès réception des présentes, diriger les poursuites tant pour son compte que pour le compte du requérant sur l'ensemble des immeubles saisis conformément à l'article 303 de l'acte uniforme portant voies d'exécution ; le tout sous peine de subrogation.

Sous toutes réserves

Et afin qu'il n'en ignore, je lui ai où étant et parlant comme ci-dessus, remis et laissé tant copie du commandement dûment inscrit susvisé que celle du présent exploit dont le coût est de :.....

Employé pour copie une feuille de la dimension du timbre à 500 f, somme incluse dans le coût de l'acte.

Signature et cachet de l'huissier

95. Un autre cas de figure n'a apparemment pas retenu l'attention du législateur communautaire au titre des incidents. C'est l'hypothèse où le même immeuble du débiteur fait l'objet de plusieurs commandements émanant de plusieurs créanciers qui requièrent du conservateur leur publication pour valoir saisie. Le législateur de l'OHADA a simplement évité de se redire puisqu'il en a réglé le régime à l'article 260 de l'acte uniforme. Le conservateur se contentera de mentionner en marge de la première inscription tout commandement postérieur présenté avec les noms, prénoms, domicile ou demeure déclarée du nouveau poursuivant et l'indication de l'avocat constitué. C'est le premier saisissant qui poursuivra la procédure dans l'intérêt de tous les autres créanciers qui y ont désormais un droit de regard en ce que la radiation de la saisie portant sur ledit immeuble ne peut plus être faite sans leur consentement.

Ce droit de regard devient beaucoup plus significatif lorsqu'on le perçoit sous l'angle de la subrogation.

B - Subrogation dans les poursuites

96. Sa compréhension suppose le rappel de ses cas d'ouverture (I) et de sa procédure (II).

I - Cas d'ouverture de la subrogation

97. La subrogation a lieu dans plusieurs hypothèses :

- En cas d'inaction du premier saisissant à qui est dénoncée une seconde saisie.
- En cas de collusion, fraude, négligence ou toute autre cause de retard imputable au saisissant.

L'acte uniforme tout en définissant la négligence comme étant le fait pour le poursuivant de n'avoir pas rempli une formalité ou de n'avoir pas accompli un acte de procédure dans les délais prescrits, ne dit rien en ce qui concerne la collusion et la fraude qu'il énumère pourtant au nombre des cas d'ouverture de la subrogation. Seulement, la définition que le législateur donne de la négligence peut permettre de comprendre la notion de collusion et de fraude.

La collusion et la fraude supposent une concertation préalable entre deux ou plusieurs personnes en vue de réaliser un objectif prédéterminé. Ainsi, alors que

la négligence est involontaire et inconsciente, la fraude et la collusion sont l'émanation d'une volonté délibérée d'atteindre un objectif précis et qui nuira certainement aux tiers. Dans ce dernier cas, le non-accomplissement d'une formalité dans les délais ne pourra être que le résultat d'un accord entre le premier saisissant et le débiteur saisi, ce qui nuira forcément aux intérêts d'un second créancier également poursuivant.

Le législateur de la sous-région n'a par ailleurs pas voulu faire naître un nouveau contentieux sur les cas d'ouverture de la subrogation en matière de saisie immobilière. Il l'aurait fait s'il s'était limité à les énumérer, donnant ainsi l'occasion aux justiciables et avocats de contester la recevabilité de la demande en subrogation dans certains cas. Ce danger a été très tôt perçu et résolu lorsqu'à l'article 305 de l'acte uniforme, il est clairement indiqué que la subrogation peut également être demandée pour toute « autre cause de retard imputable au saisissant... ». Il ne restera donc au demandeur dans l'instance de subrogation qu'à justifier d'une part de l'existence d'une cause de retard et de son imputabilité au saisissant d'autre part.

Les cas d'ouverture de la subrogation étant ainsi rappelés, sa procédure mérite d'être envisagée.

II - Procédure de la subrogation

98. Elle commence par une sommation de continuer les poursuites adressées au créancier dont les commandements ont été antérieurement mentionnés à la conservation foncière. Ladite sommation doit impartir à ce créancier un délai de 8 jours pour continuer les poursuites.

L'article 305 al 3 de l'acte uniforme dispose que cette sommation doit être faite par acte d'avocat. Ceci signifie que le ministère d'avocat dans le cadre de la procédure de subrogation est obligatoire. Toutefois, les avocats ne délivrant pas des sommations, cette notion utilisée par le législateur communautaire cadre beaucoup plus avec celle de mise en demeure qui a exactement le même effet que la sommation et que l'avocat est légalement autorisé à diligenter. L'essentiel étant que dans cette mise en demeure qui est un acte d'avocat, il soit impartit au créancier adressataire un délai de 8 jours pour continuer les poursuites.

Il faut relever que cette mise en demeure préalable est impérative. Son omission entache la procédure de nullité (*Trib. Civ. De Meaux, 25 juin 1952, D. 1952, 575*). Certaines juridictions estiment qu'il s'agit d'ailleurs d'une cause d'irrecevabilité de la demande (*TGI Marseille, 9 juillet 1970, GP 1970, 2, 194, note candas*).

La suite de la procédure dépendra de l'attitude du créancier ou des créanciers mis en demeure : s'il(s) s'exécute (nt), c'est-à-dire continue (nt) les poursuites, la procédure s'arrête à ce niveau.

Si a contrario, il n'y a pas de réaction favorable, « le second saisissant », dit l'article 304 de l'acte uniforme

« peut, par un acte écrit adressé au conservateur de la propriété foncière, demander la subrogation ».

À s'en tenir à cet article 304, on est tenté de conclure que la procédure de subrogation est essentiellement administrative. Le législateur communautaire aurait alors consacré une compétence partagée dans le règlement des incidents de saisie immobilière : le conservateur de la propriété foncière pour les demandes de subrogation et le juge judiciaire pour tous les autres incidents.

99. Mais, ce raisonnement tombe de lui-même lorsqu'on sait qu'aux termes de l'article 306 de l'acte uniforme, « la partie qui succombe sur la contestation relative à la subrogation est condamnée personnellement aux dépens... ». Le conservateur de la propriété foncière qui n'est qu'une autorité administrative ne pouvant prononcer les dépens, il ne fait l'ombre d'aucun doute que la procédure de subrogation ne peut être que judiciaire. C'est ce qu'a décidé la chambre civile de la cour de cassation en son arrêt du 26 Mai 1903 (*Cass Civ. 26 mai 1903, D. 1903, 1, 1991 ; S. 1994, 1, 33, note Tissier*). La demande doit être portée devant le Tribunal du lieu de la saisie et précisément devant celui chargé de contrôler les opérations de saisie suivant requête ainsi conçue :

REQUÊTE AUX FINS DE SUBROGATION DANS LES POURSUITES

À Monsieur le Président du Tribunal de Grande Instance de.....

Monsieur....., Entrepreneur demeurant à....., lequel a pour conseil maître....., Avocat, B. P..... Tél/Fax....., au cabinet duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes et ses suites, a le profond respect de vous exposer :

Que suivant commandement dûment inscrit en date du....., du ministère de maître....., huissier de justice à....., sieur DON QUICHOTTE a fait pratiquer saisie sur l'immeuble objet du titre foncier N°..... appartenant à monsieur....., leur débiteur commun ;

Qu'au lieu de continuer la procédure jusqu'à son terme, sieur DON QUICHOTTE a par négligence omis de procéder à la publicité légale dans les délais de la loi ; attitude qui fragilise ladite procédure et met en péril les droits du requérant, créancier inscrit et titulaire d'un titre exécutoire contre le même débiteur ;

Que même une sommation en date du..... à lui servie aux fins de s'y conformer est restée sans effet ;

Que le requérant est donc fondé, en application des dispositions de l'article 305 de l'acte uniforme, à solliciter la subrogation dans les poursuites ;

Qu'il convient de faire droit à la requête présentée.

PAR CES MOTIFS

Vu l'article 305 de l'acte uniforme, ensemble la sommation préalable en date du..... ci-jointe ;

*Recevoir le requérant en sa demande et y faisant droit ;
Dire et juger qu'il subroge sieur DON-QUICHOTTE
dans la poursuite de la procédure dont s'agit ;*

*Dire et juger que sieur DON QUICHOTTE devra
remettre au requérant et à la première demande toutes
les pièces afférentes à cette procédure*

*Mettre les dépens à la charge de sieur DON QUI-
CHOTTE ;*

Sous Toutes Réserves

Profonds Respects

Yaoundé le.....

Le saisi étant tiers à la demande de subrogation, il ne sera point mis en cause.

Le législateur OHADA aurait été à notre sens beaucoup plus explicite s'il s'était borné à dire que la demande de subrogation est portée devant la juridiction compétente.

Si le demandeur est accueilli en son action, il poursuivra en tout état de cause désormais la procédure à ses risques et périls sur la base des pièces à lui remises par le poursuivant originaire contre récépissé.

Il pourra même modifier la mise à prix fixée par le poursuivant originaire à charge pour lui de procéder à une nouvelle publicité avec la nouvelle mise à prix dans les délais légaux si celle initiale avait déjà fait l'objet de publicité. Cette publicité peut susciter la réaction des tiers à la saisie.

C - Demandes en distraction

100. Elles sont propres aux tiers dont tout ou partie de la propriété se trouve englobé dans la saisie. Il peut s'agir par exemple d'un copropriétaire, d'un usufruitier, ou même d'un précédent vendeur impayé qui au lieu d'agir en résolution de la vente choisit plutôt d'agir en distraction. Le demandeur en distraction ne doit pas être tenu personnellement de la dette telle une caution, ni réellement sur l'immeuble tel un tiers détenteur. Il doit s'agir d'un véritable tiers.

L'action en distraction pour être recevable est confinée dans un certain délai. Elle doit être formée à peine de déchéance jusqu'au huitième (8^e) jour avant la date prévue pour l'adjudication et mettre en cause le créancier poursuivant et le saisi. Elle obéit au même régime procédural que les autres incidents de saisie immobilière et est déclenchée suivant acte ainsi conçu :

REQUÊTE AUX FINS DE DISTRACTION D'IM- MEUBLE SAISI

**À Monsieur le Président du
Tribunal de..... Instance de.....**

*Monsieur....., Commerçant demeurant à.....,
lequel a pour conseil maître..... Avocat, B. P.....Tél/*

*Fax..... au cabinet duquel il fait élection de domicile
aux fins des présentes et ses suites, a le profond respect
de vous exposer :*

*Que suivant commandement dûment inscrit en date
du....., du ministère de maître.....,
huissier de justice à....., il a été pratiqué à la requête
de dame LAMOTTE, une saisie au préjudice de CAMARA
sur un immeuble d'une superficie totale de 100 000 m² ;*

*Que or, ledit immeuble tel que cela ressort du titre
foncier ci-joint appartient à part égale à sieur CAMARA
et au requérant ;*

*Qu'en procédant à la saisie sur la superficie totale
de 100 000 m², dame LAMOTTE a fait englober dans
celle-ci la propriété du requérant ;*

*Qu'il est donc fondé conformément aux dispositions
des articles 308 et suivants de l'acte uniforme à solliciter
la distraction de sa propriété de l'assiette de la saisie.*

PAR CES MOTIFS

*Vu les dispositions des articles 299, 308 et suivants
de l'acte uniforme portant voies d'exécution,*

Recevoir le requérant en sa demande et y faisant droit ;

*Ordonner la distraction de la propriété du requérant
de l'assiette de la saisie objet du commandement inscrit
en date du..... du ministère de maître.....,
huissier de justice à..... ;*

*Dire et juger en conséquence que les poursuites com-
mencées par dame LAMOTTE ne seront continuées que
sur la moitié de l'immeuble objet du titre foncier N°.....
appartenant en copropriété à CAMARA et au requérant,*

*Ordonner par suite main levée partielle du comman-
dement en date du.....*

*Condamner dame LAMOTTE aux entiers dépens dont
distraction au profit de maître....., Avocat aux offres
de droit.*

Sous Toutes Réserves

Et ce sera justice

Yaoundé, le.....

101. La demande en distraction mise en œuvre a des effets significatifs sur le déroulement de la procédure. C'est ainsi que lorsqu'elle porte sur la totalité des biens, il est sursis à la continuation des poursuites. Si a contrario, elle ne porte que sur une partie des biens saisis, le Tribunal pourra procéder à l'adjudication du surplus. Dans ce dernier cas cependant, l'article 310 de l'acte uniforme précise que les juridictions compétentes peuvent ordonner le sursis pour le tout à la demande des parties intéressées.

En tout état de cause, l'action en distraction au cas où elle aboutit rendra sans objet la procédure de saisie immobilière si elle a porté sur la totalité des biens saisis. Si l'aboutissement n'a été que partiel, la procédure sera poursuivie par le créancier qui à l'occasion sera admis à modifier la mise à prix portée au cahier de charge.

N.B. Il convient de préciser que sans qu'il s'agisse d'une véritable action en distraction, l'acte uniforme en ses articles 264 et 265 permet également au débiteur d'obtenir le sursis partiel ou total des poursuites lorsque la valeur totale des immeubles saisis dépasse le quantum de la créance (*sursis partiel*) ou lorsque les revenus nets et libres de l'immeuble ou des immeubles saisis pendant deux années permettent de régler la dette en capital, intérêts et frais (*sursis total*), à condition que le débiteur en offre la délégation au créancier. Dans ce cas, le débiteur devra se conformer aux formes prescrites par lesdits textes. Le non-respect de cette procédure emporte rejet de la demande. (TGI Yaoundé. Jugement N° 555/CIV du 30 juillet 2008, Sté TOP INTER SARL et autres contre Afriland First Bank, inédit).

§2 - Incidents liés aux vices de forme

102. Il s'agit ici des demandes en annulation. Elles constituent les incidents les plus fréquents en matière de saisie immobilière. Mieux, elles constituent, devrait-on dire, l'essentiel des incidents en matière de saisie immobilière. Aussi distingue-t-on les vices antérieurs à l'audience éventuelle et ceux concomitants ou postérieurs à celle-ci.

Dans la première hypothèse, il est question de nullité de procédure allant du commandement à la sommation de prendre communication du cahier des charges. Les griefs essentiellement de forme sont assez nombreux et variés : Ils sont tantôt relatifs aux délais, tantôt aux éléments que doit contenir tel ou tel acte pour être valable (TGI Douala, jugement n° 301 1^{er} avril 1999. Aff : NZEULIE Gabriel c/POUNGOM Evariste. Ce jugement annulait une procédure de saisie immobilière parce que la sommation ne contenait pas la date de l'audience éventuelle), tantôt encore à la manière dont il a été diligenté.

Dans la seconde hypothèse, il est question des griefs concomitants ou postérieurs à l'audience éventuelle. Il en sera ainsi par exemple de celui tiré de la publicité partielle si le poursuivant s'est limité à l'apposition des placards sans autorisation préalable ou même de celui tiré du non-respect des délais de publicité prescrits par les articles 276 et suivants de l'acte uniforme.

103. Les contestations sont déclenchées par des direx à être annexés au cahier des charges se présentant ainsi qu'il suit :

DIREX ET OBSERVATIONS AUX FINS DE NULLITÉ

**À Monsieur le Président du
Tribunal de..... Instance de.....**

Monsieur....., Charpentier demeurant à....., lequel a pour conseil maître..... Avocat, B. P..... Tél/Fax..... au cabinet duquel il fait élection de

domicile aux fins des présentes et ses suites, a le profond respect de vous exposer :

Qu'il vient par les présentes solliciter la nullité tant du commandement du....., de maître....., huissier de justice à....., que des poursuites subséquentes dans le cadre de la procédure qui l'oppose à..... ;

Qu'en effet, ledit commandement est nul en ce qu'il ne contient pas toutes les mentions exigées par l'article 254 de l'acte uniforme et notamment : (Indiquer en quoi ce texte est violé)

Qu'il en est de même du cahier des charges qui n'a pas été déposé dans les délais et de la sommation qui ne contient pas la date d'adjudication ;

Que ces prescriptions étant sanctionnées de nullité et de déchéance par la loi, c'est à bon droit que le tribunal de céans fera droit à la demande du requérant.

PAR CES MOTIFS

*Vu les articles 254, 266 et 270 de l'acte uniforme ;
Bien vouloir recevoir le requérant en sa demande et y faisant droit ;*

Bien vouloir dire et juger nuls et de nuls effets le commandement en date du..... ainsi que les poursuites subséquentes ;

Ordonner partant main levée dudit commandement.

Condamner le poursuivant aux entiers dépens dont distraction au profit de maître....., Avocat aux offres et affirmations de droit.

Sous Toutes Réserves

Et ce sera justice

Garoua, le.....

104. Mention : Il convient de préciser qu'en dehors des moyens prévus à peine de nullité, la contestation peut plutôt mettre en relief l'inobservation des délais indiqués aux articles 259, 266, 269, 270, 281, 287, 288 al 7 et 8, 311, etc.... de l'acte uniforme. Dans ces cas, le Tribunal après avoir constaté la déchéance conformément à l'article 297 al. 1 de l'acte uniforme, statuera ce qu'il appartiendra.

N.B. Dès réception de ces direx, le Greffier délivre au contestataire un procès-verbal de dépôt des direx ainsi conçu :

PROCÈS-VERBAL DE DÉPÔT DES DIREX

L'an.....

Et le.....

Au Greffe du Tribunal de Grande Instance de..... et par-devant nous..... Greffier en chef soussigné ;

A COMPARU

Maître..... Avocat, B.P....., Tél/Fax....., agissant au nom et pour le compte de....., ménagère demeurant à..... ;

Lequel a déclaré faire dépôt à notre greffe des direx et observations relatifs à la procédure tendant à l'adjudication de l'immeuble Urbain bâti, situé à.....,

formant le lot N°....., d'une contenance superficielle de....., objet du titre foncier N°..... du département du....., appartenant à....., dans le cadre de la procédure qui oppose son client à la société..... ; laquelle a pour conseil maître..... Avocat, B. P..... ;

Du tout quoi, nous avons après avoir reçu lesdits dires, dressé le présent procès-verbal pour servir et valoir ce que de droit.

Le Greffier en Chef

(é)

Attention : Ces dires doivent être déposés dans un délai de 05 jours avant l'audience éventuelle à peine de déchéance (art. 311 AUVÉ).

Les règles de procédure relatives aux demandes en annulation devant être étudiées dans la deuxième section de ce chapitre, il convient d'examiner le dernier incident qui, à la différence des autres précédemment étudiés, naît après l'adjudication.

§3 - Incidents liés au transfert de la propriété

105. L'adjudication à elle seule ne suffit pas pour le transfert de la propriété à l'adjudicataire. Encore faut-il que l'adjudicataire se soit libéré du prix de la vente dans les délais indiqués dans le cahier des charges et qu'il se soit conformé aux exigences post-adjudication y contenues. La sanction de l'inobservation de ces exigences consiste en la remise en vente de l'immeuble ou des immeubles préalablement adjugés aux risques et périls de l'adjudicataire initial qui sera obligé de payer un supplément si la remise en vente n'apporte pas plus fort prix que celui de la première adjudication.

La première adjudication ayant été faite sous condition implicite résolutoire, la remise en vente est l'expression processuelle de la résolution pour inexécution du contrat judiciaire que constituent le jugement d'adjudication et le procès-verbal d'adjudication.

C'est bien cette procédure résolutoire qui se trouve être la folle enchère dont il convient d'indiquer successivement les cas d'ouverture (A), les acteurs (B), la procédure (C) et les incidences (D).

A - Cas d'ouverture de la folle enchère

106. L'article 314 de l'acte uniforme spécifie les cas dans lesquels il y a lieu à folle enchère. Il en est ainsi notamment lorsque l'adjudicataire ne justifie pas dans les vingt (20) jours suivant l'adjudication qu'il a payé le prix, les frais et satisfait aux conditions du cahier des charges. Il en est encore de même lorsque l'adjudicataire ne fait pas publier le jugement ou le procès-verbal notarié d'adjudication devenu définitif dans le délai de deux

(2) mois à la conservation foncière tel que le prescrit formellement l'article 294 al. 2 de l'acte uniforme.

L'existence de ces cas d'ouverture ne suffit pas, encore faut-il avoir des acteurs pour les relever et les faire constater par le juge.

B - Acteurs de la folle enchère

107. Le législateur communautaire a réglé ce détail à l'article 315 de l'acte uniforme. Il distingue les sujets actifs que sont les créanciers poursuivants, les créanciers inscrits et chirographaires du sujet passif qui est l'adjudicataire et éventuellement les ayants cause de celui-ci.

C - Procédure de la folle enchère

108. La procédure de folle enchère n'est soumise à aucune condition de délai spécial expressément indiqué par l'acte uniforme. Elle peut être intentée tant qu'existe la cause de la folle enchère mais dans la limite du délai de prescription de droit commun qui est de 30 ans.

Il peut cependant arriver que pendant que la procédure de folle enchère suit son cours, le fol enchérisseur exécute les conditions de l'adjudication telles qu'indiquées dans le cahier des charges. Ladite procédure s'arrêtera-t-elle pour autant ? Que non. Il faudra encore qu'au-delà de cette exécution tardive, le fol enchérisseur consigne une somme suffisante fixée par monsieur le Président du Tribunal chargé de la vente pour faire face aux frais générés par la procédure de folle enchère. Ce n'est qu'à ce prix et à ce prix seulement que pourra être évitée la nouvelle adjudication. La consignation de cette somme est la suite d'une requête et d'une ordonnance ainsi conçues :

REQUÊTE AUX FINS DE CONSIGNATION DES FRAIS DE FOLLE ENCHÈRE

**À Monsieur le Président du
Tribunal de.....**

Monsieur SALAUD, homme d'affaires demeurant à....., lequel a pour conseil maître....., Avocat, B. P....., Tél/Fax....., au cabinet duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes et ses suites, a le profond respect de vous exposer :

Que suivant jugement N°..... du..... rendu par le Tribunal de Grande Instance de....., il a été déclaré adjudicataire de l'immeuble objet du titre foncier N°..... ;

Que ne s'étant pas conformé aux prescriptions du cahier des charges dans les délais, une procédure de folle enchère a été déclenchée à son encontre ;

Qu'il vient cependant de payer le prix d'adjudication dudit immeuble ainsi que les frais accessoires tels qu'en font foi les quittances ci-jointes ;

Que le paiement de ceux-ci ne suffisant pas pour arrêter la poursuite en folle enchère, le requérant entend conformément à l'article 320 de l'acte informer consigner tel montant pour mettre fin à cette procédure et donc éviter la revente de l'immeuble dont s'agit ;

Que le requérant vous remercie monsieur le Président, de bien vouloir fixer à telle somme qu'il appartiendra le montant à consigner au greffe au titre de frais de folle enchère.

*Sous Toutes Réserves
Profonds Respects*

(é)
Sangmélina le.....

ORDONNANCE N° _____/

Nous....., Magistrat-Président du Tribunal de..... de.....

Vu la requête qui précède, ensemble les pièces y annexées et les dispositions de l'article 320 de l'acte uniforme portant voies d'exécution ;

Fixons à.....francs cfa, la somme à consigner au greffe par monsieur SALAUD pour faire face aux frais de poursuites sur folle enchère ;

Disons notre ordonnance exécutoire sur minute et avant enregistrement.

Fait en notre cabinet,

Sangmélina le.....

Ces précisions faites, l'acte uniforme distingue deux hypothèses selon que le titre d'adjudication a déjà été délivré à l'adjudicataire ou non.

Première hypothèse : Si le titre d'adjudication (jugement ou procès-verbal d'adjudication) a déjà été délivré, celui-ci est signifié à l'adjudicataire avec commandement de s'exécuter dans les 05 jours de celle-ci et notamment de se conformer aux prescriptions du cahier des charges suivant acte ainsi conçu :

**N° _____/REP SIGNIFICATION JUGEMENT
(ou P.V. D'ADJUDICATION) CONTENANT
COMMANDEMENT**

*L'an.....
Et le.....*

À la requête de monsieur....., Gara-giste demeurant à..... lequel a pour conseil maître....., Avocat, B. P....., Tél/Fax....., au cabinet duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes et ses suites, ainsi qu'en mon étude,

J'ai, maître....., huissier de justice près les Tribunaux de....., B. P....., Tél/Fax....., y demeurant et domicilié, soussigné ;

1)- SIGNIFIE ET EN TÊTE DE CELLES DES PRESENTES,

REMIS ET LAISSE A : Dame Ferrière, femme d'affaires demeurant à....., en son domicile élu sis au cabinet de maître....., Avocat, B. P..... en ce domicile où étant et parlant à.....

Expédition du jugement d'adjudication N°..... du..... la déclarant adjudicataire de l'immeuble objet du titre foncier N°....., à la suite d'une vente sur saisie immobilière ;

2) - FAIT COMMANDEMENT A LA SUS REQUISE,
en son domicile élu où étant et parlant comme ci-dessus ;

De, dès réception des présentes, se conformer aux clauses et conditions contenues dans le cahier des charges relatif à l'adjudication de l'immeuble sus-visé ;

Lui rappelant à toutes fins utiles qu'à l'expiration d'un délai de 5 jours à compter des présentes, il sera procédé à la publicité pour une nouvelle vente dudit immeuble à ses risques et périls ;

Sous toutes réserves

Et afin qu'elle n'en ignore, je lui ai où étant et parlant comme ci-dessus, remis et laissé tant l'expédition de l'acte susvisé que copie du présent exploit dont le coût est de :.....

Employé pour copie une feuille de la dimension du timbre à 500.f, somme incluse dans le coût de l'acte.

**Signature et cachet de l'huissier
(é)**

À l'expiration du délai sus-indiqué, le poursuivant à la folle enchère procédera de suite aux formalités de publicité au moyen des affiches et insertions contenant les nom, prénom, domicile ou demeure du fol enchérisseur, le montant de l'adjudication, une mise à prix fixée par le poursuivant, le jour auquel aura lieu la nouvelle adjudication, laquelle se fera sur la base de l'ancien cahier des charges. Le délai de publicité est le même que celui fixé à l'article 276 de l'acte uniforme à savoir 15 (quinze) jours au moins et 30 (trente) jours au plus avant la date fixée pour la nouvelle adjudication sur folle enchère.

109. Deuxième hypothèse : Si le titre d'adjudication n'a pas encore été délivré à l'adjudicataire ; le poursuivant à la folle enchère doit le faire constater en obtenant soit du Greffe, soit du notaire chargé de la vente, un certificat attestant que l'adjudicataire ne s'est pas conformé aux clauses et conditions contenues dans le cahier des charges. Ce certificat est ainsi conçu :

CERTIFICAT DE CARENCE

Nous..... Greffier en chef du Tribunal de Grande Instance de....., soussigné.

Vu la requête de monsieur..... en date du....., tendant à obtenir le certificat attestant de la non-exécution des clauses et conditions du cahier des charges par dame....., déclarée adjudicataire suivant jugement N°..... du..... du Tribunal de céans ;

*Vu le registre ad hoc tenu à notre greffe à cet effet ;
Certifions qu'à ce jour, il ne ressort de nos registres trace
de la preuve de l'exécution des clauses et conditions du
cahier des charges relatif à la vente de l'immeuble objet
du titre foncier N°....., et dont dame..... a été
déclarée adjudicataire suivant jugement N°.....
du..... du Tribunal de Grande Instance de céans.*

*En foi de quoi, nous délivrons le présent acte conformé-
ment à l'article 316 de l'acte uniforme portant voies
d'exécution pour servir et valoir ce que de droit.*

Maroua, le
(é)

110. Une fois obtenu, ce certificat devra être signifié à l'adjudicataire avec sommation de se conformer aux clauses et conditions du cahier des charges dans un délai maximum de 05 (cinq) jours sous peine de folle enchère suivant exploit ainsi conçu :

**N° ____/REP SIGNIFICATION
D'UN CERTIFICAT E CARENCE**

L'an.....

Et le.....

*À la requête de monsieur....., fonction-
naire retraité demeurant à....., lequel a pour conseil
maître....., Avocat, B. P....., Tél/Fax....., au cabi-
net duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes
et ses suites, ainsi qu'en mon étude,*

*J'ai, maître....., huissier de justice près les Tri-
bunaux de....., B. P....., Tél/Fax....., y
demeurant et domicilié, soussigné ;*

*IGNIFIE ET EN TÊTE DE CELLES DES PRESENTES, REMIS
ET LAISSE A : Dame....., ménagère demeurant
à....., en son domicile élu sis au cabinet de
maître....., Avocat, B. P..... Yaoundé, en
ce domicile où étant et parlant à :.....*

*- Expédition d'un certificat de carence en date
du....., délivrée par monsieur le greffier en chef du
Tribunal de Grande Instance de..... et attestant
du non-respect des clauses du cahier des charges par la
requis déclarée suivant jugement N°..... en date
du....., adjudicataire de l'immeuble objet du titre
foncier N°..... ;*

*Lui rappelant à toutes fins utiles que la présente signi-
fication est faite conformément à l'article 317 de l'acte
uniforme sur les voies d'exécution.*

Sous toutes réserves

*Et afin qu'elle n'en ignore, je lui ai où étant et parlant
comme ci-dessus, remis et laissé tant l'expédition du certi-
ficat de carence susvisé que copie du présent exploit dont
le coût est de :..... ;*

*Employé pour copie une feuille de la dimension du
timbre à 500f, somme incluse dans le coût de l'acte.*

Signature et cachet de l'huissier
(é)

Dès réception de la signification de ce certificat, l'adjudicataire peut s'y opposer ou non.

S'il s'y oppose, la procédure de folle enchère ne pourra être déclenchée, à moins que ladite opposition connaisse une malheureuse issue, en l'occurrence une décision de rejet. Dans ce dernier cas, suivront les formalités de publicité dans les mêmes forme et délai que sus-indiqués. Bien que la loi ne le dise pas expressément, le poursuivant à la folle enchère prendra néanmoins la peine d'insérer dans ses différentes annonces publicitaires la décision ayant rejeté l'opposition formée par l'adjudicataire.

À défaut d'opposition de l'adjudicataire dans les 05 (cinq) jours de la signification, il ne restera qu'au poursuivant à la folle enchère de déclencher les formalités de publicité suivies de la revente sur la base de l'ancien cahier des charges.

111. La question va certainement se poser de savoir quel sera le juge compétent pour connaître des oppositions au certificat de carence délivré par le Greffier ou le notaire dans le cadre de la procédure de folle enchère.

Le législateur communautaire n'y a apporté aucune réponse précise ; celui-ci se contentant à l'alinéa 3 de l'article 316 d'indiquer qu'« il sera statué à la requête de la partie la plus diligente, par le Président de la juridiction compétente et sans recours ». Cette énonciation du législateur n'est cependant pas sans intérêt. Elle permet tout au moins de se rendre compte et de comprendre que la compétence est dévolue au Président de la juridiction compétente et non à la juridiction compétente elle-même. Il s'agit donc d'une compétence présidentielle et qui à titre de corollaire statuera par voie d'ordonnance et non par jugement. Cet indice capital amène donc à s'interroger sur l'identification du Président compétent à connaître de ce recours.

Le législateur OHADA a une fois de plus évité de s'aventurer dans la désignation du Président du tribunal compétent ; laissant ainsi le soin à chaque État partie de le déterminer au regard de la spécificité des règles de compétence interne.

En droit Camerounais précisément, la folle enchère étant un incident de la saisie immobilière ressortissant ipso facto de la compétence exclusive du Tribunal de Grande Instance, c'est bien le Président de cette Juridiction qui à notre avis connaîtra des oppositions à délivrance des certificats prévus dans le cadre de la folle enchère. Le Président de cette juridiction statuera donc comme en matière des référés, c'est-à-dire en présence des parties dûment appelées et entendues et du greffier qui tiendra la plume. Il statuera par voie d'ordonnance qui, dit l'article 316 al 3, sera sans recours.

On le voit, il y a un peu de peine à rattacher les exigences de l'OHADA à l'organisation judiciaire interne du Cameroun et même de plusieurs États parties. Le législateur communautaire n'a vraiment pas tenu compte des règles de compétence interne des États parties et s'est comporté comme si les pays membres de l'OHADA

avaient la même organisation judiciaire qu'en France où la juridiction des référés ressortit de la compétence du Président du Tribunal de Grande Instance ; ce tribunal étant par ailleurs compétent pour connaître des incidents de la saisie immobilière.

Il y a sans doute là une invitation implicite mais certaine pour les législations nationales respectives à l'harmonisation de leurs textes avec les règles de l'OHADA et donc d'instituer auprès des Tribunaux de Grande Instance, c'est-à-dire des juridictions ayant plénitude de compétence, une chambre des référés ou d'exécution concurrente à celle existant déjà devant le Tribunal de Première Instance.

Les parties ne pouvant saisir qu'une juridiction légalement prévue par le texte organique interne, l'on comprend aisément que toute adaptation née de la pratique quotidienne et tolérée par la jurisprudence ne peut être que l'expression réelle du déphasage et du retard avéré qu'accusent les législations nationales par rapport à celle de l'OHADA.

112. En tout état de cause, après accomplissement des formalités de publicité sur folle enchère dont la formule est celle indiquée précédemment dans le cadre de la conduite de la procédure sans incidents, le poursuivant à la folle enchère signifiera soit par acte d'avocat, par exploit d'huissier ou d'agent d'exécution à l'adjudicataire, au saisi, au saisissant et aux créanciers, les jour, heure et lieu de l'adjudication. Cette signification devra intervenir dans un délai de 15 jours au moins avant la date de l'adjudication sous peine de nullité suivant acte ainsi conçu :

**N° ____/REP SOMMATION D'ASSISTER
A LA VENTE SUR FOLLE ENCHÈRE**

L'an.....

Et le.....

À la requête de monsieur....., Homme d'affaires demeurant à Bafia, lequel a pour conseil Maître..... Avocat B. P..... Tél....., au cabinet duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes ainsi qu'en mon étude ;

J'ai, Maître....., Huissier de justice près les Tribunaux de....., y demeurant et domicilié B. P..... Tél..... soussigné ;

1 - DIT ET RAPPELE A :

- Monsieur..... (débiteur saisi), Commerçant demeurant à....., en son domicile où étant et parlant à :

- Madame..... (créancière inscrite), ménagère demeurant à....., en son domicile où étant et parlant à :

- Monsieur SALAUD, (adjudicataire initial), fonctionnaire à la retraite demeurant à....., en son domicile où étant et parlant à :

- La société PLANCHETS. A (saisissante non-poursuivante), prise en la personne de ses représentants légaux,

en son siège social sis à....., où étant et parlant à :

Que l'adjudicataire initial de l'immeuble objet du titre foncier N°..... appartenant à....., adjudgé suivant jugement N°....., du Tribunal de Grande Instance de....., n'a point satisfait aux exigences du cahier des charges dans le délai de 2 mois à lui imparti tel qu'en fait foi le certificat de carence en date du....., délivré par le Greffier en chef dudit Tribunal et signifié à celui-ci suivant exploit en date du..... ; de maître....., Huissier de justice à..... ;

En conséquence,

Et aux mêmes requête, demeure et élection de domicile que ci-dessus ;

J'ai, huissier susdit et soussigné

2) - Fait sommation aux susnommés en leurs domiciles respectifs, où étant et parlant comme ci-dessus :

- D'assister à l'audience des criées du tribunal de Grande Instance de....., sis au Palais de Justice de ladite ville, le....., à 7 heures 30 Minutes précises du matin, au cours de laquelle il sera procédé à la nouvelle mise aux enchères de l'immeuble objet du titre foncier N°....., initialement adjudgé et ayant fait l'objet d'une folle enchère ;

- Leur rappelant à toutes fins utiles que la présente signification est faite conformément aux dispositions de l'article 318 de l'acte uniforme portant voies d'exécution

Sous Toutes Réserves

Et afin qu'ils n'en ignorent, je leur ai, où étant et parlant comme ci-dessus, remis et laissé à chacun d'eux séparément, copie du présent exploit dont le coût est de :

Employé pour copie une feuille de la dimension du timbre à 500 f.cfa, somme incluse dans le coût de l'acte.

Signature de l'huissier

et cachet de son étude

113. NB. : Aux termes de l'article 321 de l'acte uniforme, les formalités et les délais indiqués dans la procédure de folle enchère sont prescrits à peine de nullité. Il s'agit notamment de la signification du certificat ou du jugement (ou Procès-Verbal) d'adjudication à l'adjudicataire ainsi que les délais de signification de ces actes et de publicité. La procédure de folle enchère peut également être contestée au moyen des dires de nullité formulés 5 (cinq) jours avant la date fixée pour la nouvelle adjudication sur folle enchère.

La signification de la date d'adjudication en matière de folle enchère consacre l'épuisement des formalités afférentes à celle-ci. Elle emporte une fois à son terme des incidences qu'il convient de relever.

D - Incidences de la folle enchère

114. L'incidence principale est la remise en vente de l'immeuble objet de la folle enchère (TGI OUADOUGOU-

BURKINA FASO. Jugement d'adjudication n° 02 du 08 janvier 2003. TIENDREBEOGO BOUKARE C/TIEMTORE MOUMOUNI & TIEMTORE MAMADOU ; TGI Yaoundé, Jugement N° 266 du 28 janvier 2004, Crédit foncier C/ Fongang Evariste et autre, inédit.). Celle-ci se fera dans les mêmes conditions que précédemment et suivant les mêmes formes. Toutefois, le fol enchérisseur ne pourra se porter à nouveau enchérisseur.

Au-delà de cette incapacité légale à enchérir sur la folle enchère, l'article 323 de l'acte uniforme met à la charge de l'adjudicataire fol enchérisseur certaines obligations. C'est ainsi notamment qu'il est tenu des intérêts de son prix jusqu'au jour de la seconde adjudication ; de la différence de son prix et de celui de la deuxième adjudication lorsque celle-ci est plus faible. Il est par ailleurs irrecevable à obtenir le remboursement des frais de procédure et de greffe, ni les droits d'enregistrement éventuellement payés.

La détermination et l'analyse des incidents légaux de la saisie immobilière étant ainsi arrivées à leur terme, il ne reste qu'à envisager leur mise en œuvre procédurale par-devant le Tribunal ayant plénitude de juridiction dont la compétence exclusive à connaître des incidents ne fait plus l'ombre d'aucun doute.

Section II - Pratique des incidents de la saisie immobilière

115. Les principales questions concernent le formalisme (§ 1), les voies de recours (§ 2) et les problèmes nouveaux d'exécution nés du nouvel ordre juridique (§ 3).

§1 - Formalisme

116. Nous nous intéresserons aux modes de saisine (A), aux délais (B) et aux sanctions de l'inobservation des délais et des formalités (C)

A - Modes de saisine

117. L'article 298 de l'acte uniforme distingue selon que l'incident ou la contestation est formé(e) contre une partie ayant constitué Avocat ou non.

Si la partie contre laquelle s'élève la contestation a constitué avocat, celle-ci est formée par simple acte d'avocat contenant les moyens et conclusions. Dans le cas contraire, elle le sera par requête avec assignation.

L'on peut s'interroger sur la signification de la notion « acte d'avocat » utilisée par le législateur. Il s'agit d'un acte de procédure rédigé et signé par l'avocat de la partie contestataire et communiqué à l'avocat occupant pour la partie adverse. Cet acte qu'on dénomme encore acte du palais n'est dans la pratique pas toujours signifié par huissier tel que le définit le lexique des termes juridiques. Une simple lettre portant communication

dudit acte à l'avocat adverse et contenant sa décharge suffit en pratique. Le tribunal de Grande Instance du MOUNGO à Nkongsamba a eu l'occasion d'apporter une définition à la notion d'acte d'avocat et partant de faire une saine application de l'article 298 de l'acte uniforme. En effet, dans l'espèce ayant donné lieu au jugement N° 55/CIV du 06 juillet 2006, le saisi s'était opposé à une poursuite en matière de saisie immobilière par simple déclaration au greffe à la suite de laquelle le greffier en chef a délivré un procès-verbal signé du comparant et du greffe. A ce procès-verbal, n'était annexé aucun dire que le conseil produira seulement à l'audience et qu'il intitulait « dire de nullités obligatoires ». S'appuyant sur les dispositions de l'article 298 de l'AUE aux desquelles « toute contestation ou demande incidente, relative à une poursuite de saisie immobilière formulée postérieurement à la signification du commandement est formée par simple acte d'avocat contenant les moyens et les conclusions... », le créancier poursuivant soulève avec succès l'irrecevabilité des dire et observations au motif que le procès-verbal dressé par le greffier en chef ne constitue pas un acte d'avocat contenant les moyens et conclusions tel qu'exigé par l'article 298 de l'acte uniforme. Le tribunal dit et juge : « Mais attendu qu'en fait d'acte d'Avocat, maître J.J. Claude Siewé, conseil de la CACEP SA s'est rendu au greffe du Tribunal de Grande Instance de céans et a fait une déclaration que madame le greffier en chef a reçue sur procès-verbal signé d'elle-même et du déclarant. Toute chose qui diffère d'un acte d'Avocat que la doctrine définit comme « un acte de procédure rédigé par un Avocat et qui est signifié à son confrère au palais par un huissier audientier » (*Lexique des termes juridiques, Dalloz, éditions 1981, BD, N° 4*). Attendu que de cette définition, il suit qu'un acte d'Avocat est un acte conçu, rédigé, daté et signé par lui, et signifié à un confrère à lui opposé dans une cause, contenant les moyens et conclusions ; Attendu qu'en l'espèce, l'on a plutôt un procès-verbal rédigé par le greffier en chef, signé par lui et contresigné par l'Avocat ; que ce procès-verbal ne pouvant valoir acte d'Avocat contenant les moyens et les conclusions, il échet de le déclarer irrecevable ; »

La contestation dont parle l'article 298 peut porter sur les éléments de forme ou sur le fond du droit. Il s'agit, comme le dit le texte lui-même, de toute contestation.

118. Dans la pratique, lorsque la partie adverse a constitué avocat, la contestation se fera au moyen des dire et observations que l'avocat de la partie contestataire déposera au greffe du Tribunal chargé de la vente. Au reçu de ces dire, le greffier en chef près ledit Tribunal lui délivre un procès-verbal de dépôt de dire dont l'expédition à laquelle sera jointe une copie des dire sera communiquée à l'avocat de la partie adverse.

Le dépôt des dire a pour effet de provoquer la tenue de l'audience éventuelle (*Dakar, 23 janvier 2003*) et donne lieu au paiement de la consignation fixée par le greffier en chef.

Il peut arriver que par négligence ou par méconnaissance des textes, le greffier ayant en charge la section du Tribunal devant connaître de l'incident né du dépôt des dires, omette d'enrôler la procédure à la date fixée dans la sommation comme étant celle de l'audience éventuelle. Cette omission est assez grave parce qu'elle ouvre droit à la fixation d'une nouvelle date d'audience éventuelle qui pourtant et conformément à l'article 273 de l'acte uniforme ne devrait être remise que pour des causes graves et dûment justifiées ou bien lorsque la juridiction compétente exerce d'office son contrôle sur le cahier des charges tel que le prescrit l'article 275 de l'acte uniforme. Ceci est d'autant plus grave lorsqu'on sait qu'en son arrêt du 16 juillet 1993 (*Cass. Civ 2, 16 juillet 1993, 4, P. 2395. cité par Marc Donnier in voies d'exécution et procédures de distribution. 5 ed, LITEC, 1999, P. 440*), la Cour de Cassation a dit et jugé «... qu'il n'est au pouvoir ni des parties ni du Tribunal de modifier la date de l'audience éventuelle fixée dans les sommations ». Ce qui pose une sérieuse difficulté d'ordre procédural à résoudre.

L'audience éventuelle n'ayant pas eu lieu et la date fixée dans la sommation étant désormais frappée de caducité, plusieurs problèmes se posent : le créancier poursuivant devra-t-il recommencer la procédure depuis le commandement et veiller à ce qu'à la date de l'audience éventuelle indiquée dans la sommation, celle-ci ait effectivement lieu ? Ou alors faire enrôler la procédure à une date quelconque et laisser le soin au Tribunal de fixer la nouvelle date de l'audience éventuelle ? Et dans ce dernier cas, l'avocat de la partie contestataire pourra-t-il avant la nouvelle date d'audience éventuelle mais dans les délais légaux déposer de nouveaux dires et observations ?

Le non-enrôlement du dossier de la procédure à l'audience éventuelle fixée dans la sommation constitue une cause grave justifiant une remise de l'audience éventuelle. Cette omission portant au demeurant atteinte à ce qu'il convient d'appeler l'immutabilité de la date d'audience éventuelle est susceptible de ramener le créancier poursuivant à la case départ.

119. Aussi, de lege ferenda, une double option s'ouvre au créancier poursuivant :

- Ou bien, il saisit le Président du Tribunal compétent pour connaître des incidents d'une requête aux fins de fixation d'une nouvelle date d'audience éventuelle.
- Ou bien encore, il dépose des dires tendant à amener le Tribunal à fixer une nouvelle date d'audience éventuelle.

Dans le premier cas, le Président du Tribunal compétent rendra au pied de la requête à lui présentée une ordonnance fixant la nouvelle date d'audience éventuelle. Expédition de cette ordonnance devra être levée par le créancier poursuivant puis signifiée à toute partie intéressée avec sommation de déposer éventuellement

des dires complémentaires dans un délai que ladite sommation indiquera.

Dans le second cas, il ne s'agira pas d'ordonnance comme dans le premier cas, mais d'un jugement avant dire droit rendu par le Tribunal compétent pour connaître des incidents et fixant la nouvelle date d'audience éventuelle. Comme dans le cas précédent, expédition de ce jugement avant dire droit devra être levée et signifiée à toute partie intéressée avec sommation de déposer éventuellement des dires complémentaires.

L'occasion qui a été donnée à la CCJA pour émettre son avis sur la difficulté lui a, hélas, malheureusement échappé. En effet, dans l'espèce ayant donné lieu au jugement n° 47/CIV du 21 mars 2002 du Tribunal de Grande Instance du Mounjo à Nkongsamba, le greffier avait soit par ignorance, soit par inadvertance, omis d'enrôler le dossier de procédure duquel il ressortait que les dires avaient été déposés par un premier conseil constitué par le saisi, à la date fixée comme étant celle de l'audience éventuelle aussi bien dans le cahier des charges que dans la sommation d'en prendre communication au greffe et d'assister à l'audience éventuelle. Plus tard, le greffe enrôlera ledit dossier à une autre date d'audience quelconque sans que le cahier des charges ait été modifié sur ce point précis et sans qu'aucune nouvelle sommation d'y assister dans les formes et délais des articles 269 et 270 de l'acte uniforme ait été diligentée. Ces considérations conduiront le second conseil constitué par le saisi après la première date d'audience éventuelle devenue non avenue, à déposer de nouvelles écritures soulevant de nouveaux moyens de nullité. La question qui se posait ainsi était celle de savoir si les nouveaux dires présentés dans ces conditions étaient recevables. Mieux, la date fixée dans la sommation comme étant celle de l'audience éventuelle n'ayant pas été respectée, quelle était, s'agissant d'une procédure spéciale, la démarche à suivre ? Mieux encore, les articles 269 et 270 de l'acte uniforme prescrivant que le saisi est informé de la date d'audience éventuelle par voie de sommation l'indiquant à peine de nullité, revient-il au greffe d'enrôler la procédure à une date quelconque sans que le saisi n'en soit informé dans les formes légales ? Et dans l'intervalle, le saisi peut-il présenter de nouveaux dires ? Ces considérations semblent avoir échappé à la CCJA dont l'arrêt de cassation n° 013 du 18 Mars 2004 rendu sur pourvoi contre le jugement n° 47/CIV du 21 mars 2002 n'en fait aucune analyse. La Cour a simplement tenu compte de la date d'audience fixée dans la première sommation sans tenir compte de ce que le dossier n'avait pas été appelé à ladite date. Or, la difficulté naît justement de ce qu'aux termes de l'article 270 al. 3 de l'acte uniforme cité par la Cour, les dires et observations doivent être reçus jusqu'au cinquième (5^e) jour précédant l'audience éventuelle ; ce qui signifierait que l'irrecevabilité tirée de la déchéance ne doit être prononcée que si cette audience a effectivement eu lieu à la date indiquée dans la sommation. Ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Il

faut encore, simplement espérer, que la Cour aura une autre occasion pour préciser sa pensée. Ce qu'on peut retenir de cette décision de la Cour c'est que la date de l'audience éventuelle fixée dans le cahier des charges et dans la sommation subséquente ne saurait changer même si l'audience n'a pas eu lieu pour une raison ou une autre. Cette date permet simplement de vérifier la recevabilité des dires et observations qui viendraient à être déposés même si le tribunal doit statuer sur leur sort à une audience de remise.

En tout état de cause, la question gravite autour des délais qu'il convient de rappeler et de préciser.

B - Délais

120. Les délais de procédure, s'agissant précisément des incidents de la saisie immobilière sont consacrés par les dispositions des articles 299 et 311 de l'acte uniforme. L'examen de ces deux textes permet de se rendre compte que le législateur de la sous-région distingue, à quelques exceptions près, selon que l'incident est antérieur à l'audience éventuelle ou concomitant et postérieur à celle-ci.

Si l'incident est antérieur à l'audience éventuelle, il devra être soulevé par un dire annexé au cahier des charges 05 (cinq) jours au plus tard avant la date fixée pour cette audience (*TGI du Mfoundi, jugement civil n° 677 du 25 septembre 2002. Youmbi Richard C/BICEC; TGINkongsamba, jugement N° 55/CIV du 06 juillet 2006, Aff. CACEP C/Pool Bancaire SGBC-BICEC, inédits*). Par ailleurs, dans l'espèce ayant donné lieu au jugement n° 801 du 04 mai 1999, le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar a dit et jugé « qu'aux termes des dispositions de l'article 311 précité, les moyens de nullité, tant en la forme qu'au fond, à l'exception de ceux visés par l'article 299 al. 2, contre la procédure qui précède l'audience éventuelle, doivent être soulevés, à peine de déchéance par un dire annexé au cahier des charges, cinq jours au plus tard, avant la date fixée pour cette audience ; attendu que les dires déposés le 03 mai 1999 ne reprennent pas les arguments développés dans ceux déposés le 28 avril 1999, qu'il en résulte qu'ils devaient respecter le délai de déchéance fixé par l'article 311 de l'Acte Uniforme précité ; qu'il s'en suit qu'ils sont irrecevables ».

En revanche, lorsqu'il s'agit d'un incident fondé sur un fait ou un acte survenu ou révélé postérieurement à l'audience éventuelle, ainsi que de toute demande tendant à obtenir du juge la distraction de tout ou partie des biens saisis, la nullité de tout ou partie de la procédure suivie à l'audience éventuelle ou même la radiation de la saisie, ils (elles) ne peuvent être présentés (es) que 08 (huit) jours au plus tard avant la date fixée pour l'adjudication (*Abidjan, arrêt n° 481 du 27 avril 2001; Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement du 11 février 2003; Merry Gomis C/SNR, inédit*).

L'indication de ces délais conduit à examiner la sanc-

tion de leur inobservation ainsi que le régime général de nullité en matière de vente sur saisie immobilière.

C - Sanction de l'inobservation des délais et formalités

121. La procédure de saisie immobilière est faite essentiellement de formalités et de délais. Ce qui conduit à s'interroger sur la sanction attachée à l'inobservation de ceux-ci. Le législateur OHADA est diversifié dans les sanctions à prononcer. Tantôt il s'agit de déchéance (*Voir par exemple les articles 299 et 311 de l'acte uniforme. Dans ces cas, le jugement prononcera l'irrecevabilité après avoir constaté la déchéance*), tantôt de nullité.

Lorsqu'il s'agit précisément de nullité, que celle-ci soit expressément prévue par les textes ou non, la question se pose de savoir si le Tribunal pour la prononcer, devra constater que celui qui l'invoque justifie de l'existence d'un grief ou non. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans son avis N° 001/99/JN du 07 juillet 1999 au demeurant conforme à la lettre de la loi répond que sauf pour les cas limitativement énumérés par l'acte uniforme et pour lesquels la nullité ne peut être prononcée que si l'irrégularité a causé un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque, la nullité devra être prononcée dans tous les autres cas où elle est expressément prévue (L'article 297 al 2 consacre le régime de nullité en matière de saisie immobilière). Les exemples tirés de la jurisprudence sont nombreux (*Tribunal Régional Hors Classe de Kolack, jugement du 12 juin 2001, Arachne Investment S. A C/Moussa Diouf; Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, 04 février 2003, (Emmanuel Senghor et Autre C/BICIS), jugement n° 503 du 07 mars 2000 (SOSERCOM C/BIS)*).

S'agissant de la déchéance, elle doit, en matière de saisie immobilière, être prononcée lorsque les délais prévus aux articles 259, 266, 268, 269, 270, 276, 281, 287, 288 alinéas 7 et 8 et 289 ne sont pas respectés et sans qu'on ait besoin de justifier de l'existence d'un grief (*Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement du 04 février 2003 Hadya C/CBEAO*).

En tout état de cause, la sanction de l'inobservation d'une formalité ou d'un délai ne peut être prononcée que par le Tribunal compétent ; sa décision pouvant être contestée par l'exercice des voies de recours.

§2 - Voies de Recours

122. Nous nous attarderons aux voies de recours ordinaires (A) et aux voies de recours extraordinaires (B).

A - Voies de recours ordinaires

123. Il s'agit de l'opposition et de l'appel.

Le législateur de l'OHADA exclut formellement

l'opposition en matière de saisie immobilière tant en instance qu'en appel.

S'agissant de l'appel, il ne l'admet que lorsque le jugement déferé a statué sur le principe même de la créance ou sur des moyens de fond axés sur l'incapacité d'une des parties, sur la propriété, l'insaisissabilité ou l'inaliénabilité de l'immeuble ou des immeubles saisis. On le voit, l'appel en matière de saisie immobilière a une portée assez restreinte de telle sorte que la Cour ne manquera pas de déclarer irrecevables les appels concernant la régularité stricto sensu de la procédure de saisie immobilière (*Cass Civ 17 mars 1986, bull Civ 4 n° 44 ; 16 mai 1990, bull Civ 2, n° 09 ; Civ 3° 26 février 1992, bull civ, 2, n° 66 ; Dakar, arrêts n° 514 du 28 novembre 2002 ; 394 du 08 septembre 2000 ; 340 du 15 juin 2003 ; 496 du 28 novembre 2000 ; 374 du 28 juillet 2000, obs. NDIAW DIOUF ; 427 du 29 septembre 2000 ; Cour Suprême de Côte-d'Ivoire, chambre judiciaire, arrêt n° 116 du 06 mars 2003 obs. ISSA SAYEGH ; CCJA, arrêt n° 21/2003 du 06 novembre 2003*). La cour d'Appel du centre à Yaoundé apporte un éclairage quant à la définition de la notion de « contestation sur le principe même de la créance » contenue dans l'article 300 de l'acte uniforme. Pour déclarer irrecevable l'appel formé par monsieur NZOUNDJA Claude, la Cour articule : « Que de façon générale, l'appel en cette matière n'est recevable que si une question de fond mettant en cause l'existence même de la dette est en jeu, en rapport avec les moyens limitativement énumérés par l'article 300 susvisé ; qu'en l'espèce, aucun des moyens repris par Me M. pour NZOUNDJA Claude ne rentre dans ce domaine, le jugement contesté n'ayant en réalité statué que sur les incidents concernant la régularité formelle de la procédure de saisie immobilière ; qu'ainsi par exemple, le moyen fondé sur le montant contesté de la créance est différent d'une remise en cause du « principe même de la créance » selon les termes de l'article 300 ;... » (Yaoundé, arrêt N° 106/CIV du 5 mars 2008, inédit).

Lorsqu'ils sont admis, les appels doivent, pour être recevables, être interjetés dans les conditions de droit commun (*art. 300 de l'acte uniforme*). Le législateur uniforme ne définit pas ce qu'il entend par « conditions de droit commun », les commentateurs de l'acte uniforme non plus. Le législateur communautaire renverrait-il à la législation nationale de chaque État partie ? Le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar l'a admis (*jugements des 11 avril 2000, 13 juin 2000, 13 juillet 1999, 08 février 2000, 11 avril 2000, 9 mars 1999, 11 janvier 2000, etc.*) en reconnaissant aux appels formés en matière de saisie immobilière le caractère suspensif consacré par les codes nationaux de procédure civile. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (C.C.J.A) saisie d'un pourvoi en cassation contre l'arrêt N° 1010 du 24 septembre 1999 de la Cour d'Appel d'Abidjan rendu sur appel contre un jugement en date du 12 juillet 1999 par le Tribunal de Première Instance d'Abidjan ayant statué sur les dires de contestation aux fins d'annulation d'une procédure de saisie immobilière dans l'affaire BICICI contre Dioum

MBANDY et Boucherie Moderne de Côte d'Ivoire, a mis un terme à cette préoccupation.

124. Pour évoquer après cassation de l'arrêt N° 1010 du 24 septembre 1999, la C.C.J.A qui était invitée à se prononcer sur le point de savoir si la recevabilité des appels formés en application de l'article 300 de l'acte uniforme devait être appréciée au regard du code de Procédure Civile Ivoirien (art. 403) ou des seules dispositions de l'acte uniforme portant voies d'exécution, a répondu suivant arrêt N° 13/2002 du 18 avril 2002 en ces termes :

- Attendu qu'aux termes de l'article 336, l'acte uniforme susvisé « abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les États parties » au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique de sorte que depuis son entrée en vigueur, les règles de forme et de fond qu'il prescrit ont seules vocation à s'appliquer en la matière dans lesdits États parties ;
- Attendu que l'article 300 de l'Acte uniforme susvisé prescrit que les décisions Judiciaires rendues en matière de saisie immobilière peuvent être frappées d'appel dans certains cas, mais ne précise pas le délai d'appel ni son point de départ, indiquant simplement que les voies de recours sont exercées dans les conditions de droit commun ;
- Attendu qu'en l'absence de dispositions particulières, le délai d'Appel pour tout litige relatif à une mesure d'exécution est celui prévu à l'article 49 des dispositions générales de l'acte uniforme susvisé qui précise que la décision rendue par la juridiction compétente pour statuer sur tout litige relatif à une mesure d'exécution est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours à compter de son prononcé... »

Le Professeur ISSA - SAYEGH observe à juste titre, à la suite de cet arrêt, que la Cour Commune voit dans l'expression « droit commun », non pas un renvoi au droit national, mais un renvoi aux règles générales de l'acte uniforme posant les principes généraux des voies d'exécution figurant dans le Titre I du livre II aux articles 28 et suivants.

125. Il faut dire pour compléter l'analyse, que les conditions de droit commun se ramenant en l'espèce aux dispositions générales prévues à l'article 49 de l'acte uniforme, le délai d'appel comme l'exercice de cette voie de recours n'a point d'effet suspensif, sauf décision contraire spécialement motivée du Président de la Juridiction compétente (*art. 49 al 3 de l'acte uniforme*). Le caractère en principe suspensif de l'appel reconnu par la législation nationale perd sa raison d'être en cette matière. La CCJA, assurant aux termes de l'article 14 al 1 du traité dans les États parties, l'interprétation et l'application communes du traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes, les juridictions nationales ne peuvent que se soumettre à l'interprétation reconnue à la notion de « conditions de droit commun »

contenue dans l'article 300 de l'acte uniforme. L'harmonisation et l'uniformisation des règles applicables sont à ce prix. Le délai d'appel en matière d'incidents de saisie immobilière et pour les hypothèses autorisées ne sera donc pas celui de 3 mois prévu par le code de procédure Civile Camerounais, mais celui de 15 jours fixé à l'article 49 de l'acte uniforme. Il reste aux juridictions d'appel de se conformer à la ligne tracée par la CCJA. Ce qui n'est pas toujours le cas. En effet, aussi bien devant la Cour d'appel du centre à Yaoundé que devant la cour d'Appel du Littoral à Douala, tantôt il est fait application de l'arrêt de la CCJA (*Douala arrêt N° 118/C du 02 juillet 2007, HOSSIE Francis C/COFINEST ; Yaoundé, arrêt N° 470/CIV du 1^{er} Août 2007, Georges KOKKOTAS et autres C/SRC, inédits*), tantôt il est fait application du droit national pour apprécier de la recevabilité de l'appel (*Douala, Arrêt N° 019/C du 18 avril 2008, Sté NGUESSI, Avenue Hôtel C/BICEC ; Yaoundé, arrêt N° 51/ADD/CIV du 19 Janvier 2005, ABADA EBOLO C/BICEC ; inédits*). Il importe de noter pour le déplorer que, contrairement aux arrêts de la Cour d'Appel du centre ci-dessus cités, les deux décisions rendues en sens contraire relativement à la même question de droit par la Cour d'Appel du Littoral l'ont été par une même composition de la Cour statuant en collégialité. Dans ces conditions, la sécurité judiciaire en prend certainement un coup. Fort heureusement, la Cour d'Appel du Littoral semble s'être ravisée et statue depuis lors dans le sens de l'arrêt de la CCJA (*Douala, 19 nov. 2010 (Tchakounté C/ALI ADAM ARAB ; 18 février 2011 (Dame veuve Nana nicole et autres C/Afriland First Bank, etc.)*).

Il faut relever que malgré le souci du législateur qui a entendu attacher une certaine célérité aux procédures d'appel et notamment en prescrivant que la Juridiction d'Appel statue dans la quinzaine de l'acte d'appel (Art. 301 in fine de l'acte uniforme), cette fin ne pourra être atteinte tant que les règles de procédure interne encore appliquées n'épousent pas l'esprit du législateur de l'OHADA.

En effet, aux termes de l'article 191 al 2 du code de procédure civile Camerounais tel que modifié par décret N° 68/DF/441 du 8 novembre 1968, « Aussitôt qu'elle (*la requête d'appel*) aura été reçue, le greffier fera notifier à la partie appelante le montant de la consignation à verser. Cette consignation doit, à peine de déchéance d'ordre public de l'appel, intervenir dans un délai de quatre mois à compter de la notification... ».

Ce délai de quatre mois qui est accordé à l'appelant pour consigner ne peut contribuer qu'à rallonger les délais dans une matière où le législateur de l'OHADA n'a pas voulu prêter le flanc au dilatoire de certains plaideurs.

À cette entorse, il faut ajouter le retard dans la rédaction des décisions de justice par les magistrats. Ceux-ci pour la plupart, ne rédigent leurs décisions que plusieurs mois plus tard ; ce qui constitue une sérieuse entorse de fait à la célérité recherchée par le législateur communautaire ; surtout lorsqu'on sait

qu'une expédition du jugement frappé d'appel doit être annexée à la requête d'appel pour permettre à la Cour de pouvoir l'apprécier.

B - Voies de recours extraordinaires

126. Il s'agit ici de la tierce opposition, de la requête civile et du pourvoi en cassation.

Le nouveau droit de la saisie immobilière n'en parle pas expressément. Le règlement de procédure OHADA qui n'autorise que la tierce opposition et la révision limite ces voies de recours aux arrêts rendus par la Cour Commune (*arts. 47 et 49 du règlement de procédure OHADA*). Le traité OHADA lui-même ne parle que du recours en cassation (*arts 14 et suivants du Traité*) à l'exclusion de la tierce opposition et de la requête civile. Doit-on conclure que ces deux dernières voies de recours ne sont plus recevables devant les juridictions nationales ? Examinons-les successivement avant d'envisager le recours en cassation.

I - Tierce opposition

127. Le professeur Roger PERROT la définit comme étant une voie de recours par laquelle un tiers demande que la décision de justice qui lui fait grief soit déclarée inopposable à son égard.

De cette définition qui mérite d'être approuvée, se dégagent deux éléments essentiels.

Primo, la tierce opposition ne peut être exercée que par un tiers à une décision de justice.

Secundo, elle permet au tiers d'obtenir la reconsidération de ses droits violés par la décision dont tierce opposition.

Ceci étant, le tiers à une procédure de vente sur saisie immobilière peut-il s'opposer à un jugement qui lui fait grief ? Le mutisme formel du législateur de l'OHADA singulièrement pour les décisions nationales semble s'expliquer par le fait que la question a été autrement envisagée notamment soit par le biais de l'action en distraction, soit par celui de l'action en nullité de l'adjudication. Le grief que peut véritablement subir le tiers ne se perçoit que lorsque tout ou partie de ses immeubles se trouve englobé dans l'assiette de la saisie.

L'action en distraction ayant pour effet de diminuer ou de vider la procédure de saisie de sa substance, il va sans dire que, comme la tierce opposition, elle aboutit au même résultat ; l'action en distraction étant recevable jusqu'au 8^e jour précédant la date prévue pour l'adjudication :

Par ailleurs, quand bien même son ou ses immeubles seraient vendus par inadvertance, il lui resterait l'action en nullité de l'adjudication dès lors que la vente de la chose d'autrui est nulle.

Seulement, aussi bien l'action en distraction que celle en nullité ont l'inconvénient d'être confinés dans des

délais assez brefs et susceptibles d'être couverts sans que le tiers ne s'en rende compte.

Cette limite n'a malheureusement pas retenu l'attention du législateur de l'OHADA dont le Traité en son article 10 a consacré la force obligatoire des actes uniformes dans les États parties ainsi que leur substitution aux règles de forme et de fond existantes et futures. L'article 336 de l'acte uniforme portant voies d'exécution abrogeant toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les États parties, la question s'est posée de savoir quelle était la portée d'une telle abrogation. Dans son avis du 30 avril 2001, la Cour Commune répond que « l'article 10 du Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les États parties des actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures et postérieures. En vertu du principe de la supranationalité qu'il consacre, l'article 10 du Traité, qui prévoit l'application directe et obligatoire des actes uniformes dans les États parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure, contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les Actes uniformes, confirmée par les articles spécifiques de chaque Acte uniforme ». Aussi, ni l'acte uniforme portant voies d'exécution, ni le Traité OHADA n'ayant prévu la tierce opposition, on doit dire qu'elle est irrecevable en matière de saisie immobilière s'agissant des décisions nationales bien qu'elle soit prévue par les dispositions du droit interne. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en son arrêt N° 13/2002 du 18 avril 2002 a d'ailleurs rappelé qu'aux termes de l'article 336, l'acte uniforme susvisé abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les États parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique de sorte que depuis son entrée en vigueur, les règles de forme et de fond qu'il prescrit ont seules vocation à s'appliquer en la matière dans les États parties. Cette position a déjà été affirmée dans son arrêt N° 003/2002 du 10 janvier 2002.

II - Requête civile

128. Elle est définie comme étant une procédure permettant à toute partie à une décision de justice passée en force de chose jugée, d'obtenir la réparation de l'erreur judiciaire qui y est intervenue, en saisissant le juge qui l'a précédemment rendue.

Comme dans l'hypothèse de la tierce opposition, seul le règlement de procédure de la cour Commune en fait état sous l'appellation de « recours en révision ». Aucune disposition ni du Traité OHADA, ni de l'acte uniforme, n'en fait cas. Aussi, en application des dispositions combinées des articles 10 du Traité, 336 de l'acte uniforme sur les voies d'exécution et de la jurisprudence de la Cour Commune de justice et d'Arbitrage qui affirme et

réaffirme l'abrogation des dispositions nationales existantes et futures, la requête civile bien que prévue par la législation interne, est irrecevable en matière de saisie immobilière, du moins en ce qui concerne les décisions rendues par les juridictions nationales.

Le Recours en cassation contrairement à la tierce opposition et à la requête civile, a particulièrement retenu l'attention du législateur de l'OHADA.

III - Recours en cassation

129. Ce sont les articles 14 et suivants du Traité OHADA qui en sont les fondements.

Les décisions nationales rendues en matière d'incidents de la saisie immobilière sont susceptibles de recours devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Le demandeur au pourvoi devra toujours s'assurer que la décision déferée est intervenue sous l'empire de l'acte uniforme dans l'État considéré. C'est ainsi que la C.C.J.A suivant arrêt n° 001/2001 du 11 octobre 2001 s'est déclarée incompétente à connaître le pourvoi déferé contre l'arrêt n° 455/98 du 2 novembre 1998 de la Cour d'Appel de N'Djaména au Tchad au motif qu'à la date de saisine du juge national dudit contentieux, l'acte uniforme sur les voies d'exécution n'avait pas encore intégré l'ordre juridique Tchadien.

Sur le plan de la procédure, celle-ci est gouvernée par les articles 23 et suivants du règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Non seulement le ministère d'Avocat est obligatoire devant la Cour, mais en plus celui-ci doit produire un mandat spécial (*art. 23 du règlement*).

Tout acte de procédure doit être daté et signé par l'Avocat de la partie. Il doit être accompagné de toutes les pièces annexes qui y sont mentionnées. L'original de l'acte doit être présenté avec sept (7) copies dûment certifiées conformes pour la Cour et autant de copies qu'il y a des parties en cause. La date de dépôt au greffe seul fait foi (*art. 27 du règlement*).

Lorsque le recours est initié par une partie au procès, celle-ci doit se conformer scrupuleusement aux exigences de l'article 28 du règlement de procédure. À ce titre, son recours doit être déposé dans les deux mois de la signification de la décision attaquée par l'Avocat du recourant dans les conditions fixées par l'article 23.

La signification a pour effet de fixer le point de départ du délai de recevabilité du recours. Elle n'est pas la condition préalable du recours en cassation. Il s'ensuit que le pourvoi en cassation fait avant signification est recevable.

Le recours, dit l'article 28 du règlement, doit contenir :

- Les nom et domicile du requérant ;
- Les noms et domiciles des autres parties à la procédure devant la juridiction nationale et de leur avocat ;
- Les conclusions du requérant et les moyens invoqués à l'appui de ces conclusions

- L'élection de domicile au lieu où la Cour a son siège.
- Le nom de la personne autorisée et qui a consenti à recevoir toutes significations.
- Les actes uniformes ou les règlements prévus par le Traité dont l'application dans l'affaire justifie la saisine de la Cour,
- La date de signification de la décision de la juridiction nationale qui fait l'objet du recours.
 - a. À la requête, sont annexées :
- La décision de la Juridiction nationale faisant l'objet de recours.
- Si le requérant est une personne morale, ses statuts ou un extrait récent du registre de commerce, ou toute preuve de son existence juridique ; la preuve que le mandat donné à l'avocat a été régulièrement établi par un représentant qualifié à cet effet.

L'article 28 al 5 du règlement de procédure précise que si le recours n'est pas conforme aux conditions fixées audit article, le Greffier en Chef fixera au requérant un délai raisonnable pour lui permettre de régulariser son recours, ou pour produire des pièces mentionnées à l'article 28 ; délai à l'expiration duquel à défaut de régularisation ou de production des pièces, la Cour décidera de la recevabilité du recours.

130. La Cour Commune a, à plusieurs reprises, sanctionné la non-conformité du recours aux exigences de l'article 28 du règlement par l'irrecevabilité du recours et pour des raisons diverses (*CCJA arrêts n°s 004/2001 du 11 octobre 2001 ; 005/2001 du 11 octobre 2001 ; 002/2002 du 10 janvier 2002, 005/2002 du 10 janvier 2002, 006/2001 du 11 octobre 2001, 022/2002 du 26 décembre 2002*).

Lorsque le recours est conforme, la Cour Commune procède aux notifications aux parties à l'instance (*art. 29 du règlement*). Dans la pratique, c'est le Greffier en chef de ladite Cour qui s'y emploie.

Dès réception de la notification du recours et des pièces annexes, la partie adverse peut présenter un mémoire en réponse. Elle le fera dans un délai de 3 mois à compter de la signification du recours (*art. 30 al 1 du règlement*). Le mémoire en réponse contient les nom et domicile de la partie qui produit, la date à laquelle le pourvoi lui a été signifié, les conclusions présentées et les moyens invoqués, l'élection de domicile au lieu où la Cour a son siège, le nom de la personne qui est autorisée et qui a consenti à recevoir toutes significations. S'il s'agit d'une personne morale, ses statuts ou un extrait du registre de commerce ou toute autre preuve de son existence juridique ainsi que la preuve que le mandat donné à l'avocat a été régulièrement établi par un représentant qualifié à cet effet.

Comme dans le cas du recourant, le Greffier en Chef fixe à la partie adverse un délai raisonnable pour régulariser son mémoire en réponse ou produire des pièces indiquées aux alinéas 3 et 4 de l'article 28 du règlement (*art. 30 al 3 du règlement de procédure*).

Le recours et le mémoire en réponse peuvent être complétés par un mémoire en réplique et un mémoire en duplique ou par tout autre mémoire lorsque le Président, soit d'office, soit à la suite d'une demande présentée en ce sens dans un délai de 15 jours à compter de la signification du mémoire en réponse ou en réplique, le juge nécessaire et l'autorise expressément. Le Président fixe donc les délais dans lesquels ils seront produits. (*Art. 31 du règlement*).

Au-delà de la procédure écrite qui est la règle devant la Cour, celle-ci peut à la demande de l'une des parties, organiser dans certaines affaires une procédure orale. Dans ce cas, le Greffier en Chef informe les parties de la décision prise et de la date de l'audience telle que fixée par le Président de la Cour (*art. 34 du règlement*).

La Cour statue au moyen d'un arrêt. Il peut s'agir d'un arrêt de rejet du pourvoi (*CCJA arrêts n°s 004/2002 du 10 Janvier 2002, 009/2002 du 21 Mars 2002, 010/2002 du 21 Mars 2002, 011/2002 du 28 Mars 2002, 014/2002 du 18 Avril 2002, 012/2002 du 18 avril 2002, 013/2002 du 18 avril 2002, 018/2002 du 27 juin 2002, 019/2002 du 31 octobre 2002, 021/2002 du 26 décembre 2002 etc.*) ou de cassation (*CCJA arrêts n°s 002/2001 du 11 octobre 2001, 003/2002 du 10 janvier 2002, 006/2002 du 21 mars 2002, 007/2002 du 21 mars 2002, 008/2002 du 21 mars*). Dans ce dernier cas, elle évoquera et statuera au fond. Il peut arriver que dans l'intervalle, la décision déferée donne lieu à des incidents d'exécution.

§3 - OHADA et contentieux de l'exécution en matière d'incidents de saisie immobilière

131. Il est question ici d'analyser et de mettre en relief les problèmes d'exécution nés du nouvel ordre juridique, singulièrement s'agissant des voies de recours en matière d'incidents de la saisie immobilière. Aussi est-il judicieux d'une part, de rappeler l'état du droit antérieur (A) avant d'aborder d'autre part, l'impact du nouveau droit sur les règles d'exécution préexistantes (B).

A - Règles de droit antérieurement applicables

132. Jusqu'à l'avènement de l'OHADA, la question était régie en droit positif camerounais tant par le code de procédure civile que par la loi N° 92/008 du 14 août 1992 modifiée portant exécution de certaines décisions de justice.

L'article 409 in fine du code de procédure civile indiquait que la décision rendue en la matière par le tribunal était dans tous les cas en dernier ressort. Les décisions rendues en dernier ressort étant seulement susceptibles d'une voie de recours non suspensive d'exécution tel le pourvoi, le saisi dont les dires et observations ainsi que la procédure de nullité de commandement n'avaient pas prospéré, demeurerait-il pour autant désarmé ?

Le législateur camerounais, fortement préoccupé par l'exécution des décisions de justice, avait aménagé certaines règles ayant pour but d'une part, de pallier aux insuffisances de certains juges encore peu avisés ou inexpérimentés et d'autre part, de vaincre la témérité de ceux pour qui le serment prêté n'avait désormais qu'une signification sans portée réelle. C'est ainsi qu'en son article 5, la loi N° 92/008 du 14 août 1992 modifiée fixant certaines dispositions relatives à l'exécution de certaines décisions de justice, avait donné la possibilité à toute partie ayant succombé en appel ou devant une juridiction statuant en premier et dernier ressort et qui avait formé pourvoi devant la Cour Suprême, de saisir par simple requête le Président de ladite Cour pour faire suspendre l'exécution de la décision attaquée. Au reçu de ladite requête à laquelle étaient joints une expédition de la décision attaquée, une copie de la requête ainsi que tout document justificatif de la notification de ladite requête à la partie adverse, le Greffier en chef lui délivrait un certificat de dépôt qui, une fois notifié, suspendait l'exécution de la décision déferée.

Le Président de la cour suprême statuait par voie d'ordonnance dans un délai de 15 (quinze) jours à compter de l'enregistrement de la requête au Greffe et pouvait ainsi soit ordonner la suspension sollicitée, soit rejeter la demande présentée. Il pouvait au choix du requérant et pour garantir l'exécution de la décision déferée, assortir son ordonnance de suspension de la condition que le requérant consigne une somme dont il fixait le montant, ou produise une caution bancaire d'égal montant au greffe dans un délai de 30 jours à compter de la notification de l'ordonnance sous peine de caducité de celle-ci.

La loi du 14 août 1992 modifiée susvisée n'a malheureusement pas inspiré le législateur OHADA qui, sans lui reconnaître quelque mérite, a opté pour la rupture avec les législations nationales respectives, faisant ainsi présumer un goût d'inachevé.

B - Impact du droit OHADA sur les règles d'exécution préexistantes

133. L'avènement de l'OHADA a eu une influence certaine sur le régime de l'exécution des décisions de justice en droit camerounais. Témoin, l'abondante doctrine animée tant par les praticiens du droit que par les chargés des enseignements dans diverses revues de renom (*Alexandre ANABA MBO : la nouvelle juridiction présidentielle dans l'espace OHADA : l'endroit et l'envers d'une réforme multiforme. In RCDA n° 03 PP. 9 et suivantes*

- *Alexis DZUENKEU. L'OHADA et la réforme des procédures civiles d'exécution en Droit Africain : l'exemple du Cameroun. In juris périodique n° 50 P. 103 et S.*
- *Emmanuel TANKOUA. Réflexion sur l'applicabilité de la loi n° 92/008 du 14 août 1992 sur l'exécution*

des décisions de justice tel que modifiée par rapport à l'acte uniforme OHADA sur les procédures de recouvrement simplifiées et les voies d'exécution. In juris périodique n° 50, P. 128 et S.

- *Félix ONANA ETOUNDI : De l'inapplicable des défenses à l'exécution provisoire des décisions rendues dans les matières de l'OHADA : brèves réflexions sur l'arrêt n° 002/2001/CCJA du 11 octobre 2001. in RCDA n° 10, P. 11 et suivantes.*
- *Henri TCHANTCHOU. Le contentieux de l'exécution et des saisies dans le nouveau droit OHADA. In juris périodique n° 46 P. 98 et S.*
- *IPANDA. L'arrêt époux karnib : une révolution ? question d'interprétation. In RCDA n° 10 P. 41 et S.*
- *STERLING MINOU : regard sur l'arrêt karnib in RCDA n° 10 P. 27 et S.*
Sylvain SOUOP : - Pour qui sonne le glas de l'exécution provisoire ? in juris périodique n° 54 P.104 et S.
- *L'exécution provisoire encadrée, leurres et lueurs d'un revirement jurisprudentiel. Commentaire sous arrêts de la CCJA n°s 012, 013, 014/2003 du 19 Juin 2003 in Juridis Périodique n° 58, Avril-Mai-Juin 2004, PP 116 et S.*
- *TEPPI KOLLOKO Fidèle : La CCJA et l'article 32 de l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution en OHADA. Commentaire sous arrêts de la CCJA n°s 012, 013, 014/2003 du 19 Juin 2003 in Juridis Périodique n° 58, Avril-Mai-Juin 2004, PP. 112 et S.).*

En effet, soucieux de mettre en place un droit des affaires harmonisé en vue de garantir la sécurité juridique et judiciaire des activités économiques dans leurs États respectifs, les pays membres de l'OHADA ont signé à Port-Louis le 17 octobre 1993 un traité dont l'article 2 fait entre autres des voies d'exécution une discipline entrant dans le domaine du droit des affaires.

En même temps, ledit traité crée une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en remplacement des Cours Suprêmes nationales des États parties et qui, dit l'article 14 du traité, «... se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des États parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des États parties dans les mêmes contentieux... ».

Si le législateur de l'OHADA a eu le mérite de rechercher par la création de la Cour Commune, l'unification dans l'application des actes uniformes et donc de la sécurité juridique et judiciaire, il a pêché en ce qu'il n'a pas tenu compte des désagréments qu'ont les décisions de justice exécutoires par provision mais mal rendues par les juridictions des États parties et contre lesquelles une voie de recours est exercée au fond. On objectera peut-être des dispositions de l'article 49 de l'acte uniforme OHADA qui confère au Président de la juridiction

statuant en matière d'urgence compétence pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire.

Le penser serait perdre de vue que le juge de l'article 49 n'apprécie que la régularité formelle de la procédure d'exécution en matière mobilière et non le fond du droit qui est la résultante de l'application des actes uniformes ayant servi de support légal à la décision du juge et dont l'exécution est entamée ; de telle sorte que quand bien même le juge de l'article 49 annule une exécution, cela n'empêche pas le créancier titulaire du titre de faire recommencer ladite exécution en s'assurant du respect scrupuleux des règles de forme et notamment des formalités, des délais et en évitant des erreurs d'exécution. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'on sait qu'aux termes de l'article 32 de l'acte uniforme sur les voies d'exécution, le créancier titulaire d'un titre exécutoire par provision peut poursuivre son exécution jusqu'à son terme, à ses risques et périls, à charge pour lui si le titre est ultérieurement modifié, de réparer intégralement le préjudice causé par cette exécution, sans qu'il y ait lieu de relever de faute de sa part (*La CCJA l'a d'ailleurs rappelé dans l'affaire des époux Karnib C/SGBCI en son arrêt n° 002/2001/CCJA du 11 octobre 2001*).

Le législateur communautaire a-t-il perdu de vue que le créancier pourra plus tard organiser son insolvabilité et donc éviter toute exécution forcée au cas où il viendrait à être condamné aux dommages-intérêts après réformation du titre jadis exécuté ? Le législateur aurait pu l'éviter en subordonnant tout au moins l'exécution au dépôt par le créancier d'une caution fixée par le juge entre les mains d'un tiers séquestre désigné par le même juge.

Cette lacune de la législation communautaire n'est pas propre aux saisies mobilières. Elle est plus grave en matière immobilière surtout lorsqu'on sait que l'immeuble constitue le bien essentiel du patrimoine d'un individu.

Certes, à l'article 32 de l'acte uniforme sur les voies d'exécution, il est indiqué qu'« à l'exception de l'adjudication des immeubles, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision ». Mais, si le législateur semble avoir perçu l'importance de l'immeuble dans le patrimoine d'un individu, le problème ne se pose pas dans les mêmes conditions.

En effet, l'exception faite par le législateur à l'article 32 de l'acte uniforme suppose que le créancier a engagé sa procédure de saisie immobilière sur la base d'un jugement seulement exécutoire par provision et ceci conformément à l'article 247 al 2 de l'acte uniforme sur les voies d'exécution. Le même texte dispose que l'adjudication ne pourra être effectuée dans ce cas que sur la base d'un titre définitivement exécutoire. L'article 32 en cette branche n'a donc repris en d'autres termes que le sens de l'article 247 du même acte uniforme.

134. Le sens de l'article 32 relativement à l'adjudi-

cation des immeubles étant ainsi précisé, le régime de l'exécution des décisions de justice en matière de saisie immobilière se pose en ces termes :

Monsieur X titulaire d'un titre définitivement exécutoire sur la personne de Y, entreprend à son encontre une procédure de saisie immobilière. Pendant que cette procédure suit son cours, monsieur Y la conteste et dépose à cette fin des dires et observations. La cause régulièrement enrôlée à l'audience éventuelle fait l'objet d'un jugement rejetant comme mal fondés les dires et observations de monsieur Y, ordonnant par ailleurs la continuation des poursuites et fixant la nouvelle date d'adjudication, celle initialement fixée n'ayant pas pu être maintenue.

Monsieur Y qui n'est pas satisfait de ce jugement sur les incidents est aux abois et s'interroge sur la procédure de suspension de celui-ci au demeurant rendu en premier et dernier ressort et donc non susceptible d'Appel.

La difficulté se serait-elle posée sous l'empire de la loi N° 92/008 du 14 août 1992 modifiée portant sur l'exécution de certaines décisions de justice, qu'on aurait vite fait de conseiller à monsieur Y de former pourvoi contre ledit jugement et de saisir monsieur le Président de la Cour Suprême d'une requête aux fins de suspension d'exécution ; le certificat de dépôt obtenu et signifié à la partie adverse suspendant l'exécution du jugement. Les effets attachés à ce certificat de dépôt pouvant plus tard être maintenus si les moyens invoqués dans la requête ont déterminé le Président de la cour suprême à rendre une ordonnance de sursis à exécution.

Posée sous l'empire de l'OHADA, la difficulté devient beaucoup plus sérieuse.

En effet, la saisine de monsieur le Président de la Cour Suprême d'une requête aux fins de suspension d'exécution suppose que la décision dont on demande la suspension est déférée à cette Cour. Or, les voies d'exécution faisant partie du droit des affaires conformément à l'article 2 du traité OHADA, les décisions y relatives rendues en premier et dernier ressort ne peuvent être déférées que devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage conformément à l'article 14 du traité. Les Cours Suprêmes nationales sont désormais incompétentes à en connaître.

Ce dessaisissement des Cours Suprêmes nationales par le législateur communautaire des procédures de fond devrait, pour éviter tout désagrément lié à une adjudication qui pourra donner lieu à une procédure en nullité, être suivi d'aménagements légaux suspensifs d'exécution.

L'examen du règlement de procédure devant la Cour Commune laisse simplement apparaître qu'en son article 46, le législateur de l'OHADA s'est contenté malheureusement de réglementer la procédure de sursis à exécution uniquement pour les décisions rendues par ladite Cour.

Analysant le contentieux de l'exécution dans l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (*In revue Camerounaise de l'arbitrage n° 16, Janvier-Février-Mars 2002*),

une partie de la doctrine animée par monsieur KENFACK DOUAJNI Gaston, au-delà des spécificités propres audit contentieux dans le cadre de l'Arbitrage, a effleuré la question à l'occasion de l'appréciation critique de l'arrêt du 11 octobre 2001 rendu par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans l'affaire des époux KARNIB contre SGBCI.

135. Pour conclure à la compétence des juridictions nationales à connaître du contentieux de l'exécution provisoire, cet auteur qui commence par distinguer les voies d'exécution des procédures d'exécution, fonde son analyse sur les dispositions de l'article 16 al 1 in fine du traité OHADA avant de tirer la conséquence selon laquelle, « logiquement pour obtenir les défenses à exécution provisoire des décisions rendues en dernier ressort, qu'il s'agisse des arrêts des cours d'Appel ou des décisions d'instance rendues en dernier ressort, il faut former pourvoi contre lesdites décisions devant la cour commune de justice et d'arbitrage, puis saisir les juridictions nationales de cassation des requêtes en défenses à l'exécution provisoire des décisions querellées » (*KENFACK DOUAJNI GASTON, in revue suscitée, P. 08*).

Cette analyse bien que logique ne nous semble pas juridiquement convaincante. Car non seulement on peut s'interroger sur la source de définition des procédures d'exécution retenue par ladite analyse, mais en plus celle-ci consacre une méprise de l'article 5 de la loi N° 92/008 du 14 août 1992 modifiée fixant certaines dispositions relatives à l'exécution des décisions de justice au Cameroun qui semble en être le support légal.

En effet, s'il ne fait pas de doute que les voies d'exécution s'entendent de « l'ensemble des procédures permettant à un particulier d'obtenir par la force, l'exécution des actes et jugements qui lui reconnaissent des prérogatives ou des droits », il ne fait non plus de doute que les voies d'exécution ne sont que l'expression courante et habituelle des procédures d'exécution. Elles sont l'expression d'une seule et même réalité, qu'il s'agisse des procédures conservatoires ou d'exécution. Le créancier qui, muni d'un titre exécutoire entreprend de l'exécuter ainsi que le débiteur qui s'y oppose en initiant toute procédure de suspension ou de discontinuation de poursuites, restent l'un et l'autre dans le cadre des procédures d'exécution, c'est-à-dire des voies d'exécution. Tout est en réalité question de sémantique. Peu importe ! La question fondamentale demeure celle de savoir le sens de l'article 16 alinéa 1 du traité OHADA.

Ce texte est ainsi conçu : « la saisine de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée. Toutefois, cette règle n'affecte pas les procédures d'exécution ».

La compréhension du texte susvisé suppose que contre une seule et même décision, le demandeur au pourvoi ait saisi aussi bien la Cour Suprême nationale que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Ceci peut arriver lorsque le demandeur au pourvoi qui doute

de la juridiction normalement compétente craint d'être frappé de forclusion s'il s'avère plus tard qu'il a saisi une juridiction incompétente. Ce peut être encore le cas, lorsqu'ayant d'abord saisi la Cour Suprême nationale, il s'est ravisé sur la compétence de la dite cour avant de saisir la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Dans l'un ou l'autre cas, l'article 16 sus-visé rappelle la primauté de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sur les Cours Suprêmes nationales. Celles-ci doivent surseoir à connaître desdits pourvois jusqu'à ce que la Cour Commune se prononce sur la question de compétence. Les plaideurs, défendeurs au pourvoi, devraient exciper de l'exception d'incompétence de la Cour Suprême nationale sur le fondement de l'article 18 du traité OHADA, lequel consacre la nullité de l'arrêt de la Cour Suprême nationale en cas de méprise de cette disposition communautaire.

136. Cette précision faite, il reste le cas des procédures d'exécution dont l'article 16 al 1 in fine en fait une particularité en énonçant qu'elles ne sont pas affectées par la règle de suspension qu'elle édicte.

Envisageons pour mieux comprendre cette disposition in fine de l'article 16 al 1 du traité OHADA un cas concret.

Un arrêt est rendu par une cour d'appel confirmant une ordonnance du juge du contentieux de l'exécution prescrivant la continuation des poursuites. La partie ayant perdu ce procès saisit la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage d'un pourvoi en cassation, estimant que le juge d'appel a violé diverses dispositions de l'acte uniforme sur les voies d'exécution. Entre-temps, le bénéficiaire dudit arrêt entreprend malgré le pourvoi en cassation qui n'est point suspensif d'exécution, de poursuivre son exécution sur l'autre partie. Celle-ci ne sait à quel saint se vouer et se demande comment faire pour suspendre l'exécution dudit arrêt. La question se pose, en des mêmes termes, en matière d'incidents de saisie immobilière.

En souscrivant à l'analyse de monsieur Kenfack Douajni, on devrait saisir le Président de la Cour Suprême d'une requête aux fins de suspension d'exécution en justifiant par ailleurs du pourvoi préalablement formé devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Quel serait cependant le fondement d'un tel recours ? En tout cas, pas la loi N° 92/008 du 14 août 1992 modifiée et fixant certaines dispositions relatives à l'exécution des décisions de justice dès lors qu'elle n'admet la saisine du Président de la Cour Suprême nationale d'une pareille requête que lorsque le pourvoi en cassation est déféré devant la Cour dont il est le président.

On pourrait également penser que la solution la plus indiquée consisterait pour les États membres de l'OHADA, de repenser leurs textes respectifs sur l'exécution des décisions de justice afin de les adapter aux nouvelles exigences de l'OHADA. Les législateurs internes respectifs trouveraient ainsi l'occasion d'autoriser expressément les présidents des Cours Suprêmes nationales à connaître des requêtes aux fins de suspen-

sion d'exécution jusqu'à l'issue des pourvois formés devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Ceci permettrait de faire l'économie des procès à engager et les désagréments d'exécution au cas où les décisions déferées viendraient à être cassées par la Cour Commune.

On courra cependant dans cette optique le risque d'avoir autorisé implicitement les Présidents des Cours Suprêmes nationales à apprécier des questions relatives à l'application des actes uniformes qui pourtant échappent désormais à leur compétence matérielle. Ce qui par ailleurs constitue un obstacle à la célérité recherchée par le législateur communautaire au cas où le pourvoi déferé devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage viendrait à être rejeté. En effet, plusieurs hypothèses sont envisageables :

- Première hypothèse : Le président de la Cour Suprême ordonne la suspension d'exécution, le pourvoi au fond est plus tard rejeté par la CCJA.
- Deuxième hypothèse : Le président de la Cour suprême ordonne la suspension d'exécution, le pourvoi au fond donne lieu plus tard à un arrêt de cassation à la suite duquel, la CCJA, évoquant et statuant à nouveau, rejette les dires et observations comme non fondés ou les déclare irrecevables et ordonne la continuation des poursuites par la vente de l'immeuble objet de la poursuite ;
- Troisième hypothèse : Le président de la cour suprême ordonne la suspension d'exécution, le pourvoi au fond donne lieu plus tard à un arrêt de cassation par la CCJA à la suite duquel, la cour, évoquant et statuant au fond, annule la procédure de saisie immobilière.
- Quatrième hypothèse : Le président de la cour suprême rejette la requête aux fins de suspension d'exécution, la CCJA, statuant plus tard sur le pourvoi, casse la décision déferée et, statuant au fond après évocation, annule la saisie et les poursuites.
- Cinquième hypothèse : Le président de la cour suprême rejette la requête aux fins de suspension d'exécution, la cour, statuant plus tard au fond sur le pourvoi déferé, le rejette.

Il est aisé de constater que si les première, deuxième, troisième et cinquième hypothèses ne soulèvent pas de difficulté particulière, la quatrième hypothèse en revanche pose une difficulté sérieuse. En effet, l'ordonne de rejet du Président de la Cour suprême a permis au créancier poursuivant de continuer la procédure jusqu'à la vente de l'immeuble saisi. L'arrêt de cassation de la CCJA annulant la saisie et les poursuites intervient à un moment où l'adjudicataire a pris possession de l'immeuble après avoir libéré le prix de l'adjudication. Quel est désormais le sort de cette adjudication remise en cause par un arrêt de fond de la Haute cour communautaire ? Le créancier poursuivant qui en a perçu le prix et qui est, par hypothèse devenu indigent, doit-il le répéter ? L'adjudicataire qui de bonne foi a acquis l'immeuble à la suite d'une vente aux enchères doit-il le libérer ? Dans l'affirmative, quelles en sont les conditions ?

137. À dire vrai, cette difficulté née de la pratique quotidienne ne vient que trahir les insuffisances de la législation nationale portant organisation judiciaire qui, à la croisée de la législation OHADA, présente un goût d'inachevé suscitant une nécessaire réforme.

Le législateur communautaire a d'ailleurs annoncé le ton lorsqu'à l'article 49 de l'acte uniforme sur les voies d'exécution, il désigne sans tenir aucun compte de l'organisation judiciaire nationale, la juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire. Ce texte dispose en effet : « la juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui... ».

Or, tel qu'il est libellé, on a bien de la peine à rattacher cette juridiction à l'une quelconque des juridictions prévues par l'ordonnance N° 72/4 du 26 août 1972 modifiée par la loi N° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire au Cameroun. Le Président de la juridiction statuant en matière d'urgence n'est pas la juridiction d'urgence elle-même quand bien même celle-ci ressortirait de la compétence du Président.

Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'on sait que la juridiction d'urgence qui est celle des référés au Cameroun et le président du Tribunal de Première Instance auquel est rattachée la juridiction des référés, n'ont pas au regard de l'organisation judiciaire, la même compétence sur le plan juridictionnel et ne statuent pas dans les mêmes conditions : le Président du Tribunal rend les ordonnances gracieuses alors que la juridiction des référés rend des décisions contentieuses, les parties dûment appelées.

Cette désignation par le législateur communautaire de la juridiction compétente en matière d'exécution n'a pas manqué de susciter la réaction de la doctrine (*Alexandre ANABA MBO in RCDA n° 03 qui a estimé que la juridiction désignée à l'article 49 n'était autre que la juridiction des référés*), de créer la confusion dans la pratique et la controverse dans la jurisprudence. Et pourtant, il suffisait pour le législateur communautaire de dire que la juridiction compétente est celle statuant en matière d'urgence pour éviter toute spéculation sur ce point précis.

C'est ainsi que dans la pratique, certains justiciables saisissent le juge des référés classique pour connaître des demandes et contestations indiquées à l'article 49 de l'acte uniforme ; d'autres saisissent la même juridiction en prenant soin de préciser qu'elle est saisie non comme juge des référés classique mais comme juge de l'urgence et de l'exécution.

La jurisprudence elle-même n'a pas fait l'unanimité sur la question. Ainsi, certaines juridictions des référés ont sous l'empire de l'OHADA, retenu leur compétence et donc statué au fond sur les demandes et contestations relatives aux mesures d'exécution forcée (*PTPI Bafoussam, ordonnances de référé N°s 39 du 26 Janvier 2001,*

43 du 09 Mars 2001, 67 du 07 Septembre 2001), d'autres prennent la précaution de mentionner qu'elles statuent dans le cadre de la juridiction d'urgence et conformément à l'article 49 de l'acte uniforme OHADA (*PTPI Douala Bonanjo, ordonnances N°s 541 du 31 Janvier 2002, 595 du 20 Février 2002; PTPI Bafoussam, ordonnance N° 51 du 22 Mars 2002*).

Certaines juridictions encore et notamment celles de Douala sont allées plus loin en créant au sein du Tribunal de Première Instance, une chambre faisant office de la juridiction d'urgence et du contentieux en charge des demandes et contestations indiquées à l'article 49 de l'acte uniforme et ne pouvant être saisie que sur ordonnance préalable délivrée par le Président du Tribunal de Première Instance dudit ; de telle sorte que, toutes les fois que le juge des référés classique est saisi pour de tels contentieux, il n'hésite pas à se déclarer incompétent (*PTPI Douala Bonanjo, ordonnance des référés N° 1004 du 15 Mai 2002*). Le législateur Camerounais a tranché cette controverse en créant un juge du contentieux de l'exécution au sein de chaque juridiction suivant la loi N° 2007/001 du 19 avril 2007.

Les décisions rendues en premier ressort sont susceptibles d'appel et de recours suspensifs d'exécution dans les conditions édictées par les articles 32 et 49 de l'acte uniforme et précisées par la jurisprudence de la CCJA.

138. En matière de saisie immobilière, le législateur OHADA n'a pas pris de texte semblable à l'article 49 de l'acte uniforme. Toutefois, il a distraitemment envisagé la question du contentieux de l'exécution à l'article 313 relatif à la nullité d'une adjudication en matière immobilière. Et pourtant, le problème se pose avec une réelle acuité, l'exécution des jugements rendus en matière d'incidents et notamment ceux ordonnant la continuation des poursuites pouvant avoir des conséquences désastreuses au cas où ils viendraient à être cassés et réformés par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

La Cour Suprême du Cameroun a très bien compris les conséquences graves de ce manquement de la législation OHADA. C'est ainsi qu'elle continue comme par le passé à connaître des requêtes aux fins de suspension d'exécution même contre les décisions mettant en exergue les dispositions du droit uniforme. Si on peut penser qu'elle le fait dans l'esprit de l'article 16 al. 1 in fine du traité, il faut dire que c'est une démarche qui, bien que salutaire, n'en demeure pas moins sans base légale. L'article 5 de la loi N° 92/008 du 14 Août 1992 modifiée portant exécution des décisions de justice qui semble en être le support n'autorise le Président de la Cour Suprême à connaître des requêtes de sursis à exécution que lorsque le pourvoi est déféré à la Cour dont il est le Président. Ce qui n'est pas le cas pour les décisions relevant du droit des affaires tel que définit par le traité OHADA.

Il était donc souhaitable que le législateur national intervienne pour repenser au moins en partie l'ordonnance portant organisation judiciaire. Il trouverait ainsi

l'occasion non seulement et à la suite du législateur communautaire, d'indiquer à l'alinéa 2 de l'article 13 de l'ordonnance N° 72/4 du 26 août 1972 modifiée portant organisation judiciaire, que « le Président du Tribunal de Première Instance ou le magistrat du siège que celui-ci délègue à cet effet, est compétent pour statuer sur les procédures en référé, sur les litiges et demandes relatifs à une mesure d'exécution forcée mobilière ou à une saisie conservatoire et pour délivrer les ordonnances sur requête », mais en plus, d'ajouter expressément à l'article 16 de la même ordonnance que le Tribunal de Grande Instance est compétent en matière de saisie immobilière pour connaître non seulement de ses incidents mais aussi de tout contentieux d'exécution né de cette procédure. C'est aujourd'hui chose faite avec la création au sein du Tribunal de Grande Instance d'une chambre du contentieux de l'exécution même si ce contentieux est confié à la juridiction présidentielle dudit (*article 18 al 2 de la loi N° 2006/015 du 26 décembre 2006*). Il reste aux praticiens de pouvoir en tirer le meilleur parti.

On aurait souhaité, dans le souci de la bonne administration de la justice et pour préserver les enjeux importants que génère pareille procédure que le contentieux de l'exécution en matière de saisie immobilière ressortisse de la compétence d'une formation collégiale dudit Tribunal.

139. Au bout du compte, la partie ayant succombé en instance et qui a saisi la cour commune d'un pourvoi en cassation doit-il rendre les armes et donc subir en victime résignée l'adjudication de son immeuble ?

Certes, on objectera que le pourvoi en cassation devant la Cour Commune n'a aucun effet suspensif.

Mais quel serait alors le sens et l'impact du dernier alinéa de l'article 14 du traité OHADA aux termes duquel « en cas de cassation, elle évoque et statue au fond » ?

D'ordinaire faut-il le rappeler, le pourvoi n'a pas d'effet suspensif pour la simple raison que la cour de cassation ne statue qu'en droit et non en fait. Dans ce contexte, elle se borne à vérifier si la loi a été bien appliquée par les juges du fond ou non. Ainsi, lorsqu'elle constate que la décision déferée a violé les dispositions légales, elle casse et renvoie devant une autre juridiction du même rang que celle dont la décision a été déferée pour y être fait droit.

À la différence du pourvoi devant les Cours Suprêmes nationales, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui est certes une Cour de Cassation, a le pouvoir en cas de cassation, d'évoquer et de statuer au fond. Elle statue donc dans les mêmes conditions que la juridiction dont la décision est déferée à sa censure.

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage statuant donc en fait et en droit comme les juridictions d'instance, il est évident qu'en cas de cassation, elle réformera la décision déferée et dira par conséquent n'y avoir lieu à continuation des poursuites, puis ordonnera main levée du commandement.

L'impact d'une pareille décision est digne d'intérêt en ce qu'elle remet en cause et rend nulle et non avenue toute adjudication qui serait intervenue entre-temps.

Ce raisonnement nous amène à conclure que si la saisine de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne suffit pas à elle seule pour suspendre l'exécution de la décision déferée, la partie s'étant pourvue en cassation peut valablement saisir le président du Tribunal de Grande Instance statuant en matière de contentieux de l'exécution pour solliciter la suspension provisoire de l'adjudication. Elle invoquera la bonne administration de la justice en ce que la Cour Commune ayant en cas de cassation le pouvoir de statuer au fond, il ne fait l'ombre d'aucun doute qu'un arrêt de la CCJA annulant la procédure rendra non avenue le jugement du Tribunal ayant rejeté les dires et ordonné la continuation des poursuites et sur la base de laquelle l'adjudication est poursuivie. Cette option est d'autant plus judicieuse qu'à l'examen, les arrêts de la Cour suprême rendus sur des questions relatives à l'application du droit OHADA sont des arrêts d'incompétence. Il vaut mieux obtenir une décision définitive de la CCJA et procéder tranquillement à l'adjudication que de procéder à l'adjudication sur le fondement d'une ordonnance de rejet d'une requête aux fins de suspension de monsieur le Président de la Cour Suprême pour ensuite subir les conséquences d'une action en nullité de l'adjudication au cas où la CCJA viendrait à rendre une décision de cassation et de nullité de la procédure après évocation au fond. On gagnerait en pragmatisme et en efficacité. Dans cette optique, on comprend dès lors que la pratique de sursis à exécution encore en cours dans les cours suprêmes nationales, parfois sur la base des textes qui ne collent plus à l'actualité juridique devrait un temps soit peu être mise entre parenthèses. Le législateur de l'OHADA aurait enfin gagné son pari. Mais ce dessaisissement devrait donner lieu à quelques aménagements pour permettre à la CCJA de statuer sur des questions de droit national en cas de cassation. Les présidents des cours suprêmes nationales pourraient émettre ainsi des avis au profit de la CCJA pour permettre à celle-ci de statuer en connaissance de cause sur des questions de droit national après cassation. Il s'agit d'une coopération salutaire pour l'intégration régionale. On peut s'interroger sur le fondement d'une telle démarche. Le traité de l'OHADA n'ayant soumis à la procédure d'avis que les juridictions nationales, les États parties et le conseil des ministres, il est vivement souhaité, pour éviter des erreurs dans l'application du Droit national dont les membres de la CCJA ne maîtrisent toujours pas les contours, que le législateur de l'OHADA pense à imposer aux membres de la CCJA la consultation des cours suprêmes nationales lorsqu'ils sont saisis d'une décision mettant en cause aussi bien le Droit national que le Droit de l'OHADA. La pratique actuelle de la CCJA qui consiste à écrire au conseil constitué pour solliciter la production de certains textes nationaux invoqués dans le recours ou les mémoires ne serait alors que transitoire.

Chapitre III : Distribution du prix

140. C'est l'étape la plus importante pour le créancier. Après une procédure déjà complexe et parfois émaillée de divers incidents, le créancier atteint, par la phase de la distribution du prix, l'étape de sa satisfaction concrète après l'adjudication de l'immeuble saisi.

La question centrale est ici celle de la clé de répartition des deniers entre les créanciers du même débiteur et de la procédure à suivre. Les incidents se présentent surtout lorsque le prix de l'adjudication est insuffisant pour satisfaire aux exigences des frais et des droits de l'ensemble des créanciers du débiteur.

Avant l'adoption et l'entrée en vigueur aussi bien du traité OHADA que de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, les législateurs des États parties avaient adopté deux types de procédure de distribution ; la procédure de distribution par contribution et la procédure de distribution par ordre. Le terme « contribution » était assez significatif. Non seulement, il concernait les ventes mobilières mais en plus et surtout il signifiait que chacun des créanciers devait perdre une partie de son avoir, cette perte constituant ainsi sa contribution.

La distribution par voie d'ordre renvoyait quant à elle à la vente d'immeuble et permettait à chaque créancier d'être payé en fonction de la date de l'inscription de sa sûreté.

L'acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a abandonné cette distinction pour se consacrer à une réglementation générale et globale de la distribution du prix, que les fonds disponibles soient suffisants ou non, qu'il s'agisse de vente de meuble ou d'immeuble. Si l'ordre des créanciers est réglementé aussi bien par l'acte uniforme sur les sûretés que par celui sur la procédure collective, il reste que la procédure de droit commun pour parvenir à la distribution du prix à ces divers créanciers relève de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution sous réserves des particularités du droit des procédures collectives d'apurement du passif tenant notamment à la compétence du juge-commissaire pour en connaître.

Les spécificités procédurales (section 1) précéderont le rang des créanciers (section 2).

Section 1 - Mise en œuvre de la procédure de la distribution du prix

141. La distribution du prix peut être soit amiable (§1), soit consécutive à une action en justice (§2).

§1 - Distribution amiable

142. Deux cas de figure peuvent se présenter, selon qu'il existe un ou plusieurs créanciers.

A. Créancier unique

143. Lorsqu'il existe un seul créancier, aucune difficulté ne se présente. Conformément à l'article 324 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, le produit de la vente est remis à celui-ci jusqu'à concurrence de sa créance en principal, intérêts et frais. Cela suppose que le prix de l'adjudication est suffisant pour couvrir l'ensemble de la dette en principal, et accessoires. Dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire lorsque le prix de l'adjudication serait insuffisant pour couvrir la dette et ses accessoires, le créancier ne sera que partiellement désintéressé, la priorité dans l'ordre étant réservée aux frais de justice, sans préjudice à une nouvelle action sur d'autres biens du même débiteur en recouvrement forcée du reliquat de la dette.

Le législateur OHADA a tenu compte des difficultés qu'a traversées le créancier pour parvenir à cette ultime étape. Il n'a pas entendu la voir attendre davantage dès lors que le prix d'adjudication est déjà disponible. C'est ainsi qu'il fixe le délai de la remise des produits de la vente au créancier. Ce délai est de 15 jours au plus tard à compter du versement du prix de vente par l'adjudicataire. S'il y a un solde, celui-ci est remis au débiteur dans le même délai.

L'inobservation de ce délai emporte des sanctions contre le dépositaire des fonds. Ils produisent au profit de leurs bénéficiaires des intérêts au taux légal. Ce taux peut varier d'un État à l'autre. Il est fixé par le législateur.

Quelques particularités existent lorsque plusieurs créanciers sont intéressés.

B - Existence de plusieurs créanciers

144. Lorsqu'il existe plusieurs créanciers, qu'ils soient chirographaires, hypothécaires ou privilégiés, ceux-ci peuvent s'entendre sur la répartition du prix de l'adjudication (art 325 AUPSRVE). Leur accord doit nécessairement revêtir la forme d'un écrit, peu importe qu'il soit sous seing privé ou authentique.

On peut s'interroger sur l'opportunité de la tentative de répartition consensuelle prévue par le législateur. L'intérêt de cette préoccupation vient de ce que l'ordre des créanciers se réglant suivant la date d'inscription pour les sûretés qui doivent être inscrites et au marc le franc pour les créanciers chirographaires, on se demande bien si une répartition consensuelle est encore nécessaire lorsque la loi la déjà réglée. En vérité, la question est celle de savoir si un créancier peut renoncer à l'ordre de répartition prévu par l'acte uniforme sur les sûretés. La

réponse dépend du caractère de l'ordre de répartition des deniers. Si on penche pour le caractère d'ordre public de l'ordre des créanciers, la répartition consensuelle prévue par le législateur n'aurait aucun sens.

Il en va tout autrement si on attache à l'ordre des créanciers un caractère privé. Le droit du créancier étant d'intérêt privé, ce dernier peut valablement renoncer à ses droits et donc à son rang dans l'ordre de répartition des deniers. Il peut même renoncer à sa sûreté. C'est bien l'option du législateur OHADA. En tout état de cause, l'accord écrit de répartition consensuelle doit être remis au dépositaire des fonds qui dispose alors d'un délai de quinze jours, à compter de la réception de cet accord pour désintéresser les créanciers. Cette formule a l'avantage d'éviter de retarder le moment de la satisfaction concrète des créanciers, d'éviter d'exposer les frais supplémentaires pour une procédure déjà longue, complexe et onéreuse. Le législateur OHADA a une fois de plus marqué ici son souci de célérité et de diligence dans le traitement des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Le délai de 15 jours prévu pour désintéresser les créanciers et reverser s'il y a lieu le solde au débiteur participe de ce souci. Le non-respect de ce délai par le dépositaire emporte production des intérêts au taux légal à la charge du dépositaire.

145. La question s'est posée de savoir si les créanciers étaient tenus de tenter la répartition consensuelle. En d'autres termes, le respect de la phase de répartition consensuelle est-il impératif ? Un auteur Camerounais, Alexandre Dieudonné TJOJEN, répondait déjà par la négative en se fondant sur l'article 325 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qui en fait plutôt une faculté et non une obligation lorsqu'il dispose que «... plusieurs créanciers inscrits ou privilégiés, peuvent s'entendre sur la répartition consensuelle du prix de vente... » (*Lire : F. ANOUKAHA et A. D TJOJEN, in les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, coll. droit uniforme, 1999, P. 64*). La jurisprudence a repris cette solution lorsqu'elle décide que les créanciers ne sont pas tenus de tenter la conciliation avant de saisir le Président en vue de l'établissement de l'ordre judiciaire, la seule exigence prévue étant de respecter le délai d'un mois qui a comme point de départ le jour du versement du prix de vente. (*En ce sens : Tribunal Régional hors classe de DAKAR, jugement N° 319 du 15 mars 2001, Lobath fall c/SGBC*). La jurisprudence tire cependant le fondement de son analyse non sur l'article 325, mais sur l'article 326 qui dispose que « si, dans un délai d'un mois qui suit le versement du prix de la vente par l'adjudicataire, les créanciers n'ont pu parvenir à un accord unanime, le plus diligent d'entre eux saisit le Président de la juridiction du lieu de la vente ou le magistrat délégué par lui afin de l'entendre statuer sur la répartition du prix ».

Ce texte suscite un petit commentaire permettant

d'apprécier la pertinence de la motivation du Tribunal régional hors classe de DAKAR ci-dessus. À l'analyse, l'article 326 semble subordonner la saisine du Président de la Juridiction à la fois à une condition de délai et à l'échec d'une tentative d'accord unanime. S'agissant du délai, ce que le législateur interdit, c'est la saisine du président de la juridiction compétente avant l'expiration du délai d'un mois à compter du versement du prix de la vente par l'adjudicataire. Même si aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect de ce délai, l'action prématurée devrait être sanctionnée d'une irrecevabilité en l'état.

S'agissant de la condition tirée de l'échec de la tentative d'accord unanime, on peut l'envisager sous un double aspect. Il est possible qu'après le versement des fonds par l'adjudicataire, aucun des créanciers n'ait pris initiative de tenter avec les autres une répartition consensuelle dans le délai d'un mois prévu à cet effet. Il est aussi possible qu'une tentative ait eu lieu dans le délai imparti, mais qu'elle se soit soldée par un échec.

L'article 326 semble plutôt épouser ce deuxième cas de figure, ce qui exclurait la première possibilité évoquée. À s'en tenir à ce texte, la tentative de répartition consensuelle serait une étape préalable obligatoire. Pour avoir son sens exact, il importe de la combiner avec les dispositions de l'article 325 qui indiquent que les créanciers peuvent s'entendre sur une répartition consensuelle pour comprendre qu'il s'agit plutôt d'une faculté et non d'une obligation. Dans cette optique, on comprend aisément que les créanciers peuvent ne pas y recouvrir du tout sans que leur action, à l'expiration du délai d'un mois, soit pour autant viciée.

Les créanciers disposent donc d'un délai d'un mois à compter du versement du prix pour s'entendre s'il y a lieu et procéder à la répartition consensuelle. Passé ce délai ; la justice doit être saisie pour y suppléer.

§2 - Distribution par voie de justice

146. Les questions à résoudre ici sont relatives au délai de saisine du juge (A), à l'instance (B) et aux voies de recours (C).

A - Délai de saisine de la juridiction compétente

147. L'acte uniforme sur ce point légifère par exception. Il ne fixe que le délai d'inaction et non le délai d'action. Ce délai est d'un mois à compter de la date du versement des fonds par l'adjudicataire. Le créancier le plus diligent, dit l'acte uniforme, saisit le Président de la Juridiction compétente afin de l'entendre statuer sur la répartition du prix. Une chose est sûre, le législateur uniforme n'a pas entendu ranger l'action en répartition judiciaire du prix au rang des actions imprescriptibles. L'esprit se dégage lorsqu'il parle de « créancier diligent ». Il s'agit du créancier qui urge à rentrer effectivement dans

ses droits. Même s'il est exact qu'aucun délai concret ne colle à la notion de diligence employée par le législateur, il faut dire que le délai ne devrait pas dépasser celui prévu pour le recouvrement des créances, c'est-à-dire trente (30) ans. C'est le délai de droit commun.

À l'exception du délai de saisine du Président de la Juridiction compétente, d'autres questions de forme ont particulièrement retenu l'attention du législateur et, entre autres, la procédure proprement dite de la répartition judiciaire du prix.

B - Instance en répartition du prix

148. Elle est liée par un acte de saisine (I) qui suscite la tenue d'une audience (II) et débouche sur une décision de justice (III).

I - Conditions relatives à l'acte de saisine

149. Le législateur OHADA attache du prix au contenu de l'acte saisissant la justice. Sans le déterminer exactement, l'exigence en ce qui concerne le contenu de l'acte porte sur la date de l'audience et sur la sommation qui doit être faite aux créanciers de produire. La sommation dont il est question doit, poursuit le législateur, reproduire les dispositions de l'article 330 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement des créances. L'acte de saisine doit également être signifié au saisi.

On peut s'interroger sur la nature de l'acte de saisine. Le législateur uniforme n'en parle pas du tout. S'agit-il d'une assignation contenant sommation ? d'une requête au pied de laquelle sera rendue une ordonnance fixant la date de l'audience ? Dans cette deuxième hypothèse, l'ordonnance devra être signifiée par exploit indiquant la date de l'audience et contenant sommation. La question n'est cependant pas évacuée. Quelle sera la nature de cet exploit ? S'agira-t-il d'une simple notification d'ordonnance contenant date d'audience et sommation de produire ? Quoi qu'il en soit, on ne peut, tant que la Cour Commune de justice et d'arbitrage n'a pas pris position, que spéculer. Le vide juridique est patent et chaque plaideur ira certainement suivant ses convictions. L'essentiel reste cependant de respecter les exigences légales quant au contenu de l'acte de saisine.

Le Tribunal Régional hors classe de Dakar dans l'affaire opposant SFE EX-SOGECA à ARIAL FAGEAS SY aurait eu l'occasion de prendre position s'il s'était agi d'une véritable action en distribution du prix. En effet, alors que la procédure tendant à l'expropriation de l'immeuble n'avait pas encore abouti, la SFE. Ex-SOGECA a par le biais d'un huissier de Justice fait sommation à la BICIS, partie poursuivante, au Greffier en Chef du Tribunal Régional de DAKAR et à dame Geneviève ARIAL FARGEAS SY de ne pas se dessaisir du prix de vente de l'immeuble appartenant à cette dernière en indiquant

que le Tribunal sera saisi ultérieurement conformément à l'article 325 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Cet exploit enrôlé plus tard a connu une décision d'irrecevabilité suivant ordonnance de distribution de prix N° 0318 du 15 Mars 2001.

Devrait-il s'agir d'irrecevabilité comme l'a décidé le Président du Tribunal hors classe de DAKAR ? Il ressort des données de l'espèce que non seulement aucune date d'audience n'était indiquée mais en plus que la sommation ne reproduisait pas les dispositions de l'article 330 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement OHADA. On comprend aisément que dans ces conditions les créanciers qui n'étaient d'ailleurs pas au courant ne pouvaient pas produire et encore moins déposer des dire. À défaut de date d'audience dans l'acte d'huissier qui se réduisait en une sommation par ailleurs, c'est surtout la régularité de la procédure qui était mise en cause. Un tel exploit ne pouvant tenir lieu d'acte de saisine, le Président du Tribunal hors classe de DAKAR aurait dû à notre avis se déclarer plutôt mal saisi et renvoyer le demandeur à mieux de pourvoir.

D'autres questions intéressent l'audience de répartition du prix proprement dite.

II - Audience de répartition du prix

150. Les parties au procès sont connues : le ou les créanciers diligent(s), demandeurs à l'instance d'une part ; les autres créanciers et le saisi à qui l'acte de saisine est signifié, défendeurs à l'instance d'autre part.

La juridiction compétente est également connue : il s'agit du Président de la Juridiction du lieu de la vente ou le magistrat délégué par lui. En matière des procédures collectives d'apurement du passif, la compétence revient au juge-commissaire (article 164 de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif OHADA). De cette désignation, découle une certitude sur la nature de la décision à intervenir. Il s'agit d'une ordonnance contentieuse et non d'un jugement. Le décor est donc planté.

La première interrogation ici est celle de savoir s'il s'agit d'une audience éventuelle ou d'une audience impérative. La répartition consensuelle n'ayant pas pu avoir lieu, cette audience doit absolument se tenir même en l'absence de production des autres parties au procès. Le législateur va plus loin et précise que l'audience ne peut avoir lieu moins de 40 jours après la dernière signification.

Avant cette audience, les créanciers doivent effectuer leurs productions au greffe. Ils disposent dans ce cas d'un délai de vingt jours francs à compter de la sommation. Le non-respect de ce délai emporte déchéance contre les créanciers qui n'ont pas produit.

Le législateur précise qu'il s'agit d'une déchéance de plein droit. Ce délai ne concerne cependant que les

productions, qui consistent pour le créancier à indiquer le rang auquel il entend être colloqué. Il devra à cet effet communiquer ses pièces justificatives.

Les dire en revanche obéissent à un délai particulier marqué par sa brièveté. Le délai de dépôt est de cinq jours francs au plus tard avant l'audience. Le législateur uniforme n'indique aucune sanction en cas de non-respect du délai de cinq jours prévu pour le dépôt des dire. Sous réserve de l'éclairage de la CCJA, l'esprit est cependant celui de la déchéance comme c'est le cas pour l'absence de production du créancier inscrit.

Le législateur uniforme est très attaché au principe du contradictoire, manifestation concrète de l'égalité des armes. À ce sujet, il impose la communication aux autres parties des dire dans le but de susciter leurs observations afin de permettre que la décision à intervenir soit la résultante d'un débat contradictoire (art 331 AUVE). L'absence de communication des dire peut justifier une remise de l'audience de répartition du prix pour cause grave.

Saisie, la juridiction compétente doit nécessairement statuer.

III - Décision au cours de l'instance en répartition du prix

151. L'instance en répartition du prix peut faire l'objet d'une remise. En effet, aux termes de l'article 332 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution, la juridiction compétente peut, pour causes graves et dûment justifiées, accorder une remise de la réparation et fixer le jour de la nouvelle audience. Cette remise n'est cependant pas de droit. Demandée, elle peut être refusée en l'absence de cause grave justifiée.

Le législateur OHADA est assez rigoureux sur le régime du recours dont peut faire l'objet la décision accordant ou rejetant une demande de remise. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours. Cette disposition tire son efficacité de ce qu'elle empêche toute velléité de dilatoire à laquelle sont habitués les plaideurs peu sérieux et dont le souci est de porter entorse à la mise en œuvre rigoureuse de l'esprit de la loi. En effet, si le législateur a indiqué des délais d'ailleurs brefs de règlement des sommes au créancier et s'il y a lieu, du solde, au saisi, il n'a non plus voulu, pour rester dans la même logique, qu'en cas de pluralité de créanciers et à défaut d'accord amiable, que certains créanciers se permettent d'initier des recours dilatoires contre certaines décisions dont celle de remise ou de rejet de la demande de remise de l'audience de répartition.

Il en va tout autrement lorsque la juridiction saisie vide sa saisine sur l'instance en répartition du prix.

IV - Décision sur la répartition du prix

152. Rendue par le président du Tribunal ou le juge-

commissaire, il s'agit nécessairement d'une ordonnance. Elle porte sur la répartition du prix entre les différents créanciers. Il faut noter qu'il s'agit bien d'une décision de répartition du prix même si par inadvertance ou par ignorance on peut parvenir à la qualifier de décision de distribution du prix.

En effet, la distribution traduit l'exécution concrète de la répartition opérée par le juge. Il revient au dépositaire des fonds (*Greffier ou Notaire*) de le faire.

On comprend alors pourquoi quand bien même le titre IX de l'acte uniforme OHADA sur les procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution parle de « distribution du prix », toutes les dispositions formant ce titre ne parlent que de la répartition du prix. Cette distinction fondamentale permet de conclure que le juge n'est là que pour le dire le droit, l'exécution relevant d'un autre organe.

L'esprit restrictif du législateur quant à l'admissibilité des voies de recours est davantage mis en relief. Certes, la voie d'appel est ouverte contre la décision statuant au fond sur la répartition du prix, mais non seulement ce délai est assez bref (15 jours à compter de la signification), mais en plus, précise le législateur, cet appel n'est recevable que si le montant de la somme contestée est supérieur au taux des décisions judiciaires rendues en dernier ressort. Même si la discussion sur le « taux des décisions judiciaires rendues en dernier ressort » ne manquera pas d'alimenter la littérature juridique et judiciaire ; dès lors que le taux n'est toujours pas dans les États parties un critère permettant de distinguer les décisions rendues en dernier ressort de celles qui ne le sont pas, il reste tout au moins que l'esprit du législateur est celui de la restriction des voies de recours en cette matière.

Plus intéressante pour les créanciers et parfois même pour le débiteur qui se verra restitué, s'il y a lieu, le solde du prix, est la distribution proprement dite.

Section 2. Rang dans la distribution du prix

153. Il est réglé par l'acte uniforme OHADA portant Organisation des sûretés. C'est bien ce que rappelle l'article 224 de l'acte uniforme sur les sûretés lorsqu'il dispose que « la procédure de distribution du prix sur saisie est fixée par les règles régissant les voies d'exécution sous réserves des dispositions qui suivent concernant l'ordre de distribution ». Il faudrait cependant la compléter avec les dispositions de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif.

La distribution des deniers et le classement des sûretés font partie du titre IV du nouvel acte uniforme sur les sûretés. L'acte uniforme nouvellement adopté n'innove en rien sur la question par rapport à celui du 17 Avril 1997. Il distingue selon que la distribution est consécutive à une vente sur saisie d'immeuble (article 225) ou de meuble (article 226).

Notre étude étant spécifique à la saisie immobilière, nous allons nous y consacrer uniquement. Aussi convient-il de distinguer selon que le bien immeuble

saisi et vendu a appartenu à un débiteur in bonis (§1) ou si la réalisation de mesures d'exécution a concerné un débiteur en cessation des paiements (§2).

§1 - Immeuble appartenant à un débiteur in bonis

154. L'article 225 de l'acte uniforme sur les sûretés détermine l'ordre de répartition en six (6) rangs et par ordre de préséance.

- Au premier rang, viennent les créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix. Il s'agit ici des frais dus à l'huissier chargé de diligenter divers actes, des frais de greffe ; en tout cas des frais déboursés jusqu'à la distribution du prix s'il y a lieu. Il faut inclure dans ces frais ceux de renouvellement des inscriptions d'hypothèque conventionnelle, ceux de l'obtention de l'hypothèque judiciaire préalable à la mise en œuvre de la saisie immobilière, ceux de levée de divers certificats auprès de la conservation foncière, ceux de publicité de la vente dans le journal d'annonces légales, etc... Tous ces frais sont prélevés du prix de la vente de l'immeuble pour lequel ils ont été nécessairement exposés. Il est bien juste que celui qui a supporté les frais tendant au recouvrement d'une créance soit prioritairement restauré dans ses droits. Dans la pratique, c'est le créancier initiateur de la procédure qui les expose généralement.

Plusieurs autres créanciers peuvent aussi avoir intérêt à ce que l'immeuble de leur débiteur commun soit saisi et vendu. Ils peuvent à l'occasion avoir aussi avancé les frais. Parfois même, ces frais peuvent provenir de la subrogation dans les poursuites du fait de la négligence d'un créancier originaire dans l'accomplissement de divers actes de procédures tendant à l'expropriation de l'immeuble convoité. Tous ces créanciers seront prioritairement remboursés sur le prix de la vente de l'immeuble.

Bien que théorique, le législateur n'a pas perdu de vue que le prix de l'adjudication de l'immeuble peut être insuffisant pour désintéresser les créanciers ayant déboursé les frais pour parvenir à la réalisation de l'immeuble. Parce qu'ils viennent en rang égal, ces créanciers concourent dans ce cas à la distribution dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc. (Article 225 in fine de l'acte uniforme sur les sûretés).

Il faut soigneusement noter que le législateur parle de frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu. Cela exclut les frais de poursuites des articles 280 et 292 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Ces frais que le législateur distingue en frais ordinaires de poursuite et en frais extraordinaire de poursuites sont payés par l'adjudicataire, fut-il le créancier poursuivant. La deuxième particularité de ces frais réside en ce qu'ils sont payés en sus du prix de l'adjudication sauf, et l'exception ne vaut que pour les frais de poursuites extraordinaires, s'il a été ordonné que ceux-ci soient prélevés sur le prix de l'adjudication

(article 292). La troisième particularité de ces frais de poursuites réside en ce qu'ils doivent être taxés par la juridiction compétente avant l'ouverture des enchères (article 280).

En vérité, les frais de poursuite représentent les émoluments dus à l'avocat du créancier poursuivant au titre de la postulation pour la préparation du cahier des charges et l'accomplissement de diverses formalités tendant à l'expropriation de l'immeuble. Ils ne se confondent pas avec les honoraires de plaidoirie également dus à l'avocat aussi bien à l'occasion de la réquisition de la vente à l'audience des criées que pour ses interventions écrites ou orales à l'audience éventuelle. Le cumul des émoluments et des honoraires n'est que la conséquence pour l'avocat du créancier poursuivant de son cumul de ses attributions classiques et de celle qui normalement ressortissaient de la compétence de l'avoué, la postulation.

155. -Au deuxième rang, viennent les créanciers de salaires superprivilégiés. Le législateur OHADA est soucieux de la vie des ménages. La saisie et la vente de l'immeuble de l'employeur peuvent avoir des conséquences sérieuses sur la survie des employés de ce dernier accusant des arriérés de salaires. Il n'est pas exclu que cela conduise à la cessation des paiements.

Dans son souci de protection des ménages, le législateur a prévu pour les employés du débiteur saisi que la partie insaisissable ou incessible de leurs salaires soit payé juste après que les frais de justice aient été remboursés. C'est bien sur cette partie insaisissable ou incessible du salaire que s'exerce le superprivilège du salaire. Pour l'instant, les législations nationales des États parties déterminent la quotité y relative.

Il faut indiquer pour le préciser que, comme pour les créanciers des frais de justice, si le prix d'adjudication se révèle insuffisant pour désintéresser l'ensemble des créanciers de salaires superprivilégiés, ceux-ci viendront en concours dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc.

156. -Au troisième rang, viennent les créanciers titulaires d'une hypothèque conventionnelle ou forcée et les créanciers séparatistes inscrites dans le délai légal, chacun selon le rang de son inscription au registre de la publicité immobilière. La qualité de créancier hypothécaire, qu'il soit conventionnel ou forcé n'emporte pas de commentaire spécifique. En revanche, celle de créancier séparatiste mérite d'être bien comprise. On le devient lorsqu'au décès du débiteur, le créancier obtient de la justice que les biens de ce dernier soient séparés de ceux des héritiers qui risquent de les dilapider et de rendre hypothétique le recouvrement de la créance. Ce privilège du créancier doit être inscrit dans les livres fonciers pour lui conférer le même rang que celui du créancier hypothécaire inscrit. L'action en séparation des patrimoines est régie par les dispositions nationales sur le droit patrimonial de la famille et spécifiquement sur le droit des successions.

Aucun concours n'est envisagé ici. La date de l'inscription confère le rang du créancier.

157. -Au quatrième rang, viennent les créanciers munis d'un privilège général soumis à publicité chacun selon le rang de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier. Comme dans l'hypothèse précédente, c'est la date de l'inscription qui confère ici l'ordre de règlement. Les mêmes observations peuvent être transposées ici *mutandis mutandis*.

Au cinquième rang, viennent les créanciers munis d'un privilège général non soumis à publicité. Il s'agit notamment :

- Des frais d'inhumation, les frais de dernière maladie du débiteur ayant précédé la saisie des biens.
- Des fournitures de subsistance faites au débiteur pendant la dernière année ayant précédé son décès, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective.
- Des sommes dues aux travailleurs et apprentis pour exécution et résiliation de leur contrat durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective.
- Les sommes dues aux auteurs d'œuvres intellectuelles, littéraires et artistiques pour les trois dernières années ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;
- Des sommes dues aux organismes de sécurité et de prévoyance sociales, dans la limite de la somme fixée légalement pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires ;
- Des sommes dont le débiteur est redevable au titre des créances fiscales et douanières, dans la limite de la somme fixée légalement pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires ;

Il faut préciser que comme pour les créanciers de frais de justice et de salaire superprivilégié, tous ces créanciers viendront en concours dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc, en cas d'insuffisance de deniers.

- Au sixième et dernier rang, viennent les créanciers chirographaires munis d'un titre exécutoire lorsqu'ils sont intervenus par voie de saisie ou d'opposition à la procédure. En cas d'insuffisance de deniers, ceux-ci viendront en concours dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc.

La distribution du prix lorsque le débiteur est en cessation des paiements présente quelques originalités.

§2 - Spécificités de la distribution du prix lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements

158. On doit nécessairement glisser d'un acte uni-

forme à un autre pour découvrir la particularité. Elle ressort de l'article 166 de l'acte uniforme OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif. S'agissant d'une étude spécifique à la saisie immobilière, seul ce texte nous intéressera à l'exclusion de l'article 167 du même acte uniforme qui concerne la distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles.

À la lecture de l'article 166 ci-dessus, on s'aperçoit que l'ordre de distribution, à une seule exception près, est identique à l'ordre fixé pour le débiteur in bonis. L'exception, c'est l'insertion au rang des créanciers de la masse qui viennent juste après les créanciers hypothécaires et séparatistes inscrits dans le délai légal. Il s'agit ici des créances nées, après la décision d'ouverture de la procédure collective d'apurement du passif, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic. On parle alors de créances contre la masse ; les titulaires de ces créances étant des créanciers de la masse. Il est normal en effet que ceux qui ont consenti des crédits au profit du débiteur en cessation des paiements après l'ouverture de la procédure puissent avoir rang utile lors de la distribution du prix.

Conclusion générale

159. L'acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution consacre une véritable révolution spatio-temporelle. Celle-ci se traduit s'agissant précisément de la saisie immobilière par la refonte dont elle a fait l'objet et qui a le mérite de s'appliquer dans les États membres sans aucune réserve depuis son entrée en vigueur. On ne peut dans ces conditions que se féliciter de l'œuvre du législateur de l'OHADA qui a ainsi mis à la disposition des praticiens et enseignants de droit, ainsi que de tout juriste et curieux de la chose juridique un seul et même outil de travail pour tous les pays membres.

Au-delà de la célérité qui nous semble être son credo dans le règlement des incidents de la saisie immobilière, l'acte uniforme institue pour la première fois dans la

plupart des pays membres une audience éventuelle se tenant dans certaines conditions et au cours de laquelle sont débattus et tranchés les incidents de la saisie immobilière. Il en est de même de la publicité qui doit être faite non seulement dans un journal d'annonces légales mais aussi par voie d'apposition des placards et même de la possibilité d'accroître ou de restreindre celle-ci qu'institue le législateur OHADA contrairement à la plupart des législations internes qu'il abroge à l'occasion.

Tout comme le cahier des charges est désormais rédigé et signé par l'avocat du poursuivant, le législateur OHADA eu le mérite de s'être consacré au régime des nullités pour éviter toute disparité dans l'application. Les particularités sont bien plus nombreuses.

Sur le plan de la compétence, l'acte uniforme s'agissant de la présente étude est assez prudent. Il se contente à tous les coups de parler de la juridiction compétente laissant le soin à chacun des États parties de faire jouer l'organisation judiciaire interne. On ne peut encore que s'en féliciter et interpellier les législateurs internes respectifs à repenser, si besoin est, leurs textes organiques pour s'adapter aux exigences de l'OHADA.

Il reste cependant que si le législateur communautaire a répondu à beaucoup de points d'ombre, il a fait aveuglément confiance aux juges d'instance sans s'interroger outre mesure sur leur environnement sociopolitique et leur degré d'intégrité et d'aptitude juridique.

Le législateur de l'OHADA en se contentant donc de réglementer la procédure de sursis à exécution uniquement pour les décisions rendues par la cour commune de justice et d'Arbitrage, régulatrice au demeurant du droit, accorderait-il par-là même plus de crédit aux décisions d'instances ?

La présente recette faite d'un exposé théorique et pratique illustrés est une contribution à la compréhension de la matière. Elle intègre différentes disciplines de droit privé rendant la matière délicate et complexe.

Notre souhait est que l'utilisateur en tire vraiment son compte, émette s'il y a lieu des réserves, afin de faire évoluer la science.

Paul-Gérard POUGOUÉ
Fidèle TEPEI KOLLOKO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Acte notarié 30, 73,
Adjudication 56, 69, 76, 78, 80, 82,
87, 105, 113, 114, 134, 136, 139
Agent d'exécution 36

Assignation 117, 149

Audience éventuelle 48, 58, 150, 159
AUVE 9, 25, 36, 38, 104, 150

B

Bénéfice de discussion 15, 19

C

Caducité 118, 132

Cahier des charges 2, 8, 27, 37, 42, 52, 53, 54, 55, 58, 59, 66, 71, 73, 78, 80, 82, 85, 87, 102, 103, 105, 106, 108, 109, 110, 112, 118, 119, 120, 154, 159

Commandement 1, 2, 7, 8, 10, 15, 18, 27, 28, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 57, 59, 61, 64, 67, 71, 92, 93, 94, 100, 102, 103, 117, 118, 132, 139

Compétence 2, 51, 59, 60, 63, 71, 98, 111, 133, 135, 136, 137, 138, 140, 149, 150, 154, 159

Concours 7, 14, 16, 27, 80, 90, 91, 155, 157

Conservateur 7, 18, 32, 38, 43, 47, 48, 49, 50, 53, 85, 92, 94, 95, 98, 99

Conservation foncière 7, 8, 18, 33, 36, 47, 48, 49, 50, 54, 85, 92, 93, 94, 98, 106, 154

Contentieux 62, 84, 97, 129, 133, 134, 136, 137, 138, 139

Créance (s) 1, 2, 5, 7, 10, 13, 16, 18, 25, 27, 29, 32, 40, 43, 46, 48, 56, 58, 59, 64, 71, 85, 101, 123, 143, 147, 149, 151, 154, 156, 157, 158

Créancier (s) 1, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 16, 19, 21, 27, 31, 32, 36, 40, 41, 46, 49, 53, 56, 65, 71, 74, 75, 77, 80, 90, 91, 93, 95, 97, 98, 99, 101, 107, 112, 117, 118, 133, 135, 136, 140, 142, 143, 144, 145, 147, 149, 150, 151, 154, 155, 156, 157, 158

Créancier chirographaire 7, 8, 9

Créancier poursuivant 7, 8, 10, 15, 27, 31, 33, 36, 37, 41, 44, 46, 47, 49, 50, 53, 56, 59, 66, 68, 71, 74, 76, 77, 80, 117, 118, 136, 154

D

Débiteur (s) 1, 7, 10, 17, 21, 27, 28, 34, 36, 38, 39, 41, 42, 44, 48, 49, 54, 56, 59, 71, 86, 91, 92, 94, 95, 97, 101, 112, 135, 140, 143, 144, 153, 155, 157, 158

Défenses à exécution 135

Dénonciation 27, 80, 94

Dette (s) 11, 12, 13, 16, 19, 27, 36, 44, 100, 123

Dires et observations 2, 9, 14, 15, 18, 27, 28, 31, 32, 53, 57, 65, 66, 72, 103, 117, 119, 132, 134, 136

Discussion 15, 17, 19, 152

Distribution du prix 3, 140, 141, 149, 152, 153, 157, 158

Droit de préférence 7

E

Enchère 53, 55, 56, 72, 76, 85, 105, 106, 108, 109, 110, 112, 114

Exécution provisoire 30, 32, 135, 157

F

Folle enchère 53, 55, 56, 85, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 114

H

Hypothèque 2, 7, 9, 15, 18, 19, 40, 46, 58, 64, 75, 85, 86, 154, 156

I

Immeuble hypothéqué 9, 16, 19, 27, 44, 45

Immeuble saisi 8, 14, 53, 54, 85, 86, 100, 136, 140, 153

Inscription 7, 18, 43, 54, 85, 86, 100, 136, 140, 153

Insolvabilité 7, 19, 133

J

Juge compétent 111

Juge des référés 64, 67

Juge du fond 75

Jugement d'adjudication 32, 53, 72, 74, 75, 83, 84, 86, 105, 108, 114

Jugement d'ouverture 17, 40

L

Liquidation 2, 7, 14, 16, 17, 27, 28, 32, 40, 41, 43, 73

Livre foncier 18, 33, 37, 43, 47, 48, 49, 54

M

Main levée 27, 28, 48, 100, 103, 139

Ministère public 17, 57, 60, 61

Mise en demeure 27, 28, 47, 98

O

OHADA 1, 2, 3, 9, 12, 15, 17, 24, 28, 32, 37, 40, 42, 46, 53, 58, 75, 84, 95, 99, 111, 121, 123, 125, 126, 127, 129, 132, 134, 135, 137, 138, 140, 144, 149, 151, 152, 153, 155, 158, 159

Opposition 127

P

Paiement 1, 7, 9, 13, 23, 27, 35, 47, 53, 74, 85, 118

Péremption 43, 47

Président de la juridiction 33, 50, 57, 64, 71, 74, 111, 125, 133, 145, 147, 150

Président du tribunal 2, 33, 50, 61, 64, 68, 111, 119, 137, 149, 152

Privilège (s) 18, 42, 72, 85, 86, 155, 156, 157

Procédure de recouvrement 2, 27

Procès-verbal 30, 36, 43, 48, 54, 57, 67, 75, 78, 79, 84, 104, 113, 117

Purge 18, 19, 85, 86

R

Renouvellement 27, 154

S

Saisie conservatoire 1, 64, 133, 137, 138

Surenchère 69, 75, 78, 79, 80, 81, 82, 86, 87

T

Tierce opposition 84, 126, 127, 128

Tiers détenteur 7, 11, 18, 19, 34, 36, 37, 44, 46, 47, 100

Titre exécutoire 1, 7, 10, 12, 13, 27, 30, 31, 32, 36, 47, 99, 133, 135, 157

Titre foncier 8, 14, 32, 33, 36, 38, 43, 45, 50, 55, 67, 72, 77, 79, 85, 93, 100

SAISIE-APPRÉHENSION

Table des matières

Introduction n° 1

Section 1 - Saisie-appréhension :

mesure d'exécution forcée n° 2-21

§1 - Droit au recours à la saisie-appréhension n° 3-9

A - Titre exécutoire n° 4-8

B - Nature du bien n° 9

§2 - Obstacles au droit à l'exécution

de la saisie-appréhension n° 10-21

A - Immunité d'exécution n° 11-15

B - Insaisissabilité n° 16-18

C - Ouverture d'une procédure collective
d'apurement du passif n° 19-20

D - Délai de grâce n° 21

Section 2 - Saisie-appréhension : procédure d'exécution 22-60

§1 - Appréhension du meuble n° 23-55

A - Opération d'appréhension face au double
souci d'efficacité et du respect de la vie privée
n° 24-46

I - Souci du respect de la vie privée n° 25-35

II - Souci d'efficacité de l'opération
d'exécution n° 36-47

B - Opération d'appréhension face à l'incidence
de la qualité de la personne détentrice
du meuble litigieux n° 48-55

I - Appréhension entre les mains du débiteur

n° 49-52

a - Débiteur présent : appréhension sans
commandement préalable n° 52

b - Débiteur non présent : appréhension
avec commandement préalable n° 50-51

II - Appréhension du meuble entre les mains
d'un tiers 53-55

§2 - Diligences complémentaires : sort final du bien
appréhendé n° 56-60

A - Diligences de fait n° 57

B - Diligences de droit n° 58-60

I - Restitution du bien appréhendé au légitime
propriétaire n° 59

II - Remise du bien appréhendé au créancier
gagiste n° 60

Bibliographie

- F. ANOUKAHA et A.D. TJOUEEN, Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécutions en OHADA, Yaoundé, PUA, 1999.
- M. SOH, « Insaisissabilité et immunité d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes », *juridis Périodique* n° 51, 2002, pp. 89-96.
- A.D. WANDJI KAMGA, Le droit à l'exécution forcée, réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français, thèse, Université de Yaoundé II et de Limoges, 2009.

1. Le créancier d'une obligation de délivrer ou de restituer un meuble corporel dispose désormais d'une voie d'exécution appropriée pour obtenir l'exécution en nature de sa créance ; c'est l'objet de la saisie-appréhension. C'est une innovation majeure du droit communautaire OHADA au regard d'énormes services attendus de cette voie d'exécution. Comment s'y prenait le propriétaire, le prêteur ou le déposant qui réclamait en vain son bien ? Comment s'y prenait le créancier gagiste pour récupérer le bien gagé lorsque le débiteur était défaillant ? Par le passé, aucune mesure d'exécution forcée permettant d'obtenir l'exécution en nature d'une telle obligation n'existait. L'article 1142 du code civil indique d'ailleurs que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommage et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Certes, les dommages et intérêts peuvent être exécutés au moyen de la contrainte. La doctrine relève d'une part qu'« il n'est pas sûr que le débiteur exécute ses nouvelles

obligations » (A.D. Wandji Kamga, *Le droit à l'exécution forcée, Réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français, Thèse, Université de Yaoundé II et de Limoges, 2009, pp 350*), d'autre part que le créancier n'obtient pas « la satisfaction escomptée dès lors que le débiteur exécute une obligation différente de celle initiale » (*ibid*). Il faut savoir que le créancier d'une obligation de restituer ou de livrer un bien ne peut être satisfait que par la remise en nature dudit bien. Le besoin d'une législation appropriée était d'autant plus pressant que les justiciables, dans le désarroi, avaient développé des pratiques contestables. Désormais c'est chose faite, le vide juridique est comblé avec l'avènement de la saisie-appréhension qui offre désormais un cadre normalisé, remédiant ainsi aux abus que ce vide juridique avait suscités.

La saisie-appréhension est une mesure d'exécution forcée. Elle suppose le recours à la contrainte, une mesure grave à laquelle on ne peut recourir qu'à des conditions

strictes. D'éventuels abus sont toujours à redouter lors de sa mise en œuvre. C'est la raison pour laquelle, comme toute mesure d'exécution forcée, elle est rigoureusement encadrée dans une procédure d'exécution.

Section 1 - Saisie-appréhension : mesure d'exécution forcée

2. La saisie-appréhension est une mesure d'exécution forcée. Elle a pour but de contraindre une personne à livrer ou à restituer un meuble corporel. Comme mesure d'exécution forcée, elle est soumise à un régime juridique strict. Le droit au recours à cette voie d'exécution forcée n'est ouvert au créancier qu'à des conditions précises. Mais ce droit peut aussi être mis à néant par des circonstances qui traditionnellement font obstacle à toutes poursuites aux fins d'exécution forcée.

§1 - Droit au recours à la saisie-appréhension

3. Le créancier qui voudrait recourir à la saisie-appréhension doit être titulaire d'un titre exécutoire. C'est la condition fondamentale. C'est ce titre qui autorise et légitime le recours à la contrainte pour récupérer le meuble litigieux. La nature du meuble, quant à elle, circonscrit le champ d'application de la saisie-appréhension en dehors duquel cette saisie n'est pas possible.

A - Titre exécutoire

4. L'exigence d'un titre exécutoire est expressément formulée à l'article 218 AUVE, aux termes duquel, « *les biens meubles corporels qui doivent être délivrés ou restitués ne peuvent être appréhendés qu'en vertu d'un titre exécutoire* ». On définit le titre exécutoire comme un écrit délivré au nom du Souverain par des autorités habilitées à cette fin (juge, notaire, administration publique etc.), qui donne pouvoir à son titulaire de procéder à l'exécution forcée du droit que constate ce titre. En fait, le titre exécutoire est la copie de l'acte constatant de manière authentique un droit, laquelle copie est revêtue d'une mention dite « *formule exécutoire* ». C'est cette formule exécutoire qui certifie le caractère exécutoire de la copie de l'acte.

Aucune voie d'exécution forcée ne peut être entreprise sans un titre exécutoire qui en constitue le fondement légal et légitime. Seul le Souverain peut, en effet, autoriser l'usage de la contrainte. La saisie-appréhension est une mesure d'exécution forcée, et à ce titre, elle ne peut être engagée que sur la base d'un titre exécutoire. L'on ne saurait admettre qu'une personne, fût-elle créancière, procédât, de sa propre autorité sans un titre qui le légitime,

à l'enlèvement forcé d'un bien entre les mains de son détenteur. Ce ne serait qu'une voie de fait caractérisée.

5. Exigence d'un titre exécutoire et parfois source de difficulté. C'est à propos des gages sans dépossession portant sur les véhicules terrestres à moteur apparus avec le développement des crédits à la consommation, que l'exigence d'un titre exécutoire va révéler une difficulté d'ordre pratique. L'acquisition des véhicules automobiles se passe très souvent sur crédit, soit auprès du concessionnaire, soit auprès d'un prêteur qui fournit des deniers à cet effet. Le concessionnaire ou le prêteur se constitue un gage sur ledit véhicule pour garantir le paiement des échéances convenues tout en laissant le véhicule ainsi gagé entre les mains de l'acquéreur. C'est le gage sans dépossession. Si l'acquéreur est défaillant, comment récupérer le véhicule gagé ? Le gage serait vidé de tout son intérêt si le créancier, pour obtenir un titre exécutoire, devait être contraint d'engager une procédure de droit commun, à la fois longue et onéreuse. Telle est la difficulté qui se posait dans ce secteur d'activités. La question se posait avec d'autant plus d'acuité que le contrat de vente à crédit des véhicules automobiles se passait et se passe encore aujourd'hui sous la forme d'acte sous seing privé.

6. Comme il est de coutume en pareille circonstance où une législation est inadaptée aux préoccupations du moment, on assiste à des tripatouillages de cette législation inappropriée. La législation en vigueur était le décret n° 53-966 du 30/9/1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles. L'article 3 al. 3 de ce décret, pour la réalisation du gage automobile, renvoyait à l'article 93 du code de commerce. Le texte de l'article 93 du code de commerce stipulait que huit jours après une sommation infructueuse, le créancier bénéficiaire d'un gage commercial « *peut faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage* ». En application du décret sus-indiqué, l'on avait vu s'instaurer une pratique qui consistait à lever, sur simple requête, une ordonnance dite de prise de possession auprès du président du tribunal de première instance. Cette ordonnance autorisait le créancier gagiste à faire prendre possession du véhicule gagé par un huissier de justice entre les mains de tout détenteur et à le remettre au créancier. C'est ainsi que l'on avait vu s'instaurer la pratique des « *ordonnances de prise de possession* ». La législation en vigueur ne prévoyait aucune mesure pour exécuter cette ordonnance. Le législateur, fidèle à une tradition, rechignait à envisager une mesure d'exécution forcée pour contraindre un débiteur à pourvoir à une obligation de faire. Il craignait, en effet, que la mise en œuvre d'une telle mesure ne portât atteinte à la liberté et à la dignité humaine.

Face à ce vide législatif, les huissiers de justice ont construit de toutes pièces une voie d'exécution sous la dénomination de « *prise de possession* », une mesure d'exécution forcée non réglementée. Sur la base d'une

ordonnance de prise de possession, l'huissier de justice saisissait le véhicule objet du gage, opération qu'il formalisait dans un acte dénommé « *procès-verbal de prise de possession* », qu'il remettait ensuite au créancier, répondant ainsi à la prescription de l'ordonnance. Le créancier gagiste obtenait par la suite une ordonnance du même juge l'autorisant à faire vendre aux enchères publiques ledit véhicule. De par sa démarche unilatérale dépourvue de toute contradiction, cette pratique donnait lieu à des abus.

7. Pourtant, cette disposition de l'article 93 du code de commerce que l'on invoquait volontiers à l'appui de cette pratique ne pouvait, à l'évidence, concerner que le gage avec dépossession. Elle signifiait simplement que tout créancier en possession de son gage pouvait procéder à la réalisation de ce gage sans recourir à l'autorisation d'un juge, moyennant une simple mise en demeure du débiteur demeurée infructueuse huit jours après. Cet article 93 du code de commerce était une création d'une loi du 23/5/1863. Il faut lire l'article 92 de cette loi du 23/5/1863 qui précédait et auquel était intimement lié l'article 93 pour s'en convaincre. L'article 92 ne visait formellement que le gage, « *qui a été mis et est resté en possession du créancier* ». L'économie de cet article 93 résidait dans la dispense d'une autorisation du juge. Et s'il était question d'une requête à adresser au président du tribunal de commerce dans cet article 93 du code de commerce, il s'agissait uniquement d'obtenir la désignation d'un officier public pour procéder à la vente aux enchères. Comment comprendre dès lors que l'on justifie une pratique qui consiste à solliciter l'autorisation du juge dans un texte qui en dispense. Dérogeant ainsi au droit commun de l'exécution, la disposition de l'article 93 du code de commerce apparaissait comme une des manifestations de l'autonomie du droit des sûretés par rapport au droit de l'exécution.

Et justement, aux termes de l'article 56-1 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés relatives à la réalisation du gage, « *faute de paiement à l'échéance, le créancier gagiste muni d'un titre exécutoire peut faire procéder à la vente forcée de la chose gagée, huit jours après une sommation faite au débiteur et, s'il y a lieu, au tiers constituant du gage dans les conditions prévues par les dispositions organisant les voies d'exécution* ». Cette disposition de l'article 56-1 est sujette à la même ambiguïté. Lequel, du gage avec ou sans dépossession, est visé ici ? Encore une fois, les articles qui précèdent permettent de répondre à cette question. Les articles 54 et 55 ne visent que l'hypothèse du gage avec dépossession. L'article 56-1 qui leur emboîte le pas ne peut concerner que ce type de gage. Cet article s'inscrit dans le même souci de simplification de la réalisation du gage avec dépossession. Dans cette perspective, comment comprendre l'exigence d'un titre exécutoire ? Comment comprendre, du reste, que ce soit par voie de sommation que l'on mette en demeure un débiteur de s'exécuter volontairement sous peine d'exécution forcée ? L'ambiguïté de cet article 56-1 se double ainsi d'incohérence. En réalité, cet article 93

du code de commerce n'était invoqué que comme une béquille de circonstance. Et l'on prenait un malin plaisir à lui faire dire ce qu'il n'avait jamais dit. Face à l'incurie d'une législation appropriée, il faisait illusion, il faut le dire, à la grande satisfaction de tout le monde.

8. Le législateur communautaire OHADA a créé la procédure d'injonction de délivrer ou de restituer qui n'est autre chose qu'une procédure d'appréhension sur injonction du juge. La procédure d'injonction de délivrer ou de restituer est une procédure simplifiée destinée à permettre au créancier d'une obligation de délivrer ou de restituer un meuble corporel d'obtenir rapidement un titre exécutoire. L'article 218 al. 1 in fine AUBE relatif à la saisie-appréhension prévoit en effet, que le titre exécutoire nécessaire à l'exécution de la saisie-appréhension peut être constitué, le cas échéant, d'une injonction de la juridiction compétente devenue exécutoire. L'exécution ne peut alors porter que sur les biens de la nature est bien précisée.

B - Nature du bien

9. Aux termes de l'article 218 al 1 AUBE, seuls les biens meubles corporels peuvent être appréhendés. Cette restriction exclut les meubles incorporels et les immeubles par nature, sans aucun doute. Mais, la réponse n'est pas aussi évidente à propos de certains meubles. Quid des immeubles par destination qui sont meubles dans leur nature ? Peut-on envisager une possibilité de restitution à l'égard des biens consommables qui disparaissent au premier usage ? Quid des titres au porteur tels que la monnaie fiduciaire ou les actions au porteur ? L'article 218 al 1 AUBE visant expressément les biens, les documents administratifs tels qu'un titre foncier ou une carte grise en sont-ils exclus ? En réalité, ces choses, étant susceptibles d'appréhension, ne poseraient a priori aucune difficulté quant à l'application de la saisie-appréhension. Elles s'y prêtent parfaitement. Et si un titre exécutoire en ordonne la restitution ou la délivrance, l'huissier de justice n'aura qu'à exécuter par la voie de saisie-appréhension. L'article 218 AUBE ne dit-il pas que les biens meubles corporels susceptibles d'être appréhendés sont ceux qui doivent être délivrés ou restitués ?

L'exécutant qu'est l'huissier de justice exécute le titre tel qu'il est rendu et libellé sans aucun pouvoir d'appréciation. L'appréciation de la possibilité d'appréhender se poserait plutôt au juge dans la phase de l'obtention du titre exécutoire. Ce pouvoir d'appréciation incombe au juge qui, en fonction de la nature de la chose en cause et de la possibilité de l'appréhender, décidera s'il faut enjoindre de délivrer ou de restituer. À cet égard, il faut dire que l'immeuble par destination n'échapperait à la saisie-appréhension que dans la stricte mesure où son affectation à un immeuble subsiste. Dès que cette affectation cesse, le bien recouvre sa nature de bien meuble corporel.

Quant aux choses consommables, l'article 1902 du code civil ouvre la possibilité d'en ordonner la restitution ou la délivrance, préalable nécessaire à l'application de la procédure de saisie-appréhension. En effet, aux termes de cet article, l'emprunteur dans le prêt de consommation doit restituer au terme convenu une chose de même espèce, qualité et quantité. Les titres au porteur ne présentent aucune difficulté quant à l'application de la saisie-appréhension, le droit étant incorporé dans un support matériel pour en faire un bien meuble corporel. Mais tout autre est le problème que posent les titres administratifs tels que le titre foncier ou la carte grise. La procédure de saisie-appréhension autant que celle d'injonction de délivrer ou de restituer parle de "bien" pour circonscrire le champ d'application de ces deux procédures. Or, un document administratif tel que le titre foncier n'est pas un bien. Par principe donc, les documents administratifs ne sauraient faire l'objet d'une procédure de saisie-appréhension. Mais il faut observer qu'en instaurant cette procédure de saisie-appréhension, le législateur OHADA a voulu rendre possible l'exécution en nature d'une obligation de délivrer un meuble corporel, quel qu'il soit. Dans cette optique, il est souhaitable d'étendre la procédure d'injonction de délivrer ou de restituer aux documents administratifs d'autant plus que l'application de la procédure de saisie-appréhension à ces documents ne présente aucune difficulté.

§2 - Obstacles au droit à l'exécution de la saisie-appréhension

10. Le créancier qui engage la saisie-appréhension peut-il se voir opposer l'insaisissabilité du meuble litigieux ? La réponse n'est pas évidente. Le débiteur poursuivi pourrait-il se prévaloir de son immunité ? Sans doute. L'insaisissabilité et l'immunité sont des causes qui traditionnellement font obstacle à toutes procédures d'exécution forcée. Il faut mentionner à côté de ces causes traditionnelles les cas d'ouverture d'une procédure collective et d'octroi d'un délai de grâce qui pourraient également entraver l'exécution de la saisie-appréhension.

A - Immunité d'exécution

11. L'immunité d'exécution se définit comme étant un privilège accordé à titre personnel à un débiteur, lequel se voit ainsi protégé contre toutes mesures d'exécution forcée. L'on pourrait voir dans cette institution immunitaire une dérogation à la règle énoncée à l'article 2093 du code civil suivant laquelle « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers* ». En effet, l'immunité d'exécution signifie simplement une interdiction de saisir, ou plus généralement, d'appliquer toutes voies d'exécution forcée. Seules d'impérieuses raisons tenant à l'ordre public peuvent justifier une telle prérogative. Toutefois, l'application de cette institution

est controversée, tant sur le plan national qu'international. Si le principe de l'immunité d'exécution ne se discute plus, toute la difficulté de la question réside sur l'identification des personnes qui en sont bénéficiaires et à quelles conditions.

12. Aux termes de l'article 30 AUBE « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ». La règle est ainsi posée de manière péremptoire dans un texte de loi. En réalité, c'est une consécration légale qu'apporte la législation communautaire OHADA. L'institution immunitaire reposait jusque-là sur une construction prétorienne s'appuyant sur les principes généraux du droit public. L'idée fondamentale sur laquelle est fondée l'institution de l'immunité d'exécution est que les biens et les deniers publics sont affectés au bon fonctionnement du service public d'intérêt général et ne peuvent être détournés de cette affectation au profit d'intérêts particuliers sans risque de paralyser le fonctionnement de ce service. Le principe de l'immunité n'est plus discuté de nos jours. Cependant la question des personnes qui doivent en bénéficier suscite une vive controverse.

L'article 30 AUBE indique de manière elliptique dans son deuxième alinéa que les personnes bénéficiant de l'immunité d'exécution sont les « *personnes morales de droit public et les entreprises publiques* ». Le législateur communautaire OHADA entend par « *personnes morales de droit public* » l'État et les collectivités territoriales décentralisées, telles les régions et les communes au Cameroun. Il ne fait pas de doute que l'État et les collectivités décentralisées bénéficient de l'immunité d'exécution. Par contre, le cas des entreprises publiques pose problème. L'on en dénombre une multitude de types avec une disparité de statuts. On ne peut donner une solution unique à une situation aussi différenciée. Le degré de commercialité de ces entreprises, qui les rapproche plutôt de la logique du marché, doit être pris en compte. Le niveau de commercialité varie d'une entreprise à l'autre. Si l'on peut admettre que le bénéfice de l'immunité d'exécution est tout à fait justifié à propos des entreprises publiques dites établissements administratifs tels que les hôpitaux et les universités, il est bien contestable pour les entreprises dites d'utilité publique telles que les syndicats et les ordres professionnels. Ces entreprises d'utilité publique remplissent, certes, une mission d'intérêt général, mais elles sont, par définition, des groupements privés. Le bénéfice de l'immunité d'exécution est davantage contestable pour les entreprises publiques à caractère industriel et commercial telles que la Société nationale d'Électricité (sonel), la Cameroon Railway (camrail), la Cameroon Air-Company (camair-co), etc. C'est justement à propos de ces entreprises que la controverse est vive.

13. L'on invoque l'article 30 al. 2 AUBE pour défendre l'immunité d'exécution des entreprises publiques à carac-

tère industriel et commercial. Ce texte stipule : «... les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques quelles qu'en soient la forme ou la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles ». Si l'on voulait voir dans cette disposition une consécration de l'immunité d'exécution des entreprises publiques à caractère industriel et commercial, l'on ne peut s'empêcher de noter la mollesse de l'expression, une expression plutôt rétive, qui dénote une réticence suffisamment marquée. Pourquoi ne pas affirmer simplement et plus nettement que les personnes morales de droit public et les entreprises publiques bénéficient de l'immunité d'exécution ? Pourquoi ce détour via la compensation ? Cet article 30 apparaît comme une concession faite à contre cœur aux États membres de l'OHADA. C'est que cette disposition de l'article 30 rame à contre-courant de l'esprit de la législation communautaire OHADA sur les voies d'exécution forcée. Vu sous cet angle, il est difficile de voir dans cet article 30 AUBE une disposition impérative. Une dérogation au niveau de la législation nationale serait parfaitement concevable et admissible.

Et l'on peut dans cette approche, s'agissant du Cameroun, invoquer à bon escient l'ordonnance n° 95/003 du 17/8/1995 portant statut général des entreprises du secteur public et parapublic. Cette ordonnance distingue trois types d'entreprises publiques : "établissement public administratif", "société à capital public" et "société d'économie mixte". Le législateur national camerounais entend par « société à capital public » ce que nous avons appelé entreprises publiques à caractère industriel et commercial. En indiquant expressément à l'article 50 al. 2 que les établissements publics administratifs n'ont pas la qualité de commerçant, l'ordonnance n° 95/003 du 17/8/1995 susdite affirme implicitement que les sociétés à capital public notamment, c'est-à-dire les entreprises publiques à caractère industriel et commercial, et plus encore les sociétés d'économie mixte, sont des sociétés commerciales. Et le législateur national camerounais en a tiré toutes les conséquences en calquant la gestion de ces entreprises publiques sur le modèle de gestion des sociétés commerciales de droit privé. À propos du patrimoine de ces entreprises, le législateur national camerounais fait un distinguo suffisamment significatif. L'ordonnance n° 95/003 du 17/8/1995 à l'article 4 al. 1 dispose que ceux des biens qui leur proviennent par affectation du domaine public et national ou du domaine privé de l'État conservent leur statut d'origine s'ils sont transférés en jouissance. Pourquoi préciser que ces biens conservent leur statut d'origine, si ce n'est que le législateur camerounais voudrait indiquer que ces biens sont insaisissables du simple fait qu'ils n'appartiennent pas à l'entreprise bénéficiaire de l'affectation avec cette raison supplémentaire que l'État qui en demeure propriétaire bénéficie de l'immunité d'exécution, ce qui exclut du même coup une éventuelle saisie sur ces biens qui viendrait des créanciers de l'État. Le même texte, dans

son alinéa 2 dispose que ceux des biens du domaine privé de l'État transférés en propriété par apport à ces sociétés sont intégrés définitivement dans le patrimoine de l'entreprise bénéficiaire. Par cette deuxième précision, le législateur camerounais voudrait indiquer ceux des biens de ces sociétés qui constituent l'assiette du gage des créanciers au sens de l'article 2093 du code civil.

14. Il se dégage de ce dispositif législatif une intention marquée du législateur camerounais d'exclure de l'immunité d'exécution les sociétés à capital public, c'est-à-dire les entreprises publiques à caractère industriel et commercial. Ce n'est qu'une position très commode. L'opinion publique ressent très mal l'immunité d'exécution de ces entreprises. Elles exercent du reste une véritable activité commerciale sur un marché à vocation concurrentielle. Cette position du législateur camerounais est d'autant plus salubre que l'on constate que les dirigeants d'entreprises publiques se réfugient derrière l'immunité d'exécution pour ne pas payer les dettes de l'entreprise, même en présence d'une décision de justice dont ils retardent l'exécution au-delà de ce qui est raisonnable. Face à l'attitude aussi suggestive de ces dirigeants d'entreprise publique, l'on a vu des créanciers, se rendant compte de l'impuissance de l'huissier à exécuter la décision rendue, rétrocéder à ces dirigeants une partie de leur créance moyennant en contrepartie le paiement de celle-ci.

15. L'immunité d'exécution est fondée sur le respect de la souveraineté de chaque État, mais aussi sur les impératifs de la courtoisie internationale. Les États étrangers, les organismes publics étrangers et les diplomates, sur la base de la Convention de Vienne du 18/4/1961 régissant les relations diplomatiques, en sont les bénéficiaires traditionnels. Des organismes internationaux tels que l'ONU, l'Union africaine, la Banque des États d'Afrique centrale (BEAC), etc., sur la base de conventions spécifiques, en sont également bénéficiaires. L'immunité d'exécution des Souverains étrangers est plutôt une œuvre prétorienne. L'immunité d'exécution sur le plan du droit international est fondée sur la nécessité de garantir aux personnes qui en sont bénéficiaires la possibilité d'exercer, en dehors de leur territoire de souveraineté, leurs activités de puissance publique sans entrave. L'exequatur ne constituant pas par lui-même un acte d'exécution, l'immunité ne saurait faire obstacle à une demande d'exequatur.

Les États, entreprenant de plus en plus des activités commerciales ou industrielles, leur immunité d'exécution, sur le plan international comme sur le plan interne, a du mal à être acceptée. Sur le plan du commerce international, les États achètent ou vendent des produits pétroliers, achètent ou vendent des denrées alimentaires telles que le café, le cacao, les arachides et autres minerais, ils commandent des ouvrages, etc. Et surtout, les États compromettent désormais pour une justice arbitrale. Autant d'opérations commerciales à

l'occasion desquelles ces États peuvent faillir à leurs engagements et être débiteurs. Il serait injuste et même indécent que face aux réclamations de leurs partenaires d'affaires, ces États aient la possibilité de se réfugier derrière l'immunité d'exécution. Dès lors qu'un État se fait commerçant, ou « *se met en civil* », l'immunité d'exécution perd sa raison d'être.

Pour autant, la situation ne se présente pas aussi simplement. Parfois, l'activité commerciale de certains États rentre dans le cadre de leur politique économique. Il devient dès lors difficile de l'exclure du champ de leurs activités de puissance publique. Toujours est-il qu'il faut distinguer entre les transactions d'un État, celles qui relèvent de l'activité commerciale de celles qui rentrent dans sa politique économique. La situation est beaucoup plus compliquée lorsqu'un État confie ses activités commerciales à une entité ou structure juridiquement distincte et indépendante. La plupart du temps, cette structure reste dans la dépendance de fait de l'État qui l'a créée. Pour cette raison, on dit qu'elle est une « *émanation* » de cet État. Cette structure peut-elle, dans le cadre de ses activités, revendiquer l'immunité d'exécution ? Autant de questions qui témoignent de la complexité du problème.

B - Insaisissabilité

16. Aux termes de l'article 50 al. 1 AUVE, « *les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur... sauf s'ils ont été déclarés insaisissables par la loi nationale de chaque État partie* ». Avec cette disposition, le législateur communautaire OHADA consacre le principe de l'insaisissabilité tout en laissant le soin aux législateurs nationaux d'en déterminer l'assiette. L'insaisissabilité tient à l'état du bien qui est déclaré insaisissable par la loi. Certains biens, pour des raisons diverses, sont en effet soustraits du gage commun des créanciers par la loi. Seule la loi peut déclarer un bien insaisissable. S'agissant d'une dérogation, l'insaisissabilité est de droit strict et le juge ne dispose d'aucun pouvoir pour en étendre ou restreindre le champ.

17. Au Cameroun, la liste des biens insaisissables est fournie par l'article 327 du code de procédure civile et commerciale. Figurent dans cette liste les biens suivants susceptibles d'être l'objet d'une saisie-appréhension, car, étant des meubles corporels :

- les objets que la loi déclare immeubles par destination ;
- les effets appartenant à la femme lorsqu'elle n'est pas commune en biens ;
- les machines et instruments servant à l'enseignement pratique ou à l'exercice des sciences et arts ;
- les outils des artisans nécessaires à leurs occupations personnelles.

18. Aux termes de l'article 328 du code de procédure

civile et commerciale, « *lesdits objets (objets déclarés insaisissables) ne pourront être saisis pour aucune créance, même celle de l'État ou du territoire, si ce n'est pour... sommes dues aux fabricants ou vendeurs desdits objets, ou à celui qui aura prêté pour les acheter, fabriquer ou réparer, pour fermages et moissons des terres à la culture desquelles ils sont employés, loyers des manufactures, moulins, pressoirs et usines dont ils dépendent et loyers des lieux servant à l'habitation personnelle du débiteur.* ». La dérogation de l'article 328 au principe de l'insaisissabilité ne concerne pas la saisie-appréhension. Cette dérogation, visant à permettre d'obtenir le paiement d'une somme d'argent, ne s'applique normalement qu'à la saisie-vente. Le meuble déclaré insaisissable est exceptionnellement saisi en vue de la vente pour obtenir le paiement de son prix ou du loyer d'une structure dont il dépend. Il est saisi parmi d'autres biens. Mais cette saisie ne saurait s'étendre à d'autres biens déclarés insaisissables. La logique de cette dérogation commande-t-elle qu'elle soit étendue à la saisie-appréhension ? En tout cas, la question mérite d'être posée. Un juge peut-il ordonner la délivrance ou la restitution d'un meuble corporel se trouvant en l'état tel qu'il figure sur la liste des effets déclarés insaisissables, ouvrant ainsi droit à la procédure de saisie-appréhension ? Des situations pouvant permettre une telle décision existent. Imaginons que le vendeur, le fabricant ou le prêteur, au lieu d'exiger de l'acheteur le paiement du prix, demande la résolution de la vente en application de l'article 1184 du code civil ; les choses devant être remises en l'état antérieur, le meuble litigieux devrait pouvoir être restitué. De même, si le vendeur, le fabricant ou le prêteur s'était réservé la propriété du meuble ou avait constitué un gage sur ledit meuble pour garantir le paiement du prix, il devrait pouvoir en réclamer la restitution ou la délivrance. S'agissant des loyers, si le meuble est déplacé furtivement de la structure louée, le bailleur devrait pouvoir le revendiquer aux fins de récupération. Voilà autant d'hypothèses desquelles il résulte une obligation de restituer ou de délivrer. Si le meuble déclaré insaisissable peut être saisi pour le paiement de son prix ou du loyer d'une structure dont il dépend, pourquoi ne pourrait-il pas être appréhendé pour les mêmes causes ? En conclusion, l'insaisissabilité déclarée d'un meuble ne fait pas obstacle à la saisie-appréhension lorsque le droit litigieux portant sur ce meuble est un droit réel.

C - Ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif

19. La procédure collective d'apurement du passif, comme il est indiqué dans sa dénomination, vise à organiser l'apurement du passif d'un débiteur en difficulté de paiement, avec le souci d'assurer, entre les créanciers, une répartition équitable du patrimoine de ce débiteur.

Le fondement de cette institution repose sur la règle énoncée à l'article 2093 du code civil suivant laquelle

« les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ». Si les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, il faut organiser une juste répartition de ces biens en cas d'insuffisance, sous réserve des causes de préférence ou de priorité dont peuvent être affectées certaines créances. Le passif est par conséquent apuré dans une dynamique collective.

D'abord, toute poursuite individuelle est interdite, tant au niveau des instances judiciaires qu'au niveau des poursuites aux fins d'exécution forcée. En second lieu, les créanciers sont regroupés au sein d'une structure commune. Cette masse est représentée par un organe, le syndic.

D'un point de vue opérationnel, la procédure collective d'apurement du passif se déploie sur trois régimes distincts qui prennent en compte le degré de précarité des finances du débiteur :

- le règlement préventif a pour objectif de prévenir la cessation de paiement ; le débiteur traverse quelques difficultés de paiement, mais n'est pas encore en cessation de paiement.
- le redressement judiciaire a pour but de sortir l'entreprise de la situation de cessation de paiement ; le débiteur est atteint de cessation de paiement, mais a des chances de s'en sortir.
- la liquidation a pour but d'organiser la dissolution de l'entreprise. Le débiteur est atteint de cessation de paiement de manière irrémédiable.

Ainsi entendue, l'ouverture d'une procédure collective pourrait a priori constituer un obstacle à la saisie-appréhension.

20. Mais, la règle de l'interdiction des poursuites individuelles comporte, sauf dans le régime du règlement préventif où elle est exclue, une exception concernant les actions en revendication. Aux termes de l'article 101 al. 1 relatif au régime du redressement judiciaire, les actions en revendication, moyennant certaines conditions prescrites à l'article 78 al. 3, peuvent être reprises ou exercées. De même, les créanciers gagistes ne perdent pas leur droit de poursuites individuelles dans le régime de la liquidation. Aux termes de l'article 149 al. 2 relatif au régime de la liquidation, « si, dans le délai de trois mois suivant la décision de liquidation des biens, le syndic n'a pas retiré le gage ou le nantissement ou entrepris la procédure de réalisation du gage ou du nantissement, le créancier gagiste ou nanti peut exercer ou reprendre son droit de poursuite individuelle... ». La poursuite ici visant la réalisation du gage, peut conduire à l'appréhension de l'objet du gage.

Ainsi donc, les créanciers de droits réels portant sur des meubles corporels conservent l'exercice immédiat et intégral de leurs droits. En conclusion, en dehors du régime du règlement préventif, l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif ne fait pas obstacle à la procédure de saisie-appréhension.

D - Délai de grâce

21. Le délai de grâce n'est qu'un terme suspensif d'exécution et la décision de l'octroyer incombe à un juge. C'est le temps supplémentaire que le juge, en raison de ses difficultés économiques et à titre exceptionnel, accorde à un débiteur pour exécuter son obligation. Ce pouvoir est octroyé au juge par les articles 1244 al. 2 du code civil et 39 al. 2 AUGE. Si ce délai de grâce emprunte sa mesure aux circonstances, il ne peut dépasser un an, aux termes de l'article 39 al 2 AUGE.

Ainsi entendu, le délai de grâce pourrait bien constituer un obstacle à la saisie-appréhension qui reste soumise à une procédure.

Section 2 - Saisie-appréhension : procédure d'exécution

22. La procédure d'exécution de la saisie-appréhension se déroule en deux temps, d'abord, la phase d'appréhension du meuble que doivent compléter certaines diligences modulées en fonction de la finalité que poursuit l'appréhension du meuble.

§1 - Appréhension du meuble

23. Comme toute opération d'exécution forcée portant sur des meubles corporels, l'opération d'appréhension s'effectue très souvent dans l'espace privé des gens. Pour cette raison, elle est soumise à un ensemble de règles de portée générale destinées à protéger cet espace pendant le déroulement de l'opération. De même que le législateur communautaire encadre l'opération d'exécution forcée portant sur des meubles corporels dans le souci de préserver le respect de la vie privée, il s'est préoccupé de garantir l'efficacité de cette opération. L'opération d'exécution forcée portant sur les meubles corporels, se déroulant dans l'espace privé des gens, est exposée à des risques de dérapage qui pourrait anéantir l'opération. Des mesures d'accompagnement sont prévues dans un souci de prévenir ce dérapage.

L'opération de saisie-appréhension ainsi encadrée dans un double souci de préserver le respect de la vie privée et d'en garantir l'efficacité, sera modulée selon qu'elle est exécutée entre les mains du débiteur ou entre celles d'un tiers.

A - Opération d'appréhension face au double souci d'efficacité et du respect de la vie privée

24. L'exigence du respect de la vie privée pourrait apparaître comme une limitation à l'efficacité de l'opé-

ration. Mais le respect de la vie privée est un aspect fondamental auquel notre époque attache du prix et que toute opération d'exécution forcée ne saurait méconnaître sans ravalier le débiteur au stade de l'animal destiné à l'abattoir, sans aucune considération.

I - Souci du respect de la vie privée

25. Nous nous limiterons ici à la vie privée entendue comme étant un espace réservé à l'intimité de chaque personne et protégé contre toute intrusion non désirée. Le domicile, notamment lorsqu'il sert de lieu d'habitation, est le paradigme de cette notion de vie privée ou d'espace intime. La nécessité d'exécuter une décision de justice ou tout autre titre de cette nature justifie que l'huissier de justice pénètre dans cet espace même contre le gré de son occupant. Le souci de la protection de cet espace n'est pas pour autant sacrifié. La pénétration est soumise à des règles rigoureuses, selon que l'espace est vide ou fermé, ou que les jours et heures sont ouvrables ou non.

a - Espace privé est vide ou fermé

26. Il peut arriver que l'espace privé soit vide de tout occupant lors du passage de l'huissier de justice, ou que la personne présente en refuse l'accès à l'huissier de justice en se barricadant à l'intérieur. Au regard de l'exigence du respect de la vie privée, cette situation est embarrassante. Comment rentrer dans un espace privé en l'absence du maître des lieux ou de toute autre personne présente ? Comment rentrer dans un espace privé par effraction ? Force doit demeurer à la loi, dit-on. Pour cette raison, l'huissier de justice doit pouvoir accéder à cet espace au besoin en fracturant la porte. L'on mesure la gravité d'une telle solution qui met à mal l'intimité de la vie privée, c'est-à-dire, le sentiment de liberté auquel notre société aujourd'hui attache un grand prix. Cette solution doit reposer sur une base légale solide : l'exigence d'un titre exécutoire. L'exécution des opérations, dans ce contexte, est elle-même rigoureusement réglementée dans le souci d'en garantir une transparence absolue en cette circonstance particulière. L'on estime en effet que la transparence de l'exécution préserve le respect de la vie privée et la dignité du débiteur.

1 - Exigence d'un titre exécutoire : condition fondamentale

27. L'ESPACE PRIVE DU DÉBITEUR. Toute pénétration forcée dans l'espace privé du débiteur, que cet espace soit ou non affecté à son habitation, doit être justifiée par un titre exécutoire, a fortiori lorsque cette pénétration est accompagnée d'effraction (article 41 AUBE). Le titre

exécutoire ne sera pas suffisant pour justifier une telle intrusion dans certains cas. Les opérations d'exécution doivent en plus être possibles. Chaque fois que la loi subordonne les opérations d'exécution à des formalités à accomplir préalablement, telles un commandement, le titre exécutoire ne suffira plus pour justifier la pénétration dans l'espace privé du débiteur. Cette pénétration ne pourra pas avoir lieu tant que la formalité prescrite n'est pas accomplie.

28. Si le titre exécutoire justifie la pénétration dans l'espace privé du débiteur de l'obligation de délivrer ou de restituer, la justifierait-il dans l'espace privé d'un tiers qui détiendrait le meuble litigieux ? Les dispositions de l'article 225 AUBE laissent entendre qu'à l'égard du tiers détenteur, il faut un titre exécutoire propre : l'ordonnance de remise. Aux termes de ce texte, « *à défaut de remise volontaire dans le délai imparti, le requérant peut demander à la juridiction du domicile ou du lieu où demeure le tiers détenteur du bien d'ordonner la remise de celui-ci...* ». La saisie-appréhension entre les mains du tiers détenteur serait fondée sur cette ordonnance de remise. C'est ce que laissent entendre les dispositions de l'article 226 aux termes duquel « *sur la seule présentation de la décision judiciaire prescrivant la remise du bien au requérant, il peut être procédé à l'appréhension de ce bien...* ». Cette ordonnance de remise ne pourrait pour autant justifier une pénétration dans l'espace privé du tiers détenteur. Le but, du reste déclaré, de cette ordonnance est de vaincre la résistance du tiers détenteur à remettre le meuble litigieux. Cette disposition de l'article 225 al. 1 AUBE ne règle pas la question de la protection de l'espace privé du tiers détenteur, notamment lorsque cet espace lui sert de lieu d'habitation. Au nom de quoi tolérerait-on que l'huissier de justice puisse forcer l'accès du domicile d'une personne, qui, par définition, est étrangère à la dette ? L'ordonnance de remise prévue à l'article 225 al. 1 AUBE suffirait-elle pour justifier une telle intrusion ? Pour bien souligner l'importance que notre société accorde au respect de la vie privée, l'intrusion au domicile d'un tiers devrait, de notre point de vue, être l'objet d'une autorisation spéciale.

À titre de comparaison, cette question est réglée dans la saisie-vente, à l'article 105. Aux termes de cet article 105, « *lorsque la saisie porte sur des biens qui sont détenus par un tiers et dans les locaux d'habitation de ce dernier, elle doit être autorisée par la juridiction du lieu où sont situés les biens.* ». Pourtant la question de la protection du domicile du tiers se présente dans les mêmes termes dans la saisie-appréhension. Pourquoi cette discrimination ? Cette question de la protection de l'espace privé d'un tiers aurait dû être traitée dans une disposition de portée générale.

Après avoir rappelé la condition nécessaire qui permet d'envisager la pénétration forcée dans un espace privé aux fins d'exécution. Il convient de voir comment s'effectue cette pénétration forcée.

2 - Modalités de pénétration

29. L'ouverture d'un local aussi bien que celle des meubles fermants constituent les circonstances de cette pénétration.

2.1. Ouverture d'un local

30. Peu importent les moyens mis en œuvre pour pénétrer dans un local fermé. Très souvent, c'est par la porte que l'on fracture. Rien n'empêche que l'huissier passe par la fenêtre ou par tout autre endroit du local, tel que le toit, un mur, en procédant à une ouverture dans cet endroit. Ceci ressort des dispositions de l'article 43 AUBE aux termes duquel « [...] l'huissier ou l'agent d'exécution assure la fermeture [...] de l'issue par laquelle il a pénétré dans les lieux ».

Mais l'huissier de justice ne doit pas procéder seul à cette ouverture. Il doit être assisté pendant cette ouverture par des personnes désignées par la loi. Aux termes de l'article 42 al. 1 AUBE, ces personnes sont l'autorité administrative, une autorité de police ou de gendarmerie. La présence de ces personnes constitue une garantie de transparence et de régularité nécessaire à tout le monde, aussi bien au débiteur, au tiers comme à l'huissier de justice lui-même. La coopération ou la collaboration du débiteur à l'opération d'exécution forcée est un gage de transparence. Cette coopération évacue du même coup le sentiment amer d'un viol de l'intimité du débiteur. Il faut donc suppléer à l'absence de cette collaboration par la présence de personnes désignées par la loi à cet effet. La présence de ces personnes garantit la transparence des opérations en même temps qu'elle rassure quant au respect de la liberté du débiteur défaillant.

31. Aux termes de l'article 44 AUBE, « l'huissier ou l'agent d'exécution peut toujours se faire assister d'un ou de deux témoins majeurs, non parents ni alliés en ligne directe des parties ni à leur service... ». Le témoin ainsi prévu peut-il se substituer aux autorités désignées pour remplir les mêmes fonctions ? Il faut le penser. Dans ce cas, il interviendrait alors à titre subsidiaire, c'est-à-dire en cas d'impossibilité d'avoir lesdites autorités. Pour se convaincre de la possibilité de substituer le témoin de l'article 44 susdit aux autorités désignées à l'article 42 al. 1, il suffit de rappeler le rôle dévolu à ces autorités en les circonstances pour lesquelles elles sont sollicitées. Il ne faut pas se méprendre surtout sur le rôle de l'autorité de police ou de gendarmerie dont l'assistance est sollicitée. Elle n'est pas là pour vaincre une résistance que l'huissier de justice ne pourrait pas surmonter par ses propres moyens. Son rôle est plutôt modeste. Aussi bien l'autorité de police que l'autorité de gendarmerie, son rôle consiste simplement à assister aux opérations de saisie comme un simple observateur passif. Par sa présence, elle pourrait, le cas échéant, témoigner de leur régularité. Si les fonctions de ces autorités les désignent

comme étant les mieux indiquées pour jouer ce rôle, cela ne saurait exclure que toute autre personne qui présenterait le même gage ne puisse le jouer en cas de défaut des personnes prévues à cet effet.

Une difficulté d'ordre pratique mérite d'être signalée. L'huissier de justice doit requérir les personnes devant l'assister pour l'ouverture des portes. Ce temps pourrait être mis à profit par le débiteur pour distraire le meuble litigieux. Aux termes de l'article 42 al. 1 AUBE, «... si ce dernier (le débiteur) en refuse l'accès (accès du local) l'huissier ou l'agent d'exécution peut établir un gardien aux portes pour empêcher le divertissement. »

2.2 - Ouverture des meubles

32. L'hypothèse qui est ici visée est celle où, l'huissier de justice ayant accédé au local, ne peut prospérer dans sa mission parce que les meubles trouvés sur les lieux sont fermés et que le débiteur ou toute autre personne présente sur les lieux en refuse l'ouverture. Juridiquement, le problème ici est identique à celui posé par le local fermé. Les règles prescrites pour l'ouverture du local doivent par conséquent être transposées pour l'ouverture des meubles. C'est ce que prescrit l'article 42 al. 2 AUBE.

Aux termes de l'article 43 AUBE, « lorsque la saisie est effectuée en l'absence du débiteur ou de toute personne se trouvant dans les lieux, l'huissier de justice ou l'agent d'exécution assure la fermeture de la porte ou de l'issue par laquelle il a pénétré dans les lieux ». Cette mesure va sans doute de soi. Mais elle souligne la responsabilité de l'huissier de justice en cas de disparitions qui pourraient se produire après son passage s'il est établi qu'il n'a pas refermé les ouvertures opérées par lui.

b - Incidence des jours et heures non ouvrables

33. Si muni d'un titre exécutoire, l'huissier peut s'introduire, pour les besoins de l'exécution, dans l'espace privé d'une personne, il doit cependant respecter les limites temporelles prescrites par le législateur. Ces limitations temporelles concernent à la fois, et les jours et les heures. Le législateur communautaire voudrait préserver la tranquillité des personnes visées dans l'exécution et de leur famille à certains moments.

1 - Jour des opérations

34. S'inscrivant dans une longue tradition, le législateur communautaire OHADA a posé comme principe à l'article 46 al. 1 AUBE qu'« aucune mesure d'exécution ne peut être effectuée un dimanche ou un jour férié ». L'huissier de justice ne doit pas, par sa visite intempestive, troubler la tranquillité du débiteur ou d'un tiers un jour qui est censé être de repos. Quid des jours chômés tels les samedis ? Ces jours n'étant pas visés,

on peut en déduire qu'une opération d'exécution peut bien avoir lieu ce jour.

Toutefois, l'article 46 al. 1 susdit a prévu une dérogation à cette règle. Aux termes de ce texte, une mesure d'exécution peut être effectuée un dimanche ou un jour férié en cas de nécessité mais sur autorisation spéciale du président de la juridiction compétente. Cette disposition est destinée à pallier les situations d'urgence. Il en est ainsi lorsqu'en attendant le premier jour ouvrable, il y a des risques que le débiteur ne fasse disparaître le meuble litigieux. Cette dérogation devrait être accordée même si l'exécution doit être effectuée dans un local servant à l'habitation.

2 - Heure des opérations

35. L'alinéa 2 de l'article 46 AUVE prescrit qu'« aucune mesure d'exécution ne peut être commencée avant huit heures ou après dix-huit heures ». Le débiteur ou le tiers est ainsi protégé contre des intrusions nocturnes. Une dérogation est possible sur autorisation du juge, sauf pour les locaux servant à l'habitation. (article 46 al. 2 in fine)

Il résulte néanmoins du texte de l'article 46 al. 2 susdit que si les opérations ont commencé avant l'heure limite, elles peuvent continuer après.

II - Souci d'efficacité de l'opération d'exécution

36. Le législateur communautaire OHADA a prévu des mesures d'accompagnement destinées à garantir l'efficacité des opérations d'exécution forcée portant sur les meubles corporels. L'exécution de ces procédures est en effet susceptible de provoquer des troubles qui empêchent l'huissier de justice de mener l'exécution à son terme. Pour cela, le législateur communautaire permet à l'huissier de justice de recourir à la force publique. Par ailleurs, en dépit de l'indisponibilité résultant de l'acte de saisie qui demeure simplement juridique, les risques de distraction des meubles saisis persistent, particulièrement pour un type de meuble, le véhicule terrestre à moteur, en raison de sa très grande mobilité. Le législateur communautaire a prévu la possibilité de l'immobiliser.

a - Concours de la force publique

37. Il n'est pas rare que l'exécution d'un titre tourne à une échauffourée, notamment en cas d'expulsion ou de déguerpissement, et même parfois d'une saisie-vente. L'huissier de justice se trouve alors au centre de manifestations hostiles qui l'empêchent d'accomplir sa mission. Force doit demeurer à la loi, dit-on. L'État à qui incombe la responsabilité de veiller au respect de cette règle, a le devoir d'apporter son concours à l'huissier de justice, et si besoin est, en permettant à l'huissier de faire usage de la force publique. C'est

tout le sens de l'article 29 AUVE. Certes, le recours à la force publique est une mesure potentiellement dangereuse qui peut provoquer des situations incontrôlables par rapport à l'ordre public. C'est pourquoi le recours à la force publique ne doit intervenir que comme un ultime remède, l'huissier ne pouvant pas, par les moyens dont il dispose, surmonter l'obstacle.

Aux termes de l'article 29 AUVE, « l'État est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions et des autres titres exécutoires ». Le principe est posé de manière on ne peut plus claire. Mais il reste à en définir le mode d'application. Et tout le problème est là. Pour comprendre l'intérêt de l'enjeu, il importe de rappeler la situation antérieure à l'Acte Uniforme OHADA.

1 - Situation antérieure à La législation OHADA

38. Aux termes de l'article 2 (4) du décret n° 79/448 du 5/11/1979 fixant le statut et réglementant les fonctions d'huissier de justice, « lorsque l'opposition est accompagnée de violences ou de menaces graves et que l'emploi de la force publique s'avère indispensable, les huissiers en dressent procès-verbal éventuellement contresigné par l'officier de police judiciaire présent. Copie dudit procès-verbal ainsi qu'une demande d'assistance de la force publique sont adressées à l'autorité administrative et au procureur de la république compétent, en vue de leur indispensable concertation. ». Cette disposition définit les conditions de forme nécessaires à l'obtention du concours de la force publique. Le législateur camerounais place ainsi le recours à la force publique pour l'exécution des décisions de justice sous le contrôle conjoint de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire. Cette disposition nationale impose, lorsque des conditions bien précises qui autorisent le recours à la force publique sont réunies, de s'adresser, à la fois et simultanément, au procureur de la république et à l'autorité administrative. Ce qui frappe c'est le caractère pointilleux et minutieux de cette réglementation. La demande d'assistance de la force publique est tout un protocole, à la limite d'un rituel. D'abord, l'huissier dresse un procès-verbal de la résistance qu'il a rencontrée ; le procès-verbal doit être le cas échéant contresigné par l'officier de police judiciaire présent. Ensuite, il joint une copie de ce procès-verbal à une demande d'assistance qu'il adresse à la fois à l'autorité administrative et au parquet. Ces deux autorités doivent se concerter. Dispositif lourd dont l'épreuve de la pratique avait tôt fait de révéler les limites. Ce dispositif souffre d'une infirmité congénitale qui le condamne d'office à l'impuissance. De fait, il n'a jamais fonctionné tel que prévu.

2 - Controverse de la législation OHADA

39. Le législateur communautaire OHADA utilise une formule forte : « la formule exécutoire vaut réquisition directe de la force publique ». Il souligne ainsi l'impé-

rieuse nécessité de l'indispensable concours et son désir d'en faciliter l'accès à l'agent chargé de l'exécution. Une controverse pour le moins curieuse divise les acteurs judiciaires à propos de cette formule sur la question de savoir si l'huissier de justice a besoin d'une quelconque autorisation pour faire usage de la force publique. Il y a d'un côté les magistrats qui prétendent que cette disposition n'autorise pas les agents chargés de l'exécution à s'adresser à la force publique sans passer par le parquet ou par l'autorité administrative. De l'autre, se trouvent les huissiers de justice, soutenus en cela par les avocats, qui prétendent le contraire.

L'épithète "directe" collée au mot "réquisition" par le législateur communautaire n'autorise aucune équivoque et moins encore une discussion à ce sujet. Le législateur communautaire entend bien affranchir l'agent chargé de l'exécution d'une autorisation préalable, et à juste raison. Le législateur communautaire se veut même impératif sur cette question. Il n'y a qu'à noter, par ailleurs, la fermeté de ton qui est celle utilisée par ce législateur. Le présent de l'indicatif est le mode utilisé dans les textes de loi pour formuler une prescription impérative. La position du législateur communautaire est parfaitement défendable. Le titre exécutoire, qui, par définition est revêtu de la formule exécutoire, met l'huissier en contact direct avec la force publique. Il suffit de se référer au contenu de cette formule pour s'en rendre compte. Aux termes de l'article 61 du code de procédure civile et commerciale, cette formule exécutoire est ainsi libellée : «... En conséquence le Président de la République du Cameroun mande et ordonne à tous Huissiers et agents d'exécution sur ce requis de mettre le présent arrêt (ou jugement, etc.) à exécution, aux Procureurs Généraux, Officiers de force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis ».

40. Cette attitude du législateur communautaire pourrait paraître, sur le plan des principes, iconoclaste. La relation directe qu'établit ainsi le législateur communautaire entre l'huissier de justice et la force publique n'exclut-elle pas l'État qui, en tant que dépositaire de ladite force, en est le gestionnaire exclusif. Cette vue n'apparaîtrait ainsi que sous un prisme déformant. La réalité est toute autre. C'est la formule exécutoire dont est revêtu le titre qui requiert la force publique. Porteur d'une injonction du Souverain à des fins indiquées, l'huissier de justice n'a plus qu'à la transmettre à son destinataire, sans plus besoin d'adresser une quelconque demande aux mêmes fins à ce Souverain ou à quelqu'un d'autre. Ce serait irrationnel, absurde et superfétatoire.

En proclamant que la formule exécutoire vaut réquisition directe de la force publique, le législateur communautaire OHADA s'inscrit en droite ligne dans la logique du principe de l'autonomie du titre exécutoire. Ce principe veut que le titre exécutoire soit investi d'une autorité propre qui lui assure une souveraineté quant à l'exécution du droit qu'il constate. Ce principe participe de l'indépendance de l'institution judiciaire, et offre une meilleure garantie pour

les droits du titulaire du titre exécutoire. Il vise en effet, à mettre le titre exécutoire à l'abri de toutes influences qui pourraient entraver sa mise à exécution. L'État lui-même, non seulement n'a aucune emprise sur le titre exécutoire, mais il est tenu d'appuyer son exécution. Le principe de l'autonomie du titre exécutoire suppose l'indépendance de l'organe chargé de sa mise à exécution du titre exécutoire. Si l'organe chargé de l'exécution du titre exécutoire devait recevoir des injonctions quant à l'exécution, cela remettrait en cause l'autorité du titre pourtant valorisée à travers la formule de l'article 29.

3 - Enjeu de la controverse

41. Derrière la problématique du concours de la force publique ainsi posée, se cache un enjeu, celui du contrôle de l'usage de la force publique à l'occasion de l'exécution des décisions de justice ou de tout autre titre de cette nature. Doit-on laisser à l'huissier la responsabilité d'apprécier de la nécessité de faire usage de la force publique ? Telle est la réalité du débat. Derrière cette controverse aux allures académiques se cache un enjeu d'intérêts considérables. Il ne faut pas se faire d'illusions sur ce sujet, la personne qui contrôle l'usage de la force publique en cette circonstance contrôle l'exécution des décisions de justice. Et c'est le lieu de le dire. L'indépendance de la justice ne saurait être saucissonnée. Elle serait un leurre monumental. L'exécution des décisions de justice est partie intégrante du procès. Cette dimension du procès est désormais chose acquise.

Pourtant, l'intérêt du débat, à notre sens, ne porte pas sur le choix de la personne qui doit être investie du pouvoir d'apprécier de l'opportunité pour l'huissier de justice de recourir à la force publique. Ce qui importe, par contre, c'est l'usage qui est fait de ce pouvoir. Et l'on ne peut pas affirmer que les différentes personnes désignées jusqu'à présent en ont fait un usage républicain. Le cas que nous rapportons ici est suffisamment révélateur de l'attitude peu coopérative des parquets et de l'indifférence qu'ils manifestent quant à l'exécution des décisions de justice. Nous avons présenté une demande au parquet aux fins d'être assisté d'un officier de police judiciaire au sens de l'article 2 (1) du décret n° 79/448 du 5/11/1979 fixant le statut et réglementant les fonctions d'huissier de justice. Aux termes de cet article, « pour l'accomplissement de leur mission, les huissiers peuvent se faire assister par un officier de police judiciaire sur autorisation du parquet. ». Pour rejeter notre demande, le parquet disait que la copie du titre foncier portant sur ledit immeuble n'était pas jointe à la requête. Le caractère fantaisiste et puéril de ce motif entoure la décision de rejet d'un voile de mystère insondable. Quelle est la raison qui a motivé ce rejet ? Que dire du silence tout aussi mystérieux du parquet qui traduit très souvent une circonspection qu'il croit devoir observer du fait de la notoriété sociale, supposée ou présumée, du débiteur mis en cause dans l'exécution programmée. Il faut déjà admettre qu'il n'est pas du tout

dans le rôle du parquet, organe du pouvoir judiciaire, de se préoccuper des considérations d'opportunité telles que les conséquences fâcheuses, fussent-elles sociales, que pourrait entraîner l'exécution d'une décision de justice ou de tout titre exécutoire. Cette considération relève du politique et incombe à l'autorité administrative. Pour le parquet, l'ordre du juge doit être obéi et la force exécutoire du titre respectée.

42. Très souvent aussi, les autorités administratives, sous le prétexte du maintien de l'ordre public, cachent en fait des considérations contestables. Certaines décisions de refus sont loin de refléter le souci de sauvegarder l'ordre public. Elles reposent souvent sur des motivations tirées des faits de la cause. L'autorité administrative remet ainsi en question l'autorité de la chose jugée et s'érige en censeur du juge. Citons à ce propos cette confidence que nous fit une fois un Secrétaire général du ministère de la justice et qui nous paraît assez édifiant. Cette autorité disait avoir instruit le procureur général d'une région d'user de son pouvoir sur les huissiers de justice pour empêcher l'exécution d'une décision de justice devenue définitive parce que cette décision, à ses yeux, n'était pas rendue conformément au droit et la vérité des faits.

La loi nationale sur le concours de la force publique n'est pas pour autant hors service, puisqu'elle définit les conditions de fond nécessaires à l'obtention du concours de cette force, lesquelles conditions demeurent encore en vigueur. Cette loi exige notamment que l'huissier rapporte la preuve de ce qu'il a rencontré une résistance violente ou fait l'objet de menaces de violences graves. Cette exigence d'une tentative d'exécution préalable peut être source de problèmes. Il est des opérations d'exécution dont tout le monde sait, à commencer par l'huissier, qu'elles sont potentiellement risquées, avec des menaces de violences graves sur la personne de l'huissier. Il n'y a qu'à imaginer une opération d'expulsion ou de déguerpissement dans un de ces quartiers sensibles. Pourquoi exiger que l'huissier fasse une tentative d'exécution au risque de sa vie ?

4 - Assistance d'un officier de police judiciaire

43. À côté du recours à la force publique, le législateur camerounais, sans doute conscient de la lourdeur de la procédure du recours à la force publique, a ouvert à l'huissier de justice la possibilité, lorsqu'il accomplit une mission dont celle d'exécution forcée, de se faire assister d'un officier de police judiciaire. Aux termes de l'article 2 (1) du décret n° 79/448 du 5/11/1979 fixant le statut et réglementant les fonctions d'huissier de justice, « pour l'accomplissement de leur mission, les huissiers peuvent se faire assister par un officier de police judiciaire sur autorisation du parquet. ». Ce texte, à notre avis, ne pose pas de problème de compatibilité avec l'article 29 de l'Acte uniforme. L'on peut, cependant, se poser à son propos, la question de savoir quel est le rôle de

cette assistance. Il faut tout de suite évacuer l'idée qu'il s'agisse d'une force. Autant que dans le contexte de l'article 42 AUVE, l'officier de police judiciaire dans le présent contexte, ne saurait constituer une force chargée de vaincre une résistance active à la mission de l'huissier. La différence entre les deux contextes est que dans le cadre de l'article 42, la présence de l'autorité de police ou de gendarmerie participe de la régularité et de la validité de l'opération d'exécution dont elle est une composante, tandis que dans le contexte de l'article 2 (1) du décret n° 79/448 du 5/11/1979 fixant le statut et réglementant les fonctions d'huissier de justice, cette présence n'est qu'un appui extérieur à l'opération ; c'est une présence tout à fait neutre juridiquement dont l'opération d'exécution pourrait se passer. En tant qu'appui simplement logistique et juridiquement neutre, la présence de l'officier de police judiciaire jouerait un rôle de dissuasion de toute velléité de résistance ou d'opposition et, a fortiori, de violences. C'est sans doute le but recherché par le législateur camerounais. L'huissier de justice trouverait donc dans la présence à ses côtés d'un officier de police judiciaire une protection préventive lors de sa tentative d'exécution. L'assistance d'un officier de police judiciaire apparaît ainsi comme l'antichambre du recours à la force publique. Pour s'en convaincre, il n'y a qu'à rappeler que le procès-verbal de rébellion joint à la demande d'assistance de la force publique devait être contresigné le cas échéant par l'officier de police judiciaire qui était présent aux côtés de l'huissier.

44. Comment une institution, aussi claire dans son concept et simple d'application, a-t-elle pu être l'objet de tant de confusions si ce n'est que l'amalgame est délibérément entretenu. D'abord, c'est le champ des missions susceptibles de bénéficier de cette assistance qui a été limité par les parquets. Seule l'exécution des titres exécutoires est admise et, comble d'aberration, pour certains parquets et jusqu'à une date récente, les titres exécutoires se limitaient aux décisions de justice. Pourquoi cette restriction alors que le texte ne distingue pas entre les missions que l'huissier de justice peut être appelé à exécuter ? Les huissiers sont très souvent agressés alors qu'ils signifiaient simplement un acte ou constataient un fait. La simple présence d'un officier de police judiciaire à leur côté pourrait bien les préserver de ces violences. A-t-on conscience que l'impossibilité de signifier un acte ou de faire un constat peut conduire à une mauvaise justice ou retarder indûment le cours de celle-ci ? Outre cette restriction inopinée de son champ d'application, l'autorisation de l'assistance est elle-même subordonnée à la production d'un procès-verbal de rébellion, formalité non prévue par la loi, comme on peut le constater. Le recours à l'assistance d'un officier de police judiciaire n'est qu'une faculté dont l'appréciation de l'opportunité est laissée à la seule discrétion de l'huissier. Il serait illogique que le parquet disposât de son côté d'un pouvoir d'appréciation. S'il est tenu dès lors d'y faire droit chaque fois que la demande lui en

est présentée, l'on se demande quelle serait l'économie de ce transit du parquet ? Il apparaît alors superfétatoire et inutilement encombrant.

b - Immobilisation du véhicule terrestre à moteur

45. Aux termes de l'article 103 al. 3 AUGE, « *si, parmi les biens saisis se trouve un véhicule terrestre à moteur, la juridiction compétente peut, après avoir entendu les parties ou celles-ci dûment appelées, ordonner son immobilisation jusqu'à son enlèvement en vue de la vente par tout moyen n'entraînant aucune détérioration du véhicule* ».

Cette disposition qui se rapporte à la saisie-vente, ne vise que les véhicules terrestres à moteur. En raison de sa mobilité qui en fait un bien particulièrement instable, ce meuble peut facilement échapper aux poursuites. L'immobilisation consiste à faire en sorte que l'on ne puisse pas déplacer le véhicule de là où il se trouve. Elle en empêche l'usage. Lorsque l'immobilisation intervient en application de l'article 103 al. 3 susdit, elle n'est qu'une mesure d'accompagnement destinée à renforcer l'indisponibilité juridique qui résulte de la saisie par une indisponibilité matérielle. L'immobilisation est une opération matérielle juridiquement neutre qui s'insère dans l'exécution d'une procédure, en l'occurrence, la procédure de saisie-vente.

46. Telle que présentée, l'immobilisation peut-elle être utilisée dans l'exécution de la saisie-appréhension ? Le procédé de l'immobilisation visant à renforcer l'efficacité d'une voie d'exécution forcée portant sur un véhicule terrestre à moteur, peut parfaitement être mis en œuvre dans l'exécution de la saisie-appréhension lorsque celle-ci porte sur ce type de meuble. L'application de ce procédé doit alors être conforme aux prescriptions qui en régissent l'usage. L'immobilisation doit être ordonnée par la juridiction compétente et ne pas entraîner de détérioration du véhicule.

L'immobilisation, au sens de l'article 103 al. 3 AUGE, apparaît comme étant une mesure conservatoire. Elle vise à assurer matériellement l'indisponibilité du véhicule automobile et en prévenir tout risque de distraction. Son efficacité réside dès lors dans la rapidité de sa mise en œuvre et l'effet de surprise qui l'accompagne. Dans ces conditions, l'on ne peut comprendre l'exigence d'une autorisation préalable du juge. Le temps nécessaire pour ce recours pourrait être mis à profit par le débiteur pour distraire le bien, d'autant plus qu'il doit en être informé. L'exigence du recours préalable au juge est une absurdité. L'autorisation préalable du juge serait compréhensible lorsque la saisie est exécutée entre les mains d'un tiers. En effet, celui-ci peut avoir des droits propres, notamment le droit d'usage, à faire valoir sur le véhicule dont seul le juge peut apprécier du bien fondé. Et le risque de distraction est d'autant plus réduit que le tiers, par définition, est un intervenant neutre.

47. Une autre difficulté, cette fois d'ordre pratique, mérite d'être signalée. C'est l'inexistence sur le marché d'un équipement qui permet de réaliser cette immobilisation dans les conditions prescrites par la loi. La Chambre des huissiers gagnerait en crédit à pourvoir le marché camerounais d'un tel équipement.

B - Opération d'appréhension face à l'incidence de la qualité de la personne détentrice du meuble litigieux

48. La plupart du temps le meuble se trouve entre les mains de celui que le titre exécutoire désigne comme étant la personne tenue de l'obligation de délivrer ou de restituer et qu'on appelle débiteur. Le meuble peut aussi se trouver entre les mains d'un tiers qui le détient pour le compte du débiteur.

I - Appréhension entre les mains du débiteur

49. Toute mesure d'exécution forcée portant sur un meuble corporel, doit être précédée d'un commandement préalable avant sa mise en œuvre. Cette voie d'exécution forcée est potentiellement attentatoire à la liberté et à la dignité humaine. Elle est, par ailleurs, susceptible d'entraîner des frais qui pourraient être importants. Il ne faut recourir à cette forme d'exécution qu'en cas d'absolue nécessité, en mettant préalablement en demeure par un commandement le débiteur de s'exécuter volontairement.

La saisie-appréhension apporte une dérogation à cette règle de commandement préalable. En possession du titre exécutoire, l'huissier de justice peut appréhender le meuble litigieux sans commandement préalable. C'est la règle, l'appréhension directe du meuble entre les mains du débiteur sans commandement préalable. Pour autant, la nécessité fondamentale de la mise en demeure préalable n'est pas sacrifiée. L'huissier de justice doit auparavant permettre au débiteur de s'exécuter volontairement en le mettant verbalement en demeure de le faire. Cette règle se comprend. Le meuble, par nature, est instable et, de ce fait, susceptible d'échapper facilement aux poursuites. Imaginez que le meuble litigieux soit un véhicule automobile que l'huissier de justice chargé de l'exécution rencontre au hasard de ses déplacements en stationnement à un coin de rue. La rapidité de l'appréhension et l'effet de surprise deviennent alors un gage d'efficacité. La formalité de commandement préalable n'est prescrite qu'à titre exceptionnel et dans l'hypothèse où le débiteur n'est pas physiquement présent sur les lieux de l'appréhension lors du passage de l'huissier de justice. Cette exception s'explique par la nécessité absolue de mettre le débiteur en demeure de s'exécuter volontairement. En l'absence du débiteur sur les lieux de l'appréhension, l'huissier ne peut procéder à l'appréhension du meuble. Il devra signifier un commandement préalable et laisser un délai de huit jours au débiteur pour s'exécuter.

a - Débiteur présent : appréhension sans commandement préalable

50. En présence du débiteur sur les lieux de l'appréhension, il est procédé directement à l'appréhension du bien sans commandement préalable. (*article 220 al. 1 AUBE*). Le commandement est alors remplacé par une série de formalités qui en tiennent lieu. L'huissier de justice doit présenter au débiteur le titre exécutoire en vertu duquel le bien est appréhendé. (*article 220 al. 1 AUBE*) L'huissier de justice est en outre tenu de poser au débiteur la question de savoir si au vu du titre qui lui est présenté, il s'offre à transporter le bien où il lui est indiqué (*article 220 al. 1 AUBE*). Le débiteur est ainsi mis en demeure de s'exécuter volontairement en parfaite connaissance des causes de la saisie programmée. Deux situations sont alors envisageables.

- Le débiteur s'offre à transporter à ses frais le bien au lieu et conditions indiqués.

L'huissier de justice dresse un acte dit acte de remise (*article 221 al. 1 AUBE*) Cet acte doit contenir un état détaillé du bien. Le bien peut être photographié et la photographie annexée à l'acte de remise (*article 221 al. 2 AUBE*). La mention de l'état détaillé du bien avec éventuellement une photographie dudit bien s'explique par le fait que l'acte de remise décharge le détenteur du bien de l'obligation de conservation. Pour cette même raison, l'acte de remise doit être remis au débiteur-détenteur qui vient de se libérer (*article 222 AUBE*).

C'est l'hypothèse la plus simple ; il n'est pas sûr que ce soit la plus fréquente.

- Le débiteur ne s'offre pas à effectuer le transport du bien. Aux termes de l'article

220 al. 1 AUBE, le bien peut être appréhendé immédiatement sans commandement préalable sur la seule présentation du titre exécutoire. L'huissier de justice dressera un acte dit acte d'appréhension dans les mêmes conditions que l'acte de remise sus-indiqué (*article 221 al. 1 AUBE*). Dans le cas où le bien est appréhendé sans commandement préalable, l'acte d'appréhension prévu à l'article 221 AUBE doit indiquer le juge compétent pour statuer sur une éventuelle contestation (*art 220 al. 2 AUBE*). Il faut noter que c'est par inadvertance que, pour prescrire cette formalité, l'article 220 al. 2 AUBE renvoie à l'article 219 au lieu de l'article 221.

51. Cette exigence de la présence physique du débiteur aux lieux de l'appréhension peut être une source de difficulté à propos des personnes morales. Personne fictive, comment appréhender la présence physique d'une personne morale aux lieux de l'appréhension ? Les personnes morales n'existent et n'agissent qu'à travers leurs organes dirigeants qui en sont les représentants légaux. La présence physique des personnes morales ne peut être appréhendée qu'à travers celle de ces organes dirigeants qui sont les personnes physiques. À défaut de présence physique des organes dirigeants au lieu de l'appréhension, la personne morale est censée être absente.

Toutefois il existe des fondés de pouvoirs désignés par ces organes et qui sont habilités à engager la personne morale en leur absence. Tout le problème est de pouvoir identifier les personnes pourvues de cette habilitation. Quand l'appréhension a lieu au siège social, la situation ne présente aucune difficulté. Pas plus que dans une succursale ou dans une agence de la personne morale. Les responsables de ces structures ont reçu délégation de pouvoir des organes dirigeants pour représenter la personne morale.

La situation est beaucoup plus compliquée lorsque le meuble litigieux se trouve entre les mains d'un préposé de la personne morale qui, manifestement, ne peut disposer d'aucun pouvoir de représentation, même par délégation. C'est le cas d'un véhicule automobile (ou même de tout autre meuble), surpris entre les mains du chauffeur de l'entreprise. Peut-on légitimement présumer, même se fondant sur la théorie du mandat apparent, que ce chauffeur représente la personne morale débitrice et en conclure que celle-ci est physiquement présente à travers la personne du chauffeur ? Une difficulté similaire s'est posée à propos de la signification adressée à une personne morale sur le point de savoir quand est-ce que la personne morale peut être considérée comme ayant été signifiée à personne. La réponse donnée à cette question est que la personne morale est signifiée à personne quand la signification est reçue par le représentant légal ou toute personne ayant reçu pouvoir à cet effet. Peut-on appliquer cette solution à ce problème posé dans la saisie-appréhension ? Dans l'affirmative, il faudrait alors savoir si le chauffeur a reçu pouvoir pour représenter l'entreprise dans une telle situation conflictuelle. Peut-il engager l'entreprise face à la question qui doit lui être posée de savoir s'il offre de conduire le véhicule à un endroit et dans les conditions qui doivent lui être indiquées ? Manifestement, il n'est pas dans les pouvoirs d'un chauffeur de gérer une telle situation.

b - Débiteur non présent : appréhension avec commandement préalable

52. La nécessité de donner au débiteur la possibilité de s'exécuter volontairement, exige que l'huissier lui signifie un commandement et lui laisse un délai raisonnable pour le faire. Le commandement dans la procédure de saisie-appréhension doit contenir injonction de délivrer ou de restituer le bien litigieux. Il est signifié à la personne tenue de délivrer ou de restituer, c'est-à-dire la personne visée dans le titre exécutoire. Le commandement, outre l'injonction de délivrer ou de restituer, doit contenir un certain nombre de mentions à peine de nullité (*art 219 AUBE*). Pour l'essentiel, il s'agit de :

- La mention du titre exécutoire en vertu duquel on exige la restitution ou la livraison du bien. Le débiteur tenu de restituer ou de délivrer doit être informé de l'existence de ce titre. Ce titre peut être signifié dans

le même exploit que le commandement s'il ne l'a déjà été par un exploit séparé.

- La mention que le débiteur, dans un délai de huit jours, peut transporter à ses frais le bien désigné en un lieu et dans les conditions qui doivent être indiquées. Cette mention est primordiale pour la saisie-appréhension. L'obligation de délivrer ou de restituer implique que le débiteur de l'obligation mette effectivement le créancier en possession du bien en cause. L'exécution de cette exigence peut entraîner des opérations matérielles extrêmement coûteuses. Il est donc souhaitable, la mesure de contrainte envisagée étant par ailleurs attentatoire à la dignité humaine, de permettre au débiteur de s'en charger lui-même à sa convenance plutôt que de lui en imputer les frais qu'il peut trouver exorbitants.
- L'indication susmentionnée doit être immédiatement assortie de l'avertissement qu'à défaut de remise dans le délai indiqué, le bien pourra être appréhendé et transporté à ses frais. Ainsi, le débiteur est averti des risques qu'il encourt s'il ne s'offre pas à remettre volontairement le bien.
- Le commandement doit indiquer le juge compétent pour statuer sur d'éventuelles contestations. Aux termes de l'article 219-4) AUGE, le juge compétent est la juridiction du domicile ou du lieu où demeure le destinataire de l'acte. Il ne peut s'agir que du juge chargé du contentieux de l'exécution en application de l'article 49 AUGE. La question de savoir si la contestation suspend l'exécution reste posée. En matière de saisie-vente le législateur communautaire a indiqué celles des contestations qui suspendent la saisie. Seules les contestations portant sur la propriété des biens saisis et celles portant sur la saisissabilité desdits biens suspendent l'exécution entreprise. Et cette suspension est limitée aux biens qui en sont l'objet. Peut-on appliquer cette solution à la saisie-appréhension ? Ici, la contestation portant sur la propriété ou sur la saisissabilité du meuble litigieux est, par hypothèse, tranchée dans le titre exécutoire. Cette contestation n'est plus concevable au niveau de l'exécution de la saisie-appréhension. Seule la contestation portant sur la régularité ou la validité des opérations d'exécution reste possible. À l'instar de ce qui se passe avec la saisie-vente, elle ne suspendrait pas l'exécution, sauf si le juge en dispose autrement.

Face à la signification du commandement, deux attitudes s'offrent au débiteur. Soit il remet le bien, soit il refuse de remettre le bien. Suivant l'attitude adoptée par le débiteur, l'huissier de justice dressera l'acte de remise ou l'acte d'appréhension dans les conditions prescrites à l'article 221 al. 1 AUGE. L'acte d'appréhension ne peut intervenir avant l'expiration du délai de huit jours imparti. L'acte de remise ou d'appréhension sera remis ou notifié au débiteur en application de l'article 222 AUGE.

Le législateur prévoit une procédure spécifique lorsque le meuble est détenu par un tiers.

II - Appréhension du meuble entre les mains d'un tiers

53. Comment appréhender le bien visé dans le titre exécutoire entre les mains d'un tiers, celui-ci, par définition, n'étant pas concerné par le titre exécutoire ? Dans cette hypothèse, l'huissier de justice n'a aucun moyen de coercition contre tiers détenteur. Le législateur communautaire a prévu une procédure spécifique qui commence par une sommation préalable à signifier au tiers détenteur (*article 224 al. 1 AUGE*). Cette formalité est fondamentale dans ce contexte.

Cette sommation doit contenir, à peine de nullité, (*art 224 al. 2 AUGE*) :

- Une copie du titre exécutoire délivré à l'encontre de la personne pour le compte de laquelle le tiers détient le bien litigieux. Le tiers à qui l'on demande de remettre le bien doit en effet prendre la mesure du sérieux de cette demande. À ce propos, il faut indiquer qu'il n'a pas besoin de savoir les raisons pour lesquelles le débiteur a été condamné à la restitution ou à la délivrance du bien. C'est pourquoi l'article 224 al. 2 prescrit que le tiers détenteur devrait se contenter du dispositif si le titre exécutoire est une décision de justice. Et il faut ici le signaler pour le déplorer, le dispositif de certains jugements ne donne aucune indication quant à la prestation à fournir par le débiteur. C'est le cas des dispositifs libellés ainsi : "par ces motifs. . . , fait droit à la demande". Dans une telle situation, l'huissier de justice sera bien obligé de donner au tiers la copie du jugement.
- Une injonction d'avoir, dans un délai de huit jours, soit à remettre le bien désigné, soit à communiquer à l'huissier de justice les raisons pour lesquelles le tiers s'oppose à la remise dudit bien. Cette option est offerte au tiers détenteur pour lui permettre de sauvegarder ses intérêts. Le tiers détenteur peut en effet avoir des droits à faire valoir sur le bien litigieux qui justifient qu'il s'oppose à sa remise. Mais il doit lever l'option dans un délai de huit jours. Faute de lever l'option dans le délai de huit jours, il pourrait causer un préjudice au créancier et être passible de dommages-intérêts (*art 224 al. 2 AUGE*).
- L'indication de la juridiction compétente devant laquelle les difficultés pourront le cas échéant être portées. De quelle juridiction s'agit-il ? L'article 224 al. 2-3 AUGE se limite à indiquer la juridiction territorialement compétente qui est celle du domicile ou du lieu où demeure le tiers détenteur. Pour ce qui est de la compétence d'attribution, qu'en application de l'article 49 AUGE, il ne peut s'agir que du juge chargé du contentieux de l'exécution.

La sommation délivrée au tiers doit être dénoncée au débiteur immédiatement (*art 224 al. 1 AUGE*). Le débiteur doit être en effet informé de la procédure engagée à l'encontre du tiers détenteur pour obtenir la remise du bien.

54. Face à la demande de remettre le meuble réclamé, le tiers détenteur a deux options.

- Faisant suite à la demande, le tiers détenteur remet le bien réclamé. L'huissier de justice dressera un acte dit "acte de remise" dans les conditions prescrites à l'article 221 AUYE.

- Face à la demande, le tiers détenteur s'oppose à la remise. L'opposition du tiers détenteur n'étant pas discrétionnaire, il doit communiquer à l'huissier de justice les raisons de son opposition (*art 224 al. 2 AUYE*). Cette information permet au créancier d'apprécier de la suite à donner aux poursuites engagées. A priori, il n'y a pas de raison de douter de la bonne foi du tiers détenteur qui se prévaut d'un droit sur le bien litigieux. Mais une éventuelle collusion entre ce dernier et le débiteur n'est pas à exclure ; auquel cas, le créancier devra réagir.

55. Si le créancier estime que les raisons avancées par le tiers détenteur ne sont pas fondées, il saisit le juge pour obtenir une décision contre le tiers détenteur (*article 225 al. 1 AUYE*). Mais de quel juge s'agit-il ? Aux termes de l'article 225 susdit, la juridiction territorialement compétente est la « *juridiction du domicile ou du lieu où demeure le tiers détenteur* ». Ainsi, non seulement, l'initiative de l'action en justice incombe au créancier et non au tiers détenteur, mais en plus, le tiers détenteur ne devrait pas avoir à se déplacer. Le législateur communautaire manifeste ainsi son souci de ne point causer de gêne au tiers détenteur. L'article 225 sus-indiqué ne désigne pas la juridiction compétente *rationae materiae* pour connaître de cet incident. Mais aux termes de l'article 49 AUYE, il ne peut s'agir que du juge chargé du contentieux de l'exécution. Le créancier dispose d'un délai d'un mois qui court à l'expiration du délai de huit jours imparti dans la sommation prévue à l'article 224 pour saisir le juge. Faute d'avoir agi dans ce délai d'un mois, la sommation délivrée au tiers détenteur est caduque. Il en est de même des mesures conservatoires qui ont pu être prises (*article 225 al. 2 AUYE*). Cela signifie concrètement que le créancier devra réitérer une nouvelle sommation pour autant que la procédure de saisie-appréhension entreprise ne soit pas périmée et que l'action du créancier n'ait pas été entre-temps prescrite. Le législateur a cependant réservé au tiers détenteur la possibilité, si bon lui semble, de prendre le devant et de saisir lui-même la juridiction compétente. (*article 225 al. 1 AUYE*)

Sur simple présentation qui lui est faite par l'huissier de justice de la décision rendue à son encontre, le bien est appréhendé entre les mains du tiers détenteur. (*article 226 al. 1 AUYE*). L'huissier de justice dressera un acte d'appréhension conformément aux dispositions de l'article 221 AUYE. Encore faut-il que le meuble appréhendé soit mis à la disposition du créancier.

§2 - Diligences complémentaires : sort final du bien appréhendé

56. L'appréhension du meuble litigieux est l'objet

et la finalité que poursuit la procédure de saisie-appréhension. Dès que le meuble est appréhendé, la procédure est arrivée au terme de son parcours, ayant atteint son objectif. Mais cette procédure s'inscrit dans une entreprise qui a pour but de permettre la délivrance ou la restitution d'un bien déterminé. L'entreprise vise en effet, soit la restitution du meuble à son légitime propriétaire, soit la délivrance du meuble à un créancier gagiste. Des suites complémentaires de la saisie-appréhension sont donc nécessaires pour permettre la réalisation parfaite de cette entreprise. Ces suites s'articulent autour de deux types de diligences : les diligences de fait et les diligences de droit.

A - Diligences de fait

57. Que l'entreprise dans laquelle s'inscrit la procédure de saisie-appréhension vise à restituer le meuble à son légitime propriétaire ou à le délivrer au créancier gagiste, le légitime propriétaire ou le créancier gagiste doit être mis en possession du bien appréhendé. C'est de cette manière que l'obligation de restituer ou de délivrer est exécutée. Faute par le débiteur de le faire, l'huissier de justice, pour achever sa mission, doit y pourvoir aux frais du débiteur. Les diligences de fait consistent donc dans l'enlèvement suivi du transport du bien appréhendé en un lieu déterminé où il sera mis à la disposition du créancier.

B - Diligences de droit

58. Les diligences de droit prolongent les diligences de fait pour parachever l'entreprise engagée. Une fois le bien litigieux appréhendé et restitué ou délivré au créancier, la personne tenue de l'obligation doit être formellement déchargé de cette obligation. Mais l'accomplissement de cette formalité de décharge varie en fonction de la finalité que poursuit l'entreprise.

I - Restitution du bien appréhendé au légitime propriétaire

59. Lorsque l'huissier a remis le bien litigieux à son légitime propriétaire, il doit en informer le débiteur de l'obligation en lui transmettant une copie de l'acte de remise ou d'appréhension prévu à l'article 221 AUYE. C'est à cette fin que répond la prescription de l'article 222 AUYE aux termes duquel, « *si le bien a été appréhendé pour être remis à son propriétaire, une copie de l'acte prévu par l'article 221 ci-dessus est remise ou notifiée par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception ou par tout autre moyen laissant trace écrite à la personne tenue, en vertu du titre exécutoire, de délivrer ou de restituer le bien* ».

II - Remise du bien appréhendé au créancier gagiste

60. Dans ce contexte, le bien est appréhendé pour être ultérieurement vendu en réalisation du gage dont il est l'objet. Dans cette perspective, la procédure de saisie-appréhension est immédiatement suivie par la mise en œuvre de la procédure de saisie-vente. Deux conséquences s'en dégagent. D'abord, l'acte de remise ou d'appréhension prévu à l'article 221 doit être notifié au débiteur pour le décharger de son obligation, mais, dispose, il « *vaut saisie sous la garde du créancier* » (article 223 AUBE). Attention, il y a ici une entorse au principe suivant lequel le débiteur est toujours gardien. L'appréhension du meuble, en ce qu'elle constitue la saisie, devrait donc déployer ses effets juridiques en vue d'aboutir à la vente du bien saisi. Par conséquent, les diligences qui suivent cet acte de saisie sont celles de la procédure de saisie-vente adaptées au contexte. Dans cette perspective et c'est la seconde conséquence, l'article 223 al. 2 AUBE prescrit la remise ou la signification par l'huissier de justice au débiteur d'un acte contenant à peine de nullité :

- Une copie de l'acte de remise ou d'appréhension, selon le cas.

- L'indication du lieu où le bien est déposé. Dans la perspective d'une vente amiable, le débiteur doit pouvoir indiquer à un éventuel acquéreur le lieu où il peut examiner le bien.
- Le décompte distinct des sommes réclamées. Cette mention, propre à la saisie-vente, permet au débiteur de connaître exactement le montant de la somme qui sera prélevée sur le produit de la vente.
- l'indication en caractères très apparents que le débiteur dispose d'un délai d'un mois pour procéder à la vente du bien saisi et de la date à partir de laquelle, à défaut de vente amiable dans ce délai, il pourra être procédé à la vente forcée. Cette mention est encore une mention spécifique à la saisie-vente.
- la reproduction des articles 115 à 119 AUBE réglant la vente amiable.

À l'expiration du délai d'un mois imparti au débiteur pour vendre le bien, il sera procédé à la vente forcée dudit bien conformément aux articles 120 à 128 AUBE.

Didier NGANKO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

C

Commandement 27, 49, 50, 52
 Concertation 38
 Créancier 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 13, 14, 16, 19, 20, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60

D

Débiteur 1, 6, 7, 10, 11, 15, 16, 19, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 34, 35, 41, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 59, 60
 Délai de grâce 10, 21

E

Exécution forcée 1, 2, 4, 6, 12, 23, 24, 30, 36, 46, 49

F

Force publique 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43
 Formule exécutoire 4, 39, 40

G

Gage 5, 6, 11, 13, 16, 18, 19, 20, 30, 31, 49, 60

H

Huissier de justice 6, 9, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 60

I

Immunité 10, 11, 12, 13, 14, 15
 Insaisissabilité 10, 16, 18

O

Obstacle 2, 10, 15, 18, 19, 20, 21, 37

P

Procédure collective 10, 19, 20

R

Remise 1, 18, 28, 50, 52, 53, 54, 59, 60
 Restitution 9, 18, 52, 53, 56

S

Saisie-appréhension 1, 2, 3, 4, 8, 9, 10, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 28, 46, 49, 51, 52, 55, 56, 57
 Somation 6, 7, 53, 55

SAISIE-REVENDEICATION

Table des matières

Introduction n° 1-2

§1 - **Domaine de la saisie-revendication**, 3-41.

A - Biens concernés par la saisie-revendication, 4-18.

B - Obligations concernées par la saisie-revendication, 19-41.

I - Obligation de délivrer 20-26

II - Obligations de restituer, 27-41

§2 - **Déroulement et issue de la saisie-revendication**, 42-50.

A - Mise en œuvre et effets de la procédure de la saisie-revendication, 43-47.

I - Mise en œuvre de la saisie-revendication 44

II - Effets de la saisie-revendication, 47.

B - Suite et incidents de la saisie-revendication, 48-50.

I - Suite de la saisie-revendication, 49

II - Incidents de la saisie-revendication, 50.

1. La saisie-revendication est la procédure par laquelle le titulaire d'un droit de suite sur un meuble corporel détenu par un tiers met cette chose sous la main de justice jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le droit réclamé par le saisissant. Comme la saisie-appréhension, c'est une saisie à fin de remise d'un bien meuble corporel.

La saisie-revendication existait déjà dans les anciennes législations des pays de l'espace OHADA. Au Cameroun, le code de procédure civile et commerciale traitait cette matière en ses articles 384 et suivants.

L'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUVE) régit la procédure de saisie-revendication dans les dispositions des articles 227 à 235.

La saisie-revendication, mesure conservatoire, a été théoriquement conçue pour permettre à toute personne dépourvue d'un titre exécutoire mais apparemment fondée à requérir la délivrance ou la restitution d'un bien meuble corporel, de le rendre, en attendant sa remise, indisponible entre les mains de tout détenteur. Mais bien souvent en pratique, avec la procédure d'injonction de délivrer ou de restituer, le créancier de la remise n'aura pas toujours intérêt à pratiquer d'emblée une saisie-revendication. Il est en effet plus simple, plus rapide et moins coûteux

Bibliographie

- ANABA MBO (A.), (2000), La nouvelle juridiction présidentielle dans l'espace OHADA : l'endroit et l'envers d'une réforme multiforme, in Rev. Cam. dr. 2000, Aff. N° 3.
- ANOUKAHA (F). et TJOUEN (A.-D.), Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA, Coll. Droit Uniforme, Yaoundé, PUA. 1999
- ASSI-ESSO (A. M.), OHADA, Traité et Actes Uniformes commentés et annotés, 2^e, Juriscope. (1999),
- GUINCHARD (S). et T. MOUSSA, Droit et pratique des voies d'exécution, Dalloz. 1999
- ISSA-SAYEGH (J.), Présentation générale de l'Acte Uniforme OHADA sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, Penant, n° 827. 1998,
- WANDJI KAMGA (A.-D.), Le droit à l'exécution forcée, réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français, Thèse de droit en cotutelle UYII et U. Limoges. 2009

pour lui de commencer par solliciter du Président du Tribunal compétent en matière d'exécution, une ordonnance d'injonction de délivrer ou de restituer qui, une fois rendue exécutoire, lui ouvrira immédiatement la voie de la saisie-appréhension. Ce n'est qu'en cas d'opposition de la personne tenue de la remise en attendant le résultat de l'instance du fond que ce recours l'aura contraint d'engager, qu'il aura intérêt à pratiquer une saisie-revendication.

2. Il est de bonne méthode d'envisager la mise en œuvre, les effets et les incidents de la saisie-revendication (§II) après en avoir déterminé le domaine d'application et les conditions préalables (§I).

§I - **Domaine de la saisie-revendication**

3. L'article 227 de l'AUVE dispose que la saisie-revendication est l'apanage de toute personne apparemment fondée à obtenir la délivrance ou la remise d'un bien meuble. Il existe une pluralité d'hypothèses qui justifient le déclenchement d'une saisie-revendication. Le champ d'application de cette procédure de saisie-revendication dépend à la fois

de la nature du meuble réclamé (A) et des obligations dont il est l'objet (B).

A - Biens concernés par la saisie-revendication

4. Il s'agit des biens meubles corporels que le débiteur est tenu de livrer ou de restituer au créancier, ce qui exclut les biens immeubles y compris les immeubles par destination.

I - Corps certain

5. Son identification aisée en permet la saisie-revendication sans difficulté. La propriété est transmise à l'acquéreur dès l'échange des consentements (art 1583 du code civil). Sont concernés, non seulement les biens corporels proprement dits, mais également tous les éléments accessoires indispensables à leur utilisation à savoir le mode d'emploi, le bon de garantie, le certificat d'immatriculation automobile et le certificat d'authenticité ou d'origine.

II - Choses de genre

6. Si la saisie doit porter sur une chose de genre, il faut que celle-ci ait été préalablement individualisée. En effet, les choses de genre sont interchangeable et fongibles entre elles. Leur acquéreur n'en devient propriétaire qu'après que le vendeur les ait individualisées en les séparant de l'ensemble dont elles font partie, par leur comptage, pesage ou mesurage. La revendication peut s'exercer sur toutes les catégories de choses mobilières, y compris les choses fongibles. Si le caractère fongible d'un bien ne fait pas, par lui-même, obstacle à sa revendication, celle-ci ne peut aboutir que dans la mesure où le bien en cause n'a pas été confondu avec d'autres de même espèce.

III - Choses consommables

7. Le problème d'identification est réel lorsque la restitution est poursuivie en vertu d'un mutuum (*prêt de consommation*) dans lequel l'emprunteur ne peut plus remettre la chose empruntée qu'il a consommée. Il est tenu de rendre des choses de mêmes espèces, équivalentes en quantité et qualité (art. 1982 et 1902 C. civil). Il faut relever à cet égard que l'emprunteur devient propriétaire des choses consommables qui lui sont prêtées (art. 1893 C. Civ). Il est en effet impossible d'utiliser les choses consommables sans les prérogatives du propriétaire, notamment le droit de détruire.

8. Il faut noter que si l'emprunteur est dans l'impossibilité de satisfaire à son obligation de restitution, il est

tenu d'en payer la valeur (art 587 C. Civ). Ce qui, dans ce cas, rend impossible toute saisie-revendication. Si l'usufruit porte sur des choses fongibles, l'usufruitier est tenu d'une obligation analogue à celle de l'emprunteur. Il a le droit de s'en servir mais à charge pour lui de rendre à la fin de l'usufruit, soit des choses de mêmes quantité et qualité, soit leur valeur estimée à la date de leur restitution, (art 587 C. Civ).

IV - Meubles saisissables

9. L'insaisissabilité de certains biens peut effectivement se justifier en matière de saisie-revendication mobilière, lorsque la saisie est pratiquée par le propriétaire qui entend entrer ou rentrer en possession. L'objection est en effet judiciaire chaque fois que la propriété est invoquée pour elle-même. Elle est en revanche discutable lorsque la propriété est fondée sur une fiction et n'a été acquise ou conservée qu'à titre de garantie, dans le cadre d'une location-vente ou d'une vente avec réserve de propriété et qu'elle dissimule ouvertement d'ailleurs, une opération de crédit (financement ou vente à tempérament). Il y a dérogation à l'insaisissabilité des biens nécessaires à la vie et au travail du débiteur, lorsque la saisie est pratiquée pour le paiement du prix d'achat ou de fabrication des sommes prêtées pour leur acquisition, fabrication ou réparation.

V - Souvenirs de famille

10. La conservation des souvenirs de famille à l'instar des décorations, portraits, trophées, manuscrits est un droit existant au profit de ses membres. Ces biens spécialement affectés sont en conséquence indisponibles entre les mains de leurs attributaires et leur valeur vénale ne peut leur faire perdre cette qualité. Leur revendication par les membres non-attributaires est fondée, lorsqu'ils ont été confiés à un tiers pour être vendus aux enchères publiques.

11. Il s'agit d'une jurisprudence prétorienne qui se maintient en dépit de certains enjeux financiers. Celui qui reçoit des souvenirs de famille à l'occasion d'un partage n'en est que dépositaire (*Req. 30 juin 1942. JCP 1943. II 2254, note R. S*). Les critères de qualification doivent démontrer que les biens qualifiés de souvenirs sont chargés d'une forte affectuosité et qu'ils entretiennent la mémoire d'un ancêtre disparu. Il faut donc, s'il s'agit par exemple d'une correspondance, qu'elle intéresse la famille, émane de ses membres, ou leur soit adressée.

VI - Véhicules terrestres à moteur

12. Comme tous les meubles corporels, les véhicules terrestres à moteur peuvent être appréhendés

ou saisie-revendiqués par celui qui est en droit d'en réclamer la remise.

VII - Titres au porteur

13. Les titres au porteur dans lesquels se trouvent incorporées les créances qu'ils constatent, sont considérés comme des meubles corporels susceptibles de tradition manuelle et pour lesquels la présomption de l'art. 2279 du code civil pouvait être traditionnellement opposée.

Les articles 236 et suivants de l'AUVE consacrent la saisissabilité des droits d'associés et des valeurs mobilières soit auprès de la société ou de la personne morale émettrice, soit auprès du mandataire chargé de conserver ou de gérer les titres.

VIII - Logiciels et progiciels

14. Ce sont des meubles incorporels sur lesquels le créateur qui conserve son droit de propriété intellectuelle, ne concède qu'un droit d'usage insusceptible de revendication. Cependant le support est un bien matériel, qui, lui, est susceptible d'être revendiqué et qui devrait se prêter à la saisie-revendication s'il peut être séparé ou dissocié. En revanche, lorsqu'il constitue avec les matériels qu'il équipe, par la nature ou la fonction de son programme, une véritable universalité, la revendication devrait être impossible.

IX - Meubles immobilisés par destination ou incorporation

15. Les meubles que le propriétaire d'un fonds affectés au service d'un immeuble, ou y a attaché à perpétuelle demeure, deviennent immeubles par destination en vertu des articles 529 et 525 du Code Civil. Ils sont en principe, insaisissables isolément, indépendamment de l'immeuble auquel ils se rattachent. Il en va de même de tout ce qui s'unit ou s'incorpore à l'immeuble et notamment des constructions, plantations et ouvrages faits par le propriétaire du sol avec des matériaux ne lui appartenant pas. Leur propriétaire impayé ne peut les enlever, (*art. 551 et 554 du Code Civil*).

X - Meubles incorporés dans un autre meuble

16. L'accession par adjonction, incorporation ou fusion est un mode d'acquisition de la propriété mobilière qui peut faire obstacle à la revendication de l'accessoire uni au principal dont il suit la condition (*art. 566 à 577 du code civil*).

17. La revendication des meubles vendus avec clause de réserve de propriété est possible s'ils se retrouvent en

nature au moment de l'ouverture d'une procédure collective ; même s'ils ont été incorporés dans un autre bien mobilier. Il faut cependant que la récupération puisse s'effectuer sans dommage, tant pour les choses revendiquées que pour le meuble dans lequel elles ont été incorporées.

18. La revendication peut aussi s'effectuer en nature même si elle implique une dégradation pour le bien auquel la chose réclamée a été jointe, dès lors que l'incorporation a eu lieu à l'insu du propriétaire (*art. 568 C. civ*). Il en va également ainsi en cas de mélange de plusieurs matières, même si la chose nouvelle doit être divisée, (*art. 573 C. civ*), dès lors que les matières peuvent être séparées sans inconvénients.

B - Obligations concernées par la saisie-revendication

19. Il s'agit des obligations de délivrer et de restituer.

I - Obligation de délivrer

20. La créance de livraison ou de délivrance résulte des contrats courants, comme le transport, la vente ou la location, ou moins répandus comme l'échange.

a - Acquéreur du meuble

21. L'acheteur d'un corps certain en devient propriétaire dès l'échange des consentements (*art. 1583 C. civ*) et créancier de la délivrance, c'est-à-dire du transport de la chose vendue en sa puissance et possession (*art. 1604 C. civ*). L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et plus généralement, tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel, Art. 1615 C. civ. Ainsi pour un véhicule, la remise à l'acheteur des documents administratifs s'y rapportant (certificat d'immatriculation automobile, vignette) constitue une obligation contractuelle essentielle du vendeur. De même pour la viande vendue à l'exploitation, le certificat de salubrité constitue un document accessoire indispensable.

Toutefois, le transfert de propriété est retardé lorsque la vente porte sur une chose de genre. Dans ce cas, la propriété n'est transmise à l'acquéreur que lorsque le bien vendu est individualisé, c'est-à-dire isolé de l'ensemble dont il fait partie par le comptage, le pesage ou le mesurage (*art. 1585 du code civil*). Cette opération convertit la chose de genre en corps certain. Si la vente de biens fongibles est effectuée en bloc et que le comptage, le pesage ou le mesurage n'est pas une condition de son individualisation mais de détermination de son prix, le transfert de la propriété suit le régime du corps certain (*art. 1586 C. civ*). C'est le cas par exemple de la vente de l'intégralité d'une récolte située sur un terrain déterminé.

22. En cas de contretemps, l'acquéreur est fondé à demander sa mise en possession si le retard ne vient que du fait du vendeur (*art. 1610 C. civ.*). Il doit en avoir payé le prix, sauf si celui-ci est payable à terme (*art. 1612 C. civ.*). L'acquéreur peut exiger la délivrance de la chose même si, en vertu d'une clause contractuelle, le transfert de la propriété est réservé jusqu'au règlement intégral du prix.

b - Coéchangiste

23. Il se trouve dans une situation très comparable à celle de l'acheteur. En effet, l'échange s'opère par l'effet du seul échange des consentements de la même manière que la vente dont la plupart des règles s'appliquent (*art. 1703 et 1707 C. civ.*).

Il peut donc exiger la livraison de la chose promise, sauf s'il n'était pas propriétaire de celle qu'il a lui-même remise à son copermutant (*art. 1704 C. civ.*).

c - Locataire ou crédit preneur d'effets mobiliers

24. Bien que non-propriétaire, le preneur qui n'a pas obtenu la délivrance de la chose louée est en droit de réclamer du bailleur l'exécution de cette obligation. Le crédit preneur peut également réclamer la délivrance de la chose objet du crédit-bail.

d - Destinataire d'un transport

25. Il est créancier de la livraison du ou des biens transportés qu'il en soit lui-même l'expéditeur ou que ces biens lui aient été envoyés par un tiers. Le transporteur peut toutefois lui opposer son droit de rétention s'il n'a pas reçu paiement.

e - Créancier gagiste

26. Le créancier gagiste qui bénéficie d'un gage sans dépossession peut, lorsque le recouvrement de sa créance est menacé à la suite de plusieurs incidents de paiement, demander à rentrer en possession du bien donné en garantie en vue de sa réalisation. Dans la conception classique du gage, la sécurité du créancier réside dans sa mise en possession de la chose gagée. Celle des tiers tient au fait que ce bien n'apparaissant plus dans le patrimoine de leur débiteur, ils ne peuvent pas compter sur celui-ci pour être désintéressés.

Toutefois, ce système rigide constituait un obstacle sérieux aux développements des affaires et du crédit. De nos jours le législateur a organisé au profit des vendeurs à tempérament ou des établissements financiers des gages sans dépossession ou, plus exactement, sans déplacement de possession, dans la mesure où la

mise en possession du créancier résulte fictivement de l'inscription de la sûreté sur un registre spécial dont il est délivré récépissé. Le gage et le nantissement sans dépossession sont actuellement réglementés par l'Acte uniforme OHADA portant organisation des Sûretés (*art. 44 à 62 pour le gage et art. 64 à 105 pour les nantissements sans dépossession*).

II - Obligations de restituer

27. La plupart des contrats comportant une obligation de délivrance impliquent aussi, à leur expiration ou à la suite de leur résolution ou résiliation, une obligation de restitution. Cependant, les hypothèses de restitution débordent largement le cadre conventionnel, notamment en cas de dépossession.

a - Vendeur au comptant impayé

28. Lorsque la vente a été conclue sans terme, le vendeur impayé peut revendiquer les effets mobiliers vendus dans les huit jours de leur livraison, s'ils sont encore en la possession de l'acheteur et, dans l'état où ils se trouvent lors de leur délivrance (*art 2102 C. Civ.*). Il s'agit d'un prolongement de son droit de rétention qui ne lui confère aucun droit de suite lui permettant d'exercer son action en revendication contre le sous-acquéreur (*Civ 19 Fév. 1894. DP 1894.1.413*). Mais l'acquéreur est réputé demeuré en possession, si les effets vendus ont été confiés à un détenteur précaire.

b - Vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété

29. La clause de réserve de propriété est une véritable sûreté qui permet au vendeur de se garantir contre les risques d'impayés en subordonnant le transfert de propriété au règlement intégral du prix. Le vendeur resté propriétaire peut ainsi, en cas de défaillance de l'acheteur, revendiquer les effets vendus. La clause de réserve de propriété apparaissant comme une condition suspensive, le défaut de paiement du prix entraîne la caducité de la vente et non sa résiliation et le vendeur est tenu de restituer les acomptes perçus ou l'excédent de valeur, si la vente des marchandises restituées est supérieure au solde de la créance.

La clause de réserve de propriété est transmissible par voie de subrogation. Le paiement avec subrogation éteint la créance à l'égard du créancier primitif mais la laisse subsister à l'égard du subrogé qui est généralement un organisme de financement ou un assureur ayant désintéressé celui-ci en vertu d'un contrat d'assurance-crédit. Ce subrogé se trouve donc investi de la créance sur le prix avec tous ses accessoires, notamment la propriété réservée. Il s'en suit que la revendication est ouverte sans

qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elle est exercée par le vendeur ou par un tiers subrogé dans ses droits, même si ce tiers bénéficie par ailleurs d'une sûreté spéciale, notamment d'un gage. La revendication qui porte sur un corps certain, n'est pas susceptible d'exécution partielle de telle sorte que la restitution doit porter sur toutes les marchandises, (en l'espèce les véhicules), même si le tiers subrogé n'a versé que le solde du prix.

c - Vendeur dont le contrat a été annulé, résolu ou résilié

30. Dans toutes ces hypothèses, le vendeur recouvre la propriété de la chose vendue dont il peut réclamer la restitution à l'acquéreur, mais ce dernier conserve un droit de rétention jusqu'au remboursement du prix ou des acomptes perçus.

d - Bailleur des meubles

31. Il peut réclamer la chose louée à l'expiration de la période prévue au contrat avant cette expiration, si le contrat est résilié judiciairement ou par l'effet d'une clause résolutoire de plein droit.

e - Crédit-bailleur

32. Le crédit-bail est, à l'instar de la clause de réserve de propriété dans la vente, une sûreté permettant à l'organisme de financement, de se ménager une solide garantie en cas d'impayé. En restant propriétaire du bien financé jusqu'au terme du contrat, il peut réclamer la restitution dès lors que les loyers sont impayés. Le contrat contient le plus souvent une clause de résiliation de plein droit dès le premier incident de paiement. Dans la pratique, il est admis que le crédit-bailleur peut recourir à la saisie-revendication.

Toutefois, même s'il a fait publier son droit, le crédit-bailleur ne peut revendiquer le bien dont il est propriétaire contre le sous-acquéreur de bonne foi, qui bénéficie de l'application de l'art. 2279 du Code Civil.

f - Bailleur d'immeuble

33. Le propriétaire peut revendiquer et saisir les meubles garnissant la ferme ou la maison donnée en location s'ils ont été déplacés sans son consentement, dans un délai de 40 jours pour la ferme, et de quinze jours pour la maison (art. 2102 du Code civil). Si les meubles déplacés ont été achetés dans une vente publique, une foire ou un marché ou chez un marchand vendant des choses pareilles, le bailleur doit rembourser à l'acheteur, s'il veut les revendiquer, le prix qu'ils lui ont coûté (art. 2280 C. civ). L'acheteur peut lui opposer son droit de rétention.

g - Déposant

34. Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue, soit dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution ou, en tout cas, ce qu'il a reçu en échange si cette chose a été enlevée par une force majeure (art. 1932 et 1934 C. civ). Il doit aussi restituer les fruits (art. 1936 C. civ).

35. Il importe peu que le déposant soit ou non propriétaire de la chose, (Art. 1937 et 1938 C. civ). Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, même si le contrat a fixé un délai déterminé pour la restitution, sauf si une saisie a déjà été faite entre les mains du dépositaire (art. 1944 C. civ). Celui-ci peut, s'il n'est pas payé, opposer son droit de rétention, Art 1948. C. civ.

h - Maître d'ouvrage

36. Celui qui a confié à un professionnel la fabrication, la transformation, la réparation ou le nettoyage d'une chose est en droit d'en réclamer la restitution lorsque l'ouvrier, l'artisan ou l'entrepreneur a terminé l'ouvrage. Il doit en être ainsi, en cas de fabrication, que la matière employée à former la chose nouvelle lui appartienne ou non en tout ou partie. Ce droit d'exiger la remise résulte ou s'induit des textes relatifs à l'accession mobilière (art. 570, 571 et 574 C. civ).

La demande de restitution peut se heurter au droit de rétention du professionnel impayé, Art 570 C. civ. ou à son droit de conserver la chose si le coût de la main-d'œuvre surpasse de beaucoup la valeur employée contre remboursement de cette valeur, (Art. 571 C. civ).

i - Prêteur à usage

37. L'emprunteur ou commodataire est tenu de rendre la chose à celui qui la lui a prêtée (art. 1875 C. civ). Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée, (Art. 1877 C. civ). Le prêteur peut réclamer la restitution de l'objet prêté à l'expiration du délai convenu ou, à défaut, lorsqu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée (art. 1888 C. civ). Il peut la réclamer avant ces événements s'il justifie d'un besoin pressant (art. 1889 C. civ). L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation avec ce que le prêteur leur doit (art. 1885 C. civ).

j - Mandant

38. Le mandataire est tenu, non seulement de rendre compte de sa gestion, mais encore de remettre à son mandant tout ce qu'il a reçu en vertu de la procuration, et ce, même si ce qu'il a reçu ne lui était pas dû, art. 1993 C. civ. S'il s'agit des meubles corporels, leur saisie-appré-

hension ou leur saisie-revendication est envisageable dès lors que la restitution n'est pas spontanée.

k - Débiteur gagiste

39. Il peut exiger la restitution du gage lorsqu'il a payé intégralement en principal, intérêts et frais, la dette qui en est affectée, et le cas échéant, celle contractée postérieurement à la mise en gage et devenue exigible avant le règlement de la première, (art. 2082 C. civ). Il est également en droit d'exiger cette restitution, lorsque le détenteur du gage étant indivisible, l'héritier du débiteur qui a payé sa quote-part de la dette ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la somme due n'est pas entièrement payée.

À noter que le créancier-gagiste qui a reçu une chose périssable peut restituer une chose semblable ou d'une valeur équivalente.

l - Propriétaire possesseur ou dépossédé

40. L'article 2279 alinéa (1) du code civil fait en principe obstacle à la revendication contre le possesseur en vertu de sa fonction acquisitive de la propriété. Le possesseur qui a reçu un bien d'un non-propriétaire en devient lui-même propriétaire, ce qui interdit la revendication par le véritable titulaire de son droit de propriété (Re 21 Nov 1927. DP 1928.1.172). Il existe cependant deux exceptions. D'abord lorsque le possesseur a reçu la chose de mauvaise foi, la revendication est possible pendant trente ans. Ensuite la chose a été perdue ou volée, la revendication est autorisée pendant trois ans, à compter de cet événement. Il y a seulement lieu de préciser que la revendication est ouverte aux propriétaires, copropriétaires, usufruitiers, détenteurs précaires et créanciers gagistes dès lors qu'ils ont perdu la possession.

m - Héritier tenu au rapport.

41. Celui qui a bénéficié d'une libéralité soumise au rapport ou à réduction en nature peut être contraint de s'exécuter, sous réserve de son droit de rétention pour le remboursement de ses impenses ou améliorations, (art. 862 C. civ).

Le champ d'application de la saisie-revendication étant largement abordé, il convient de s'intéresser à ce stade à sa mise en œuvre, aux effets, à la suite et aux incidents de ladite procédure.

§2 - Déroulement et issue de la saisie-revendication

42. Avant d'évoquer la suite et les incidents de la saisie-revendication (B), il convient d'aborder au préalable la mise en œuvre et les effets de ladite procédure (A).

A - Mise en œuvre et les effets de la procédure de la saisie-revendication

43. La saisie ne produit des effets (II) qu'après sa mise en œuvre (I).

I - Mise en œuvre de la saisie-revendication

44. En vertu de l'article 227 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution, « toute personne apparemment fondée à requérir la délivrance ou la restitution d'un bien meuble corporel peut, en attendant sa remise, le rendre indisponible au moyen d'une saisie-revendication. Exception faite du cas où le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire, une autorisation préalable délivrée sur requête par la juridiction compétente est nécessaire.

La requête est formée auprès de la juridiction du domicile ou du lieu où demeure la personne tenue de délivrer ou de restituer le bien. La décision portant autorisation désigne le bien qui peut être saisi ainsi que l'identité de la personne tenue de délivrer ou de restituer. Cette autorisation est opposable à tout détenteur du bien désigné ».

45. Avant de procéder à la saisie, l'huissier de justice doit présenter à la personne tenue de la remise ou au tiers détenteur, l'autorisation de la juridiction compétente ou l'un des titres permettant la saisie, laquelle peut avoir lieu en tout lieu. Si la saisie est pratiquée dans un local servant à l'habitation d'un tiers détenteur du bien, une autorisation spéciale de la juridiction compétente est nécessaire, (art. 230 de l'AUVE). S'en suit par l'huissier de justice, le rappel de ses obligations au détenteur du bien. Selon l'art. 231 de l'AUVE, après avoir rappelé au détenteur du bien qu'il est tenu de lui indiquer si ce bien a fait l'objet d'une saisie antérieure et le cas échéant, de lui en communiquer le procès-verbal, l'huissier ou l'agent d'exécution dresse un acte de saisie qui contient à peine de nullité :

1. Les noms, prénoms et domiciles des créanciers et débiteurs ou, s'il s'agit de personnes morales, leurs forme, dénomination et siège social.
2. Mention de l'autorisation de la juridiction compétente qui est annexée à l'acte, ou mention du titre en vertu duquel la saisie est pratiquée ;
3. La désignation détaillée du bien saisi ;
4. Si le détenteur est présent, sa déclaration au sujet d'une éventuelle saisie antérieure sur le même bien ;
5. La mention, en caractères très apparents que le bien

saisi est placé sous la garde du détenteur qui ne peut ni l'aliéner, ni le déplacer sauf dans le cas prévu par l'Art. 103 de l'AUVE, sous peine de sanctions pénales et qu'il est tenu de faire connaître la saisie-revendication à tout créancier qui procéderait à une saisie sur le même bien ;

6. La mention, en caractères très apparents, du droit de contester la validité de la saisie et d'en demander la mainlevée à la juridiction du domicile ou du lieu où demeure le débiteur ;

7. La désignation de la juridiction devant laquelle seront portées les contestations relatives à l'exécution de la sécurité ;

8. L'indication, le cas échéant, des noms, prénoms et qualités des personnes qui ont assisté aux opérations de saisie, lesquelles doivent apposer leur signature sur l'original et les copies ; en cas de refus, il en est fait mention dans l'acte ;

9. L'élection de domicile dans le ressort territorial juridictionnel où s'effectue la saisie si le créancier n'y demeure pas ; il peut être fait à ce domicile élu, toute signification ou offre ;

10. La reproduction des textes pénaux relatifs au détournement d'objets saisis ainsi que celle des articles 60, 61, 227 et 228 de l'AUVE ;

L'huissier ou l'agent d'exécution peut photographier les biens saisis dans les conditions présentées par l'Art. 45 de l'AUVE.

Conformément à l'art. 232 de l'AUVE, l'acte de saisie est remis au détenteur en lui rappelant verbalement les mentions portées aux 5/et 6/de l'art. 231 ci-dessus. Il en est fait mention dans l'acte si la saisie a été pratiquée entre les mains d'un tiers, détenteur du bien, l'acte est également signifié dans un délai de huit jours, au plus tard, à celui qui est tenu de le délivrer ou de le restituer.

46. Lorsque le détenteur n'a pas assisté aux opérations de saisie, une copie de l'acte lui est également signifiée, en lui impartissant un délai de huit jours pour qu'il porte à la connaissance de l'huissier ou de l'agent d'exécution toute information relative à l'existence d'une éventuelle saisie antérieure et qu'il lui communique le procès-verbal. Selon l'art. 233 de l'AUVE, « à tout moment, le Président de la juridiction compétente peut autoriser sur requête, les parties entendues ou dûment appelées, la remise du bien à un séquestre qu'il désigne ».

Si le détenteur se prévaut d'un droit propre sur le bien saisi, il en informe l'huissier ou l'agent d'exécution par lettre recommandée avec avis de réception ou tout autre moyen laissant trace écrite, à moins qu'il n'en ait fait la déclaration au moment de la saisie. Dans un délai d'un mois, il appartient au saisissant de porter la contestation devant la juridiction du domicile ou du lieu où demeure le détenteur (*art. 234 (1) de l'AUVE*).

II - Effets de la saisie-revendication

47. La saisie-revendication n'étant qu'une mesure

conservatoire, elle ne peut aboutir à l'appréhension matérielle du bien revendiqué. Elle tend seulement à le rendre indisponible entre les mains du détenteur. Selon l'art. 234 al 2 et 3 de l'AUVE, le bien demeure indisponible durant l'instance.

À défaut de contestation dans le délai d'un mois, l'indisponibilité cesse.

B - Suite et les incidents de la saisie-revendication

48. Les incidents de la saisie-revendication seront abordés après l'examen de la suite cette procédure.

I - Suite de la saisie-revendication

49. La saisie-revendication n'est qu'une mesure conservatoire qui tend à rendre le bien indisponible en attendant sa remise, remise qui ne peut être obtenue que sur présentation d'un titre être exécutoire en prescrivant la délivrance ou la restitution. Lorsque la personne qui a pratiqué la saisie-revendication s'est procuré un titre en l'occurrence un jugement, un arrêt, une ordonnance d'injonction de délivrer ou de restituer le bien saisi, l'art. 235 de l'AUVE dispose qu'il est procédé comme en matière de saisie-appréhension, ainsi qu'il est dit aux articles 219 à 226 de l'AUVE.

La saisie-revendication est donc convertie en saisie-appréhension. En réalité l'on ne se trouve pas en présence d'une véritable conversion de la saisie-revendication en saisie-appréhension. Il s'agit plutôt d'une succession de saisie, l'indisponibilité juridique de la saisie-revendication étant survie par la remise ou par l'appréhension matérielle consécutives à la saisie-appréhension.

II - Incidents de la saisie-revendication

50. La saisie-revendication peut faire l'objet de diverses contestations. Aux termes de l'art. 228 de l'AUVE « la validité de la saisie-revendication est soumise aux conditions édictées pour les mesures conservatoires par les articles 60 et 61 de l'AUVE (voir entrée. Si ces conditions ne sont pas réunies, la mainlevée de la saisie peut être ordonnée à tout moment, même dans les cas où le demandeur se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice non encore exécutoire.

La demande de main levée est portée devant la juridiction du domicile ou du lieu où demeure le débiteur de l'obligation de délivrer ou de restituer. La décision de main levée prend effet du jour de sa notification. Selon l'Art. 229 de l'AUVE « les autres contestations, notamment celles relatives à l'exécution de la saisie, sont portées devant la juridiction du lieu où sont situés les biens saisis.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

C

Caducité 29
Conversion 49

D

Domaine 2

E

Effets 2, 28, 29, 41, 42, 43

I

Indisponibilité 47, 49

M

Mise en œuvre 2, 42, 43

P

Photographier 45

R

Rappel (au débiteur de son
obligation) 45

S

Séquestre 4

SAISIES CONSERVATOIRES

Table des matières

Introduction n° 1 à 3

Section I - Conditions générales des saisies conservatoires n° 4 à 19

- §1 - Une créance paraissant fondée en son principe n° 5 à 6
- §2 - Circonstances de nature à menacer le recouvrement n° 7
- §3 - Autorisation judiciaire préalable n° 8 à 19
 - A - Principe de l'autorisation préalable n° 9
 - I - Juge compétent n° 9 à 11
 - II - Décision du juge n° 12
 - a - Solutions envisageables n° 13 à 14
 - b - Contestations possibles n° 15 à 16
 - B - Dérogations au principe d'une autorisation judiciaire n° 17 à 19

Section II - Saisies conservatoires spécifiques n° 20 à 58

- §1 - Saisies conservatoires des biens meubles corporels n° 21 à 44
 - A - Saisie conservatoire de droit commun des biens meubles corporels n° 22 à 36
 - I - Opérations de saisie n° 23 à 30
 - a - Saisie entre les mains du débiteur n° 24
 - 1 - Opérations de saisie en présence du débiteur n° 24 à 26
 - 2 - Opérations de saisie en l'absence du débiteur n° 27
 - b - Saisie entre les mains d'un tiers n° 28 à 30
 - II - Conversion en saisie-vente n° 31 à 34
 - III - Pluralité de saisies n° 35- 36
 - B - Saisies conservatoires spéciales de biens meubles corporels n° 37 à 44
 - I - Saisie foraine n° 38
 - II Saisie-revendication n° 38 à 44
 - a - Conditions de la saisie-revendication n° 40
 - b - Opérations de saisie n° 41
 - c - Issue de la procédure de saisie-revendication n° 42
 - 1 - Contestation de la saisie-revendication n° 43
 - 2 - Conversion de la saisie-revendication en saisie-appréhension n° 44
- §2 - Saisie conservatoires des biens meubles incorporels n° 45 à 58
 - A - Saisie conservatoire des créances n° 46 à 53
 - I - Opérations de saisie n° 47 à 51
 - a - Acte de saisie n° 48 à 49
 - b - Dénonciation de la saisie au débiteur n° 50 à 51
 - II - Conversion en saisie-attribution n° 52 à 53
 - B - Saisie conservatoire des droits d'associés et valeurs mobilières n° 54 à 58
 - I - Opérations de saisie n° 55 à 57

a - Acte de saisie n° 56

b - Dénonciation de la saisie au débiteur n° 57

II - Conversion en saisie-vente n° 58

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.) et TJOUEU (A.D.), Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA, collection droit uniforme, PUA, 1999.
- ANOUKAHA (F.), Le juge du contentieux des titres exécutoires : le législateur camerounais persiste et signe... l'erreur, *Juridis périodique* n° 70, avril-juin 2007, p. 33.
- ASSI-ESSO (A.-M.) et DIOUF (N.), recouvrement des créances, Bruylant, 2002.
- ASSONTSA (R.), Le juge et les voies d'exécution depuis la réforme de l'OHADA, Thèse, Strasbourg, 2009.
- DIOUF (N.), Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, in OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., Juriscope 2008.
- FOMETEU (J.), Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation, *J. P* n° 73/2008, p. 89.
- KUATE TAMEGHE (S.S.), La protection du débiteur dans le système des voies d'exécution OHADA, L'Harmattan, 2004.
- KUATE TAMEGHE (S.S.), Les pouvoirs du débiteur sur les biens saisis : une lecture à partir du système, OHADA des voies d'exécution, *RDIDC*, 2007/2, p. 203 et s.
- KUATE TAMEGHE (S.S.), Les images floues de la vérification des biens saisis dans le système OHADA des voies d'exécution, *Juridis périodique* n° 61/2005, p. 87 et s.
- OMAM (F.), Le rôle de l'huissier en matière d'exécution des décisions de justice depuis l'Acte uniforme relatif aux mesures de recouvrement forcés et aux voies d'exécution, *RCDA* n° 4, juill.-sept. 2000, p. 9 et s.
- PERROT (R.) et THERY (Th.), *Procédure civile d'exécution*, 2^e éd. Dalloz 2005
- TCHANTCHOU (H.), Le contentieux de l'exécution et des saisies dans le nouveau droit OHADA, *Juridis périodique*, n° 46/2001, p. 98 et s.
- THERY (Ph.), Saisie (s), in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF 2004
- WANDJI KAMGA (A.D.), Le droit à l'exécution forcée, réflexion à partir des systèmes camerounais et français, thèse de droit en cotutelle, Université de Yaoundé II et Université de Limoges, 2009.

Introduction

1. Les saisies sont considérées comme des mesures assurant l'effectivité des droits du créancier (*Ph. THERY, saisie(s), in L. CADIET (dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, p. 1194 et s.*). Il ne s'agit pas de mesures exclusives. En effet, le code civil organise des techniques qui protègent le créancier contre l'inaction ou la fraude du débiteur, en l'occurrence l'action oblique ou l'action paulienne. Mais il s'agit ici de contester a posteriori les conditions dans lesquelles les biens sont sortis du patrimoine du débiteur. De manière plus active, le créancier peut s'opposer à la sortie de ces biens du patrimoine de son débiteur ou du lieu où ce dernier les a déposés. Dans cette occurrence, les saisies conservatoires se posent a priori et maintiennent les biens dans le patrimoine du débiteur en les rendant indisponibles afin que le droit de gage général du créancier ne soit pas compromis par l'aliénation du bien ou sa dissimulation. Il s'agit d'une illustration de l'adage selon lequel il vaut mieux prévenir que guérir. La formule désigne la mesure qu'un prétendu créancier est judiciairement autorisé à prendre sur les biens de son débiteur désigné afin que celui-ci ne les dissipe ou ne les dissimule, et compromette ainsi toute possibilité future d'exécution (*Cl. BRENNER et P. CROCQ (dir.), Lamy droit de l'exécution forcée, 2008, n° 255-5*).

2. Les saisies conservatoires prennent dès lors la forme d'une protection anticipée voire d'une mesure de faveur accordée à un créancier apparent (*Ph. THERY, saisie(s), in L. CADIET (dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, p. 1197*), du moins, la mesure conservatoire revêt un caractère préventif. Il s'agit comme toute saisie d'une forme d'expropriation du débiteur à des fins d'intérêt privé puisqu'elle affecte, provisoirement ou définitivement, la propriété du débiteur sur ses biens. À l'évidence, l'efficacité d'une mesure conservatoire est subordonnée aux exigences de rapidité, de discrétion et nécessité une certaine surprise. Du coup, l'action du créancier, qui redoute l'insolvabilité du débiteur ne doit pas être entravée par le respect des conditions trop sévères.

Il reste que la saisie conservatoire se spécifie encore par son caractère provisoire. Toute saisie conservatoire épuise ses effets dans cette indisponibilité qui durera jusqu'au moment où une décision fixera les rapports du saisissant et du saisi : soit absence de créance et mainlevée de la saisie, soit constatation de la créance et possibilité de convertir la saisie conservatoire en mesure d'exécution. Dans cette perspective, l'article 61 al. 1 AUPSRVE dispose que « si ce n'est dans le cas où la saisie conservatoire a été pratiquée avec un titre exécutoire, le créancier doit, dans le mois qui suit ladite saisie, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire ». On remarque le lien susceptible de se tisser entre les mesures conservatoires et les mesures d'exécution forcée, qui n'efface pour autant

pas le clivage de finalités qui animent ces deux catégories. De provisoire, la saisie conservatoire ambitionne naturellement à se convertir pour prendre les habillages d'une saisie définitive ou à tout le moins, contribuer à consolider la situation juridique du créancier par le paiement du débiteur. Partant de l'idée que le provisoire est une justice de l'instantanée qui dans un bon nombre de cas ne fixe le droit qu'au niveau des apparences, et parfois sans être en mesure de vider l'intégralité des difficultés que soulève une situation juridique, on en vient souvent à penser que la solution sage serait de sortir du provisoire, pour ouvrir l'accès à une solution globale et définitive (*R. PERROT, Du « provisoire » au « définitif », in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz 2007, p. 446*).

3. Dans l'ensemble, la distribution de la matière issue de l'Acte uniforme traduit une évolution avec la législation du code de procédure civile français de 1806 qui était encore applicable dans plusieurs États parties de l'OHADA. Il ressortait simplement de cette législation ancienne des dispositions sur quelques saisies conservatoires destinées à assurer le recouvrement de créances déterminées et encore dans des domaines délimités. Ce fut le cas de la saisie foraine ayant pour objet de garantir les créances sur les débiteurs de passage, de la saisie-gagerie dont le but était de garantir les créances nées d'un contrat de bail (Titre douzième, art. 377-383 CPC), et enfin de la saisie-revendication permettant d'exercer le droit de suite sur les meubles corporels du débiteur (Titre treizième, art. 384-389). De manière générale, la saisie conservatoire dite de droit commun n'était envisagée qu'en matière commerciale, permettant au président du tribunal d'autoriser la saisie des effets mobiliers, dans les cas qui requéraient célérité. Le prononcé de cette autorisation était assujéti à une caution que donnaient les créanciers saisissants ou de la justification de leur solvabilité suffisante (art. 317, cpcc camerounais). L'Acte uniforme traduit une évolution inspirée par la réforme française issue de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des voies d'exécution et son décret d'application du 31 juillet 1992 (*R. LAUBA et F. RUELLAN, Brèves réflexions sur la réforme des voies d'exécution, LPA, 15 mars 1996, p. 10*).

L'Acte uniforme innove en élargissant le domaine de la saisie conservatoire. Certes, il reste constant que la mesure conservatoire ne peut porter que sur un objet mobilier à la fois corporel comme le destinaient les solutions classiques à l'instar d'une saisie-gagerie pratiquée sur les meubles meublants d'un locataire par le Bailleur (*Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n° 266 du 12 avril 2000, Lompo née Ouedraogo Talata c/Deloché Danielle, Obadata J-02-53*), mais aussi incorporel en l'occurrence une saisie des loyers (*Cour d'appel d'Abidjan, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 338 du 20 mars 2001 ; SCI de Dankro c/Dame Jacquet Simone, Société Makan Textile, Librairie Chrétienne Foi et Vie, Agence Hémisphère Voyages, Obadata J-02-82*).

Mais on remarque que de nouvelles causes font désormais l'objet de saisie conservatoire. C'est le cas des droits d'associés et valeurs mobilières ou encore les créances.

Finalement, il émerge des dispositions de l'Acte uniforme un régime général de base dictant les principes communs applicables qui cohabite avec les règles particulières propres à chacune des mesures conservatoires.

Section 1 - Conditions générales des saisies conservatoires

4. Aux termes de l'article 54 AUPSRVE « Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut, par requête, solliciter de la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure le débiteur, l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur tous les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstance de nature à en menacer le recouvrement ». Cette formule est proche de celle utilisée à l'article 67, al. 1^{er} de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 selon lequel « toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement ».

Simplement, le choix de la mesure conservatoire étant dicté par l'absence d'un titre exécutoire au moment de sa mise en œuvre, il faut éviter qu'elle soit teintée d'abus ; aussi, l'action est-elle assortie d'autorisation judiciaire préalable.

Les deux conditions fondamentales et nécessaires pour autoriser une saisie conservatoire sont cumulatives et non alternatives, en outre, le créancier doit rapporter la preuve desdites conditions qui ne se présumant pas, (*Tribunal de première instance de Libreville – Ordonnance, 17 juin 2002, Société Air Affaires Gabon c/Société Air Service, Ohadata J-04-139*).

Dès lors, le créancier qui escompte procéder à une saisie conservatoire doit administrer la preuve de deux conditions cumulatives : une créance paraissant fondée en son principe (§1), la justification de circonstances de nature à en menacer le recouvrement (§2). Lorsque les circonstances l'exigent, il doit solliciter une autorisation judiciaire préalable (§3).

§1 - Créance paraissant fondée en son principe

5. Une créance fondée en son principe est une créance dont l'existence est vraisemblable (*A.-M. ASSI-ESSO et N. DIOUF, recouvrement des créances, Bruylant, 2002 n° 132*). En d'autres termes, il s'agit d'une créance dont l'examen des seules apparences laisse à penser que le créancier en est bien titulaire contre celui qu'il désigne comme son débiteur (*C. BRENNER et P. CROCOQ (dir.), Lamy droit de l'exécution forcée, 2008, n° 255-20*). Les

exigences de l'article 31 AUPSRVE tenant à la créance certaine, liquide et exigible ne sont pas exigées pour la mise en œuvre d'une saisie conservatoire. La mission dévolue au juge ne tend pas à rechercher l'existence d'un principe certain de créance (*Dakar, Ch. Civ. Et com., arrêt n° 282 du 23 juin 2000, Rép. Credila, p. 47*). Il ne s'agit pas pour ce magistrat de se prononcer sur le fond du droit et de déterminer si le créancier est véritablement titulaire d'une créance à l'encontre du prétendu débiteur. Le contrôle opéré par le juge est restreint au stade de l'apparence. Le bénéfice d'une simple apparence du droit se comprend. D'une part, il n'est pas statué sur le fond du droit et, d'autre part, l'action du créancier se veut conservatoire. S'agissant d'une créance à terme, il n'est pas besoin par exemple que le terme soit échu (*Cass. 3^e civ., 19 avr. 1997, n° 75-14.236, Bull. civ. III, n° 169*).

Il en ressort qu'il serait possible de procéder à une mesure conservatoire sur le fondement d'une créance assortie d'une condition suspensive, d'un terme, mais aussi sur la foi d'une créance en germe. La Cour commune de justice et d'arbitrage pose simplement qu'il faut que la créance ne soit pas contestée (*CCJA, arrêt n° 014/2007 du 29 mars 2007, Société internationale de commerce de produits tropicaux (SICPRO) c/Gestion ivoirienne de transport maritime aérien (GITMA devenue GETMA, in P. G. Pougoué et S.S. Kuate Tameghé (dir.), Les grandes décisions de la CCJA, L'Harmattan, 2010, p. 451, note P. E. KENFACK*).

6. Dès lors, c'est à l'aune de la nature et du nombre des éléments fournis par le créancier, que le juge décidera souverainement de l'existence de la probabilité qui entoure la créance. Dans cette occurrence, il a été décidé qu'en présence d'une ordonnance d'injonction de payer, même frappée d'opposition, d'un état des charges et d'un procès-verbal d'assemblée de propriétaires, le principe d'une créance paraît fondé et justifie une saisie conservatoire de créances (Cour d'appel d'Abidjan, *Chambre civile et commerciale, arrêt n° 338 du 20 mars 2001 ; SCI de Dankro c/Dame Jacquet Simone, Société Makan Textile, Librairie Chrétienne Foi et Vie, Agence Hémisphère Voyages, Ohadata J-02-82*). En revanche, il a été jugé que des documents confectionnés unilatéralement par le créancier à l'appui de sa demande d'autorisation de saisir sont, par conséquent, sans objectivité aucune et ne permettent nullement de dire que la créance dont il se prévaut paraît fondée en son principe. Dès lors, cette seule carence affectant la créance alléguée est en soi suffisante pour refuser l'autorisation de saisir (*Tribunal de première instance de Libreville – Ordonnance, Répertoire n° 135/2000-2001 du 29 juin 2001, Société Express Tour c/Société Air Dabia Gambia, Ohadata J-04-136*).

Par ailleurs, les termes de l'article 54 inclinent en faveur de l'assertion que la créance objet de la saisie conservatoire a pour objet une somme d'argent. C'est le sens de l'expression « circonstances de nature à menacer le recouvrement ». Il a été affirmé à cet effet que le terme recouvrement utilisé ne concerne que les créances de

cette nature (N. DIOUF, *commentaire sous art. 54 AUPSRVE*, in *OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd. *Juriscopus*, 2008). Cette orientation se confirme à la lecture de l'article 59 AUPSRVE aux termes duquel « la décision autorisant la saisie conservatoire doit, à peine de nullité, préciser le montant des sommes pour la garantie desquelles la mesure conservatoire est autorisée et préciser la nature des biens sur lesquels elle porte ». Cette position connaît toutefois une dérogation en cas de saisie-revendication puisque l'auteur de la mesure se prétend créancier d'une obligation de livraison ou de restitution d'un meuble corporel.

§2 - Circonstances de nature à menacer le recouvrement

7. L'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire est dictée par l'existence de circonstances susceptibles de compromettre le paiement de la créance. La reconnaissance a été faite que cette formule a un caractère intrinsèquement fuyant (D. LEGEAIS, *Les mesures conservatoires*, LPA 1993, p. 63 et s.). Aussi a-t-on finalement adhéré à l'idée jurisprudentielle selon laquelle cette condition recouvre les éléments faisant craindre une insolvabilité imminente du débiteur (Cass. com., 22 mai 1979, n° 78-11.782, Bull. civ. IV, n° 171). Il n'y a dans cette perspective aucune menace sur le recouvrement de la créance dès lors que, les sommes se trouvaient entre les mains d'un séquestre judiciaire dont la mission est justement de garder des fonds en attendant l'issue d'un conflit pour les remettre à celui que le juge aura désigné (CCJA, arrêt n° 06/2002, Michel Ngmako c/Deumany Mbouwoua, in P. G. Pougoué et S.S. KUATE TAMEGHE (dir.), *Les grandes décisions de la CCJA*, L'Harmattan, 2010, p. 451, note P. E. KENFACK, spéc. p. 546).

L'idée ici est de préserver le gage du créancier, lorsque s'exprime une crainte sérieuse sur les facultés actuelles de paiement du débiteur. Dans cette perspective, le créancier doit apporter la preuve que la situation patrimoniale de son débiteur laisse craindre une impossibilité prochaine d'honorer sa dette. On imagine bien les difficultés qui émergeraient de cette attente notamment lorsque le débiteur est décidé à dissimuler les éléments qui permettraient d'apprécier sa solvabilité. On songe ici à l'établissement et la communication du bilan ou des états financiers de synthèse. Mais, l'obstacle du secret bancaire s'opposerait à la collecte des informations pertinentes destinées à déterminer le juge chargé d'autoriser la saisie conservatoire.

Lorsque le créancier poursuivant ne justifie pas l'existence de circonstances menaçant le recouvrement de sa créance, mainlevée de la saisie conservatoire qu'il a faite doit être ordonnée (Cour d'appel d'ABIDJAN, arrêt n° 1036 du 25 juillet 2003, Maître Kaudjbis Offfoumou C/Sopim, Sci Gyam, Konan Yao Patrice, La Direction Générale Du Trésor et de La Comptabilité Publique De Cote D'ivoire, obada.com/Obadata.J-03-342; Cour d'appel d'Abidjan,

arrêt n° 690 du 30 mai 2000 Affaire La Mutuelle Centrale D'assurances Dite M.C.A C/La Nationale D'assurances, obada.com/Obadata.J-06-137: Si aucun élément sérieux et objectif ne permet d'affirmer que le recouvrement est en péril, en statuant comme il l'a fait, le premier juge a fait une juste application de l'article 54 AUPSRVE).

Dans ce sens, bien qu'il résulte des éléments de la cause que le débiteur reconnaît devoir une certaine somme à son créancier sous réserve de comptes à faire entre les parties, il n'est pas établi que la créance soit exposée à un risque imminent d'insolvabilité ayant pour conséquence l'impossibilité totale de son recouvrement. Dès lors, la requête de saisie conservatoire n'est pas justifiée (Cour d'appel de Port-Gentil, arrêt du 28 avril 1999, Penant 1999, p. 114, obada.com/Obadata.J-02-44). Mais faut-il vraiment que l'impossibilité s'annonce totale ? L'article 54 parle juste de « circonstances de nature à en menacer le recouvrement ». Nous sommes en voies d'exécution, donc, dans une discipline qui sert principalement les intérêts du créancier. Simplement, la simple menace ayant pour effet d'entraîner des retards dans le paiement suffirait pour justifier le prononcé d'une mesure conservatoire. Dans ce sens, doit être rétractée l'ordonnance de saisie conservatoire pour garantir le recouvrement d'une créance s'il n'y a pas péril menaçant le recouvrement de la créance, le débiteur, bien que domicilié en France disposant au Cameroun de structures de gestion fiables (Cour d'appel du Littoral, arrêt n° 91/REF du 09 juin 2004, Affaire : Société Le Printemps du Centre SARL contre Société F.A.I.E. SARL, obada.com/Obadata.J-06-184). Dans cette espèce, la crainte semble émergée de la seule circonstance que le débiteur est domicilié à l'étranger. Cette décision corrobore celle prononcée dans une espèce où il avait été décidé que la seule circonstance que le siège social de la débitrice se situe hors du territoire français ne saurait constituer la circonstance susceptible de mettre en péril le recouvrement de la créance alléguée (CA Pau, 12 mars 2002, Sté Eusbal Etxea Constructora Promotra et Labidalle c/SCI Atabaer, RD bancaire et fin. 2002, n° 5, p. 268, obs. J.-M. DELLECI).

§3 - Autorisation judiciaire préalable

8. L'autorisation judiciaire intervient lorsque le débiteur ne dispose pas d'un titre exécutoire. Dans cette occurrence, l'Acte uniforme pose le principe que l'autorisation de la juridiction compétente est indispensable pour pratiquer une saisie conservatoire, laquelle est suivie dans certains cas limitativement énumérés de dérogations.

A- Principe de l'autorisation préalable

Il faut déterminer ce juge (Cf. de manière générale R. ASSONTSA, *Le juge et les voies d'exécution depuis la réforme de l'OHADA*, Thèse, Strasbourg, 2009) avant

de s'intéresser à la décision qui prononce l'autorisation sollicitée.

I - Juge compétent

9. L'article 54 de l'Acte uniforme donne compétence au juge du domicile ou du lieu où demeure le débiteur. La question de la compétence territoriale est en apparence réglée dans ce texte. C'est dans ce sens que se comprend la décision indiquant que l'article 54 détermine, d'une part, la juridiction territorialement compétente à autoriser toute saisie conservatoire et, d'autre part, les conditions requises pour obtenir l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur. Ce texte de portée spéciale est celui qui régit dorénavant toutes les saisies conservatoires et donc y compris les questions de compétence territoriale, primant ainsi sur tout autre texte de portée générale ou toute disposition contraire en vertu de l'article 336. Dès lors, les saisies conservatoires de créances autorisées par un juge autre que celui du domicile du débiteur ont été autorisées par un juge territorialement incompétent et sont par conséquent entachées d'irrégularités, leur mainlevée pleine et entière doit être ordonnée (*Tribunal de première instance de Libreville – Ordonnance de référé, Répertoire n° 052/2003-2004 du 4 novembre 2004, Sociétés Interbois & GRT SARL c/Sieur Loubinou Patrick, ohada.com/Obadata.J-04-146*). Ce principe général de solution ne prend pas en compte la compétence territoriale du juge de l'exécution.

Sauf que l'Acte uniforme n'envisage pas l'hypothèse spéciale où le débiteur est domicilié à l'étranger. Les dispositions de l'article 54 n'offrent pas un choix au demandeur. Confrontée à une espèce présentant cette difficulté, la Cour d'appel du Littoral à Douala au Cameroun incline à penser que la juridiction du lieu d'exécution de la mesure conservatoire serait compétente. Dans cette espèce, le juge avait retenu sa compétence dans une procédure de saisie conservatoire pour un débiteur domicilié en France et disposant de structures de gestion fiables au Cameroun (*Cour d'appel du Littoral-Douala, arrêt n° 91/REF du 09 juin 2004, Affaire : Société Le Printemps du Centre SARL contre Société F.A.I.E. SARL, Obadata J-06-184*).

Remarquons ici qu'il s'agit de l'application du principe général de solution édicté par l'article 8 al. 6 du code de procédure civile selon lequel en matière mixte, le défendeur est assigné devant le juge de la situation, ou devant le juge du domicile du défendeur. On imagine que si le juge saisi est celui du lieu où est domicilié le défendeur, la mesure qu'il prononce pourra concerner tous les biens du débiteur mêmes ceux situés hors son ressort juridictionnel. Mais si c'est le juge du lieu où sont situés certains biens, sa décision ne pourra concerner que les biens situés dans le ressort territorial du juge saisi.

Pareillement, le juge du lieu où demeure le défen-

deur peut-il autoriser une mesure conservatoire sur les biens meubles du débiteur situés en différents lieux du territoire d'un État ou dans des États membres différents ? Une solution dans le sens de l'unité de la procédure et donc de la plénitude de compétence du juge du domicile du débiteur reste plus efficace. Mais d'évidentes considérations pratiques sous-tendent la solution qui, si elles restent minables sur le territoire d'un État, peuvent se révéler importantes lorsqu'il s'agit d'appliquer la décision nationale dans un autre État de l'OHADA.

10. Reste la question de la compétence d'attribution. En l'absence de disposition spéciale, il faut se référer à l'article 49 al. 1^{er} AUPSRVE aux termes duquel « la juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui ». On semble adhérer à l'idée que le juge compétent aux termes de cet article 49 est le président du Tribunal de première instance. En dépit des réserves d'une partie de la doctrine (*H. TCHANTCHOU, Le contentieux de l'exécution et des saisies dans le nouveau droit OHADA, Juridis périodique, n° 46/2001, p. 98 et s.*), cela reste vrai lorsqu'on observe que de manière classique, le président du Tribunal de première instance ou le juge qui le remplace était compétent dans les cas d'urgence, ou lorsqu'il s'agissait de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement (art. 182 et 183, CPCC camerounais). La jurisprudence en déduit clairement que les contestations ou difficultés auxquelles donne lieu une mesure d'exécution forcée sont portées devant le juge de l'exécution dont les fonctions sont exercées par le président du tribunal ou son délégué et dont la saisine emprunte les formes procédurales au référé (*Port-Gentil, ch. civ. et com., arrêt du 06 fév. 2002, madame Kamdje Élise c/monsieur Tchana Kweze, ohada.com/obadata J-02-125, obs. Issa-Sayegh*). Le Juge des référés peut, sans violer sa compétence, apprécier si la créance servant de base à une saisie conservatoire apparaît comme fondée en son principe (*Cour d'appel de Cotonou, arrêt n° 220/99 du 25 novembre 1999, Affaire Société « A » contre Monsieur « B », ohada.com/Obadata J-06-145*). Aussi, c'est à tort qu'un juge des référés, se fondant sur ce qu'il n'est pas habilité à apprécier la régularité du titre servant de base aux mesures d'exécution, s'est déclaré incompétent pour prononcer la nullité d'une saisie-attribution pratiquée en vertu d'une ordonnance de taxe dont la validité en tant que titre exécutoire est contestée (*Ouagadougou, ord. De référé, n° 28 du 15 mai 2003; Société colina Assurance c/cabinet d'audit financier et d'expertise comptable Kombogio et associés, ohada.com/obadata J-04-56*). La Cour commune de justice et d'arbitrage le précise clairement lorsqu'elle estime que méconnaît sa compétence le président du Tribunal de première instance qui, statuant d'heure à heure, se déclare incompétent pour connaître de la

contestation d'une saisie-attribution, aux motifs que le code de procédure civile fait interdiction aux ordonnances de référé de faire grief à une décision rendue par une juridiction supérieure (CCJA, arrêt n° 17/2003 du 09 oct. 2003, *Société ivoirienne des banques dite SIB c/ complexe industriel d'élevage et de nutrition animale di CIENA, obada. com/obadata J-04-120*).

Partant de cette idée, la Cour commune de justice et d'arbitrage a annulé l'ordonnance du premier président de la Cour suprême de Côte-d'Ivoire faisant droit à une demande tendant à obtenir la suspension de l'exécution d'un arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan et la mainlevée de la saisie conservatoire pratiquée sur le fondement dudit arrêt, une telle compétence étant celle du président du Tribunal de première instance (CCJA, arrêt n° 007 du 24 avril 2003, *CI-Telcom devenue Côte-d'Ivoire telecom c/Société publistar, juriscope. org*; CCJA, arrêt n° 011/2003 du 19 juin 2003, *MCCK et SCK c/Loteny télécom, Rec. n° 1, janv.-juin 2003, p. 32, obada. com/obadata J-04-107*. Dans le même sens, CCJA, arrêt n° 039, 2 juin 2005, *Drago Bia et autres c/Madame Touré Magbé et CCJA, arrêt n° 012/2002, 18 avril 2002, Total Fina Elf c/Sté Cotrcom, in P. G. Pougoué et S.S. Kwaté Tameghé (dir.), Les grandes décisions de la CCJA, L'Harmattan 2010, p. 587, note J. Fometeu*). Cette jurisprudence a été confirmée lorsque, la Cour commune de justice et d'arbitrage a annulé une ordonnance du premier président de la Cour suprême du Burkina Faso au motif qu'il n'est pas compétent pour se prononcer sur la demande tendant à suspendre le cours de la procédure de saisie-vente pratiquée par le requérant (CCJA, arrêt n° 013/2008 du 27 mars 2008, *aff. John Wofa-Kyei Amour c/ Ecobank Burkina SA, inédit*; CCJA, arrêt n° 035 du 22 novembre 2007, *aff. Murielle Corinne Christelle Koffi c/Société Loteny Télécom, Recueil n° 10, juillet-décembre 2007, p. 69*; CCJA, arrêt n° 039/2007 du 22 novembre 2007, *aff. Kounasso Razaki c/Bance Yacouba, Recueil n° 10, juillet-décembre 2007, p. 74*).

Cette compétence peut même être élargie au président du tribunal de grande instance, dont les décisions sont susceptibles d'appel; ce qui reste conforme à l'alinéa 2 de l'article 49 précité. Au total, la connaissance des difficultés d'exécution relève de la compétence des présidents des juridictions inférieures (J. FOMETEU, *obs. sous CCJA, arrêt n° 039, 2 juin 2005, Drago Bia et autres c/Madame Touré Magbé et CCJA, arrêt n° 012/2002, 18 avril 2002, Total Fina Elf c/Sté Cotrcom, in P. G. Pougoué et S.S. Kwaté Tameghé (dir.), Les grandes décisions de la CCJA, L'Harmattan 2010, p. 596*).

Il est à ce point curieux que le législateur camerounais se soit inscrit dans l'erreur en conférant, dans une réforme récente, la compétence pour connaître du contentieux de l'exécution des titres aussi bien au président du Tribunal de première instance, mais également au président du tribunal de grande instance, au président de la Cour d'appel et au premier président de la cour suprême, chacun étant compétent pour connaître du contentieux des décisions rendues par

sa juridiction (*loi n° 2007/001 du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécution et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et des actes publics étrangers ainsi que les sentences arbitrales étrangères*). Si on peut comprendre que cette compétence soit conférée au président du tribunal de grande instance dans la mesure où sa décision est susceptible d'appel, (*on observera que l'article 49 al 2 énonce que la décision du juge de l'exécution est susceptible d'appel (...)*) on comprend clairement l'émotion de la doctrine à la lecture de cette nouvelle évolution législative (F. ANOUKAHA, *Le juge du contentieux des titres exécutoires : le législateur camerounais persiste et signe... l'erreur, JP n° 70, avril-juin 2007, p. 33*; J. FOMETEU, *Le juge de l'exécution au pluriel ou la parturition au Cameroun de l'article 49 de l'Acte uniforme OHADA portant voies d'exécution, JP n° 70, avril-juin 2007, p. 97 et s*). Reste attendue la position de la Cour commune de justice et d'arbitrage qui s'inscrira à l'évidence dans le sens de sa jurisprudence du 24 avril précitée.

Toutefois, le président compétent doit se prononcer comme juge de l'exécution même s'il exerce également les fonctions de juge de référé. Face à ce juge « janus » (N. DIOUF, *commentaire sous article 49 AUPSRVE, OHADA : Traité et actes uniformes commentés, op. cit.*), le requérant est obligé de préciser en quelle qualité il le saisit et il se déclarera incompétent en cas de mélange de compétence (*TPI de Douala, ord de référé n° 737 du 26 mars 2002, société Matlec ETI c/Alain Magloire, obada. com/obadata J-04-433*) ou lorsque, dans son assignation, le requérant vise le président statuant en matière de référé (*TPI Yaoundé, ord. de référé n° 36/C du 23 oct. 2003, BICEC c/Messy Bernard, obada. com/obadata J-04-537*).

11. L'article 54 indique que la demande du requérant s'effectue selon le procédé de la requête. Il s'agit d'une procédure qui se caractérise en substance par l'absence de contradiction. La justification s'induit du souci d'efficacité de la mesure sollicitée. L'intérêt de la démarche se situe dans l'effet de surprise car l'information de la partie adverse risquerait de rendre vaine la mesure sollicitée (*Ph. Hoonakker, Ordonnance sur requête, in S. Guinchard (dir.), Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz, action 2009-2010, n° 324.22*). Le débiteur reste ignorant de la saisie et par conséquent, il ne peut pas organiser son insolvabilité.

L'Acte uniforme ne précise pas les éléments que doit contenir la requête ni la forme qu'elle doit présenter. Dans la pratique, il s'agit d'un acte écrit précisant le magistrat habilité pour en recevoir (Président du Tribunal de première instance), les noms, prénoms et domiciles du créancier et du débiteur, les causes de la saisie, le rappel de l'article 54 de l'Acte uniforme, la désignation sommaire des biens à saisir et la date et la signature du requérant. Il est en outre annexé à la requête les éléments qui permettent d'établir que la créance est apparemment

fondée et l'urgence de la saisie (en l'occurrence une sommation de payer infructueuse).

II - Décision du juge

12. Le juge de l'exécution saisi doit rendre une ordonnance sur requête qui a pour caractère d'être toujours motivée. Il peut s'agir soit d'une décision de rejet, soit d'une décision d'autorisation. Dans cette perspective, le juge fait usage de son pouvoir souverain d'appréciation du caractère apparent de la créance et de la réalité ou non des circonstances de nature à en menacer le recouvrement. Dans cette éventualité, la Cour commune de justice et d'arbitrage décide que ne viole pas l'article 54 de l'Acte uniforme, une Cour d'appel qui retient « qu'il ressort des écritures des parties que le juge du fond est saisi d'une procédure en nullité du contrat liant la GETMA à la société SICPRO, et dans ces conditions les saisies pratiquées en vertu des créances encore contestées sont prématurées et inopportunes » (CCJA, arrêt n° 014/2007 du 29 mars 2007, aff. Société internationale de commerce de produits tropicaux dite SICPRO c/Société de gestion ivoirienne de transport maritime et aérien dite GITMA devenue GETMA, Recueil n° 9, janvier-juin 2007, p. 39). Dans un cas comme dans l'autre, la décision du juge peut faire l'objet de contestation.

a - Solutions envisageables

13. L'autorisation judiciaire sollicitée pourra être rejetée si la requête est insuffisamment motivée. Dans cette hypothèse, le créancier éconduit peut interjeter appel de cette décision juridictionnelle de rejet devant la Cour d'appel. L'appel dans ce cas doit s'effectuer conformément à l'article 49 al. 2 et 3 AUPSRVE. En ce sens, le délai requis pour interjeter appel est de quinze jours à compter de son prononcé. Le délai d'appel comme l'exercice de cette voie de recours n'ont pas un caractère suspensif, sauf décision contraire spécialement motivée par le président de la juridiction compétente. À vrai dire, en cas de rejet de la requête, la question de l'effet suspensif n'a guère d'importance car le premier juge s'est contenté de rejeter la requête et le débiteur l'ignore. Le créancier dans cette circonstance se retrouve au point de départ devant le juge d'appel. Il n'y a en effet encore rien à exécuter (*Ch. LEFORT, L'appel des décisions du juge de l'exécution dans le droit des procédures civiles d'exécution, in Mélanges P. JULIEN, La justice civile au vingt et unième siècle, Edilaitx, 2003, p. 251*).

En revanche, le juge peut autoriser la mesure conservatoire. La décision autorisant la saisie conservatoire doit, à peine de nullité, préciser le montant des sommes pour la garantie desquelles la mesure conservatoire est autorisée et préciser la nature des biens sur lesquels elle porte (art. 58 AUPSRVE). Il en ressort que la validité de

la décision d'autorisation est subordonnée à la prise en compte de deux mentions.

Premièrement, la décision d'autorisation doit préciser le montant des sommes pour la garantie desquelles la mesure conservatoire est autorisée. L'idée est de permettre au juge d'exercer véritablement son pouvoir de contrôle. Dès lors, le montant des sommes rendues indisponibles peut très bien être inférieur à celui initialement sollicité. En pratique, le juge se contente de viser la requête lorsqu'il y fait droit. Mais lorsque le motif de la requête porte saisie conservatoire, la jurisprudence française décide que le juge qui l'autorise doit déterminer le montant des sommes pour la garantie desquelles la saisie est autorisée. Il s'en suit que la simple référence à la requête est insuffisante (*Cass. 2^e civ., 10 juil. 2003, n° 01-15.874, Bull. civ. II, n° 246, D.2003, p. 2053, Dr. et procéd. 2004, p. 36, obs. Ph. Hoonakker*).

Deuxièmement, la décision d'autorisation doit préciser la nature des biens sur lesquels porte la saisie. Il doit s'agir exclusivement de biens meubles. L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution n'ayant pas prévu de saisie conservatoire d'impenses immobilières, il y a lieu de juger qu'en cette matière une saisie de cette nature ne peut être validée et que la mainlevée doit être ordonnée (*Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 179 du 23 Janvier 2001, B.H.S. c/Cheikh Ndiaye*). Bien plus, cette exigence permet de s'assurer éventuellement, le moment venu, que la mesure conservatoire qui a été pratiquée est bien appropriée et n'a pas été effectuée sur des biens qui n'entraient pas dans son domaine d'application. À cet égard, les biens saisis doivent bien être la propriété du saisi. C'est à bon droit qu'il a été jugé qu'on ne peut pratiquer la saisie sur la cargaison transportée par un navire sans avoir la preuve formelle qu'elle est la propriété du saisi surtout lorsqu'il ressort des divers documents et pièces produits, notamment le connaissement, que le saisi n'est pas le propriétaire de la cargaison (*Cour d'appel de Lomé, Chambre civile arrêt n° 156/01 du 27 août 2001, Affaire La Société Bauche C/La Société Cerealis, l'établissement commissionnaire et consultant en douane, ohada.com/Obadata J-06-134*). C'est encore le cas lorsque les biens sont frappés d'immunité en l'occurrence les biens des établissements publics administratifs (*Tribunal régional de Niamey, ordonnance de référé n° 164 du 7 août 2001, CMB c/Ibrahim Bara Amadou, ohada.com/Obadata J-02-37*).

14. L'autorisation de la juridiction compétente est caduque si la saisie conservatoire n'a pas été pratiquée dans un délai de trois mois à compter de la décision autorisant la saisie (art. 60 AUPSRVE). Dès qu'elle est pratiquée, outre le cas où la saisie conservatoire a été pratiquée avec un titre exécutoire, le créancier doit, dans le mois qui suit ladite saisie, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire. Si la saisie

est pratiquée entre les mains d'un tiers, les copies des pièces justifiant de ces diligences doivent être adressées au tiers dans un délai de huit jours à compter de leur date (art. 61 AUPSRVE). Ces dispositions permettent de comprendre qu'il n'est pas question que la mesure conservatoire s'éternise, d'autant qu'elles emportent indisponibilité des biens du débiteur ou de certains d'entre eux. S'agissant de l'exigence de mettre en œuvre une procédure ou d'accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire, il faut bien comprendre que ce qui est attendu du créancier c'est qu'il accomplisse, dans le délai imparti, les formalités qui lui permettront d'obtenir le titre exécutoire qui lui fait défaut. En conséquence, il ne lui est pas demandé d'obtenir ce titre dans le délai d'un mois.

La réalisation de la saisie est susceptible de soulever des contestations lorsqu'elle comporte des abus ou des dérives.

b - Contestations possibles

15. L'Acte uniforme n'a envisagé expressément que l'hypothèse où le débiteur conteste les conditions légales de validité de la mesure conservatoire. Il n'est pas question ici de la démarche procédurale de rétractation de l'ordonnance encore applicable en droit français et laissée à l'initiative du juge ou du débiteur afin de permettre un réexamen de la décision litigieuse (*Article 69 al 3, de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et article 212, al. 1^{er}, du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992*). Lorsqu'elle est décidée d'office, la reconnaissance est faite de ce qu'elle est bienvenue car, sa mise en œuvre peut conduire à l'instauration d'un dialogue contradictoire qui n'a pu jusqu'alors, compte tenu du caractère unilatéral de la procédure, se nouer entre le créancier et le débiteur (*Cl. BRENNER et P. CROCQ (dir.), Lamy droit de l'exécution forcée, 2008, n° 255-5*). Dès lors, la saisie peut être l'objet d'une mainlevée si les conditions exigées ne sont pas remplies, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir la rétractation de l'ordonnance qui l'a autorisée (*Cour d'appel d'Abidjan arrêt n° 363 du 27 mars 2001, Caisse d'assistance médicale c/Société AMS-CI, Le Juris Obada, n° 1/2004, janvier-mars 2004, p. 51, obada.com/Obadata J-04-170*).

Il n'est non plus exigé de celui qui demande la mainlevée, la consignation de sommes suffisantes pour garantir les causes de la saisie en principal, intérêt et frais (article 278, al.3, ancien code ivoirien de procédure civile ; art. 683, code gabonais de procédure civile).

16. La mainlevée de la saisie est la mise à néant de la saisie pour violation des conditions de fond ou de forme qui la régissent. Aux termes de l'article 62 AUPSRVE, « même lorsqu'une autorisation préalable n'est pas requise, la juridiction compétente peut, à tout moment, sur la demande du débiteur, le créancier entendu ou appelé, donner mainlevée de la mesure

conservatoire si le saisissant ne rapporte pas la preuve que les conditions prescrites par les articles 54, 55, 60 et 61 ci-dessus sont réunies ». Si l'aveu du débiteur permet d'établir que la créance est fondée, il faut remarquer que cette condition n'est pas la seule posée par l'article 54 AUPSRVE qui ajoute, pour fonder une saisie conservatoire, la nécessité que la créance soit exposée à un péril imminent. Le créancier qui n'établit pas que le recouvrement de celle-ci est exposé au risque imminent d'insolvabilité de son débiteur ayant pour conséquence l'impossibilité totale de la recouvrer, ne justifie pas cette seconde condition de l'article 54 AUPSRVE. En clair, lorsque le créancier poursuivant ne justifie pas l'existence de circonstances menaçant le recouvrement de sa créance, mainlevée de la saisie conservatoire qu'il a faite doit être ordonnée (*Cour d'appel de Port-Gentil, Chambre civile et commerciale, arrêt de référé n° 60/98-99 du 28 avril 1999, Sté EFG c/CAGRINO, Observations de J. ISSA-SAYEGH, obada.com/Obadata J-02-151 ; Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 1036 du 25 juillet 2003, Maître Kaudjbis Offoumou C/Sopim, Sci Gyam, Konan Yao Patrice, La Direction Générale du trésor et de la comptabilité publique de Cote d'Ivoire, obada.com/*).

En outre, lorsqu'il n'existe pas au dossier de la procédure un document de nature à justifier une saisie conservatoire opérée en vertu d'une ordonnance et qu'il apparaît, de ce fait, que la saisie n'a aucun fondement juridique, il y a lieu d'ordonner la rétractation de l'ordonnance et la mainlevée de la mesure (*Tribunal de première instance de Cotonou, 1^{re} chambre civile, ordonnance de référé n° 72/03 du 31 juillet 2003, Société Ukachi International Company Sarl c/Chukue-meka Samuel Ogbu, obada.com/Obadata J-05-309, obs. N. Diouf*). C'est notamment le cas lorsque la saisie est fondée sur une créance contestée et contestable (*Cour d'appel du littoral à Douala, arrêt n° 89/REF du 16 juin 2004, Gwodok Kouang Parfait contre Société PLASTICAM, Obadata J-06-165*).

L'ordonnance autorisant la saisie conservatoire qui n'indique pas le montant des sommes pour lesquelles la mesure conservatoire a été prise et la saisie pratiquée sur cette base ayant été dénoncée au débiteur plus de huit jours après l'acte de saisie, il y a lieu de prononcer la mainlevée de la saisie pour violation des dispositions des articles 59, 61 al. 2 et 79 AUPSRVE (*Tribunal régional hors classe de Dakar, ordonnance des référés n° 869 du 15 juillet 2002, Léopold Maphaté dit Ibrabima Mbaye c/Salimata Bodian*). Dans le même sens, s'il n'apparaît nulle part dans l'ordonnance querellée la mention du montant de la créance et l'identification des biens à saisir, il y a lieu d'annuler l'ordonnance de saisie et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens invoqués, d'ordonner la rétractation de l'ordonnance de saisie, de déclarer ladite saisie nulle et de nul effet et d'en donner mainlevée (*Tribunal de première instance de Douala-Ndokoti, ord. n° 121 du 02 mai 2006 du Président, Affaire : Hôtel Le Cristal c/Groupe d'Initiative commune*

des Amis du Progrès pour la lutte contre La Pauvreté au Cameroun (Gic-Apro), *obada.com/ObadataJ-07-74*).

En certaines circonstances, le respect de l'article 54 ne suffit pas. Le juge, s'il entend prendre des mesures conservatoires particulières, doit respecter les formalités spéciales relatives aux biens en cause. Dans cette perspective, en ordonnant la saisie conservatoire et l'enlèvement des véhicules automobiles du débiteur, sans entendre les parties ou sans que celles-ci aient été dûment appelées, le juge a violé l'article 103 alinéa 3 AUPSRVE, et par suite, mainlevée doit être ordonnée (*Cour d'appel d'Abidjan, arrêt de référé n° 444 du 24 avril 2001, Collins UkpeTurbobo c/Société Ash International, Obadata J-02-107*).

Dans tous les cas, il revient au créancier de démontrer le bien fondé de sa demande, qu'il s'agisse de la demande initiale ou à l'occasion d'une contestation. On a ainsi pu dire que le créancier conserve sempiternellement sa qualité de demandeur à l'instance qu'il a pris l'initiative d'introduire seul (*Cl. BRENNER et P. CROCQ (dir.), Lamy droit de l'exécution forcée, 2008, n° 255-40*). La demande de mainlevée est portée devant la juridiction compétente qui a autorisé la mesure. Si celle-ci a été prise sans autorisation préalable, la demande est portée devant la juridiction du domicile ou du lieu où demeure le débiteur (art. 63, al. 1).

Par ailleurs, l'Acte uniforme vise les autres contestations, notamment celles relatives à l'exécution de la mesure. De telles contestations sont portées devant la juridiction compétente du lieu où sont situés les biens saisis (art. 63 al. 2, AUPSRVE).

B - Dérogations au principe d'une autorisation judiciaire

17. L'article 55 de l'Acte uniforme innove en prévoyant des dérogations à l'obligation de solliciter l'autorisation préalable de la juridiction compétente avant toute saisie conservatoire. Une autorisation préalable de la juridiction compétente n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire. Il en est de même en cas de défaut de paiement, dûment établi, d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque, ou d'un loyer impayé après commandement dès lors que celui-ci est dû en vertu d'un contrat de bail d'immeuble écrit.

18. La dispense tient d'abord à l'existence d'un titre exécutoire. Il s'agit d'un titre qui constate une créance certaine, liquide et exigible à l'encontre du débiteur. En principe, l'existence de ce document permet de diligenter directement une mesure d'exécution forcée surtout dans un domaine où la mise en œuvre ne nécessite pas l'intervention d'un juge.

S'agissant d'un jugement, il est nécessaire pour que la force exécutoire lui soit conférée qu'une copie du jugement revêtue de la formule exécutoire soit notifiée

au débiteur, et que la décision ne soit plus susceptible de recours suspensif de l'exécution, c'est-à-dire qu'elle soit passée en force de chose jugée (*Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 162 du 02 février 2001, Ivoire Ingenierie c/T. et A., Le Juris-Obada, n° 4/2003, octobre-décembre 2003, p. 55, Obadata J-04-129: Est constitutif d'un titre exécutoire, au sens de l'article 33 de l'Acte uniforme portant voies d'exécution, l'arrêt revêtu de la formule exécutoire*). Dans ce sens, une copie du jugement par défaut non assorti d'exécution provisoire et non frappé d'opposition, ne peut pas servir de titre exécutoire pour pratiquer une saisie-vente (*Cour d'appel de Niamey, ordonnance de référé n° 2096/2000 du 12 décembre 2000, Dame Hadiza Gros c/Moustapha Kadri et Mouba Ibrahim, Obadata J-02-118*). Il faudrait ajouter à cette condition celle de la forclusion du délai d'appel. Pareillement, les procès-verbaux de conciliation, titres exécutoires au sens de l'article 33 de l'Acte uniforme portant voies d'exécution, doivent être soumis à l'exequatur avant toute exécution sur le territoire ivoirien, lorsqu'ils émanent de l'étranger (*Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 182 du 06 février 2001, M.L. c/M.T., Le Juris-Obada, n° 4/2003, octobre-décembre 2003, p. 44, note BROU Kouakou Mathurin, Obadata J-04-126*).

En revanche, un protocole d'accord est un acte sous seing privé et lorsque ce document n'a pas été consigné dans un procès-verbal de conciliation signé par le juge et les parties, il ne peut pas valoir titre exécutoire au sens de l'article 33 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Par conséquent doit être déclarée nulle la formule exécutoire qui y a été apposée (*TGI du Wouri, jugement civil n° 283 du 07 février 2003, Affaire Unimarche S. A c/Sté Globe Travel, Obadata J-04-221*). Dans le même sens, il serait abusif de considérer les décisions d'une autorité de régulation en l'occurrence le Conseil des télécommunications de Côte-d'Ivoire dit CTCI comme constituant des titres exécutoires (CCJA, arrêt n° 009/2008 du 27 mars 2008, aff. Société Côte d'Ivoire Télécom c/Société LOTENY Télécom, inédit).

La rigueur de la jurisprudence se justifie ici car, l'Acte uniforme ne vise pas dans le cadre de ces dérogations les décisions de justice n'ayant pas encore force exécutoire (l'article 68 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991 vise cette hypothèse. Toutefois, cette hypothèse est envisagée dans le cadre spécial de la saisie-revendication : cf. article 227 AUPSRVE). La question s'est posée en ce qui concerne l'ordonnance d'injonction de payer, notamment dans une espèce où, sans attendre l'expiration des délais d'opposition, une ordonnance d'injonction de payer avait reçu la formule exécutoire. À la production d'un certificat d'opposition, il a été décidé que l'ordonnance d'injonction de payer frappée d'opposition, bien que revêtue de la formule exécutoire n'est pas un titre exécutoire. Partant la saisie conservatoire pratiquée sur la base d'une telle ordonnance est irrégulière et mainlevée doit en être donnée (*Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 2 du 6 janvier 2004, SODIREP*

c/Compagnie africaine de loisirs et Hamed Bakayoko, obada.com/Obadata J-04-503). On comprend qu'avant sa signification, et même lorsque la signification a été effectuée, l'ordonnance d'injonction de payer frappée d'opposition ne constitue pas un titre exécutoire. La solution se justifie au regard de la nature et du régime de l'ordonnance d'injonction de payer. Celle-ci n'est qu'une décision en devenir en l'absence de signification et elle tend plus à favoriser l'accélération d'une procédure qu'elle n'est destinée à obtenir une décision contradictoire. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a approuvé dans un arrêt récent la décision des juges de fond, donnant droit au refus opposé par l'huissier de justice de pratiquer une saisie conservatoire de biens meubles corporels en arguant de ce que l'ordonnance d'injonction de payer sur le fondement de laquelle la mesure avait été sollicitée, n'avait pas été préalablement signifiée au débiteur poursuivant (*Cass. 2^e civ., 13 septembre 2007, n° 06-14.730 ; lire R. PERROT, Injonction de payer et mesure conservatoire ou un accouplement inattendu, Procédures, 2005, p. 7*). Il faut bien comprendre que le débat ne se justifie, en droit français, relativement à l'injonction de payer que dans la mesure où la loi du 9 juillet 2007 retient la décision de justice n'ayant pas encore force exécutoire parmi la série de dérogations de l'article 68 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 (*Sur cette question, voir A.D. WANDJI KAMGA, Le droit à l'exécution forcée, réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français, thèse en cotutelle, Université de Yaoundé II et Université de Limoges, 2009, pp. 366 et s.*).

19. L'Acte uniforme ajoute ensuite le défaut de paiement, dûment établi, des titres cambiaires et assimilés. C'est le cas d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque. Peut-être y a-t-il lieu de préciser que tous les incidents de paiement doivent être constatés par un "protêt défaut de paiement" qui est un acte de notaire ou d'huissier (*voir Règlement n° 02/03/CEMAC/UMAC/CM relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement du 04 avril 2003*). L'article 71 de ce Règlement dispose que : « Nul acte de la part du porteur du chèque ne peut suppléer l'acte de protêt, hors le cas prévu par l'article 46 relatif à la perte du chèque ». Le protêt doit être fait, par un notaire ou par un huissier, au domicile de celui sur qui le chèque était payable, ou à son dernier domicile connu (art. 69). Après cette formalité, l'article 77 du règlement précise que : « Indépendamment des formalités prescrites pour l'exercice de l'action en garantie, le porteur d'un chèque protesté peut saisir conservatoirement les effets mobiliers des endosseurs ». Seulement, cette cohérence entre le droit OHADA et le droit de la CEMAC se brouille lorsqu'il s'agit des lettres de change. En cette occurrence l'article 131 du Règlement exige une autorisation du juge en disposant « Indépendamment des formalités prescrites pour l'exercice de l'action en garantie, le porteur d'une lettre de change protestée faute de paiement peut, en obte-

nant la permission du juge, saisir conservatoirement les effets mobiliers des tireurs, accepteurs et endosseurs ».

Il reste que, c'est à bon droit qu'il a été décidé que la saisie conservatoire pratiquée en vertu d'un billet à ordre sur des créances du débiteur auprès des différents établissements financiers est régulière en la forme et il convient de la convertir en saisie-attribution (*Tribunal de grande instance de Ouagadougou-Burkina Faso, jugement n° 348 du 28 mars 2001, Bank of Africa c/ Babouram Amédée Gérard, Obadata J-04-06*). Il est loisible au porteur d'une lettre de change qui a été confronté à un problème d'impayé, de passer outre l'autorisation de la juridiction compétente sans que le saisi n'ait plus, dans sa requête adressée à la juridiction présidentielle, à justifier de circonstances de nature à menacer le recouvrement de sa créance (*Cour d'appel d'Abidjan, arrêt civil contradictoire n° 1116 du 12 décembre 2000, affaire Sté CORECA-CI C/FIDES-CI USICAF, Obadata J-06-124*). Dans cette espèce, Une société, liée à une autre par un contrat d'usinage de produits de café-cacao, lui remet une traite prétendument à titre de garantie. La traite est endossée au profit d'un tiers, mais revient impayée. Le porteur fait dresser protêt et pratique une saisie conservatoire de créances appartenant au tireur. Le juge des référés déboute le saisi de son action en contestation. La Cour d'appel confirme la décision querellée.

L'Acte uniforme cite enfin parmi les dispenses le cas d'un loyer impayé après commandement dès lors que celui-ci est dû en vertu d'un contrat de bail d'immeuble écrit. L'Acte uniforme exclut dans cette hypothèse le contrat de bail verbal.

Section 2 - Saisies conservatoires spécifiques

20. La spécificité de la procédure découle du caractère du bien sur lequel elle s'exerce. Les saisies portent ici aussi bien sur les biens meubles corporels (§1) que sur les biens meubles incorporels (§2).

§1 - Saisies conservatoires des biens meubles corporels

21. Le chapitre III du titre II de l'Acte uniforme vise la saisie conservatoire des biens meubles corporels. Il s'ensuit une description des opérations de saisie sans distinction aucune. C'est bien tardivement que l'Acte uniforme s'intéresse à la saisie foraine. On comprend qu'il s'agit d'une typologie spéciale bien qu'ayant pour objet les biens meubles corporels. Il en est ainsi de la saisie-revendication, forme particulière de saisie conservatoire préparatoire à une saisie-appréhension qui est organisée par l'Acte uniforme au chapitre II du titre IV.

Dans l'ensemble, il est question de rendre indisponibles certains biens meubles corporels appartenant au débiteur afin de pouvoir procéder, ultérieurement, à

leur vente en cas de défaut de paiement de la créance due ou à leur restitution ou leur délivrance (S.S. KUATE TAMEGHE, *Les pouvoirs du débiteur sur les biens saisis : une lecture à partir du système, OHADA des voies d'exécution, RDIDC, 2007/2, p. 203 et s.*). Il se présente dès lors deux figures à examiner successivement à savoir la saisie conservatoire de droit commun, puis les saisies conservatoires spéciales

A - Saisie conservatoire de droit commun des biens meubles corporels

22. C'est l'hypothèse où les biens meubles du débiteur sont rendus indisponibles, afin de pouvoir procéder, le cas échéant à leur vente en cas de carence du débiteur. L'Acte uniforme organise les opérations de saisie et l'éventuelle conversion en saisie-vente. Le dispositif législatif s'intéresse également à l'hypothèse de pluralité de saisie.

I - Opérations de saisie

23. Les opérations de saisies sont effectuées exclusivement par les soins d'un huissier de justice (F. Omam, *Le rôle de l'huissier en matière d'exécution des décisions de justice depuis l'Acte uniforme relatif aux mesures de recouvrement forcés et aux voies d'exécution, RCDA, n° 4, juill.-sept. 2000, pp. 9 et s.*). Dès lors qu'elles sont effectuées par un agent non qualifié, en l'occurrence un conseil juridique, bien que le procès-verbal de saisie ait été signé par un huissier de justice, la saisie conservatoire pratiquée doit être annulée (*Tribunal de première instance de Bouaké, ordonnance de référé n° 12 du 28 avril 2005, Affaire N. Y. N c/A. H, Le Juris-Obada, n° 3/2006, p. 36, Obadata J-07-18*).

Il faut distinguer selon que la saisie est pratiquée entre les mains du débiteur et lorsqu'elle est pratiquée entre les mains d'un tiers.

a - Saisie entre les mains du débiteur

Le débiteur dans cette éventualité peut être présent ou non au cours des opérations de saisie.

1 - Opérations de saisie en présence du débiteur

24. Dans cette éventualité, l'huissier ou l'agent d'exécution doit rappeler au débiteur qu'il est tenu de lui indiquer les biens qui auraient fait l'objet d'une saisie antérieure et de lui en communiquer le procès-verbal. Il est question d'éviter un concours de saisie, évidemment possible lorsque cette formalité n'est pas bien exécutée du fait du silence du débiteur ou lorsque la saisie est effectuée sans assistance du débiteur. Au préalable, il est tenu de communiquer au débiteur un certain nombre d'informations. Dans ce cadre, l'huissier

ou l'agent d'exécution lui rappelle verbalement que les biens saisis sont indisponibles, qu'ils sont placés sous la garde du débiteur ou d'un tiers désigné d'accord parties ou, à défaut par la juridiction statuant en matière d'urgence, qu'ils ne peuvent être ni aliénés ni déplacés, si ce n'est dans le cas prévu à l'article 97, sous peine de sanctions pénales, et que le débiteur est tenu de faire connaître la présente saisie à tout créancier qui procéderait à une nouvelle saisie sur les mêmes biens (S.S. KUATE TAMEGHE, *Les pouvoirs du débiteur sur les biens saisis : une lecture à partir du système, OHADA des voies d'exécution, RDIDC, 2007/2, p. 203 et s.*).

Aux termes de l'article 66, les dispositions des articles 99 et 103 sont applicables à la saisie conservatoire lorsque celle-ci est pratiquée entre les mains du débiteur. Ces dispositions sont pour l'essentiel afférentes aux opérations de saisie-vente pratiquées entre les mains du débiteur. Ainsi, l'huissier est tenu de réitérer verbalement au débiteur présent la demande de paiement (art. 99 AUPSRVE). Cette ultime invitation est qualifiée d'itératif commandement. L'idée est de laisser au débiteur saisi, une dernière chance d'arrêter la procédure de saisie en s'exécutant. En cas de non-succès de cette démarche amicale, l'huissier ou l'agent d'exécution déclenche la phase de saisie.

Toutefois, le débiteur conserve l'usage des biens rendus indisponibles par la saisie à moins qu'il ne s'agisse de biens consommables. En ce cas, il sera tenu d'en respecter la contre-valeur estimée au moment de la saisie. Toutefois, la juridiction compétente peut ordonner sur requête, à tout moment, même avant le début des opérations de saisie et après avoir entendu les parties ou celles-ci dûment appelées, la remise d'un ou plusieurs objets à un séquestre qu'il désigne. Si parmi les biens saisis se trouve un véhicule terrestre à moteur, la juridiction compétente peut, après avoir entendu les parties ou celles-ci dûment appelées, ordonner son immobilisation jusqu'à son enlèvement en vue de la vente par tout moyen n'entraînant aucune détérioration du véhicule (art. 66 renvoyant à l'art. 103 AUPSRVE). Seulement, ce renvoi est inapproprié, dès lors qu'il indique que les parties soient convoquées ou entendues, le cas échéant avant toute opération de saisie. Cette convocation paralyse l'effet de surprise qui constitue la condition d'efficacité de la saisie conservatoire.

25. Le débiteur saisi doit également être informé qu'il dispose, du droit, si les conditions de validité de la saisie ne sont pas réunies, d'en demander la mainlevée à la juridiction compétente du lieu de son domicile. S'il n'appert pas du procès-verbal de saisie querellée que les mentions sus-énoncées figurent en caractères très apparents, il y a lieu de déclarer le procès-verbal de saisie conservatoire litigieux nul et de nul effet et de donner mainlevée de la saisie conservatoire pratiquée au préjudice du débiteur (*Tribunal de première instance de Douala - Ndokoti, ORD. n° 058/06-07 DU 23 novembre*

2006, *Affaire : monsieur Atentsa Pierre C/ monsieur Menye Dieudonné E., obada. com/Obadata J-07-92*).

Pour justifier le non-enlèvement des biens saisis, la jurisprudence affirme que les effets de la saisie conservatoire, protègent suffisamment les intérêts du saisissant, qui, il faut le rappeler, ne jouit à cette phase de la procédure, que d'une créance apparemment fondée en son principe ; qu'il n'est pas utile pour la sauvegarde des droits du saisissant, d'adjoindre l'enlèvement à la saisie conservatoire des biens, cette garantie n'exigeant pas, pour sa mise en œuvre, sauf cas particuliers, que le saisi soit privé de la jouissance de ses biens (*Tribunal Régional Hors Classe De Dakar (SÉNÉGAL), Ordonnance n° 547 du 06 mai 2002, Pape Ousmane Samb c/Atif Fuad Aziz Takala, obada. com/Obadata J-05-97*). Seulement, il incombe exclusivement au gardien constitué lors de la saisie conservatoire des biens de représenter la totalité des biens même sous astreinte comminatoire (*Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 86 du 20 janvier 2004, Affaire : la Société Sci les Elfes c/M. U.M.S, Le Juris Obada n° 2/2005, p. 36, obada. com/Obadata J-05-366*).

26. Une fois ces formalités préliminaires accomplies, l'huissier dresse un procès-verbal de saisie qui contient à peine de nullité plusieurs informations : l'Acte uniforme vise la mention de l'autorisation de la juridiction compétente ou du titre en vertu duquel la saisie est pratiquée ; ces documents sont annexés à l'acte en original ou en copie certifiée conforme.

Doivent être précisés, les noms, prénoms et domicile du saisi et du saisissant ou, s'il s'agit de personne morale, leurs forme, dénomination et siège social. Dans une espèce où le procès-verbal de saisie conservatoire produit au dossier ne comportait pas la mention de la forme juridique du saisissant, les juges ont prononcé la nullité (*Cour d'appel de Daloa, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 198 du 27 juillet 2005, AF c/AD., Le Juris-Obada, n° 2/2006, p. 48, obada. com/Obadata J-07-05 ; Tribunal de première instance de Port-Gentil, ordonnance de référé n° 118/98-99 du 26 août 1999, STTP et Paré Joseph c/Loembet Koutinbo Alfred, obada. com/Obadata J-02-153*).

L'exploit d'huissier doit mentionner l'élection de domicile dans le ressort territorial juridictionnel où s'effectue la saisie si le créancier n'y demeure pas ; il peut être fait, à ce domicile élu, toute signification ou offre. Doit être déclaré nul, le procès-verbal de saisie conservatoire qui ne comporte pas de mention d'élection de domicile du créancier au lieu de la saisie (*Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 39 du 13 janvier 2004, Tiemele Amon c/Azema Paul, Obadata J-04-490*). Ce procès-verbal contient aussi la désignation détaillée des biens saisis. À cet égard, l'huissier ou l'agent d'exécution peut photographier les objets saisis. Les photographies sont conservées par lui en vue de la vérification des biens saisis. Elles ne peuvent être communiquées qu'à l'occasion d'une contestation devant la juridiction compétente (art. 45 AUPSRVE).

Si le débiteur est présent, sa déclaration au sujet d'une éventuelle saisie antérieure sur les mêmes biens. Il doit communiquer cette information sous peine de dommages-intérêts (art. 36 al. 1^{er} AUPSRVE).

Il doit encore être mentionné, en caractères très apparents, que les biens saisis sont indisponibles, qu'ils sont placés sous la garde du débiteur ou d'un tiers désigné d'accord parties ou, à défaut par la juridiction statuant en matière d'urgence, qu'ils ne peuvent être ni aliénés ni déplacés, si ce n'est dans le cas prévu à l'article 97, sous peine de sanctions pénales, et que le débiteur est tenu de faire connaître la présente saisie à tout créancier qui procéderait à une nouvelle saisie sur les mêmes biens.

La mention en caractères très apparents, du droit qui appartient au débiteur, si les conditions de validité de la saisie ne sont pas réunies, d'en demander la mainlevée à la juridiction compétente du lieu de son domicile. La désignation de la juridiction devant laquelle seront portées les autres contestations, notamment celles relatives à l'exécution de la saisie. L'indication, le cas échéant, des noms, prénoms et qualités des personnes qui ont assisté aux opérations de saisie, lesquelles doivent apposer leur signature sur l'original et les copies ; en cas de refus, il en est fait mention dans le procès-verbal. Ces personnes présentes aux opérations de saisie peuvent être le ou les témoins majeurs, non parents ni alliés en ligne directe des parties ni à leur service (art. 44 AUPSRVE).

La reproduction des dispositions pénales sanctionnant le détournement d'objets saisis ainsi que de celles des articles 62 et 63 relatifs à la mainlevée.

Toujours dans l'hypothèse où le débiteur saisi est présent lors du déroulement des opérations de saisie, une copie du procès-verbal portant les mêmes signatures que l'original lui est immédiatement remise. Cette remise vaut signification. Elle est opportune car elle constitue un gain de temps et ne renchérit pas le coût de la procédure.

2 - Opérations de saisie en l'absence du débiteur

27. Lorsque le débiteur n'a pas assisté aux opérations de saisie, une copie du procès-verbal lui est signifiée, en lui impartissant un délai de huit jours pour qu'il porte à la connaissance de l'huissier ou de l'agent d'exécution, toute information relative à l'existence d'une éventuelle saisie antérieure et qu'il en communique le procès-verbal. Le déroulement des opérations de saisie en l'absence du débiteur incline que certaines formalités d'ordre général sur les saisies soient respectées. Ainsi, l'article 42 dispose qu'en l'absence de l'occupant du local, ou si ce dernier en refuse l'accès, l'huissier ou l'agent d'exécution peut établir un gardien aux portes pour empêcher le divertissement. Il requiert, pour assister aux opérations, l'autorité administrative compétente à cette fin ou une autorité de police ou de gendarmerie. L'article 21 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991 précise ce

contenu d'autorité administrative en visant clairement le maire de la commune, un conseiller municipal ou un fonctionnaire municipal délégué par le maire à cette fin. Dans les mêmes conditions, il peut être procédé à l'ouverture des meubles. À la fin des opérations de saisie, et toujours dans l'hypothèse où la saisie est effectuée en l'absence du débiteur ou de toute personne se trouvant dans les lieux, l'huissier ou l'agent d'exécution assure la fermeture de la porte ou de l'issue par laquelle il a pénétré dans les lieux.

Dès la signification de l'exploit de saisie conservatoire au débiteur saisi, les biens qui en sont l'objet sont rendus indisponibles.

Lorsque la saisie est pratiquée par le créancier au domicile du débiteur en présence d'un tiers, les dispositions régissant la saisie entre les mains d'un tiers ne sont pas applicables (*Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 1860 du 21 novembre 2000, Christian Dering c/Ouseynou Sow, Obadata J-04-163, obs. N. DIOUF*).

b - Saisie entre les mains d'un tiers

28. Cette autre modalité de la saisie conservatoire concerne l'hypothèse où les biens appartenant au débiteur sont détenus par un tiers. Elle obéit dans l'ensemble, aux mêmes règles que celles de la saisie-vente entre les mains d'un tiers. C'est le sens du renvoi fait aux articles 107 à 110 et 112 à 114 par l'article 67 de l'AUPSRVE. Cet emprunt de la procédure de saisie-vente ne manquera pas de connaître des limites. Nous nous contenterons de rappeler les points mentionnés dans la mesure où ils font l'objet d'une étude détaillée dans le cadre de la saisie-vente.

Remarquons que si le créancier dispose d'un titre exécutoire ou d'un acte assimilé (art. 55), l'huissier ou l'agent d'exécution doit requérir l'autorisation de la juridiction du lieu où sont situés les biens (art. 67 al. 2, art. 105). Cette nouvelle autorisation judiciaire s'explique par la nécessité d'assurer le respect du principe de l'inviolabilité du domicile dans les procédures de saisie, particulièrement lorsque la saisie est pratiquée entre les mains d'un tiers (*A-M. H. ASSI-ESSO et N. DIOUF, op. cit., n° 168*).

29. La procédure commence par une invitation faite par l'huissier ou l'agent d'exécution au tiers de déclarer les biens qu'il détient pour le compte du débiteur et, parmi ces derniers, ceux qui auraient fait l'objet d'une saisie antérieure. Cette invitation est accompagnée du rappel des différentes sanctions encourues en cas de refus de déclaration ou de déclaration mensongère ou inexacte : le tiers peut dans cette occurrence être condamné au paiement des causes de la saisie, sauf son recours contre le débiteur. Il peut aussi être condamné à des dommages-intérêts (art. 107 al. 2 AUPSRVE).

– Si le tiers déclare ne détenir aucun bien appartenant

au débiteur ou s'il refuse de répondre, il en est dressé acte. Cet acte est remis ou signifié au tiers avec l'indication, en caractères très apparents, de la sanction encourue en cas de déclaration inexacte ou mensongère (art. 108). On imagine que dans cette éventualité, la procédure s'arrête après la remise ou la signification de cet acte. Simplement, pour rester cohérent et dans la mesure où la procédure est calquée sur celle de la saisie-vente, il serait opportun que l'huissier dresse un procès-verbal de carence sauf si le débiteur requiert la continuation de l'exécution (art. 96). Dans la pratique, l'huissier mentionne simplement dans l'espace réservé sur l'acte de saisie la formule « dit ne détenir aucun bien du débiteur ».

- Si le tiers déclare détenir les biens pour le compte du débiteur, l'article 109 AUPSRVE régit l'inventaire qu'est amené à dresser l'huissier de justice. Cet inventaire comporte douze mentions prescrites à peine de nullité, semblables à celles contenues à l'article 100 de l'Acte uniforme moyennant quelques adaptations pour tenir compte de la nature de la saisie (les termes saisie-vente doivent se comprendre ici comme saisie conservatoire. Il s'agit aussi de tenir compte de la position du tiers). Sont ainsi visés :
 - la référence du titre en vertu duquel la saisie est pratiquée, la date de la saisie, les nom, prénoms et domicile du saisissant ou s'il s'agit d'une personne morale, ses formes, dénomination et siège social, l'élection éventuelle de domicile ;
 - les nom, prénoms et domicile du débiteur ou, s'il s'agit d'une personne morale ses forme, dénomination et siège social ; la mention des nom, prénoms et domicile du tiers ;
 - la déclaration du tiers et, en caractères très apparents, l'indication que toute déclaration inexacte ou mensongère l'expose à être condamné au paiement des causes de la saisie sans préjudice d'une condamnation à des dommages-intérêts ;
 - la désignation détaillée des biens saisis ; la mention, en caractères très apparents, que les objets saisis sont indisponibles, qu'ils sont placés sous la garde du tiers, qu'ils ne peuvent être ni aliénés ni déplacés, si ce n'est dans le cas prévu par l'article 97 sous peine de sanctions pénales et que le tiers est tenu de faire connaître la présente saisie à tout créancier qui procéderait à une saisie sur les mêmes biens ;
 - la mention que le tiers peut se prévaloir des dispositions de l'article 112 de l'AUPSRVE qui est reproduit dans l'acte de saisie. Cet article dispose que le tiers peut refuser la garde des biens saisis. À tout moment, il peut demander à en être déchargé. L'huissier ou l'agent d'exécution pourvoit à la nomination d'un gardien et à l'enlèvement des biens. L'indication que le tiers peut faire valoir ses droits sur les biens saisis, par déclaration ou par lettre recommandée avec avis de réception ou par tout autre moyen laissant trace écrite adressée à l'huissier ou à l'agent d'exécution du créancier saisissant ;

- la désignation de la juridiction devant laquelle seront portées les contestations relatives à la saisie-vente ; l'indication, le cas échéant, des noms, prénoms et qualités des personnes qui ont assisté aux opérations de saisie, lesquelles doivent apposer leur signature sur l'original et sur les copies ; en cas de refus, il en est fait mention dans le procès-verbal ; enfin la reproduction des dispositions pénales sanctionnant le détournement d'objets saisis.

Si le tiers est présent aux opérations de saisie, l'huissier ou l'agent d'exécution lui rappelle verbalement le contenu des mentions relatives aux sanctions encourues en cas de déclaration mensongères, l'information sur l'indisponibilité des biens saisis placés sous sa garde à moins qu'il refuse la charge de gardien (art. 110 al. 1). Il s'agit d'une mention supplémentaire à insérer dans le procès-verbal lorsque le tiers est présent aux opérations de saisie.

La faculté est offerte au juge de l'exécution d'ordonner sur requête, à tout moment, y compris avant le début des opérations de saisie, après avoir entendu les parties ou celles-ci dûment appelées, la remise d'un ou plusieurs objets à un séquestre qu'il désigne, le tout sous réserve du droit d'usage dont le tiers pourrait se prévaloir sur les biens saisis (art. 113 al. 1). Si le bien saisi est un véhicule terrestre à moteur, celui-ci peut, sous la même réserve, être immobilisé entre les mains du tiers jusqu'à son enlèvement en vue de la vente, par tout moyen n'entraînant aucune détérioration du véhicule (art. 113 al. 2).

Le tiers dispose de la faculté de se prévaloir d'un droit de rétention sur le bien saisi. Dans ce cas, il en informe l'huissier ou l'agent d'exécution par lettre recommandée avec avis de réception ou tout moyen laissant trace écrite à moins qu'il n'en ait fait la déclaration au moment de la saisie. Le créancier saisissant peut contester ce droit dans un délai d'un mois. Dans ce cas, le bien demeure indisponible durant l'instance. À défaut de contestation dans le délai imparti, la prétention du tiers est réputée fondée pour les besoins de la saisie (art. 114).

30. Lorsque la saisie est pratiquée entre les mains du tiers, une double signification est exigée. L'une entre les mains du tiers. Elle est immédiate lorsque le tiers est présent aux opérations de saisie par la remise d'une copie du procès-verbal de saisie portant les mêmes signatures que l'original. Cette remise vaut signification. Lorsque le tiers n'a pas assisté aux opérations de saisie, la copie du procès-verbal de saisie lui est signifiée en lui impartissant un délai de huit jours pour qu'il porte à la connaissance de l'huissier ou de l'agent d'exécution l'existence d'une éventuelle saisie antérieure sur les mêmes biens et qu'il lui en communique le procès-verbal (art. 110 al. 2).

L'autre signification est faite aux mains du débiteur dans un délai de huit jours. On la qualifie de dénonciation de l'acte de saisie au débiteur. Ce procès-verbal contient à peine de nullité trois mentions indiquées à

l'article 67 al 3 : une copie de l'autorisation de la juridiction compétente ou du titre, selon le cas, en vertu duquel la saisie a été pratiquée ; la mention, en caractère très apparents, du droit qui appartient au débiteur, si les conditions de validité de la saisie ne sont pas réunies, d'en demander la mainlevée à la juridiction du lieu de son propre domicile ; la reproduction des articles 62 et 63 de l'AUPSRVE. On peut s'étonner de ce que cette signification sous huitaine n'a pas été prescrite à peine de caducité de la saisie si ce délai venait à être transgressé.

Il reste que le tiers peut prétendre être propriétaire d'un bien saisi. Dans cette éventualité, il dispose soit de l'action en distraction, ou si le bien a déjà été vendu, de l'action en revendication du bien (cette procédure étant celle applicable à la saisie-vente à laquelle l'article 68 renvoie, nous préférons nous en référer aux développements effectués sur cette question).

En ce qui concerne l'action en distraction, la demande doit préciser, à peine d'irrecevabilité, les éléments sur lesquels se fonde le droit de propriété invoqué. Elle est signifiée au créancier saisissant, au saisi et éventuellement au gardien. Le créancier saisissant met en cause les créanciers opposants par lettre recommandée avec avis de réception ou tout moyen laissant trace écrite (art. 141 AUPSRVE). L'action en distraction cesse d'être recevable après la vente des biens saisis ; seule peut alors être exercée l'action en revendication. Toutefois, le tiers reconnu propriétaire d'un bien déjà vendu peut, jusqu'à la distribution des sommes produites par la vente, en distraire le prix non diminué des frais (art. 142 AUPSRVE).

II - Conversion en saisie-vente

31. La saisie conservatoire portant sur les biens meubles corporels, à l'instar de toute mesure conservatoire, n'a pas vocation à s'éterniser. Ce caractère essentiellement provisoire explique l'alternative suivante : soit le débiteur saisi s'exécute volontairement et la saisie conservatoire se retrouve sans objet ; soit au contraire le débiteur n'a pas payé et il faut alors franchir l'étape de la conversion en mesure d'exécution forcée, c'est-à-dire en l'espèce en saisie-vente.

Il demeure que, pour que cette conversion s'opère normalement, il est nécessaire que le créancier soit muni d'un titre exécutoire constatant l'existence de sa créance. Si ce n'est le cas, il doit, dans le mois qui suit ladite saisie, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire. En plus, si la saisie est pratiquée entre les mains d'un tiers, les copies des pièces justifiant de ces diligences doivent être adressées au tiers dans un délai de huit jours à compter de leur date (art. 61 AUPSRVE). Il s'agit d'une action autonome et distincte de la saisie, portée devant une juridiction de fond, compétente pour connaître du procès au fond du droit. Cette juridiction dépendra de la nature de l'affaire. Il résulte de la combi-

raison des textes précités (art. 61 et 69), qui consacrent la disparition de l'ancienne procédure d'assignation en validité, que la transformation de la saisie conservatoire en saisie-vente s'effectue par l'huissier ou l'agent d'exécution, muni d'un titre exécutoire obtenu par le créancier, au bout d'une procédure distincte de celle ayant abouti à la saisie conservatoire (*Cour d'appel du Centre, Arrêt n° 10/Civ. 2 octobre 2002, Affaire Ozoh Undcbukwu Sunday c/La succession Tonou, obada.com/Obadata J-04-473*).

32. L'Acte uniforme relatif aux voies d'exécution ne prévoyant plus de procédure de validation de saisie conservatoire, il appartient au créancier d'observer la procédure de conversion de la saisie conservatoire en saisie-vente, telle que prévue par l'article 69 dudit Acte. (*Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 363 du 17 mars 2000, AAA c/COTUVA, Bulletin Juris Ohada, 3/2002, juillet-septembre 2002, p. 44, note anonyme, Obadata J-02-143*).

Comme s'en est exclamé un auteur autorisé, Hélas ! Beaucoup de créanciers ignorent que le législateur communautaire leur a simplifié la tâche en les dispensant désormais de la procédure de validation (*Ndiaw Diouf, obs. sous Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 1860 du 21 novembre 2000, Christian Dering c/Ousseynou Sow, obada.com/Obadata J-04-163*). Il s'agit désormais d'une procédure extrajudiciaire (*Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement du 15 janvier 2003 la SONAM contre Alioune DIAW, Obadata J-03-42 ; Tribunal régional de Thiès, jugement du 22 août 2002, SENEMECA contre Compagnie des Mines du Cayor (COMICA), obada.com/Obadata J-03-34, obs. J. Issa-Sayegh*). Fait donc une mauvaise application de la loi, le jugement qui convertit une saisie conservatoire en saisie-vente (*TPI de Bafoussam, jugement civil n° 51 du 9 mars 2001, Affaire Djomani Ngaleu Dominique c/madame Tchinda née Makueko Marie, obada.com/Obadata J-04-235 ; Tribunal de première instance de Cotonou, chambre civile moderne, 1^{re} Ch. CIV jugement n° 65-02 S. T du 06 juillet 2002, Syvanus T. Agblonon c/François T. Monsi, obada.com/Obadata J-05-293*). Et c'est à juste titre que le juge saisi de la conversion doit la rejeter (*Tribunal de première instance de Nkong-samba, jugement n° 35/CIV du 1^{er} Août 2001, Affaire La Société civile nationale des droits d'auteur (SOCINADA) c/L'alimentation Cash & Dring, la poissonnerie Sunsep Fish Point'Alimentation Cercle Municipal (distributrice), l'Alimentation Patrick, l'Alimentation Hill Town, obada.com/Obadata J-05-152*).

33. Une fois qu'il a obtenu ce titre, le créancier peut ensuite faire procéder à la vente des biens après signification au débiteur de l'acte de conversion. L'article 69 AUPSRVE prévoit, à peine de nullité, les différentes mentions que cet acte de conversion doit comporter :

- les noms, prénoms et domiciles du saisi et du saisissant ou, s'il s'agit de personnes morales, leur forme, dénomination et siège social ;
 - la référence au procès-verbal de saisie conservatoire ;
 - une copie du titre exécutoire sauf si celui-ci a déjà été communiqué dans le procès-verbal de saisie, auquel cas il est seulement mentionné ;
 - le décompte distinct des sommes à payer, en principal, frais et intérêts échus, ainsi que l'indication du taux des intérêts ;
 - un commandement d'avoir à payer cette somme dans un délai de huit jours, faute de quoi il sera procédé à la vente des biens saisis. Contrairement à la saisie-vente où ce commandement de payer est servi préalablement, on constate que, dans le cadre de la conversion de la saisie conservatoire en saisie-vente, il est simplement inséré dans l'acte de conversion. Dès lors, l'acte de conversion servira à la fois de commandement de payer et d'acte de saisie-vente.
- La conversion peut être signifiée dans l'acte portant signification du titre exécutoire. Ce procédé sous-tend un souci de rapidité et d'économie processuelles. Si la saisie a été effectuée entre les mains d'un tiers, une copie de l'acte de conversion est dénoncée à ce dernier.
- À l'expiration du délai de huit jours à compter de la date de l'acte de conversion, l'huissier ou l'agent d'exécution procède à la vérification des biens saisis (*S.S. KUATE TAMEGHE, Les images floues de la vérification des biens saisis dans le système OHADA des voies d'exécution, J.P. n° 61/2005, p. 87 et s.*). Il est dressé un procès-verbal des biens manquants ou dégradés. Il s'agit du procès-verbal de recollement destiné à contrôler le bon exercice par le gardien (débiteur ou tiers) de sa mission. Cette formalité propre à la procédure de saisie-vente, peut ici présenter un intérêt certain car, entre le moment où l'acte de saisie conservatoire a été dressé, et celui où il est procédé à cette vérification, le temps écoulé pour l'obtention du titre exécutoire peut être manifeste. Dans ce procès-verbal, il est donné connaissance au débiteur qu'il dispose d'un délai d'un mois pour vendre à l'amiable les biens saisis dans les conditions prescrites aux articles 115 à 119 de l'AUPSRVE. Ces articles 115 à 119 prévoient les modalités de la vente amiable susceptibles d'intervenir à la diligence du débiteur dans le cadre de la saisie-vente. Constatons toutefois que cette obligation n'est assortie, dans le cadre de la conversion de la saisie conservatoire en saisie-vente d'aucune sanction. On comprend dès lors que la jurisprudence affirme que c'est en vain que le débiteur saisi conteste la validité d'un procès-verbal de recollement d'objets saisis en invoquant la violation de l'article 70 AUPSRVE, ce texte n'étant assorti d'aucune nullité comme sanction. La sanction de nullité prévue par l'article 111 AUPSRVE ne s'applique qu'au procès-verbal de saisie-vente et non au procès-verbal de recollement (*Cour d'appel de Ouagadougou, ordonnance de référé n° 29/00 du 18 mai 2000, Kondé Salif c/Pascale Berta, Obadata J-02-54, obs. J. ISSA-SAYEGH*).
- S'il apparaît que les biens ne se retrouvent plus au lieu où ils avaient été saisis, l'huissier ou l'agent d'exécution

fait injonction au débiteur de l'informer, dans un délai de huit jours, du lieu où ils se trouvent et, s'ils ont fait l'objet d'une saisie-vente, de lui communiquer le nom et l'adresse, soit de l'huissier ou de l'agent d'exécution qui y a procédé, soit du créancier pour le compte de qui elle a été diligentée. Si le débiteur ne défère pas à la sommation adressée par l'huissier, le créancier saisit la juridiction compétente qui peut ordonner la remise de ces informations sous astreinte, sans préjudice d'une action pénale pour détournement d'objets saisis (art. 71 AUPSRVE). À défaut de vente amiable dans le délai prévu, il est procédé à la vente forcée des biens selon la procédure prévue pour la saisie-vente.

34. On notera que si la conversion n'est assortie d'aucun délai, le créancier a intérêt à agir diligemment pour éviter que ses droits ne soient réduits comme une peau de chagrin du fait de l'intervention d'une procédure collective. En effet, tant que les biens saisis n'ont pas fait l'objet d'une adjudication en exécution de la procédure de saisie-vente, la mesure d'exécution n'est pas considérée comme ayant produit tous ses effets. Les biens saisis n'étant pas sortis du patrimoine du débiteur, il revient en conséquence au créancier de se soumettre à la discipline collective. Toute autre est l'hypothèse où les biens saisis ont fait l'objet de saisie-vente avant l'ouverture de la procédure collective, mais où la saisie conservatoire de biens meubles corporels, sur le fondement de laquelle la mesure d'exécution a été diligentée après acte de conversion, fait ensuite l'objet d'une annulation, car la mesure conservatoire tombe sous le coup des inopposabilités de la période suspecte. L'article 68 al. 6 AUPC vise parmi les inopposabilités de droit, « toute inscription provisoire d'hypothèque judiciaire conservatoire ou de nantissement judiciaire conservatoire ». Il n'est pas mentionné comme en droit français « toute mesure conservatoire » (art. L.632-1-7° code de commerce), mais la solution ne devrait pas s'en éloigner dès lors que les sûretés conservatoires sont appréhendées.

III - Pluralité de saisies

35. C'est l'éventualité où plusieurs saisies doivent être pratiquées sur les mêmes biens. On comprend tout l'intérêt de la déclaration obligatoire du débiteur au sujet d'une éventuelle saisie antérieure sur les mêmes biens devant figurer sur le procès-verbal de saisie. La pluralité de saisies conservatoires est réglemmentée par les articles 74 à 76 AUPSRVE.

L'huissier ou l'agent d'exécution qui procède à une saisie conservatoire sur les biens rendus indisponibles par une ou plusieurs saisies antérieures, signifie une copie du procès-verbal de saisie à chacun des créanciers dont les diligences sont antérieures aux siennes.

Deux hypothèses sont appréhendées dans l'AUPSRVE : celle où les biens saisis à titre conservatoire font

ensuite l'objet d'une saisie-vente. Dans ce cas l'huissier ou l'agent d'exécution signifie le procès-verbal de saisie aux créanciers qui ont pratiqué antérieurement les saisies conservatoires. Puis celle où une saisie conservatoire de meubles fait l'objet d'une conversion en saisie-vente. L'acte de conversion doit être signifié aux créanciers qui, avant cette conversion, ont saisi les mêmes biens à titre conservatoire (art. 74).

Dans l'ensemble, qu'il s'agisse de concours entre saisies conservatoires ou entre saisie conservatoire et saisie-vente, il est prévu une information au bénéfice des créanciers. Dans le premier cas, l'information permet à chaque créancier de savoir qu'un concours entre eux pourra intervenir ultérieurement. Dans le second cas, ceux-ci sont désormais au courant de ce que le bien qu'ils avaient saisi à titre conservatoire, et qui était indisponible, va dorénavant faire l'objet d'une vente.

Cette solution marque une évolution du droit dans l'espace OHADA où l'adage « saisie sur saisie ne vaut » inclinait que l'huissier second saisissant ne puisse saisir une nouvelle fois les mêmes biens. Cette évolution est justifiée car la saisie conservatoire ne confère aucun droit exclusif ni même préférentiel (*Cl. BRENNER, Voies d'exécution, Dalloz, Les cours de droit, 4^e éd., 2007, n° 116, p. 69*). Cette absence de gage au profit du premier saisissant permet de comprendre pourquoi les autres créanciers cherchent à faire sauvegarder leurs prérogatives.

36. Lorsque les biens saisis ont vocation à être vendus, l'AUPSRVE (art. 75 et 76) présente différemment la situation selon qu'il s'agit d'une vente amiable ou d'une vente forcée.

Si le débiteur présente des propositions de vente amiable, le créancier saisissant qui les accepte en communique la teneur, par lettre recommandée avec avis de réception ou par tout autre moyen laissant trace écrite, aux créanciers qui ont saisi les mêmes biens à titre conservatoire, soit avant l'acte de saisie, soit avant l'acte de conversion, selon le cas. À peine de nullité, la lettre ou l'autre moyen écrit utilisé reproduit, en caractères très apparents, les obligations à la charge des créanciers. D'abord, chaque créancier doit, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la lettre recommandée ou de l'autre moyen utilisé, prendre parti sur les propositions de vente amiable et faire connaître au créancier saisissant la nature et le montant de sa créance. Ensuite, à défaut de réponse dans le délai imparti, le créancier est réputé avoir accepté les propositions de vente. On notera ici qu'il est expressément dérogé à la règle selon laquelle, en principe, le silence ne vaut pas acceptation, car l'expression du consentement doit être établie de manière indiscutable. Enfin, si dans le même délai, il ne fournit aucune indication sur la nature et le montant de sa créance, il perd le droit de concourir à la distribution des deniers résultant de la vente amiable, sauf à faire valoir ses droits sur un solde éventuel après répartition (art. 75 AUPSRVE).

Toutefois, si la proposition de vente amiable n'est pas concluante ou même si le débiteur ne fait pas de proposition, le créancier saisissant qui fait procéder à l'enlèvement des biens en vue de leur vente forcée doit en informer, par lettre recommandée avec avis de réception ou par tout autre moyen laissant trace écrite, les créanciers qui ont pratiqué une saisie conservatoire sur les mêmes biens avant l'acte de saisie ou l'acte de conversion, selon le cas. À peine de nullité, cette lettre ou le moyen utilisé indique le nom et l'adresse de l'auxiliaire de justice chargé de la vente et reproduit, en caractères très apparents, la formalité suivante : chaque créancier doit, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la lettre recommandée ou de tout autre moyen laissant trace écrite utilisé l'informant de l'enlèvement des biens en vue de leur vente, faire reconnaître à l'auxiliaire de justice chargé de la vente, la nature et le montant de sa créance au jour de l'enlèvement. À défaut de réponse dans le délai imparti, il perd le droit de concourir à la distribution des deniers résultant de la vente forcée, sauf à faire valoir ses droits sur un solde éventuel après la réception (art. 76 AUPSRVE).

B - Saisies conservatoires spéciales de biens meubles corporels

37. Le code de procédure civile de 1806 dans ses titres consacrés aux saisies organisait particulièrement la saisie-gagerie, considérée comme les droits des propriétaires sur les meubles, effets et fruits de leurs locataires et fermiers (titre douzième, art. 377 et s.), la saisie-revendication (titre treizième, art. 384 et s.) et la saisie foraine.

L'Acte uniforme retient et organise la saisie foraine et la saisie-revendication. D'autres saisies conservatoires sont organisées par des textes spéciaux et notamment internationaux (Convention de Bruxelles du 10 mai 1958 sur la saisie conservatoire des navires, applicable dans les États qui ont procédé à la ratification).

I - Saisie foraine

38. La saisie foraine est une saisie conservatoire qui permet à un créancier de placer sous main de justice les biens mobiliers corporels trouvés dans le ressort judiciaire de son domicile, appartenant à un débiteur qui n'a pas de domicile fixe ou dont le domicile ou l'établissement se trouve dans un pays étranger.

L'article 73 AUPSRVE indique que la juridiction compétente pour autoriser et trancher les litiges relatifs à la saisie des biens dans ce cas est celle du domicile du créancier. Le saisissant est gardien des biens, s'ils sont entre ses mains ; sinon il sera établi un gardien. Dans tous les cas, la procédure applicable est celle prescrite pour les saisies conservatoires. Dans ce cas,

l'autorisation judiciaire préalable est nécessaire lorsque le créancier ne dispose pas de titre exécutoire, en plus de la justification de circonstances de nature à menacer le recouvrement de la créance (voir supra). Dans cette perspective, doit être rétractée l'ordonnance de saisie conservatoire pour garantir le recouvrement d'une créance s'il n'y a pas péril menaçant le recouvrement de la créance, le débiteur, bien que domicilié en France disposant au Cameroun de structures de gestion fiables (*Cour d'appel du Littoral, arrêt n° 91/REF du 09 juin 2004, Affaire : Société Le Printemps du Centre SARL contre Société F.A.I.E. SARL, Ohadata J-06-184*). Dans cette espèce, la crainte semble émergée de la seule circonstance que le débiteur est domicilié à l'étranger. Cette décision corrobore celle prononcée dans une espèce où il avait été décidé que la seule circonstance que le siège social de la débitrice se situe hors du territoire français ne saurait constituer la circonstance susceptible de mettre en péril le recouvrement de la créance alléguée (*CA Pau, 12 mars 2002, Sté Eusbal Etxea Constructora Promotra et Labidalle c/SCI Atabaer, RD bancaire et fin. 2002, n° 5, p. 268, obs. J.-M. Delleci*).

II - Saisie-revendication

39. La saisie-revendication est une saisie conservatoire pratiquée sur les biens meubles corporels, exercée par une personne qui se prétend titulaire d'une obligation de restitution ou de livraison. Il s'agit d'une saisie préparatoire à une saisie-appréhension, permettant de rendre immédiatement indisponibles les biens qui doivent être délivrés ou restitués (art. 218 AUPSRVE), lorsque le titulaire de l'obligation ne dispose pas encore d'un titre exécutoire constitué ou le cas échéant, n'a pas encore obtenu une injonction de la juridiction compétente devenue exécutoire.

La saisie-revendication n'est pas une mesure nouvelle. Elle était déjà organisée par le code de procédure civile et commerciale applicable dans certains pays membres de l'OHADA (*art. 384 et s. code de procédure civile et commerciale de 1806 rendu applicable au Cameroun par arrêté colonial du 16 décembre 1954 portant codification et réglant la procédure en matière civile et commerciale devant les tribunaux français et au Cameroun ; art. 691 et s. du code de procédure civile gabonais ; art. 479 et s. code de procédure civile sénégalais ; art. 270 et s. code de procédure civile tchadien*). L'AUPSRVE l'organise aux articles 218 et 227 à 235.

Pendant, le titulaire d'une obligation de délivrance ou de restitution risque, lors de la saisie, de se heurter à l'application de la règle édictée par l'article 2279 al. 1^{er} du Code civil applicable au Cameroun selon laquelle, « en fait de meuble, possession vaut titre ». Cette formule constitue un mode particulier d'acquisition de la propriété mobilière, dès lors que la possession est réelle, utile et réalisée de bonne foi. Mais le propriétaire d'un meuble perdu ou volé peut le revendiquer pendant

trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains de qui il le trouve (art. 2279 al. 2 C. civ.).

Il s'induit que la saisie-revendication est subordonnée à l'observation de certaines conditions qui débouchent, le cas échéant, sur les opérations de saisie avec comme issue la conversion de la saisie-revendication en saisie-appréhension.

a - Conditions de la saisie-revendication

40. Aux termes de l'article 227 AUPSRVE, toute personne apparemment fondée à requérir la délivrance ou la restitution d'un bien meuble corporel peut, en attendant sa remise, le rendre indisponible au moyen d'une saisie-revendication. Exception faite du cas où le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire, une autorisation préalable délivrée sur requête par la juridiction compétente est nécessaire. La requête est formée auprès de la juridiction du domicile ou du lieu où demeure la personne tenue de délivrer ou de restituer le bien. La décision portant autorisation désigne le bien qui peut être saisi ainsi que l'identité de la personne tenue de le délivrer ou de le restituer. Cette autorisation est opposable à tout détenteur du bien désigné.

On notera que l'article 227 ne subordonne pas l'exercice d'une saisie-revendication à l'existence de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement du bien. Pour comprendre cette omission, la doctrine relève que la raison en est que la menace en cette matière est inhérente au fait que la saisie porte sur un meuble corporel dont on attend une remise en nature, laquelle peut être compromise à tout instant par une dissimulation ou une aliénation à un acheteur de bonne foi (*R. PERROT et Ph. THERY, Procédure civile d'exécution, 2^e éd. Dalloz, 2005, n° 869, p. 771*). Ce qui est exigé, c'est que la créance soit apparemment fondée.

En ce qui concerne la créance, l'AUPSRVE exige qu'elle soit apparemment fondée. On note une nuance avec l'article 54 du même acte qui vise une créance fondée en son principe.

Le créancier qui entend pratiquer une saisie-revendication doit obtenir préalablement une autorisation judiciaire lorsqu'il ne dispose pas d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire. Il est intéressant d'observer ici la prise en compte de décision de justice n'ayant pas encore force exécutoire qui n'a pas été mentionnée à l'article 55 de l'AUPSRVE comme dérogation à l'autorisation judiciaire préalable. Dans cette perspective, une ordonnance d'injonction de délivrer ou de restituer, même frappée d'opposition, est suffisante pour pratiquer une saisie-revendication sans autre type d'autorisation préalable. La requête est formée auprès de la juridiction du

domicile ou du lieu où demeure la personne tenue de délivrer ou de restituer le bien (art. 227 al. 3 AUPSRVE). Il y a nullité de l'ordonnance accordant l'autorisation de pratiquer une saisie-revendication et, par suite, nullité de la saisie pratiquée en exécution de ladite ordonnance, lorsque la juridiction qui l'a rendue n'est pas territorialement compétente (*Abidjan, Ch. civ. et com., arrêt n° 897 du 1^{er} juil. 2003, Diongue Mamadou c/Koné Abdou, Juriscope.org*). La décision portant autorisation désigne le bien qui peut être saisi ainsi que l'identité de la personne tenue de le délivrer ou de le restituer. Cette autorisation est opposable à tout détenteur du bien désigné. Il est tenu compte ici de ce que le bien mobilier est susceptible de circulation.

Pour être valable, la saisie-revendication doit observer les exigences d'ordre général à toute saisie conservatoire et contenues aux articles 60 et 61 l'AUPSRVE. Ainsi, l'autorisation de la juridiction compétente est caduque si la saisie-revendication n'a pas été pratiquée dans un délai d'un mois à compter de la décision autorisant la saisie. Le créancier doit, dans le mois de la saisie, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires pour l'obtention d'un titre exécutoire. Si la saisie est pratiquée entre les mains d'un tiers, les copies des pièces justifiant de ces diligences doivent lui être adressées dans un délai de huit jours à compter de leur date. Si ces conditions ne sont pas réunies, la mainlevée de la saisie peut être ordonnée à tout moment, même dans le cas où le demandeur se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice non encore exécutée.

La demande de mainlevée est portée devant la juridiction du domicile ou du lieu où demeure le débiteur de l'obligation de délivrer ou de restituer. La décision de mainlevée prend effet du jour de sa notification. Il est question d'éviter toute disparition précipitée du bien. L'article 229 AUPSRVE indique que les autres contestations, notamment celles relatives à l'exécution de la saisie, sont portées devant la juridiction du lieu où sont situés les biens saisis.

b - Opérations de saisie

41. Sur présentation de l'autorisation de la juridiction compétente ou de l'un des titres permettant la saisie, il est procédé à la saisie-revendication en tout lieu et entre les mains de tout détenteur du bien (art. 230 al. 1). Cette expression est particulièrement large et incline à penser que l'huissier de justice doit localiser au plus vite le bien et le placer immédiatement sous main de justice afin de préserver le gage du créancier désireux d'obtenir ultérieurement la remise de celui-ci. Dans cette perspective, c'est la position du bien qui importe, qu'il soit effectivement entre les mains du débiteur ou d'un tiers détenteur. On a noté à cet effet que la saisie-revendication est poursuivie, non point *in personam* contre la personne d'un débiteur désigné,

mais *in rem*, sur le bien lui-même (R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2005, n° 873, p. 774).

Si la saisie est pratiquée dans un local servant à l'habitation d'un tiers détenteur du bien, une autorisation spéciale de la juridiction compétente est nécessaire (art. 230 al. 2 AUPSRVE).

- les opérations de saisie débutent après que l'huissier ou l'agent d'exécution ait rappelé au détenteur du bien qu'il est tenu de lui indiquer si ce bien a fait l'objet d'une saisie antérieure et, le cas échéant, de lui en communiquer le procès-verbal (art. 231 al. 1). Ensuite l'huissier dresse un acte de saisie qui contient à peine de nullité dix mentions destinées à renseigner le détenteur du bien saisi sur ses droits et obligations à savoir
- les noms, prénoms et domiciles des créanciers et débiteurs ou, s'il s'agit de personnes morales, leur forme, dénomination et siège social ;
- la mention de l'autorisation de la juridiction compétente qui est annexée à l'acte, ou la mention du titre en vertu duquel la saisie est pratiquée ;
- la désignation détaillée du bien saisi. En tant que de besoin, l'huissier ou l'agent d'exécution peut photographier les biens saisis.
- si le détenteur est présent, sa déclaration au sujet d'une éventuelle saisie antérieure sur le même bien ;
- la mention, en caractères très apparents, que le bien saisi est placé sous la garde du détenteur qui ne peut ni l'aliéner, ni le déplacer sauf dans le cas prévu par l'article 103 de l'AUPSRVE qui envisage la mise sous séquestre du bien saisi ou l'immobilisation du véhicule terrestre à moteur sur requête du créancier par la juridiction compétente, les parties appelées et entendues. L'article 233 AUPSRVE précise qu'à tout moment, le président de la juridiction compétente peut autoriser sur requête, les parties entendues ou dûment appelées, la remise du bien à un séquestre qu'il désigne. Ces obligations sont assorties de sanctions pénales. Bien plus, le détenteur est tenu de faire connaître la saisie-revendication à tout créancier qui procéderait à une saisie sur le même bien.
- la mention, en caractères très apparents, du droit de contester la validité de la saisie et d'en demander la mainlevée à la juridiction du domicile ou du lieu où demeure le débiteur ;
- La désignation de la juridiction devant laquelle seront portées les contestations relatives à l'exécution de la saisie ;
- L'indication, le cas échéant, des noms, prénoms et qualités des personnes qui ont assisté aux opérations de saisie, lesquelles doivent apposer leur signature sur l'original et les copies. En cas de refus, il en est fait mention dans l'acte.
- Si le créancier ne demeure pas dans le ressort territorial juridictionnel où s'effectue la saisie, l'acte

doit indiquer le domicile élu pour son compte dans ce ressort. Il sera fait à ce domicile élu, toute signification et offre ;

- La reproduction des textes pénaux relatifs au détournement d'objets saisis, ainsi que les articles 60, 61, 227 et 228 de l'AUPSRVE.

Dès l'acte de saisie dressé, il fait ensuite l'objet d'une remise au détenteur du bien meuble corporel revendiqué. Lorsque le détenteur est présent, il appartient à l'huissier de lui rappeler verbalement les mentions figurant dans l'acte relatives à la garde et ses conséquences (art. 231 al. 5, AUPSRVE) ainsi que celles relatives à la possibilité de contester la validité de la saisie et de demander sa mainlevée (art. 231 al. 6, AUPSRVE). Il est fait mention de ces réitérations verbales dans l'acte de saisie.

- Si la saisie a été pratiquée entre les mains d'un tiers détenteur du bien, l'acte est également signifié dans un délai de huit jours, au plus tard, à celui qui est tenu de le délivrer ou de la restituer. Il s'agit de la procédure de dénonciation au véritable débiteur (art. 232 al. 2 AUPSRVE). Simplement, cette dénonciation n'est assortie d'aucune sanction. On peut considérer que la caducité serait admise dans cette éventualité.

Lorsque le détenteur n'a pas assisté aux opérations de saisie, une copie de l'acte lui est signifiée, en lui impartissant un délai de huit jours pour qu'il porte à la connaissance de l'huissier ou de l'agent d'exécution toute information relative à l'existence d'une éventuelle saisie antérieure et qu'il lui en communique le procès-verbal. (art. 232 al. 3 AUPSRVE).

c - Issue de la procédure de saisie-revendication

42. Le créancier saisissant peut se heurter à la contestation de la saisie-revendication. C'est l'hypothèse où un incident survient en cours de saisie. Cependant, l'issue normale consiste en la conversion de la saisie-revendication en saisie-vente.

1 - Contestation de la saisie-revendication

43. Le détenteur peut se prévaloir d'un droit propre sur le bien saisi. On songe principalement à l'éventualité où le détenteur est en mesure de revendiquer le bénéfice d'un droit réel, tel un droit de rétention susceptible d'être invoqué par le tiers détenteur ou d'un droit d'usage sur la chose d'autrui que lui confère un contrat de prêt d'usage. Lorsque l'hypothèse se présente, le détenteur en informe l'huissier ou l'agent d'exécution par lettre recommandée avec avis de réception ou par tout autre moyen laissant trace écrite, à moins qu'il n'en ait fait la déclaration au moment de la saisie. Dans un délai d'un mois, il appartient au saisissant de porter la contestation devant la juridiction

du domicile ou du lieu où demeure le détenteur. Le bien demeure indisponible durant l'instance. Cependant, à défaut de contestation dans le délai d'un mois, l'indisponibilité cesse (art. 234, AUPSRVE).

2 - Conversion de la saisie-revendication en saisie-appréhension

44. Lorsque celui qui a pratiqué une saisie-revendication dispose d'un titre exécutoire prescrivant la délivrance ou la restitution du bien saisi, il est procédé comme en matière de saisie-appréhension (art. 235 AUPSRVE). À cet égard, l'article 235 indique simplement qu'il est procédé ainsi qu'il est dit aux articles 219 à 226 de l'Acte uniforme. Il résulte de ces articles que la saisie-appréhension répond aux prescriptions différentes selon qu'elle est effectuée entre les mains de la personne tenue de la remise ou entre les mains d'un tiers.

Dans la première hypothèse, la procédure commence par la signification d'un commandement de délivrer ou de restituer à la personne tenue de la remise. La formalité du commandement est obligatoire seulement lorsque la personne tenue de la remise n'est pas présente ou lorsqu'elle est présente mais ne s'offre pas d'en effectuer le transport à ses frais (art. 220 AUPSRVE).

Dans la seconde hypothèse, appréhension entre les mains d'un tiers, une sommation de remettre le bien lui est directement signifiée et, en cas de défaut de remise volontaire, une intervention du juge de l'exécution est prévue (art. 224, 225 et 226, AUPSRVE).

§2 - Saisies conservatoires des biens meubles incorporels

45. Il s'agit d'une innovation de l'Acte uniforme. Par le passé, le code de procédure civile de 1806 n'appréhendait les saisies de sommes d'argent qu'à travers la procédure de saisie-arrêt. Aucune disposition n'organisait spécialement la phase conservatoire. Mais la pratique imagina un dispositif conservatoire à la lecture des dispositions réservées à la saisie-arrêt.

Cette carence est aujourd'hui comblée comme celle relative à la saisie conservatoire des droits d'associés et valeurs mobilières qui ne figuraient pas parmi les préoccupations du législateur ancien.

A - Saisie conservatoire des créances

46. Le code de procédure civile de 1806 n'avait pas prévu de disposition spécifique à la saisie conservatoire des créances. Face au mutisme législatif, la jurisprudence avait exploité les virtualités de la procédure des saisies-arrêts qui débutait toujours par une phase conservatoire et ne connaissait un aboutissement qu'après le jugement de validité qui intervenait à l'expiration du délai d'opposition (huit jours) ou de refus

de mainlevée (cf. art. 297 et s. CPCC camerounais). L'utilisation du mécanisme de la saisie-arrêt comme saisie conservatoire ne constitua toutefois qu'un pis-aller (*Cl. BRENNER et P. CROCOQ (dir.), Lamy droit de l'exécution forcée, 2008, n° 260-95*). L'AUPSRVE lève le doute sur ce point. L'annonce est faite à l'article 54 qui autorise la « mesure conservatoire sur tous les biens mobiliers corporels et incorporels ». Mais de manière particulière, il existe toute une série de dispositions consacrées à cette forme de saisie conservatoire notamment les articles 57 et 77 à 84.

-La saisie conservatoire des créances se présente comme un prélude à la nouvelle saisie-attribution. L'Acte uniforme ne lui réserve aucune définition. Simplement, l'article 57 AUPSRVE la décrit en disposant que, lorsque la saisie porte sur une créance ayant pour objet une somme d'argent, l'acte de saisie la rend indisponible à concurrence du montant autorisé par la juridiction compétente ou, lorsque cette autorisation n'est plus nécessaire, à concurrence du montant pour lequel la saisie est pratiquée. La saisie vaut de plein droit consignation des sommes devenues indisponibles et confère au saisissant un droit de gage. Cette mesure peut être définie comme celle qui permet à une personne se prétendant créancière de la personne qu'elle désigne comme débiteur, de saisir, afin de les rendre indisponibles, les créances dont ce débiteur est lui-même titulaire à l'encontre de son propre débiteur (*Cl. BRENNER et P. CROCOQ (dir.), Lamy droit de l'exécution forcée, 2008, n° 260-95*). Schématiquement, le mécanisme met en scène trois personnages : le créancier saisissant, le débiteur saisi et le tiers saisi.

On imagine que cette saisie spéciale du fait de son objet peut fâcheusement retentir sur le crédit d'une entreprise dont les comptes sont temporairement bloqués. Ce qui justifie toute la minutie qui entoure son organisation aussi bien au niveau des opérations de saisie que de sa conversion en saisie-attribution.

I - Opérations de saisie

47. Pour commencer les opérations de saisie, l'huissier doit préalablement s'assurer que les conditions des articles 54 et 55 sont réunies. Dans cette perspective, la saisie ne doit s'effectuer que si le créancier saisissant dispose d'un titre exécutoire ou le cas échéant, d'une autorisation judiciaire, ou de l'une des dispenses énumérées à l'article 55 al. 2 AUPSRVE.

Ces préliminaires respectés, les opérations de saisie s'ordonnent autour de l'acte de saisie et de la dénonciation de la saisie au débiteur.

a - Acte de saisie

48. L'acte de saisie met en relation le créancier et le tiers saisi. Il s'agit d'un acte d'huissier ou d'agent

d'exécution signifié au tiers saisi qui marque le début des opérations de saisie. L'article 77 de l'Acte uniforme détermine les mentions que cet acte doit contenir à peine de nullité.

Premièrement, l'énonciation des noms, prénoms et domiciles du débiteur et du créancier saisissant ou, s'il s'agit de personnes morales, leurs dénomination, forme et siège social. L'intérêt de cette mention est qu'elle renseigne à suffisance le tiers sur la personne poursuivie et lui permet de confirmer qu'il en est bien le débiteur.

Deuxièmement, l'élection de domicile dans le ressort territorial juridictionnel où doit être pratiquée la saisie si le créancier n'y demeure pas ; il peut être fait, à ce domicile élu, toute signification ou offre.

Troisièmement, l'acte doit indiquer l'autorisation de la juridiction ou du titre en vertu duquel la saisie est pratiquée. Pour rassurer davantage le tiers saisi, il aurait été opportun d'assortir cette indication de la production de la copie de l'un de ces documents.

Quatrièmement, le décompte des sommes pour lesquelles la saisie est pratiquée. Cette précision est opportune dans la mesure où, l'indisponibilité qu'emporte la saisie est cantonnée à cette somme.

Cinquièmement, la défense faite au tiers de disposer des sommes réclamées dans la limite de ce qu'il doit au débiteur.

Sixièmement, la reproduction des dispositions du 2^e alinéa de l'article 36 et de l'article 156 de l'Acte uniforme. En l'occurrence, l'article 36 al. 2 dispose que l'acte de saisie rend indisponibles les biens qui en sont l'objet. L'article 156 al. 2 précise que les déclarations et communications faites par le tiers saisi au créancier sur l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures, doivent être faites sur le champ à l'huissier ou à l'agent d'exécution et mentionnées dans l'acte de saisie ou, au plus tard, dans les cinq jours si l'acte n'est pas signifié à personne. Il doit en outre être mentionné que toute déclaration inexacte, incomplète ou tardive expose le tiers saisi à être condamné au paiement des causes de la saisie, sans préjudice d'une condamnation au paiement de dommages-intérêts.

49. L'acte de saisie, valablement établi et régulièrement signifié au débiteur entraîne des conséquences. La saisie vaut de plein droit consignation des sommes devenues indisponibles (art. 57 al. 1 in fine). À défaut d'accord amiable, tout intéressé peut demander, par requête, que les sommes saisies soient consignées entre les mains d'un séquestre désigné par la juridiction du domicile ou du lieu où demeure le débiteur. La remise des fonds au séquestre arrête le cours des intérêts dus par le tiers saisi (art. 78). Ce transfert des sommes saisies, qui reste contenu au montant de la créance cause de la saisie (art. 57 al. 1^{er}) se comprend car, le tiers saisi peut refuser de supporter les conséquences de l'indisponibilité liée à la saisie conservatoire. Cette disposition est justifiée car,

les sommes rendues indisponibles bénéficient en préférence au créancier saisissant du fait de la reconnaissance légale à son égard du privilège du gagiste (art. 57 al. 2). Le risque d'un blocage total des avoirs du débiteur est ici écarté. En effet, la saisie-arrêt classique présentait le danger d'une indisponibilité totale compromettant fâcheusement le crédit d'un débiteur surtout lorsque le montant de la créance objet de la saisie est notablement plus conséquent que celui de la créance cause de la saisie.

Une telle affectation spéciale à titre privilégié limite dès lors le concours avec d'autres saisies postérieures pour la portion consignée (*CA Poitiers, 29 mars 2000, RD bancaire et fin. 2000, n° 166, obs. J.-M. DELLECI*).

b - Dénonciation de la saisie au débiteur

50. Le souci d'efficacité infère que le débiteur ne soit pas informé de la mesure conservatoire au moment où l'acte de saisie est signifié au tiers saisi. Il ne faut pour autant pas perdre de vue que c'est lui qui est appelé finalement à supporter les effets attribués à cette saisie. Il est donc nécessaire de l'informer au plus vite de ce qu'il est privé, désormais, de la libre disposition de la créance dont il est titulaire à l'encontre du tiers saisi. Cela se fait par le procédé de la dénonciation.

Aux termes de l'article 79 AUPSRVE, dans un délai de huit jours, à peine de caducité, la saisie conservatoire est portée à la connaissance du débiteur par acte d'huissier ou d'agent d'exécution. On notera que ce délai court à compter de la saisie, et plus particulièrement de la signification au tiers saisi. Remarquons également que la signification au débiteur ne signifie pas qu'elle soit faite exclusivement à la personne du débiteur, mais plutôt selon les formes prévues par les textes. Reste valable, la signification faite au domicile du débiteur (*CCJA, arrêt n° 033/2007 du 22 novembre 2007, Compagnie des transports commerciaux dite COTRACOM et Aminata Youssouf c/Banque internationale de l'Afrique de l'Ouest- Côte d'Ivoire dite BIAO-CI, Recueil n° 10, juillet-décembre 2007, p. 23 et s.*)

Cet acte de dénonciation contient à peine de nullité cinq mentions :

- Une copie de l'autorisation de la juridiction ou du titre en vertu duquel la saisie a été pratiquée ;
- Une copie du procès-verbal de saisie ;
- La mention, en caractères très apparents, du droit qui appartient au débiteur, si les conditions de validité de la saisie ne sont pas réunies, d'en demander la mainlevée à la juridiction du lieu de son domicile ;
- La désignation de la juridiction devant laquelle seront portées les autres contestations, notamment celles relatives à l'exécution de la saisie ;
- La reproduction des dispositions des articles 62 et 63 de l'Acte uniforme. Il s'agit d'inviter le débiteur, au besoin, à demander la mainlevée de la saisie s'il estime que les conditions de validité ne sont pas réunies. Lorsque la saisie a été pratiquée

sans titre exécutoire, il est impossible, sans que ce titre soit obtenu que le créancier saisissant procède à la conversion en saisie-attribution. C'est ce qui a été décidé à propos d'un jugement frappé d'opposition. Les juges ont alors affirmé qu'un jugement ne peut être considéré comme un titre exécutoire que s'il a été signifié à la partie condamnée et si un certificat de non-appel et de non-opposition est produit. Par suite, en produisant sa déclaration d'opposition délivrée par le greffier en chef, la conversion d'une saisie conservatoire en saisie attribution doit être déclarée nulle (*TGI du Mfoundi, jugement civil n° 483 du 24 mai 2000, Affaire SCB-CL c/KOUMA MVA, BEAC, Me KEDI, obada.com/Obadata J-04-215*).

51. Cette dénonciation permet au débiteur saisi soit de prendre acte des diligences du créancier saisissant, soit de contester la saisie.

La formule permet également de consolider la saisie effectuée. Dans cette éventualité, les sanctions retenues contre les carences du tiers saisi peuvent valablement être requis. L'article 81 AUPSRVE indique que le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus, s'expose à devoir payer les sommes pour lesquelles la saisie a été pratiquée si celle-ci est convertie en saisie-attribution, sauf son recours contre le débiteur. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre le jugement du tribunal de grande instance du Wouri qui décide que lorsque le tiers saisi n'a pas fait sa déclaration affirmative dans les délais impartis par la loi, il est forcé et doit être condamné solidairement avec le débiteur au paiement des causes de la saisie (*TGI du WOURI, jugement civil n° 524 du 19 septembre 2002, Affaire Société générale de coopératives pour l'épargne et le financement au Cameroun (GECEVIC) c/le Directeur général des Établissements GEDEPA-CADEB-EGECI et Directeur Général de CAMRAIL, Obadata J-04-218*). Lorsque le tiers condamné aux causes de la saisie paie, il dispose d'un recours contre le débiteur (art. 81 et 38 AUPSRVE). Cette action récursoire ne suppose pas, pour aboutir, qu'il soit démontré ou non une quelconque faute de la part du tiers ou du débiteur (*CCJA, arrêt n° 019/2008 du 24 avril 2008, aff. Maître Boboussou Juliette c/Banque internationale pour le commerce et l'industrie de la Côte d'Ivoire dite BICICI, inédit*).

Toutefois, la question se pose de savoir si une réponse tardive est assimilable à un refus de réponse. La Cour de cassation française a jugé que, si le tiers saisi, qui n'a que tardivement répondu au saisissant qu'il n'était pas débiteur du saisi, ne peut être tenu au paiement des causes de la saisie en raison de l'inexistence d'une obligation au jour de la saisie, il n'en demeure pas moins qu'il peut faire l'objet d'une condamnation au paiement des dommages-intérêts en raison de sa négligence fautive (*Cass. 2^e civ., 30 mai 2002, n° 01-02.076, Bull. civ n° 109, Procédures, 2002, n° 204, p. 12, note R. PERROT*). Dans cette hypothèse, pour condamner le tiers saisi à des dommages-intérêts, il est indispensable de relever

sa négligence fautive ou d'établir que sa déclaration est inexacte ou mensongère (art. 81 al. 2, AUPSRVE).

Enfin, l'Acte uniforme confère une présomption légale aux déclarations du tiers en indiquant qu'à défaut de contestation des déclarations du tiers avant l'acte de conversion, celles-ci sont réputées exactes pour les seuls besoins de la saisie (art. 81 al. 3, AUPSRVE). Dans tous les cas, la condamnation du tiers saisi à payer les sommes pour lesquelles la saisie est pratiquée ne tient qu'à la condition préalable d'une conversion de la saisie conservatoire des créances en saisie-attribution. Encourt la cassation, l'arrêt qui condamne le tiers saisi aux causes de la saisie, alors que le créancier saisissant n'a pas requis et fait opérer cette conversion conformément aux prescriptions procédurales énoncées aux articles 82, 83 et 84 de l'Acte uniforme (*CCJA, arrêt n° 10/2007 du 15 mars 2007, aff. Société ECOBANK-Côte d'Ivoire c/ Société Dalyna voyage travel agency, Recueil, n° 9 janvier-juin 2007, 75*).

II - Conversion en saisie-attribution

52. C'est l'hypothèse extrême. En effet, si le débiteur saisi paie après la signification de l'acte de dénonciation, tout s'arrête. Il demandera alors la mainlevée de saisie.

Mais lorsqu'il ne paie pas, la procédure suit son cours. Le créancier saisi s'empressera de solliciter, dans le mois de la saisie, devant la juridiction compétente un titre exécutoire, à peine de caducité. Dès l'obtention du titre exécutoire constatant l'existence de sa créance, le créancier signifie au tiers un acte de conversion. Cette opération de signification a pour finalité d'opérer une transformation de la mesure conservatoire en mesure d'exécution forcée. Cet acte informe le tiers que, dans la limite des sommes dues en principal, frais et intérêts échus, la demande entraîne attribution immédiate de la créance saisie au profit du créancier (art. 82 al 2 AUPSRVE).

Le contenu de cet acte de conversion est réglementé par l'article 82 al. 1 de l'Acte uniforme. Il doit contenir :

- Les noms, prénoms et domiciles du saisi et du saisissant ou, s'il s'agit de personnes morales, leurs forme, dénomination ou siège social. En ce qui concerne les personnes morales, le siège social doit être déterminé conformément à l'article 25 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés et du groupement d'intérêt économique aux termes duquel « le siège social ne peut pas être constitué uniquement par une domiciliation à la boîte postale. Il doit être localisé par une adresse ou une indication géographique suffisamment précise ». Est donc manifestement insuffisante, la déclaration que le siège social ne comporte que la domiciliation à une boîte postale, du fait de la mention « Douala B.P. 8202 » et en conséquence violation de l'article 157 al. 2-1 AUPSRVE, donc annulation de l'ordonnance prononçant la saisie-attribution et d'ordonner la mainlevée de ladite saisie (*CCJA, arrêt n° 019/2007 du 26 avril 2007, aff. Société générale*

de banque au Cameroun dite SGBC c/Société élevage promotion Afrique dite EPA SARL, Recueil, n° 9 janvier-juin 2007, p. 84).

- Les références du procès-verbal de saisie conservatoire ;
- La copie du titre exécutoire sauf si celui-ci a déjà été communiqué lors de la signification du procès-verbal de saisie, auquel cas il est seulement mentionné ;
- Le décompte distinct des sommes dues en principal, frais et intérêts échus ainsi que l'indication du taux des intérêts ;
- Une demande de paiement des sommes précédemment indiquées à concurrence de celles dont le tiers s'est reconnu ou a été déclaré débiteur.
- La copie de l'acte de conversion est ensuite signifiée au débiteur. Il s'agit d'informer le débiteur sur les suites de la procédure et de lui permettre, si nécessaire, de protéger ses droits notamment en contestant la conversion. Simplement, le délai de huit jours prescrit pour la dénonciation de l'acte de saisie (art. 79) n'a pas été repris en ce qui concerne la dénonciation de la conversion. En plus, aucune précision n'est faite sur la nature de l'acte de dénonciation. On peut penser qu'il s'agira d'un acte d'huissier ou d'agent d'exécution.

À compter de cette signification, le débiteur dispose d'un délai de quinze jours pour contester l'acte de conversion devant la juridiction de son domicile ou du lieu où il demeure. Le débiteur étant le seul à disposer du droit de contester l'acte de conversion de la saisie conservatoire en saisie-attribution, un tel droit n'est pas reconnu au tiers saisi dont l'obligation est de payer au créancier les sommes saisies. Dès lors, il y a lieu de déclarer irrecevable l'action du tiers saisi qui n'a ni qualité, ni intérêt pour agir (*Section de Tribunal de Toumodi jugement n° 29 du 31 juillet 2001, SGBCI c/C, Le Juris Obada, n° 1/2005, janvier-mars 2005, p. 37, obada.com/ObadataJ-05-194; Tribunal de grande instance de Ouagadougou (Burkina Faso), jugement n° 30 du 04 février 2004, Ouedraogo Idrissa c/Ouedraogo Dominique, obada.com/obadata j-05-220).*

La contestation doit s'opérer à peine d'irrecevabilité dans le délai de quinze jours prescrit à l'article 83 al. 2. Il a été jugé que l'opposition formée par la demanderesse plus de quinze (15) jours après que la signification de l'acte de conversion de la saisie conservatoire des créances lui a été servie, est manifestement tardive (*Tribunal de première instance de Bafoussam, Ordonnance de référé n° 3 du 17 octobre 2003, Affaire Galeries de l'Ouest SARL c/NGUESSI Marcel, BICEC, CBC, Afriland First Bank et Me Guy Efon, obadata J-05-12).*

En l'absence de contestation, le tiers effectue le paiement au créancier ou à son mandataire, sur présentation d'un certificat du greffe attestant l'absence de contestation (art. 83 al. 3). Le paiement peut, néanmoins intervenir avant l'expiration de ce délai si le débiteur a déclaré par écrit ne pas contester l'acte de conversion (art. 83 al. 4).

53- Enfin, l'article 84 précise que les dispositions des articles 158 et 159, 165 à 168, des 2^e et 3^e alinéas de l'article 170, des articles 171 et 172 de l'AUPSRVE sont applicables. Ces différents textes sont afférents à la validité de l'acte de saisie lorsqu'il s'agit d'une saisie entre les mains d'une personne demeurant à l'étranger ou lorsqu'elle est faite entre les mains des receveurs, dépositaires ou administrateurs de caisse ou de deniers publics. Ces textes sont également afférents aux modalités de paiement par le tiers saisi dans le cadre de la saisie-attribution. Le paiement est effectué contre quittance entre les mains du créancier saisissant ou de son mandataire justifiant d'un pouvoir spécial qui en informe immédiatement son mandant. Dans la limite des sommes versées, ce paiement éteint l'obligation du débiteur et celle du tiers saisi (art. 165). En cas de contestation, toute partie peut demander à la juridiction compétente, sur requête, la désignation d'un séquestre, à qui le tiers versera les sommes saisies (art. 166). Pour une étude détaillée de ces renvois faits à l'article 84, lire P.-G. POUYOUÉ et F. TEPPI KOLOKO (*entrée saisie-attribution*).

B - Saisie conservatoire des droits d'associés et valeurs mobilières

54. Les droits d'associés sont des titres sociaux émis par la société en contrepartie des apports faits par les associés. Ils sont dénommés actions dans les sociétés par actions et parts sociales dans les autres sociétés (art. 51 AUDSCGIE). Les valeurs mobilières sont des titres émis par une personne morale publique ou privée pour un montant global et déterminé, qui confèrent des droits identiques à leurs titulaires pour une même émission, éventuellement remboursable à une date unique ou par amortissements successifs, à une échéance qui dépasse la durée normale des crédits à court terme (art. 744 AUDSCGIE). Il s'agit des actions et des obligations émises exclusivement par les sociétés anonymes qui revêtent la forme de titres au porteur et de titres nominatifs (art. 745 AUDSCGIE). Ces titres sont négociables suivant les modes simplifiés du droit commercial, et ceux qui sont émis en grand nombre par les sociétés importantes sont négociables en bourse (*Lire G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial : les sociétés commerciales, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, 19^e éd. LGDJ, 2009, n° 1772, p. 559).*

Le code de procédure civile et commerciale de 1806 ne s'était pas préoccupé de la saisie conservatoire des droits d'associés et valeurs mobilières, pas plus d'ailleurs que de la saisie directe de ces instruments. La raison simple tenait au fait que la grande réglementation des sociétés commerciales devait intervenir bien tardivement, en 1867 avec la charte des sociétés par action du 24 juillet et en 1925 avec la loi du 7 mars créant la société à responsabilité limitée.

Mais le vingtième siècle a révélé toute l'importance

des droits d'associés et des valeurs mobilières, qui constituent depuis lors une part importante du contenu du patrimoine de certaines personnes. Du coup, il semblait peu judicieux que cette fortune échappât à toute possibilité de saisie conservatoire.

L'Acte uniforme vient combler cette lacune. Bien qu'empruntant le régime de droit commun des saisies conservatoires, cette variante présente des spécificités aussi bien au niveau des opérations de saisie qu'à l'occasion de la conversion en saisie-vente.

I - Opérations de saisie

55. Les opérations de saisie conservatoire des droits d'associés et valeurs mobilières débutent par un acte de saisie, lequel est ensuite dénoncé au débiteur. Au préalable, comme toute saisie conservatoire, les conditions préalables requises aux articles 54 à 61 l'AUPSRVE doivent être accomplies. Entre autres, si le créancier saisissant ne dispose pas d'un titre exécutoire, il doit dans le mois qui suit ladite saisie, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire.

a - Acte de saisie

56. Il est procédé à la saisie conservatoire des droits d'associés et valeurs mobilières par la signification d'un acte aux personnes mentionnées à l'article 236 de l'AUPSRVE. Cette disposition spécifique à la saisie des droits d'associés et valeurs mobilières, détermine les personnes auprès de qui ces droits incorporels peuvent faire l'objet de mesure d'exécution forcée. L'article 236 précise que le créancier saisissant effectue la saisie soit auprès de la société ou de la personne morale émettrice, soit auprès du mandataire chargé de conserver ou de gérer les titres.

L'acte de saisie signifié au tiers contient, à peine de nullité, les mentions prévues à l'article 237 de l'AUPSRVE sous réserve du 3) où l'indication du titre exécutoire peut être remplacée par celle de l'autorisation de la juridiction compétente de pratiquer la saisie conservatoire. L'article 237 inséré dans les dispositions spécifiques à la saisie des droits d'associés et valeurs mobilières précise que l'acte de saisie contient :

- Premièrement les noms, prénoms et domiciles du débiteur et du saisissant ou, s'il s'agit de personnes morales, leurs forme, dénomination et siège social ;
- Deuxièmement, l'élection du domicile dans le ressort territorial juridictionnel où s'effectue la saisie si le créancier n'y demeure pas ; il peut être fait, à ce domicile élu, toute signification ou offre ;
- Troisièmement, l'autorisation de la juridiction compétente pour pratiquer la saisie conservatoire ;
- Quatrièmement, le décompte des sommes réclamées en principal, frais et intérêts échus, ainsi que l'indication du taux des intérêts ;

- Cinquièmement, l'indication que la saisie rend indisponibles les droits pécuniaires attachés à l'intégralité des parts ou valeurs mobilières dont le débiteur est titulaire ;

Enfin la sommation de faire connaître, dans un délai de huit jours, l'existence d'éventuels nantissements ou saisies et d'avoir à communiquer au saisissant copie des statuts.

On remarquera que non seulement il n'est établi aucun délai pour qu'il soit procédé à cette information, mais en outre qu'aucune sanction n'est édictée pour le cas où le tiers méconnaîtrait cette exigence. Le législateur aurait pourtant simplement repris pour rendre efficace les obligations du tiers, les dispositions des articles 80 et 81 de l'Acte uniforme relatives à la saisie conservatoire des créances. Ces articles exigent que le tiers fournisse à l'huissier ou à l'agent d'exécution les renseignements et lui remette copie de toutes les pièces justificatives sous peine de s'exposer à devoir payer les causes de la saisie. Cependant, l'analogie avec la saisie conservatoire des créances a des limites. En effet, cette dernière est convertie en saisie-attribution alors que la saisie conservatoire des droits d'associés et valeurs mobilières est convertie en saisie-vente. Dans cette perspective, un arrêt de la Cour d'appel de Paris se pose en s'opposant à une telle confusion (*CA Paris, 3^e ch. Sect. B, 20 sept. 2007, n° 07/0051, Dr. et procéd. 2007, p. 362*). On comprend que la cour de cassation ait décidé que le tiers saisi, qui ne défère pas à l'interpellation qui lui a été adressée, s'expose uniquement au paiement des dommages-intérêts (*Cass. 2^e civ., 3 mai 2001, n° 99-18.265, Bull. civ. II. n° 90*).

L'acte de saisie rend indisponibles les droits pécuniaires du débiteur. L'AUPSRVE n'intègre pas le fait que les droits d'associés et valeurs mobilières peuvent être d'une valeur supérieure à la créance objet de la saisie. Aucun cantonnement automatique n'est envisagé comme en matière de saisie conservatoire des créances. Cela se justifie ici parce que le créancier saisissant n'est pas à l'abri du concours des autres créanciers. Étant donné que l'existence ultérieure d'un titre exécutoire permettra une conversion en saisie-vente. La seule possibilité offerte au débiteur lorsque la saisie lui paraît insupportable est d'obtenir la mainlevée en consignation une somme suffisante pour désintéresser le créancier. Les modalités de consignation ainsi que la personne entre les mains de qui la consignation interviendra restent à préciser. Cette somme est spécialement affectée au profit du créancier saisissant (art. 239 sur renvoi de l'art. 84).

b - Dénonciation de la saisie au débiteur

57. Il s'agit dans cette éventualité d'informer le débiteur qui jusqu'alors, et pour des raisons légitimes d'efficacité, ignore l'existence de la saisie. Aux termes de l'article 86 AUPSRVE, dans un délai de huit jours à

peine de caducité, la saisie conservatoire est signifiée au débiteur par un acte, à peine de nullité. L'Acte uniforme ne précise pas la nature de l'acte. Si l'acte d'huissier ou d'agent d'exécution semble être celui le plus usité dans le domaine des voies d'exécution, il reste que le silence du législateur est porteur d'ambiguïté.

Cet acte doit contenir 6 mentions :

- Copie de l'autorisation de la juridiction ou du titre en vertu duquel la saisie est pratiquée ;
- Copie du procès-verbal de saisie ;
- La mention, en caractères très apparents, du droit qui appartient au débiteur, si les conditions de validité de la saisie ne sont pas réunies, d'en demander la mainlevée à la juridiction du lieu de son domicile ;
- La désignation de la juridiction devant laquelle seront portées les autres contestations, notamment celles relatives à l'exécution de la saisie ;
- L'élection de domicile dans le ressort territorial juridictionnel où s'effectue la saisie si le créancier n'y demeure pas ; il peut être fait, à ce domicile élu, toute signification ou offre ;
- La reproduction des articles 62 et 63 de l'Acte uniforme.

II - Conversion en saisie-vente

58. Dès que le créancier saisissant obtient le titre exécutoire constatant l'existence de sa créance, il peut s'il n'a pas été payé par le débiteur, convertir la saisie conservatoire en saisie-vente. Dans cette perspective, il signifie au débiteur un acte de conversion en saisie-vente (art. 86 al 1 AUPSRVE). L'Acte uniforme laisse la mise en œuvre de la procédure de conversion à la diligence du créancier qui n'est tenu par aucun délai. Simplement, il a intérêt à agir rapidement pour éviter le déclenchement d'une procédure collective ou l'éventuelle cessation des paiements du débiteur qui insérerait l'acte de conversion dans les opérations de la période suspecte. L'Acte uniforme ne précise pas non plus la nature de l'acte de conversion. Dans la pratique, la formalité prescrite est faite par acte d'huissier de justice.

L'acte de conversion doit contenir certaines mentions à peine de nullité à savoir :

- Les noms, prénoms et domiciles du saisi et du saisissant ou, s'il s'agit de personnes morales, leur forme, dénomination et siège social ;
- La référence au procès-verbal de saisie conservatoire ;
- La copie du titre exécutoire sauf si celui-ci a déjà été communiqué lors de la signification du procès-verbal de saisie, auquel cas il est seulement mentionné ;
- Le décompte distinct des sommes à payer en principal, frais et intérêts échus, ainsi que l'indication du taux des intérêts ;
- Un commandement d'avoir à payer cette somme, faute de quoi il sera procédé à la vente des biens saisis ;
- L'indication, en caractères très apparents, que le débiteur dispose d'un délai d'un mois pour procéder à la vente amiable des valeurs saisies dans les conditions prescrites par les articles 115 à 119 de l'Acte uniforme ;
- La reproduction des articles 115 à 119 de l'Acte uniforme.

Une copie de l'acte de conversion est signifiée au tiers saisi (art. 89 AUPSRVE). La vente est effectuée conformément aux articles 240 à 244 de l'Acte uniforme. Ces articles, spécialement destinés à la saisie des droits d'associés et valeurs mobilières, organisent leur vente forcée. Les modalités de cette vente supposent l'établissement d'un cahier de charges qui est notifié à la société qui en informe les associés. La publicité indiquant les jour, heure et lieu de la vente est effectuée par voie de presse et, si nécessaire, par voie d'affichages, un mois au plus et quinze jours au moins avant la date fixée de la vente. Le débiteur, la société et, s'il y a lieu, les autres créanciers opposants sont informés de la date de la vente par voie de notification (sur la procédure de vente forcée des droits d'associés et valeurs mobilières, cf. *entrée* : « *Saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières* »).

René NJEUFACK TEMGWA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A	12, 16, 18, 19, 21, 25, 31, 36, 38, 40, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 56, 58	D
Autorisation judiciaire 4, 8, 13, 28, 38, 40, 47	Créancier 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 41, 42, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58	Débiteur 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 41, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58
C		
Créance 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11,		

H

Huissier 18, 19, 23, 24, 26, 27, 28,
29, 30, 31, 33, 35, 41, 43, 47, 48,
50, 52, 56, 57, 58

I

Insolvabilité 2, 7, 11, 16

J

Juge, *Voir* président du tribunal

M

Mesure conservatoire 2, 3, 4, 5, 6,
7, 9, 13, 14, 15, 16, 31, 34, 46,
50, 52

R

Recouvrement 3, 4, 6, 7, 12, 13, 16,
18, 19, 38, 40

S

Saisie 1
- biens meubles corporels 18, 21,
34
- biens meubles incorporels 45
- créances 6, 19, 46, 51, 56
- droits d'associés et valeurs
mobilières 54, 55, 56
Saisie foraine 3, 21, 37, 38
Saisie gagerie 3, 37
Saisie-revendication 37, 39, 40, 42
Saisie-vente 10, 28, 29, 31, 33, 34, 35,
42, 54, 56, 58
Saisie-appréhension 21, 39, 44
Saisie-attribution 10, 50, 51, 52, 53,
56

T

Tiers 14, 19, 28, 29, 30, 31, 44, 46, 48,
49, 50, 51, 52, 53, 56, 58
Titre exécutoire 2, 14, 18, 31, 33,
39, 40, 44, 47, 50, 52, 55, 56, 58
Titres cambiaires 19
Tribunal
- président du tribunal 3, 10, 11
- compétence 9, 10

SAISIE-VENTE

Table des matières

Introduction n° 1-4

Chapitre I : Conditions de la saisie-vente n° 5-54

Section I : **Conditions objectives de la saisie-vente** n° 6-35

§1- Objet de la saisie-vente n° 7-28

A - Nature des biens, objet de la saisie-vente n° 8-15

B - Insaisissabilité des biens meubles n° 16-21

I - Biens meubles insaisissables selon la loi n° 19 II - Biens meubles insaisissables selon la volonté des particuliers n° 20-21

C - Appartenance du bien meuble au débiteur saisi n° 22-25

D - Disponibilité des biens n° 26-28

§2 - Créance, cause de la saisie n° 29-35

A - Certitude de la créance n° 30-32

B - Exigibilité de la créance n° 33

C - Liquidité de la créance n° 34-35

Section II - **Sujets de la saisie-vente** n° 36-54

§1 - Personnes pouvant procéder à la saisie-vente n° 37-42

A - Créanciers saisissants n° 38

B - Exercice du droit de saisir n° 39-42

I - Capacité requise du saisissant n° 40

II - Pouvoir d'agir n° 41-42

§2- Personnes susceptibles d'être saisies n° 43-54

A - Débiteur n° 44-52

B - Tiers n° 53-54

Chapitre II : **Procédure de la saisie-vente** n° 55-133

Section I - **Commandement de payer** n° 56-62

§1 - Contenu et signification du commandement de payer n° 58-60

§2 - Effets du commandement n° 61-62

Section II : **Opérations de saisie** n° 63-105

§1 - Modalités communes aux différentes opérations de saisie-vente n° 64 - 72

A - Lieu et moment de la saisie n° 65-67

B - Ouverture des portes n° 68-70

C - Photographie des objets saisis n° 71-72

§2 - Opérations de saisie-vente entre les mains du débiteur n° 73-92

A - Formalités entourant l'acte de saisie n° 74-78

B - Acte de saisie n° 79-80

C - Effets de la saisie-vente n° 81-92

I - Indisponibilité des biens saisis n° 82-89

II - Garde des biens saisis n° 90-92

§3 - Opérations de saisie entre les mains d'un tiers n° 93-102

A - Formalités préalables à l'acte de saisie n° 94-96

B - Acte de saisie n° 97-99

C - Situation du tiers n° 101-102

§4 - Saisie vente sur soi-même n° 103-105

Section III - **Vente des biens saisis** n° 106-133

§1 - Vente amiable n° 107-117

A - Démarches en vue de la vente amiable n° 108-115

I - Recherche des acquéreurs n° 109-111

II - Information du créancier n° 112-113

III - Réponse du créancier n° 114-115

B - Réalisation de la vente n° 116-117

§2 - Vente forcée n° 118-133

A - Formalités préalables à l'adjudication n° 119-125

I - Publicité en vue de la vente forcée n° 120-124

II - Vérification des biens saisis n° 125

B - Réalisation de la vente forcée n° 126-133

I - Conduite de la vente forcée n° 127-129

II - Dénouement de la vente forcée n° 130-133

Chapitre III : **Incidents de la saisie-vente** n° 134-187

Section I - **Opposition des créanciers** n° 136-154

§1 - Opposition-adjonction n° 137-147

A - Conditions de l'opposition-adjonction n° 138-140

B - Modalités procédurales de l'opposition-adjonction n° 141-144

C - Effets de l'opposition-adjonction n° 145-147

§2 - Saisie complémentaire n° 148-153

A - Procédure de la saisie complémentaire n° 150-151

B - Effets de la saisie complémentaire n° 152-153

§3 - Subrogation dans les poursuites n° 154

Section II - **Contestations soulevées par le débiteur saisi : la nullité** n° 155-176

§1 - Contestations relatives aux biens saisis n° 156-160

A - Contestations relatives à la saisissabilité des biens saisis n° 156-159

B - Contestations relatives à la propriété des biens n° 160

§2 - Contestations relatives à la validité de la saisie n° 161-171

A - Cas de nullité ou de contestations relatives à la validité de la saisie n° 162-165

I - Cas de nullité pour vice de fond n° 163-164

II - Cas de nullité pour vice de forme n° 165

B - Conséquences de la nullité n° 166-171

I - Restitution du bien saisi n° 167 -168

II - Restitution du produit de la vente n° 169-171

§3 - Politique des nullités n° 172-176

A - Obligation d'annuler les saisies irrégulières n° 173 -175

B - Portée de la nullité n° 176

Section III - **Incidents soulevés par les tiers** n° 177-187

§1 - Action en distraction n° 178-186

A - Conditions de l'action en distraction n° 179-181

I - Détermination de la qualité du tiers dans l'action directe n° 180

II - Preuve de la qualité du tiers n° 181

- B - Effets de l'action en distraction n° 182-186
- §2 - Action en revendication n° 187

Chapitre IV : Saisie des récoltes sur pied n° 188-197

Section I : Conditions de la saisie des récoltes sur pied

- n° 189-190
- §1 - Sujets de la saisie n° 189
- §2 - Biens susceptibles d'être saisis n° 190
- §3 - Époque de la saisie n° 191

Section II - Procédure de la saisie des récoltes sur pied

- n° 192-197
- §1 - Déroulement de la procédure n° 192-195
- §2 - Vente des récoltes sur pied n° 196-197

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.) et TJOUEEN (A. D.), Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécutions. Coll. droit uniforme, P.U.A, 1999.
- ANOUKAHA (F.), L'OHADA en marche, Annales de la FSJP de l'Université de Dschang, n° spécial, PUA, t. 6, 2002, Ohadata D. 04- 36.
- ASSI-ESSO (A.M. H.) et NDIABO DIOUF, OHADA. Recouvrement des créances. Coll. droit uniforme africain. Ed. Bruylant, Bruxelles.2002.
- ASSONTSA (R), Le juge et les voies d'exécution depuis la réforme OHADA, thèse de doctorat en droit. Université de Strasbourg 2009.
- BATOUM (F.P.M.), La saisie-vente dans la législation OHADA ou le sacre de l'insolvabilité ? Juridis périodique n° 74, Avril-Mai-Juin 2008, P. 21 et s.
- DIAKHATE (M), Les procédures simplifiées et voies d'exécution : La difficile gestation d'une législation communautaire, Ohadata D-05-10.
- DIOUF (N.), Le recouvrement des créances et les voies d'exécution. Programme de formation en ligne du droit des affaires OHADA, WWW. ohada. com
- ESSAMA (J.A.), Les délais de grâce avec l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant voies d'exécution, RASJ n° 3, vol. 1, P. 149 et S.
- GARBA TAPO (A.), Saisie-vente : inconnu du tribunal du domicile du saisissant pour connaître d'une demande de mainlevée, Revue du droit des affaires du MALI n° 2, P. 61 et s. Ohadata D- 03- 14
- GATSI (J), (s/dir.), L'effectivité du droit de l'OHADA, Coll. droit uniforme P. U. A, Yaoundé 2006.
- IPANDA (F.), Le régime des nullités des actes de procédure depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. RCDA. Janv.-Mars 2001, P. 36.
- ISSA-SAYEGH (J.), POUGOUÉ (P.G.) et SAWADOGO (M.F.), Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^e éd. Paris, 2008.
- KUATE TAMEGHE (S.S.),
 - o La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution forcée. Logiques juridiques 2004.
 - o Jalons d'une habilitation à diriger des recherches à partir du droit issu du traité de l'OHADA, L'Harmattan. Études africaines, Paris 2007.
 - o Délicatesse, convivialité, humanité... et voies d'exécution, Juridis périodique n° 62, avril-mai-juin 2005, p. 41 et s.
 - o Les images floues de la vérification des biens saisis dans le système OHADA des voies d'exécution, Juridis périodique n° 61, Janv.-Févr.-Mars 2005, P. 87 et s.
 - o Les pouvoirs du débiteur sur les biens saisis : une lecture à partir du système OHADA des voies d'exécution, RIDC, avril-juin 2007, p. 7 et s.
- NDZUENKEU (A), L'OHADA et la réforme des procédures civiles d'exécution en droit africain : L'exemple du Cameroun, Juridis Périodique n° 50, avril-mai- juin 2002, p. 114 et s.
- NKOU MVOMDO (P.), Les tiers dans le droit OHADA de l'exécution forcée, Annales de la faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang.
- ONANA ETOUNDI (F.), L'incidence du droit communautaire OHADA sur le droit interne de l'exécution des décisions de justice dans les États parties : cas du Cameroun. Thèse de doctorat d'État, en droit des affaires, Université de Yaoundé II, 2005.
- POUGOUÉ (P.G.) et KUATE TAMEGHE (S.S.) (s/dir.), Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, L'Harmattan, 2010
- SAMBE (E.), La distribution du prix dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, Ohadata D-05-11.
- SAWADOGO (M.F.), La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA, Penant n° 860, juill.-sept. 2007, p. 305 et s.
- SOH (M), Insaisissabilités et immunités d'exécution ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes, Juridis Infos n° 51, Juill.-août-sept., 2002, p. 89 et s.
- WANDJI KAMGA (A.D.), Le droit à l'exécution forcée. Réflexions à partir des systèmes juridiques camerounais et français, Thèse de doctorat en droit, Universités de Yaoundé II, et Limoges, 2009.

1. La saisie-vente est une saisie des meubles corporels régie par les articles 91 à 152 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Elle peut être définie comme une saisie par laquelle un créancier muni d'un titre exécutoire place sous main de justice et fait vendre un ou plusieurs meubles corporels se trouvant dans le patrimoine de son débiteur et détenu

soit par lui soit par un tiers. (*M. et J.-B. DONNIER, Voies d'exécution et procédures de distribution, 6^e éd. Litec n° 710*).

2. Cette nouvelle saisie du Droit uniforme OHADA, inspirée par la réforme française sur les procédures civiles d'exécution (*loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 D. 1991. 317 et son décret d'application n° 92-755 du*

31 juillet 1992), s'est substituée à l'ancienne saisie-exécution naguère régie par les différentes législations africaines. (Notamment les articles 318 à 360 du code de procédure civile et commerciale camerounais ; articles 411 à 453 du code de procédure civile sénégalais ; articles 637 à 666 du code de procédure civile gabonais ; articles 351 à 370 du code de procédure civile ivoirien ; articles 384 à 393 du code de procédure civile mauritanien ; article 191 à 201 de code de procédure civile malien ; articles 320 à 338 du code de procédure rwandais).

Si dans l'ensemble la saisie-vente a hérité des grandes lignes directrices de la saisie-exécution, quelques particularités significatives sont à noter. Ainsi le changement dans la terminologie n'est pas purement formel. Il symbolise la volonté de modernisation des voies d'exécution en général. Si hier l'exécution forcée traduisait une vengeance du créancier sur son débiteur, aujourd'hui avec la réforme OHADA un équilibre entre les intérêts en présence est recherché : intérêts du créancier grâce au renforcement de son gage général à travers la diversité des procédures adaptées à la diversité des biens du patrimoine de son débiteur, intérêts du débiteur saisi, désormais mieux informé et protégé dans la réalisation de toute la procédure.

Il y a plus, le terme saisie-vente permet d'éviter toute confusion qui existait antérieurement entre la saisie-exécution réservée aux meubles corporels, et la saisie d'exécution qui englobait toutes les saisies autres que les saisies conservatoires.

3. Sans doute, l'innovation la plus importante procède de ce que la vente aux enchères publiques des meubles saisis ne peut avoir lieu qu'à défaut de la vente amiable. Cette mesure est salutaire tant pour le créancier que le débiteur. Le premier voit son gage placer sous la main de justice et peut le réaliser à tout moment. Le second bénéficie encore d'un sursis pour la gestion personnelle du bien ainsi rendu indisponible. Il peut le vendre au mieux de ses intérêts, à l'abri de toute curiosité, à un prix plus important que celui qu'on aurait obtenu dans le cadre d'une vente aux enchères.

Cette recherche de l'équilibre des intérêts en présence semble avoir été la préoccupation majeure du législateur communautaire africain. Contrairement à son homologue français, il n'a pas fait pencher la balance du côté du débiteur. C'est ainsi que la saisie-vente en OHADA n'est pas subsidiaire aux saisies des créances, bien qu'elle soit plus traumatisante pour le débiteur.

4. Quoi qu'il en soit, la réforme OHADA a conservé plusieurs grands traits de l'ancienne saisie-exécution. L'on peut s'en convaincre en examinant les conditions (Chapitre I), la procédure (Chapitre II), les incidents (Chapitre III) de la saisie-vente, ainsi que les dispositions spécifiques relatives à la saisie des récoltes sur pied (Chapitre IV).

Chapitre I : Conditions de la saisie-vente

5. L'exécution forcée, sous quel que forme que ce soit, obéit à deux exigences fondamentales à savoir l'existence d'un titre exécutoire et l'intervention de l'État par le recours soit à la juridiction compétente, soit à l'huissier de justice ou l'agent d'exécution.

En plus de ces conditions générales, les procédures de saisie en connaissent d'autres. Hormis le caractère d'ordre public qui sous-tend toutes ces procédures et qui se traduit par la prohibition des clauses de voie parée (article 246 A.U.P.S.R.V.E « Le créancier ne peut vendre les immeubles appartenant à son débiteur qu'en respectant les formalités prescrites par les dispositions qui suivent. Toute convention contraire est nulle » et la prohibition du pacte commissaire (article 56 – 1 (3) de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés « Toute clause du contrat autorisant la vente ou l'utilisation du gage sans les formalités ci-dessus est réputée non écrite »), les saisies sont soumises aux conditions supplémentaires relatives aux sujets, à la cause et à l'objet de la saisie. Ces conditions seront abordées ici dans ce qu'elles ont de spécifique à la saisie-vente qu'il s'agisse des conditions objectives (section I) ou des conditions subjectives (section II).

Section I - Conditions objectives de la saisie-vente

6. Le siège de ces conditions se trouve à l'article 91 de l'AUPSRVE qui dispose : « Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, après signification d'un commandement, faire procéder à la saisie et à la vente des biens meubles corporels appartenant à son débiteur, qu'ils soient ou non détenus par ce dernier, afin de se payer sur le prix. ». En substance, cet article envisage à la fois l'objet de la saisie c'est-à-dire les biens saisissables (§1) et la cause de la saisie qui n'est rien d'autre que la créance à l'origine de la saisie-vente (§2).

§1 - Objet de la saisie-vente

7. L'objet de la saisie vente n'est rien d'autre que les biens meubles corporels appartenant au débiteur saisi. Mais certains de ces biens peuvent échapper à cette saisie en raison de leur insaisissabilité ou de leur indisponibilité. Aussi la saisie-vente ne peut-elle prospérer que si l'on satisfasse aux exigences relatives à la nature des biens (A), à la saisissabilité des biens (B), à l'appartenance du bien au débiteur saisi (C) et à la disponibilité des biens à saisir (C).

A - Nature des biens, objet de la saisie-vente

8. La détermination de la nature de ces biens oblige que l'on s'attarde à la fois sur leur double aspect mobilier et corporel.

9. Par bien meuble l'AUVE vise sans doute les meubles meublants. Il s'agit donc principalement des biens non consommables. Mais la saisie-vente des biens consommables n'est pas à exclure. C'est ainsi que la saisie-vente des stocks de sucre reste possible.

10. À défaut d'une énumération exhaustive, l'AUPSRVE vise certaines catégories des biens mobiliers. C'est le cas des véhicules terrestres. Selon l'article 103 alinéa 3 de cet acte, si parmi les biens saisis se trouve un véhicule terrestre à moteur, la juridiction compétente peut ordonner son immobilisation jusqu'à son enlèvement en vue de la vente par tout moyen n'entraînant aucune détérioration. Comme en droit français, les « sabots de Denver » seraient d'une grande utilité pratique pour les huissiers de justice pour assurer cette immobilisation.

En plus des véhicules terrestres à moteur, la saisie des sommes d'argent en espèces est prévue par l'article 104 AUVE. Ces sommes, selon ce texte, peuvent être saisies à concurrence du montant de la créance du saisissant. Elles sont consignées entre les mains de l'huissier ou de l'agent d'exécution ou du greffe au choix du créancier saisissant.

Cette saisie des sommes d'argent peut susciter quelques interrogations. Si elles étaient à l'origine insaisissables, en tout ou partie, doivent-elles perdre ou non leur insaisissabilité par le seul fait que le débiteur saisi les conserve par-devers lui ?

Si l'on s'en tient à la lettre de l'article 104 AUVE, l'on peut penser que l'insaisissabilité des sommes d'argent ne peut survivre à leur versement au débiteur saisi car seule la créance du saisissant permet de déterminer « les quotités saisissables ». Pour autant ce raisonnement ne nous semble pas péremptoire. De même que les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeurent insaisissables (article 52 AUVE), de même les créances insaisissables du débiteur saisi dont le montant lui est versé devraient demeurer insaisissables. Certes les créances dont le montant est versé dans un compte constituent un droit personnel, droit de créance, entre le titulaire du compte et la banque alors que le débiteur saisi qui perçoit directement ses créances a désormais sur les sommes qui lui sont versées un droit réel, un droit de propriété. Mais l'insaisissabilité telle que prévue par l'article 52 précité tient compte tant de la destination de la créance que de son origine. C'est parce que la créance était à l'origine insaisissable qu'elle doit le demeurer quand bien même elle viendrait à tomber dans un compte et par analogie, entre les mains du débiteur saisi. Il est donc de bon ton que la saisie-vente des sommes d'argent soit régie par l'article 52, texte qui figure par ailleurs

dans les dispositions générales relatives à toutes les voies d'exécution y compris la saisie-vente.

11. La saisie des objets mobiliers placés dans le coffre-fort des banques est ignorée par l'Acte Uniforme sur les voies d'exécution. Antérieurement à l'OHADA, l'on était écartelé entre deux principales anciennes procédures à fin d'exécution : la saisie-arrêt et la saisie-exécution remplacées respectivement, comme nous le savons, par la saisie-vente et la saisie-attribution. En l'absence des dispositions particulières en la matière, la saisie-vente nous semble adaptée pour plusieurs raisons. La saisie-attribution n'a désormais pour objet qu'une créance de somme d'argent et non plus un bien meuble. La saisie-vente reste donc appropriée, ce d'autant plus qu'elle intéresse non seulement les biens meubles en possession du saisi mais ceux détenus pour son compte par les tiers à l'instar des coffres-forts détenus par les banques pour le compte de leur locataire. L'exclusion des biens de la saisie-vente ne se justifie plus aisément.

12. En revanche la nature mobilière des biens permet d'exclure de l'assiette de la saisie-vente les immeubles. Il s'agit non seulement des immeubles par nature mais aussi des immeubles par destination.

L'exclusion des immeubles par destination faisant corps avec l'immeuble par nature auquel ils sont affectés n'est pas expressément envisagée par le droit uniforme OHADA. Mais elle peut se déduire de l'article 91 de l'AUVE et surtout peut se justifier, s'agissant du Cameroun, par l'article 327 du code camerounais de procédure civile et commerciale selon lequel « ne peuvent être saisis (ancienne saisie-exécution) : 1° les objets que la loi déclare immeubles par destination » ; cet article ne nous semble pas contraire au droit uniforme OHADA et par conséquent reste en vigueur.

Cette exclusion ne comporte aucune restriction. Autrement dit, le fournisseur impayé d'un immeuble par destination, créancier de son prix, doit engager une procédure de saisie immobilière contre le fonds lui-même alors qu'il s'agit, en réalité, du prix d'un simple meuble corporel par nature. Il est souhaitable qu'à l'instar du droit français, la saisie-vente soit possible dans ce cas. Toujours est-il que l'immeuble par destination peut faire l'objet d'une saisie-vente s'il cesse d'être affecté au service d'un fonds. Il en est ainsi si l'exploitation a été abandonnée (Chambéry 4 juin 1934, SEM. Jur. 1935, 1484).

13. Une catégorie de biens immeubles par nature est concernée par la saisie-vente. Il s'agit des récoltes sur pied faisant l'objet des dispositions particulières des articles 147 à 152 de l'AUVE.

14. Le créancier ne peut faire procéder à la saisie et à la vente que des biens meubles corporels appartenant à son débiteur comme le prévoit l'article 91 l'AUVE.

Il en résulte que les biens meubles incorporels ou les créances ne peuvent faire l'objet de la saisie-vente. C'est le cas de la créance des sommes d'argent qui ne peuvent être saisies que par la saisie conservatoire des sommes d'argent ou par la saisie-attribution, c'est aussi le cas de la créance des rémunérations qui ne peuvent être saisies que la saisie ou cession des rémunérations. C'est enfin le cas des droits d'associés et des valeurs mobilières qui ne peuvent faire l'objet que de la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières. À la diversité des biens meubles correspond la pluralité des procédures d'exécution forcée.

Cet effet d'adaptation des voies d'exécution aux éléments mobiliers du patrimoine n'est pas cependant total. Toutes les créances ne sont pas exclues de l'emprise de la saisie vente. En effet si avant l'OHADA aucune créance ne pouvait être concernée par l'ancienne saisie-exécution, les créances de livraison d'objets mobiliers relèvent désormais du domaine de la saisie-vente. Il s'agit d'une innovation importante du droit communautaire OHADA qui aboutit à l'élargissement du domaine de la saisie-vente et qui se justifie par l'article 91 selon lequel le créancier muni d'un titre exécutoire peut faire saisir et vendre les biens meubles corporels appartenant à son débiteur «... qu'ils soient ou non détenus par ce dernier... ». Le tiers détenteur d'un bien meuble appartenant au débiteur a, vis-à-vis de ce dernier, la créance de livraison dudit meuble. Cette créance peut faire l'objet de la saisie-vente.

15. Si cette interprétation nous semble évidente, moins explicite est le sort à réserver aux titres au porteur et autres billets de banque. D'après certaines législations africaines antérieures au droit uniforme, à l'instar de l'article 351 alinéa 1^{er}, 1° du code ivoirien de procédure civile, la saisie-exécution portait aussi bien sur les biens meubles corporels que sur les meubles incorporels, tels que les titres au porteur, à condition que les biens soient détenus par le débiteur saisi (voir A.-M.- H. ; ASSI-ESSO ; N. Diouf, OHADA Recouvrement des créances, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 245).

Une interprétation a contrario des termes de l'article 91 de l'AUVE précité, lequel réduit le domaine de la saisie vente aux seuls biens corporels, laisse penser que les titres au porteur et les biens de banque ne peuvent pas faire l'objet de la saisie-vente. Cette approche doit être relativisée. En effet, bien qu'ils incorporent une créance relevant de la saisie conservatoire des créances ou de la saisie-attribution, les titres au porteur peuvent être saisis selon la procédure de saisie-vente car ils constituent un titre matérialisé (M. VERON et B. NICOD, Voies d'exécution et procédures de distribution 2^e édition, Armand Colin page 52). Du fait du phénomène de l'incorporation du droit au titre la créance se transforme en objet mobilier corporel à moins que ces titres au porteur aient fait l'objet d'une dématérialisation. Dans ce cas ils seront insaisissables par le biais de la saisie-vente.

B - Insaisissabilité des biens meubles

16. Aux termes de l'article 2092 du code civil camerounais, « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». C'est l'expression de ce qu'on appelle le droit de gage général des créanciers sur le patrimoine de leurs débiteurs. Le principe est donc la saisissabilité et l'insaisissabilité l'exception.

17. L'AUVE n'a pas déterminé d'une façon générale, les biens et droits insaisissables. Cette possibilité est laissée au pouvoir souverain de chaque État partie (article 51). Néanmoins quelques créances sont déclarées insaisissables. Ainsi selon article 52 de l'AUVE, les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeurent insaisissables. L'article 53 du même acte donne quelques précisions sur ces créances insaisissables. Il peut s'agir notamment des gains et salaires des époux versés sur un compte bancaire.

18. Aucune de ces créances insaisissables ne concerne la saisie vente. L'OHADA a voulu mettre fin avec l'article 52 de l'AUVE au principe de la fongibilité des sommes versées sur un compte bancaire ; l'article 53 de AUVE permet de laisser à l'époux commun en bien un minimum vital. Toutes ces créances insaisissables ont trait à la saisie conservatoire des créances ou à la saisie attribution. Pour la détermination des biens à soustraire de la saisie-vente pour cause d'insaisissabilité, il faudrait se référer au droit antérieur à la réforme OHADA.

Ces biens meubles sont ceux qui naguère étaient exclus du domaine de la saisie-exécution. Leur insaisissabilité pouvait résulter soit de la loi (I) soit de la volonté des particuliers (II).

I - Biens meubles insaisissables selon la loi

19. Les insaisissabilités légales peuvent s'expliquer par plusieurs raisons. Les unes sont d'ordre humanitaire et visent à protéger le débiteur en lui permettant de continuer à assurer sa substance. Les autres découlent soit de l'intérêt général, soit de la nature même du bien.

191. Les législations africaines antérieures à l'OHADA permettent de dégager une liste d'objets mobiliers corporels indispensables à la vie du débiteur et de sa famille. Ce sont notamment les habits, la nourriture et l'outillage (article 327 du code camerounais de procédure civile et commerciale, article 271 du Code de procédure civile ivoirien, etc.)

Compte tenu de leur caractère suranné, ces biens peuvent faire l'objet d'assez d'hésitations et de contestations. Le législateur communautaire OHADA aurait dû saisir l'occasion de la réforme pour adapter ces biens aux exigences d'une société moderne.

Du reste l'insaisissabilité de ces biens corporels n'est

pas absolue. Ils peuvent être saisis «... pour aliments fournis à la partie saisie ou sommes dues aux fabricants ou vendeurs desdits objets, ou à celui qui aura prêté pour les acheter, fabriquer ou réparer » (article 328 du Code de procédure civile et commerciale du Cameroun).

19-2. Sont insaisissables pour des raisons d'intérêt général, les meubles nécessaires au fonctionnement des syndicats, tels que la bibliothèque, le mobilier nécessaire aux réunions. Cette liste se trouve allongée par les insaisissabilités selon la volonté des parties.

II - Biens meubles insaisissables selon la volonté des particuliers

20. L'article 51 de l'AUVE semble s'opposer à l'insaisissabilité des biens de part la volonté des parties lorsqu'il dispose que « Les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des États parties ». Une lecture de cette disposition laisse penser que les biens insaisissables trouveraient leur source non dans la volonté des particuliers mais dans la loi nationale de chacun des États parties (voir N. Diouf. Commentant l'AUVE in, OHADA. Traité des actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2008, page 783, article 51.). En substance, on serait tentée de dire que : Pas de cause d'insaisissabilité sans texte. Si la loi ne prévoit rien, le bien est saisissable car compris, par principe, dans l'assiette du droit de gage général des créanciers poursuivants.

Une telle interprétation ne peut pas prospérer. La volonté des particuliers ne peut pas être autant impuissante à déterminer les biens insaisissables, surtout si cette volonté est habilitée par la loi pour envisager les biens insaisissables. Ainsi en est-il des articles 382 du code de procédure civile mauritanien et 271 du Code de procédure civile ivoirien. Selon ces textes, le donateur ou le testateur peut, en faisant une donation ou un legs mobilier ou immobilier, déclarer la chose donnée ou léguée insaisissable. (M. Y. NDIAYE, Encyclopédie juridique de l'Afrique, NEA, 1982 p. 237).

Ces dispositions apparaissent de façon générale, comme « la conséquence de la liberté de disposer à titre gratuit : celui qui pouvait ne rien donner ou ne rien léguer a pu donner et léguer à condition que les créanciers du donataire ou légataire n'aient pas le droit de saisir ; d'ailleurs, ceux-ci ne peuvent s'en plaindre, n'étant ainsi privés que d'un gage sur lequel ils ne devaient pas compter (Garsonnet et Cesar-Bru, Traité théorique et pratique de procédure, Sirey, T. IV, 2^e éd. § 1282, p. 142 ; cité par Philippe Soustelle in, (S/Dir. C. Brenner et P. CROCQ), Lamy. Droit de l'exécution forcée. éd. 2009. Étude 345.30)

Avec cette analyse d'ordre général, la volonté des particuliers de déclarer insaisissables certains biens doit être admise, nous semble-t-il, en l'absence de toute disposition textuelle. Autrement dit, les biens meubles peuvent être déclarés insaisissables, partant

exclus de l'assiette de la saisie vente, par la volonté du donateur ou du testateur. Toujours est-il que la clause d'insaisissabilité ne peut affecter que les actes à titre gratuit et ne saurait atteindre que les biens relevant de la quotité disponible, la réserve héréditaire restant intangible. Cette clause s'imposerait plus aux créanciers du gratifié dont les droits sont nés antérieurement à l'acte de gratuité qu'à ceux dont les droits sont postérieurs à cette opération.

21. Dans le même ordre d'idée, l'insaisissabilité peut aussi résulter d'une clause d'inaliénabilité. En effet, un bien meuble peut se trouver grevé d'inaliénabilité, soit par l'adoption du régime matrimonial dotal, soit par l'établissement d'une substitution fidei commissaire, soit par l'inclusion d'une clause d'inaliénabilité dans une donation ou un legs.

Cette inaliénabilité entraîne automatiquement son insaisissabilité sinon il serait trop facile de tourner la clause d'inaliénabilité en empruntant et en ne remboursant pas, pour laisser saisir et vendre les biens inaliénables (P. GOICHOT, Procédure civile et voies d'exécution, Fascicule II, Les cours de droit, 1973 – 1974, p. 613). L'inaliénabilité ou l'insaisissabilité ne sont pas les seuls obstacles à la saisie-vente. Encore faut-il que le meuble à saisir appartienne au débiteur saisi.

C - Appartenance du bien meuble au débiteur saisi

22. « Quiconque s'oblige, oblige ses biens ». Cette formule qui traduit le droit du gage général qu'un créancier a sur tous les biens de son débiteur signifie que nul ne peut payer ses dettes avec les biens appartenant à autrui. Cependant dans certains cas le créancier saisissant se trouve confronté au statut de certains biens qui ne sont nécessairement pas la propriété exclusive de son débiteur. Il peut en être ainsi lorsque les biens meubles sont des biens indivis, ou lorsque ces biens appartiennent aux époux. Nous reviendrons sur ce dernier point (voir infra n° 48 à 51)

23. La saisie des biens meubles indivis n'a pas retenu l'attention du législateur communautaire africain. Les immeubles indivis ont fait l'objet de sa préoccupation. Aux termes de l'article 249 de l'AUVE « La part indivise d'un immeuble ne peut être mise en vente avant le partage ou la liquidation que peuvent provoquer les créanciers d'un indivisaire ». La jurisprudence interprète ce texte dans le sens de l'insaisissabilité des biens immeubles indivis. Les biens ne peuvent être saisis qu'autant que les créanciers intéressés ont pu provoquer leur partage ou liquidation, que l'indivision soit successorale, conventionnelle ou post-communautaire. (C.C.J.A, arrêt n° 25/2008, 30 avril 2008, Société générale de banque en Côte d'Ivoire (SGBCI) c/Dame Konan Marie Aimée et sieur Konan Kouadio Camille ; CCJA, arrêt n° 003/2008, 28 février 2008. Mohamed Taïb Ket-

tani c/GRUNITZKY Victoria Geneviève. Observations Mme AKOMNDJA AVOM Vincelline. In (S/DIR. De P. G POUGOUÉ et S. S. KUATE TAMEGHE), Les Grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, L'Harmattan, Mai 2010 p. 405 et s.). Sans doute il s'agit des créanciers personnels d'un indivisaire ou les créanciers personnels de tous les indivisaires, ceci, malgré la formule imprécise de l'article 249 précité. La raison en est que tous les biens meubles ou immeubles, présents et avenir du débiteur étant le gage général de ses créanciers, l'insaisissabilité des biens, fussent-ils indivis ne doit constituer qu'une exception et de ce fait doit être interprétée restrictivement.

24. En l'absence d'un texte général, interne aux États parties et relatif à l'indivision, l'on peut se demander si le champ d'application de l'article 249 de l'AUPSRVE peut être étendu ou non aux indivisions mobilières. Une doctrine autorisée répond par l'affirmative. Elle se justifie par le fait que l'on ne peut pas notamment dans une indivision successorale ou autre, appliquer des règles différentes aux immeubles et aux meubles (A.-M.-H. Assi Ezzo ; N. Diouf, OHADA, Recouvrement des créances, Bruylant, Bruxelles, 2002, N° 95 P. 57).

25. Nous sommes d'un avis contraire. D'abord pour des raisons évoquées plus haut, la saisissabilité des biens étant la règle et l'insaisissabilité l'exception, l'extension des dispositions relatives à cette insaisissabilité doit être exclue. Ensuite si l'on se réfère au droit antérieur à l'OHADA, l'indivision successorale ne concernait que les immeubles (art. 2205 du code civil de 1804) dont la part indivise d'un cohéritier ne pouvait être mise en vente pas ses créanciers personnels avant tout partage ou liquidation. Cette règle ne s'appliquait pas aux indivisions mobilières pour lesquels la saisie restait possible, sauf à surseoir à la vente jusqu'à l'intervention du partage (P. GOICHOT op. cit. 607). Cette solution reste compatible avec la législation OHADA et mérite d'être retenue.

D - Disponibilité des biens

26. L'appartenance du meuble au débiteur saisi ne suffit pas pour que la saisie vente puisse être exercée contre lui. Le bien doit être disponible entre ses mains ou celles des tiers détenteurs. Dans le cas contraire la saisie ne peut pas prospérer car le créancier saisissant ne saurait avoir plus de droit que son débiteur. Il en est ainsi dans deux hypothèses. La première est relative au redressement judiciaire ou à la liquidation des biens du débiteur saisi et la seconde hypothèse concerne l'existence d'une saisie antérieure.

27. Lorsqu'un débiteur est en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, il est dessaisi de ses biens meubles ou immeubles et les poursuites indivi-

duelles contre lui sont suspendues. Par conséquent les mobiliers du débiteur n'étant plus disponibles entre ses mains, la saisie-vente ne peut plus être exercée contre ceux-ci (article 75 et suivants de l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif).

28. L'indisponibilité des biens du débiteur peut résulter aussi d'une saisie antérieure en vertu de l'adage « saisie sur saisie ne vaut ». Cette règle interdit au second créancier de saisir une seconde fois les mêmes biens. Dans les droits antérieurs des États parties à l'OHADA, le second saisissant ne pouvait que se joindre aux poursuites déjà engagées en établissant un procès-verbal de récolement car la première saisie avait rendu les biens saisis indisponibles.

L'AUVE consacre des solutions ambiguës. En matière de saisie conservatoire, la règle « saisie sur saisie ne vaut, » est complètement remise en cause. L'article 74 de cet acte uniforme permet la pluralité des saisies conservatoires lorsqu'il prévoit la possibilité de procéder « à une saisie conservatoire sur les biens rendus indisponibles par une ou plusieurs saisies conservatoires antérieures ». L'indisponibilité ne constitue donc pas un obstacle à la saisie conservatoire des biens meubles.

Tout autre est le problème en matière de saisie-vente. Dans ce domaine le second créancier d'un débiteur dont les biens ont déjà fait l'objet d'une précédente saisie-vente peut se joindre à cette saisie par le moyen d'une opposition ou procéder au besoin, à une saisie complémentaire (article 130 alinéa 1). À notre avis l'acte d'opposition, selon les termes de l'article 131 de l'AUVE, ne constitue pas une seconde saisie car il n'existe pas un procès-verbal de saisie. Seule la saisie complémentaire constitue une véritable saisie qui se termine par un procès-verbal. Mais elle n'a pas pour objet les biens déjà saisis mais ceux qui ne figuraient pas dans l'assiette de la première saisie. Autrement dit les biens rendus indisponibles par la première saisie échappent à la saisie complémentaire qui n'a pour objet que les biens restés jusque-là disponibles. En conséquence, l'indisponibilité des biens meubles reste un obstacle à la saisie-vente (Contra A-M H. ASSI- ESSO et M. N. DIOUF, Ouvrage op. cit., n° 99) qui ne peut pas s'opérer même si la cause de la saisie est fondée.

§2 - Créance, cause de la saisie

29. L'article 31 de l'AUVE fixe les conditions générales que la créance, cause de la saisie doit remplir pour que l'exécution forcée puisse avoir lieu. Selon ce texte cette créance doit être certaine, liquide et exigible. L'article 91 du même Acte uniforme réservé à la saisie-vente reprend deux des conditions à savoir la liquidité (B) et l'exigibilité (C) de la créance. Le caractère certain de la créance n'y est pas expressément évoqué. Mais ce caractère peut se déduire de l'exigence du titre exécutoire (A).

A - Certitude de la créance

30. La certitude de la créance signifie que son existence même ne doit pas ou ne doit plus être contestée. Plutôt que d'évoquer ouvertement cette condition, l'article 91 précité préfère la fonder sur l'existence d'un titre exécutoire. Une créance ayant sa source dans un titre exécutoire notamment un jugement passé en force de la chose jugée ne peut plus être contestée en principe.

Le choix de ce fondement par l'article 91 n'est cependant pas hasardeux. Il participe du souci de revalorisation des titres exécutoires. Jusque-là, seuls les titres exécutoires passés en force de la chose jugée pouvaient donner lieu à exécution forcée étant donné que le pourvoi en cassation n'est pas en principe suspensif d'exécution. Avec l'article 32 de l'AUVE, désormais l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision à l'exception de l'adjudication des immeubles. Conséquemment, une créance fondée sur un titre exécutoire provisoire, notamment une ordonnance sur référé qui ne doit pas faire préjudice au principal peut justifier une saisie-vente. Si ce titre est ultérieurement modifié, la saisie-vente ne sera pas pour autant remise en cause, le créancier supportera la réparation du préjudice causé au débiteur saisi par cette exécution « sans qu'il y ait lieu de relever de faute de sa part » (article 32 alinéa 2 AUVE). Avec cette mesure l'exigence de la certitude de la créance se trouve assouplie.

31. Conformément à l'article 33 de l'AUVE, les décisions juridictionnelles nationales et étrangères ne sont pas les seuls titres exécutoires pouvant fonder la certitude de la créance. Peuvent aussi jouer le même rôle, les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties, les actes notariés revêtus de la formule exécutoire, les décisions auxquelles la loi nationale de chaque État partie attache les effets d'une décision judiciaire. C'est le cas dans cette dernière catégorie de la contrainte de l'administration fiscale (TPI Dshang, ord. de référé n° 1/ADD du 06 octobre 2003, Dame Tassi Valentine c/Le Receveur provincial des impôts de l'Ouest à Bafoussam et Yemele Émile. Ohada. com/ohadata J-05-113).

32. Malgré ce relâchement, les créances suivantes ne peuvent permettre une saisie-vente :

- des créances conditionnelles, c'est-à-dire subordonnées à une condition suspensive, tant que cette condition ne sera pas réalisée. Si une saisie-vente est entreprise sur le fondement d'une créance sous condition résolutoire, elle ne peut se poursuivre que si la condition se réalise.
- des créances éventuelles ou hypothétique dont l'existence n'est pas actuellement établie.

Du reste la certitude de la créance peut aussi résulter de l'exigence explicite de l'exigibilité de la créance.

B - Exigibilité de la créance

33. C'est une condition explicitement visée par l'article 91 de l'AUVE *Seule une créance dont le paiement peut être immédiatement réclamé* est susceptible de donner lieu à exécution forcée. La saisie-vente n'est donc pas possible si la créance du créancier est à terme, que le terme soit légal, judiciaire ou conventionnel. Toutefois la saisie de cette créance est possible en cas de déchéance du terme. Mais la décision qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens suspend toute procédure d'exécution forcée (article 76 et s. de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif). De même le prononcé des mesures de grâce suspend la procédure d'exécution forcée engagée à l'instar de la saisie-vente (article 39 AUVE).

C - Liquidité de la créance

34. À l'instar de l'exigibilité de la créance, la liquidité est prévue par l'article 91 précité. Le montant de la créance dont l'exécution forcée est réclamée doit être déterminé non en nature, mais en argent. D'une façon générale, cette exigence se justifie par la nécessité de connaître le montant exact de la créance, afin de ne pas permettre une saisie hors de proportion avec la créance alléguée.

35. Pour la recherche de cette proportion entre la créance, cause de la saisie et l'objet de la saisie, des mesures d'atténuation sont envisagées dans certains types de saisies. C'est le cas de la saisie-attribution avec son effet attributif qui permet de limiter l'assiette de la saisie à concurrence du montant de la cause de la saisie. De même en matière de saisie immobilière, si la valeur des immeubles saisis dépasse le montant de la créance, le débiteur saisi peut obtenir de la juridiction compétente qu'il soit sursis aux poursuites sur un ou plusieurs des immeubles (article 264 AUVE). Dans le même sens le débiteur peut demander la suspension de la saisie immobilière, si le débiteur justifie que le revenu net et libre des immeubles pendant deux ans suffit pour le paiement de la dette en capital, frais et intérêts et s'il en offre la délégation au créancier (article 265 AUVE).

De telles dispositions font défaut en matière de saisie-vente. L'exigence de la liquidité de la créance ne permet pas de limiter l'assiette de la saisie à concurrence du montant de la cause de la saisie. Une telle limitation s'impose de lege ferenda pour éviter que la saisie-vente ne s'apparente à une expropriation du débiteur saisi de tous ses biens meubles saisissables. La solution à ce problème peut aussi résider dans la restriction du cercle des sujets de la saisie-vente.

Section II - Sujets de la saisie-vente

36. La détermination des règles propres à la saisie-vente peut se prolonger au niveau des sujets de cette saisie. Il s'agit d'examiner tant les sujets actifs que les sujets passifs c'est-à-dire les personnes pouvant procéder à la saisie (§1) et celles susceptibles d'être saisies (§2)

§1 - Personnes pouvant procéder à la saisie-vente

37. Ce sont essentiellement les créanciers du débiteur saisi. Ils sont titulaires du droit de saisir (A). Mais ce droit s'exerce sous certaines conditions (B).

A - Créanciers saisissants

38. Si l'on s'en tient à l'article 91 de l'AUVE, tout créancier peut procéder à la saisie-vente qu'il soit chirographaire, privilégié ou hypothécaire. Les causes légitimes de préférence ne peuvent être prises en cause qu'au moment de la distribution du prix de vente et non à celui de la poursuite. Mais les créanciers chirographaires sont tenus de poursuivre l'exécution en premier sur les biens meubles et en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur les immeubles (article 28 AUVE alinéa 2). Quant aux créanciers hypothécaires ou titulaires des privilèges immobiliers, ils ne peuvent recourir à la saisie-vente qu'après avoir discuté des immobiliers grevés de leur sûreté c'est-à-dire qu'après avoir exercé la saisie immobilière. Ce n'est qu'en cas d'insuffisance de leur gage qu'ils doivent procéder à la saisie-vente.

Aux créanciers saisissants sont assimilés leurs successeurs ou légataires à titre universel qui doivent exercer le droit de saisir en lieu et place de leurs auteurs.

B - Exercice du droit de saisir

39. L'exercice du droit de saisir pose le problème de la capacité et celui du pouvoir de saisir.

I - Capacité requise du saisissant

40. Une double interrogation permet de déterminer la capacité d'exercer la saisie-vente : la saisie est-elle un acte d'administration ou de disposition ? Est-elle un acte judiciaire ou extrajudiciaire ?

Sur le premier plan, bien que l'AUVE n'en souffle mot, l'on peut dire qu'en principe une procédure de saisie est un acte d'administration puisque le recouvrement d'une créance est lui-même un acte de cette nature. Il ne peut en être autrement que pour la saisie immobilière qui requiert la capacité de disposer. La capacité d'administrer est donc suffisante pour la saisie-vente. En conséquence si une telle capacité est reconnue par

la loi nationale à un incapable, il peut procéder à cette saisie. Dans le cas contraire, l'incapable bénéficiant d'une protection (mineur non émancipé sous tutelle, sous administration légale ou majeur également sous tutelle, sous conseil judiciaire), n'a pas la capacité requise pour procéder à la saisie-vente. C'est le représentant légal ou l'administrateur légal qui doit agir à la place du représenté.

Sur le second plan, celui de la capacité d'ester en justice, il faut dire qu'elle n'est pas requise du créancier saisissant particulièrement en ce qui concerne la saisie-vente. En effet, cette voie d'exécution est en principe extrajudiciaire. Elle est mise en œuvre après l'obtention de la grosse c'est-à-dire après que le tribunal se soit prononcé dans une cause. Mais en cas d'incidents de la saisie-vente, le recours au juge devient inévitable ; alors la saisie-vente devient une procédure judiciaire et le créancier saisissant devrait avoir la capacité d'ester en justice, voire le pouvoir d'agir.

II - Pouvoir d'agir

41. Les règles générales applicables à toutes les saisies s'appliquent lorsqu'un créancier est majeur et capable ; il a normalement le pouvoir requis pour procéder à une saisie-vente. Il peut aussi donner un pouvoir général à un mandataire pour agir en son lieu et place sous forme d'une procuration. Si le créancier est un incapable, c'est son représentant légal qui a le pouvoir nécessaire.

42. L'exigence du pouvoir prend un relief en cas de transmission ou de cession de la créance par le créancier. C'est ainsi que, les successeurs à titre universel et à titre particulier peuvent poursuivre le débiteur comme le ferait leur auteur lui-même. Ils doivent néanmoins justifier la qualité qui leur permet de procéder à la saisie. L'héritier doit le faire notamment en produisant soit l'acte de décès, soit l'acte notarié. Le légataire universel ou à titre universel doit administrer la preuve de son droit notamment par la notification de la disposition du testament contenant le legs aux personnes contre qui la saisie est exercée.

§2 - Personnes susceptibles d'être saisies

43. Avant la réforme OHADA sur les voies d'exécution, l'ancienne saisie-exécution ne pouvait être dirigée que contre le débiteur essentiellement. Depuis cette réforme la saisie-vente, héritière de la saisie-exécution peut être dirigée contre le débiteur (A) ou contre les tiers (B).

A - Débiteur

44. Tout débiteur peut faire l'objet d'une saisie-vente s'il dispose des biens meubles. Il ne peut en être autre-

ment que s'il bénéficie d'une immunité d'exécution (art. 30 alinéa 1 de l'AUVE), des mesures de grâce (article 39 AVE) ou s'il fait l'objet des procédures de redressement judiciaire ou de liquidation des biens (article 75 Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif). Dans ces deux derniers cas, les poursuites individuelles en exécution forcée sont suspendues.

45. L'exigence de la saisie personnelle du débiteur peut connaître des nuances dans trois hypothèses : en cas d'incapacité du débiteur, ou lorsque le débiteur est marié ou décédé.

46. Si le débiteur est un incapable, la saisie est dirigée contre son représentant légal ou conventionnel en cas d'incapacité générale d'exercice. En cas d'incapacité spéciale d'exercice, la saisie sera dirigée contre l'incapable lui-même et non contre son représentant légal ou conventionnel. Dans tous les cas, les biens saisis seront non ceux du représentant mais ceux de l'incapable qui reste le véritable débiteur.

47. En cas de décès du débiteur, le sort de la poursuite de ses créanciers est tributaire de l'option successorale opérée par ses successeurs. Si ces derniers refusent la succession ou l'acceptent sous bénéfice d'inventaire, seuls les biens meubles de la succession seront saisis et non leurs biens personnels. En revanche, s'ils ont accepté purement et simplement la succession du débiteur décédé, l'assiette de la saisie comprendra non seulement les biens meubles du défunt, mais aussi ceux des héritiers qui deviennent débiteurs à la place du de cujus.

48. Si le débiteur est marié, la détermination de l'époux contre lequel la saisie doit être dirigée et les biens sur lesquels elle doit porter varient selon que les époux se sont mariés sous le régime de la communauté des biens ou sous le régime de la séparation des biens.

49. Dans les régimes de communauté des biens et en l'occurrence le régime de la communauté des meubles et acquêts, il existe trois masses de biens : une masse des biens communs constituée des meubles et acquêts, deux masses des biens propres dont l'une appartenant à chaque époux. L'exercice d'une voie d'exécution est fonction des pouvoirs des époux sur la masse des biens considérés. Si chaque époux a les pouvoirs sur ses biens propres, conformément à l'article 1421 code civil (Code en vigueur en France avant la réforme des régimes matrimoniaux de 1965 et encore applicable dans certains États africains à l'instar du Cameroun), le mari gère seul les biens de la communauté. Dès lors les créanciers personnels du mari peuvent saisir ses propres et ceux de la communauté. Mais en aucun cas, ils ne peuvent saisir les propres de la femme. Toutefois, les dettes contractées par le mari dans l'intérêt du mariage

peuvent être poursuivies sur les trois masses de biens que comprend l'actif de la communauté légale.

50. La femme dispose aussi du pouvoir d'engager les biens de la communauté. Il en sera ainsi lorsqu'elle agit en concours avec le mari ou sur autorisation de celui-ci. Les dettes alors contractées pourront être poursuivies non seulement sur les propres de chacun des époux, mais sur les biens de la communauté. Il en sera de même des dettes professionnelles de la femme chaque fois que le mari se sera immiscé dans la gestion de ses affaires ou aura donné son accord pour l'exercice de cette profession. Cependant, lorsque la femme agit seule dans son intérêt personnel, ses créanciers ne peuvent poursuivre l'exécution de leurs créances que sur ses propres. S'agissant de la saisie-vente les biens concernés ne sont que les meubles corporels de l'association conjugale.

51. Dans les régimes d'inspiration séparatiste, la situation du créancier saisissant devrait être simplifiée en raison de l'indépendance des patrimoines. Les biens de l'un ne peuvent être saisis pour le paiement d'une dette personnelle de l'autre. Mais lorsque les époux ont acquis ensemble un bien meuble, il est soumis au régime de l'indivision. De même il peut y avoir confusion de patrimoine lorsqu'un conjoint est chargé de représenter l'autre. Dans la pratique et face aux difficultés de distinction des deux patrimoines, l'huissier de justice procède à la saisie de tous les biens saisissables. Il revient au conjoint dont les biens ont été injustement saisis de rapporter devant le juge la preuve de son droit de propriété sur les biens saisis tout en se prévalant de son régime matrimonial.

52. Ces solutions ont connu des modifications avec la réforme française de 1965 sur les régimes matrimoniaux précitée et ont été intégrées dans certains droits africains des régimes matrimoniaux. Ainsi dans tous les régimes matrimoniaux, la saisie-vente peut être dirigée contre chacun des époux pour le paiement des dettes conjointes ou solidaires. Dans les régimes de communauté, le principe est que la dette entrée du chef d'un époux dans la communauté engage ses biens personnels, ses biens propres, mais également l'ensemble des biens communs.

Au total le débiteur incapable, marié ou décédé fait intervenir d'autres catégories de personnes qui ne sont pas des véritables tiers.

B - Tiers

53. L'AUVE n'a pas consacré une définition à la notion de tiers. Pourtant contrairement aux législations antérieures des États africains le tiers est devenu un personnage central à toutes les saisies et non plus à certaines d'entre elles seulement à l'instar de l'ancienne saisie-arrêt. L'on peut s'en convaincre par une lecture

combinée des articles 38 et 50 alinéa 1 de l'AUVE. Le premier texte fait défense au tiers de s'opposer à toute saisie sous peine de sanction allant de la condamnation au paiement des dommages-intérêts à la condamnation au paiement des causes de la saisie. Le second texte permet que les saisies portent non seulement sur les biens du débiteur se trouvant entre ses mains mais aussi ceux détenus par les tiers.

Cette généralisation commande que les limites de la notion de tiers soient circonscrites. Dans l'ensemble cette catégorie « a vocation à rassembler des personnes autres que le créancier, son débiteur, l'huissier instrumentaire et l'État titulaire du pouvoir de contrainte ». (F. VINCKEL, *LAMY Droit de l'exécution forcée, opn, cit, Étude 1205*).

54. La possibilité de diriger la saisie-vente contre les tiers résulte des articles 91, 105 et s. de l'AUVE. Ils doivent apporter leurs concours à cette exécution forcée lorsqu'ils en sont légalement requis. Les obligations auxquelles ils sont tenus sont exhaustivement envisagées dans la procédure de cette saisie-vente.

Chapitre II : Procédure de la saisie-vente

55. La saisie-vente doit son caractère extrajudiciaire à la procédure normale de saisie c'est-à-dire celle qui se déroule sans incidents. Elle n'est pas très différente de l'ancienne saisie-exécution du point de vue de ses grandes articulations. Elle commence par un préalable appelé le commandement de payer (Section I). Elle se poursuit par les opérations de saisie (Section II) et se termine par la vente des biens saisis (Section III).

Section I - Commandement de payer

56. Il peut être défini comme cet exploit d'huissier par lequel le créancier notifie au débiteur le titre exécutoire dont il se prévaut et le met en demeure de payer. C'est un préalable obligatoire car le créancier ne peut pas en être dispensé sous prétexte de vouloir surprendre le débiteur qui aurait l'intention de distraire les éléments mobiliers de son patrimoine afin de rendre infructueuse la procédure engagée contre lui. Il ne peut se contenter que d'une saisie conservatoire des meubles corporels à condition de prouver la menace de diminution du gage général des créanciers.

57. Comme acte préparatoire et non d'exécution, le commandement peut être décerné contre tout débiteur y compris ceux bénéficiant de l'immunité d'exécution à l'instar des personnes morales de droit public. De même l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif ne constitue pas un handicap à la mise en œuvre

du commandement malgré le principe de la suspension des poursuites individuelles après une telle ouverture. À titre de droit transitoire le seul commandement signifié dans le cadre de l'ancienne procédure de saisie-exécution ne peut survivre à l'entrée en vigueur de la saisie-vente.

Régi par les articles 92 à 94 de l'AUVE, le commandement de payer pour produire ses effets (section II), doit faire l'objet d'une signification.

§1 - Contenu et signification du commandement de payer

58. Le commandement de payer n'échappe pas au formalisme de tout exploit d'huissier de justice. Il doit comporter les mentions communes à tout acte de cette nature à savoir : la date de l'acte, l'identification précise du requérant et du destinataire, la désignation et la signature de l'huissier de justice, etc.

Comme mentions spécifiques, cet acte d'huissier doit contenir :

- La mention du titre exécutoire en vertu duquel les poursuites sont exercées, avec le décompte distinct des sommes réclamées en principal, les frais et intérêts échus ainsi que l'indication du taux des intérêts (article 92 alinéa 1^{er}, 1^o). Le défaut de ces informations à caractère financier dans le corps du commandement entraîne la nullité de l'acte (Abidjan, arrêt n° 39 du 11 janvier 2005, la Société d'exploitation des fermes avicoles Sidibé dite SEFAS c/Sidibé Kacou Bernard, Juriscope. org.). Une telle sanction serait très sévère en cas d'erreur sur le chiffre de la créance réclamée. Si le commandement a été fait pour une somme inférieure au montant réel de la créance, il devrait être valable à concurrence de ce montant (*Cass. 3^e civ. 6 mai 1998 : JCP 1998, II, 10180*).
- Le commandement d'avoir à payer la dette dans un délai de huit jours, sous peine de vente forcée des meubles du débiteur (article 92 alinéas 1^{er}, 2^o). Les délais prévus par l'AUVE étant les délais francs (article 335), le jour de la signification du commandement ne compte pas et le délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures, sous réserve de prorogation au premier jour ouvrable suivant si l'échéance se situe un samedi, un jour férié ou chômé.
- L'élection de domicile du créancier dans le ressort territorial juridictionnel où l'exécution doit être poursuivie (article 93 DE L'AUVE) ; c'est ce domicile qui rend le déroulement de la procédure possible surtout lorsque le créancier demeure en dehors du ressort territorial juridictionnel. Notamment c'est à ce domicile que le débiteur pourra lui faire les offres réelles et lui signifier les actes de procédure.

59. Si les mentions ci-dessus sont requises à peine de nullité, aucune sanction n'est envisagée en cas d'absence du commandement. Par un raisonnement d'a fortiori, cette même nullité doit être retenue, car l'absence du

commandement est une chose plus grave que l'inobservation des mentions dudit commandement. Point n'est besoin de faire application du principe « pas de nullité sans grief » ; cette nullité doit être automatique comme l'est la nullité sanctionnant les mentions du commandement. (Voir dans ce sens, jugement n° 42 du 20 févr. de la Section du tribunal de Sassandra, 2003. Ohadata J-04-307).

60. Une fois rédigé, le commandement doit être porté à la connaissance de son destinataire, le débiteur, par la signification faite par ministère d'huissier de justice. En raison de l'importance de ses conséquences, le commandement de payer ne peut être signifié qu'à personne ou à domicile, jamais à domicile élu. Il s'agit donc du domicile réel. Ce domicile doit être connu faute de quoi la signification se fera à parquet ou à résidence. La signification par lettre recommandée est interdite. Les effets du commandement ne peuvent commencer qu'à l'expiration d'un délai de huit jours à compter de cette signification.

§2 - Effets du commandement

61. Le commandement signifié produit des conséquences importantes. Il vaut mise en demeure de payer, tout en informant le débiteur de ce qu'en cas de non-paiement ses biens mobiliers seront vendus ; il interrompt la prescription, rend la saisie possible, fait courir les intérêts moratoires et fait courir le délai de huitaine de l'article 92 de l'AUVE.

62. Délai de procédure, ce délai de huit jours n'en demeure pas moins un délai franc en application de l'article 335 de cet Acte. Aussi, pour la computation de ce délai, le premier jour, « dies a quo » et le dernier jour, « dies ad quem » ne sont pas pris en compte. Ce délai n'existant que dans l'intérêt exclusif du débiteur, il ne peut faire l'objet d'une réduction. En revanche il peut faire l'objet d'une prorogation de telle sorte que l'huissier peut procéder à des opérations de saisie plus de huit jours après le commandement de payer. La seule limite doit être la prescription trentenaire de droit commun.

Si à ce stade du commandement le débiteur paie sa dette ou obtient de l'huissier de justice l'échelonnement de cette dette, les opérations de saisie n'auront plus lieu.

Section II - Opérations de saisie

63. L'exécution forcée ayant pour finalité d'obliger le débiteur à payer sa dette, c'est en principe entre ses mains que les opérations de saisie-vente doivent s'effectuer (§2). Mais l'obligation de délivrer un bien mobilier relevant désormais du domaine de cette saisie-vente, les opérations de saisie peuvent aussi être dirigées contre les tiers détenteurs des biens appartenant au débiteur saisi (§3). Encore que la saisie-vente sur soi-même est

consacrée par l'OHADA (§4). Qu'elles soient dirigées contre le débiteur lui-même, le tiers détenteur ou contre soi-même, ces opérations sont soumises à certaines dispositions communes de l'AUVE (§1).

§1 - Modalités communes aux différentes opérations de saisie-vente

64. L'AUVE prévoit les dispositions communes aux différentes opérations de saisie-vente aux articles 95 à 98 ; mais ces dispositions doivent être complétées par les dispositions générales aux voies d'exécution en l'occurrence les articles 41 à 46 dudit Acte uniforme. Dans l'ensemble elles règlent les difficultés pouvant surgir au cours des opérations de saisie-vente qu'il s'agisse de déterminer les lieu et moment de cette saisie (A), de l'ouverture des portes (B), ou de la photographie des biens meubles saisis (C).

A - Lieu et moment de la saisie

65. Selon les termes de l'article 41 de l'AUVE, la saisie peut s'opérer dans « un lieu servant ou non à l'habitation ». Avant la réforme OHADA la saisie ne pouvait s'effectuer que dans un local servant d'habitation, domicile ou résidence. Désormais elle peut avoir lieu à de divers endroits notamment dans un local professionnel, un lieu de loisir ou chez un tiers à condition, dans ce dernier cas, d'obtenir une autorisation judiciaire.

66. S'agissant du moment de la saisie, l'article 46 de l'AUVE prévoit qu'aucune saisie ne peut avoir lieu un dimanche ou un jour férié sauf si l'on obtient une autorisation judiciaire de la juridiction compétente qui n'est rien d'autre que celle dans le ressort de laquelle se poursuit l'exécution. Par ailleurs, les opérations de saisie-vente ne peuvent pas avoir lieu avant le délai de huit jours prévu par l'article 92 de l'AUVE.

67. La question peut être posée de savoir ce qu'il adviendrait des actes d'exécution accomplis avant l'expiration de ce délai de huit jours. L'article 92 précité n'évoque que la sanction de la nullité du commandement de payer en cas de violation des mentions exigées par la loi sans l'étendre expressément à l'inobservation du délai de huit jours. Une telle extension n'est pas évidente compte tenu du caractère sibyllin de la jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'Ohada.

Selon cette jurisprudence lorsqu'une disposition de l'Acte uniforme est prévue à peine de nullité, son inobservation entraîne automatiquement le prononcé de cette sanction sans qu'il soit besoin pour la partie qui l'évoque de rapporter la preuve d'un quelconque préjudice qu'il aurait souffert. En revanche lorsque la nullité n'est pas formellement envisagée par le texte, son prononcé est subordonné à la preuve d'un grief qu'aurait subi le requé-

rant. Mais la CCJA ajoute que cette nullité conditionnée par la preuve d'un préjudice aux intérêts de la victime n'est possible que dans certains cas limitativement énumérés par l'AUVE, précisément les cas visés par l'article 297. Or ces cas ne concernent que la saisie immobilière et non les saisies mobilières. Ce qui justifie les errements jurisprudentiels en matière mobilière où parfois la nullité est prononcée dès que la Cour constate l'existence d'une irrégularité, parfois rejette la demande en nullité alors même qu'une irrégularité a été constatée (*ISSA-SAYEGH J., P. GPOUGOUÉ, F.M. SAWADOGO, s/dir. Traité et actes uniformes commentés et annotés, 3^e édition, Juriscope, 2008, p. 855. ; P. GPOUGOUÉ et S. SKUATE TAMEGHE, s/dir. Les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, L'Harmattan, 2010, p. 673 et s. ; IPANDA F. « Le régime des nullités des actes de procédure depuis l'entrée en vigueur de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », in *Revue camerounaise du droit des affaires, janv.-mars 2001, p. 36. Voir infra n° 180 à 183*).*

Face à cette incertitude jurisprudentielle en matière mobilière, il est souhaitable que l'inobservation du délai de huit jours puisse entraîner une nullité automatique dans la mesure où ce délai est destiné à assurer le respect des droits fondamentaux du débiteur qui ne peut s'exécuter qu'à l'expiration dudit délai. Cette sanction permettra de protéger davantage la vie privée du débiteur qui peut être facilement entamée par une éventuelle ouverture de ses portes.

B - Ouverture des portes

68. Les difficultés relatives à l'ouverture des portes qui peuvent surgir au cours des différentes opérations de saisie-vente sont régies par les articles 42 et suivants de l'AUVE. En principe lorsque l'huissier ou l'agent d'exécution se trouve chez le débiteur ou dans tout lieu abritant les biens meubles à saisir et que les portes lui sont ouvertes, ils peuvent immédiatement déclencher les opérations de saisie. Cependant s'ils se heurtent à des résistances soit que l'accès au local lui est refusé, soit qu'il n'y a personne dans ce local, il ne peut pas y pénétrer par effraction sous peine d'être poursuivis pour violation de domicile. Ils doivent respecter la procédure spéciale prescrite par la loi.

Selon cette procédure, l'huissier de justice ou l'agent d'exécution doit requérir certaines personnes pour l'assister dans les opérations de saisie. Il s'agit de l'autorité administrative compétente à cette fin ou de l'autorité de police ou de gendarmerie. Mais pour éviter que les biens à saisir ne soient distraits entre-temps, ils peuvent établir un gardien à la porte du local. En cas de besoin il est procédé à l'ouverture des meubles.

69. L'on peut se demander si la liste des autorités ainsi prévues par la loi est limitative. Nous ne le pen-

sons pas. En l'absence de ces autorités, il nous semble que l'huissier de justice ou l'agent d'exécution puissent exploiter l'opportunité qui leur est offerte par l'article 44 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution lequel leur permet de se faire assister d'un ou de deux témoins majeurs, non parents ni alliés en ligne directe des parties ni à leur service. Seulement dans ces conditions, l'original et les copies du procès-verbal de saisie doivent contenir la signature des témoins, leurs noms, prénoms, professions et domicile.

70. À la fin de l'opération l'huissier de justice ou l'agent d'exécution quittent purement et simplement les lieux sans être astreints à aucune mesure particulière si le débiteur ou toute autre personne, différente de celle requis par eux, n'étaient présents pendant les opérations. En l'absence de ces personnes l'article 43 de l'AUVE oblige l'huissier de justice de fermer les portes ou toute autre issue par laquelle il a pénétré dans les lieux. Cette disposition montre que l'huissier a le droit d'ouvrir non seulement les portes, mais aussi les fenêtres voire tout passage inhabituel à condition que ces différentes issues soient remises en ordre dès la fin des opérations de saisie, lesquelles peuvent être accompagnées de la photographie des biens.

C - Photographie des objets saisis

71. Pour prévenir toute contestation sur l'état des biens saisis, l'huissier de justice ou l'agent d'exécution peut procéder à leur photographie comme le prévoit l'article 45 de l'AUVE. Cette mesure facilite la tâche à l'huissier de justice qui doit procéder souvent à la description des biens saisis dans l'intérêt du créancier saisissant pour éviter que ces biens ne connaissent une dégradation ou un remplacement d'autant plus que désormais, la saisie ne se fait plus avec enlèvement, le débiteur saisi étant en principe gardien des biens saisis jusqu'au moment de leurs vérifications.

72. En vu de ces vérifications, les photographies sont conservées par l'huissier de justice ou l'agent d'exécution et ne peuvent être produites que devant la juridiction compétente en cas de contestation (article 45 précité in fine). L'huissier de justice ne peut donc s'en dessaisir au profit d'une tierce personne, fût-elle une autre autorité comme lui ou le débiteur saisi qui, en fait, ne sont que ses adversaires pouvant altérer ces pièces à conviction. Sans doute doit-il les leur présenter sans s'en dessaisir étant donné que très souvent les opérations de saisie s'effectuent entre les mains du débiteur saisi.

§2 - Opérations de saisie-vente entre les mains du débiteur

73. Les opérations de saisie sont entourées des

formalités importantes (A) et se matérialisent par l'établissement de l'acte de saisie (B) qui produit des effets énergiques (C).

A - Les formalités entourant l'acte de saisie

74. Au rang de ces formalités figure la réitération verbale de la demande de paiement au débiteur saisi. En effet, le législateur communautaire cherche, à tous les stades de la procédure, à encourager l'exécution volontaire. C'est pourquoi lorsque le débiteur est présent lors de la saisie, l'huissier de justice doit lui réitérer la demande verbale de payer sa dette avant tout acte d'exécution forcée. Cette formalité, qui fait penser à l'itératif commandement naguère en vigueur dans l'ancienne saisie-exécution, n'est toujours pas efficace car elle permet difficilement d'éviter l'exécution forcée.

Néanmoins si le débiteur paie intégralement sa dette après cette déclaration verbale, l'huissier de justice doit surseoir à la saisie et dresser un procès-verbal de récupération de deniers qui vaut quittance. La procédure devra suivre son cours si le paiement de la dette est partiel avec ceci de particulier que le montant de la somme qui reste due doit être précisé.

75. Aucune sanction n'est expressément envisagée en cas d'inobservation de cette formalité. À défaut d'annuler la saisie-vente à intervenir, il serait souhaitable de condamner l'huissier de justice à des dommages-intérêts envers le débiteur si ce dernier prouve qu'il a subi un préjudice de ce fait.

76. La réitération verbale de la demande de paiement au débiteur est complétée par une exigence supplémentaire tendant à protéger le créancier qui entend opérer une seconde saisie. En effet l'in fine de l'article 99 de l'AUVE demande à l'huissier d'informer le débiteur qu'il est tenu de faire connaître les biens qui auraient fait l'objet d'une saisie antérieure.

77. Toujours dans le sillage de ces déclarations verbales, deux rappels sont à faire au débiteur présent au lieu de la saisie. Aux termes de l'article 101 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution, si le débiteur est présent aux opérations de saisie, l'huissier de justice ou l'agent d'exécution lui rappelle le contenu des alinéas 6 et 7 de l'article 100 de l'AUVE. L'alinéa 6 mentionne que les biens saisis sont placés sous la garde du débiteur, qu'ils sont indisponibles, qu'ils ne peuvent être ni aliénés, ni déplacés à peine de sanctions pénales sauf en cas de nécessité légitime telle que prévue par l'article 97 du même Acte uniforme. De même le débiteur saisi doit être enjoint, selon cet alinéa de faire connaître à tout nouveau créancier saisissant la présente saisie.

L'alinéa 7 quant à lui, fait état, en caractères très apparents, de ce que le débiteur dispose d'un délai d'un mois pour procéder à la vente amiable des biens saisis.

Ces rappels verbaux doivent figurer dans l'acte de saisie dont une copie remise au débiteur saisi vaut signification.

78. En cas d'absence du débiteur saisi pendant les opérations de saisie, ni la réitération de la demande de paiement, ni les rappels ci-dessus examinés ne peuvent prospérer. Cependant une copie du procès-verbal lui est signifiée en lui impartissant un délai de huit jours pour faire connaître, le cas échéant, une saisie ultérieure (article 102 AUPSRVE) qui aurait eu lieu avant la rédaction et la signification du dernier acte de saisie.

B - Acte de saisie

79. Il sanctionne les opérations de saisie et comporte les mentions garantissant les droits des parties en présence. Sa rédaction doit obéir impérativement aux dispositions de l'article 100 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution. En effet selon ce texte, l'acte de saisie doit contenir, à peine de nullité, les mentions suivantes :

- les noms, prénoms et domicile du saisi et du saisissant, personne physique ou morale. S'il s'agit des personnes morales, leur désignation s'effectue en termes de leurs formes, dénomination ou raison sociale. S'agissant d'un cabinet d'avocat et non d'une société civile professionnelle, la jurisprudence décide que l'indication de l'adresse géographique des avocats suffit (Abidjan, Ch. civ. et com., arrêt n° 137 du 17 janv. Maître Charles Dogue, Abbe Yao et Associés c/Dr. Dable Kragbe Emmanuel, Juriscope.org). Qui plus est, le domicile du créancier saisissant peut être réel ou élu.
- la référence au titre exécutoire en vertu duquel la saisie est réalisée. Seule la référence à ce titre suffit. Point n'est besoin de donner copie dudit document. Cette mention permet de s'assurer que la créance, objet de la saisie, est certaine, liquide et exigible.
- la mention de la personne à qui l'exploit est laissé.
- la désignation détaillée des objets saisis. Cette disposition permet non seulement de faciliter plus tard l'inventaire des biens saisis, mais aussi de déterminer la quantité des biens placés sous la garde du débiteur saisi. Cependant il s'agit non d'un descriptif de chaque objet, mais des objets pris globalement. L'essentiel est de donner la liste exhaustive des biens saisis. Cette liste doit être précise et comprendre la marque, la forme, la consistance des biens saisis.
- si le débiteur est présent lors de l'opération de saisie, la déclaration de ce dernier au sujet d'une éventuelle saisie antérieure des mêmes biens. Cette disposition nouvelle préfigure la coordination éventuelle d'une pluralité des saisies en la matière.

Si ces mentions s'écrivent en caractères normaux, deux autres dispositions devant figurer dans le procès-verbal de saisie seront en caractères très apparents. Ce sont :

- la mention que les biens saisis sont indisponibles. Bien que cette indisponibilité soit envisagée par l'article 97 de l'AUVE, le législateur a voulu que nul n'en ignore, surtout pas le débiteur saisi dont les biens saisis. Ceci est d'autant plus pertinent qu'il est prescrit de lui préciser que ces biens ainsi indisponibles sont placés sous sa garde et qu'ils ne peuvent être ni déplacés, ni aliénés sous peine de sanctions pénales. Il ne peut en être autrement que si une cause légitime rend le déplacement desdits biens nécessaire. La réforme OHADA entérine par cette exception une pratique des huissiers de justice en cours avant son entrée en vigueur.
- l'indication que le débiteur dispose d'un délai d'un mois pour procéder à la vente amiable des biens saisis. Cette mention participe de l'option prise par les auteurs de l'OHADA d'humaniser l'exécution forcée en permettant au débiteur de saisir toutes les occasions qui lui sont offertes pour protéger ses propres intérêts. Cela explique pourquoi cette mention doit être en caractères très apparents contrairement au reste des mentions suivantes :
- l'indication de la juridiction devant laquelle seront portées les contestations relatives à la saisie-vente. En principe cette disposition renvoie à la détermination de compétence tant territoriale que matérielle de cette juridiction. Son application risque d'être source d'erreur en droit camerounais où la détermination de la juridiction compétente en matière des voies d'exécution est sujette à caution.
- l'indication, le cas échéant, des noms, prénoms et qualités des personnes ayant assisté aux opérations de saisie, lesquelles devront apposer leur signature sur l'original et les copies ; en cas de refus, il en est fait mention dans le procès-verbal. Il pourra s'agir, notamment, des personnes chargées d'assister aux opérations si l'occupant du local est absent ou s'il refuse l'accès de ce local à l'huissier de justice.
- la reproduction des dispositions pénales sanctionnant le détournement d'objets saisis. Cette disposition est dissuasive pour le débiteur saisi contre toute malversation possible. Elles doivent être complétées dans l'acte de saisie par celles relatives aux articles 115 et 119 de l'AUVE concernant l'un, la possibilité offerte au débiteur de pouvoir vendre amiablement les biens saisis, l'autre l'irresponsabilité du créancier en cas de refus de la vente amiable sans intention de nuire au débiteur saisi.
- la reproduction des articles 143 et 146 de l'AUVE. En substance ces articles sont relatifs aux incidents pouvant être soulevés par le débiteur saisi notamment la demande de mainlevée de la saisie et les effets de cette demande.

80. Une fois le procès-verbal de saisie rédigé en respectant les mentions ci-dessus examinées, il doit faire l'objet d'une signification au débiteur saisi. Comme nous l'avons relevé plus haut, cette signification se

traduit par la remise d'une copie conforme à l'original de cet acte de saisie au débiteur saisi s'il est présent lors des opérations de saisie. S'il est absent, la copie lui est seulement signifiée selon les formes de droit commun nous semble-t-il. C'est seulement lorsque ces formes sont remplies que la saisie produira ses effets.

C - Effets de la saisie-vente

81. L'établissement du procès-verbal de saisie emporte au moins deux conséquences : l'indisponibilité des biens saisis et la garde de ces biens.

I - Indisponibilité des biens saisis

82. Le principal effet de toute saisie est l'indisponibilité des biens saisis. L'article 103 alinéa 1, tout comme l'article 97, de l'AUVE l'exprime en matière de saisie-vente. Le débiteur ne peut ni déplacer, ni aliéner les biens rentrant dans l'assiette de la saisie sauf cas exceptionnels.

83. En dehors de l'exception envisagée à l'article 97 précité, l'article 103 apporte aussi une atténuation à l'indisponibilité des biens. En effet selon ce texte, si les biens saisis sont les biens consommables, le débiteur sera comptable de la contre-valeur estimée au moment de la saisie. Ce qui suppose que ce dernier peut utiliser ces biens qui se détruisent par leur premier usage. De ce fait, le débiteur exerce tous les attributs de droit de propriété sur les biens consommables qui deviennent alors disponibles malgré la saisie.

84. Plutôt que de renforcer ce droit d'usage, le tribunal peut décider d'en limiter la portée. Il en est ainsi lorsque le juge décide de la remise d'un ou de plusieurs objets de la saisie à un séquestre qu'il désigne. Cette désignation peut intervenir à tout moment de la procédure notamment avant les opérations de saisie, à condition que les parties soient entendues ou dûment appelées (article 103 alinéa 2).

85. Si parmi les biens saisis figure un véhicule terrestre à moteur, la juridiction compétente peut, après avoir entendu les parties ou celles-ci dûment appelées, ordonner son immobilisation jusqu'à son enlèvement en vue de la vente par tout moyen n'entraînant aucune détérioration du véhicule (alinéa 3 de l'article 103).

Le recours au juge pour autoriser de l'immobiliser semble alourdir la procédure. Il eut été judicieux que le législateur laissât le soin à l'huissier de justice ou à l'agent d'exécution de procéder directement à l'immobilisation, quitte à engager sa responsabilité civile professionnelle en cas de faute ayant entraîné la détérioration de la voiture.

86. L'opération de saisie peut connaître un dénoue-

ment rapide lorsqu'il est trouvé chez le débiteur les sommes d'argent. Le principe général d'indisponibilité des biens, encore moins le droit d'usage dont dispose le débiteur saisi ne suffisent plus pour la détermination du sort de ces biens essentiellement fongibles. Leur régime particulier est prévu par l'article 104 de l'AUVE. Selon ce texte, ces sommes peuvent être saisies à concurrence du montant de la cause de la saisie. Elles doivent faire l'objet de la consignation, au choix du créancier saisissant, soit entre les mains de l'huissier, soit au greffe de la juridiction compétente. Mention de cette consignation est faite dans le procès-verbal de saisie, lequel doit indiquer, à peine de nullité, que le débiteur dispose d'un délai de quinze jours à compter de la signification de l'acte de saisie pour former une contestation devant la juridiction du lieu de la saisie.

La contestation peut être de plusieurs natures. Ainsi, le débiteur peut prétendre que les sommes saisies proviennent de son salaire et sont donc partiellement insaisissables. La preuve de la nature salariale de ces sommes incombera au débiteur. La contestation pourra être aussi de nature pénale. Le débiteur pourra notamment arguer que l'huissier de justice a volé de l'argent trouvé à son domicile et saisir le juge répressif à cet effet. L'huissier devrait donc faire preuve d'extrême prudence dans la manipulation des fonds lors de l'opération de saisie.

Toujours est-il qu'en cas de contestation et à défaut d'ordonner le versement au créancier ou la restitution au débiteur, la juridiction peut en ordonner la consignation (article 104, alinéa 3. Voir supra n° 10).

À défaut de contestation dans le délai imparti, les sommes saisies sont immédiatement versées au créancier saisissant et elles viennent en déduction des sommes réclamées (article 104 alinéa 4), jusqu'à l'extinction de la dette du débiteur saisi.

87. En dépit de ces nuances, le principe reste que la saisie emporte l'indisponibilité des meubles saisis sur lesquels le débiteur conserve un droit d'usage. La violation de cette indisponibilité n'est sanctionnée expressément qu'au pénale par le délit de détournement des biens saisis. Implicitement l'on admet que la responsabilité civile délictuelle du gardien des biens détournés peut être engagée. Mais le droit positif ne souffle mot sur le sort des biens saisis qui ont été aliénés par le débiteur par la suite.

88. La doctrine a cherché à trouver les solutions plus ou moins variées à ce problème après avoir tenté de préciser la nature du droit du débiteur sur les biens saisis. Non seulement, souligne-t-elle, le saisi ne peut plus pratiquer aucun acte de disposition sur ces biens, mais aussi il ne peut pas davantage passer des actes d'administration sur eux ni s'en servir, ni percevoir les fruits ou les revenus qu'ils fournissent. Si le saisi reste le propriétaire des biens saisis, il n'en est plus le possesseur ; c'est le créancier saisissant qui devient possesseur (M. DONNIER et J-B. DONNIER, op. cit., n° 804 et 805).

De ce que le débiteur reste propriétaire du bien saisi, continue cette doctrine, en cas de vente dudit bien, la vente n'est pas nulle ; elle est valable entre le vendeur et l'acheteur mais inopposable au créancier saisissant. L'indisponibilité est non absolue mais relative. Cette solution ne s'applique qu'à l'acquéreur de mauvaise foi qui connaissait, lors de son acquisition que le bien était indisponible. Il doit donc le restituer pour que la saisie se dénoue normalement au profit du créancier saisissant.

En revanche, si l'acquéreur est de bonne foi, il doit être protégé par les règles de l'article 2279 du code civil : « En fait de meuble, possession vaut titre » En conséquence (quoiqu'elle ne soit pas tirée par cette doctrine), l'acquéreur de bonne foi ne peut pas restituer le bien indisponible qui a été par la suite vendu.

89. Ces solutions sont discutables et ont été discutées. L'inopposabilité laisse supposer que le créancier avait sur le bien saisi un droit de suite lui permettant de poursuivre ce bien en quelque main que ce soit ; ce qui est inexact car la saisie-vente ne confère aucun privilège au créancier chirographaire. De même le recours à la règle de l'article 2279 du code civil précité n'est totalement pas justifié. En effet cet article produit un effet acquisitif et non translatif de propriété car le possesseur de bonne foi obtient son bien meuble d'un non-propriétaire. Or jusqu'à la vente, le débiteur saisi reste, par définition, propriétaire du bien saisi (N. FRICERO, « Saisie-vente », Rép. Pr. Civ. Dalloz. Janv. 1994, n° 55 et 56)

La sanction qui nous semble plus indiquée en cas de violation de l'indisponibilité du bien meuble saisi est la nullité absolue pour illicéité de la vente. La nature des pouvoirs que le débiteur saisi a sur les biens saisis n'empêche pas que la vente de ces biens soit annulée. C'est la violation de la loi qui est sanctionnée, ce n'est pas un quelconque droit de propriété du débiteur saisi qui est contestée. Seulement l'exercice de ce droit est temporairement interdit par la loi. En effet le bien indisponible est provisoirement sous main de la justice et nul ne peut le vendre, y compris le débiteur saisi, que sous condition fixée par la loi. Cette illicéité est révélée par la loi pénale qui punit le détournement des biens saisis. L'on ne peut pas comprendre que la loi pénale réprime une situation tolérée par la loi civile. C'est généralement l'inverse qui est possible.

Quoi qu'il en soit, cette nullité peut mieux protéger l'intérêt du créancier saisissant qui ne peut pas bénéficier de la garde des biens saisis.

II - Garde des biens saisis

90. Si le législateur communautaire a été parcimonieux sur l'indisponibilité des biens saisis, elle n'a pas été plus prolix sur le régime de la garde de ces biens. Une lecture de l'alinéa 6 de l'article 100 laisse comprendre que le débiteur saisi est désigné d'office

gardien des biens saisis. Il ne revient plus à l'huissier de justice de désigner le gardien comme ce fut le cas dans les législations africaines où la saisie s'accompagnant de l'enlèvement des biens saisis. Toutefois, la juridiction compétente peut, l'avons-nous dit, désigner un séquestre à qui le ou les biens saisis lui sont remis. Il en est ainsi lorsque l'exécution forcée entreprise se heurte à la réticence du débiteur qui avait déjà empêché une première saisie en tractant de nuit des biens saisis pour tenter de les dissimuler (*TGI de Bobo-Dioulasso, ord. de référé n° 002, Mandé Rasmané et autres c/Société de transport et de commerce du Burkina, Obada. com./Obada J-04-48, in OHADA. Traité et actes uniformes,...* op. cit., p. 102).

Si le séquestre peut être désigné à tout moment, même avant le début des opérations de saisie, dans le silence de la loi, nous pensons que le moment de désignation du débiteur saisi est celui auquel le procès-verbal de saisie lui est remis ou signifié. Ce n'est qu'à ce moment que les biens saisis sont indisponibles.

91. Le gardien a la qualité de dépositaire et non de mandataire du créancier saisissant. Il est un séquestre judiciaire. Ses obligations sont celles découlant du contrat de dépôt. Il doit surveiller et surtout conserver les meubles saisis. Sa responsabilité civile peut être engagée à l'égard du créancier saisissant. Il s'agit de la responsabilité pour faute. Ainsi le gardien ne peut être déclaré responsable pour vol du mobilier commis avec effraction (*Rouen, 1^{er} décembre 1948, D. 297*).

92. Le gardien doit être prévenu qu'en cas de détournement des biens saisis, il encourt des sanctions pénales. Ces sanctions sont celles prévues par la législation des États membres de l'OHADA. L'article 190 du Code pénal camerounais prévoit à cet effet « Est puni d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 50 000 à 1 million de francs celui qui détourne, détruit ou détériore des biens saisis ou placés sous séquestre ».

92-1. La saisie constitue la condition préalable de cette infraction. Avant tout comme après la saisie, elle n'existe pas. La saisie s'explique par la mise sous main de justice des biens concernés ou par leur mise sous séquestre. L'infraction ne court qu'à compter de l'indisponibilité des biens. Elle est constituée même si la saisie est irrégulière à condition qu'elle soit faite par un officier public. Le gardien ne peut donc pas, pour échapper à la poursuite prétendre que la saisie était irrégulière sans avoir au préalable demandé l'annulation de la saisie et la mainlevée de ses effets. Mais il faut avoir accompli un minimum de formalités à défaut desquelles la saisie n'existe pas (*M. Veron, Droit pénal spécial, 6^e éd. Armand Colin, 1998, p. 235 et s. ; R. Vouin par M-L Rassat, Droit pénal spécial. Précis Dalloz. 5^e éd., 1983, p. 112 et s.*).

92-2. En plus de cette condition préalable, les éléments tant matériels que moraux de l'infraction doivent

être établis. Il faut donc que les biens saisis aient été détruits, détériorés ou détournés. Ces actes sont largement entendus. Il n'est pas nécessaire que ces objets soient dissipés, car le délit peut être constitué par une résistance injustifiée, opposée à la mise en demeure des ayants droit (Crim., 6 nov. 1956, Bull. crim. 71), ni qu'il y ait déplacement d'objets, il suffit notamment qu'ils aient été vendus (Crim., 1^{er} avril 1954, Bull. crim. 137).

92-3. L'infraction doit être commise en toute connaissance de cause. Le délinquant doit savoir que les biens laissés en sa détention ont été saisis. Cette mauvaise foi doit être établie dès lors qu'il est fait mention dans le procès-verbal de saisie des dispositions de l'alinéa 6, article 100 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution. Ces dispositions attirent l'attention du gardien sur ses obligations vis-à-vis des biens rendus indisponibles par la saisie.

L'auteur de l'infraction peut être non seulement le gardien lui-même, mais aussi les tiers qu'ils soient coauteurs, complices ou non.

La garde prend fin avec la vente des biens saisis ou la vérification des biens qui précède cette vente. L'on peut penser que la garde prenne fin sur instigation du débiteur saisi qui aimerait être déchargée de ce fardeau. La garde pourrait donc être confiée à un tiers entre les mains de qui les opérations de saisie vont se poursuivre.

§3 - Opérations de saisie entre les mains d'un tiers

93. Depuis la réforme Ohada, la saisie-vente peut s'opérer entre les mains des tiers contrairement aux anciens textes sur la saisie-exécution. Cette innovation importante se traduit par des particularités au niveau des opérations de saisie, qu'il s'agisse des formalités préalables à l'acte de saisie (A), du procès-verbal de saisie (B) ou de la situation des tiers entre les mains desquelles la saisie est effectuée (C).

A - Formalités préalables à l'acte de saisie

94. Le tiers qui n'est pas tenu personnellement par la dette du débiteur saisi, seul concerné par le titre exécutoire qui est à la base de la saisie, mérite un traitement particulier. Sa vie privée fait l'objet d'une de ces mesures de faveur. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 105 de l'AUVE, lorsque la saisie est pratiquée dans les locaux d'habitation du tiers, l'huissier de justice ou l'agent d'exécution doit, au préalable, solliciter l'autorisation de la juridiction du lieu où sont situés les biens, objet de la saisie. Sans cette autorisation, l'huissier qui pénètre dans les locaux servant d'habitation du tiers tombe sur le coup de l'infraction de violation de domicile. Il doit s'agir non seulement du domicile principal mais aussi du domicile secondaire.

95. La seule obtention de l'autorisation judiciaire

d'entrer chez le tiers détenteur des biens à saisir ne suffit pas. La saisie est subordonnée à la présentation à ce dernier du commandement de payer signifié au débiteur saisi depuis un délai d'au moins huit jours. La présentation de l'autorisation est aussi requise par l'article 106 de l'AUVE mais cette présentation n'est qu'éventuelle. C'est la raison pour laquelle si le tiers n'oppose aucune résistance, l'huissier de justice peut s'en passer.

96. Une fois ces deux formalités remplies, la réaction du tiers saisi est attendue. Sur invitation de l'officier public, il doit déclarer les biens qu'il détient pour le compte du débiteur et, parmi ces derniers, ceux qui auraient fait l'objet d'une saisie antérieure. Trois attitudes peuvent être adoptées par le tiers : refus de déclaration ou déclaration inexacte ou mensongère, déclaration de non-détention des biens, déclaration confirmant la détention des biens.

En cas de refus de déclaration ou de déclaration inexacte ou mensongère, le tiers peut être condamné au paiement des causes de la saisie (alinéa 2 article 107). Sans doute cette condamnation ne peut être que l'œuvre du juge des voies d'exécution, lequel doit aussi connaître du recours, souvent illusoire, du tiers ainsi condamné contre le débiteur saisi. Le tiers peut aussi être condamné à des dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice subi par le créancier. Si la preuve du caractère mensonger ou inexact de la déclaration peut être rapportée par tous les moyens conformément au droit commun, la charge de cette preuve incombe au créancier saisissant qui veut se prévaloir des sanctions prévues par la loi.

Si le tiers déclare à l'officier public qu'il ne détient aucun bien pour le compte du débiteur saisi ou s'il refuse de répondre, il en est dressé acte. Celui-ci est remis ou signifié au tiers avec l'indication, en caractères très apparents, de la sanction envisagée en cas de déclaration inexacte ou mensongère (article 108).

Si le tiers est présent aux opérations de saisie et affirme détenir les biens pour le compte du débiteur saisi, ces opérations vont se poursuivre. Mais l'huissier de justice ou l'agent d'exécution va lui rappeler verbalement le contenu des dispositions des alinéas 5, 7, et 8 de l'article 109 (infra n° 96). Mention de cette déclaration est faite au procès-verbal de saisie. Si le tiers est absent lors de la saisie, les opérations devraient continuer en présence de l'occupant du local où se trouvent les biens à saisir. Sera dressé en sa présence l'acte de saisie.

B - Acte de saisie

97. Le procès-verbal de saisie effectuée entre les mains d'un tiers n'est pas totalement différent de celui de la saisie réalisée entre les mains du débiteur saisi. Les mentions que doit comporter cet acte sont prévues à l'article 109 de l'AUVE. En effet l'acte de saisie doit contenir, à peine de nullité :

- la référence du titre en vertu duquel la saisie est

pratiquée. Point n'est besoin de signifier le titre au tiers, ni de lui en remettre une copie car il n'est pas tenu personnellement par la dette du débiteur ;

- la date de la saisie et l'identification du saisissant, personne physique ou morale. Son domicile élu peut être mentionné à côté de son domicile réel.
- les nom, prénoms et domicile du débiteur ;
- la mention des nom, prénoms et domicile du tiers ; l'huissier de justice doit préciser dans le procès-verbal de saisie le lieu où il pratique la saisie ;
- la déclaration du tiers, et en caractères très apparents, l'indication que toute déclaration inexacte ou mensongère l'expose à la condamnation au paiement des causes de la saisie sans préjudice d'une condamnation à des dommages-intérêts.

Ces sanctions auxquelles le tiers s'expose étant particulièrement graves, l'huissier de justice est tenu de les rappeler verbalement et de préciser, dans l'acte de saisie, cette déclaration ;

- la désignation détaillée des biens saisis.

Contrairement à la saisie pratiquée directement entre les mains du débiteur saisi, l'AUVE ne prévoit pas la saisie par voie de la saisie-vente des espèces entre les mains du tiers. Si donc l'huissier de justice trouve ces espèces chez ce dernier et qu'il déclare les détenir pour le compte du débiteur, seule la saisie attribution devrait être utilisée ;

- la mention, en caractères très apparents, que les objets saisis sont indisponibles, qu'ils sont placés sous la garde du tiers, qu'ils ne peuvent être ni aliénés, ni déplacés, si ce n'est dans le cas prévu par l'article 97 (c'est-à-dire pour cause légitime) sous peine de sanctions du Code pénal et que le tiers est tenu de faire connaître la présente saisie à tout créancier qui procéderait à une saisie sur les mêmes biens ;
- mention que le tiers peut se prévaloir des dispositions de l'article 112 (c'est la possibilité pour le tiers de refuser la garde des biens saisis à tout moment de la procédure), lequel article est reproduit dans l'acte ;
- l'indication que le tiers peut faire valoir ses droits sur les biens saisis, par la déclaration ou par lettre recommandée avec avis de réception ou tout moyen laissant trace écrite adressée à l'huissier ou à l'agent d'exécution du créancier saisissant ;
- l'indication, le cas échéant, des noms, prénoms, et qualités des personnes qui ont assisté aux opérations de saisie, lesquelles doivent apposer leur signature sur l'original et sur les copies ; en cas de refus, il en est fait mention dans le procès-verbal ;
- la reproduction des dispositions pénales sanctionnant le détournement des biens saisis.

98. Si le tiers est présent aux opérations de saisie, l'huissier ou l'agent d'exécution lui rappelle verbalement le contenu des mentions des alinéas 5, 7, 8 de l'article 109 ci-dessus. Il est fait mention de cette information dans

l'acte de saisie à titre de preuve. Une copie de cet acte portant les mêmes signatures que l'original est remise immédiatement au tiers. Cette remise vaut signification (article 110 alinéa 1).

99. Lorsque le tiers n'a pas assisté aux opérations, la copie de l'acte de saisie lui est signifiée. Il lui est impartie un délai de huit jours à compter de cette signification pour faire connaître à l'huissier de justice l'existence d'une saisie antérieure sur les mêmes biens ; procès-verbal de cette saisie lui sera communiqué. Sans doute à défaut d'une telle information, le tiers ne sera pas condamné au paiement des causes de la saisie en absence de toute disposition expresse. Néanmoins sa responsabilité civile pourrait être engagée par le créancier saisissant.

100. Afin que le débiteur saisi puisse être informé de la saisie ayant eu lieu à son insu, celle-ci lui sera dénoncée. Ainsi, huit jours au plus tard après la saisie entre les mains du tiers, une copie du procès-verbal de saisie sera signifiée au débiteur. À peine de nullité, l'acte doit indiquer au débiteur qu'il dispose d'un délai d'un mois pour procéder à la vente amiable des biens saisis dans les conditions prescrites par les articles 115 à 119 de l'AUVE, qui y sont reproduits (article 111). Cette vente devrait tenir compte de la situation du tiers, détenteur des biens.

C - Situation du tiers

101. Lorsque la saisie est pratiquée entre les mains du tiers, il a sur ces biens les pouvoirs d'un gardien. Il doit apporter, pour la conservation de la chose, les soins d'un bon père de famille. Les biens ne peuvent être déplacés que pour une cause légitime. Il doit par conséquent en informer préalablement le créancier et indiquer le lieu où se trouvent ces biens pour permettre à l'huissier de justice de poursuivre les opérations de saisie au lieu indiqué. Les biens doivent donc être conservés jusqu'à leur vente ou leur enlèvement. Si le tiers avait sur le bien un droit d'usage, ce droit doit être conservé. La responsabilité de ce dernier peut être engagée ; sans doute cette responsabilité doit être fondée sur une faute car il mérite d'être traité avec plus de souplesse que le débiteur saisi.

La garde entraînant assez de responsabilité, le tiers détenteur, contrairement au débiteur, peut demander à en être déchargé. Au début des opérations, il peut refuser d'assumer cette tâche. Dans tous les cas, l'huissier de justice ou l'agent d'exécution pourvoit à la nomination d'un gardien et à l'enlèvement des biens (article 112).

Qui plus est, sous réserve du droit d'usage que le tiers pourrait avoir sur les biens saisis, le juge des voies d'exécution peut ordonner, sur requête, à tout moment, même avant le début des opérations, après avoir entendu les parties ou celles-ci dûment appelées, la remise d'un ou de plusieurs objets à un séquestre qu'il désigne (article 113).

Si parmi les biens saisis se trouve un véhicule terrestre à moteur, celui-ci doit être immobilisé entre les mains du tiers. Si le tiers dispose sur le véhicule un droit d'usage, l'immobilisation ne devrait pas avoir lieu si l'on fait une application extensive de l'article 113 alinéa 1 qui n'admet la remise des biens saisis à un séquestre que sous réserve du droit d'usage.

102. Plus qu'un droit d'usage, le tiers détenteur peut avoir sur les biens qu'il détient un droit de rétention. Ce droit ne doit purement et simplement pas être remis en cause par la saisie. Le tiers doit en informer l'officier public instrumentaire par lettre recommandée avec avis de réception ou tout autre moyen laissant trace écrite. Il peut se passer de cette information s'il en avait fait la déclaration au moment de la saisie. Ainsi le tiers n'a pas besoin d'une action en justice pour faire valoir son droit. Il se trouve mieux protégé que le créancier saisissant.

Cependant la loi permet à ce créancier saisissant de contester le droit de rétention du tiers détenteur. Pour ce faire, il doit, dans un délai d'un mois, porter la contestation devant la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure le tiers. Durant l'instance, le bien demeure indisponible.

À défaut de contestation dans le délai ainsi impartie, la prétention du tiers est réputée fondée pour les besoins de la saisie (article 114). Le tiers pourra exercer son droit contre le créancier. Toutefois, il peut laisser se poursuivre la saisie et la vente, étant entendu qu'il sera privilégié sur le prix de la vente le moment venu (*P. NKOU MVONDO, « Le tiers dans le droit OHADA de l'exécution forcée », in Les annales de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang. Tome 13, 2009, p. 62*). Ce conflit entre le tiers et le créancier ne peut pas se produire si le créancier opère une saisie sur soi-même.

§4 - Saisie vente sur soi-même

103. On entend par saisie-vente sur soi-même celle pratiquée par le créancier saisissant entre ses propres mains. Il bloque entre ses mains le bien meuble qu'il détient pour le compte du débiteur saisi afin de se faire payer sur le prix de vente de ce bien. Le créancier cumule une double qualité : celle de créancier saisissant et celle de tiers saisi. Ce tiers a ceci de particulier que non seulement il est tenu d'une obligation de remise, de délivrance ou de restitution d'un bien meuble appartenant au débiteur, mais surtout il n'est pas un tiers par rapport à l'obligation qui constitue la cause de la saisie.

104. Cette hypothèse qui existait en matière de saisie-arrêt est prévue par l'Acte uniforme sur les voies d'exécution. En effet aux termes de l'article 106 de cet Acte « Le créancier peut, également, en respectant la même procédure, pratiquer une saisie sur soi-même

lorsqu'il détient légitimement des biens appartenant à son débiteur ». Ce texte met l'accent sur la procédure à appliquer dans ce cas.

Nul doute qu'il s'agit de la procédure prévue par les articles 105 à 114 de l'AUVE relative aux opérations de saisie entre les mains d'un tiers. Elle se résume en l'autorisation que l'huissier de justice doit obtenir pour pénétrer dans le local servant d'habitation au créancier saisissant, la déclaration de celui-ci relative aux biens saisis, la signification de l'acte de saisie à ce dernier après qu'on lui ait présenté le commandement de payer signifié au débiteur, la dénonciation du procès-verbal de saisie au débiteur, la garde des biens que le créancier pourra assurer en qualité de tiers, enfin le droit de rétention qu'il peut faire valoir sur ces biens.

105. En réalité certaines de ces formalités sont de pure forme et sont dénuées de tout intérêt à partir du moment où la saisie est pratiquée entre les mains du créancier saisissant. Ainsi le créancier saisissant ne pouvant pas s'opposer à la saisie qu'il a déclenchée lui-même, l'autorisation du juge d'entrer dans son local devient superflue bien que sa vie privée mérite une protection. De même il n'a aucun intérêt de dissimuler les informations relatives aux biens saisis entre ses mains. L'exigence formelle de ces informations assorties de sanctions devient moins importante. En d'autres termes la procédure de saisie-vente entre les mains d'un tiers doit être adaptée à l'hypothèse de saisie-vente sur soi-même.

Cette adaptation n'est impérieuse que si le « créancier-tiers saisi » n'est pas un détenteur apparent n'ayant ni un pouvoir propre et indépendant sur les biens saisis, ni une obligation de remise, de délivrance ou de restitution à l'égard du débiteur. Dans le cas contraire, l'application intégrale des articles 105 à 114 devient inévitable. Le reste n'étant que question de la vente du bien saisi.

Section III - Vente des biens saisis

106. Avant l'Ohada, lorsqu'un bien meuble avait été placé sous la main de justice, c'est-à-dire rendu indisponible, le débiteur saisi n'avait pas de choix que de subir la vente aux enchères dudit bien. Cette expropriation était frustrante et traumatisante pour lui. Malgré ces désagréments, les fruits n'atteignaient pas toujours la promesse des fleurs. Cette vente judiciaire était peu rentable pour le créancier car le montant total des enchères n'atteignait que rarement les causes de la saisie, de telle sorte qu'il rentrait difficilement dans ses droits.

Par souci d'humaniser et de rentabiliser la saisie mobilière, le législateur OHADA a fait précéder la vente forcée de la vente amiable. Désormais le débiteur a la possibilité de procéder à la vente des biens malgré le fait qu'ils sont rendus indisponibles. Si l'on peut s'interroger non seulement sur l'effectivité mais surtout sur l'efficacité de cette vente, force est de relever que le débiteur saisi dispose des marges de manœuvre importantes dans le délai d'un

mois imparti pour cette vente amiable. C'est ainsi qu'il peut durant cette période, préférer trouver un accord de paiement échelonné avec le créancier par l'entremise de l'huissier. Dans tous les cas, la vente amiable (§1) devient une exigence préalable à la vente forcée (§2) depuis la réforme Ohada.

§1 - Vente amiable

107. Le débiteur y joue un rôle important aux côtés de l'huissier de justice. Il enclenche les démarches (A) en vue de la réalisation de la vente amiable (B).

A - Démarches en vue de la vente amiable

108. Il nous semble erroné de penser que la vente amiable n'étant pas forcée est une vente libre, laissée à la seule discrétion du débiteur saisi. Certes il reste propriétaire des biens saisis, mais il n'exerce pas sur ces biens tous les attributs du droit de propriété. La vente amiable de ces biens n'est pas aussi libre que l'on puisse s'imaginer ; elle obéit à des démarches fortement réglementées dont l'inobservation encourt sanctions de toute nature. Ces exigences sont prévues par les articles 115 et suivants de l'AUVE. Elles vont de la recherche des acquéreurs par le débiteur saisi (I) à l'information des créanciers (II) jusqu'à la réaction de ces derniers (III).

I - Recherche des acquéreurs

109. L'initiative de rechercher les éventuels acquéreurs est reconnue par la loi au débiteur saisi. Cette démarche s'insère dans le délai d'un mois imparti pour procéder à la vente amiable des biens saisis (article 116 AUVE). Ce délai court à compter de la notification du procès-verbal de saisie. Si le débiteur est présent aux opérations de saisie, ce délai doit courir à partir de l'acte de saisie au débiteur. S'il n'est pas présent à ces opérations, ce délai ne peut courir qu'à compter du moment où l'huissier de justice a signifié l'acte de saisie à ce dernier (article 110 AUVE).

110. Pendant ce délai d'un mois, le débiteur doit informer par écrit l'huissier de justice des propositions que les acquéreurs lui auront faites. La forme de l'écrit n'est pas précisée. Peu importe qu'il s'agisse ou non d'une lettre recommandée avec accusé de réception. Le débiteur saisi saurait se ménager un moyen de preuve. En revanche le législateur communautaire est resté silencieux sur la forme et le contenu de l'accord conclu entre le débiteur et le potentiel tiers acquéreur. Toujours est-il qu'il peut y avoir plusieurs tiers acquéreurs. Les modes de preuve deviennent encore plus souples, mais délicats pour le débiteur saisi.

111. En dépit de cette faculté de vente amiable reconnue au débiteur, le législateur Ohada ne perd pas de vue la nature des biens. En effet, pendant le délai d'un mois, les biens saisis restent indisponibles sous la responsabilité du gardien. En aucune façon, ils ne peuvent être déplacés avant la consignation du prix de vente fourni par l'acquéreur, sauf cas d'urgence absolue. En d'autres termes, ce délai ne peut être interrompu que par l'acceptation expresse de la proposition de vente par le créancier. Ce n'est donc qu'en cas de refus d'une telle proposition que ce délai doit courir jusqu'à son terme.

II - Information du créancier

112. Une fois l'huissier de justice mis au courant de l'offre faite par l'acquéreur, il doit la communiquer au créancier saisissant et aux créanciers opposants. Cette communication porte sur les noms, prénoms, et adresse de l'acquéreur, sur les propositions faites par ce dernier et sur le délai dans lequel ce dernier s'offre à consigner le prix proposé. La forme de la communication est la lettre recommandée ou tout autre moyen laissant trace écrite. À partir de cette communication, le désistement de l'acquéreur est possible ; mais il ne devrait intervenir qu'avant que les créanciers saisissant et opposants aient pris position sur l'offre qui leur est communiquée.

113. Cette position doit intervenir dans un délai de quinze jours. En effet dans ce délai, ils doivent prendre le parti de accepter la vente amiable, soit de la refuser, soit de se porter acquéreurs (article 117 alinéa 3). En l'absence de réponse, ils sont réputés avoir accepté. La vente ne peut intervenir qu'à l'expiration du délai d'un mois visé plus haut augmenté de ce délai de quinze jours.

III - Réponse du créancier

114. Dans le silence des textes, l'on peut penser que cette réponse sera adressée à l'huissier de justice qui reste la cheville ouvrière en matière d'exécution forcée. C'est lui qui peut veiller au respect du délai de quinze jours imparti aux créanciers saisissant ou opposants.

La forme dans laquelle cette réponse sera communiquée reste aussi imprécise. Pas de problème majeur si le créancier garde le silence. Mais si sa réponse est expressément affirmative ou surtout négative, un support de preuve s'impose compte tenu des conséquences qu'entraîne l'une ou l'autre attitude. Ainsi, la vente ne peut pas avoir lieu si le créancier refuse les propositions faites par l'acquéreur potentiel.

115. Le refus de vente n'est soumis à aucune motivation. La responsabilité du créancier ne peut être engagée que si ce refus est inspiré par l'intention de

nuire au débiteur (article 119). Le juge ne peut intervenir que pour sanctionner l'abus du droit de refuser la vente amiable. Il ne peut donc pas l'imposer. Ce qui constitue une limite à cette mesure qui se veut une innovation majeure en matière de saisie-vente. Il eût été judicieux que le législateur communautaire conditionnât le refus de la vente amiable à l'insuffisance du prix proposé par le tiers acquéreur potentiel en reconnaissant à l'huissier de justice le soin de proposer aux parties prenantes les solutions acceptables pour la réalisation de la vente.

B - Réalisation de la vente

116. La réalisation de la vente amiable n'est possible que si le créancier saisissant, le ou les créanciers opposants l'acceptent. Cette acceptation peut être expresse ou tacite (article 117 alinéas 3 et 4). Mais cette vente n'entraîne pas automatiquement le transfert de propriété. Celui-ci se fera ultérieurement après que le prix de vente ait été consigné entre les mains de l'huissier de justice ou de l'agent d'exécution ou au greffe, au choix du créancier saisissant. De même la délivrance des biens saisis et vendus amiablement est subordonnée à cette consignation (article 118 alinéa 2).

117. La vente amiable devient impossible en cas de refus de cette vente par les créanciers du débiteur saisi. Il en est de même si malgré la vente, le prix du bien vendu n'est pas consigné dans le délai convenu par l'acquéreur potentiel. Une folle enchère amiable peut intervenir dans ce cas dans la mesure où le défaut de consignation donne lieu à la vente forcée (article 118 alinéa 3). Enfin si rien n'est fait à l'expiration du délai d'un mois à compter de l'acte de saisie, augmenté s'il y a lieu du délai de quinze jours impartis aux créanciers pour donner leur réponse, la vente forcée s'impose.

§2 - Vente forcée

118. Communément appelée adjudication, la vente forcée se fait aux enchères publiques. Elle est soumise à l'échec de la vente amiable qui a pour objectif d'humaniser l'exécution forcée en protégeant le débiteur saisi. Avec cette vente judiciaire, ce dernier est obligé de subir toutes les frustrations et les désagréments possibles si on en juge par les formalités préalables à la vente forcée (A) et les modalités de réalisation de cette vente (B).

A - Formalités préalables à l'adjudication

119. Les effets énergiques de l'adjudication supposent qu'elle fasse l'objet d'une préparation minutieuse. Deux grandes étapes marquent cette préparation, l'organisa-

tion d'une publicité autour de la vente (I), la vérification des biens rendus indisponibles par l'acte de saisie (II)

I - Publicité en vue de la vente forcée

120. Elle ne peut avoir lieu avant l'expiration du délai d'un mois, augmenté éventuellement de quinze jours, imparti au débiteur pour procéder à la vente forcée. Elle doit intervenir au moins quinze jours avant la date fixée pour la vente (article 121 alinéa 4).

121. Le lieu de la publicité est déterminé par l'alinéa 2 de cet article 121. C'est à la mairie du domicile ou du lieu où demeure le débiteur. C'est aussi au marché voisin et autres lieux appropriés ainsi que le lieu de vente si celle-ci a lieu à un autre endroit. Le domicile du débiteur ne figure plus, comme ce fut le cas dans les anciens textes, parmi les lieux où la publicité doit s'effectuer. Cette omission est volontaire et participe du souci du législateur communautaire de préserver, autant que faire se peut, l'image sociale du débiteur en évitant d'informer ses voisins et connaissances de sa situation patrimoniale peu agréable. En d'autres termes, malgré la formule de l'article 121, l'on ne devrait pas considérer le domicile du débiteur comme un lieu approprié pour la publicité. De même son domicile ou sa demeure sont moins indiqués que le marché voisin comme lieu de la vente pour qu'on y procède à la publicité. C'est à ce marché que les enchères pourraient être plus rentables.

122. Cette même préoccupation de la protection du débiteur est sans doute à l'origine du choix des moyens de publicité. En effet selon l'AUVE, la publicité va se faire principalement par voie d'affichage aux lieux visés ci-dessus. La voie de presse écrite ou parlée reste une faculté et non une obligation. En l'absence de toute précision, nous pensons que cette publicité portera sur la nature et la consistance des objets saisis.

123. Dans tous les cas, l'huissier de justice ou l'agent d'exécution doit certifier les formalités de publicité (article 122). Sans doute le certificat doit reprendre les éléments essentiels de la publicité. Le défaut de ce document tout comme le défaut de toute publicité ne devraient donner lieu à nullité de la vente intervenue que si un grief a été subi.

124. Le débiteur saisi n'est pas la cible privilégiée de cette publicité. Une formalité particulière lui est réservée. Aux termes de l'article 123 AUVE, il doit être avisé par l'huissier de justice ou l'agent d'exécution des lieux, jour et heure de la vente dix jours avant sa date. Dans ce délai le débiteur peut trouver les fonds nécessaires pour éviter la vente publique. Il doit être informé par les moyens à la fois rigides et souples à savoir la lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou tout autre moyen laissant trace écrite. Ces éléments

figureront aussi dans le certificat de l'huissier de justice dont la prochaine mission sera, le cas échéant, de vérifier les biens saisis.

II - Vérification des biens saisis

125. C'est l'ultime acte que doit poser l'officier ministériel chargé de la vente avant la réalisation de cette vente forcée. Elle consiste à vérifier la consistance et la nature des biens saisis. Cette vérification se fera en comparant l'état actuel des biens à celui que prévoit le procès-verbal de saisie. Au terme de cette opération seront relevés les éventuels cas des biens manquants, dégradés, détruits ou détournés. Un procès-verbal de vérification sera dressé à l'issue de cette opération et ne comprendra que les objets manquants et ceux qui auraient été dégradés (article 124). C'est donc un nouvel inventaire des biens qui peut s'appuyer sur les photographies qui auraient été faites lors de la saisie en application de l'article 45 de l'AUVE. Ce procès-verbal rappelle l'ancien procès-verbal de récolement.

Comme ce fut le cas avec ce procès-verbal de récolement, l'acte sanctionnant la vérification des biens doit mettre fin à la mission du gardien des biens saisis en même temps qu'il opère un blocage procédural quant aux oppositions et jonctions des autres créanciers. Si les biens saisis font l'objet des anomalies, le gardien pourra être sanctionné si ces anomalies lui sont imputables. Mais si les biens saisis sont intacts, l'on procédera immédiatement à la réalisation de la vente forcée.

B - Réalisation de la vente forcée

126. La lâcheté des dispositions régissant l'adjudication (cinq articles seulement y sont consacrés : articles 120, 125 à 128) peut laisser croire à la simplification des problèmes qu'elle engendre. Que non ! Les clarifications s'imposent relativement à la conduite (1) et au dénouement de la vente forcée aux enchères publiques (2)

I - Conduite de la vente forcée

127. La conduite de la vente est l'œuvre d'un auxiliaire de justice habilité par la loi nationale de chaque État Partie (article 120). Dans certaines législations, cet auxiliaire de justice est principalement le commissaire-priseur. Dans d'autres législations cette tâche est dévolue aux huissiers de justice qui font office de commissaire-priseur. Exceptionnellement cette mission peut incomber au notaire ou au greffier lorsque dans le ressort d'une juridiction il n'y a pas d'huissier de justice devant jouer le rôle de commissaire-priseur.

128. Il ne revient pas à cet officier ministériel de fixer le lieu de la vente. La loi en propose aux parties. En

effet selon les dispositions de l'article 120 ci-dessus, la vente peut avoir lieu, selon l'accord des parties, soit au lieu de la saisie, soit en une salle ou un marché public « dont la situation géographique est la plus appropriée pour solliciter la concurrence à moindre frais » En cas de désaccord entre le créancier et le débiteur sur le lieu où l'adjudication va s'effectuer, la juridiction compétente pour statuer en matière d'urgence tranche le différend dans les cinq jours de sa saisine par la partie la plus diligente. Dans tous les cas, la vente doit avoir lieu dans un lieu à libre accès au public.

129. L'officier public chargé de la vente jouit d'une grande latitude dans la conduite de cette vente. Il décide de l'ordre dans lequel les différents objets saisis seront vendus, de leur mise à prix, de la durée des enchères. Ces enchères sont librement portées par les personnes intéressées, elles n'ont pas besoin d'intermédiaires, bien que cela ne soit pas interdit, comme en matière de saisie immobilière. Aucun minimum n'est requis pour l'augmentation des enchères. La capacité d'être adjudicataire est plus étendue qu'en matière immobilière. Certains incapables peuvent enchérir, il en est de même des insolubles, du débiteur saisi. S'il peut être mandataire, l'officier chargé de la vente ne peut pas être adjudicataire pour son propre compte. Les enchères sont les offres de paiement faites par les personnes intéressées après chaque criée. Ces offres aboutissent au dénouement de la vente forcée.

II - Déroulement de la vente forcée

130. Elle passe par l'adjudication qui doit être faite au plus offrant et dernier enchérisseur (article 125 AUGE). De même, la vente doit être arrêtée lorsque le prix des biens vendus assure le paiement des causes de la saisie et des oppositions, en principal, intérêts et frais (article 126 AUGE). Les biens non vendus doivent alors être restitués au débiteur saisi. L'officier public risque d'engager sa responsabilité s'il continue avec les enchères alors que le montant des prix d'adjudication suffit pour désintéresser le créancier et les opposants, ceci, même si le surplus de cette somme sera versé au débiteur. Ce dernier aurait voulu conserver ses biens vendus inutilement. Une vigilance s'impose à l'agent chargé de la vente pour éviter tout débordement.

131. Une fois la vente réalisée, le prix est payable au comptant (article 125 AUGE). L'officier ministériel chargé de la vente ne doit donc pas accorder un délai de paiement à l'adjudicataire. Ce paiement au comptant semble incompatible avec les effets de crédit comme la lettre de change. Mais le paiement par chèque doit être accepté à condition que la délivrance du meuble acquis se fasse après l'encaissement du chèque.

Faute du paiement comptant l'objet est revendu à la folle enchère de l'adjudicataire. Si le prix de la folle

enchère est insuffisant au prix de l'enchère, le fol enchérisseur est tenu de la différence entre les deux prix.

132. Il est dressé, à la fin des enchères, procès-verbal de la vente. Cet acte contient la désignation des biens vendus, le montant de l'adjudication et l'énonciation des noms et prénoms des adjudicataires (article 127 AUGE). L'Acte uniforme s'est limité à ces seules mentions qui permettront d'assurer les transferts de propriété et d'établir la somme sur laquelle les créanciers saisissant et opposants exerceront leurs droits respectifs. Il ne s'agit que de ceux qui se sont manifestés avant la vérification des biens.

La responsabilité de ces sommes incombe à l'officier public ayant procédé à la vente. Il ne peut recevoir aucune somme au-dessus de l'enchère, sans préjudice des sanctions pénales (article 127 AUGE in fine). Les sommes ainsi perçues ne peuvent plus faire l'objet d'une saisie-vente ; mais une saisie-attribution entre les mains du commissaire-priseur est possible.

133. L'adjudication a pour principal effet de transférer le droit de propriété sur la chose vendue à l'adjudicataire qui sera protégé par les articles 2279 et 2280 du Code civil. Si le propriétaire du bien vendu le revendiquait, sa restitution sera soumise au remboursement du prix payé. Il ne peut bénéficier de la garantie des vices cachés qui n'est pas admise dans les ventes faites par les autorités publiques (article 1649 code civil). Cependant si les vices cachés ou apparents résultent d'une attitude frauduleuse, la vente devrait être annulée, nous semble-t-il, car *fraus omnia corrumpit* : la fraude corrompt tout, même les vices cachés. Cette annulation fait partie des incidents de la saisie-vente.

Chapitre III : Incidents de la saisie-vente

134. La saisie-vente est souvent présentée comme une procédure extrajudiciaire qui peut connaître un dénouement sans transiter par un juge. Si une telle analyse n'est pas fautive, il reste qu'au cours de cette procédure les contestations peuvent surgir et nécessiter l'intervention du juge compétent. De ce fait la saisie-vente devient une procédure judiciaire.

L'OHADA a envisagé cette hypothèse en réglementant aux articles 129 à 146 de l'AUGE les incidents de la saisie-vente. Trois types d'incidents sont prévus par cet Acte uniforme : l'opposition des créanciers à une première saisie déjà engagée, les contestations relatives aux biens saisis, les contestations relatives à la validité de la saisie. Seules ces deux dernières hypothèses constituent les véritables incidents pouvant être portés devant le juge. Ce sont les incidents judiciaires. L'opposition des créanciers peut avoir lieu en dehors du juge. C'est une sorte d'incident extrajudiciaire

135. L'AUVE soumet tous les incidents à la compétence de la juridiction du lieu de la saisie-vente (article 129). Tous n'obéissent cependant pas au même critère de catégorisation. Parfois c'est la qualité des personnes concernées qui attire l'attention du législateur. C'est le cas de l'opposition des créanciers. Parfois c'est l'objet de la saisie qui est mis en exergue. C'est le cas des incidents relatifs aux biens saisis ou à la validité de la saisie. Le premier de ces critères aura notre faveur. Ainsi, allons-nous distinguer les incidents soulevés par les autres créanciers du débiteur saisi de ceux soulevés par le débiteur saisi et ceux provoqués par les tiers. Les premiers constituent les oppositions des autres créanciers (section I), les deuxièmes les nullités de la saisie (section II) et les troisièmes l'action en distraction ou en revendication des tiers (section III).

Section I - Opposition des créanciers

136. Autrement appelé concours de saisies, l'opposition est le fait pour le créancier d'un débiteur dont les biens ont déjà fait l'objet d'une première saisie-vente d'intervenir dans cette procédure à défaut de saisir de nouveau les mêmes biens car selon un adage bien établi « saisie sur saisie ne vaut ». Cette intervention s'opère par simple adjonction (§1). À côté de cette opposition par adjonction, l'Acte uniforme sur les voies d'exécution envisage le cas d'extension de la première saisie aux autres biens mobiliers corporels du débiteur saisi (§2). Ces deux formes d'opposition peuvent donner lieu à une subrogation dans leur déroulement (§3).

§1 - Opposition-adjonction

137. Elle est la forme d'opposition par excellence prescrite par les articles 130 et suivants de l'AUPSRE qui déterminent ses conditions (A), sa procédure (B), et ses effets (C).

A - Conditions de l'opposition-adjonction

138. Le créancier qui entend pratiquer une opposition doit réunir les mêmes conditions que le créancier premier saisissant (article 130). Il doit être muni d'un titre exécutoire constatant une créance certaine, liquide et exigible. Un commandement de saisie doit être signifié au débiteur saisi. Si les biens appartenant à ce dernier se trouvent entre les mains d'un tiers, il ne pourra les saisir qu'après avoir obtenu l'autorisation du juge des voies d'exécution pour entrer dans le local d'habitation où lesdits biens se trouvent.

139. Le créancier saisissant peut aussi former opposition « pour ajouter une nouvelle créance ou étendre l'assiette de sa saisie antérieure » (alinéa 2 de l'article 131

AUVE). Pas de problèmes majeurs si l'opposant veut étendre l'assiette de la saisie antérieure. Il le fera avec l'acte d'opposition, lequel contiendra les mentions prévues par l'alinéa 1 de l'article 131 précité. Cependant certaines de ces mentions sont superflues dans cette hypothèse. C'est le cas de l'indication du titre exécutoire et de la cause de la saisie qui peuvent être identiques à celles contenues dans l'acte de la saisie antérieure. C'est pour cette raison que la signification d'un nouveau commandement de payer n'est plus nécessaire. En revanche si l'opposition est formée pour ajouter une nouvelle créance à celle qui a justifié la précédente saisie, non seulement l'acte d'opposition doit être dressé en bonne et due forme, mais aussi la signification d'un nouveau commandement au débiteur saisi s'impose. Il doit mentionner le décompte des nouvelles sommes dues en capital, frais et intérêts échus ainsi que l'indication du taux d'intérêt.

140. L'Acte uniforme exige qu'aucune opposition ne puisse être reçue après la vérification des biens saisis (article 130 alinéa 2). Autrement dit l'acte d'opposition doit être établi et signifié avant l'établissement du procès-verbal de vérification des biens naguère appelé procès-verbal de récolement.

B - Modalités procédurales de l'opposition-adjonction

141. Elles sont déclenchées par l'acte d'opposition dressé conformément à l'article 131 de l'AUVE. À peine de nullité, il doit contenir l'indication du titre exécutoire en vertu duquel l'opposition est formée, le décompte distinct des sommes réclamées en capital, frais et intérêts échus ainsi que l'indication du taux d'intérêts.

142. L'acte d'opposition doit être signifié au créancier premier saisissant et au débiteur saisi. Mais si c'est le premier saisissant qui est l'opposant parce qu'il a ajouté une nouvelle créance ou étendu l'assiette d'une saisie antérieure, l'acte d'opposition ne peut être signifié qu'au débiteur saisi.

143. La forme de l'acte d'opposition est originale par rapport au procès-verbal de saisie. En effet si on en juge par les dispositions de l'article 131 précité, l'acte d'opposition-adjonction ne remplit pas les conditions prescrites par les articles 100 à 102 AUVE. L'article 133 du même acte va dans le même sens lorsqu'il prévoit que si, à l'occasion d'une saisie, le débiteur présente au créancier le procès-verbal établi lors d'une précédente saisie, ce créancier procède par voie d'opposition conformément à l'article 131 ; il ne peut se soumettre aux prescriptions d'un procès-verbal de saisie que s'il s'agit d'une opposition par extension c'est-à-dire d'une saisie complémentaire.

Cet allègement de l'acte d'opposition-adjonction peut être mis à l'épreuve dans certaines situations. Si

pendant une opération de saisie, l'huissier de justice du second créancier établit un procès-verbal avant de se rendre compte que les mêmes biens mobiliers avaient déjà fait l'objet d'une précédente saisie, en vertu de l'article 133 précité, le procès-verbal de saisie devrait être transformé en acte d'opposition. Il peut en être ainsi lorsque le débiteur ayant été absent lors des opérations de saisie, a fait connaître l'existence de cette première saisie dans les huit jours de cette saisie après qu'il ait été signifié. Par contre si l'huissier de justice continue d'ignorer toute saisie antérieure, la seconde saisie opérée ne devrait pas être opérante en application de l'adage « saisie sur saisie ne vaut ». Ce cas de figure n'ayant pas été réglementé par l'OHADA, il est de bon ton que la requalification de la seconde saisie en un acte d'opposition ait lieu d'autant plus qu'aucun texte ne prévoit un délai entre le dressé de l'acte et la signification au premier saisissant (*Dans le même sens B. NICOD, La saisie-vente. Eude 425- 240, in Lamy Droit de l'exécution forcée, op. cit.*).

144. Toutes ces difficultés montrent qu'en matière de saisie-vente, l'adage « saisie sur saisie ne vaut » n'est pas remis en cause (*contra A- H. ASSI-ESSO ; NDLAW DIOUF, OHADA, Recouvrement des créances, op. cit., p. 138, n° 287*) et ce malgré l'autonomie de la seconde saisie qui semble se dégager des effets de l'opposition.

C - Effets de l'opposition-adjonction

145. L'opposition a pour effet immédiat d'entraîner la jonction des procédures et d'empêcher les procédures parallèles de saisie à l'égard d'un même débiteur. Le premier créancier saisissant continue la procédure seul s'il est suffisamment diligent ; dans le cas contraire il y aura subrogation de l'opposant dans les poursuites.

Cependant le créancier premier saisissant et le créancier opposant sont tenus d'agir ensemble s'ils veulent renoncer aux effets de l'exécution forcée. C'est le sens de l'article 136 de l'AUVE selon lequel la mainlevée de la saisie-vente ne peut résulter que d'une décision de la juridiction compétente ou de l'accord du créancier saisissant et des créanciers opposants.

146. La mainlevée n'est pas la seule cause pouvant anéantir l'exécution forcée, la nullité de la saisie initiale peut produire les mêmes effets avec quelque nuance. Aux termes de l'article 137 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution, la nullité de la première saisie n'entraîne pas la caducité des oppositions si ce n'est lorsqu'elle résulte d'une irrégularité dans le déroulement des opérations de saisie. Ce texte opère une distinction entre la nullité pour vice de fond et nullité pour vice de forme. Si la saisie-vente initiale est nulle pour vice forme, l'opposition est caduque, parce que le support extérieur procédural disparaît et que l'opposition ne peut plus subsister. Au contraire, la nullité de la saisie-vente initiale pour vice

de fond laisse subsister l'opposition qui peut se greffer sur un support procédural valable (*N. FRICERO, op. cit., n° 139*).

Cette analyse montre que l'opposition n'est pas aussi indépendante que l'on puisse le penser. Elle reste tributaire de la saisie initiale opérée à partir d'un acte formaliste, le procès-verbal de saisie qui est seul à mesure de rendre les biens saisis indisponibles. Les oppositions ne peuvent donc pas opérer une nouvelle saisie car, faudrait-il encore le réitérer, l'adage « saisie sur saisie ne vaut » subsiste en la matière en dépit des positions contraires.

147. Quoi qu'il en soit en cas de régularité de la procédure, les créanciers opposants tout comme le créancier premier saisissant doit participer à la distribution de l'ensemble des biens saisis au préjudice du débiteur. Pour qu'il en soit ainsi, la condition fixée par le législateur communautaire est que les opposants et les saisissants doivent se manifester avant la vérification des biens saisis (article 138 AUPSRVE) et ce, qu'il s'agisse de l'opposition-adjonction ou de la saisie complémentaire.

§2 - Saisie complémentaire

148. L'opposition peut s'accompagner d'une saisie complémentaire. C'est l'extension de la saisie-vente initiale aux autres biens meubles du débiteur saisi. Cette extension peut émaner du second créancier qui s'est joint à la procédure initiée par le premier saisissant. Elle se manifeste par un inventaire complémentaire. Ce créancier opposant doit remplir les conditions requises pour exercer la saisie-vente. Il doit être titulaire d'un titre exécutoire comportant une créance certaine, liquide et exigible.

149. La saisie complémentaire n'est cependant pas l'apanage du seul créancier opposant. Elle peut être faite par le créancier premier saisissant qui procède à l'extension de la saisie initiale à d'autres biens meubles qui ne figuraient pas jusque-là dans l'assiette de la précédente saisie. Il doit pratiquer une saisie complémentaire dont le déroulement procédural est autonome et dissociable de la première saisie, quand bien même elle aura le même titre exécutoire pour fondement. Si la saisie complémentaire a de ce fait quelques traits communs avec l'opposition-adjonction, elle présente des originalités quant à sa procédure (A) et à ses effets (B).

A - Procédure de la saisie complémentaire

150. Sur deux principaux points, cette procédure se démarque de celle de l'opposition-adjonction. Alors que le formalisme de l'acte d'opposition est allégé en raison de l'article 131 de l'AUVE, la saisie complémentaire se pratique dans les conditions prescrites aux articles 100

à 102 de cet acte. L'acte de saisie complémentaire est un véritable procès-verbal de saisie comme l'acte de saisie initiale. C'est elle qui place sous la main de justice les biens, objet de l'extension, en les rendant indisponibles. C'est la raison pour laquelle elle ne remet pas en cause l'adage « saisie sur saisie ne vaut », elle la consolide.

La signification du procès-verbal de saisie complémentaire a aussi quelque chose de particulier. Elle s'opère en un seul et même acte avec l'acte d'opposition. Le tout doit être effectué tant au débiteur qu'au créancier premier saisissant (alinéa 2 de l'article 133). Mais si la saisie complémentaire est l'œuvre du créancier premier saisissant, l'acte d'opposition se désolidarise du procès-verbal de saisie complémentaire. Ne pouvant signifier à lui-même cet acte, il ne le fera qu'au débiteur.

151. Le législateur communautaire est muet sur la saisie complémentaire entre les mains d'un tiers qui détiendrait les biens appartenant au débiteur saisi. Une telle saisie devrait être possible pour ne pas soustraire certains biens du débiteur du gage général de ses créanciers. Dans ce cas, cette saisie complémentaire ferait l'objet d'une signification au débiteur et au créancier premier saisissant afin de produire ses effets.

B - Effets de la saisie complémentaire

152. Elle emporte aussi jonction de procédures de saisies qui seront diligentées par le créancier premier saisissant sous réserve de la subrogation. La vente forcée sur l'ensemble des biens saisis ne peut avoir lieu qu'à l'expiration de tous les délais impartis pour leur vente amiable (article 134 alinéa 4 AUBE). La saisie complémentaire fait intervenir un délai supplémentaire augmenté, le cas échéant, de quinze jours impartis au créancier opposant pour prendre parti sur les propositions de vente amiable.

L'hypothèse des ventes multiples n'est cependant pas à exclure. Il peut en être ainsi lorsque le délai impartit pour la vente de certains biens est expiré. Ces biens pourront être immédiatement vendus alors que la vente d'autres biens interviendra plus tard. Ceci n'est possible qu'avec l'accord du débiteur ou l'autorisation de la juridiction compétente ou encore lorsque les formalités de publicité avaient déjà été effectuées au moment de l'opposition (alinéa 2 de l'article 134 AUBE).

153. Tout comme en cas d'opposition-adjonction, la mainlevée de la saisie complémentaire ne peut résulter que d'une décision de la juridiction compétente ou de l'accord du saisissant et des créanciers opposants. Mais à la différence de l'opposition-adjonction, la nullité de la première saisie est toujours dépourvue de conséquences sur la saisie complémentaire sans qu'il soit besoin de distinguer entre nullité pour vice de fond ou vice de forme.

§3 - Subrogation dans les poursuites

154. Il est hors de doute que la poursuite de la saisie-vente incombe à titre principal au premier saisissant. Mais la loi n'a pas voulu que le sort des autres créanciers opposants ou saisissants dépende de son bon vouloir ou de sa mauvaise foi par rapport à la vente. C'est pourquoi si le premier saisissant néglige de procéder aux formalités de la mise en vente forcée à l'expiration des délais prévus, tout créancier opposant a vocation à être subrogé au premier dans les poursuites (article 135 AUBE). Pour ce faire, le premier saisissant doit être sommé de procéder auxdites formalités dans un délai de huit jours. La subrogation ne peut intervenir que si la sommation est restée infructueuse.

En cas de subrogation du créancier opposant dans les droits du premier saisissant, ce dernier est déchargé de ses obligations. Il est tenu de mettre les pièces utiles à la disposition du créancier subrogé à qui il reviendra de continuer la procédure en remplissant les formalités préalables à la vente et de procéder à cette vente si le débiteur saisi ne soulève aucune contestation.

Section II - Contestations soulevées par le débiteur saisi : la nullité

155. Avec ces contestations, la saisie-vente rentre dans sa phase judiciaire. Le débiteur y trouve un dernier rempart contre une exécution forcée dont il n'est pas toujours convaincu de la légalité ou de la légitimité. Ses contestations peuvent porter soit sur les biens saisis (§1), soit sur la validité de la saisie (§2) encore qu'il faudrait s'interroger sur la politique des nullités (§3).

§1 - Contestations relatives aux biens saisis

Les biens saisis peuvent être contestés quant à leur saisissabilité (A) ou quant à leur propriété (B).

A - Contestations relatives à la saisissabilité des biens saisis

156. Parce que tous les biens du débiteur ne sont pas saisissables, le législateur OHADA a prévu à l'article 143 de l'AUBE, la nullité de la saisie-vente dont l'assiette est assise partiellement ou totalement sur les biens insaisissables.

À l'insaisissabilité il convient d'assimiler l'immunité d'exécution dont bénéficie les personnes morales de droit public en application de l'article 30 de l'AUBE selon lequel « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution ». Si l'insaisissabilité soustrait directement les biens du débiteur de l'exécution forcée, l'immunité atteint indirectement le

même but en empêchant que toute mesure d'exécution soit dirigée contre les personnes morales dont les biens sont, de ce fait, mis à l'abri de toute saisie (B. NICOD, « Immunités et insaisissabilité », *Les Petites affiches* n° 3, 06 janvier 1993, p. 19 et s. ; M. SOH, « Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes », *Juridix Périodique* n° 51, juillet-août-septembre 2002, P. 89). Les juges de l'OHADA vont dans ce sens car lorsqu'ils ont été saisis d'une demande de mainlevée de la saisie-attribution sur les comptes desdites personnes morales, ils prononcent presque toujours la nullité quand bien même cette sanction n'a pas été prévue en cas de violation de cette immunité (TPI-Bafoussam, ord. de référé n° 37 du 28 janv. 2004, aff. Société nationale des eaux du Cameroun (SNEC) c/DJEUKOU JOSEPH, SGBC SA Bafoussam, BICEC SA Bafoussam, Ohadata J-05-01).

157. Que la contestation ait pour objet l'insaisissabilité des biens ou l'immunité d'exécution, elle doit être portée devant la juridiction compétente soit par le débiteur, soit par l'huissier de justice ou l'agent d'exécution. Le créancier est entendu ou appelé.

158. Si l'insaisissabilité est invoquée par le débiteur saisi, la procédure doit être introduite dans un délai d'un mois à compter de la signification de l'acte de saisie. Ceci permet d'éviter les manœuvres dilatoires de la part de ce débiteur, étant donné que la demande relative à la saisissabilité et à la propriété des biens faisant l'objet de la saisie-vente suspend la procédure y afférente (article 139 AUPSRVE). Toute demande introduite hors délai devrait être déclarée irrecevable.

159. Lorsque la demande en contestation émane de l'huissier de justice ou de l'agent d'exécution, ils doivent agir « comme en matière de difficulté d'exécution ». Ils doivent, conformément à l'alinéa 2 de l'article 48 de l'AUVE, délaisser, aux frais du débiteur, assignation à comparaître aux parties. Ces parties doivent être le créancier premier saisissant et les opposants le cas échéant. Tous doivent être informés des jours, heure et lieu de l'audience au cours de laquelle la contestation sera examinée. En outre l'huissier de justice ou l'agent d'exécution doit leur donner connaissance du fait qu'une décision pourra être rendue en leur absence. Ces officiers publics ne peuvent prendre aucune initiative si les contestations portent sur la propriété des biens saisis.

B - Contestations relatives à la propriété des biens

160. Contrairement au droit antérieur, lorsqu'ont été saisis à tort les biens corporels mobiliers n'appartenant pas aux débiteurs, celui-ci peut invoquer la contestation devant la juridiction compétente. Il s'agit donc d'une innovation en OHADA. Le débiteur devra prouver qu'il n'est pas le propriétaire de ces biens. Pour ce faire, les

pièces nécessaires seront produites devant le juge. C'est le cas des factures d'achat établies au nom d'un tiers ou du contrat de mariage montrant que le bien appartient en propre à l'autre conjoint. Selon la jurisprudence de la C CJA, ces pièces sont appréciées souverainement par les juges de fond (CCJA, Arrêt n° 6 du 08 janv. 2004, W.G.K.C. c/K. AM., Juriscope, Org. Ohadata. Com/ Ohadata J-04-90).

La demande relative à la propriété ne fait pas obstacle à la saisie, mais suspend la procédure pour les biens saisis qui en sont l'objet (article 139 précité). Mais si la nullité est obtenue, il y aurait mainlevée de la saisie comme en matière de contestations portant sur la validité de la saisie.

§2 - Contestations relatives à la validité de la saisie.

161. Elles sont régies par les articles 144 à 146 de l'AUVE. Certaines de ces dispositions définissent sans ambages la procédure à suivre en la matière. Ainsi toute contestation relative à la saisie peut être demandée par le débiteur jusqu'à la vente des biens saisis (article 144 alinéa 1). Dans cette instance engagée entre le créancier et le débiteur devant le juge du lieu de la saisie, le créancier saisissant doit mettre en cause les créanciers opposants. Malgré l'existence de cette instance, les opérations de saisie se poursuivent sans suspension aucune, à moins que la juridiction en dispose autrement (article 146). Ces éclaircissements ne suffisent pas à comprendre les dispositions relatives au cas de contestation ou de nullité (A) et aux conséquences de cette nullité (B).

A - Cas de nullité ou de contestations relatives à la validité de la saisie

162. L'article 144 opère une distinction entre la nullité pour vice de fond et nullité pour vice de forme sans autre précision. En s'appuyant sur les dispositions de l'AUVE telles que appliquées par la jurisprudence, nous allons essayer de déterminer ces cas de nullité.

I - Cas de nullité pour vice de fond

163. Relativement à la validité de la saisie, les contestations peuvent être déterminées positivement et négativement. Sont exclus de cette hypothèse, les incidents de fond concernant la saisissabilité et la propriété des biens déjà examinés et qui relèvent d'un autre régime. En revanche les autres incidents de fond relatifs à la validité de la saisie peuvent avoir trait au titre exécutoire, à la capacité ou à la qualité du saisissant.

La possession d'un titre exécutoire n'est pas toujours un gage de sécurité pour le créancier. L'Acte uniforme sur les voies d'exécution en fait un écho favorable lorsqu'il prévoit que seul peut procéder à la saisie, le créancier

titulaire d'un titre exécutoire constatant une créance certaine, liquide et exigible (article 31). Il en résulte, sauf si la loi en dispose autrement, que le créancier peut contester le droit de saisir du créancier en prétextant que sa créance ne remplit pas ces conditions (*Cour d'appel de Niamey ordonnance n° 2096/2000 du 12 décembre 2000, Dame Hadiza Gros c/Moustapha Kagri et Moula Ibrahim, WWW.obada.com (Obadata J-026118) obs. J. ISSA SAYEFGH et Tribunal régional de Niamey n° 236/TR/NY2000, Amadou Boukary Maïga c/Achats Service international, WWW.obada.com (Obadata J-02-121) obs. J. ISSA SAYEFGH*). De même le débiteur peut contester le titre exécutoire lorsqu'il estime que le créancier saisissant ou opposant a agi en se fondant sur une créance qui n'a pas d'existence légale soit parce que le titre la constatant est entaché de nullité (Civ. 10 juillet 1959, D. 1960.7), soit parce qu'elle est éteinte du fait d'un paiement antérieur (*CA Yaoundé, arrêt n° 241/civ. du 31 octobre 1997, Tegue Gaston c/CFAO-CAMI Toyota, inédit*). Enfin on peut ajouter les cas où le débiteur conteste le droit de saisir de son créancier parce que n'ayant pas pu payer la totalité de sa dette à l'échéance pour les difficultés financières, a obtenu, suite aux poursuites pour le recouvrement forcé engagé contre lui, un délai de grâce en application de l'article 39 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution (*Pour plus de détails voir S.S. KUATE TAMEGHE, La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution. Logiques Juridiques, l'Harmattan, Paris, 2004, page 160, n° 188*).

164. Les contestations relatives à la qualité ou à la capacité de saisir du créancier naissent lorsqu'une personne morale est impliquée dans les poursuites en exécution forcée. La question s'est posée au sujet de la validité du pouvoir de saisir donné à l'huissier de justice par le directeur de la logistique d'une société, délégataire de signature du président-directeur général ou par le directeur juridique d'une autre société. En prenant pour socle juridique l'article 121 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, les juges décident que les organes de gestion et d'administration ont tout pouvoir pour engager la société sans avoir à justifier d'un mandat spécial (*TRHC-Dakar, jug. n° 1832 du 07 déc. 1999, Obadata J-04 -25 ; CA - Dakar, civ. et com., arrêt n° 147 du 20 mars 2003, Obadata J- 03 -170 ; CCJA, arrêt n° 33/2007 du 22 nov. 2007 Rec. N° 10, juillet-déc. 2007*). Cette position laisse apparaître que les juges n'hésiteraient pas à donner mainlevée des saisies si le pouvoir pour engager la société n'était pas justifié (*R. ASSONTSA, Le juge et les voies d'exécution depuis la réforme de l'OHADA, thèse de doctorat. Universités de Strasbourg et de Dschang, 2009, P. 356, n° 431*).

II - Cas de nullité pour vice de forme

165. Dans le souci d'assurer un minimum de protec-

tion au débiteur, le législateur communautaire africain a mis un accent particulier sur les aspects formels de la procédure de saisie-vente. S'il est vrai que la liste des cas de nullité est difficile à dresser de façon exhaustive, plusieurs dispositions sont prescrites à peine de nullité. Les articles 92, 100, 109, 111, 131 de l'AUVE en disent long. En substance les nullités de forme concernent les vices de procédure et sanctionnent les actes accomplis irrégulièrement ou en dehors des délais légaux.

En application de ces dispositions, la nullité de forme peut être prononcée lorsque le commandement étant exigé, les créanciers du débiteur saisi ont omis de le signifier (section du tribunal de Sassandra, jugement n° 42 du 20 février 2003, ohada.com/Ohadata J-04-307). Il en est de même lorsque le commandement signifié au débiteur recèle des vices de forme tels que l'absence de mention du titre en vertu duquel la saisie est pratiquée avec le décompte des sommes réclamées en principal, frais et intérêts échus (Abidjan, arrêt n° 39 du 11 janvier 2005, Juriscope.org.). C'est également le cas de l'absence de mention selon laquelle le débiteur dispose d'un délai de huit jours pour s'acquitter de sa dette faute de quoi, il y sera contraint par vente forcée. De même le procès-verbal de la saisie-vente qui ne fait pas apparaître en caractères très apparents, les indications suivant lesquelles les biens saisis sont indisponibles et placés sous la garde du débiteur est nul.

Selon la CCJA, la nullité doit être prononcée sans que la preuve d'un grief qu'aura souffert le débiteur soit rapportée. Ce qui entraîne les conséquences graves.

B - Conséquences de la nullité

166. C'est une lapalissade que de dire que la nullité d'un acte entraîne son anéantissement rétroactif, l'acte est censé n'avoir jamais existé. La portée d'une telle affirmation mérite d'être précisée, car l'OHADA ne s'en est pas suffisamment occupée. Nous y reviendrons au sujet de la politique des nullités (infra n° 180 et s.). En revanche le législateur communautaire a tiré les conséquences de la nullité par rapport à la restitution de ce que le créancier aura obtenu de la saisie. En effet parce que la demande en nullité ne suspend pas les opérations de saisie pour éviter toute manœuvre dilatoire de la part du débiteur, le juge peut prononcer la nullité quand la vente a eu lieu. Dès lors se pose la question de savoir ce qui sera restitué au débiteur. L'AUVE répond à cette question en distinguant selon que la nullité est prononcée avant ou après la vente des biens. Il y aurait alors soit la restitution du bien saisi, soit la restitution du produit de la vente.

I - Restitution du bien saisi

167. Si la nullité de la saisie intervient avant la vente, il est prévu la restitution des biens au débiteur. L'ali-

néa 3 de l'article 144 de l'AUVE est fixé dans ce sens lorsqu'il dispose « Si la saisie est déclarée nulle avant la saisie, le débiteur peut demander la restitution du bien saisi s'il se trouve détenu par un tiers, sans préjudice des actions en responsabilité exercées dans les termes du droit commun ». Le problème ne se pose pas si la garde des biens était confiée au débiteur lui-même. Il ne sera opéré que la levée de l'indisponibilité qui aura frappé le bien.

168. C'est le lieu de préciser que la restitution n'est possible que si la demande en nullité est présentée avant la vente. Présentée après la distribution du produit de la vente, elle est irrecevable et la restitution impossible (*CCJA, 1^{re} Ch. arrêt n° 13 du 29 juin 2006, Agence d'exécution des travaux d'intérêt public pour l'emploi, dite AGETIPE-MALI c/Société Smeets et Zonen, Juriscope.org, Ohada.com/Ohadata J-07-27*). Cependant en permettant à la juridiction qui annule la saisie de laisser à la charge du débiteur tout ou partie des frais qu'elle a occasionnés si le débiteur s'est abstenu de demander la nullité en temps utile (article 145), le législateur sanctionne sans doute le dilatoire, mais remet en cause, un tant soit peu, le laps du temps imparti au débiteur pour agir en nullité. Plus grave encore, la nullité éventuelle du procès-verbal de vérification des biens ne peut donner lieu à restitution dès lors qu'il est constant que la procédure de saisie-vente n'a jamais fait l'objet d'une procédure de contestation pour vice de forme ou de fond autre que l'insaisissabilité (*CCJA, arrêt n° 060/2005 du 27 déc. 2005, Dirabou Yves Joël et 3 autres c/« Les Terres nobles » dite TERNOB - Rec. n° 6, juillet-décembre 2005 p. 92*). Ces exigences s'imposent en cas de restitution du produit de la vente.

II - Restitution du produit de la vente

169. Lorsque la demande en nullité est introduite à temps et la nullité intervient après la vente mais avant la distribution du prix, l'alinéa 4 de l'article 144 permet au débiteur de demander la restitution du produit de la vente. Aucune solution n'est envisagée par ce texte si la nullité est prononcée après la distribution du prix. Pire, la jurisprudence décide que, quand bien même l'action en nullité aura été introduite avant la vente, le tribunal compétent ne peut ordonner la restitution des biens dès qu'ils ont été vendus et le prix de vente distribué (*CA Abidjan, Ch. Civ. et com., arrêt n° 457 du 09 mai 2005, aff. Société Comatec c/Ets Niekieama Jean Baptiste, Juriscope.org.*)

170. Pour autant le débiteur ne se trouve pas totalement désarmé. Quelques dispositions prévues ça et là peuvent être transposées dans son contexte. C'est le cas des articles 170 alinéa 3 et 192 alinéa 2 relatifs à la saisie attribution et à la saisie des rémunérations respectivement. Selon le premier texte « Le débiteur qui

n'aurait pas élevé de contestation dans le délai prescrit peut agir en répétition de l'indu devant la juridiction compétente selon les règles applicables à cette action ». Le second texte quant à lui dispose que « Le débiteur peut encore, la saisie terminée, agir en répétition de l'indu contre l'intervenant qui aurait été indûment payé »

La transposition de ces textes au cas d'espèce ne peut se faire que sous bénéfice des conditions d'application de ce quasi-contrat. Pour ce faire, il convient de distinguer l'indu objectif de l'indu relatif. Dans le premier cas, l'absence de dette du solvens est l'ultime condition. Ce cas correspond aux prévisions de l'article 1235 du code civil camerounais selon lequel « tout paiement suppose une dette ; ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition » Dans le second cas, en plus de l'absence de dette, il faut l'erreur du solvens car « Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier » (article 1377 alinéa 1 code civil). Il nous semble que l'indu objectif soit approprié dans notre contexte pour éviter que le débiteur ne bute à la preuve de l'absence d'erreur.

171. L'autre difficulté aura trait à l'étendue de la restitution. Le créancier doit-il restituer au débiteur uniquement le capital perçu ou le capital plus les intérêts courants, selon une jurisprudence, à compter de la notification de la décision de justice exécutoire ? (Ass. Plén. 3 mars 1995, D.1995, P. 249, concl. M. JOËL). Si l'on s'en tient aux articles 1378 à 1381 code civil applicable au Cameroun sur le paiement de l'indu, l'on dira que tout dépendra de ce que le créancier sera de bonne ou mauvaise foi. S'il est de bonne foi, il ne restituera que le capital ; s'il est de mauvaise foi, il restituera le capital et les intérêts (voir S. KUATE TAMENGHE, op. cit., n°s 243 et 244). Il faut préciser que si l'hypothèse de mauvaise foi est possible, elle reste rarissime et ne peut se concevoir que dans le cas où le créancier utilise le même titre exécutoire pour obtenir le paiement d'une dette pour laquelle il a été déjà payé. Dans le cas contraire, sa bonne foi doit être présumée d'une façon irréfragable car foi est due au titre, même par provision. Cette préoccupation peut sous-tendre la politique des nullités.

§3 - Politique des nullités

172. L'étude de la nullité de la saisie-vente serait insuffisante si l'on ne s'interroge pas sur la politique de cette nullité à un moment où la jurisprudence semble s'égarer en la matière. En effet, la nullité n'est absolument pas une conséquence rationnelle de l'irrégularité d'un acte qui doit être sanctionnée. Elle dépend d'une certaine politique en principe législative et à défaut jurisprudentielle. Cette politique doit chercher à concilier deux intérêts apparemment antinomiques à savoir préserver la sécurité juridique en consolidant les actes nuls et inciter à la dénonciation de l'illicéité en sanctionnant

les actes irréguliers de nullité dont l'intensité variera suivant l'importance de la règle violée. En OHADA, cette politique peut être décelée à travers l'obligation d'annuler les actes irréguliers de la saisie (A) et la portée de la disparition des saisies ainsi annulées (B).

A - Obligation d'annuler les saisies irrégulières

173. Cette obligation s'impose-t-elle au législateur ou au juge ? En d'autres termes les sanctions des irrégularités des actes de procédure doivent-elles être décidées par la loi ou laissées à la libre appréciation des juges ? À travers les âges, la réponse à cette préoccupation a été apportée à partir de deux systèmes de nullité qui apparaissent comme les exceptions à la règle de la réalisation absolue des droits subjectifs. Il s'agit des systèmes « pas de nullité sans grief » et « pas de nullité sans texte ». Selon le premier système, il revient au juge le pouvoir de prononcer la nullité si et seulement si la preuve d'un grief subi par le requérant est apportée. Selon le second, c'est au législateur et non au juge que devrait revenir le soin de déterminer les cas d'annulabilité.

174. L'imprécision du législateur communautaire OHADA sur la politique des nullités a amené la CCJA à prendre position dans l'un de ses avis. Elle énonce que « l'organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a expressément prévu que l'inobservation de certaines formalités prescrites est sanctionnée par la nullité. Toutefois pour quelques-unes de ces formalités limitativement énumérées, cette nullité ne peut être prononcée que si l'irrégularité a eu pour effet de causer un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque. Hormis ces cas limitativement énumérés, le juge doit prononcer la nullité lorsqu'elle est invoquée, s'il constate que la formalité prescrite à peine de nullité n'a pas été observée, sans qu'il soit alors besoin de rechercher la preuve d'un quelconque préjudice. » (CCJA, avis n° 001/99/JN du 07 juin 1999 in RCDA n° 6 janv.-mars 2001, p. 54 et s.). Cet avis qui intervient en application de l'article 297 de l'AUVE sur la saisie immobilière a été étendu aux saisies mobilières en l'occurrence à la saisie-vente. Il consacre le principe de la nullité automatique au détriment de la nullité sans grief (F. IPANDA), « Le régime des nullités des actes de procédure depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution » in R.C.D.A., n° 6, janv.-mars 2001, Ohadata D-02-O1, p. 8. À défaut d'avoir l'autorité de la chose jugée, l'avis possède « l'autorité de la chose avisée », morale celle-là, de nature à faire impression sur les juges de fond.

175. L'analyse de la jurisprudence s'inscrit cependant à contre-courant de cette orientation. Tantôt le juge refuse de prononcer la nullité en cas de violation d'une disposition prescrite à peine de nullité au motif

que la mention omise a été reprise ultérieurement par le procès-verbal d'huissier de justice (TPI- Yaoundé, Centre administratif, ord. n° 762/C du 1^{er} juillet 2004, aff. *Crédit Lyonnais camerounais et autre c/Me Ngongo Ottou et autre*, Ohadata J-04-454). Tantôt la violation de la prescription à peine de nullité n'a été sanctionnée qu'en raison du préjudice subi par le saisi (CA - Abidjan, ch. Civ. et com., arrêt n° 659 du 11 juin 2004, aff. *Mme OTRO c/Me Assamoi B.* Ohadata J.- O5 -254). Tantôt enfin la nullité n'est pas prononcée si le vice commis ne fait pas grief et ne nuit pas aux droits de la défense du demandeur à la nullité (CA Abidjan, arrêt n° 396 du 05 avril 2005, aff. *Société Colgate Palmolive c/K. E et autres*, J uris-OHADA n° 6, 2006, p. 39).

Au total l'on peut dire que la tendance, du moins en matière mobilière ou de saisie-vente, se dégage pour le système « pas de nullité sans grief », qu'il y ait ou non prescription à peine de nullité. Cette tendance est à encourager, quoiqu'on puisse dire, car elle permet au juge de concilier efficacement les intérêts en présence et de limiter la portée très redoutable de la disparition de la saisie.

B - Portée de la nullité

176. En matière de saisie-vente, la portée de la nullité d'un acte de procédure n'est précisée qu'en ce qui concerne l'opposition des créanciers. Comme nous l'avons examiné plus haut, l'article 137 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution dispose qu'en cas d'opposition-adjonction, la nullité de la première saisie n'entraîne pas la caducité des oppositions si ce n'est lorsqu'elle résulte d'une irrégularité dans le déroulement des opérations de saisie. Cette nullité est toujours dépourvue de conséquences sur la saisie complémentaire.

Pareille solution n'est pas envisagée en cas de nullité provoquée par le débiteur saisi. Mais dans l'ensemble les actes de procédures civiles d'exécution sont les uns et les autres dans un lien de dépendance nécessaire de telle sorte que la nullité d'un acte fait presque tomber les actes postérieurs, la mainlevée de la saisie étant toujours ordonnée. La saisie est censée n'avoir jamais existé et les parties sont remises au statu quo ante. Le créancier ne pourra reprendre les poursuites qu'en les réitérant, et à condition que son titre ne soit pas encore tombé sous le coup de la prescription ou périmé (TPI-Douala- Ndokoti, ord. n° 078 du 15 mars 2007, aff. *Mme Kenmogne née Magne Micheline c/Mme Nguézang Dongho Esther Alvine...*). La mainlevée peut aussi sanctionner les contestations soulevées par les tiers.

Section III - Incidents soulevés par les tiers

177. Le tiers a la possibilité de contester la propriété d'un bien englobé dans une saisie si ledit bien lui appartient. Il dispose pour ce faire d'une action en distraction

(§1). Cette action ne peut être exercée qu'avant la vente du bien saisi. Passé ce moment l'action en distraction est irrecevable. Le tiers ne peut exercer que l'action en revendication (§2).

§1 - Action en distraction

178. Elle consiste à soustraire de l'assiette de la saisie un bien sur lequel le tiers prouve sa qualité de propriétaire. C'est une action en revendication particulière située dans le cadre de la saisie-vente. Elle se distingue des contestations relatives à la saisissabilité des biens qui ne peuvent être exercées que par le débiteur et l'huissier de justice ou l'agent d'exécution, jamais par les tiers (*Daloo, 1^{re} Ch. Civ. et com., arrêt n° 82-04 du 31 mars 2004, A. Kanan Haissan c/Monzei Beydoun et Kansou Haidai Ali, Juriscope. org.*). Pour que cette action produise ses effets (B) certaines conditions doivent être remplies (A).

A - Conditions de l'action en distraction

179. Il revient au tiers, propriétaire du bien saisi de déclencher l'action en distraction par une demande qui n'est rien d'autre qu'un exploit d'huissier. Cette demande, adressée à la juridiction compétente avant la vente doit être signifiée au créancier saisissant, au débiteur saisi et éventuellement au gardien. Le créancier saisissant met en cause les créanciers opposants par lettre recommandée avec avis de réception ou tout autre moyen laissant trace écrite. Le débiteur saisi est entendu ou appelé (article 141 alinéas 2 et 3 AUVE). Ces modalités procédurales posent moins de difficultés. En revanche les problèmes surgissent lorsqu'il faut déterminer la qualité tiers et faire la preuve de cette qualité.

I - Détermination de la qualité du tiers dans l'action directe

180. Le tiers doit nécessairement être le propriétaire du bien saisi. Cette solution résulte de l'alinéa 1 de l'article 141 précité qui énonce sans ambages que le tiers qui se prétend propriétaire d'un bien saisi peut demander à la juridiction compétente d'en ordonner la distraction et aussi de l'article 140 de l'AUVE selon lequel le débiteur peut demander la nullité de la saisie portant sur un bien dont il n'est pas propriétaire (*Dans le même sens, M. Veron et B. Nicod, Voies d'exécution et procédures de distribution. 2^e édition, Armand Colin, 1998, p. 68*).

Peuvent être assimilés au propriétaire, à défaut de toute précision du législateur, le copropriétaire et l'indivisaire qui ont une sorte de propriété collective ayant les mêmes attributs que le droit de propriété individuelle. En revanche ne devraient pas avoir la qualité de tiers, l'usufruitier, le nu-propriétaire et le créancier gagiste (*contra*

M. et J-B Donnier, op. cit., n° 857; F. Anoukaba et A-D Tjouen, Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA. Collection droit uniforme, PUA, 1999, P. 43, n° 100). Leurs droits respectifs n'étant pas le droit de propriété, ils ne peuvent pas exercer une action réservée expressément au propriétaire.

Dans le même ordre d'idée, les tiers étant tous ceux qui sont étrangers à la saisie, les personnes impliquées dans cette procédure doivent être exclues de l'action en distraction. Il s'agit du débiteur saisi, du tiers détenteur, des créanciers poursuivants ou opposant.

II - Preuve de la qualité du tiers

181. Une chose est de se dire propriétaire du bien saisi, autre chose est de prouver cette qualité. L'Acte uniforme sur les voies d'exécution exige cette preuve en énonçant que la demande doit préciser les éléments sur lesquels se fonde le droit de propriété invoqué (article 142 alinéa 2). En jurisprudence, les modes de preuve sont variés. C'est ainsi que l'action en distraction d'un maquis dont le propriétaire établit la propriété à partir d'un certificat de salubrité a été admise (*CA Abidjan, arrêt n° 91 du 20 janv. 2004, aff. ORST Sonac Ludovic c/la société Sidi-Sanrob et Dame Orst Sanrob, Obadata J-04-486*). De même la qualité du propriétaire d'un camion-citerne englobé dans une saisie peut être prouvée à partir de la carte grise de la voiture (*TPI-Douala Ndokoti, ord. n° 43/07 du 08 février 2004, aff. Société SEL du Cameroun (SELCAM) S. A c/Ets Djiekam, Sté complexe chimique du Cameroun (C.C.C) S. A, Obadata J-07-96*). Bref le meilleur des moyens de preuve consiste en la production d'un titre authentique. Les actes sous seing privé ne sont pas à exclure, comme les factures. Il peut en être de même de faits de possession régulière établissant la propriété des biens revendiqués et pouvant être établis par la preuve testimoniale (*CA de Douai, 30 mai 1892, DP 1893, 2, 383*). Pour autant la preuve ne doit pas se réduire aux simples allégations (*CCJA, arrêt n° 052 du 15 décembre 2005, aff. Boubo Kossia Édith c/Kouadio Kouassi Jonas, Rec. n° 6, juin-décembre 2005, p. 7, Juriscope. org.*).

B - Effets de l'action en distraction

182. Comme toute demande relative à la propriété d'un bien, la demande en distraction ne fait pas obstacle à la saisie mais suspend la procédure pour les biens saisis qui en sont l'objet (article 139 AUVE). Cette mesure permet de déjouer les manœuvres dilatoires du débiteur saisi (*selon la jurisprudence dite du président Belleyme sous la monarchie de Juillet. voir M. et J-B Donnier, op. cit., n° 865*), mais aussi d'éviter de vendre entre-temps un bien appartenant à autrui. Aussi, la CCJA a-t-elle décidé qu'en vertu de la requête en distraction formée le 09 janvier 2003, la vente intervenue le 11 janvier

2003 aurait été suspendue (CCJA, arrêt n° 11/2008 du 27 mars 2008, aff. Société TECRAM TRANSIT c/Mademoiselle Ngbesso Berthe Éliane, inédit).

183. La demande en distraction ne faisant pas obstacle à la saisie, les biens saisis doivent rester indisponibles de telle sorte que le tiers revendiquant n'a plus besoin de pratiquer, avant l'issue de cette action, une saisie pour rendre lesdits biens indisponibles (*contra A. M. H. ASSI-ESSO et NDIOUF, ouvrage op. cit., p. 141, n° 295*).

184. La durée de cette suspension est sujette à caution. Selon la jurisprudence, la décision qui rejette l'action en distraction met fin à la suspension en dépit des voies de recours (*Cass. Civ., 2^e, 27 avril 2000, Bull. civ., n° I H, n° 69, RTD civ., 2000, p. 642 et s., obs. R. PERROT*).

185. Si l'action en distraction connaît un succès, la juridiction compétente doit ordonner la suspension des poursuites et la mainlevée si la saisie a déjà eu lieu. Dans le cas contraire, cette juridiction ordonnera la continuation des poursuites.

186. La distraction doit porter sur les objets compris dans l'assiette de la saisie de telle sorte que doit être annulée la décision ordonnant la restitution d'objets non compris dans la saisie (*Bouaké, ch. Civ. et com., arrêt n° 61 du 04 avril 2001, STIB, et F. c/S. et L, Ohada.com/Obadata J-02-105*). La distraction ne doit porter que sur les biens appartenant au tiers revendiquant. La mainlevée de saisie ne serait que partielle si certains biens contenus dans la saisie appartiennent en partie au débiteur saisi et en partie au tiers revendiquant.

§2 - Action en revendication

187. Seule l'action en revendication peut être exercée si les biens saisis ont été déjà vendus car à partir de ce moment, l'action en distraction cesse d'être recevable (article 142 alinéa 1 AUVE). Si le tiers est reconnu propriétaire des biens vendus, il lui sera restitué le prix de vente non diminué des frais. Ce qui suppose que ce prix n'avait pas encore été remis ou distribué aux créanciers saisissants (alinéa 2 de l'article 142 AUVE). Si l'action en revendication intervient alors que le prix de vente est déjà distribué, malgré le silence de l'Acte uniforme, le tiers revendiquant n'est pas désarmé ; son sort dépendra de l'application des règles de droit commun prescrites par le Code civil.

Au vu de ces règles plusieurs solutions peuvent être envisagées. Si le tiers s'était volontairement dépossédé en confiant le bien au débiteur saisi, l'adjudicataire de bonne foi est protégé par l'article 2279 alinéa 1 code civil « En fait de meuble, possession vaut titre ». La solution est identique si la remise volontaire résulte d'un abus de confiance ou d'une escroquerie. Le tiers ne pourra agir qu'en responsabilité contre le saisi.

En revanche si le meuble a été volé ou perdu, l'action en revendication reste ouverte pendant trois ans contre l'adjudicataire de bonne foi ou trente contre l'adjudicataire de mauvaise foi à compter du vol ou de la perte (alinéa 2 de l'article 2279 code civil précité). Mais parce qu'il est au-dessus de tout soupçon pour avoir acquis les biens dans une « vente publique », l'adjudicataire peut retenir le bien jusqu'à ce qu'il lui soit remboursé par le tiers revendiquant le prix payé (article 2280 code civil précité).

Ces règles ne s'appliquent pas, ni aux immeubles par destination, même s'ils ont physiquement la nature de meubles (*Cass. Com. 19 janvier 1960, Bull. civ. III, n° 30*), ni aux meubles par anticipation à l'instar des récoltes sur pied qui font l'objet d'une saisie-vente particulière.

Chapitre IV : Saisie des récoltes sur pied

188. Connue sous l'appellation de saisie-brandon dans les anciens textes africains hérités de la colonisation française, la saisie des récoltes sur pied est une saisie par laquelle un créancier, muni d'un titre exécutoire, met sous la main de justice des récoltes encore pendantes aux branches et aux racines et appartenant à son débiteur, dans l'intention d'en réaliser la vente lorsqu'elles seront parvenues à maturité.

-En principe ces récoltes devraient être saisies par voie de la saisie immobilière car aux termes de l'article 520 code civil précité, elles sont les immeubles par nature en raison de leur adhésion à la terre. Mais le législateur d'aujourd'hui comme celui d'hier a voulu les soustraire de cette procédure coûteuse et lente de la saisie immobilière en faisant d'elles les meubles par anticipation. Leur saisie a été plutôt rapprochée de la saisie-vente avec quelques spécificités pouvant être appréciées au niveau des conditions (section I) et de la procédure (section II) de cette saisie des récoltes sur pied.

Section I - Conditions de la saisie des récoltes sur pied

Les spécificités relatives aux conditions de cette saisie n'échappent pas au dispositif commun à toutes les saisies. Elles concernent les sujets de la saisie (§1), les objets saisissables (§2) avec un accent particulier sur la période de la saisie des récoltes sur pied (§3).

§1 - Sujets de la saisie

189. Le sujet actif doit être le créancier du propriétaire des récoltes sur pied avec une créance certaine, liquide et exigible résultant d'un titre exécutoire, l'avons-nous dit.

Le sujet passif n'est rien d'autre que le débiteur de la créance avec toutes les nuances relatives aux régimes matrimoniaux. Surtout il doit être le propriétaire de la récolte. Ce propriétaire peut aussi être le propriétaire du terrain. Parfois cette coïncidence fait défaut. C'est ainsi que le propriétaire peut être le fermier, le métayer, l'usufruitier ou le simple occupant du domaine national comme c'est souvent le cas dans certains États africains où l'accession à la propriété foncière n'est pas évidente de telle sorte que la majorité de la population ne dispose que d'un droit d'occupation. Néanmoins quelques précisions s'imposent. S'il s'agit d'un métayer, la saisie ne peut porter que sur la part de fruits revenant à ce dernier. S'il s'agit d'un usufruitier, la cessation de l'usufruit empêche que l'on saisisse les récoltes en cours de maturation car elles appartiennent désormais au propriétaire de l'immeuble (article 585 alinéa 2 code civil précité).

§2 - Biens susceptibles d'être saisis

190. Les textes antérieurs n'avaient envisagé que « les fruits pendants par racines. Il s'agissait des fruits naturels encore reliés à la terre. À ces fruits la jurisprudence avait assimilé les bois taillés, mais non les arbres de haute futaie qui pouvaient faire l'objet d'une saisie immobilière. Encore que si la forêt dans laquelle ces arbres vivent fait l'objet des coupes réglées, ils constituent les fruits. L'OHADA a entériné cette approche large en visant « les récoltes sur pied ».

Ces récoltes sont les fruits naturels qui sont les biens corporels que la terre produit spontanément et les fruits industriels dont le sol se couvre avec l'aide du travail de l'homme. Cette limitation résulte de l'article 147 de l'AUVE selon lequel la saisie des récoltes sur pied porte sur les récoltes et fruits proches de la maturité. En sont exclus les produits qui restent les immeubles jusqu'à leur enlèvement. C'est le cas des matériaux à extraire des carrières et des mines. De même les fruits civils ne peuvent faire l'objet de cette saisie des récoltes sur pied. Ainsi en est-il des intérêts d'une somme d'argent, les loyers et les arrérages.

Par ailleurs, cette saisie n'est plus possible si l'immeuble a déjà fait l'objet d'une saisie immobilière ou si les fruits avaient fait l'objet antérieurement d'une vente sur pied (Civ. 25 février 1896 D. P. 1897.1. 69). Dans le même ordre d'idée, cette saisie doit épargner la part des récoltes qui serait indispensable à l'alimentation du débiteur pour les raisons humanitaires.

§3 - Époque de la saisie

191. Selon l'article 147 de l'AUVE in fine « elle ne pourra être faite, à peine de nullité plus de six semaines avant l'époque habituelle de maturité ». La notion d'habitude utilisée par ce texte montre que la date à prendre en compte doit être fixée par les usages locaux. Une

saisie pratiquée plus de six semaines avant la maturité est nulle. Il en est de même d'une saisie pratiquée avant la naissance de la récolte.

La question peut se poser au sujet des plantes ayant un cycle normal de reproduction inférieur à six semaines. Nous pensons que leurs fruits peuvent être saisis à tout moment à condition qu'on ait déjà affaire à une « récolte sur pied », notion qui devrait être interprétée suivant les usages locaux.

Section II - Procédure de la saisie des récoltes sur pied

Elle n'est pas très différente de celle de la saisie-vente. Les spécificités y relatives existent et concernent le déroulement de la procédure (§1) et la vente des récoltes (§2).

§1 - Déroulement de la procédure

192. Trois phases sont requises : le commandement de payer, le procès-verbal de saisie, la garde des récoltes saisies.

Le commandement de payer doit revêtir la même forme qu'en matière de saisie-vente. Notamment il doit contenir la notification du titre exécutoire s'il n'a pas encore été notifié. S'agissant d'une condition préalable et non d'un acte constitutif de saisie, il peut être délivré avant les six semaines qui précèdent la maturité des récoltes.

193. Le procès-verbal doit contenir les mêmes mentions que celles valables pour la saisie-vente. Mais au lieu de décrire les biens saisis, l'on va procéder à la description du terrain où sont situées les récoltes, avec sa contenance, sa situation et l'indication de la nature des fruits (article 148 alinéa 1 in fine AUVE). L'huissier de justice peut se référer dans ce cas au service de la conservation foncière si l'immeuble est immatriculé.

194. Les récoltes saisies sont placées sous la responsabilité du débiteur en tant que gardien. Toutefois, sur la demande du créancier saisissant, la juridiction compétente peut désigner un gérant à l'exploitation, le débiteur entendu ou appelé.

195. Le déroulement de cette procédure peut se heurter aux mêmes incidents qu'en matière de saisie-vente qu'il s'agisse de l'opposition, de l'action en distraction ou en nullité empêchant ainsi la vente des récoltes saisies.

§2 - Vente des récoltes sur pied

196. Comme en matière de saisie-vente, elle est soumise aux formalités de publicité avec quelques nuances. Cette publicité se matérialise par les affiches apposées à la mairie ou au lieu où s'apposent les actes de l'autorité

et au marché le plus proche du lieu où se trouvent les récoltes (article 150, alinéa 1^{er} de L'AUVE).

Les affiches mentionnent les jour, heure, et lieu de la vente et indiquent le terrain où sont situées les récoltes ainsi que la contenance et la nature des fruits (article 150 alinéa 2 AUVE).

L'apposition des affiches est constatée comme en matière de saisie-vente (article 150 alinéa 3 AUVE).

197. Après ces formalités, intervient la vente des récoltes sur pied ou au marché le plus proche. Ce qui suppose dans ce dernier cas que la récolte ait déjà été faite.

Pour le reste, les formalités prescrites pour la saisie-vente reçoivent application (article 152 AUVE).

Jean Paul TCHOU-BAYO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Acte de saisie 73, 77, 79, 80, 86, 93,
96, 97, 98, 104, 109, 117, 119,
150, 158
Affichage 122

B

Biens
- consommables 9, 83
- non-consommables 9

C

Coffre-fort 11
Commandement de payer 55, 57,
58, 60, 62, 67, 95, 104, 139, 192
Commissaire-priseur 127, 132
Consignation 86, 111, 116, 117
Contestation 19, 71, 72, 79, 86, 102,
134, 154, 155, 157, 159, 160, 161,
163, 164, 168, 176, 178
Créanciers opposants 112, 116, 145,
147, 153, 154, 161, 179

D

Débiteur saisi 2, 7, 10, 15, 21, 26,
30, 35, 37, 63, 71, 72, 74, 77, 78,
79, 80, 86, 89, 90, 92, 94, 95, 96,
97, 100, 101, 103, 106, 108, 110,
117, 124, 129, 130, 135, 138, 142,
148, 151, 154, 158, 165, 176, 179,
182, 186, 187
Déclaration du tiers 97
Décompte 58, 139, 165
Délai 57, 60, 61, 62, 66, 67, 77, 79,
86, 95, 99, 100, 106, 109, 111,
113, 117, 120, 124, 131, 143, 152,
154, 158, 163, 165, 170
Détournement des biens saisis 89,
92, 97
Distraction 135, 177, 179, 180, 182,
183, 185, 186, 187, 195

E

Enchères 3, 106, 118, 121, 126, 130,
132

F

Fermier 189
Folle enchère 117, 131
Fruits 88, 106, 189, 190, 191, 193, 196

G

Garde 77, 79, 81, 89, 90, 92, 97,
101, 104, 114, 165, 167, 192
Gardien 68, 71, 87, 90, 91, 92, 101,
111, 125, 179, 194
Gérant à l'exploitation 194

H

Huissier de justice 5, 51, 58, 60, 62,
68, 69, 70, 71, 72, 74, 77, 79,
85, 90, 94, 96, 99, 101, 104, 107,
119, 112, 116, 123, 127, 143, 157,
159, 164, 175, 193

I

Immeuble 5, 12, 13, 23, 27, 30, 35,
38, 187, 189, 193
Incident 4, 40, 55, 79, 133, 134, 135,
163, 195
Indisponibilité 7, 28, 79, 81, 82, 83,
86, 89, 90, 92, 167
Indivisions 24, 25
Inventaire 47, 79, 125, 148
Itératif commandement 74

J

Juge des voies d'exécution 96, 101,
138

L

Lieu 3, 29, 30, 33, 38, 41, 62, 64, 66,
68, 70, 77, 78, 86, 94, 100, 101,
102, 114, 117, 120, 123, 124, 128,
134, 136, 143, 152, 159, 161, 166,
168, 185, 193, 196
Local d'habitation 138

M

Meuble 1, 6, 9, 11, 14, 15, 18, 20,
21, 22, 51, 88, 89, 103, 106, 131,
187

N

Nullité 58, 59, 67, 79, 86, 89, 97,
100, 123, 135, 141, 146, 153, 155,
156, 160, 161, 162, 163, 165, 167,
169, 172, 175, 180, 191, 195

O

Opposition 28, 125, 130, 134, 135,
136, 137, 138, 139, 141, 143, 145,
148, 149, 150, 152, 176, 195

P

Païement 33, 35, 51, 53, 61, 74, 76,
78, 96, 97, 99, 106, 129, 130,
131, 163, 170, 171
Personne morale 164
Photographie 64, 70, 71, 72, 125
Prix de vente 38, 103, 111, 116, 169,
187
Procès-verbal de saisie 28, 69, 79,
81, 86, 92, 93, 96, 97, 100, 104,
109, 143, 150, 192
Produit 61, 73, 89, 166, 168, 169,
190
Propriétaire 88, 89, 108, 133, 160,
179, 180, 187, 189
Publicité 119, 121, 122, 123, 124,
152, 196

R

Récolte 4, 13, 187, 189, 190, 191,
192, 194, 195, 196, 197
Régime matrimonial 21, 51
Réitération verbale 74, 76
Rétention 102, 104

S

Saisie conservatoire 14, 18, 28
Saisie-vente 1, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11,
12, 13, 14, 15, 18, 21, 28, 30, 33,
36, 38, 40, 41, 43, 50, 52, 54, 55,
57, 63, 64, 66, 68, 75, 82, 89, 93,
97, 103, 105, 115, 132, 133, 134,
135, 136, 143, 146, 148, 154, 155,
156, 158, 165, 168, 172, 174, 175,

178, 187, 188, 191, 192, 193, 195,
196, 197
Séquestre 84, 90, 91, 92, 101
Signification 6, 57, 58, 60, 77, 78, 80,
86, 98, 99, 104
Sommes d'argent en espèce 10

T

Taux d'intérêt 139, 141
Tiers 1, 11, 14, 26, 43, 52, 53, 63, 65,
92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100,

101, 102, 103, 105, 110, 115, 135,
138, 151, 160, 167, 176, 177, 178,
179, 180, 183, 186, 187
Titre exécutoire 1, 5, 14, 29, 30, 56,
58, 79, 94, 138, 139, 141, 148,
149, 163, 171, 188, 189, 192

U

Usage 83, 84, 87, 101, 191
Usufruitier 180, 189

V

Véhicule terrestre à moteur 10, 85,
101
Vente 3, 5, 6, 7, 10, 14, 15, 20, 25, 26,
30, 38, 77, 79, 85, 88, 89, 92, 100,
102, 105, 108, 109, 111, 113, 114,
115, 116, 117, 118, 120, 121, 124,
125, 128, 130, 132, 154, 165, 167,
169, 177, 179, 182, 187, 188, 190,
195, 196, 197
Vérification 71, 72, 92, 119, 125,
132, 140, 147, 168

SANCTIONS CIVILES ET COMMERCIALES DES PROCÉDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF

Table des matières

Introduction n° 1-5

Chapitre I : **Sanctions patrimoniales** n° 6-38

Section I - **Obligation de combler le passif** n° 7-17

§I - Conditions de l'action n° 8-11

A - Faute n° 9

B - Dommage n° 10

C - Lien de causalité n° 11

§II - Dirigeants concernés n° 12-15

A - Dirigeants en fonction n° 13-15

B - Anciens dirigeants n° 15

§III - Régime de l'action n° 16-17

Section II - **Extension de la procédure collective** n° 18-28

§I - Personnes concernées n° 19-21

§II - Actes incriminés n° 22-23

§III - Procédure et effets de l'extension n° 24-28

Section III - **Sanctions touchant aux droits d'associé des dirigeants** n° 32-38

§I - Limitations aux droits d'associé n° 33-35

§II - Perte de la qualité d'associé n° 36-38

Chapitre II : **Sanctions extrapatrimoniales** : la faillite
personnelle n° 39-52

Section I - **Conditions de la faillite personnelle**
n° 40-45

§I - Personnes concernées n° 41

§II - Cas ou causes de la faillite personnelle n° 42-44

§III - Procédure n° 45

Section II - **Effets et la fin de la faillite personnelle**
n° 46-52

§I - Effets de la faillite personnelle n° 47-48

§II - Fin de la faillite personnelle n° 49-52

Bibliographie

- MAKANDA (L. N) : La liquidation des entreprises publiques en droit camerounais, Penant n° 835, janvier-avril 2001.
- POUGOUÉ (P. G) et KUATE (S. S) : Les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, l'Harmattan, Paris, 2010.
- SAWADOGO (F. M) : Droit des entreprises en difficultés, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002.

Introduction

1. Il faut entendre par sanctions civiles et commerciales dans le cadre des procédures collectives d'apurement du passif les sanctions civiles au sens large, par opposition aux sanctions pénales, qui peuvent être prononcées à l'occasion de l'ouverture, du déroulement ou de la clôture d'une procédure collective ou, tout au moins de la cessation des paiements du débiteur. Ce dernier cas concerne essentiellement la banqueroute qui peut être prononcée même si une procédure collective n'a pas été effectivement ouverte, ce qui relève de la faillite de fait (art. 236 AUPCAP).

Les sanctions civiles et pénales qui s'adressent au débiteur et aux dirigeants de personnes morales, et tout particulièrement aux dirigeants de sociétés commerciales, revêtent un triple intérêt : d'une part, elles exercent un effet dissuasif quant à la commission des fautes pouvant conduire à leur prononcé et, par voie de conséquence, elles incitent le débiteur ou les dirigeants à gérer leurs entreprises de manière à éviter la survenance de la cessation des paiements ; d'autre part, elles permettent d'éliminer pour l'avenir ceux qui se sont montrés fautifs, voire sim-

plement d'une incompétence manifeste ; ce faisant, elles contribuent à la moralisation et à l'assainissement des professions commerciales et du monde des affaires d'une manière générale ; enfin, elles contribuent, pour celles qui ont un caractère patrimonial prononcé, au paiement des créanciers, voire au redressement de l'entreprise. Par ailleurs, elles peuvent constituer une satisfaction morale pour les créanciers impayés, ce qui n'est pas négligeable. Comme l'écrit pertinemment un auteur, « si les créanciers ont peu d'espoir d'être payés, ils ont au moins la maigre et peu glorieuse consolation de voir que le redressement judiciaire produira parfois des conséquences fâcheuses pour le débiteur lui-même » (*Yves Guyon, Droit commercial, Entreprises en difficultés – Redressement judiciaire – Faillite, Les cours de droit, fascicule II, 1986-1987, p. 411*) ou pour les dirigeants sociaux.

2. En ce qui concerne les commerçants personnes physiques, auxquels il convient d'assimiler les associés tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales, les sanctions civiles et pénales ont de tout temps été très lourdes. De ce point de vue, les lois françaises du 13 juillet 1967 et du 25 janvier 1985 et l'Acte uniforme de l'OHADA qui s'en inspire apportent des adoucissements, notamment à travers la dissociation de l'homme et de

l'entreprise. Il n'en a pas toujours été de même pour les dirigeants de sociétés. Les sociétés permettent l'exercice du commerce par personne interposée. Pendant longtemps, on s'en est tenu au schéma théorique selon lequel la société seule a la qualité de commerçant, les dirigeants n'étant que ses mandataires. Par conséquent, les conséquences des actes qu'ils passent se produisent sur leur mandant, en l'occurrence la société.

Or l'expérience montre que souvent les dirigeants et/ou les associés influents (dirigeants de fait) ont une responsabilité dans la cessation des paiements de la société, qu'il s'agisse de leur incompétence, de leur incurie, des rémunérations et autres avantages exorbitants qu'ils s'octroient ou encore de leur mauvaise gestion et des malversations qu'ils commettent. Ainsi, après avoir tiré profit de l'activité sociale pendant les périodes fastes, les dirigeants et associés influents exhibent le bouclier de la personnalité morale de la société et de leur responsabilité limitée en laissant ainsi les pertes aux créanciers qui risquent de ne pas être désintéressés et, cela, en conservant la possibilité d'entreprendre librement de nouvelles activités ou de créer d'autres sociétés.

À partir de la crise de 1929, devant les scandales financiers, le législateur dut réagir de plus en plus sévèrement contre la situation d'irresponsabilité totale des dirigeants sociaux. En effet, lorsqu'une société a déposé son bilan dans des conditions scandaleuses frisant l'escroquerie ou l'abus de confiance, l'équité et la morale postulent que ses dirigeants ne demeurent pas impunis. Bien au contraire, il faut lever le voile de la personnalité morale et punir les dirigeants fautifs. À cet égard, on note, entre autres :

- le décret-loi du 8 août 1935 étendant les déchéances de la faillite et les peines de la banqueroute aux dirigeants sociaux ;
- la loi du 18 septembre 1940, instituant l'action en comblement du passif social, remplacée par celle du 16 novembre 1940 ;
- la loi du 10 août 1947 tendant à l'assainissement des professions commerciales.

Finalement, il en est résulté une panoplie assez large de sanctions qui ont été mises en cohérence par la loi du 13 juillet 1967 qui met en œuvre la dissociation de l'homme et de l'entreprise, celui-ci n'étant punissable que s'il est fautif ou présumé tel.

3. Mais depuis quelques années, la nécessité est ressentie de trouver un juste milieu en matière de sanctions pour ne pas décourager les initiatives et l'esprit d'entreprise. En effet, bien de cessations des paiements sont dues à l'accroissement de la concurrence, aux modifications structurelles de l'économie, à la mondialisation... et non principalement à la mauvaise gestion des entrepreneurs et dirigeants sociaux. Dans ces conditions, le débiteur peut avoir eu un comportement irréprochable bien que son entreprise soit vouée à l'échec et que sa liquidation soit prononcée. Il serait alors injuste et contraire à l'intérêt

général de le sanctionner et de l'empêcher de reprendre, s'il le souhaite, l'exercice d'une activité commerciale. L'Acte uniforme de l'OHADA prend en compte, peu ou prou, cette évolution vers le cantonnement des sanctions, pénales surtout, et vers le bannissement des sanctions aveugles et automatiques. En particulier, l'Acte uniforme met en œuvre, à la suite des lois françaises de 1967 et de 1985, la dissociation de l'homme et de l'entreprise. Celle-ci est traitée selon qu'elle est redressable ou non redressable tandis que le débiteur ou les dirigeants ne font l'objet de sanctions que s'ils sont fautifs et les fautes, après une longue période de présomptions, doivent désormais être prouvées.

4. Les sanctions *lato sensu* peuvent être regroupées selon qu'elles sont, ou civiles et commerciales, ou pénales. Sur le plan pratique, la caractéristique commune de l'ensemble des sanctions est leur ineffectivité quasi-totale malgré l'existence de situations semblant appeler leur application. *Voy. par exemple Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso, Burkina Faso, jugement n° 298 du 29 décembre 2004, Sté SENEFURA SAHEL, Sté Adventis Grop Science - Côte d'Ivoire (ACS CI), Sté ALM International et Société Nationale de Transit du Burkina (SNTB) c/ Société de Représentation et de Distribution des Produits Chimiques à usage Agricole, Industriel et Domestique (SOPAGRI-SA) qui convertit le redressement judiciaire ouvert par le jugement n° 231 en date du 11 juillet 2001 du même tribunal pour des fautes graves commises par les dirigeants sociaux sans que la responsabilité de ceux-ci ne soit recherchée. Le Tribunal relève, entre autres, que les dirigeants n'ont rien fait pour proposer un concordat et ont posé des actes graves tendant à alourdir son passif.*

5. Pour en revenir aux sanctions civiles et commerciales, il faut signaler que le terme de sanction est pris au sens large incluant des mesures proches de la responsabilité civile. Dans ce sens, les sanctions civiles sont toutes celles qui n'ont pas un caractère pénal. À cet égard, il apparaît que l'Acte uniforme retient une grande variété de sanctions constituées par l'obligation de combler le passif, l'extension de la procédure collective aux dirigeants, les limitations aux droits des dirigeants sur leurs titres sociaux, les déchéances de la faillite personnelle. La plupart de ces sanctions s'analysent comme étant patrimoniales tandis que l'une d'elle a un caractère extrapatrimonial.

Chapitre I : Sanctions patrimoniales

6. Les sanctions patrimoniales ne concernent que les dirigeants de personnes morales, à l'exclusion de l'entrepreneur individuel et des associés ou membres supportant une responsabilité indéfinie et solidaire vis-

à-vis des dettes de la personne morale. En effet, ces personnes ont toute la qualité de commerçant et l'ensemble du patrimoine de chacun d'eux est appréhendé par la procédure collective ouverte à son égard. Elles sont intervenues pour la première fois en 1935 et en 1940. Auparavant, la personnalité morale de la société constituait un bouclier protecteur infranchissable (*Voy. dans ce sens : P. Delebecque et M. Germain, Traité de droit commercial de Georges Ripert et René Roblot, L.G.D.J., tome 2, 16^e éd., 2000, n° 3278.*). Ces sanctions sont dites patrimoniales ou pécuniaires dans la mesure où elles consistent, directement ou indirectement, à amener les dirigeants à payer les créanciers de la personne morale. Ces sanctions comprennent l'obligation de combler le passif, l'extension de la procédure et, dans une moindre mesure, les limitations aux droits des dirigeants sur leurs titres sociaux.

Section I - Obligation de combler le passif

7. Devant le caractère choquant de l'irresponsabilité civile des dirigeants sociaux alors que très souvent ils sont à l'origine des difficultés financières des sociétés et le spectacle désolant des créanciers impayés, la loi du 18 septembre 1940, remplacée par celle du 16 novembre 1940 – spécialement son article 4 – a, pour la première fois, institué l'obligation pour le président-directeur général et les autres administrateurs de combler le passif social avec ou sans solidarité. Un décret-loi du 9 août 1953 a retenu la même obligation à l'encontre des gérants et associés des SARL. La situation dans les colonies était incohérente puisque le décret-loi de 1953 relative aux SARL a été étendu contrairement à la loi de 1940 concernant les SA.

L'obligation de combler le passif a été perfectionnée par la loi française du 13 juillet 1967, puis réformée par celle du 25 janvier 1985. L'Acte uniforme de l'OHADA s'inspire de cette dernière loi. Selon celui-là, lorsque la procédure collective d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider, à la requête du syndic ou même d'office, que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux (art. 183 AUPCAP).

Le prononcé de cette sanction implique que ses conditions soient réunies, que l'action s'adresse à des dirigeants concernés et soit diligentée conformément à la procédure fixée.

§I - Conditions de l'action

8. L'action en comblement du passif est classiquement considérée comme une action en responsabilité civile aggravée. Elle n'a pas pour objet, *stricto sensu*,

de sanctionner un dirigeant malhonnête ou incapable mais seulement de réparer le dommage subi par les créanciers impayés ou incomplètement payés du fait de l'insuffisance d'actif. L'aggravation par rapport à la responsabilité civile de droit commun résultait clairement des spécificités de cette action. En effet, depuis son institution jusqu'à la loi française du 25 janvier 1985, l'obligation de combler le passif a toujours fonctionné sur des présomptions : présomption de faute des dirigeants dès qu'il y a insuffisance d'actif, présomption de lien de causalité entre la faute et le dommage constitué par l'insuffisance d'actif. L'Acte uniforme, s'inspirant du droit comparé, notamment du droit français, exige, pour que le comblement du passif soit prononcé, la réunion des trois éléments classiques de la responsabilité civile du fait personnel sans aucune présomption. Il faut donc désormais démontrer qu'une faute de gestion des dirigeants a entraîné l'insuffisance d'actif ou y a contribué.

A - Faute

9. Il n'y a pas de définition légale de la faute de gestion. On peut donc considérer que c'est une faute dans la gestion de la société comme les initiatives irréfléchies, l'incurie ou la négligence dans le suivi des opérations, la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire, l'absence de réaction alors que la société a perdu une partie importante de son capital ou qu'une alerte fondée a été déclenchée, la gestion imprudente, la non tenue de la comptabilité ou la tenue d'une comptabilité irrégulière ou incomplète au regard de la taille de l'entreprise, la violation de la loi et/ou des statuts. Il n'est pas exigé qu'il s'agisse d'une faute lourde ou d'une pluralité de fautes : une seule faute, même légère, peut suffire.

Pendant longtemps, tenant compte de la difficulté de démontrer l'existence d'une faute de gestion, les dirigeants étaient présumés fautifs du simple fait que le passif est supérieur à l'actif. Pour éviter la condamnation, ils ne devaient pas se contenter de prouver l'absence de faute mais plutôt démontrer qu'ils ont apporté aux affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires. L'Acte uniforme n'ayant pas retenu de présomption, il revient au syndic de prouver la faute des dirigeants dans la gestion sociale. La gestion des entreprises ayant acquis un caractère scientifique, l'examen des données comptables et financières, de la qualité de la comptabilité et l'appréciation des décisions prises ou de l'absence de décisions peuvent révéler des fautes de gestion. Cette évolution devrait amoindrir l'inconvénient découlant de la disparition des présomptions qui ne doit pas conduire à l'impunité des dirigeants.

B - Dommage

10. Le dommage résulte tout simplement de l'insuffisance de l'actif par rapport au passif. Cette insuffisance

doit être clairement établie soit dès après le jugement d'ouverture, soit plus tard. Il est souvent nécessaire d'attendre que la vérification des créances aboutisse à l'arrêt définitif de l'état des créances. Il n'est pas exigé que la procédure soit clôturée par une insuffisance d'actif. Toutefois, l'insuffisance d'actif ne doit pas résulter des opérations de continuation d'exploitation postérieure au jugement d'ouverture.

Le dommage ainsi défini est subi par les créanciers qui, sans l'obligation de combler le passif, ne seront pas intégralement payés. Cependant, les créanciers pris individuellement n'ont pas reçu qualité pour agir en comblement du passif.

Le dommage existe dès lors qu'il y a insuffisance d'actif sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant la procédure ouverte – redressement judiciaire ou liquidation des biens – ou suivant le mode de clôture (concordat, union, insuffisance d'actif). Seule, par définition, la clôture pour extinction du passif exclut l'existence du dommage.

C - Lien de causalité

11. Avec la disparition de la présomption irréfragable de causalité entre la faute et le dommage, il devient nécessaire de démontrer qu'une faute de gestion des dirigeants a entraîné l'insuffisance d'actif ou y a contribué. Il est rare que la faute des dirigeants soit la cause unique et exclusive des difficultés de l'entreprise et de l'insuffisance d'actif. Il y a souvent également la conjoncture économique, la faible dimension de l'entreprise, la faiblesse des capitaux propres, l'évolution du secteur dans lequel s'insèrent les activités de l'entreprise, etc. C'est dire, au regard de la complexité des faits qui sont ou peuvent être à l'origine de la défaillance des entreprises et, par voie de conséquence, de l'insuffisance d'actif, qu'il sera malaisé de rapporter la preuve du lien de causalité.

Toutefois, la juridiction compétente peut avoir recours à une expertise ou prendre en compte une causalité partielle. Dans ce dernier cas, les dirigeants, comme l'autorise expressément l'Acte uniforme, seront condamnés à combler seulement une partie du passif.

Il ne suffit pas de préciser les conditions de l'action en comblement du passif, il faut également déterminer les dirigeants susceptibles d'être atteints.

§II - Dirigeants concernés

12. Selon l'article 180 AUPCAP, l'obligation de combler le passif social et l'extension de la procédure collective s'adressent, en cas de cessation des paiements d'une personne morale, « aux dirigeants personnes physiques ou morales, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non et aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes ».

La formule de l'article 180 « en cas de cessation des

paiements d'une personne morale » montre que l'action en comblement du passif ne peut être intentée contre des dirigeants alors que la cessation des paiements de la personne morale qu'ils dirigent n'est pas constatée, autrement dit une procédure collective doit au préalable avoir été ouverte à l'égard de la personne morale. C'est une condamnation implicite de la « faillite de fait ». Pour le reste, il convient d'examiner le cas général qui est celui des dirigeants en fonction, puis le cas particulier des dirigeants retirés.

A - Dirigeants en fonction

13. L'article 180 AUPCAP s'adresse d'une part aux dirigeants de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, d'autre part aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes.

La première formule, quelque peu redondante, vise à appréhender tous ceux qui ont joué un rôle actif, déterminant ou simplement notable, dans la gestion de la personne morale, ce qui exclut les entreprises individuelles. Les qualifications utilisées demandent à être brièvement explicitées.

Les dirigeants de droit sont ceux qui ont été régulièrement désignés par l'organe compétent avec la publicité que requiert le droit des sociétés. Il en est ainsi des gérants pour la plupart des sociétés, des administrateurs, du président-directeur général, du président du conseil d'administration et du directeur général ou de l'administrateur général dans la société anonyme.

Avant l'adoption de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE s'appliquait pour les SARL la loi du 7 mars 1925 dont l'article 25 avait fait l'objet d'un ajout de deux alinéas nouveaux par le décret-loi du 9 août 1953 qui avait été étendu aux colonies par un décret du 13 novembre 1956. Ces alinéas prévoyaient qu'en cas d'insuffisance d'actif, le tribunal pouvait décider que les dettes sociales seront supportées en tout ou en partie, soit par les gérants, associés ou non, salariés ou non, soit par les associés, soit par certains des uns et des autres, avec ou sans solidarité, sous la condition pour les associés qu'ils aient participé effectivement à la gestion de la société. C'est dire donc qu'il devait s'agir d'associés ayant la qualité de dirigeant de fait. Le TPI de Ouagadougou (*jugement n° 407 du 30 novembre 1983, Maïga Inoussa et Consorts contre KI Joseph, syndic de la faillite Prombôtel, in F. M. Sawadogo, L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone*) a fait une bonne application de ces alinéas, ce qui est rare.

La portée du défaut de publicité paraît discutable. En France, il a été décidé que le défaut de publicité de la désignation d'une société comme administrateur ne pouvait faire échec à l'application de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 (*Cass. fr., com. 26 janvier 1988, Dalloz 1988. Somm. 377, obs. Honorat*). Ne sont pas des

dirigeants sociaux les directeurs techniques salariés, les membres du conseil de surveillance et les commissaires aux comptes. Il y a lieu d'indiquer que l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique n'a pas retenu la formule du directoire et du conseil de surveillance.

Les dirigeants de droit ne peuvent être exclus du seul fait qu'il y a en plus des dirigeants de fait.

Les dirigeants de fait sont concernés par l'action en comblement du passif. Il s'agit en quelque sorte d'appréhender la réalité de l'exercice du pouvoir : par conséquent, le simple fait de n'avoir pas été formellement désigné ne fait pas échapper à la responsabilité éventuelle. En pratique, la notion de dirigeant de fait, qui n'est pas définie par l'Acte uniforme, est difficile à préciser. On estime généralement que la qualité de dirigeant de fait suppose une activité positive et habituelle de haute gestion en toute indépendance. Le dirigeant de fait peut être apparent, en ce sens qu'il agit ouvertement à l'égard des tiers qui le considèrent comme un dirigeant au sens plein. Mais il peut également être occulte s'il confie la gestion à un homme de paille qu'il dirige. La question qui se pose souvent est celle de la situation des associés ou actionnaires majoritaires. Ils ne sont pas des dirigeants de fait s'ils se bornent à exercer les prérogatives que la loi leur reconnaît. Autrement dit, l'associé ou l'actionnaire majoritaire n'est pas *ipso facto* un dirigeant de fait - ce serait d'ailleurs aller à l'encontre de la limitation de responsabilité prévue par la loi elle-même -, tout comme il n'est pas indispensable d'être majoritaire pour avoir la qualification de dirigeant de fait. Néanmoins, il sera probablement assez rare que l'associé unique ne se soit pas comporté comme le maître de l'affaire, autrement dit comme un dirigeant de fait. Il arrive que les sociétés mères soient recherchées et condamnées pour avoir en fait assuré la direction de la filiale. Les banques sont également attirées en justice comme dirigeants de fait par des demandeurs qui prétendent qu'elles se sont immiscées dans la gestion de leur client. Heureusement, cette qualification n'est pas souvent retenue car cela pourrait réduire l'octroi du crédit aux entreprises au moment où elles en ont le plus besoin, c'est-à-dire lorsqu'elles traversent de graves difficultés. Le recours au droit comparé français montre que le fait, pour une banque, d'exercer un contrôle sur l'utilisation des fonds prêtés, de « suivre » un dossier et même d'intervenir au besoin auprès des dirigeants de l'entreprise est un acte légitime de défense de ses intérêts propres, défense ne lui confère pas systématiquement la qualité de dirigeant de fait. (Voy. *Cour d'appel de Paris, 15 décembre 1995, Dalloz 1996, IR, 74*).

Les notions de dirigeants apparents et de dirigeants occultes recourent plus ou moins parfaitement celles de dirigeants de droit et de dirigeants de fait. C'est ce qui explique leur abandon par la loi française du 25 janvier 1985. Les dirigeants apparents sont ceux qui sont reconnus comme étant des dirigeants par les tiers. Généralement, ce sont les dirigeants de droit qui cor-

respondent à ce critère mais il peut fort bien s'agir de dirigeants de fait qui ne prennent pas la précaution de confier la gestion externe à un homme de paille. Justement, les dirigeants occultes sont ceux qui utilisent un prête-nom, un homme de paille, un exécutant soumis qu'ils tiennent sous leur dépendance : « ils sont dans l'ombre et ils tirent les ficelles ».

S'agissant des dirigeants rémunérés et des dirigeants non rémunérés, l'on note que les premiers sont souvent des dirigeants de droit ou des dirigeants apparents tandis que les seconds sont généralement des dirigeants de fait ou des dirigeants occultes. Les dirigeants non rémunérés, il faut le souligner, n'échappent pas, pour autant, à la responsabilité qui est celle de tout dirigeant. L'absence de rémunération n'assure donc aucune irresponsabilité ou impunité, ce qui n'est pas logique si le dirigeant bénévole ne retire aucun avantage, même indirect, de ses fonctions. Toutefois, il est loisible au tribunal de faire supporter au dirigeant bénévole une fraction de l'insuffisance d'actif moins importante que s'il avait reçu une rémunération. D'ailleurs, la gratuité, comme l'a relevé un auteur, est souvent plus apparente que véritable. *Y. Guyon, Droit commercial, Les cours de droit, op. cit., p. 434*. C'est le cas par exemple du dirigeant désigné dans une filiale où il n'est pas rémunéré alors qu'il est grassement payé au niveau de la société mère.

14. Il importe peu que le dirigeant soit une personne physique ou une personne morale. Par ailleurs, les personnes physiques que les personnes morales dirigeantes sont tenues de désigner comme leurs représentants permanents supportent également l'obligation de comblement du passif. On peut se demander si une telle assimilation est justifiée dans la mesure où généralement la personne morale est plus solvable et où le représentant peut être un exécutant soumis aux dirigeants de la personne morale. Le législateur a certainement pris en considération d'une part l'intérêt des créanciers qui commande que le maximum de personnes soit tenu à l'obligation de comblement du passif, d'autre part l'effet dissuasif que devrait exercer le comblement du passif sur toutes les catégories de dirigeants.

Il reste à se demander s'il peut s'agir d'une personne morale de droit public, même si la question peut sembler d'un intérêt quelque peu théorique. *A priori*, il n'y a pas de difficulté pour l'application du comblement du passif social. D'une part, en effet, l'Acte uniforme ne contient pas d'exclusion suivant que le dirigeant est ou non une personne morale de droit public. D'autre part, l'application des sanctions pécuniaires ne dérègle aucunement la cohérence du corps de règles applicables aux personnes morales de droit public. Enfin, sur un plan particulier, celui du soutien financier aux entreprises en difficulté, l'on a proposé que les personnes morales de droit public soient assimilées au banquier pour les sanctions qui pourraient leur être infligées en cas de faute de leur part. *Voy. pour une réponse positive : P. Charlier, La responsabilité aquilienne des pouvoirs publics dans*

les dommages causés aux tiers par les aides publiques aux entreprises en difficultés, in *Commission Droit et vie des Affaires, Faculté de droit de Liège, Les créanciers et le droit de la faillite, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruylant, 1983, p. 451 à 496 ; voy. également : J. Le Brun et D. Déon, L'exécution des créances contre les pouvoirs publics, in Commission Droit et Vie des Affaires, op. cit., p. 497 à 561.*

Si le cas des dirigeants en fonction découle plus ou moins explicitement de l'Acte uniforme, celui-ci est muet en ce qui concerne les dirigeants retirés.

B - Anciens dirigeants

15. Malgré le mutisme de l'Acte uniforme, des solutions peuvent être dégagées en s'inspirant d'une part de celles données à propos de l'ouverture de la procédure contre un débiteur commerçant qui se serait retiré du commerce, d'autre part du droit comparé, notamment français.

Dans le cadre de l'obligation de combler le passif, la responsabilité des dirigeants retirés peut être recherchée dans deux cas. Le premier est celui où le dirigeant retiré continue d'intervenir dans la gestion sociale, même si le retrait a fait l'objet de publicité. Aucun délai ne court, aucune conséquence ne peut être tirée d'une situation qui demeure la même. On doit peut-être seulement considérer que le dirigeant perd la qualité de dirigeant de droit pour devenir un dirigeant de fait. Le second cas est celui où la situation ayant abouti à l'insuffisance d'actif a été créée alors que le dirigeant retiré se trouvait encore en fonction. De la jurisprudence française constante dégagée sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, le dirigeant retiré pouvait encore être poursuivi dès lors que la situation ayant abouti à l'insuffisance d'actif avait été créée antérieurement à son retrait. *Voy. C. cass. fr., Com., 4 février 1969, Dalloz 1969, 584 ; Com. ; 1^{er} juillet 1975, Rev. Soc. 1976, 499, note Sor-tais ; Com. 13 décembre 1982, Bull. Civ. IV, n° 408, p. 341.* Il eût été choquant d'exonérer des dirigeants qui auraient créé la situation difficile et se seraient retirés juste à temps. Il semble même que le dirigeant décédé dans ces conditions pourrait être tenu sur sa succession car l'article 183 de l'Acte uniforme n'institue pas une sanction personnelle qui ne pourrait être intentée que contre le dirigeant lui-même mais plutôt une responsabilité patrimoniale ou pécuniaire qui peut être dirigée contre les héritiers.

Pour aboutir, l'action en comblement du passif doit être exercée conformément aux règles organisant son régime.

§III - Régime de l'action

16. L'action en comblement du passif relève de la compétence de la juridiction qui a prononcé l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens de la personne morale (art. 184 AUPCAP).

L'action est exercée par le syndic au nom de la masse. Il décide souverainement, après avoir consulté les contrôleurs, s'il en existe. Il y a lieu de préciser que la juridiction compétente peut se saisir d'office à partir de renseignements ou d'informations qu'elle peut obtenir puisqu'elle assure une fonction de haute administration de la procédure. Telles sont les autorités ayant reçu compétence pour introduire l'action en comblement du passif. Si cette situation paraît *a priori* satisfaisante, il y a lieu cependant de noter l'ouverture maximale qu'opère la loi française du 25 janvier 1985 : en effet, elle permet au tribunal compétent de saisir d'office ou d'être saisi par l'administrateur, le représentant des créanciers, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur ou le procureur de la République (art. 183 AUPCAP). L'objectif est de donner le maximum de chances à l'exercice effectif de l'action en comblement lorsqu'elle paraît fondée. Toutefois, les salariés ou leur représentant ne sont pas habilités à agir.

17. La procédure de l'action en comblement du passif, comme celle des autres actions relatives aux procédures collectives, est placée sous le sceau de l'urgence. Ainsi, dans le cas de l'assignation par le syndic, celle-ci doit être signifiée à chaque dirigeant mis en cause huit jours au moins avant l'audience. Dans le cas où la juridiction compétente s'est saisie d'office, le président fait convoquer les dirigeants par acte extrajudiciaire, à la diligence du greffier, au moins huit jours avant l'audience. La décision ne peut être rendue qu'après que la juridiction compétente ait entendu en audience non publique d'une part le juge-commissaire en son rapport, d'autre part les dirigeants mis en cause. Il est à souligner que selon l'Acte uniforme, « la juridiction compétente statue dans les moindres délais » (art. 183, al. 3 AUPCAP).

18. La juridiction compétente dispose d'un large pouvoir d'appréciation :

- d'abord pour retenir ou ne pas retenir la responsabilité ;
- ensuite, et dans le cas de condamnation, pour en arrêter le montant, décider des dirigeants concernés (tous les dirigeants ou certains), de l'existence de la solidarité entre eux ou, à défaut, de la part de la condamnation qui doit être supportée par chacun.

Une règle particulière concerne la situation où le dirigeant serait sous le coup d'une procédure collective avant celle de la personne morale qu'il dirige, situation qui paraît rarissime. La juridiction compétente qui a prononcé la procédure de la personne morale détermine le passif mis à la charge de ce dirigeant. Dans ce cas, le syndic de la procédure de la personne morale produit au redressement judiciaire ou à la liquidation des biens du dirigeant le montant de la condamnation prononcée contre celui-ci.

19. S'agissant de l'extinction de l'action, l'action en

comblement du passif se prescrit par trois ans à compter de l'arrêt définitif de l'état des créances. La prescription est suspendue pendant le temps que dure le concordat de la personne morale et recommence à courir en cas de résolution ou d'annulation du concordat. Toutefois, afin de laisser suffisamment de temps au syndic pour agir, l'Acte uniforme lui accorde à nouveau un délai qui ne peut, en aucun cas, être inférieur à un an.

20. Le prononcé du comblement du passif produit deux conséquences en relation avec la volonté d'en assurer l'exécution. La première tient dans la faculté donnée à la juridiction compétente d'enjoindre aux dirigeants condamnés à combler tout ou partie du passif de la personne morale de céder leurs actions ou parts sociales de celle-ci ou d'ordonner leur cession forcée par les soins du syndic, au besoin après expertise ; le produit de la vente est affecté au paiement de la part des dettes de la personne morale mise à la charge de ces dirigeants (art. 185 AUPCAP). L'efficacité de cette mesure sera en général limitée dans la mesure où l'ouverture de la procédure a pour effet de réduire dans des proportions considérables la valeur des actions ou parts sociales de la personne morale. La seconde conséquence résulte du non-paiement du montant de la condamnation : il peut être ouvert une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'égard des dirigeants concernés ; la faillite personnelle peut également être prononcée contre eux.

Le souhait manifeste du législateur est que les dirigeants condamnés s'acquittent intégralement et rapidement du montant des condamnations mises à leur charge afin de permettre le paiement total ou partiel des créanciers. En l'absence de règle particulière, celui-ci se fera soit selon l'ordre des articles 166 et 167, soit, en cas de concordat, suivant les dispositions concordataires. En France, les créanciers chirographaires sont favorisés dans ce cas, du moins s'il y a cession ou liquidation, puisque les sommes recueillies sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc (loi du 25 janvier 1985, modifiée par celle du 10 juin 1994, art. 180, al. 3).

21. En conclusion, le comblement du passif, surtout dans ses conditions actuelles de mise en œuvre en Afrique et en France, se rattache incontestablement à la responsabilité civile et tend principalement au paiement des créanciers. Mais l'aspect sanction transparaît au-delà de la réparation, notamment des pouvoirs qui sont laissés à la juridiction compétente ainsi que des conséquences qui peuvent résulter du non-paiement du montant de la condamnation, dont l'extension de la procédure collective.

Section II - Extension de la procédure collective

22. L'extension de la procédure collective de la personne morale à ses dirigeants a été instituée pour la

première fois par le décret-loi du 8 août 1935. L'objectif est d'atteindre ceux qui se sont comportés comme les véritables maîtres de l'affaire et qui veulent se retrancher derrière la personnalité morale de la société pour ne pas contribuer au paiement des créanciers alors qu'ils ont profité de la société pendant les périodes fastes. Elle constitue une sanction plus grave que l'obligation de combler le passif. En effet, le passif du dirigeant comprend l'ensemble du passif de la personne morale contrairement au comblement du passif pour lequel le dirigeant peut n'être condamné qu'à en supporter une partie. De plus, l'extension entraîne pour le dirigeant concerné toutes les limitations découlant de l'ouverture d'une procédure collective, en l'occurrence le dessaisissement.

L'expression « extension de la procédure collective au (x) dirigeant(s) » peut induire en erreur. En effet, elle fait penser que la procédure ouverte à l'égard de la personne morale va étendre ses effets aux dirigeants. Or, il ne s'agit pas d'une procédure unique : d'autres procédures devront être prononcées. De plus, l'ouverture de ces dernières n'est pas automatique : il revient à la juridiction compétente de décider de leur ouverture au regard des conditions posées par l'Acte uniforme dans les articles 189 et suivants. Enfin, ces procédures sont autonomes et peuvent être différentes de celle ouverte à l'égard de la personne morale : ainsi, par exemple, la personne morale peut être en redressement judiciaire et les dirigeants, pour certains, en redressement judiciaire, pour d'autres, en liquidation des biens et quelques-uns peuvent échapper à l'ouverture d'une procédure collective.

Il y a lieu, pour cerner l'extension de la procédure, de préciser les personnes concernées, les actes dont la commission peut l'entraîner ainsi que la procédure à suivre.

§1 - Personnes concernées

23. Ce sont les mêmes personnes que celles visées par l'action en comblement du passif, à savoir les dirigeants personnes physiques ou morales, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non et les personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes. *Voy. supra n°s 340 les observations faites à propos du champ d'application de l'obligation de combler le passif.*

Tout comme pour l'obligation de combler le passif, il y a lieu d'exclure, de manière logique, les débiteurs commerçants personnes physiques : en effet, leurs patrimoines sont entièrement englobés par la procédure collective dès son ouverture ; l'extension à leur égard ne peut donc présenter un quelconque intérêt.

L'on doit également exclure, comme nous y invite l'article 181 AUPCAP, les associés tenus indéfiniment et solidairement responsables du passif social : en effet, « la décision qui constate la cessation des paiements

d'une personne morale produit ses effets à l'égard de tous les membres indéfiniment et solidairement responsables du passif de celle-ci et prononce, contre chacun d'eux, soit le redressement judiciaire, soit la liquidation des biens » (art. 33 AUPCAP) ; en d'autres termes, ces associés, qui sont considérés comme ayant la qualité de commerçant en leur nom propre, voient leurs patrimoines appréhendés par les créanciers de la personne morale dans les mêmes conditions que les débiteurs personnes physiques dès l'ouverture de la procédure collective à l'égard de la personne morale. Il faut souligner que dans le cas des associés, il s'agit d'une seule et même décision que pour la personne morale (art. 33). Il n'en serait autrement que si des associés étaient oubliés, rendant nécessaire la prise d'une décision ultérieure, pour leur « étendre » la procédure. C'est une solution différente qui a été retenue en France, par la loi du 25 janvier 1985. Celle-ci semble exiger dans tous les cas un second jugement qui constatera la cessation des paiements de la personne morale et la responsabilité indéfinie et solidaire de l'associé pour lui étendre la procédure. Cependant, le tribunal ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation si ces conditions sont réunies : il doit prononcer l'ouverture de la procédure collective de l'associé.

L'article 181 AUPCAP précise, pour exclure les associés tenus indéfiniment et solidairement du passif social de l'extension de la procédure au titre des dirigeants, de même que du comblement du passif, qu'ils ne doivent pas être des dirigeants. Or, il semble que l'extension au titre de la qualité d'associé a une portée plus grande et, en tout cas, plus précoce (dès le jugement d'ouverture) que celle de dirigeant. Par conséquent, la première devrait systématiquement prévaloir sur la seconde, sauf fort logiquement dans les rares cas où la direction est assurée par une personne qui n'a pas la qualité d'associé.

24. Deux cas particuliers méritent un éclaircissement. Il s'agit d'abord du commanditaire s'immiscant dans la gestion. En effet, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose que l'associé commandité ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration (art. 299). En cas de contravention à la prohibition de faire des actes de gestion externe, l'associé ou les associés commanditaires sont obligés indéfiniment et solidairement avec les associés commandités pour les dettes et engagements de la société qui dérivent des actes de gestion qu'ils ont faits. Suivant le nombre et la gravité de ces actes, ils peuvent être obligés pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement. Sur ce point, l'article 300 de l'AUDSCGIE précise que les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance n'engagent pas les associés commanditaires, autrement dit ne constituent pas des actes de gestion externe. En supposant que le nombre et la gravité des actes de gestion externe du commanditaire conduisent à son assimilation pure et simple à un commandité, il se

pose la question de déterminer à quel titre la procédure collective de la société pourrait lui être étendue : est-ce en tant que dirigeant de fait ou en tant qu'associé tenu indéfiniment et solidairement du passif social ?

Nous inclinons à pencher en faveur de la seconde solution, d'une part en raison de l'assimilation au commandité dont l'extension doit se faire au titre des associés et non des dirigeants, d'autre part en raison du caractère automatique et précoce de l'extension aux associés, même si, au cas particulier, un jugement risque d'être nécessaire pour montrer que le commanditaire a posé des actes nombreux et graves de gestion externe. Par ailleurs, il n'est pas certain que les actes de gestion externe du commanditaire constituent l'une des fautes graves visées à l'article 189.

25. Il s'agit ensuite de l'extension fondée sur la fictivité de la société dont la jurisprudence française offre des exemples et qui pourrait se poser dans les mêmes termes au sein de l'OHADA. Depuis longtemps, les tribunaux français décident, lorsqu'une procédure est ouverte à l'encontre d'une société qui se révèle fictive, de l'étendre aux véritables maîtres de l'affaire que sont ses dirigeants (*C. cass. fr., 29 juin 1908, Dalloz 1910, 1, 233, note Percerou*). Cette jurisprudence, qui conserve sa valeur en France, semble également en phase avec les principes juridiques de l'OHADA. Mais quand est-ce qu'une société est fictive et quelles sont les conséquences de l'extension fondée sur la fictivité ? La société est fictive lorsqu'elle dissimule l'activité d'une personne physique qui se cache derrière l'écran de la personnalité morale de la société qu'elle anime et contrôle ou qui recherche à titre personnel les avantages qu'apporte la société sans qu'il y ait *animus societatis* (*C. cass. fr., com., 3 octobre 1989, Dr. soc., 1989, n° 363*). Il en est particulièrement ainsi lorsque le patrimoine de la société en cessation des paiements se trouvait confondu avec celui des dirigeants (*C. cass. fr., com., 3 octobre 1989, Dr. soc. 1989 n° 363*).

La fictivité de la société est ou pourra fréquemment être retenue notamment dans les petites entreprises où le dirigeant est à la fois l'associé très largement majoritaire et a du mal à faire la séparation entre les biens sociaux et ses biens personnels. Ce risque est particulièrement à craindre dans les sociétés unipersonnelles que l'OHADA admet aussi bien pour les SARL que pour les SA. « Pour cette raison, cette forme de société n'offre aux commerçants qu'une sécurité illusoire, à moins qu'ils n'acceptent de respecter à tout moment une stricte séparation entre leurs biens personnels et le patrimoine social » (*Y. Guyon, Droit commercial, op. cit., Les cours de droit, p. 448*). Le risque est d'autant plus grand en Afrique que l'on a tendance à considérer la société unipersonnelle comme la panacée, comme la forme juridique de l'entreprise personnelle, notamment du secteur informel. L'associé unique, dans ces conditions, ne verra pas la nécessité de distinguer les activités et les biens sociaux des siens propres.

Dans le cas où le problème de l'extension se poserait au sein d'un groupe de sociétés, outre la fictivité d'une ou de plusieurs sociétés membres du groupe ou la confusion patrimoniale, la jurisprudence française retient également le fait que les sociétés du groupe constitueraient une « entité économique unique », caractérisée par :

- l'identité des associés ou des actionnaires ;
- l'identité des dirigeants ou même l'unité de dirigeant ;
- le contrôle étroit d'une société sur l'autre ;
- l'identité de la politique commerciale et sociale des sociétés ;
- l'identité ou la communauté des services comptables et financiers ;
- l'existence de liens exorbitants de toute relation commerciale normale ;
- l'existence d'activités semblables ou complémentaires, dans la mesure où on relève des actes d'immixtion de certaines sociétés dans la gestion des autres. (*Voy. sur ce point : B. Jadaud, Droit commercial, Règlement amiable, redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Montcbrestien, 1997, p. 76 et 77*).

Concernant la mise en œuvre, l'on peut se demander si, outre le syndic et la saisine d'office, les tiers intéressés peuvent introduire l'action. La réponse affirmative paraît recommandée en raison de l'autonomie de cette extension. La jurisprudence française est dans ce sens (*C. cass. fr., Com. 11 octobre 1982, Dalloz 1983, Info. Rap. 180, note A. Honorat*). *L'extension résultant de la fictivité a une portée plus grande que celle prévue par les articles 189 et suivants. La même procédure va s'appliquer à la société fictive et aux dirigeants ou aux autres sociétés du groupe. Il en résulte que les organes à mettre en place et les solutions adoptées sont les mêmes. L'objectif poursuivi est soit de favoriser le redressement de l'« entreprise unique », soit de permettre le paiement des créanciers dans les meilleures conditions. Une telle solution n'est pas conforme aux dispositions de l'Acte uniforme qui, cependant, vise des hypothèses proches de la fictivité comme l'exercice d'une activité personnelle sous le couvert de la personne morale ou l'abus des biens de celle-ci en prévoyant une pluralité de procédures. L'intervention du législateur serait utile soit pour consacrer la solution de l'autonomie, soit pour faire entrer dans l'extension actuelle les différentes hypothèses de fictivité.*

Pour revenir à l'extension prévue par l'Acte uniforme, la qualité de dirigeant n'est pas suffisante : il faut également que le dirigeant ait commis un ou plusieurs des actes incriminés.

§II - Actes incriminés

26. L'extension concerne les dirigeants qui se sont comportés comme les véritables maîtres de l'affaire et qui ont, ce faisant, commis une ou plusieurs fautes graves. L'article 189 en retient quatre.

Il s'agit en premier lieu de l'exercice d'une activité commerciale personnelle soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements. Ce cas vise l'abus de la personnalité morale : le dirigeant n'a pas tenu compte de ce qu'une personne morale a un patrimoine et des intérêts distincts de ceux des membres qui la composent. Dans ces conditions, la personne morale est fictive et il paraît justifié que, dans l'intérêt des créanciers, la procédure atteigne le ou les dirigeants au bénéfice desquels la société a fonctionné.

Il s'agit en second lieu du fait de disposer des biens ou du crédit de la personne morale comme des siens propres. *Voy. Tribunal régional hors classe de Dakar, Sénégal, n° 28 du 21 janvier 2003, qui ordonne l'extension de la procédure de liquidation des biens de la SOGERES à Abdoul Khafiz Fakih, dirigeant de ladite société, pour avoir posé des actes visés par l'art. 189 de l'AUPCAP, et notamment disposé des biens et du crédit de la société.*

Cette faute se rapproche de la précédente en ce sens qu'il y a abus de la personnalité morale ou non prise en compte de celle-ci. Elle se rapproche également du délit d'abus des biens sociaux mais certains éléments comme la mauvaise foi ne sont pas exigés. En effet, les dirigeants punissables pénalement sont ceux qui, « de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement » (*art. 891AUDSCGIE*).

En troisième lieu, l'Acte uniforme vise la poursuite abusive, dans son intérêt personnel, d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale. Il y a encore ici l'idée d'abus de la personne morale dont les intérêts ne sont pas pris en compte ni, *a fortiori*, ceux des créanciers. Ce cas d'extension devrait pousser les dirigeants à déclarer rapidement la cessation des paiements de la personne morale et à éviter ainsi une accumulation du passif qui est défavorable au redressement de l'entreprise et au paiement substantiel des créanciers.

27. Tous ces cas d'extension semblent reposer, finalement, sur le fait que le dirigeant a plus ou moins confondu le patrimoine de la société avec le sien propre et ce n'est que justice d'autoriser les créanciers, à travers leur représentant qu'est le syndic, à le poursuivre sur ses biens personnels.

Le dernier cas d'extension, qui ne semble pas avoir de lien avec les précédents, est le fait pour le dirigeant condamné à combler le passif social de ne pas s'acquitter du montant de cette condamnation. Ce cas d'extension paraît d'autant plus grave qu'il n'est pas exigé la mauvaise foi du dirigeant concerné : celui-ci peut donc être réellement dans l'incapacité financière d'acquitter le montant de la condamnation et encourir néanmoins l'extension.

L'extension ici est un moyen de pression pour amener les dirigeants d'une part à mieux gérer les entreprises et à éviter leur cessation des paiements, d'autre part à acquitter ponctuellement, le cas échéant, le passif mis à leur charge en les dissuadant d'organiser leur insolvabilité.

Si l'extension vise un dirigeant concerné ayant commis l'un des actes ci-dessus étudiés, elle peut être prononcée dans le respect des règles de procédure édictées et produire les effets que l'Acte uniforme y attache.

§III - Procédure et effets de l'extension

28. Les dispositions procédurales et celles relatives aux effets ne sont pas nombreuses : il s'agit des articles 190 à 193 de l'AUPCAP.

L'extension de la procédure collective aux dirigeants relève de la compétence de la juridiction qui a prononcé l'ouverture de la procédure collective de la personne morale. *L'Acte uniforme la qualifie couramment de juridiction compétente sans autre précision.*

Concernant la saisine, les articles 189 à 193 sont muets et n'apportent aucun éclairage. Dans ces conditions, l'on peut suggérer de retenir les mêmes solutions que pour l'action en comblement du passif social pour laquelle la juridiction compétente soit est saisie par le syndic, soit se saisit d'office (art. 183 AUPCAP). D'ailleurs, en raison de leur finalité principale qui est de contribuer au paiement des créanciers et de leur applicabilité aux mêmes dirigeants, il eût été indiqué de prévoir des dispositions procédurales communes au comblement du passif et à l'extension de la procédure. Dans le sens de l'unification du régime juridique, l'article 182 étend les dispositions relatives aux scellés et aux secours du débiteur aux dirigeants des personnes morales justiciables de l'action en comblement du passif et de l'extension de la procédure collective. À quel moment opère cette extension ? Dès l'ouverture de la procédure ou à l'introduction de l'action tendant au comblement du passif ou à l'extension de la procédure aux dirigeants ? La seconde solution semble seule défendable puisque c'est à ce moment-là seulement que l'on peut considérer que le dirigeant est soumis aux dispositions régissant ces deux sanctions patrimoniales. L'ouverture de la procédure ne préjuge en rien de l'engagement de ces actions.

29. Dans le cadre de l'extension, le passif du dirigeant comprend, outre son passif personnel, celui de la personne morale. Cela implique, aux termes de l'article 191 AUPCAP, que les créanciers admis dans la procédure de la personne morale sont de plein droit admis dans celle du dirigeant. La solution est logique puisque c'est le passif de la personne morale qui entraîne l'ouverture de la procédure contre le dirigeant. L'on remarquera qu'il s'agit ici de l'ensemble du passif de la personne morale contrairement au comblement du passif qui ne concerne l'insuffisance de l'actif par rapport au passif, pour laquelle le dirigeant peut n'être condamné qu'à

en supporter une partie. (*Voy. cet intéressant jugement commercial définitif du Trib. rég. hors classe de Dakar, Sénégal, du 8 juillet 2005, Idrissa Niang c/Cheikh Tidiane Ndiaye, qui met le dirigeant d'une société en liquidation des biens depuis le 13 mai 1998 (donc avant l'entrée en vigueur de l'AUPC) personnellement en liquidation des biens avec les mêmes organes de liquidation que celle de sa société et le condamne à combler le passif pour un montant de 500 millions, pour des fautes consistant, entre autres, à dissiper d'importants loyers revenant à la société, contribuant ainsi à diminuer l'actif de cette société. Mais l'on peut se demander si l'extension de la procédure n'exclut pas le comblement du passif puisque l'art. 191 dispose que le passif du dirigeant comprend, outre son passif personnel, celui de la personne morale. Par ailleurs, l'identité des organes ne cadre pas avec l'autonomie des procédures. . La non-maîtrise du droit des procédures collectives par le juge se trouve confirmée.*

Dans le même sens, la date de la cessation des paiements du dirigeant ne peut être postérieure à celle fixée pour la personne morale en raison des rapports existants entre la cessation des paiements de la personne morale et l'ouverture de la procédure contre le dirigeant. En pratique, cela revient à retenir la date arrêtée pour la procédure de la personne morale puisque par définition le dirigeant n'est pas lui-même en état de cessation des paiements. (*Voy. dans ce sens l'article 189, alinéa 1^{er}. Voy. dans ce sens l'article 189, alinéa 1^{er}, AUPCAP.*)

30. Malgré les liens relevés plus haut, il y a lieu de souligner que :

- d'une part, l'extension ne s'opère pas de plein droit : un jugement est nécessaire et le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation pour prononcer ou ne pas prononcer l'extension ;
- d'autre part, la procédure suivie contre le dirigeant ou chacun des dirigeants demeure distincte de celle applicable à la personne morale ; il y a donc dualité ou pluralité de procédures, chacune ayant ses propres organes : il y a ainsi plusieurs juges-commissaires, plusieurs syndics et, le cas échéant, des contrôleurs désignés pour chacune des procédures et les procédures de vérification et d'admission des créances sont distinctes ; plus fondamentalement encore, les procédures peuvent avoir des solutions différentes : par exemple, la société qui a présenté dans les délais une proposition de concordat sérieux sera en redressement judiciaire et le ou les dirigeants en liquidation des biens, soit pour tous, soit pour certains, les autres bénéficiant du redressement judiciaire ou réciproquement. (*Voy. dans ce sens l'article 189, alinéa 1^{er}.*)

31. Pour la publicité de la décision prononçant l'extension de la procédure aux dirigeants, l'article 193 renvoie aux dispositions de l'article 188 relatif à la publicité de la décision condamnant le ou les dirigeants à combler le passif.

Outre le comblement du passif et l'extension de la procédure, qui ont acquis un certain caractère classique dans les procédures collectives du fait de leur relative ancienneté, les dirigeants subissent ou peuvent subir des sanctions les atteignant dans leurs droits d'associés.

Section III - Sanctions touchant aux droits d'associé des dirigeants

32. Les sanctions touchant aux droits d'associé des dirigeants sont relativement récentes. L'Acte uniforme les prévoit principalement dans ses articles 57, 58, 187 et 199. Elles traduisent la prise de conscience du législateur de l'influence des dirigeants dans les organes sociaux et, par voie de conséquence, dans la réussite ou l'échec de l'entreprise. Généralement, les sanctions retenues ne touchent qu'à une partie des prérogatives de l'associé. Toutefois, dans certains cas, c'est la qualité même d'associé qui est remise en cause.

§I - Limitations aux droits d'associé

33. Ces limitations sont de deux sortes, l'une entraînant l'incessibilité des actions ou des parts sociales, l'autre faisant perdre le droit de vote.

La première sanction, qui joue dans tous les cas, est l'incessibilité de principe des parts sociales, actions ou autres droits sociaux des dirigeants de droit ou de fait à compter du jugement d'ouverture. Toutefois, la cession demeure possible avec l'autorisation du juge-commissaire et dans les conditions fixées par lui. La mesure a un domaine d'application étendu puisque la juridiction compétente doit prononcer l'incessibilité des droits sociaux de toute personne qui s'est immiscée dans la gestion de la personne morale quel que soit le moment de constatation de l'immixtion. Alors que pour les dirigeants de droit ou de fait, l'incessibilité est automatique et découle du jugement d'ouverture, une décision particulière est nécessaire en ce qui concerne les personnes qui se sont immiscées dans la gestion, essentiellement parce qu'*a priori* il n'est pas aisé de savoir qui s'est immiscé dans la gestion et il est probable que la question fasse l'objet de dénégation, voire de contestation.

34. Pour donner une pleine efficacité à l'incessibilité des droits sociaux, les dirigeants sont contraints de remettre les titres constatant leurs droits sociaux entre les mains du syndic puisque la non remise est constitutive de l'infraction de banqueroute simple. Par ailleurs en l'absence de remise volontaire, le syndic leur adresse une mise en demeure les invitant à effectuer le dépôt entre ses mains. Le syndic, chargé de la garde des titres à lui remis, est tenu :

- de faire mentionner, le cas échéant, l'incessibilité des droits sociaux sur les registres de la personne morale et au registre du commerce et du crédit mobilier ;

- de dresser un état des droits sociaux et de délivrer aux dirigeants un certificat de dépôt et d'inscription d'incessibilité pour leur permettre de participer aux assemblées de la personne morale : l'incessibilité n'entraîne donc pas, en tant que telle, la perte du droit de vote ;
- de restituer les titres, après l'homologation du concordat ou la clôture des opérations de liquidation des biens ; toutefois, il doit les remettre à tout moment à qui la justice l'ordonnera.

35. La deuxième sanction, qui joue seulement en cas de faillite personnelle, est la perte du droit de vote des dirigeants qui en sont frappés. Corrélativement, le droit de vote est exercé par un mandataire désigné à cet effet par le juge-commissaire à la requête du syndic. La privation du droit de vote aux dirigeants sociaux est une conséquence particulière qui ne découle pas directement de l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale. En effet, une telle interdiction n'empêche pas d'être propriétaire de droits sociaux et d'exercer les droits y afférents, sans bien entendu, participer à la direction ou la gestion de la personne morale dont les titres sont détenus. On peut d'ailleurs discuter de la pertinence d'une telle sanction : en effet, soit la possession des titres ne présente aucun danger pour la personne morale, auquel cas le dirigeant devrait pouvoir exercer son droit de vote, soit un tel danger existe et, dans ce cas, c'est la qualité même d'associé ou d'actionnaire qui est en cause : le dirigeant doit être exclu de la société. L'Acte uniforme prévoit, timidement, cette exclusion dans une seule hypothèse.

§II - Perte de la qualité d'associé

36. La perte de la qualité d'associé est seulement prévue par l'article 185 AUDCGIE. Selon cette disposition, la juridiction compétente peut enjoindre aux dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif de la personne morale de céder leurs actions ou parts sociales de celle-ci ou ordonner leur cession forcée par les soins du syndic, au besoin après expertise. Le produit de la vente est affecté au paiement de la part des dettes de la personne morale mise à la charge de ces dirigeants. La mesure de cession forcée appelle les remarques suivantes :

- elle est facultative pour la juridiction compétente qui peut souverainement décider ou refuser de la prononcer ;
- son objectif affiché n'est pas la perte de la qualité d'associé mais plutôt le paiement des créanciers que permet l'exécution de l'obligation de comblement du passif ; mais sur ce point, son efficacité risque sérieusement d'être limitée dans la mesure où l'ouverture de la procédure collective a pour effet de minorer, dans des proportions considérables, la valeur des actions et des parts sociales, surtout si, comme c'est

le cas ici, la procédure fait apparaître une insuffisance d'actif.

Cette mesure de cession forcée, qui vise les dirigeants et qui les atteint dans leur qualité d'associé, se distingue de celle prévue à l'article 127, 4° AUDCGIE. Selon cette disposition, la juridiction compétente n'accorde pas l'homologation du concordat si, en cas de redressement judiciaire d'une personne morale, la direction de celle-ci continue d'être assurée par les dirigeants dont le remplacement a été proposé dans les offres concordataires ou par le syndic ou contre lesquels a été prononcée la faillite personnelle. En effet, le respect de cette condition mise à l'homologation n'implique nullement que le dirigeant perde la qualité d'associé. La perte de celle de dirigeant suffit.

37. D'une manière générale, il y a lieu de remarquer que les mesures limitatives ou privatives de droits sociaux, découlant de l'ouverture d'une procédure collective, ne concernent que les dirigeants. (*Voy. dans ce sens : Y. Chaput, Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises, PUF, Collection droit fondamental, 1987, n° 166 ; F. Derrida F., P. Godé P., J.P. Sortais, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Dalloz, 4^e éd., 1995, n° 139 ; P. Delebecque et M. Germain, Traité de Ripert et Roblot, op. cit., n° 3079 ; F. M. Sawadogo, L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso, RBD n° 26-juillet 1994, p. 243 à 246*). En conséquence, « les associés, même majoritaires, y échappent... Cette exclusion (des associés) prive la mesure d'une partie de son efficacité » (*Voy. dans ce sens : Y. Chaput, Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises, PUF, Collection droit fondamental, 1987, n° 166 ; F. Derrida F., P. Godé P., J.P. Sortais, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Dalloz, 4^e éd., 1995, n° 139 ; P. Delebecque et M. Germain, Traité de Ripert et Roblot, op. cit., n° 3079 ; F. M. Sawadogo, L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso, RBD n° 26-juillet 1994, p. 243 à 246*). En effet, il n'est pas impossible que certains associés, même minoritaires, exercent une influence négative sur la gestion de l'entreprise. Toutefois, dans la plupart des cas, le recours à la notion de dirigeant de fait devrait suffire pour atteindre de tels associés. Néanmoins, il semble prudent d'envisager la possibilité d'exclure, sous certaines conditions, même les associés non dirigeants de droit ou de fait, dont la présence est susceptible de nuire au redressement de l'entreprise. Mais c'est peut-être là aller trop loin.

38. L'on peut rapprocher de ces sanctions les conséquences de l'action en responsabilité civile exercée sur le fondement de l'article 1382 Code civil, qui a fait couler beaucoup d'encre. *En France, cette respon-*

sabilité a surtout concerné le banquier dispensateur de crédit, qui a été admise pour la première fois par l'arrêt de principe de la Cour de Cassation du 7 janvier 1976 (Chambre commerciale, Dalloz 1976, 277, note Derrida et Sortais). Pour un cas africain, voy. F. M. SAWADOGO, Note sous Tribunal de première instance de Ouagadougou, 13 juin 1984, Revue Burkinabè de Droit, n° 12 - décembre 1987, p. 501 à 518). L'AUPCAP prévoit en effet que « les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers » (art. 118 AUPCAP). Il précise que la juridiction compétente choisit, pour la réparation du préjudice, la solution la plus appropriée, soit le paiement de dommages et intérêts, soit la déchéance de leurs sûretés pour les créanciers titulaires de telles garanties.

La procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ne produit pas seulement des conséquences pécuniaires ou patrimoniales à l'égard des dirigeants. Elle peut aussi conduire à l'application de sanctions personnelles ou extrapatrimoniales au débiteur ou aux dirigeants.

Chapitre II : Sanction extrapatrimoniale : faillite personnelle

39. La sanction personnelle ou extrapatrimoniale est la faillite personnelle. L'Acte uniforme n'a pas consacré une sanction d'interdiction ponctuelle moins grave ou moins étendue que la faillite personnelle dont les contours seraient délimités par la juridiction compétente. *Voy. cependant l'article 127, 4° in fine, qui suppose son existence.*

La faillite personnelle, en tant qu'institution autonome caractérisant les conséquences personnelles ou extrapatrimoniales de la procédure collective, est récente puisqu'elle date de la loi française du 13 juillet 1967 qui met en œuvre la dissociation de l'homme et de l'entreprise. Auparavant, les conséquences personnelles ou extrapatrimoniales de la procédure collective découlaient du prononcé de la faillite qui avait toujours revêtu un caractère répressif et particulièrement infamant. Pendant longtemps, ces conséquences n'ont concerné que les débiteurs personnes physiques. Mais à la suite de la crise financière de 1929, des nombreux scandales financiers et des dépôts de bilan de sociétés intervenus dans des conditions scandaleuses, l'équité et la morale poussaient dans le sens d'une assimilation des dirigeants sociaux aux débiteurs personnes physiques, ce que va réaliser le décret-loi du 8 août 1935. L'évolution, dont on retrouve l'aboutissement dans l'Acte uniforme, a consisté à retirer

à la « faillite personnelle » son caractère automatique dès lors qu'une procédure est ouverte et à exiger pour son prononcé la preuve de fautes commises par le débiteur ou par les dirigeants.

En raison de la gravité des effets qu'elle entraîne, la faillite personnelle ne peut être prononcée que si certaines conditions sont réunies. Ces effets prennent fin de diverses manières dont la réhabilitation.

Section I - Conditions de la faillite personnelle

40. Autrefois, la faillite personnelle, ou ce qui en tenait lieu, découlait automatiquement de l'ouverture de la procédure collective. Désormais des conditions doivent être réunies pour que la faillite personnelle soit prononcée et produise ses effets. Ces conditions ont trait aux personnes concernées, aux cas ou causes de la faillite personnelle ainsi qu'à la procédure.

§I - Personnes concernées

41. La question est traitée à l'article 194 qui indique à qui la faillite personnelle s'applique. Ce sont d'abord les commerçants personnes physiques, ce qui est classique : sous l'empire du Code de commerce, les déchéances de la faillite étaient quasi automatiques pour cette catégorie qui comprend certainement les associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales et ayant de ce fait la qualité de commerçant. Ce sont ensuite les personnes physiques dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives : les déchéances de la faillite, désormais appelées faillite personnelle, concernent cette catégorie depuis le décret-loi du 8 août 1935. Ce sont enfin les personnes physiques représentants permanents de personnes morales dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives : le principe est celui de l'assimilation de tels représentants permanents aux dirigeants en leur nom propre. *Voy. par exemple l'article 421 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique.*

S'agissant de la notion de dirigeant, l'article 194 précise qu'il peut s'agir de dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, apparents ou occultes. *Voy. sur cette notion supra n° 340 et s. à propos de l'obligation de combler le passif.*

L'on aura remarqué que seules les personnes physiques peuvent être mises en faillite personnelle, ce qui souligne le caractère quasi pénal, personnel ou extra-patrimonial de la faillite. Mais si les personnes morales peuvent être pénalement responsables et condamnées, on ne voit pas pourquoi elles ne pourraient pas être en faillite personnelle. C'est que l'efficacité des sanctions pénales et de celles qui s'y apparentent comme la faillite personnelle semble recommander qu'elles touchent les personnes physiques qui animent les personnes morales plutôt que celles-ci.

Contrairement à ce qui est prévu en cas de banqueroute, on ne distingue pas, en matière de faillite personnelle, entre celle qui s'applique aux commerçants personnes physiques et celle qui s'applique aux dirigeants ou représentants de personnes morales. Cependant, l'on verra que certains cas ou causes de faillite personnelle ne se produisent qu'au sein d'une personne morale.

§II - Cas ou causes de la faillite personnelle

42. L'Acte uniforme consacre la distinction entre faillite personnelle obligatoire, traduite par la formule « la juridiction compétente prononce... » (art. 196 AUDSCGIE), et la faillite personnelle facultative, consacrée par la formule « la juridiction compétente peut prononcer... ». Celle-ci est apparue en droit français dans la loi du 13 juillet 1967, puis a été abandonnée par celle du 25 janvier 1985. L'Acte uniforme a sans doute voulu permettre une proportionnalisation du risque de sanction à la gravité des fautes commises à l'imitation de ce qui se passe en matière d'inopposabilités où il y a des inopposabilités de droit et des inopposabilités facultatives. Toutefois, il est permis de penser que tous les cas de faillite personnelle auraient dû être facultatifs et permettre à la juridiction compétente d'apprécier souverainement la gravité des fautes commises.

S'agissant de la faillite personnelle obligatoire, l'article 196 prévoit son prononcé contre les personnes qui ont :

- soustrait la comptabilité de leur entreprise, détourné ou dissimulé une partie de son actif ou reconnu frauduleusement des dettes qui n'existaient pas ;
- exercé une activité commerciale dans leur intérêt personnel, soit par personne interposée, soit sous le couvert d'une personne morale masquant leurs agissements ;
- usé du crédit ou des biens d'une personne morale comme de leurs propres ;
- par leur dol, obtenu pour eux-mêmes ou pour leur entreprise un concordat annulé par la suite ;
- commis des actes de mauvaise foi ou des imprudences inexcusables ou qui ont enfreint gravement les règles et usages du commerce ; l'article 197 présume comme tels : l'exercice de l'activité commerciale ou de la fonction contrairement à une interdiction ; la non-conformité de la comptabilité aux usages professionnels ; les achats pour revendre au-dessous du cours ; l'emploi de moyens ruineux dans l'intention de retarder la cessation des paiements ; la souscription, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, d'engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation du débiteur et de son entreprise ; la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire. (*Voy. Trib. rég. hors classe de Dakar, Sénégal, jugement commercial n° 149 du 8 juillet 2005, BAO c/Société SOMASIC,*

qui déclare Cheikh Kéké en faillite personnelle, essentiellement sur la base de la non déclaration de la cessation des paiements dans les 30 jours de la survenance de celle-ci alors que la société a physiquement disparu et qu'une injonction de payer revêtue de la formule exécutoire n'a pas été exécutée. également le jugement du TPI de Libreville, répertoire n° 001/2000/2001 du 5 janv. 2001 concernant le redressement judiciaire de la Banque populaire du Gabon. Dans cette espèce rare et intéressante, il y a eu d'abord la nomination d'un administrateur provisoire le 9 sept. 1999. Ensuite, le Trib. a, le 23 déc. 1999, admis ladite banque au redressement judiciaire, en désignant un juge-commissaire et un syndic et en prenant « acte de la nomination par la COBAC [Commission bancaire de l'Afrique centrale] de Monsieur Jean Géo Pastouret en qualité d'administrateur provisoire ». Le directeur général démis par la COBAC soutient qu'il doit être réintégré dans ses fonctions de direction en raison de ce que, dans le redressement judiciaire, le syndic assiste les organes normaux de la société et que l'administrateur provisoire n'est pas un organe habituel de la société. Sur cet aspect de la décision, voy. obs. sous art. 2). Pour le reste, et c'est exceptionnel, le Tribunal prononce la faillite personnelle pour une durée de trois ans du directeur général démis pour les motifs suivants : « Attendu que l'art. 196, 5°, de l'AUPC dispose qu'à toute époque de la procédure, la juridiction compétente prononce la faillite personnelle des personnes qui ont commis des actes de mauvaise foi, des imprudences inexcusables ou qui ont enfreint gravement les règles et usages du commerce tels que définis par l'art. 197 ;

Que selon l'art. 197 du même texte sont notamment présumés actes de mauvaise foi, imprudences inexcusables ou infractions graves aux règles et usages du commerce : « l'absence d'une comptabilité conforme aux règles comptables et aux usages reconnus de la profession, eu égard à l'importance de l'entreprise, la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire l'entreprise qu'à la cessation des paiements » ;

Attendu que, selon le rapport des administrateurs provisoire et judiciaire, la Direction générale a de façon permanente occulté la réalité financière de l'établissement et que pendant que la Banque était illiquide, aucun acte n'a été entrepris pour aviser les organes statutaires et envisager le rétablissement de sa solvabilité ;

Qu'il résulte des pièces dudit rapport que M. Ngoma Samson ès qualité de Directeur général de la BPG a émis des chèques de banque sans provision, qu'il a procédé à des transferts non effectués mais débités sur les comptes des clients avec remise des copies fictives des avis de téléx ; que des ordres de correspondants n'ont pas été exécutés alors que les fonds ont été utilisés à d'autres fins ;

Attendu qu'il ressort du même rapport que pour faire face à des opérations de guichet, il a dû recourir à des emprunts auprès de particuliers contre des chèques de banque sans provision remis à ceux-ci ;

Qu'enfin, le rapport des commissaires aux comptes et leur déposition à la barre du Tribunal ont révélé qu'une partie importante des engagements est constituée de découverts n'ayant pas fait l'objet de mesure de recouvrement au 31/12/1999 et des incidents de paiements caractérisés sur les crédits octroyés à la clientèle ;

Que les commissaires aux comptes ont dans leur rapport général sur l'exercice clos le 31/12/1999 conclu « qu'en raison des constatations faites », ils sont d'avis que « les comptes annuels ne donnent pas une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice » ;

Attendu qu'en définitive l'ensemble de ces éléments traduisent une comptabilité non conforme mais également et surtout la poursuite d'une exploitation déficitaire, qui ont conduit l'entreprise à la cessation des paiements ;

Que d'avantage, ils traduisent des imprudences inexcusables eu égard à l'importance et à la nature de l'exploitation, toutes choses qui conduisent à prononcer la faillite personnelle du dirigeant en cause ».

On peut saluer cette décision de condamnation en raison de la quasi-inapplication des sanctions, même quand les circonstances sont particulièrement favorables, comme c'est le cas en l'espèce. On peut cependant regretter, au regard de la gravité des faits, que n'aient pas été prononcées la banqueroute simple ou frauduleuse et/ou l'extension de la procédure au dirigeant fautif.

S'agissant de la présomption formulée à l'article 197 AUPCAP, il reste à s'interroger sur son caractère : peut-on apporter la preuve contraire ? *A priori* non puisque l'intérêt de cette disposition est en quelque sorte de fournir des exemples de fautes impliquant le prononcé de la faillite personnelle, étant précisé que d'autres fautes non visées pourraient également y conduire.

43. Toujours au titre de la faillite personnelle obligatoire, l'article 196, dernier alinéa, dispose que les dirigeants d'une personne morale condamnés pour banqueroute simple ou frauduleuse sont également déclarés en faillite personnelle. La question qui se pose est de savoir si dans ce cas la faillite personnelle est automatique comme découlant de la banqueroute ou s'il faut un jugement de la juridiction compétente intervenant après le jugement de condamnation pour banqueroute. À cet égard, on peut se demander si l'Acte uniforme se rattache :

- au régime de la loi française du 13 juillet 1967 où toute condamnation pour banqueroute entraînait de plein droit la faillite personnelle (art. 126, al. 2) ;
- ou au régime de la loi française du 25 janvier 1985 où la faillite personnelle doit être prononcée et peut ne pas l'être (art. 201, al. 1^{er}).

Certes, le législateur OHADA s'est inspiré des deux lois françaises. Mais l'Acte uniforme retenant la faillite personnelle obligatoire et la faillite personnelle facultative comme la loi du 13 juillet 1967, il paraît cohérent d'adopter la même solution que celle-ci. Du reste, la banqueroute constitue une sanction plus grave que la

faillite personnelle, il est logique que son prononcé élimine automatiquement le banqueroutier du commerce, sous réserve de réhabilitation. Il se poserait alors le problème de la durée de la faillite personnelle qui doit être fixée par la juridiction compétente : doit-on retenir le maximum ou le minimum ? Cette question de durée qui doit nécessairement être fixée conduit à souhaiter que la juridiction répressive prononce systématiquement la faillite personnelle dans tous les cas de condamnation pénale et en fixe expressément la durée.

44. S'agissant de la faillite personnelle facultative prévue à l'article 198, elle se caractérise par le fait que, même si les fautes sont prouvées, la juridiction compétente peut souverainement décider de prononcer ou de ne pas prononcer la faillite personnelle. On notera que seuls les dirigeants de personnes morales « bénéficient » de la faillite personnelle facultative. En fait, il ne s'agit pas d'une faveur puisque cette disposition concerne des fautes autres que celles qui entraînent la faillite personnelle obligatoire des commerçants personnes physiques et des dirigeants de personnes morales. Au contraire, c'est une occasion supplémentaire pour les dirigeants de personnes morales de risquer la mise en faillite personnelle.

L'article 198 vise expressément les dirigeants qui :

- ont commis des fautes graves autres que celles visées à l'article 197 AUPCAP ou ont fait preuve d'une incompétence manifeste ; fait insolite, le législateur OHADA considère que la direction des personnes morales - il vise certainement les grandes sociétés - requiert une certaine compétence et le fait de l'assumer sans posséder celle-ci est une faute ;
- n'ont pas déclaré, dans les trente jours, la cessation des paiements de la personne morale ; cette faute constitue également un cas de prononcé de la banqueroute simple (art. 231, 6° AUPCAP) ; en revanche, les commerçants personnes physiques semblent échapper à toute sanction à ce titre ;
- n'ont pas acquitté la partie du passif mise à leur charge ; l'on rappelle que le même fait peut entraîner l'extension de la procédure collective (art. 189, al. 2 AUPCAP).

Les fautes pouvant entraîner la faillite personnelle facultative semblent moins graves que celles entraînant la faillite personnelle obligatoire en ce sens que, souvent, il peut s'agir de fautes non intentionnelles, comme l'incompétence manifeste qui peut même être ignorée de l'intéressé.

Outre la qualité de la personne et la commission d'une faute entrant dans les cas ou causes de la faillite personnelle, le prononcé de celle-ci requiert le respect d'une procédure.

§III - La procédure

45. La procédure est réglée par les articles 200 à 202

AUPCAP. La faillite personnelle est de la compétence de la juridiction qui a ouvert la procédure collective. Au point de départ est le syndic : celui-ci informe le ministère public et le juge-commissaire des faits susceptibles de justifier le prononcé de la faillite personnelle dès qu'il a connaissance de tels faits. Il en fait rapport au juge-commissaire dans les trois jours. Ce dernier adresse le rapport à la juridiction compétente. En l'absence d'un tel rapport, le juge-commissaire l'établit lui-même et l'adresse à la juridiction. Dès qu'il est saisi du rapport du syndic ou du juge-commissaire, le président de la juridiction compétente fait aussitôt citer à comparaître à jour fixe, huit jours au moins à l'avance, par acte extrajudiciaire, à la diligence du greffier, le débiteur ou les dirigeants de la personne morale pour être entendus par la juridiction compétente siégeant en audience non publique en présence du syndic ou celui-ci dûment appelé par le greffier par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite (art. 200 AUPCAP).

La comparution a lieu en personne. À défaut, le débiteur ou les dirigeants sont convoqués à nouveau. Ce n'est qu'en cas d'itératif défaut que la juridiction compétente statue contradictoirement à leur égard. Le détail des dispositions de procédure évoque la procédure pénale.

La décision prononçant la faillite personnelle fait l'objet des mentions ou publications, par extraits, suivantes :

- d'abord, au casier judiciaire conformément aux dispositions du Code de procédure pénale ;
- ensuite, au registre du commerce et du crédit mobilier ; en ce qui concerne les dirigeants des personnes morales non commerçantes, la décision est mentionnée sur le registre ainsi qu'en marge de l'inscription relatant le redressement judiciaire ou la liquidation des biens ;
- puis, dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans le ressort de la juridiction ayant statué ;
- enfin, au journal officiel.

Les deux dernières sont faites à la diligence du greffier. Pour le reste, un renvoi est fait par l'article 202 aux articles 36 et 37 relatifs à la publicité du jugement d'ouverture.

Si les conditions de fond et de procédure sont réunies et que la faillite personnelle est prononcée, elle va produire des effets, lesquels ont cessé d'être perpétuels sauf réhabilitation.

Section II - Effets et fin de la faillite personnelle

46. Malgré leur importance, les effets n'appellent que peu de développements car l'Acte uniforme leur consacre un seul article (art. 203). Il en est différemment pour la fin de la faillite personnelle à laquelle l'Acte uniforme consacre les articles 204 à 215.

§I - Effets de la faillite personnelle

47. La faillite personnelle produit un effet principal et d'autres effets que l'on peut considérer comme étant secondaires.

L'effet principal tient dans l'interdiction générale de faire le commerce et notamment de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou toute personne morale ayant une activité économique. L'interdiction se restreint aux personnes morales ayant une activité économique alors qu'une telle restriction n'est pas prévue pour les dirigeants pouvant être atteints par la faillite personnelle où l'on vise toute personne morale de droit privé, ni pour les fautes commises par ceux-ci, si bien que l'on pourrait se trouver dans la situation suivante : le dirigeant d'une personne morale n'ayant pas une activité économique condamné à la faillite personnelle pourra continuer à diriger de telles personnes morales. N'y a-t-il pas eu une inadvertance du législateur ? La restriction ne nous paraît pas justifiée au regard du champ d'application des procédures collectives, de la multiplication des organismes sans but lucratif brassant des capitaux importants et de la gravité des fautes que leurs dirigeants peuvent commettre.

L'interdiction générale de faire le commerce et de diriger, gérer ou administrer une entreprise constitue la principale conséquence de la faillite personnelle. En effet, l'objectif poursuivi est d'éliminer le commerçant ou le dirigeant fautif du monde des affaires et des entreprises afin d'éviter la réédition des actes ou comportements préjudiciables, en particulier aux créanciers. D'où la nécessité d'obtenir le respect de cette interdiction. Il est certain qu'un interdit ne pourra pas se faire immatriculer au registre du commerce et du crédit immobilier. Toutefois, rien ne l'empêche d'exercer en fait le commerce, surtout en Afrique où existe un important secteur informel. Cela n'est cependant pas sans risque : l'Acte uniforme prévoit en effet que les personnes qui violeraient l'interdiction d'exercer le commerce ou d'assumer la fonction de dirigeant sont passibles des peines de la banqueroute frauduleuse (art. 229 et 233), ce qui montre que, pour le législateur OHADA, la violation de l'interdiction est une faute grave. Mais un auteur considère qu'une telle sanction est purement éventuelle en tant que liée à la survenance d'une nouvelle cessation des paiements, ce que le failli personnel, fort de son expérience passé, pourrait éviter. *Voy. dans ce sens Fernand Derrida, Un vide législatif à combler, À propos de l'interdiction d'« exploiter » une entreprise commerciale, Dalloz, 1968, chronique XVI, p. 95 à 97.*

48. Les effets secondaires de la faillite personnelle tiennent dans :

- l'interdiction d'exercer une fonction publique électorale et d'être électeur pour ladite fonction publique ;
- l'interdiction d'exercer une fonction administrative, judiciaire ou de représentation professionnelle ; le

domaine de cette interdiction semble nécessiter des précisions que la CCJA pourrait apporter ;

- la privation du droit de vote dans les assemblées de la personne morale contre laquelle est ouverte la procédure collective ; ce droit est exercé par un mandataire désigné à cet effet par le juge-commissaire à la requête du syndic ; il n'est pas prévu, comme dans la condamnation à combler le passif, la possibilité d'enjoindre le dirigeant de céder ses droits sociaux, ce qui peut sembler anormal dans la mesure où la faillite personnelle est une sanction *a priori* plus grave que l'obligation de combler le passif ; il est vrai que le prononcé de la faillite personnelle ne postule pas l'existence d'une insuffisance d'actif qu'il faudrait combler.

Au titre du droit comparé, l'on relève qu'en France la condamnation à la faillite personnelle du débiteur fait recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions. Une telle disposition s'explique par le fait que dans ce pays, la règle est que la clôture de la procédure, même pour insuffisance d'actif, ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions. Telle n'est pas la situation dans l'OHADA où les créanciers recouvrent leurs droits de poursuite individuelle non seulement en cas de clôture pour insuffisance d'actif mais également pour toute clôture de l'union.

La faillite personnelle était classiquement perpétuelle jusqu'à réhabilitation. L'Acte uniforme, tenant compte du droit comparé, a profondément modifié cette situation.

§II - Fin de la faillite personnelle

49. La faillite prend fin soit à l'expiration de sa durée, ce qui est nouveau, soit par la réhabilitation.

Désormais, la faillite personnelle n'est plus perpétuelle ou à durée indéterminée : en effet, la juridiction compétente doit, dans tous les cas, fixer la durée de la faillite personnelle ; cette durée est au minimum de trois ans et au maximum de dix ans. Même si l'Acte uniforme ne le précise pas, la fixation de la durée se fera en fonction de la gravité des fautes commises. Cette innovation apporte une protection aux personnes frappées de faillite personnelle en ce sens que les interdictions, déchéances et incapacités résultant de la faillite personnelle cessent de plein droit à l'expiration du terme fixé sans qu'un jugement soit nécessaire. Cette nouvelle situation réduit l'intérêt de la réhabilitation réglementée par les articles 204 à 215 AUPCAP.

50. S'agissant de la réhabilitation, l'Acte uniforme traite d'une part des cas (art. 204 à 207), d'autre part de la procédure de réhabilitation (art. 208 à 214). Concernant les cas de réhabilitation, l'on distingue la réhabilitation automatique ou de plein droit de la réhabilitation facultative. La réhabilitation automatique ou de plein droit intervient au profit du débiteur en cas de clôture de sa

procédure pour extinction du passif dans les conditions prévues à l'article 178, c'est-à-dire lorsque tout le passif est réglé ou qu'il y a abandon total des dettes ou lorsque le syndic dispose de deniers suffisants pour y faire face. Dans le cas de l'associé tenu indéfiniment et solidairement des dettes d'une personne morale, il doit avoir acquitté toutes les dettes de la personne morale alors même qu'un concordat particulier lui aurait été consenti. Étant une conséquence de la décision de clôture, une seconde décision ne paraît pas nécessaire. Ce cas de réhabilitation classique est malheureusement extrêmement rare en pratique. Les autres cas de réhabilitation sont facultatifs, c'est-à-dire laissés à l'appréciation de la juridiction compétente. La condition générale est que la probité du demandeur en réhabilitation soit reconnue. Ainsi, peut être réhabilitée la personne qui a obtenu de ses créanciers un concordat particulier et qui a intégralement payé les dividendes promis ou celle qui justifie de la remise entière de sa dette par ses créanciers ou de leur consentement unanime à sa réhabilitation.

La réhabilitation des dirigeants de personnes morales, toujours facultative, est prévue en faveur de celui :

- contre qui a été prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens et dont la procédure s'est achevée par une clôture pour extinction du passif ;
- contre qui a été prononcée seulement la faillite personnelle si la procédure de la personne morale à l'égard de qui a été prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens s'est achevée par une clôture pour extinction du passif.

Il est à souligner que :

- la personne décédée en état de faillite peut être réhabilitée si elle remplissait les conditions de la réhabilitation de plein droit ou facultative (art. 206 AUPCAP) ; tout comme le décès n'est pas un obstacle à l'ouverture de la procédure collective, il n'empêche pas la réhabilitation ; mais en raison du caractère personnel et quasi pénal de la faillite personnelle, le décès est un obstacle à son prononcé ;
- la réhabilitation est exclue, de manière logique, pour la personne dont la condamnation pénale pour crime ou délit a pour conséquence de lui interdire l'exercice d'une profession commerciale, industrielle ou artisanale ; les condamnations pénales les plus probables dans ce cadre sont celles de banqueroutes et des infractions qui leur sont assimilées.

D'une manière générale, la faillite personnelle (ou ce qui l'a précédée) étant rarement prononcée, voire même quasiment méconnue, en Afrique, il va de soi que l'on n'a pas souvent recours à la réhabilitation dont l'intérêt est en plus réduit avec la réhabilitation automatique à l'expiration du délai prévu. Pourtant, l'Acte uniforme consacre de nombreuses dispositions à la procédure de réhabilitation.

51. La procédure de réhabilitation, prévue par les

articles 208 à 214 AUPCAP, aborde les principales questions de manière chronologique. D'abord le rôle central du ministère public est affirmé. Ainsi, toute demande en réhabilitation est adressée au ministère public du ressort dans lequel la cessation des paiements a été constatée. Celui-ci les communique au président de la juridiction compétente et au ministère public du domicile du requérant en les chargeant de recueillir toutes informations utiles sur la véracité des faits exposés. Il communique les mêmes pièces au syndic qui est chargé de rédiger un rapport qu'il doit déposer dans le mois de sa saisine.

Ensuite, les créanciers admis ou reconnus sont informés par le greffier de la juridiction compétente de la demande en réhabilitation par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite. La finalité de cette information est de leur permettre, le cas échéant, d'infirmer les allégations du débiteur ou du dirigeant et de s'opposer à sa réhabilitation. Ainsi, tout créancier qui n'a pas été intégralement désintéressé dans les conditions prévues aux articles 178 et 204 peut faire opposition à la réhabilitation par simple déclaration au greffe appuyée des pièces justificatives. Il dispose à cet effet d'un délai d'un mois à compter de l'avis informant de la demande en réhabilitation.

Puis, après l'expiration du délai d'un mois laissé au syndic pour déposer son rapport (art. 208 AUPCAP) et aux créanciers pour faire opposition (art. 210 AUPCAP), le résultat des enquêtes et des rapports prescrits ainsi que les oppositions formées par les créanciers sont communiqués au représentant du ministère public saisi de la demande. Ce dernier transmet tous ces éléments à la juridiction compétente avec ses réquisitions écrites (art. 211), lesquelles exercent probablement une influence sur la décision à intervenir. Le demandeur et les opposants peuvent être appelés et entendus en audience non publique par la juridiction compétente.

Enfin, la décision de la juridiction compétente peut intervenir. Elle entraîne des conséquences variables. En cas de rejet, la demande ne peut être renouvelée avant l'expiration d'un délai d'une année ; l'objectif visé est d'éviter le renouvellement inconsidéré de la demande de réhabilitation et de laisser au « failli personnel » suffisamment de temps pour satisfaire aux conditions de la réhabilitation. En cas d'admission, la décision est transcrite sur le registre de la juridiction compétente qui a statué et de la juridiction du domicile du demandeur ; elle est mentionnée au casier judiciaire, au regard de la déclaration de redressement judiciaire ou de liquidation des biens par le représentant du ministère public du lieu de naissance du demandeur ; il revient au représentant du ministère public qui a reçu la demande d'adresser la décision à celui du lieu de naissance du demandeur.

Par ailleurs, afin de réduire le coût de la justice et de faciliter la réhabilitation, la procédure y afférente est dispensée de timbre et d'enregistrement.

Finalement, la procédure paraît relativement rapide et sans « fard ». Il n'en a pas toujours été ainsi. Évoquant

la situation au XIX^e siècle, un auteur avisé écrit que « la procédure était autrefois solennelle, afin de mieux marquer la réintégration du pécheur repentant dans la communauté des marchands. Ainsi César Biroteau, le héros de Balzac, était mort d'émotion le jour où la cour d'appel, en audience d'apparat, avait prononcé sa réhabilitation. Ce formalisme a disparu. Le failli préfère la discrétion d'une audience ordinaire, afin de ne pas rappeler de mauvais souvenirs » (*Yves Guyon, op. cit.*, n° 1415).

52. Pour finir, il y a lieu d'indiquer les effets de la réhabilitation, qui constituent la finalité de l'action engagée par le demandeur. La réhabilitation a pour effet d'effacer toutes les déchéances, interdictions ou incapacités qui frappaient le débiteur ou le dirigeant. En d'autres termes, la personne réhabilitée est rétablie dans tous les droits dont elle avait été privée par la décision prononçant sa faillite personnelle, mais bien entendu sans rétroactivité.

La panoplie des sanctions patrimoniales et extrapatrimoniales paraît bien vaste et l'on en vient à craindre qu'elles ne frappent un nombre trop important de débiteurs ou de dirigeants et ne finissent par décourager l'initiative. La pratique montre qu'il n'en est rien : les sanctions ne sont presque jamais prononcées et ne peuvent donc pas exercer l'effet bénéfique attendu. Telle est également la situation des sanctions pénales avec lesquelles elles forment un ensemble cohérent. Il faut savoir que la panoplie des sanctions pénales est large avec la double distinction entre : d'une part les infractions de banqueroute proprement dites, qui sont

applicables aux débiteurs personnes physiques, et les infractions assimilées aux banqueroutes, qui s'adressent aux dirigeants de personnes morales, d'autre part les infractions de banqueroute et assimilées, qui s'adressent aux débiteurs personnes physiques et aux dirigeants, et les autres infractions qui s'adressent à des personnes autres que les premières, même si cette catégorie d'infractions revêt une moindre importance. Les infractions concernant le syndic, si elles sont mises en œuvre, devraient contribuer à l'efficacité et la moralisation des procédures collectives. Elles visent le syndic qui aurait commis le délit de malversation, notamment en disposant des biens et du crédit du débiteur comme des siens propres, en dissipant les biens du débiteur, ou en poursuivant abusivement et de mauvaise foi, dans son intérêt personnel, soit directement, soit indirectement, une exploitation déficitaire de l'entreprise du débiteur, ou encore en se rendant directement ou indirectement acquéreur des biens du débiteur (*art. 243*).

En conclusion, les sanctions civiles et pénales édictées dans le cadre des procédures collectives paraissent couvrir de manière satisfaisante les comportements préjudiciables que l'on peut y rencontrer. La question qui reste posée est celle de leur effectivité, qui conditionne l'atteinte des principaux objectifs poursuivis que sont le paiement des créanciers et le redressement des entreprises. Or de ce point de vue, sauf à espérer un sursaut, la pratique africaine observée jusque-là est caractérisée par l'ineffectivité quasi complète des sanctions civiles mais également pénales.

Filiga Michel SAWADOGO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

C

Comblement du passif, 7 et s.
 - cession forcée des droits sociaux, 17.
 - conditions de l'action, 8, 16 et s.
 - dirigeants concernés, 12 et s.
 - évolution, 7.
 - juridiction
 • compétence, 16.
 - décision, 16, 20.
 - prescription, 20.
 - inexécution de la condamnation, 20.
 - régime de l'action, 16, 20.
 Confusion des masses, 25 et s.
 Confusion patrimoniale, 26.

D

Déchéances, Faillite personnelle
 Dirigeants des personnes morales,
 - apparents ou occultes, 12.
 - cession des droits sociaux, 20, 32 et s.
 - comblement du passif social, 12 et s.
 - de droit ou de fait, 12.
 - droit de vote, 33.
 - droits sociaux, V. cette expression.
 - extension de la procédure collective, 22 et s.
 - faillite personnelle, 39 et s.
 - ouverture des procédures collectives, 22 et s.

- rémunérés ou non rémunérés, 12.

Distinction de l'homme et de l'entreprise, 3, 39.

Droits sociaux des dirigeants, 32 et s.

E

Extension des procédures collectives, 22 et s.
 - confusion des masses, 25.
 - domaine d'application, 22 et s.
 - date de cessation des paiements, 28.
 - juridiction,
 • compétence, 28.
 • décision, 28.

F

- Faillite personnelle, 39 et s.
- cas ou causes, 42 et s.
 - droit de vote des dirigeants, 48.
 - durée, 49.
 - effets, 46.
 - facultative, 42.
 - interdictions,
 - de faire le commerce, 47.
 - de diriger, gérer ou administrer, 47.
 - du droit de vote, 48.

G

- Groupes de sociétés, 25.

- ministère public, 45 et s.
- obligatoire, 42.
- procédure, 45
- publicité de la décision, 45.
- réhabilitation :
 - de plein droit, 50.
 - facultative, 50.
 - décision, 51
 - procédure, 51.

I

- Interdictions, V. Faillite personnelle

M

- Malversation, 52.

P

- Problématique générale des sanctions, 1

LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

Table des matières

Introduction n° 1-4

Section 1 : **Constitution** n° 5-28

§1 - Conditions de fond n° 5-20

A- Associés n° 5

I - Nombre d'associés n° 5-6

II - Consentement n° 7-8

III - Capacité n° 9-10

B - Capital social n° 11

I - Montant n° 11-13

II - Apports en nature n° 14-17

III - Apports en numéraire n° 18-20

§2 - Procédure de constitution n° 21-28

Section 2 - **Fonctionnement** n° 29-148

§1 - Organes de la SARL n° 29-128

A - Gérant(s) n° 30-71

I - Statut du gérant n° 30-36

a - Nomination n° 30

1 - Choix des associés n° 31-32

2 - Modalités n° 33

3 - Durée du mandat n° 34

4 - Rémunération n° 35-36

b - Fin des fonctions n° 37-46

1 - Arrivée du terme n° 37

2 - Révocation n° 38-43

3 - Démission n° 44-45

4 - Autres cas de cessation des fonctions n° 46

II - Pouvoirs n° 47

a - Pouvoirs des gérants dans les rapports avec les associés n° 47-49

b - Pouvoirs des gérants dans les rapports avec les tiers n° 50-54

III - Responsabilité des gérants

a - Responsabilité civile n° 55-63

b - Responsabilité pénale n° 64-71

B - Associés n° 72

I - Parts sociales n° 73

a - Cession des parts entre vifs n° 74

1 - Conditions de validité n° 74-71

2 - Conditions d'opposabilité n° 82-84

b - Transmission à cause de mort n° 85-87

c - Nantissement des parts sociales n° 88-92

II - Pouvoirs des associés n° 93

a - Modalités d'exercice des pouvoirs

1 - Règles générales n° 94-96

2 - Règles propres aux différents modes de prise de décision n° 97-105

b - Prise de décision

1 - Décisions collectives ordinaires n° 106-117

2 - Décisions collectives extraordinaires n° 118-119

C - Organe de contrôle n° 120

I - Nomination n° 121-127

II - Mission n° 128

§2 - Vie financière de la SARL n° 129-144

A - Affectation des bénéficiaires n° 129 -135

B - Modification du capital n° 136

I - Augmentation du capital n° 136

a - Règles générales n° 136-138

b - Règles particulières n° 139-141

II - Réduction du capital n° 142

a - Réduction du capital motivée par les pertes n° 143-144

b - Réduction en l'absence de perte n° 145-148

Section 3 - **Disparition de la SARL** n° 149-158

§1 - Dissolution n° 150-153

§2 - Transformation n° 154-158

Bibliographie

- AGBOYIBOR Pascal K. *Nouveau droit uniforme des sociétés*. Revue de droit des affaires internationales, 1998 n°6.
- ANOUKAHA François, CISSE Abdoullah, DIOUF Ndiaw, NGUEBOU TOUKAM Josette, POUYOUÉ Paul-Gérard, SAMB Moussa, OHADA : *sociétés commerciales et GIE*, Collection Droit Uniforme Africain, Bruylant 2002.
- BA IBRAHIMA : Observations sur l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique, EDJA, n° 35, octobre-décembre 1997.
- BABONGENO URBAIN : De la problématique de la société unipersonnelle en droit congolais eu égard au droit de l'OHADA, Ohadata D-07-25.
- DIAKHATE MAMADOU, SAMBE Ibrahimia : *Regards croisés sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, Revue sénégalaise de droit des affaires, n° 1, janvier-juin 2003, p. 111.
- FAYE AMADOU : L'égalité des associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE), Droit écrit, Droit sénégalais, n° 2, juin 2003, pages 9 et s. Publication de l'Université de Toulouse 1.
- HOMMAN-LUDIYE Lamiae et DJEDJE Pierre, Le contrôle de la gestion des SA et des SARL ; Cahiers juridiques et fiscaux, CFCE, 1998, n° 2, p. 317.
- HOMMAN-LUDIYE Lamiae et MISSAINHOUN Joël-Eric, La gestion des SA et des SARL. Cahiers juridiques et fiscaux. CFCE, 1998, n° 2 p. 309.

- LECERF Michel, La nouvelle réglementation de la diminution des capitaux propres : de la perte de trois quarts du capital social à la perte de la moitié du capital. Cahiers juridiques et fiscaux, CFCE, 1998, n° 2, p. 333.
- MARTOR Boris, PINKINGTON Nanette, SELLERS David, THOUVENET Sébastien, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, LITEC 2004.
- Mayatta Ndiaye MBAYE, Les groupes de sociétés dans l'OHADA, Penant, juillet-septembre 2004, n° 848, p. 265.
- MEUKE Bérenger Yves, L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA ; réflexion sur l'expertise de gestion. OHADATA D-05-56
- PAILLUSSEAU Jean, L'acte uniforme sur le droit des sociétés. Communication à la Journée de l'Association Henri Capitant du 22 novembre 2002, Paris, in Petites Affiches, Le Quotidien Juridique n° 205, p. 19.
- POUGOUÉ Paul Gérard, ANOUKAHA François et NGUEBOU Josette, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*. Presses universitaires d'Afrique, 1998.
- SAMBE Oumar Constitution des sociétés commerciales et GIE. Marchés tropicaux, 1^{er} janvier 1999, p. 9.
- TAPIN, Daniel.- Droit des sociétés commerciales et du GIE, in : Penant, n° 827, Mai à Août 1998.

1. C'est l'article 309, alinéa 1^{er} de l'AU/SCGIE qui donne la définition de la société à responsabilité limitée ; il résulte de ce texte que : « La SARL est une société dans laquelle les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits sont représentés par des parts sociales ».

2. Cette définition permet de se rendre compte du caractère hybride de ce type de société qui est à mi-chemin entre les sociétés de personnes et la société anonyme devenue, depuis l'adoption de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, la seule forme de société de capitaux.

La société à responsabilité limitée se rapproche des sociétés de personnes en raison de la forte dose d'intuitu personae qu'elle renferme et qui permet « d'assurer une bonne protection des intérêts familiaux ». En effet dans la société à responsabilité limitée, les droits sociaux des associés sont représentés par des parts sociales qui ne peuvent pas prendre la forme de valeurs mobilières (*Même si en droit OHADA, l'interdiction d'émettre des valeurs mobilières n'est pas, contrairement à ce qui est prévu en France, expressément formulée, il ne fait aucun doute que ce genre de société ne peut pas, en raison de sa structure fortement personnalisée, émettre des titres négociables*). Ces droits ne sont pas en principe librement cessibles tout au moins dans les rapports avec les tiers étrangers à la société, puisqu'il faut, en cas de projet de cession, une procédure d'agrément qui requiert le consentement des coassociés. Il est même possible d'instituer une procédure d'agrément pour limiter la libre transmission des parts par dévolution successorale ou liquidation de communauté ou pour restreindre la libre cession à des proches (*conjoint, ascendants, descendants*).

La société à responsabilité limitée se rapproche de la société anonyme en ce que la garantie des créanciers ne repose pas sur la fortune des associés, mais sur le capital social. La responsabilité des associés, qui n'ont pas la qualité de commerçant du seul fait de leur entrée dans la société, est limitée à leurs apports. Pour

cette raison, deux époux peuvent constituer seuls ou avec d'autres ce type de société, l'article 8 de l'AU/SCGIE ne leur interdisant d'entrer que dans les sociétés dans lesquelles ils sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales. Les événements qui peuvent survenir dans la vie des associés tels que le décès, la survenance d'une incapacité ou l'ouverture d'une procédure collective sont sans incidence sur celle de la société.

3. Cette responsabilité limitée et ce caractère fermé expliquent en partie pourquoi cette forme sociétaire a les faveurs du public. Il s'y ajoute que le législateur communautaire africain a introduit beaucoup de souplesse dans la constitution et le fonctionnement de ce type de groupement. On peut relever par exemple que le capital social minimum exigé est d'un faible montant, que l'intervention des commissaires aux apports n'est pas toujours obligatoire, que la désignation d'un commissaire aux comptes a un caractère facultatif et que la tenue d'une assemblée peut être évitée avec la possibilité donnée aux organes dirigeants de recourir à des consultations écrites.

4. La société à responsabilité limitée est désignée par une dénomination sociale qui doit être immédiatement précédée ou suivie, en caractères lisibles, des mots : « société à responsabilité limitée » ou du sigle : « S.A.R.L. ».

Section 1 - Constitution

Deux types de conditions sont prévus : les conditions de fond et les conditions de forme.

§1 - Conditions de fond

Elles concernent les associés et le capital social.

A - Associés

I - Nombre d'associés

5. La société à responsabilité limitée peut être constituée par un seul associé, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique autorisant la forme unipersonnelle (La forme unipersonnelle peut être choisie au moment de la constitution ; elle peut aussi résulter de la réunion des parts entre les mains d'un seul associé, ce qui n'est plus, pour ce type de société, une cause de dissolution).

6. C'est certainement pour éviter les problèmes inhérents au dépassement du nombre d'associés que l'Acte uniforme ne fixe pas de maximum, contrairement à certaines législations (*Au Sénégal par exemple, la loi n° 85-40 du 29 juillet 1985 portant 4^e partie du code des obligations civiles et commerciales sur les sociétés commerciales avait fixé le nombre maximal d'associés à 50 et prévoyait, en cas de dépassement, la dissolution en l'absence de régularisation dans le délai d'un an ; la régularisation pouvant prendre la forme d'une réduction du nombre d'associés faire l'objet de transformation ; en France, la limitation du nombre maximal d'associés a été introduite par la loi n° 66-557 du 24 juillet 1966 et reprise par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 qui a fait passer la limite de 50 à 100 ; aujourd'hui, c'est l'article L.223-3 du Code de commerce qui fixe la règle, en précisant que « si la société vient à comprendre plus de cent associés, elle est dissoute au terme du délai d'un an à moins que pendant ce délai le nombre d'associés devienne égal ou inférieur à cent ou que la société ait fait l'objet de transformation »*).

II - Consentement

7. Il doit exister. À notre avis, l'existence du consentement, qui se traduit par la volonté de s'associer et qui doit être exprimée par les intéressés au moment de la constitution de la société, est rarement discutée, en raison de l'intervention obligatoire de chaque associé, soit en personne, soit par un mandataire justifiant d'un pouvoir spécial, à l'acte constitutif de la société.

8. Le consentement doit être exempt de vices ; mais l'Acte uniforme ne fait pas du vice du consentement une cause de nullité de l'acte de société. L'exclusion des vices du consentement de la catégorie des causes de nullité, tout au moins lorsqu'il s'agit de société à risque limité, résulte clairement de l'article 243 aux termes duquel « *Dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés anonymes, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice du consentement, ni de l'incapacité d'un associé, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs.* »

III - Capacité

9. Les associés de la société à responsabilité limitée, contrairement à ceux de la société en nom collectif, ne deviennent pas commerçants, du seul fait de leur entrée dans la société. Pour cette raison, l'associé n'a pas à justifier de sa capacité commerciale ; il n'est même pas nécessaire d'avoir la capacité civile (*encore que la distinction entre capacité commerciale et capacité civile ait perdu son intérêt depuis que l'Acte uniforme sur le droit commercial général, en son article 7 al. 1, a donné au mineur émancipé, le droit de devenir commerçant*) puisque, l'incapacité n'est pas une cause de nullité, sauf si tous les associés fondateurs sont atteints.

Il suit de là que les mineurs ordinaires, comme les majeurs incapables peuvent entrer dans la société à responsabilité au moment de la constitution. Dans ce cas, ils agiront par le biais de leurs représentants légaux. Cela résulte d'ailleurs d'une interprétation a contrario de l'article 8 AU/SCGIE qui n'interdit aux mineurs et aux incapables d'entrer dans la société que s'ils sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales.

10. Les personnes morales peuvent être associées d'une société à responsabilité limitée ; cette possibilité est d'ailleurs expressément prévue par l'article 309, alinéa 2 AU/SCGIE. Il est même possible, quoique cette hypothèse soit rare, que des personnes morales soient seules associées dans la société à responsabilité limitée.

B - Capital social

I - Montant

11. Le capital doit être d'au moins un million de francs CFA (1 000 000). Le législateur communautaire a fixé un minimum pour le capital social, puisqu'il constitue la seule garantie des créanciers sociaux.

Il est divisé en parts sociales égales dont la valeur nominale ne peut être inférieure à cinq mille (5 000) francs CFA (*Voir article 906 AUSCGIE pour les autres pays qui ne font pas partie de la Zone Franc*).

12. Les parts doivent être entièrement souscrites et intégralement libérées au moment de la constitution de la société. La souscription correspond à l'engagement pris par le futur associé de réaliser un apport au profit de la société. La libération consiste pour le souscripteur à exécuter l'engagement pris en versant la somme promise.

On note à ce niveau une différence fondamentale entre la société à responsabilité limitée et la société anonyme dans laquelle les actionnaires ont la possibilité de libérer les actions émises en rémunération d'apports en numéraire à concurrence du quart, le reliquat devant alors être libéré dans un délai de cinq

ans selon les modalités fixées par les statuts ou les organes compétents.

13. Les parts sont émises en rémunération des apports en nature ou d'apports en numéraire effectués par les associés. En ce qui concerne les apports en industrie, le législateur communautaire en donne une définition mais oublie d'en fixer le régime juridique. On peut en déduire que les apports en industrie sont interdits car en plus de la responsabilité limitée, l'associé en industrie exerçant une prestation successive, serait dans l'impossibilité de libérer immédiatement son apport (V. *OHADA, Traités et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2^e éd. 2002, P. 388*)

II - Apports en nature

14. L'apport en nature pose d'importants problèmes d'évaluation. En effet si l'apport est surévalué, l'apporteur va être privilégié par rapport à ses coassociés ; de même le capital social sera artificiellement gonflé. Si, en revanche, l'apport est sous-évalué, c'est l'apporteur qui est lésé. C'est pourquoi le législateur a minutieusement réglementé cette question.

Il résulte de l'article 49 AU/SCGIE (*qui se trouve dans les dispositions générales applicables à toutes les sociétés*), que l'évaluation des apports en nature, qui doit être faite par les associés (al. 1^{er}), est contrôlée, dans les cas prévus par la loi, par un commissaire aux apports (al. 2).

Ce texte est complété, pour les sociétés à responsabilité limitée, par l'article 312 dont l'alinéa 2 prévoit que l'évaluation des apports en nature (*et des stipulations d'avantages particuliers*) est faite par un commissaire aux apports dès lors que « la valeur de l'apport ou de l'avantage considéré ou que la valeur de l'ensemble des apports ou des avantages est supérieure à cinq millions (5 000 000) de francs CFA ». Ce commissaire aux apports est choisi sur la liste des commissaires aux comptes. Il est désigné à l'unanimité par les futurs associés ou à défaut par le Président du tribunal à la demande des fondateurs ou de l'un d'entre eux. Il établit un rapport annexé aux statuts.

Il y a lieu d'observer qu'il n'existe pas, malgré les termes de l'article 49, alinéa 2 (*qui prévoit un contrôle, par un commissaire aux apports, de l'évaluation faite par les associés*) de dispositions dans l'Acte uniforme, tout au moins en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, visant des cas où l'évaluation faite par les associés est contrôlée par le commissaire aux apports.

En définitive, en combinant l'article 49 et l'article 312, on ne peut avoir que deux cas de figure :

- le premier correspond à celui où la valeur de l'apport est inférieure ou égale à cinq (5 000 000) millions de francs FCFA ; dans un tel cas, l'évaluation est faite par les associés eux-mêmes ;

- le second correspond à celui où la valeur de l'apport est supérieure à cinq (5 000 000) millions ; l'évaluation sera alors faite, et non pas contrôlée, par le commissaire aux apports.

Dans tous les cas, les statuts doivent contenir l'évaluation des apports. Lorsque l'intervention du commissaire aux apports est obligatoire, le rapport qu'il établit doit être annexé aux statuts.

15. Les rédacteurs de l'Acte uniforme n'ont pas prévu une responsabilité des associés fondée sur une évaluation inexacte d'un apport en nature, malgré le dommage qui pourrait en résulter pour les tiers qui sont trompés sur la consistance du capital social.

Ils l'ont en revanche expressément retenue dans les cas où les associés n'ont pas fait intervenir le commissaire aux apports ou n'ont pas tenu compte de l'évaluation qu'il aurait faite alors que cette intervention était obligatoire. Ainsi selon l'article 312, avant dernier alinéa AU/SCGIE, « À défaut d'évaluation faite par un commissaire aux apports ou s'il est passé outre à cette évaluation, les associés sont indéfiniment et solidairement responsables de l'évaluation faite des apports en nature et des avantages particuliers stipulés pendant une période de cinq ans ».

16. L'article 312 est rédigé dans les mêmes termes que l'article L. 223-9 du Code de commerce ; il pose les mêmes problèmes d'interprétation notamment en ce qui concerne son champ d'application.

À la question de savoir quels sont les associés concernés, certains auteurs en France (*J. Mestre et D. Velordocchio, Lamy Sociétés commerciales, n° 2939, p. 1442 ; G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, T. 1, Vol. 2, Les sociétés commerciales, 18^e éd. par M. Germain, LGDJ 2002, n° 1283, p. 187*), se fondant sur ce qu'elle trouve sa source dans l'idée d'obligation légale de garantie à l'égard des tiers, considèrent que cette responsabilité pèse sur l'ensemble des associés, sans qu'il soit nécessaire de tenir compte de la nature de l'apport ou de la date d'entrée dans la société. Il n'y a donc pas à distinguer selon qu'il s'agit d'apporteurs en nature ou d'apporteurs en numéraire. Il n'y a pas non plus lieu de distinguer selon que l'associé a ou non participé aux opérations de constitution, tous les associés des cinq premières années pouvant être déclarés responsables.

17. Cette responsabilité sera le plus souvent en jeu en cas de surévaluation de l'apport ; dès lors, il faudra se demander à quel moment il faut se placer pour apprécier la valeur de l'apport : au moment de la constitution ou à toute époque en cours de vie sociale ? C'est l'article 312, dernier alinéa qui apporte la réponse en ces termes : « L'obligation de garantie ne vise que la valeur des apports au moment de la constitution ou de l'augmentation de capital [s'il s'agit d'apport réalisé à

l'occasion d'une augmentation de capital] et non pas le maintien de cette valeur. » Cette règle s'explique par le fait que « La dépréciation des apports est un risque auquel sont exposés tous les créanciers d'une société » (*Ripert et Roblot, précit. n° 1283, p. 187*).

III - Apports en numéraire

18. Les apports en numéraire doivent, à la différence de ce qui est prévu pour les sociétés anonymes, être intégralement libérés au moment de la constitution.

Les fonds provenant des apports en numéraire doivent faire l'objet d'un dépôt immédiat par les fondateurs, contre récépissé, dans un compte ouvert au nom de la société en formation, auprès d'un établissement bancaire ou en l'étude d'un notaire.

Les fonds ainsi déposés seront indisponibles jusqu'au jour de l'immatriculation, date à laquelle, ils sont mis à la disposition du ou des gérants.

19. La libération et le dépôt des fonds sont constatés par un acte notarié, au moyen d'une déclaration qui indique la liste des souscripteurs avec les nom, prénoms, domicile pour les personnes physiques, dénomination sociale, forme juridique et siège social pour les personnes morales, ainsi que la domiciliation bancaire des intéressés, s'il y a lieu, et le montant des sommes versées par chacun. Cette déclaration désignée sous la dénomination de déclaration notariée de souscription et de versement des fonds est effectuée auprès d'un notaire du ressort du siège social.

20. À défaut d'immatriculation dans le délai de six mois à compter du premier dépôt, les associés peuvent, soit individuellement, soit par mandataire les représentant collectivement, demander au président de la juridiction compétente l'autorisation de retirer leurs fonds.

§2 - Procédure de constitution

21. L'associé ou les associés doivent tous, à peine de nullité, intervenir à l'acte constitutif de la société, en personne ou par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial.

On retrouve la même formule dans l'article L. 223-6 du Code de commerce français. Pour certains auteurs (*J. Mestre et D. Velordocchio, Lamy Sociétés commerciales, précit. n° 2946, p. 1445*), il faut comprendre par cette formule « signer les statuts ».

Il faut donc respecter les règles figurant dans les dispositions générales et fixant les modalités d'établissement des statuts ainsi que les mentions qui doivent y figurer.

22. En ce qui concerne le mode d'établissement des

statuts, les associés ont le choix entre l'acte sous seing privé ou tout acte offrant des garanties d'authenticité dans l'État où se trouve le siège social (article 10 AU/SCGIE) ; dans ce dernier cas, les statuts doivent être déposés avec reconnaissance d'écriture et de signatures au rang des minutes d'un notaire.

Si les statuts sont établis par acte sous seing privé, il doit être dressé autant d'exemplaires qu'il est nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social et l'accomplissement des diverses formalités ; par ailleurs un exemplaire sur papier libre doit être remis à chaque associé.

23. Relativement aux mentions qui doivent figurer dans les statuts, il faut se reporter à l'article 13 AU/SCGIE qui vise :

- la forme de la société ;
- la dénomination suivie, le cas échéant, du sigle ;
- l'objet ;
- la durée ;
- l'identité des apporteurs en numéraire, avec, pour chacun d'eux, la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport ;
- l'identité des apporteurs en nature, la nature et l'évaluation de l'apport effectué pour chacun d'eux, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport ;
- l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci ;
- le montant du capital ;
- le nombre et la valeur des titres sociaux émis, en distinguant, le cas échéant, les différentes catégories de titres créés ;
- les stipulations relatives à la répartition des résultats, à la constitution des réserves et à la répartition du boni de liquidation ;
- les modalités de fonctionnement.

24. L'inobservation des formalités prescrites entraîne deux types de sanctions.

25. Il y a en premier lieu la nullité de l'acte de société qui s'attache à l'inobservation des prescriptions de l'article 315 AU/SCGIE ; ce texte, rappelons-le, exige l'intervention de l'associé ou des associés, en personne ou par mandataire spécialement désigné à l'acte de société.

Ce texte constitue l'une des rares dispositions de l'Acte uniforme qui attache expressément la nullité au défaut d'accomplissement d'une formalité.

26. Il convient de remarquer que l'omission d'une mention obligatoire dans les statuts n'entraîne pas la nullité de l'acte de société. Mais elle donne lieu à une action de nature particulière dénommée action en régularisation ; cette action, prévue dans les dispositions générales (articles 75 et s. AU/SCGIE), donc applicables à la société à responsabilité limitée, est

ouverte à tout intéressé et au ministère public. Les associés ont d'ailleurs intérêt à rédiger avec soin les statuts, puisque parfois ils constituent le seul moyen d'apporter la preuve de leur qualité. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 16 novembre 2006 (*CCJA, 2^e Ch. arrêt n° 24 du 16 nov. 2006, S-A c/H dit « Crise »*). Dans cette affaire deux personnes qui se prévalaient de la qualité d'associé avaient produit des statuts ne comportant ni date, ni signature. Pour rejeter le pourvoi dirigé contre l'arrêt par lequel la Cour d'appel de Niamey leur a dénié la qualité d'associé, la Cour Commune a estimé que ne viole pas l'article 314 AU/SCGIE une Cour d'appel qui, appréciant souverainement ces documents et les statuts régulièrement établis par un notaire et ne mentionnant pas la participation de celles-ci, statuts produits par le gérant, a considéré que faute d'avoir apporté la preuve de la libération de leurs parts, ces personnes ne peuvent avoir la qualité d'associé.

27. Il y a en second lieu, à côté de cette sanction qui frappe l'acte de société, la sanction qui frappe les personnes auxquelles sont imputables les irrégularités. L'article 316 AU/SCGIE a prévu un régime de responsabilité consécutive à la nullité qui est propre à la société à responsabilité limitée. Il résulte de ce texte que les premiers gérants et les associés auxquels la nullité est imputable sont solidairement responsables, envers les autres associés et les tiers, du dommage résultant de l'annulation.

28. Cet article déroge quelque peu à l'article 256 AU/SCGIE qui constitue le droit commun de la responsabilité consécutive à la nullité.

Ce dernier texte ne semble protéger que les tiers puisqu'il vise uniquement la responsabilité, à leur égard, des dirigeants et des associés auxquels la nullité est imputable alors que l'article 316 AU/SCGIE assure, en plus de la protection des tiers, celle des associés.

Par ailleurs, la responsabilité prévue par l'article 256 AU/SCGIE peut être retenue dans tous les cas où la nullité est encourue, donc aussi bien lorsqu'il y a une décision d'annulation que lorsqu'il n'y a pas d'annulation en raison d'une régularisation. C'est ce qui explique d'ailleurs les deux points de départ prévus pour le délai d'exercice de l'action qui est de 3 ans : s'il y a annulation, le délai commence à courir à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée ; s'il n'y a pas eu de décision d'annulation parce qu'une régularisation est intervenue, le délai court du jour où la nullité a été couverte. En ce qui concerne l'article 316 AU/SCGIE, il n'envisage que le cas où il y a eu effectivement annulation ; pour cette raison, il ne retient qu'un seul point de départ pour le délai d'exercice de l'action en nullité : c'est le jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée.

Section 2 - Fonctionnement

§1 - Organes de la SARL

29. Il y a le ou les gérants, le ou les associés et éventuellement le ou les organes de contrôle.

A - Gérant(e)

30. Comme dans toutes les sociétés, le pouvoir souverain au sein de la société à responsabilité limitée appartient aux associés. Mais ceux-ci ne peuvent véritablement intervenir que dans le cadre des assemblées ou à l'occasion des consultations qui ne peuvent être organisées que de manière exceptionnelle. Entre deux assemblées ou consultations, ce sont les associés qui agissent au nom de la société.

L'Acte uniforme a consacré plusieurs dispositions au statut des gérants, aux pouvoirs qui sont les leurs dans la société et au régime de responsabilité auquel ils sont soumis.

I - Statut du gérant

a - Nomination

1 - Choix des associés

31. Les associés ont une marge de manœuvre relativement large. Ils peuvent choisir soit un gérant, soit plusieurs gérants. À notre avis, il faut, pour éviter toute difficulté au moment de la désignation des organes, que les associés indiquent, dès le départ, dans les statuts, s'ils veulent introduire la pluralité de gérants ou l'écarter.

Ils peuvent porter leur choix soit sur les associés, soit sur les tiers.

32. La liberté des associés est cependant limitée par l'Acte uniforme.

En premier lieu, on peut noter qu'en se référant à des gérants personnes physiques, l'Acte uniforme interdit nécessairement aux associés de désigner une personne morale.

En second lieu même si rien n'est expressément prévu à ce sujet, on est obligé de considérer que le choix ne peut porter sur des personnes frappées d'incapacité. Les associés ne peuvent pas, à notre avis, désigner en qualité de gérant, ceux qui sont frappés d'incapacité de droit commun, à savoir les mineurs et les majeurs incapables. Ils ne peuvent non plus désigner une personne qui a été déclarée en état de faillite personnelle. En effet, l'article 203 AU/PC vise parmi les effets qui s'attachent de plein droit à la faillite personnelle, l'interdiction générale de faire le commerce et notamment de

diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou toute personne morale ayant une activité économique.

2 - Modalités

33. Relativement aux modalités de la désignation, les associés ont deux possibilités.

Ils peuvent nommer les gérants dans les statuts ; c'est souvent le mode de désignation auquel les associés ont recours lors de la constitution de la société. Ce mode de nomination n'a, contrairement à ce qui se passe dans les sociétés en nom collectif, aucune incidence sur les modalités de la révocation, ni sur ses conséquences (*dans les sociétés de personnes, la révocation du gérant nommé dans les statuts ne peut être décidée qu'à l'unanimité des autres associés et elle entraîne la dissolution de la société*).

Ils peuvent également nommer le ou les gérants dans un acte postérieur ; c'est souvent le cas pour les nominations qui interviennent en cours de vie sociale, plus rarement pour celles qui doivent intervenir au moment de la constitution. Dans ce cas, il faut, pour la prise de décision, une double majorité : majorité en nombre et majorité en capital. En effet, l'article 323 al. 2 AU/SCGIE in fine exige une décision prise à une majorité des associés représentant plus de la moitié du capital social. Ce texte fixant la majorité peut être écarté par les associés, mais seulement dans le sens de la sévérité. Ils peuvent, comme le prévoit le texte, exiger une majorité plus forte.

3 - Durée du mandat

34. L'Acte uniforme fait encore preuve de plus de souplesse en ce qui concerne la durée du mandat. En effet, l'article 324 qui fixe cette durée à 4 ans, est une règle supplétive en ce sens que les associés peuvent l'écartier par une stipulation contraire insérée dans les statuts.

4 - Rémunération

35. Pendant la durée de son mandat, le gérant peut, si telle est la volonté des associés, percevoir une rémunération. L'Acte uniforme a réglé la question de la rémunération en ces termes : « Les fonctions de gérant sont gratuites ou rémunérées dans les conditions fixées par les statuts ou dans une décision collective des associés » (*V. art. 325, al. 1^{er} AU/SCGIE*).

Si les associés optent pour la rémunération du gérant, il est souhaitable de laisser à l'assemblée le soin de la fixer, une détermination par les statuts pouvant se révéler trop rigide.

Comme on l'a fait observer en France (*V. J. Mestre et D. Velordocchio, précit. n° 3006, p. 1471*), une détermi-

nation par les statuts « oblige, en fonction de l'inflation et d'une possible évolution des affaires, à de trop fréquentes modifications statutaires et aux formalités de publicité en résultant ».

La solution idéale consiste finalement à fixer, dans les statuts, le principe d'une rémunération et à renvoyer à l'assemblée des associés les modalités de fixation du montant de la rémunération (*traitement fixe, rémunération proportionnelle au chiffre d'affaires ou aux bénéfices, système mixte combinant une base fixe et un montant proportionnel*).

L'Acte uniforme a également tranché de manière très nette une question qui avait suscité beaucoup d'hésitations en France jusqu'à l'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 4 mai 2010 (*JCP 2010, éd. G.p. 1346, note D. Gallois-Cocheti*) : celle de savoir si la détermination de la rémunération du gérant procédait ou non d'une convention entre celui-ci et la société.

La réponse à cette question commande l'attribution du droit de vote du gérant associé à l'occasion de la délibération par laquelle l'assemblée se prononce sur la rémunération. S'il s'agit d'une convention, le gérant n'a pas le droit de vote, mais dans le cas contraire, il peut voter.

La Cour de Cassation, dans son arrêt du 4 mai 2010, a décidé que la détermination de la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée par l'assemblée des associés ne procédant pas d'une convention, le gérant peut, s'il est associé, prendre part au vote.

C'est la solution qu'a retenue l'article 325 al. 2 AU/SCGIE aux termes duquel « La fixation de la rémunération du gérant n'est pas soumise au régime des conventions réglementées aux articles 350 et suivants du présent Acte uniforme ».

Ces textes visés par l'art. 325 réglementent trois catégories de conventions : celles qui doivent être approuvées par l'assemblée générale ordinaire, celles pour lesquelles il y a une dispense d'approbation puisqu'elles ne présentent aucun danger pour la société (ce sont les conventions courantes conclues à des conditions normales) et celles qui sont interdites parce que jugées trop dangereuses pour la personne morale.

Lorsqu'une approbation est nécessaire, le gérant, s'il est associé, ne participe pas au vote et ses voix ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

En choisissant de soustraire la fixation de la rémunération du gérant du champ d'application des articles 350 et s., l'Acte uniforme écarte, implicitement mais nécessairement, la procédure des conventions réglementées et autorise le vote du gérant associé.

Ce texte va, à n'en pas douter, en raison de sa formulation, susciter un débat doctrinal sur le fondement de cette exclusion.

Une autre qui ne manquera pas de se poser est, en effet, de savoir si le gérant associé est autorisé à voter parce que la détermination de la rémunération est un acte unilatéral de la société. Si c'est le cas, le

texte avait-il besoin de l'indiquer dès lors que les conventions constituant son champ d'application exclusif, les actes unilatéraux sont hors de son domaine ? Est-ce alors parce que, pour le texte, il s'agit certes de convention, mais d'une convention qui ne présente pas de danger pour la société, ce qui rend inutile la procédure d'approbation prévue ? Mais pourquoi alors ne pas l'aborder dans les dispositions consacrées aux conventions réglementées ?

36. Les règles relatives au contrat de travail ne sont pas applicables à la rémunération du gérant, dans la mesure où même s'il est rémunéré, il n'a pas le statut de salarié. Le gérant est en effet un mandataire de la société qu'il représente et cette qualité exclut celle de salarié.

b - Fin des fonctions

1 - Arrivée du terme

37. Les fonctions de gérant prennent fin par l'arrivée du terme, s'il n'y a pas de renouvellement.

Le gérant est en effet désigné, en l'absence de stipulations contraires dans les statuts, pour une durée de quatre ans ; par conséquent, il ne peut plus, s'il n'est pas maintenu dans ses fonctions, représenter la société.

2 - Révocation

38. Les fonctions de gérant peuvent également prendre fin par l'effet d'une décision de révocation prise par les associés ou par le juge.

39. Le droit pour les associés de mettre un terme au mandat du gérant est consacré par l'article 326 al. 1^{er} de l'Acte uniforme qui exige, non pas une double majorité, comme pour la nomination, mais seulement la majorité en capital. Il résulte en effet de ce texte que la décision de révocation du ou des gérants, qu'ils soient statutaires ou non, est prise par les associés représentant plus de la moitié du capital. Le fait que le gérant dont la révocation est demandée ait été nommé dans les statuts est, selon certaines juridictions, sans effet sur la majorité requise. Ainsi dans une affaire où le gérant contestait sa révocation aux motifs que « le quorum [représentait] légèrement plus de la moitié du capital » (sic), alors que le gérant statutaire ne peut être révoqué qu'à la majorité des 3/4 du capital, le tribunal saisi a décidé que « l'assemblée au cours de laquelle les associés représentant plus de la moitié du capital étaient présents, a pouvoir conformément aux dispositions de l'art. 326 AU/SCGIE, de révoquer le gérant, la modification des statuts n'étant pas nécessaire à cette fin » (*V. TRHC Dakar, jugement n° 327 du 02 févr. 2003, Pèdre Diop c/Omar Seck BAG SARL*). Le tribunal n'a pas dit cependant dans quel sens avaient voté les associés.

La règle de l'article 326 est d'ordre public, puisque ce

texte (al. 1^{er} in fine) considère que toute clause contraire est réputée non écrite.

Bien que la décision de révocation relève de la catégorie des décisions collectives ordinaires, elle échappe aux règles applicables au processus d'adoption de ce type de décisions. En effet, l'article 349 al. 2, qui prévoit que les décisions collectives ordinaires sont prises, sur seconde convocation ou consultation, en l'absence de stipulations statutaires contraires, à la majorité des votes émis, quelle que soit la portion du capital représentée, est écarté lorsqu'il s'agit de délibération sur la révocation du gérant (v. art. 349 al. 3 AU/SCGIE).

À la différence des dispositions applicables à la révocation des gérants de la société en nom collectif que les autres associés sont seuls habilités à décider, l'art. 326 n'interdit pas au gérant dont la révocation doit être décidée de participer au vote, s'il est associé. Cette possibilité donnée au gérant de prendre part, s'il est associé, aux délibérations qui portent sur sa révocation peut constituer un facteur de blocage. Si, en effet, le gérant associé détient la moitié des parts sociales, aucune révocation ne pourra être envisagée.

40. Même dans l'hypothèse où ils sont en mesure de prendre la décision de révocation, les associés doivent user de leur droit de mettre fin aux fonctions du gérant avec modération, puisque la révocation décidée sans justes motifs peut donner lieu à une condamnation au paiement de dommages et intérêts (v. art. 326 al. 1^{er} in fine).

Pour apprécier l'existence ou l'absence de justes motifs, le juge qui est saisi d'une demande d'indemnisation du gérant, peut prendre en compte le comportement de celui-ci. Il va certainement rejeter une telle demande s'il relève à sa charge une faute qui se rattache à l'exercice de ses fonctions ; dans une telle hypothèse, il y a justes motifs de révocation.

Le juge peut prendre en compte également l'intérêt social. Il y a justes motifs de révocation exclusifs de toute indemnisation lorsque, même en l'absence de faute, le maintien du gérant en fonction est préjudiciable à la société parce que, par exemple, il constitue un frein à l'essor de la société ou une source de frais inutiles (*Voir sur la question M.A. MOUTHIEU/NJANDEU, L'intérêt social en droit des sociétés, Coll Études africaines, l'Harmattan, Paris, 2009*).

41. Même si l'article 326 ne le prévoit pas expressément, on doit considérer que la révocation peut donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts lorsque les conditions dans lesquelles elle est intervenue sont brusques ou sont de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la réputation du gérant (v. en France, Cass. Com. 1^{er} févr. 1994, JCP 1995, éd. G. II. 22432 ; Rev. Soc. 1995.281).

42. Afin d'éviter l'inamovibilité des gérants associés majoritaires, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a consacré, à côté de la révocation décidée par les associés,

la révocation prononcée par voie de justice. Cela résulte clairement de l'article 326 alinéa 2 AU/SCGIE aux termes duquel « le gérant est révocable par le tribunal chargé des affaires commerciales dans le ressort duquel est situé le siège social, pour cause légitime, à la demande de tout associé ».

43. Le droit de demander en justice la révocation appartient à chaque associé. Celui qui l'exerce n'est pas tenu d'obtenir l'accord des autres associés, ni même de les consulter.

Il doit cependant justifier de l'existence d'une cause légitime qui, à notre avis, peut être appréciée au regard de l'intérêt social. Il a ainsi été jugé que le fait pour un gérant de vider son bureau de tout son contenu confirme les arguments du cogérant également associé demandeur dans la procédure de révocation, arguments selon lesquels ce gérant a cessé d'exercer ses fonctions de manière prolongée, nuit au bon fonctionnement de la société et constitue une cause légitime de révocation (*V. TRHC Dakar, jugement n° 778 du 17 mars 2004, Abdoulaye Ibnou Abass Kâ c/Doudou Germain Diagne, inédit*).

En France, la cause légitime a pu être trouvée dans le fait, pour le gérant, d'abandonner son poste en emportant un carnet de chèques de la société (*Trib. Com. Paris, 18 juin 1974, Bull. Joly Soc. 1974, p. 596*), de ne plus pouvoir assurer la gestion de la société en raison d'une défaillance des facultés mentales ou d'une vulnérabilité justifiant le placement sous le régime de la curatelle (*v. Paris, 3^e ch. c. 5 avril 1997. Dr. Sociétés 1997, n° 177*), ou de paralyser la vie de la société et de mettre en péril ses intérêts par des pratiques commerciales peu orthodoxes (*Paris, 8 nov. 1996, Bull. Joly Sociétés, 1997, p. 213*).

La cause légitime peut aussi être retenue lorsque le gérant se rend coupable de certaines fautes. Il a été jugé, à cet égard, que « le fait pour un gérant associé de [s'accaparer] de la société pour prétendre qu'il en est le seul propriétaire » (sic) et de refuser d'informer et de convoquer un coassocié en lui déniant sa qualité est constitutif d'une faute et justifie la révocation (*V. TRHC Dakar, jugement n° 622 du 09 mars 2004, Amadou Guèye c/Youssou Diop, inédit*).

3 - Démission

44. Les fonctions dévolues au gérant prennent fin lorsque celui-ci, de sa propre initiative, décide de mettre fin à son mandat. C'est ce que l'on appelle la démission qui est prévue par l'art. 327 AU/SCGIE. Ce texte, contrairement au Code de commerce français qui n'a rien prévu en ce qui concerne la démission (*Pour cette raison, le droit pour le gérant de mettre fin unilatéralement à son mandat est fondé sur le droit commun du mandat et particulièrement l'art. 2007 du C. civ selon lequel « le mandataire peut renoncer au mandat en notifiant au mandant sa renonciation »*), indique clairement que « le ou les gérants [de la société à responsabilité limitée] peu-

vent librement démissionner ». On doit déduire de cette liberté que la démission n'est pas subordonnée, pour être efficace, à l'acceptation de la société.

La formule est étonnante car, après avoir consacré le droit, pour le gérant, de démissionner librement, l'art. 327 in fine énonce que si la démission est faite sans justes motifs, la société peut demander en justice réparation du préjudice qu'elle subit. Dès lors que le gérant peut être amené à justifier du caractère légitime des motifs de sa démission, l'exercice de son droit n'est pas aussi libre que cela.

45. On peut néanmoins tenter de donner un sens à la formule utilisée en considérant que, du fait de la liberté qui est reconnue au gérant dans l'exercice de son droit, c'est à la société, lorsqu'elle veut engager la responsabilité du gérant démissionnaire, de démontrer que la démission était dépourvue de motifs légitimes et qu'elle lui a causé un préjudice (*sur la question de la démission de manière générale, v. D. Martin, La démission des organes de gestion des sociétés commerciales, Rev. Soc. 1973.373 ; H. Souleau, La démission des dirigeants des sociétés commerciales, RTD com. 1972.21.*).

4 - Autres cas de cessation des fonctions

46. Même en l'absence de dispositions expresses de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, on doit considérer que la cessation des fonctions des gérants de la société à responsabilité limitée résulte nécessairement :

- de la dissolution de la société (*v. en France, Cass. Com. 16 janv. 2001, Bull. civ. IV, n° 12, RJDA 2001, n° 453 ; dans l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt, il a été jugé que la perte de la qualité de représentant légal de la société place l'ancienne gérante, vis-à-vis de la banque, dans la situation d'un tiers soumis au secret bancaire et donc dans l'impossibilité d'obtenir la communication des relevés de compte et des ordres d'opérations bancaires*) ; au demeurant, l'art. 224, qui figure dans les dispositions générales, prévoit que les pouvoirs des dirigeants, en cas de liquidation (*consécutives à la dissolution*) prennent fin à compter de la décision de justice qui ordonne la liquidation de la société ;
- de la transformation de la société à responsabilité en société anonyme (*ce type de société ne comporte pas de gérant*) ;
- de la survenance d'une incapacité ou d'une faillite personnelle.

II - Pouvoirs

a - Pouvoirs des gérants dans les rapports avec les associés

47. Il résulte de l'article 328 al. 1^{er} AU/SCGIE, que

dans les rapports entre associés, les pouvoirs des gérants sont déterminés par les statuts.

La formulation est maladroite car le texte vise les rapports entre associés ; or le gérant peut ne pas être associé. Il aurait donc été plus indiqué de parler des rapports avec les associés.

Les associés peuvent, en application de ce texte, fixer les pouvoirs des gérants, dans les statuts, mais non par une délibération de l'assemblée nommant le gérant.

Ils peuvent notamment subordonner l'accomplissement de certains actes qui peuvent engager durablement la société (*opérations immobilières, accomplissement d'actes dont le montant dépasse un certain seuil*) à l'autorisation préalable (même si c'est exceptionnel) ou à l'approbation de l'assemblée des associés.

Le gérant qui accomplit un acte, en violation d'une stipulation statutaire déterminant ses pouvoirs, pourrait voir sa responsabilité engagée.

48. En cas de silence des statuts sur l'étendue des pouvoirs du gérant, celui-ci peut accomplir tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société. Le gérant doit se garder cependant, même dans ce cas, d'accomplir des actes qui relèvent de la compétence de l'assemblée des associés.

49. Il peut arriver qu'il y ait plusieurs gérants ; dans ce cas, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs.

Chacun d'entre eux a la faculté de s'opposer à l'accomplissement d'un acte envisagé par un autre. Le gérant qui entend user de cette prérogative doit avoir des motifs légitimes et a tout intérêt à se ménager une preuve de son opposition.

b - Pouvoirs des gérants dans les rapports avec les tiers

50. Reprenant une règle qui se trouve dans les dispositions générales (*art. 121 et 122 AU/SCGIE*), l'article 329 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales précise que dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société, sous réserve des décisions qui relèvent légalement de la compétence exclusive de la collectivité des associés.

51. Dans l'exercice des pouvoirs, le gérant engage la société sans avoir à justifier d'un mandat spécial, ni d'une autorisation de l'assemblée des associés.

Les pouvoirs du gérant sont d'autant plus étendus qu'il peut engager la société même par les actes qui dépassent l'objet social. En cas de dépassement de l'objet, la société ne peut échapper à son engagement que si elle apporte la preuve que le tiers avec lequel le gérant a traité connaissait ce dépassement ou ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances.

Cette preuve est difficile à rapporter d'autant plus

que l'Acte uniforme considère qu'elle ne peut résulter de la seule publication des statuts.

52. Compte tenu de cette toute puissance du gérant, les associés sont tentés de limiter, par des stipulations statutaires, comme ils en ont le droit, ses pouvoirs. Ces stipulations statutaires sont cependant inopposables aux tiers et le texte ne distingue pas selon que le tiers a eu ou non connaissance de cette limitation.

En France, la Cour de cassation a, sur le fondement de l'article L 223-18 du Code de commerce, qui est comparable à l'article 329 al. 3, rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt par lequel une Cour d'appel avait déclaré opposable à une société à responsabilité limitée et, par là même, à la personne qui s'est portée caution, le contrat passé entre une banque et le gérant qui a agi en violation d'une stipulation statutaire qui subordonnait l'accomplissement d'un tel acte à l'autorisation préalable des associés (*Cass. Com. 2 juin 1992, Bull. IV, n° 213, JCP G 1992, IV, p. 245; JCPE 1992, pan. n° 996*). Dans cet arrêt, la Cour a senti la nécessité de préciser que les limitations sont opposables aux tiers, peu important qu'ils en aient ou non connaissance.

53. En cas de pluralité de gérants, l'un d'eux peut, si l'acte envisagé par un autre lui paraît inopportun, opposer son veto sur le fondement de l'article 328 al. 2 AU/SCGIE. Une telle opposition serait cependant sans effet à l'égard des tiers, sauf à apporter la preuve que ceux-ci en ont eu connaissance.

54. La constatation de la violation des clauses limitant les pouvoirs du gérant, du dépassement de l'objet social ou de l'opposition formulée par un autre gérant ne constitue pas un obstacle à l'engagement de la société vis-à-vis du tiers.

Cependant, le gérant qui accomplit un acte en violation des limitations, en dépassement des statuts ou malgré l'opposition d'un autre gérant, pourrait voir sa responsabilité engagée.

III - Responsabilité des gérants

a - Responsabilité civile

55. En matière de responsabilité des dirigeants sociaux, le régime général prévu par les articles 161 AU//SCGIE et suivants coexiste avec des régimes spéciaux consacrés aux gérants des sociétés à responsabilité limitée et aux administrateurs des sociétés anonymes.

L'article 330 AU//SCGIE qui énumère les fautes sur le fondement desquelles la responsabilité des gérants de SARL peut être engagée, vise trois types d'agissements : les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables à ce type de société, les violations des statuts et les fautes commises dans la gestion.

Le gérant à l'encontre duquel est relevée l'une de ces

fautes peut, d'après l'article 330 alinéa 1^{er} AU/SCGIE, être déclaré responsable à l'égard de la société ou des tiers.

56. L'application de ce texte ne pose pas de problème particulier lorsque c'est la société qui subit un préjudice en raison d'un agissement imputable au gérant.

57. La situation est un peu plus délicate lorsque c'est un tiers qui est lésé. En effet, dans une telle hypothèse, il peut être tentant de considérer que c'est la responsabilité de la société qui doit être engagée, surtout lorsque la faute est commise au préjudice d'un tiers qui est lié à la société par un contrat.

En France, la jurisprudence restreint le domaine de la responsabilité à l'égard des tiers en exigeant d'eux qu'ils prouvent une faute détachable des fonctions et personnellement imputables aux gérants (*Cass. Com. 22 janv. 1991, RF Comptabilité, n° 223, p. 62, obs. Roque*) ou, ce qui revient au même, une faute personnelle séparable des fonctions (*V. Cass. Com. 27 janv. 1998, Bull. civ. IV n° 48, Dt. Sociétés, D. 1998, n° 46, D. 1998, p. 605, note D. Gibrila*). La Cour de cassation a même eu à parler de faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales (*Cass. Com. 20 mai 2003, Bull. IV n° 84, D. 2003, Jur. P. 1502, obs. A. Lienhard*).

58. Lorsqu'il y a plusieurs gérants, chacun d'eux est déclaré responsable pour des fautes qu'il a personnellement commises. Mais il peut arriver que plusieurs gérants aient coopéré aux mêmes faits : c'est l'hypothèse prévue par l'art. 330, al. 2 AU/SCGIE. Dans une telle hypothèse, précise ce texte, le tribunal chargé des affaires commerciales détermine la part contributive de chacun. À notre avis, ce texte qui règle explicitement les rapports entre cogérants sous-entend une responsabilité solidaire, ce qui conduit à donner à la victime la possibilité de demander à chacun la réparation de la totalité du préjudice.

59. Relativement au régime de l'action, l'article 331 AU/SCGIE distingue soigneusement l'action sociale et l'action personnelle.

60. L'action sociale est destinée à réparer le préjudice subi par la société. Une telle action est normalement exercée par les représentants légaux de la société, c'est-à-dire les dirigeants. Étant donné qu'un dirigeant fautif ne va jamais exercer une action fondée sur une faute qu'il a lui-même commise, il y a fort à parier que tant que celui-ci est en fonction, la procédure ne sera pas engagée.

C'est pour éviter les conséquences d'une telle inertie que l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique donne aux associés, s'ils représentent le quart du nombre total et le quart des parts, qualité pour agir au nom de la société ; c'est l'action sociale ut singuli.

Les associés agissent en principe individuellement ; mais ils peuvent aussi se grouper.

Pour éviter les éventuelles entraves que les dirigeants peuvent être tentés de mettre en œuvre, l'art. 331 prévoit deux règles :

- d'une part, sont réputées non écrites les clauses ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée ou comportant, par avance, renonciation à l'exercice de cette action ;
- d'autre part, aucune décision de l'assemblée (telle que l'approbation des comptes ou le quitus donné aux dirigeants) ne peut pas avoir pour effet d'éteindre l'action contre les dirigeants.

61. L'action individuelle est l'action destinée à obtenir la réparation du préjudice personnellement subi par un associé ou un tiers.

On peut relever à ce propos une curiosité de l'article 331. Ce texte envisage la responsabilité du gérant envers la société et non la responsabilité envers les associés.

Mais au moment de fixer le régime de l'action, il invoque à côté de l'action sociale ut singuli, l'action que l'associé peut exercer pour obtenir réparation du préjudice personnellement subi. En revanche, il ne consacre aucune disposition au régime de l'action exercée par un tiers.

62. Qu'il s'agisse d'action sociale ou d'action individuelle, le délai de prescription est toujours le même. Il est de trois ans et son point de départ est fixé au jour où le fait dommageable s'est produit.

Le régime applicable au délai subit parfois des aménagements. Le délai de prescription est allongé lorsque la faute imputable au gérant est qualifiée crime ; il est alors porté à 10 ans.

Le point de départ du délai est retardé lorsque les faits ont été dissimulés ; dans un tel cas, le délai court du jour où les faits ont été révélés.

63. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif a prévu un régime spécifique pour les sociétés admises au bénéfice du redressement judiciaire ou déclarées en liquidation des biens. Il résulte en effet de l'article 183 AU/PC que lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale laisse apparaître une insuffisance d'actif et lorsqu'il y a une faute de gestion ayant contribué à cette situation, le tribunal peut soit d'office, soit à la requête du syndic, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux.

b - Responsabilité pénale

64. Le droit pénal des sociétés présente la particula-

rité de comporter presque exclusivement des délits de fonctions, c'est-à-dire des infractions qui comportent parmi leurs éléments constitutifs la fonction exercée. Celle-ci est en quelque sorte une composante de l'infraction. La plupart de ces infractions prévues par les articles 886 et s. AU/SCGIE ne peuvent être commises que par les dirigeants sociaux et particulièrement les gérants de SARL et les dirigeants des sociétés anonymes.

65. Certaines de ces infractions sont commises au moment de la constitution de la société (*Irrégularités commises lors de la déclaration notariée de souscription et de versement – publication, en vue de provoquer des souscriptions ou des versements, « des noms de personnes désignées contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque ; v. art. 887 AU/SCGIE*).

66. D'autres infractions se rattachent à la vie sociale :

- distribution de dividendes fictifs (art. 889) ;
- publication ou présentation d'états financiers de synthèse inexacts (article 890) ;
- entrave au droit de participer aux délibérations (art. 892) ;

Ces trois types d'infractions concernent tous les dirigeants :

- abus de biens sociaux (art. 891) ;
- défaut de vérification ou de convocation du commissaire aux comptes (art. 897 AU/SCGIE).

67. D'autres enfin intéressent la dissolution de la société. Il s'agit essentiellement d'omissions. L'article 901 incrimine en effet l'omission de convocation de l'assemblée en cas de perte de plus de la moitié du capital et l'omission de dépôt au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales ou de publication dans un journal d'annonces légales de la dissolution anticipée de la société.

68. Les articles 889 et suivants AU/SGIE ne comportent que des incriminations ; elles ne fixent pas les sanctions, lesquelles relèvent normalement de la loi nationale. C'est pour se conformer à l'article 5 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique qui, en vue de tenir compte de la nécessité de sanctionner de manière uniforme les violations du droit communautaire tout en respectant la souveraineté des États, adopte un système qui conduit à l'éclatement de l'élément légal des infractions : ce sont les Actes uniformes qui prévoient l'incrimination et c'est la loi nationale des États parties qui détermine les peines applicables (*V. N. Diouf, La place du droit pénal dans le droit communautaire africain, Nouvelles Annales Africaines, n° 1, 2007, p. 167*).

Si dans les États parties, un texte n'est pas adopté, ces incriminations ne peuvent pas accéder à la vie juridique. Or à notre connaissance, seuls le Sénégal (*loi n° 98-21 du 26 mars 1998*), le Cameroun (*loi n° 2003-008 du*

10 juillet 2003) et la Centrafrique (*Nouveau Code pénal*) ont adopté des lois édictant les sanctions pénales applicables aux agissements visés par les Actes uniformes.

69. Lorsque la société à responsabilité limitée est en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, le gérant qui se rend coupable de certains agissements, encourt les peines soit de la banqueroute simple, soit de la banqueroute frauduleuse.

L'art. 231 AU/PC incrimine, sous la qualification d'infractions assimilées à la banqueroute simple :

- la consommation de sommes appartenant à la personne morale dans des opérations de pur hasard ou des opérations fictives, l'achat en vue d'une revente au-dessous du cours ou l'usage de moyens ruineux pour se procurer des fonds lorsque l'intéressé à l'intention de retarder la cessation des paiements ;
- le règlement, après la cessation des paiements, des sommes dues à un créancier au détriment de la masse ;
- la souscription, à la charge de la personne morale, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, d'engagements excessifs ;
- la tenue d'une compatibilité irrégulière ou incomplète ;
- l'omission de la déclaration de la cessation des paiements de la personne morale dans les trente jours ;
- les actes tendant à soustraire tout ou partie de son patrimoine aux poursuites de la personne morale en état de cessation, notamment le détournement ou la dissimulation de tout ou partie des biens ou l'exagération du passif (le fait de se reconnaître débiteur de sommes non dues).

70. L'article 232 AU/PC qui traite des infractions assimilées à la banqueroute frauduleuse incrimine, sous cette qualification :

- la soustraction des livres de la personne morale ;
- le détournement ou la dissipation de l'actif ;
- la reconnaissance frauduleuse de dettes à la charge de la société ;
- l'exercice de la profession de gérant en violation d'une interdiction ;
- l'octroi d'avantages indus à un créancier (le texte vise le fait de stipuler avec un créancier, au nom de la personne morale, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse ou de passer avec un créancier un traité particulier duquel il résulterait pour ce dernier un avantage à la charge de l'actif de la société, à compter du jour de la décision déclarant la cessation des paiements).

71. La qualification d'infraction assimilée à la banqueroute frauduleuse peut même être retenue lorsque la société n'est pas en état de cessation des paiements. En effet l'article 232-2 prévoit que les dirigeants d'une personne morale soumise aux procédures collectives, y compris donc les gérants des sociétés à responsabilité

limitée, sont punis des peines de la peine de la banqueroute frauduleuse, lorsqu'à l'occasion d'une procédure de règlement préventif, ils ont :

- présenté ou fait présenter de mauvaise foi des documents comptables ou financiers inexacts ou incomplets ;
- accompli, sans autorisation du Président du tribunal, les actes visés à l'article 11 AU/PC (*Ce texte qui est consacré aux effets de l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles sur le débiteur qui a demandé le règlement préventif, prévoit qu'à compter de l'ordonnance, celui-ci ne peut plus, sans autorisation du président du tribunal, accomplir certains actes tels que le paiement des créances nées antérieurement à la décision de suspension et antérieures à celle-ci, les actes de disposition étrangers à l'exploitation normale de l'entreprise, la constitution de sûretés et le remboursement des cautions qui ont acquitté des créances nées antérieurement à l'ordonnance*).

Contrairement à l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui renvoie à des lois internes à adopter (*de telle sorte que si la loi n'est pas adoptée, l'incrimination prévue par l'Acte uniforme ne peut pas accéder à la vie juridique*), l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives renvoie à des textes qui sont censés exister dans la loi nationale ; il part d'une infraction qui lui sert de repère dans la loi nationale et renvoie à la peine qui lui est attachée.

B - Associés

72. Les droits et obligations des associés sont proches de ceux des actionnaires de la SA, en ce qui concerne leur rôle dans la vie de la société.

Cependant une place à part doit être faite aux droits sociaux qui ne peuvent être représentés par des valeurs mobilières ; la société à responsabilité limitée émet des parts sociales pour rémunérer les apports effectués par les associés.

I - Parts sociales

73. Les parts sociales ne peuvent pas être représentées par des valeurs mobilières ; donc leur transmission n'est pas libre.

a - Cession des parts entre vifs

1 - Conditions de validité

74. Pour être valable, toute cession entre vifs doit être constatée par écrit. Pour les autres conditions, il faut

distinguer selon qu'il s'agit de cession à un coassocié, à un proche ou de cession à des tiers.

75. L'article 318 AU/SCGIE pose le principe selon lequel les statuts organisent librement les modalités de transmission des parts sociales entre associés. Les associés peuvent, par exemple, pour éviter les changements brusques de majorité, insérer dans les statuts une clause limitant la cessibilité en subordonnant la cession au consentement des coassociés. Mais, en cas de silence des statuts, la cession est libre. Cette place laissée à la volonté des associés est fondée sur l'idée selon laquelle en cas de cession à un coassocié, « il n'y a pas atteinte au caractère fermé de la société puisque le cessionnaire est déjà connu des autres associés et que l'opération a pour seule conséquence de modifier les conditions dans lesquelles les parts sont réparties (*Y. Guyon, T. 1 Droit commercial général et sociétés, 12^e édit. Economica 2003, n° 502, p. 549*).

76. Le législateur fait preuve de la même bienveillance à l'égard des cessions faites au profit des proches tels que le conjoint, les ascendants et les descendants. Il résulte en effet de l'article 318, al. 2 AU/SCGIE que dans ce type de cession, les statuts fixent les modalités de la transmission et qu'à défaut les parts sont librement cessibles entre les intéressés.

77. Les cessions au profit des tiers semblent obéir au même régime que les cessions faites en faveur des coassociés ou des proches, puisque le législateur communautaire utilise la même formule dans les deux cas : « les statuts organisent librement les modalités de la transmission des parts... ».

Il existe cependant une différence fondamentale qui apparaît lorsque les statuts n'ont rien prévu ; dans une telle hypothèse, la cession à un tiers étranger à la société et aux associés nécessite le consentement de la majorité des associés non cédants représentant les trois quarts des parts sociales, déduction faite des parts de l'associé cédant. Le texte exige une double majorité : majorité en nombre et majorité en capital.

La règle est considérée, en droit français comme une règle d'ordre public qui ne peut être écartée par une stipulation ayant pour objet ou pour effet d'exiger une majorité plus forte ou plus faible.

78. L'associé qui souhaite céder ses titres doit commencer par notifier le projet de cession à chaque associé et à la société. La notification de la cession à l'ensemble des associés ne dispense pas le cédant de la formalité de la cession à la société. À compter de la dernière notification, la société a un délai de trois mois pour faire connaître sa décision. À défaut de réponse dans le délai, le consentement à la cession est réputé acquis (*Y. GUYON, Droit des affaires, précit., n° 503, p. 550*).

79. Lorsque la notification est régulièrement faite, deux situations peuvent se présenter.

Soit il y a un agrément, celui pouvant être donné expressément ou tacitement (*l'agrément est tacite lorsque la société observe le silence pendant plus de trois mois*). Dans ce cas, le cédant pourra quitter la société et le cessionnaire y entrer pour prendre sa place.

Soit l'agrément est refusé. Dans une telle hypothèse la cession ne pourra intervenir au profit de celui qui est visé dans le projet.

80. Il ne faut pas cependant qu'en refusant la cession, la société maintienne l'associé cédant prisonnier de son titre. C'est pourquoi l'article 319, alinéa 4 prévoit qu'en cas de refus, les associés sont indéfiniment et solidairement tenus d'acquérir les parts. Cette acquisition doit porter sur la totalité des parts dont la cession était envisagée. La possibilité pour les associés de faire acquérir les parts par un tiers n'est pas expressément envisagée par l'article 319.

Le délai imparti aux associés pour acquérir les parts est de trois mois et a comme point de départ le jour de la dernière notification. Il peut être prorogé une seule fois par ordonnance du président de la juridiction compétente, sans pouvoir excéder cent vingt jours. En cas de prorogation, les sommes dues portent intérêt au taux légal.

Le prix des parts à céder est fixé d'accord parties. Mais dans de pareilles circonstances, il est rare qu'il y ait un accord entre le cédant et les autres associés ; pour cette raison, l'article 319, al. 4 prévoit qu'en cas de désaccord, le prix est déterminé par un expert désigné soit par les parties elles-mêmes, soit, à défaut, par ordonnance du Président de la juridiction compétente.

À défaut d'acquisition des parts par les associés, la société peut décider qu'elle va racheter les parts sociales par voie de réduction du capital. C'est ce qui résulte de l'article 319, dernier al. AU/SCGIE aux termes duquel « la société peut également, avec le consentement de l'associé cédant, décider... de réduire le montant du capital social du montant de la valeur nominale des parts de cet associé et de racheter ces parts... ».

Ce rachat doit intervenir dans le délai de trois mois et a lieu au prix fixé d'un commun accord et en cas de désaccord, par un expert désigné par les parties ou par le juge.

81. Si aucune des solutions prévues pour permettre à l'associé de céder ses parts n'est intervenue dans le délai, celui-ci retrouve sa liberté : soit, il réalise la cession initialement prévue, soit il renonce à la cession et conserve ses parts.

2 - Conditions d'opposabilité

82. La cession des parts, qu'elle soit faite au profit d'un tiers ou d'un proche, n'est opposable à la société

qu'à compter de l'accomplissement de l'une des formalités suivantes :

- la signification de la cession à la société ;
- l'acceptation de la cession par la société dans un acte authentique ;
- le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social, la preuve de la remise pouvant être faite au moyen de l'attestation de dépôt remise par le gérant.

83. La cession n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de l'une des formalités prévues pour l'opposabilité à la société suivi de la modification des statuts et de la publicité au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier.

84. Le défaut d'accomplissement de ces formalités entraîne, non pas la nullité de la cession, mais son inopposabilité aux tiers et à la société qui sont alors fondés à considérer que le cédant est toujours un associé qui a vocation à prendre part aux délibérations et à percevoir des dividendes, qui peut céder les parts à une autre personne (même si sa responsabilité pourra être engagée) et qui s'expose à une saisie de ces parts.

b - Transmission à cause de mort

85. Selon l'article 384, dernier al. AU/SCGIE, la société à responsabilité limitée n'est pas, sauf stipulation contraire des statuts, dissoute par le décès d'un associé. En cas de décès les parts les parts sont normalement transmises aux héritiers ; mais l'article 321, al. 1^{er} AU/SCGIE donne aux associés le pouvoir de subordonner, par une stipulation insérée dans les statuts, l'entrée de ceux-ci dans la société à un agrément dont ils définissent eux-mêmes les conditions. Ils peuvent en quelque sorte prévoir que les héritiers de l'associé décédé ne pourront entrer dans la société qu'après avoir été agréés dans les conditions qu'ils définissent.

De telles clauses sont cependant strictement encadrées par l'Acte uniforme qui interdit aux associés de soumettre l'agrément à des conditions plus rigoureuses que celles qui sont prévues pour la cession à des tiers. L'article 321, al. 2 indique clairement que ces clauses ne peuvent, à peine de nullité, accorder des délais plus longs que ceux qui sont prévus à l'article 319 (*délai de trois mois*), ni exiger une majorité plus forte que celle qui est prévue par le même article (*majorité en nombre des associés non cédants représentant les trois quarts des parts, déduction faite de celles de l'associé cédant*).

86. Il peut arriver que l'héritier de l'associé décédé ait acquis, avant le décès, la qualité d'associé de la société à responsabilité limitée. Dans une telle hypothèse, sera-t-il soumis à la procédure d'agrément ? En France il est généralement admis que « s'il existe parmi les héritiers des personnes déjà associées, les associés survivants ne peuvent exercer leur droit d'agrément et éventuel-

lement leur droit de rachat que sur la fraction des parts du défunt qui serait attribuée, dans le partage successoral, aux héritiers non encore associés » (*V. J. Mestre et D. Velardocchio, Lamy Sociétés commerciales, précit. n° 3226, p. 1558*).

87. Dans les cas où l'agrément est valablement stipulé, en cas de refus, les parts devront être rachetées dans les mêmes conditions que pour la cession entre vifs.

c - Nantissement des parts sociales

88. L'article 322 AU/SCGIE consacré au nantissement des parts sociales de la société à responsabilité limitée ne prévoit pas les conditions de validité de ce type de sûreté ; il ne s'intéresse qu'aux conditions d'opposabilité et aux modalités de l'agrément en cas de réalisation forcée.

Il faut donc se reporter à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés dont les articles 64 à 67 sont consacrés au nantissement des droits d'associé et des valeurs mobilières.

89. C'est l'article 65 qui donne des indications, même si elles sont vagues, sur la constitution de la sûreté. Ce texte commence par rappeler que le nantissement doit être constitué par acte authentique ou par acte sous seing privé. Il indique ensuite que l'acte, doit, à peine de nullité, comporter un certain nombre de mentions obligatoires (*éléments d'identification du débiteur ou du constituant du nantissement s'il s'agit d'un tiers, éléments d'identification de la personne morale émettrice des titres, nombre et éventuellement numéro des titres nantis, montant de la créance, conditions d'exigibilité de la dette principale et des intérêts, élection de domicile du créancier dans le ressort de la juridiction où est tenu le registre du commerce et du crédit mobilier du lieu d'immatriculation de la société*).

À la lecture de ce texte on peut s'étonner de voir que l'alinéa 2 de l'article 322 AU/SCGIE rattache l'établissement de l'écrit à l'opposabilité aux tiers et en fait une faculté. En effet ce texte prévoit que le nantissement, pour l'application des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 322 et pour être opposable aux tiers, peut être constaté par un acte notarié ou par acte sous seing privé signifié à la société et publié au registre du commerce du commerce et du crédit mobilier.

90. C'est l'article 68 AU/S qui détermine les effets du nantissement ; celui-ci, dit ce texte, confère au créancier nanti un droit de suite et de réalisation et un droit de préférence.

91. Pour régler les difficultés inhérentes à l'agrément de l'adjudicataire, en cas de réalisation forcée, l'article 322, al. 1^{er} renvoie à la procédure qui est prévue en matière de cession des parts à un tiers. Il faut donc

un projet de nantissement notifié aux associés et à la société qui a un délai de trois mois pour faire connaître sa réponse, le silence gardé pendant plus de trois mois équivalant à une décision implicite d'acceptation de la demande d'agrément.

Le consentement donné, qu'il soit exprès ou tacite, emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts régulièrement nanties.

92. Même si elle a donné l'agrément au nantissement, la société peut, postérieurement à la cession, racheter sans délai les parts nanties en vue de réduire son capital. La cession étant déjà intervenue dans ce cas, la question va se poser de savoir si l'adjudicataire va prendre part, puisqu'il est détenteur de parts sociales, à la délibération au cours de laquelle l'assemblée va statuer sur la réduction du capital. En France, il semble que l'adjudicataire ou le créancier attributaire devenu associé du fait de l'adjudication ou de la dation en paiement a le droit de siéger à l'assemblée (*V. J. Mestre et D. Verlardocchio, Lamy, Sociétés commerciales précit. n° 3235, p. 1560*).

II - Pouvoirs des associés

93. Le pouvoir souverain appartient aux associés, il convient de voir comment s'exerce ce pouvoir et comment se prennent les décisions.

a - Modalités d'exercice des pouvoirs

1 - Règles générales

94. Après avoir posé le principe selon lequel les décisions sont prises en assemblée (al. 1^{er}), l'article 333 donne aux associés le pouvoir de décider dans les statuts que toutes les décisions ou certaines d'entre elles, à l'exception de l'assemblée annuelle, seront prises sous forme de consultation écrite.

95. Quel que soit le mode de prise de décision adopté, chaque associé a le droit d'y prendre part. Il n'est donc pas possible de subordonner la participation aux décisions collectives à la détention d'un nombre minimal de parts sociales. Le nombre de voix attribué à chaque associé est, selon l'article 334 al. 1^{er} AU/SCGIE, égal au nombre de parts sociales qu'il possède.

96. Dans les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée, l'associé unique prend seul les décisions de la compétence de l'assemblée des associés des sociétés pluripersonnelles. Les pouvoirs concernent aussi bien les décisions collectives ordinaires que les décisions collectives extraordinaires.

Du fait qu'il détient seul tous les pouvoirs, l'associé unique peut être tenté de poser, dans son intérêt personnel, des actes contraires à l'intérêt social. Or, il

doit toujours avoir à l'esprit que la société a un patrimoine propre ; ce qui conduit à considérer qu'elle a son actif propre distinct de celui de l'associé unique et qui ne peut être saisi par les créanciers personnels de celui-ci et un passif propre qui ne peut être supporté par l'associé unique sauf en cas de dissolution (*La transmission universelle du patrimoine qui s'opère en cas de dissolution fait que les dettes de la société sont supportées par l'associé*).

2 - Règles propres aux différents modes de prise de décision

97. Les décisions sont le plus souvent prises en assemblée. En principe, les assemblées sont convoquées par le gérant ou à défaut par le commissaire aux comptes s'il en existe un.

Les associés ont aussi des prérogatives en la matière. Ils peuvent exiger la convocation de l'assemblée s'ils représentent au moins le quart du nombre d'associés et s'ils détiennent le quart des parts. Ils peuvent également, même s'ils ne remplissent les conditions précédentes (*nombre qu'ils représentent par rapport à l'ensemble, nombre de parts détenues*), demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer l'ordre du jour. L'Acte uniforme ne désigne pas la juridiction compétente en la matière. Ce silence signifie un renvoi à la loi nationale. Dans la plupart des pays, c'est sous forme de requête que la demande va être présentée au Président du tribunal.

98. Les convocations doivent être adressées aux associés par lettre recommandée. Du fait de cette exigence, on doit considérer qu'une convocation verbale n'est pas admise.

La convocation, qui indique, à peine de nullité, l'ordre du jour, doit intervenir au plus tard quinze jours avant la date de l'assemblée.

99. L'auteur de la convocation doit veiller à respecter scrupuleusement les formalités prescrites puisque toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. En France, la Cour de cassation, partant de l'utilisation du verbe « pouvoir » dans l'article L. 223-27 in fine du Code de commerce, a estimé que le juge saisi d'une demande d'annulation d'une assemblée irrégulièrement convoquée n'est pas lié par la constatation de l'irrégularité. Pour cette raison, il n'y a pas lieu, comme l'ont fait observer certains auteurs (*J. Mestre et D. Verdocchio, précit. n° 3122, p. 1516*), « d'annuler une assemblée lorsqu'un associé irrégulièrement convoqué, a expressément approuvé les actes accomplis en exécution de la résolution adoptée au cours de l'assemblée et avait en conséquence tacitement ratifié cette résolution, le quitus ayant été donné au gérant sans aucune réserve » (*Cass. Com. 5 déc. 2000, Bull. IV, n° 192, D. Aff. 2001, p. 259, obs. Lienbard ; Bull. Joly Sociétés, 2001, p. 262, note P. Le Cannu, Dr. & patr., 2001, n° 93, p. 116, obs.*

Poraccia ; JCP E 2001.I. p. 1897 ; A. Viandier et J.-J. Caussain, RTD com., 2001, p. 446, obs. C. Champaud et D. Danet).

En tout état de cause, l'action est irrecevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés.

100. La présidence des assemblées est assurée conformément aux dispositions de l'article 341 qui invite à distinguer plusieurs cas de figure :

- si le ou les gérants sont associés, la présidence de l'assemblée est assurée par le gérant unique ou l'un des gérants ;
- si aucun des gérants n'est associé, l'assemblée est présidée par l'associé présent et acceptant qui possède le plus grand nombre de parts ;
- si aucun des gérants n'est associé et si plusieurs associés présents et acceptant ont le même nombre de part, l'assemblée est présidée par l'associé le plus âgé.

101. Les associés ont, préalablement à la tenue de l'assemblée, droit à la communication de certains documents : états financiers de synthèse et rapport de gestion établis par le gérant, textes des résolutions proposées et, le cas échéant, rapports du commissaire aux comptes.

Les documents qui doivent être communiqués sont envoyés au plus tard quinze jours avant la tenue de l'assemblée.

La méconnaissance du droit de communication des associés est sanctionnée par la nullité de la délibération.

Cette sanction s'explique par l'importance de ce droit de communication sans lequel l'associé ne peut exercer son droit de vote en toute connaissance de cause.

102. L'associé peut exercer lui-même le droit de vote, tout comme il peut se faire représenter.

Les règles applicables à la représentation d'un associé sont précisées par les articles 334, 335 et 336. Il résulte de la combinaison de ces textes que l'associé peut se faire représenter par :

- son conjoint, sauf si la société ne comprend que les deux époux ;
- par un autre associé, à moins que la société n'en comprenne que deux ;
- par un tiers, si les statuts le prévoient expressément.

Le mandat donné par l'associé doit être global, puisque l'associé ne peut donner mandat à son conjoint, un coassocié ou un tiers pour voter, du chef d'une partie des parts et conserver le droit de vote attaché à l'autre partie des parts.

Le mandat donné à un autre associé ou un tiers ne vaut que pour une seule assemblée ou pour plusieurs assemblées successives, convoquées avec le même ordre du jour.

Les articles 334, 335 et 336 ne règlent que la question de la représentation conventionnelle.

Pour la représentation des personnes morales ou

des incapables, il faut se référer aux textes qui leur sont applicables ; le droit de vote qui leur appartient en tant qu'associé est exercé par leur représentant légal.

103. Les délibérations des assemblées donnent lieu à l'établissement des procès-verbaux signés par les associés présents et comportent un certain nombre d'indications : date et lieu de la réunion, nom et prénoms des associés présents, documents et rapports soumis à discussion, résumé des débats, texte des résolutions mises aux voix, résultat des votes.

Ces règles applicables à toutes les assemblées sont complétées par les règles propres à l'assemblée annuelle particulièrement celles relatives à la date de tenue de cette assemblée. Celle-ci doit, selon l'article 348 AU/SCGIE, se réunir dans les six mois de la clôture de l'exercice. Le gérant peut cependant demander, par requête, la prorogation du délai au président de la juridiction compétente.

104. À l'exception des questions qui doivent être soumises à l'assemblée annuelle, toutes les décisions peuvent être prises dans le cadre d'une consultation écrite.

Si ce mode de prise de décision est adopté, le texte des résolutions ainsi que les documents nécessaires à l'information des associés sont adressés à chacun d'eux. Les délais et les modalités de transmission sont les mêmes que pour les assemblées.

Lorsqu'ils sont consultés, les associés ont un délai minimal de 15 jours à compter de la réception des projets de résolution pour émettre leur vote.

105. Les décisions issues d'une consultation écrite donnent lieu à l'établissement des procès-verbaux établis dans les mêmes conditions que pour les assemblées. Il y a cependant une particularité : il doit être fait mention de la consultation dans le procès-verbal auquel est annexée la réponse de chaque associé ; le procès-verbal doit être signé par le gérant.

b - Prise de décision

1 - Décisions collectives ordinaires

106. Ce sont, de manière générale, les décisions qui n'entraînent pas de modification des statuts. L'article 347 AU/SCGIE en donne une énumération. Rentrent dans cette catégorie les décisions qui ont pour objet :

- de statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice écoulé ;
- d'autoriser la gérance à effectuer les opérations subordonnées, dans les statuts, à l'accord préalable des associés ;
- de procéder à la nomination et au remplacement des gérants et, le cas échéant, du commissaire aux comptes ;

107. Rentrent également dans cette catégorie, les décisions par lesquelles les associés se prononcent sur les conventions intervenues entre la société et l'un de ses gérants ou associés.

Il convient de préciser que sept (7) articles de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (art. 350 à 356) sont consacrés à ces conventions. Il résulte de ces textes que les conventions intervenues, directement ou par personne interposée, entre la société et l'un de ses gérants ou associés doivent être approuvées par l'assemblée générale ordinaire (Ici le texte utilise l'expression assemblée générale ordinaire et non l'expression décision collective ordinaire).

Il en est de même dans deux autres cas :

- d'une part, lorsque des conventions sont passées entre la société et une entreprise individuelle dont le propriétaire, est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée ;
- d'autre part, lorsque des conventions sont passées entre la société à responsabilité limitée et une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou secrétaire général est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée.

108. En pratique c'est l'assemblée annuelle qui est saisie. Deux dispositions confortent cette idée :

- en premier lieu, l'article 350 AU/SCGIE qui prévoit que le ou les gérants et, s'il en existe un, le commissaire aux comptes (*avisé par le gérant dans le délai d'un mois à compter de la conclusion de la convention*) présentent à l'assemblée générale annuelle ou joignent aux documents communiqués aux associés un rapport sur ces conventions ;
- en second lieu, l'article 354, al. 1^{er} selon lequel les associés délibèrent dans les conditions prévues par les articles 348 et 349 qui fixent les règles applicables à l'assemblée annuelle.

109. Lors de la délibération, l'associé intéressé ne peut prendre part au vote et ses voix sont déduites pour le calcul de la majorité. Il peut arriver cependant que la société ne comprenne qu'un associé et que la convention soit conclue avec lui ; dans ce cas, il en est seulement fait mention sur le registre des délibérations (art. 355, dernier alinéa).

110. L'examen de la convention doit donner lieu à une résolution à part ; l'approbation ne peut donc résulter de l'approbation générale des comptes.

111. Les conventions non approuvées par l'assemblée ne sont pas nulles ; elles produisent même tous leurs effets, mais le gérant ou l'associé doit supporter leurs conséquences préjudiciables à la société. L'approbation irrégulière, pour défaut de présentation du rapport spécial par exemple, équivaut à un défaut d'approbation.

112. L'action en responsabilité se prescrit par trois ans à compter de la conclusion de la convention ; mais le point de départ du délai est reporté au jour de la révélation si la conclusion de la convention a été dissimulée.

113. Il y a deux séries de conventions qui ne sont pas soumises aux associés pour approbation.

Certaines conventions ne sont pas soumises à l'approbation des associés parce que le législateur estime qu'il n'y a pas de danger pour la société. Ce sont les conventions qui portent sur les opérations courantes conclues à des conditions normales (*article 352 AU/SCGIE*). Les opérations courantes sont celles qui sont effectuées par une société, d'une manière habituelle, dans le cadre de ses activités. Les conditions normales sont celles qui sont appliquées, pour des conventions semblables, dans la société en cause ou, éventuellement, dans les sociétés du même secteur.

D'autres conventions ne sont pas soumises à l'approbation parce qu'elles sont très dangereuses et sont, en tant que telles, purement et simplement interdites (art. 356, al. 1^{er}). Il s'agit des conventions par lesquelles un gérant ou associé contracte, sous quelque forme que ce soit, un emprunt auprès de la société, se fait consentir un découvert ou fait cautionner ou avaliser par la société ses engagements envers les tiers. L'interdiction vise également les conjoints, ascendants et descendants du gérant et des associés ainsi que les personnes interposées (art 356, al 2 AU/SCGIE).

114. Le texte ne visant que les personnes physiques, on doit considérer que l'associé personne morale (le gérant ne peut pas être une personne morale) échappe à son champ d'application. Mais rien n'est prévu en ce qui concerne les représentants légaux des personnes morales associées.

115. La sanction encourue en cas de conclusion d'une convention interdite c'est la nullité que la jurisprudence française, mettant en œuvre l'article L.331-21 du Code de commerce, considère comme absolue (*Cass. Com. 25 avr. 2006, RJD 2007 n° 858, Bull. Joly Sociétés 2006, p. 1024, note J.-C. Hallouin, Dr. Sociétés, juill. 2006, comm. 109, obs. J. Monnet, Rev. Soc. 2006, p. 819, note Routier*).

116. Sur première convocation ou consultation, les décisions collectives ordinaires sont adoptées par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié du capital (*art. 349, al. 1^{er} AU/SCGIE*). Une seule majorité est exigée : c'est la majorité en capital ; le nombre d'associés votants est donc indifférent, et seul le nombre de parts détenu est important. La base de calcul de la majorité étant le capital social, les abstentionnistes et les absents jouent « un rôle actif », puisque l'abstention et l'absence produisent les mêmes effets qu'un vote négatif.

117. Sur deuxième convocation ou consultation, les

décisions sont prises à la majorité des votes émis quelle soit la portion du capital représentée. Les associés sont convoqués ou consultés une seconde fois si la majorité absolue n'est pas obtenue lors de la première délibération, mais la règle n'est pas une règle d'ordre public, puisque l'article 349 AU/SCGIE réserve expressément le cas d'une stipulation en excluant expressément la possibilité. Il convient de rappeler que pour la révocation du gérant, il faut nécessairement la majorité absolue.

2 - Décisions collectives extraordinaires

118. Elles ont pour objet de statuer sur la modification des statuts. Elles interviennent pour certaines décisions telles que les modifications du capital (augmentation ou réduction), le transfert du siège social, la dissolution anticipée ou la transformation.

119. Ces décisions sont prises par un ou plusieurs associés représentant au moins les trois quarts du capital social. Les associés ne peuvent pas déroger à la règle en insérant, dans les statuts, des stipulations acceptant une majorité plus faible ou exigeant une majorité renforcée. Toute clause contraire est, selon l'article 358 in fine AU/SCGIE, réputée non écrite.

L'Acte uniforme prévoit cependant une majorité différente dans certains cas. Tantôt, il se montre plus exigeant. Ainsi, l'unanimité est requise lorsque la décision a pour effet l'augmentation des engagements des associés ou pour objet la transformation de la société à responsabilité limitée en société en nom collectif ou le transfert du siège social dans un État autre qu'un État partie. De même l'agrément donné à un associé pour la cession de ses parts à un tiers, qui débouche sur une modification des statuts, suppose une double majorité ; il faut en effet la majorité des associés non cédants représentant au moins les trois quarts des parts sociales, déduction faite de celle de l'associé cédant.

Tantôt, il se montre plus souple et se contente d'une majorité plus faible. C'est le constat que l'on peut faire à la lecture de l'article 360 AU/SCGIE consacré à l'augmentation du capital par incorporation de réserves ou de bénéfices ; ce texte prévoit que, par dérogation à l'article 358 AU/SCGIE, une telle augmentation est décidée par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales.

C - Organe de contrôle

120. Il s'agit du commissaire aux comptes qui est désigné et qui exerce ses fonctions conformément aux dispositions des articles 376 à 381 AU. SCGIE.

I - Nomination

121. En principe les associés de la société à respon-

sabilité limitée ne sont pas tenus, contrairement aux actionnaires des sociétés anonymes, de désigner un commissaire aux comptes. Deux arguments peuvent être invoqués pour justifier cette souplesse :

- d'une part, ces sociétés étant le plus souvent de dimension réduite, les associés peuvent exercer eux-mêmes le contrôle sur les comptes tenus par le ou les gérants ;
- d'autre part, « la présence obligatoire d'un commissaire aux comptes aurait entraîné des frais trop élevés pour de petites sociétés » (*Y. Guyon, Droit des affaires, précit. n° 511, p. 560*).

122. La désignation d'un commissaire aux comptes est cependant obligatoire pour les sociétés qui ont un capital social supérieur à dix millions (10 000 000) de francs CFA. De la même manière, sont tenues de désigner un commissaire aux comptes, les sociétés qui remplissent l'une des deux conditions suivantes :

- chiffre d'affaires annuel supérieur à deux cent cinquante millions (250 000 000) de francs CFA,
- effectif permanent supérieur à 50 personnes.

123. Pour les sociétés à responsabilité limitée ne remplissant pas ces conditions, la nomination du commissaire aux comptes, qui est facultative, peut toutefois être demandée en justice par un ou plusieurs associés détenant, au moins, le dixième du capital social.

124. Pour les modalités de nomination, l'article 377 AU/SCGIE déclare applicables les dispositions des articles 694 et suivants sur le contrôle des sociétés anonymes. Il résulte de ce renvoi que :

- le commissaire aux comptes est désigné parmi les personnes physiques ou les sociétés constituées de personnes physiques et prenant l'une des formes prévues par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ;
- le choix ne peut porter, lorsqu'il existe un ordre des experts comptables, que sur ceux qui sont agréés par cet ordre et, en l'absence d'ordre, que sur ceux qui sont inscrits sur la liste établie par la commission prévue par l'article 696 AU/SCGIE.

125. Malgré ce renvoi, il existe dans les dispositions propres à la société à responsabilité limitée, des règles relatives à la nomination. On peut citer l'article 378 qui édicte les incompatibilités en donnant une liste de personnes qui ne peuvent être nommées commissaires aux comptes ; il s'agit :

- des gérants et de leurs conjoints ;
- des apporteurs en nature et des bénéficiaires d'avantages particuliers ;
- des personnes recevant de la société ou de ses gérants des rémunérations périodiques sous quelque forme que ce soit, ainsi que leurs conjoints.

126. On peut également citer l'article 379 qui pose deux règles. La première concerne la durée du mandat qui est fixée à trois (3) exercices. La seconde se rapporte à la majorité requise pour la nomination : il faut, sur première convocation, une décision prise par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié du capital ; à défaut de majorité sur cette première convocation, l'assemblée est, sauf stipulation contraire des statuts, convoquée une deuxième fois et, sur cette convocation, la décision est prise à la majorité des votes émis quelle que soit la portion du capital représentée.

127. On peut citer enfin l'article 380 consacré à la sanction encourue en cas d'irrégularité dans la nomination. Il résulte de ce texte que si une délibération est prise à défaut de désignation régulière d'un commissaire aux comptes ou sur le rapport d'un commissaire aux comptes resté en fonction irrégulièrement, elle est nulle. Toutefois, l'action en nullité est éteinte si la délibération est confirmée par une assemblée statuant sur les rapports d'un commissaire aux comptes régulièrement désigné.

II - Mission

128. Il y a un texte laconique consacré aux fonctions de commissaire aux comptes. Il s'agit de l'article 381. Selon ce texte : « Les dispositions concernant les pouvoirs, les fonctions, les obligations, la responsabilité, la révocation et la rémunération du commissaire aux comptes sont régies par un texte particulier réglementant cette profession ».

Ce texte particulier n'existe pas à notre connaissance. Il aurait donc été plus simple de renvoyer, comme cela a été fait pour la nomination, aux textes applicables aux missions et au statut des commissaires aux comptes dans les sociétés anonymes.

§2 - Vie financière de la société à responsabilité limitée

A - Affectation des bénéfices

129. Les associés ont le droit de profiter des résultats positifs de l'exploitation sociale ; ils ont droit en quelque sorte à une part des bénéfices.

130. Il convient de souligner que tous les bénéfices ne sont pas distribués. La répartition ne porte que sur le bénéfice distribuable, constitué, d'après l'article 143 alinéa 1^{er} AU/SCGIE du bénéfice de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes portées en réserve en application de la loi ou des statuts.

Pour ce qui est des réserves statutaires, il appartient à chaque société d'en décider.

Pour ce qui est des réserves légales, elles dépendent

du type de société. Dans les sociétés à responsabilité limitée, l'article 346, al. 2 AU/SCGIE prévoit qu'il est pratiqué sur le bénéfice de l'exercice, diminué le cas échéant des pertes antérieures, une dotation égale à un dixième (1/10) au moins affectée à la formation d'un fonds de réserve. Cette dotation cesse d'être obligatoire lorsque la réserve atteint le cinquième (5^e) du montant du capital.

Les associés peuvent décider que les bénéfices seront mis en réserve « afin de pratiquer une politique d'auto-financement ou en prévision d'un avenir difficile » (Y. Guyon, *Droit des affaires*, précit, n° 121, p. 125). Une décision de mise en réserve des bénéfices prise par les majoritaires s'impose aux minoritaires qui ne peuvent pas la contester. Il n'en serait autrement que si que s'ils établissaient l'existence d'un abus de majorité ; tel est le cas s'ils apportent la preuve que les majoritaires ont voté la décision dans leur seul intérêt, sans pouvoir la fonder sur l'intérêt social (*V. art. 130 AU/SCGIE*).

Les associés peuvent également décider de procéder à la distribution des dividendes de l'année. La mise en distribution se fera alors conformément aux statuts (346, al. 1^{er}). Dans le silence des statuts, la part de chaque associé dans les bénéfices sera proportionnelle au montant de ses apports.

131. C'est l'assemblée générale ordinaire qui détermine, après approbation des états financiers et constatation de l'existence de bénéfice, la part des bénéfices à distribuer aux parts sociales. La quotité du bénéfice revenant à chaque action ou à chaque part est appelée dividende.

132. Si les comptes établis à la fin de l'exercice ne font pas apparaître de bénéfices distribuables, aucun dividende ne doit être distribué aux associés. Tout dividende distribué, en violation de cette règle, est un dividende fictif.

La distribution de dividende fictif entraîne deux types de sanction.

133. Il y a une sanction civile prévue par l'article 346 AU/SCGIE qui se trouve dans les dispositions propres à la société à responsabilité. Il résulte de l'avant dernier alinéa de cet article que la répétition des dividendes ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis peut être poursuivie contre les associés qui les ont reçus. Ce texte ne fait pas de distinction entre les associés de mauvaise foi et les associés de bonne foi tels que ceux qui n'ont pas eu connaissance de l'inexactitude des comptes et qui n'ont pas assisté à l'assemblée.

L'action en répétition se prescrit par trois ans à compter de la date de mise en distribution du dividende.

134. Il y a à côté de la sanction civile, une sanction pénale. En effet l'article 889 AU/SCGIE, applicable à toutes les sociétés, incrimine le fait pour les dirigeants sociaux d'opérer sciemment entre les actionnaires ou associés, en l'absence d'inventaire ou sur la base d'inventaire frauduleux, une répartition de dividendes fictifs.

Conformément au vœu des rédacteurs du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, il appartient à chaque État d'édicter les peines applicables à cette incrimination.

135. Les modalités de paiement de dividende sont fixées par l'assemblée qui peut déléguer ses pouvoirs aux dirigeants.

Il y a une règle impérative fixée par l'article 146 alinéa 2 ; selon ce texte « la mise en paiement des dividendes doit avoir lieu dans un délai maximum de neuf (9) mois après la clôture de l'exercice sauf prolongation accordée par le Président du tribunal ».

B - Modifications du capital

I - Augmentation du capital

a - Règles générales

136. Au cours de la vie sociale, la survenance de certains événements peut rendre nécessaire l'augmentation de capital. Cette opération est décidée, sauf si elle doit se réaliser par incorporation des bénéfices ou des réserves, à la majorité requise pour la modification des statuts ; il faut, par conséquent, un vote des associés représentant au moins les trois quarts du capital. Les minoritaires qui détiennent plus du quart du capital peuvent donc empêcher l'augmentation soit en votant contre, soit en s'abstenant lors des délibérations, soit en refusant de prendre part à l'assemblée ou à la consultation qui a pour objet l'examen de la question ; la base de calcul de la majorité étant le capital social, il n'est pas nécessaire d'émettre un vote négatif pour marquer son opposition : l'absence et l'abstention produisent le même effet.

137. Il ne sera pas possible d'engager la responsabilité civile de l'associé minoritaire pour avoir empêché l'augmentation de capital, sauf à établir à sa charge un abus de minorité ; il y a abus de minorité, selon l'article 131 al. 2 AU/SCGIE, « lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaires s'opposent à ce que des décisions soient prises alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime ».

138. Les dispositions propres à la société à responsabilité limitée n'ont pas prévu au profit des associés, contrairement à celles qui sont applicables aux sociétés anonymes, un droit préférentiel de souscription. On doit déduire de ce silence qu'il faut, pour que les associés puissent, à l'occasion d'une augmentation de capital, acquérir par préférence un nombre de parts nouvelles proportionnel au nombre de parts détenues, une stipulation statutaire ou une délibération particulière de l'assemblée.

b - Règles particulières

Il existe plusieurs moyens de réaliser l'augmentation de capital.

139. L'augmentation peut résulter de l'incorporation dans le capital des bénéfices ou des réserves. Dans ce cas, la décision est prise, par dérogation à l'article 358, par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales. Une telle augmentation débouche soit sur une augmentation du nominal des parts, soit sur une augmentation du nombre de parts.

140. L'augmentation peut également prendre la forme d'une souscription de parts sociales à libérer en numéraire. Dans une telle hypothèse, les fonds provenant de la libération sont déposés en banque ou en l'étude d'un notaire et le gérant ne pourra en disposer qu'en remettant au banquier ou au notaire dépositaire un certificat du registre du commerce et du crédit mobilier attestant du dépôt d'une inscription modificative. Il peut arriver que l'augmentation ne soit pas réalisée malgré le dépôt de fonds ; dans ce cas, tout souscripteur peut, à l'expiration du délai de six mois suivant le premier dépôt, demander en justice l'autorisation de retirer soit individuellement, soit par mandataire les représentant collectivement, les fonds pour les restituer aux souscripteurs. La réglementation relative aux sociétés à responsabilité limitée ne contient, contrairement aux textes applicables à la société anonyme, aucune disposition consacrée à l'augmentation par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles sur la société. En France où la situation est comparable, le silence du texte n'a pas été considéré comme un obstacle à la compensation qui est analysée par les juridictions comme une augmentation par apport en numéraire (*V. par exemple, Versailles, 22 oct. 1990, Bull. Joly 1991, 66 note M. Jeantin ; D.S. 1991, Somm. Comm. p. 180 note Bousquet*).

141. L'augmentation peut enfin être réalisée en tout ou en partie par des apports en nature. Dans ce cas, il faut, lorsque la valeur de chaque apport ou de l'ensemble des apports dépasse cinq millions de francs, l'intervention d'un commissaire aux apports désigné à l'unanimité par les associés ou, à défaut, en justice, à la demande de tout associé. Le commissaire établit un rapport soumis à l'assemblée qui doit statuer sur l'augmentation de capital. Celui qui a fait l'apport en nature ne peut prendre part à la délibération au cours de laquelle l'assemblée statue sur l'approbation de l'apport ; ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité. « L'assemblée ne peut [cependant] diminuer la valeur de l'apport qu'à l'unanimité des souscripteurs (sic) et avec le consentement exprès de l'apporteur... À défaut l'augmentation du capital n'est pas réalisée. (*Art. 365, al. 2 AU/SCGIE*).

II - La réduction du capital

142. La réduction du capital peut se traduire soit par une réduction du nominal des parts (à condition de ne pas le faire descendre en dessous du minimum légal qui est de cinq mille francs), soit par la réduction du nombre de parts. Les motifs de réduction sont variables. La réduction peut être motivée par des pertes. Mais elle peut aussi intervenir en dehors de toutes pertes.

a - Réduction du capital motivée par des pertes

143. Les rédacteurs de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique ont prévu, dans un paragraphe intitulé « Variation des capitaux propres », les mesures à prendre lorsque des pertes sont constatées. Selon l'article 371 AU/SCGIE « Si, du fait des pertes constatées dans les états financiers de synthèse, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le gérant ou, le cas échéant, le commissaire aux comptes, doit dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, consulter les associés sur l'opportunité de prononcer la dissolution anticipée de la société. ».

Si les associés ne sont pas consultés, tout intéressé peut demander la dissolution de la société. Il en est de même si ayant été consultés, ils n'ont pas pu délibérer valablement.

144. Lorsque les associés sont consultés, ils ont deux possibilités.

Ils peuvent tout d'abord décider de prononcer la dissolution anticipée ; il doit y avoir alors liquidation de la société ;

Ils peuvent aussi écarter la solution de la dissolution. Dans ce dernier cas, la société est tenue, dans les deux ans qui suivent la date de clôture de l'exercice déficitaire, de reconstituer ses capitaux propres jusqu'à ce que ceux-ci soient à la hauteur de la moitié au moins du capital social. À défaut, elle doit réduire son capital d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pu être imputées sur les réserves. La réduction ne doit pas avoir pour effet de faire passer le capital à un montant inférieur au minimum légal. Si la reconstitution des capitaux propres n'est pas intervenue dans les délais prescrits, tout intéressé peut, en l'absence de réduction, demander la dissolution ; toutefois l'action est éteinte si la cause disparaît au jour le tribunal statue sur le fond.

b - Réduction en l'absence de perte

145. Même en l'absence de perte, la société peut réduire son capital. S'il y a un commissaire aux comptes dans la société, le projet lui est communiqué dans les trente jours qui précèdent la tenue de l'assemblée qui doit l'examiner.

146. Même si la société ne peut racheter ses propres parts, l'assemblée qui a décidé la réduction peut autoriser le gérant à acheter un nombre déterminé de parts sociales pour les annuler.

147. Deux règles fondamentales doivent être respectées lorsque les associés procèdent à la réduction du capital.

D'une part, la réduction ne doit pas avoir pour effet de faire passer le capital à un montant inférieur au minimum légal, sauf augmentation corrélative du capital lors de la même assemblée pour le porter à un niveau au moins égal au minimum légal. Si le capital est réduit à un montant inférieur au minimum légal, tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société après avoir mis en demeure les représentants de celle-ci de régulariser la situation. L'action en dissolution s'éteint s'il y a régularisation au moment de la décision.

D'autre part, la réduction ne doit pas porter atteinte à l'égalité des associés.

Le procès-verbal de délibération doit être déposé au registre du commerce et du crédit mobilier.

148. Pour assurer la protection des créanciers sociaux, le législateur leur donne la possibilité, lorsque leur droit est antérieur à la date de dépôt au registre du commerce et du crédit mobilier du procès-verbal de la délibération, de faire opposition à la réduction dans le délai d'un mois à compter du dépôt. Pendant ce délai, les opérations de réduction ne peuvent intervenir. La juridiction, qui est saisie, a deux possibilités :

- rejeter l'opposition ; c'est ce qui se passe lorsqu'elle n'est pas fondée ;
- ordonner soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes.

Section 3 - Disparition de la société à responsabilité limitée

149. La société à responsabilité limitée peut disparaître purement et simplement en tant que personne morale ; c'est ce qu'on peut appeler la dissolution. Elle peut aussi disparaître en tant que société à responsabilité limitée, mais continuer sous une autre forme : c'est la transformation.

§1 - Dissolution

150. On retrouve ici toutes les causes de dissolutions communes : arrivée du terme, réalisation ou extinction de l'objet, survenance d'un événement considéré dans les statuts comme cause de dissolution, annulation de l'acte de société, ouverture d'une procédure de liquidation

des biens, décision judiciaire de dissolution, décision de dissolution anticipée prise par les associés. Mais la réunion des parts entre les mains d'un seul associé n'est plus une cause de dissolution (*V. art. 60 AU/SCGIE*).

151. Il y a aussi les causes de dissolution propres aux sociétés à risque limité. Il en est ainsi lorsque le capital tombe en dessous du minimum légal et lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital sans régularisation.

152. La faillite, l'incapacité et l'interdiction d'un associé ne sont pas des causes de dissolution.

Le décès d'un associé n'est cause de dissolution que si les statuts le prévoient.

153. La dissolution entraîne, comme dans les autres sociétés, la liquidation ; mais s'il s'agit de société unipersonnelle, la dissolution entraîne la transmission universelle du patrimoine à l'associé unique.

§2 - Transformation

154. Quelle que soit la forme envisagée, la décision de transformation doit toujours être précédée du rapport par lequel un commissaire aux comptes certifie, sous sa responsabilité, que les conditions prévues par la loi sont réunies. Il n'y a pas de problème lorsque les associés ont désigné un commissaire aux comptes. En l'absence de commissaire aux comptes, le gérant en désigne un conformément aux dispositions des articles 694 et suivants AU/SCGIE

155. Les conditions dont le commissaire aux comptes doit vérifier la réunion sont au nombre de deux.

Il faut en premier lieu que les capitaux propres soient d'un montant au moins égal au capital social.

Il faut, en second lieu, que la société ait établi et fait approuver par les associés les bilans de ses deux premiers exercices.

156. La décision de transformation est prise à la majorité requise pour la modification des statuts ; elle est donc prise par un ou plusieurs associés représentant au moins les trois quarts du capital. Cependant si la société à responsabilité limitée doit être transformée en société en nom collectif, il faut l'unanimité des associés.

157. Lorsque les conditions prévues ne sont pas réunies, la décision de transformation est nulle.

158. La transformation régulièrement faite ne donne pas lieu à la création d'une personne morale nouvelle.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Action en nullité 28, 127
Action en responsabilité 112
Affectation des bénéfices 129
Apports 1, 2, 3, 12, 13, 14, 15, 17,
18, 72, 130, 141
- en industrie 13
- en nature 13, 14, 15, 141
- en numéraire 12, 13, 18
- libération 12, 19, 26, 35, 140
Assemblée générale 39, 67, 97, 98,
99, 116, 117, 126
- Convocation 39, 67, 97, 98, 99,
116, 117, 126
- Présidence 100
Associé 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12,
12, 14, 15, 16, 20, 21, 22, 25, 26,
27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35,
38, 39, 40, 42, 43, 47, 50, 51, 52,
60, 61, 72, 74, 101, 102, 103, 104,
105, 106, 107, 108, 109, 111, 113,
114, 116, 117, 119, 121, 126, 129,
130, 132, 133, 134, 136, 137, 138,
139, 141, 143, 144, 147, 150, 152,
153, 154, 155, 156
- Droits 1, 2, 72, 88
- Qualité 2, 26, 32, 36, 43, 46,
60, 86
Augmentation du capital 119, 141

C

Capacité 9
Capital social 2, 3, 4, 11, 14, 15, 33,
80, 116, 119, 122, 123, 136, 143,
144, 155

Commissaire aux apports 14, 15,
141
Commissaire aux comptes 14, 125,
128
Consentement 2, 7, 8, 75, 77, 78,
80, 91, 141
Conventions réglementées 35

D

Décisions collectives
- extraordinaires 118
- ordinaires 39, 96, 116
Dépôts de fonds 19
Dissolution de la SARL 6, 33, 46,
67, 96, 118, 143, 144, 147, 150,
151, 152, 153
Dividende 66, 84, 130, 131, 132,
133, 134, 135

G

Gérant 33, 35, 37, 38, 39, 40, 41,
43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51,
52, 54, 55, 61, 62, 69, 70, 97,
99, 100, 103, 107, 108, 111,
113, 114, 140, 143, 146, 154

I

Immatriculation 18, 20, 89

N

Nombre 6, 23, 33, 60, 77, 85, 89,
95, 97, 100, 103, 116, 138, 142,
146, 155

Nullité 8, 9, 21, 25, 26, 27, 28, 84,
85, 89, 99, 101, 115, 127

P

Parts sociales
- Cession 119
- Nantissement 88, 89, 90, 91, 92
- Transmission 2, 73, 75, 76, 77,
96, 104, 153
Pouvoir 8, 21, 30, 85, 93, 94

R

Réduction du capital 80, 92, 142,
147
Responsabilité
- Action sociale 59, 60, 61, 62
- Civile 137
Pénale 64

S

Statut 12, 14, 21, 22, 23, 26, 30,
31, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 47,
48, 51, 52, 54, 55, 75, 76, 77,
83, 85, 94, 102, 106, 118, 119,
126, 128, 130, 136, 138, 150,
152

T

Transformation 6, 46, 118, 119, 149,
154, 156, 157, 158

SOCIÉTÉ ANONYME AVEC ADMINISTRATEUR GÉNÉRAL

Table des matières

Introduction n° 1 à 3

§I - Consécration de règles spécifiques à la société anonyme avec administrateur général n° 14 à 19

A - Administrateur général n° 5 à 16

I - Statut n° 6 à 9

II - Pouvoirs n° 10 à 17

B - Administrateur général adjoint n° 18 à 20

§II - Adaptation à la société anonyme avec administrateur général des autres règles régissant la société anonyme n° 21 à 23

A - Société anonyme pluripersonnelle avec administrateur général n° 22

B - Société anonyme unipersonnelle avec administrateur général n° 23

Bibliographie

- ABDOULLAH (C.), ANOUKAHA (F.), MOUSSA (S.), NDI AW (D.), NGUEBOU (J.) et POUGOUÉ (P.G.), OHADA, Sociétés commerciales et GIE, Collection droit uniforme africain, Bruxelles, Bruylant, 2002, 589 pages.
- MESSIAN (E.), L'administrateur et la direction de la société de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales applicable dans la zone OHADA, Études offertes au Professeur Joseph Issa-Sayegh, AIDD, 2006, p. 135.
- MODI KOKO BEBEY (H.D.), La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA, Revue des sociétés, n° 2, avril-juin 2002, p. 255.
- PAILLUSSEAU (J), L'Acte uniforme sur le droit des sociétés. Communication à la journée de l'Association Henri Capitant du 22 novembre 2002, Paris, in Petites Affiches, Le Quotidien Juridique, n° 205, p. 19.
- POUGOUÉ (P.G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), Le droit des sociétés commerciales OHADA, Yaoundé, PUA, 1998, 630 pages.

1. Annoncée par l'article 414, la société anonyme avec administrateur général est réglementée par les articles 494 à 515 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE). Il s'agit du second mode d'administration et de direction de la société anonyme offert aux actionnaires à côté du premier, à savoir la société anonyme avec conseil d'administration. Mais tandis que le législateur OHADA consacre 78 articles à la société anonyme avec conseil d'administration, il ne lui réserve guère, sous ce chapitre III du sous-titre II (Administration et direction de la société anonyme) du titre I (Dispositions générales) du Livre IV (La société anonyme) que 21 articles. Ce déséquilibre dans les développements réservés à l'un et à l'autre type traduit l'importance plus grande que le législateur a voulu accorder à la première par rapport à la seconde.

Le législateur a donc voulu faire de la société anonyme avec conseil d'administration, la règle, et de la société anonyme avec administrateur général, l'exception. Cette tendance est confirmée par la pratique des affaires laquelle, malgré la lourdeur de la société anonyme avec conseil d'administration, la préfère à la société anonyme avec administrateur général (*A titre d'exemple, sur 25 sociétés anonymes enregistrées de 2002 à 2010 au RCCM du tribunal de première instance de Douala – Ndokoti (Cameroun), toutes avaient choisi la forme avec conseil*

d'administration et aucune avec administrateur général (source : recherches faites au greffe de cette juridiction). Il est à noter que la forme la plus choisie est la société à responsabilité limitée (1120 sur les 1147 enregistrées).

Pourtant la société anonyme avec administrateur général est une structure qui se veut plus légère et par conséquent plus souple. À la limite, la société anonyme avec administrateur général peut n'avoir qu'un seul actionnaire (*Cette possibilité est prévue de manière générale par l'article 5 AUSCGIE et de manière spécifique par l'article 385 alinéa 2 pour les sociétés anonymes*). Il ne s'agit d'ailleurs que d'une option que le législateur offre aux promoteurs de la société. En effet lorsque le nombre d'actionnaires est inférieur ou égal à trois, ceux-ci ont la faculté, dit l'article 494, «... de ne pas constituer un conseil d'administration et peuvent désigner un administrateur général... ». Ils auront ainsi créé une société anonyme avec administrateur général. C'est dire, a contrario, que lorsqu'il y a plus de trois actionnaires, ceux-ci ne peuvent valablement constituer qu'une société anonyme avec conseil d'administration.

2. Mais il faut bien comprendre l'option ainsi offerte aux actionnaires. Si ceux-ci sont au nombre de trois, l'option est réelle. Ils peuvent constituer soit une société anonyme avec administrateur général, soit une société anonyme avec conseil d'administration, tous les trois actionnaires

étant administrateurs. L'option est en revanche factice lorsque la société ne comprend qu'un ou deux actionnaires. En effet l'article 416 AUSCGIE exige que le conseil d'administration soit composé de trois au moins et de douze membres au plus. Par ailleurs, il est prévu qu'en cas de désignation d'un administrateur général, l'article 417 AUSCGIE est inapplicable. Cet article prévoit que « le conseil d'administration peut comprendre des membres qui ne sont pas actionnaires de la société dans la limite du tiers des membres du conseil ». C'est dire que deux actionnaires n'ont pas le droit de désigner une troisième personne non actionnaire pour compléter leur conseil d'administration. Dans ce cas, il leur serait impossible de constituer une société anonyme avec conseil d'administration (*Voir contra PAILLUSSEAU (J.), L'Acte uniforme sur le droit des sociétés, Petites affiches 2004, n° 205, 19*)!

Il faut préciser que le choix pour l'un ou l'autre type d'administration et de direction de la société n'est jamais définitif. En effet la société anonyme peut, en cours de vie sociale, changer à tout moment son mode d'administration et de direction. Il suffit par exemple que le nombre d'actionnaires d'une société anonyme avec administrateur général, au cours d'une augmentation de capital, passe à plus de trois ou que celui des actionnaires d'une société anonyme avec conseil d'administration passe à moins de trois. La décision de changement d'administration est prise par l'assemblée générale extraordinaire puisqu'elle suppose une modification des statuts (article 414). Elle est publiée au registre du commerce et du crédit mobilier.

3. Le législateur OHADA ne pose des règles spécifiques que relativement à l'administration et à la direction de la société anonyme avec administrateur général (§I). C'est dire qu'il faudra adapter à ce type particulier de société anonyme les autres règles de fonctionnement applicables aux sociétés anonymes en particulier et aux sociétés commerciales en général (§II).

§I - Consécration de règles spécifiques à la société anonyme avec administrateur général

4. Ces règles concernent l'administration et la direction de la société. À cet effet l'Acte uniforme prévoit que l'administration et la direction de la société échoient à un administrateur général (A). Celui-ci peut être assisté par un administrateur général adjoint (B).

A - L'administrateur général

5. L'Acte uniforme définit son statut (I) et ses pouvoirs (II).

I - Statut

6. L'administrateur général est désigné soit par les statuts, soit par l'assemblée générale constitutive, soit par l'assemblée générale ordinaire en cours de vie sociale.

Nul ne peut cependant exercer simultanément plus de trois mandats d'administrateur général de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire d'un même État partie. Pareillement le mandat d'administrateur général n'est pas cumulable avec plus de deux mandats de président-directeur général ou de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie. L'administrateur général qui se retrouverait dans l'une ou l'autre de ces deux situations doit, dans les trois mois, se démettre de l'un de ses mandats. À défaut il est réputé s'être démis de son dernier mandat et doit rembourser les rémunérations perçues à ce titre sous quelque forme que ce soit. Dans tous les cas, les décisions qu'il a pu prendre, dans cette situation de cumul non autorisé, demeurent valables (article 497).

La durée des fonctions de l'administrateur général est librement fixée par l'acte de nomination. Cependant cette durée ne peut excéder deux ans en cas de désignation par les statuts ou l'assemblée générale constitutive et six ans en cas de nomination en cours de vie sociale. Cette durée est renouvelable.

7. L'administrateur général peut être actionnaire ou non de la société. L'article 499 AUSCGIE laisse entendre qu'il peut être lié à la société par un contrat de travail à la condition que celui-ci corresponde à un travail effectif. Cette disposition peut surprendre dans la mesure où la fonction d'administrateur général ne saurait être une sinécure ! Mais il faut la mettre en parallèle avec l'article 501 qui prévoit que « l'assemblée générale ordinaire peut allouer à l'administrateur général, en rémunération de ses activités, une somme fixe annuelle à titre d'indemnité de fonction ». On comprend alors que dans ce cas, il n'aura pas été établi un contrat de travail entre la société et l'administrateur général, l'indemnité de fonction constituant une rémunération ponctuelle et non un salaire. En plus de cette indemnité de fonction, l'assemblée peut allouer à l'administrateur général, des rémunérations exceptionnelles pour les missions et mandats qui lui sont confiés ou autoriser le remboursement des frais de voyage, déplacements et dépenses engagées dans l'intérêt de la société. Il peut même recevoir des avantages en nature fixés par l'assemblée générale des actionnaires (article 501).

8. Dans l'hypothèse où l'administrateur général est

un salarié, son contrat de travail est soumis à l'autorisation préalable de l'assemblée générale. On peut se demander qui doit signer ce contrat. Logiquement, puisqu'il représente la société dans ses relations avec les tiers, ce contrat devrait être signé par l'administrateur général. Mais il serait plus indiqué, afin qu'éventuellement il ne devienne juge et partie, de le faire signer par l'un des actionnaires de la société. La signature du contrat lui donne droit à un salaire, mais aussi à tous les autres avantages et rémunérations prévues par l'article 501 concernant l'administrateur général non salarié. Toute clause du contrat de travail qui écarterait ces avantages serait réputée non écrite. De même, toute décision contraire prise en assemblée générale serait nulle (article 500).

9. Le mandat de l'administrateur général prend normalement fin à l'expiration de la période prévue par les statuts ou la résolution de l'assemblée l'ayant désigné. En cas d'empêchement temporaire, l'administrateur général est remplacé dans ses fonctions par l'administrateur général délégué lorsqu'il en a été désigné un. En cas de démission ou de décès, ses fonctions sont assumées par l'administrateur général adjoint jusqu'à la nomination, par la plus prochaine assemblée générale ordinaire, d'un nouvel administrateur général. L'administrateur général peut être révoqué à tout moment par l'assemblée générale. Cette disposition est d'ordre public puisque toute clause ou résolution contraires serait réputée non écrite (*Le législateur OHADA interdit par ce biais la pratique naguère observée en droit français de ce qu'on a appelé « les parachutes dorés » ; Voir El AHDAB, Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée, Rev. Soc. 2004.18 ; MESSAI-BAHRI (S.), Le régime juridique des parachutes dorés, Bull. Joly 2008.521 n°114 ; DELGA (J.), Propos sur les golden parachutes, JCP E 2007 1803*). Il s'agit de la révocation ad nutum.

II - Pouvoirs

10. L'administrateur général assume, sous sa responsabilité, l'administration et la direction de la société. À cet effet, il exerce un faisceau de pouvoirs à la fois sur le plan interne et sur le plan externe à la société.

11. Sur le plan interne, il assure la gestion quotidienne de la société. L'Acte uniforme le dit investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Il doit cependant exercer ces pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires (article 498). Concrètement il s'agira de recruter le personnel, d'attribuer à chacun des tâches précises, d'assurer éventuellement leur formation continue, de superviser l'ensemble des activités de la société en donnant des directives et des instructions.

De manière plus ponctuelle, il convoque et préside les assemblées générales d'actionnaires.

12. Sur le plan externe, l'administrateur général représente la société dans ses rapports avec les tiers. Il engage la société par ses actes relevant de l'objet social mais aussi par ceux qui ne s'y rattacheront pas. La société ne sera cependant pas engagée dans ce dernier cas si elle prouve que le tiers savait que l'acte de l'administrateur général dépassait le cadre de l'objet social ou alors que le tiers ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances (article 122). Il est à noter que la seule publication des statuts ne suffit pas pour constituer cette preuve, pas plus d'ailleurs que les résolutions de l'assemblée générale des actionnaires. L'article 498 alinéa 4 prévoit clairement que « les stipulations des statuts ou les résolutions de l'assemblée générale des actionnaires limitant les pouvoirs de l'administrateur général ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi ». Il faut donc que la société utilise d'autres modes de preuve : témoignages, correspondances ou autres.

L'administrateur général représente la société dans ses rapports avec les tiers notamment en concluant avec ceux-ci des conventions de toute nature. En principe il peut conclure avec les tiers toutes sortes de conventions. Il en est cependant qui sollicitent l'attention particulière du législateur. Il faut en effet éviter que dans le cours des négociations un conflit d'intérêts vienne à naître qui pourrait pousser l'administrateur général à préférer ses intérêts par rapport à ceux de la société qu'il dirige. C'est ainsi que le législateur OHADA vise expressément trois catégories de conventions.

13. La première catégorie concerne les conventions interdites. Il s'agit des emprunts, des cautions et des découverts envers la société. Il est ainsi interdit à l'administrateur général ou à l'administrateur général adjoint lorsqu'il en a été désigné un, ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants, descendants et aux personnes interposées, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers (article 507). La sanction est la nullité de la convention.

Ces opérations sont cependant permises si la société gérée par l'administrateur général est un établissement bancaire ou financier (*Cette situation paraît impossible dans les États parties au Traité OHADA et membres de la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC). En effet l'article 7 du Règlement COBAC R.2009/02 du 1^{er} janvier 2009 prévoit que les établissements de crédit, qui englobent les établissements bancaires et financiers, doivent obligatoirement être constitués sous forme de sociétés anonymes avec conseil d'administration*). Cela se comprend aisément. Il ne faut pas à travers ce biais empêcher au dirigeant social de bénéficier des services normaux que la société offre

aux tiers. Il faut seulement veiller à ce que l'administrateur général ne profite de sa situation pour obtenir les mêmes services à coût réduit. C'est pour cela que le législateur n'apporte d'exception à l'interdiction que lorsque les conventions portent sur des opérations courantes conclues à des conditions normales.

14. La deuxième catégorie concerne les conventions dont la conclusion est soumise à autorisation de l'assemblée générale ordinaire. Il s'agit ici des cautions, avals et garanties donnés par la société à des tiers. Ces conventions ne sont opposables à la société que si elles ont été autorisées préalablement par l'assemblée générale ordinaire, soit d'une manière générale, soit d'une manière spéciale. C'est dire que ces conventions, sans être nulles, n'engageront que l'administrateur général qui les aura passées sans autorisation. Par conséquent les tiers pourront engager sa responsabilité personnelle pour préjudice subi.

Sont cependant opposables à la société, même si l'assemblée générale ordinaire ne les a pas autorisés, les avals, cautions et garanties donnés par l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint, aux administrations douanières et fiscales.

15. La troisième catégorie concerne les conventions dites réglementées. Il s'agit en réalité des conventions soumises à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire annuelle. Se trouvent visées par le législateur les conventions conclues par l'administrateur général impliquant lui-même, directement ou indirectement, ou par personne interposée ou alors les conventions passées avec une personne morale dont il est propriétaire, associé indéfiniment responsable ou, d'une manière générale, dirigeant social (article 502).

Lorsqu'il conclut ce type de conventions, l'administrateur général est soumis à une double obligation :

- d'une part, il doit aviser le commissaire aux comptes dans le délai d'un mois à compter de sa conclusion et, en tout état de cause, quinze jours avant la tenue de l'assemblée générale ordinaire annuelle. La finalité est de permettre au commissaire aux comptes de dresser un rapport qu'il présentera à l'assemblée générale ordinaire sur ces conventions. Ce rapport énumère les conventions soumises à l'approbation de l'assemblée, en précise la nature, mentionne les produits ou les services faisant leur objet, leurs modalités essentielles notamment l'indication des prix ou des tarifs pratiqués, des ristournes ou commissions consenties, des sûretés conférées et, le cas échéant, toutes autres indications permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attache à leur conclusion ;

- d'autre part, l'administrateur général doit présenter lui-même à l'assemblée générale ordinaire annuelle statuant sur les états financiers de synthèse de l'exercice écoulé, un rapport sur ces conventions.

16. Des deux choses l'une. Soit l'assemblée générale

ordinaire approuve ces conventions, soit elle les désapprouve. En réalité lorsqu'il y en a plusieurs, l'assemblée générale pourra soit les approuver ou désapprouver toutes, soit approuver les unes et désapprouver les autres. Dans tous les cas, les conventions approuvées ou désapprouvées par l'assemblée générale produisent tous leurs effets à l'égard des contractants et des tiers. C'est dire que les conventions désapprouvées ne sont pas annulées. Elles sont tout simplement inopposables à la société. C'est pour cela qu'il est prévu que les conséquences dommageables pour la société des conventions désapprouvées par l'assemblée générale peuvent être mises à la charge de l'administrateur général. Une telle disposition n'invite pas à l'action. L'administrateur général, par peur d'endosser ces conséquences, sera plus réservé pour conclure ce type de conventions, certes valables, mais dont les conséquences de l'inexécution peuvent lui être imputées.

17. Il faut néanmoins affirmer, par une interprétation a contrario de l'article 502 alinéa 1^{er}, que les conventions conclues par l'administrateur général avec une société anonyme dans laquelle il est actionnaire ne rentrent pas dans cette catégorie. Plus clairement le législateur exclut du régime de l'approbation les conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales (*article 502 alinéa 2*). D'après l'article 439 les opérations courantes sont celles qui sont effectuées par une société, de manière habituelle, dans le cadre de ses activités. Les conditions normales sont celles qui sont appliquées, pour des conventions semblables, non seulement par la société en cause, mais également par les autres sociétés du même secteur d'activité.

Les restrictions applicables à l'administrateur général sur les conventions sociales s'appliquent également à l'administrateur général adjoint.

B - Administrateur général adjoint

18. Sur la proposition de l'administrateur général, l'assemblée générale des actionnaires peut donner mandat à une ou plusieurs personnes physiques d'assister l'administrateur à titre d'administrateur général adjoint. Pareillement c'est sur sa proposition qu'il peut être mis fin à tout moment par l'assemblée générale des actionnaires à ces fonctions.

L'administrateur général adjoint assiste l'administrateur général, comme le directeur général adjoint le directeur général (*Voir article 485 AUSCGIE. De la même manière dans une société anonyme avec Conseil d'administration, lorsque a été choisie la formule de président directeur général, celui-ci ne peut être assisté que par un directeur général adjoint (article 470) et non, d'après l'avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001 de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, par un vice-président. Un tel poste n'est pas prévu par l'Acte uniforme*). L'assemblée générale qui le désigne fixe

librement la durée de ses fonctions. Cette durée est renouvelable.

19. En accord avec l'administrateur général, l'assemblée générale détermine les pouvoirs qui sont délégués à l'administrateur général adjoint. En cas de pluralité d'administrateurs généraux adjoints, l'assemblée générale détermine la marge des pouvoirs de chacun d'entre eux. Les clauses statutaires ou les décisions de l'assemblée générale limitant ces pouvoirs ne sont pas opposables aux tiers. C'est dire qu'à leurs yeux le ou les administrateurs généraux adjoints sont présumés exercer l'intégralité des pouvoirs reconnus aux dirigeants sociaux de leur trame, notamment ceux de l'administrateur général qui représente la société envers les tiers. Il faut encore que ces tiers soient de bonne foi c'est-à-dire qu'ils avaient la connaissance erronée que l'administrateur général adjoint agissait dans le cadre normal de ses pouvoirs.

20. L'administrateur général peut être lié à la société par un contrat de travail à la condition que celui-ci soit effectif (article 513). Ce contrat est soumis à l'autorisation préalable de l'assemblée générale ordinaire. En pratique c'est dans ce contrat que seront déterminés les pouvoirs délégués à l'administrateur général adjoint et fixée sa rémunération ainsi que les avantages en nature qui lui sont accordés.

Il peut aussi se faire que l'administrateur général ne soit pas lié à la société par un contrat de travail mais par un contrat de services. Ce contrat, qui sera également autorisé par l'assemblée générale, fixera les tâches mises à la charge de l'administrateur général assorties de l'indemnité qui lui sera accordée.

§II - Adaptation à la société anonyme avec administrateur général des autres règles régissant la société anonyme

21. La société anonyme avec administrateur général peut être soit une société anonyme pluripersonnelle, soit une société anonyme unipersonnelle. Dans l'un et l'autre cas, les règles de fonctionnement applicables en général à toute société anonyme doivent être adaptées à ce type particulier de structure.

A - Société anonyme pluripersonnelle avec administrateur général

22. Cette société anonyme comprend nécessairement au minimum deux et au maximum trois actionnaires. L'administrateur général peut être choisi parmi les actionnaires, tout comme les actionnaires peuvent faire recours à un tiers.

Lorsque l'administrateur général est choisi parmi les actionnaires, il sera en même temps membre de l'assemblée générale des actionnaires. S'il se trouve être l'actionnaire majoritaire, il pourra très facilement faire passer en assemblée générale ses décisions prises en qualité d'administrateur général. Si en revanche il est actionnaire minoritaire, l'assemblée générale assumera plus effectivement son rôle de contrôle et de critique de sa gestion.

Lorsque la société comprend trois actionnaires, l'assemblée générale jouera plus sereinement son rôle de définition de la politique générale et de critique des actes de l'administrateur général.

B - Société anonyme unipersonnelle avec administrateur général

23. Lorsque la société anonyme avec administrateur général n'a qu'un seul actionnaire, celui-ci peut décider d'assumer en même temps les fonctions d'administrateur général. Il convoquera donc lui-même dans les six mois suivant la clôture de l'exercice, l'assemblée générale ordinaire, siégera seul et prendra les décisions conséquentes relatives à sa gestion. De même prendra-t-il seul les décisions relevant de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire qu'il aura préalablement convoquée.

Mais il peut aussi décider de confier les fonctions d'administrateur général à un tiers qu'il choisira. C'est cet administrateur général qui convoquera l'assemblée générale constituée de l'unique actionnaire. Il en sera probablement le rapporteur et l'actionnaire unique prendra seul toutes les décisions relevant de la compétence de l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire.

Dans tous les cas, les décisions prises par l'actionnaire unique revêtent la forme de procès-verbaux qui sont versés aux archives de la société (article 560).

François ANOUKAHA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Administrateur général 1, 2, 3, 4, 6,
7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17,
18, 19, 20, 21, 22, 23
Administrateur général adjoint 4, 9,
13, 14, 17, 18, 19, 20
Assemblée 2, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 14,
15, 16, 18, 19, 20, 22, 23

C

Conseil d'administration 1, 2, 13, 18,
Contrat de travail 7, 8, 20
Contrat de services 20
Conventions interdites 13

S

Société anonyme pluripersonnelle 21
Société anonyme unipersonnelle 21

T

Tiers 2, 8, 12, 13, 14, 16, 19, 22, 23

SOCIÉTÉ ANONYME AVEC CONSEIL D'ADMINISTRATION

Table des matières

Introduction n° 1-5

Section I - Conseil d'administration n° 6

§1- Administrateurs n° 7

A - Composition du conseil d'administration n° 8

I - Recrutement des administrateurs n° 9

a - Nombre d'administrateurs n° 10-11

b - Modalités de recrutement n° 12

1. Nomination n° 12-14

2. Cooptation n° 15-17

3. Élection n° 18-19

II - Conditions de nomination n° 20

a - Conditions tenant à la personne de l'administrateur n° 20-24

b - Conditions relatives aux fonctions d'administrateur n° 25

1. Fonctions en dehors de la société n° 25-26

2. Fonctions au sein de la société n° 27-31

B - Cessation des fonctions d'administrateur n° 32-33

I - Démission n° 34

II - Révocation n° 35-36

C - Statut des administrateurs n° 37

I - Rémunération n° 38-39

II - Responsabilité des administrateurs n° 40

a - Responsabilité civile n° 41-48

b - Responsabilité pénale n° 49-50

§2 - Attributions du conseil n° 51

A - Attributions générales n° 52-53

I - Limitations légales n° 54-57

II - Limitations conventionnelles n° 58-59

B - Attributions particulières n° 60

I - Mise en place des organes sociaux n° 61-62

II - Mesures relatives à la collectivité des actionnaires n° 63-65

III - Pouvoirs d'autorisation n° 66-68

§3 - Conventions entre la société et ses Administrateurs n° 69

A - Conventions contrôlées n° 70

I - Domaine d'application quant aux personnes et aux opérations n° 71

II - Procédures n° 72-75

III - Sanctions applicables n° 76-78

B - Conventions courantes n° 79

C - Conventions interdites n° 80-82

§4 - Fonctionnement du conseil d'administration n° 83

A - Convocation du conseil n° 84-89

B - Lieu de la réunion et présidence n° 90-91

C - Délibérations du conseil d'administration n° 92-110

§5 - Sanctions en cas de violation des règles relatives aux délibérations n° 111-117

Section 2 - Direction de la SA avec conseil d'administration

§1 - Président-directeur général et le directeur général adjoint n° 118

A - Président-directeur Général

I - Nomination du PDG n° 119-122

II - Statut

a - Rémunération n° 123-126

b - Imposition fiscale n° 127

III - Attributions du PDG n° 128

a - Exercice des fonctions de PDG n° 129

1. Pouvoir d'organisation n° 130

2. Pouvoir de gestion n° 131

b - Limitations légales des pouvoirs n° 132-134

1. Limitations légales des pouvoirs n° 135-137

2. Limitations conventionnelles des pouvoirs n° 131

3. Responsabilité du PDG n° 138-141

IV - Cessation des fonctions n° 142-145

B - Directeur général adjoint

I - Nomination n° 146-147

II - Pouvoirs n° 148-150

III - Cessation des fonctions du directeur général adjoint n° 151-152

§2 - Président du conseil d'administration et directeur général

A - Président du conseil d'administration n° 153

I - Statut

a - Nomination et mandat du PCA n° 154

b - Statut

1. Rémunération du PCA et du DG n° 155-158

2. Statut fiscal et social n° 159

II - Pouvoirs du président du conseil d'administration n° 160-162

III - Cessation des fonctions du président du conseil d'administration n° 163-165

B - Directeur général

I - Nomination, attribution et rémunération ou statut n° 166-170

II - Cessation des fonctions de DG n° 171-175

Bibliographie

- AGBOYIBOR (P. K.), « Nouveau droit uniforme des sociétés », Revue de Droit international des affaires n° 6, 1998, p. 673.
- ANOUKAHA (F.), Cisse (A.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUYOUÉ (P.-G.) et SAMB (M.), Droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique OHADA, coll. Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002 ;

- BACHIR (T.), Contribution du Droit des sociétés commerciales de L'OHADA à une théorie générale de la personnalité morale en Droit privé, thèse, Dakar 2006.
- BALIMA (M.), Les sociétés commerciales en Afrique de l'Ouest, thèse, Dijon, 1979.
- HOMMAN-LUDIYE (L.) et DJEDJE (P.), Le contrôle de la gestion de la SA et des SARL, CJFE/CFCE (Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation du centre français du commerce extérieur), 1998, n° 2, p. 317.
- HOMMAN-LUDIYE (L.) et EPESSE (H.), La société anonyme ;
- ISSA SAYEG (J.) et BACHIR (T.), Le répertoire quinquennal OHADA 2000-2005, UNIDA OHADA. Com.
- MODI KOKO BEBEY (H.D.), La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA, rev. sociétés 2002, n° 2 avr.- juin, p. 255 et s.
- POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.), NGUEBOU (J.), Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé, 1998
- POUGOUÉ (P.-G.) et KUATE (S.S.), Les grandes, L'HARMATTAN, Paris, 2010.
- SAMBE (O.) et DIALLO (M.I.), Guide pratique des sociétés commerciales et GIE OHADA, Éditions comptables et juridiques, Dakar, Sénégal, 1998.
- TAPIN (D.), Droit des sociétés commerciales et GIE, Penant, 1998. n° 827, 186.
- TAPIN (D.), « Droit des sociétés commerciales et du GIE en Afrique », Penant n° 827, mai-août 1998, p. 186 et s.

1. Ce n'est que tardivement qu'a été introduite la société anonyme avec conseil d'administration en Afrique francophone. Cet organe de gestion était ignoré dans la loi française du 24 juillet 1867 qui avait mis en place des mandataires salariés ou non, révocables par les actionnaires. Ils étaient sélectionnés dans la société pour assumer le mandat de gestion sociale. Une équipe qui fonctionne selon les règles de la collégialité n'était pas connue. C'est seulement la réforme du 16 novembre 1940 (D. C 1941, 1, commentaire Cordonnier) complétée par la loi du 4 mars 1943 qui institue le conseil d'administration en tant qu'organe collégial composé de trois membres au moins et de douze membres au maximum. Toutefois, la loi française du 15 novembre 1940 sur le régime du président-directeur général n'avait pas été étendue dans son application aux colonies. Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique du 17 avril 1997, beaucoup de pays dans la zone francophone appliquaient cette loi de 1867. Seules quelques nations avaient procédé à quelques réformes sectorielles pour tenir compte de l'environnement économique des entreprises locales (notamment : la Guinée avec l'ordonnance n° 119 du 17 mai 1985 et l'arrêté n° 7545 du 13 juin 1985, le Mali avec la loi n° 86-13 du 21 mars 1986, le Sénégal, avec la loi n° 85-40 du 29 juillet 1985).

2. Le conseil d'administration est l'organe collégial qui délibère sur les principales décisions de la gestion et de la direction de la société. Il demeure le favori de la pratique en raison de sa souplesse d'utilisation. La société anonyme étant présentée comme l'instrument privilégié du capitalisme moderne (*G. RIPERT, Les aspects du capitalisme moderne, Paris 1951, n° 46*), la loi du 24 juillet 1867 l'avait conçue comme une structure contractualisée pouvant réunir des capitaux très importants et un nombre illimité d'actionnaires. Il fallait donc un organe de gestion adapté aussi bien à ces grandes sociétés qu'aux sociétés anonymes à dimension familiale composées d'un petit nombre d'actionnaires détenant tous des titres nominatifs. L'évolution de la loi applicable

aux sociétés commerciales en Afrique tient compte de ces différences qui séparent une petite société anonyme avec un P-DG qui est en réalité l'actionnaire unique et les grandes sociétés cotées en bourse. La structure très contraignante de la société anonyme classique n'est pas adaptée aux petits entrepreneurs qui veulent utiliser la technique sociétaire pour gérer leur entreprise. La loi du 24 juillet 1867 était devenue anachronique. Il fallait faire des réformes adaptées à l'environnement social et économique des pays africains et donner plus d'efficacité au fonctionnement de la société, sans mettre en veilleuse la protection de l'épargne.

L'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique introduit quelques innovations en offrant le choix entre une société anonyme avec conseil d'administration et une société anonyme dirigée par un administrateur général. Le choix entre ces deux types de sociétés dépend du nombre d'actionnaires. Seules les sociétés comprenant au moins trois actionnaires peuvent se doter d'un conseil d'administration. Celles qui ont moins de trois actionnaires ont à leur tête un administrateur général qui peut être l'actionnaire unique.

Quel que soit le type de gestion adopté, les règles de constitution et les caractéristiques sont quasiment identiques.

Du point de vue de leur gestion, le législateur africain s'est démarqué du droit français en délaissant à juste titre, la société anonyme dualiste avec un organe chargé de la gestion et de la direction de la société, le directoire, et d'un conseil de surveillance qui nomme les membres du directoire et contrôle leur gestion. Ce modèle de gestion a eu très peu de succès en France qui l'a adopté avec la réforme du 24 juillet 1966 dont l'essentiel des dispositions a été *mutatis mutandi* transposé dans l'actuel Acte uniforme sur les sociétés commerciales. En revanche, le droit africain propose comme en droit français, le choix entre les sociétés anonymes à fondation immédiate, sans appel public à l'épargne et la société anonyme qui se constitue de manière successive en faisant appel public à l'épargne. Les deux sociétés sont gérées par un conseil

d'administration dont la composition varie selon que la société fait ou non appel public à l'épargne (*V. les art. 416 et 418 pour les SA ne faisant pas appel public à l'épargne et l'art. 829 pour la SA faisant appel public à l'épargne*). Mais cette distinction n'a aucune incidence sur le fonctionnement du conseil d'administration et de la société.

3. Le conseil d'administration ne fonctionne que selon le principe de la collégialité. Dès lors, aucun administrateur ne peut agir seul au nom de la société et l'engager par sa signature. Il ne peut non plus prendre seul une décision au nom du conseil d'administration. C'est l'une des différences fondamentales avec la gérance. En cas de pluralité, chaque co-gérant détient séparément ses propres pouvoirs. L'Acte uniforme a organisé la collégialité en fixant des règles et des conditions précises de fonctionnement. L'administrateur n'a pas de pouvoirs propres, hormis des mandats spéciaux que le conseil d'administration peut lui confier ; il exerce son droit et répond de ses fautes dans l'exercice de ses fonctions. Les pouvoirs de gestion sont confiés au conseil d'administration et non à l'administrateur (art 435 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique). Toutefois, ce pouvoir est partagé avec un administrateur particulier : le président-directeur général.

4. L'Acte uniforme a devancé le droit français par la conception d'un conseil d'administration où les fonctions de président et directeur général peuvent être soit cumulées par une seule personne soit dissociées et confiées à deux personnes différentes. En cas de dissociation, le président est dans la même situation que tous les autres administrateurs. En revanche, dans l'hypothèse d'un cumul, le président assume en même temps la direction générale de la société. Le président-directeur général est le seul administrateur qui, dès sa nomination est investi comme le conseil d'administration, des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Il exerce un pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers.

Toutefois, il ne faut pas confondre l'origine de la décision et son exécution. C'est l'organe collégial qui est à l'initiative des décisions appliquées par le président-directeur général. La société anonyme fonctionne selon le principe de la séparation des pouvoirs qui n'autorise pas un administrateur à prendre les décisions qui relèvent de la compétence d'un organe collégial. Par exemple, c'est le conseil qui autorise d'abord certaines conventions avant qu'elles ne soient conclues par le président au nom de la société. Ces solutions apportées par la réforme du droit des sociétés en Afrique à la société anonyme en général et au conseil d'administration en particulier sont substantielles et innovantes par rapport au droit antérieurement en vigueur. Ces solutions nouvelles donneront-elles plus d'efficacité au fonctionnement des conseils d'administration souvent accusés

d'être « réduits à un rôle de simple enregistrement de décisions préalablement préparés par des personnes influentes » (*V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, Les conseils servent-ils à quelque chose ?, in Droit des sociétés, 23^e éd. Litec, n° 652 ; A. VIANDIER, Rép. Dalloz, v° Conseil d'administration, n° 7*). La redynamisation du conseil d'administration passe par l'introduction de la corporate governance (*A. COURET, Le gouvernement d'entreprise : la corporate governance, D. 1995, D. 1995, chron. 163 ; D. HURSTEL, et T. BIEDER, Est-il urgent et indispensable de réformer le droit des sociétés au nom de la corporate governance ? Rev. sociétés 1995, 633 ; P. LE CANNU, Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions, Bull. Joly 1995, 637*) dans le droit africain qui pour le moment se fait timidement.

5. L'une des innovations importantes de la réforme du droit africain est la possibilité de nommer au conseil d'administration des administrateurs qui n'ont pas la qualité d'actionnaire. Ces administrateurs indépendants auront un regard neutre sur l'organisation et la gestion de la société.

Par ailleurs, contrairement au droit français dont l'article L.225-22 C. com régleme partiellement le problème du cumul des fonctions d'administrateur avec un contrat de travail, l'Acte uniforme donne la possibilité à un administrateur nommé par les actionnaires de devenir salarié de la société qu'il dirige. Le président-directeur général peut aussi être titulaire d'un contrat de travail avec la société. Le contrat des administrateurs est une convention réglementée qui doit être soumise à la procédure d'autorisation du conseil d'administration et à l'approbation de l'assemblée générale.

Le CA est l'organe collégial qui délibère. La SA fonctionne comme un micro-État suivant les règles de la démocratie représentative. L'organisation repose sur une hiérarchie pyramidale avec à la base une assemblée qui élit ses représentants qui siègeront au sommet de la pyramide. On aurait pu conclure à la consécration de la thèse contractuelle de la société, en pensant comme avant la loi de 1867, que le système de la pyramide repose sur des mandats donnés par les actionnaires aux administrateurs. Malheureusement, c'est la loi qui fait la répartition des pouvoirs en confiant des tâches précises aux organes de direction et à la collectivité des associés. Cette organisation hiérarchique des pouvoirs a été considérée comme d'ordre public depuis l'arrêt Motte (*Cass. civ. 4 juin 1946, JCP 1947, II, 3158 note. D. BASTIAN, Y. GUYON, « L'évolution récente des assemblées d'actionnaires en droit Français » in Mélanges Guy F. LATTET, 1985, 40 ; JAUFFRET-SPINOZI, Les assemblées générales d'actionnaires dans les SA, réalité ou fiction ? in Études RODIERE Dalloz, 1981, 125*).

Les fonctions non réservées à l'assemblée générale ordinaire et à l'assemblée générale extraordinaire, sont attribuées aux organes spécialisés comme le conseil d'administration qui est devenu un organe collégial.

La composition du conseil d'administration est

minutieusement réglementée par la loi, tandis que ses attributions sont floues. La loi détermine le nouveau statut du conseil d'administration et précise son mode de fonctionnement de telle sorte qu'il n'y ait aucune confusion avec le fonctionnement des organes sociaux.

Section I - Conseil d'administration

6. Dans la gestion avec conseil d'administration, on distingue, le conseil d'administration, organe collégial, et la présidence de la société (assurée soit par un président-directeur général, soit par un président du conseil d'administration et un directeur général). La loi définit de manière minutieuse sa composition, son fonctionnement et son statut.

§1- Administrateurs

7. Le législateur africain introduit une innovation majeure en donnant le choix entre une SA unipersonnelle et une SA pluripersonnelle. Seule la dernière présente un intérêt dans le choix des organes de gestion. Elle peut choisir entre le conseil d'administration et l'administrateur général. L'article 414 de l'Acte Uniforme précise que le mode d'administration de chaque SA est déterminé de manière non équivoque par les statuts qui choisissent entre la SA avec conseil d'administration et la SA avec administrateur général. Mais l'article 494 réserve ce dernier mode de gestion aux SA comprenant un nombre d'actionnaires égal ou inférieur à trois qui ont la faculté de ne pas constituer un conseil d'administration.

A - Composition du conseil d'administration

8. Selon l'article 416, le conseil d'administration peut être composé de trois membres au moins et de douze membres au plus. Et conformément à l'article 417, il comprend en plus des actionnaires, des administrateurs n'ayant pas la qualité d'actionnaire, dans la limite du tiers des membres du conseil.

I - Recrutement des administrateurs

9. La loi africaine ne réserve pas le monopole des fonctions d'administration aux seuls actionnaires. L'article 417 autorise, sans condition de participation au capital, l'admission au conseil d'administration des membres non actionnaires. Dans tous les cas, les administrateurs sont recrutés par nomination ou par cooptation avec des conditions à remplir.

a. Nombre d'administrateurs

10. Le conseil d'administration est un collège de trois administrateurs au moins, élus par les actionnaires, et de douze au maximum. Ce maximum peut-être provisoirement dépassé en cas de fusion, jusqu'à concurrence du nombre total des administrateurs en fonction depuis plus de six mois dans les sociétés fusionnées, sans pouvoir dépasser vingt-quatre. La loi précise que lorsqu'en cas de fusion, le nombre d'administrateurs dépasse douze, il ne peut être pourvu à leur remplacement pour cause de décès, révocation ou démission tant que ce nombre n'est pas revenu à douze, sauf en cas de nouvelle fusion. Ce dépassement du maximum légal est temporaire et ne concerne que les fusions réalisées entre sociétés anonymes cotées ou non

Entre ce maximum et ce minimum légal, les rédacteurs des statuts ont la liberté d'imposer un nombre fixe ou encore des maxima ou des minima différents.

11. Le nombre d'administrateurs obéit à un maximum différent dans les sociétés qui font appel public à l'épargne. Dans ce cas en effet, le minimum légal est de trois administrateurs, et le maximum de quinze lorsque les actions sont cotées à la bourse des valeurs. Et ce nombre de quinze peut être dépassé sans pouvoir excéder vingt en cas de fusion (art 829 al 2). Cependant, l'article précédent (828) précise que le nombre d'administrateurs doit revenir à douze lorsque la société a été radiée de la bourse des valeurs. Aucun délai précis n'est indiqué sauf l'invitation à le faire dans les plus brefs délais.

b - Modalités de recrutement

1. Nomination

12. Le recrutement des premiers administrateurs se fait soit par nomination dans les statuts, soit au cours de l'assemblée constitutive. L'article 424 de l'Acte uniforme précise que les modalités de l'élection des administrateurs sont librement fixées par les statuts qui peuvent prévoir une répartition des sièges en fonction des catégories d'actions. Toutefois, cette répartition ne doit pas priver une catégorie d'actions de sa représentation au conseil.

En cours de vie sociale, les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale ordinaire. Toutefois en cas de fusion, l'assemblée générale extraordinaire qui est compétente pour décider de la réalisation de la fusion peut nommer de nouveaux administrateurs (*article 419*).

13. La durée du mandat des administrateurs est librement fixée par les statuts sans pour autant dépasser six ans en cas de nomination en cours de vie sociale, et de deux ans, en cas de désignation dans les statuts ou par l'assemblée constitutive. Les administrateurs

sont rééligibles sauf stipulation contraire des statuts (*article 424 alinéas 2*). L'assemblée peut aussi nommer des administrateurs indépendants pour leur compétence managériale et pour avoir un regard extérieur neutre dans le contrôle et la gestion sociale.

14. L'Acte Uniforme ne contient pas de dispositions répondant avec précision à cette question. L'article 417 précise seulement qu'ils peuvent être nommés dans la limite du tiers des membres du conseil. Il peut s'agir de salariés élus au conseil d'administration comme dans le droit français, ou des administrateurs indépendants connus dans le droit anglo-saxon et d'actualité dans le cadre du débat sur la *corporate governance* (gouvernement d'entreprise) (*Voir Rapport BOUTON, Rapp. B. FEUGERE, L'indispensable indépendance de l'administrateur d'une société anonyme, JCPE 1999, P. 946 ; J. DELGA, L'administrateur indépendant n'existe pas : Dangers ; Une référence inappropriée au système anglo-saxon, D. 2002, p. 2858*). L'administrateur indépendant est une personne qui n'entretient aucune relation de nature quelconque avec la société, son groupe ou sa direction. Il jouit d'une totale liberté de jugement au sein du conseil d'administration d'une société cotée dont le capital est dispersé dans le public.

2. Cooptation.

15. La loi envisage l'hypothèse où le nombre minimum ne serait plus atteint pour une raison quelconque. Une distinction se fait selon qu'il s'agit du minimum statutaire ou du minimum légal. Lorsque le minimum statutaire est atteint, le conseil d'administration doit procéder à des nominations provisoires en vue de compléter le conseil. Ce recrutement se fait par une procédure exceptionnelle qu'on appelle la cooptation. L'article 429 en précise les conditions. C'est d'abord le fait pour les administrateurs de choisir eux-mêmes leurs collègues, sans avoir recours à l'assemblée générale ordinaire. Cette mesure n'est possible, selon l'article 429 que dans les conditions suivantes :

- en cas de vacance d'un ou de plusieurs sièges d'administrateurs, par décès ou par démission, ce qui exclut la vacance de siège par révocation ;
- si le nombre d'administrateurs restant en fonction est supérieur à trois (minimum légal) et inférieur au minimum statutaire, ou encore lorsque le nombre des administrateurs nommés par les actionnaires est inférieur aux deux tiers (2/3) du conseil d'administration. Dans ce cas de figure, les membres en fonction ont un délai de trois mois à compter du jour où se produit la vacance pour nommer de nouveaux administrateurs en vue de compléter son effectif. Cette nomination provisoire est soumise à la ratification de la plus prochaine assemblée. Toutefois, les décisions prises pendant ce délai par un conseil incomplet sont valables. Il en est de même

pour les décisions prises avec le concours d'un administrateur dont la nomination par ses pairs n'a pas été ratifiée par l'assemblée (*art. 429 al. 7*).

16. La cooptation est donc obligatoire lorsque le nombre d'administrateurs est inférieur au minimum statutaire mais supérieur au minimum légal. Par ailleurs, rien n'interdit à l'administrateur démissionnaire de voter son successeur, puisque sa démission ne prend effet qu'à l'issue de la séance du conseil au cours de laquelle il a démissionné (*CA Amiens, 10 mars 1977, D. 1978, 198, note J.-C. BOUSQUET, Rev. sociétés 1978, 258, P. MERLE*). En revanche, la cooptation n'est plus obligatoire si malgré la démission ou le décès, le nombre d'administrateurs reste supérieur au minimum statutaire.

17. En revanche, lorsque le nombre d'administrateurs est inférieur à trois, le conseil ne peut valablement délibérer. Le ou les administrateurs restant doivent convoquer l'assemblée à l'effet de compléter le conseil. Faute d'initiative, tout intéressé peut demander, par requête adressée au président de la juridiction compétente, la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale ordinaire.

En cas de vacance de plusieurs sièges dans l'inter valle de deux assemblées, il est possible de compléter le conseil dans les conditions prévues par l'article 429 si le minimum légal ou statutaire est n'est plus atteint.

3. Élection

18. On peut nommer au conseil d'administration les administrateurs représentant le personnel ; il reste donc éventuellement à définir les conditions de leur nomination qui se fait par élection. Le salarié peut être actionnaire, mais n'y est pas tenu. Au titre des conditions spéciales, il ne peut exercer aucun mandat de délégué du personnel. L'article 426 précise qu'un salarié peut devenir administrateur, si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. Mais les statuts peuvent prévoir des clauses contraires.

19. Son statut est attractif dans la mesure où il cumule un mandat social avec son contrat de travail. Sa rémunération comprend alors son salaire et les jetons de présence que reçoivent tous les autres administrateurs.

En revanche, il est soumis aux mêmes obligations (régime de contrôle des conventions, interdiction des emprunts, découverts, avals et cautions), et encourt les mêmes responsabilités que les autres administrateurs.

II - Conditions de nomination

a - Conditions tenant à la personne de l'administrateur

20. L'administrateur n'a pas la qualité de commer-

çant. La simple capacité civile suffit donc pour être administrateur.

La loi n'exige plus aucune capacité professionnelle ni de diplômes particuliers, ni même la détention d'actions dans une certaine limite.

Cependant, le candidat à un poste d'administrateur ne doit pas être interdit ni déchu de son droit d'administrer une société. Il ne doit pas avoir fait l'objet d'une faillite personnelle. À cela il faudrait sans doute ajouter certaines incompatibilités visant certains fonctionnaires (les magistrats par exemple), les parlementaires, les membres du conseil constitutionnel, les officiers ministériels, les auxiliaires de justice. Cette incompatibilité ne vise pas les notaires et avocats qui sous certaines conditions peuvent devenir administrateurs.

Peut-il être de nationalité étrangère ? En principe aucun obstacle juridique ne s'y oppose. Un mineur émancipé peut devenir administrateur, ce qui n'est pas le cas du mineur non émancipé. L'âge de la majorité dépend de la loi de chaque pays (*en général entre 18 et 21 ans*).

21. L'administrateur peut être une personne physique ou une personne morale. Lorsqu'une personne morale a été désignée comme administrateur, l'article 421 intime de désigner lors de sa nomination, un représentant permanent pour la durée de son mandat, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par lettre au porteur contre récépissé. Bien qu'il ne soit pas lui-même administrateur, ce représentant est soumis aux mêmes conditions que les administrateurs personnes physiques. Il est soumis aux mêmes conditions et obligations, et encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente.

22. Le choix du représentant permanent est libre. Il peut être ou non actionnaire de la société. Son mandat de représentant prend fin avec celui de la personne morale représentée qui peut décider de le renouveler ou non (art. 422). En cas de révocation du mandat de son représentant, la personne morale doit le notifier sans délai, à la société, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Les mêmes formalités s'imposent en cas de décès, de démission du représentant permanent ou pour toute autre cause l'empêchant d'exercer son mandat (art. 423). La loi ne donne aucune solution sur les conditions et les modalités de remplacement d'une personne morale administrateur qui a été absorbée par la société administrée.

23. La société absorbée étant dissoute, ses fonctions de direction sont-elles transmises de plein droit à la société absorbante ? Qui perçoit les jetons de présence rémunérant les mandats en cours et les fonctions exercées avant la dissolution ? Et qui répond civilement

et pénalement des fautes commises par la personne morale administrateur absorbée ? La jurisprudence devra se pencher sur ces questions pratiques en mesurant la portée de la transmission universelle de patrimoine de plein droit résultant de la fusion-absorption et en respectant les conditions de nomination et de cooptation minutieusement fixées par la loi.

La nomination des administrateurs doit être publiée au R.C.C.M, de même que leur révocation.

24. L'Acte uniforme ne contient aucune disposition sur l'âge des administrateurs. Ce problème est donc laissé à la discrétion des statuts qui retiendront ce que voudront les actionnaires (*En droit français, l'article L 225-19 C. com. prévoit une règle supplétive, selon laquelle le nombre des administrateurs âgés de plus de soixante-dix ans ne doit pas excéder le tiers des administrateurs en fonction.*).

b - Conditions relatives aux fonctions d'administrateur

1. Fonctions en dehors de la société

25. Le législateur africain limite à cinq le nombre de postes d'administrateurs qu'une personne peut occuper. Il faut éviter un trop grand éparpillement pour permettre aux administrateurs de se consacrer effectivement à leur travail. Selon l'article 425 de l'Acte uniforme, cette limitation de mandats vise toute personne physique administrateur en son nom propre ou représentant permanent d'une personne morale administrateur. Elle ne peut appartenir simultanément à plus de cinq conseils d'administration de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire d'un même État partie.

L'obligation ne pèse que sur les personnes physiques, non sur les personnes morales. En principe ne sont pas non plus concernés, les administrateurs qui exercent un mandat gratuit.

Quid des mandats détenus au sein d'un groupe de sociétés cotées ou non ? Le principe de la limitation devrait être écarté (*Voir les articles L 225-21 alinéa 2 et L 225-77 alinéa 2 du Code de commerce français.*) dans ce cas pour permettre l'exercice d'un nombre illimité de mandats. Une autre dérogation devrait être possible également dans les sociétés sœurs non cotées. En cas de détention de cinq mandats au plus, dans ces sociétés, le droit français ne les compte que pour un (*Articles L 225-21 alinéa 3 et L 225-77 alinéa 3 C. com.*).

De même la limitation de mandats ne concerne que les SA ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie.

26. L'obligation de mandat est sanctionnée par la démission d'office dans les trois mois de sa nomination de l'un de ses mandats.

À l'expiration de ce délai, l'administrateur est réputé s'être démis de son nouveau mandat (article 425 alinéa 3).

En d'autres termes, si aucun choix n'a été fait à l'expiration du délai de trois mois, la démission porte sur le dernier mandat obtenu à partir du cumul illicite.

L'administrateur doit alors reverser à la société les sommes perçues au titre de ce mandat. Mais les délibérations auxquelles il a participé restent valables.

2 - Les fonctions au sein de la société

27. Aucune disposition de la loi ne l'impose. Il est simplement prévu que les statuts fixent les modalités d'élection au conseil d'administration. Les mêmes statuts peuvent prévoir une répartition des sièges en fonction des catégories d'actions émises par la société. L'article 424 précise que cette répartition ne peut priver les actionnaires de leur éligibilité au conseil, ni priver une catégorie de sa représentation au conseil. L'exigence de la possession d'un nombre minimum d'actions n'est plus d'actualité (*Articles L 225-21 alinéa 3 et L 225-77 alinéa 3 C. com.*).

Toutefois, l'administrateur est soumis à un certain nombre d'incompatibilités. Il ne peut pas être commissaire aux comptes de la société qu'il dirige et les commissaires aux comptes ne peuvent être nommés administrateurs des sociétés qu'ils contrôlent.

En revanche, il peut être salarié de la société.

Contrairement au droit français, l'article 426 bilatéralise la possibilité de cumuler un mandat social et un contrat de travail.

En effet, sauf stipulation contraire des statuts, un salarié de la société peut devenir administrateur. De même, un administrateur peut devenir salarié. Dans les deux cas certaines conditions doivent être remplies :

28. L'Acte uniforme impose les conditions de nombre et d'effectivité de son contrat de travail. Peu importe la date d'entrée du salarié dans la société. Un salarié peut donc devenir administrateur dès la constitution de la société.

29. Toutefois, le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif, c'est-à-dire être sérieux et sincère. Les fonctions exercées doivent être des fonctions techniques, détachables des fonctions d'administrateur. Cela suppose également l'existence d'un lien de subordination juridique envers la société qui est incompatible avec la détention de la majorité du capital social.

30. De même le nombre des salariés administrateurs ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction (article 417).

Cette dernière condition devrait être sanctionnée par la démission forcée de celui qui est en surnombre.

Si ces deux conditions ne sont pas réunies, il y a nullité de la nomination en qualité d'administrateur sans pour autant entraîner la nullité des délibérations auxquelles l'administrateur a participé.

Il est aussi possible que le contrat de travail cesse d'être distinct après ou lors de la nomination au poste d'administrateur. Dans ce cas, la jurisprudence a estimé que le contrat de travail a été absorbé par les fonctions sociales qui sont générales et s'opposent à des fonctions spéciales (secrétaire, comptable, chef de travaux) (*Cass. Soc. 7 juin 1974 Rev. stés 1975 P. 91*).

31. Ce contrat de travail qui est une convention réglementée doit satisfaire à la condition d'effectivité. Celle-ci suppose entre autres, l'existence d'un lien de subordination entre l'administrateur salarié et la société. Selon la jurisprudence, le lien de subordination fait défaut lorsque le salarié détient une fraction importante du capital social. Rentrant dans ce cas tous ceux qui détiennent plus de la moitié du capital social.

Et en tant que convention réglementée, le contrat de travail devra faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration avant d'être soumis a posteriori à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire. Sans cette autorisation préalable, le contrat de travail est frappé d'une nullité relative.

B - Cessation des fonctions d'administrateur

32- Plusieurs raisons peuvent justifier la fin des fonctions d'administrateur : l'arrivée du terme légal ou statutaire prévu lors de la nomination ; il en va de même de l'application des dispositions légales ou statutaires relatives à la limite d'âge, étant entendu que les statuts peuvent retenir une autre limite d'âge et un autre pourcentage au-delà duquel la démission se fait d'office ou selon un critère convenu. La démission peut aussi résulter d'un acte volontaire de l'administrateur. Mais nombreux sont les événements qui mettent fin aux fonctions de l'administrateur contre son gré. Certaines tiennent à sa propre personne, d'autres sont relatifs aux vicissitudes de la vie de la personne morale qu'il dirige, notamment la dissolution de la société, la fusion-absorption, la scission ou encore la transformation de la société. Il est évident que si une SA est absorbée par une société d'une autre forme, les administrateurs de la société absorbée n'ont aucune raison de retrouver un autre poste d'administrateur dans la société absorbante.

33- En tout état de cause, cette cessation des fonctions doit être publiée au RCCM pour être opposable aux tiers.

De toutes ces causes, un accent particulier sera mis sur la démission et la révocation qui sont susceptibles de donner lieu à difficulté.

I - Démission

34. L'administrateur peut démissionner de son propre chef avec ou sans motivation (*H. SOULEAU, La démission des dirigeants des sociétés commerciales, RTD. com. 1972,*

21, D. MARTIN, *La démission des organes de gestion des sociétés commerciales*, *Rev. stés.* 1973, 273) ; c'est une démission volontaire. Mais il peut être obligé de démissionner, en cas d'incapacité, d'interdiction de diriger une entreprise commerciale, de déchéance, d'incompatibilité, ou d'un cumul illicite de mandats.

La démission doit être donnée par notification ou au cours d'une réunion du conseil d'administration. C'est un acte qui émane de l'administrateur lui-même (dans le cadre d'une démission volontaire). Encore faut-il qu'il s'agisse d'une véritable (*Paris 8 juin 1999, Rev. stés 1999, p. 660, Y. GUYON*) démission ; car la jurisprudence (française) assimile à une révocation, la démission précipitée donnée sous la pression des autres dirigeants.

II - Révocation

35- L'article 433 alinéa 2 pose le principe de libre révocabilité (*En cela, l'article 433 alinéa 2 reproduit intégralement le texte de l'article L 225-18 du Code de commerce français*).

36- Les administrateurs peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée. C'est ce qu'on appelle la révocabilité ad nutum qui est une règle d'ordre public et qui signifie d'un signe de tête. Cela veut dire que l'assemblée générale des actionnaires peut décider sans préavis, sans motif et sans indemnité de révoquer un administrateur. Cette décision relève de la compétence de l'assemblée générale ordinaire. Mais rien n'interdit à une assemblée extraordinaire de prendre cette décision. Et peu importe que la question soit inscrite à l'ordre du jour ou non ; c'est ce que l'on appelle un incident de séance. Cette possibilité n'existait pas sous l'empire de la loi de 1867. La jurisprudence des incidents de séances permet de révoquer l'administrateur à tout moment.

Faut-il sous-entendre que cette révocation peut être décidée en toutes circonstances ? Rien n'est moins sûr. Le législateur africain est en parfaite harmonie avec l'esprit de l'article L 225-105 alinéa 3 du Code de commerce qui a institué cette règle en France (*CA Lyon 9 janvier 2003, JCPE. 2003, 1161, A. VIANDIER*).

Malgré ce principe de révocabilité ad nutum, la jurisprudence indemnise l'administrateur révoqué sur la base de l'abus de droit. La jurisprudence considère que la révocation est abusive lorsque la décision a été prise de façon intempestive ou vexatoire, qu'elle s'est accompagnée d'une publicité de « mauvais aloi » portant atteinte sans raison à la réputation de l'intéressé(e). Mais cette protection est moins efficace que celle accordée au gérant d'une SARL.

La situation de l'administrateur est précaire (*J.J. CAUSSAIN, La précarité de la fonction de mandataire social Bull. Joly 1993, P. 523 ; Ph. REIGNE, La révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société, Rev. sociétés. 1991, P. 499 ; J.F. BARBIERI, La révocation des dirigeants sociaux : pour la liberté*

statutaire, JCPE 2001 n° 24 suppl. n° 3 p. 5.) lorsqu'il ne détient pas une portion importante du capital social. Le droit africain aurait dû retenir une révocation pour justes motifs. On peut même aller plus loin et suggérer une liberté statutaire dans la définition des modalités de révocation, ce qui apporterait plus de souplesse au droit applicable à la SA.

Pour l'heure, la jurisprudence (française) susceptible de s'appliquer en Afrique, se montre hostile à toute clause statutaire ou extrastatutaire qui porterait atteinte au principe de libre révocabilité, grâce au parachute doré. Ces clauses sont nulles. En est-il ainsi d'un engagement de rachat des actions d'un administrateur en cas de cessation de ses fonctions quel que soit le motif de cette révocation (*CA Paris, 30 octobre 1976, Rev. sociétés 1977, 695, D. SCHMIDT, Cass. com. 10 mai 1988, Bull. Joly 1988, p. 482 n° 156*), ou encore de la convention par laquelle la société s'engage à lui fournir un travail (*Soc. 15 mars 1983, Rev. sociétés 1983, 353, Y. CHARTIER ; Cass. com. 26 janvier 1999, Bull. Joly 1993, p. 657, n° 145*).

C - Statut des administrateurs

37- Les administrateurs sont rémunérés pour les fonctions qu'ils exercent au sein du conseil d'administration. L'étendue de leurs pouvoirs n'est pas déterminée de façon précise par la loi. En revanche cette dernière dessine les contours des conventions qu'ils peuvent ou non passer avec la société.

I - Rémunération

38- Les administrateurs reçoivent des jetons de présence, baptisés indemnité de fonction (article 431). Il s'agit d'une somme globale fixée annuellement par l'assemblée générale ordinaire et librement répartie par le conseil d'administration entre ses membres, sauf clauses contraires des statuts.

Les administrateurs salariés perçoivent en plus de l'indemnité de fonction, des salaires correspondant à leur contrat de travail. En dehors des salaires et des jetons de présence, les administrateurs ne peuvent recevoir, au titre de leur fonction, de façon permanente ou non, aucune autre rémunération (article 430). Toute clause contraire est réputée non écrite et toute décision contraire est nulle.

39- Toutefois, l'article 432 précise que le cas échéant, ils peuvent percevoir des remboursements de frais de déplacements, de voyages et des dépenses engagées dans l'intérêt de la société sous réserve des dispositions applicables aux conventions réglementées (articles 438) et des rémunérations exceptionnelles pour les missions particulières.

Les modalités de répartition de l'indemnité de fonction

sont laissées à la libre appréciation du conseil qui peut par exemple procéder à une répartition inégalitaire en tenant compte de l'influence ou de l'activité d'un ou de plusieurs administrateurs.

En tout état de cause, l'indemnité de fonction n'est pas soumise à la fiscalité des traitements et salaires mais imposée dans la cédule des capitaux mobiliers.

II - La responsabilité des administrateurs

40- Les administrations engagent leur responsabilité civile et pénale comme tous les dirigeants de société (cf. fascicule Responsabilité des dirigeants) pour les fautes commises dans l'exercice de leur fonction.

a - Responsabilité civile

41- Les actionnaires ou les tiers peuvent engager la responsabilité des administrateurs qui violent les dispositions législatives et statutaires applicables aux sociétés anonymes, ou en cas de faute de gestion.

42- Parmi les plus courantes, on peut mentionner les cas d'inobservation des règles applicables au fonctionnement du conseil d'administration, le défaut de convocation du conseil ou la méconnaissance des règles de quorum ou la majorité, le dépassement des pouvoirs du conseil (le dépassement de l'objet social), le non-respect de la procédure des conventions réglementées. Les dirigeants sont également responsables en cas d'annulation de la société ou d'actes et délibérations postérieures à la constitution de la société.

Certaines infractions sont également relatives à la tenue de l'assemblée. Les administrateurs sont responsables en cas de non-convocation de l'assemblée annuelle ou d'irrégularité dans l'établissement de la feuille de présence, ou encore, lorsque le droit de communication des actionnaires n'est pas respecté. Les administrateurs doivent s'assurer que le quorum et la majorité sont réunis pour la régularité des délibérations des assemblées.

43. Ce serait le cas lorsque les administrateurs outrepassent les limitations de pouvoirs imposées par le pacte social (soumission de certains actes importants à l'autorisation préalable de l'assemblée ordinaire)

44. Les administrateurs sont responsables de tous les actes contraires aux intérêts de la société. Toutes les fautes graves ou légères sont sanctionnées, peu importe qu'elles soient intentionnelles ou non. La notion de faute de gestion est protéiforme. Elle recouvre aussi bien les actes positifs que les actes négatifs. La mauvaise gestion peut en effet être volontaire, mais elle peut aussi résulter d'une simple imprudence ou négligence (*Cass. com. 4 févr. 1980, Bull. civ. IV, n° 55, p. 44 : marchés conclus*

à des prix en dessous du prix de revient par suite de mauvais calculs de leurs coûts). La faute suppose que l'administrateur soit comparé à un bon père de famille qui est prudent et diligent au moment des faits.

45. L'article 165 dispose que chaque dirigeant est responsable individuellement envers la société des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. L'alinéa 2 du même texte précise les conditions de la responsabilité solidaire. La responsabilité individuelle est celle qui résulte d'une faute que l'on peut reprocher à un administrateur déterminé, en dehors de la participation des autres. Au contraire, la responsabilité est solidaire lorsque plusieurs administrateurs sont impliqués soit par une condamnation pénale pour les mêmes faits, soit par une faute commune qui n'est pas forcément la même pour tous : tel serait le cas d'un défaut de surveillance d'un dirigeant coupable d'un délit.

En cas de condamnation solidaire, chaque administrateur est tenu de payer l'intégralité du montant à la victime. Mais le tribunal peut établir entre les coresponsables une inégalité dans la détermination de la part contributive de chaque administrateur dans la réparation (art. 165 alinéa 2).

46. L'administrateur qui veut s'exonérer en cas de condamnation solidaire, doit apporter la preuve de sa non-participation au fait litigieux, soit par une protestation, soit par son absence ou tout autre moyen.

47. L'action individuelle peut être exercée par un actionnaire ou par un tiers pour obtenir réparation d'un préjudice personnel (le cas d'un administrateur qui détourne les dividendes destinés à un autre actionnaire), tandis que l'action sociale tend à réparer un préjudice subi par la personne morale du fait de la faute commise par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leur fonction (art. 166). L'action est exercée ut universi quand elle est intentée par la société elle-même. En revanche, elle peut être intentée par un ou plusieurs actionnaires au nom de la société : on parle de l'action ut singuli (*Voir sur ces points le fascicule Responsabilité des dirigeants*). Selon l'article 167, un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale après une mise en demeure des organes compétents non suivie d'effet dans le délai de trente jours. Aucune clause des statuts ne peut subordonner l'exercice de l'action sociale à une autorisation préalable de l'assemblée, d'un organe de gestion, de direction ou d'administration ni comporter renonciation à l'avance à l'exercice de cette action. Une telle clause serait réputée non écrite (art. 168). Cette disposition n'est pas contraire à la conclusion d'une transaction avec les dirigeants contre lesquels l'action est intentée pour mettre fin au litige.

L'action individuelle donne lieu à une réparation sur le patrimoine de la société sauf lorsque la faute à réparer est détachable de ses fonctions (*Cass. com. 20 mai 2003, D. 2003, p. 2623, note B. DONDERO ; JCP E 2003, 1203,*

n° 2, obs. J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY, G. WICKER, Rev. sociétés 2003, p. 479, note J.-F. BARBIERI).

48. La responsabilité de l'administrateur peut être aggravée en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la société. La procédure peut lui être étendue en cas de confusion de patrimoine social et de patrimoine personnel, ou encore il peut être condamné à combler tout ou partie de l'actif si sa faute a contribué à l'insuffisance de l'actif social.

b - Responsabilité pénale

49. Outre les infractions dont ils peuvent se rendre coupables à un autre moment de la vie de la société (*constitution, assemblée générale, modifications du capital social, publicité, valeurs mobilières etc.*), les administrateurs peuvent encourir une responsabilité pénale particulière au titre des fonctions sociales. Il s'agit notamment de l'abus de biens sociaux, de l'abus de pouvoirs ou des voix, de distribution de dividendes fictifs, de la présentation de comptes infidèles, du défaut d'établissement des comptes (*V. infractions pénales et responsabilité des dirigeants*).

La responsabilité pénale s'étend aux administrateurs et aux représentants permanents des personnes morales ainsi qu'à toute personne qui se rend coupable des délits imputables aux administrateurs.

50. Il en est de même du recel. Sera également puni pénalement toute personne qui, en connaissance de cause, a profité des sommes détournées suite à un abus de biens sociaux.

Les actionnaires peuvent se constituer partie civile si l'infraction commise par les dirigeants leur a causé un préjudice personnel.

§2- Attributions du conseil

51. Dans la loi du 24 juillet 1867, les administrateurs étaient des mandataires des actionnaires, et de ce fait n'exerçaient que des pouvoirs délégués. L'article 22 prévoyait que les sociétés anonymes étaient administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, choisis parmi les associés. C'est la loi du 16 novembre 1940 qui a substitué aux administrateurs individuels, un organe collégial, et l'Acte uniforme lui a emboîté le pas en imposant un minimum de trois administrateurs et un maximum de douze. Les pouvoirs délégués autrefois énumérés dans les statuts laissent peu à peu la place aux pouvoirs propres définis par la loi, en tenant compte des pouvoirs reconnus aux autres organes sociaux avec une hiérarchie consacrée en jurisprudence dans l'arrêt Motte du 4 juin 1946 (*précité*). Cette solution a été reprise par l'Acte uniforme. Dorénavant, le conseil d'administration jouit

des attributions générales (pouvoir de gestion) et des attributions particulières.

A - Attributions générales

52. Le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société (article 435). Pour plus d'efficacité dans le travail du conseil d'administration, le droit africain aurait pu accepter certains principes de la corporate governance consistant à créer des comités permanents spécialisés (comité de sélection, comité de rémunération et des comptes, comité d'audit, etc.), chargés de faire des propositions au conseil d'administration.

53. Contrairement à la lettre de l'article 435, le conseil d'administration est un organe délibératif. Il n'agit pas en tant que tel puisqu'il est dépourvu de personnalité morale. Il délibère et prend des décisions. Par ailleurs, ce pouvoir général est reconnu au président-directeur général qui est également investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. En tout état de cause, le législateur africain reconnaît au conseil un large pouvoir d'administration avec des limites légales et conventionnelles.

I - Limitations légales

54. L'omnipotence du conseil se heurte à deux limites : l'objet social et les pouvoirs expressément attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires.

55. Le fonctionnement d'une société obéit au principe de spécialité de l'objet social. Par conséquent, les pouvoirs des organes de représentation ne peuvent s'exercer que dans le strict respect du programme d'activité défini dans les statuts de la société. Mais cette limitation n'a d'effet qu'à l'égard des actionnaires. Toutefois cette limite a une portée relative dans les sociétés à risques limités au nom de la **sécurité des tiers** (*C'est une ordonnance française du 20 décembre 1969, transposant la directive européenne du 9 mars 1968 qui, dans le but de renforcer la sécurité des tiers en relation d'affaires avec la société rend le dépassement de l'objet social inopposable aux tiers*). Il résulte que dans une société anonyme, l'objet social n'est pas une véritable limite dans la mesure où la société demeure tenue lorsque le conseil d'administration a agi en dehors de l'objet social. Cette règle est valable pour toutes les sociétés à risques limités. Le dépassement de l'objet social n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. L'article 436 dispose que dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée, y compris par les décisions du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social. Il appartient à la société de démontrer la mauvaise foi du tiers avec qui le conseil d'administration a traité hors objet social. Comme en

droit français, la seule publication des statuts ne suffira pas à rendre la mesure opposable aux tiers. La société peut démontrer que compte tenu des circonstances, le tiers ne pouvait ignorer le dépassement de l'objet social. Ce sera par exemple le cas d'un fournisseur avec qui la société est en constantes relations d'affaires depuis plusieurs années, quoique l'éventualité d'une modification des statuts reste toujours possible. Les pouvoirs du conseil d'administration sont aussi limités par ceux reconnus aux autres organes sociaux.

56. Le droit OHADA des sociétés a adopté la règle impérative selon laquelle la société anonyme est composée d'organes hiérarchisés. Le conseil d'administration ne peut donc agir que dans la limite de ses pouvoirs. L'article 435 alinéa 2 énonce que le conseil d'administration doit exercer ses pouvoirs dans la limite de ceux accordés expressément par le présent Acte uniforme aux assemblées d'actionnaires. Le conseil ne peut empiéter sur les pouvoirs des assemblées générales ordinaires et extraordinaires. Ainsi, il ne peut :

- nommer ni révoquer les membres du conseil (sous réserve du cas de la cooptation) ;
- nommer les commissaires aux comptes ;
- déterminer le montant des jetons de présence ;
- approuver les comptes de l'exercice ni affecter les résultats ;
- approuver des conventions réglementées ;
- modifier les statuts de la société.
-

La violation directe de la compétence des assemblées d'actionnaires est exceptionnelle et sanctionnée par la nullité. En revanche, c'est la violation indirecte qui pose problème. C'est le cas d'une opération qui sous l'apparence d'un acte de gestion (relevant donc de la compétence du conseil d'administration) viole la compétence des assemblées ordinaires ou extraordinaires. Tel est le cas du conseil d'administration qui sous sa seule autorité vend le fonds de commerce que la société avait pour objet de gérer (*Paris 14 mars 1957, Gaz. Pal. 1957, II, 15; Com. 23 avril 1958, bull. civ. II, n° 166, p. 136; com. 24 juin 1997, Rev. sociétés 1997, p. 792, P. DIDIER; Bull. Joly 1997, p. 875, n° 315, J.J. DAIGRE; JCP E. 1997, I, 710, n° 6, A. VIANDIER et J.J. CAUSSAIN*); ou encore la décision du conseil d'administration de céder à un tiers la majeure partie d'une participation représentant l'essentiel de l'actif de la société (*Grenoble 31 mai 1983 (aff. Dauphiné Libéré) Rev. jurisp. com. 1983, 379, J. Mestre, JCP 1984, II, 20177, Y. Reinhard; Trib. Com. Paris 2 mai 1989, JCP 1990, II, M. MARTEAU-PETIT (il s'agit de cession d'éléments du fonds de commerce équivalant à la cession de l'actif social)*). Toutes ces hypothèses conduisent indirectement à une dissolution de la société ou à une modification de l'objet social. C'est alors une atteinte aux compétences de l'assemblée générale extraordinaire.

En revanche, il n'y a aucun empiètement sur les pouvoirs lorsque le conseil d'administration a cédé un fonds de commerce, si la société en exploite plusieurs, ou

encore lorsqu'il ne veut acquérir un nouveau avec le prix de vente de l'ancien (*Com. 1^{er} 1994, Bull. Joly 1994, p. 390, n° 116, A. LAUDE; Rev. sociétés 1994, p. 697, Y. CHAPUT; JCP E; 1994, I, 392, n° 2, A. VIANDIER et J.J. CAUSSAIN (cession d'un actif immobilier)*). Dans la mesure où l'activité sociale n'est pas compromise, il s'agit d'un acte de gestion qui rentre dans les prérogatives du conseil d'administration.

Dans la même logique de séparation des pouvoirs, les assemblées générales ne peuvent empiéter sur les prérogatives du conseil d'administration. Ainsi on ne peut confier la convocation de l'assemblée à un tiers (*Cass. com. 30 avril 1968, D. 1969, 89, 1^{re} espèce, note LACOMBE*)

Ce pouvoir général de gestion est également limité par l'intérêt social et les clauses statutaires limitatives du pouvoir.

57. Si en théorie le conseil d'administration partage le même pouvoir général que son président, en pratique, il en va différemment. L'assemblée est un organe collégial qui a moins d'efficacité dans la gestion courante et quotidienne qui incombe à la direction générale de la société.

II - Limitations conventionnelles et l'intérêt social

58. En dépit du caractère impératif de l'organisation légale des pouvoirs de la société anonyme, il est licite d'imposer dans les statuts, des limitations qui s'ajoutent à celles de la loi. Cependant, au nom de la sécurité des tiers, et par application de l'effet relatif des contrats, les limitations conventionnelles de pouvoirs sont inopposables aux tiers. Elles produisent leurs effets dans la société et à l'égard des signataires des statuts. Le pacte social peut prévoir toutes sortes de clauses déterminant les pouvoirs internes mais aussi dans les rapports avec les tiers. Ainsi, les statuts peuvent interdire la conclusion de certains actes importants par leur nature et leur montant aux dirigeants, ou subordonner leur conclusion à une autorisation ou à une information préalable de la collectivité des actionnaires.

Toutefois, cette liberté des statuts a des limites. Elle ne peut pas par exemple conduire à transférer l'administration de la société à un autre organe au détriment du conseil d'administration. Les statuts ne peuvent pas transférer à l'assemblée la nomination du président du conseil d'administration.

59. La non-conformité à l'intérêt social est également une limite aux pouvoirs des organes d'administration et de direction. Un acte qui respecte les limites de l'objet social mais qui n'est pas conforme à l'intérêt social peut-il être opposable aux tiers? C'est en fonction de la gravité de l'acte que la solution se justifiera. Si l'atteinte à l'intérêt social menace l'existence même de la société, l'acte risque d'encourir la nullité (*voir M. A. MOUTHIEU NJANDEU, L'intérêt social en droit des sociétés, Collection*

Études africaines, L'Harmattan, Paris, 2009, 420p. n° 516 et s., p. 308 et s).

À ce pouvoir de gestion qu'il partage avec la direction de la société, s'ajoute la mission à lui impartie par la loi de préciser les objectifs de la société et l'orientation à donner à son administration.

B - Attributions particulières

60. Le conseil exerce seul certaines prérogatives définies par la loi. Elles sont diverses et variées. On peut les classer en trois catégories : La mise en place des organes sociaux, la prise des mesures relatives au fonctionnement de la société, les pouvoirs d'autorisation

I - Mise en place des organes sociaux

61. C'est le conseil d'administration qui nomme le président-directeur général qui le révoque. Il fixe aussi sa rémunération et s'occupe de la répartition des jetons de présence entre les administrateurs. Sur proposition du président-directeur général, le conseil nomme un directeur général dont il détermine librement la durée des fonctions (*article 485*) Et en accord avec le directeur général, le conseil peut donner à une ou plusieurs personnes physiques d'assister le directeur général en qualité de directeur général adjoint. C'est également le même conseil qui détermine librement la durée de ses fonctions, et en accord avec directeur général, l'étendue des pouvoirs qui lui sont délégués.

62. Le conseil d'administration peut aussi coopter des administrateurs, confier des missions spécifiques à un administrateur ou à un tiers. Dans ce cas, le conseil d'administration dépasse son cadre habituel d'organe délibérant pour choisir des agents d'exécution. Mais les mandats ainsi confiés doivent être spéciaux et limités dans le temps.

Le conseil peut aussi mettre en place des comités d'études dont il fixe la composition et les attributions. Ces comités ne peuvent en aucun cas se substituer aux organes de direction. Ils ont un rôle consultatif.

Le conseil peut être autorisé par les statuts à nommer et à révoquer les directeurs techniques, car il s'agit là des mesures d'ordre interne.

Dans le cadre d'une bonne organisation des organes sociaux, l'article 451 autorise le conseil à décider du transfert du siège dans les limites du territoire d'un État partie. Et le texte indique la compétence de l'assemblée ordinaire pour la ratification de la décision.

II - Mesures relatives à la collectivité des actionnaires.

63. Le conseil convoque les assemblées générales ordinaires et extraordinaires et fixe leur ordre du jour.

Il établit les comptes sociaux et rédige le rapport de gestion présenté chaque année à l'assemblée générale ordinaire pour approbation. Plus précisément, c'est le conseil qui présente à l'assemblée le compte d'exploitation générale, le bilan, le compte de profits et pertes. Il propose l'affectation des résultats (*mise en réserve, distribution de dividendes, report à nouveau*). Lorsque la distribution de dividende est votée, la détermination de la date de mise en distribution relève du conseil.

64. Le rapport fait état des rémunérations et des avantages de toute nature versés à chaque mandataire au cours de l'exercice clos par la société elle-même et par les sociétés qu'elle contrôle. Le rapport doit également faire état des mandats exercés par chacun dans toutes les sociétés pour vérifier le respect de la règle du cumul des mandats avant de se rendre compte de la disponibilité des différents administrateurs ou autres mandataires.

65. Selon l'article 783 de l'Acte uniforme, l'assemblée générale peut déléguer au conseil d'administration ou à l'administrateur général les pouvoirs nécessaires pour procéder à l'émission d'obligations en une ou plusieurs fois dans le délai de deux ans, et pour en arrêter les modalités.

La même délégation peut être accordée au conseil d'administration en cas de réduction (*art. 628 de l'acte uniforme*) ou d'augmentation (*art. 568 de l'Acte uniforme*) de capital social par l'assemblée générale extraordinaire. Lorsque cette opération est réalisée par le conseil d'administration sur délégation, il doit en dresser un procès-verbal soumis à publicité et procéder à la modification corrélative des statuts (*art. 631*).

Dès qu'il est question d'une décision importante concernant la vie sociale, c'est le conseil d'administration qui est compétent pour établir un rapport spécial. Il en va ainsi des opérations affectant le capital social, ou de l'émission des obligations convertibles ou échangeables en action.

En cas de modification statutaire par l'assemblée générale extraordinaire, c'est le conseil qui a la charge de la rédaction des nouveaux textes. Il rédige le projet de traité de fusion, de scission et d'apport partiel d'actif. De même, en cas de réduction ou d'augmentation de capital, c'est le conseil qui étudie les nouveaux projets à proposer à l'assemblée pour le vote.

III - Pouvoirs d'autorisation

66. Le conseil a un pouvoir d'autorisation de certaines conventions. Il s'agit des conventions passées entre la société et l'un des dirigeants (administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints (*article 438*)) et des cautions, avals et garanties accordés par la SA à des tiers.

67. Selon l'article 449, les cautions, avals et garanties

et garantie à première demande souscrits pour des engagements pris par des tiers font l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration (J. -P LAGLADE, *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, RTD com. 1979. 355 ; J. HONORAT, *Sociétés et cautionnement*, Defrénois 1982, 1569 ; R. ROBLOT, *Le cautionnement donné par un dirigeant de société*, Mélanges DERRUPPE 1991, Litec, p. 343 ; BOUTEILLE, *Cautionnement donné par une société*, JCPE. 2000, 2043). Le président-directeur général ou le directeur général peut engager la société comme garant d'un tiers étranger à la société, à condition d'obtenir une autorisation préalable du conseil. L'autorisation n'est pas de validité permanente. Elle n'est valable qu'un an. Comme en France, le législateur donne au conseil d'administration la possibilité de prévoir un plafond en deçà duquel le président-directeur général peut librement accorder la garantie sans s'en référer au conseil d'administration. C'est une solution pratique, car souvent les présidents sollicitent à l'avance une autorisation pour des engagements non précisés. Il peut aussi arriver que l'on se retrouve face à des engagements multiples dont chacun est chiffré à un montant inférieur au plafond mais dont la totalité le dépasse. Chaque bénéficiaire peut-il alors invoquer la couverture de l'autorisation du conseil ? L'alinéa 8 de l'article 449 apporte une réponse à cette question : il ressort de ce texte que le dépassement ne peut être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance, à moins que le montant de l'engagement invoqué n'excède à lui seul l'une des limites fixées par la décision du conseil d'administration.

La notion de garantie est entendue de façon plus large dans son sens technique par la jurisprudence (*Com. 17 novembre 1992 Bull. Joly 1993 p. 118 note Y. GUYON*). Rentrent dans cette catégorie non seulement les gages, hypothèques et privilèges, garantie à première demande, mais également tous les mécanismes dont la finalité est d'éteindre la dette à la satisfaction du créancier. Ainsi, la promesse de porte-fort étant une garantie indemnitaire, son octroi par le président-directeur général doit être soumis à la procédure d'autorisation du conseil d'administration. Il en est de même de la lettre d'intention.

68. Bien que l'article 449 de l'Acte uniforme ne soit pas explicite, les lettres d'intention ou lettre de confort ou de patronage) rentrent dans la catégorie des garanties personnelles selon l'acte uniforme sur le droit des sûretés. Et par voie de conséquence, leur octroi par le président-directeur général ou le directeur général doit être soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Lorsque cette autorisation préalable n'a pas été donnée ou est devenue caduque (par péremption, le délai d'un an est passé), la garantie donnée par le président n'est pas frappée de nullité. La loi africaine n'a pas précisé la sanction applicable. Faut-il retenir l'inopposabilité de la garantie de la société ? C'est la solution retenue par la jurisprudence française qui peut prospérer en Afrique (*Cass. com. 8 décembre 1998 Bull. Joly 1999. P. 535 obs. P. LE CANNU*.)

Cette solution oblige le créancier garanti à plus de vigilance pour procéder à des vérifications avant de s'engager avec une société.

Dans ce cas, le créancier garanti peut engager la responsabilité délictuelle personnelle du président qui a engagé la société sans autorisation. Mais cette faute commise par le président est-elle détachable de ses fonctions pour impliquer sa responsabilité personnelle ? La Cour de cassation en France a donné une réponse négative à cette interrogation (*Cass. com. 20 octobre 1998, Bull. Joly 1999 note JF BARBIERI*). Le créancier ne peut évoquer la théorie de l'apparence. Le dépassement du montant ne peut être opposé aux tiers qui sont de bonne foi (*Ce sont ceux qui ne sont pas au courant d'une limitation de montant à dépasser et qui ont contracté avec le PDG ou le DG*).

Enfin, l'article 437 précise que le conseil peut conférer à un ou plusieurs de ses membres, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés.

§3- Conventions entre la société et ses administrateurs

69. Tout détenteur d'une parcelle de pouvoirs a tendance à en abuser. Le dirigeant de la société peut donc être tenté de tirer des avantages exorbitants de sa position d'autant plus qu'on est ici à l'extrême limite du contrat avec soi-même : le représentant de la société qui achète ou vend un bien à la société à titre personnel (*J. BALENSI ; Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, Economica 1975*). L'article 40 de la loi de 1867, modifié par la loi du 4 mars 1943 contenait déjà des dispositions tendant à protéger les actionnaires et la société. Le législateur OHADA redéfinit trois types de conventions : les conventions contrôlées ou réglementées, les conventions courantes et les conventions interdites entre la société et l'un de ses dirigeants.

A - Conventions contrôlées

Les articles 438 à 448 définissent, le domaine d'application ainsi que la procédure exigée pour la mise en application de ce type de conventions.

I - Domaine d'application quant aux personnes et aux opérations

70. Le droit africain n'a pas étendu le domaine d'application des articles 438 et suivants aux actionnaires contrairement au droit français qui l'étend aux actionnaires détenant 10 % des droits de vote (*Voir l'article L 225-38 modifié par la loi NRE du 15 mai 2001 et par la loi du 1^{er} août 2003, la loi sur la sécurité financière*).

71. Selon l'article 438, doit être soumise à autorisation

préalable du conseil d'administration, toute opération intervenant entre la SA et l'une des personnes suivantes : l'un des administrateurs, les directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints.

L'autorisation préalable est également requise pour toute convention à laquelle l'une de ces personnes précédemment citées est directement intéressée ou dans laquelle elle traite avec la société par personne interposée.

L'autorisation s'étend aussi aux conventions passées entre la société et une entreprise ou une personne morale, si l'un des dirigeants précédemment cités est propriétaire de l'entreprise ou associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, administrateur général adjoint, directeur général ou directeur général adjoint de la personne morale contractante.

Cette autorisation préalable ne concerne pas toutes les opérations. Ne sont en cause que les conventions, c'est-à-dire tous les actes qui impliquent un accord de volonté entre deux parties et qui est créateur d'un rapport d'obligation juridique.

Ne sont donc pas considérées comme conventions réglementées les résolutions du conseil d'administration fixant rémunération des dirigeants.

La loi fixe également la procédure à suivre.

II - Procédure

72. Cette procédure de contrôle donne un rôle important au conseil d'administration, au commissaire aux comptes et à l'assemblée générale en aval.

En effet, le dirigeant qui est intéressé par une convention soumise à l'article 438 doit en informer le conseil d'administration. L'information porte sur les modalités essentielles de la convention (tarifs, garanties, délais de paiement) (*Voir COZIAN-VIANDIER-DEBOISSY op. cit. n° 597*).

Le conseil d'administration ainsi informé, vote sur l'autorisation de la convention. L'intéressé ne participe pas à ce vote, et ses actions ne sont pas prises en considération pour le calcul du quorum et de la majorité.

Le président du conseil d'administration ou le PDG avise le commissaire aux comptes, dans le délai d'un mois à compter de leur conclusion de toute convention autorisée par le conseil d'administration (article 440 alinéa 2).

73. Le commissaire, rédige un rapport spécial sur ces conventions qu'il présente à l'assemblée générale ordinaire qui statue sur ce rapport et approuve ou désapprouve les conventions autorisées. Ce rapport contient un certain nombre d'éléments destinés à éclairer les actionnaires réunis en assemblée. Selon l'alinéa 3 de l'article 440, le rapport doit contenir outre la rémunération des conventions, le nom des personnes intéressées, les modalités essentielles de ces conventions (prix ou tarifs pratiqués, des ristournes ou commissions consen-

ties, des sûretés, délais de paiement, intérêts stipulés). Le cas échéant, le rapport doit mentionner toutes les autres indications permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées (*C'est la reproduction de l'article D 92 en droit français*).

Le commissaire aux comptes doit être précis dans son rapport qu'il doit déposer au siège de la société au moins quinze jours avant la tenue de l'assemblée.

74. Lorsque le conseil d'administration a autorisé la convention, le président du conseil invite l'assemblée à approuver cette convention au cours de l'assemblée générale ordinaire annuelle au vu du rapport du commissaire aux comptes.

L'intéressé ne participe pas à ce vote et ses actions ne sont pas comprises dans le calcul du quorum et de la majorité.

75. Mais l'approbation se fait a posteriori, car au moment où l'assemblée générale siège, la convention autorisée aura déjà été conclue entre l'intéressé et la société. C'est pour cette raison que le défaut d'approbation de la convention par l'assemblée n'entraîne pas son annulation. Selon l'article 443, les conventions approuvées ou désapprouvées par l'assemblée générale ordinaire produisent leurs effets à l'égard des cocontractants et des tiers sauf cas de fraude.

Cependant, même en l'absence de fraude, les conséquences dommageables des conventions désapprouvées peuvent être mises à la charge de l'administrateur intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration qui ont autorisé la convention.

III - Sanctions applicables

76. L'article 444 prévoit la possibilité d'annuler les conventions conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration. Mais pour intenter l'action en nullité, il ne suffit pas que le défaut d'autorisation soit constaté. Il est nécessaire que les conventions conclues sans autorisation du conseil d'administration produisent des conséquences dommageables pour la société. C'est une nullité qui ne joue donc pas de plein droit. C'est une nullité relative qui se prescrit par trois ans à compter de la date de la convention, ou en cas de sa dissimulation, à partir du jour de la révélation de cette convention.

L'action peut être exercée par les représentants légaux de la société, ou par tout actionnaire agissant à titre individuel.

Cette nullité facultative peut être couverte par un vote spécial de l'assemblée générale ordinaire intervenant sur un rapport spécial du commissaire aux comptes expliquant les raisons et les circonstances justifiant le défaut d'autorisation.

Bien évidemment l'article 447 alinéa 2 exclut la

participation à ce vote du dirigeant intéressé dont les actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

77- Comme illustration d'une convention ayant eu des conséquences dommageables pour la société, on peut citer le rachat des participations d'un dirigeant dans une autre société obligeant la société qu'il dirigeait à supporter la totalité du mali de liquidation (*Cass. Com. 15 juin 1993, Bull. Joly 1993, 868, Rev. sociétés. 1993, p. 806, note B. SAINTOURENS*).

78. L'absence d'un rapport spécial du commissaire aux comptes invalide-t-elle la délibération de l'assemblée générale ? Ne faut-il pas faire une distinction entre l'absence et l'insuffisance de rapport du commissaire aux comptes ? L'absence de ce rapport constitue une violation d'une disposition impérative de l'Acte uniforme qui impose l'établissement de ce rapport. C'est donc une cause de nullité de la délibération de l'assemblée (*Voir en ce sens Ph. Merle. Droit des sociétés commerciales Dalloz, 13^e éd. 2009. p. 446*). Mais en cas de simple insuffisance du rapport, il convient de distinguer l'insuffisance totale, assimilable à l'absence de nullité de rapport de l'insuffisance partielle qui ne peut entraîner la nullité de l'assemblée générale. Il en va différemment des conventions dites courantes.

B - Conventions courantes

79. L'article 439 dispose que l'autorisation n'est pas nécessaire lorsque les conventions portent sur des opérations courantes conclues à des conditions normales. Dans un souci de clarté, le législateur définit avec soin les opérations courantes ainsi que les conditions normales.

Est considérée comme opération courante, celle conclue par une société d'une manière habituelle, dans le cadre de ses activités.

Et les conditions normales sont celles appliquées pour des conventions semblables, non seulement dans la société en cause, mais également dans les autres entreprises du même secteur d'activité. Il s'agit du prix, des garanties, de la durée, des pénalités (*CA Aix-en-Provence, 27 janvier 1995, Bull. Joly 1995, p. 325*).

Lorsque ces deux conditions sont remplies, la procédure de contrôle est écartée ; la convention est ordinaire, libre ou courante. En revanche, en cas de doute, sur la satisfaction de ces conditions, la convention est réglementée.

En dépit de la définition donnée par le législateur, ces deux conditions sont des questions de fait et non de droit. Leur existence relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Vu la lourdeur de la procédure de contrôle, il serait souhaitable d'interpréter avec souplesse ces deux conditions, surtout, lorsqu'on est en présence de sociétés appartenant au même groupe.

C - Conventions interdites

80. L'article 450 reproduit intégralement le texte de l'article L 225-43 du Code de commerce français. L'objectif visé par le législateur est d'interdire certaines opérations qui présentent des dangers pour la société. Il s'agit essentiellement d'opérations liées au crédit, c'est-à-dire celles-là mêmes qui sont susceptibles d'entraîner la ruine de l'entreprise.

Selon ce texte, un administrateur ne peut contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers des tiers. Les opérations de crédit interdites sont celles qui engagent la société envers un tiers au profit d'un dirigeant. Le fait pour le directeur général d'une société d'assurance de bénéficier d'un prêt personnel accordé par ladite société est une violation flagrante de l'article 450 de l'Acte uniforme sur les sociétés et constitutif d'un délit d'abus de biens sociaux (*TGI de Ouagadougou, jugement n° 860 du 10 janvier 2000, Revue Burkinabé de droit, n° 42, 2^e semestre 2002, Points II, Obada J-02-51*).

81. L'interdiction s'applique également aux directeurs généraux adjoints, aux représentants permanents des personnes morales agissant à titre personnel, ainsi qu'aux conjoints ascendants et descendants de ces personnes, et à toute personne interposée.

En revanche, l'interdiction reçoit quelques exceptions favorables aux personnes morales et aux dirigeants des établissements bancaires.

En effet, l'article 450 alinéa 2 précise que l'interdiction ne s'applique pas aux personnes morales membres du conseil d'administration.

De même, l'interdiction est écartée lorsque la société exploite un établissement bancaire ou financier pour toutes les opérations courantes conclues à des conditions normales. Il s'agit bien des opérations courantes de l'établissement bancaire ou financier, à condition qu'elles soient conclues entre la société et un dirigeant à des conditions normales. Une telle opération échappe à tout contrôle.

Cette exception permet aux sociétés appartenant à un groupe de consentir des avances à la société mère administrateur dans les différentes filiales.

82. La sanction applicable en cas de violation de l'interdiction est la nullité absolue (*Ch. mixte 10 juillet 1981, D. 1981, (1^{re} esp.). concl. J. CABANNES, Rev. stés. 1982, 84. Ch. MOULY. (solutions rendues en application de l'article 40 de la loi de 1867).*) des opérations interdites. Cette nullité peut être demandée par tout intéressé et est soumise à la prescription trentenaire. Cette nullité peut être accompagnée de sanctions pénales en cas d'abus de biens sociaux ou un réel abus de crédit social.

§4- Fonctionnement du conseil d'administration

83. Le conseil d'administration est un organe collégial mais sans personnalité morale (CA. Nancy, 19 juillet 1946, D. 1947, 525, A. CHERON). Contrairement à la gérance, les administrateurs n'exercent pas individuellement leurs fonctions. C'est donc de façon collective que fonctionne cet organe. Les administrateurs peuvent cependant exercer certains droits individuels tels que, le droit d'être informé et de voter à l'assemblée. Les règles de convocation et de délibération sont définies essentiellement par les statuts de la société (article 453 alinéa 1 de l'Acte Uniforme).

A - Convocation du conseil

84. Ce sont les statuts de la société qui définissent les différentes modalités de convocation et la périodicité des réunions du conseil d'administration. L'article 453 alinéa 2 consacre cette liberté en précisant que le conseil d'administration se réunit aussi souvent que nécessaire, les règles de convocation étant soumises à la discrétion des statuts. En réalité, le rythme des réunions est fonction de la taille de l'entreprise. Les petites sociétés anonymes à dimension familiale peuvent se contenter d'une réunion annuelle en vue de préparer l'assemblée générale ordinaire. Les grandes entreprises tiennent des réunions plus régulières qui peuvent être semestrielles ou bimestrielles.

Mais la pratique des affaires présente un autre aspect plus réaliste du droit des sociétés. En effet, le plus souvent il arrive que les réunions ne se tiennent que « sur le papier » (V. P. MERLE, *Conseil d'administration*, Rép. Dalloz société, 2003, n° 40 et s.). Le secrétariat de la société rédige des procès-verbaux que les administrateurs ne font que signer.

Cependant la loi indique clairement que c'est le président qui convoque le conseil. Toutefois, les administrateurs représentant au moins un tiers des membres du conseil d'administration peuvent, en indiquant l'ordre du jour de la séance, convoquer le conseil d'administration lorsque celui-ci ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois.

85. Les statuts déterminent la forme de la convocation (lettre ordinaire, lettre recommandée, voie électronique, télex, fax, téléphone) et les délais. Les statuts ont un intérêt à retenir des délais suffisants pour permettre à tous les administrateurs d'être informés à temps, car les délibérations du conseil ne peuvent être valables que si tous les administrateurs ont été régulièrement convoqués. Le plus souvent, les convocations prennent la forme de simples missives. Qu'en est-il d'une convocation verbale ? Elle n'est pas irrégulière mais pose de délicats problèmes de preuve (V. CA Paris, 22 mars 1977, D. 1978, 157, note GOURLAY, RJC 1978, 375, note Ph. MERLE, JCP 1978. II. 18923, note J.-C. BOUSQUET,

Cass. com. 13 mars 1979, Rev. sociétés 1979. 828, note Ph. MERLE). Une solution donnée par la jurisprudence française peut être utile au juge africain si un jour le problème lui est posé. Un membre d'un conseil d'administration avait été convoqué par télégramme téléphoné l'après-midi pour le lendemain. Les juges du fond ont estimé que cette convocation était irrégulière (CA Versailles, 29 juin 2000, D. 2000, AJ 384, obs. LIENHARD, JCP E, 2000, n° 36, p. 1359). En réalité, ce n'est pas la forme de la convocation qui est sanctionnée, mais plus sa finalité qui vise à éliminer un administrateur afin d'obtenir un renversement de majorité utile à la nomination d'un nouvel actionnaire au conseil d'administration. Bien que la loi n'impose aucune forme aux convocations, il est parfois prudent d'utiliser la forme du recommandé pour être à l'abri d'éventuelles contestations sur les dates d'expédition et de réception.

86. L'auteur de la convocation fixe l'ordre du jour de la réunion de l'assemblée. Contrairement aux assemblées générales, l'ordre du jour des réunions n'a pas besoin d'être détaillé, il n'est pas indiqué d'avance, sauf si les statuts le veulent. Cette absence de formalisme s'explique par le rôle joué par le conseil d'administration. C'est un organe de gestion qui doit prendre de toute urgence les décisions qui s'imposent, d'où la nécessité de délibérer sur les questions qui lui sont soumises oralement (T. com. Nantes, 9 juill. 1900, Journ. soc. 1901. 416). Cependant certaines questions importantes, comme l'autorisation d'une convention réglementée ou la délibération sur les cautions, avals et garanties, devraient figurer sur l'ordre du jour et non incluse dans les questions diverses (Voir en ce sens, Cass. com. 3 mai 2000 Bull. Joly 2000 p. 821, note P. LE CANNU - qui a annulé les délibérations d'un conseil d'administration dont l'ordre du jour incluait l'approbation d'une convention réglementée dans les questions diverses.)

Toutefois, l'absence d'un ordre du jour préalable n'est que théorique. En pratique, l'auteur de la convocation ne se passera pas de fixer à l'avance un ordre du jour sans que cela ne soit obligatoire. Le bon fonctionnement du conseil d'administration exige que ceux qui sont convoqués à une assemblée puissent décider de l'opportunité d'y participer ou non en fonction de l'importance des questions à débattre.

87. Il est énoncé à l'article 453 al. 2 que le conseil d'administration, sur convocation de son président, se réunit aussi souvent que nécessaire. Cependant, lorsque certaines conditions sont réunies, l'article 453 alinéa 3 donne la possibilité aux membres du conseil de le convoquer. En effet, selon ce texte, si le conseil ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois, les administrateurs représentant au moins un tiers des membres du conseil d'administration, peuvent, en indiquant l'ordre du jour de la séance, convoquer le conseil. L'indication de l'ordre du jour pour une telle assemblée est-elle obligatoire pour les auteurs de cette convocation exceptionnelle ?

Quelle sanction retenir si la convocation faite par les membres du conseil d'administration ne contient pas d'ordre du jour ?

88. Les convocations doivent être adressées obligatoirement à tous les membres du conseil d'administration. L'article 453 al. 4 précise bien que le conseil d'administration ne délibère valablement que si tous ses membres ont été régulièrement convoqués. Les délégués du personnel, les commissaires aux comptes, surtout lorsqu'il s'agit de rédiger le rapport de gestion, doivent être convoqués à l'assemblée.

89. L'auteur de la convocation doit l'expédier suffisamment tôt pour permettre surtout à ceux qui habitent dans une zone éloignée d'assister à la réunion. La convocation est irrégulièrement faite lorsqu'elle n'a pas permis par son délai très court, d'informer son destinataire et de lui permettre de participer efficacement à la réunion (*Tribunal régional Hors classe de Dakar, jugement n° 2031 du 27 oct. 2004, Obadata, J-05-103*). Doivent également être annulées les délibérations du conseil d'administration lorsque les convocations ont été servies seulement deux jours avant la réunion alors que les statuts prévoient un délai de cinq jours au moins. C'est une convocation irrégulière (*CA Abidjan, arrêt n° 688 du 25 juin 2004, Obadata J-05-196*).

B - Lieu de la réunion et présidence

90. Les réunions se déroulent en principe au siège de la société. Le lieu de réunion est l'un des indices importants pour apprécier le caractère réel du siège social afin de déterminer la nationalité de la société. Lorsque le siège statutaire ne correspond pas au siège réel, la jurisprudence retient le critère du siège social réel pour déterminer la nationalité de la société (*Cass. civ. 7 juill. 1947, D. 1948, somm. 9, JCP 1947, II, 3871*) Et le siège social réel est entre autre, défini comme le lieu où se réunissent les principaux organes de la société. Néanmoins, la loi ne fait pas obligation d'organiser les séances du conseil d'administration au siège social. Elles peuvent se tenir dans un autre local, dans une autre ville, voire dans un autre pays. Dans les réalités économiques africaines, beaucoup de sociétés commerciales ne sont africaines que par leur soumission au droit africain. Les réalités financières l'emportent sur la fiction de l'autonomie juridique, conséquence de l'acquisition de la personnalité morale sur le sol africain. Dès lors que l'essentiel des capitaux vient de l'étranger, fort logiquement, le conseil d'administration est souvent composé en majorité, voire exclusivement d'expatriés. Et les principales décisions se prendront par téléphone, par visioconférence (*même si la loi africaine ignore pour le moment le recours à cette technique*) en dehors du lieu d'implantation du siège social. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que les réunions soient parfois

convoquées en dehors du pays de situation du siège social. La cour d'appel d'Abidjan s'est montrée réaliste sur ce point en décidant que la convocation du conseil d'administration d'une société ivoirienne en dehors de son siège social (Genève) n'est pas irrégulière si elle ne révèle pas un abus ou une intention de nuire (*TPI Abidjan-Plateau, Jugement n° 94 du 12 avril 2001 et CA Abidjan, arrêt n° 1176 du 24 avril 2001, 2^e esp., Eco. droit, n° 12 juin 2002, p. 8*).

Il est possible de tenir la réunion du conseil d'administration au domicile d'un administrateur si l'intention de nuire n'est pas la raison du choix du lieu. A été déclarée nulle la réunion du conseil d'administration tenue au domicile d'un administrateur alors que ce dernier était en conflit ouvert avec l'un des trois administrateurs principaux (*Tribunal Régional Hors classe de Dakar, jugement n° 2301 du 27 oct. 2004, Obadata J-05-103*).

91. Conformément à l'article 457, les séances du conseil d'administration sont présidées par le Président du conseil d'administration. Mais en cas d'empêchement, ce rôle revient à l'administrateur possédant le plus grand nombre d'actions, ou en cas d'égalité, au doyen en âge, à moins que les statuts n'en disposent autrement. En procédant ainsi, le droit OHADA tient compte de certaines réalités africaines en donnant la place au plus âgé en cas d'empêchement du Président. Il est certain que dans les SA familiales, la gérontocratie influencera souvent les décisions à prendre au sein du conseil d'administration, parfois même au mépris de la rigueur du droit applicable.

C - Délibérations du conseil d'administration

92- Les délibérations du conseil d'administration ne peuvent être valablement prises que si sont remplies des conditions de quorum et de majorité.

Pour éviter l'absentéisme dans les séances du conseil, l'article 454 impose un quorum qui porte sur la moitié au moins des membres du conseil. Le quorum est le nombre minimum des membres présents pour que le conseil délibère. Ainsi, les décisions ne sont valablement prises que si la moitié au moins de ses membres est présente. C'est une règle d'ordre public. Toute clause contraire est réputée non écrite.

En effet, l'article 456 précise que sauf clause contraire des statuts, un administrateur peut donner par lettre, télex ou télécopie, mandat à un autre administrateur de le représenter à une séance du conseil. La représentation n'est possible que par un autre administrateur qui ne peut recevoir qu'une seule procuration (*L'article 456 de l'Acte uniforme s'inspire de l'article D. 83-11 en droit français qui consacre la même solution*).

93. Le calcul du quorum ne tient pas compte des personnes représentées. Ainsi, pour un conseil d'administration de dix membres, il faut au moins que cinq

administrateurs soient présents Le but est d'éviter l'absentéisme au conseil d'administration. Il faut la présence effective de la moitié des membres du conseil d'administration. C'est sans doute pour cette raison que la loi impose une règle qui limite les mandats d'administrateur que peut cumuler une seule personne.

94. Pour la participation aux séances du conseil d'administration, la représentation par un autre administrateur ne peut porter que sur l'autre moitié des membres du conseil. C'est une règle impérative dont la violation est sanctionnée par la nullité de la délibération. Si le nombre d'administrateurs devient inférieur au minimum statutaire mais supérieur au minimum légal, selon certains auteurs, le quorum devrait être calculé sur ce minimum statutaire (*P. MERLE, loc. cit. n° 59*). Doit donc être annulée une réunion du conseil d'administration tenu par un administrateur seul et qui a pris d'importantes mesures. Les deux autres administrateurs dont le président, ayant pris connaissance du procès-verbal qu'il a signé seul ont demandé la nullité des délibérations et ont été suivis par le juge des référés (*Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance de référé n° 583 du 28 avril 2003, Ohadata J-05-124*).

95. Aux administrateurs se joignent d'autres personnes qui participent aux séances du conseil mais que l'article 455 ne nomme pas. Il se contente de leur imposer un devoir de discrétion par rapport aux informations présentant un caractère confidentiel et qui sont données comme telles par le président de séance (*Voir l'article L 225-37 alinéa 5 du Code de commerce*). Il peut s'agir des délégués du personnel ou du comité d'entreprise, du ou des commissaires aux comptes, les experts, qui participent aux délibérations mais avec un vote consultatif. La violation d'une telle obligation de discrétion n'est pas sanctionnée pénalement ; l'auteur d'une telle violation s'expose à une action en responsabilité civile.

96- Le devoir de discrétion est imposé par l'article 455 aux administrateurs et à toute personne appelée à participer aux réunions du conseil d'administration. Ils sont tenus d'un devoir de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président de séance. Ces personnes commettraient donc des fautes en divulguant des informations confidentielles dans le public, ou seraient coupables du délit d'usage d'informations privilégiées s'ils utilisaient les informations à leur disposition avant qu'elles ne soient rendues publiques pour en tirer profit. C'est le cas lorsqu'ils profitent de ces informations privilégiées pour jouer en bourse. Ce devoir de discrétion peut mettre certains mandataires dans une situation inconfortable devant leur mandant. Si un membre du comité d'entreprise participe à une réunion du conseil d'administration qui prend une résolution impliquant la vie de l'entreprise, tel un projet de fusion-absorption avec une société étrangère impliquant une série

de licenciements, doit-il garder le silence ? (*J. DUPUY, L'information du personnel par le comité d'entreprise, D. 1983, chron. 57*).

97- Une distinction s'impose entre le devoir de discrétion et le secret professionnel dont la violation est sanctionnée pénalement. Aucune sanction pénale n'est prévue pour le devoir de discrétion. L'administrateur indiscret s'expose à une condamnation à des dommages-intérêts versés à la société et, éventuellement à une sanction disciplinaire : la révocation ad nutum décidée par l'assemblée ordinaire des actionnaires. Par ailleurs, reste à savoir comment identifier les informations confidentielles pour éviter leur divulgation. Les personnes appelées à assister à la réunion doivent être au courant du caractère confidentiel des informations concernées. C'est le président de séance qui apprécie la confidentialité de l'information ainsi que ses limites temporelles et spatiales. D'apparence banale, le devoir de discrétion peut permettre de protéger des informations capitales pour la société telles que les secrets de fabrication ou un certain savoir-faire (know how) non breveté mais substantiel et secret.

98. Les décisions sont prises à la majorité des administrateurs présents ou représentés. La majorité absolue des voix n'est donc pas requise. Peu importe donc la portion du capital détenue par chaque administrateur. Il s'agit d'un vote par tête, aucun membre ne peut donc prétendre à une prépondérance. En revanche un administrateur peut être occasionnellement privé d'exercer son droit de vote au sein du conseil d'administration. Il en est ainsi pour le vote des résolutions dans lesquelles il a un intérêt direct ou indirect comme les conventions réglementées. La même raison lui interdit également la participation au vote dans l'assemblée générale ordinaire qui approuve cette convention. Mais il faut qu'il s'agisse d'un intérêt personnel susceptible de s'opposer à l'intérêt social, ce qui n'est pas le cas d'une procédure d'agrément de cession d'action (*Cass. com. 24 févr., Rev. sociétés 1976. 92, note OPPETIT*). Le président a voix prépondérante en cas de partage, sauf clause contraire des statuts (art. 454 al. 2). Ceux-ci peuvent également prévoir une majorité plus forte jusqu'à l'unanimité puisque la loi n'exclut pas cette dernière.

99. Chaque administrateur participe personnellement au vote du conseil d'administration ou peut se faire représenter mais que par un autre administrateur. Chaque administrateur ne peut disposer, au cours d'une séance que d'une seule procuration (*art. 456 al. 3 de l'Acte uniforme*). Les modalités de cette procuration sont énoncées à l'article 456 al. 1 selon lequel un administrateur peut donner, par télex ou télécopie, mandat à un autre administrateur de le représenter à une séance du conseil d'administration.

100. Lorsque le conseil a été régulièrement convoqué

et que les conditions de quorum et de majorité sont réunies, le vote acquis engage toute la société qu'elle représente. Les résolutions votées impliquent également la responsabilité éventuelle de chaque administrateur, y compris les absents et ceux qui ont voté contre la résolution ou qui se sont abstenus. La doctrine soutient cependant qu'un administrateur peut échapper aux conséquences d'une décision grave qu'il désapprouve en consignait son opposition ainsi que ses raisons (*Ph. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, n° 393*).

101. L'absence à une séance du conseil d'administration ou le retard ne peuvent en principe servir d'excuse à un administrateur pour échapper aux conséquences d'une décision prise par ses pairs. Il dispose d'autres moyens pour se faire entendre – notamment les protestations, la démission. L'introduction de la visioconférence aurait permis aux administrateurs éloignés de participer tout de même au vote et d'être pris en compte dans le calcul du quorum et de la majorité.

102. Le vote peut porter sur toutes les questions qui lui sont soumises. L'ordre du jour n'est pas forcément établi à l'avance étant donné que les convocations peuvent être verbales ou implicites. Dans la majorité des sociétés, les réunions se tiennent à jour fixe. Dès lors, aucun ordre du jour n'est imposé sauf, lorsqu'il s'agit d'une convocation exceptionnelle faite à l'initiative du tiers des membres du conseil d'administration quand celui-ci ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois (*art. 453 al. 3*).

103. Le vote est libre au sein du conseil d'administration. Aucune réglementation particulière ne sanctionne les conventions de vote entre les administrateurs. Se pose donc le problème de ce type de convention lorsqu'elles sont contraires à l'intérêt de la société. Plusieurs administrateurs peuvent s'entendre pour voter dans le même sens, par exemple, lors de la nomination du président, ou de la cooptation d'un autre administrateur, ou à propos d'une question de gestion (*TARSAC, les conventions de vote au sein du conseil d'administration de la société anonyme*). La position de la jurisprudence n'est pas nette sur ce point. Il a été jugé que la clause d'alternance par laquelle deux frères administrateurs dans la même société convenaient de se succéder tous les trois ans en qualité de président, et par conséquent de voter alternativement l'un pour l'autre, n'était pas valable (*CA Paris 4 mai 1960, D. 1960.637, note DALSADE, S. 1961. 12, note SCHAPIRA, JCP 1960. II ? 11745, note D.B.*).

104. la convention de vote ne doit pas avoir pour effet de porter atteinte à une règle impérative. En est-il ainsi des conventions ayant pour finalité de faire échec au principe de la révocabilité ad nutum du président du conseil d'administration. Les administrateurs ne doivent pas aliéner par une convention leur liberté de vote en

renonçant par avance à toute possibilité d'adaptation de leur voix aux circonstances au moment du vote. En plus, les conventions de vote contraires à l'intérêt de la société doivent également être invalidées.

D - Compte-rendu des séances du conseil d'administration

105. Selon l'article 458, les délibérations du conseil sont constatées sur des procès-verbaux établis sur un registre spécial tenu au siège social, coté et paraphé par le juge de la juridiction compétente. Ce registre de présence est signé par tous les administrateurs participant à la séance du conseil d'administration. Aucune forme particulière n'est imposée. Il peut prendre la forme d'un cahier relié. Est irrégulier en la forme, et doit être déclaré nul de ce fait, le procès-verbal du conseil d'administration signé par un seul administrateur au nom des autres administrateurs, parce qu'un tel acte ne permet pas de vérifier l'identité et le nombre d'administrateurs ayant demandé la convocation dudit conseil. Le président révoqué par ce conseil doit être rétabli dans ses fonctions (*TPI Abidjan-Plateau, jugement n° 94 du 12 avril 2001 précité*).

Toutefois, les procès-verbaux peuvent être établis sur des feuilles mobiles numérotées, paraphées par la même autorité judiciaire et revêtues de son sceau.

106. La falsification des procès-verbaux est sanctionnable au titre du délit de faux (*v. Cass. crim. 16 mars 1970, Bull. crim., n° 107, JCP 1971, II, 16813, note BOULOC, Rev. sociétés 1970. 480, note BOULOC*). Qu'en est-il des conséquences civiles ? C'est la jurisprudence étrangère qui apporte une réponse au problème des conséquences civiles d'une irrégularité des procès-verbaux, en estimant que le défaut de retranscription du procès-verbal du conseil d'administration autorisant la société à se porter caution pour le compte d'une société tierce sur le registre spécial, n'est pas opposable à cette dernière. En l'espèce, une copie de ce procès-verbal avait été remise à la société tierce. Les juges ont estimé que cette irrégularité était inopposable à la société cautionnée, celle-ci n'étant soumise à aucune obligation de vérification (*Cass. com. 13 févr. 2001, D. 2001, AJ 863, obs. A. LIEHNARD*).

Les procès-verbaux mentionnent également l'absence ou la présence des personnes convoquées en vertu d'une disposition légale, et la présence de toute autre personne ayant assisté à tout ou partie de la réunion du conseil. Les procès-verbaux indiquent également le nom des administrateurs présents, excusés ou absents.

107. Pour le moment, le droit africain n'a pas introduit la visioconférence comme modalité de tenue d'une séance du conseil d'administration. Et pourtant, cette technique sera utile pour les sociétés installées en Afrique, étant entendu que la plupart des administrateurs vivent souvent en dehors du pays où est implanté le siège social.

108. L'Acte uniforme introduit une subtile distinction entre la certification des procès-verbaux et celle des copies ou extrait des procès-verbaux des délibérations. Selon l'article 459 de l'Acte uniforme, les procès-verbaux du conseil d'administration sont certifiés sincères par le président de séance et par au moins un administrateur. En cas d'empêchement du président, ils sont signés par deux administrateurs. Quant à l'article 460, il énonce que les copies ou extraits des procès-verbaux des délibérations du conseil d'administration sont valablement certifiés par le président du conseil d'administration, le directeur général, ou à défaut par un fondé de pouvoir habilité à le faire. Au cours de la liquidation de la société, les copies ou extraits de procès-verbaux sont valablement certifiés par le liquidateur. Un administrateur peut-il obliger la société à lui délivrer la copie des extraits des procès-verbaux ? En droit étranger ce débat avait été tranché d'abord négativement avant que la jurisprudence ne revienne sur cette position en retenant que « le conseil d'administration est investi du pouvoir d'agir en toutes circonstances au nom de la société, et par conséquent, ses membres sont responsables des fautes commises dans l'exercice de leur fonction ; il s'ensuit que le président de ce conseil doit mettre ceux-ci en mesure de recevoir les informations qui leur sont nécessaires » (*Cass. com. 1^{er} déc. 1987, Bull. civ. IV, n° 280, D. 1987, IR 262, Rev. sociétés 1988. 237, note P. LE CANNU*).

109. L'acte uniforme impose des règles de forme relatives à la tenue des procès-verbaux. Rien n'est défini en ce qui concerne le contenu de ce document. Le contenu peut être préparé à l'avance, mais généralement, il est rédigé après la tenue de la réunion du conseil par le secrétariat du conseil. Son contenu doit être approuvé par le président de séance et par un administrateur. La rédaction met l'accent, sur un résumé des questions évoquées et les principales décisions adoptées. On retrace les débats sans aucune obligation légale de préciser le sens des votes. Chaque administrateur prend connaissance du contenu du procès-verbal afin de faire les vérifications qui s'imposent. Et en général, il est approuvé en début de la prochaine séance après lecture. Cela permet de faire des observations sur certains points adoptés au cours de la précédente séance.

110. La rédaction des procès-verbaux des délibérations du conseil d'administration ne leur confère pas la force d'un acte authentique. L'article 461 dispose que les procès-verbaux des délibérations du conseil d'administration font foi jusqu'à preuve contraire.

§5 - Sanctions en cas de violation des règles relatives aux délibérations

111. Les nullités des délibérations du conseil sont fixées par les textes relatifs aux nullités des sociétés

des actes sociaux (*art. 242 de l'Acte uniforme*). Une distinction s'impose entre les actes modifiant les statuts et ceux qui ne le modifient pas.

112. Ce n'est que dans les cas exceptionnels que le conseil d'administration peut prendre des décisions qui modifient les statuts de la société, étant entendu que ce type de décision relève de la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire. C'est le cas du déplacement du siège social dans les limites du territoire d'un même État partie. Ce transfert peut être décidé par le conseil d'administration, qui modifie les statuts en conséquence, sous réserve de la ratification de cette décision par la plus prochaine assemblée générale ordinaire. Cette décision emporte modification des statuts (*art. 451*). Le conseil d'administration peut augmenter ou réduire le capital par délégation de l'assemblée générale extraordinaire. La nullité de ces décisions ne pourra résulter que de l'illicéité de l'objet ou selon certains auteurs de la violation des principes généraux du droit comme la fraude ou de l'abus de droit (*B. MERCADAL et P. JANIN, Mémento Francis Lefebvre, Droit des affaires, Sociétés commerciales, 2010, n° 8189*).

113. Pour les décisions qui n'entraînent pas la modification des statuts, la nullité ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative de la loi ou de celle régissant les contrats. Il appartiendra au juge de se prononcer sur le caractère impératif de telle ou telle disposition intéressant les délibérations du conseil d'administration. En a-t-il été ainsi des règles relatives au quorum du conseil d'administration dont l'inobservation entraîne la nullité des délibérations prises (*Cass. com. 7 juill. 1981, Bull. Joly, 881*), ou encore du défaut d'autorisation du conseil d'administration en cas de convention réglementée, ou si l'un des dirigeants concernés par une convention participe au vote de l'autorisation (*CA Aix 15 mai 1990, Droit des sociétés 1991 n°279*).

114. Sont également incontestablement impératives les règles concernant le nombre d'administrateurs, les conditions de vote et de révocation du président. En est-il ainsi également de la limitation des procurations aux administrateurs.

Mais quid de l'irrégularité de forme du procès-verbal ou du défaut du registre de présence, ou encore du défaut d'émargement d'un administrateur présent ? Il semble que ces dispositions soient simplement obligatoires sans être sanctionnées par la nullité.

115. Certaines décisions du conseil d'administration peuvent être annulées sur la base de la violation des principes généraux du droit tels que l'abus ou la fraude. Il a été jugé par exemple qu'était abusive, la décision du conseil d'administration d'augmenter la rémunération du président à un moment où la situation de la société était catastrophique. Cette décision a été annulée (*CA Paris 30 mars 1977, Rev. sociétés 1977, 470*,

note J. HEMARD). Peut également être annulée pour fraude, la décision du conseil suite à des manœuvres empêchant un administrateur d'assister à une réunion du conseil (*Cass. com. 7 mai 1973, Bull. IV n° 166 : il s'agissait d'une convocation bâtive*). Il est vrai que la loi ne réglemente pas strictement les règles relatives à la convocation et à la tenue des réunions du conseil d'administration. Néanmoins les délibérations du conseil peuvent être annulées si un vote a été obtenu par surprise par la minorité du conseil profitant de l'absence de certains administrateurs (*Cass. com. 19 janv. 1959, Bull. civ. III, n° 27, D. 1959. 260, Cass. com. 22 déc. 1969, Bull. civ. IV, n° 391*). C'est le cas d'une réunion tenue par les administrateurs après avoir attendu le départ d'autres administrateurs opposés à la décision prise.

116. Sera également annulée l'assemblée générale qui sera tenue sur convocation d'un conseil d'administration irrégulier (*Cass. com. 22 déc. 1969, préc.*).

117. En revanche, lorsque le défaut de convocation concerne les délégués du comité d'entreprise que la loi sur les sociétés en Afrique ne nomme pas, en se référant à la solution de la jurisprudence étrangère, il n'y aurait pas nullité de la délibération du conseil (*Cass. com. 17 févr. 1975, D. 1975. 466, note J.-C. BOUSQUET, JCP. II. 18105, note J. SAVATIER ; égal. CA PARIS, 24 oct. 1960, D. 1961. 97, note DALSACE*).

En tout état de cause, la présidence du conseil peut être confiée soit à un PDG soit à un conseil d'administration soit à un président du conseil d'administration.

Comme toute nullité, celles relatives aux délibérations du conseil d'administration seront soumises aux mesures de régularisation et de prescription avant d'être définitivement prononcées.

Section 2 - Direction de la SA avec conseil d'administration

118. Sous l'empire de la loi de 1867, les administrateurs pouvaient choisir parmi eux un directeur ou un mandataire étranger à la société appelé directeur général. C'est la loi du 16 novembre 1940 qui institua la fonction de Président-directeur Général, assisté par un directeur général adjoint, dans les conditions précisées par la loi du 4 mars 1943.

Cette concentration de pouvoirs entre les mains du PDG provoqua des critiques, surtout, on a constaté que les PDG commettent parfois des abus et échappent à tout contrôle sérieux (*Ph. MERLE op. cit. p. 487*). Imprégné de l'esprit de la *corporate governance*, le législateur africain permet aux SA de choisir entre les fonctions de PDG assisté de directeur général adjoint, et celles

de Président du conseil d'administration et de directeur général. Le PDG cumule les fonctions d'administration et de gestion de la société, tandis que le président du conseil d'administration n'exerce qu'un pouvoir d'organisation et d'administration, les pouvoirs de représentation étant dévolus au directeur général. Le choix entre ses deux formules doit être fait dans les statuts.

§1- Président-directeur général et directeur général adjoint

A - Président-directeur Général

I - Nomination du PDG

119. Lorsque le conseil d'administration s'est doté d'un PDG, il peut sur proposition de ce dernier, donner mandat à une ou plusieurs personnes physiques d'assister le PDG en qualité de directeur général adjoint.

120. Le PDG est nommé par le conseil d'administration parmi ses membres. C'est le même conseil qui nomme le DGA sur proposition du PDG. Les deux sont nécessairement des personnes physiques. Le législateur africain aurait pu donner plus de liberté aux actionnaires en permettant la nomination d'une personne morale.

Au contraire, l'article 462 alinéa 2 dispose qu'à peine de nullité de sa nomination, le PDG est une personne physique.

Le PDG doit donc être nommé parmi les administrateurs. En revanche, une telle exigence n'existe pas pour le DGA, qui, sauf disposition statutaire contraire, peut être un non-actionnaire.

121. À propos de la durée du mandat du PDG, l'article 463 dispose, qu'elle ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur. Cependant son mandat est renouvelable indéfiniment. Le droit africain permet au PDG de faire un cumul dans la limite de trois mandats au maximum au poste de PDG dans les SA ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie (*tandis que, l'article L 225-54-1 du code de commerce en France interdit le cumul de plus d'un mandat*).

122. Par ailleurs, le mandat de PDG n'est pas cumulable avec plus de deux mandats d'administrateur général ou de directeur général de SA ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie. Il est également, en tant qu'administrateur soumis au cumul de mandat d'administrateur prévu à l'article 425 alinéas 2 et 3 de l'Acte uniforme qui dispose qu'une personne physique ne peut cumuler plus de cinq mandats d'administrateur, amène à démissionner dans le délai de trois mois à compter du cumul illicite de l'un de ces mandats. Cette démission forcée ne porte pas sur le dernier mandat obtenu. Le choix du poste à abandonner appartient apparemment au démissionnaire

II - Statut

a - Rémunération

123. Le PDG reçoit une rémunération dont le montant et les modalités sont fixés par le conseil d'administration. Cette rémunération n'est pas considérée par la jurisprudence comme une convention réglementée. Elle échappe à toute procédure de contrôle (*En ce sens voir la jurisprudence française, Com. 3 mars 1987 Rev. sociétés 1987, p. 266 note Y. GUYON et évolution du droit positif en France*).

L'article 467 précise que cette rémunération peut être complétée par des avantages en nature (logement de fonction, voiture, garde-robe, stock-options).

124. En droit africain, il est permis au PDG de cumuler son mandat social avec un contrat de travail, dans les conditions prévues par l'article 426. Selon ce texte, un salarié peut être nommé au conseil d'administration, sauf clauses contraires des statuts. De même, un administrateur peut conclure un contrat de travail avec la société si ce contrat correspond à un emploi effectif. Il ne doit pas être majoritaire au capital social et le contrat de travail doit être effectif et distinct des fonctions sociales. Les conditions de limitation au tiers des administrateurs salariés s'appliquent également. Dans ce cas, en plus de sa rémunération, il reçoit un salaire correspondant à son contrat de travail.

125. Dans ce cas, le contrat est soumis à la procédure d'autorisation des conventions réglementées des articles 438 et suivants de l'Acte uniforme. Dans un groupe de sociétés, il arrive qu'on nomme un cadre salarié comme PDG dans une filiale. Pour permettre à ce dernier d'avoir son mot à dire dans les assemblées, il n'est pas exceptionnel que la société mette à sa disposition un certain nombre d'actions. S'agit-il d'un prêt ou d'une location d'action, ou d'un prêt de consommation ? Faut-il soumettre cette mise à disposition d'actions aux règles des conventions réglementées ? (*La doctrine et la jurisprudence française l'admettent dans tous les cas comme une pratique régulière*).

126- Bien que la loi soit muette sur la question, le PDG peut recevoir de la société un complément de retraite que la jurisprudence française assimile (*Cette jurisprudence devrait inspirer les juges africains qui seront bientôt confrontés à cette délicate question. Sur ce point voir, A. CHARVERIAT, Attributions d'une retraite à un dirigeant, RJDA, 1992, P. 439*) à un complément de rémunération lorsque trois conditions cumulatives sont remplies :

- l'avantage donné au président retraité doit correspondre à une contre partie des services rendus par le président à la société quand il était en fonction
- cet avantage doit être proportionné aux services rendus

- l'avantage octroyé au président ne doit pas représenter une charge excessive pour la société.

Il suffit que l'une de ces trois conditions cumulatives fasse défaut pour que la pension de retraite devienne une convention réglementée passée entre la société et l'un de ses administrateurs. Elle doit alors être soumise à la procédure d'autorisation préalable du conseil et à l'approbation de l'assemblée ordinaire.

b - Imposition fiscale

127. Qu'il soit salarié ou non, le président bénéficie du statut fiscal favorable des salariés. Il aura donc droit à la réduction des frais professionnels et de l'abattement forfaitaire sur les revenus et salaires applicables aux salariés.

De façon générale, il a vocation à bénéficier de la même couverture sociale que les salariés. Tout dépend de la législation sociale de chaque État partie.

III - Attributions du PDG

128. Il cumule les fonctions de présidence du conseil d'administration et de direction générale de l'entreprise. Ses fonctions prennent fin pour plusieurs motifs.

a - Exercice des fonctions de PDG

129. Ses pouvoirs sont élargis en ce sens qu'il préside le conseil d'administration et les assemblées générales et représente la société à l'égard des tiers. Il est doté du pouvoir de gestion de la société (article 465).

1 - Pouvoir d'organisation

130. C'est lui qui organise les travaux du conseil qu'il convoque et dirige. Il fixe son ordre du jour et rend compte à l'assemblée générale des actionnaires des séances de travail de cet organe collégial. Il doit veiller au bon fonctionnement de tous les organes sociaux (les assemblées ordinaires ou extraordinaires des actionnaires, le conseil d'administration).

Ce pouvoir d'organisation se cumule avec le pouvoir de direction et de représentation de la société à l'égard des tiers.

2 - Pouvoir de gestion

131. Il partage les mêmes pouvoirs de gestion avec le conseil d'administration qu'il préside. L'article 435 intime que cet organe collégial est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la

société. Dans la limite de l'objet social et sous réserve des pouvoirs expressément attribués par l'acte uniforme sur les sociétés commerciales aux assemblées d'actionnaires. Dans les rapports avec les tiers, l'article 465 accorde exactement les mêmes pouvoirs de représentation au PDG : il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société. Mais ses pouvoirs subissent plusieurs limitations légales et statutaires.

b - Limitations des pouvoirs du PDG

1 - Limitations légales des pouvoirs

132. Le PDG doit agir dans le strict respect de l'objet social. En cas de dépassement, il engagerait sa responsabilité vis-à-vis de la société. Néanmoins, celui-ci n'est pas une véritable limite dans la mesure où, à l'égard des tiers, la société est engagée par les actes du PDG qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve (*art. 122 de l'Acte uniforme*). La même dérogation s'applique également aux pouvoirs du conseil d'administration et du directeur général.

133. La deuxième limite imposée par l'article 465 alinéa 3 concerne les pouvoirs expressément attribués aux autres organes (assemblée générale, conseil d'administration) par la loi ou les statuts. Par exemple, le PDG ne peut, à peine de nullité, modifier les statuts de la société. Cette décision relève de la compétence exclusive de la collectivité des actionnaires. La loi a conçu l'organisation de la société anonyme dans une logique de séparation des pouvoirs au point où chaque organe agit dans sa sphère de compétence respective. Les organes de direction ne peuvent pas empiéter sur les pouvoirs des assemblées et vice versa.

C'est dans la même logique que la loi réserve au conseil d'administration des attributions particulières que le PDG ne peut exercer. L'énumération des pouvoirs spécifiques du conseil d'administration par la loi (*art. 435 et suivants*) traduit bien cette restriction de l'omnipotence du président-directeur général. Seul le conseil peut autoriser les conventions réglementées et les cautions avales, garanties, et garanties à première demande, ou encore procéder au transfert interne du siège social.

134. En revanche, il y a un fâcheux chevauchement de pouvoirs entre le PDG et le conseil d'administration pour les actes non visés par la loi dans la mesure où tous les deux sont investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Néanmoins, la gestion quotidienne incombera de toute évidence au PDG qui est en permanence présent dans l'entreprise par rapport à un organe collégial qui ne siège que de façon périodique. Il serait alors plus réaliste de

confier le pouvoir de gestion externe de la société au PDG, et confiner le conseil dans un rôle de définition de la politique générale de la société.

2 - Limitations conventionnelles des pouvoirs

135. Les statuts de la société ou les délibérations du conseil d'administration peuvent restreindre les pouvoirs du président (*soit en lui interdisant la conclusion de certains contrats, soit en la subordonnant à l'obtention d'une autorisation préalable par le conseil*). Ces limitations sont valables dans l'ordre interne, parce qu'en cas de leur violation, le PDG engage sa responsabilité civile envers les actionnaires pour les éventuels préjudices, avec en plus une sanction disciplinaire, la révocation possible de son poste d'administrateur.

136. Cependant, en cas de non-respect des stipulations statutaires ou des délibérations des assemblées ou du conseil limitant les pouvoirs du PDG, la société est engagée. À ce propos, il faut relever que l'Acte uniforme protège largement les intérêts des tiers qui contractent avec un dirigeant de société anonyme. Sauf à prouver leur mauvaise foi que la seule publication ne suffit pas à démontrer, la société doit honorer les engagements signés par le président en violation de la loi et des statuts ou délibérations.

En effet, l'article 465 alinéa 5 énonce que cette limitation conventionnelle des pouvoirs est inopposable aux tiers de bonne foi. Sont ainsi désignés, ceux qui ignorent que le dirigeant agit *ultra vires*. Et la bonne foi étant présumée en droit, il appartient à la société de prouver la mauvaise foi du tiers. S'agit-il par exemple d'un client qui est en constantes relations d'affaires avec la société depuis des lustres ? Les mêmes limitations de pouvoirs sont applicables au DGA.

137. Ne faut-il pas pousser à plus de vigilance en adoptant la solution contraire dans le seul cas du dépassement de l'objet social, plutôt que de pénaliser un tiers qui parfois agit dans la confiance totale au dirigeant qu'il connaît de longue date ? Ou encore, pour prendre en considération les réalités de l'illettrisme et de l'analphabétisme, ne peut-on pas imposer aux dirigeants qui sont des hommes d'affaires avertis une obligation d'information lorsqu'ils engagent la société dans les contrats qui les opposent aux profanes dépourvus de tous moyens intellectuels pour procéder à certaines vérifications ? Une distinction peut être introduite entre les tiers profanes et les tiers avertis pour une question d'équilibre dans les relations que ces derniers ont avec de grandes sociétés commerciales.

3 - Responsabilité du président-directeur général

138. Le président-directeur général encourt les mêmes

responsabilités que tous les administrateurs. Mais en qualité de président, il s'expose avec son directeur général adjoint à plus de risque que les administrateurs ordinaires. Il peut être civilement personnellement responsable à l'égard de la société, et des tiers pour les fautes détachables des fonctions (*V. Responsabilité des dirigeants sociaux*). En outre, en cas de procédure collective, il peut être condamné à combler tout ou partie du passif de la société si la preuve de sa faute est rapportée. Pour les mêmes raisons, la procédure de redressement et de liquidation judiciaire peut lui être étendue.

139. Sur le terrain pénal, l'Acte uniforme n'ayant pas prévu la responsabilité pénale des personnes morales, c'est à l'encontre des dirigeants qu'existe un panel d'infractions en cours de vie sociale (*abus de biens sociaux*) et au moment de la constitution de la société.

140. Quant à la responsabilité fiscale du PDG, elle n'est pas différente de celle de tout dirigeant de société. C'est lui qui est condamné au paiement des impositions et pénalités lorsque sa société n'a pas respecté ses obligations fiscales à causes de sa négligence ou de ses agissements frauduleux.

IV - Cessation des fonctions

141. Plusieurs éléments peuvent mettre fin aux fonctions du PDG : l'arrivée du terme, la démission volontaire ou forcée (celle imposée par l'incapacité ou la limite d'âge ou un cumul illicite de mandat) l'interdiction de diriger une entreprise commerciale, le décès et la cessation des fonctions d'administrateur, et la révocation.

142. Cette révocation peut être décidée à tout moment par le conseil d'administration statuant conformément à ses conditions de quorum et de majorité, sans qu'il soit nécessaire de la justifier (article 469). C'est le principe de la révocabilité ad nutum qui rend le PDG totalement tributaire du conseil d'administration. Son congédiement peut intervenir sans préavis, sans motif et sans indemnité (*A titre de comparaison voir Com. 21 juin 1988, Bull. Joly 1988, p. 687, n° 226. JCPE, 1989, II, 15 415, n° 12, A. VIANDIER et J.J. CAUSSAIN ; Paris 20 octobre 2000, D. Aff. 2000, p. 432, n° 42 A. LIENHARD*). Toutefois, il doit avoir été mis dans les conditions qui lui permettent de présenter ses observations par application du principe du contradictoire.

143. Les dirigeants révoqués réclament parfois des indemnités qu'ils obtiennent sur la base de l'abus de droit. Le juge ne peut pas fonder sa décision sur les motifs de révocation, sur l'appréciation des circonstances dans lesquelles la décision a été prise. La révocation ad nutum n'est point synonyme de malveillance. Le dirigeant révoqué peut invoquer l'article 1382 du Code civil pour demander réparation.

La jurisprudence, hostile aux parachutes dorés, n'accorde de dommages-intérêts qu'en cas d'abus dans l'exercice du droit de révocation ad nutum. C'est le cas d'une décision de révocation portant atteinte à son honneur, ou encore d'une décision qui ne respecte pas le principe du contradictoire (*Com. 26 novembre 1996, Bull. Joly 1997 p. 141, n° 47, C. Prieto, D. 1997, 493, note D. GIBIRILA*). C'est le cas du président d'une société qui se voit notifier sa révocation sur le champ et sans explication, à qui on demande de quitter immédiatement les lieux avec sommation de restituer l'ensemble des documents (*CA Paris, 30 juin 2009, RJDA 1/2010, n° 34 : le président d'une SAS*). Selon la jurisprudence, il y a abus lorsque la décision de révocation a été prise de manière intempestive et vexatoire, accompagnée d'une publicité de mauvais aloi, portant sans raison atteinte à la réputation de l'intéressé. Tel serait le cas lorsque le personnel de la société apprend la révocation du PDG avant la réunion du conseil d'administration chargé de prendre la décision, le PDG étant invité par son successeur à quitter l'entreprise devant les chefs de service (*CA Paris, 13 oct. 2000, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 176*).

144. Par ailleurs, l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire peut le révoquer de son poste d'administrateur à tout moment. Dès lors qu'il n'est plus administrateur, il ne peut plus occuper les fonctions de PDG.

145. Parfois, on admet une sorte d'indemnisation conventionnelle en dehors de tout caractère abusif de la révocation. Ce sont les golden parachutes. Mais le plus souvent, cette indemnisation est un élément du statut du dirigeant défini dès sa prise de fonction par le conseil d'administration, notamment lorsque le dirigeant cumule un contrat de travail. Dans ce cas, sa protection est organisée au niveau du contrat de travail qui peut inclure un préavis de plusieurs mois et des indemnités contractuelles de licenciement (*M. COZIAN, A. VIANDIER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, Litec, 23^e 2010, n° 545 s.*). C'est sur la question de la validité de ces conventions d'indemnisation que la jurisprudence est susceptible d'évoluer. Cette convention est-elle compatible avec le principe de la libre révocabilité ? Les solutions de la jurisprudence française seront sans doute une source d'inspiration utile. Après une période d'hostilité, la jurisprudence admet que la promesse d'indemnisation n'est pas en soi illicite ; elle ne le sera que si elle a pour effet de peser sur la décision de révocation des dirigeants par les actionnaires. A été considérée comme dissuasive, une indemnité dont le montant est égal à la moitié du bénéfice (*Cass. com. 26 mai 2004, JCP E 2004, 1344, note A. VIANDIER*). En d'autres termes tout dépend des sommes qui sont en jeu. Cependant, dans les grandes sociétés, le critère du montant de la somme est à mettre en balance avec la taille de l'entreprise. Plutôt que de se focaliser sur la valeur mathématique des sommes,

il faudrait plutôt apprécier leur conformité à l'intérêt social. Une différence est à faire entre des sommes versées à un dirigeant qui a parfaitement rempli les objectifs qui lui ont été fixés pendant son mandat ou qui a participé au redressement de la société, et des indemnités allouées à un PDG révoqué en début de mandat pour faute de gestion

La délégation de fonctions. – La loi donne la possibilité de décharger le Président-directeur général d'une partie de ses nombreuses fonctions. Ainsi, l'article 470 précise que sur proposition du président-directeur général, un ou plusieurs directeurs généraux adjoints, personne physique, peuvent être nommés par le conseil d'administration. Ils ont des fonctions déléguées.

B - Directeur général adjoint

I - Nomination

146. La nomination d'un ou de plusieurs directeurs généraux adjoints relève de la compétence du conseil d'administration sur proposition du PDG. Ils sont nécessairement des personnes physiques sans aucune obligation d'être administrateur, ni même d'être actionnaire de la société. L'article 470 énonce en effet que le conseil d'administration peut donner mandat à une ou plusieurs personnes physiques d'assister le président-directeur général. Aucune indication n'est donnée ni sur le nombre, ni sur les limites d'âge des directeurs généraux. La liberté est laissée aux rédacteurs des statuts d'apporter des éléments précis sur ces questions. Ces questions devraient être réglées dans les statuts en alignant le statut du directeur général adjoint sur celui du PDG qu'il a vocation à assister.

Dans la pratique on a tendance à confondre cette fonction avec celle occupée par des directeurs techniques qui sont des salariés de la société et qui portent le nom de directeur adjoint.

147. La loi est muette sur le cumul de mandats des directeurs généraux adjoints. Le nombre de mandats de directeurs généraux adjoints susceptibles d'être détenus par une personne n'est pas plafonné par la loi. Pour plus de disponibilité, un plafond conventionnel est nécessaire. Il peut être celui imposé par la loi pour le PDG.

Il en va un peu différemment de la durée du mandat. L'article 471 énonce que le conseil d'administration détermine librement la durée des fonctions des directeurs généraux adjoints. Toutefois, si celui-ci est administrateur, son mandat ne peut aller au-delà de son mandat d'élu. Son mandat est dans tous les cas renouvelable comme celui du PDG.

II - Pouvoirs

148. Dans les rapports internes, l'étendue de ses

pouvoirs est fixée par le conseil d'administration en accord avec le PDG. Mais bien entendu, conformément à l'article 472 alinéa 3, les stipulations des statuts, les décisions du conseil d'administration ou des assemblées générales qui limitent les pouvoirs du directeur général adjoint sont inopposables aux tiers.

Dans les rapports avec les tiers, il exerce les mêmes pouvoirs que ceux du PDG avec les mêmes limites imposées par la loi. Il engage la société à l'égard des tiers par ses actes, y compris ceux qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions et limites fixées à l'article 122.

149. Tout comme le président-directeur général, le directeur général adjoint peut cumuler ses fonctions sociales avec un contrat de travail (*art. 473*) conclu avec la société dans les conditions prévues par l'article 426. Il percevra une double rémunération : l'une correspondant aux fonctions sociales et l'autre représentant son salaire correspondant à un travail effectif impliquant un lien de subordination juridique. Cette condition exclut la détention de la majorité du capital social s'il est actionnaire.

150. Le montant et les modalités de la rémunération sont fixés par le conseil d'administration qui le nomme.

III - Cessation des fonctions du directeur général adjoint

151. Le conseil d'administration peut le révoquer à tout moment en accord avec le PDG (*article 475*). Mais s'agit-il d'une révocabilité ad nutum ? En qualité de simple assistant exerçant des pouvoirs délégués, la révocabilité ad nutum est une sanction trop sévère. Des justes motifs sont souhaitables pour sa révocation, surtout lorsqu'il n'a pas la qualité d'administrateur. Il pourrait alors demander des dommages-intérêts en cas de révocation sans justes motifs comme en cas d'abus commis par le conseil d'administration. Il peut par exemple invoquer la violation du principe du contradictoire.

Ainsi, malgré l'emploi de la formule « à tout moment » par l'article 475, il ne s'agit pas d'une révocabilité ad nutum. Le directeur général adjoint doit être mis dans des conditions de présenter ses observations préalables à sa révocation.

En dehors de la révocation, son mandat prend normalement fin à l'arrivée de son terme.

152. Quel est le sort du directeur général en cas de décès, démission ou révocation du président-directeur général ? Sauf décision contraire du conseil d'administration, il devrait être maintenu dans ses fonctions jusqu'à la nomination du remplaçant du président-directeur général par le conseil d'administration.

Mais l'article 468 laisse croire qu'il n'est pas son successeur direct. Aux termes de l'alinéa 2 de ce texte, en cas de démission, décès ou révocation du président-directeur général, le conseil d'administration nomme

un nouveau président-directeur général ou délègue un administrateur dans les fonctions de président-directeur général. La même solution de délégation de fonction au profit d'un administrateur est prescrite par l'alinéa 1 en cas d'empêchement temporaire du président-directeur général.

§2- Président du conseil d'administration et Directeur général

A - Président du conseil d'administration

153. Sa nomination se fait dans les mêmes conditions que celle du PDG. Il en va de même de la durée de son mandat, de sa rémunération, et de la cessation de ses fonctions. En revanche ses attributions sont réduites.

I - Statut

a - Nomination et mandat du Président du conseil d'administration

154. Le PCA est nommé par le conseil d'administration parmi ses membres. Plusieurs conditions doivent être remplies :

- à peine de nullité de sa nomination, il doit être administrateur personne physique. Ce qui confirme l'exclusion des personnes morales administrateurs au poste de Président du conseil. Dans l'optique d'un assouplissement des règles applicables aux SA, le législateur aurait pu admettre cette possibilité comme dans la SAS en France. (*La société par action simplifiée*).
- il est en tant qu'administrateur, soumis aux conditions générales et spécifiques requises pour être au conseil d'administration. Par exemple, il est soumis aux conditions de cumul de mandat. Il ne doit pas exercer plus de trois mandats de président du conseil d'administration des SA ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie. L'article 479 alinéa 2 précise également que le mandat du président du conseil d'administration n'est pas cumulable avec plus de deux mandats d'administrateur général ou de directeur général des SA ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie.
- la durée de son mandat ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur.

b - Statut

1 - Rémunération du PCA et du DG

155. Il est rémunéré dans les mêmes conditions que le PDG. C'est le conseil d'administration qui détermine les modalités et fixe le montant de sa rémunération.

Cette décision n'est pas une convention réglementée. Elle n'a donc pas à être soumise à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire. Les règles applicables au statut financier du PDG sont valables pour le PCA.

156. Le président, qui est nécessairement un administrateur reçoit les jetons de présence auxquels s'ajoute une rémunération spéciale en qualité de président qui peut être en numéraire ou des avantages en nature. Il peut recevoir des stock-options, des actions gratuites. Si en plus il bénéficie d'un contrat de travail, il aura un salaire.

157. L'article 481 dispose que le président peut être lié à la société par un contrat de travail dans les conditions prévues à l'article 426. Il n'y a donc aucune incompatibilité de principe entre la qualité de président, qui est un administrateur élu par les actionnaires et celle de salarié de la société. Il suffit que le contrat de travail corresponde à un emploi effectif et distinct des tâches sociales. Cet emploi doit être aussi subordonné. Tout dépend alors du pourcentage de participation du président dans le capital social. Les fonctions accomplies en qualité de salarié doivent correspondre à une tâche technique précise distincte des fonctions sociales. Il peut occuper par exemple le poste de comptable, ou informaticien de la société.

Comme pour le PDG, son contrat de travail doit être soumis à la procédure des conventions réglementées. En revanche, si son contrat de travail est antérieur à son élection au conseil d'administration, cette autorisation n'est pas nécessaire. Néanmoins, toute modification de ce contrat postérieure à son accession au conseil doit être soumise à la procédure d'autorisation.

158. Son contrat de travail ne peut être rompu que pour cause réelle et sérieuse. Le principe de la révocabilité ad nutum n'est pas applicable en matière de relations individuelles du travail. Mais qui peut prendre la décision du licenciement ? Il ne peut, à moins d'une démission, se congédier soi-même. Il faut le révoquer pour que son successeur le limoge. Mais il peut arriver que le contentieux de la rupture de son contrat de travail se pose alors qu'il occupe encore les fonctions de manager général. En pareil cas, le conseil d'administration peut-il le licencier ? Ce contentieux relèverait de la compétence du bureau des jugements du tribunal des prud'hommes statuant en référé.

2 - Statut fiscal et social

159. Aucune unification n'est faite en la matière. S'appliquera donc la loi de chaque État partie. Néanmoins, la tendance générale dans les législations étrangères qui servent de modèle au droit africain est d'accorder un statut fiscal et social très favorable aux dirigeants des sociétés anonymes en les assimilant aux salariés. Ils

sont soumis au même régime fiscal que les salariés et bénéficient également de la même couverture sociale qu'eux.

II - Pouvoirs du président du conseil d'administration

160. À propos de la détermination des attributions du président du conseil d'administration, le nouveau droit africain prend ses distances avec les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 en vigueur dans beaucoup de pays africains. Désormais, il est possible de dissocier la présidence du conseil d'administration de la direction générale qui sera confiée à une personne distincte. En cas de dissociation, le Président du conseil d'administration a des pouvoirs réduits – en ce sens qu'il est privé de sa vocation à assumer la direction générale de la société. Cette fonction est confiée au directeur général. Ses attributions sont définies par l'article 480 de l'Acte uniforme aux termes duquel, le président du conseil d'administration préside les réunions du conseil d'administration et les assemblées générales. C'est lui l'auteur de la convocation du conseil d'administration. Il fixe l'ordre du jour de la réunion de ce conseil. Il dirige les débats du conseil en qualité de président de séance, et sa voix est prépondérante en cas de partage, sauf clause contraire des statuts.

161. Il vérifie la régularité des convocations, veille à la régularité des tenues des assemblées, et doit aviser les commissaires aux comptes des conventions réglementées

Il doit veiller à ce que le conseil d'administration assume le contrôle de la gestion de la société confiée au directeur général. Contrairement au PDG, le PCA est privé du pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers.

162. Il peut à toute époque de l'année opérer des vérifications qu'il juge opportunes et se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles à l'accomplissement de sa mission. Ce pouvoir s'étend-il au contrôle de l'opportunité des opérations engagées par le directeur général ? Ce pouvoir de vérification serait sans substance s'il ne devrait se cantonner qu'au simple contrôle de la régularité des opérations.

III - Cessation des fonctions du président du conseil d'administration

163. Le président du conseil d'administration est un administrateur dont la nomination et la révocation interviennent, à quelques nuances près, selon les mêmes règles et modalités que celles applicables au PDG. Les fonctions du PCA peuvent cesser par l'arrivée du terme de son mandat d'administrateur qui est de six ans au plus. Sauf réélection, il ne peut se maintenir au poste de président au-delà de ses fonctions d'administra-

teur. D'autres événements mettent également fin à ses fonctions de président. Il s'agit des causes naturelles comme le décès ou l'incapacité qui frappe la personne du président. À ceux-là s'ajoute la démission volontaire ou forcée (suite à la limite d'âge ou à un cumul illicite de mandat). Mais comme pour les administrateurs et le PDG, c'est la révocation qui représente en général l'essentiel du contentieux.

164. Le PCA est également révocable à tout moment par le conseil d'administration sans qu'il soit nécessaire de justifier cette révocation. Toute disposition contraire est réputée non écrite (*art. 484 de l'Acte uniforme*). Ainsi portent atteinte au principe de libre révocabilité l'engagement pris par une société de racheter les actions du président en cas de cessation de ses fonctions, ou de lui accorder un préavis ou un nouveau contrat de travail, voire une indemnité. Mais ces clauses sont désormais admises lorsqu'elles ne représentent pas une dépense trop élevée pour l'entreprise et lorsque leur mise en œuvre n'a pas une incidence réelle sur la décision de révocation (*Cass. Com 7 févr. 1989, Bull. Joly 1989, p. 334, n° 113, P. LE CANNU; Rev. Sociétés 1989, 643, Y. CHARTIER; Cass. com. 12 mars 1996, Bull. Joly 1996, p. 516, n° 176, N. RONTCHEVSKY: validité d'une promesse de rachat d'actions faute d'établir en quoi la société promettante pouvait influencer sur la révocabilité du président*).

La révocation du président du conseil d'administration peut intervenir alors même qu'elle n'est pas inscrite à l'ordre du jour de la séance du conseil (*TGI Abidjan-Plateau, jugement n° 94 du 12 avril 2001 (1^{re} espèce) et CA Abidjan, arrêt n° 1776 du 24 août 2001 (2^e espèce), Ecodroit, n° 12, juin 2002, p. 8; Ohadata J-02-184*).

165. Comme le PDG, le président doit également cesser ses fonctions dès qu'il n'est plus administrateur. Si le conseil ne veut pas ou ne peut pas révoquer son président (pour des questions de quorum et de majorité par exemple), les assemblées ordinaires ou extraordinaires peuvent mettre fin à ses fonctions d'administrateur. C'est une belle opportunité pour éviter la sclérose que l'on constate parfois au niveau de la direction des sociétés par actions. On peut même aller plus loin en proposant de fixer des mandats plus courts que ceux des administrateurs, et qui ne soient pas renouvelables indéfiniment. Trois mandats de quatre ans par exemple suffisent à garantir la stabilité de la fonction. Un âge limite devrait être imposé pour ne pas donner prime à la gérontocratie (*ces remarques sont aussi valables pour le PDG*).

B - Directeur général

I - Nomination, attribution et rémunération ou statut

166. L'article 485 alinéa 1 précise les modalités de nomination du directeur général. Il est également nommé

par le conseil d'administration. Sa nomination n'est pas faite sur proposition du président. Mais à la différence du PCA, le DG peut être un administrateur ou une personne étrangère au conseil d'administration. La loi ne précise pas si une personne non actionnaire peut être nommée à ce poste. Étant donné que la loi n'exige pas expressément la qualité d'actionnaire, le DG peut être un manager extérieur auquel on fait appel pour ses compétences. Dans tous les cas, il est nécessairement une personne physique.

La loi est muette sur les conditions d'âge qui doivent être réglées par voie conventionnelle. S'il est administrateur, il devra respecter les conditions et les limites d'âge imposées par la loi aux membres du conseil d'administration.

Il n'y a pas non plus de restrictions légales quant au cumul des mandats de directeur général. Par contre il sera soumis à la règle de cumul applicable aux administrateurs s'il justifie de cette qualité.

167- Il en est de même de la durée de son mandat librement déterminée par le conseil d'administration. Et l'article 486 ajoute que son mandat est renouvelable.

168- Il n'exerce pas de pouvoirs délégués par le président du conseil. Aux termes de l'article 487, il a à peu près les mêmes pouvoirs externes et les mêmes limites que le PDG.

Il est détenteur du pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers. Il assure la direction générale de la société dans ses rapports avec les tiers.

Il est l'organe essentiel de la société, car il assume, sous sa responsabilité, la direction générale de la société. Il incarne le pouvoir de direction. Pour l'exercice de ces fonctions, la loi l'investit des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances dans l'intérêt de la société. Au plan interne, il est déchargé des fonctions de présidence du conseil d'administration et des assemblées générales ainsi que de leur convocation et de la fixation de leur ordre du jour (*tâches dévolues au PCA*). C'est lui qui agit au nom de la société, l'engage par sa signature dans les contrats avec les tiers (*chèques, effets de commerce*). L'article 488 précise bien que dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée, même par ses actes qui ne relèvent pas de l'objet social dans les conditions fixées par l'article 122 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. Mais cette omnipotence a ses limites légales et conventionnelles.

169. La loi a prévu des limitations légales et conventionnelles aux fonctions du DG. L'article 487 alinéa 2 dispose qu'il est investi des pouvoirs les plus étendus qu'il exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi aux assemblées générales ou spécialement réservées au conseil d'administration. Mais comme on le sait, l'objet social n'est pas une véritable limite dans une société à risques limités, puisque son dépassement par le DG, engage tout de même la société (*art. 488 al. 1*).

En revanche, comme tous les organes de gestion, le DG ne peut empiéter sur les compétences des assemblées générales. Les actes pris en violation des pouvoirs des assemblées seront frappés de nullité.

De même, et conformément à l'article 488 al. 2, les limitations conventionnelles de pouvoirs ne sont point opposables aux tiers de bonne foi d'où qu'elles proviennent (statuts, délibérations du conseil d'administration ou des assemblées).

170. Selon l'article 490, la rémunération du DG et/ou son contrat de travail obéissent aux mêmes règles que celles applicables au PCA. Les éventuels avantages en nature qui lui sont attribués sont fixés de la même manière que sa rémunération. Les décisions du conseil arrêtant les modalités et le montant de ces rémunérations ne sont pas des conventions réglementées et par conséquent, échappent au contrôle de l'assemblée.

II - Cessation des fonctions du DG

171. Les fonctions du DG prennent fin par l'arrivée du terme, s'il en a été prévu un lors de sa nomination. L'échéance du terme de son mandat d'administrateur met-elle automatiquement fin à ses fonctions de directeur général ? La réponse ne peut être positive que si la qualité d'administrateur était une condition sine qua non pour être directeur général. Or, l'article 485 énonce que le conseil d'administrateur nomme parmi ses membres ou en dehors d'eux, un directeur général. Mais les statuts peuvent-ils ajouter cette condition à la nomination du DG ? Tout dépend de savoir si l'article 485 est une disposition impérative ou non.

Les fonctions du DG cessent également par démission, par la limite d'âge que les statuts peuvent prévoir, par l'incapacité ou l'interdiction de gérer une entreprise commerciale.

172. Le directeur général est également révocable à tout moment par le conseil d'administration (*art. 492*). Mais s'agit-il d'une révocabilité ad nutum ? Une telle solution rendrait encore plus précaire la situation d'un DG qui a été choisi en dehors du conseil d'administration qui peut le révoquer sans qu'il puisse participer au vote, défaut de qualité d'administrateur. En tout état de cause, si le principe de la révocabilité ad nutum est retenu, rien n'est certain quant au caractère impératif de l'article 492, car apparemment, ce texte ne répute pas non écrites toutes dispositions contraires. L'absence de cette sanction ne signifie-t-elle pas que les statuts peuvent prévoir une révocation pour justes motifs, au moins pour les directeurs généraux n'ayant pas la qualité d'administrateur ?

173. Un arrêt rendu par la chambre judiciaire de la Cour suprême de Côte-d'Ivoire ne laisse aucun doute sur l'application de la révocabilité ad nutum du directeur

général (*arrêt n° 404/04 du 11 juill. 2004, Actualités juridiques, n° 47/2005, p. 87, note KASSIA BI OULA, Obadata J. 05-344*). La haute juridiction ivoirienne retient que la révocation du directeur général d'une société anonyme peut intervenir ad nutum, sans motif ni justification à condition de ne pas être abusive. Après avoir posé le principe, l'arrêt estime que, n'est pas abusive ni précipitée, la révocation du directeur général d'une banque intervenue à la suite d'un audit de la commission bancaire et un mois après la suspension de celui-ci et accompagnée de déclaration à la presse du PCA de la banque sur les éléments du rapport d'audit faisant état du non-respect des règles prudentielles de gestion bancaire.

174. Dans un autre arrêt, les juges de la cour d'appel d'Abidjan ont estimé que la révocation d'un directeur

général par le conseil d'administration dans le silence de l'ordre du jour n'est pas constitutive d'abus (*CA Abidjan, arrêt n° 1247 du 28 novembre 2003, Obadata J.03-347*). C'est effectivement l'application de la théorie des incidents de séance.

Il ressort de la même décision qu'il n'y a pas non plus d'abus lorsque la société a empêché le directeur général révoqué d'accéder à son bureau sans que cela ait été soutenu par une publicité intempestive et accompagné de propos diffamatoires ou calomnieux

175. En cas d'empêchement temporaire ou définitif du directeur général, le conseil procède à son remplacement immédiat. Il nomme, sur proposition de son président, un directeur général (*art. 491*).

Denis POHE TOKPA

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Absence 85, 92
 Abus de droit 67
 Action 46s
 - individuelle
 - sociale (ut universi, ut singuli)
 Actionnaire 3,10, 62, 67,
 Administrateur 5s
 - non actionnaire 7, 10
 - recrutement 11
 - mandat 15
 - nomination 14
 - cooptation 17s
 - personnes morales 23, 26
 - incompatibilité 28
 - démission 35
 - procuration 77s
 - révocation ad nutum 36
 - administrateur salarié 32
 - salarié devenu administrateur 29
 - convocation 72s
 Administrateur non actionnaire 7, 10
 Assemblée générales 4s, 55, 46
 Attributions
 - v. administrateurs, pouvoirs
 Autorisation préalable 65, 67
 - v. caution, aval et garanties,
 conventions réglementées
 Avantage de toute nature 63

C

Caution, aval garantie 65
 - autorisation

- validité
 - responsabilité
 Commissaire aux comptes 67,78
 Convention réglementée
 - courantes 68
 - contrôlées 67, 112
 - interdites 69s
 Convocation 62s, 72 s,
 Cooptation 17s, 51
 Corporate governance 6, 104
 Cumul 7
 - de mandats, 131
 - des indemnités 38s
 - de fonctions 7, 28s

D

Délégation de pouvoirs
 - v. représentation
 Délibération 73s, 77s
 Démission 35s, 108
 Devoir de discrétion 82, 83
 - comité d'entreprise
 - délégué du personnel
 - responsabilité
 Directeur général 150s
 Collégialité 5, 71

I

Inopposabilité
 - pouvoirs 51s
 - tiers 57
 intérêt social 57s

J

Jeton de présence 38, 60

M

Majorité 81
 Mandats
 - v. cumul de mandats

N

Nomination 11s, 22,
 - conseil d'administration, 8s
 - PDG, 105 s
 - DGA, 128 s

O

Objet social 54s, 116, 117
 - violation
 - dépassement 120
 Ordre du jour 72s

P

Personne morale 23
 Pouvoirs 38, 39, 16,5
 (-dépassement : objet social 54s)
 - conseil d'administration 50s
 - organisation, gestion 115s
 - mandats 15s
 - cooptation 18s
 - objet social 117s
 - limites 116s
 Président 90, 104s
 - empêchement 90
 - nomination

- révocabilité ad nutum
- procès-verbal 91s

Procuration 77s

Q

Quorum 80s

R

Registre des délibérations

- v. délibérations

Rémunération 37s,

- des administrateurs 37
- du PCA 137s
- du PDG 110s

Représentation

- v. Personne morale
- délibération

Révocabilité ad nutum 36s, 88, 133, 125s, 156

Révocation indirecte 127

S

Statuts 42

- voix prépondérante
- représentation

- convocation
- délibération
- éligibilité

T

Tiers

- inopposabilité 57
- objet social, dépassement 54s

V

Vacance, 17

Vote 84s

- conventions contrôlées
- visioconférence 85

SOCIÉTÉ ANONYME FAISANT APPEL PUBLIC À L'ÉPARGNE

Table des matières

Introduction n° 1-30

- I - Notion d'appel public à l'épargne n° 5
 - a - Présomption légale d'appel public à l'épargne par référence à la cotation des titres en bourse n° 6-9
 - b - Présomption légale d'appel public à l'épargne par référence à d'autres critères n° 10-12
 - 1. Recours à des intermédiaires financiers n° 13-15
 - 2. Recours à la publicité n° 15
 - 3. Recours au démarchage n° 16-17
 - 4. Diffusion des titres au-delà d'un cercle de 100 personnes n° 18-19
- II - Sources du droit de l'appel public à l'épargne dans l'espace OHADA n° 20
 - a - Règles du droit OHADA n° 21
 - 1. Règles du droit OHADA portant sur les sociétés commerciales n° 22-23
 - 2. Droit comptable de l'OHADA n° 24
 - b - Droit boursier n° 25-26
 - 1. Droit boursier régional n° 27-28
 - 2. Droit boursier national n° 29-30

Chapitre 1 : Constitution de la SA par appel public à l'épargne n° 31-64

Section 1 - Règles relatives à la forme et au capital n° 32

- §1 - Exigence de l'adoption de la forme anonyme n° 33-36
- §2 - Capital minimum dérogatoire n° 37-39

Section 2 - Règles applicables aux opérations

de constitution n° 4

- §1 - Opérations préalables à l'assemblée générale constitutive n° 41
 - A - Mesures d'information du public préalablement requises n° 42-49
 - B - Garantie de bonne fin n° 50-51
 - C - Autorisation des autorités administratives n° 52-56

§2 - Assemblée générale constitutive n° 57-61

§3 - Sanction des opérations de constitution n° 62-64

Chapitre 2 : Fonctionnement des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne n° 65-155

Section 1 - Gestion des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne n° 66

- §1 - L'administration de la société anonyme faisant appel public à l'épargne n° 67
 - A. Institution et composition du CA n° 68-70
 - B. Compétences du CA n° 71-72
 - C. Fonctionnement du CA n° 73-77
- §2 - Direction de la société n° 78-79
 - A - Option Président-directeur général n° 80-85

B - Option PCA et Directeur général n° 86-92

§3 - Assemblées dans les SA faisant appel public à l'épargne n° 93

- A. Règles communes à toutes les assemblées d'actionnaires n° 94
 - I. Convocation de l'assemblée n° 94-99
 - II. Tenue de l'assemblée n° 100-105
- B. Règles spécifiques à chaque catégorie d'assemblée n° 106
 - I. Assemblée générale ordinaire (AGO) n° 107-109
 - II. Assemblée générale extraordinaire n° 110-112
 - III. Assemblée spéciale n° 113

Section 2 - Mobilisation de l'épargne dans les sociétés

anonymes faisant appel public à l'épargne par recours aux valeurs mobilières n° 114-115

§1 : Typologie des valeurs mobilières émises par les SA faisant appel public à l'épargne n° 116

- A - Actions n° 117
 - I. Distinction entre les actions n° 118-119
 - a - Action nominale et action au porteur n° 120
 - b - Action de capital et action de jouissance n° 121
 - c - Action privilégiée et action ordinaire n° 122-124
 - II. Caractéristiques des actions n° 125-126

B - Autres titres émis par les SA faisant appel public à l'épargne n° 127

- I. Obligations n° 128
 - a - Différentes catégories d'obligations n° 129
 - b - Conditions d'émissions des obligations n° 130-131
- II. Autres valeurs mobilières n° 132-134

§2 - Droits attachés aux valeurs émises n° 135

- A. Droits politiques n° 136
 - I. Droits politiques des actionnaires n° 137-149
 - II. Droits politiques des obligataires n° 150-152
- B. Droits pécuniaires n° 153-155

Chapitre 3 : Restructuration et la dissolution des SA faisant appel public à l'épargne n° 156-169

Section 1 - Restructuration des SA faisant appel public à l'épargne n° 157

- §1 - Modifications du capital social n° 158
 - A. Information du public n° 159
 - B. Augmentation de capital par appel public à l'épargne par une société constituée sans appel public à l'épargne n° 160-161
 - C. Conditions particulières d'émission n° 162-166
- §2 - Transformations entraînant changement de type de société n° 167

Section 2 - Dissolution des SA faisant appel public à l'épargne n° 168-169

Bibliographie

- ANOUKAHA (Fr.), CISSE (A.), DIOUF (Nd.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P. G.), SAMB (M.), *OHADA, Sociétés Commerciales et GIE*, Bruylant Bruxelles, 2002
- ANOUKAHA (Fr.), CISSE-NIANG (A.), ISSA-SAYEGH (J.), MESSANVI (F.), NDIAYE (I. Y.), SAMB (M.), *Sûretés*, Éditions Bruylant, Bruxelles, Collection Droit uniforme africain, 279 pages
- ANOUKAHA (Fr.), *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, Presses universitaires africaines, Yaoundé, 1998
- ANOUKAHA (Fr.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P. G.), *Commentaires de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, OHADA, Traité et Actes uniformes annotés, Juriscope, 3^e éd., 2008
- CISSE (A.), « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : L'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *Revue Internationale de Droit Économique (R.I.D.E.)*, 2004, pp. 197-224
- DIEYE (A.), *Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*, Cabinet Aziz Dièye, 3^e éd., 2008
- FELIHO (G. S.), « La coexistence textuelle dans l'espace UEMOA : cas de l'appel public à l'épargne », *Actes du séminaire de sensibilisation au droit communautaire*
- ISSA SAYEGH (J.), « Conflits entre droit communautaire et droit régional dans l'espace OHADA », www.ohada.com/doctrine/ohadata D-06-05, pp. 1-7 ;
- KALIEU (Y.) et KEUFFI (D.), « L'émergence des marchés financiers dans l'espace OHADA », *Afrilex*, n° 4, Décembre 2004, pp. 39-55
- KEUFFI (D. E.), *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, Thèse, Université Strasbourg, 2010
- MARTOR (B.) et THOUVENOT (S.), « Les acteurs des marchés financiers et l'appel public à l'épargne dans la zone OHADA », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 7, 2002, p. 749 et s.
- MASSAMBA (R.), « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique », *Recueil Penant*, n° 855, 2006, pp. 137-150
- MODI KOKO BEBEY (H.-D.), « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Revue Sociétés* 2002, pp. 255-275
- PAILLUSSEAU (J.), « Le droit OHADA : Un droit très important et original », *JCP-Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, supplément La semaine juridique du 28 oct. 2004, pp. 3-5
- SIETCHOUA DJUITCHOKO (C.), « Les sources du droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », *Recueil Penant*, 2003, pp. 140-179
- THOUVENOT (S.) et AUBRIOT (E.), « L'appel public à l'épargne au sein de la CEMAC et de l'UEMOA par une société étrangère à l'espace OHADA », *Cahier de droit de l'entreprise*, n° 1, 2010, pp. 37-41

Introduction

1. Aux termes de l'article 2 du Traité OHADA, « pour l'application du présent Traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après ». Ainsi, les règles relatives au droit des sociétés constituent le premier élément de cette liste des matières relevant du droit des affaires, et son harmonisation qui n'était qu'un objectif des signataires du Traité se concrétisa le 17 avril 1997 avec l'adoption à Cotonou, de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Constitué d'un *corpus juris* de 920 articles, l'acte uniforme qui rénove le droit des sociétés commerciales consacre quatre types de sociétés : la Société en Nom Collectif (SNC), la Société en Commandite Simple (SCS), la Société A Responsabilité Limitée (SARL) qui peut être unipersonnelle, et enfin la Société Anonyme (SA).

2. La société anonyme est définie par l'article 385 de l'AUDSCGIE comme « une société dans laquelle les actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits des actionnaires sont représentés par des actions ». L'acte uniforme lui consacre spécialement 469 articles constituant le livre 4 de la partie 2 (articles 385 à 853). Mais, il existe plusieurs catégories de SA. En se fondant sur le mode de gestion, l'article 414 fait la distinction entre la SA avec conseil d'administration et la SA avec administrateur général. Lorsque le critère du mode de mobilisation du capital est retenu, la distinction se fait entre, d'une part, les SA ne faisant pas appel public à l'épargne et, d'autre part, les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, objet de la présente étude.

3. L'appel public à l'épargne ne peut être effectué que par des sociétés anonymes. À leur égard, le législateur porte une attention particulière, tant en ce qui concerne leur constitution, leur fonctionnement que leur dissolution. Des dispositions spéciales leur sont donc consacrées. Ainsi, pour leur constitution, les articles 81 à 96 de l'acte uniforme énoncent des dispositions dérogatoires. En outre, dans sa deuxième partie, l'acte uniforme n'a pas manqué de consacrer, dans le titre III du livre IV, d'autres règles qui leur sont spécifiques. En effet, ce titre III s'intitule « dispositions spécifiques aux sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne ».

4. Au regard de la multiplicité de ces règles dérogatoires, il importe de préciser les notions d'appel public à l'épargne, d'identifier les sources du droit de l'appel à l'épargne public dans l'espace OHADA et les sources du droit de l'appel public à l'épargne.

I - Notion d'appel public à l'épargne

5. Le législateur se fonde sur l'appel public à l'épargne pour assujettir une catégorie des SA à des règles spécifiques. Cependant, il ne définit point cette notion. Pour la cerner, le législateur communautaire établit une présomption en se basant sur diverses situations et opérations effectuées par les fondateurs de la société telles que la diffusion des titres dans le public ou leur cotation dans une bourse de valeurs mobilières. Ainsi, l'appel public est déterminé par présomption légale (§1). Toutefois, l'AUDSCGIE retient d'autres indices pour déduire l'appel public à l'épargne (§2).

a - Présomption légale d'appel public à l'épargne par référence à la cotation des titres en bourse

6. Pour déterminer si une société a recours à l'appel public à l'épargne, l'article 81 alinéa 1 de l'AUDSCGIE dispose : « *sont réputées faire publiquement appel à l'épargne, les sociétés dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d'un État partie, à dater de l'inscription de ces titres* ».

7. Ainsi, il apparaît que l'inscription à la cote d'une bourse des valeurs d'un État Partie de l'OHADA constitue le premier critère de l'appel public à l'épargne. Mais l'inscription à la cote est à la fois une notion juridique et une opération matérielle. Faute de l'avoir définie, le législateur OHADA ne permet pas de bien cerner la notion d'inscription à la cote d'une bourse des valeurs d'un État membre. Fort heureusement, les cadres juridiques communautaires UEMOA et CEMAC qui sont tous dotés de marchés financiers permettent de donner quelques précisions sur la notion d'inscription à la cote d'une bourse.

8. La cotation ou l'inscription en bourse consiste pour une personne, à solliciter d'une place boursière, de lui servir d'intermédiaire pour offrir ou céder des actifs financiers. La bourse est donc un lieu (un marché) sur lequel les agents en excédent d'épargne ou offreurs rencontrent directement ceux qui ont un besoin de financement appelés demandeurs d'épargne. La bourse est finalement une plateforme de mise à disposition de moyens financiers ou d'actifs financiers. Concrètement, il s'agit pour les sociétés cotées d'offrir ou de céder des actifs tels que les actions ou les obligations. Cette cotation est organisée de façon spécifique par chaque marché financier et fait intervenir une diversité d'acteurs,

institutionnels et privés. Ainsi, dans l'espace UEMOA, au titre des intervenants institutionnels, on retrouve :

- Le Conseil Régional de l'Épargne Public et des Marchés Financiers, chargé de l'organisation de l'appel public à l'épargne, de l'habilitation et du contrôle des structures de marché et des intervenants commerciaux et du contrôle de la régularité des opérations de bourse.
- La Bourse Régionale des Valeurs Mobilières (BRVM), chargée de l'organisation du marché boursier UEMOA ainsi que de la diffusion des informations. Son siège est à Abidjan en Côte d'Ivoire. Ce site central est relayé ou appuyé au niveau national par sept (7) Antennes Nationales de Bourse dans chacun des pays de l'Union. En raison du caractère récent de son adhésion à l'UEMOA (1997), la Guinée-Bissau ne dispose pas encore d'Antenne nationale.
- Le Dépositaire Central/Banque de Règlement (DC/BR), institution du marché financier régional qui fait office de gérant opérationnel des divers règlements. À ce titre, il assure la centralisation et la conservation des titres inscrits en compte pour les intervenants, le règlement des espèces et la livraison des titres, la gestion des opérations sur titres ainsi que celles du Fonds de Garantie du marché.

Au niveau de la CEMAC, ces missions sont respectivement dévolues à la Commission de Surveillance du Marché Financier de l'Afrique Centrale, à la Bourse Régionale des Valeurs de l'Afrique Centrale, au Dépositaire Central et à la Banque de Règlement.

9. À côté de ces structures institutionnelles, interviennent des acteurs privés qui doivent être agréés selon des modalités et sous des conditions prévues par le droit boursier régional (CEMAC ou UEMOA) :

- Les Sociétés de Gestion et d'Intermédiation (SGI), sociétés anonymes habilitées à négocier les valeurs mobilières en bourse et à conserver les titres pour le compte de la clientèle. Elles peuvent se livrer accessoirement à des activités de conseil et de gestion sous mandat ;
- Les Banques Teneurs de comptes et Compensateurs ;
- Les Sociétés de Gestion d'Organisme de Placement Collectif en Valeurs Mobilières ;
- Les Apporteurs d'Affaires ;
- Les Société de Gestion de Patrimoine (SGP).

b - Présomption légale d'appel public à l'épargne par référence à d'autres critères

10. L'Acte uniforme ne se réfère pas au seul critère de l'admission à la cote officielle d'une bourse des valeurs mobilières pour présumer l'appel public à l'épargne. D'autres critères sont également indiqués pour repérer

cet appel. Aux termes de l'article 81 AUSCGIE, il y a appel public à l'épargne :

- lorsque les sociétés, pour offrir au public d'un État partie des titres, quels qu'ils soient, ont recours soit à des établissements de crédit ou agents de change, soit à des procédés de publicité quelconques, soit au démarchage.
- dès lors qu'il y a diffusion des titres au-delà d'un cercle de cent (100) personnes. Pour l'appréciation de ce chiffre, chaque société ou organisme de placement collectif en valeurs mobilières constitue une entité unique.

11. Il s'agit là de quatre autres critères (non cumulatifs) permettant de considérer qu'une société fait appel public à l'épargne : le recours à des intermédiaires financiers, la publicité, le démarchage et la diffusion des titres au-delà d'un cercle de cent (100) personnes.

12. Le droit boursier de l'Union Économique et Monétaire Ouest-africain (UEMOA) se réfère également à ces critères. Il en est ainsi de l'article 19 de l'annexe à la Convention portant composition, organisation, fonctionnement et attributions du Conseil Régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers. Cependant, le texte ouest africain regroupe le démarchage et la publicité dans la catégorie des recours à des procédés quelconques de sollicitation du public. En effet, l'article 19 en son alinéa 2 a) et b) dispose : « *sont réputés faire appel public à l'épargne, les États ou toute autre entité :*

a) *dont les titres sont disséminés au travers d'un cercle de cent personnes au moins, n'ayant aucun lien juridique entre elles,*

b) *qui, pour offrir au public de l'UMOA des produits de placement, ont recours à des procédés quelconques de sollicitation du public, au titre desquels figurent notamment la publicité et le démarchage... ».*

1 - Recours à des intermédiaires financiers

13. L'article 81 vise le recours « à des établissements de crédit ou agents de change » pour offrir des titres au public comme critère de l'appel public à l'épargne. Mais, l'énumération est restrictive. En réalité, sont visés les intermédiaires financiers autorisés par les législations spécifiques à placer les titres dans le public. Dans l'espace UEMOA, ces activités d'intermédiation financière revenaient exclusivement aux SGI qui, aux termes de l'article 37 ancien du Règlement Général du CREPMF, avaient le monopole de la négociation, de la compensation et de la tenue des comptes de valeurs mobilières. Mais, depuis une décision du Conseil des Ministres de l'UMOA en date du 27 mars 1998 portant modification de cet article, les banques de l'Union peuvent tenir des comptes de valeurs mobilières et effectuer des compensations, sans toutefois pouvoir exercer l'activité de négociateur.

14. En revanche, le recours aux agents de change ne semble pas être prévu par le droit boursier UEMOA.

2 - Recours à la publicité

15. L'article 81 vise des « *procédés quelconques de publicité* » pour poser une présomption d'appel public à l'épargne. L'imprécision de la notion a déjà été soulevée (Pougoué et alii, *op. cit.* p. 352). Mais, il semble qu'il faille retenir que la présomption joue quel que soit le moyen technique de publicité commerciale utilisé dès lors qu'il n'existe aucun lien entre les destinataires et l'émetteur autre que des liens d'intérêt commercial. En outre, l'objet de la publicité doit impérativement être le placement des titres de la société initiatrice de l'offre.

3 - Recours au démarchage

16. La présomption d'appel public à l'épargne est également tirée du recours au démarchage. L'acte uniforme n'en donne pas une définition. Il est donc utile de le compléter par référence aux dispositions applicables sur le marché financier régional de l'UEMOA et sur celui de la CEMAC. Dans l'espace UEMOA, les dispositions des articles 162 à 166 du Règlement Général du CREPMF et les articles 101 et suivants du règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle de ce marché financier encadrent le recours au démarchage pour faire appel public à l'épargne. Le démarchage est l'activité à laquelle « *se livre celui qui se rend habituellement soit au domicile ou à la résidence des personnes, soit sur leurs lieux de travail, soit dans les lieux ouverts au public et non réservés à de telles fins en vue de conseiller la souscription, l'achat, l'échange, la vente de valeurs mobilières ou, la participation à des opérations sur ces valeurs* » (RG CREPMF, article 101 al. 1). Sont également assimilés au démarchage « *les offres de service faites ou les conseils donnés, de façon habituelle, en vue des mêmes fins que celles visées à l'alinéa précédent, au domicile ou à la résidence des personnes ou sur les lieux de travail par l'envoi de lettres ou circulaires, ou par communication téléphonique* » (RG CREPMF article 101 al. 2).

17. Le démarchage, aux fins de placement de titres, ne peut être effectué que par les établissements bancaires, les Sociétés de Gestion de Patrimoine, les SGI, les apporteurs d'affaires et les personnes physiques ou morales agréées à cet effet (Article 162).

4 - Diffusion des titres au-delà d'un cercle de 100 personnes

18. L'acte uniforme retient, enfin, la diffusion des titres au-delà d'un cercle de 100 personnes comme

critère de qualification de l'appel public à l'épargne car cette diffusion des titres dans le public constitue, peu ou prou, la finalité de tout appel public. Il s'agit là d'un critère involontaire déduit de la dispersion des titres de certaines SA (commentaire AUDSCGIE, 2008, p. 353).

19. Cependant, une réserve a été posée par l'acte uniforme. Pour l'appréciation de ce chiffre (100), chaque société ou Organisme de Placement Collectif en Valeurs Mobilières constitue une entité unique. Les OPCVM sont des sociétés d'investissement gérant des portefeuilles de titres acquis sur des fonds qui leur ont été confiés par leurs sociétaires. Ils peuvent principalement prendre deux formes : les Sociétés d'Investissement à Capital Variable (SICAV) et les Fonds Communs de Placement (FCP). Les SICAV sont des sociétés anonymes gérant de portefeuille de valeurs mobilières et dont les actionnaires sont des épargnants qui entendent profiter de l'expertise de la société. Quant aux FCP, ils sont des copropriétés de valeurs mobilières et sont donc dépourvus de la personnalité morale. Quelle que soit leur nature juridique, ce sont ces fonds d'investissement qui acquièrent les valeurs mobilières émises lors d'un appel public à l'épargne. Ceci s'explique pourquoi l'AUDSCGIE considère qu'il faut les considérer comme des entités uniques.

II - Sources du droit de l'appel public à l'épargne dans l'espace OHADA

20. Dans l'espace OHADA, le droit de l'appel public à l'épargne résulte de plusieurs sources qui s'interfèrent et s'imbriquent. On peut citer d'une part, le droit des sociétés, constitué pour l'essentiel du droit OHADA, et d'autre part, des textes spéciaux relatifs à l'organisation et au fonctionnement des marchés financiers de l'UEMOA et de la CEMAC ainsi que quelques législations nationales.

Aux termes de l'article 823 de l'acte uniforme, « *sans préjudice des dispositions pouvant régir la bourse des valeurs et l'admission des valeurs mobilières à cette bourse, les sociétés constituées ou en cours de formation faisant appel public à l'épargne par émission de titres sont à la fois régies par les règles générales gouvernant la société anonyme et les dispositions particulières du présent titre.*

Les dispositions du présent titre prévalent sur les dispositions générales gouvernant la forme de la société anonyme en cas d'incompatibilité entre ces deux corps de règles ».

a - Règles du droit OHADA

21. Les principales sources du droit OHADA de l'appel public à l'épargne sont :

- L'AUDSCGIE. Il a été adopté le 17 Avril 1997 et est

entré en vigueur le 1^{er} Janvier 1998, mais n'a déployé pleinement ses effets qu'à partir du 1^{er} Janvier 2000, après l'écoulement d'une période transitoire de deux ans prévue afin de permettre aux sociétés déjà constituées de se mettre en harmonie avec ce droit OHADA. Cet acte uniforme consacre des dispositions spécifiques aux sociétés faisant appel public à l'épargne.

- L'Acte Uniforme portant Organisation et Harmonisation de la Comptabilité des Entreprises consacre des dispositions spécifiques aux sociétés faisant appel public à l'épargne. Cet acte uniforme est annexé un référentiel comptable appelé plan comptable OHADA, contient des dispositions relatives aux sociétés anonymes en général, et aux SA faisant appel public à l'épargne en particulier.

1 - Règles du droit OHADA portant sur les sociétés commerciales

22. Les articles 81 à 96 de l'Acte uniforme énoncent les règles de constitution propres aux sociétés faisant appel public à l'épargne. Ces dispositions se situent au livre I (constitution de la société) de la première partie de l'Acte uniforme consacrée aux dispositions générales. De façon plus précise, ces quinze (15) articles concernent le chapitre I (qui traite du champ d'application de l'appel public à l'épargne) et le Chapitre II (qui se rapporte aux documents d'information) du titre IV relatif à l'appel public à l'épargne. Ces dispositions portent globalement sur la définition de l'appel public à l'épargne et les formalités de constitution des sociétés faisant appel public à l'épargne.

23. S'y ajoutent les dispositions du Titre III du livre IV de la deuxième partie, constitué des articles 823 à 853 et spécialement consacré aux sociétés faisant appel public à l'épargne. La partie II de l'Acte Uniforme concerne les dispositions particulières aux sociétés commerciales. En d'autres termes, cette partie s'analyse comme le droit spécial des sociétés commerciales en ce qu'elle régleme chaque type de société. Le livre IV rassemble les dispositions sur la société anonyme, y compris les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne abordées dans le Titre III.

En application de la règle selon laquelle le spécial déroge au général, l'article 823 alinéa 2 de l'AUSC pose, sans ambages, le principe de la prévalence des règles spéciales sur les règles de droit commun : « *Les dispositions du présent titre prévalent sur les dispositions générales gouvernant la forme de la société anonyme en cas d'incompatibilité entre ces deux corps de règles.* ».

2 - Droit comptable de l'OHADA

24. L'Acte Uniforme du 24 mars 2000 portant organi-

sation et harmonisation de la comptabilité des entreprises comporte des dispositions qui concernent les sociétés faisant appel public à l'épargne. Ainsi, en est-il de l'exigence d'établissement de comptes combinés. L'article 74 de cet Acte Uniforme dispose que : « *Toute entreprise, qui a son siège social ou son activité principale dans l'un des États parties et qui contrôle de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises, ou qui exerce sur elles une influence notable, établit et publie chaque année les états financiers consolidés de l'ensemble constitué par toutes ces entreprises ainsi qu'un rapport sur la gestion de cet ensemble... S'il s'agit d'une société anonyme faisant appel public à l'épargne, la société dominante est tenue également de publier un tableau d'activité et de résultats ainsi qu'un rapport d'activité pour l'ensemble consolidé dans les quatre mois qui suivent la fin du premier semestre de l'exercice, accompagnés d'un rapport du commissaire aux comptes sur la sincérité des informations données, dans les mêmes conditions que celles prévues pour les comptes personnels des entreprises. Dans ce cas, la société dominante est dispensée des obligations de même nature relevant de l'application de l'article 73 ci-dessus* ».

b - Droit boursier

25. Dans le détail, l'appel public à l'épargne est régi par des dispositifs juridiques spécifiques qui portent sur l'organisation et le fonctionnement du marché financier. L'espace OHADA couvre à ce propos deux marchés financiers régionaux : celui de l'UEMOA et celui de la CEMAC. Ces organisations d'intégration économique régionale ont édicté divers textes visant à encadrer la sollicitation publique de l'épargne des ressortissants de leurs États membres. En outre, certains États ont également un droit boursier national.

26. Ces divers textes régionaux et nationaux sont à articuler avec le droit OHADA de l'appel public à l'épargne. Sur certains aspects, cette articulation est aisée car l'appel public à l'épargne est strictement encadré pour assurer la protection des épargnants et éviter les risques systémiques. Au demeurant, le droit OHADA de l'épargne public se limite aux grands principes. Toutefois, parfois, il peut exister des contrariétés entre le droit boursier spécial et le droit OHADA. Mais dans ces cas, la prévalence du droit spécial est affirmée (*article 823 al. 2 de l'AUSCGIE*).

1 - Droit boursier régional

27. Il faut rappeler que l'espace OHADA est composé de plusieurs ordres juridiques en matière d'organisation et de fonctionnement de marchés boursiers, voire généralement de marchés financiers. En Afrique de l'Ouest, les droits UMOA et UEMOA s'appliquent à

travers les dispositions de la convention du 3 juillet 1996 portant création du CREPMF, son avenant, son annexe, le règlement général du CREPMF, les instructions de la BRVM.

28. En Afrique centrale, les règles qui régissent la Commission de surveillance du marché Financier de l'Afrique centrale ainsi que les normes de la Bourse des Valeurs Mobilières de l'Afrique Centrale (BVMAC), s'appliquent aux SA faisant appel public à l'épargne. Ces différents textes fixent les modalités d'émission et de circulation de titres sur les différents marchés financiers qu'ils encadrent.

2 - Droit boursier national

29. Il faut principalement faire référence à la législation camerounaise. En effet, le Cameroun s'est doté en 1999 d'une Bourse camerounaise des valeurs mobilières, la Douala Stock Exchange par la loi N° 99/015 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier. Outre cette loi, divers textes ont été adoptés pour définir les conditions et modalités d'accès à la bourse de Douala, pour fixer les règles de négociations des titres à la cote de cette bourse ainsi que pour préciser les différentes obligations des intervenants. Il faut cependant noter que cette bourse camerounaise des valeurs mobilières fait doublon avec la BRVAC et qu'une fusion est souhaitable pour plus d'efficacité économique.

30. Le droit boursier national comprend également les différentes dispositions juridiques qui ont été prises dans les différents États parties pour inciter les populations à investir en bourse en acquérant les titres proposés par les émetteurs.

Chapitre 1 : Constitution de la SA par appel public à l'épargne

31. Le régime de la constitution, par **appel public à l'épargne, des sociétés anonymes** est très contraignant. D'abord, le recours à l'appel public à l'épargne n'est autorisé qu'aux seules sociétés anonymes atteignant une certaine taille financière. Ensuite, la société qui entend se constituer par appel public à l'épargne doit préalablement mettre en œuvre des mesures d'information du public sollicité et soumettre l'opération à certaines autorités publiques. L'étude de ce régime impose donc de distinguer les prescriptions relatives à la forme et au capital minimum (Section 1) avant d'exposer les règles qui président, spécifiquement, aux opérations de constitution (Section 2).

Section 1 - Règles relatives à la forme et au capital

32. Lorsque les fondateurs d'une société décident de constituer le capital social par appel public à l'épargne, un ensemble de règles spécifiques s'applique à leur opération de constitution, sans préjudice toutefois de règles du droit commun des sociétés. Ainsi, non seulement la forme anonyme est exigée (§ 1), mais également un capital social minimum dérogatoire est demandé (§2).

§1 - Exigence de l'adoption de la forme anonyme

33. La forme des sociétés faisant appel public à l'épargne est rigoureusement encadrée par le législateur OHADA. Aux termes de l'article 82 de l'Acte Uniforme : « *il est interdit aux sociétés n'y ayant pas été autorisées par le présent Acte uniforme de faire publiquement appel à l'épargne par l'inscription de leurs titres à la bourse des valeurs d'un État partie ou par le placement de leurs titres dans le cadre d'une émission* ». Plusieurs observations s'imposent à ce niveau.

34. L'exigence de la forme anonyme se déduit du fait que seules les sociétés anonymes sont autorisées à émettre des titres négociables, et que par conséquent, l'émission de ces titres est interdite pour les autres sociétés à peine de nullité des contrats conclus ou des titres émis (*article 58 de l'Acte Uniforme*). En combinant cette exigence avec la lettre de l'article 82, il en ressort que le législateur oblige les fondateurs à opter pour la forme anonyme lorsque la constitution de la société comporte toute offre de titres au public, que cette sollicitation s'effectue par le biais d'un marché boursier ou par tout autre procédé de sollicitation du public. Dès lors, lorsque l'appel public à l'épargne est volontairement envisagé par les fondateurs, la société doit se conformer à la prescription relative à la forme anonyme.

35. La même obligation demeurera également lorsque les présomptions légales ci-dessus énumérées (*Voir introduction*) sont vérifiées. Dans cette dernière hypothèse, la société constituée par appel public à l'épargne, mais en violation des prescriptions légales, devra régulariser sa situation, faute de quoi les sanctions prévues par l'Acte Uniforme s'appliqueront. En effet, il peut arriver qu'une société bascule dans la catégorie de sociétés faisant appel public à l'épargne sans le savoir.

36. Relativement aux sanctions, l'Acte Uniforme envisage plusieurs sanctions : la nullité des titres émis ou des contrats conclus, la responsabilité civile des fondateurs ou des dirigeants sociaux, sans oublier les risques de sanctions pénales encourues par les fondateurs et les dirigeants sociaux.

§2 - Capital minimum dérogatoire

37. Par dérogation à l'article 387 qui fixe le capital social minimum des SA à dix millions (10 000 000) de francs CFA, l'article 824 alinéa 1 dispose : « *le capital minimum de la société dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d'un ou plusieurs États parties ou faisant publiquement appel à l'épargne pour le placement de leurs titres dans un ou plusieurs États parties est de cent millions (100 000 000) de francs CFA [...]* ».

Cette exigence d'un capital social plus élevé s'explique par le souci d'offrir aux créanciers un patrimoine consistant eu égard aux divers risques liés à l'appel public à l'épargne.

38. Cependant, en cours de vie, le capital effectif de la société peut devenir inférieur à ce capital minimum. Il en est ainsi des pertes qui peuvent réduire le capital. En pareille occurrence, la société doit se conformer aux dispositions ci-dessus, à moins de se transformer en société d'un autre type : SARL, SNC, SCS. Cette prescription est posée par l'alinéa 2 de l'article 824 en ces termes : « *le capital social ne peut être inférieur au montant prévu à l'alinéa précédent, à moins que la société ne se transforme en société d'une autre forme* ». La société encourt la nullité en cas d'inobservation de cette disposition : « *en cas d'inobservation des dispositions du présent article, tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société...* » (Article 824 alinéa 3). Bien évidemment, dans ce cas, elle ne pourra plus faire appel public à l'épargne. Toutefois, la société peut toujours régulariser sa situation en ramenant son capital à un montant au moins égal au minimum légal exigé. Ainsi en dispose l'article 824 alinéa 3 in fine : « *[la] dissolution ne peut être prononcée si, au jour où le tribunal statue sur le fond, la régularisation est intervenue* ».

39. Il importe, cependant, de préciser que l'exigence d'un capital minimum de 100 000 000 FCFA ne s'étend ni aux entreprises de l'industrie bancaire, ni à celles du secteur des assurances. La raison de cette exclusion réside dans l'assujettissement de ces sociétés à d'autres règles spéciales, notamment le droit UEMOA, CEMAC et CIMA. En effet, en droit UEMOA, la loi bancaire uniforme fixe un capital minimum bien supérieur au plancher fixé par l'acte uniforme. Aux termes de l'Avis donné par la BCEAO aux banques et établissements financiers de l'Union, avis N° 01/2007/RB du 2 novembre 2007 relatif au relèvement du capital social minimum des établissements de crédit de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA), le Conseil des Ministres de l'Union a décidé, en sa session ordinaire du 17 septembre 2007, de relever le capital social minimum applicable aux banques et établissements financiers de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA) à 10 milliards et 3 milliards respectivement.

De même, l'article 329-3 du Traité CIMA fixe le capital social des sociétés d'assurance à cinq cents millions FCFA, non compris les apports en nature.

Section 2 - Règles applicables aux opérations de constitution

40. Les opérations de constitution d'une société sont généralement fort nombreuses et la particularité de la constitution avec appel public à l'épargne ne fera qu'accroître le nombre, la durée et le coût des opérations. La loi impose qu'un document destiné à l'information du public soit publié préalablement à toute sollicitation du public. De même, les fondateurs auront l'obligation de garantir, avant de les entamer, la bonne fin des opérations, sans oublier le visa des autorités compétentes. Ce n'est qu'après avoir satisfait à toutes ces exigences que les fondateurs seront autorisés à procéder à la constitution de la société.

Il faut donc analyser séparément les opérations préalables à la constitution (§1), de la constitution elle-même (§2).

§1 - Opérations préalables à l'assemblée générale constitutive

41. Les opérations préalables à la constitution proprement dite sont de divers ordres. Il y a d'une part, les mesures d'information du public, d'autre part, les garanties de bonne fin de l'opération imposées par la loi et enfin les autorisations administratives préalables.

A - Mesures d'information du public préalablement requises

42. L'information préalable du public constitue le premier élément de mesure de la rigidité du droit de l'appel public à l'épargne. Il ressort de l'Acte Uniforme que le début des souscriptions doit être impérativement précédé de l'accomplissement de formalités informatives. Il s'agit d'une part, de l'élaboration et de la diffusion d'un document d'information et d'autre part, de l'élaboration et de la diffusion des circulaires d'information.

Aux termes des dispositions de l'article 86 de l'Acte Uniforme : « *Toute société qui fait publiquement appel à l'épargne pour offrir des titres doit, au préalable, publier dans l'État partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant, dans les autres États parties dont le public est sollicité, un document destiné à l'information du public et portant sur l'organisation, la situation financière, l'activité et les perspectives de l'émetteur ainsi que les droits attachés aux titres offerts au public* ». Il s'agit d'une obligation préalable à l'appel public à l'épargne. Le document d'information porte sur des données financières, juridiques et comptables sincères et satisfaisantes et doit être publié sur l'ensemble des territoires dont le public est sollicité, y compris l'État du siège social.

Cette disposition de l'article 85 est complétée par celles des articles 825 et suivants de l'Acte Uniforme. En effet l'article 825 dispose : « *les fondateurs publient*

avant le début des opérations de souscription des actions une notice dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales de l'État partie du siège social et, le cas échéant, des États parties dont l'épargne est sollicitée ».

43. Mais il semble que ce sont là deux formalités différentes. La notice d'information se distinguerait du document d'information en ce que celui-ci est soumis au visa des autorités alors que celle-là ne l'est pas. Il s'agirait donc de deux formalités complémentaires.

44. Contrairement à la démarche opérée en ce qui concerne la notice d'information, le législateur ne détermine pas suffisamment le contenu du document d'information. Il se contente, à l'article 86, de poser qu'il porte : « *sur l'organisation, la situation financière, l'activité et les perspectives de l'émetteur ainsi que les droits attachés aux titres offerts au public* ».

Or, la notice d'information, quant à elle, doit contenir les éléments clairement précisés à l'article 826. Il s'agit notamment des informations relatives aux caractéristiques de la société à constituer, le nombre, la valeur nominale, les catégories, les conditions et modalités de rémunération des actions, le délai ouvert pour la souscription avec l'indication de la possibilité de clôture anticipée, en cas de souscription intégrale avant l'expiration dudit délai.

45. L'acte uniforme impose également la publication préalable de circulaires d'information. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 827. Les circulaires reproduisent les énonciations de la notice prévue à l'article 826 et font référence au numéro de publication de celle-ci dans ces journaux. L'objet essentiel de la circulaire est d'exposer les projets des fondateurs quant à l'emploi des fonds provenant de la libération des actions souscrites.

46. Les supports de cette information légale sont variés. L'Acte Uniforme parle tantôt de journal habilité à recevoir des annonces légales, tantôt d'affiches (article 828 in fine) et même de brochures (article 93 in fine). Cette diversité des supports épouse la diversité des objectifs que la mesure d'information doit remplir. En effet, la publication dans un journal d'annonces légales est une mesure d'information légale alors que l'affichage et la publication de brochure sont principalement à but commercial, l'idée étant de bien vendre la société qui fait appel public à l'épargne.

47. Lorsque l'émetteur sollicite le public d'un État autre que celui de l'État du siège social, des renseignements spécifiques au marché financier de cet autre État peuvent être requis par les autorités de contrôle (article 87). Ces renseignements concernent notamment le régime fiscal des revenus, les établissements qui assurent le service financier de l'émetteur dans cet État partie, ainsi que les modes de publication des avis destinés aux investisseurs (article 87 in fine).

48. En tout état de cause, le législateur précise à l'article 88 que le projet de document d'information peut ne pas contenir certaines informations lorsque :

1°) ces informations n'ont qu'une faible importance et ne sont pas de nature à influencer l'appréciation portée sur le patrimoine, la situation financière, les résultats ou les perspectives de l'émetteur ;

2°) la divulgation de ces informations est contraire à l'intérêt public ;

3°) la divulgation de ces informations peut entraîner un préjudice grave pour l'émetteur et l'absence de publication de celles-ci n'est pas de nature à induire le public en erreur ;

4°) la personne qui fait l'offre n'est pas l'émetteur et ne peut avoir accès à ces informations.

49. L'article 95 de l'Acte Uniforme dispose que dans certaines hypothèses, l'émetteur de valeurs mobilières peut être dispensé de l'établissement du document d'information. Cependant, on peut estimer que cette disposition, bien que s'appliquant en principe à tout appel public à l'épargne, ne saurait visiblement s'appliquer à la constitution par appel public à l'épargne. La raison de cette réserve réside dans le fait que les hypothèses évoquées par cet article semblent davantage concerner des émissions de valeurs mobilières effectuées par des sociétés déjà constituées.

B. Garantie de bonne fin

50. Le législateur OHADA exige des fondateurs de fournir une garantie de la bonne fin des opérations d'appel public à l'épargne lorsque celui-ci a lieu dans un État partie autre que celui dans lequel l'appelant a son siège social. Aux termes des dispositions de l'article 85 de l'Acte Uniforme, « *lorsqu'une société dont le siège social est situé dans un État partie fait appel public à l'épargne dans un autre État partie, un ou plusieurs établissements de crédit de cet autre État partie doivent garantir la bonne fin de l'opération si le montant global de l'offre dépasse cinquante millions (50 000 000) de francs CFA* ».

51. Cette garantie a pour effet d'assurer le succès de l'opération dans une perspective de protection des épargnants de cet État partie. Il s'agit, par l'insertion d'une clause dans une convention avec un établissement de crédit de cet État, d'obtenir de ce dernier l'engagement de trouver des souscripteurs ou de souscrire lui-même des actions. Cette garantie permet ainsi d'éliminer les risques d'abandon de l'appel faute de souscripteurs suffisants.

C. Autorisation des autorités administratives

52. Le document d'information, comme l'appel public

à l'épargne, doit être soumis, le cas échéant, avant sa publication, au visa préalable des autorités administratives de contrôle. Il s'agit des autorités boursières, ou des autorités ministérielles.

53. Le visa des autorités des bourses de valeurs de l'État de la société à constituer, et le cas échéant des États où le public est sollicité, est une démarche logique dans la mesure où elles sont garantes du bon fonctionnement du marché financier. En l'absence d'une telle autorité boursière, le législateur communautaire habilite le ministre chargé des finances à octroyer le visa aux fondateurs.

54. Avant l'octroi du visa, ces autorités s'assurent que l'opération projetée est régulière et n'est pas contraire aux intérêts des investisseurs. Les autorités boursières, et le cas échéant, le ministre chargé des finances ont pouvoir pour requérir un complément, voire une modification du projet de document d'information. Ces autorités ont également la prérogative de demander aux fondateurs ou à l'établissement financier qui est le mandataire, de fournir toute justification ou explication utile, notamment en ce qui concerne la situation, l'activité et les résultats de la société (article 90 alinéa 3), sans préjudice de leur droit de requérir du commissaire aux comptes ou de tout professionnel indépendant, des investigations complémentaires.

55. L'aboutissement de la procédure administrative est l'octroi ou le refus du visa.

Le visa est refusé lorsque l'opération s'accompagne d'actes contraires aux intérêts des investisseurs de l'État partie du siège social ou lorsque les fondateurs ne satisfont pas aux demandes de l'autorité boursière ou à défaut, à celles du (des) ministre(s) des finances des États parties dont le public est sollicité (article 91). Si l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs ou, le cas échéant, le ministre des finances décide de ne pas accorder son visa, il notifie dans les mêmes conditions de délai à la société son refus motivé.

Le visa est octroyé dans le mois suivant la date de délivrance du récépissé de dépôt du document d'information. Ce délai peut passer à deux mois si les autorités sollicitent des investigations complémentaires. Si, après l'octroi du visa et avant le démarrage des opérations, des changements sont notés dans la situation juridique, financière ou comptable de la société, l'article 89 impose que le document d'information visé soit alors complété par une note d'opération qui doit comprendre :

1°) les informations relatives aux titres offerts ;

2°) les éléments comptables qui ont été publiés depuis le visa initial ;

3°) les éléments sur les faits nouveaux significatifs, de nature à avoir une incidence sur l'évaluation des titres offerts.

Lorsque le visa des autorités compétentes est acquis, les fondateurs peuvent alors procéder à l'appel public

à souscription en agissant sur le public à travers une publicité financière.

56. La constitution de la SA avec appel public à l'épargne apparaît ainsi très formaliste. Ce formalisme se manifeste d'abord à travers les diverses procédures administratives imposées par la loi avant le lancement de l'appel public à l'épargne, notamment l'élaboration de la notice d'information, des circulaires et éventuellement de la note d'opération. Ces divers documents sont publiés après le visa des autorités du marché financier. Le formalisme tient ensuite à la procédure de l'assemblée générale constitutive qu'il convient d'étudier à présent.

§2 - Assemblée générale constitutive

57. L'assemblée générale constitutive de toute SA est régie par les dispositions des articles 404 à 413 de l'Acte Uniforme. Les dispositions des articles 825 à 827 qui traitent de la constitution avec appel public à l'épargne, ne reviennent plus sur l'assemblée générale constitutive ; elles mentionnent simplement que la notice d'information doit notamment préciser les modalités de convocation de l'assemblée générale constitutive et le lieu de réunion (article 826 alinéa 1-16°) ; cela laisse supposer que ce sont les articles 404 à 413 ci-dessus qui s'appliquent. L'étude de l'assemblée générale constitutive peut être entreprise en examinant ses modalités de convocation, les conditions de sa tenue, et enfin ses compétences.

Aux termes des dispositions de l'article 404 de l'Acte Uniforme, « *l'assemblée générale constitutive est convoquée à la diligence des fondateurs après l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement des fonds.*

La convocation est faite par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception portant mention de l'ordre du jour, du lieu, de la date et de l'heure de l'assemblée.

La convocation est adressée à chaque souscripteur, quinze jours au moins avant la date de l'assemblée ».

58. La convocation de l'AG constitutive est donc subordonnée à l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versements des fonds. La déclaration notariée est un acte par lequel l'officier ministériel constate que le montant des souscriptions déclarées par les fondateurs est conforme au montant inscrit sur les bulletins de souscription (article 394 de l'Acte Uniforme). Le notaire ne peut établir cette déclaration notariée que sur présentation des bulletins de souscription et, le cas échéant, d'un certificat du dépositaire attestant le dépôt des fonds (article 393 in fine).

La convocation est effectuée à la diligence des fondateurs, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception portant mention de l'ordre du jour, du lieu, de la date et de l'heure de l'assemblée.

59. Il est un peu regrettable que sur ce point, les rédacteurs de l'Acte Uniforme n'aient pas songé à prendre en compte l'hypothèse particulière de la constitution par appel public à l'épargne. Car il eût été possible, compte tenu de l'étendue de son public, que l'AG de la SA à constituer par appel public à l'épargne puisse être convoquée par publication dans les journaux d'annonces, ou à tout le moins, dans les mêmes formes qu'en disposent les articles 81 à 96 et 825 à 827.

60. L'assemblée générale constitutive est régie, sauf dispositions contraires, par les articles 529 et suivants de l'AUDSCGIE, pour sa tenue, notamment pour la constitution de son bureau et les règles de représentation et de participation à l'assemblée. Elle est présidée par l'actionnaire majoritaire et à défaut, par le doyen d'âge (*article 407 in fine de l'Acte Uniforme*).

61. Elle a compétence pour se prononcer sur les apports en nature et les avantages particuliers consentis à certains actionnaires, notamment pour approuver ou désapprouver le rapport du commissaire aux apports sur l'évaluation de ces apports en nature et l'octroi de ces avantages particuliers. Elle a également compétence pour réduire la valeur des apports en nature ou des avantages particuliers, sous réserves de l'unanimité des actionnaires et du consentement exprès des titulaires de ces droits réduits (*article 409 de l'Acte Uniforme*).

Enfin l'AG constitutive a prérogative pour :

1. constater la souscription de toutes les actions et la libération effective des actions dans les conditions prévues par les dispositions des articles 388 et 389 de l'Acte Uniforme ;

2. adopter les statuts ;

3. nommer les premiers dirigeants de la société ainsi que le premier commissaire aux comptes ;

4. statuer sur les actes accomplis pour le compte de la société en formation ;

5. donner, le cas échéant, mandat à un ou plusieurs organes de la société de prendre les engagements pour le compte de la société avant son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier.

§3 - Sanction des opérations de constitution

62. La sanction des irrégularités des actes de constitution par appel public à l'épargne est régie par plusieurs dispositions de l'Acte Uniforme.

63. Dans un premier temps, les dispositions communes aux sociétés commerciales consacrent à l'article 75 que : « *si les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées par le présent Acte uniforme ou si une formalité prescrite par celui-ci pour la constitution de la société a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé peut demander à la juridiction compétente,*

dans le ressort de laquelle est situé le siège social, que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de la constitution. Le ministère public peut également agir aux mêmes fins». Cette disposition privilégie visiblement la régularisation conformément à l'option générale de l'Acte Uniforme.

Cependant, les dispositions spéciales semblent s'orienter vers une sanction plus sévère. Aux termes des dispositions de l'article 412 « *toute assemblée générale constitutive irrégulièrement convoquée peut être annulée dans les conditions prévues aux articles 242 et suivants du présent Acte uniforme* ».

Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés ».

Tout préjudice résultant de l'annulation de la société est mis à la charge des fondateurs par les dispositions de l'article 413 aux termes duquel : « *les fondateurs de la société auxquels la nullité de l'assemblée constitutive est imputable et les administrateurs ou l'administrateur général, selon le cas, en fonction au moment où elle a été encourue, peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les tiers de l'annulation de la société* »

64. Les irrégularités de constitutions peuvent être incriminées et sanctionnées pénalement conformément aux dispositions des articles 886 à 888 et 905 de l'Acte Uniforme. Aux termes de l'article 886, « *est constitutif d'une infraction pénale, le fait, pour les fondateurs, le président-directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint d'une société anonyme d'émettre des actions avant l'immatriculation ou à n'importe quelle époque lorsque l'immatriculation est obtenue par fraude ou que la société est irrégulièrement constituée* ».

Quant à l'article 905, elle incrimine le fait de procéder à un appel public à l'épargne en violation des articles 86 et 752 de l'Acte uniforme relatifs à l'information préalable du public.

En somme, on peut soutenir que la constitution avec appel public à l'épargne est une opération très complexe avec un trait procédurier.

La même complexité préside également à leur fonctionnement.

Chapitre 2 : Fonctionnement des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne

65. Le fonctionnement des sociétés faisant appel public à l'épargne porte l'empreinte de leur spécificité. L'appel public à l'épargne étant un outil de financement, le législateur a tenu à réglementer les valeurs mobilières grâce auxquelles ces SA interviennent sur le marché

financier, en tenant compte du souci de transparence et de protection des épargnants.

L'étude de leur gestion (Section 1) sera distinguée de celle de la mobilisation de l'épargne par appel public par le biais des valeurs mobilières (Section 2).

Section 1 - Gestion des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne

66. Seront examinées d'une part l'administration de la société (§1), d'autre part, sa direction (§2), et enfin les assemblées (§3).

§1- Administration de la société anonyme faisant appel public à l'épargne

67. L'Acte uniforme organise un système d'administration spécifique à la SA faisant appel public à l'épargne. Ce système, plus contraignant que celui des SA de droit commun, impose un conseil d'administration dont les pouvoirs sont très étendus.

A - Institution et composition du CA

68. Le caractère obligatoire du conseil d'administration est prescrit par les dispositions de l'article 828 qui dispose : « *les sociétés faisant appel public à l'épargne pour le placement de leurs titres dans un ou plusieurs États parties ou dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d'un ou plusieurs États parties sont obligatoirement dotées d'un conseil d'administration* ». Ce choix se justifie par les différents enjeux liés au fonctionnement des SA faisant appel public à l'épargne et la nécessité de tout mettre en œuvre pour garantir une efficacité de l'activité sociale à travers la collégialité des décisions. Dès lors, contrairement aux dispositions de l'article 414 alinéa 2 qui autorise la société anonyme en cours de vie sociale, à changer à tout moment son mode d'administration et de direction, les SA faisant appel public à l'épargne ne sauraient bénéficier d'un tel choix.

69. L'acte uniforme plafonne à quinze le nombre de membres du conseil d'administration avec un plancher de trois membres, lorsque la société est admise à une bourse des valeurs (*article 829 alinéa 1*). Il s'agit là d'une dérogation au droit commun car l'article 416 fixe à 12 au plus le nombre d'administrateurs admis au Conseil. La fourchette prévue à l'article 829 permet de moduler le conseil en fonction de plusieurs paramètres dont la taille de la société ou les politiques propres à chaque société. En cas de fusion, la composition du conseil peut exceptionnellement excéder le plafond de quinze membres jusqu'à concurrence du nombre total des administrateurs en fonction depuis plus de six mois dans les sociétés fusionnées, sans pouvoir être supérieur à

vingt (*article 829 alinéa 2*). En l'absence de dispositions spécifiques contraires, l'article 417 qui fixe le nombre d'administrateurs non actionnaires dans les conseils d'administration peut s'appliquer valablement aux SA faisant appel public à l'épargne. En effet, cet article dispose en son alinéa 1 : « *le conseil d'administration peut comprendre des membres qui ne sont pas actionnaires de la société dans la limite du tiers des membres du conseil* ». C'est là une possibilité pour les SA faisant appel public à l'épargne de désigner des administrateurs indépendants.

Les premiers administrateurs sont désignés par les statuts, ou le cas échéant, par l'assemblée générale constitutive (*article 419 alinéa 1*) pour un mandat au plus égal à deux ans (*article 420 alinéa 1*). En cours de vie sociale, la désignation des administrateurs est de la compétence de l'assemblée générale ordinaire (*article 419 alinéa 2*). Dans ce cas, leur mandat est de six ans au plus (*article 420 alinéa 1*). En cas de fusion, l'assemblée générale extraordinaire peut nommer des administrateurs.

Une personne morale peut être nommée administrateur. Dans ce cas, elle doit désigner une personne physique qui peut être actionnaire ou non en son sein, et dont la charge est de la représenter permanemment au conseil d'administration. Cependant, même en tant que représentant, la personne physique encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales comme s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'elle représente (*article 421*).

70. Aux termes de l'article 424, les modalités de l'élection des administrateurs sont librement fixées par les statuts qui peuvent prévoir une répartition des sièges par catégorie d'actions. Toutefois, cette libre répartition ne peut avoir pour objet ou pour effet de priver des actionnaires ou une catégorie d'actionnaires de leur éligibilité au conseil. Les administrateurs sont rééligibles sauf stipulation contraire des statuts.

En tout état de cause, la désignation des administrateurs doit être publiée au RCCM.

B - Compétences du CA

71. Le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société (*article 435 alinéa 1*), sauf à veiller à respecter l'objet social et à ne pas empiéter sur les prérogatives expressément dévolues aux autres organes, notamment aux assemblées d'actionnaires (*article 435 alinéa 2*). Les limitations des pouvoirs du conseil d'administration ne sont pas opposables aux tiers.

Le conseil d'administration dispose notamment des pouvoirs :

- de préciser les objectifs de la société et l'orientation qui doit être donnée à son administration ;

- d'exercer un contrôle permanent de la gestion assurée, selon le mode de direction retenu, par le président-directeur général ou par le directeur général ;
- d'arrêter les comptes de chaque exercice.

72. À cette liste, il faut ajouter la compétence de convoquer les assemblées générales (ordinaires ou extraordinaires). Il faut également ajouter les diverses autres prérogatives conférées au conseil d'administration par plusieurs autres dispositions de l'Acte Uniforme. Par exemple, le conseil a compétence notamment pour :

- déplacer le siège social dans les limites du territoire d'un même État partie (*article 27*), sous réserves d'une ratification de la décision par la prochaine assemblée générale ordinaire. Faute de ratification, la décision devient caduque (*article 451*) ;
- autoriser la conclusion des conventions réglementées.

C - Fonctionnement du CA

73. Il faut examiner la convocation des réunions du CA, les personnes habilités à prendre part à ces réunions, et enfin, les modalités et les conditions de validité des délibérations.

Le conseil d'administration, en tant qu'organe d'exécution, doit se réunir régulièrement. Mais l'Acte Uniforme n'a pas jugé nécessaire d'imposer une quelconque fréquence pour ces réunions. Il se contente de disposer à l'article 453 alinéa 2 que le conseil d'administration se réunit aussi souvent que nécessaire. Les réunions du CA sont convoquées, selon le cas, par le président-directeur général ou par le président du conseil d'administration. Aucun mode particulier de convocation n'est défini, contrairement aux convocations des assemblées d'actionnaires, minutieusement réglementées par l'article 831. L'alinéa 1 de l'article 453 laisse le soin aux statuts de définir les règles relatives à la convocation et aux délibérations du conseil d'administration.

En tout état de cause, pour pallier toute inertie du président du CA, le législateur a tenu, par le biais de l'article 453 alinéa 3, à conférer des moyens d'action aux administrateurs afin que le CA puisse se réunir autant de fois que l'intérêt de la société l'exige.

74. Les réunions du Conseil d'administration sont présidées par son président. Sa voix est prépondérante en cas de partage de voix sauf dispositions statutaires contraires. En cas d'empêchement du président, les séances du Conseil d'administration sont présidées par l'administrateur possédant le plus grand nombre d'actions ou, en cas d'égalité, par le doyen en âge, à moins que les statuts n'en disposent autrement (*article 457 in fine*).

75. La participation aux délibérations peut se faire par procuration, sous réserves de la limitation fixée à une

procuration par l'administrateur au cours de la même séance (*article 456*). Cette possibilité peut, toutefois, être exclue par les statuts de la société.

Les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des membres présents ou représentés, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte (*article 454 alinéa 2*).

Participent aux réunions du CA, les administrateurs, éventuellement le directeur général et ses adjoints, les commissaires aux comptes, et toute personne appelée à y prendre part.

76. La validité des délibérations est subordonnée à deux conditions cumulatives. D'abord, tous les membres doivent être régulièrement convoqués (*article 453 in fine*) ; ensuite, la moitié au moins des membres doit être présente. Toute clause contraire des statuts est réputée non écrite (*article 454 alinéa 1*).

Aux termes de l'article 458, « *les délibérations du conseil d'administration sont constatées par des procès-verbaux établis sur un registre spécial tenu au siège social, coté et paraphé par le juge de la juridiction compétente.*

Toutefois, les procès-verbaux peuvent être établis sur des feuilles mobiles numérotées sans discontinuité, paraphées dans les conditions prévues à l'alinéa précédent et revêtues du sceau de l'autorité qui les a paraphées [...] ». La technique du paraphe ou de la cote permet de s'assurer de l'authenticité des registres et de lutter contre les fraudes. C'est pourquoi le législateur interdit toute addition, suppression, substitution ou interversion de feuilles et impose ainsi les règles minimales de tenue des registres.

77. En résumé, il convient de retenir que le conseil d'administration est la clé de voûte de toute société anonyme, et en particulier, des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne. Le législateur a voulu que le conseil s'occupe effectivement de la gestion, c'est la raison pour laquelle il autorise les administrateurs constituant le tiers au moins des membres du conseil d'administration à convoquer le conseil d'administration, si celui-ci ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois (*article 453 alinéa 3*). Le conseil doit donc jouer son rôle central d'administration de la société, la direction, n'assurant qu'une fonction exécutive.

§2 - Direction de la société

78. L'acte uniforme propose deux formules de direction : soit les fondateurs optent pour un président du conseil d'administration et un directeur général, soit ils choisissent un président-directeur général (*article 415*).

79. Les fondateurs peuvent librement choisir entre l'une ou l'autre formule. Toutefois, les deux possibilités offertes par l'article 415 sont exclusives de toute autre, les fondateurs ne disposant d'aucune marge de

manœuvre pour aménager les termes de chaque option. Ainsi, suivant avis de la CCJA en date du 26 avril 2000, en l'absence de dispositions expresses de l'acte uniforme qui le consacrent, la création par les statuts d'un poste de vice-président constituerait une violation de la loi. En l'espèce, le Gouvernement de la République du Sénégal avait saisi la CCJA dans le but de savoir s'il était possible, dans le cadre de la mise en harmonie des statuts des sociétés anonymes avec les dispositions de l'acte uniforme, d'instituer un poste de vice-président dans les organes dirigeants des banques et établissements financiers. La Haute juridiction a répondu par la négative. Selon le juge communautaire, « *l'article 909 de l'Acte Uniforme concerné ayant édicté que « la mise en harmonie a pour objet d'abroger, de modifier et remplacer, le cas échéant, les dispositions statutaires contraires aux dispositions impératives du présent Acte Uniforme et de leur apporter les compléments que le présent Acte Uniforme rend obligatoire », il s'ensuit qu'il ne peut être possible, sans dénaturer et violer l'objet de cette mise en harmonie ainsi juridiquement et restrictivement circonscrit, d'instituer dans ce cadre spécifique, un poste de vice-président dans les organes dirigeants des sociétés commerciales visées par la demande ».*

A - Option Président-directeur général

80. Le poste de président-directeur général est réglementé par les dispositions des articles 462 à 469 et éventuellement par celles de l'article 830 de l'Acte uniforme. Le président-directeur général est nommé par le conseil d'administration parmi ses membres. Il doit, sous de nullité de la nomination, être une personne physique ; il peut être lié à la société par un contrat de travail. L'institution d'un tel poste serait une nouveauté pour la plupart des États parties compte tenu de la prévalence, avant l'acte uniforme, de la formule du président administrateur délégué, en application de la loi française de 1867 (*POUGOUÉ (P. G.) et alii, Note sous l'article 462 de l'AUSC/GIE, in « le Traité OHADA, Traité et Actes Uniformes commentés et annotés », JURISCOPE, 2008*).

81. Le président-directeur général exerce les fonctions de président du conseil d'administration et celle de directeur général de la société. Son mandat, renouvelable, ne peut cependant excéder celui qu'il exerce en qualité d'administrateur (*article 463*). Il est interdit d'exercer simultanément plus de trois mandats de président-directeur général dans des sociétés ayant leur siège sur le territoire d'un même État partie. De même, le mandat de président-directeur général n'est pas cumulable avec plus de deux mandats d'administrateur général ou de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie (*article 464 alinéas 1 et 2*). Cette limitation qui semble s'inspirer de celle de l'article 425 relativement au nombre de mandats

simultanés que peut exercer un administrateur, se justifie par la crainte de voir le président-directeur général être submergé par ses multiples fonctions.

82. En tant que président du conseil d'administration et directeur général, on comprend aisément que l'article 465 alinéas 1 et 2 donne compétence au président-directeur général de présider le conseil d'administration et les assemblées, d'assurer la direction générale de la société et de la représenter dans ses rapports avec les tiers. À cette fin, il est investi des pouvoirs les plus étendus qu'il exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués aux assemblées générales ou spécialement réservés au conseil d'administration par des dispositions légales ou statutaires (*article 465 alinéa 3*).

83. Cependant, conformément à l'article 122 qui, sous réserve de la bonne foi des tiers, engage la société pour les actes de gestion, de direction et d'administration outrepassant l'objet social, l'article 465 alinéas 3, 4 et 5 dispose : « *Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée par les actes du président-directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions et limites fixées à l'article 122 du présent Acte uniforme.* »

Les stipulations des statuts, les délibérations des assemblées générales ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du président-directeur général sont inopposables aux tiers de bonne foi ».

Contrairement aux dispositions de l'article 326 qui, dans les SARL, subordonne la révocation du gérant à des justes motifs, l'article 469 consacre la révocation ad nutum du président-directeur général par le conseil d'administration.

84. En cas d'empêchement, le conseil d'administration peut déléguer un administrateur dans les fonctions du président-directeur général.

85. Afin d'aider et d'assister le président-directeur général dans ses tâches, le législateur prévoit la possibilité de nommer un directeur général adjoint. Aux termes de l'article 470, « *sur la proposition du président-directeur général, le conseil d'administration peut donner mandat à une ou plusieurs personnes physiques d'assister le président-directeur général en qualité de directeur général adjoint* ». Le conseil d'administration fixe alors librement la durée de son mandat sous réserve, s'il s'agit d'un administrateur, de ne pas excéder la durée de son mandat d'administrateur. Il détermine également les prérogatives du directeur général adjoint et les modalités de sa rémunération.

Dans ses rapports avec les tiers, le directeur général adjoint a les mêmes pouvoirs que le président-directeur général. À cet égard, il engage la société envers les tiers par ses actes, y compris ceux qui ne relèvent pas de l'objet social, sans que les limitations statutaires de ses

pouvoirs puissent être opposables aux tiers de bonne foi (*article 472 alinéas 1 et 2*).

B - Option PCA et Directeur général

86. Dans les hypothèses où la présidence du conseil d'administration est dissociée de la direction générale de la société, le législateur a organisé ces institutions successivement aux articles 477 à 484 et 485 à 493 l'Acte Uniforme.

87. La présidence du conseil d'administration est organisée par les articles 477 à 484. Le président du conseil d'administration est désigné par le conseil d'administration parmi ses membres. Il doit être une personne physique à l'instar du président-directeur général. Toutes les dispositions applicables au président-directeur général en sa qualité de président du conseil d'administration lui sont généralement applicables. Ainsi, le législateur prescrit ici également, au même titre qu'à propos du président-directeur général, une limitation du cumul de mandat. Aux termes de l'article 479 alinéas 1 et 2, « *nul ne peut exercer simultanément plus de trois mandats de président du conseil d'administration de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie.* »

De même, le mandat de président du conseil d'administration n'est pas cumulable avec plus de deux mandats d'administrateur général ou de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie ».

88. Le président du conseil d'administration, à l'instar du président-directeur général, préside les réunions du conseil d'administration et les assemblées générales. Il doit veiller à ce que le conseil d'administration assume le contrôle de la gestion de la société confiée au directeur général.

À toute époque de l'année, il opère les vérifications qu'il juge opportunes et peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles à l'accomplissement de sa mission.

Ses modalités de rémunération, de révocation sont déterminées par les mêmes principes que ceux qui régissent le président-directeur général.

89. En cas d'empêchement temporaire du président, le conseil d'administration peut déléguer l'un de ses membres dans les fonctions de président. En cas de décès, de démission ou de révocation du président, le conseil d'administration, nomme un nouveau président ou délègue un administrateur dans les fonctions de président (*article 483*).

90. L'article 485 donne compétence au conseil d'administration de nommer parmi ses membres un directeur général qui peut se faire assister par une ou plusieurs

personnes en qualité de directeurs généraux adjoints. Leur statut est organisé à la manière de celui consacré par les articles 470 à 476 dans le cadre du conseil d'administration avec président-directeur général.

91. Il convient de retenir en définitive que la direction des SA faisant appel public à l'épargne, parce que celles-ci sont obligatoirement dotées d'un conseil d'administration, s'effectue suivant les deux régimes proposés par l'article 415 de l'Acte Uniforme, à savoir une SA dirigée par un président du conseil d'administration et un directeur général, ou par un président-directeur général.

92. Quels que soient le mode d'administration et la formule de direction choisis, le fonctionnement de la société se fait suivant les orientations générales dégagées par les assemblées, organes suprêmes de décisions de toute société commerciale.

§3 - Assemblées dans les SA faisant appel public à l'épargne

93. Il s'agit d'analyser essentiellement les assemblées d'actionnaires, même si l'Acte Uniforme régit aussi les assemblées d'obligataires aux articles 795 à 814.

Les assemblées d'actionnaires dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne sont régies par les dispositions de l'article 831 et celles non contraires des articles 516 à 561 de l'Acte Uniforme. L'Acte uniforme a édicté des règles communes à toutes les assemblées, et des règles propres à chaque type d'assemblée.

A - Règles communes à toutes les assemblées d'actionnaires

I - Convocation de l'assemblée

94. En tant que société obligatoirement dotée d'un conseil d'administration, l'assemblée dans la SA faisant appel public à l'épargne est convoquée par le Conseil d'administration à la diligence de son président (*article 516 alinéa 1*). Toutefois, l'acte uniforme habilite certaines personnes à convoquer l'assemblée lorsque le président du conseil d'administration n'y pourvoit pas lui-même.

Ainsi, l'article 516 alinéa 2 autorise le commissaire aux comptes à le faire, après avoir vainement requis du conseil d'administration la convocation de l'assemblée et ce, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette faculté accordée aux commissaires aux comptes est très importante en ce qu'elle leur permet d'exercer leur mission d'alerte conformément à l'article 150 de l'Acte Uniforme. À cet effet, l'article 516 est à rapprocher de l'article 156 qui permet aux commissaires aux comptes, dans le cadre d'une procédure d'alerte, de

convoquer l'assemblée, en cas d'inertie du président du conseil d'administration et sous réserve de lui avoir vainement requis sa convocation. La même faculté lui est également reconnue par l'article 236.

Par ailleurs, les actionnaires sont habilités à requérir la convocation de l'assemblée. Cette prérogative est reconnue par l'article 516 alinéa 2-2° aux actionnaires représentant au moins le dixième du capital social, s'il s'agit d'une assemblée générale, ou le dixième des actions de la catégorie intéressée, s'il s'agit d'une assemblée spéciale. Il appartient alors au juge, statuant à bref délai, de désigner un mandataire à cet effet.

De même, le juge peut, à la demande de tout autre intéressé, désigner un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée. À ce titre, l'article 228 qui traite de la liquidation amiable dispose que, faute pour le liquidateur de convoquer l'assemblée des associés pour lui faire son rapport, il est procédé à la convocation de celle-ci par un mandataire désigné par décision de justice à la demande de tout intéressé. Il a été jugé que le juge compétent pour procéder à la désignation du mandataire en cas d'urgence est le juge des référés (*Cour suprême du Niger, arrêt n° 01-158/C du 16/8/01, SNAR LEYMA c/Groupe HIMA SOULEY*).

Enfin, l'article 516 in fine dispose que le liquidateur peut convoquer l'assemblée.

95. En raison de l'appel public à l'épargne, la convocation de l'assemblée intervient à la fois suivant les formes prescrites pour la convocation des actionnaires dont les actions sont nominatives et selon les modes de convocation des associés dont les actions sont au porteur. Ainsi, la convocation pourra être faite aux frais de la société soit par un avis inséré dans un journal d'annonces légales, soit par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

L'avis de convocation doit parvenir ou être porté à la connaissance des actionnaires quinze jours au moins avant la date de l'assemblée sur première convocation et, le cas échéant, six jours au moins pour les convocations suivantes.

Lorsque l'assemblée est convoquée par un mandataire de justice, le juge peut fixer un délai différent (*article 518 in fine*).

96. L'acte de convocation indique les éléments mentionnés à l'article 519 alinéa 1. En raison des risques inhérents aux actions aux porteurs et afin de déterminer la légitimité des droits du porteur, la convocation peut indiquer où celles-ci ou leur certificat de dépôt doivent être déposés, pour ouvrir droit à leur titulaire de participer à l'assemblée. La convocation indique également la date à laquelle ce dépôt doit être fait.

97. La compétence de déterminer l'ordre du jour de l'assemblée appartient à l'auteur de la convocation (*article 520 alinéa 1*). Cependant, lorsque l'assemblée

est convoquée par un mandataire désigné par le juge, il revient à celui-ci de fixer l'ordre du jour (*article 520 alinéa*).

98. Par ailleurs, (*article 520 alinéa 3*), un ou plusieurs actionnaires ont la faculté de requérir l'inscription, à l'ordre du jour de l'assemblée générale, d'un projet de résolutions lorsqu'ils représentent :

- 5 % du capital, si le capital de la société est inférieur à un milliard (1 000 000 000) de francs CFA ;
- 3 % du capital, si le capital est compris entre un milliard (1 000 000 000) et deux milliards (2 000 000 000) de francs CFA ;
- 0,50 % du capital, si celui-ci est supérieur à deux milliards (2 000 000 000) de francs CFA.

Dans ce cas, ils doivent justifier qu'ils détiennent la fraction du capital requise et accompagner leur demande du projet de résolution précédé d'un bref exposé des motifs. S'il s'agit d'une résolution portant sur la présentation d'un candidat au poste d'administrateur, ils fournissent les renseignements exigés par l'article 523 de l'Acte Uniforme.

99. Le législateur sanctionne par la nullité les convocations irrégulières. Toutefois, parce qu'elle est relative, cette nullité sera couverte si tous les actionnaires sont présents ou représentés (*article 519 in fine*).

II - Tenue de l'assemblée

100. La tenue de l'assemblée dans les SA faisant appel public à l'épargne est subordonnée au respect des prescriptions des dispositions spéciales de l'article 831 aux termes desquelles, « *avant la réunion de l'assemblée des actionnaires, les sociétés faisant appel public à l'épargne pour le placement de leurs titres ou dont les titres sont inscrits dans un ou plusieurs États parties sont tenues de publier dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales de l'État partie du siège social et, le cas échéant, des autres États parties dont le public est sollicité un avis contenant :*

- 1°) *la dénomination sociale suivie, le cas échéant, du sigle de la société ;*
- 2°) *la forme de la société ;*
- 3°) *le montant de son capital ;*
- 4°) *l'adresse du siège social ;*
- 5°) *l'ordre du jour de l'assemblée ;*
- 6°) *le texte des projets de résolutions qui seront présentés à l'assemblée par le conseil d'administration ;*
- 7°) *le lieu où doivent être déposées les actions ;*
- 8°) *sauf, dans les cas où la société distribue aux actionnaires un formulaire de vote par correspondance, les lieux et les conditions dans lesquelles peuvent être obtenus ces formulaires ».*

101. Peuvent prendre part aux assemblées, tous les

actionnaires de la société, personnes physiques ou morales (*par le biais de leurs représentants*). Cependant, comme ci-dessus mentionné, la loi subordonne la participation de certains actionnaires à des conditions. Il en est ainsi des possesseurs d'actions au porteur qui doivent déposer leurs actions ou les certificats de dépôts au lieu et à la date indiquée par l'acte de convocation (*article 519 alinéa 2*).

De même, peuvent participer aux assemblées les commissaires aux comptes lorsqu'ils doivent présenter un rapport à l'assemblée générale ordinaire annuelle (*article 711*) et les commissaires à la fusion conformément aux dispositions des articles 672 et suivants de l'Acte Uniforme.

Les représentants des groupements des obligataires sont admis à prendre part aux assemblées (*article 791*), de même que les administrateurs non actionnaires.

102. Assemblée fonctionne grâce à un bureau composé d'un président, de deux scrutateurs et d'un secrétaire. Le président du Conseil d'administration ou le PDG selon les cas, préside le bureau.

En cas d'empêchement du président, l'article 407 alinéa 2 et l'article 529 disposent qu'elle est présidée par l'actionnaire ayant le plus grand nombre d'actions ou, à défaut, par le doyen d'âge.

Les deux actionnaires représentant le plus grand nombre d'actions par eux-mêmes ou comme mandataires, sont nommés scrutateurs, sous réserve de leur acceptation (*article 530*). L'assemblée nomme également un secrétaire chargé d'établir le procès-verbal. Il peut être nommé en dehors des actionnaires.

103. Aux termes de l'article 522, « *l'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à son ordre du jour* ». Le procès-verbal des délibérations de l'assemblée indique la date et le lieu de réunion, la nature de l'assemblée, le mode de convocation, l'ordre du jour, la composition du bureau, le quorum, le texte des résolutions soumises au vote de l'assemblée et le résultat des votes pour chaque résolution, les documents et rapports présentés à l'assemblée et un résumé des débats. Il est signé par les membres du bureau et archivé au siège social avec la feuille de présence et ses annexes conformément aux dispositions de l'article 135 du présent Acte uniforme (*article 535*) et peut être certifié par le président-directeur général, le président du conseil d'administration ou le liquidateur (ou un seul d'entre eux s'ils sont deux ou plusieurs).

104. Pour l'exercice du droit de vote, tout actionnaire peut se faire représenter par un mandataire de son choix, et tout actionnaire peut recevoir mandat pour représenter un autre (*article 538*). On note une certaine flexibilité du législateur sur ce point car la procuration peut être donnée sans autre limite que celle résultant des dispositions légales ou statutaires fixant le nombre de voix dont peut disposer une même personne, tant

en son nom personnel que comme mandataire. La procuration doit contenir les mentions prescrites par l'article 530 alinéa 3.

105. Dans les assemblées d'actionnaires, le droit de vote, régi notamment par les articles 129, 543 alinéa 1 et 751 alinéa 1, est proportionnel à la fraction du capital détenue par l'actionnaire. En effet, l'article 543 dispose : « *le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité du capital qu'elles représentent et chaque action donne droit à une voix* ». Cette disposition est complétée par celle de l'article 751 alinéa 1 dans laquelle le législateur rappelle qu'« *à chaque action, est attaché un droit de vote proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente et [que] chaque action donne droit à une voix au moins* ». Toutefois, l'article 752 prévoit la possibilité de conférer un droit de vote double aux titulaires des actions nominatives entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis au moins deux ans au nom d'un même actionnaire. De même, en cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission, il peut être accordé des actions avec un droit de vote double, dès lors qu'à raison des actions anciennes pour lesquelles il bénéficie déjà de ce droit, l'actionnaire reçoit gratuitement de nouvelles actions nominatives (*Art. 751 alinéa 2*).

B - Règles spécifiques à chaque catégorie d'assemblée

106. Trois catégories d'assemblée doivent être envisagées : l'assemblée générale ordinaire, l'assemblée générale extraordinaire et enfin l'assemblée spéciale.

I - Assemblée générale ordinaire (AGO)

107. Son organisation ressort des articles 546 à 550 de l'Acte Uniforme. L'AGO dispose d'une compétence générale en ce qu'elle intervient dans toute question sous réserve des compétences expressément réservées à l'assemblée générale extraordinaire et à l'assemblée spéciale (article 546). Il lui revient donc notamment de :

- statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice ;
- décider de l'affectation du résultat ;
- nommer les membres du conseil d'administration ainsi que le commissaire aux comptes ;
- approuver ou refuser d'approuver les conventions conclues entre les dirigeants sociaux et la société ;
- autoriser l'émission d'obligations ;
- approuver le rapport du commissaire aux comptes prévu par les dispositions de l'article 547 du présent Acte uniforme.

108. L'assemblée générale ordinaire ne peut efficacement délibérer que si les actionnaires ou les participants

ont pleine connaissance des résolutions qui seront débattues durant les séances. Pour ce faire, l'information des actionnaires est un point essentiel de la vie de la société. C'est la raison pour laquelle, l'acte uniforme confère à chacun d'eux un droit d'accès à l'information, soit par une communication des documents, soit par la possibilité qui leur est offerte d'obtenir une copie de ces documents. Ainsi, l'article 525 prévoit, en ce qui concerne l'assemblée générale ordinaire annuelle, que tout actionnaire a le droit, par lui-même ou par le mandataire qu'il a nommément désigné pour le représenter à l'assemblée générale, de prendre connaissance au siège social des documents tels que les états financiers de synthèse de l'exercice, les rapports du commissaire aux comptes et du conseil d'administration ou de l'administrateur général qui sont soumis à l'assemblée, le montant global certifié par les commissaires aux comptes des rémunérations versées aux dix ou cinq dirigeants sociaux et salariés les mieux rémunérés selon que l'effectif de la société excède ou non deux cents salariés, etc.

109. L'assemblée générale ordinaire se réunit au moins une fois par an dans les six mois de la clôture de l'exercice (sauf prorogation de ce délai par le juge) et ne délibère valablement, sur première convocation, que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis (*article 549*).

II - Assemblée générale extraordinaire

110. Organisée par les articles 551 à 554, elle est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions, à autoriser les fusions, scissions, transformations et apports partiels d'actif, à transférer le siège social en toute autre ville de l'État partie où il est situé, ou sur le territoire d'un autre État et à dissoudre par anticipation la société ou en proroger la durée. Elle peut également, sous réserve de leur acceptation, augmenter les engagements des actionnaires.

111. L'assemblée générale extraordinaire statue à la majorité des deux tiers des voix exprimées, sauf pour le transfert du siège de la société d'un État à un autre, qui requiert l'unanimité (*article 554*).

112. La particularité de l'assemblée générale extraordinaire est que :

- tout actionnaire peut y participer sans qu'une limitation du nombre de voix puisse lui être opposable (*article 552*) ;
- elle ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié des actions, sur première convocation, et le quart des actions, sur deuxième convocation et même sur troisième convocation (*article 553*).

III. Assemblée spéciale

113. Elle est régie par les articles 555 à 557 de l'Acte uniforme. Elle délibère sur les questions se rapportant aux droits des titulaires d'une catégorie déterminée d'actions. Aux termes de l'article 555, « *l'assemblée spéciale réunit les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée.*

L'assemblée spéciale approuve ou désapprouve les décisions des assemblées générales lorsque ces décisions modifient les droits de ses membres.

La décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions, n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie ».

Section 2 : Mobilisation de l'épargne dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne par recours aux valeurs mobilières

114. Selon l'article 81 de l'acte Uniforme, « *sont réputées faire publiquement appel à l'épargne :*

- *les sociétés dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d'un État partie, à dater de l'inscription de ces titres ;*
- *les sociétés qui, pour offrir au public d'un État partie des titres, quels qu'ils soient, ont recours soit à des établissements de crédit ou agents de change, soit à des procédés de publicité quelconque, soit au démarchage.*

Il y a également appel public à l'épargne, dès lors qu'il y a diffusion des titres au-delà d'un cercle de cent (100) personnes. Pour l'appréciation de ce chiffre, chaque société ou organisme de placement collectif en valeurs mobilières constitue une entité unique. »

115. Le droit d'offrir au public des titres librement négociables est l'une des spécificités de la société faisant appel public à l'épargne. À ce titre, il n'est pas sans intérêt, dans l'étude de ces SA, de revenir sur ces titres grâce auxquels elles interviennent sur le marché financier. Pour ce faire, une typologie des valeurs mobilières sera dressée (§ 1), avant que ne soient présentés les droits qui leur sont attachés (§2).

§1 - Typologie des valeurs mobilières émises par les SA faisant appel public à l'épargne

116. Aux termes de l'article 744 : « *les sociétés anonymes émettent des valeurs mobilières dont la forme, le régime et les caractéristiques sont énumérés au présent Titre.*

Elles confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès directement ou indirectement à une quotité du capital de la société émettrice, ou à un droit de créance général sur son patrimoine.

Elles sont indivisibles à l'égard de la société émettrice.

L'émission de parts bénéficiaires ou de parts de fondateur est interdite ».

À la lecture de ce texte, on distingue deux classes de titres. D'une part, les titres dont l'émission est autorisée aux SA faisant appel public à l'épargne, et d'autre part, les titres dont l'émission est interdite. Il s'agit dans cette dernière hypothèse, des parts bénéficiaires ou des parts de fondateur. Ainsi, deux grandes catégories de valeurs mobilières sont émises par les SA faisant appel public à l'épargne. D'un côté, il y a les actions, qui sont de loin les titres les plus usuels et les plus nombreux ; de l'autre, il convient d'ajouter les obligations et éventuellement d'autres titres dont la création est, en principe, laissée à la discrétion des parties.

A - Actions

117. À la lumière de l'article 51 de l'acte Uniforme, l'action peut être définie comme un titre négociable qui représente une fraction du capital, émis par les sociétés anonymes et conférant aux actionnaires des droits en contrepartie de leurs apports. L'AU distingue deux catégories d'actions : les actions de numéraire et les actions d'apport. L'article 748 dispose : « *les actions de numéraire sont celles dont le montant est libéré en espèces ou par compensation de créances certaines, liquides et exigibles sur la société, celles qui sont émises par suite d'une incorporation au capital de réserves, bénéfiques, ou primes d'émission, et celles dont le montant résulte pour partie d'une incorporation de réserves, de bénéfiques ou de primes d'émission et pour partie d'une libération en espèces. Ces dernières doivent être intégralement libérées lors de la souscription.*

Toutes les autres actions sont des actions d'apport ».

Il est important donc de revenir sur cette distinction retenue par l'Acte Uniforme, avant de mettre en lumière les caractéristiques de l'action en tant que titre négociable.

I - Distinction entre les actions

118. Sur la distinction entreprise par l'Acte Uniforme, on constate qu'elle est exclusivement articulée autour de la nature de l'apport, d'où cette différenciation entre action de numéraire et action d'apport. En effet, hormis l'admission conditionnée et exceptionnelle de l'apport de main-d'œuvre ou apport en industrie (*article 40*), l'acte uniforme a retenu principalement l'apport en numéraire et l'apport en nature comme les principales composantes du capital social. Il en résulte que les actions rémunérant les apports en numéraires sont dites actions de numéraire, tandis que les autres actions sont considérées comme des actions d'apport.

119. Cependant, en dépit de ses mérites, ce critère de distinction ne semble pas prendre en compte les autres

possibilités de classification des actions. Par exemple, il était possible de distinguer les actions selon les avantages qu'elles procurent au détenteur ou selon le risque qui leur est associé, ou encore suivant la forme du titre. Ainsi, sur la base de ces autres critères on pourrait faire la différence entre actions au porteur et actions nominatives, actions de capital et actions de jouissance et enfin entre actions ordinaires et actions privilégiées.

a - Action nominative et action au porteur

120. L'action nominative se distingue de l'action au porteur en ce qu'elle est individualisée parce que libellée au nom de son titulaire, alors que la dernière ne l'est guère. En outre, le mode de transmission de l'action au porteur est simplifié car celle-ci peut se faire par simple tradition alors que l'action nominative ne peut circuler qu'après inscription sur les registres de la société du nom du cessionnaire suivi de la radiation du nom du cédant (*article 764 alinéa 1-2°*). Le principe qui se dégage des dispositions de l'article 745 de l'Acte Uniforme est que les fondateurs ou les actionnaires peuvent librement choisir la forme des actions sous réserves notamment des restrictions imposées par les articles 749, 752, 753 et 830 alinéas 1 et 3. Ces restrictions concernent respectivement la libération des actions (*article 749*), l'attribution du droit de vote double (*articles 752 et 753*) et la forme des actions appartenant aux personnes exerçant des fonctions de direction et d'administration dans les sociétés cotées (*article 830*).

Cependant, les SA faisant appel public à l'épargne peuvent émettre des titres dématérialisés, c'est-à-dire uniquement inscrits en compte.

b - Action de capital et action de jouissance

121. La différence entre action de capital et action de jouissance tient au fait que celle-là correspond encore à une quotité du capital social, tandis que celle-ci ne représente plus une partie du capital, son montant ayant été remboursé à son titulaire par voie d'amortissement. Les actions intégralement amorties sont appelées actions de jouissance. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 653 : « *les actions peuvent être intégralement ou partiellement amorties. Les actions intégralement amorties sont dites actions de jouissance* ». En principe, l'action amortie conserve à son titulaire tous ses droits (*article 656*). Toutefois, l'actionnaire ne peut plus bénéficier du premier dividende prévu à l'article 145. Par ailleurs, l'article 657 alinéa 1 autorise que l'action de jouissance puisse être reconvertie en action de capital (« *L'assemblée générale extraordinaire peut décider de reconvertir les actions intégralement ou partiellement amorties en actions de capital* »).

c - Action privilégiée et action ordinaire

122. La particularité de l'action privilégiée par rapport à l'action ordinaire réside en ce que l'action privilégiée confère, comme son nom l'indique, des avantages particuliers à son titulaire, des privilèges par rapport aux droits résultant des actions ordinaires. Cette situation a le paradoxe de rompre le principe d'égalité (proportionnalité) entre actionnaires. La création des actions privilégiées est prévue par l'article 755 qui dispose : « *nonobstant les dispositions de l'article 754 du présent Acte uniforme, lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes les autres actions. Ces avantages peuvent notamment être une part supérieure dans les bénéfices ou le boni de liquidation, un droit de priorité dans les bénéfices, des dividendes cumulatifs* ».

123. En France, depuis une loi du 13 juillet 1978, il est possible de créer des actions de priorité sans droit de vote, ainsi qu'il ressort désormais de l'article L. 225-126 du Code de commerce. La technique permettrait à la société de faire appel à des capitaux extérieurs sans que cela n'affecte les droits politiques des premiers actionnaires.

124. En résumé, bien que le législateur ait retenu à l'article 748 le seul critère de la nature des apports pour établir la typologie des actions, il était tout à fait possible de recourir à d'autres critères. Mais, dans tous les cas, qu'elle soit une action de numéraire ou d'apport, l'action a sa spécificité en tant que titre social.

II - Caractéristiques des actions

125. En tant que titres sociaux, les actions présentent les caractéristiques suivantes :

– Ce sont des biens meubles par détermination de la loi. Ainsi en dispose l'article 52 de l'Acte uniforme : « *les titres sociaux sont des biens meubles* ».

– Les actions sont des titres négociables. L'article 57 dispose en effet : « *les actions sont cessibles ou négociables* ». La négociabilité est l'aptitude à être cédée selon des procédés simples différents de la procédure de droit commun. Mais, seules les actions peuvent être négociables, exclusion faite des parts sociales, c'est-à-dire les titres sociaux émis par les SNC, les SCS, les SARL. C'est la raison pour laquelle l'article 58 alinéa 2 interdit aux sociétés autres que les sociétés anonymes l'émission de titres négociables (« *L'émission de ces titres est interdite pour les sociétés autres que celles visées au premier alinéa du présent article, à peine de nullité des contrats conclus ou des titres émis. Il leur est également interdit de garantir une émission de titres négociables, à peine de nullité de la garantie* »). Cependant, le législateur OHADA

subordonne la négociabilité des actions à l'immatriculation de la société au RCCM et, le cas échéant, à l'inscription modificative suite à une augmentation de capital. Outre l'immatriculation au RCCM, l'Acte uniforme impose également la libération complète des actions de numéraires avant leur négociabilité.

– Les actions sont des titres librement transmissibles. La libre transmissibilité des titres est intimement liée à leur négociabilité en ce que la première est une condition préalable de la seconde. Cette liberté de transmission des titres résulte expressément de l'article 764 de l'Acte Uniforme. Toutefois, les statuts peuvent limiter la libre transmissibilité des actions (*article 765*) ;

– Les actions peuvent être nanties. En tant qu'objet de droit patrimonial, et en raison de sa nature de bien meuble par détermination de la loi, l'action est susceptible de nantissement conformément aux dispositions des articles 63 et suivants de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés. Mais, l'article 747 de l'AUSCGIE précise que la constitution en gage de valeurs mobilières inscrites en compte est réalisée tant à l'égard de la personne morale émettrice qu'à l'égard des tiers, par une déclaration datée et signée par le titulaire. Cette déclaration contient le montant de la somme due ainsi que le montant et la nature des titres constitués en gage. Les titres nantis sont virés sur un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par la personne morale émettrice ou l'intermédiaire financier, selon le cas. Une attestation de constitution de gage est délivrée au créancier gagiste.

126. En conclusion, on peut retenir que, pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, les actions sont les premiers instruments d'intervention, sur le marché réglementé. Elles sont susceptibles d'être classifiées suivant plusieurs critères. Elles peuvent être nanties et se caractérisent particulièrement par leur libre cessibilité, leur négociabilité compte tenu de leur nature de biens meubles. Cependant, l'action n'est qu'un élément des valeurs mobilières dont la création est autorisée par la loi.

B - Autres titres émis par les SA faisant appel public à l'épargne

127. À côté des actions qui apparaissent comme les titres les plus nombreux et grâce auxquelles la société peut intervenir sur le marché pour la mobilisation de l'épargne, il faut ajouter une diversité d'autres valeurs mobilières dont l'obligation apparaît comme la plus importante parce qu'explicitement évoquée par l'Acte Uniforme. Quant aux autres titres, le législateur se contente d'autoriser leur création sans les mentionner expressément. Nous analyserons donc successivement ces titres en commençant par les obligations.

I - Obligations

128. Aux termes de l'article 779 : « *les obligations sont des titres négociables qui dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale* ». L'obligation est donc un titre de créance, car représentant une dette de l'émetteur et rémunérée suivant les conditions définies par les parties. Il faut en préciser le régime, notamment ses différentes catégories en droit OHADA, les conditions juridiques de son émission, la forme, la négociabilité et la transmissibilité du titre.

a - Différentes catégories d'obligations

129. L'acte Uniforme n'a prévu qu'une seule catégorie d'obligation, alors que le législateur français autorise l'émission de plusieurs catégories d'obligations, notamment les obligations à bons de souscription d'action, et les obligations convertibles en actions. Par exemple, aux termes de l'article L. 225-161 alinéa 1 du code de commerce, « *l'assemblée générale extraordinaire, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes relatif aux bases de conversion proposées, autorise l'émission d'obligations convertibles en actions auxquelles les dispositions de la section 5 du chapitre VIII du présent titre sont applicables. Sauf dérogation décidée conformément à l'article L. 225-135, le droit de souscrire à des obligations convertibles appartient aux actionnaires dans les conditions prévues pour la souscription des actions nouvelles* ». Cette démarche du législateur français révèle la recherche d'un compromis entre les titres de capital et les titres de créances, ce qui pourrait améliorer davantage le sort des obligataires.

b - Conditions d'émission des obligations

130. Même si le catalogue des obligations est peu riche en droit OHADA, il faut néanmoins se féliciter de ce que le législateur a pris le soin de poser les conditions d'émission des obligations, tout en précisant leurs modalités de garantie. En effet, l'émission d'obligations n'est permise qu'aux sociétés anonymes et aux groupements d'intérêt économique constitués de sociétés anonymes, ayant deux années d'existence et qui ont établi deux bilans régulièrement approuvés par les actionnaires (*article 780 de l'Acte Uniforme*). Par ailleurs, l'émission d'obligations est interdite aux sociétés dont le capital n'est pas entièrement libéré (*article 781 de l'Acte Uniforme*). La condition de la libération intégrale du capital social est parfaitement justifiée, car on ne saurait concevoir qu'une société fasse appel à des partenaires extérieurs alors que ses associées n'ont pas exécuté leurs engagements de réaliser les apports.

131. Le droit OHADA, dans sa version actuelle ne régleme nte ni la forme des obligations, ni le montant de leur valeur nominale. Mais, selon une certaine doctrine, « *de ce silence, on peut déduire que les obligations peuvent être nominatives ou au porteur. La pratique continuera à fixer leur valeur nominale, comme celle des actions, à 10 000 francs* » (ANOUKAHA (Fr.), Cisse (A.), DIOUF (Nd.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P. G.), SAMB (M.), OHADA, *Sociétés Commerciales et GIE*, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 473, n° 1033).

L'assemblée générale est seule compétente pour autoriser l'émission d'obligations (*article 783 de l'Acte uniforme*). De même, elle est seule habilitée à assortir les obligations émises de sûretés qu'elle détermine, à moins de déléguer, selon le cas, au conseil d'administration ou à l'administrateur général, le pouvoir de les déterminer (*article 815 alinéa 2*). Ces garanties sont destinées à rassurer les investisseurs potentiels.

II - Autres valeurs mobilières

132. Les obligations et les actions ne sont pas les seules valeurs mobilières dans la réglementation OHADA. Même si l'Acte Uniforme n'en cite pas expressément, elle prévoit la possibilité d'émettre d'autres valeurs mobilières et donne le loisir aux sociétés habilitées de créer d'autres titres. C'est ce qui ressort de l'article 822 qui dispose : « *lors de l'émission de valeurs mobilières représentatives de créances sur la société émettrice ou donnant droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière représentative de créances, il peut être stipulé que ces valeurs mobilières ne seront remboursées qu'après désintéressement des autres créanciers, à l'exclusion des titulaires de prêts participatifs* ». Le législateur ne donne donc pas une idée claire de ce que pourraient être ces valeurs mobilières dont le remboursement n'interviendra qu'après désintéressement des autres créanciers ; toutefois, il a été estimé que ces dispositions font songer « *aux titres participatifs, aux titres associatifs et aux certificats d'investissement* » (POUGOUÉ (P. G.) et alii, notes sous l'article 822 de l'AUSC/GIE, in « *le Traité OHADA, Traité et Actes Uniformes commentés et annotés* », JURISCOPE, 2008).

133. Toute autre a été la démarche du législateur français qui a réglementé, notamment aux articles L. 228-91, L. 228-30 et L. 228-36, les bons de souscription d'actions, les titres participatifs et les certificats d'investissement.

134. L'ensemble des valeurs mobilières consacrées par l'OHADA accordent à leurs titulaires des droits qu'il faut examiner à présent.

§2 - Droits attachés aux valeurs émises

135. Les valeurs mobilières, qu'il s'agisse d'un titre

de capital ou de créance, confèrent à leur titulaire des droits subjectifs tels que le droit de participer aux décisions collectives, le droit de recevoir ou de prétendre à une rémunération des titres ou encore celui d'exercer ou de provoquer un contrôle de l'activité sociale. Ces droits peuvent être sériés en droits politiques et en droits pécuniaires.

A - Droits politiques

136. Sous cet intitulé sont regroupées l'ensemble des prérogatives qui permettent aux titulaires de valeurs mobilières de prendre part, directement ou indirectement à la vie de la société. Ces droits se rapportent essentiellement à la participation aux décisions collectives, à travers le droit de vote pour les actionnaires et le droit à l'information pour ces derniers et pour les obligataires.

I - Droits politiques des actionnaires

137. L'actionnaire dispose du droit de participer aux assemblées, de voter et d'être informé.

a - Participation aux assemblées

138. Le droit d'être membre des assemblées n'apparaît pas explicitement dans l'acte uniforme mais se déduit *a fortiori* du droit de participer aux décisions collectives. S'agissant des actions, ce sont les dispositions des articles 53-4° et 125 de l'AU qui consacrent le droit de leurs titulaires de prendre part aux délibérations des instances délibératives. En effet, aux termes de l'article 53-4°, « *les titres sociaux confèrent à leur titulaire (...) le droit de participer et de voter aux décisions collectives des associés, à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement pour certaines catégories de titres sociaux* ». Le principe de cette disposition est repris par l'article 125 duquel il résulte que, « *sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite* ». Dès lors, l'actionnaire, tout comme l'obligataire, est, avant tout, légitimé à assister aux réunions.

139. Cependant, l'article 548 alinéas 2 et 3 de l'Acte Uniforme permet de subordonner, dans les statuts, la participation aux assemblées à la détention d'un certain nombre d'actions, à l'instar du code du commerce dont l'article L. 225-112 autorise les associés, sous réserve de certaines conditions, à imposer la possession d'un minimum d'actions pour participer aux assemblées.

140. L'entrave à l'exercice de ce droit est une

infraction prévue par l'article 892 : « *encourent une sanction pénale, ceux qui, sciemment, auront empêché un actionnaire ou un associé de participer à une assemblée générale* ». Ce droit se réalise cependant à travers deux prérogatives essentielles, à savoir le droit de vote et le droit à l'information.

b - Droit de vote

141. Dans les assemblées d'actionnaires, le droit de vote est consacré aux articles 129, 543 alinéa 1 et 751 alinéa 1 et est proportionnel à la fraction du capital détenue. En effet, outre l'article 129 (qui relève du droit commun des sociétés OHADA) qui pose le principe de la proportionnalité, l'article 543 dispose : « *le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité du capital qu'elles représentent et chaque action donne droit à une voix* ». Quant à l'article 751 alinéa 1, le législateur y dispose : « *à chaque action, est attaché un droit de vote proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente et chaque action donne droit à une voix au moins* ». Ce principe de proportionnalité du nombre de voix par rapport au nombre d'actions est tempéré par l'article 752 qui prévoit la possibilité de conférer un droit de vote double aux titulaires des actions nominatives entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis au moins deux ans au nom d'un même actionnaire. Cette possibilité du droit de vote double peut subsister en cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission, dès lors qu'à raison des actions anciennes pour lesquelles il bénéficie déjà de ce droit, l'actionnaire reçoit gratuitement de nouvelles actions nominatives (*Article 751 alinéa 2*). La conversion d'une action nominative en action au porteur entraîne la perte du droit de vote double (*article 753 de l'Acte Uniforme*). L'acte uniforme ne limite pas le droit au vote double à une condition de nationalité, alors que le législateur français intègre cette dimension de nationalité pour l'acquisition du droit de vote double (*article L. 225-123 in fine du code du commerce français*).

142. Le droit de propriété sur une action pouvant être démembré, il a été prévu qu'à défaut de stipulation contraire des statuts, si une action ou une part sociale est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier (*article 128 de l'Acte Uniforme*). De même, l'article 540 prévoit que le droit de vote attaché à l'action nantie appartient au propriétaire.

143. L'AUDSCGIE autorise, à l'instar de l'article L. 225-125 du code du commerce français, une limitation du nombre de voix dont peut disposer un actionnaire. En effet, l'article 543 in fine énonce que les statuts peu-

vent limiter le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées, à condition que cette limitation soit imposée à toutes les actions sans distinction de catégorie. Par ailleurs, aux termes de ce même article, « *le droit de participer aux assemblées peut être subordonné à l'inscription préalable des actionnaires sur le registre des actions nominatives de la société, au dépôt des actions au porteur en un lieu précisé par l'avis de convocation ou à la production d'un certificat de dépôt des actions au porteur, délivré par l'établissement bancaire ou financier dépositaire de ces actions* ».

144. L'Acte Uniforme autorise également les administrateurs non actionnaires à participer à toutes les assemblées d'actionnaires, mais avec seulement voix consultative (*article 539*).

145. En tant qu'acte juridique, la participation aux assemblées et réunions peut se faire par mandat. L'article 538 alinéas 1 et 2 dispose à cet effet : « *tout actionnaire peut se faire représenter par un mandataire de son choix* ».

Tout actionnaire peut recevoir les pouvoirs émis par d'autres actionnaires en vue d'être représenté à une assemblée, sans autre limite que celles résultant des dispositions légales ou statutaires fixant le nombre de voix dont peut disposer une même personne, tant en son nom personnel que comme mandataire ».

146. L'existence du droit de vote implique une liberté de vote. C'est une dimension logique de l'exercice de tout droit subjectif. Même si l'Acte uniforme ne semble pas réglementer les conventions de vote dans un sens, rien ne semble prohiber absolument les conventions et les engagements de vote.

Toutefois, l'article 131 condamne les abus de minorité. Cet article définit l'abus de minorité en ces termes : « *il y a abus de minorité lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaires s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime* ».

c - Droit à l'information

147. L'exercice du droit de vote suppose le droit à l'information. Dans les sociétés anonymes, outre les dispositions communes à toutes les sociétés commerciales, l'Acte Uniforme aménage pour l'actionnaire, son droit d'accès à l'information, ponctuelle ou permanente. Par exemple, l'article 525 mentionne : « *en ce qui concerne l'assemblée générale ordinaire annuelle, tout actionnaire a le droit, pour lui-même ou par le mandataire qu'il a nommé désigné pour le représenter à l'assemblée générale, de prendre connaissance au siège social :*

1°) de l'inventaire, des états financiers de synthèse et de la liste des administrateurs lorsqu'un conseil d'administration a été constitué ;

2°) des rapports du commissaire aux comptes et du conseil d'administration ou de l'administrateur général qui sont soumis à l'assemblée ;

3°) le cas échéant, du texte de l'exposé des motifs, des résolutions proposées, ainsi que des renseignements concernant les candidats au conseil d'administration ou au poste d'administrateur général ;

4°) de la liste des actionnaires ;

5°) du montant global certifié par les commissaires aux comptes des rémunérations versées aux dix ou cinq dirigeants sociaux et salariés les mieux rémunérés selon que l'effectif de la société excède ou non deux cents salariés ».

148. Outre ces informations, l'article 526 donne à tout associé le droit, deux fois par exercice, de poser des questions écrites au président-directeur général, au directeur général ou à l'administrateur général sur tous faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Il s'agit là du contrôle interne exercé par les actionnaires et qui est complété par celui du président du Conseil d'administration (*contrôle de la gestion du Directeur général*).

149. Il convient toutefois de préciser que le législateur OHADA a renforcé le contrôle externe de la SA. Il confie cette charge aux commissaires aux comptes qui désormais doivent être des experts-comptables agréés (*art 695*). Ainsi l'AUSCG (*art 702*) fait obligation aux SA faisant appel public à l'épargne d'avoir au moins deux commissaires aux comptes et deux suppléants (*voir entrée sur les commissaires aux comptes*).

II - Droits politiques des obligataires

150. Les droits politiques attachés aux obligations couvrent diverses prérogatives, à l'instar des actions.

151. C'est, en premier, le droit d'intégrer l'assemblée des obligataires, constitués de plein droit en une masse pour la défense de leurs intérêts. Tout obligataire a le droit de participer à l'assemblée ou de s'y faire représenter par une personne de son choix... Les personnes qui ne peuvent représenter le groupement en vertu de l'article 787 du présent Acte uniforme, ne peuvent représenter des obligataires à l'assemblée (*article 801*). En cas d'émissions successives d'obligations, la société peut, lorsqu'une clause de chaque contrat d'émission le prévoit, réunir en un groupement unique les porteurs d'obligations ayant des droits identiques (*article 785*).

Toutefois la défense de leurs intérêts ainsi que le droit de participer aux assemblées d'actionnaires ne sauraient justifier une immixtion des obligataires dans la gestion de la société. C'est un principe posé par l'article 791 de l'Acte Uniforme.

152. C'est ensuite le droit à l'information pour la mise en œuvre duquel l'article 797 dispose que la convocation de l'assemblée des obligataires est faite dans les mêmes

conditions de forme et de délai que celle des assemblées d'actionnaires. Il en est de même pour la communication aux obligataires des projets de résolution qui seront proposés et des rapports qui seront présentés à l'assemblée.

B - Droits pécuniaires

153. Les droits pécuniaires sont l'ensemble des prérogatives susceptibles d'évaluation monétaire. Ils renvoient généralement au droit à la rémunération des titres, au droit sur l'actif social, et dans une certaine mesure au droit préférentiel de souscription, et plus généralement le droit à toute opération sur les titres.

154. Le droit à la rémunération des titres (actions et obligations) semble le droit le plus immédiat et le plus évident. L'acte sociétaire étant un acte intéressé, il en résulte que tout participant a le droit de prétendre au résultat. S'agissant des actions, le droit à la rémunération n'est rien d'autre que le droit aux dividendes alors que l'obligataire a droit au paiement des intérêts au taux déterminé dans le contrat d'émission. Mais il faut préciser que, même si l'Acte Uniforme parle de droit aux dividendes (*article 754*), il s'agit plus du droit de prétendre aux dividendes, ceux-ci n'étant toujours pas acquis à l'actionnaire. En effet, pour recevoir des dividendes, il est nécessaire que la société ait réalisé des bénéfices distribuables. Ces bénéfices distribuables sont constitués du bénéfice comptable, apuré le cas échéant des impôts, taxes et autres prélèvements obligatoires et mêmes facultatifs (au cas où les statuts auraient prévu la constitution de réserves facultatives). Le droit de prétendre aux dividendes ne se réalise donc qu'en cas de bénéfices disponibles, faute de quoi les dirigeants se rendraient coupables de distribution de dividendes fictifs. Les actionnaires seront alors tenus de restituer les sommes perçues à cet effet.

155. Ceci étant, l'article 754 précité énonce le principe de la proportionnalité du droit au dividende par rapport à la fraction du capital détenue. Ce principe de proportionnalité peut être écarté pour certaines actions jouissant d'un droit au premier dividende ou encore pour les actions de priorité bénéficiant d'avantages particuliers.

Chapitre 3 : Restructuration et dissolution des SA faisant appel public à l'épargne

156. Il faut successivement envisager la restructuration des SA faisant appel public à l'épargne et leur dissolution. Au préalable, il faut noter que cette restructuration peut se faire soit par fusion, notamment par offre public d'achat, ou par scission.

Section 1 - Restructuration des SA faisant appel public à l'épargne

157. Il importe de distinguer les opérations de restructuration affectant le capital social des opérations entraînant une transformation de la société. Si le droit OHADA prévoit des règles spécifiques pour la fusion et la scission des SA, il reste que seule l'augmentation du capital par appel public à l'épargne présente une certaine particularité, notamment lorsqu'elle est utilisée pour contrer une offre publique d'achat.

§1 - Modifications du capital social

158. Concernant les modifications du capital social de la société faisant appel public à l'épargne, l'AUDSCGIE pose des règles uniquement relatives à l'augmentation du capital des SA faisant appel public à l'épargne. Il s'ensuit donc que, concernant la réduction du capital social, ce sont les dispositions générales applicables à toutes SA qui ont vocation à s'appliquer.

Il faut noter que l'AUDSCGIE encadre de façon minutieuse l'augmentation de capital des SA faisant appel public à l'épargne. Les dispositions des articles 832 à 840 de l'acte uniforme concernent l'information du public, l'augmentation par appel public à l'épargne par une société constituée sans appel public à l'épargne, les conditions particulières d'émission.

A - Information du public

159. L'information relative à l'augmentation de capital d'une SA faisant appel public à l'épargne est portée à la connaissance des actionnaires et des investisseurs par avis inséré dans une notice publiée dans un JAL paraissant dans l'État du siège social et, le cas échéant, des autres États parties dont le public est sollicité (*article 832*). Il est également prévu, certainement pour les actionnaires, que l'information soit communiquée par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception si les titres de la société sont nominatifs. De même, des annonces et des affiches peuvent être publiées dans les journaux.

La notice comprend les mêmes éléments d'information que pour la constitution par appel public à l'épargne.

B - Augmentation de capital par appel public à l'épargne par une société constituée sans appel public à l'épargne

160. Il pèse sur les sociétés ayant été constituées sans appel public à l'épargne qui veulent procéder à une augmentation de capital par appel public à l'épargne moins de deux ans après leur constitution une obligation de vérification de leur actif et de leur passif et, le cas

échéant, les avantages particuliers accordés (*article 836*). La vérification se fait dans les conditions prévues aux articles 619 et suivants AUDSCGIE. Ainsi, un commissaire aux apports est désigné par le Président de la juridiction compétente à la requête du CA. Rémunéré par la société, ce commissaire présente un rapport sur la base duquel l'assemblée prend sa décision. Le rapport est déposé huit jours au moins avant la tenue de l'AGE.

161. Le délai de deux ans court à compter de la constitution de la société et non du jour de son immatriculation. Au-delà de ce délai de deux ans, la procédure de vérification n'a pas été respectée.

C - Conditions particulières d'émission

162. Des conditions particulières sont prévues lorsqu'il s'agit d'émission sans droit préférentiel de souscription d'actions nouvelles. Elles sont sériées en deux groupes selon que les actions nouvelles confèrent ou non à leurs titulaires les mêmes droits que les actions anciennes.

163. Si les actions nouvelles confèrent à leurs titulaires des droits identiques que les actions anciennes, l'émission est soumise aux conditions ci-après :

- L'émission doit être réalisée dans un délai de trois ans à compter de l'assemblée qui l'a autorisée ;
- Pour les sociétés cotées en bourse, le prix d'émission doit au moins être égal à la moyenne des cours constatés des actions pendant vingt jours consécutifs choisis parmi les quarante précédant le jour du début de l'émission. Cette moyenne est corrigée pour tenir compte de la différence de date de jouissance ;
- Pour les sociétés non cotées, au choix de la société, le prix d'émission est au moins égal soit à la part de capitaux propres par action tel qu'il résulte du dernier bilan approuvé à la date d'émission, soit à un prix fixé à dire d'expert désigné par le président de la juridiction compétente statuant à bref délai.

164. Si les actions nouvelles ne confèrent à leurs titulaires aucun droit identique que les actions anciennes, les conditions de l'émission, fixées à l'article 838, sont les suivantes :

- Réalisation de l'émission dans un délai de deux (2) ans à compter de l'assemblée générale qui l'a autorisée ;
- Détermination du prix d'émission ou des conditions de fixation de ce prix par l'assemblée générale extraordinaire sur rapport du CA et sur rapport spécial du commissaire aux comptes.

165. L'AG peut également décider de supprimer le droit préférentiel de souscription au profit de bénéficiaires désignés ou non. En effet, l'article 839 al. 1 dispose que « l'assemblée générale qui décide l'augmentation de capital peut, en faveur d'une ou plusieurs personnes nommément désignées ou non, supprimer

le droit préférentiel de souscription ». Cette intention de suppression du droit préférentiel doit cependant être mentionnée dans l'ordre du jour de l'assemblée. L'alinéa 2 de l'article 839 précise que les bénéficiaires de cette suppression ne peuvent, à peine de nullité de la délibération, prendre part au vote. Bien évidemment, cette disposition vise les attributaires éventuels d'actions nouvelles qui sont déjà actionnaires. Le quorum et la majorité requis sont calculés après déduction des actions qu'ils possèdent.

166. En cas de suppression du droit préférentiel de souscription, l'assemblée générale extraordinaire, sur rapport du CA et sur rapport spécial du commissaire aux comptes, détermine le prix d'émission ou les conditions de fixation de ce prix.

§2 - Transformations entraînant changement de type de société

167. Aux termes de l'article 690, « toute société anonyme peut se transformer en société d'une autre forme si, au moment de sa transformation, elle a été constituée depuis deux ans au moins et si elle a établi et fait approuver par les actionnaires le bilan de ses deux premiers exercices ». La transformation d'une SA faisant appel public à l'épargne en un autre type de société

est donc possible, selon la même procédure que pour n'importe quelle SA. Cependant, cette transformation emporte la conséquence majeure que la société en cause ne peut plus faire appel public à l'épargne, cette possibilité étant strictement réservée aux SA.

Section 2 - Dissolution des SA faisant appel public à l'épargne

168. La dissolution de la SA ne présente aucune particularité. Il en est de même pour la SA faisant appel public à l'épargne. Ainsi, les dispositions de l'article 736 selon lesquelles « la société anonyme est dissoute pour les causes communes à toutes les sociétés dans les conditions et sous les effets prévus aux articles 200 à 202 de l'Acte Uniforme » valent également pour la SA faisant appel public à l'épargne.

169. De même, il importe de préciser que l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif n'entraîne pas la dissolution de la SA faisant appel public à l'épargne.

Mbissane NGOM

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Action

- Action au porteur 49
- Action de capital 49
- Action de jouissance 49
- Action nominative 49
- Action ordinaire 50
- Action privilégiée 50
- Caractéristiques 51
- Définition 48
- Typologie 48

Appel public à l'épargne

- Autorisation administrative 24
- Cotation 9
- Dissolution de société 64
- Notion 8
- Présomptions - Critères 8 -13
- Sources du droit de 14, 17
- Transformation de société 64

Assemblée d'actionnaires

- Règles communes - Convocation 39 - 41

- Règles communes - Tenue 42
- Règles communes - Vote 44
- Règles spécifiques - AGO 44, 45
- Règles spécifiques - AGE 46
- Assemblées spéciales 46
- Augmentation du capital 61
- Droit préférentiel de souscription - Suppression 63
- Émission 62
- Information du public 61
- Constitution de SA 18
- Assemblée générale 26, 27
- Capital 19
- Forme 18, 19
- Sanctions 28

I

Information du public 21, 23

N

Notice d'information 22

O

Obligations 52

- Catégories 53
- Émission 53

S

Société anonyme

- Administrateurs - Mandat 31
- Administrateurs - Nombre 31
- Administration 30
- Administration - PCA et DG 37, 38
- Administration - PDG 35, 36
- Compétences CA 32
- Définition 7
- Distinction 7
- Fonctionnement CA 33, 34

V

Valeurs mobilières 47

- Droits attachés 55

- Droits pécuniaires - Dividendes 60

- Droits politiques 55

- Droits politiques - Information 58

- Droits politiques - Obligataires 59

- Droits politiques - Vote 56, 57

SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES

Table des matières

Introduction n° 1 à 2	Section III - Sanctions de l'inobservation des règles de constitution n° 45
Titre I : Droit commun des sociétés coopératives n° 3	§1 - Régularisation n° 46
Chapitre I - Naissance de la société coopérative n° 4	§2 - Nullité n° 47
Section I - Conditions de fond n° 5	§3 - Responsabilité n° 48
§1 - Conditions générales aux contrats n° 6	Chapitre II - Fonctionnement de la société coopérative n° 49
A - Capacité de l'associé n° 7-8	Section I - Dirigeants sociaux n° 50
B - Consentement des associés n° 9	§1 - Désignation - révocation - démission n° 51
C - Objet et cause de la société coopérative n° 10-12	§2 - Pouvoirs des dirigeants sociaux n° 52
§2 - Conditions spécifiques aux sociétés coopératives n° 13	Section II - Assemblées d'associés n° 53
A - Observation des principes coopératif n° 14	§1 - Droits et obligations des associés n° 54
I - Adhésion volontaire et ouverte à tous n° 15	A - Droits des associés n° 55
II - Exercice démocratique du pouvoir et participation économique des coopérateurs n° 16	B - Les obligations des associés n° 56
III - Autonomie et l'indépendance n° 17	§2 - Décisions collectives n° 57
IV - Éducation, formation et information n° 18	A - Types d'assemblées n° 58
B - Qualité de coopérateur n° 19	I - Assemblées générales ordinaires et extraordinaires n° 58
I - Acquisition de la qualité d'associé n° 20	II - Assemblées de section n° 60
II - Perte de la qualité d'associé n° 21	B - Convocation et délibération n° 61
a - Retrait de l'associé coopérateur n° 22	Section III : Contrôle de la gestion n° 62
b - Exclusion de l'associé coopérateur n° 23	§1- Organes n° 63
C - Ressources de la coopérative n° 24	A - Contrôle par les associés n° 64
I - Capital social n° 25-26	B - Contrôle par le commissaire aux comptes n° 65
II - Autres fonds de la coopérative n° 27	§2 - Procédures n° 66
Section II - Conditions de forme n° 28	A - Alerte n° 67
§1 - Statuts n° 29	B - Expertise de gestion n° 68
A - Mentions obligatoires n° 30	§3 - Responsabilités n° 69
B - Mentions facultatives n° 31	A - Responsabilité civile n° 70
§2 - Règlement intérieur n° 32	I - Action individuelle n° 71
§3 - Immatriculation et publicité n° 33	II - Action sociale n° 72
A - Organe habilité à recevoir l'immatriculation n° 34	B - Responsabilité pénale n° 73
B - Procédure d'immatriculation n° 35	Section IV - Liens de droit entre sociétés coopératives n° 74
C - Effets de l'immatriculation n° 36	§1 - Unions de sociétés coopératives n° 75
§4 - Acquisition de la personnalité juridique n° 37	§2 - Les fédérations de sociétés coopératives n° 76
A - Capacité d'agir de la société coopérative n° 38	§3 - Confédérations n° 77
I - Sens et portée de la capacité n° 39	§4 - Réseaux coopératifs de moyens ou d'objectifs n° 78
II - Sort des actes et engagements pris pour le compte de la société n° 40	Section V - Évolution de la société coopérative n° 79
a - Sort des actes et engagements pris pour le compte de la société coopérative en formation n° 41	§1 - Fusion, scission et apport partiel d'actifs n° 80
b - Sort des actes et engagements pris pour le compte de la société coopérative constituée mais non encore immatriculée n° 42	A - Conditions de validité des opérations de fusion, scission et d'apport partiel d'actifs n° 81
B - Dénomination sociale n° 43	B - Effets de la fusion, de la scission et de l'apport partiel d'actifs n° 82
C - Siège social n° 44	§2 - Transformation de la société coopérative n° 83
	A - Mécanisme n° 84
	B - Conséquences n° 85
	I - À l'égard de la société et des associés n° 86
	II - À l'égard des tiers créanciers n° 87
	§3 - Disparition de la société coopérative n° 88
	A - Causes n° 89
	B - Effets n° 90

- I - Liquidation de la société coopérative n° 91
 - a - Modalités n° 91
 - 1 - Liquidation amiable n° 92
 - 2 - Liquidation judiciaire n° 93
 - b - Clôture de la liquidation n° 94
 - c - Responsabilité du liquidateur n° 95
- II - Sort de l'actif n° 96

Titre II : Droit spécial des sociétés coopératives n° 97

Chapitre I : Société coopérative simplifiée (SCOOPS) n° 98

Section I - Constitution de la SCOOPS n° 99

- §1 - Généralités n° 100
 - A - Nombre d'associés et droits fondamentaux des associés n° 101
 - I - Droits politiques des associés coopérateurs n° 102
 - 1 - Droit à l'information et à la communication n° 103
 - 2 - Droit de participer aux assemblées générales n° 104
 - II - Droits financiers des associés coopérateurs n° 105
 - B - Dénomination sociale n° 106
 - C - Assemblée générale constitutive n° 107
- §2 - Apports et capital social n° 108
 - A - Évaluation des apports en nature n° 109
 - B - Capital social n° 110
- §3 - Dépôt et mise à disposition des fonds n° 111
- §4 - Immatriculation n° 112

Section II - Fonctionnement de la société coopérative simplifiée n° 113

- §1 - Gérance de la société coopérative simplifiée n° 114
 - A - Organisation du comité de gestion n° 115
 - I - Composition et désignation des membres et du président n° 116
 - II - Fin des fonctions des membres et du président n° 117
 - B - Pouvoirs et responsabilités
 - I - Comité de gestion n° 118
 - II - Président du comité de gestion n° 119
- §2 - Assemblées d'associés et décisions collectives n° 120
 - A - Principes généraux n° 121
 - I - Principes relatifs à la convocation des assemblées n° 122
 - II - Principes relatifs à la tenue des assemblées n° 123
 - B - Règles propres à chaque assemblée n° 124
 - I - Assemblée générale ordinaire n° 125
 - II - Assemblée générale extraordinaire n° 126
- §3 - Contrôle de la société coopérative simplifiée n° 127
 - A - Statut de la commission de surveillance n° 128
 - B - Pouvoirs de la commission de surveillance n° 129
- §4 - Régime des parts sociales n° 130
 - A - Cession des parts sociales n° 131
 - B - Transmission des parts sociales n° 132
- §5 - Évolution de la société coopérative simplifiée n° 133
 - A - Fusion - Scission n° 134
 - B - Transformation n° 135
 - C - Dissolution n° 136

Chapitre II : Société coopérative avec conseil d'administration n° 137

Section 1 - Constitution n° 138

- §1 - Conditions de fond n° 139
 - A - Nombre d'associés et dénomination sociale n° 140
 - B - Apports et capital social n° 141
 - I - Capital social n° 142
 - II - Apports et souscription n° 143
 - a - Établissement des bulletins de souscription n° 144
 - b - Dépôt des fonds de souscription n° 145
 - c - Évaluation des apports en nature n° 146
- §2 - Conditions de forme n° 147
 - A - Statuts et Règlement intérieur n° 148
 - B - Assemblée générale constitutive n° 149

Section II : Fonctionnement n° 150

- §1 - Conseil d'administration
 - A - Composition du conseil d'administration et statut des administrateurs n° 151
 - I - Composition n° 152
 - II - Statut n° 153
 - B - Pouvoirs et décisions du conseil d'administration n° 154
 - I - Pouvoirs n° 155
 - II - Règles de validité des décisions n° 156
 - C - Responsabilité du conseil d'administration et du président n° 157
- §2 - Direction n° 158
 - A - Nomination et mandat du responsable chargé de direction n° 159
 - B - Attributions et rémunération n° 160
- §3 - Collectivité des associés n° 161
 - A - Décisions collectives n° 162
 - I - Règles communes à toutes les assemblées générales n° 163
 - a - Convocation des coopérateurs n° 164
 - b - Communication des documents aux coopérateurs n° 165
 - c - Tenue de l'assemblée générale n° 166
 - II - Règles particulières à chaque type d'assemblée
 - a - Assemblée générale ordinaire n° 167
 - b - Assemblée générale extraordinaire n° 168
 - B - Droits et obligations des associés n° 169
 - C - Responsabilité des associés n° 170
- §4 - Contrôle de la société coopérative n° 171
 - A - Commissaire aux comptes n° 172
 - B - Conseil de surveillance n° 173

Chapitre III : Société coopérative d'épargne et de crédit (COOPEC) n° 174

Section I : Conditions d'existence de la société coopérative d'épargne et de crédit n° 175

- §1 - Obtention d'une autorisation n° 176
 - A - Notion et typologie n° 177
 - I - Agrément n° 178
 - II - Autorisation préalable n° 179
 - III - Déclaration n° 180
 - B - Effets n° 181
- §2 - Désignation et agrément du dirigeant n° 182
- §3 - Nature des opérations effectuées n° 183
 - A - Opérations principales n° 184

- I - Collecte de l'épargne n° 185
- II - Opérations de crédit n° 186
- III - Placements financiers et autres ressources n° 187
- B - Opérations accessoires n° 188
- §4 - Strict respect des normes spécifiques n° 189
 - A - Normes relatives à la liquidité et à la solvabilité n° 190
 - B - Normes à « caractère prudentiel » n° 191
 - I - Normes prudentielles posées par les règlements COBAC n° 192
 - II - Normes prudentielles issues de la loi portant réglementation des SFD dans l'UMOA n° 193
- Section II : **Contrôle des activités des COOPEC** n° 194
 - §1 - Modalités du contrôle n° 195
 - A - Contrôle interne n° 196
 - B - Contrôle externe n° 197
 - C - Surveillance de la commission bancaire n° 198
 - §2 - Sanctions de l'inobservation des règles de gestion n° 199
 - 1 - Sanctions préventives n° 200
 - 2 - Sanctions répressives n° 201
 - 3 - Sanction disciplinaire n° 202

Bibliographie

- BAUMANN (E) : Les banquiers du quartier au Sénégal, Ed. Afrique Contemporaine 1^{er} Trim. 1996. 270 p.
- BOKO (R) : Cadre juridique de l'épargne et du crédit en Afrique. Exemple de la banque centrale des États de l'Afrique de l'Ouest, in Actes du forum francophone sur la mobilisation de l'épargne pour l'entrepreneuriat Acct, Paris 1995, p. 107 à 11
- KOUATO (J. C) : La faillite des COOPEC, la responsabilité des dirigeants, des adhérents et le dédommagement des épargnants, in Revue auto-emploi No 4 et 5, août/ septembre 1999. P. 23 et 24.
- LELART (M) : Évolution de la finance informelle au Bénin, Ed. Finance informelle et financement du développement 1997. 435 p
- POUGOUÉ (P. G) : La promotion de l'entrepreneuriat coopératif en contexte de mondialisation, 13^e conférence panafricaine coopérative, Yaoundé, 24 et 25 juillet 2000. Ed. OIT Afrique Centrale, août 2000

1. Comme toutes les organisations, les sociétés coopératives sont confrontées à d'importantes mutations. Les tendances récentes au libéralisme politique et économique dans les pays en développement et dans les pays en transition comme le Cameroun les y obligent. Fort de la révolution industrielle dans le secteur coopératif, et en vertu de la possibilité d'extension du champ matériel du droit OHADA prévu par l'article 2 du traité, le conseil des ministres (*réuni à Bangui en République centrafricaine, les 22 et 23 mars 2001*) a décidé d'élargir le programme d'harmonisation du droit des affaires OHADA à d'autres matières (*droit de la concurrence, droit bancaire, droit de la propriété intellectuelle, droit des sociétés civiles, droit des sociétés coopératives et mutualistes, droit des contrats, droit de la preuve*), notamment le droit des sociétés coopératives et mutualistes (*la terminologie retenue finalement par le projet est celle de « sociétés coopératives » tout court*). C'est sur la base de cette décision que le processus d'élaboration de l'acte uniforme a été engagé. Le projet d'élaboration d'un tel acte uniforme est alors né de la constatation faite par la BCEAO (*dans les études réalisées sur la viabilité financière des sociétés de financement décentralisé, en abrégé SFD*) des difficultés rencontrées par les intervenants dans le secteur de la micro-finance à respecter les formalités et procédures OHADA (prévues pour les sociétés commerciales) peu ou mal adaptées à leur spécificité. Cette prise de conscience de la nécessité d'adaptation du droit OHADA répond parfaitement au souci de tenir compte des caractéristiques propres aux sociétés coopératives afin de mettre en place une législation simple, moderne et adaptée, qui les rendraient compétitives et les accompagneraient vers une économie de marché et non simplement de

subsistance (*au Cameroun, comme dans la plupart des pays africains, notamment le Sénégal, le Mali, le Niger, le Togo, les coopératives ont été pendant longtemps agricoles, l'objectif du législateur étant de favoriser la promotion économique du pays. Le ministère de tutelle était d'ailleurs le ministère de l'agriculture ainsi que l'attestent les lois n° 73 du 17 décembre 1973 et loi n° 92/006 du 14 août 1992. Lire aussi Sara Nandjip Moneyang, Réflexion sur le cadre juridique des coopératives issus de la réforme de 1992, thèse doctorat 3^e cycle, Université de Yaoundé II Soa, 2003, p. 29-37*).

2. Ce processus est aujourd'hui arrivé à son terme avec l'adoption le 15 décembre 2010 à Lomé (Togo) de l'Acte uniforme relatif aux sociétés coopératives.

En effet, la société coopérative est une entreprise dont nul ne peut remettre en cause aujourd'hui la capacité à faire des affaires, tout en excluant la poursuite du profit maximum à titre strictement privé. Dans cet esprit, l'article 4 la définit comme « *un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques sociaux et culturels communs au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs* », sans parvenir cependant à les détacher véritablement de la législation sur les sociétés commerciales (*le texte reprend pratiquement bon nombre de dispositions de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et les GIE, en combinant les différents types de sociétés commerciales, pour créer une certaine « originalité » de fonctionnement des sociétés coopératives ; ce qui aboutit à une « mixture » qui risque d'être inadaptée à la nature des*

sociétés coopératives). C'est la raison pour laquelle l'acte uniforme qui légifère les sociétés coopératives ouvre une faculté de choix de fonctionnement au groupement (Cf. *le Compte rendu final de la réunion du comité technique, 9– 11 décembre 2005, Douala (Cameroun) ; point 1 « observations générales » : « par rapport à la différence à faire entre la coopérative et la mutuelle, il a été admis que la coopérative fonctionne d'abord sur la base des principes mutualistes, mais dans ses activités, la coopérative à la faculté de traiter avec les non-membres. Par contre, la mutuelle ne traite qu'avec ses membres. Ainsi, lorsqu'une coopérative privilégiée l'option de ne traiter qu'avec ses membres, elle peut se décliner en mutuelle dans sa dénomination... »*. Voir aussi art. 4 in fine de l'AUSCOOP.). Ce choix sera commandé par les réalités du terrain en Afrique et ailleurs où la forme mutualiste (Le terme « mutualiste » est utilisé ici pour faire la distinction entre « société coopérative » qui fonctionne sur la base des principes coopératifs et « société commerciale ». D'ailleurs, le phénomène coopératif a de nos jours un autre visage : nonobstant la souplesse de leur organisation et de leur fonctionnement, les sociétés coopératives semblent une cible porteuse pour les détenteurs de capitaux) a été choisie par de gros opérateurs économiques (*Fédération des Caisses d'Épargne et de Crédit Agricole Mutuel au Bénin ; Crédit Mutuel Agricole en France ; Compagnie Financière de l'Estuaire, COFINEST, Crédit Communautaire d'Afrique, CCA au Cameroun*). L'acte uniforme relatif aux sociétés coopératives s'inscrit alors parfaitement dans les objectifs de l'OHADA (*l'article 2 du traité dresse une liste non exhaustive des matières entrant dans le domaine du droit des affaires, on peut donc y inclure le droit des sociétés coopératives ; l'article 3 de l'acte uniforme portant sur le droit commercial général élargit le champ de la commercialité par adjonction d'opérations nouvelles et d'actes de commerce par accessoire et nul ne peut nier que la société coopérative pose des actes de commerce même à titre accessoire ; l'article 4 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique définit la société comme un groupement de personnes qui mettent en commun des biens ou des services en vue aussi bien d'en partager les bénéfices que de profiter des économies qui pourraient en résulter. Les sociétés coopératives répondent bien à cette définition. Ces dispositions permettent de comprendre l'intégration des sociétés coopératives dans le champ de l'OHADA. Pour asseoir son idée, le législateur a sciemment ignoré la distinction entre société civile et société commerciale, pour se confiner à la conception moderne d'activités économiques, qui est celle d'entreprise. La société coopérative étant une entreprise*). Il s'agit d'un texte de 397 articles qui tentent de ressortir l'originalité des sociétés coopératives. En tout cas, il est important de penser à une formule d'organisation et de gestion des sociétés coopératives qui accompagne l'esprit du législateur OHADA. La lecture de ce texte fort ambitieux permet de constater que toutes les sociétés coopératives présentent des caractéristiques générales communes (I). Le soin a

cependant été pris d'aménager des spécificités propres à chaque type de société coopérative (II).

Titre I : Droit commun des sociétés coopératives

3. Le droit commun des sociétés coopératives s'entend des règles générales applicables à toutes les sociétés coopératives. Ces règles concernent la naissance, le fonctionnement et la dissolution de ces entreprises.

Chapitre I : Naissance de la société coopérative

4. Les dispositions relatives à la constitution sont contenues dans le livre I de l'acte uniforme relatif aux sociétés coopératives (AUSCOOP).

En principe, l'adhésion à une telle société est ouverte sans discrimination aux personnes qui peuvent en utiliser les services et qui sont disposées et aptes à accepter les responsabilités rattachées au statut de membre (article 4 in fine AUSCOOP). Mais la société coopérative n'est valablement constituée que si des conditions de fond et de forme sont régulièrement remplies.

Section I - Conditions de fond

5. On distingue les conditions communes à tous les contrats posées par l'article 1108 du code civil des conditions spécifiques au contrat de société coopérative, prévues par l'acte uniforme.

§1 - Conditions générales aux contrats

6. Il s'agit des conditions posées par l'article 1108 du code civil pour la validité des contrats : la capacité des parties contractantes, le consentement exempt de vices et l'objet et la cause licites.

A - Capacité de l'associé

7. L'associé doit en principe être majeur (*La majorité s'apprécie selon la loi de chaque État partie. Au Cameroun, elle est de 21 ans révolus*) et jouir de ses droits civiques. Aux termes de l'article 7 AUSCOOP, « toute personne physique ou morale peut être coopérateur d'une société coopérative lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucune incapacité juridique conformément aux dispositions de la loi nationale de chaque État partie ». L'activité des sociétés coopératives entraînant la commission des actes de commerce, l'associé coopérateur est alors soumis aux exigences de l'article 7

alinéa 1 de l'acte uniforme portant droit commercial général (AUDCG) selon lequel le mineur ne peut avoir la qualité de commerçant ou poser des actes de commerce que s'il est émancipé. S'agissant des incompatibilités édictées par les articles 8 et 9 AUDCG, la notion de lien commun posée par l'article 8 AUSCOOP faisant allusion à l'identité de profession, d'objectif ou d'activité, aucune activité ne serait en principe incompatible avec la création d'une société coopérative, à moins que l'activité elle-même ne soit illicite ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Ainsi par exemple, des agriculteurs de chanvre ne peuvent créer une coopérative de transformation et de vente de la cocaïne.

8. Quant aux interdictions de l'article 10 AUDCG aux termes duquel nul ne peut exercer une activité commerciale directement ou par personne interposée s'il fait l'objet d'une interdiction prononcée par une juridiction professionnelle ou une juridiction civile ou répressive, elles pourraient bien toucher un associé coopérateur, surtout si celui-ci fait partie des organes de gestion.

B - Consentement des associés

9. Les associés doivent consentir au contrat de société par la signature des statuts. Ce consentement est la conséquence de la volonté de se réunir qui ressort de l'article 4 AUSCOOP. Il doit être exempt de vices que sont l'erreur, le dol et la violence. Il convient cependant de remarquer que les hypothèses de vice de consentement qui pourraient entraîner la nullité de la société coopérative peuvent être difficilement envisageables en principe : l'intuitu personae est un élément fondamental dans la société coopérative, les coopérateurs se connaissent dans le cadre d'une activité ou d'une profession. C'est ce que le législateur traduit par la notion de « lien commun » qui doit exister entre les associés coopérateurs. Rien n'empêche cependant qu'un associé soulève son erreur sur la forme de la société (*il voulait faire partie d'une société coopérative simplifiée, mais il se trouve que c'est la société coopérative avec conseil d'administration qui est créée*).

C - Objet et cause de la société coopérative

10. C'est l'activité qu'elle entreprend. Elle doit être déterminée et décrite dans ses statuts (*article 20 AUSCOOP*). L'objet peut être défini de façon large (*exemple : exploiter toute activité de transformation et de vente des produits agricoles*). Cela permet à la société coopérative d'éviter la dissolution au cas où un volet de son activité serait en régression.

11. L'objet social doit être licite, c'est-à-dire conforme à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. En effet, les sociétés n'ont pas vocation à faire n'importe quoi ;

elles doivent afficher un objet social qui constitue en quelque sorte le programme qu'elles entendent réaliser (*Y. Guyon, Droit des affaires, 1990 N° 189 Cima/(Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance)*), d'autant plus que c'est cet objet qui détermine le caractère civil ou commercial de la société coopérative. Par ailleurs, l'objet social peut être modifié. Mais cette liberté accordée aux associés coopérateurs dans la détermination de l'objet social ne peut être exercée que dans le respect des conditions prévues pour la modification des statuts. Lorsque l'activité exercée par la société coopérative est réglementée, celle-ci doit se conformer aux règles particulières auxquelles ladite activité est soumise. À titre d'exemple, une coopérative qui exerce l'activité d'assurance doit se soumettre aux règles du code CIMA.

S'agissant de la cause, elle correspond au pourquoi de la création de l'entreprise. Dans toute société, les associés se mettent ensemble parce qu'ils envisagent un profit et se donnent alors les moyens de le réaliser. Au sens de l'article 4 AUSCOOP, les coopérateurs se réunissent pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs. Ainsi, l'article 112 AUSCOOP dispose que « *les statuts peuvent prévoir le versement d'une ristourne aux associés coopérateurs proportionnellement aux opérations faites par eux avec la société coopérative ou au travail effectué en faveur de cette dernière* ». L'associé coopérateur a alors droit à sa ristourne proportionnellement au volume des affaires faites avec la coopérative.

12. L'article 114 ajoute qu'en cas d'excédents d'exploitation, les statuts doivent prévoir avant toute autre affectation la constitution d'une réserve légale par prélèvement sur les résultats. Ces prélèvements doivent être d'au moins 20 % des excédents nets d'exploitation. En effet, les coopératives mettent ordinairement une partie de leurs excédents en réserve, ne serait-ce que pour faire face par l'autofinancement, à leurs besoins d'investissement. Ces sommes qui n'ont pas alors été immédiatement distribuées aux associés échappent désormais à leur emprise ; elles se trouvent collectivisées et ne peuvent plus faire l'objet d'une attribution individuelle. De ce principe résultent deux règles juridiques très importantes : d'abord, au cours de la vie sociale, la société coopérative ne peut pas décider de partager les réserves entre ses membres ; ensuite, à la dissolution, ceux-ci ne peuvent prétendre qu'à la reprise de leurs apports et non au partage de l'excédent d'actif. Cet excédent d'actif comme d'ailleurs toute somme que la société déciderait de prélever antérieurement sur ses réserves à d'autres fins que celle de son propre développement, ne peut être attribué sous forme de subventions qu'à d'autres coopératives ou à des œuvres d'intérêt général ou professionnel (V. S Nandjip Moneyang, *Réflexion sur le cadre juridique des sociétés coopératives issu de la réforme de 1992*, thèse Op. cit). Ainsi se manifeste l'altruisme des sociétés coopératives, qui est aussi une technique de fonctionnement de telles entités. Toutefois, la recherche du profit doit se faire

dans la légalité. Ici encore, l'exigence du lien commun par le législateur, permet de mettre les associés à l'abri des intentions malveillantes.

§2 - Conditions spécifiques aux sociétés coopératives

13. Elles sont relatives à l'observation des principes coopératifs et à la qualité d'associés.

A - Observation des principes coopératifs

14. Selon l'art. 6 AUSCOOP, « *la société coopérative est constituée et gérée selon des principes coopératifs universellement reconnus* ».

Ces principes fondent la distinction entre sociétés coopératives et autres sociétés (civiles ou commerciales). Ils constituent l'essence même du fonctionnement de la société coopérative et expliquent que l'inobservation de l'une d'eux puisse être évoquée comme juste motif de dissolution. Ces principes conçus par l'Alliance coopérative internationale, ont été consacrés par l'Organisation Internationale du Travail. Ils sont repris par l'AUSCOOP dans leur version modernisée. Il s'agit de l'adhésion volontaire et ouverte à tous, le pouvoir démocratique des coopérateurs, la participation économique des coopérateurs, l'autonomie et l'indépendance, l'éducation, la formation et l'information et l'engagement volontaire envers la communauté. Ces principes peuvent être regroupés dans leur objectif.

I - Adhésion volontaire et ouverte à tous

15. Aucune condition n'est en principe exigée pour devenir membre d'une société coopérative. Il suffit de consentir d'y appartenir en partageant le lien commun. Toute discrimination fondée sur le genre ou sur l'appartenance ethnique, religieuse ou politique est interdite. Le corollaire de cette libre adhésion est la liberté d'en sortir quand on le désire. Toutefois, la volonté d'adhérer emporte l'engagement de servir la coopérative en libérant effectivement l'apport promis et en faisant les affaires avec la société coopérative.

II - Exercice démocratique du pouvoir et participation économique des coopérateurs

16. La détention du pouvoir démocratique est un grand atout pour les coopérateurs qui sont eux-mêmes l'autorité suprême et ultérieure habilitée à décider de toutes les questions importantes concernant la société coopérative. L'autre aspect de ce pouvoir démocratique trouve son expression dans la règle « *un homme, une voix* » : tous les membres ont une position égale et devraient par conséquent avoir les mêmes droits de

participer à la prise des décisions en assemblée générale. La meilleure façon de sauvegarder l'égalité de tous les adhérents au sein de la coopérative est de donner à chacun une seule voix, quelle que soit sa participation au capital social, la durée de son affiliation, le volume de ses transactions avec la société. La conséquence de ce pouvoir démocratique est la participation économique des coopérateurs à la gestion du patrimoine social. Cette participation passe par le respect du volume d'affaire avec l'entreprise et la présence à l'assemblée générale et au conseil d'administration.

III - Autonomie et indépendance

17. Ce principe constitue une véritable consécration dans la législation coopérative camerounaise. Il avait été abordé dans la loi du 14 août 1992 portant organisation des sociétés coopératives et groupes d'initiative commune. Ce principe signifie que les investissements projetés par la société coopérative ne sont pas subordonnés à l'approbation de l'autorité de tutelle qui peut refuser la réalisation d'un projet parce qu'il n'en saisit ni l'utilité ni l'opportunité. La règle consacre la maturité des coopérateurs qui sont désormais maîtres des stratégies économiques et financières qu'ils souhaitent mettre en place pour leur épanouissement. Les sociétés coopératives ne souffrent plus d'une ingérence permanente ou d'un détournement d'objectifs comme naguère.

IV - Éducation, formation et information

18. De manière générale, ce principe suppose que l'associé coopérateur doit être informé de la marche des affaires de la coopérative. Il a alors le droit de demander communication de tout document pouvant le renseigner sur la gestion, et de poser les questions aux dirigeants qui ont l'obligation de lui répondre. Ce principe revêt cependant une signification spécifique dans certains types de coopératives comme les coopératives agricoles. La société doit assurer l'éducation et la formation de ses membres aux nouvelles techniques de culture, de production ou de transformation de leurs produits, et surtout leur sensibilisation aux principes coopératifs. L'article 114 AUSCOOP prévoit d'ailleurs la constitution d'une réserve destinée à ces formations, éducation et information.

B - Qualité de coopérateur

19. Cette qualité est régie par les articles 7 à 16 de l'AUSCOOP. Aux termes de l'article 7 AUSCOOP, « *Toute personne physique ou morale peut être coopérateur d'une société coopérative lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucune incapacité juridique conformément aux dispositions de la loi nationale de chaque État partie* ». La qualité

d'associé coopérateur s'acquiert et se perd sous certaines conditions.

I - Acquisition de la qualité d'associé

20. La qualité d'associé coopérateur est subordonnée à une demande écrite adressée au comité de gestion ou au conseil d'administration qui vérifie que l'intéressé satisfait aux exigences des statuts, qu'il a souscrit des parts et surtout qu'il a fait des versements. Autrement dit, l'associé coopérateur n'acquiert juridiquement cette qualité qu'après avoir libéré au moins une partie de son apport.

La date d'adhésion peut être celle de la demande, ou différée à une date ultérieure ne dépassant pas 3 mois à compter de la demande. L'associé est inscrit dans le registre des membres tenu au siège de la société et sa qualité est constatée par un acte qui comporte son identité, son adresse, sa signature ou son empreinte digitale et une mention de l'acceptation des dispositions législatives, réglementaires et statutaires régissant les sociétés coopératives. Cet acte peut prendre la forme soit d'un certificat, soit d'une carte de membre qui sera remise à l'associé coopérateur. Le coopérateur accepte donc d'être membre en toute connaissance de cause et il lui sera par conséquent difficile d'évoquer un vice de consentement plus tard. Désormais, il jouit des droits et est astreint aux obligations liées à sa qualité. Il a droit notamment à la répartition des excédents réalisés par la société coopérative, à tous les avantages et prestations de la société coopérative, de participer aux décisions collectives et de voter (article 46 AUSCOOP). Il s'oblige aussi à participer aux pertes sociales et à faire des transactions avec la société coopérative (article 47 AUSCOOP).

II - Perte de la qualité d'associé

21. La qualité d'associé se perd par le retrait volontaire ou l'exclusion.

a - Retrait de l'associé coopérateur

22. Cette possibilité est prévue par l'article 11 AUSCOOP. Le coopérateur qui désire se retirer doit aviser la société par écrit. Son retrait prend effet à la date indiquée dans l'avis ou à la date de sa réception si celle-ci est postérieure. Le retrait est constaté par le comité de gestion ou le conseil d'administration.

Le retrait est suivi du remboursement des parts de l'associé, ainsi que tous les prêts et autres sommes portées à son crédit. Il lui est également remboursé le solde des prêts que la société lui a consentis et les intérêts courus sur ces sommes jusqu'à la date de paiement.

Toutefois, ces remboursements peuvent être différés, mais sans excéder 2 ans, lorsque le comité de gestion ou le conseil d'administration estime que le rembourse-

ment immédiat est de nature à causer un préjudice à la santé financière de la coopérative.

Si l'associé coopérateur qui se retire avait des engagements envers la société, il reste tenu jusqu'à l'apurement de ses dettes. Autrement dit, la qualité d'associé coopérateur subsiste pour la liquidation de ses obligations antérieures dont les modalités et le délai de remboursement seront fixés par l'organe de gestion de la coopérative. Le coopérateur reste aussi solidairement tenu des dettes contractées par la société avant son retrait.

b - Exclusion de l'associé coopérateur

23. Cette exclusion est régie par les articles 12 à 16 AUSCOOP. L'article 13 prévoit que la société coopérative peut exclure le coopérateur lorsque :

- celui-ci est une personne morale contre laquelle est ouverte une procédure de liquidation des biens ;
- il ne fait pas volontairement des transactions avec la société coopérative pendant deux années consécutives ;
- il méconnaît les obligations de loyauté et de fidélité qui sont la conséquence de son adhésion dans la société coopérative.

L'on peut aussi envisager le cas où l'associé est membre de plus d'une société coopérative, ou le cas où le dirigeant exerce également cette fonction dans une autre coopérative.

L'exclusion est prononcée par l'assemblée générale ; elle peut aussi être prononcée par le comité de gestion ou le conseil d'administration. Dans ce dernier cas, l'exclusion n'est définitive que si elle est confirmée par l'assemblée générale. Le coopérateur est notifié de son exclusion par un avis d'exclusion dans les 10 jours qui suivent la date de son exclusion. S'il estime que cette décision n'est pas fondée, il peut faire un recours en annulation de ladite décision devant l'assemblée générale. Ce recours suspend l'effet de la décision d'exclusion. Le coopérateur n'est toutefois pas privé des voies de recours de droit commun qu'il pourrait utiliser pour réclamer des dommages-intérêts que lui cause le cas échéant l'exclusion.

Quant au sort des droits sociaux et des engagements du coopérateur, les mêmes règles du retrait s'appliquent. Sauf à préciser que pour l'associé coopérateur exclu dont l'adresse est inconnue et qui n'est pas retrouvé 2 ans après l'exclusion malgré les efforts déployés dans ce sens par la société, les sommes qui lui sont dues sont dévolues à un fonds de réserve. Ces sommes peuvent cependant être payées à toute personne qui apporte dans le délai de 5 ans la preuve qu'elle y a droit. Passé ce délai, elles sont acquises à titre précaire à l'État.

C - Ressources de la coopérative

24. Les ressources de la société coopérative sont

constituées par des fonds propres et d'autres fonds. Les fonds propres sont essentiellement formés par le capital social.

I - Capital social

25. Il est régi par les articles 52 à 58 AUSCOOP. La particularité du capital social dans la société coopérative est d'être variable.

26. Le capital social est constitué des apports faits par les associés. Chaque associé doit faire un apport (article 30 AUSCOOP), c'est une obligation et une condition d'acquisition de la qualité d'associé. L'apport doit être effectif, un apport fictif peut entraîner nullité de la société (cas par exemple de l'apport d'un bien dont on n'est pas propriétaire). Il peut s'agir de l'argent (apport en numéraire), de la main-d'œuvre ou du savoir faire (apport en industrie) ou d'un bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel (apport en nature) (article 33).

- Les apports en numéraire doivent être intégralement libérés lors de la constitution de la société ou lors de l'adhésion de l'associé coopérateur si la société avait déjà été constituée (article 34 AUSCOOP).

Les apports en nature ne sont réalisés que si les droits portant sur les biens concernés sont effectivement mis à la disposition de la société. Ils doivent aussi être intégralement libérés à la constitution de la société ou en cours de vie sociale en cas de nouvelle adhésion ou en jouissance, lorsqu'il est fait en propriété l'opération est assimilée à une vente (article 38). Lorsqu'il est fait en jouissance, l'apporteur demeure propriétaire du bien ; l'opération s'apparente à un bail où l'apporteur est bailleur et la société preneur (article 39). Les apports en nature doivent faire l'objet d'une évaluation par les associés qui sont par conséquent responsables de leur évaluation (article 41 AUSCOOP).

L'apport en industrie est constitué par l'activité de l'apporteur. Comme l'apport en nature, il pose aussi le problème de son évaluation en argent. À défaut d'évaluation dans les statuts, l'apporteur en industrie est considéré comme le plus petit apporteur en numéraire ou en nature (article 43 AUSCOOP).

Contrairement aux sociétés commerciales dont le capital social n'est constitué que par les apports en numéraire et les apports en nature, même les apports en industrie entrent dans la constitution du capital social d'une société coopérative (article 54 AUSCOOP). Le capital social est divisé en parts sociales ayant la même valeur nominale. Il peut être augmenté ou réduit par les associés réunis en assemblée générale extraordinaire (article 56 AUSCOOP).

II - Autres fonds de la coopérative

27. Ces autres fonds sont constitués des subventions,

dons et legs que la société coopérative peut recevoir pour le développement de ses activités. Ces fonds ne sont cependant pas pris en compte dans le calcul des intérêts versés aux parts sociales (article 59). La société coopérative peut également recourir pour les besoins de ses activités à tout emprunt légalement admis dans l'État où il a son siège social.

Section II - Conditions de forme

28. Elles sont relatives à la rédaction des statuts et du règlement intérieur, à l'immatriculation et à la publicité.

§1 - Statuts

Les statuts sont le contrat de société. L'article 17 AUSCOOP exige qu'ils soient établis soit par acte sous seing privé, soit par acte notarié.

29. S'ils sont établis par acte sous seing privé, il est dressé autant d'originaux que nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social et l'exécution des diverses formalités de constitution. Un exemplaire doit être tenu à la disposition de tout associé au siège social. L'article 18 AUSCOOP énonce les mentions devant figurer dans les statuts. Il s'agit des mentions régaliennes que doivent contenir les statuts de toute société, desquelles il faut relever les mentions facultatives.

A - Mentions obligatoires

30. Il s'agit des mentions que l'on retrouve dans les statuts de toute société, notamment :

- la forme de la société coopérative : trois formes sont prévues par la loi, la société coopérative simplifiée, la société coopérative avec conseil d'administration et la société coopérative d'épargne et de crédit ; les deux premières sont nettement organisées par l'acte uniforme, alors que la troisième relève des textes des communautés économiques régionales et des textes nationaux.
- la dénomination sociale et son sigle : Société coopérative simplifiée (SCOOPS), Société coopérative avec conseil d'administration (SCCA), Société coopérative d'épargne et de crédit (COOPEC) (article 19 AUSCOOP) ;
- son siège et sa durée : le siège peut être modifié en cours de vie sociale par transfert d'un endroit à un autre d'une même ville ou d'une ville à une autre (article 24 AUSCOOP). Quant à la durée, elle est décidée par les associés qui peuvent la modifier ou même la proroger (articles 25 à 29 AUSCOOP) ;
- les noms, prénom et adresse de chaque initiateur ;
- les stipulations relatives à la répartition du résultat et notamment des excédents et des réserves ;

- les modalités de fonctionnement de la société coopérative ;
- la signature des initiateurs ou l'apposition de leurs empreintes digitales ;
- l'identité des apporteurs en numéraire avec pour chacun d'eux le montant des apports, le nombre et la valeur des parts sociales remis en contrepartie de chaque apport ;
- l'identité des apporteurs en nature, la nature et l'évaluation de l'apport effectué par chacun d'eux, le nombre et la valeur des parts sociales remises en contrepartie de chaque apport, le régime des biens ou valeurs apportés lorsque leur valeur excède celle des apports exigés (l'apporteur devra alors préciser dans ce cas s'il s'agit d'un apport en propriété ou d'un apport en jouissance) ;
- le nombre précis ou nombre minimal et maximal de ses administrateurs ou membres du comité de gestion et toutes dispositions limitant les pouvoirs des administrateurs ou membres du comité de gestion ;
- le nombre précis ou les nombres minimal et maximal de ses administrateurs ou membres du comité de surveillance ou du conseil de surveillance et toutes dispositions relatives à l'exercice efficace de ces organes ;
- la durée du mandat des membres du comité de gestion, du conseil d'administration, du comité de surveillance et du conseil de surveillance ;
- toute limite relative au pourcentage maximal de parts sociales que peut détenir un seul membre ;
- une déclaration précisant que la société coopérative est organisée et exploitée et exerce ses activités selon les principes coopératifs et le rappel de ces principes.
- le montant du capital social, les limitations minimales et maximales y afférentes, la valeur nominale des diverses catégories de parts, les conditions précises de leur émission ou souscription (le projet d'acte uniforme prévoyait les parts sociales pour les associés coopérateurs et les parts de placement pour les associés non coopérateurs, appelés associés investisseurs, apporteurs de capitaux. Mais l'AUSCOOP ne reprend pas expressément cette distinction ; peut-on la sous-entendre dans « diverses catégories de parts » ou alors s'agit-il des parts supplémentaires que peuvent souscrire les membres ?) ;
- l'étendue des transactions avec les usagers non coopérateurs ;

B - Mentions facultatives

31. La société coopérative est une société *sui generis*, qui fonctionne selon des principes qui lui sont propres et qui sont gouvernés par un esprit d'humanisme, et surtout le souci d'aider les coopérateurs à atteindre l'objectif recherché à travers la mise en place d'une structure coopérative. Les statuts doivent tenir compte

de cet objectif en prévoyant des mesures qui permettent de les atteindre et par conséquent de protéger la coopérative. Ainsi, en plus des mentions obligatoires, l'article 18 in fine prévoit que les statuts peuvent contenir les mentions suivantes :

- le taux de rendement maximal qui peut être appliqué aux prêts et aux épargnes des membres ;
- le taux de rémunération maximale qui peut être appliqué aux parts des membres ;
- toute limite imposée aux activités commerciales de la société coopérative.

§2 - Règlement intérieur

32. L'existence du règlement intérieur en plus des statuts est une particularité des sociétés coopératives. Le règlement intérieur se justifie par le souci de vulgariser et de mettre à la disposition du plus grand nombre de coopérateurs, les conditions de fonctionnement et les modalités d'accomplissement de leurs obligations auprès de la société.

Comme les statuts, le règlement intérieur est établi par acte notarié ou par acte sous seing privé, en autant d'exemplaires originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt au siège social et l'exécution des formalités d'immatriculation. Il contient les prescriptions suivantes prévues par l'article 68 AUSCOOP :

- les conditions de paiement d'indemnités aux membres du conseil d'administration ou du comité de surveillance.
- la souscription des parts sociales supplémentaires et leur nombre par coopérateur.
- les critères et conditions de suspension des coopérateurs.
- la possibilité d'attribution d'un droit de vote plural dans le cas des unions, fédérations et confédérations.
- toutes autres prescriptions jugées nécessaires pour la rédaction de l'objet de la société coopérative et conformes aux principes coopératifs et aux dispositions légales.

§3 - Immatriculation et publicité

33. L'immatriculation est la condition d'existence de toute société. La question de l'immatriculation est développée dans les articles 74 à 80 AUSCOOP. La société coopérative doit demander son immatriculation auprès de l'organe prévu et organisé par l'acte uniforme à cet effet, selon une procédure bien déterminée. La société immatriculée doit faire l'objet de publicité dans le but de révéler l'existence de la société aux tiers. L'article 81 AUSCOOP prévoit d'ailleurs que cette publicité doit être

faite dans le mois de l'immatriculation, dans un journal habilité à recevoir les annonces légales.

A - Organe habilité à recevoir l'immatriculation

34. Aux termes de l'article 69 AUSCOOP, l'immatriculation se fait au Registre des Sociétés coopératives (RSC) tenu au greffe du TPI du siège social de la société ou l'autorité administrative chargée de la tenue du RSC dans l'État partie, dans le mois de sa constitution.

Le RSC reçoit également les inscriptions et les mentions constatant les modifications survenues depuis leur immatriculation dans la situation juridique des sociétés coopératives et des sociétés coopératives faïtières.

Les renseignements consignés dans chaque registre des sociétés coopératives sont centralisés dans un fichier national rattaché à un fichier régional qui lui aussi centralise les informations reçues des fichiers nationaux. Cette centralisation permet non seulement aux assujettis et aux tiers d'accéder facilement aux informations recherchées, mais aussi de répondre aux exigences de transparence et de loyauté indispensables au développement des activités économiques (article 73 AUSCOOP).

Le fichier national est tenu dans chaque État partie. Le fichier régional est tenu auprès de la Cour commune de justice et d'arbitrage. Le registre des sociétés coopératives est organisé par l'article 71 AUSCOOP. Il comprend :

a) un registre d'arrivée dans lequel il est mentionné par ordre chronologique, la date et le numéro de chaque déclaration acceptée (la demande d'immatriculation peut être rejetée pour irrégularités, voir *infra*, la procédure d'immatriculation), les noms, prénoms ou dénomination sociale du déclarant et l'objet de la déclaration (dans ce dernier point, il faut préciser l'activité de la société coopérative et sa forme qui peut être simplifiée, avec conseil d'administration ou d'épargne et de crédit.

b) la collection des dossiers individuels classés par ordre alphabétique. Il est indiqué sur chaque dossier, la dénomination sociale, la forme juridique, l'activité exercée, le siège social, l'appartenance à une société faïtière et l'ensemble des pièces du dossier. Toutes les déclarations sont établies en quatre exemplaires sur des formulaires fournis par le greffe ou l'autorité administrative chargée de la tenue du RSC dans l'État partie. Le déclarant doit justifier de son identité et être muni d'une procuration signée (il s'agit en effet d'une personne physique qui agit au nom et pour le compte de la société en création), à moins que le mandataire soit un avocat ou un notaire. Le premier exemplaire est conservé par l'autorité administrative chargée de la tenue du RSC. Le deuxième est remis au déclarant avec mention de la date et de la désignation de la formalité accomplie (immatriculation, renouvellement, radiation, modification, etc). Les troisième et quatrième exemplaires sont adressés par le greffier ou l'autorité administrative chargée de la tenue du RSC au fichier

national, pour transmission de l'un d'entre eux au fichier régional. Le RSC constitue alors une centrale d'informations sur la société coopérative, mais aussi sur ses dirigeants. Ainsi, l'article 73 AUSCOOP prescrit la mention d'office dans le RSC des décisions suivantes :

- celles intervenues dans les procédures individuelles de faillite ou dans les procédures collectives d'apurement du passif ;
- celles prononçant des sanctions patrimoniales contre les dirigeants ;
- celles de réhabilitation ou les mesures d'amnistie faisant disparaître les déchéances ou interdictions ;
- celles concernant la désignation, la révocation ou la démission des dirigeants sociaux (article 98 AUSCOOP).

Ces décisions sont communiquées au greffe ou à l'autorité administrative chargée de la tenue du RSC dans l'État partie, par la juridiction les ayant prononcées ou par toute personne intéressée.

L'immatriculation est unique, aucune coopérative ne peut être immatriculée à plusieurs registres ou à un même registre sous plusieurs numéros. Lorsqu'une société coopérative exploite des établissements secondaires dans d'autres autorités administratives chargées de la tenue du RSC, ceux-ci doivent aussi faire l'objet d'une immatriculation individuelle (immatriculation secondaire) dans le délai d'un mois à compter du début de l'exploitation (articles 82 et 83 AUSCOOP).

B - Procédure d'immatriculation

35. La procédure de l'immatriculation ressort des articles 75 à 76 AUSCOOP combinés. Le déclarant doit remplir une demande dont le formulaire lui est fourni par le greffe ou l'autorité administrative chargée de la tenue du RSC. Cette demande comprend les indications ci-après :

- la dénomination sociale
- le cas échéant, le nom commercial, le sigle ou l'enseigne,
- la ou les activités exercées,
- la forme de la société coopérative,
- le montant du capital initial avec l'indication du montant des apports en numéraire et éventuellement, l'évaluation des apports en nature ou en industrie,
- l'adresse du siège social et le cas échéant, celle du principal établissement et de chacun des autres établissements,
- la durée de la société telle que fixée par les statuts,
- les noms, prénoms, nationalité, date et lieu de naissance et domicile des dirigeants ayant le pouvoir d'engager la société coopérative.

Il convient de s'arrêter sur cette exigence du domicile des dirigeants de la société coopérative. Il s'agit d'une

nouveauté de l'Acte uniforme qui conforte son souci de protéger les épargnants et la société contre des dirigeants « *sans domicile fixe* », difficilement joignables en cas de difficultés de la société. Cette exigence permet aussi de contrôler l'interdiction faite au dirigeant de diriger plusieurs sociétés à la fois.

Doivent aussi être annexés à la demande, deux copies des statuts, deux exemplaires de la liste des membres du comité de gestion ou du conseil d'administration et éventuellement les autorisations préalables requises pour les activités réglementées (article 76 AUSCOOP).

Dès que la demande du requérant est en l'état, le greffier ou l'autorité administrative chargée de la tenue du RSC lui attribue un numéro d'immatriculation qu'il mentionne sur le formulaire remis au déclarant. À partir de cet instant, la société est immatriculée. Un exemplaire du dossier d'immatriculation est transmis au Fichier national avec les autres pièces déposées par le requérant (article 77 AUSCOOP).

C - Effets de l'immatriculation

36. Ces effets sont envisagés par l'article 78 AUSCOOP, aux termes duquel « *Toute société coopérative jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au registre des sociétés coopératives* ». La personnalité juridique confère à la société coopérative la capacité d'agir, un nom, (dénomination sociale), un domicile (siège social) et une nationalité.

L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives n'ayant pas consacré de développements particuliers aux effets de l'immatriculation, l'on peut s'inspirer des articles 59 à 61 de l'acte uniforme portant sur le droit commercial général. Selon ces dispositions, la société coopérative immatriculée est tenue d'indiquer le numéro et le lieu d'immatriculation au RSC sur ses factures, bons de commande, tarifs et documents sociaux, ainsi que sur toute correspondance de la société.

Cependant, le défaut d'immatriculation n'entraîne pas la nullité de la société et celle-ci ne peut donc pas s'en prévaloir pour se soustraire des responsabilités et obligations découlant de l'exercice de son activité. Le défaut d'immatriculation n'est pas opposable aux tiers et aux autorités administratives publiques.

Par ailleurs, l'immatriculation ne confère la personnalité juridique à la société que pour autant qu'elle se soumette aux règles qui régissent son activité. Autrement dit, une société coopérative qui ne se conforme pas aux exigences de l'exercice de son activité, ne peut se prévaloir des effets de l'immatriculation, ne peut se prévaloir par conséquent de la personnalité juridique. En outre, l'immatriculation joue un rôle spécifique dans les sociétés coopératives ; elle est une mesure qui garantit la sécurité des opérations et assure la protection des coopérateurs et des tiers qui traitent avec la société coopérative. Elle résout du coup le problème de la clandestinité dans l'exercice des activités des coopératives et

permet à l'autorité administrative d'exercer son contrôle sur l'utilisation et la destination de l'agrément accordé. Toutes les modifications intervenues dans la vie de la société et des coopérateurs doivent faire l'objet d'une mention modificative au RSC, notamment le transfert du siège social, la radiation. L'AUSCOOP n'exige pas expressément l'agrément, or toute société coopérative voulant exercer une activité réglementée doit au préalable requérir auprès des autorités institutionnelles et administratives compétentes, toutes les autorisations ou accréditations nécessaires pour l'exercice de cette activité. Pour ce qui est des sociétés coopératives dont l'objet est l'épargne et le crédit, l'agrément est accordé par l'autorité monétaire celle-ci est au Cameroun le Ministre des finances (*Voir Sara NANDJIP MONEYANG : l'avant-projet d'acte uniforme organisant les sociétés coopératives ou mutualismes : la lumière voilée, inédit, 25 p.*).

Pour les sociétés coopératives dont l'activité n'est pas l'épargne et le crédit, l'agrément est accordé par le Ministère de l'agriculture. Ainsi, le pouvoir d'octroyer l'agrément est partagé au Cameroun par les Ministères des finances et de l'agriculture.

L'immatriculation a également pour effet de protéger la dénomination sociale dans la mesure où, il est interdit à une institution de se prévaloir d'être une coopérative sans être immatriculée au préalable. L'inobservation de cette formalité sera sévèrement sanctionnée : la société n'acquiert pas la personnalité juridique et surtout, elle sera considérée comme une société de fait et se verra le cas échéant, appliquer les dispositions des articles 864 et suivants de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique qui régissent les sociétés créées de fait.

L'immatriculation permet enfin d'apprécier la capacité de la société coopérative.

§4 - Acquisition de la personnalité juridique

37. La reconnaissance de la personnalité juridique à la société coopérative a pour but de lui donner la possibilité d'expression collective pour défendre ses intérêts juridiquement protégés. Elle a pour conséquence de conférer à la société une capacité d'agir, un nom, un domicile, une nationalité.

A - Capacité d'agir de la société coopérative

38. C'est l'une des conséquences de l'immatriculation de la société. La capacité peut être appréciée différemment selon que la société est en formation ou selon qu'elle est déjà constituée, mais non encore immatriculée. Il convient alors de préciser le sens et la portée de cette capacité avant de s'interroger sur le sort des actes et engagements posés par les fondateurs ou les premiers membres des organes de gestion.

I - Sens et portée de la capacité

39. La capacité implique pour la société coopérative, l'aptitude à poser désormais des actes juridiques tels que l'achat, la vente, la réception des dons et surtout la possibilité d'ester en justice pour défendre ses droits. Ne pouvant agir elle-même, elle est représentée par une personne physique qui reçoit de la société, un mandat à cet effet (en ce sens, CCJA, n° 042/2008, 17 juillet 2008, Société Lev-Côte d'Ivoire SA c/Peled Nathan, in *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, l'Harmattan, coll. études africaines, Paris, 2010, pp. 131-141, obs. S.S. Kuate Tameghé). En effet, l'immatriculation de la société ne marque pas toujours le commencement des activités sociales. Certains actes en raison de leur urgence et de leur nécessité ont dû être passés bien avant (la prise à bail d'un local, des abonnements pour eau et électricité par exemple). Dans d'autres cas, c'est l'insouciance qui explique que la société fonctionne avant toute immatriculation. La question se pose de savoir qui répond de ces actes et engagements contractés alors que la société n'existe pas officiellement.

II - Sort des actes et engagements pris pour le compte de la société

40. L'on distingue la société en formation de la société constituée, mais en attente d'immatriculation. Nous référant à l'Acte uniforme régissant les sociétés commerciales, une société est en formation lorsqu'elle n'est pas encore constituée. Autrement dit, les futurs associés n'ont pas encore signé les statuts, même si ceux-ci sont déjà établis. En revanche, une société est constituée à compter de la signature des statuts par les associés (article 86 AUSGIE) qui, réunis en assemblée générale constitutive marquent ainsi leur volonté à faire partie de la société et à répondre de ses actes (du moins ceux qu'ils auront repris).

a - Sort des actes et engagements pris pour le compte de la société coopérative en formation

41. Ce sort est régi par les articles 90 à 92 AUSCOOP. Les engagements pris par les initiateurs doivent être portés à la connaissance des futurs associés coopérateurs réunis en assemblée constitutive. L'assemblée s'informe sur la nature de chacun des actes posés. La reprise de ses actes et engagements fait l'objet d'une résolution spéciale de l'assemblée et sont censés être contractés par les associés dès l'origine. Les actes non repris sont inopposables aux associés et seules les personnes qui les ont souscrits en sont tenues solidairement et indéfiniment.

b - Sort des actes et engagements pris pour le compte de la société coopérative constituée mais non encore immatriculée

42. C'est l'hypothèse où les associés ayant désigné

les dirigeants sociaux leur donnent dans les statuts ou par acte séparé, mandat d'agir pour le compte de la société non encore immatriculée. L'immatriculation de la société emporte reprise par elle des actes posés par les dirigeants sociaux. Cependant, ils doivent avoir agi dans la limite des pouvoirs qui leur sont conférés, sinon ils engagent leur responsabilité en cas d'excès de pouvoir (article 93 AUSCOOP).

B - Dénomination sociale

43. Aux termes de l'article 19 de l'AUSCOOP, la société coopérative doit avoir une dénomination sociale mentionnée dans les statuts. La société coopérative ne peut prendre la dénomination d'une autre société déjà immatriculée au RSC. Ainsi, la liberté de dénomination que l'on rencontre dans les sociétés commerciales, et qui est le corollaire du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, n'existe pas dans les sociétés coopératives où la qualification « société coopérative » est fortement contrôlée pour éviter que des opérateurs économiques ne profitent de la souplesse de la réglementation en vigueur pour exercer des activités lucratives qui relèvent normalement de la réglementation sur les sociétés commerciales.

La dénomination sociale doit figurer sur tous les actes et documents destinés aux tiers (lettres, factures, annonces et publications diverses). Elle doit être précédée ou suivie immédiatement en caractères lisibles, de l'indication de la forme de la société coopérative, du montant du capital social (lorsqu'un capital minimum est fixé), de l'adresse du siège social et de son numéro d'immatriculation au RSC. La dénomination sociale peut être modifiée en cours de vie sociale, dans les conditions de modification des statuts (article 19 in fine AUSCOOP). Le changement de dénomination sociale est donc de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire.

C - Siège social

44. C'est le domicile de la société coopérative. Il doit être mentionné dans les statuts. Le siège social est fixé soit au lieu du principal centre d'activité de la société, soit à son centre de direction administrative et financière ; doit être localisé par une adresse ou une indication géographique suffisamment précise. Ceci évite la création future des sociétés coopératives (article 22 AUSCOOP).

Contrairement aux sociétés commerciales, le transfert du siège social de la société coopérative ne peut s'opérer que d'un endroit à un autre de la même ville par simple décision du comité de gestion ou du conseil d'administration de la société coopérative (article 24 AUSCOOP). Mais bien que le législateur ne le dise pas expressément, on peut bien envisager l'hypothèse d'un transfert d'un État à un autre État membre de l'OHADA,

à condition que les règles régissant l'activité objet de la société coopérative ne soient pas fondamentalement différentes. Il semble que cette réserve ait commandé que le législateur n'admette le transfert que d'un endroit à un autre de la ville dans le même pays. Cela permet ainsi d'exercer un contrôle efficace sur l'activité de la société coopérative et de protéger les tiers. D'ailleurs, l'article 23 AUSCOOP prévoit que « *les personnes autres que les associés coopérateurs peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société coopérative si le siège réel est situé en un autre lieu* ». En cas de difficulté à localiser le siège social, les tiers peuvent alors choisir entre le siège statutaire et le siège réel selon leurs intérêts. C'est la position de la Cour commune de justice et d'arbitrage développée dans l'arrêt n° 009/2002, *Affaire Maître Bohoussou Gbazike Juliette c/Société Ivoire coton (Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage op cit, p. 557 et s., obs. R. Nemeudeu. Voir aussi, article 26 AUSGIE)*. (L'article 22 AUSCOOP précise d'ailleurs que le siège social est soit le lieu du principal centre d'activité, soit le lieu de la direction administrative et financière).

Le siège social permet aussi d'apprécier la nationalité de la société coopérative.

Section III - Sanctions de l'inobservation des règles de constitution

45. L'AUSCOOP ne s'est pas expressément prononcé sur ces sanctions, il envisage seulement au titre 8, la nullité de la société coopérative et des actes sociaux. Il est de principe que l'inobservation des règles de formation d'un contrat est la nullité. Mais la nullité d'une société est rare dans la législation OHADA, qui privilégie la régularisation et la mise en jeu de la responsabilité de ceux qui sont à l'origine du défaut d'accomplissement des formalités constitutives. La nullité demeure cependant la sanction des irrégularités substantielles telle que l'illicéité de l'objet social.

§1 - Régularisation

46. C'est l'action qui permet de rendre conformes aux lois et règlements, les formalités légales prescrites qui ont été soit omises, soit irrégulièrement accomplies. Elle peut être intentée par tout intéressé devant la juridiction compétente de l'État partie. Pour le cas du Cameroun par exemple, ce sera le tribunal de première instance du lieu de situation de la société coopérative. C'est en effet au greffe de cette juridiction que s'accomplissent les formalités d'immatriculation de la société. Comme il s'agit de se conformer à la loi et donc de protéger l'intérêt général, le ministère public peut aussi tenter l'action en régularisation. Celle-ci doit être exercée dans un délai de 3 ans suivant l'immatriculation de la

société ou la publication de l'acte modifiant les statuts, au même titre que l'action en nullité.

§2 - Nullité

47. Elle est régie par les articles 198 à 203 AUSCOOP. Elle est quasiment calquée sur la nullité des sociétés commerciales. Comme pour ces dernières, la nullité constitue la sanction exceptionnelle car il existe presque toujours la possibilité de régularisation (en dehors des hypothèses d'illicéité de l'objet social). En effet, aux termes de l'article 200 AUSCOOP, le tribunal saisi d'une action en nullité peut même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité, et ne peut prononcer la nullité moins de deux mois après la date de la demande en nullité. L'AUSCOOP n'énumère pas expressément les causes, mais elles peuvent être déduites des diverses dispositions traitant de la nullité.

En principe, le vice de consentement ou l'incapacité d'un associé coopérateur n'est pas cause de nullité, à moins que ce vice ou cette incapacité n'atteigne tous les associés fondateurs (article 198 AUSCOOP). La nullité peut aussi résulter de l'illicéité de l'objet social.

S'agissant des actes sociaux, les décisions et délibérations peuvent être annulées, lorsqu'elles ne remplissent pas les conditions légales de leur validité (exemple les associés n'ont pas été régulièrement convoqués, le quorum pour valider la décision n'a pas été atteint...).

Dans tous les cas, l'action en nullité se prescrit par trois ans à compter de l'immatriculation de la société, ou à compter du jour où la nullité est encourue pour les actes sociaux, sauf si la cause de nullité est l'illicéité de l'objet social. Dans ce cas, l'action est imprescriptible (article 202 AUSCOOP).

Lorsque la nullité est fondée sur une fusion ou une scission irrégulière, l'action en nullité se prescrit par 6 mois à compter de la date de la dernière inscription au RSC.

L'annulation de la société coopérative met fin à son existence, mais sans rétroactivité. La société est alors simplement dissoute et sera liquidée. L'annulation d'une fusion ou d'une scission est sans effet sur les obligations nées à la charge le ou profit des sociétés coopératives auxquelles le ou les patrimoines sont transmis entre la date à laquelle prend effet la fusion ou la scission et celle de la publication de la décision qui prononce la nullité.

Les sociétés coopératives ayant participé aux opérations de fusion ou de scission sont solidairement responsables en cas d'annulation de l'exécution des obligations nées desdites opérations.

La nullité de la société coopérative n'a aucun effet à l'égard des tiers de bonne foi (c'est-à-dire ceux qui ignoraient que la société était entachée d'une cause pouvant entraîner son annulation), à moins que la nullité n'ait pour cause le vice de consentement ou l'incapacité. Dans ce cas, la nullité ne peut être évoquée

que par l'incapable lui-même ou son représentant légal ou par la personne dont le consentement a été vicié.

Les associés et les dirigeants sociaux auxquels la nullité est imputable du dommage résultant pour les tiers de l'annulation de la société coopérative. Dans ce cas, l'action en responsabilité fondée sur l'annulation se prescrit par 3 ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée. Cette action peut s'exercer même lorsque la cause de nullité a disparu à l'issue d'une régularisation. Le droit à la réparation du dommage subi subsiste et se prescrit par 3 ans à compter du jour où la nullité est couverte.

§3 - Responsabilité

48. L'action en responsabilité est prévue par l'article 65 AUSCOOP. Elle permet de mettre en jeu la responsabilité des fondateurs et des premiers membres des organes de gestion, c'est-à-dire de ceux-là qui étaient chargés d'accomplir les formalités constitutives et dont l'omission ou l'accomplissement irrégulier ou la négligence a causé un préjudice à la société coopérative. La responsabilité ici est solidaire.

L'action en responsabilité doit être portée devant la juridiction compétente au plus tard 5 ans à compter de l'immatriculation de la société ou de la publication de l'acte modifiant les statuts (article 66 AUSCOOP).

Chapitre II : Fonctionnement de la société coopérative

49. Le mécanisme de fonctionnement des sociétés coopératives est calqué sur celui des sociétés commerciales. Il subsiste toutefois des particularités qui préservent l'essence de la société coopérative. La gérance de la société coopérative est organisée autour des coopérateurs qui prennent des décisions collectives et des dirigeants sociaux qui exercent les pouvoirs que leur confèrent les statuts.

Section I - Dirigeants sociaux

50. Le fonctionnement de la société coopérative est confié à des organes de gestion, de direction et d'administration chargés de conduire quotidiennement les affaires. Il convient de s'arrêter sur leur statut et leur pouvoir (article 95 AUSCOOP).

§1 - Désignation - révocation - démission

51. De même que dans une démocratie, le peuple désigne ses représentants, de même dans une société, l'assemblée des associés désigne ses dirigeants. Il en est ainsi même dans les sociétés coopératives. Le dirigeant

de l'entreprise peut être une personne physique ou une personne morale. Dans ce cas, la personne morale est tenue de désigner pour la durée de son mandat, un représentant permanent (articles 296 à 298 AUSCOOP).

Le pouvoir de désignation a pour corollaire le pouvoir de révocation lorsque le dirigeant commet une faute. La révocation peut aussi résulter d'une décision de justice rendue par le tribunal compétent dans le ressort duquel est situé le siège social, pour cause légitime, à la demande de tout coopérateur (article 226 AUSCOOP).

Néanmoins, le dirigeant social peut librement démissionner, pourvu que sa démission ne cause pas un préjudice à la société. Il doit s'abstenir de démissionner dans une intention malveillante, au risque de se voir condamner à réparer le préjudice causé à la société le cas échéant (articles 227 AUSCOOP).

La désignation, la révocation ou la démission des dirigeants sociaux doit être publiée au RSC dans le délai d'un mois suivant la décision. En effet, les tiers doivent être avertis de la nomination, mais aussi de la révocation ou la démission des dirigeants. Ni la société ni les tiers ne peuvent se prévaloir d'une irrégularité dans la désignation des dirigeants, lorsque celle-ci a été régulièrement publiée. Par ailleurs, la publicité de la désignation, la révocation ou la démission est un facteur de sécurité pour les tiers qui traitent avec la société.

§2 - Pouvoirs des dirigeants sociaux

52. Dans les rapports entre la société et les coopérateurs, les dirigeants engagent la société par les actes entrant dans l'objet social. Mais dans les rapports avec les tiers, les dirigeants engagent la société même pour les actes ne rentrant pas dans l'objet social, à moins qu'il s'agisse des tiers de mauvaise foi, ceux qui ne pouvaient ignorer la limitation des pouvoirs. Il en sera ainsi par exemple lorsque le tiers traite habituellement avec la société. Dans ce cas, l'acte dépassant l'objet social lui sera opposable (article 96 AUSCOOP). C'est dire que les pouvoirs des dirigeants peuvent être limités dans les statuts (article 97 AUSCOOP), mais les limitations sont inopposables aux tiers de bonne foi.

Section II : Assemblées d'associés

53. Les associés se réunissent pour exercer leurs droits et prendre des décisions collectives. L'assemblée générale est régie par les articles 99 à 111 AUSCOOP.

§1 - Droits et obligations des associés

54. En contrepartie de leur participation dans le capital social, les associés ont non seulement des droits mais aussi des obligations qui découlent de leur qualité de coopérateur.

A - Droits des associés

55. En dehors des droits régaliens tels que la participation aux décisions collectives dans le cadre des assemblées générales, l'associé coopérateur a des droits spécifiques qui découlent des principes coopératifs et qui sont prévus par l'AUSCOOP notamment celui de la répartition des excédents selon la règle de la ristourne proportionnelle et celui de la dévolution collective des réserves et de l'excédent d'actif.

L'associé coopérateur a droit à la formation, à l'éducation et à la sensibilisation sur les principes et techniques de la coopération. Ces actions sont financées par la constitution d'une réserve telle que prévue dans les statuts. Les associés ont le droit à l'information et à la communication de tous les documents pouvant les éclairer sur la gestion de la société coopérative.

L'associé coopérateur a aussi le droit de se retirer de la société en demandant le remboursement de ses parts et de tout ce que lui doit la société (prêts et autres sommes portées à son crédit).

En cas d'exclusion, l'associé coopérateur a le droit de faire un recours contre la décision d'exclusion jugée abusive devant l'assemblée générale. Et si l'assemblée générale confirme la décision d'exclusion, il peut recourir aux voies de droit commun, notamment saisir les juridictions du lieu du siège social.

B - Obligations des associés

56. La principale obligation de tout associé est de libérer l'apport promis. Mais l'associé coopérateur a d'autres obligations spécifiques. Il doit faire les affaires avec la société coopérative et l'inobservation de cette obligation pendant deux années consécutives est un juste motif d'exclusion (article 13 (b) AUSCOOP). C'est la consécration du principe de double qualité, qui traduit la situation particulière des membres d'une société coopérative, ceux-ci ne sont pas seulement des associés, apporteurs de capitaux ; ils sont des « coopérateurs » en ce sens qu'ils sont liés par un contrat de travail qui fixe les règles de leur activité avec l'organisation ; ils s'engagent ainsi à travailler avec le groupement, c'est-à-dire à en être des clients (dans les coopératives de consommation ou de crédit), des fournisseurs (dans les coopératives de transformation et de vente), des employés ou des ouvriers (dans les coopératives de production).

L'associé coopérateur a ainsi l'obligation de loyauté et de fidélité envers l'entreprise. Parce qu'il met son travail et son savoir faire au service d'une société coopérative dont il est membre, ce serait déloyal d'appartenir à une autre coopérative en même temps (article 13 (c) AUSCOOP).

De manière générale l'associé coopérateur, doit respecter les engagements pris envers la société coopérative, notamment, contribuer aux pertes sociales.

L'inobservation de ces obligations entraîne son exclusion. Toutefois, cette exclusion ne le libère pas de ses dettes et obligations envers la société ou d'un contrat en cours avec celle-ci.

§2 - Décisions collectives

57. Les décisions collectives sont prises par les associés coopérateurs réunis en assemblée générale, et qui votent personnellement. Le vote par procuration est cependant possible sauf clause contraire des statuts (article 100 AUSCOOP).

Tout coopérateur a le droit d'y participer. En effet, ce sont les associés qui ont le contrôle de l'entreprise à travers l'assemblée générale. Dans les sociétés coopératives, il existe trois types d'assemblées dont les décisions ne sont valables que si elles respectent les règles de convocation et de délibération.

A - Types d'assemblées

58. Aux côtés des traditionnelles assemblées ordinaire et extraordinaire, on a l'assemblée de section.

I - Assemblées générales ordinaires et extraordinaires

59. Comme dans les sociétés commerciales, il y a deux types de décisions collectives : les décisions ordinaires et les décisions extraordinaires (article 103 AUSCOOP). Elles sont prises en assemblée générale dans les conditions de fond et de forme prévues pour chaque type de société coopérative. C'est également en assemblée que les états financiers établis par le comité de gestion ou le conseil d'administration sont présentés. Ces états contiennent un état des cautionnements, avals et garanties personnelles données par la société coopérative et un état des sûretés réelles consenties par elle.

L'AUSCOOP n'a pas déterminé de manière générale les décisions ordinaires et les décisions extraordinaires (*elle prévoit simplement dans ses articles 99 à 103, la participation des coopérateurs aux assemblées pour prendre des décisions ordinaires ou extraordinaires*). Toutefois, on peut se référer aux articles 242, 249, 253, et 351 qui traitent de la compétence des assemblées dans la société coopérative simplifiée et dans la société coopérative avec conseil d'administration, pour dire que les décisions ordinaires prises dans le cadre de l'assemblée générale ordinaire concernent : la nomination et la révocation des dirigeants sociaux, l'appréciation des états financiers de synthèse de l'exercice, l'affectation des résultats, l'autorisation d'effectuer les opérations subordonnées dans les statuts à l'accord préalable des coopérateurs, l'approbation du rapport du commissaire aux comptes le cas échéant et d'une manière générale,

toute décision n'ayant pas pour objet la modification des statuts.

En revanche, les décisions extraordinaires prises en assemblée générale extraordinaire sont celles qui touchent à la modification des statuts. Sont notamment concernées : les fusions-scissions, transformation et apports partiel d'actif, le transfert du siège social d'une ville à une autre ou d'un État partie de l'OHADA à un autre, la dissolution par anticipation de la société, l'augmentation des engagements des associés (mais dans ce cas, il faut l'accord de chaque associé coopérateur).

II - Assemblées de section

60. Elles sont prévues par l'article 106 AUSCOOP qui dispose que « *Lorsque le nombre des coopérateurs est supérieur à cinq cent, les statuts de la société coopérative peuvent prévoir que l'assemblée générale peut être précédée par des assemblées de section délibérant séparément sur le même ordre du jour* ». Les assemblées de section sont chargées d'élire les délégués qui vont participer à l'assemblée générale. L'institution des assemblées de section permet ainsi, d'une part, de décongestionner l'assemblée générale et de permettre à cette dernière de remplir pleinement son rôle et d'autre part, dans l'impossibilité d'assister tous aux assemblées générales, les coopérateurs vont confier aux délégués qui les représentent, leurs doléances et suggestions relatives aux résolutions qui seront prises en assemblée générale. Les assemblées de section s'analysent comme un gage d'efficacité des assemblées générales.

B - Convocation et délibération

61. De manière générale, l'assemblée générale est convoquée par le dirigeant social. Dans les sociétés coopératives simplifiées, elle est convoquée par le président du comité de gestion ou le cas échéant, par un membre de ce comité (article 232 AUSCOOP). Dans les sociétés coopératives avec conseil d'administration, la convocation aux assemblées est faite en principe par le président du conseil d'administration (article 342 AUSCOOP). Les coopérateurs sont convoqués quinze jours au moins avant la tenue de l'assemblée (article 233 AUSCOOP).

Chaque associé coopérateur dispose d'une voix quelle que soit l'importance de sa participation au capital social. C'est la traduction du principe, « *un homme, une voix* », cher aux sociétés coopératives dans lesquelles la gestion démocratique est également de rigueur (article 102 AUSCOOP).

Toutefois, à défaut de stipulation contraire des statuts, les copropriétaires d'une part sociale peuvent se faire représenter par un mandataire unique choisi parmi les indivisaires. En cas de désaccord, le mandataire est désigné par la juridiction compétente à la demande de l'indivisaire le plus diligent (article 101 AUSCOOP).

Les délibérations en assemblée sont constatées par un procès-verbal établi sur un registre spécial tenu au siège social (afin que tout associé puisse le consulter opportunément) indiquant les date et lieu de la réunion, les prénoms et noms des associés présents l'ordre du jour, les documents et rapports soumis à discussion, un résumé des débats, le texte des résolutions et le résultat des votes. Ce procès-verbal doit être signé de tous les associés coopérateurs présents ou représentés.

Section III : Contrôle de la gestion

62. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives prévoit les organes chargés du contrôle et les procédures de contrôle.

§1 - Organes

63. Le contrôle de gestion de la société coopérative est assuré par les associés et le cas échéant, par le commissaire aux comptes.

A - Contrôle par les associés

64. Les organes de contrôle sont différents (du moins dans l'appellation, puisqu'ils jouent fondamentalement les mêmes rôles) selon le type de société coopérative. Les associés se regroupent en commission de surveillance ou en conseil de surveillance selon que l'on est en présence d'une coopérative simplifiée ou d'une coopérative avec conseil d'administration. Aux termes de l'article 257 AUSCOOP, « *La commission de surveillance est l'organe de contrôle de la société coopérative simplifiée. Elle agit dans le seul intérêt des coopérateurs...* » La commission de surveillance est composée de trois à cinq membres (article 258 AUSCOOP). Le contrôle de la société coopérative avec conseil d'administration est aux termes des articles 334 et 335, assuré par le conseil de surveillance, composé de trois à cinq membres.

B - Contrôle par le commissaire aux comptes

65. Contrairement à la société coopérative simplifiée où le recours à un commissaire aux comptes est facultatif (article 121 in fine AUSCOOP), l'article 121 AUSCOOP rend obligatoire le recours au commissaire aux comptes dans les sociétés coopératives avec conseil d'administration, lorsqu'elles remplissent les conditions suivantes :

- le nombre total des coopérateurs est supérieur à mille ;
- le chiffre d'affaires est supérieur à cent millions ;
- le total de bilan est supérieur à cinq millions.

Le commissaire aux comptes est nommé par l'assemblée générale. Sans être expressément définies par l'AUSCOOP, ses missions sont les missions régaliennes d'un commissaire aux comptes telles que déterminées par l'article 710 AUSGIE. Il doit notamment certifier que les états financiers de synthèse sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice. Il est nommé pour trois exercices et son mandat expire donc normalement à l'arrivée du terme, (mais rien ne s'oppose à ce que son mandat soit renouvelé).

§2 - Procédures

66. Les litiges peuvent surgir entre associés coopérateurs. Lorsque cela arrive, ils peuvent recourir aux juridictions étatiques. Ils peuvent aussi choisir les modes non juridictionnels comme la médiation, la conciliation ou l'arbitrage (article 117 AUSCOOP). Pour prévenir cette hypothèse, le législateur a prévu des procédures permettant aux associés soit de réveiller les dirigeants laxistes (l'alerte), soit de prévenir les difficultés (l'expertise de gestion). Par ailleurs, en contrepartie des pouvoirs qui leur sont conférés, la responsabilité des dirigeants sociaux peut être mise en jeu individuellement ou collectivement par les associés ou par les tiers.

A - Alerte

67. Sans être légalement définie, on considère que la fonction d'un dirigeant social consiste à faire marcher la société de telle sorte qu'à défaut de réussite plus éclatante, elle évite au moins la cessation des paiements. Les dirigeants doivent donc mettre en place des stratégies adéquates pour mener la société vers l'atteinte des objectifs qu'elle s'est assignée. S'ils ne le font pas ou s'ils ne le font pas assez, la commission ou le conseil de surveillance, selon le type de société coopérative, ont le pouvoir de déclencher une alerte. Aux termes de l'article 119 AUSCOOP, la procédure d'alerte consiste pour le conseil de surveillance ou la commission de surveillance à demander des explications par écrit ou oralement au comité de gestion ou au conseil d'administration qui est tenu de répondre, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de la société coopérative. Ce texte impose au comité de gestion ou au conseil d'administration de répondre dans les mêmes formes. En cas de refus de répondre ou si la continuité de la société demeure compromise malgré les réponses, le conseil de surveillance ou la commission de surveillance établit un rapport spécial qu'il soumet à l'assemblée générale prochaine ou à une réunion spécialement convoquée à cet effet.

La procédure d'alerte peut aussi être déclenchée par

les organisations faitières auxquelles la coopérative est affiliée (article 119 in fine AUSCOOP, article 144 AUSCOOP : « *La fédération a pour missions... de déclencher, en lieu et place de ses affiliés, l'alerte ou, saisir l'assemblée générale des unions et sociétés coopératives affiliées de toute anomalie constatée* »).

Contrairement aux articles 157 et 158 AUSGIE qui permettent aux associés de déclencher l'alerte, cette faculté n'est ouverte qu'au conseil ou à la commission de surveillance. Les coopérateurs ne peuvent donc pas, individuellement ou collectivement demander des explications au comité de gestion ou au conseil d'administration sur leur gestion. Quid du cas où le conseil de surveillance ou le comité de surveillance manque de diligence ou se montre complaisant ? Les associés ne devraient pas totalement être dépouillés de ce droit ; les statuts peuvent organiser son exercice en prévoyant par exemple que les associés réunissant un certain nombre de parts, peuvent se regrouper pour exercer le droit d'alerte. C'est ce que le législateur a fait pour l'expertise de gestion.

B - Expertise de gestion

68. Elle est prévue par l'article 120 AUSCOOP, qui prévoit que les associés coopérateurs représentant au moins 25 % des membres de la société coopérative peuvent demander au président de la juridiction compétente du siège social, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. L'expertise ne constituant pas une critique de l'ensemble de la gestion, le demandeur doit invoquer clairement les faits sur lesquels il souhaite être éclairé. Dans ce sens, l'article 120 in fine prévoit que le juge détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs des experts. La loi est muette sur le destinataire du rapport. Cependant, l'expertise étant demandée par les coopérateurs, il est logique que le rapport soit présenté en assemblée générale. Le législateur ne s'est pas non plus prononcé sur la périodicité de la demande d'expertise ni même sur celle de l'alerte. Le recours permanent à ces procédures pouvant perturber la gestion quotidienne de la coopérative, il importait de délimiter leur périodicité en prévoyant qu'elles peuvent être déclenchées au maximum deux fois par exercice comme le prévoient les articles 157 et 158 AUSGIE. Par ailleurs, ces procédures entraînant des frais pour la société, il est judicieux de les limiter.

§3 - Responsabilités

69. En contrepartie des importants pouvoirs qui leur sont conférés, les dirigeants sociaux peuvent faire l'objet d'une action civile en réparation du dommage subi par un tiers ou un associé, causé par leur négligence ou

leur imprudence dans la gestion. Ils peuvent également être poursuivis et sanctionnés pénalement.

A - Responsabilité civile

70. L'action en responsabilité civile peut être une action individuelle ou une action sociale.

I - Action individuelle

71. L'action individuelle est prévue par les articles 122 à 126 AUSCOOP. Aux termes de l'article 122, chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers et les associés, des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. La responsabilité est solidaire lorsque plusieurs dirigeants participent aux mêmes faits, mais la juridiction compétente saisie détermine la part contributive de chacun dans la réparation du préjudice. Cette action doit être engagée dans les mêmes termes que celle organisée par les articles 161 à 164 de l'AUSGIE. Elle est exercée dans un délai de 3 ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé de sa révélation. Si le fait est un crime, l'action se prescrit par 10 ans (article 126 AUSCOOP). Étant donné que cette action tend à faire réparer le dommage subi par un tiers ou un associé lorsque celui-ci subit un dommage distinct de celui que pourrait subir la société du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux, elle n'entame en rien l'exercice de l'action sociale le cas échéant.

II - Action sociale

72. Elle est prévue par les articles 127 à 132 AUSCOOP. L'action sociale est donc l'action en réparation du dommage subi par la société coopérative du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions (article 127).

En cas de pluralité de dirigeants sociaux ayant participé aux mêmes faits, la responsabilité est solidaire.

Cette action est intentée par les autres dirigeants sociaux. Au regard de la difficulté de rendre effective la mise en jeu d'une telle action, le législateur l'entoure de quelques précautions. D'une part, un ou plusieurs associés coopérateurs peuvent l'intenter après une mise en demeure infructueuse des organes de gestion dans le délai de 30 jours. D'autre part, l'article 130 AUSCOOP interdit toute clause statutaire tendant à subordonner ladite action à l'autorisation préalable de l'assemblée générale ou d'un organe de gestion, de direction ou administration, ou d'un organe de gestion, ou qui porterait par avance renonciation à l'exercice de cette action.

Par ailleurs, aucune décision de l'assemblée générale d'un organe de gestion ou d'administration ne peut

avoir pour but d'éteindre cette action. S'agissant des frais et honoraires engagés pour une telle action, le législateur est muet sur la question. L'on peut toutefois se référer à l'article 171 AUSGIE qui met ces dépenses à la charge de la société. Comme l'action individuelle, l'action sociale se prescrit par 3 ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation.

B - Responsabilité pénale

73. Sur le plan pénal, le législateur OHADA a laissé la sanction à l'appréciation souveraine de chaque pays membre. De nos jours, seuls le Cameroun et le Sénégal ont déjà légiféré sur les sanctions applicables aux infractions relatives aux sociétés. Au Cameroun, l'article 9 la loi n° 2003/08 du 10 juillet 2003 punit l'abus des biens sociaux et du crédit de la société d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 2 000 000 à 20 000 000 de francs CFA. Au Sénégal, l'article 6 de la loi n° 98-22 du 26 mars 1998 prévoit un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 100 000 à 5 000 000 de francs CFA, les deux étant obligatoirement prononcées. Les mêmes peines sont retenues en cas de présentation infidèle des états financiers de synthèse (article 8 de la loi camerounaise de 2003).

Section IV - Liens de droit entre sociétés coopératives

74. Comme les sociétés commerciales, les sociétés coopératives peuvent elles aussi se regrouper pour renforcer leurs actions et assurer ainsi une meilleure compétitivité. L'acte uniforme relatif aux sociétés coopératives organise ce regroupement autour des unions, des fédérations, des confédérations et des réseaux. Ces groupements sont régis par les articles 133 à 166 AUSCOOP. Très développés en Afrique de l'ouest où ils prennent l'appellation d'« institutions faïtières », ils constituent une arme efficace pour assurer le développement des coopératives par leurs propres membres. La loi PARMEC (Programme d'Appui à la Réglementation des Mutuelles d'Épargne et de Crédit) du 30 décembre 1993 en avait fait une originalité dans les modalités de fonctionnement des institutions de base. En effet, aux termes des articles 38, 41 et 44 de la loi PARMEC « deux ou plusieurs institutions de base peuvent se regrouper pour constituer une union ». De même « deux ou plusieurs unions peuvent se regrouper pour constituer une fédération » et enfin « deux ou plusieurs fédérations peuvent se regrouper pour former une confédération ». Cette réglementation a été améliorée par les articles 112 à 115 de la loi portant Réglementation des Systèmes Financiers Décentralisés dans l'UMOA, entrée en vigueur en avril 2007 et qui abroge la loi PARMEC.

§1 - Unions des sociétés coopératives

75. Aux termes de l'article 133 AUSCOOP, une union est une institution résultant du regroupement d'au moins deux sociétés coopératives ayant le ou les mêmes objets. Objectivement, ces sociétés doivent être de même catégorie et une société coopérative ne peut être membre de plus d'une union ayant la même vocation. Ce texte reprend ainsi intégralement l'article 29 de la loi PARMEC.

L'union est constituée par l'adoption de ses statuts au cours d'une assemblée constitutive réunissant au moins trois délégués de chacune des sociétés coopératives membres fondatrices. Chaque société coopérative membre est représentée à l'assemblée générale de l'union par son président ou une personne désignée par le comité de gestion ou le conseil de surveillance. Les unions accompagnent les sociétés coopératives membres à la réalisation de leurs objectifs. Elles les assistent et protègent leurs intérêts administratifs, professionnels et financiers. Elles ont aussi un rôle de contrôle et de surveillance des coopératives affiliées.

Les unions sont au même titre que les coopératives qui les composent, immatriculées au RSC. Les causes de dissolution des coopératives membres n'atteignent pas l'union, qui continue avec les autres membres.

§2 - Fédérations de sociétés coopératives

76. Les unions de sociétés coopératives peuvent aussi se regrouper. Elles forment alors dans ce cas, une fédération. La fédération est constituée d'au moins deux unions n'ayant pas forcément les mêmes objets (article 141 AUSCOOP). Peuvent aussi s'affilier à une fédération, des coopératives qui sont dans l'impossibilité de former ou d'adhérer à une union. La fédération est constituée par l'adoption de ses statuts au cours d'une assemblée constitutive réunissant au moins trois délégués de chacune des unions ou sociétés coopératives membres fondatrices. Les fédérations sont immatriculées au RSC selon les principes qui régissent l'immatriculation de la société coopérative avec conseil d'administration (article 150 AUSCOOP). Aux termes de l'article 144 AUSCOOP, elles sont constituées en vue de : veiller à l'application des principes coopératifs, promouvoir et développer le mouvement coopératif, protéger et gérer les intérêts de leurs membres, leur fournir des services tels que la formation, l'éducation des coopérateurs, l'assistance administrative, professionnelle ou financière dans la réalisation de leurs objectifs, offrir à ses affiliées ses bons offices en cas de différends, assister ses affiliées dans leur mission de surveillance, agir en qualité d'organisme de contrôle des unions ou des coopératives affiliées, déclencher en lieu et place des affiliées, l'alerte ou saisir l'as-

semblée générale des unions et coopératives affiliées de toute anomalie constatée et créer un fonds pour le financement des audits ou contrôles externes de ses affiliées, alimentés par cotisation annuelle de celles-ci au prorata des parts souscrites.

La fédération peut, en plus de ses attributions prévues par l'article 144, exercer des activités économiques dans l'intérêt de ses membres tout en respectant le principe de subsidiarité par rapport aux activités de ces derniers (article 145 AUSCOOP).

De manière générale, les fédérations jouent auprès des unions de sociétés coopératives, le même rôle que celles-ci auprès des sociétés coopératives. Elles peuvent même déclencher en lieu et place des affiliés l'alerte ou saisir l'assemblée générale des unions et sociétés coopératives de toute anomalie constatée.

Pour mieux accomplir son rôle auprès des affiliées, la fédération peut adhérer à des organisations régionales ou internationales. Enfin, la dissolution de ses affiliées pour quelques causes que ce soit n'a pas d'effet sur son existence.

§3 - Confédérations de sociétés coopératives

77. Une confédération est un groupement constitué d'au moins deux fédérations n'ayant pas forcément les mêmes objets, dans le but de gérer leurs intérêts. Elle peut recevoir en son sein des unions et des sociétés coopératives se trouvant dans l'impossibilité de former ou d'adhérer à une fédération (article 152 AUSCOOP). Elle est constituée juridiquement par l'adoption de ses statuts au cours d'une assemblée générale constitutive réunissant au moins trois délégués des fédérations, unions et sociétés coopératives membres fondatrices. La confédération doit être immatriculée au RSC. Elle fonctionne selon les règles de la société coopérative avec conseil d'administration et n'est pas dissoute par la dissolution de l'un de ses membres (articles 159 et 158 AUSCOOP).

La confédération joue un rôle de sensibilisation sur le droit applicable aux coopératives. Ainsi, elle se charge d'entretenir une campagne permanente et adéquate de vulgarisation de l'AUSCOOP et des normes auxquelles il renvoie, de garantir un suivi continu de l'évolution de la législation coopérative et de défendre aux plans national et international les intérêts de ses membres (article 155 AUSCOOP). Cependant, ces attributions viennent s'ajouter à celles déjà prévues par les articles 144 et 145 AUSCOOP qui définissent les compétences des fédérations, de telle sorte qu'il faut craindre un conflit de compétence entre la fédération et la confédération qui interviendraient pour une même société coopérative affiliée. Il revient alors aux statuts de chaque institution d'apporter les précisions nécessaires.

§4 - Réseaux coopératifs de moyens ou d'objectifs

78. Contrairement aux coopératives, unions, fédérations et confédérations dont les membres doivent partager le même lien commun, les réseaux coopératifs de moyens ou d'objectifs regroupent les sociétés coopératives, unions, fédérations et confédérations n'ayant le même lien commun. Le réseau met ainsi en œuvre tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité de leurs membres, à améliorer et à accroître les résultats de cette activité, ou encore, à permettre la réalisation des objectifs destinés à la promotion des principes coopératifs (article 160 AUSCOOP).

Les réseaux peuvent se constituer entre organisations évoluant dans des villes différentes d'un même pays ou même entre organisations constituées dans des États différents, pourvu que ceux-ci soient membres de l'OHADA.

Les formalités de constitution et de fonctionnement sont celles de la société coopérative simplifiée. Les membres du réseau conviennent des modalités du contrôle de gestion et des états financiers.

Le réseau est dissous par l'une des causes de dissolution des sociétés coopératives. En revanche, contrairement aux autres groupements, la dissolution de l'un de ses membres entraîne aussi sa disparition.

Section V - Évolution de la société coopérative

79. Au cours de son existence, la société coopérative peut connaître des mouvements dans le sens de permettre son développement. Elle peut fusionner avec une ou plusieurs autres sociétés coopératives afin de mener plus efficacement leurs objectifs (l'union ne fait-elle pas la force ?) ; elle peut aussi se scinder pour mieux évoluer ; elle peut enfin se transformer en une autre forme de coopérative qui lui offre encore plus de possibilités d'épanouissement et de moyens pour atteindre ses objectifs.

§1 - Fusion, scission et apport partiel d'actifs

80. Fusion, scission et apport partiel d'actif sont des procédés juridiques de restructuration des sociétés en général. L'un de ces procédés est choisi par le dirigeant social en fonction de l'objectif poursuivi. Ainsi, le dirigeant social va choisir l'opération qui lui paraît plus apte à atteindre l'objectif qu'il s'est assigné ou à résoudre le problème qui se pose en cas de crise économique, industrielle ou financière traversée par l'entreprise. Que ce soit la fusion, la scission ou l'apport partiel d'actif, ces opérations ont les mêmes caractéristiques et supposent une modification des statuts car elles impliquent le plus souvent une augmentation du capital.

La fusion est l'opération par laquelle deux sociétés

coopératives se réunissent pour n'en former qu'une seule, soit par création d'une société coopérative nouvelle, (deux sociétés s'unissent pour en faire naître une troisième : les initiatrices décèdent pour faire naître une troisième société), soit par absorption de l'une par l'autre (cas de fusion – absorption). Dans cette figure, l'absorbée disparaît et l'absorbante s'enrichit de sa valeur.

Quant à la scission, elle est aux termes de l'article 172 AUSCOOP, l'opération par laquelle le patrimoine d'une société coopérative est partagé entre plusieurs sociétés coopératives existantes ou nouvelles.

En revanche, l'apport partiel d'actifs évoqué par l'Acte uniforme relatif aux sociétés coopératives, n'a pas été défini par celui-ci. On peut toutefois se référer à la définition de l'article 195 AUSGIE qui dispose que « *l'apport partiel d'actif est l'opération par laquelle une société fait apport d'une branche autonome d'activité à une société préexistante ou à créer. La société apporteuse ne disparaît pas du fait de cet apport...* » Cet article ajoute que l'apport partiel d'actifs est soumis au régime de la scission. On peut penser que c'est la raison pour laquelle le législateur ne lui a pas consacré de développements particuliers.

La partie qui fait ainsi apport de ses éléments d'actif reçoit en contrepartie des titres émis par la société bénéficiaire de ces apports. L'opération s'apparente à une vente. C'est seulement la rémunération qui change : la société apporteuse ne reçoit pas d'espèces, mais des parts sociales. L'entreprise bénéficiaire augmente son capital. C'est un apport en nature d'un type particulier qui porte non pas sur un bien isolé, mais sur une branche autonome d'activité.

A - Conditions de validité des opérations de fusion, de scission et d'apport partiel d'actifs

81. Aux termes de l'article 175 AUSCOOP, toutes les sociétés coopératives qui participent à une opération de fusion ou de scission doivent établir un projet de fusion ou de scission arrêté, selon le cas, par le conseil d'administration ou le comité de gestion de chacune des sociétés coopératives participant à l'opération.

Ce projet doit contenir les indications suivantes à peine d'irrecevabilité :

- la forme, la dénomination et le siège social de toutes les sociétés coopératives participantes ;
- les motifs et les conditions de la fusion ou de la scission ;
- la désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux coopératives absorbantes ou nouvelles est prévue ;
- les modalités de remises des parts sociales et la date à partir de laquelle ces parts sociales donnent droit à la participation aux résultats, ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit et la date à partir de laquelle les opérations de la société coopérative absorbée ou scindée seront du point de

- vue comptable considérées comme accomplies par les sociétés coopératives bénéficiaires des apports ;
- les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés coopératives intéressées utilisés pour établir les conditions de l'opération ;
 - les droits accordés au porteur des parts sociales. L'article 176 commande que le projet de fusion ou de scission soit déposé au greffe du TPI (juridiction de l'immatriculation) du siège desdites sociétés coopératives. Ce projet doit être publié dans un journal d'annonces légales par chacune des sociétés coopératives intéressées par l'opération.
 - l'avis de publication doit contenir les indications suivantes à peine d'irrégularité ;
 - la dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme, l'adresse du siège, les numéros d'immatriculation au registre des sociétés coopératives de chacune des coopératives participant à l'opération.
 - la dénomination sociale, le cas échéant de son sigle, la forme, l'adresse du siège et le montant du capital social de la ou des sociétés coopératives nouvelles qui résulteront de l'opération.
 - l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés coopératives absorbantes ou nouvelles est prévue ;
 - le rapport d'échange des parts sociales.

Chaque société coopérative qui participe à une opération de fusion ou de scission doivent déposer au greffe du TPI de son siège social, une déclaration dans laquelle elle relate tous les actes effectués en vue de procéder à la fusion ou la scission et par laquelle elle affirme que l'opération respecte les exigences même si l'acte uniforme ne le dit pas expressément.

La fusion ou la scission ne peut intervenir qu'entre les sociétés coopératives régies par l'acte uniforme OHADA relatif aux sociétés coopératives, même si ces sociétés ne sont pas situées sur le territoire d'un même État partie. Autrement dit, la fusion ou la scission peut s'opérer entre plusieurs sociétés coopératives situées dans des États différents, mais tous membres de l'OHADA (article 177 et 180 AUSCOOP). C'est d'ailleurs cette unification législative avantageuse qui est recherchée.

B - Effets de la fusion, de la scission et de l'apport partiel d'actifs

82. La fusion a pour conséquence immédiate et recherchée, la transmission à titre universel du patrimoine de la ou des sociétés coopératives qui se trouvent absorbées et donnent naissance à une nouvelle société coopérative.

La fusion ou la scission n'est effective en cas de création d'une ou plusieurs sociétés coopératives nouvelles qu'après l'immatriculation au registre des sociétés coopératives (RSC). Dans les autres hypothèses (lorsqu'il n'y a pas création d'une ou plusieurs sociétés coopératives

nouvelles ou en cas d'apport partiel d'actifs), l'opération prend effet à partir de la dernière assemblée générale l'ayant approuvé. Toutefois, le contrat peut prévoir que l'opération prend effet à une autre date. Dans ce cas, cette date ne doit être ni postérieure à celle de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés coopératives bénéficiaires, ni antérieure à celle de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés coopératives qui transmettent leurs patrimoines

Quant à la scission, elle entraîne transmission du patrimoine de la société coopérative scindée aux sociétés coopératives existantes ou nouvellement créées

L'autre important effet réside dans la dissolution sans liquidation des sociétés coopératives qui disparaissent. On assiste en effet à la transmission universelle du patrimoine de celles-ci aux coopératives bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. La fusion ou la scission entraîne transfert du passif et de l'actif aux sociétés bénéficiaires : ces derniers recueillent aussi la qualité d'associés coopérateurs des sociétés disparues. Autrement dit, ces opérations de restructuration n'affectent pas la qualité d'associés coopérateurs qui demeure, mais dont les droits sont seulement réaménagés. Les associés coopérateurs reversés dans la société nouvelle peuvent recevoir en échange de leurs apports, une soule dont le montant ne peut dépasser 10 % de la valeur d'échange des parts sociales attribuées. Cependant, il ne sera pas possible de procéder à l'échange de parts sociales de la société coopérative bénéficiaire contre des parts sociales des coopératives disparues lorsque ces parts sont détenues soit par la société coopérative bénéficiaire ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société, soit par la société coopérative disparue ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société.

Le législateur entoure ainsi les parts sociales d'un minimum de sécurité en cas de restructuration de la société coopérative. Cette protection est la même que celle prévue par l'Acte uniforme relatif aux droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique en son article 191.

§2 - Transformation de la société coopérative

83. La transformation est le passage d'une forme de société à une autre forme de société. C'est un changement de forme juridique par décision des associés coopérateurs (article 167 AUSCOOP). Comme pour toute société, la décision de transformer l'entreprise coopérative existante peut être fondée sur un souci d'adaptation aux réalités économiques. Ainsi une société coopérative simplifiée prospère qui augmenté son capital après modification des statuts, peut se transformer en une coopérative avec conseil d'administration Elle se transforme dans un délai de deux ans à compter de l'exercice au cours duquel le seuil fixé est franchi.

A - Mécanisme

84. La transformation aboutit à une modification des statuts à l'occasion d'une assemblée générale extraordinaire des associés : ils avaient opté pour une forme donnée, il leur revient de prendre la décision de transformation. La transformation en une autre société coopérative doit respecter les règles prévues par les articles 167 à 173 AUSGIE.

Elle est publiée au RSC pour aviser les tiers du changement qui emporte évidemment à leur égard des conséquences importantes. Ils traitaient habituellement avec une société coopérative simplifiée, bénéficiant ainsi de la souplesse de son fonctionnement, ils traiteront désormais avec une société coopérative avec conseil d'administration, structure plus lourde et plus contraignante.

Les formalités de publicité au RSC sont les mêmes que celles prévues en cas de constitution d'une société coopérative. Cette publicité est également la formalité qui rend l'opération de transformation opposable aux tiers.

Lorsqu'à la suite de la transformation, la société coopérative n'a pas opté pour l'une des formes sociales prévues par l'Acte uniforme relatif aux sociétés coopératives ou par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, elle perd la personnalité juridique si elle exerce une activité coopérative ou commerciale au sens de l'Acte uniforme portant droit commercial général. Il en sera ainsi par exemple si une coopérative se transforme en une société civile immobilière ou tout simplement en une société commerciale ; (*l'article 168 AUSCOOP laisse entendre que la société coopérative peut se transformer en toute autre société non régie par l'AUSCOOP*).

B - Conséquences

85. Ces conséquences peuvent s'observer à l'égard de la société et les associés et à l'égard des tiers créanciers.

I - À l'égard de la société et des associés

86. La transformation prend effet à compter du jour où la décision la constatant est prise, (article 169 AUSCOOP). À partir de ce moment, les associés sont réputés associés de la forme d'accueil. Ainsi, dans le cas de la société coopérative simplifiée qui se mue en société coopérative avec conseil d'administration, les associés demeurent des associés coopérateurs, mais ils obéissent désormais aux règles de fonctionnement et de gestion de la société coopérative avec conseil d'administration. C'est désormais le droit de la nouvelle forme de société qui s'applique intégralement. Par conséquent les associés gérants qui dirigeaient la société avant sa transformation perdent leur position à moins qu'ils ne soient désignés de nouveau selon les règles de la nouvelle société (article 171 AUSCOOP).

Les associés de la société transformée ont néanmoins le droit de demander au commissaire aux comptes de rendre compte de sa mission pour la période comprise entre le début de l'exercice et la date de cessation de cette mission à l'assemblée générale statuant sur les comptes de l'exercice au cours duquel la transformation a eu lieu. (Article 168 in fine). De même, la transformation n'entraîne pas arrêté des comptes si elle survient en cours d'exercice, sauf si les associés coopérateurs en décident autrement.

II - À l'égard des tiers créanciers

87. Aux termes de l'article 186 AUSGIE « *les droits et obligations contractés par la société coopérative sous son ancienne forme subsistent sous la nouvelle forme. Il en est de même pour les sûretés sauf clause contraire insère dans l'acte constitutif de ces sûretés* ». Ce texte montre à suffisance que les droits de créances ne sont pas atteints par la transformation. La société coopérative et ses associés ne peuvent se prétendre libérés par l'effet de la transformation. Cela vaut pour la dette (en principal et intérêts) comme pour les garanties qui y sont attachées. Ainsi, la transformation n'emporte pas caducité des cautionnements souscrits par les dirigeants au profit des créanciers de la société coopérative transformée, à moins que le contrat de cautionnement ne contienne une clause de caducité du cautionnement en cas de transformation de la société. Il en est ainsi parce que la transformation n'entraîne pas création d'une nouvelle personne morale. Toujours en matière de garanties, les créanciers conservent pour les créances antérieures, le bénéfice de la responsabilité solidaire des sociétés coopératives. Ainsi, si une société coopérative se transforme en SARL, la responsabilité solidaire demeure pour les créanciers antérieurs à l'opération, mais la responsabilité limitée aux apports s'applique aux créances apparues ultérieurement.

§3 - Disparition de la société coopérative

88. La société coopérative disparaît par l'effet de la dissolution. La dissolution est alors le retour à l'état indépendant des éléments autrefois regroupés. Elle met fin légalement à une communauté d'intérêts et à l'existence juridique du groupe. Aussi bien que les associés ont décidé de mettre sur pied une coopérative, on aurait bien pu comprendre qu'ils en décidèrent la dissolution. Cependant, l'importance des intérêts des associés et le souci de préserver les transactions amènent à entourer la dissolution d'une société coopérative d'un minimum d'exigence. En effet, la société coopérative n'est pas à l'origine un instrument légal comme la société commerciale. C'est d'abord un phénomène socio-économique, appréhendé par des organismes de promotion des droits de l'homme et de recherche de l'épanouissement (notamment, l'Organisation internationale du travail (OIT),

l'Alliance coopérative internationale, (ACI)), d'où la mise sur pied des principes appelés « principes coopératifs » selon lesquels doivent fonctionner les coopératives. Ces principes commandent non seulement les causes de dissolution des sociétés coopératives, mais également les effets de cette dissolution.

A - Causes

89. La société coopérative peut être dissoute par les causes de dissolution communes aux sociétés. Il existe cependant des causes qui lui sont spécifiques.

Ces causes sont énumérées par l'article 177 AUSCOOP. Aux termes de ce texte, la société coopérative prend fin d'une part, pour les causes suivantes :

- L'expiration du temps pour lequel elle a été constituée : ce temps doit être mentionné dans les statuts et ne peut être supérieur à 99 ans. Il commence à courir dès l'immatriculation de la société. Toutefois, la durée de la société peut toujours être prorogée, par décision des associés prise en assemblée générale, lorsque ceux-ci ont de bonnes raisons de continuer l'exploitation, notamment en cas de prospérité de l'activité. Cette prorogation exige une modification des statuts.
- La réalisation ou l'extinction de son objet. Dans ce cas, la société est dissoute même si le terme fixé n'est pas encore échu. Cela suppose que l'entreprise a atteint son objectif. C'est le cas par exemple d'une coopérative de santé qui s'est constituée pour éradiquer une pandémie. Celle-ci ayant été éradiquée, la société prend fin. La dissolution ici est causée par le succès de la coopérative.
- L'annulation du contrat de société. Cette annulation intervient le plus souvent dans le cas de l'illicéité de l'objet social. Mais, cette annulation est rarement prononcée car il existe toujours des possibilités de régularisation.
- La décision des coopérateurs : c'est l'hypothèse de la dissolution anticipée. Sa cause est contractuelle, puisque les coopérateurs décident dans les statuts de rompre le contrat notamment lorsque les affaires vont mal et que les pertes ne cessent de s'accumuler. Cette décision peut aussi être prise indirectement par les coopérateurs en cas de fusion par absorption, ou de transformation de la société.
- La dissolution anticipée prononcée par la juridiction compétente pour justes motifs. C'est le cas où le juge est saisi par un ou des associés pour dissoudre la société parce qu'un associé ne remplit pas ses obligations (n'a pas libéré l'apport promis) ou parce qu'il y a mésentente paralysant le fonctionnement de la société. Il en est aussi par exemple lorsque les associés coopérateurs ne sont pas d'accord sur la gestion quotidienne de la société.
- Le jugement de liquidation des biens de la société. C'est là une cause évidente de dissolution puisque

ce jugement intervient lorsque la société est en cessation de paiement et que sa situation financière est alors irrémédiablement compromise.

Le législateur dispose que les associés sont libres de prévoir dans les statuts toute autre cause qui pourrait entraîner la dissolution de la société.

D'autre part, la société coopérative n'est pas une société comme les autres. Elle fonctionne selon un esprit, celui de solidarité et d'humanisme ; elle est constituée entre des personnes qui ont des objectifs précis à atteindre (le lien commun) : lutte contre la pauvreté et entraide sociale. Pour cette raison, et au regard des défaillances observées auparavant (beaucoup de sociétés coopératives ont fermé laissant les membres sous le carreau, certains ont été mis sous administration provisoire, etc.), le législateur attache du prix à la bonne marche des entreprises coopératives en insistant sur le contrôle et l'assistance dans leurs activités, c'est ainsi que de manière spécifique, les sociétés coopératives peuvent être dissoutes dans les cas suivants prévus par l'article 178 AUSCOOP.

- La société n'a pas commencé ses opérations dans les deux ans à compter de son immatriculation : lorsque des individus décident d'apporter leurs biens pour l'exercice d'une activité, ils en attendent des fruits, l'immobilisation de leurs apports pendant longtemps leur crée certainement un préjudice, puisque les apports ne produisent rien.
- Elle n'a pas exercé ses activités statutaires pendant deux années consécutives. Dans ce cas, il y a comme une stagnation des activités qui n'augure pas d'un futur meilleur et qui peut décourager les membres.
- Elle n'a pas observé pendant au moins deux années consécutives les dispositions légales régissant son activité. Chaque société coopérative doit être constituée et fonctionner selon les règles légales prévues pour sa forme. L'inobservation de ces règles peut dès lors justifier sa dissolution.
- Elle a omis pendant un délai d'un an, d'envoyer aux autorités ou institutions compétentes les avis ou documents exigés par le présent acte uniforme. Il doit s'agir d'une omission frauduleuse, la société coopérative ayant l'intention de se soustraire au contrôle de son activité par les autorités compétentes. La mission de protection des membres peut alors conduire l'administration à dissoudre la société.
- Elle est sans organe de gestion d'administration ou de contrôle depuis au moins trois mois. C'est peut-être le signe d'une cessation d'activité de la société coopérative, elle doit alors être dissoute.
- La société coopérative n'est pas organisée ou ne fait pas de transaction selon les principes coopératifs. Les principes coopératifs sont ce qui distingue la société coopérative des autres types de sociétés. C'est ce qui fonde l'essence de la coopérative. Une société qui se dit coopérative et qui ne fonctionne

pas selon les principes coopératifs n'en est pas une fondamentalement, elle doit être dissoute.

Dans tous ces cas, l'autorité compétente ne peut procéder à la dissolution qu'après un préavis de 120 jours (4 mois) adressé aux organes de gestion ou d'administration des sociétés coopératives concernées. Lesdits organes peuvent alors procéder à la régularisation de leur situation pour éviter la dissolution. La mise en demeure doit être publiée dans un journal d'annonces légales (la loi dit « dans une publication accessible au grand public » (article 179 in fine AUSCOOP).

B - Effets

90. La dissolution prend effet à compter de son inscription au registre des sociétés coopératives. Elle entraîne de plein droit sa mise en liquidation et la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation (article 180). La dissolution doit être publiée au RSC.

I - Liquidation de la société coopérative

a - Modalités

91. La liquidation de la société coopérative peut se faire de manière amiable ou être prononcée par la juridiction compétente. Dans le premier cas, il s'agit de la liquidation amiable. Dans le second, il s'agit de la liquidation judiciaire.

1 - Liquidation amiable

92. Aux termes de l'article 182 AUSCOOP, les coopérateurs peuvent organiser à l'amiable la liquidation de la société. Cette possibilité doit être prévue dans les statuts qui, le cas échéant, définissent les conditions de sa mise en œuvre (dont notamment, la désignation du ou des liquidateurs, leur rémunération, l'étendue de leur mission, les modalités de contrôle de leur mission par les coopérateurs). Étant donné que la liquidation d'une société coopérative ne donne pas lieu à partage, les statuts doivent également déterminer les modalités de dévolution du boni de liquidation à d'autres sociétés coopératives.

Les statuts doivent aussi prévoir les modalités de règlement des différends susceptibles de naître entre les parties concernées dans le cadre de la liquidation amiable. Mais ils ne peuvent contenir une clause de renonciation à la saisie de la juridiction compétente en cas d'impossibilité pour les coopérateurs à trouver une solution au problème qui se pose.

Le liquidateur est une personne physique ou une personne morale choisie parmi les coopérateurs ou les tiers (article 187 AUSCOOP), dans les statuts ou par acte séparé. Il doit mener les opérations de liquidation dans un délai de trois ans (3 ans), à compter de la dissolution de la société (article 191 AUSCOOP).

2 - Liquidation judiciaire

93. Elle intervient lorsque les statuts n'ont pas organisé la liquidation amiable (article 196 AUSCOOP). Dans ce cas, la liquidation se déroulera conformément aux articles 223 à 241 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Ces textes précisent la durée du mandat du liquidateur (trois ans), les modalités d'exécution de son mandat, et les conditions de sa rémunération. De même, lorsque la liquidation amiable n'a pu être effectuée dans le délai de trois ans, le ministère public ou tout intéressé peut saisir la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est situé le siège de la société coopérative. Le tribunal saisi va alors procéder à la liquidation de la société ou, si celle-ci a été commencée, à son achèvement (article 191 in fine AUSCOOP).

Les dispositions relatives à la liquidation des sociétés coopératives s'appliquent également aux unions, fédérations et confédérations de sociétés coopératives. Bien évidemment, la dissolution et la liquidation des unions, fédérations et confédérations ne préjudicie pas aux organisations de base affiliées. Celles-ci sont indépendantes et autonomes. D'ailleurs l'immatriculation des institutions faîtières que sont union, fédérations et confédérations n'est pas liée à celle des institutions de base.

b - Clôture de la liquidation

94. Les opérations de liquidation doivent se dérouler dans le délai de trois ans à compter de la dissolution de la société coopérative. Ce délai semble impératif puisque le législateur prévoit que le ministère public ou tout intéressé peut saisir la juridiction compétente pour procéder à la liquidation, ou si elle a commencé, à son achèvement (article 191 AUSCOOP).

À la fin de son mandat, le liquidateur dépose les comptes définitifs auprès de l'autorité chargée des sociétés coopératives, (Au Cameroun, cette autorité est le ministère de l'agriculture ou le ministère des finances). Il doit joindre à ses comptes, soit la décision de l'assemblée des associés coopérateurs statuant sur les comptes de la liquidation, ou le quitus de la gestion du liquidateur et la décharge de son mandat, soit à défaut (dans l'hypothèse visée plus haut), la décision de justice qui le désigne liquidateur (article 192 AUSCOOP).

Après l'accomplissement de cette formalité, le liquidateur doit demander au RSC la radiation de la société coopérative liquidée, dans un délai d'un mois à compter de la publication de la clôture de la liquidation (article 193 AUSCOOP). Bien évidemment, cette radiation ne prescrit pas toute action pouvant encore être exercée par les tiers et dirigée contre la société coopérative elle-même ou les associés coopérateurs. Les tiers peuvent toujours, dans un délai d'un an à compter de la radiation, intenter une action contre

la société ou les coopérateurs à condition de justifier que l'origine du préjudice remonte à l'existence de la société. La personnalité subsiste donc pendant un an pour les besoins de la liquidation (voir Acte uniforme portant droit commercial général).

c - Responsabilité du liquidateur

95. L'article 194 AUSCOOP met à la charge du liquidateur une double responsabilité tant à l'égard de la société coopérative, que des tiers. Le liquidateur répond alors des conséquences dommageables des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. Il peut par conséquent faire l'objet d'une action sociale ou d'une action individuelle. L'action sociale est l'action en réparation du préjudice subi pour la société du fait de sa faute de gestion. L'action individuelle est celle qui est exercée par un tiers ou par un associé qui subit personnellement un dommage distinct de celui qui subit la société. Il en sera par exemple ainsi dans le cas d'un coopérateur d'une société coopérative de production, qui perd tous les avantages que la société lui accordait pour une meilleure production du cacao et qui l'aidait aussi à en assurer la distribution, opérations qu'il ne peut conduire isolément.

L'action sociale ou l'action individuelle doit être exercée dans un délai de 3 ans à compter du fait dommageable, ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. Si le fait est un crime, l'action se prescrit par 10 ans (Article 194 AUSCOOP).

Par ailleurs, les coopérateurs non liquidateurs ou leur conjoint survivant, héritier ou ayant cause qui auront commis une faute ayant entraîné la dissolution de la société, peuvent faire l'objet de poursuite judiciaire pour le préjudice causé aux tiers. Dans ce cas, l'action en responsabilité se prescrit par 5 ans à compter de la publication de la dissolution de la société au RSC (article 195 AUSCOOP).

II - Sort de l'actif

96. Les statuts déterminent les modalités de dévolution du boni de liquidation à d'autres sociétés coopératives. L'actif peut cependant être cédé. Les articles 188 à 190 AUSCOOP organisent cette cession. L'actif de la société peut ainsi être partiellement ou totalement cédé à une personne ayant eu la qualité de membre du comité de gestion ou membre du conseil d'administration, avec l'autorisation de la juridiction compétente (article 188 AUSCOOP). Toutefois, la cession de tout ou partie de l'actif de la société coopérative en liquidation au liquidateur, à ses employés ou à leur conjoint, ascendant ou descendant est interdite (article 189 AUSCOOP). Par ailleurs, l'actif de la société peut être entièrement cédé par voie de fusion, sur décision des associés à la majorité exigée pour la modification des statuts (article 190 AUSCOOP).

Titre II : Droit spécial des sociétés coopératives

97. Toutes les sociétés coopératives présentent en général les mêmes conditions de constitution, les mêmes modes de fonctionnement et les mêmes causes de dissolution. Le législateur a toutefois pris le soin de réserver des règles spécifiques à chaque forme de société coopérative. Les sociétés coopératives peuvent en effet se constituer, sous trois formes : la Société coopérative Simplifiée (SCOOPS) la Société coopérative avec conseil d'administration (COOP-CA) et la Société coopérative d'épargne de crédit (COOPEC). Chaque échantillon obéit à des règles propres.

Chapitre I : Société coopérative simplifiée (SCOOPS)

98. La Société coopérative simplifiée est l'une des formes de société coopérative prévue par l'AUSCOOP. Elle est régie par les articles 204 à 266 AUSCOOP qui prévoient ses conditions de constitution, de fonctionnement et de dissolution.

Section I - Constitution de la SCOOPS

99. La constitution d'une société coopérative simplifiée est décidée par une assemblée générale constitutive.

§1 - Généralités

100. Ces conditions sont relatives à l'immatriculation, au capital social, à l'évaluation des apports en nature, au dépôt des fonds et leur mise à disposition.

A - Nombre d'associés et droits fondamentaux des associés

101. Aux termes de l'article 204 AUSCOOP, « *La société coopérative simplifiée est constituée entre cinq personnes physiques ou morales au minimum* ».

Et comme tout associé, ceux de la société coopérative simplifiée ont des droits et des obligations. S'agissant des obligations, ils doivent libérer leurs apports et contribuer aux pertes.

En ce qui concerne les droits, il convient de distinguer entre les droits politiques et les droits financiers.

I - Droits politiques des associés coopérateurs

102. Il s'agit du droit à l'information et à la communication des documents sociaux du droit à la répartition

du résultat disponible et surtout du droit de participer aux décisions collectives prises en assemblée générale (article 231 AUSCOOP).

a - Droit à l'information et à la communication

103. Ce droit porte sur tous les documents susceptibles d'éclairer les coopérateurs sur la gestion administrative et financière de la société et sur les résolutions proposées. Ces documents sont disponibles au siège de la société, les associés coopérateurs peuvent les consulter à tout moment (article 238 AUSCOOP).

b - Droit de participer aux assemblées générales

104. Aux termes de l'article 231 al. 2 AUSCOOP, « *chaque coopérateur a le droit de participer aux décisions de l'assemblée générale et ne dispose que d'une voix, quel que soit le nombre de parts sociales qu'il possède* ». Il y a deux types d'assemblées, l'assemblée générale ordinaire et l'assemblée générale extraordinaire.

II - Droits financiers des associés coopérateurs

105. En contrepartie de leurs apports, les associés de la SCOOPS reçoivent des parts sociales qui leur donnent droit à la répartition du résultat disponible constitué des excédents. Ces excédents sont constitués d'une part, du solde des excédents disponibles et d'autre part de la réserve destinée à la formation, à l'éducation et à la sensibilisation aux principes et techniques de la coopération, éventuellement diminués des sommes ristournées et augmentés des reports bénéficiaires.

La distribution de ces excédents n'est pas obligatoire, l'assemblée générale ayant la faculté d'affecter les excédents distribuables. En effet, la société coopérative n'a pas vocation à faire des bénéfices et à les partager. Elle doit assurer la formation et l'éducation de leurs membres ; assurer les projets d'investissement et aider les autres coopératives à se développer. C'est exceptionnellement que les associés se voient distribuer les excédents. L'affectation se fait dans l'ordre déterminé par les statuts, notamment : à un report à nouveau ; à la dotation de tous fonds de réserves légales et de réserves facultatives ; à la rémunération du capital libéré et des fonds propres et assimilés, le paiement pouvant se faire en numéraire ou par attribution de parts sociales.

Par ailleurs, les statuts peuvent aussi interdire toute répartition des excédents pendant un délai.

B - Dénomination sociale

106 Aux termes de l'article 205 AUSCOOP, la société coopérative simplifiée est désignée par une dénomina-

tion sociale qui doit être immédiatement précédée ou suivie en caractères lisibles, de l'expression « Société Coopérative Simplifiée » et du sigle « SCOOPS ».

C - Assemblée générale constitutive

107. Le projet de statuts, rédigé par un notaire ou sous seing privé, doit être soumis à l'assemblée générale constitutive pour adoption (article 215 AUSCOOP). Les futurs associés doivent participer personnellement à cette assemblée. C'est ici la traduction de l'*intuitu personae* et de l'altruisme qui caractérisent la société coopérative. Chacun doit pouvoir apprécier personnellement et en toute connaissance de cause, l'objet et l'étendue de son engagement envers la société à laquelle il souhaite adhérer. La convocation à l'assemblée générale constitutive doit se faire selon les mêmes règles applicables à la convocation de toute assemblée générale (articles 232 et 233 AUSCOOP).

Si la société vient à être annulée, les initiateurs et les premiers dirigeants auxquels la nullité est imputable sont solidairement responsables envers les autres associés coopérateurs des dommages résultant de cette annulation. L'action se prescrit par trois ans à compter du jour où la décision d'annulation est devenue définitive.

Les statuts adoptés doivent être publiés dans le mois de l'immatriculation.

§2 - Apports et capital social

108. Les associés doivent faire des apports pour la constitution du capital social. L'accent est mis sur l'évaluation des apports en nature.

A - Évaluation des apports en nature

109. Les apports en nature doivent nécessairement être évalués dans les statuts. Cette évaluation est faite par les associés coopérateurs eux-mêmes, mais sous le contrôle de la société faitière (unions, fédérations, confédérations) s'il en existe. L'évaluation peut également être confiée à un expert, notamment un commissaire aux apports, désigné par la juridiction compétente à la demande de tout associé coopérateur (article 211 AUSCOOP). Lorsque l'évaluation est faite par les associés eux-mêmes, ils sont responsables solidairement et indéfiniment du préjudice causé à la société en cas d'évaluation inexacte ou frauduleuse. Il en est de même en cas de défaut d'évaluation des apports en nature (article 212 AUSCOOP).

B - Capital social

110. Aux termes de l'article 207 AUSCOOP, la société

coopérative simplifiée doit avoir un capital initial indiqué dans les statuts. Il n'est pas exigé que ce capital soit entièrement libéré à la constitution. Les associés peuvent procéder à la libération par des cotisations périodiques, selon les modalités et le délai fixé par les statuts.

Le capital social est divisé en parts sociales dont la valeur nominale est fixée par les statuts. Il peut faire l'objet de rémunération si les statuts le prévoient. Dans ce cas, l'intérêt ne peut porter que sur le montant des parts sociales libérées. Dans la SCOOPS, la responsabilité minimale des associés coopérateurs est égale au montant des parts sociales souscrites. Les statuts peuvent toutefois prévoir une responsabilité plus étendue, mais qui ne peut excéder cinq fois le montant des parts sociales souscrites. Art. 210 AUSCOOP. La loi camerounaise du 14 août 1992 relative aux sociétés coopératives et groupes d'initiative commune prévoyait la responsabilité solidaire des associés coopérateurs. Malheureusement, celle-ci s'est montrée limitée au regard des principes coopératifs, car elle laisse au créancier la faculté de choisir à son gré un seul sociétaire pour le paiement de la dette sociale. Or, il est plus équitable et de convenance rigoureuse que chaque associé réponde pour tous les autres dans la mesure exacte suivant laquelle les autres répondent pour lui-même. Par conséquent, la responsabilité intégrale est plus garante des droits des associés. C'est la raison pour laquelle le législateur admet la possibilité d'étendre la responsabilité des associés, mais sans excéder un certain seuil.

§3 - Dépôt et mise à disposition des fonds

111. Le dépôt des fonds et leur mise à disposition sont régis par les articles 213 et 214 AUSCOOP. Les fonds issus de la libération des parts sociales doivent être immédiatement déposés par les fondateurs ou l'un d'eux, dans un compte ouvert au nom de la société, dans une banque, une société coopérative d'épargne et de crédit, un centre de chèques postaux ou dans toute autre institution habilitée à recevoir des fonds (Pour les besoins de sécurité, le législateur a toujours voulu que les fonds libérés par les futurs associés ne soient pas conservés par-devers les fondateurs). Les fonds ainsi déposés sont indisponibles jusqu'à l'immatriculation de la société au RSC, qui doit intervenir dans les six mois à compter du premier dépôt. Passé ce délai, les apporteurs peuvent collectivement ou individuellement demander au président de la juridiction compétente l'autorisation de retirer leurs apports.

§4 - Immatriculation

112. La société coopérative simplifiée doit s'immatriculer au registre des sociétés coopératives (RSC) dans le mois de sa constitution. Cette immatriculation lui confère la personnalité juridique et toutes les conséquences

attachées à ce statut notamment, la capacité, le nom, le siège social, la nationalité.

Section II - Fonctionnement de la société coopérative simplifiée

113. Le fonctionnement de la société coopérative simplifiée repose sur deux principaux organes : l'organe chargé de la gérance, l'assemblée générale des associés.

§1 - Gérance de la société coopérative simplifiée

114. La société coopérative simplifiée a choisi le mécanisme de la gestion collégiale. Elle est organisée autour d'un comité de gestion dont il convient d'en étudier le statut et les pouvoirs.

C - Organisation du comité de gestion

115. Cette organisation est relative à la composition et la désignation des membres et du président, ainsi qu'à la fin de leurs fonctions.

I - Composition et désignation des membres et du président

116. Le comité de gestion est composé de trois membres au plus. Ce nombre peut être porté à cinq lorsque la société comporte au moins cent coopérateurs, ou lorsque ce seuil est atteint en cours de vie sociale. Les membres du comité sont élus parmi les associés coopérateurs, personnes physiques, à la majorité simple des coopérateurs réunis en assemblée générale. (Les statuts peuvent cependant prévoir une majorité plus forte). Les statuts organisent leur élection et déterminent la durée de leur mandat.

Le comité de gestion nomme un président choisi parmi ses membres.

II - Fin des fonctions des membres et du président

117. Les fonctions de président ou de membre du comité de gestion ne sont pas rémunérées, mais les frais engagés par le président ou un membre du comité de gestion peuvent être remboursés dans les conditions fixées par l'assemblée générale. Les statuts peuvent aussi prévoir une provision sur frais à engager pour le président et les membres du comité de gestion.

Le président et les autres membres du comité de gestion peuvent être révoqués dans les conditions de vote et de quorum relatives à la modification des statuts. Leur révocation peut également intervenir par décision judiciaire pour cause légitime à la demande de tout

associé coopérateur. Il en sera ainsi par exemple dans les cas de violation des statuts ou des principes coopératifs

Par ailleurs, le président et les autres membres du comité de gestion peuvent librement démissionner (article 227 AUSCOOP). Bien évidemment, ils engageraient leur responsabilité en cas de démission abusive ayant causé un préjudice à la société. On peut également envisager la maladie, le décès comme des événements qui mettent normalement fin aux fonctions du président et des autres membres du comité de gestion.

B - Pouvoirs et responsabilités

I - Comité de gestion

118. Aux termes de l'article 228 AUSCOOP, dans le silence des statuts, le comité de gestion est compétent pour poser tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société coopérative. Dans ses rapports avec les personnes autres que les coopérateurs, il engage la société par les actes entrant dans l'objet social. Autrement dit, même en cas de limitation de pouvoirs, cette limitation est inopposable à l'égard des tiers de bonne foi. En contrepartie des pouvoirs qui lui sont conférés par les statuts, le comité de gestion répond évidemment de son imprudence, de sa négligence et de sa complaisance dans l'accomplissement de sa mission. Sa responsabilité sera mise en jeu, le cas échéant, par un associé coopérateur ou par toute personne ayant intérêt et qui justifie d'un préjudice.

II - Président du comité de gestion

119. Le président du comité de gestion est chargé de présider les réunions du comité de gestion et celles de l'assemblée générale. En cas d'empêchement, la présidence est assurée par l'un des membres du comité de gestion (article 229 AUSCOOP).

Le président et les autres membres du comité de gestion sont responsables envers la société coopérative simplifiée et les tiers du préjudice résultant de la violation des statuts ou des fautes de gestion. Le législateur ne s'est pas prononcé sur la nature de la responsabilité. Il peut s'agir d'une responsabilité solidaire dans la mesure où le président et les membres du comité de gestion forment l'organe de gestion. Il reviendra alors au tribunal de décider la part contributive de chacun. Ils encourent également une responsabilité pénale pour abus de biens sociaux ou en cas d'infidélité dans la présentation des états financiers de synthèse (article 111 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises : encourent une sanction pénale les entrepreneurs individuels et les dirigeants sociaux qui n'auront pas, pour chaque exercice social, dressé l'inventaire et établi les états financiers annuels ainsi, que le cas échéant, le rapport de gestion et le bilan social ;

les dirigeants sociaux qui auront sciemment établi et communiqué des états financiers ne reflétant pas une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'exercice).

§2 - Assemblées d'associés et décisions collectives

120. En principe, ce sont les associés qui ont le contrôle de la société à travers les assemblées générales au cours desquelles ils prennent des décisions concernant l'orientation de la société et la modification des statuts. Les assemblées générales sont soumises à des principes généraux qui les gouvernent, mais il existe des règles propres à chaque type d'assemblée.

A - Principes généraux

121. Ceux-ci sont relatifs à la convocation et à la tenue des assemblées.

I - Principes relatifs à la convocation des assemblées

122. Les associés coopérateurs sont convoqués par le président du comité de gestion ou, en cas d'empêchement de ce dernier, par un membre de ce comité.

Lorsque ni le président, ni un membre du comité de gestion n'a pris l'initiative de la convocation, celle-ci peut être exigée par les associés coopérateurs représentant au moins le quart des associés (article 232 AUSCOOP).

Les coopérateurs doivent être convoqués quinze jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale, par lettre au porteur contre récépissé, par affichage, oralement ou par tout autre moyen de communication approprié. En cas de controverse, il revient au président du comité de gestion ou au membre de prouver que les associés ont été effectivement convoqués. On perçoit ici le souci du législateur qui voudrait par la souplesse des moyens de convocation permettre à tous les coopérateurs, sinon au plus grand nombre, d'exercer leur droit de regard sur la gestion de leur société. La convocation contient à peine de nullité : l'ordre du jour, éventuellement la date et le lieu de tenue de la réunion (article 233 AUSCOOP).

Toute réunion irrégulièrement convoquée est susceptible de nullité. Mais la nullité ne peut avoir lieu si malgré l'irrégularité, les coopérateurs étaient présents (article 234 AUSCOOP).

L'AUSCOOP n'envisage pas de sanction pénale. Sur ce point, on peut cependant se référer à l'article 892 de l'AUSGIE qui prévoit qu'«*encourent une sanction pénale, ceux qui sciemment auront empêché un actionnaire ou un associé de participer à une assemblée générale*». L'article 10 de la loi camerounaise du 10 juillet 2003 punit également ces personnes d'un emprisonnement

de trois mois à deux ans et d'une amende de 500 000 à 1 000 000 de francs CFA ou de l'une de ces deux peines seulement. Au Sénégal, la loi du 26 mars 1998 punit ce manquement de trois mois à deux ans et d'une amende de 100 000 à 1 000 000 de francs, ou l'une de ces deux peines seulement.

Les délibérations sont constatées par un procès-verbal en principe signé de tous les associés coopérateurs.

II - Principes relatifs à la tenue des assemblées

123. Aux termes de l'article 231 al. 2 AUSCOOP, « *chaque coopérateur a le droit de participer aux décisions de l'assemblée générale et ne dispose que d'une voix, quel que soit le nombre de parts sociales qu'il possède* ». En principe, chaque coopérateur participe personnellement, le vote par procuration est exceptionnel (article 100 AUSCOOP). Pendant les assemblées, les associés exercent leur droit de communication et d'information ; ils peuvent poser des questions sur la gestion de la société et sur tout acte de nature à compromettre la bonne marche de la société.

Les délibérations de l'assemblée sont consignées dans des procès-verbaux qui indiquent la date et le lieu de la réunion, les nom et prénoms des associés présents, les documents et rapports soumis à discussion, un résumé des débats, le texte des résolutions soumises au vote et le résultat des votes. Les procès-verbaux doivent être signés de chaque associé, et les copies ou extraits sont certifiés conformes par le président du comité de gestion (articles 235 et 236 AUSCOOP).

B - Règles propres à chaque assemblée

124. Les associés se réunissent soit en assemblée générale ordinaire, soit en assemblée générale extraordinaire pour prendre des décisions collectives. La compétence de ces assemblées est définie par les articles 242 à 254 AUSCOOP.

I - Assemblée générale ordinaire

125. L'assemblée générale ordinaire est compétente pour statuer sur toutes les questions qui n'entraînent pas modification des statuts. Notamment :

- statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice écoulé ;
- autoriser la gérance à effectuer les opérations subordonnées à l'accord préalable des associés coopérateurs ;
- procéder à la nomination et au remplacement des membres du comité de gestion ;
- approuver les conventions intervenues entre la société coopérative simplifiée et les membres du comité de gestion ou l'un des coopérateurs ;

Les décisions collectives ordinaires sont prises à la majorité des coopérateurs présents ou représentés.

Quant à l'assemblée générale ordinaire annuelle, elle doit se réunir dans les six mois de la clôture de l'exercice. Toutefois, lorsqu'il ne se sent pas prêt, le comité de gestion peut demander une prorogation de ce délai. Ses décisions sont prises à la majorité des voix exprimées par les coopérateurs représentant plus de la moitié du nombre des coopérateurs sur première convocation et sur deuxième convocation, à la majorité des coopérateurs présents ou représentés.

Lorsque la révocation du président et des membres du comité de gestion est à l'ordre du jour, la décision de révocation ne peut intervenir qu'à la majorité de 2/3 des associés coopérateurs présents ou représentés.

II - Assemblée générale extraordinaire

126. Elle est compétente pour statuer sur tout objet portant modification des statuts, notamment, l'augmentation des engagements des associés coopérateurs, la transformation, la fusion ou la scission de la société, le transfert du siège social d'un État à un autre, membre de l'OHADA, la modification de la dénomination sociale, de l'objet social et de la durée de la société (articles 19, 20, 24 et 28 in fine AUSCOOP).

Les décisions de l'assemblée générale extraordinaire sont adoptées à la majorité des 2/3 des voix exprimées par les coopérateurs représentant plus de la moitié du nombre des coopérateurs, sur première convocation et sur deuxième convocation à la majorité des coopérateurs présents ou représentés. Toutefois, l'unanimité est requise dans les cas suivants : l'augmentation des engagements des coopérateurs et le transfert du siège dans un autre État de l'OHADA.

§3 - Contrôle de la société coopérative simplifiée

127. La désignation d'un commissaire aux comptes étant facultative (article 121 AUSCOOP), le contrôle de la société coopérative est principalement assurée par la commission de surveillance. Ce contrôle est prévu par les articles 257 à 263 AUSCOOP, qui définissent les statuts des membres de cette commission et leurs pouvoirs.

A - Statut de la commission de surveillance

128. La commission de surveillance est mise en place dès que le nombre des coopérateurs le permet. Aux termes de l'article 258 AUSCOOP, « *la commission de surveillance est composée de trois à cinq personnes physiques élues par l'assemblée générale* ». Ce texte exclut expressément certaines personnes de la commission de surveillance. Il s'agit des membres des organes d'administration et de gestion et des personnes qui

leur sont liées, notamment leurs conjoints, ascendants ou descendants, même partageant, le lien commun ; les personnes salariées ou rémunérées sous quelque forme par la SCOOPS ou par les organisations faitières auxquelles elle est affiliée (article 258 AUSCOOP).

Sont également considérées comme liées au membre des organes d'administration et de gestion, la personne physique à laquelle il est associé, ou la société de personnes dans laquelle il est associé (exemple : la SNC ou la SCS) ; la personne morale qui est contrôlée par lui individuellement ou collectivement, par son conjoint ou par ses parents au premier degré (notamment ses ascendants) ; la personne morale dont il détient au moins 10 % des droits de vote attachés aux actions qu'elle a émises ou au moins 10 % de ces actions (article 259 AUSCOOP).

L'élection des membres de la commission de surveillance est organisée par les statuts, qui déterminent également la durée de leur mandat (article 260 AUSCOOP).

Toutefois, cette limitation de mandat n'est applicable que si les associés coopérateurs sont suffisamment nombreux pour permettre son application. Les fonctions de membre de la commission de surveillance ne sont pas rémunérées. Il est néanmoins remboursé aux membres, tous les frais engagés dans l'exercice de leur fonction.

B - Pouvoirs de la commission de surveillance

129. Aux termes de l'article 257 AUSCOOP, la commission de surveillance est l'organe de contrôle de la SCOOPS et agit par conséquent dans le seul intérêt des coopérateurs.

Elle se réunit en tant que de besoin ou à la demande d'au moins deux de ses membres. Les décisions de la commission de surveillance sont prises à la majorité simple de ses membres.

La commission de surveillance est chargée de vérifier ou de faire vérifier à tout moment la gestion des dirigeants de la coopérative. Elle informe l'institution faitière, s'il en existe, de toute irrégularité qu'elle constate et convoque si cela est nécessaire une assemblée générale qui statue sur les mesures à prendre pour remédier à la situation.

En réalité, la commission de surveillance joue le rôle d'un commissariat aux comptes (facultatif pour les SCOOPS). Mais, son rôle ne se limite pas seulement au volet financier. La commission surveille notamment l'application des droits politiques des coopérateurs et surtout le droit à l'éducation, la formation et la sensibilisation aux principes coopératifs. C'est cela qui distingue le contrôle dans une société coopérative du contrôle dans une société commerciale.

§4 - Régime des parts sociales

130. La liberté d'adhérer à une société coopérative a

pour corollaire le droit de se retirer en cédant ses parts, ou en les transmettant en cas de décès. Mais la cession ou la transmission n'est pas évidente, elle est soumise à un régime particulier.

A - Cession des parts sociales

131. Elle ne peut s'opérer qu'entre personnes partageant le lien commun sur la base duquel les coopérateurs se sont réunis. Autrement dit, les parts sociales des sociétés coopératives ne sont pas en principe cessibles aux tiers non coopérateurs.

Les modalités de cession sont simples : dans le silence des statuts, l'article 219 AUSCOOP prévoit que la cession est libre entre coopérateurs. Les statuts peuvent aussi prévoir la cession entre conjoints, ascendants et descendants, à la condition que ceux-ci partagent le lien commun réunissant les coopérateurs. Exceptionnellement, les parts peuvent être cédées aux tiers qui partagent le lien commun. Il s'agit des personnes qui sont par exemple dans la même activité, mais qui n'ont pas adhéré à la société coopérative lors de sa création. La cession des parts à de telles personnes n'est valable qu'avec le consentement de la majorité des coopérateurs non cédants (article 220 AUSCOOP).

Dans tous les cas, le projet de cession doit être notifié par le coopérateur cédant à la société coopérative. La société dispose d'un délai de trois mois pour faire connaître sa décision. Passé ce délai, le consentement à la cession est considéré comme acquis. Cependant, le législateur ne se prononce pas sur l'hypothèse d'un refus de la cession. Peut-on en déduire comme il est d'usage dans les autres sociétés, que dans un tel cas, la société doit procéder au rachat des parts de l'associé cédant, ne pouvant pas l'obliger à demeurer dans la société ? Ce serait la seule solution satisfaisante.

La cession n'est opposable aux tiers et à la société coopérative qu'après dépôt d'un original de l'acte de cession au siège de la société coopérative contre remise par le comité de gestion d'une attestation de dépôt.

B - Transmission des parts sociales

132. Les statuts peuvent prévoir qu'en cas de décès d'un associé coopérateur, un ou plusieurs héritiers seront admis dans la société coopérative, pourvu qu'ils partagent le lien commun. Les conditions de leur admission sont définies par les statuts. Les associés peuvent alors y insérer une clause selon laquelle la décision d'admission ou de refus sera prise en assemblée générale des associés.

Les associés survivants ont un délai de trois mois pour se prononcer. À l'expiration de ce délai, l'admission est réputée acquise. En cas de refus, notification doit en être faite à chaque héritier ou successeur intéressé par tout moyen. En cas d'admission, la décision doit également être notifiée aux héritiers ou successeurs.

§5 - Évolution de la société coopérative simplifiée

133. Comme toute société coopérative, la SCOOPS peut en cours de vie sociale fusionner avec d'autres sociétés ou se scinder pour constituer d'autres entités. Elle peut aussi simplement se dissoudre. Ces cas sont régis par les articles 264 à 266 AUSCOOP.

A - Fusion - scission

134. Il y a fusion lorsque deux SCOOPS se réunissent pour n'en former qu'une seule, soit pour créer une SCOOPS nouvelle, soit par absorption de l'une par l'autre. Celle-ci peut alors n'être constituée que par les apports des sociétés qui fusionnent, sans autres apports nouveaux (article 264 AUSCOOP).

Il y a scission lorsque la SCOOPS fait apport de ses parts à des sociétés coopératives simplifiées nouvelles. En utilisant la formule « lorsque », le législateur semble exclure l'hypothèse de l'apport à une société coopérative simplifiée déjà existante, comme il est admis dans la société commerciale (article 190 AUSGIE).

Les associés coopérateurs des sociétés coopératives qui disparaissent ainsi par fusion ou scission peuvent agir de plein droit en qualité d'initiateurs des sociétés nouvelles. Autrement dit, les associés coopérateurs ne perdent pas leurs droits antérieurs de même que les tiers. Ces derniers peuvent toujours se prévaloir de la personnalité morale qui demeure pour la liquidation des opérations antérieures à la fusion ou à la scission.

B - Transformation

135. Aux termes de l'article 255 AUSCOOP, la société coopérative simplifiée peut se transformer en société coopérative avec conseil d'administration ou en société non régie par l'acte uniforme sur les sociétés coopératives. Elle peut ainsi se transformer en une société commerciale telle que la société en nom collectif, la société à responsabilité limitée ou la société anonyme. Dans ces cas, les dispositions des articles 167 à 173 AUSCOOP s'appliquent s'agissant des conditions de forme de la transformation et des droits des tiers.

La transformation de la SCOOPS est toutefois soumise à des conditions que doit remplir la société, et dont l'inobservation entraîne nullité de la transformation :

- elle ne peut en effet se transformer que si elle a, au moment de son projet de transformation, des capitaux propres d'un montant au moins égal à son capital social et si elle a établi et fait approuver par les associés coopérateurs, les bilans de ses deux derniers exercices ;
- la transformation n'est possible qu'au vu du rapport d'un expert choisi par le président du comité de gestion ou du rapport de l'organisation faïtière

à laquelle la SCOOPS est affiliée le cas échéant (article 256 AUSCOOP). L'expertise commandée doit avoir pour but, l'étude de la faisabilité de la transformation, notamment son incidence financière et le sort des droits des associés.

C - Dissolution

136. La SCOOPS est dissoute par toutes les causes communes de dissolution des sociétés coopératives prévues par l'AUSCOOP dans les articles 177 à 179. La dissolution est suivie de la liquidation.

Lorsque la coopérative appartient à une union, fédération ou confédération, celle-ci est associée aux opérations de liquidation (article 266 AUSCOOP).

Chapitre II : Société coopérative avec conseil d'administration

137. La société coopérative peut choisir comme mode de gestion et d'administration, le conseil d'administration. Dans ce cas, on parle de « Société coopérative avec conseil d'administration ». Ses règles de constitution, d'administration et de direction sont organisées par les articles 267 à 285 AUSCOOP.

Section 1 - Constitution

138. La COOP-CA n'est valablement constituée que si elle remplit les conditions de fond et de forme nécessaires à son existence.

§1 - Conditions de fond

139. Elles sont relatives au nombre d'associés, à la dénomination sociale, aux apports et au capital social.

A - Nombre d'associés et dénomination sociale

140. La société coopérative avec conseil d'administration est constituée entre quinze (15) personnes physiques ou morales au moins (article 267 AUSCOOP). Elle est désignée par une dénomination sociale qui doit être immédiatement précédée ou suivie en caractères lisibles de l'expression « Société coopérative avec conseil d'administration » et du sigle « COOP-CA » (article 268 AUSCOOP).

B - Apports et capital social

141. Le capital social est constitué des apports faits par les associés.

I - Capital social

142. Le capital social de la COOP-CA est comme pour toute société coopérative, variable et doit être entièrement souscrit avant la tenue de l'assemblée générale constitutive (article 269 AUSCOOP). Le capital est divisé en parts sociales. Celles représentant les apports en numéraire doivent être libérées d'au moins 1/4 de leur valeur nominale lors de la souscription (cette valeur nominale est déterminée par les statuts, conformément à l'article 45 de l'AUSCOOP). La libération du surplus devant intervenir au plus tard trois ans à compter de l'immatriculation de la société au RSC (article 270 AUSCOOP). L'article 270 al. 3 AUSCOOP ajoute que « *tant que le capital n'est pas entièrement libéré, la société ne peut augmenter son capital minimum statutaire, sauf si cette augmentation de capital est réalisée par des apports en nature ou par l'arrivée de nouveaux coopérateurs* ». En effet, sans imposer un montant du capital social, le législateur exige que le montant délibérément indiqué dans les statuts soit déterminé (article 53 AUSCOOP). Les associés doivent alors libérer entièrement ce montant ; c'est un gage de sécurité pour les associés et de garantie pour les créanciers sociaux, la variabilité ne signifiant aucunement la faculté.

II - Souscription et apports

143. Dans les COOP-CA, la souscription des parts sociales représentant les apports en numéraire doit être constatée par un bulletin de souscription dans les formes et conditions prévues par la loi. Les fonds provenant des souscriptions doivent être sécurisés. Par ailleurs, les apports en nature font l'objet d'une évaluation.

a - Établissement des bulletins de souscription

144. Les futurs associés coopérateurs doivent souscrire des parts sociales. La souscription des parts représentant des apports en numéraire est constatée par un bulletin de souscription établi par les initiateurs ou l'un d'entre eux. Ce bulletin est mis à la disposition du souscripteur ou de son mandataire, qui doit le remplir. Il y inscrit en lettres et en chiffres le nombre de titres souscrits, la date et y appose sa signature (article 271 AUSCOOP).

L'article 272 AUSCOOP précise que le bulletin de souscription est établi en deux exemplaires originaux dont l'un pour la société en formation et l'autre pour le souscripteur. Ces énonciations sont prévues par l'article 273 AUSCOOP. Il s'agit notamment du montant du capital social à souscrire, le nombre de parts sociales émises et leur valeur nominale, le nom ou la dénomination sociale, l'adresse du souscripteur et le nombre de parts sociales souscrites, les versements qu'il effectue, l'indication du dépositaire des fonds jusqu'à l'immatriculation.

b - Dépôt des fonds de souscription

145. Les fonds provenant de la souscription des parts sociales en numéraire sont déposés conformément à l'article 274 AUSCOOP, dans une banque ou toute institution habilitée à recevoir de tels dépôts, sur un compte spécial ouvert au nom de la société coopérative en formation. Le dépôt intervient dans un délai de huit jours à compter de la réception, notamment à compter du premier dépôt. La personne en ayant la charge accompagne les fonds d'une liste contenant l'identité des souscripteurs et l'indication pour chacun d'eux du montant des sommes versées.

Une copie de la liste des souscripteurs peut être communiquée par le dépositaire à tout souscripteur qui le désire. Le dépôt des fonds est attesté par un certificat de dépôt que le dépositaire remet au déposant. Les fonds ainsi déposés sont indisponibles jusqu'à l'immatriculation de la société coopérative, qui doit intervenir dans un délai de 6 mois à compter du premier dépôt. Passé ce délai, tout souscripteur peut demander en référé la nomination d'un administrateur chargé de les retirer pour les restituer aux souscripteurs.

Toutefois, en situation normale, le retrait est effectué par le président du conseil d'administration, sur présentation au dépositaire, du certificat de l'autorité administrative attestant l'immatriculation de la société.

c - Évaluation des apports en nature

146. Quant aux apports en nature, ils doivent être évalués. Cette évaluation est confiée à un commissaire aux apports désigné par les initiateurs de la société. Le commissaire aux comptes officie sous le contrôle de l'union de la fédération ou de la confédération (article 279 AUSCOOP). L'évaluation est soumise pour approbation à l'assemblée générale constitutive, qui ne peut réduire la valeur des apports qu'à l'unanimité des souscripteurs et avec le consentement exprès de l'apporteur (article 285 AUSCOOP). Cela veut dire que l'évaluation du commissaire aux apports fait foi jusqu'à preuve du contraire, le commissaire aux apports étant considéré comme un expert dont le travail ne peut être contesté que par un autre expert. D'ailleurs, le législateur a voulu limiter les cas de contestation en exigeant que l'évaluation soit confiée à un commissaire aux apports. L'évaluation faite par les associés coopérateurs eux-mêmes ne serait donc pas légale, et engagerait la responsabilité de ces derniers. Dans tous les cas, les coopérateurs et les administrateurs sont responsables solidairement à l'égard des tiers de la valeur attribuée aux apports.

Chaque apport en nature fait l'objet d'un vote spécial de l'assemblée constitutive sans que l'apporteur en nature participe au vote ; ce qui est logique, puisqu'alors, il serait juge et partie. Toutefois, son consentement exprès est requis lorsqu'il faut réduire la valeur de son apport et cette réduction n'est valable qu'à l'unanimité des autres souscripteurs (articles 284 et 285 AUSCOOP).

§2 - Conditions de forme

147. Les conditions de forme concernent l'établissement des statuts et du règlement intérieur en vue de l'immatriculation ; la tenue d'une assemblée générale constitutive.

A - Statuts et règlement intérieur

148. Les statuts sont établis dans le respect des articles 17 et 18 AUSCOOP. L'article 17 exige qu'ils soient établis par acte notarié ou par acte sous seing privé. L'article 18 énonce les mentions que l'on doit absolument y retrouver. À ces mentions, l'article 276 ajoute des mentions spécifiques à la société coopérative avec conseil d'administration. Il s'agit :

- des noms, prénoms, adresse, profession et nationalité des personnes physiques membres du premier conseil d'administration ou des représentants permanents des personnes morales membres du conseil d'administration ;
- de la dénomination sociale, du montant du capital et la forme sociale des personnes morales membres du conseil d'administration ;
- des différentes catégories de parts émises (parts sociales de numéraire et parts sociales d'apport).
- des stipulations relatives à la composition, au fonctionnement et aux pouvoirs des organes de la société coopérative.

Quant au règlement intérieur, il est établi comme pour toute société coopérative, conformément aux articles 67 et 68 AUSCOOP.

B - Assemblée générale constitutive

149. Toutes les sociétés coopératives tiennent une assemblée générale constitutive au cours de laquelle les statuts sont présentés aux associés pour approbation, modification éventuelle et signature. Mais l'assemblée générale constitutive semble revêtir une importance particulière dans la création d'une société coopérative avec conseil d'administration. Celle-ci ressemble en effet à une société anonyme et le législateur s'attelle à faire subsister l'essence de la coopérative malgré la très grande modernisation du mode de fonctionnement.

L'assemblée générale constitutive doit être convoquée par les fondateurs. La convocation est adressée à chaque souscripteur quinze jours au moins avant la date de l'assemblée par lettre au posteur contre récépissé ou par tout autre procédé laissant trace écrite. La convocation doit mentionner l'ordre du jour, le lieu, la date et l'heure de la réunion (article 280 AUSCOOP).

La convocation irrégulière de l'assemblée générale constitutive peut entraîner nullité de celle-ci. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque

tous les futurs associés coopérateurs étaient présents ou représentés et n'ont soulevé aucune opposition (article 289 AUSCOOP).

L'assemblée constitutive ne délibère valablement que si les 2/3 au moins des membres initiateurs sont présents. Ses décisions sont prises à la majorité simple des voix des membres initiateurs.

Elle statue spécialement sur les apports en nature : chaque apport en nature fait l'objet d'un vote spécial auquel ne participe bien évidemment pas l'apporteur. L'assemblée approuve ou désapprouve alors le rapport du commissaire aux apports ou de la société coopérative faïtière sur l'évaluation des apports en nature. Il peut arriver que la valeur attribuée aux biens apportés soit différente de celle retenue par le commissaire aux apports ou la société coopérative faïtière. Dans ce cas, l'apporteur doit donner son consentement, à la valeur retenue et ce consentement est consigné dans le procès-verbal de l'assemblée.

Aux termes de l'article 286 AUSCOOP, l'assemblée générale constitutive est compétente pour :

- constater que le capital est entièrement souscrit ;
- adopter les statuts de la société coopérative ;
- nommer les premiers administrateurs ;
- statuer sur les actes accomplis pour le compte de la société en formation ;
- donner éventuellement mandat à un ou plusieurs membres du conseil d'administration de prendre des engagements pour le compte de la COOP-CA avant son immatriculation au RSC c'est au cours de l'assemblée générale constitutive que les statuts sont signés par tous les membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance, en vue de l'immatriculation de la société. Toutefois, les initiateurs de la société et les premiers administrateurs en fonction auxquels la nullité est imputable, peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage causé par la nullité aux personnes autres que les coopérateurs.

Section II - Fonctionnement

150. Le fonctionnement de la COOP-CA repose sur le conseil d'administration et le responsable chargé de la direction. Il est régi par les articles 291 à 333 AUSCOOP.

§1 - Conseil d'administration

A - Composition du conseil d'administration et statut des administrateurs

151. L'acte uniforme relatif aux sociétés coopératives a conçu un plafond et un plancher du nombre de membres du conseil d'administration. Il prévoit aussi que ces membres sont élus et organise leur statut.

I - Composition

152. Aux termes de l'article 292 AUSCOOP, la société coopérative avec conseil d'administration est administrée par un conseil de trois membres au moins et de douze membres au plus.

Ce nombre peut être provisoirement dépassé en cas de fusion avec plusieurs sociétés jusqu'à concurrence du nombre total des administrateurs en fonction depuis plus de six mois dans les sociétés fusionnées, sans pouvoir dépasser vingt-quatre. Les administrateurs décédés, révoqués ou démissionnaires ne peuvent être remplacés de même que de nouveaux administrateurs ne peuvent pas être élus, sauf lors d'une nouvelle fusion, tant que le nombre d'administrateurs en fonction n'a pas été ramené à douze (article 293 AUSCOOP).

En cas de vacance d'un ou de plusieurs sièges d'administrateurs, le conseil d'administration peut, entre deux assemblées, en coopter de nouveaux. Ceux-ci sont désignés à titre provisoire jusqu'à la prochaine assemblée générale.

Lorsque le nombre des administrateurs est devenu inférieur au minimum statutaire, le conseil d'administration doit, dans le délai de trois mois à compter du jour où se produit la vacance, coopter de nouveaux administrateurs en vue de compléter son effectif. Toutefois, les décisions prises durant ce délai demeurent valables. Lorsque ce nombre est devenu inférieur au minimum légal, les administrateurs restant doivent convoquer immédiatement l'assemblée générale ordinaire en vue de compléter l'effectif du conseil d'administration. Ainsi, le législateur n'a pas voulu que la maladie, le décès, la révocation ou tout empêchement d'un administrateur entraîne la paralysie la société.

Par ailleurs, si le conseil d'administration ne procède pas aux nominations requises ou ne convoque pas l'assemblée générale à cet effet, tout intéressé peut demander par requête adressée au président de la juridiction compétente, la désignation d'un mandataire qui convoquera l'assemblée générale aux fins de procéder aux nominations qui s'imposent. Les nominations faites par le conseil d'administration sont soumises à la confirmation de l'assemblée générale. Toutefois, les délibérations du conseil d'administration demeurent valables même en cas de refus par l'assemblée générale d'entériner les nouvelles nominations.

II - Statut

153. Aux termes de l'article 295 AUSCOOP, l'élection des membres du conseil d'administration est organisé par les statuts qui déterminent aussi la durée de leur mandat. Ils sont élus par l'assemblée générale selon les modalités fixées par les statuts (article 299 AUSCOOP).

Les premiers administrateurs sont élus par l'assemblée générale constitutive. En cours de vie sociale, les administrateurs sont élus par l'assemblée générale ordi-

naire. Toutefois l'assemblée générale extraordinaire peut exceptionnellement procéder à l'élection de nouveaux administrateurs en cas de fusion (article 294 AUSCOOP). Seuls les coopérateurs à jour de leurs versements peuvent voter et faire partie du conseil d'administration (article 384 in fine AUSCOOP). La désignation des administrateurs, ainsi que celle du représentant permanent d'une personne morale élue administrateur, doit être publiée au RSC.

Les administrateurs sont en principe des personnes physiques, mais une personne morale peut être nommée administrateur. Dans ce cas, elle est tenue de désigner un représentant permanent personne physique.

L'administrateur ne peut appartenir à plus d'un conseil d'administration de sociétés coopératives avec conseil d'administration ayant leur siège sur le territoire d'un même État. Si par le fait de l'accession à un nouveau mandat l'administrateur se trouve être dans plus d'un conseil d'administration, il doit dans les trois mois qui suivent sa nomination, se démettre de l'un de ses mandats. Si à l'expiration de ce délai il ne démissionne pas expressément, il est réputé s'être démis de son nouveau mandat. Toutefois, la validité des délibérations ne saurait être remise en cause (article 299 AUSCOOP).

Pendant, l'administrateur peut cumuler son mandat avec un contrat de travail conclu avec la société coopérative à condition que ce contrat corresponde à un travail effectif (article 301 AUSCOOP). Les administrateurs ne perçoivent pas de rémunération. Ils ont toutefois droit au remboursement des frais de déplacement et de toutes dépenses faites pour l'exécution des missions qui leur sont confiées. Les administrateurs sont révocables à tout moment par l'assemblée générale (révocation *ad nutum*) (article 307 AUSCOOP). Mais en dehors de la révocation, les fonctions d'administrateur prennent fin par la démission, le décès, la perte de la qualité de coopérateur (en effet, le conseil d'administrateur ne peut avoir en son sein des administrateurs non coopérateurs), l'arrivée du terme du mandat d'administrateur. La démission ou la révocation doivent être publiées au RSC (article 307 al. 3 AUSCOOP). La responsabilité

S'agissant du président du conseil, le président et le vice-président sont élus par l'assemblée générale ; ils doivent être des personnes physiques (article 324 AUSCOOP).

La durée du mandat du président est fixée par les statuts (article 325 AUSCOOP). Il est cependant interdit d'être président simultanément dans plus d'une société coopérative avec conseil d'administration, ou encore de cumuler avec un mandat de président du comité de gestion dans une société coopérative simplifiée (article 326 AUSCOOP).

Le président du conseil d'administration ne peut conclure avec la société coopérative un contrat de travail, ce qui est admis au simple administrateur (article 328 AUSCOOP). De même, le président ne peut exercer en même temps les fonctions de directeur de la société coopérative avec conseil d'administration (article 326

AUSCOOP). Il n'est pas possible comme dans les sociétés commerciales anonymes, d'être président-directeur général (PDG) d'une société coopérative avec conseil d'administration.

B - Pouvoirs et décisions du conseil d'administration

154. Le conseil d'administration est la plus haute instance de direction de la COOP-CA. Ses réunions sont dirigées par un président. Les règles de fonctionnement du conseil d'administration ressortent de la combinaison des articles 308 à 333 de l'AUSCOOP qui déterminent ses pouvoirs, le statut et les attributions du président et les règles de validité des délibérations.

I - Pouvoirs

155. Il ressort de l'article 308 AUSCOOP que de manière générale, le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société coopérative. Il doit cependant agir dans la limite de l'objet social.

Les clauses statutaires ou les décisions de l'assemblée générale limitant les pouvoirs des administrateurs sont inopposables aux tiers de bonne foi. A l'égard de ceux-ci, le conseil d'administration répond même des actes qui ne rentrent pas dans l'objet social, à moins qu'il ne prouve que ces tiers ne pouvaient ignorer la limitation des pouvoirs (article 309 AUSCOOP). Le conseil d'administration peut aussi conférer à un ou plusieurs de ses membres, des mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés (article 310 AUSCOOP).

Plus spécifiquement, le conseil d'administration est chargé de :

- préciser les objectifs de la société coopérative avec conseil d'administration et l'orientation qui doit être donnée à son administration ;
- arrêter les comptes de chaque coopérateur (dans le cadre des ristournes à verser à chacun) ;
- veiller à l'application des principes coopératifs dans la gestion. Il faut en effet veiller à préserver le caractère coopératif de la société, sinon, elle glisserait facilement vers la société commerciale, notamment la société anonyme ;
- arrêter le programme de formation et d'éducation des membres. La coopérative est gouvernée par un esprit : esprit d'humanité, de solidarité et d'entraide c'est ce qui la distingue d'ailleurs des autres types de société et qui la caractérise ;
- établir le rapport financier et moral de la société coopérative.

Le conseil d'administration peut aussi :

- proposer à l'assemblée générale extraordinaire, les transferts du siège (article 314 AUSCOOP) ;
- après consultation du conseil de surveillance, re-

cruter et nommer, en dehors de ses membres, un directeur ou un directeur général, personne physique (article 329 AUSCOOP) ;

- autoriser le responsable chargé de la direction à engager la société coopérative à l'égard des personnes autres que les coopérateurs (article 332 AUSCOOP) ;
- fixer les modalités et le montant de la rémunération du responsable chargé de direction et le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont attribués (article 333 AUSCOOP).

Le conseil d'administration peut passer des conventions avec l'un de ses membres dans les seuils déterminés par les statuts (article 311 AUSCOOP). Mais il est interdit aux administrateurs et aux employés, ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants ou descendants et autres personnes interposées, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la COOP-CA, ou de se faire consentir par elle un découvert en compte courant. Les administrateurs ne peuvent non plus se faire cautionner, avaliser ou garantir par la société leurs engagements envers d'autres personnes, à moins que celles-ci soient des personnes morales, membres du conseil d'administration (article 313 AUSCOOP). Cependant, la société elle-même peut souscrire des cautions, avals et garanties pour des engagements pris par des tiers. Mais elle ne peut le faire qu'avec l'autorisation préalable du conseil d'administration (article 312 AUSCOOP). Cette autorisation n'est même pas requise lorsque la société exploite un établissement bancaire ou financier, ou mène à titre principal des activités d'épargne et de crédit. On peut s'interroger sur cette sollicitude à l'égard des personnes *a fortiori* non associés coopérateurs. C'est que la société coopérative à évolué, elle est passée de son caractère trop fermé (ne traiter qu'avec les coopérateurs), à une ouverture opportune qui lui permet de traiter avec des tiers non coopérateurs dans le cadre d'échanges économiques favorables à l'entreprise.

En ce qui concerne précisément le président du conseil d'administration, il est chargé aux termes de l'article 327 AUSCOOP, de :

- présider les réunions du conseil d'administration et les assemblées générales ;
- veiller à ce que le conseil d'administration assume pleinement ses obligations et ses responsabilités ;
- opérer à tout moment des vérifications qu'il juge opportunes. Pour cela, il a accès à tous les documents nécessaires au bon accomplissement de sa mission.

Il revient aussi au président du conseil d'administration de certifier les copies ou extraits des procès-verbaux des délibérations du conseil d'administration.

II - Règles de validité des décisions

156. Les règles relatives à la convocation et aux déli-

bérations du conseil d'administration sont déterminées par les statuts de la société.

En principe, le conseil d'administration est convoqué par son président. Il doit se réunir au moins une fois par trimestre. Lorsque le conseil ne s'est pas réuni depuis plus de deux trimestres, les administrateurs représentant au moins 1/3 des membres du conseil d'administration peuvent convoquer la réunion du conseil (article 315 AUSCOOP).

Les réunions du conseil sont présidées par le président du conseil, et le cas échéant par le vice président. En cas d'empêchement du président et du vice-président, les administrateurs présents élisent un président de séance.

Le conseil d'administration ne délibère valablement que si tous ses membres ont été régulièrement convoqués et que la moitié au moins des membres sont présents. Ses décisions sont prises à la majorité simple des membres présents ou représentés, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte. En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante, mais les statuts peuvent prévoir le contraire. C'est encore là, une marque du principe démocratique qui règne dans les sociétés coopératives.

Sauf clause contraire des statuts, un administrateur peut se faire représenter, mais chaque administrateur ne peut disposer que d'une seule procuration au cours d'une même séance. Les décisions sont prises à la majorité simple des membres présents ou représentés, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte. Et en cas de partage des voix, celle du président est prépondérante. Toutes les personnes qui participent aux réunions du conseil sont tenues à la discrétion à l'égard des informations considérées comme confidentielles par le président de séance.

Les délibérations du conseil d'administration sont consignées dans un procès-verbal certifié sincère par le président du conseil et par au moins un administrateur. Le procès-verbal est signé par au moins deux administrateurs en cas d'empêchement du président ou du vice-président (articles 320 à 323 AUSCOOP).

C - Responsabilité du conseil d'administration et du président

157. Au regard de toutes les attributions dévolues au conseil d'administration et à son président, leur responsabilité civile ou pénale sera mise en jeu (dans les termes de la responsabilité du dirigeant social, l'AUSCOOP n'ayant pas consacré de développements spécifiques à la responsabilité du conseil d'administration et de son président), chaque fois qu'ils manquent à leurs obligations ou agissent avec négligence ou complaisance. L'action en responsabilité civile est une action individuelle ou une action sociale, exercée conformément aux articles 122 à 132 AUSCOOP.

§2 - Direction

158. La direction de la COOP-CA est assurée par un directeur ou un directeur général, personne physique. Le législateur l'appelle « responsable chargé de la direction », sans doute pour manquer la différence avec les sociétés commerciales.

A - Nomination et mandat du responsable chargé de direction

159. Le responsable chargé de la direction est recruté et nommé par le conseil d'administration après consultation du conseil de surveillance (article 329 AUSCOOP). De ce qui précède, le directeur semble être une personne très importante dans la COOP-CA, en ce qu'il assure la gestion quotidienne de la société. Son recrutement doit dès lors être entouré d'un certain nombre de précautions, d'où la consultation du conseil de surveillance qui peut alors expertiser sur les qualités du futur directeur. Mais le législateur ne se prononce pas sur les effets de l'avis du conseil de surveillance. S'agit-il d'un simple avis qui ne lie pas le conseil d'administration puisque la loi parle simplement de consultation (il ne revient donc pas au conseil de surveillance de proposer un directeur) ? D'un autre point de vue, la désignation du responsable chargé de la direction semble être une faculté pour le conseil d'administration, puisque l'article 329 dispose que « le conseil d'administration peut, après consultation du conseil de surveillance ». Il est admis de penser que le législateur a laissé sous-entendre que le responsable chargé de direction peut aussi être nommé par l'assemblée générale, parce que c'est à lui que revient la gestion courante.

La durée des fonctions du directeur est déterminée par le conseil d'administration qui le nomme (article 330 AUSCOOP). Cette durée doit être conforme selon l'article 330, à la législation du travail de chaque État membre de l'OHADA. Au Cameroun par exemple, son contrat devra être à durée déterminée ou à durée indéterminée tel que prévu par l'article 25 du code du travail camerounais. Le directeur est donc lié à la société par un contrat de travail qui détermine ses pouvoirs et surtout leur étendue.

B - Attributions et rémunération

160. Les attributions et le principe de rémunération du responsable chargé de direction sont prévus par les articles 331 à 333 AUSCOOP.

Dans ses rapports avec les tiers, le responsable chargé de direction n'engage la société coopérative que pour les actes autorisés par le conseil d'administration, ce dernier étant engagé même par les actes du responsable chargé de direction qui ne relèvent pas de l'objet social. Le responsable chargé de direction agit sous le contrôle du conseil d'administration. Il lui est permis d'assister

aux réunions du conseil d'administration, avec une voix consultative ; il ne participe donc pas aux délibérations mais peut être consulté sur les décisions à prendre.

Les fonctions de responsable chargé de direction sont rémunérées. Les modalités et le montant de la rémunération sont déterminés par le conseil d'administration qui fixe aussi les avantages en nature dont il bénéficie. Le conseil d'administration peut alors décider d'une rémunération fixe et indépendante des résultats de l'exploitation, d'une rémunération calculée sur la base du chiffre d'affaires ou des bénéfices réalisés, ou encore d'une rémunération fixe à laquelle s'ajouterait une fraction des bénéfices (*Cf. commentaire article 278 AUSGIE*).

§3 - Collectivité des associés

161. La collectivité des associés exerce son droit de regard sur la société à travers l'assemblée générale. Il existe deux types d'assemblées, l'assemblée générale ordinaire et l'assemblée générale extraordinaire. D'autre part, les associés font des apports qui leur confèrent des droits dans le capital social.

A - Décisions collectives

162. Les décisions collectives sont gouvernées par des règles communes à toutes les assemblées et les règles particulières à chaque type d'assemblés.

1 - Règles communes à toutes les assemblées générales

163. Ces règles sont relatives à la convocation, à la communication des documents et à la tenue des assemblées.

a - Convocation des coopérateurs

164. Aux termes de l'article 342 AUSCOOP, l'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration, à travers son président. À défaut, elle peut être convoquée par le conseil de surveillance ou par l'organisation faitière à laquelle est affiliée la COOP-CA, ou même par le liquidateur. En cas d'urgence, elle peut être convoquée par l'autorité administrative compétente, à la demande du quart des coopérateurs.

La convocation est faite par avis de convocation inséré dans un journal d'annonces légales et affiché au siège de la société coopérative. Pour permettre une meilleure diffusion de la convocation, le législateur prévoit que l'insertion peut être remplacée par une convocation faite aux frais de la société par lettre au porteur contre récépissé ou par tout autre procédé

laissant trace écrite, portant mention de l'ordre du jour (article 344 in fine AUSCOOP). Les statuts peuvent prévoir d'autres modalités de convocation.

La convocation indique la dénomination sociale de la société suivie le cas échéant de son sigle, la forme de la société, le montant du capital social l'adresse du siège social, le numéro d'immatriculation au RSC, les jour, heure et lieu de l'assemblée, sa nature ordinaire ou extraordinaire et son ordre du jour (article 345 AUSCOOP). L'ordre du jour est arrêté par l'auteur de la convocation ou par le président de la juridiction lorsque l'assemblée est convoquée par un mandataire de justice (article 346 AUSCOOP). Les coopérateurs représentant la moitié au moins du nombre des associés, peuvent se regrouper pour requérir l'inscription à l'ordre du jour d'un projet de résolution (article 346 al. 3 AUSCOOP). Ce projet doit être examiné et faire l'objet d'un vote de l'assemblée.

L'assemblée ne peut délibérer sur une question non inscrite à l'ordre du jour. Toutefois, lorsqu'elle est réunie ordinairement, elle peut procéder à la révocation d'un ou plusieurs membres du conseil d'administration et désigner leur remplaçant (article 348 al. 2 AUSCOOP). Ses réunions se tiennent au siège de la société coopérative. Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut faire l'objet d'une action en nullité et même d'une action pénale, à moins que tous les coopérateurs aient été présents, malgré l'irrégularité.

b - Communication des documents aux coopérateurs

165. Dans le cadre de l'exercice de leur droit à l'information, les coopérateurs peuvent prendre connaissance au siège de la société de tout document pouvant les renseigner sur la gestion de la coopérative. Ces documents portent sur : l'inventaire des états financiers de synthèse et de la liste des administrateurs, les rapports du commissaire aux comptes et du conseil d'administration soumis à l'assemblée, le texte de l'exposé des motifs, des résolutions proposées ainsi que des renseignements concernant les candidats au conseil d'administration, la liste des coopérateurs, le montant global des rémunérations versées aux dix ou cinq dirigeants sociaux et salariés les mieux rémunérés selon que l'effectif de la société excède ou non deux cents salariés (article 351 AUSCOOP). Le coopérateur qui le souhaite peut aussi, à ses frais, obtenir copie de ces documents.

Pour mieux organiser et appréhender le droit de communication du coopérateur, le législateur n'a pas voulu que l'exercice de ce droit soit permanent. Il décide qu'il s'exerce durant les trente jours qui précèdent la tenue de l'assemblée générale, pour ne pas perturber la gestion quotidienne de la société. Cependant, le coopérateur peut à toute époque prendre connaissance et copie à ses frais des documents sociaux concernant les trois derniers exercices, des procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées tenues

au cours de ces trois derniers exercices et de tous les autres documents prévus dans les statuts (article 352 AUSCOOP). La nature de ces documents laisse croire qu'il s'agit de permettre à l'associé de se renseigner sur l'utilisation des fonds (et donc sur la santé financière de la société) et même sur le respect des dispositions statutaires et légales concernant la prise des décisions (par l'appréciation des procès-verbaux et feuilles de présence).

Pour les assemblées autres que l'assemblée générale annuelle, le droit de communication porte sur le texte des résolutions proposées, le rapport du conseil d'administration et, le cas échéant, le rapport du conseil de surveillance, du commissaire aux comptes ou de l'organisation faîtière (article 351 in fine AUSCOOP).

En cas de refus de communiquer au coopérateur ces documents qu'il demande, celui-ci peut saisir le président de la juridiction compétente qui peut ordonner ladite communication (article 353 AUSCOOP).

c - Tenue de l'assemblée générale

166. L'assemblée générale se tient au siège de la société coopérative ou en tout autre lieu du territoire de l'État partie où se trouve le siège social (article 342 AUSCOOP). Elle est présidée par le président du conseil d'administration et en cas d'empêchement, par un président de séance élu séance tenante (article 354 AUSCOOP). L'assemblée désigne deux associés coopérateurs pour assurer le rôle de scrutateurs ; il est également désigné un secrétaire parmi les coopérateurs ou parmi le personnel salarié pour établir le procès-verbal des débats (articles 355 et 356 AUSCOOP). Les délibérations sont consignées dans un procès-verbal qui indique la date et le lieu de réunion, la nature de l'assemblée, le mode de convocation, l'ordre du jour, la composition du bureau de séance, le quorum, le texte des résolutions soumises au vote de l'assemblée et le résultat des votes pour chaque résolution, les documents et rapports présentés à l'assemblée et un résumé des débats. Ce procès-verbal est signé par les membres du bureau de séance et archivé au siège de la société où il peut être consulté (article 360 AUSCOOP). Les copies ou extraits de procès-verbaux sont certifiés par le président du conseil d'administration ou par toute personne dûment mandatée à cet effet et en cas de liquidation, par un seul liquidateur (article 361 AUSCOOP). Il est établi une feuille de présence sur laquelle tous les coopérateurs émargent (article 358 AUSCOOP). Peuvent participer aux assemblées générales pas seulement les coopérateurs, mais toute personne habilitée par une disposition légale ou par les statuts (article 362 AUSCOOP). La loi peut en effet autoriser certaines personnes qui sans être coopérateurs, traitent avec la société coopérative. Les délibérations sont consignées dans un procès-verbal signé par les membres du bureau de séance, notamment, les scrutateurs et le secrétaire (articles 355 et 356 AUSCOOP).

II - Règles particulières à chaque type d'assemblée

a - Assemblée générale ordinaire

167. Elle est régie par les articles 363 à 365 AUSCOOP. Elle est compétente pour prendre toutes les décisions qui ne nécessitent pas modification des statuts, notamment :

- statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice ;
- décider de l'affectation du résultat ;
- nommer et révoquer les membres du conseil d'administration et le commissaire aux comptes, ainsi que les membres du comité de surveillance ;
- autoriser, si les statuts le prévoient, l'émission des parts de soutien.

L'assemblée générale ordinaire se réunit au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice. Elle ne délibère valablement sur première convocation que si la moitié des coopérateurs sont présents, et sur deuxième convocation si 1/4 au moins des associés sont présents. L'assemblée générale ordinaire statue alors à la majorité des voix exprimées.

b - Assemblée générale extraordinaire

168. Elle est régie par les articles 366 à 368 AUSCOOP. Elle statue dans tous les cas où la modification des statuts est exigée :

- l'autorisation des fusions, scissions, transformations et apports partiels d'actifs ;
- le transfert du siège social d'une ville à une autre ou d'un État membre de l'OHADA à un autre ;
- la dissolution par anticipation ou la prorogation de la durée de la COOP-CA.

L'assemblée générale extraordinaire ne délibère valablement que si les 2/3 des associés coopérateurs sont présents ou représentés. Si ce quorum n'est pas atteint, une deuxième convocation peut se faire dans un délai de 2 mois à compter de la date de la première convocation. Dans ce cas, l'assemblée délibère valablement si la moitié au moins des associés coopérateurs sont présents ou représentés. Elle statue à la majorité des 2/3 des voix exprimées. Cependant, l'unanimité des membres présents ou représentés est requise lorsqu'il s'agit du transfert du siège social d'un État à un autre.

B - Droits et obligations des associés

169. Les associés font des apports dans le capital social qui leur confèrent des droits représentés par des titres appelés parts sociales. Mais, en contrepartie de ces droits, ils ont aussi des obligations et encourent une responsabilité au moins égale au montant des parts sociales souscrites.

Dans les sociétés coopératives, les parts sociales sont nominatives, qu'elles soient émises en contrepartie d'ap-

ports en nature ou d'apports en numéraire. (article 376 AUSCOOP). Les parts sociales de numéraire sont celles dont le montant est libéré en espèce ou par compensation de créances certaines, liquides et exigibles sur la société coopérative, celles qui sont émises par suite d'une incorporation au capital de réserves libres d'affectation et celles dont le montant résulte pour partie d'une incorporation de réserves libres d'affectation et pour partie d'une libération en espèces.

Les parts d'apport sont celles émises en contrepartie d'un apport en nature.

Les parts sociales donnent droit à une voix quel que soit leur nombre.

Elles ne sont en principe ni négociables, ni saisissables et ne peuvent non plus faire l'objet de nantissement.

S'agissant des obligations de l'associé de la COOP-CA, la principale obligation est la libération des apports promis pour la constitution du capital social. Il est par conséquent responsable lorsque son défaut de libération a causé un préjudice à la société ou aux autres associés.

Aux termes de l'article 384 AUSCOOP, « *le montant des parts sociales doit être entièrement libéré lors de la souscription* ». Les statuts peuvent cependant aménager les modalités de cette libération en prévoyant que le quart au moins doit être libéré à la souscription, et le solde au fur et à mesure des besoins de la société, mais sans excéder le délai de trois ans à compter de la date à laquelle la souscription est devenue définitive. La non-libération des parts après mise en demeure infructueuse de l'assemblée générale, entraîne l'exclusion de plein droit de l'associé coopérateur. Cette exclusion prend effet à défaut de paiement, dans un délai de trois mois à compter de la réception de la lettre d'exclusion. Par ailleurs, seuls les coopérateurs à jour de leurs versements ont droit de vote dans les assemblées générales et peuvent faire partie du conseil d'administration.

C - Responsabilité des associés

170. Elle est organisée par les articles 371 à 375 AUSCOOP qui distinguent la responsabilité des coopérateurs de celle des initiateurs et de celle des administrateurs.

La responsabilité des coopérateurs est au moins égale au montant de leurs parts dans le capital social. L'étendue de cette responsabilité peut être renforcée par les statuts, sans excéder cinq fois le montant des parts sociales souscrites et sans préjudice de la responsabilité pénale éventuellement encourue.

Les initiateurs de la COOP-CA auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue sont solidairement responsables du dommage causé à la société coopérative et aux tiers par l'annulation. L'action en responsabilité fondée sur l'annulation se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable, ou s'il a été dissimulé, à compter de sa révélation. La prescription est de dix ans si le fait est qualifié de crime.

S'agissant des administrateurs, leur responsabilité peut être retenue individuellement ou solidairement envers la société ou envers les tiers, dans les cas suivants :

- non-respect des dispositions législatives et réglementaires applicables aux COOP-CA ;
- violation des statuts et faute de gestion.

En cas de responsabilité solidaire des coopérateurs ayant coopéré aux mêmes faits, la juridiction compétente détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage, sans entamer la responsabilité pénale encourue. Les administrateurs peuvent faire l'objet d'une action individuelle ou d'une action sociale telles que définies dans les articles 122 à 132 AUSCOOP.

§4 - Contrôle de la société coopérative

171. Nonobstant les procédures d'alerte et d'expertise de gestion qui permettent d'éclairer les associés sur la gestion de la société, de détecter, le cas échéant, des anomalies et d'attirer l'attention des dirigeants sociaux, le contrôle permanent de la COOP-CA est assuré par un commissariat aux comptes et par un conseil de surveillance.

A - Commissaire aux comptes

172. Aux termes de l'article 121 AUSCOOP, la désignation d'au moins un commissaire aux comptes est obligatoire dans la société coopérative avec conseil d'administration lorsqu'elle remplit les conditions suivantes :

- le nombre total des coopérateurs est supérieur à mille ;
- le chiffre d'affaires de la société est supérieur à cent millions ;
- le total du bilan est supérieur à cinq millions.

Dans le cas de la COOP-CA, ces conditions semblent cumulatives, comparativement à ce que le législateur de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales prévoit dans le cas de la société à responsabilité limitée. L'article 376 AUSGIE est ainsi libellé : « *Les sociétés à responsabilité limitée dont le capital est supérieur à dix millions (10 000 000) de francs Cfa ou qui remplissent l'une des conditions (c'est nous qui soulignons) suivantes :*

- *chiffre d'affaires annuel supérieur à deux cent cinquante millions (250 000 000) de francs Cfa,*
- *effectif permanent supérieur à 50 personnes,*

Sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes... »

Le commissaire aux comptes est choisi parmi les commissaires aux comptes agréés par l'État concerné. Il est nommé par l'assemblée générale pour trois exercices. Il rend compte de l'accomplissement de ses missions.

B - Conseil de surveillance

173. Il est organisé par les articles 334 à 341 AUSCOOP.

C'est le principal organe de contrôle de la COOP-CA, puisque le commissaire aux comptes n'est obligatoire que dans certaines conditions relevées ci-dessus.

Le conseil de surveillance est composé de trois à cinq personnes physiques élues par l'assemblée générale parmi les associés coopérateurs. Il se réunit en tant que de besoin ou à la demande d'au moins deux de ses membres. Ne peuvent être membres du conseil de surveillance les membres du conseil d'administration et les personnes qui leur sont liées, notamment les conjoints, parents au premier degré ou les parents ou premier degré des conjoints, la personne physique à laquelle le membre est associé ou la société de personne dans laquelle il est associé, la personne morale qui est contrôlée individuellement ou collectivement par son conjoint ou parents ou premier degré, la personne morale dont il détient au moins 10 % des droits de vote attachés aux actions qu'elle a émises ou au moins 10 % de ces actions.

Ne peuvent non plus être membres du conseil de surveillance les personnes recevant, sous une forme quelconque, un salaire ou une rémunération de la société coopérative ou de ses institutions faïtières. Le mandat de membre du conseil de surveillance est de trois ans renouvelable une fois. Mais le membre peut à nouveau se porter candidat au terme d'une période de trois ans suivant l'expiration de son second mandat.

Les fonctions de membre du conseil de surveillance ne sont pas rémunérées. Toutefois, l'assemblée générale peut prévoir le remboursement des frais exposés dans l'accomplissement de sa mission. Le conseil de surveillance est chargé de vérifier ou de faire vérifier, à tout moment, la gestion des dirigeants de la coopérative. Il doit informer l'organisation faïtière le cas échéant de toute irrégularité constatée et convoquer une assemblée générale qui statue sur les mesures à prendre. Le conseil de surveillance est également chargé, en cas de dysfonctionnement grave du conseil d'administration, de soumettre cette situation à l'assemblée générale ordinaire qu'il convoque spécialement pour remédier au problème qui se pose (article 315 in fine AUSCOOP).

Chapitre III : Société coopérative d'épargne et de crédit (COOPEC)

174. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives n'a pas finalement retenu dans son champ d'application la Société coopérative d'épargne et de crédit, en abrégé COOPEC (Pourtant, le *projet d'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives dans sa version du 06 octobre 2010 s'y intéressait*). Le législateur OHADA semble laisser alors l'organisation et le fonctionnement des COOPEC au droit interne de chaque État membre et aux textes communautaires relatifs à l'exercice de l'activité, même si la formule employée est de plus ambiguë. En effet, l'article 1

de l'AUS relatif au champ d'application de ce dernier ajoute en son alinéa 3 : « nonobstant les dispositions des articles 1^{er} et 6 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, les sociétés coopératives qui exercent une activité commerciale sont soumises aux dispositions du présent Acte uniforme » ; et l'article 2 de l'AUS, après avoir en son alinéa 1 indiqué que les dispositions de ce dernier sont d'ordre public, précise en son alinéa : « nonobstant les dispositions du présent Acte uniforme, les sociétés coopératives qui ont pour objet l'exercice d'activités bancaires ou financières demeurent soumises aux dispositions du droit interne ou communautaire relatives à l'exercice de ces activités. L'ambiguïté de ce texte justifie que l'on traite également dans le présent étude de la société d'épargne et de crédit. Sur le plan interne, les COOPEC sont régies au Cameroun par la loi le décret du 09 septembre 1998 fixant les modalités d'exercice de l'activité des coopératives d'épargne et de crédit et celui du 29 janvier 2001 modifiant et complétant les dispositions du décret de 1998. La coopérative d'épargne et de crédit est actuellement l'une des formes la plus utilisée de l'exercice de l'activité de la micro-finance. Sur le plan communautaire, elle est régie par le règlement n° 02/CEMAC/COBAC du 13 août 2002 relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de micro-finance dans les pays de la zone CEMAC. Le règlement définit la micro-finance comme « *une activité exercée par des entités agréées n'ayant pas le statut de banque, ou d'établissement financier tel que défini à l'annexe de la convention de 1992 (sur les activités bancaires) et qui pratiquent à titre habituel des opérations de crédit et/ou de collecte de l'épargne et offrent des services financiers spécifiques au profit des populations évoluant pour l'essentiel en marge du circuit bancaire traditionnel* » (article 1^{er} du règlement). En effet, l'article 25 de la convention du 17 janvier 1992 exclut du monopole de distribution de crédit, « *les prêts que des organismes propres, dans le cadre de leur mission et pour des motifs d'intérêt social, font à des conditions préférentielles à certains de leurs ressortissants* ».

La COOPEC n'est donc pas un établissement de crédit au sens de la convention de 1992. Pour cette ultime raison, il est normal qu'elle soit prise en compte par l'acte uniforme relatif aux sociétés coopératives. L'étude de la société coopérative d'épargne et de crédit revêt trois principaux aspects : son existence, son fonctionnement axé spécifiquement sur le contrôle de l'activité et les garanties du crédit coopératif.

L'activité d'épargne et/ou de crédit est exercée sous l'esprit coopératif par les établissements de micro-finance (EMF). L'article 05 du règlement CEMAC les regroupe en trois catégories :

- les EMF de première catégorie, qui procèdent à la collecte de l'épargne de leurs membres qu'ils emploient en opérations de crédit exclusivement au profit de ceux-ci ;

- les EMF de deuxième catégorie, qui collectent l'épargne et accordent des crédits aux tiers ;
- les EMF de troisième catégorie, qui accordent de crédits aux tiers, sans exercer l'activité de collecte de l'épargne. (*La commission bancaire de l'Afrique centrale (COBAC) considère ces EMF comme des établissements de crédit à caractère spécial (ECCS) de première, deuxième et troisième catégories (ECCS1, ECCS2, ECCS3). Il est interdit d'effectuer des opérations autres que celles qui sont ouvertes par la catégorie à laquelle appartient l'EMF, ou de créer une confusion à ce sujet (article 45 du règlement CEMAC)*).

Section 1 - Conditions d'existence de la société coopérative d'épargne et de crédit

175. Ces conditions sont relatives à l'obtention d'une autorisation, à la nature des opérations, à la qualité de dirigeant et au respect des normes réglementaires édictées par la CEMAC.

§1 - Obtention d'une autorisation

176. L'exercice de l'activité d'épargne et de crédit est subordonné à une autorisation qui peut revêtir plusieurs formes.

A - Notion et typologie

177. L'autorisation peut être un agrément, une déclaration ou une autorisation préalable.

I - Agrément

178. Aux termes de l'article 22 du règlement CEMAC relatif aux conditions d'exercice et au contrôle de l'activité de micro-finance, l'exercice d'une telle activité est subordonné à l'obtention d'un agrément dont les éléments du dossier sont énumérés à l'article 23 (Voir aussi le décret camerounais du 09 septembre 1998 précisant ces conditions d'obtention de l'agrément par toutes les institutions d'épargne et de crédit). Dans les pays de l'UEMOA, la loi sur les Systèmes financiers décentralisés (SFD) entrée en vigueur en avril 2007 (*cette loi a abrogé la loi portant Projet d'appui à la réglementation des mutuelles d'épargne et de crédit (Loi PARMEC) du 30 décembre 1993*) fait également de l'agrément, une garantie de sécurité des opérations et de protection des épargnants (articles 7 et suivants de la même loi).

L'agrément est délivré après avis conforme de la commission bancaire. L'agrément conforte l'établissement concerné dans l'exercice de l'activité en sécurisant les opérations qu'il effectue et en assurant la protection

des déposants. Dans cette optique, l'agrément n'est plus exigé au seul établissement, mais aussi aux dirigeants et aux commissaires aux comptes.

Les dossiers pour l'obtention des différents agréments sont constitués de manière indépendante (puisque les pièces à fournir sont différentes dans chaque cas), mais les trois dossiers sont déposés conjointement. L'on peut cependant s'interroger sur la possibilité pour l'autorité monétaire d'accorder l'agrément à l'établissement et de la refuser à son gérant ou à son commissaire aux comptes. Autrement dit, l'exigence d'un dépôt conjoint des dossiers implique-t-elle que l'agrément sera accordé en bloc ou refusé en bloc ? Le règlement CEMAC est resté muet sur la question. Il est permis cependant de penser que dans la logique qui gouverne l'esprit de ce texte, l'agrément de l'établissement, de son dirigeant et de son commissaire aux comptes est accordé dans une décision unique comme le laisse entendre l'article 23 in fine du Règlement CEMAC et l'article 4 nouveau alinéa 3 du décret camerounais du 29 janvier 2001 modifiant et complétant certaines dispositions du décret du 9 septembre 1998 fixant les modalités d'exercice des activités des coopératives d'épargne et de crédit.

D'ailleurs, il ne servirait à rien d'octroyer l'agrément à l'établissement et pas à son dirigeant par exemple, puisqu'alors dans un tel cas, l'établissement ne pourrait pas fonctionner.

L'autorité monétaire dispose d'un délai de trois mois après réception du dossier complet pour le transmettre à la commission bancaire. À l'expiration de ce délai, le dossier peut être directement adressé à la commission bancaire par les promoteurs de l'entreprise.

Le refus d'agrément doit être motivé. L'autorité monétaire qui n'accorde pas l'agrément doit exposer dans l'acte de refus, les motifs pour lesquels le dossier est rejeté. C'est notamment le cas de non-conformité de la demande aux conditions exigées par le règlement. Le demandeur devra alors simplement reconstituer le dossier dans les normes. De même, l'agrément peut être retiré lorsque la COOPEC ne remplit plus les conditions d'exercice.

II - Autorisation préalable

179. Dans certains cas, l'autorité monétaire exige en dehors de l'agrément, une autorisation préalable pour l'accomplissement de certains actes ou alors une simple déclaration qui l'avertit de la mise en place d'une structure liée à l'établissement concerné. Il s'agit notamment des associations et structures créées par les entreprises de crédits-filières. L'autorisation préalable est exigée pour les établissements classés en troisième catégorie constitués en projet de micro-crédit ou ceux résultant de l'activité de crédit-filière d'une entreprise (article 38 du règlement CEMAC).

L'autorisation préalable est également exigée lorsque le COOPEC veut développer en dehors de ses opé-

rations habituelles, certaines autres activités telles que le crédit-bail ou encore en cas de fusion, d'absorption, de scission ou de cessation volontaire d'activités d'un établissement. De même, l'ouverture d'un guichet ou d'une agence par les structures de deuxième catégorie est soumise à une autorisation préalable de l'autorité monétaire (article 40 du règlement CEMAC).

L'article 41 prévoit que la poursuite, au terme du délai de sa maturité ou au terme d'une durée de quatre ans à compter de la date de signature des convocations par les parties concernées d'un projet de micro-crédit sans volet épargne et résultant de conventions signées avec la Commission bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC), doit être autorisée.

L'autorisation préalable de la COBAC pour certaines activités des COOPEC et pour la transformation structurelle de l'établissement a pour but d'éviter la gabegie qui pourrait régner dans l'exercice de l'activité. La COBAC a ainsi l'occasion de vérifier que l'EMF agit conformément à l'agrément qui lui a été délivré. Dans son souci de sécurisation de l'épargne et de pérennité des COOPEC en général, elle vérifiera aussi l'opportunité des transformations structurelles et même leur nécessité. Ce qu'il faut redouter, c'est le blocage des initiatives des coopératives dans le cas où l'autorité monétaire refuse son autorisation pour la réalisation d'un projet pourtant bénéfique pour le groupement.

Les articles 16 et suivants de la loi sur les systèmes financiers décentralisés en Afrique de L'Ouest prévoit également une autorisation préalable dans les cas suivants :

- toute modification de la forme juridique, de la dénomination ou de la raison sociale, ou du nom commercial ;
- tout transfert du siège social en dehors de l'État où l'agrément a été délivré ;
- toute fusion ou scission ;
- toute dissolution anticipée ;
- toute prise ou cession de participation qui aurait pour effet de porter la participation d'une même personne directement ou par personne interposée, ou d'un même groupe de personnes agissant de concert, d'abord au-delà de la minorité de blocage, puis au-delà de la majorité des droits de vote dans le système financier décentralisé, ou d'abaisser cette participation au-dessus de ces seuils.

Sont considérées comme personnes interposées, par rapport à une personne physique ou une personne morale, les personnes morales dans lesquelles cette personne détient la majorité des droits de vote, les sociétés dans lesquelles les sociétés visées à l'alinéa précédent détiennent la majorité des droits de vote, ou dans lesquelles leur participation, ajoutée à celle de la personne morale ou physique dont il s'agit, détient la majorité des droits de vote ; les filiales des filiales au sens de l'alinéa précédent.

La loi considère comme minorité de blocage, le

nombre de voix pouvant faire obstacle à une modification des statuts du système financier décentralisé.

III - Déclaration

180. La déclaration est une simple formalité que l'autorité monétaire, la COBAC ou la Commission nationale de crédit (CNC) impose aux COOPEC dans les cas suivants : ouverture d'un guichet ou d'une agence par les établissements de première et de troisième catégorie ; abandon de tout projet de micro-crédit ne comportant pas le volet épargne ; cessation des fonctions de dirigeant et de commissaire aux comptes ; mise en place de projets de micro-crédit sans volet épargne et résultant d'une convention entre l'État et les bailleurs de fonds. La déclaration joue alors un rôle d'information de l'autorité administrative.

B - Effets

181. Parce qu'il confère la personnalité morale à l'institution, l'agrément conforte l'établissement concerné dans l'exercice de l'activité en sécurisant les opérations qu'il effectue et en assurant la protection des déposants. Il protège aussi la dénomination sociale : une institution ne peut se prévaloir d'être une société coopérative si elle n'a été préalablement agréée (le décret du 9 septembre 1998 précise les conditions d'obtention de l'agrément par toutes les institutions d'épargne et de crédit qui jusque-là étaient considérées comme fonctionnant dans l'illégalité).

§2 - Désignation et agrément du dirigeant

182. Le règlement CEMAC N° 2 s'attaque aussi à la qualité des personnes qui peuvent diriger les établissements de micro-finance. L'acquisition de la qualité de dirigeant d'un EMF est soumise à l'obtention d'un agrément dont les éléments sont énumérés à l'article 29. Le dirigeant doit être une personne physique approuvée par avis conforme de la commission bancaire.

Cependant, le règlement opère une graduation dans les fonctions de dirigeant, graduation qui tient compte de l'importance du portefeuille que le dirigeant en question sera appelé à gérer. Ainsi l'article 30 du règlement prévoit que lorsque le total du bilan n'excède pas 250 millions de francs CFA, l'EMF peut être dirigé par un responsable agréé, à qui il n'est pas exigé un niveau d'alphabétisation ou de scolarisation. Au-delà de ce seuil et jusqu'à un total de bilan de 500 millions de francs CFA, l'établissement est dirigé par deux responsables agréés dont l'un au moins doit être titulaire d'un diplôme au moins égal au baccalauréat de l'enseignement du second degré et disposer en plus d'une expérience professionnelle d'au moins cinq ans dans le domaine bancaire, associatif ou coopératif.

Lorsque le total de bilan dépasse 500 millions l'établissement est dirigé par deux responsables agréés titulaires au moins d'une licence en sciences économiques, bancaires, financières, juridiques ou de gestion, ou tout autre diplôme reconnu équivalent au moment du dépôt du dossier d'agrément. Le dirigeant doit aussi justifier de solides références et d'une expérience professionnelle de cinq ans au moins dans une fonction d'encadrement de haut niveau. En l'absence de diplôme de l'enseignement supérieur, une expérience professionnelle de dix ans dans une fonction d'encadrement de haut niveau est suffisante.

La société coopérative d'épargne et de crédit peut aussi s'affilier à des organisations faitières telles que les unions, les fédérations, les confédérations et les réseaux de coopératives d'épargne et de crédit. La loi exige aux dirigeants de ces institutions, les mêmes conditions pour l'obtention d'un agrément.

Ainsi, percevant la délicatesse du domaine de l'octroi et du suivi du crédit, le législateur a bien compris que le choix du dirigeant est stratégique dans une coopérative d'épargne et de crédit où les acteurs n'ont pas toujours les moyens de se protéger eux-mêmes. En effet, les membres et les usagers des COOPEC sont le plus souvent des paysans et des populations à revenus intermédiaires (Au sens de l'article 3 du règlement CEMAC n° 02, le terme « usager » signifie toute personne physique ou morale qui bénéficie des services d'une EMF de 1^{re} catégorie sans en être membre).

§3 - Nature des opérations effectuées

183. Les articles 8 et 9 du règlement CEMAC N° 2 donnent des précisions sur les opérations et services autorisés et leur accomplissement par les COOPEC.

Les COOPEC sont autorisées à accomplir des opérations à titre principal et à titre accessoire.

A - Opérations principales

184. Ces opérations sont la collecte de l'épargne, les opérations de crédit, les placements financiers et autres opérations.

I - Collecte de l'épargne

185. Sont considérés comme épargne dans les établissements de première catégorie, des fonds autres que les cotisations et contributions obligatoires recueillis par l'établissement auprès de ses membres, avec le droit d'en disposer dans le cadre de son activité et à charge seulement pour lui de les restituer à la demande dudit membre.

Pour les établissements de deuxième catégorie, l'épargne est constituée de fonds recueillis par l'éta-

blissement auprès du public, sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer dans le cadre de son activité à charge de les restituer à la demande du déposant.

Les établissements de troisième catégorie ne sont pas autorisés à collecter l'épargne.

II - Opérations de crédit

186. Le règlement entend par « opération de crédit », tout acte par lequel un établissement met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'un membre, d'un tiers ou prend dans l'intérêt de celui-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, une caution ou une autre garantie.

Les établissements de première catégorie ne peuvent accorder de crédits qu'à leurs membres, et ceux qui sont affiliés ne peuvent prendre un engagement qu'au profit d'un établissement affilié au même réseau.

III - Placements financiers et autres ressources

187. Les établissements disposant d'un excédant de ressources peuvent effectuer des placements auprès des banques commerciales de l'État où ils ont leur siège. Ils peuvent aussi affecter ces ressources à la souscription des bons du trésor ou de ceux émis par la Banque des États de l'Afrique centrale.

Les COOPEC peuvent également recevoir d'autres ressources, dans le respect de leurs statuts et des normes posées par la commission bancaire. Les établissements de première catégorie doivent, dès leur création, constituer un fonds de solidarité qui servira à faire face aux pertes. Ce fonds recevra, à chaque adhésion d'un membre et au début de chaque exercice, des apports effectués par les membres de façon équitable ainsi que, comme l'exigent les principes coopératifs, l'affectation d'une partie des bénéfiques ou excédents d'exercice.

B - Opérations accessoires

188. Ces opérations concernent notamment, l'approvisionnement auprès des établissements bancaires en devises et chèques de voyage pour les besoins de la clientèle ; la location de coffre-fort ; les actions de formation, l'achat de biens (en rapport avec l'activité) pour les besoins de la clientèle et les opérations de crédit-bail.

Par ailleurs, les COOPEC peuvent émettre des moyens de paiement, c'est-à-dire tout instrument qui, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé, permet de transférer des fonds. Elles ne peuvent cependant délivrer de formules de chèque que pour un tirage sur une même place ou au sein d'un même réseau, la notion de place étant comprise par la commission bancaire comme le lieu de domiciliation du compte du tireur

ou le siège des établissements affiliés au même réseau (articles 1 et 2 du règlement COBAC No 16).

§4 - Strict respect des normes spécifiques

189. L'équilibre financier des établissements de crédit en général et des établissements de micro-finance en particulier ne peut s'obtenir sans l'observation des principes universels qui gouvernent la liquidité et la solvabilité de tels établissements. C'est la raison pour laquelle les normes de gestion mises en place par la commission bancaire doivent être sanctionnées en cas de non-respect. Les normes réglementaires sont relatives à la liquidité et à la solvabilité des COOPEC d'une part, et à la protection des avoirs des épargnants d'autre part. Ces dernières règles ont alors un caractère prudentiel.

A - Normes relatives à la liquidité et à la solvabilité

190. Il s'agit essentiellement des règlements COBAC Établissement de crédit à caractère spécial (ECCS) 2001 N° 14, 15, 16 et 19.

Le règlement N° 14 est relatif aux conditions de recours aux lignes de financement. L'article 1^{er} de ce règlement pose que *« toute ligne de financement assortie d'une classe de remboursement doit faire l'objet d'une déclaration à la commission bancaire »*. L'article 2 impose aux ECCS le respect d'un rapport minimum entre d'une part le niveau de leurs ressources propres ou leurs fonds propres nets, et d'autre part les lignes de financement. Deux objectifs ressortent alors de ce règlement. D'une part, limiter l'endettement externe des ECCS et d'autre part, éviter la mise en concurrence excessive de l'argent « froid » avec les dépôts et épargnes patiemment constitués par la clientèle (*Contrairement à l'argent « chaud » qui est celui que les membres ont cumulé eux-mêmes, l'argent « froid » est celui des usagers. on pense que l'agent « chaud » est toujours mieux remboursé*). En d'autres termes, il faut éviter que les dépôts des clients ne servent au financement des crédits qui ne sont pas toujours remboursés et que la fonction épargne ne soit sérieusement entamée.

Le règlement N° 15 est relatif à la liquidité des ECCS. Ceux-ci doivent respecter un rapport minimum entre leurs disponibilités et leurs exigibilités à moins de trois mois. Ce rapport est appelé « rapport de liquidité », qui doit à tout moment être au moins égal à 80 % : les ECCS doivent veiller à ne pas transformer la totalité de leurs ressources en crédits immobilisés et avoir toujours en caisse des disponibilités et valeurs rapidement réalisables pour faire face aux retraits des déposants.

Le règlement N° 16 fixe les règles d'émission des chèques. Les ECCS peuvent mettre à la disposition de leur clientèle des chèques payables sur place ; de même, les titulaires du chèque ne peuvent les émettre qu'à l'intérieur d'une même place. C'est la différence entre

chèques de coopérative et chèques de banque, qui offrent la possibilité de faire des transactions financières entre plusieurs banques. Le règlement pose ici une limite prudentielle liée à la notion de place.

Le règlement N° 19 est relatif à la comptabilisation et au provisionnement des créances douteuses, ces dernières représentant les concours de toute nature, même assortis de garanties, qui présentent un risque probable de non-recouvrement total ou partiel. L'article 5 de ce règlement en fait une énumération exhaustive. Il s'agit :

- des concours comportant au moins une échéance impayée depuis plus de 45 jours pour les crédits mobiliers ;
- des comptes ordinaires débiteurs (comptes courants ou autres) sans aucun mouvement créditeur significatif depuis plus de 45 jours ;
- des créances ayant un caractère contentieux (recouvrement confié au service contentieux, procédure judiciaire ou arbitrale engagée, liquidation des biens, redressement judiciaire, etc.

B - Normes à « caractère prudentiel »

191. Elles sont prévues par les règlements N° 3 à N° 13 de la COBAC. Dans les pays membres de l'UEMOA, la loi portant réglementation des systèmes financiers décentralisés fixe également trois sortes de règles prudentielles, en conformité avec la BCEAO (Banque centrale des États de l'Afrique de l'Ouest) dont l'objectif est de faire évoluer les pratiques informelles. L'AUSCOOP pose enfin des règles relatives aux garanties accordées aux prêts des sociétés coopératives.

I - Normes prudentielles posées par les règlements COBAC

192. Les règlements N° 3 et 4 sont relatifs aux fonds patrimoniaux (pour les ECCS 1) et aux fonds propres nets (pour les ECCS2). Ce sont l'ensemble des ressources constituées par le capital et les réserves, auxquelles il faut ajouter d'autres ressources accessoires telles que les titres de participation dans les ECCS. L'objectif de la COBAC est ici d'éviter que les EMF ne prennent des engagements au-delà de leurs possibilités financières.

Le règlement N° 5 pose les conditions de constitution du fonds de solidarité. Il s'agit d'une somme d'argent que les ECCS sont tenus de constituer dès leur création, dans le but de faire face aux pertes. Ce fonds est approvisionné par les membres de manière équitable au début de chaque exercice et à chaque adhésion. L'objectif est de couvrir le risque de non-remboursement de l'emprunteur, surtout dans les premières années d'activités, alors que les résultats de fin d'exercice n'ont pas encore abondé les réserves.

Le règlement N° 6 est relatif à la constitution des réserves. Il impose aux ECCS, de constituer une réserve

obligatoire de 20 % des bénéficiaires à effectuer sans limitation de durée et de montant. Cette réserve est de 15 % pour les ECCS 2 et 3. La constitution des réserves permet en effet de consolider les fonds propres et de renforcer l'assise financière de l'institution.

Le règlement N° 7 porte sur la couverture des risques. Il impose aux ECCS de respecter en permanence un rapport de couverture de risque qui tient compte des fonds propres nets et des fonds patrimoniaux de l'établissement et du montant des risques qu'il encourt du fait des opérations avec la clientèle. Autrement dit, l'activité de crédit doit être proportionnelle au niveau des fonds propres des COOPEC ; celles-ci doivent adapter le niveau de prise de risque à leur force financière.

Le règlement N° 8 invite les EMF à diviser les risques qu'ils prennent. Il ne faut pas en effet qu'un seul crédit au montant élevé puisse, en cas d'impayé ou de difficulté de recouvrement, oblitérer le résultat annuel de l'exercice, ou, plus grave encore, mettre en péril les fonds propres de l'établissement.

Le règlement N° 9 est relatif à la couverture des immobilisations par les ECCS. Il a aussi pour but la protection des avoirs des déposants, dans la mesure où il vise à éviter que les établissements financent la construction de leur siège social ou entreprennent leurs immobilisations sur les fonds de la clientèle.

Le règlement N° 10 vise la protection des avoirs des épargnants par la soumission des engagements en faveur des membres ou actionnaires à des contraintes strictes en vue de garantir les fonds du public. Il faut en effet, éviter que ces partenaires privilégiés ne se prévalent de leur titre pour se soustraire à leurs engagements, mettant ainsi en difficulté l'institution.

Le règlement N° 11 fixe le nombre des sociétaires et le maximum des parts détenues par un membre :

- 5 entités affiliées pour les organes faïtières dont 2 affiliés ayant une expérience de 2 ans au moins ;
- 25 sociétaires ou membres pour les ECCS affiliés à un organe faïtier ;
- 50 sociétaires ou membres pour un ECCS exerçant de manière indépendante.

L'article 2 ajoute qu'un même sociétaire ou membre ne peut détenir ni directement, ni par personne interposée, plus de 10 % des parts sociales.

Le règlement N° 12 est relatif à la limitation des dépôts individuels. En dehors des organes faïtières, aucun membre d'un ECCS ne peut détenir plus de 20 % des dépôts de l'ECCS. Comme le précédent règlement, celui-ci évite la mainmise d'un sociétaire sur la gestion et assure alors la protection financière de l'EMF.

Le règlement N° 13 est relatif à la couverture des crédits par les ressources. Aux termes de l'article 1^{er} de ce règlement, « les ECCS sont tenus de respecter un rapport minimum entre leurs emplois et engagements et leurs ressources, dit « coefficient de couverture des crédits par les ressources disponibles ». Ce coefficient de couverture est fixé par l'article 4 du règlement comme suit :

- 70 % pour les ECCS 1 et 2 exerçant leur activité de manière indépendante et pour les organes faïtières ;
- 65 % pour les ECCS affiliés à un réseau.

Par ces règlements, la COBAC entend faire le maximum d'efforts pour sécuriser l'épargne et préserver le crédit.

II - Normes prudentielles issues de la loi portant réglementation des SFD dans l'UMOA

193. Selon la loi PARMEC et son décret d'application, les institutions aussi bien de base que faïtières devaient respecter trois sortes de règles prudentielles. Celles-ci sont plus ou moins reprises par la loi portant réglementation des systèmes financiers décentralisés.

1) La première catégorie de règles prudentielles concernait la politique de crédit : l'article 25 de la loi PARMEC et l'article 8 de son décret d'application prévoyaient que cette politique est définie par l'assemblée générale, qui décide des types de crédit, de leur durée, des garanties exigées et des taux d'intérêt qui ne peuvent cependant dépasser les plafonds fixés par la loi sur l'usure (article 13 de la loi PARMEC). La loi sur les SFD ne s'est pas clairement prononcée sur la question, bien qu'elle laisse à l'assemblée générale le soin de définir la politique de crédit du groupement.

2) La deuxième catégorie de règles prudentielles concernait la limitation des risques. Elles étaient relatives :

- au total des risques portés, qui ne doivent pas dépasser le double des dépôts de l'ensemble des adhérents (article 50 du décret d'application de la loi PARMEC) ;
- aux risques que l'institution peut courir sur un seul débiteur : le plafond du crédit qu'elle peut accorder à un membre ne doit pas dépasser 10 % de l'ensemble des dépôts qu'elle a reçus (article 53 du décret d'application de la loi PARMEC).
- aux risques qu'une institution de base peut prendre sur ses dirigeants, c'est-à-dire sur les membres ou sur son gérant.

Aux termes de l'article 34 de la loi sur les SFD, tout prêt aux dirigeants et au personnel d'un SFD, ainsi qu'aux personnes dont les intérêts ou les rapports avec l'institution sont susceptibles d'influencer les décisions de cette dernière, doit être autorisé par l'organe habilité à cet effet, par décision prise à la majorité qualifiée prévue dans les statuts (la loi PARMEC était plus protectrice. Son décret d'application prévoyait que les crédits accordés qui doivent être autorisés par le conseil de surveillance statuant à une majorité fixée par les statuts ne doivent pas excéder 20 % du total des dépôts (article 52 du décret). S'agissant de la structure du bilan, les ressources stables doivent excéder à tout moment les emplois à moyen et long termes (article 51). De plus, les valeurs disponibles réalisables et mobilisables

à court terme doivent représenter en permanence au moins 80 % du passif exigible et des engagements à court terme (article 54). L'article 35 Loi sur les SFD précise que l'encours des prêts accordés par un SFD aux personnes visées à l'article 34 ne peut excéder une fraction de ses dépôts ou de ses ressources, fixée par instruction de la banque centrale.

3) La dernière catégorie de règles prudentielles concernait les aspects particuliers de l'activité d'une institution. Il s'agit de :

- L'extension de son activité : Un système financier décentralisé peut créer des sociétés de services en vue de satisfaire les besoins de leurs membres et de réaliser ses objectifs, sous réserve de se conformer aux dispositions légales régissant la constitution et le fonctionnement de telles sociétés (La loi PARMEC prévoyait que les fonds engagés dans ces sociétés ne peuvent dépasser 5 % des risques de l'institution qu'avec l'accord du ministre (article 48). La loi sur les SFD semble laisser la délimitation au ministre, la banque centrale ou la commission bancaire). On veut ainsi s'assurer que la principale activité du SFD reste l'épargne et le crédit. Il peut aussi souscrire des contrats d'assurance en vue de couvrir les risques liés à son activité et souscrire également toute assurance au profit de ses membres ou de sa clientèle, à titre individuel ou collectif. (article 36 alinéa 1 et 2, de la loi sur les SFD).

- L'affectation de ses résultats : La loi PARMEC prévoyait que la rémunération des parts sociales doit être limitée et elle rend obligatoire la constitution d'une réserve générale constituée de 15 % des excédents net avant ristourne. Aux termes de l'article 80 de la Loi sur les SFD, les systèmes financiers décentralisés qui n'auront pas constitué les réserves générales instituées seront tenus envers le trésor public d'un intérêt moratoire dont le taux ne pourra excéder 1 % par jour de retard. L'article 81 de cette loi ajoute que les systèmes financiers décentralisés qui auront contrevenu aux règles de l'UMOA fixant les taux et conditions de leurs opérations avec la clientèle, pourront être requis par la banque centrale de constituer auprès du trésor public un dépôt non rémunéré, dont le montant sera au plus égal à 200 % des irrégularités constatées, ou dans le cas des rémunérations indûment perçues ou versées, à 500 % des dites rémunérations et dont la durée sera au plus égale à un mois.

La protection des déposants. Le ministre, la banque centrale ou la commission bancaire peuvent en tant que de besoin, inviter les actionnaires, associés ou sociétaires d'un SFD en difficulté, à apporter leur concours à son redressement (*article 68 de la loi sur les SFD*). Ces organes peuvent également inviter l'association professionnelle des SFD (*Il est également créé au Cameroun une Association nationale des établissements de microfinance, en abrégé ANEMCAM. L'un de ses objectifs est la promotion de l'esprit de solidarité et de coopération*). Elle peut donc être sollicitée pour venir en aide à une microfinance en difficulté) à examiner dans quelle mesure elles peuvent

apporter leur concours au redressement du SFD en difficulté. Par ailleurs, les SFD doivent adhérer à un système de garantie des dépôts (*article 69 de la loi sur les SFD*).

Ces règles prudentielles posées d'abord par la loi PARMEC et ensuite par loi portant réglementation des systèmes financiers décentralisés sont quasiment identiques à celles que prévoient les règlements CEMAC pour la protection des épargnants et la pérennité des COOPEC. On peut seulement observer que la loi portant réglementation des Systèmes Financiers Décentralisés, comme son prédécesseur, la loi PARMEC est plus souple en ce qu'elle prend en compte toutes sortes d'institutions d'épargne et de crédit à caractère coopératif ou à caractère mutualiste. Or, le règlement CEMAC N° 2 et l'Acte uniforme relatif aux sociétés coopératives excluent de leur champ les mutuelles, ce qui traduit le caractère assez rigide ou exigeant de cette dernière réglementation.

Section II - Contrôle des activités des COOPEC

194. Les activités de micro-finance dont font partie les COOPEC, subissent un contrôle dont l'exercice est confié à la Commission bancaire de l'Afrique Centrale et à l'autorité monétaire pour les pays de la CEMAC, ou organisé par la loi portant réglementation des SFD pour les pays de l'UMOA.

Le contrôle aboutit à la sanction de l'inobservation des règles qui gouvernent l'activité.

§1 - Modalités

195. L'exercice du contrôle tel que prévu par ces réglementations, peut s'opérer à trois principaux niveaux : un contrôle interne, exercé au sein de la structure par ses propres organes, un contrôle externe effectué par les commissaires aux comptes ou des auditeurs externes et une surveillance de la commission bancaire (article 49 du règlement CEMAC).

A - Contrôle interne

196. Aux termes de l'article 50 du règlement, tout EMF doit se doter d'un système de contrôle susceptible de lui permettre de :

- vérifier que ses opérations, son organisation et ses procédures internes sont conformes à la réglementation en vigueur, aux normes et usages professionnels et déontologiques ainsi qu'aux orientations de l'organe exécutif et délibérant ;
- vérifier le respect des limites que l'autorité monétaire fixe en matière de prise des risques notamment pour les crédits accordés aux membres ou à la clientèle ainsi que les opérations avec d'autres établissements ;

- veiller à la qualité de l'information de conservation et de disponibilité de cette information.

Les établissements organisés en réseau sont contrôlés par l'organe faitier qui doit élaborer un rapport annuel (article 51 du règlement CEMAC).

Le contrôle des projets est assuré par un comité de suivi qui contrôle l'activité des projets et en dresse un rapport. Toutes les autorités chargées du contrôle doivent en dresser un rapport qui sera transmis à la commission bancaire.

La loi d'avril 2007 portant réglementation des systèmes financiers décentralisés dans l'UMOA prévoit le contrôle interne dans les mêmes buts dans les articles 37 à 42.

Le contrôle interne est très important, car il permet à un premier niveau, de détecter les irrégularités et de les corriger avant que la situation ne se dégrade gravement. Il permet aussi de responsabiliser les personnes impliquées dans la gestion car le contrôle agit comme un rappel à l'ordre permanent. Il n'est cependant pas surabondant de lui joindre un audit externe.

B - Contrôle externe

197. Ce contrôle se présente comme la censure du contrôle interne, dans la mesure où il permettra de détecter les irrégularités qui ont pu échapper aux organes internes. Il est exercé par les commissaires aux comptes ou des auditeurs externes au moins une fois l'an, dans le but de certifier les comptes arrêtés par les organes internes (article 49 du règlement).

Aux termes de l'article 43 de la loi portant réglementation des systèmes financiers décentralisés, le contrôle externe est effectué par le ministre chargé des finances ou par la banque centrale et la commission bancaire, lorsque le niveau d'activité de l'institution atteint un certain seuil déterminé par la banque centrale. Mais leur contrôle s'exerce après information du ministre (article 44 de la loi de l'UMOA)

La commission bancaire ou la banque centrale peut procéder à l'audition des dirigeants ou de toute personne dont le concours peut s'avérer utile, et décider des sanctions disciplinaires (articles 46 et 47 de la loi de l'UMOA). Toutefois, en cas d'infraction pénale, elle peut requérir du ministre qu'il engage des poursuites pénales (article 48 de la loi de l'UMOA). Le ministre se trouve être le maillon central du contrôle externe dans la loi qui réglemente les SFD dans l'UMOA.

C - Surveillance de la commission bancaire

198. Le contrôle des autres organes est surveillé par la commission bancaire. Cette surveillance s'exerce par le biais des demandes qu'elle adresse à tout moment aux organes chargés du contrôle. La COBAC contrôle alors sur pièces et sur place : elle fait une descente sur le lieu de l'établissement à contrôler et requiert toutes les

pièces nécessaires à l'inspection, notamment les pièces comptables et financières par lesquelles il peut vérifier la mise en application des règles prudentielles relatives à la liquidité et à la solvabilité de l'EMF. Elle vérifie aussi les écritures comptables, le respect des instructions liées au manuel de procédure et la conformité des statuts au règlement. Il est évident qu'à l'issue de son inspection, la COBAC dresse un rapport de contrôle dans lequel elle formule des propositions de redressement s'il y a lieu.

Pour les établissements organisés en réseau, la commission bancaire assure le contrôle de l'organe faitier et se réserve la possibilité de réaliser des contrôles sur place dans les établissements affiliés afin de s'assurer de la qualité des diligences accomplies par l'organe faitier.

Dans le cadre de sa mission de surveillance, le secret professionnel n'est pas opposable à la commission bancaire (article 56 du règlement).

§2 - Sanctions de l'inobservation des règles de gestion

199. Elles sont prévues par les articles 57 à 63 du règlement CEMAC, lorsqu'un établissement n'a pas déféré à une injonction ou n'a pas tenu compte d'une mise en garde ou a violé la réglementation. Elles sont prononcées par la commission bancaire, après qu'elle ait mis en demeure les dirigeants de s'expliquer. Au Cameroun, ni la loi du 14 août 1992 relative aux sociétés coopératives, ni les décrets du 09 septembre 1998 et du 29 janvier 2001, ni la loi de finance 1998/1998 précisant les modalités d'exercice de l'activité des COOPEC, n'avaient consacré des développements aux actes punissables des COOPEC. Ceux-ci sont seulement évoqués de manière furtive dans l'article 8 du décret 09 septembre 1998 et consistent essentiellement en l'interdiction d'exercer l'activité de crédit ou d'occuper des fonctions de dirigeant sans agrément. Les sanctions peuvent être classées en deux catégories, les sanctions préventives et les sanctions répressives.

A - Sanctions préventives

200. Elles sont ainsi qualifiées parce qu'elles n'entraînent pas la fermeture de l'EMF, mais attirent l'attention de l'établissement sur l'inobservation des règles de gestion. Il s'agit de l'avertissement, du blâme, de l'interdiction d'effectuer certaines opérations ou l'exercice de certaines activités, de la suspension ou la démission d'office ou la révocation du commissaire aux comptes, et de la suspension ou la démission d'office des membres du conseil d'administration, du directeur général ou du gérant :

- L'avertissement est un appel à l'attention, à plus de prudence. L'établissement recevra alors un avertissement lorsque sa situation, sans être compromise, présente quelques irrégularités dans la gestion, mais sans importance sur la suite des activités.

- Le blâme qui est un reproche sera adressé à l'établissement dont la gestion présente des irrégularités ou une irrégularité pouvant avoir un impact sur la suite des activités ;
- L'interdiction d'effectuer certaines opérations ou d'exercer certaines activités est faite à l'établissement qui procède à l'accomplissement de certaines opérations ou activités qui ont compromis la gestion de l'entreprise. Le texte ne précise cependant pas la durée de l'interdiction, mais on peut en déduire que celle-ci dure le temps que l'EMF retrouve sa santé financière ;
- La suspension, la démission d'office ou la révocation du commissaire aux comptes intervient lorsque la COBAC constate des irrégularités dans le contrôle exercé par le commissaire aux comptes. Dans ce cas, et conformément à la réglementation CEMAC, un nouveau commissaire aux comptes doit être agréé ;
- La suspension ou la démission d'office des membres du conseil d'administration, du directeur général ou du gérant est prononcée par la COBAC lorsque ceux-ci n'ont pas respecté le règlement COBAC relatif aux engagements des ECCS en faveur de leurs actionnaires, administrateurs, dirigeants et personnel, ou encore lorsque le contrôle interne ne s'effectue pas, ou alors se fait de manière peu sérieuse, et que cette situation a entamé sérieusement la gestion de l'établissement, l'entraînant à la faillite. Dans ce cas, la COBAC nomme un administrateur provisoire à l'effet de redresser l'EMF en péril (article 63 du règlement CEMAC).

Il faut remarquer que ces mesures prises par la COBAC sont graduelles et c'est la raison pour laquelle, lorsque la situation de l'établissement est irrémédiablement compromise parce qu'il ne respecte aucune des prescriptions légales ou alors viole gravement quelques-unes, la commission bancaire ne peut que retirer l'EMF de la scène, sans préjudice des sanctions répressives.

B - Sanctions répressives

201. Aux termes de l'article 58 du règlement CEMAC,

cumulativement à la sanction prise par la commission bancaire, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 100 000 francs CFA à 10 000 000 de francs CFA ou seulement l'une de ces deux peines, toute personne qui pour son compte ou pour le compte d'une personne morale aura transgressé les dispositions et les textes d'application du règlement pour défaut d'agrément de l'EMF, défaut d'agrément du dirigeant ou du commissaire aux comptes, poursuite des activités après retrait d'agrément, réalisation illégale d'opérations de micro-finance.

L'article 59 ajoute qu'encourt un emprisonnement d'un mois à un an et une amende de 100 000 francs CFA à 5 000 000 de francs CFA ou une de ces peines seulement, quiconque aura sciemment fait obstacle aux contrôles de la COBAC ou des commissaires aux comptes, à l'accomplissement des missions de l'administrateur provisoire ou du liquidateur, donné, certifié ou transmis des informations inexactes, contrevenu aux dispositions et textes applicables.

Les mêmes peines s'appliquent en cas de non-désignation du commissaire aux comptes.

Les EMF qui n'auront pas satisfait à temps aux obligations prescrites par la présente réglementation ou qui n'auront pas tenu compte des mises en garde ou déféré aux injonctions de la COBAC encourent les astreintes suivantes par jour de retard :

- 10 000 francs CFA pour les 15 premiers jours ;
- 20 000 francs CFA pour les 15 jours suivants ;
- 30 000 francs CFA au-delà.

C - Sanction disciplinaire

202. Il s'agit essentiellement du retrait de l'agrément qui a pour but de mettre fin aux activités de l'EMF (article 35 du règlement : « *le retrait d'agrément de l'établissement, du dirigeant ou du commissaire aux comptes peut être prononcé par la commission bancaire* »).

Le retrait d'agrément de l'établissement entraîne normalement fermeture et liquidation de l'établissement, conformément à l'article 64 du règlement.

Sara NANDJIP

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Agrément 201, 202
Alerte 36, 177, 178, 179, 181, 182
Apport 20, 26, 30, 80, 134, 146, 149, 169
Apport partiel d'actif 80, 82
Associé 7, 8, 9, 12, 13, 18, 20, 23, 26, 29, 30, 40, 41, 47, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 61, 63, 64, 66, 67, 69, 71, 82, 84, 85, 87, 89, 94, 95, 100, 103, 105, 107, 110, 116, 119, 120, 122, 123, 125, 128, 131, 134, 136, 139, 141, 144, 146, 149, 155, 161, 164, 166, 167, 169, 171, 173, 193
Assemblée générale 16, 23, 26, 40, 43, 53, 55, 57, 59, 60, 61, 65, 67, 68, 72, 75, 76, 77, 82, 84, 86, 99, 102, 105, 107, 113, 116, 119, 122, 123, 124, 126, 128, 129, 132, 142, 146, 147, 149, 152, 153, 159, 161, 164, 168, 173
Administrateur 30, 145, 149, 152, 153, 156, 165, 170, 200, 201
Autorisation 35, 59, 72, 111, 155, 168, 175, 178

B

BCEAO 1, 191

C

Capital social 16, 24, 25, 26, 30, 43, 54, 61, 81, 100, 108, 110, 135, 139, 141, 142, 144, 161, 164, 169
CEMAC 174, 175, 178, 182, 183, 193, 195, 199, 200
COBAC 174, 179, 180, 188, 190, 192, 198, 200, 201
Comité de gestion 20, 22, 23, 30, 35, 44, 59, 61, 67, 75, 81, 96, 114, 116, 117, 118, 119, 122, 125, 131, 153
Commissaire aux comptes 59, 63, 65, 86, 127, 146, 165, 167, 172, 177, 180, 200, 201, 202
Commission de surveillance 64, 67, 127, 128
Confédération 32, 74, 77, 78, 93, 109, 136, 146, 182

Conseil d'administration 9, 16, 20, 22, 30, 32, 35, 44, 59, 61, 64, 65, 67, 76, 81, 83, 96, 135, 137, 140, 145, 148, 150, 152, 154, 156, 159, 164, 167, 169, 172, 200
Contrôle 36, 44, 57, 62, 64, 75, 78, 89, 92, 109, 120, 127, 129, 146, 160, 171, 173, 178, 194, 197, 200
Coopérateur 7, 9, 11, 14, 16, 18, 19, 20, 22, 30, 32, 41, 47, 51, 52, 54, 55, 60, 64, 66, 68, 72, 76, 82, 86, 92, 95, 103, 107, 109, 116, 122, 128, 131, 134, 144, 149, 165, 168, 170, 172, 173

D

Déclaration 30, 34, 81, 177, 179, 190
Dénomination sociale 30, 34, 36, 43, 81, 105, 106, 126, 139, 144, 164, 181
Dirigeants sociaux 34, 42, 47, 49, 51, 59, 66, 69, 71, 119, 165, 171
Document 18, 36, 43, 55, 61, 89, 102, 103, 123, 155, 163, 165

E

Expertise de gestion 66, 67, 171

F

Fédération 2, 32, 67, 74, 76, 77, 136, 146
Fusion 47, 80, 82, 89, 96, 126, 134, 152, 179

I

Immatriculation 28, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 42, 46, 76, 81, 89, 93, 100, 107, 111, 142, 145, 147, 149, 164

L

Liquidation 22, 23, 82, 89, 90, 91, 92, 93, 96, 134, 166, 191, 202

N

Nullité 9, 26, 36, 45, 47, 107, 122, 135, 149, 164, 170

P

Parts sociales 26, 30, 32, 80, 81, 104, 110, 123, 131, 142, 144, 148, 169, 192, 193
Personnalité juridique 36, 37, 84, 112
Pouvoir 14, 16, 30, 35, 36, 42, 49, 52, 66, 69, 107, 114, 118, 127, 148, 152, 154, 159
Principes coopératifs 2, 13, 14, 18, 30, 32, 55, 76, 88, 110, 117, 129, 187

R

Régularisation 45, 47, 89
Registre des sociétés coopératives 34, 36, 81, 90, 112
Réseaux coopératifs 78
Responsabilité 4, 36, 42, 45, 48, 66, 70, 87, 95, 110, 117, 118, 135, 146, 153, 155, 170

S

Scission 47, 59, 80, 81, 82, 126, 134, 168, 179,
Siège social 27, 29, 34, 36, 43, 44, 51, 59, 61, 68, 81, 112, 126, 164, 166, 179, 192
Société coopérative 2, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 23, 27, 31, 33, 36, 37, 39, 43, 44, 47, 56, 63, 67, 72, 76, 79, 80, 82, 84, 88, 89, 94, 96, 98, 101, 106, 110, 114, 118, 125, 129, 132, 135, 137, 140, 145, 149, 152, 155, 160, 164, 166, 170, 172, 173, 181
Statuts 9, 11, 26, 29, 30, 32, 40, 43, 52, 57, 59, 67, 75, 80, 83, 92, 96, 105, 109, 110, 116, 119, 125, 128, 131, 142, 147, 149, 153, 166, 170, 187, 193, 198

U

UEMOA 178, 191
Union 2, 32, 61, 74, 93, 136

SOCIÉTÉS DE FAIT

Table des matières

Introduction n° 1

§I - Notion de société de fait n° 2 - 11

A - Évolution de la notion de société de fait n° 3 - 5

B - Société de fait en droit OHADA n° 6 - 11

§II - Régime juridique des sociétés de fait n° 12 - 24

A - Régime juridique de la société de fait *stricto sensu* n° 13 - 17

B - Régime juridique de la *société créée de fait* n° 18 - 23

Bibliographie

- ADIDO (R.), Les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme OHADA, Recueil Penant, n° 848, juillet-septembre 2004, pp. 380 et s.
- ANOUKAHA (F.), Cisse (A.) DIOUF, NGUEBOU TOUKAM (J.) POUGOUÉ (P.G.) et SAMB (M.), sociétés commerciales et GIE, Bruylant, 2002.
- MARTOR (B.), PILKINGTON (N.) SELLERS (D.) et THOUVENOT (S.), Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Litec, 2004.
- MBA-OWONO (C.), Sociétés de fait et sociétés créées de fait : une distinction empreinte de confusion en droit uniforme OHADA, in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard GROSS, Presses universitaires de Nancy, 2009 pp. 467 et s.
- POUGOUÉ (P.G.), NGUEBOU TOUKAM (J.) et ANOUKAHA (F.), OHADA, Traité des actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2002.
- SANTOS (A.P.) et YADO TOE (J.), OHADA, Droit commercial général, Bruylant, 2002.

Introduction

1. À côté des formes sociales classiques que sont la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société à responsabilité limitée et la société anonyme, l'AUSCGIE reconnaît certaines formes de sociétés particulières. Ainsi en est-il, entre autres, de la société de fait à laquelle il consacre quelques dispositions, notamment dans son livre VI. Celle-ci résulte généralement du comportement des associés. Si le droit français étend expressément la société de fait au cadre familial en admettant son existence entre frère et sœur, père et fils, époux et même concubins, le droit OHADA par contre ne l'envisage que de manière large.

Ainsi, il ressort de la combinaison des articles 115, 864 et 865 de l'AUSCGIE que la société de fait peut résulter d'une part, du comportement des personnes qui, sans avoir constitué entre elle l'une des formes de sociétés reconnues par l'AU se considèrent comme des associés ; d'autre part du fait d'avoir constitué la société au mépris des règles prévues par l'AUSCGIE ou d'avoir constitué une société non reconnue par ledit acte. L'analyse des dispositions de ces articles

révèle cependant que la notion de société de fait est en réalité empreinte, en droit uniforme OHADA, d'une incontestable complexité (MBA OWONO (C.), Sociétés de fait et sociétés créées de fait : une distinction empreinte de confusion en droit uniforme OHADA, in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard GROSS, Presses universitaires de Nancy, 2009 pp. 467 et s.). Cette situation rend de ce fait nécessaire certaines clarifications. C'est dire que l'étude de la société de fait en droit uniforme OHADA impose de cerner d'abord les contours de cette notion (I), avant de s'intéresser au régime juridique des sociétés de fait (II).

§I - Notion de société de fait

2. Afin de circonscrire avec précision la notion de société de fait en droit OHADA, il convient, d'une part, d'en retracer d'abord l'évolution (A), avant de présenter, d'autre part, la solution adoptée finalement en la matière par le législateur communautaire (B).

A - Évolution de la notion de société de fait

3. La notion de société de fait est une application de la théorie des sociétés de fait (*G. Lagarde, Rep. Soc. Dalloz, v° Sociétés de fait, 1971, n° 1*; *G. RIVES, Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales, RTD com. 1969. 407 et s., n° 1*). Celle-ci est une création prétorienne aux origines jurisprudentielles anciennes (*Civ., 5 janvier 1886, S. 1886.1.241, note Labé.*), mais dont la formulation la plus élaborée n'a été réalisée qu'au début du siècle dernier (*J. Hémar, Traité des nullités des sociétés et des sociétés de fait, Sirey, 1926, 2^e éd.*). Ainsi, l'idée de société de fait correspondait à l'hypothèse où deux ou plusieurs personnes agissaient ensemble comme si elles étaient régulièrement associées alors que, en réalité, leur entreprise commune était dépourvue d'une existence légale. Il était cependant habituel de considérer que cette absence d'assise juridique pouvait résulter soit du fait que la société préalablement constituée était entachée de nullité, soit du fait qu'aucun contrat de société n'avait été conclu entre les intéressés. C'est donc dire que dès cette époque, sous l'appellation générique de société de fait, coexistaient déjà deux applications profondément différentes de la théorie des sociétés de fait (*J. Guyenot, Les nouveaux rapports résultant de l'article 1873 du code civil entre les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés de fait, D. 1979. 155 et s., n° 7*).

4. La première variante renvoyait à une société réellement constituée par les associés mais qui, après avoir fonctionné comme telle pendant un certain temps, faisait finalement l'objet d'une décision d'annulation. L'idée qui sous-tendait cette première application était d'atténuer les inconvénients pouvant résulter d'un anéantissement rétroactif de la société nulle. Il fallait ainsi ôter à la nullité tout effet rétroactif et admettre que la société avait fonctionné valablement en fait. C'est dans cette hypothèse qu'on a parlé de *société devenue de fait*, de *société dégénérée* ou de *société putative* ; il s'agit, en d'autres termes, de la *société de fait stricto sensu* (*G. Lagarde, op. cit., n° 2 et s. V. aussi G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, t. 1, vol. 2, Les sociétés commerciales, 18^e éd., par M. Germain, LGDJ, 2002, n° 1056-38 et s. ; Y. Guyon, Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés, Economica, 2003, 12^e éd., n° 143 et s. ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, Litec, 2007, 20^e éd., n° 1233*).

L'autre application de la théorie des sociétés de fait correspondait à la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes s'étaient comportées en fait comme des associés, sans avoir pour autant manifesté leur intention formelle de constituer une société (*G. Kessler, Société créée de fait : les leçons du droit comparé, D. 2005. Chron. 86*). L'objectif était de reconnaître l'existence d'une société à partir d'une situation de fait en constatant qu'un groupement répondant aux critères d'une telle organisation était né. Autrement dit, aucune société

n'avait été constituée en droit. Cette qualification n'était seulement retenue qu'après une analyse *a posteriori* du comportement que les intéressés, parfois inconsciemment, avaient adopté entre eux et vis-à-vis des tiers. Sur le plan purement pratique, cette solution permettait d'utiliser le cadre juridique des sociétés pour résoudre certaines situations de fait qui n'avaient pas été dotées d'un régime juridique précis. C'est dans ce cas de figure que l'expression *société créée de fait* a été employée.

5. La distinction établie entre les *sociétés de fait* et les *sociétés créées de fait* s'est cristallisée au fil du temps en étant largement admise aussi bien par la jurisprudence que par la doctrine françaises (*F.-X. Lucas, La société dite « créée de fait », in Mélanges Guyon, Dalloz, 2003, pp. 738 et 739*). Les principes qui s'en dégagent ont du reste été recueillis par le législateur français. Dans ce sens, il y a d'abord eu la loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966. Celle-ci, au-delà de la drastique limitation des cas de nullité des sociétés qu'elle a instaurée, va entériner la thèse de la *nullité-dissolution*, laquelle consistait à priver la décision d'annulation d'une société de toute rétroactivité (*N. Xuan, La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966, D. 1968. Chron. 27*; *G. Rives, Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales, RTD com. 1969. 407. 38*). Son article 368, aujourd'hui devenu l'article L. 235-10 du Code de commerce, dispose en effet que « lorsque la nullité de la société est prononcée, il est procédé à sa liquidation conformément aux dispositions des statuts et de la section V du présent chapitre ». Cette disposition, qui implique que les conséquences de l'annulation d'une société doivent être réglées dans les mêmes conditions que si elle avait été régulière, a été reprise, de façon plus explicite, par la loi du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du Code civil relatif aux sociétés. L'article 1844-15, qui en est issu, dispose notamment que : « Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat (alinéa 1^{er}). À l'égard de la personne morale qui a pu prendre naissance, elle produit les effets d'une dissolution prononcée par la justice (alinéa 2) ». Il s'évince de la combinaison de ces différents textes que le législateur français a consacré la notion de société de fait *stricto sensu*, telle qu'elle avait été construite par la doctrine et la jurisprudence antérieures. Il en résulte donc qu'en droit français, la décision d'annulation d'une société continue à ne produire d'effet que pour l'avenir. Ce qui bien entendu exclut les conséquences strictement logiques de la nullité et permet de procéder à la liquidation d'une société nulle comme si elle avait été dissoute après avoir effectivement existé.

La loi du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du Code civil doit également être regardée comme ayant contribué de manière décisive à l'ancrage de la notion de société créée de fait en droit français. La société créée de fait est en effet désormais visée, depuis l'entrée en vigueur de cette réforme législative, par l'article 1873 du

Code civil. Ce texte, sans donner à ce type de société une définition précise, lui applique le même régime auquel est soumise la société en participation. Au-delà des incertitudes qui ont été relevées par la doctrine et que suscite le tracé de la ligne de départ entre la société en participation et la société créée de fait (J. Guyenot, *Les nouveaux rapports résultant de l'article 1873 du code civil entre les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés de fait*, D. 1979. Chron. 155 et s. ; F. Dekeuwer-Defossez, *Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait*, D. 1982. Chron. 83 et s. ; G. Kessler, *op. cit.*, p. 86 et s.), l'article 1873 du Code civil est venu confirmer la distinction qui a toujours été faite entre cette dernière et la société de fait *stricto sensu*. Car, dans la mesure où cette disposition ne vise que la société créée de fait, elle implique l'exclusion de la société annulée ou de fait *stricto sensu* et consacre par conséquent l'autonomie de la première par rapport à la seconde. Cette sorte d'émancipation définitive de la société créée de fait, par rapport à la société de fait, est d'autant plus évidente que le législateur de 1978, bien qu'ayant officiellement utilisé le vocable, n'en a pas pour autant défini les contours. Ce qui postule, à n'en point douter, qu'il en a retenu la définition traditionnellement admise et selon laquelle la société créée de fait est « *la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, sans avoir exprimé la volonté de former une société* » (G. Ripert et R. Roblot, *op. cit.*, n° 1056-39 ; Ph. Merle, *op. cit.*, n° 614 ; G. Kessler, *op. cit.*, p. 86).

B - Société de fait en droit OHADA

6. Il résulte de ce qui précède que lors de l'adoption en 1997 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, une différence fondamentale était demeurée en droit français entre la société de fait *stricto sensu* et la société créée de fait. Tel que cela est clairement traduit par la doctrine, deux types de société n'ayant qu'une existence factuelle, mais correspondant à des réalités distinctes, étaient admis. Le premier, comme on le sait déjà, renvoyait à la société devenue de fait ; ce qui, en d'autres termes, correspondait à une société voulue comme telle par les parties, mais qui était ensuite annulée pour une irrégularité de constitution après avoir fonctionné pendant un certain temps. Quant à l'expression « société créée de fait », elle a été forgée pour désigner la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes s'étaient comportées en fait comme des associés, mais sans avoir entrepris les démarches nécessaires à la constitution d'une société. C'est donc logiquement que le droit OHADA des sociétés commerciales, qui est largement inspiré de la législation française, s'est approprié cette différenciation en retenant ces deux applications de la théorie des sociétés de fait.

7. La première application de la théorie des sociétés de

fait est reprise par l'article 253 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique. Celui-ci dispose en effet que : « *Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. Il est procédé à sa dissolution et, pour ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, à leur liquidation* ». Ce texte constitue incontestablement une synthèse des dispositions des articles 368 de la loi française sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966 et 1844-15 du Code civil français issu de la loi du 4 janvier 1978. Comme c'est également le cas en droit français, il implique que l'annulation d'une société n'a d'effet que pour l'avenir et n'opère que comme une simple dissolution. Ce qui revient à dire que le législateur OHADA, en dérogeant ainsi au droit commun des nullités, a indiscutablement consacré la notion de société de fait *stricto sensu*, tout au moins telle qu'elle est entendue en droit français (F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué et M. Samb, *Sociétés commerciales et G.I.E.*, Bruylant, 2002, n° 185, pp. 115 et s.).

8. La deuxième application que le droit français fait de la théorie des sociétés de fait a elle aussi été intégrée par le droit uniforme africain. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique comporte en effet différentes dispositions qui correspondent à l'hypothèse où deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, mais sans avoir accompli les démarches nécessaires à la constitution d'une société (F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué et M. Samb, *op. cit.*, n° 1178 et s., pp. 525 et s. ; B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers et S. Thouvenot, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, 2004, n° 644 et s., p. 131 et s.). Dans ce cadre, diverses situations sont en réalité visées par le législateur communautaire. L'article 864 prévoit ainsi qu'« *il y a société de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par le présent Acte uniforme* ». Cette définition renvoie à la société créée de fait classique et traduit donc le souci de dénouer certaines situations de fait dans le cadre juridique des sociétés, bien que les intéressés n'aient généralement pas eu conscience d'avoir créé une société entre eux. Il résulte en outre des termes de l'article 865 que « *lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par le présent Acte uniforme mais n'ont pas accompli les formalités légales constitutives ou ont constitué entre elles une société non reconnue par le présent Acte uniforme, il y a également société de fait* ». Les dispositions de ce dernier texte doivent être rapprochées de celles de l'article 115 du même Acte uniforme qui dispose que « *si, contrairement aux dispositions du présent Acte uniforme, le contrat de société ou, le cas échéant, l'acte unilatéral de volonté n'est pas établi par écrit et que, de ce fait, la société ne peut pas être immatriculée, la société est dénommée société créée de fait* ». En effet,

dans chacune des hypothèses visées par l'un et l'autre textes, il apparaît clairement que la volonté de créer une société est présente et a bien été exprimée par les associés. Seulement, ces derniers ne se sont pas conformés aux conditions exigées en matière de constitution des sociétés par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

9. Il n'y a donc pas doute que l'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique accueille les deux principales applications faites de la théorie des sociétés de fait en droit français. Il comporte en effet, comme cela vient d'être démontré, des dispositions prévoyant des hypothèses qui correspondent à la société de fait *stricto sensu* pour les unes et à la société créée de fait pour les autres. Cependant, la lumière qui s'est définitivement installée en droit français, du point de vue terminologique, ne semble pas s'être répandue en droit uniforme africain. Certes, le législateur communautaire utilise bien les expressions « société de fait » et « sociétés créées de fait », mais il ne le fait en réalité que d'une manière qui est unanimement jugée inappropriée par la doctrine (F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué et M. Samb, *op. cit.*, n° 35, p. 23 ; B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers et S. Thouvenot, *op. cit.*, n° 644 et s., p. 131).

C'est le livre IV de la deuxième partie de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, constitué des articles 864 à 868, qui traite de la société de fait et utilise par conséquent cette expression. Sous ce vocable, l'article 864 vise le cas où « deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par le présent Acte uniforme ». Quant à l'article 865, il étend l'application de cette notion de société de fait à l'hypothèse où « deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par le présent Acte uniforme mais n'ont pas accompli les formalités légales constitutives ou ont constitué entre elles une société non reconnue par le présent Acte uniforme ». C'est en revanche l'article 115 de ce même Acte uniforme qui fait usage de la locution « société créée de fait ». Selon les termes de ce texte, cette qualification s'applique à la situation où l'acte de volonté constitutif de la société « n'est pas établi par écrit et que, de ce fait, la société ne peut être immatriculée ». Autrement dit, l'article 115, qui fait partie des dispositions réservées à la société non immatriculée, vise l'une des formes de société qui sont privées de la personnalité morale du fait du non-accomplissement de la formalité d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier.

10. Au vu des dispositions qui viennent d'être rappelées, il apparaît évident que l'emploi que le législateur OHADA fait des expressions « société de fait » et « société créée de fait » n'est pas en harmonie avec le sens tradi-

tionnellement attribué à l'une et à l'autre en droit français (Charles MBA-OWONO, *Sociétés de fait et sociétés créées de fait : une distinction empreinte de confusion en droit uniforme OHADA*, in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard GROSS*, Presses Universitaires de Nancy, 2009, pp. 467 et s.). Car, les articles 115, 864 et 865 visent incontestablement des situations où des personnes ont adopté en fait un comportement d'associés, mais sans avoir entrepris les démarches nécessaires à la constitution d'une société au sens de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique. Ainsi, l'article 864 envisage l'hypothèse classique où l'existence d'une société est déduite du seul comportement des associés. L'article 865 prévoit, en ce qui le concerne, le cas où une société est effectivement constituée entre des associés, mais sans que ces derniers accomplissent les formalités légales constitutives exigées par la loi ou sans qu'ils lui donnent l'une des formes sociales admises par la législation OHADA. Quant à l'article 115, il s'applique à la société qui a été créée sans qu'un écrit soit établi et qui, de ce fait, ne peut être immatriculée. Dans ce dernier cas également, comme dans ceux retenus par les articles 864 et 865, même si on peut considérer que la volonté de créer une société a pu à certains égards s'exprimer, il y a lieu d'admettre que celle-ci, faute d'accomplissement des formalités constitutives et de l'immatriculation en particulier, n'a pu accéder à une existence formelle et légale.

Curieusement, selon le droit uniforme OHADA, toutes ces hypothèses constituent ou sont assimilées à des sociétés de fait. Le trouble naît en effet du fait que, tout au moins en considération de la terminologie admise en droit français, elles ne correspondent pas à ce qui est traditionnellement entendu par société de fait. Il n'est en effet nullement question, dans aucune d'entre elles, d'une société effectivement constituée et ayant fonctionné pendant un certain temps, mais qui est ultérieurement annulée pour une irrégularité de constitution. C'est ainsi que les articles 115 et 865 de l'Acte uniforme renvoient plutôt à la situation où les associés ont bien exprimé leur intention de constituer entre eux une société, mais que cette dernière, bien que résultant d'une manifestation expresse de volonté, ne peut finalement pas accéder à une existence légale. L'obstacle à l'émergence de la société consiste ainsi, dans l'article 115, dans le non-établissement par écrit de l'acte constitutif ; cet état de fait rend en effet impossible l'accomplissement de la formalité d'immatriculation. Pour ce qui est de l'article 865, il envisage, d'une part, le cas où, en dépit de la conformité de la forme sociale retenue au droit en vigueur, les formalités légales constitutives requises n'ont pas été accomplies par les intéressés, et, d'autre part, celui où la société constituée ne figure pas au nombre de celles qui sont reconnues par l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. Quant à l'article 864, il retient l'hypothèse classique de la société tacite, au sens où son existence découle des circonstances sans que les intéressés aient exprimé leur intention de constituer une société.

Dans aucun de ces différents cas de figure, contrairement à ce qui se produit dans la société de fait *stricto sensu*, il n'y a apparition d'une personnalité morale. La société n'existe qu'en fait, soit parce qu'elle est déduite du comportement des associés, soit en raison de l'absence de réalisation des formalités légales nécessaires pour l'immatriculation de la société. La doctrine observe d'ailleurs, de façon unanime et sans doute avec raison, qu'« *il s'agit en réalité de la société créée de fait au sens du droit français* » (B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers et S. Thouvenot, *op. cit.*, n° 644 et s., p. 131 ; F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué et M. Samb, *op. cit.*, n° 35, p. 23 ; P.-G. Pougoué, J. Nguebou Toukam et F. Anoukaba, *OHADA : Traité et actes uniformes commentés, Juriscope, 2002, observations sur le Livre VI de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*). Il y a lieu de constater dès lors l'existence d'un déphasage entre le droit OHADA et le droit français quant au contenu de la notion de société de fait.

Cette distorsion entre les deux systèmes juridiques et la confusion qui en résulte en droit uniforme africain sont en outre renforcées par le fait que le législateur OHADA, qui utilise le vocable « société de fait » pour désigner en réalité les sociétés dites créées de fait, emploie en même temps l'expression « société créée de fait ». En effet, selon les termes de l'article 115 de l'Acte uniforme précité, la société dont l'acte constitutif n'est pas établi par écrit, et qui de ce fait ne peut être immatriculée, « *est dénommée société créée de fait* ». Bien que l'alinéa 2 de ce même article précise finalement que la société créée de fait est régie par les dispositions des articles 864 et suivants applicables à la société de fait, il n'en demeure pas moins que le législateur communautaire établit une distinction entre les deux types de société. Car, en indiquant que les sociétés créées de fait empruntent leur régime aux sociétés de fait, le législateur communautaire laisse indiscutablement entendre qu'il s'agit de deux formes sociales bien distinctes. Ce qui revient à dire que la société de fait constituerait, du point de vue la législation OHADA, la catégorie générale qui englobe toutes les formes de société n'ayant qu'une existence factuelle. Par contre, la société créée de fait ne serait qu'une espèce de société de fait correspondant à la seule hypothèse où la société constituée ne peut être immatriculée du fait de l'absence d'un acte écrit (P.-G. Pougoué, J. Nguebou Toukam et F. Anoukaba, *OHADA : Traité et actes uniformes commentés, Juriscope, 2002, observations sous l'article 115 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*).

11. En définitive, il y a lieu de constater que le droit uniforme africain adopte, en ce qui concerne les applications de la théorie des sociétés de fait, une approche originale. L'usage qui est fait des expressions « société de fait » et « société créée de fait » est en effet en rupture avec la terminologie classique, en même temps qu'il insinue une sorte de rénovation de cette théorie. Toutefois,

cette apparente volonté d'innover, loin de supprimer les incertitudes observées en droit français, rend encore plus confuse la distinction entre société de fait et société créée de fait. Si bien que l'on est en droit de se demander s'il ne s'est pas agi, en fin de compte, que de maladroites rédactionnelles. Cette hypothèse est d'autant plus vraisemblable qu'une analyse de fond des dispositions en cause confirme que le législateur communautaire a bien envisagé les deux applications de la théorie des sociétés de fait en les soumettant à des régimes juridiques distincts.

§II - Régime juridique des sociétés de fait

12. Il ne fait l'ombre d'aucun doute, en dépit de la perplexité que suscite la démarche du législateur communautaire, que ce dernier a en réalité admis les deux applications traditionnelles de la théorie des sociétés de fait. Car, les diverses dispositions évoquées plus haut démontrent bien que l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique envisage distinctement la société de fait *stricto sensu* et la société créée de fait. Cette différenciation est d'autant plus certaine que les deux types de société sont soumis à des règles juridiques elles-mêmes dissemblables. Il en sera rendu compte en examinant les régimes juridiques respectifs de la société de fait *stricto sensu* (A) et de la société créée de fait (B).

A - Régime juridique de la société de fait *stricto sensu*

13. La théorie des sociétés de fait avait été développée, dans une première fonction, en vue de favoriser la liquidation des sociétés ayant été annulées après avoir bénéficié d'une existence juridique. Il apparaissait en effet nécessaire, afin de tenir compte de la spécificité du contrat de société, d'organiser de manière particulière le dénouement des relations juridiques occasionnées par l'émergence d'une personne morale cependant irrégulière dans sa constitution (J. Hemard, *Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait, Sirey 1926, 2^e éd.* ; H. Solus, *De la liquidation entre associés des sociétés de fait, Rev. sociétés 1922. 261 et s.*). C'est dans ce sens que le principe de la *nullité-dissolution*, qui neutralise la rétroactivité de l'annulation en ne faisant produire à cette dernière que les effets d'une dissolution, a été préconisé aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. On a alors parlé de société de fait, que certains préfèrent qualifier de société de fait *stricto sensu*.

Cette solution sera par la suite consacrée législativement en France par l'article 368 de la loi du 24 juillet 1966, puis par l'article 1844-15 du Code civil issu de la loi du 4 juillet 1978. Comme déjà souligné plus haut,

l'esprit de ces textes français a été repris par l'article 253 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (*V. F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué et M. Samb, op. cit., n° 185, pp. 115 et s.*). Celui-ci prévoit notamment que « *lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. Il est procédé à sa dissolution et, pour ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, à leur liquidation* ». Le rapport d'analogie entre cette disposition de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et les textes français sus-évoqués est sans équivoque. Car, il en ressort clairement que le législateur OHADA, à l'instar de son homologue français, a lui aussi résolument opté pour le principe de la *nullité-dissolution*. Dès lors qu'il en est ainsi, il faut en déduire que toutes les conséquences juridiques qui en ont été tirées en droit français doivent logiquement être transposées en droit uniforme africain. En particulier, le jugement qui prononce l'annulation de la société, contrairement au droit commun des nullités, doit être assimilé à une dissolution par voie de justice et ne produire par conséquent d'effet que pour l'avenir (*Y. Guyon, op. cit., n° 158; Ph. Merle, op. cit., n° 72; G. Ripert et R. Roblot, op. cit., n° 1031; F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué et M. Samb, op. cit., n° 185, pp. 115 et s.*). Ce qui signifie surtout que la personnalité morale demeure acquise pour le passé, et survit en outre pour les besoins de la liquidation, de telle sorte que toutes les opérations effectuées par les représentants légaux de la société produisent leur plein et entier effet.

Au demeurant, il faut relever que les dispositions de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique sont en réalité sans ambiguïté à ce sujet. En effet, alors que son article 253 cité ci-dessus pose nettement le principe de la non-rétroactivité de la nullité et de l'application des règles de la dissolution, son article 201 alinéa 2 prescrit quant à lui, à l'image des articles 1844-8 alinéa 3 du Code civil français et L. 237-2 alinéa 2 du Code de commerce français, le maintien de la personnalité morale de la société jusqu'à la clôture des opérations de liquidation. Cette prise en compte de l'activité passée de la société, bien que la situation créée ait été jugée contraire à la loi, traduit incontestablement, tel que le suggère si bien un auteur, le caractère putatif de la société annulée (*C. Champaud, Chron., RTD com. 1968. 1065, n° 6.*). Elle confirme par ailleurs que le droit OHADA des sociétés commerciales a effectivement accueilli la notion de société de fait *stricto sensu*. Cette neutralisation des effets logiques de la rétroactivité par l'assimilation de l'annulation à la dissolution influe considérablement, comme c'est du reste le cas en droit français (*Y. Guyon, op. cit., n° 158; Ph. Merle, op. cit., n° 72; G. Ripert et R. Roblot, op. cit., n° 1031*), sur le règlement des relations juridiques établies aussi bien entre les associés de fait qu'entre la société devenue de fait et les tiers.

14. En ce qui concerne les rapports entre les associés de fait, la principale conséquence de la *nullité-dissolution* est l'application du pacte social en dépit de son caractère nul. Cette solution classique française s'impose également en droit uniforme africain bien que l'article 253 ne précise pas, comme le fait l'article L. 235-10 du Code de commerce français, qu'il sera procédé à la liquidation conformément aux statuts. Ainsi, par exemple, si un *boni* de liquidation subsiste au terme des opérations de liquidation, ce sont les clauses des statuts relatives à la répartition des résultats qui devraient permettre de déterminer la part de chacun des associés. Il va bien sûr de soi que les stipulations statutaires doivent être complétées le cas échéant, tel que le suggère également le législateur français (v. article L. 235-10 du code de commerce français), par les règles légales applicables aux liquidations prononcées par voie judiciaire. Ce qui revient à dire que les dispositions de l'Acte uniforme relatives à la liquidation de la société commerciale dissoute, qu'il s'agisse des dispositions générales ou des dispositions particulières à la liquidation par voie de justice, devront être observées.

15. La portée du principe de l'application du pacte social dans les relations entre associés de la société devenue de fait doit aussi être circonscrite par les mêmes limites qui sont traditionnellement admises en droit français (*Y. Guyon, op. cit., n° 158; Ph. Merle, op. cit., n° 72; G. Ripert et R. Roblot, op. cit., n° 1031*). Il n'y a à ce sujet aucun doute pour ce qui est de l'exception qui permet à l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié de se prévaloir de la nullité à l'égard aussi bien de ses coassociés que des tiers. L'article 255 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose en effet que « *la nullité pour vice du consentement ou pour incapacité est opposable, même aux tiers de bonne foi, par l'incapable ou par son représentant légal ou par la personne dont le consentement a été vicié* ». Il est indiscutable que ce texte, qui est une reproduction à l'identique des articles 1844-16 du Code civil français et L. 235-12 du Code de commerce français, donne à un tel associé la possibilité d'obtenir le bénéfice des effets de la nullité. La mise en œuvre de ce droit va alors se traduire, en pratique, par le retrait du patrimoine social de son apport et ce franc et quitte de toute charge. Ce qui implique que la liquidation ne pourra se faire, conformément aux stipulations statutaires, qu'entre les autres associés de fait. Il convient par ailleurs, même si le législateur OHADA n'a pas expressément prévu de telles dérogations, d'exclure la référence aux statuts lorsque la nullité a été prononcée en raison de stipulations statutaires illicites ou immorales ou en se fondant sur le défaut total de consentement ou d'*affectio societatis*. Car, comme le souligne unanimement la doctrine française, les principes de droit commun s'opposent à ce que quelque effet soit donné à une convention contraire à l'ordre public ou à un pacte social qui ne correspond pas à la commune volonté des intéressés (*Y. Guyon,*

op. cit., n° 158 ; *Ph. Merle, op. cit.*, n° 72 ; *G. Ripert et R. Roblot, op. cit.*, n° 1031). Dans l'un et l'autre cas, la solution retenue naguère, et préconisant de procéder à un partage équitable de l'actif et du passif entre les pseudo-associés (*Civ. 13 juill. 1927 : S. 1928. 1. 9, note Solus. G. Ripert et R. Roblot, op. cit.*, n° 1031 ; *Ph. Merle, op. cit.*, n° 72), doit de même être transposée en droit uniforme africain.

16. L'admission du principe de la *nullité-dissolution*, qui revient à traiter la société annulée comme si elle avait été valable dans le passé, est appelée à produire des effets encore plus notables à l'égard des tiers ayant entretenu un commerce juridique avec la société devenue de fait. Car, cette règle conduit nécessairement à la validation de l'activité antérieure de la personne morale et par conséquent au maintien de tous les actes juridiques accomplis par ses représentants légaux. Ce qui signifie que les créanciers sociaux conservent la possibilité de poursuivre le recouvrement de leurs créances sur l'actif social dans les mêmes conditions que si le pacte social n'avait jamais été l'objet d'une décision d'annulation. En plus de la théorie de l'apparence, généralement évoquée pour justifier le maintien des engagements pris au nom de la société devenue de fait par les dirigeants sociaux (*Y. Guyon, op. cit.*, n° 158 ; *Ph. Merle, op. cit.*, n° 72), ces solutions sont également déduites en droit français des dispositions des articles 1844-16 du Code civil et L. 235-12 du Code de commerce déjà visés plus haut. Or, les termes de ces textes sont exactement repris par l'article 255 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Ainsi, comme ces derniers, celui-ci dispose, notamment dans son alinéa 1^{er}, que « *ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi* ». Cette symétrie des textes français et africain invite logiquement à conclure que, tel que c'est depuis longtemps établi en droit français, le droit uniforme africain des sociétés commerciales prive aussi bien les associés que la personne morale de la possibilité d'invoquer la décision d'annulation de la société pour se soustraire aux engagements souscrits à l'égard des tiers qui étaient dans l'ignorance du risque d'annulation.

17. Dans les rapports avec les tiers, le principal intérêt pour les associés réside dans le fait que la société annulée est liquidée dans la forme qu'elle aurait revêtue si sa constitution n'avait pas été affectée d'une irrégularité. Cette solution a en effet pour conséquence de leur permettre de conserver le bénéfice de la limitation de responsabilité prévue notamment dans la société anonyme et la société à responsabilité limitée (*G. Ripert et R. Roblot, op. cit.*, n° 1032). La règle est entre autre justifiée par le fait que la publicité donnée aux statuts est supposée avoir porté cette limitation de responsabilité à la connaissance des tiers. Les termes de l'article 253 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique invitent

toutefois à déterminer la portée de cette règle. Ce texte, tout en posant le principe de l'application de la *nullité-dissolution* à la société irrégulière, précise *in fine* qu'« *il est procédé à sa dissolution et, pour ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, à leur liquidation* ». Il s'en dégage clairement que seules les sociétés pluripersonnelles sont soumises à la procédure de liquidation. Les sociétés unipersonnelles, bien qu'étant effectivement considérées comme dissoutes, ne donnent en revanche pas lieu à la réalisation des opérations de liquidation. Cette solution retenue par l'article 253 n'est cependant qu'une conséquence logique des dispositions de l'article 201 du même Acte uniforme. Ce dernier texte, alors qu'il dispose que la dissolution de la société pluripersonnelle entraîne de plein droit sa mise en liquidation, exclut par contre le recours à cette procédure en cas de dissolution d'une société unipersonnelle et prévoit plutôt la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique. Ce qui implique que ce dernier, appelé ainsi à recueillir l'intégralité des droits et obligations de la société, sera le cas échéant, et malgré la limitation de responsabilité liée à la nature de la société, tenu personnellement du passif social. De ce point de vue, sa situation à l'égard des tiers se confond avec celle de l'associé d'une société de personnes et par voie de conséquence d'une *société créée de fait*.

B - Régime juridique de la société créée de fait

17. Le législateur OHADA envisage, comme déjà relevé plus haut, différentes hypothèses où deux ou plusieurs personnes se sont effectivement comportées comme des associés, mais sans avoir accompli les démarches nécessaires à la constitution d'une société au sens de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Ainsi, l'article 864 envisage la société créée de fait classique, dans laquelle de la société déduite du seul comportement des associés. L'article 864, en ce qui le concerne, prévoit le cas où une société est effectivement constituée entre les associés, mais sans que ces derniers accomplissent les formalités légales constitutives ou sans qu'ils lui donnent l'une des formes sociales autorisées par la loi. Quant à l'article 115, il s'applique à la société qui a été créée sans qu'un écrit ne soit établi et par conséquent sans possibilité de se faire immatriculer. Dans chacune de ces hypothèses, la reconnaissance de l'existence d'une société créée de fait suppose la satisfaction des conditions de validité du contrat en général et du contrat de société en particulier. Comme tout contrat, la société créée de fait doit répondre aux exigences relatives au consentement des parties, à leur capacité de contracter et avoir un objet et une cause licites. De même, les éléments caractéristiques d'une société doivent être réunis. Il faut notamment qu'il y ait des apports, la participation aux résultats et l'*affectio societatis* (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougué*

et M. Samb, *op. cit.*, n° 1184, pp. 527 et s. ; V. Magnier, *Droit des sociétés*, Dalloz, 2002, n° 92 et s., pp. 53 et s.).

Dans la mesure où il s'agit d'une situation de fait, la preuve de ces éléments constitutifs doit être rapportée par la personne qui a intérêt à ce que l'existence d'une société de fait soit reconnue. Il résulte ainsi de l'article 866 de l'Acte uniforme que *quiconque y ayant intérêt peut demander à la juridiction compétente du lieu principal de l'activité d'une société de fait la reconnaissance de la société de fait entre deux ou plusieurs personnes dont il lui appartient d'apporter l'identité ou la dénomination sociale*. L'article 867 de l'Acte uniforme, s'inspirant sans doute de l'article 1872 alinéa 2 du code civil français, précise ensuite que cette preuve est libre. Il dispose en effet que *« l'existence de la société de fait est prouvée par tout moyen »*. Il convient toutefois de relever que la tendance observée en droit français est que ces règles de preuve ne sont appliquées avec rigueur qu'entre les associés. Car, la Cour de cassation française admet que pour agir contre les associés, les tiers puissent se prévaloir de l'apparence d'une société appréciée globalement et indépendamment de la révélation de ses différents éléments constitutifs (*Civ. 1^{re}, 13 nov. 1980, D. 1981, 541 ; Com., 11 juil. 1988, Bull. Joly 1988, 664, note P. Le Cannu*). La transposition de cette jurisprudence en droit OHADA est du reste préconisée par la doctrine (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué et M. Samb, op. cit.*, n° 1184, pp. 527 et s.).

19. Aux termes de l'article 868 de l'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, *« lorsque l'existence d'une société de fait est reconnue par le juge, les règles de la société en nom collectif sont applicables aux associés »*. Ce texte, qui est sans ambiguïté, pose le principe de l'assimilation de la société de fait OHADA, autrement dit de la société créée de fait au sens classique, à la société en nom collectif. La conséquence qu'implique cette règle est que les rapports établis aussi bien entre les associés de fait qu'entre la société et les tiers sont de plein droit soumis aux dispositions particulières à la société en nom collectif prévues par les articles 270 et suivants de l'Acte uniforme. Ce qui représente une différence fondamentale avec la société de fait *stricto sensu* à laquelle la loi n'impose aucun régime juridique précis. Car, le principe étant la *nullité-dissolution*, la liquidation de la situation sociale doit normalement se faire conformément aux statuts de la société annulée. Il convient toutefois de relever qu'il résulte de l'esprit des textes que l'existence d'une société créée de fait suppose la constatation *a posteriori* d'un état d'associés entre deux ou plusieurs personnes. De ce fait, la reconnaissance par le juge d'une telle société a nécessairement un caractère rétrospectif, dans ce sens qu'elle ne constitue rien d'autre qu'un moyen permettant de résoudre des difficultés juridiques nées de la pratique. C'est du reste cette idée qu'exprime un auteur en disant que *« la société créée de fait ne vient officiellement à*

l'existence juridique qu'au moment où elle est dissoute ». Dans ces conditions, et étant donné que les associés peuvent même ne pas savoir qu'ils sont en société, il est moins question de transposer à la société créée de fait les règles de fonctionnement de la société en nom collectif. L'intérêt de l'application de ce régime juridique est surtout de liquider la situation sociale de fait en apurant le passif social et en réglant les conséquences liées à la rupture entre associés.

20. L'incidence la plus significative de l'alignement du régime applicable à la société créée de fait sur celui de la société en nom collectif est sans doute relative à l'étendue de la responsabilité des associés de fait. La société en nom collectif, société de personnes par excellence, est en effet marquée par le caractère indéfini et solidaire de la responsabilité de ses membres vis-à-vis des tiers. L'article 270 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique la définit ainsi comme celle dans laquelle *« tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales »*. La transposition de cette règle à la société créée de fait implique alors que les associés de fait sont, autant que les associés en nom, tenus personnellement et solidairement des dettes souscrites pour le compte de l'exploitation commune. C'est dire que la loi uniforme, qui alourdit ainsi de manière considérable la responsabilité de ces derniers, se montre particulièrement rigoureuse à leur égard. Cette attitude laisse penser que le législateur OHADA a entendu sanctionner ceux qui, tout en entreprenant une activité commune, négligent de la recouvrir des formes sociales admises par la loi. Il faut toutefois remarquer que, de ce point de vue, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales ne fait qu'adopter une solution classique autrefois retenue par le droit français. Car, avant la fusion du régime de la société créée de fait et de la société en participation opérée au profit de la seconde par l'article 1873 du Code civil français, la jurisprudence traitait la première comme une société de personnes et plus particulièrement comme une société en nom collectif (*Req. 23 nov. 1925 : D. 1928. 1. 93 ; S. 1933. 1. 12. V. aussi G. Lagarde, op. cit.*, n° 89 ; *F. Dekeuwer-Defossez, op. cit.*, p. 83 et s., *spéc. p. 86*). Elle en déduisait la responsabilité solidaire et indéfinie des associés de fait à raison du passif social envers les tiers. Pour justifier cette solution, la doctrine invoquait le fait que la société en nom collectif représentant le droit commun des sociétés commerciales, les règles qui la régissent doivent s'imposer chaque fois qu'aucun des régimes définis par la loi ne trouve application (*G. Lagarde, op. cit.*, n° 89). Il peut être affirmé, sans grand risque de se tromper, que c'est cette même logique qui a présidé à l'assimilation par le législateur OHADA de la société créée de fait à la société en nom collectif.

21. Le principe de l'application à ceux qui sont déclarés associés d'une société créée de fait des règles de la société

en nom collectif devrait en toute logique conduire à leur conférer également la qualité de commerçants. Cette solution peut se déduire des dispositions de l'article 270 de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Au sens de ce texte, l'engagement solidaire et indéfini des associés en nom se présente en effet comme un corollaire de l'état de commerçant. Il en résulte dès lors que les personnes qui sont reconnues membres d'une société créée de fait de nature commerciale sont en principe, parce que assimilées à des associés d'une société en nom collectif, présumées être commerçants. La conjugaison par les associés de fait de ce statut et de la responsabilité solidaire et indéfinie pourrait d'abord avoir pour conséquence de les soumettre, le cas échéant, aux procédures collectives et d'apurement du passif. Cette solution doit d'autant plus s'imposer que la société créée de fait étant dépourvue de personnalité morale et par conséquent de patrimoine social, elle ne peut pas elle-même être mise en redressement judiciaire ou en liquidation des biens. Seuls les associés de fait sont susceptibles de subir personnellement ces procédures collectives. Bien entendu, cela suppose la constatation, conformément au droit positif, de l'état de cessation des paiements de l'associé en cause.

22. L'assimilation des associés de fait aux associés en nom peut ensuite être interprétée comme constituant un obstacle à la reconnaissance de l'existence d'une société créée de fait entre époux. L'article 9 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique interdit en effet, s'appropriant ainsi la prohibition naguère prescrite en droit français par l'article 1832-1 du Code civil (*v. Ph. Merle, op. cit., n° 48*), à deux époux d'être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement. En conséquence de cette règle, et dans la mesure où la responsabilité solidaire et indéfinie est la caractéristique essentielle de la société en nom collectif, dont le régime s'impose aux sociétés créées de fait, l'existence de cette dernière forme de société ne saurait logiquement être admise entre deux époux. La position contraire a néanmoins été défendue en doctrine. Il a notamment été soutenu que l'interdiction prononcée par l'article 9 susvisé « *ne doit pas empêcher de considérer comme une société de fait une société constituée entre époux* » (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué et M. Samb, op. cit., n° 1189 et s., p. 529 ; R. Adido, Les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme OHADA, Rec. Penant, n° 848, juill.-sept. 2004, pp. 380 et s.*).

Il convient cependant de relever que la prohibition des sociétés entre époux, qui est indiscutablement formulée de manière péremptoire par le législateur communautaire, est sans doute d'ordre public en application de l'article 2 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique. De ce fait, elle s'oppose nécessairement à ce que le juge

déclare deux époux engagés dans une société créée de fait ; autrement dit, il conférerait à tous les deux la qualité de commerçant et ferait que leur engagement soit solidaire et indéfini. La possibilité de reconnaître l'existence d'une société créée de fait entre époux est rendue d'autant plus improbable que l'article 7 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général, tout en admettant que le conjoint d'un commerçant puisse lui-même être investi de la qualité de commerçant, exige que cet exercice du commerce se fasse séparément (*A. P. Santos et J. Yado Toe, OHADA. Droit commercial général, Bruylant 2002, n° 169 et s., pp. 101 et s.*). Ce qui confirme bien que deux époux ne peuvent pas, au sens du droit uniforme OHADA, être impliqués dans une entreprise commune qui emporte pour eux une responsabilité solidaire et indéfinie à l'égard des tiers.

23. Le recours au régime de la société en nom collectif pour le règlement des suites de la reconnaissance d'une société créée de fait entraîne en revanche des conséquences moins singulières dans les rapports entre associés. Les règles applicables à la liquidation de leurs relations internes relèvent en effet, quelle que soit la forme de la société, du droit commun des sociétés commerciales. Ce qui signifie que, le cas échéant, la répartition des bénéfices ou des pertes entre les différents associés de fait devra se faire selon les principes fixés par l'article 54 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Il résulte notamment de ce texte que sauf clause contraire, les droits et obligations de chaque associé sont proportionnels au montant de ses apports. Dans la mesure où il ne s'agit que d'une situation de fait, cette règle conduit nécessairement à reconnaître au juge compétent un pouvoir souverain d'appréciation lui permettant, dans un cas, de rechercher la volonté présumée des intéressés, et dans l'autre, d'évaluer les apports effectués par les uns et les autres. Il va de soi cependant que dans les hypothèses où il y a société créée de fait parce que le pacte social ne remplit pas les conditions légales exigées (*v. articles 115 et 865 de l'Acte uniforme*), cette tâche lui sera considérablement facilitée. Car, les termes de celui-ci seront sans doute interprétés comme manifestant la volonté des associés de fait. Bien entendu, lorsqu'il sera impossible de déceler la volonté présumée des associés de fait ou de déterminer la valeur des apports de chacun, la répartition des bénéfices ou des pertes devra se faire par parts égales. Il doit toutefois être tenu compte de ce que la société créée de fait, qui est une société non immatriculée, n'existe pas en tant que personne morale autonome. Cette absence de personnalité juridique se prolonge en effet sur le plan patrimonial. Car, en application du principe classique selon lequel il n'y a pas de patrimoine sans qu'il ait à sa tête une personne physique ou morale, une telle société ne saurait comporter un patrimoine social. Ce qui implique que les associés de fait demeurent en réalité propriétaires à

l'égard des tiers des biens qu'ils mettent au service de l'exploitation commune. Le partage éventuel ne pourra alors porter que sur les acquisitions effectuées dans le

cadre de l'exploitation commune et qui sont tombées ainsi dans une sorte d'indivision.

Charles MBA-OWONO

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Associé de fait, 9, 10, 13, 14
Associé de fait incapable, 9

L

Liquidation de la société créée de fait, 12, 13, 14
Liquidation de la société de fait stricto sensu, 8, 9, 10

N

Nullité de la société, 4, 7

Nullité-dissolution, 4, 7

P

Personnalité morale, 8
Preuve de la société créée de fait, 11
Procédures collectives, 13

S

Société créée de fait, 4, 5, 6, 11, 12, 13, 14
Société de fait stricto sensu, 4, 5, 6, 8, 9, 10

Société entre époux, 13

Société en nom collectif, 12, 13

Société en participation, 4

Société pluripersonnelle, 10

Société unipersonnelle, 10

T

Théorie de l'apparence, 10

Théorie des sociétés de fait, 3, 5

SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE

Table des matières

Introduction n° 1 à 4

Section 1 - Caractères généraux n° 5

§I - Coexistence de deux types d'associés n° 6

§II - Dénomination sociale n° 7

§III - Droits sociaux n° 8

Section 2 - Constitution n° 8

§I - Conditions de fond n° 10

A - Associés n° 11

I - Nombre d'associés n° 12 à 13

II - Consentement des associés n° 14

III - Capacité n° 15 à 17

B - Capital social n° 18 à 21

C - Objet social n° 22 à 24

§II - Formalités constitutives n° 25

A - Établissement des statuts n° 26

I - Mode d'établissement de l'écrit n° 27

II - Mention devant figurer dans les statuts n° 28 à 30

B - Mesures de publicité n° 31

I - Immatriculation de la société au registre

du commerce et du crédit mobilier n° 32 à 33

II - Insertion dans un journal d'annonces légales n° 34 à 35

Section 3 - Fonctionnement n° 36

§I - Gérance n° 37

A - Statut du gérant n° 38

I - Nomination n° 39 à 44

II - Fin des fonctions n° 45 à 47

B - Pouvoirs n° 48

I - Pouvoirs des dirigeants dans les rapports avec les associés n° 49 à 53

II - Pouvoirs dans les rapports avec les tiers n° 54 à 58

C - Responsabilité du gérant n° 59

I - Responsabilité à l'égard de la société n° 60 à 61

II - Responsabilité envers les associés ou les tiers n° 62 à 64

§II - Associés n° 65

A - Parts sociales n° 66

I - Cession volontaire n° 67 à 69

II - Cession forcée n° 70 à 72

B - Situation juridique des associés n° 73

I - Droits n° 74

a - Droit de contrôle n° 75

b - Droit de prendre part aux décisions collectives n° 76 à 79

c - Droit à une part des bénéfices n° 80

II - Obligations n° 81

a - Obligations de reprendre des dettes sociales n° 82

b - Contribution aux pertes n° 83

Section 4 : Transformation et dissolution n° 84

§I - Transformation n° 85 à 87

§II - Dissolution n° 88

Bibliographie

- AGBOYIBOR (P.K.), *Nouveau droit uniforme des sociétés*. Revue de droit des affaires internationales, 1998 n° 6.
- ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.G.), SAMB (M.), *OHADA : sociétés commerciales et GIE*, collection droit uniforme africain, Bruylant 2002.
- BA (I.), *Observations sur l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique*, EDJA, n° 35, octobre-décembre 1997.
- BABONGENO (U.), *De la problématique de la société unipersonnelle en droit congolais eu égard au droit de l'OHADA*, Ohadata D-07-25.
- DIAKHATE (M.), SAMBE (I.), *Regards croisés sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, Revue sénégalaise de droit des affaires, n° 1, janvier-juin 2003, p. 111.
- FAYE (A.), *L'égalité des associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE)*, Droit écrit, Droit sénégalais, n° 2, juin 2003, pages 9 et s. Publication de l'Université de Toulouse 1.
- KONE (M.), *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, comparaisons avec le droit français*, LGDJ 2003, Bibliothèque de droit privé, T. 406
- MARTOR (B.), PINKINGTON (N.), SELLERS (D.), THOUVENET (S.), *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, LITEC 2004.
- MBAYE (M.N.), *Les groupes de sociétés dans l'OHADA*, Penant, juillet-septembre 2004, n° 848, p. 265.
- MEUKE (B.Y.), *De l'intérêt social dans l'AUSC de l'OHADA*, Penant n° 859 juill. Sept. 2007, p. 338 ; Ohadata D.06-24)
- MOUTHIEU NJANDEU (M.A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, collection *Études africaines*, L'Harmattan, Paris, 2009.
- PAILLUSSEAU (J.), *L'acte uniforme sur le droit des sociétés*. Communication à la Journée de l'Association Henri Capitant du 22 novembre 2002, Paris, in *Petites Affiches*, Le Quotidien Juridique n° 205, p. 19.
- POUGOUÉ (P.G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*. Presses universitaires d'Afrique, 1998.
- SAMBE (O.) *Constitution des sociétés commerciales et GIE*. Marchés tropicaux, 1^{er} janvier 1999, p. 9.
- TAPIN (D.), *Droit des sociétés commerciales et du GIE*, in : Penant, n° 827, Mai à Août 1998.

1. Il résulte de l'article 293 AUSCGIE que la société en commandite simple est la société qui comporte deux types d'associés, les uns dénommés « associés commandités » et les autres dénommés « associés commanditaires » ou « associés en commandite », et dont le capital est divisé en parts sociales.

C'est la coexistence de deux types d'associés qui fait la particularité de la société en commandite, cette forme sociétaire caractérisée par la volonté « de faire partager le risque et les profits de l'entreprise, de façon différenciée entre des partenaires-gestionnaires qui y engagent la totalité de leurs biens personnels, leur nom et leur réputation et des bailleurs de fonds anonymes, intéressés mais relativement impuissants à influencer sur la gestion des affaires sociales communes » (V. A. Dupont-Julien, *Commandites et institutions voisines, communication faite à l'occasion de la réunion-débat du CREDA sur le thème « Financement, capital et pouvoir dans l'entreprise : une nouvelle chance pour la commandite ? » JCP E 1984, II, 14371*). Le caractère composite de la commandite constitue un avantage considérable par rapport à la société en nom collectif, l'autre type de société de personnes consacré par le droit OHADA ; il permet en effet, non seulement, d'avoir comme associés dans la même structure, « des mineurs et des époux, des commerçants et des non-commerçants », mais aussi de réaliser « l'alliance des investisseurs et des entrepreneurs », (A. Viandier, *La mesure des potentialités juridiques, réunion-débat CREDA précit.*).

C'est certainement cette possibilité de mettre ensemble les épargnants et les entrepreneurs qui fait encore, sous d'autres cieux (*En France par exemple*), l'attrait de cette forme de société qui, même si à un moment donné, s'est trouvée dans un état qualifié de comateux (V. A. Sayag, *Rapport introductif, réunion-débat CREDA précit.*), a connu un véritable renouveau.

2. Il est vrai que cette idée de dualité qui sous-tend la commandite se retrouve, sous une autre forme, dans les sociétés anonymes à travers la coexistence de porteurs d'actions classiques avec des titulaires de titres ne conférant pas véritablement le pouvoir d'intervenir activement dans la vie sociale (*actions à dividendes prioritaires sans droit de vote, titres participatifs, etc.*).

Mais seule la création d'une société en commandite permet de procurer la liberté et la souplesse voulues par ceux qui ont aujourd'hui l'impression, face à l'excès de réglementation, d'être enfermés « dans un carcan de règles et de procédures ».

3. Les opérateurs économiques apprécient dans la société en commandite la liberté d'organisation qui est laissée aux associés. Si dans les sociétés à risque limité (société anonyme et société à responsabilité limitée), le législateur intervient de manière impérative pour définir les rapports entre les associés, pour fixer les règles de prise de décision et pour déterminer les modes de désignation des gérants ainsi que leur statut, dans les sociétés en commandite simple (*comme d'ailleurs dans*

les sociétés en nom collectif), les règles d'organisation sont, pour l'essentiel, établies par les statuts (V. *sur cette question, M. Koné, Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, comparaisons avec le droit français, LGDJ 2003, Bibliothèque de droit privé, T. 406, n° 303, P. 192 ; cet auteur fait observer, à propos de ce qu'il appelle « la persistance du fondement contractuel des sociétés », que « Les associés des sociétés de personnes sont libres d'organiser, non seulement la gérance, mais aussi, les décisions collectives*). Comme le disait un auteur (A. Viandier, *précit.*) « C'est aux associés, à eux seuls, de décider ce qui est bon pour la société ».

La souplesse qui prévaut surtout dans la gestion contribue aussi, dans certains pays, au renouveau des sociétés en commandite. On peut rencontrer dans ce type de société, des gérants non associés, des gérants personnes morales, des gérants salariés, des gérants en position de cumul avec d'autres fonctions. Il s'y ajoute que la gestion est en matière de commandite « *affranchie des rituels et des formalités qui ont cours dans d'autres formes de société* » (A. Viandier, *précit.*).

4. Ces arguments en faveur de la commandite, pour pertinents qu'ils soient, ne semblent cependant pas avoir impressionné le législateur communautaire africain qui a opté pour une solution prudente en ne consacrant qu'une seule forme de commandite : la société en commandite simple. La suppression de la société en commandite par action, implicitement annoncée dans les articles 3 et 4 AUSCGIE, est confirmée par l'article 908, al. 2 qui fait obligation aux membres de ce type de société existant dans les Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique de procéder à une transformation en société anonyme dans un délai de deux (2) ans à compter de l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme (V. M. Koné, *op. cit. n° 399, p.*). La conséquence qu'on en tire sur le plan pratique est que toute société qui se crée désormais sous cette forme sera considérée comme une société de fait (V. M. Koné, *précit. n° 404, p. 253*). Cela résulte clairement d'ailleurs de l'article 865 in fine AU/SCGIE qui considère qu'il y a société de fait lorsque deux ou plusieurs personnes ont constitué entre elles une société non reconnue.

Les opérateurs économiques eux-mêmes ne semblent pas montrer beaucoup d'intérêt pour la commandite, ce qui avait justifié, au Sénégal, la suppression de cette forme de société lors de l'adoption de la loi n° 85-40 du 22 juillet 1985 portant 4^e partie du code des obligations civiles et commerciales sur les sociétés commerciales.

Section 1 - Caractères généraux

5. Ils ont trait à la coexistence de deux types d'associés, à la dénomination sociale et aux droits sociaux.

§I - Coexistence de deux types d'associés

6. Il y a nécessairement deux catégories d'associés dont les droits et les obligations sont différents : commandités et commanditaires.

Les premiers, disposés « à prendre à leur charge personnelle tous les aléas de l'affaire en contrepartie d'une part accrue dans les bénéfices sociaux » (*V. J. Mestre et D. Velardocchio, Lamy Sociétés commerciales, n° 2873, p. 1417*) sont dans la même situation que les associés des sociétés en nom collectif. Ils sont en effet indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales, ce qui explique l'importance de l'intuitu personae dans ce type de société : les droits sociaux sont représentés par des parts sociales qui ne peuvent être cédées qu'avec le consentement des coassociés ; par ailleurs les événements qui jalonnent la vie des associés rejaillissent nécessairement sur la vie de la société puisqu'ils sont des causes de dissolution de plein droit.

Les seconds, qui « n'entendent courir qu'un risque limité au montant de leur mise personnelle tout en recueillant un droit de contrôle sur la gestion et ayant évidemment vocation à la répartition des dividendes », sont proches des actionnaires. Comme les actionnaires, ils ne sont responsables des dettes qu'à concurrence de leurs apports et ils ne sont pas commerçants du seul fait de leur entrée dans la société. Par ailleurs, *l'intuitu personae* est moins marquée que pour les commandités, les commanditaires étant souvent de simples bailleurs de fonds anonymes peu intéressés par la gestion des affaires sociales ; pour cette raison d'ailleurs, la vie de la société n'est pas aussi intimement liée à la vie des commanditaires qu'elle ne l'est à celle des commandités.

Il ne peut pas y avoir de commandite en l'absence de l'une des catégories ; c'est ce qui explique que la forme unipersonnelle ne puisse se concevoir ici. Mais dès que les deux catégories sont représentées, toutes les combinaisons sont possibles. Il peut y avoir un associé de chaque catégorie (un commandité et un commanditaire) ou un associé dans une catégorie et plusieurs associés dans l'autre (un commandité et plusieurs commanditaires ou plusieurs commandités et un commanditaire).

§II - Dénomination sociale

7. La société est désignée par une dénomination sociale qui doit être immédiatement précédée ou suivie en caractères lisibles des mots : « société en commandite simple » ou du sigle « SCS ».

Par dérogation à l'article 15 AU/SCGIE qui autorise les associés à faire figurer le nom de l'un d'eux ou celui d'un ancien associé dans la dénomination sociale, l'article 294, alinéa 2 interdit d'inclure dans cette dénomination le nom d'un commanditaire ; en effet selon ce texte, « Le nom d'un associé commanditaire ne peut en aucun cas être incorporé à la dénomination sociale, à défaut de

quoi ce dernier répond indéfiniment et solidairement des dettes sociales. »

Comme pour toutes les sociétés, la mention de la dénomination sociale doit figurer dans tous les actes émanant de la société et destinés aux tiers, à savoir les lettres, les factures, les annonces et autres publications (*art. 17 AU/SCGIE*).

§III - Droits sociaux

8. La société en commandite simple ne peut émettre des valeurs mobilières. Les droits sociaux émis en rémunération des apports, que ceux-ci soient effectués par les commandités ou par les commanditaires, sont des parts sociales qui ne sont pas librement cessibles. Le droit d'émettre des obligations étant réservé aux sociétés anonymes ou aux groupements d'intérêt économique constitués de sociétés anonymes, la société en commandite ne peut mettre sur le marché ce type de titre pour assurer le financement de ses activités.

Section 2 - Constitution

9. Les règles de constitution qui se trouvent dans les dispositions générales se retrouvent ici ; elles sont complétées par des règles spéciales qui donnent à la société en commandite simple sa physionomie propre. Ces règles propres précisent les conditions de fond et les formalités édictées pour tenir compte de la particularité de ce type de société.

§I - Conditions de fond

10. Elles sont relatives aux associés, au capital et à l'objet social.

A - Associés

11. Le nombre, le consentement et la capacité des associés seront examinés.

I - Nombre d'associés

12. La forme unipersonnelle n'est pas admise lorsqu'il s'agit de société en commandite simple. En raison de la nécessaire coexistence des deux catégories d'associés, la création d'une société en commandite simple ne peut être le résultat d'une manifestation unilatérale de volonté.

Il ne suffit pas qu'il y ait plusieurs associés ; il faut aussi qu'il y ait au moins un associé dans chaque catégorie.

13. Deux époux peuvent être simultanément, seuls ou avec d'autres personnes, membres d'une société en commandite simple, à la condition de ne pas être tous les deux commandités. La participation simultanée des époux est autorisée dès lors que l'un d'eux est commanditaire.

II - Consentement des associés

14. Il doit y avoir échange de consentements ; en raison du caractère formaliste de l'acte de société, cet échange résulte de la signature de l'acte de société.

Le consentement ne doit pas être vicié. Dans les sociétés de personnes, les vices du consentement, à la différence de ce qui se passe dans les sociétés à risque limité, sont des causes de nullité de l'acte de société. Les vices du consentement les plus courants sont l'erreur (*celle-ci est relevée lorsque, par exemple, elle porte sur la personne de l'associé ou sur la forme de la société*) et le dol ; ils se présentent rarement sous la forme de violence.

III - Capacité

15. Il faut tenir compte de la dualité des catégories d'associés, les règles applicables n'étant pas les mêmes.

16. Les commandités sont, rappelons-le, dans la même situation que les associés en nom. Ils ont donc, du seul fait de leur entrée dans la société, la qualité de commerçant et doivent, en tant que tels, remplir les conditions d'accès à la profession commerciale. Pour cette raison, ils doivent avoir la capacité nécessaire pour faire le commerce (encore que depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, la distinction capacité civile et capacité commerciale a perdu tout intérêt, le mineur émancipé pouvant devenir commerçant). Par ailleurs ils ne doivent pas être frappés d'interdiction ou de déchéance.

Le statut d'associé commandité est incompatible avec l'exercice de certaines professions, notamment celles qui sont visées par l'article 9 AUDC (*agents des collectivités publiques ou des entreprises publiques, auxiliaires de justice, professions comptables, professions dont le cumul avec l'exercice d'une activité commerciale est interdit par un texte spécial*).

17. Les commanditaires qui n'ont pas la qualité de commerçant sont soumis à des règles moins contraignantes. Ils ne sont pas tenus de remplir les conditions nécessaires pour faire le commerce. Rien ne s'oppose donc à ce qu'un incapable entre, même au moment de la constitution, dans une société en commandite. Cette hypothèse est d'ailleurs expressément prévue par l'article 290 AU/SCGIE qui règle les conséquences du décès d'un membre d'une société en nom collectif

dont les statuts comportent une clause de continuation avec les héritiers. Il résulte de ce texte que si, parmi les héritiers, il y a un ou plusieurs mineurs non émancipés cette société devra, dans le délai d'un an, être transformée en société en commandite simple dans laquelle ces mineurs seront commanditaires.

B - Capital social

18. Autant la réglementation est abondante en matière de capital social des sociétés à risque limité, autant elle est discrète pour ce qui concerne les sociétés de personnes.

Aucun minimum n'est exigé pour le capital de la société en commandite, comme d'ailleurs pour celui de la société en nom collectif. Cette souplesse s'explique par la règle de la responsabilité solidaire et indéfinie des commandités qui constitue une sérieuse garantie pour les créanciers sociaux.

19. Le capital qui peut être purement symbolique est divisé en parts sociales qui peuvent également être symboliques puisqu'aucun minimum n'est exigé. Les parts sont émises en rémunération des apports effectués par les associés.

20. Ces apports peuvent être en numéraire. Dans ce cas, ils doivent, en application de l'article 41, al. 2 AUSCGIE seul texte ayant vocation à s'appliquer en l'absence de règles propres à la société en commandite simple, être libérés au moment de la souscription.

21. Ils peuvent également prendre la formule d'apports en nature. De tels types d'apport posent, comme dans les autres types de société, des problèmes d'évaluation. Ici également, en l'absence de dispositions propres, il faut se tourner vers les règles générales, et particulièrement l'article 49, al. 1^{er}. Il résulte de ce texte qu'il appartient aux associés de procéder à l'évaluation. Celle-ci ne fait pas l'objet de contrôle dans les sociétés de personnes. Comme l'ont fait observer certains auteurs, à propos de la société en nom collectif (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, Obada sociétés commerciales, Bruylant, collection droit uniforme africain, Bruxelles 200, n° 569, p. 317*), le commissaire aux apports n'intervient pour effectuer un contrôle de l'évaluation des apports en nature que dans les cas prévus par la loi ; or l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales ne prévoit l'intervention du commissaire que dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés anonymes.

C - Objet social

22. Défini comme la nature et le domaine de l'activité de la société (*art. 13 AUSCGIE*), l'objet social joue un rôle capital en matière de sociétés commerciales. « L'objet

social conditionne à certains égards l'existence de la société » En effet si l'objet social est illicite, la nullité de l'acte de société est encourue. En tout état de cause, les associés doivent faire figurer l'objet dans les statuts.

23. En dehors de cet aspect que l'on retrouve dans toutes les sociétés, l'objet social se présente sous une physionomie particulière dans les sociétés de personnes, donc dans les sociétés en commandite simple.

C'est en effet l'objet social qui détermine l'étendue des pouvoirs des dirigeants, ceux-ci ne pouvant engager la personne morale, s'il s'agit d'une société de personnes, que par les actes qui rentrent dans l'objet social. Il s'ensuit que les actes accomplis en dépassement de l'objet n'engagent pas la société et les obligations qui en résultent sont supportées par les gérants. Les associés ont donc intérêt à indiquer avec précision, dans les statuts, l'objet de la société, l'utilisation d'une formule vague pouvant donner aux gérants le pouvoir d'accomplir les actes les plus divers de nature à engager la société et, au-delà de celle-ci, les associés commandités qui sont soumis à la règle de la responsabilité solidaire.

24. Les associés ont d'autant plus intérêt à veiller à la détermination précise de l'objet que la société en commandite simple ne peut pas, en raison de la réglementation applicable à certains secteurs, exercer certaines activités notamment en matière bancaire ou dans le domaine des assurances. Ainsi au Sénégal (*et c'est valable pour les autres Etats signataires du Traité de l'UEMOA*), les sociétés en commandite simple ne peuvent pas avoir pour objet l'exploitation d'un établissement bancaire ou d'un établissement financier. En effet l'article 31 de la loi n° 2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire (*JORS n° 6437 du 8 novembre 2008*) réserve le droit d'exercer l'activité bancaire aux sociétés anonymes ou, en cas d'autorisation spéciale accordée par le Ministre chargé des finances, aux sociétés coopératives ou mutualistes à capital variable. De la même manière, l'article 32 de la loi précitée prévoit que les établissements financiers à caractère bancaire doivent être constitués sous forme de société anonyme, de société à responsabilité limitée ou de société coopérative ou mutualiste à capital variable.

En ce qui concerne les entreprises d'assurances, elles prennent nécessairement la forme de société anonyme ou de société d'assurance mutuelle (v. art. 301 Code CIMA).

§II - Formalités constitutives

25. Elles concernent l'établissement des statuts et les mesures de publicité.

A - Établissement des statuts

26. L'expression de la volonté doit être constatée par

la rédaction d'un écrit dénommé statuts. On retrouve ici les règles applicables à toutes les sociétés notamment en ce qui concerne le mode d'établissement des statuts et les mentions qui doivent y figurer ; ces règles sont parfois complétées par des dispositions propres.

I - Mode d'établissement de l'écrit

27. Les associés ont le choix entre l'acte notarié et l'acte présentant des garanties d'authenticité dans l'État partie où se trouve le siège social ; dans ce dernier cas, l'acte doit être déposé avec reconnaissance d'écriture et de signature au rang des minutes d'un notaire.

Si les statuts ont fait l'objet d'un acte sous seing privé, il est dressé autant d'originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social et pour l'accomplissement des diverses formalités. Il doit être remis un exemplaire original à chaque associé. Cette dernière règle est propre aux sociétés de personnes, puisque dans les sociétés à risque limité, c'est un exemplaire établi sur papier libre qui est remis aux associés.

II - Mentions devant figurer dans les statuts

28. L'article 13 AUSCGIE qui indique les mentions devant figurer dans les statuts se trouve dans les dispositions qui constituent le droit commun des sociétés ; il est donc applicable aux sociétés en commandite simple, ce qui fait que les statuts comportent obligatoirement les mentions suivantes :

- la forme de la société ;
- la dénomination suivie, le cas échéant, du sigle ;
- l'objet ;
- la durée ;
- l'identité des apporteurs en numéraire, avec, pour chacun d'eux, la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport ;
- l'identité des apporteurs en nature, la nature et l'évaluation de l'apport effectué pour chacun d'eux, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport ;
- l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci ;
- le montant du capital ;
- le nombre et la valeur des titres sociaux émis, en distinguant, le cas échéant, les différentes catégories de titres créés ;
- les stipulations relatives à la répartition des résultats, à la constitution des réserves et à la répartition du boni de liquidation ;
- les modalités de son fonctionnement.

29. Pour éviter toute équivoque dans la situation respective des commandités et des commanditaires, le législateur communautaire africain prévoit, dans les dispositions propres aux sociétés en commandite simple,

l'obligation de faire figurer dans les statuts, en plus de ces mentions, les indications suivantes :

- 1) le montant ou la valeur des apports de tous les associés ;
- 2) la part dans ce montant ou cette valeur de chaque associé commandité ou commanditaire ;
- 3) la part globale des associés commandités et la part de chaque associé commanditaire dans la répartition des bénéfices et du boni de liquidation.

30. À notre avis, même si l'article 295 AUSCGIE ne vise pas expressément, parmi les mentions obligatoires, les modalités de prise de décision, il faut en faire état dans les statuts. Il n'y a pas, en effet, pour les sociétés en commandite simple, de dispositions légales relatives aux règles de majorité. C'est là une différence fondamentale avec les sociétés en nom collectif. Dans ce dernier type de société, en l'absence de stipulations statutaires prévoyant des règles de majorité particulières, toutes les décisions sont, d'après l'article 283 AUSCGIE, prises à l'unanimité ; il n'y a pas de disposition comparable dans les sociétés en commandite simple et ce silence de la loi doit être analysé comme un renvoi aux statuts, ce qui fait que l'absence de stipulations statutaires fixant les règles de quorum et de majorité est synonyme d'impasse totale.

B - Mesures de publicité

31. Il faut porter la création de la société à la connaissance des tiers. C'est ce qui explique l'intérêt que le législateur attache aux mesures de publicité destinées à assurer cette information. D'ailleurs la société ne peut véritablement accéder à la vie juridique qu'après l'accomplissement de l'une de ces mesures, à savoir l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier.

I - Immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier

32. Lorsque la société est constituée, les dirigeants doivent, dans le mois, requérir l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier (*art. 27, al. 1^{er} AUDCG*)

L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés comporte peu de règles concernant les formalités de l'immatriculation. Il y a juste les articles 73 et 74 relatifs à la déclaration de régularité et de conformité. Selon l'art. 73 al. 2 in fine, la demande d'immatriculation est rejetée s'il n'y a pas de déclaration de régularité et de conformité.

Il n'en serait autrement, précise l'article 74, que si une déclaration notariée de souscription et de versement de fonds était établie et déposée.

On entend par déclaration de régularité et de conformité la déclaration par laquelle les fondateurs et les

premiers membres des organes de gestion, d'administration et de direction relatent les opérations effectuées en vue de constituer régulièrement la société et par laquelle, ils affirment que cette constitution a été réalisée en conformité de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

Pour le reste, il faut se référer à l'Acte uniforme sur le droit commercial général qui indique les mentions devant figurer dans la demande d'immatriculation (*art. 27*), les pièces qui doivent l'accompagner (*art. 28*) et l'autorité compétente pour la traiter (*il résulte de la combinaison des articles 27 et 30 AU/DCG qu'il s'agit du greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le siège social*).

33. En l'absence d'immatriculation la société n'a pas la personnalité morale ; le défaut d'accomplissement de cette mesure de publicité n'est donc pas, comme en droit commun, sanctionné par l'inopposabilité de l'acte non publié.

II - Insertion dans un journal d'annonces légales

34. La formalité de l'immatriculation est suivie d'une publicité sous forme d'insertion d'un avis dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans l'État partie du siège social. Cet avis, qui doit être signé par le notaire ayant reçu le contrat de société ou par les fondateurs doit comporter les mentions prévues par l'article 262 AU/SCGIE (*la raison ou la dénomination sociale suivie, le cas échéant du sigle, la forme de la société, le montant du capital social, l'adresse du siège, l'objet social indiqué sommairement, la durée de la société, le montant des apports en numéraire, la description sommaire et l'évaluation des apports en nature, les nom, prénoms usuels et domicile des associés commandités, les nom, prénoms et domicile des premiers gérants et des commissaires aux comptes, les références du dépôt au greffe, des pièces de constitution, les références de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier et, le cas échéant, la date effective ou prévue du commencement d'activité*).

35. Si cette formalité de publicité est exigée quel que soit le type de société, c'est seulement dans les sociétés en nom collectif et dans les sociétés en commande simple que le législateur a prévu la nullité de l'acte de société en cas de défaut d'accomplissement de la mesure (*art. 245 AUSCGIE*).

Cette sanction est soumise à un régime très particulier. Ce particularisme apparaît à deux points :

- d'une part, au regard des pouvoirs du tribunal ; même s'il constate l'irrégularité, celui-ci a la faculté de ne pas prononcer la nullité dès lors qu'aucune fraude n'est constatée ;
- d'autre part, au regard des effets de la nullité ; ni

les associés, ni la société ne peuvent s'en prévaloir à l'égard des tiers.

Section 3 - Le fonctionnement

36. Il faut étudier la situation des gérants et celles des associés. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique n'impose pas la désignation d'un commissaire aux comptes. Il n'est d'ailleurs fait référence aux commissaires aux comptes que de manière incidente à propos des documents qui doivent être fournis par les dirigeants avant l'assemblée générale annuelle. L'article 306, al 2 AUSCGIE prévoit que les documents comptables, le texte des résolutions proposées ainsi que, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes sont communiqués aux associés au moins quinze jours avant la tenue de ladite assemblée.

§I - Gérance

37. Le statut, le pouvoir et la responsabilité du Penant seront évoqués.

A - Statut du gérant

38. Le gérant désigné pour représenter la société, peut également voir ses fonctions prendre fin.

I - Nomination

39. La société en commandite simple est, sauf stipulation contraire, gérée par tous les associés commandités. Mais la situation la plus courante correspond à celle où les associés, comme les y autorise l'article 298 AU/SCGIE, désignent un ou plusieurs gérants, parmi les associés commandités, ou prévoient les modalités de leur désignation par un acte ultérieur, dans les mêmes conditions que dans une société en nom collectif.

Ce renvoi aux dispositions de la société en nom collectif signifie qu'en l'absence de désignation dans les statuts, les gérants sont nommés aux conditions de majorité fixées par les statuts ou, à défaut, à l'unanimité.

40. Compte tenu de la rédaction de l'article 298 AUSCGIE, il semble que le choix ne puisse porter que sur les commandités. En tout cas, l'exclusion des commanditaires de la catégorie de ceux qui peuvent être nommés gérants résulte clairement de l'article 299 AU/SCGIE. Ce texte prévoit que les associés commanditaires ne peuvent faire aucun acte de gestion externe, même en

vertu d'une procuration. Cette règle traditionnellement dénommée « défense d'immixtion du commanditaire » repose sur deux idées :

- il faut préserver « l'indépendance des commandités qui répondent seuls sur leurs biens personnels du passif social » (*J. Mestre et D. Velordocchio, précit. n° 2892, p. 1421*) et qui doivent conserver le pouvoir d'agir ;
- il faut par ailleurs « protéger les tiers qui pourraient se méprendre sur la position du commanditaire et qui, traitant avec lui, pourraient croire être en présence d'un obligé au passif social » (*J. Mestre et D. Velordocchio, précit. n° 2892, p. 1421*).

41. Selon certains auteurs, en application de cette règle, il est interdit au commanditaire non seulement de se comporter comme gérant, mais également de participer de manière active et ostensible à la gestion en accomplissant des actes qui le mettent en rapport avec des tiers.

Au vu de ce qui précède, constitue une violation de cette règle, le fait pour le commanditaire de passer des marchés pour le compte de la société (*V. en France, Cass. Req., 7 août 1907, D. 1907, I, p. 336*), d'effectuer des démarches auprès d'un banquier afin d'obtenir un emprunt pour le compte de la société (*V. en France, un arrêt ancien de la Cour d'appel de Caen du 16 août 1864, D. 1865, II, p. 33*) ou d'intervenir de manière permanente dans la direction de la société (*V. toujours en France, Cass. Req. 30 déc 1907, D. 1908, I, p. 124*).

L'immixtion du commanditaire dans la gestion externe demeure interdite, même si celui-ci dispose d'une procuration et il n'y a pas à distinguer selon que la procuration émane des autres associés ou du gérant lui-même.

42. La sanction de la violation de la règle de la défense d'immixtion est prévue par l'article 300 AUSCGIE. Il résulte de l'alinéa 1^{er} de ce texte que si les commanditaires accomplissent un acte de gestion en violation de cette règle, ils sont obligés indéfiniment et solidairement avec les associés commandités pour les dettes et engagements de la société qui résultent de l'acte de gestion qu'ils ont posé.

C'est l'alinéa 2 de l'article 300 qui détermine l'étendue de l'engagement des commanditaires auteurs d'actes qualifiés d'immixtion. Selon ce texte, « Suivant le nombre ou la gravité [des] actes, ils peuvent être obligés pour tous les engagements ou pour quelques-uns seulement ». Normalement ceux-ci doivent répondre, sur leur propre patrimoine, des dettes et engagements de la société qui dérivent des actes qu'ils ont accomplis. Mais leur responsabilité cesse d'être limitée aux actes accomplis, et ils pourront alors être obligés pour tous les engagements de la société, lorsque de tels actes sont d'une certaine importance et d'une certaine gravité. Comme on l'a fait observer (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, Obada Sociétés commerciales, Bruylant, collection droit*

uniforme africain Bruxelles 2002, n° 727, p. 356), « Il appartient aux tribunaux, dans chaque cas, d'apprécier le nombre et la gravité des actes » et « L'extension est généralement retenue lorsque les circonstances donnent au commanditaire les apparences d'un véritable gérant ou cogérant ».

43. La règle de la défense d'immixtion est destinée à protéger, non pas les commandités, mais les tiers. Pour cette raison, la responsabilité du commanditaire ne substitue pas à celle des commandités ; le commanditaire est donc solidairement responsable avec le commandité et non responsable à la place de celui-ci ».

De ce que la règle est destinée exclusivement à la protection des tiers, on déduit aussi que « dans ses rapports avec les autres associés, le commanditaire sanctionné ne demeure tenu que dans la limite de son apport, et dans la mesure où il a payé sur ses biens personnels, il aura un recours en contribution contre les commandités » (*J. Mestre et D. Verlardocchio, précit. n° 2894, p. 1422*).

44. L'article 299 AUSCGIE n'interdisant que les actes de gestion externes, les commanditaires peuvent, sans s'exposer à la sanction prévue par l'article 300 du même Acte uniforme, accomplir les actes ne présentant pas ce caractère. Ils doivent pouvoir, pour reprendre la classification faite par certains auteurs (*V. J. Mestre et D. Verlardocchio, précit. n° 2892, p. 1421*) :

- accomplir les actes de gestion interne proprement dits (*tels que « les délibérations par lesquelles ils autorisent le gérant à accomplir des actes excédant ses pouvoirs », « celles par lesquelles ils approuvent les actes passés par le gérant » et « celles limitant les pouvoirs actuels des gérants »*).
- donner des avis et conseils ;
- exercer des contrôles (*L'article 301 AUSCGIE prévoit expressément que les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance n'engagent pas les associés commanditaires*) ;
- passer des contrats passés avec la société ;
- conclure avec les tiers des opérations conclues par lesquelles ils se présentent comme des personnages indépendants et distincts de la société, quoique agissant dans l'intérêt de celle-ci ;
- accomplir des actes postérieurement à la dissolution de la société.

II - Fin des fonctions

45. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ne comporte aucune disposition relative à la fin des fonctions des gérants des sociétés en commandite simple. Même l'article 298 qui renvoie aux dispositions régissant le statut des gérants des sociétés en nom collectif ne déclare applicables aux gérants de la société en com-

mandite simple que les règles relatives à la nomination et aux pouvoirs des gérants.

46. Cependant, malgré le silence de l'Acte uniforme, on doit considérer que les fonctions du gérant de la société en commandite simple prennent fin, comme dans les autres sociétés, lorsque certains événements se produisent.

Il en est ainsi en cas de démission du gérant. Il est vrai que le législateur n'a expressément prévu que la démission des dirigeants des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés anonymes, mais il ne fait aucun doute que le gérant de la société en commandite simple peut prendre l'initiative d'une rupture de ses relations avec la société, en vertu notamment des règles du droit commun du mandat. (*V. en France, D. Martin, La révocation des organes de gestion des sociétés commerciales, Rev. Soc. 1973, p. 373 ; B. Mercadal et Ph. Janin, Memento Lefebvre, Sociétés commerciales, 2003, n° 3846 ; H. Souleau, La démission des dirigeants des sociétés commerciales, RTD Com. 1972, p. 21*). Ce droit de résiliation unilatérale est d'autant plus justifié que, le législateur n'ayant pas limité, comme pour les sociétés à responsabilité limitée, la durée du mandat, il constitue, en l'absence de stipulations statutaires, le seul moyen d'éviter un engagement perpétuel (*V. à propos de la démission des gérants de la Société en nom collectif — mais la situation est identique dans la société en commandite simple — F. Anoukaba A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, Ohada Sociétés commerciales, précit. n° 598, p. 323*). Lorsque le gérant est un associé nommé dans les statuts, sa démission ne devrait-elle pas être subordonnée à l'accord unanime des autres associés ? En France la question s'était posée dans les mêmes termes, pour les gérants des sociétés en nom collectif et la Cour de cassation, établissant une symétrie avec la révocation, avait estimé, même si une telle démission peut s'analyser en une modification des statuts, que le droit de démissionner, comme celui de révoquer est discrétionnaire (*Cass. soc., 6 mai 1982, Rev. Soc. 1982, 523 note Le Cannu*).

Le silence des statuts ne doit pas non plus constituer un obstacle à la possibilité pour les associés de mettre un terme aux fonctions du gérant en décidant de le révoquer ; en l'absence de fixation légale de la durée de son mandat, le gérant serait en état d'inamovibilité si les associés ne pouvaient pas le révoquer.

47. Il convient maintenant d'examiner, les règles de majorité requises pour prendre valablement une décision de révocation. Normalement ce sont les règles fixées par les associés dans les statuts. Mais il n'est pas exclu que les associés ne prennent pas de règles spécifiques. Face à une telle situation, il faudra, à notre avis, distinguer selon que le gérant est ou non désigné dans les statuts.

Si le gérant est désigné dans les statuts, sa révocation équivaut à une modification des statuts ; il en est de même si tous les associés commandités étant gérants,

il s'agit de révoquer l'un d'eux. Dans ces cas, il faudra appliquer les dispositions de l'article 305 AU/SCGIE consacré aux décisions portant modification des statuts. L'application de ce texte conduit à exiger l'unanimité des autres commandités et la majorité en nombre et en capital des commanditaires.

Si le gérant n'est pas nommé dans les statuts, il faudra appliquer les stipulations qui, de manière générale, fixent les règles de prise de décision dans la société. (F. Anoukaha A. Cissé, N. Diouf, J. Nguébou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, *Obada, sociétés commerciales, précit. n° 731, p. 357*).

B - Pouvoirs

48. Les gérants des sociétés en commandite simple, comme tous les dirigeants sociaux, ont les pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la personne morale conformément aux dispositions des articles 121 à 123 AUSCGIE qu'il faut combiner avec l'article 277 du même Acte uniforme consacré à la société en nom collectif mais déclaré applicable à la société en commandite simple.

I - Pouvoirs des dirigeants dans les rapports avec les associés

49. Principes généraux - L'article 277, al. 1^{er} AUSCGIE consacré aux pouvoirs internes des gérants des sociétés en nom collectif et qui s'applique aux gérants des sociétés en commandite simple se réfère aux rapports entre associés ; cette référence est maladroite, puisque le gérant n'est pas nécessairement un associé. Étant donné que le gérant peut être choisi en dehors des associés, le législateur aurait dû viser les rapports avec les associés et non entre associés.

50. Sous le bénéfice de cette observation, on peut noter qu'en l'absence de détermination de ses pouvoirs, le gérant est habilité à accomplir tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société. Cela signifie que si les statuts ne comportent pas de stipulations ayant pour objet ou pour effet de limiter les pouvoirs du gérant, et c'est souvent ce qui se passe puisque les associés évitent de brider le gérant qui a besoin d'une marge de manœuvre suffisante, celui-ci peut accomplir tous les actes liés à la gestion courante de la société : achat et vente de marchandises, renouvellement du matériel, recrutement et licenciement du personnel, détermination de la rémunération des agents, ouverture et gestion des comptes, souscription, acceptation et endossement des effets de commerce, paiement des sommes dues, action en justice, acquisition et cession d'immeubles, création de succursales, acquisition d'actions ou de parts ou d'actions d'une autre société, location-gérance, nantissement ou, dans certains cas, cession de fonds de commerce.

Les actes doivent être accomplis dans l'intérêt de la

société (*Sur la notion d'intérêt social V. en Droit français : C. Bailly-Masson, L'intérêt social : une notion fondamentale, Les Petites Affiches, 9 nov. 2000, n° 224, p. 8 ; J.P. Bertel, B. Field, C. Neuville, I. Vezinet et P. Bézard, L'intérêt social, Droit & Patrimoine, avr. 1997, 44 ; A. Couret, L'intérêt social, JCP 1996, E, 4 ; D. Schmidt, De l'intérêt social, JCP 1995, E, n° 38, 488 ; G. Soussi, L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, Thèse Lyon III 1974 ; en droit OHADA : B.Y. Meuke, De l'intérêt social dans l'AUSC de l'OHADA, Penant n° 859 juill. Sept. 2007, p. 338 ; Obadata D.06-24 ; MOUTHIEU NJANDEU (M.A.), L'intérêt social en droit des sociétés, collection Études africaines, L'Harmattan, Paris, 2009) et le gérant doit s'abstenir d'accomplir des actes qui ne contribuent pas à la réalisation de l'objet social.*

51. L'article 277, al. 1^{er} réserve cependant la possibilité pour les associés de limiter les pouvoirs du gérant ; ceux-ci peuvent, par exemple, interdire au gérant l'accomplissement de certains actes importants ou subordonner l'accomplissement de certains actes à l'accord ou à l'autorisation préalable de l'assemblée.

Lorsqu'il y a une clause limitant les pouvoirs du gérant, l'acte accompli par celui-ci en violation de cette clause reste valable, car la société ne pourrait l'opposer au cocontractant et refuser d'exécuter l'engagement pris. En effet, l'art. 277, dernier al. prévoit expressément que les clauses limitant les pouvoirs du gérant sont inopposables aux tiers.

52. À défaut de pouvoir se prévaloir des clauses limitant les pouvoirs, la société pourra toujours engager la responsabilité du gérant, tout comme elle pourra engager la procédure de révocation.

53. Il peut arriver qu'il y ait plusieurs gérants. Dans une telle hypothèse, chacun d'eux aura le pouvoir d'engager seul la société par les actes qu'il accomplit. Il est cependant possible, pour chaque gérant, de s'opposer à l'accomplissement d'un acte envisagé par un autre (art. 277, al. 1^{er} in fine). Une telle opposition est cependant, sauf circonstances exceptionnelles, sans effet à l'égard des tiers.

II - Pouvoirs dans les rapports avec les tiers

54. Selon l'article 277, al. 2 AUSCGIE le gérant de la société en commandite simple a tous pouvoirs pour engager la société à l'égard des tiers. Pour éviter aux tiers les difficultés liées à la recherche des pouvoirs du gérant par une lecture minutieuse des statuts, l'Acte uniforme précise que celui-ci dispose des pouvoirs les plus étendus pour engager la société et n'a pas, pour cela, à justifier d'un mandat spécial (V. l'art. 123 AUSCGIE qui se trouve dans les dispositions générales et qui s'applique donc à tous les dirigeants sociaux). Il faut bien entendu, pour que la société soit engagée, que le

gérant ait entendu agir en son nom et révèle sa qualité de représentant légal en utilisant la signature sociale (*Certains auteurs soutiennent cependant, en analysant les pouvoirs du gérant de la société en nom collectif dont le statut est déclaré applicable au gérant de la société en commandite simple, que celui-ci peut engager la société même s'il n'utilise pas la signature sociale*; v. P.G. Pougoué, F. Anoukaba et J. Nguébou Toukam, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, OHADA, coll. Droit uniforme, PUA, 1998, n° 337, p. 153). Il faut cependant que le tiers qui se prévaut, à l'égard de la société, de l'engagement, apporte la preuve de son caractère social (F. Anoukaba A. Cissé, N. Diouf, J. Nguébou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, *Obada, sociétés commerciales*, n° 624, p. 328 en note).

55. Les associés ont cependant la possibilité de limiter les pouvoirs du gérant en insérant, dans les statuts, des clauses ayant pour objet d'interdire à celui-ci l'accomplissement de certains actes ou de subordonner l'accomplissement de tels actes à l'autorisation préalable de l'assemblée. Le souci d'assurer la protection des tiers a conduit le législateur à limiter l'efficacité de telles clauses aux rapports avec les associés ; de telles clauses sont en effet inopposables aux tiers. L'article 277 dernier al. AUSCGIE (*déclaré applicable à la société en commandite simple*) qui consacre cette règle est en contradiction avec l'article 123 AUSCGIE qui se trouve dans les dispositions générales. Alors que le premier texte interdit à la société de se prévaloir des clauses limitatives des pouvoirs du gérant dans leurs rapports avec les tiers sans distinction, l'article 123 réserve la protection aux seuls tiers de bonne foi. On déduit de l'absence de distinction, dans l'article 277, dernier alinéa, entre les tiers de bonne foi et les tiers de mauvaise foi, que « les rédacteurs de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ont [...] entendu dire que, dans les sociétés en nom collectif [et donc dans les sociétés en commandite simple], la connaissance par le tiers de la limitation des pouvoirs du gérant ne prive pas l'action tendant à obtenir l'exécution de l'acte passé en violation de la clause limitant les pouvoirs (v. F. Anoukaba A. Cissé, N. Diouf, J. Nguébou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, *Obada, sociétés commerciales*, n° 625, p. 329).

56. Dans les sociétés de personnes, les associés qui sont indéfiniment et solidairement responsables peuvent souffrir des engagements inconsidérés du gérant. Pour assurer leur protection, l'Acte uniforme a pris le soin de préciser que le gérant d'une société n'engage celle-ci que par les actes qui entrent dans l'objet social. Les associés ont donc tout intérêt à déterminer avec précision l'objet. Si par l'utilisation de formules vagues, les associés ne donnent pas d'indications précises sur la nature et le domaine de l'activité de la société, le gérant aura des pouvoirs très étendus et pourra « accomplir tous les actes d'administration et de disposition dès lors

qu'ils se rattachent au but poursuivi par [ces] associé sen constituant la société » (V. F. Anoukaba A. Cissé, N. Diouf, J. Nguébou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, *Obada, sociétés commerciales*, n° 626, p. 329).

57. Il peut arriver qu'il y ait plusieurs gérants. Dans ce cas, ils « détiennent séparément tous pouvoirs pour engager la société à l'égard des tiers, quelles que soient les clauses des statuts » (Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, édit. par Germain, n° 1197, p. 140) ; chacun d'eux pourra, comme s'il était gérant unique, engager la société à l'égard des tiers par les actes qui entrent dans l'objet social.

Un gérant peut certes s'opposer à un acte envisagé par un autre ; mais une telle opposition serait sans effet à l'égard des tiers, ce qui fait que ni la société, ni les associés ne pourraient invoquer l'opposition d'un gérant pour remettre en cause un acte accompli par un autre, à moins qu'il ne soit établi que le tiers avec lequel l'acte a été passé a eu connaissance de cette opposition.

58. Les associés peuvent être tentés d'insérer dans les statuts des stipulations ayant pour objet de répartir les pouvoirs entre les gérants ou d'imposer aux gérants d'agir collectivement ; de telles stipulations sont inopposables aux tiers, de telle sorte que ni la société, ni les associés ne pourraient s'en prévaloir à leur égard. L'article 277 dernier alinéa AUSCGIE qui limite l'efficacité de telles clauses ne fait, rappelons-le, aucune différence entre tiers de bonne foi et tiers de mauvaise foi.

C - Responsabilité du gérant

59. Il n'y a pas, à la différence de ce qui se passe dans les sociétés à risque limité, de dispositions propres à la responsabilité civile des gérants des sociétés de personnes. Il faut donc se tourner vers les dispositions générales applicables à toutes les sociétés, précisément les articles 165 à 172 AUSCGIE.

Ces textes prévoient que le gérant peut être déclaré responsable tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers.

I - Responsabilité à l'égard de la société

60. Le gérant de la société en commandite simple peut, comme tous les dirigeants sociaux, être déclaré responsable, dans les conditions prévues par les articles 161 et s. AUSCGIE, envers la société pour les fautes commises dans l'exercice de ses fonctions.

L'action sociale qui est enfermée dans les délais prévus par l'article 170 AU/SCGIE (*le délai d'exercice de l'action est, d'après cet article, de trois ans, sauf si le fait est qualifié crime, auquel cas, il est porté à dix (10) ans ; il court du jour où le fait dommageable s'est produit, ou,*

s'il a été dissimulé, du jour de sa révélation) est portée devant le tribunal du lieu où se trouve le siège social.

Elle est normalement exercée par le représentant légal, donc le gérant. Dans ces conditions, tant que le gérant fautif est en fonction, l'action risque de ne pas être exercée. Pour remédier à cela, l'article 167 AUSCGIE ouvre aux associés la possibilité d'exercer l'action sociale après une mise en demeure restée sans effet pendant trente jours.

61. Pour éviter les éventuelles entraves à l'exercice, par les associés, de l'action sociale, l'Acte uniforme a prévu deux types de règles :

- d'une part, sont réputées non écrites toutes les clauses ayant pour objet ou pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée ou d'un autre organe de la société (*art. 166 AUSCGIE*) ;
- d'autre part, aucune décision de l'assemblée des associés ou d'un autre organe (un quitus par exemple) ne peut pas avoir pour effet d'éteindre l'action.

II - Responsabilité envers les associés ou les tiers

62. Les associés et les tiers (*art. 161 et 162 AUSCGIE*) peuvent exercer une action individuelle pour obtenir réparation du préjudice qu'ils ont personnellement subi du fait des fautes commises par le gérant de la société en commandite simple dans l'exercice de ses fonctions (*Sur la difficulté à distinguer l'action exercée contre le dirigeant social et l'action dirigée contre la société v. TRHC Dakar, jgt n° 1928 du 27 juil. 2004, Libasse Diagne c/Ernest & Young Audit, inédit ; cette décision a été rendue à propos d'une société anonyme, mais le problème se pose dans les mêmes termes dans toutes les sociétés. Il s'agissait d'un dirigeant social, en l'espèce un président de conseil d'administration révoqué par les membres du conseil, qui avait intenté, contre la société qu'il dirigeait, une action en responsabilité en se fondant sur les articles 130 et 162 AUSCGIE ; la fin de non-recevoir fondée sur la prescription lui ayant été opposée, il modifia le fondement de sa demande en soutenant que ces articles ont été invoqués par inadvertance et que l'action n'était pas exercée contre les dirigeants, mais contre la société sur le fondement des articles 118, 122 et 133 du COCC, ce qui fait que c'est le délai de prescription de dix ans prévu par l'article 222 COCC qu'il fallait prendre en compte. Pour déclarer l'action éteinte par la prescription, le tribunal a relevé que le régime spécial de l'article 161 seul applicable en l'espèce « ne se confond, ni ne se cumule avec celui de droit commun organisé par les dispositions du Code des obligations civiles et commerciales », que le demandeur en articulant les faits tels que décrits dans le dossier et en invoquant les articles 130 et 162 AUSCGIE ainsi que les articles 118 et suivants COCC « a entendu nécessairement initier l'action individuelle » et qu'il « est mal*

venu à invoquer une erreur sur le fondement juridique de son action »).

63. Il peut arriver que plusieurs dirigeants aient participé à la réalisation du même dommage ; dans ce cas, leur responsabilité sera solidaire et il appartient au tribunal de déterminer, dans leurs propres rapports, la part contributive de chacun.

64. Que les fautes soient commises par un gérant ou plusieurs gérants, l'action se prescrit toujours par trois ans à compter du fait dommageable, sauf si ce fait a été dissimulé auquel cas, le point de départ du délai est fixé au jour de sa révélation. Si le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par dix (10) ans.

§II - Associés

65. En contrepartie de leurs apports, les associés reçoivent des parts sociales, au-delà, leur situation juridique doit être précise.

A - Les parts sociales

66. Les droits des associés sont représentés par des parts sociales soumises à un régime particulier, notamment en cas de cession, en raison du caractère fortement personnalisé de la société en commandite simple.

I - Cession volontaire

67. Les parts des sociétés en commandite simple, qu'elles soient détenues par des commandités ou par des commanditaires, ne sont pas librement cessibles et cela s'explique aisément. La situation du commandité est analogue à celle de l'associé en nom. Pour cette raison, la cession de ses parts ne peut intervenir qu'avec le consentement des autres. Le commanditaire, en ce qui le concerne, est certes tenu des dettes jusqu'à concurrence de son apport, ce qui fait que le caractère personnel de sa part ne soit pas très marqué. Mais, « on ne peut ignorer que sa personnalité intéresse non seulement ses coassociés, mais aussi les tiers qui ont besoin de savoir quelles sont les personnes qui ont fait confiance aux commandités pour mesurer le crédit qu'il y a lieu de leur accorder. C'est pourquoi la cession de ses parts ne peut être totalement libre » (*V. F. Anoukaba A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, Ohada, sociétés commerciales, n° 749, p. 361*). On comprend dans ces conditions pourquoi le législateur « déclare dans une formule générale, que les parts des sociétés en commandite simple ne sont cessibles qu'avec le consentement unanime des associés, sans faire de distinction selon qu'elles sont détenues par des commandités ou des commanditaires » (*V. F. Anoukaba*

A. Cissé, N. Diouf, J. Nguébou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, Ohada, sociétés commerciales, précit.).

68. Contrairement à ce qui se passe dans les sociétés en nom collectif, la règle qui subordonne la cession au consentement unanime des associés n'est pas, en ce qui concerne les sociétés en commandite simple, d'ordre public, puisqu'il est permis d'insérer, dans les statuts, des stipulations ayant pour objet d'assouplir les conditions de la cession. À cet égard on retrouve la distinction entre parts de commanditaire et parts de commandité.

Il est possible de prévoir, pour la cession des parts des commanditaires, deux types d'aménagement selon la qualité du cessionnaire. Les associés peuvent décider en effet que :

- les parts des commanditaires sont librement cessibles entre associés ;
- ces parts peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires.

Les associés ont moins de liberté lorsqu'il s'agit de cession des parts des commandités, dans la mesure où ils ne sont autorisés à écarter le caractère unanime du consentement, tout au moins lorsque le cessionnaire n'est pas un autre commandité, que si le cédant conserve une partie de ses parts. En effet la seule stipulation admise en la matière est celle qui prévoit que ces parts peuvent être cédées en partie à un associé commanditaire ou à un tiers avec le consentement de tous les associés commandités et le consentement de la majorité en nombre et en capital des commanditaires.

69. Lorsque le consentement est obtenu dans les conditions prévues par l'article 296 AUSCGIE, la cession des parts devra être constatée par écrit (*art. 297, AUSCGIE*).

La cession valablement faite n'est opposable à la société et aux tiers que si certaines formalités sont accomplies. De ce point de vue, l'article 297 AUSCGIE distingue selon qu'il s'agit de la société ou des tiers.

Pour l'opposabilité à la société, il faut accomplir l'une des formalités suivantes : soit la signification de la cession à la société, soit l'acceptation par la société de la cession dans un acte authentique, soit le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de dépôt.

Pour l'opposabilité aux tiers, il faut, en plus de l'accomplissement de l'une de ces formalités, une publication par un dépôt au registre du commerce et du crédit mobilier.

II - Cession forcée

70. Avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de

recouvrement et des voies d'exécution (AUSCGIE), il y avait, dans pratiquement tous les pays qui constituent aujourd'hui l'espace OHADA, en l'absence de texte, une incertitude totale sur la question de la saisissabilité des droits d'associés et des valeurs mobilières. Aujourd'hui la nouvelle législation sur les voies d'exécution ne laisse aucune place à des hésitations, puisqu'elle consacre, à côté de la saisie des valeurs mobilières, la saisie des droits d'associés. Cette option s'explique aisément. Il est vrai que la saisie n'est rien d'autre qu'une cession forcée ; il est tout aussi vrai que « les droits d'associés, compte tenu des structures fortement personnalisées des sociétés qui les émettent, ne sont cessibles qu'avec le consentement des coassociés du saisi, lesquels ne sont pas tenus d'accepter un tiers dans la société » (*V. F. Anoukaba A. Cissé, N. Diouf, J. Nguébou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, Ohada, sociétés commerciales, précit, n° 680, p. 342*). Mais ce qu'il faut avoir à l'esprit c'est que le droit des voies d'exécution ne pouvait se désintéresser des droits d'associés qui peuvent représenter des valeurs pécuniaires importantes et toute solution débouchant sur une insaisissabilité de ces droits aurait pour effet de permettre à des débiteurs de mauvaise foi de « faire échapper leurs capitaux à l'emprise de leurs créanciers en les plaçant en parts sociales ».

71. Pour tenir compte de la particularité de l'objet de la saisie (*celle-ci porte sur une part sociale*), l'article 244 AUPSRVE prévoit que « les éventuelles procédures légales et conventionnelles d'agrément, de préemption ou de substitution sont mises en œuvre conformément aux dispositions propres à chacune d'elles ». Il résulte de ce texte que le cessionnaire devra être agréé conformément aux dispositions de l'article 296 AUSCGIE.

72. Pour ce qui est de la cession proprement dite, elle prend en principe la forme d'une vente amiable comme en matière de saisie, puisque l'article 240 AU/PSRVE applicable à la saisie des droits d'associés et valeurs mobilières renvoie aux articles 115 à 119 du même Acte uniforme qui constituent le siège des règles applicables à la saisie-vente.

C'est à défaut de vente amiable dans le délai, qu'il est procédé à la vente forcée sous forme d'adjudication.

B - Situation juridique des associés

73. La qualité d'associé confère des droits et impose en même temps des obligations à leur titulaire.

I - Droits

74. Du point de vue des droits, les commandités et les commanditaires sont pratiquement dans la même situation. Ils ont tous un droit de contrôle ainsi que le

droit de prendre part aux décisions et de participer au profit résultant de l'exploitation sociale.

a - Droit de contrôle

75. Les associés, qu'ils soient commanditaires ou commandités, ont un droit de contrôle étendu sur l'activité de la société et les actes accomplis par le gérant. Ils ne peuvent cependant exercer efficacement ce droit que s'ils ont une information complète sur la situation de la société. Pour cette raison, l'article 307 AU/SCGIE prévoit qu'ils « ont le droit, deux fois par an, d'obtenir communication des livres et des documents sociaux et de poser par écrit des questions sur la gestion sociale, auxquelles il doit être répondu également par écrit ».

Ce texte complète, pour la société en commandite simple, les dispositions générales applicables à toutes les sociétés et qui donnent à chaque associé le droit de déclencher la procédure d'alerte en posant au gérant des questions sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (*art 157 AUSCGIE*) ou la procédure d'expertise de gestion en demandant, sous certaines conditions (*représenter au moins le cinquième du capital*), au Président de la juridiction compétente, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion (*art. 159 AUSCGIE*).

b - Droit de prendre part aux décisions collectives

76. Selon l'article 283 AUSGIE, toutes les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants sont prises par la collectivité des associés.

Les modalités de prise de décisions dépendent de la volonté des associés qui choisissent, dans les statuts, entre assemblée générale et consultation écrite. Il est à parier que les associés auront le plus souvent recours aux consultations écrites au regard des contraintes liées à l'organisation d'une assemblée. En effet, s'il y a lieu de réunir l'assemblée, le gérant fait parvenir aux associés, au plus tard quinze jours avant la date prévue pour sa tenue, par lettre au porteur contre récépissé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par télex ou par télécopie, une convocation indiquant la date, le lieu de réunion ainsi que l'ordre du jour. Le non-respect de ces règles de tenue de l'assemblée est sanctionné par la nullité, même si celle-ci est écartée lorsque tous les associés étaient présents ou représentés.

77. La liberté des associés dans la détermination des modalités de prise de décision est cependant doublement limitée.

La première limite résulte de l'article 302 al. 3 AUSCGIE aux termes duquel la réunion d'une assemblée de tous les associés est de droit, si elle est demandée soit

par un associé commandité, soit par le quart en nombre et en capital des associés commanditaires.

La seconde limite découle de l'article 306 al. 1^{er} AUSCGIE consacré à l'approbation des documents comptables établis par les gérants. Il résulte de ce texte qu'il « est tenu chaque année, dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice, une assemblée générale annuelle au cours de laquelle le rapport de gestion, l'inventaire et les états financiers de synthèse établis par les gérants sont soumis à l'approbation de l'assemblée ». Comme on l'a fait observer à propos de la société en nom collectif, mais l'observation est valable pour la société en commandite simple, « la netteté des termes utilisés et la référence, dans les alinéas suivants aux conditions de tenue de cette assemblée montrent que les rédacteurs de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ont entendu écarter la consultation écrite en la matière » (*V. F. Anoukaba A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, Ohada, sociétés commerciales, précit, n° 639, p. 332*). Pour la tenue de l'assemblée annuelle l'alinéa 2 de l'article 306 AUSCGIE met à la charge des gérants l'obligation de communiquer aux associés, au plus tard quinze jours avant la tenue de l'assemblée, le rapport de gestion, l'inventaire, les états financiers de synthèse, ainsi que, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes. La nullité est encourue en cas de manquement à cette obligation d'information. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a le mérite de trancher un débat qui a longtemps opposé les auteurs français du fait de l'imprécision du code de commerce. En France, il faut le rappeler, certains auteurs estiment qu'on doit déduire du principe de liberté posé par l'article L 222-5 C. Com la possibilité pour les statuts de prévoir la consultation écrite pour l'approbation annuelle des comptes (*Derrida, Rep. Dalloz Sociétés, Commandite simple, n° 94, Hémar, Terré et Mabilat, Sociétés commerciales, T. 1, n° 339*) alors que pour d'autres (*Bastian, J.6Cl. Sociétés, Traité, Fasc. 33, n° 125; J. Mestre et D. Velordocchio, Lamy Soc. Com. Précit n° 2899, p. 1424*) « il faut déduire du renvoi général de l'article L 222-2 du Code de commerce aux règles de la société en nom collectif, l'exigence d'une réunion de l'assemblée des associés pour cette approbation » (*V. J. Mestre et D. Velordocchio, précit*).

78. Le législateur communautaire africain laisse également une place importante à la volonté des associés dans la détermination des règles de quorum et de majorité. Il ne fixe ni les règles de quorum, ni les règles de majorité ; il n'y a même pas de règle supplétive comme dans les sociétés en nom collectif où il est prévu que les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants sont, sauf stipulation contraire des statuts, prises à l'unanimité des associés. Il appartient donc aux associés d'indiquer, dans les statuts, le nombre de parts qui doivent être détenues par ceux qui sont présents ou représentés pour que l'assemblée puisse valablement délibérer.

79. Il leur appartient également de déterminer la majorité requise pour la prise de décision. La liberté des associés est cependant, à ce niveau également, doublement limitée.

Une première limite se trouve dans l'article 306 AUSCGIE qui est consacré à l'assemblée annuelle. Selon l'alinéa 3 de cet article, cette assemblée « ne peut valablement se tenir que si elle réunit une majorité d'associés représentant la moitié du capital social ». Une telle disposition exclut clairement la possibilité pour les associés de fixer le quorum.

Une seconde limite tient à ce que c'est l'article 305 AUSCGIE lui-même qui fixe les règles de majorité requises pour les modifications des statuts. Ce texte commence en effet par préciser que « toutes les modifications des statuts peuvent être décidées avec le consentement de tous les associés commandités et la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires » ; il ajoute ensuite que les clauses qui édictent des conditions de majorité plus strictes sont réputées non écrites. En interdisant de telles clauses, l'Acte uniforme limite les pouvoirs des associés en matière de détermination des règles de majorité.

c - Droit à une part des bénéfices

80. Tous les associés, quelle que soit leur qualité, ont le droit de participer aux résultats positifs de l'exploitation sociale. Les commanditaires ont donc, comme les commandités, droit à une part des bénéfices réalisés en cours de vie sociale. Ils ont également droit à une part du boni de liquidation.

La part de chaque associé dans les bénéfices ou le boni de liquidation est fonction, non pas de sa qualité de commandité ou de commanditaire, mais de la quotité du capital détenue. L'article 54 AUSCGIE, qui se trouve dans les dispositions générales, prévoit, en effet, que les droits pécuniaires des associés sont, sauf clause contraire, proportionnels à leurs apports.

II - Obligations

81. L'associé de la société en commandite simple est tenu du passif social et des pertes.

a - Obligation de répondre des dettes sociales

82. C'est à ce niveau qu'apparaît véritablement la différence de statut entre commandités et commanditaires.

Les premiers sont dans la même situation que les associés en nom, puisqu'ils sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Ils peuvent donc être poursuivis par les créanciers toutes les fois que la société ne veut pas ou ne peut pas payer. Même si les dispositions de l'Acte uniforme consacrées à la

société en commandite simple ne renvoient pas, en la matière, aux règles sur les sociétés en nom collectif, on doit considérer que les commandités ne peuvent être poursuivis qu'après une mise en demeure restée infructueuse.

Lorsque les conditions prévues pour les poursuites sont réunies, les commandités qui en font l'objet sont tenus sur l'ensemble de leurs biens saisissables.

Les seconds sont tenus des dettes sociales dans la limite de leurs apports. Il existe cependant des cas dans lesquels le commanditaire est tenu, solidairement avec les commandités, sur l'ensemble de ses biens personnels.

Ainsi lorsque les circonstances de son immixtion dans la gestion des affaires lui donnent les apparences d'un véritable gérant, il est soumis à la règle de la responsabilité solidaire et indéfinie (*Rappelons que selon l'article 300 al. 1^{er}, en cas de contravention à la prohibition de l'immixtion dans la gestion, l'associé ou les associés commanditaires sont obligés indéfiniment et solidairement avec les associés commandités pour les dettes et engagements de la société qui dérivent des actes de gestion qu'ils ont faits*).

De même lorsque le nom d'un commanditaire est incorporé dans la dénomination sociale, il répond indéfiniment et solidairement avec les commandités des dettes sociales (*art. 294 al. 2 AUSCGIE*).

b - Contribution aux pertes

83. Les associés créent la société pour rechercher des bénéfices destinés à être partagés. Mais il arrive parfois que l'exploitation sociale débouche sur des pertes. Dans ce cas, tous les associés, qu'ils soient commandités ou commanditaires, doivent contribuer à ces pertes. La part contributive de chacun dépend, non pas de sa qualité, mais de la quotité du capital détenue, à moins que les statuts écartent la règle de la proportionnalité.

Section 4 - Transformation et dissolution

84. Au cours de son fonctionnement, la société en commandite simple peut être appelée à se restructurer ou à mettre un terme à son existence.

§1 - Transformation

85. C'est l'opération par laquelle les associés changent la forme juridique de la société, par une modification des statuts, sans créer une personne morale nouvelle (*V. en droit français, D. Gibirila, J.-Cl. Sociétés, Fasc. 1109, Transformation, fusion, scission et prorogation ; D. Roure, La transformation des sociétés, Thèse, Lyon III, 1993*).

86. Il n'y a, dans les dispositions propres à la société

en commandite simple, aucune règle relative à la question de la transformation. Il faut donc se reporter aux dispositions communes, notamment les articles 181 et S. AUSCGIE. Il résulte de ces dispositions que la transformation passe par une modification des statuts ; il faut, par conséquent, une décision prise à l'unanimité des commandités et à la majorité en nombre et en capital des commanditaires. Toutefois, lorsque la société en commandite doit être transformée en société en nom collectif, il faut l'unanimité des associés ; en effet, même si aucun texte ne le prévoit expressément, on doit considérer qu'en raison de l'augmentation de leurs engagements qui résulte d'une telle transformation, les associés commanditaires doivent donner leur consentement.

87. Il existe un texte qui, bien que se trouvant dans les dispositions générales, intéresse particulièrement les sociétés de personnes ; il s'agit de l'article 186 AUSCGIE. Selon l'alinéa 2 de ce texte, « En cas de transformation d'une société dans laquelle la responsabilité des associés est illimitée, en une forme sociale caractérisée par une limitation de la responsabilité des associés à leurs apports, les créanciers dont la dette est antérieure à la transformation conservent leurs droits contre la société et les associés ». Appliqué à la société en commandite simple, ce texte signifie, à notre avis, qu'en cas de transformation en société à risque limité (société anonyme ou société à responsabilité limitée), les commandités restent tenus, à l'égard des créanciers dont le droit est né antérieurement à la transformation, indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

§II - Dissolution

88. On retrouve, dans les sociétés en commandite simple, les causes de dissolution communes à toutes les sociétés (*arrivée du terme, réalisation ou extinction de l'objet, annulation de l'acte de société, survenance d'un événement prévu comme cause de dissolution, liquidation des biens de la société, décision de dissolution anticipée prise par les associés, décision judiciaire de dissolution pour justes motifs par exemple*). Il y a en outre les causes, de dissolution propres aux sociétés de personnes ; il s'agit le plus souvent d'événements qui touchent à la vie des associés. Tel est le cas, s'agissant des sociétés en commandite simple, du décès d'un commandité. C'est ce qui résulte de l'article 308 AU/SCGIE. Ce texte commence par indiquer que le décès d'un commanditaire n'entraîne pas la dissolution ; il ajoute ensuite que s'il est stipulé que, malgré le décès de l'un des associés commandités, la société va continuer avec ses héritiers, ceux-ci deviennent associés commanditaires lorsqu'ils sont mineurs non émancipés. Cela signifie que le décès d'un associé commandité entraîne la dissolution de la société s'il n'y a pas de clause de continuation.

Il est possible que l'associé décédé soit le seul associé commandité et que tous ses héritiers soient des mineurs non émancipés ; dans ce cas, il doit être procédé au remplacement de cet associé par un nouvel associé commandité ou à la transformation de la société dans le délai d'un an à compter du décès. À défaut, la société est dissoute de plein droit.

Diouf NDIAW

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- A**
 Apports 6, 8, 19, 20, 21, 29, 65, 80, 82, 87
 - en numéraire 34
 - en nature 21, 34
 Assemblée générale 36, 76, 77
 - convocation 76
 Associé 1, 3, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 19, 21, 22, 23, 24, 27, 29, 34, 35, 36, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 49, 50, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 65, 66, 67, 68, 70, 72, 73, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87
 - commandité 1, 6, 8, 13, 16, 23, 29, 34, 39, 42, 47, 67, 77, 79, 82, 88
 - commanditaire 1, 6, 7, 29, 40, 44, 77, 79, 82, 86, 88
 - nombre 11, 28, 42, 47, 68, 77, 78, 79, 86
 - droit 6, 74, 75, 77, 80, 87
 - obligation 4, 77, 82
- B**
 Bénéfices 6, 29, 80, 83
- C**
 Capital social 18, 34, 79
 - montant 34
 Constitution 9, 17, 28, 32, 34
 - conditions de fond 9, 10
 - consentement 6, 11, 14, 67, 68, 69, 70, 79, 86
 - capacité 11, 16
 Contribution aux pertes 83
- D**
 Dividende 2, 6
 Décisions collectives 3, 76
 Dissolution de la SCS 6, 44, 88
 Dénomination sociale 5, 7, 34, 82
- G**
 Gérant 3, 23, 34, 36, 41, 42, 44, 45, 46, 49, 50, 55, 56, 57, 59, 60, 62, 75, 76, 77, 78, 82
 - désignation 3, 38, 39
 - durée du mandat 46
 - démission 46
 - révocation 47, 52
 o par les associés 47

I

Immatriculation 31, 32, 33, 34
Insertion d'un avis 34

N

Nullité 14, 22, 35, 77
- action en responsabilité 62

O

Objet social 10, 22, 23, 34, 50, 56, 57

P

Parts sociales 1, 6, 8, 19, 65, 66, 70
- cession 66, 67, 68, 69, 72
- volontaire 68
- forcée 70, 72
Pouvoirs du gérant 50, 51, 54, 55

R

Responsabilité civile 59
- action individuelle 62

S

Statut 3, 16, 17, 23, 45, 54, 82
- établissement 25, 26, 27, 28
- modification 46, 47, 79, 85, 86
- mentions 54, 57, 58, 68, 76, 77

T

Transformation de la SCS 4, 85, 86,
87, 88

SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

Table des matières

Introduction n° 1-7

Section 1 : **Constitution de la SNC** n° 8

§1 - Conditions de fond n° 9

A - Associés n° 10-12

B - Capital social n° 13-16

C - Objet social n° 17-18

§2 - Formalités constitutives n° 19

A - Rédaction des statuts n° 20-21

B - Formalités de publicité n° 22-23

Section 2 : **Fonctionnement de la SNC** n° 24

§1 - Gérance n° 25

A - Statut du gérant n° 26

I - Nomination du gérant n° 27-28

II - Révocation du gérant n° 29-32

II - Rémunération du gérant n° 33

B - Pouvoirs du gérant n° 34

I - Pouvoirs dans les rapports internes n° 35-37

II - Pouvoirs dans les rapports externes n° 38-40

§2 - Associés en nom n° 41

A - Droits des associés en nom n° 42

I - Droit à l'information n° 43-44

II - Droit de participer à la vie sociale n° 45-47

B - Obligations des associés en nom n° 48

I - Obligation au passif social n° 49-52

II - Autres obligations des associés en nom n° 53-54

§3 - Événements de la vie financière n° 55

A - Cession des parts sociales n° 56-57

B - Transmission des parts sociales n° 58-59

Section 3 : **Disparition de la SNC** n° 60

§1 - Transformation de la SNC n° 61

§2 - Dissolution de la SNC n° 62

Bibliographie

- ANOUKAHA (F.), CISSÉ (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P-G) et SAMB (M.), OHADA. Sociétés commerciales et GIE, Juriscope 2002 ;
- CA Ouagadougou, arrêt n° 40 du 2 mai 2003, affaire J. F. T c/J. P. K ohadata J-04-365.
- MARTOR (B.), N. PILKINGTON, D. SELLERS et S. THOUVENOT, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Avec la participation de P. Ancel, B. Le Bars et R. Masamba, Litec 2004 ;
- NGUEBOU (J.), Le droit commercial dans l'Acte uniforme OHADA, Collection Droit Uniforme, Presses Universitaires d'Afrique 1998 ;
- PÉDRO SANTOS (A.) et YADO TOE (J.), OHADA. Droit commercial général, Bruylant-Bruxelles 2002.
- POUGOUÉ (P-G), F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU, Présentation de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté le 17 avril 1997, in ohada. com : <http://www.ohada.com>.

1. La société en nom collectif (SNC) représente le prototype des sociétés de personnes. Tous les associés ont la qualité de commerçants, leur responsabilité est indéfinie et solidaire. La société est dominée par *l'intuitu personae*, ce qui signifie que les associés se mettent ensemble parce qu'ils se connaissent et se font confiance. La prise en compte de la qualité de la personne en fait une société fermée. Ces caractéristiques de la SNC découlent de la définition que l'article 270 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE en donne. Selon ce texte, la SNC est la société dans laquelle tous les associés ont la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Par ailleurs, comme les autres sociétés commerciales du droit OHADA et en application de l'article 6, alinéa 2, de l'Acte uniforme,

la SNC est commerciale par la forme, quel que soit son objet (F. Anoukaha, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.G. Pougoué et M. Samb, OHADA. Sociétés commerciales et GIE, Juriscope 2002, n° 553 et s, p. 313 et s ; G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial, par M. Germain et L. Vogel, T 1 Actes de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle, concurrence, sociétés commerciales 1^{re} édition, LGDJ 1998 n° 1171, p. 917 ; P.G. Pougoué, F. Anoukaha, J. Nguebou, Présentation de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté le 17 avril 1997, in ohada. com : <http://www.ohada.com> ; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés, 2^e édition, Litec 2009, n° 1114 et s, p. 505 et s ; P. Le Cannu, B. Dondéro, Droit des sociétés, 3^e édition Montchrestien, Domat droit privé 2009, n° 1387, p. 887 ;**

Ph. Merle, Droit commercial. Sociétés commerciales, 9^e édition, Dalloz 2003, n° 129, p. 163).

2. Si la SNC est la société de personnes par excellence, elle apparaît aussi comme l'une des plus anciennes formes de société commerciale. La SNC est en effet connue du droit romain. Elle permet aux commerçants d'exercer leur activité dans un cadre sociétaire et de se lier davantage par la règle de la solidarité. D'ailleurs, tous ceux qui accomplissent des actes de commerce sous le couvert d'une SNC acquièrent la qualité de commerçant. À cette époque déjà, la participation de chaque associé entre dans un ensemble formant un patrimoine distinct de celui des associés. La société a alors été assimilée à un *corpus* correspondant à la personne morale contemporaine. Plus tard, la SNC sera réglementée dans l'ordonnance de 1673 sous l'appellation de « société générale », « société ordinaire » ou « société libre ». Quelle que soit l'appellation retenue, la particularité de ce type de société vient de ce que les associés y font le commerce sous leur nom collectif. C'est cette caractéristique fondamentale qui a servi à la désigner en droit français (*Sur l'ensemble de la question, voir M. Germain et L. Vogel, op. cit., n° 1171, p. 917*). Le droit de l'OHADA a recueilli cet héritage et retenu, à l'instar des anciennes législations des pays membres, l'appellation de société en nom collectif.

3. La SNC jouit de la personnalité morale à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) et dès lors, il existe une distinction de principe entre le patrimoine social et le patrimoine personnel de chaque associé.

4. Le recours à la SNC présente quelques avantages. En premier lieu, la constitution de la SNC est plus souple et moins onéreuse. La société compte un petit nombre d'associés, ce qui convient parfaitement aux petites entreprises familiales dont les membres gardent ainsi le contrôle de la structure. À la différence des sociétés comme la SARL ou la SA, le législateur communautaire n'exige pas un capital minimum pour la constitution de la SNC. Même si les associés décidaient de doter la société d'un capital, il n'existe pas d'obligation de libération immédiate ou partielle comme dans la SARL ou la SA. En outre, les associés peuvent faire des apports en industrie qui sont interdits dans les autres types de sociétés. Enfin, si les parts sociales doivent en principe avoir la même valeur nominale en application de l'article 273 de l'Acte uniforme, les associés d'une SNC ne sont pas tenus de leur attribuer une valeur.

En second lieu, le fonctionnement de la société est dominé par la liberté contractuelle. En effet, les associés en nom jouissent d'une grande liberté dans la rédaction des statuts. Par exemple, l'article 277 de l'Acte uniforme leur permet de déterminer les pouvoirs du gérant dans les rapports internes. De même peuvent-ils fixer statutairement ou par une délibération spéciale la rémunération du

gérant. Par ailleurs, celui-ci bénéficie d'une grande stabilité car, selon l'article 279 de l'Acte uniforme, le gérant qui a la qualité d'associé ne peut être révoqué qu'à l'unanimité des associés. En application de l'article 283, alinéa 2, de l'Acte uniforme, les autres associés ont la possibilité de déterminer dans les statuts les décisions collectives qui seront prises à la majorité qu'ils fixent librement. L'article 285 de l'Acte uniforme laisse aux associés le soin de définir les règles relatives aux modalités de consultation, aux quorums et aux majorités. Cette grande liberté s'explique par le fait que les intérêts des tiers sont aussi protégés par les patrimoines personnels des associés.

5. En outre, l'étendue de la responsabilité des associés est un atout dans l'octroi du crédit par les banques alors que la limitation de la responsabilité dans les SARL conduit souvent à exiger l'engagement personnel des dirigeants, ce qui les rapproche des associés en nom. Enfin, l'unanimité exigée pour la cession des parts sociales est un excellent moyen de contrôle des prises de contrôle non voulues. Toute personne indésirable peut ainsi être écartée de la société.

Enfin, la SNC est attrayante du point de vue fiscal car elle obéit au système de la transparente fiscale. En vertu de ce système inspiré du droit français (*voir M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, op. cit., n° 1144, p. 507*), la société n'est pas soumise à l'impôt sur les sociétés. L'impôt est dû par les associés sur la part qui leur revient dans les bénéfices. S'il n'existe pas de bénéfice, c'est-à-dire si le résultat est déficitaire, l'associé « reporte dans sa déclaration de revenus sa quote-part des déficits de la société » (*M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, op. cit., n° 1144, p. 507*). La SNC apparaît ainsi comme un excellent moyen de payer le moins d'impôts possibles (*M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, op. cit., n° 1145 et s, p. 507 et s*).

6. Ces avantages sont toutefois contrebalancés par quelques inconvénients non négligeables.

D'une part, la responsabilité indéfinie et solidaire, même si elle est un atout dans la recherche du crédit, place les associés en nom dans une situation périlleuse puisque leurs patrimoines personnels ne sont pas protégés. Se fondant sur les dispositions de l'article 271 de l'Acte uniforme, les créanciers sociaux peuvent poursuivre le recouvrement de leurs créances sur le patrimoine personnel de tout associé 60 jours au moins après avoir vainement mis la société en demeure de payer par acte extrajudiciaire. Mais la personnalité de la société s'efface en cas de redressement ou de liquidation judiciaires. La mesure est alors étendue aux associés (*P. Le Cannu et B. Dondéro, op. cit., n° 1388, p. 888*). Ce caractère transparent de la personnalité morale explique que la SNC soit une forme sociale moins prisée que les autres dans l'espace OHADA. Faute de statistiques, il est pratiquement impossible de déterminer le nombre de SNC créées dans la zone OHADA (*Pour le droit français, voir par exemple M. Germain et L. Vogel, op. cit,*

n° 1173, p. 918; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, op. cit, n° 1140, p. 505).

D'autre part, la transparence de la personnalité morale explique le second inconvénient majeur de la SNC. La cessation des paiements ou la liquidation judiciaire de la société, entraînant *de facto* la mise en procédure collective de tous les associés en nom. C'est ce que prévoit expressément l'article 33 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

7 - Malgré ces inconvénients, la SNC conserve son attrait, comme en atteste le fait qu'elle soit parfois la société mère d'un groupe de sociétés (*voir par exemple en droit français, M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, op. cit, n° 1145, p. 507 et s; P. Diener, La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL, JCPE 1992, I, 153*). Parce que la société est fondée sur *l'intuitu personae*, la personnalité de chaque associé en nom joue un rôle prépondérant dans la constitution (section 1), le fonctionnement (section 2) et la dissolution (section 3) de la société.

Section 1 - Constitution de la SNC

8. La constitution de la SNC obéit à deux séries de conditions respectivement liées au fond (§1) et à la forme (§2).

§1 - Conditions de fond

9. Comme les autres sociétés reconnues par l'Acte uniforme, la SNC résulte d'un contrat. De ce fait, elle doit remplir les conditions de fond de l'article 1108 du code civil ancien. Ces conditions liées au consentement, à la capacité, à l'objet et à la cause sont étudiées dans le cadre du droit commun des sociétés commerciales. Outre ces conditions, la constitution des sociétés commerciales suppose la réunion de conditions spécifiques qui sont déterminées par l'Acte uniforme. Seules ces conditions qui ont trait aux associés (I), au capital (II) et à l'objet social (III) seront examinées.

A - Associés

10. La SNC est une société pluripersonnelle. Elle compte au moins deux associés. Si ce minimum est nécessaire à la constitution de la société, l'Acte uniforme ne fixe en revanche aucun maximum. Toutefois, par principe, la SNC compte traditionnellement un petit nombre d'associés qui peuvent être des personnes physiques ou morales. Dans tous les cas, la société

est nécessairement gérée par un associé personne physique.

Pour faire partie d'une SNC, chaque associé doit exprimer son consentement. Ce consentement doit être réel et exempt de vice.

En raison de la spécificité de la société, les associés doivent aussi avoir la capacité commerciale analysée comme l'aptitude à accomplir des actes de commerce. Il s'agit d'une condition fondamentale dans les sociétés de personnes, particulièrement dans la SNC. Les personnes jouissant de la capacité commerciale sont désignées *a contrario* par l'article 7 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général. Selon ce texte, les mineurs ne peuvent accomplir des actes de commerce. N'ayant pas la capacité commerciale, ils ne peuvent être associés d'une SNC. Il se déduit de ce texte que seuls les majeurs ont la capacité commerciale qui leur permet d'être associés d'une SNC.

11. L'interdiction d'accomplir des actes de commerce ne concerne toutefois que le mineur non émancipé. En effet, le mineur émancipé peut, en vertu de l'article 7, alinéa 1, de l'Acte uniforme précité, accomplir des actes de commerce (*Sur l'ensemble de la question, voir A. Pedro Santos et J. Yado TOE, OHADA. Droit commercial général, Bruylant-Bruxelles 2002, n° 159 et s*). Il est alors possible de le retrouver comme associé d'une SNC. Au mineur non émancipé sont assimilés les majeurs incapables, c'est-à-dire le majeur sous tutelle ou en curatelle. Ceux-ci ne peuvent donc être associés d'une SNC.

Dans le même ordre d'idées, les personnes frappées d'une incompatibilité, d'une interdiction ou d'une déchéance en application des articles 8 à 10 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général ne peuvent être associées d'une SNC. Il faut toutefois signaler que l'exercice du commerce, dans le cadre d'une SNC, en dépit d'une incompatibilité, d'une interdiction ou d'une déchéance, n'entraîne pas la nullité de la société. Dans la logique du législateur communautaire qui veut favoriser l'implantation des sociétés dans l'espace OHADA, seul l'associé contrevenant est sanctionné. Ces sanctions, prononcées en application des articles 196, 197 et 229 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, ont une double nature civile et pénale (*P. G. Pougoué, F. Anoukaba, J. Nguébou, Présentation de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté le 17 avril 1997, in ohada. com : <http://www.ohada.com>, p. 34*).

12. Il convient de noter que l'accomplissement des actes de commerce dans un même fonds par deux époux ne leur confère pas la qualité de commerçant. Cela résulte de l'article 7, alinéa 2, de l'Acte uniforme sur le droit commercial général en vertu duquel le conjoint d'un commerçant ne peut acquérir la qualité de commerçant que s'il accomplit séparément des actes de commerce (*J. Nguébou, Le droit commercial général dans l'Acte*

uniforme OHADA ? Collection Droit Uniforme, Presses Universitaires d'Afrique 1998, p. 22). L'article 9 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et au GIE en tire la conséquence que deux époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment et solidairement. Il s'en infère que si deux époux peuvent être associés d'une même société commerciale, c'est à la condition que la société ait la forme d'une SARL ou d'une SA. Mais il peut aussi s'agir d'une société en commandite simple, l'un des époux étant associé commandité, l'autre associé commanditaire.

À l'instar des associés des autres sociétés commerciales, les associés d'une SNC font des apports qui forment le capital social.

B - Capital social

13. Il est constitué de l'ensemble des apports en numéraire et en nature faits à la société. Compte tenu de l'étendue de leur responsabilité, les associés en nom peuvent faire des apports en industrie. Mais ceux-ci n'entrent pas dans la composition du capital social et ne donnent pas droit à des parts sociales.

C'est encore l'étendue de la responsabilité des associés en nom qui explique que l'Acte uniforme n'impose pour les SNC aucun capital minimum. Les associés peuvent donc choisir de constituer la société sans capital important puisque leurs patrimoines personnels servent de gage aux créanciers sociaux. L'art 13 exige que le montant du capital social soit indiqué dans les statuts.

14. Même s'il a un caractère purement symbolique, le capital social est divisé en parts sociales. Celles-ci sont attribuées aux associés en contrepartie de leurs apports. Par ailleurs, les parts sociales doivent avoir la même valeur nominale. Toutefois, l'Acte uniforme n'impose aucune valeur. En conséquence, il revient aux associés de la déterminer dans les statuts. Il s'agit d'une manifestation de la liberté contractuelle.

S'agissant de la libération des apports, l'Acte uniforme ne fixe aucune disposition particulière à la SNC. La libération des apports dans la SNC obéit donc aux règles générales déterminées dans les articles 41 et suivants de l'Acte uniforme. Ces règles varient selon que l'associé fait un apport en numéraire ou en nature.

15. Aucune disposition particulière applicable à la SNC ne prévoit les modalités de libération des apports en numéraire. Il faut en conclure que cette libération se fait conformément à l'article 41, alinéa 2 : ainsi, chaque associé doit intégralement libérer ses apports en numéraire au plus tard lors de la constitution de la société, c'est-à-dire au moment de la signature des statuts (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P. G. Pougoué et M. Samb, op. cit, n° 568, p. 317 ; comparer avec le droit français où les apports en numéraire*

faits par les associés en nom sont libérés sur appel de la gérance et au fur et à mesure des besoins de la société. Voir Ph. Merle, op. cit, n° 132, p. 166).

L'obligation de libération intégrale des apports s'étend aussi aux apports en nature en vertu des dispositions de l'article 45, alinéa 2, de l'Acte uniforme. À l'instar des apports en numéraire, les apports en nature doivent être libérés lors de la constitution de la société (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P-G Pougoué et M. Samb, op cit n° 569, p. 317).*

16. Par ailleurs, en application de l'article 49, alinéa 1, de l'Acte uniforme, ce sont les associés qui procèdent à l'évaluation des apports en nature. Dans tous les cas prévus par l'Acte uniforme, cette évaluation se fait sous le contrôle d'un commissaire aux apports. Or, à la différence des règles applicables à la SARL ou à la SA, aucune disposition particulière à la SNC ne prévoit l'intervention d'un commissaire aux apports. Les associés peuvent donc attribuer aux apports en nature la valeur qu'ils souhaitent. Il faut analyser cette liberté comme la conséquence de la responsabilité indéfinie et solidaire des associés en nom.

Dans tous les cas, les apports sont mis à la disposition de la société pour la réalisation de l'objet social.

C - Objet social

17. La SNC est une société commerciale par la forme, quel que soit son objet. Cet objet désigne l'activité que la société entend mener en vue de réaliser des bénéfices ou de faire des économies. La détermination de l'objet social est fondamentale dans toutes les sociétés commerciales. Il en est particulièrement ainsi dans la SNC où l'objet social permet de déterminer les pouvoirs du gérant. C'est ce qu'enseigne l'article 277, alinéa 2, de l'Acte uniforme en vertu duquel, dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social. Un objet social trop largement défini ne pose pas de problème particulier dans les SARL ou les SA. Il n'en est pas de même dans les SNC. Puisque les pouvoirs du gérant sont bornés par l'objet social, les associés dont la responsabilité est indéfinie et solidaire ont intérêt à le définir avec précision dans les statuts, même si, selon l'article 277, alinéa 2, de l'Acte uniforme, les limitations statutaires des pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers (*Ph. Merle, op. cit, n° 134, p. 167).*

18. Dans tous les cas, et à l'instar des autres sociétés commerciales, l'objet de la SNC doit être possible et licite. En outre, certaines activités ne peuvent être exercées sous la forme d'une SNC. Il en est par exemple ainsi de la banque, des assurances ou des mutuelles.

Les conditions de fond présidant à la constitution de la SNC permettent de vérifier que l'engagement des

associés se fait conformément aux dispositions de l'Acte uniforme. Toutefois, les règles de constitution d'une société commerciale ne se limitent pas à des considérations liées au fond. Le fond est utilement complété par la forme, c'est-à-dire par des formalités constitutives.

§2 - Formalités constitutives

19. Les formalités constitutives ont une double finalité. D'une part, elles visent à matérialiser l'engagement des associés. D'autre part, elles permettent, à travers la publicité, de porter la société à la connaissance des tiers. Il y a ainsi un lien entre l'aspect formel et la fonction informative. C'est parce qu'il est nécessaire d'accomplir des formalités de publicité (II) que les associés doivent rédiger des statuts (I).

A - Rédaction des statuts

20. Toutes les sociétés commerciales doivent avoir des statuts. Ceux-ci matérialisent l'accord des associés qui décident d'unir leurs moyens pour accomplir une activité en vue de générer des profits ou de réaliser des économies. Dans la mesure où la SNC est une société pluripersonnelle, les statuts constituent, ainsi que l'énonce l'article 12 de l'Acte uniforme, le contrat de société.

Les statuts prennent la forme d'un acte authentique qui peut être un acte notarié ou un acte sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire. Cette exigence de l'article 10 de l'Acte uniforme vaut pour toutes les sociétés. Lorsque les associés en nom choisissent d'établir des statuts par acte sous seing privé, chaque associé reçoit obligatoirement un exemplaire original. C'est ce qu'énonce l'article 11 *in fine* de l'Acte uniforme. Ainsi chaque associé en nom aura connaissance des pouvoirs du gérant tels qu'ils découlent de l'objet social et des limitations statutaires éventuelles. Il s'agit en réalité de veiller à ce que les associés dont la responsabilité est indéfinie et solidaire contrôlent le respect par les gérants des pouvoirs qu'ils détiennent des statuts.

21. Comme dans les autres sociétés, les statuts de la SNC contiennent les mentions obligatoires de l'article 13 de l'Acte uniforme. Toutefois, à la différence des associés des autres sociétés, les associés en nom disposent d'une certaine latitude dans la rédaction des statuts. En effet, dans l'espace OHADA, la SNC est le siège par excellence de la liberté contractuelle. Ainsi, en application de l'article 283, alinéa 2, de l'Acte uniforme, les associés peuvent remettre en cause la règle de l'unanimité qui préside à la prise des décisions collectives dans la SNC. Il leur est loisible de déterminer les décisions qui seront prises à une majorité qu'ils fixent. C'est surtout l'article 285 qui marque l'emprise des associés en nom car il leur permet de déterminer les modalités de consultation ainsi que les règles de quorum et de majorité. En conséquence, les

associés en nom doivent particulièrement veiller à une rédaction minutieuse des statuts (*M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, op. cit, n° 1151, p. 509*).

C'est dire l'importance des statuts qui vont permettre d'accomplir les formalités de publicité prescrites par l'Acte uniforme.

B - Formalités de publicité

22. Elles visent à informer les tiers de l'existence de la société. Pour y parvenir, les dirigeants sociaux doivent les accomplir.

Ainsi, sauf disposition contraire de l'Acte uniforme, la société doit être immatriculée au RCCM. Or, l'article 97 ne réserve que le cas de la société en participation, ce que confirme l'article 854 de l'Acte uniforme. Il en résulte que la SNC doit être immatriculée au RCCM en application de l'article 98 de l'Acte uniforme. Comme le prescrit l'article 27 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général, cette immatriculation doit intervenir dans le mois de la constitution, c'est-à-dire un mois à compter de la signature des statuts. C'est à compter de l'immatriculation que la société devient une personne morale (*Ph. Merle, op. cit, n° 135, p. 167*).

Pour obtenir l'immatriculation de la société, les fondateurs doivent déposer au RCCM une déclaration de régularité et de conformité dans laquelle ils attestent que la constitution de la société est régulière et s'est faite conformément à l'Acte uniforme (*article 73*). Les fondateurs doivent ainsi déposer au greffe du Tribunal chargé des affaires commerciales (*article 258 de l'Acte uniforme*) deux exemplaires de la déclaration de régularité et de conformité, deux exemplaires certifiés conformes des statuts, deux exemplaires de la liste des gérants, quatre exemplaires du casier judiciaire du gérant et l'agrément (*article 28 Acte uniforme sur le droit commercial général*).

23. Dès lors que la société est immatriculée, les fondateurs ont un délai de quinze jours pour insérer un avis de constitution dans un journal d'annonces légales. Cet avis prévu par l'article 261 de l'Acte uniforme doit être signé du notaire ou des fondateurs, selon que les statuts ont la forme d'un acte notarié ou sous seing privé. Il contient les mentions obligatoires de l'article 262 de l'Acte uniforme. Les associés en nom ont intérêt à s'assurer que cette formalité est effectivement accomplie. L'article 245 de l'Acte uniforme prévoit en effet que, dans la SNC, les formalités de publicité sont prescrites à peine de nullité. Toutefois, les associés en nom ne peuvent se prévaloir de cette cause de nullité à l'égard des tiers. Cependant, en application de l'article 245, alinéa 2, de l'Acte uniforme, le juge a la faculté de ne pas prononcer la nullité s'il ne décèle aucune fraude (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P. G. Pougoué et M. Samb, op. cit n° 579, p. 319 et s; Ph. Merle, op. cit, n° 135, p. 167*).

Section 2 - Fonctionnement de la SNC

24. Deux organes interviennent dans le fonctionnement de la société. Le premier assure la direction de la société : c'est la gérance (§1). Quant au second, il regroupe l'ensemble des associés (§2) qui décident collectivement de la marche des affaires sociales.

§1 - Gérance

25. La SNC est gérée par un ou plusieurs gérants. Les associés interviennent dans la nomination et la révocation du gérant. C'est ce qu'énonce l'article 276 de l'Acte uniforme qui pose le principe selon lequel les statuts organisent librement la gérance de la société. Cette liberté dans la détermination du statut du gérant (I) contraste singulièrement avec le caractère d'ordre public des dispositions déterminant ses pouvoirs (II).

A - Statut du gérant

26. En application de l'article 276 de l'Acte uniforme, les associés déterminent librement les règles de nomination (A), de révocation (B) et de rémunération (C) du gérant.

I - Nomination du gérant

27. La nomination du gérant est réglementée par l'article 276, alinéa 2, de l'Acte uniforme. Selon ce texte, les associés peuvent désigner un ou plusieurs gérants, associés ou non, personnes physiques ou morales. Ces gérants peuvent être nommés dans les statuts ou dans un acte ultérieur. Lorsque la nomination intervient dans les statuts, les associés se prononcent à l'unanimité car ils doivent tous signer les statuts. En revanche, la nomination dans un acte postérieur est acquise à la majorité fixée dans les statuts. Ainsi, la liberté conférée aux associés signifie que non seulement ils désignent librement les gérants mais aussi les règles de majorité en vertu desquelles ils les nomment. Le gérant personne morale n'est pas tenu de désigner un représentant permanent. En effet, la personne morale peut agir par le biais de ses dirigeants.

Si les associés ne désignent pas de gérant dans les statuts ou un acte postérieur, tous les associés ont la qualité de gérant. Cette règle supplétive prévue par l'article 276, alinéa 4, de l'Acte uniforme signifie que tous les associés peuvent séparément engager la société (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P-G Pougoué et M. Samb, op. cit n° 584, p. 320*).

28. Dans tous les cas, le gérant doit avoir la capacité commerciale, y compris lorsqu'il est une personne morale. L'article 276, alinéa 3, de l'Acte uniforme pré-

voit en effet que les dirigeants de la personne morale désignée gérante « sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent ».

II - Révocation du gérant

29. Comme la nomination, les modalités de révocation du gérant sont librement fixées dans les statuts. C'est dire que les associés disposent d'une grande latitude pour révoquer le gérant. Ils doivent cependant concilier cette liberté avec les conditions de révocation du gérant que fixe l'Acte uniforme. Ces conditions dépendent de ce que le gérant est ou non associé. Plusieurs hypothèses sont alors envisageables.

En premier lieu, il peut arriver que la gérance ne soit pas organisée dans les statuts. Dans ce cas, tous les associés sont réputés avoir la qualité de gérant (*article 276, alinéa 4, de l'Acte uniforme*). Il s'ensuit que la révocation de l'un d'eux ne peut intervenir qu'à l'unanimité des associés. En second lieu, la règle de l'unanimité est requise lorsque le gérant associé est statutaire. Ayant été désigné dans les statuts par tous les associés, il ne peut être révoqué que par décision unanime des associés. Enfin, lorsque le gérant associé ou non est désigné dans un acte extérieur aux statuts, il peut être révoqué par la majorité des autres associés représentant la majorité du capital social (*article 280, alinéa 2, de l'Acte uniforme*). Ces conditions de révocation sont d'ordre public. C'est ce que prévoit expressément l'article 283 de l'Acte uniforme qui est aussi applicable au cas où la révocation du gérant est décidée sans justes motifs. Le gérant peut alors réclamer à la société des dommages et intérêts.

30. Si la révocation du gérant est réglementée par l'Acte uniforme, il n'en est pas de même des autres événements qui peuvent entraîner la cessation de ses fonctions.

Ces événements qui affectent la personne de l'associé et, par voie de conséquence, la continuité de la direction des affaires sociales, peuvent se déduire de *l'intuitu personae* et de l'étendue de la responsabilité qui caractérisent la SNC. Par exemple, le gérant personne physique cesse normalement ses fonctions s'il décède. Lorsque la SNC est gérée par une personne morale, celle-ci cesse ses fonctions si elle est dissoute. Dans le même ordre d'idées, l'incapacité et la faillite personnelle du gérant entraînent la cessation de ses fonctions.

Par ailleurs, comme tous les dirigeants sociaux, le gérant de la SNC peut démissionner de ses fonctions. En principe, ce droit à la démission est discrétionnaire et peut être mis en œuvre que le gérant soit statutaire ou non (*Voir par exemple en droit français, Cass soc, 6 mai 1982, Rev. Soc, 1982, 523, note P. Le Cannu*).

Ce principe de liberté se concilie avec l'interdiction de s'engager à vie. Dès lors que la durée des fonctions du gérant n'est pas déterminée, il dispose d'un droit de résiliation unilatérale. Enfin, lorsque la durée de ses fonctions est déterminée dans les statuts ou l'acte postérieur constatant sa nomination (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P-G Pougoué et M. Samb, op. cit, n° 599, p. 324*), le gérant cesse ses fonctions à l'arrivée du terme.

Dans tous les cas, la cessation des fonctions du gérant produit des conséquences qui sont déterminées par les articles 279 à 282 de l'Acte uniforme. Ces conséquences concernent aussi bien la société que le gérant lui-même.

31. À l'égard de la société, la révocation du gérant entraîne la dissolution de la société. C'est l'hypothèse dans laquelle, la gérance n'ayant pas été organisée par les statuts, tous les associés ont la qualité de gérant. C'est également le cas lorsque le gérant associé a été désigné par les statuts (*art 279 al 2 de l'AU*). La révocation de l'un d'eux rejaillit alors sur l'existence de la société. Toutefois, l'article 290, alinéa 2, de l'Acte uniforme qui prévoit cette dissolution réserve le cas où les statuts contiennent une clause de continuation. Même en l'absence d'une clause de continuation, la dissolution est encore écartée lorsque les autres associés décident à l'unanimité de poursuivre l'activité sociale.

Lorsque les autres associés décident la continuation de la société, le gérant associé qui a été révoqué peut se retirer de la société et obtenir le remboursement de ses droits sociaux. A défaut d'accord entre les parties, le prix est fixé par un expert désigné par le président de la juridiction compétente statuant à bref délai (*Article 280, alinéa 1, de l'Acte uniforme*). En revanche, la révocation du gérant non statutaire entraîne son exclusion de la société s'il n'est pas associé.

32. En ce qui concerne les incidences de la révocation sur la situation personnelle du gérant, il faut se référer aux dispositions de l'article 281 de l'Acte uniforme. Ce texte protège le gérant contre une révocation intervenue sans justes motifs. Le juste motif, qui est laissé à l'appréciation des juges, est ainsi « une condition de validité de la révocation » (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P. G Pougoué et M. Samb, op. cit, n° 606, p. 325*). L'article 281 de l'Acte uniforme en tire une conséquence importante : la révocation du gérant sans juste motif donne lieu au paiement de dommages et intérêts. Cette règle d'ordre public ne peut être écartée par la convention des parties (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P. G Pougoué et M. Samb, op. cit, n° 605, p. 325*).

III - Rémunération du gérant

33. La rémunération du gérant est régie par

l'article 278 de l'Acte uniforme. Selon ce texte et sauf disposition contraire des statuts ou délibération des associés, la rémunération des gérants est fixée par la majorité des associés représentant la majorité du capital. Pour éviter d'éventuels blocages, le législateur communautaire n'a pas fait de la règle de cet article 278 une disposition d'ordre public. Les associés peuvent donc prévoir dans les statuts ou un acte postérieur une majorité différente.

Lorsque le gérant est associé, il ne prend pas part au vote. Cette règle découle de l'article 278, alinéa 2, de l'Acte uniforme qui précise qu'en pareille hypothèse, la rémunération est fixée à la double majorité en nombre et en capital des autres associés.

B - Pouvoirs du gérant

34. Le gérant représente la société dans la vie juridique. Ce principe de la représentation vaut que le gérant soit statutaire ou non, associé ou non. Les pouvoirs du gérant sont organisés autour de deux règles qui se complètent. D'une part, le gérant agit dans l'intérêt de la société. D'autre part, il agit dans la limite de l'objet social. C'est ce qui ressort de l'article 277, alinéas 1 et 2, de l'Acte uniforme qui distingue selon que le gérant entretient des rapports internes (A) ou externes (B).

I - Pouvoirs dans les rapports internes

35. Les pouvoirs internes du gérant renvoient aux rapports qu'il entretient avec les associés. La règle est fixée par l'article 277, alinéa 1, de l'Acte uniforme qui confère au gérant unique le pouvoir d'accomplir tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société. Il existe trois catégories d'actes de gestion. La première catégorie regroupe des actes qui se rattachent aux fonctions d'autorité. C'est en vertu de ces actes que le gérant engage, surveille et licencie les salariés. La seconde catégorie comprend les actes se rattachant à l'administration du patrimoine, soit qu'ils permettent de le protéger (*réparations nécessaires, inscription des hypothèques ou souscription d'une police d'assurance relative aux biens sociaux*) soit qu'ils permettent d'engager la société par contrat. La dernière catégorie regroupe les actes qui se rattachent à l'exercice de l'activité économique de la société. Dans ce cas, le gérant est habilité à acheter les matières premières nécessaires à l'accomplissement de l'activité de la société (Ph. Merle, *op. cit, n° 139, p. 170*).

36. Tous ces actes doivent être accomplis dans l'intérêt de la société (*J. Paillusseau, Entreprises, sociétés, actionnaires, salariés, quel rapport? D. 1999.chron.157; A. Pirovano, La « boussole » de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise, D. 1997.chron.189*). Il résulte de cette exigence que la conformité d'un acte de gestion à l'intérêt social dépend étroitement de son

utilité et de son opportunité au regard de la société. Un acte peut être conforme à l'objet social sans l'être à l'intérêt social, par exemple parce qu'il est nuisible à la société. Inversement, un acte peut correspondre à l'intérêt de la société mais dépasser son objet social. Un acte contraire à l'intérêt social n'est pas opposable aux associés même s'il entre dans l'objet social (*voir sur l'ensemble de la question, M. A Mouthieu Njandeu, L'intérêt social en droit des sociétés, collections Études africaines, l'Harmattan, Paris, 2009, 42 pages*).

Toutefois, la règle de l'article 277, alinéa 1, de l'Acte uniforme est supplétive de la volonté. Les associés peuvent précisément déterminer dans les statuts les actes que le gérant pourra accomplir ou qu'il ne pourra accomplir qu'avec l'autorisation préalable des autres associés. Il en résulte que le gérant qui outrepassé ses pouvoirs internes commet une faute qui peut justifier sa révocation ainsi que la réparation du préjudice causé à la société (*Ph. Merle, op. cit., n° 139, p. 170*).

37. En cas de pluralité de gérants, chacun d'eux détient individuellement le pouvoir d'engager la société conformément à l'article 277, alinéa 1 *in fine*, de l'Acte uniforme. Toutefois, chaque gérant peut s'opposer aux actes de l'autre avant qu'ils ne soient accomplis. En l'absence de précision de l'Acte uniforme, cette opposition peut prendre les formes les plus diverses, à condition qu'elle exprime la volonté explicite du gérant d'empêcher l'accomplissement d'un acte qu'il juge contraire à l'intérêt social (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P. G Pougoué et M. Samb, op. cit., n° 622, p. 328*).

II - Pouvoirs dans les rapports externes

38. Les pouvoirs externes se réfèrent aux rapports que le gérant entretient avec les tiers. Dans ce cas, il est fait application de l'article 277, alinéa 2, de l'Acte uniforme selon lequel le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social. La règle s'explique par le fait que les associés en nom ont accepté de s'engager indéfiniment et solidairement en considération de l'objet de la société. C'est l'étendue de leur responsabilité qui explique la limitation des pouvoirs du gérant à l'objet social. Il en résulte que tous les actes qui dépassent cet objet n'engagent pas la société (*Ph. Merle, op. cit., n° 140, p. 171*). Les associés ont alors intérêt à déterminer précisément cet objet (*supra, n° 17*).

39. La conformité d'un acte à l'objet social dépend uniquement de sa nature. Comme le gérant dispose des pouvoirs les plus étendus, il engage la société par sa seule signature sociale dès lors qu'il agit sous la dénomination sociale. Ce principe assure la sécurité des tiers qui ont contracté avec le gérant. D'ailleurs, en application de l'article 277, alinéa 5, de l'Acte uniforme, les clauses statutaires limitant les pouvoirs du gérant sont inopposables aux tiers. La différence de rédaction de ce texte

avec les articles 465, 488 et 498 qui fixent respectivement les limites des pouvoirs du Président-Directeur Général, du Directeur Général et de l'Administrateur Général de la société anonyme ne trompe pas. Dans ces derniers textes, les limitations statutaires des pouvoirs des dirigeants de la SA sont inopposables aux tiers de bonne foi. Cette exigence de bonne foi n'est pas reprise dans l'article 277, alinéa 5, de l'Acte uniforme. Il s'en infère que dans la SNC comme dans la SARL (*voir article 329, alinéa 3, de l'Acte uniforme*) que les tiers peuvent avoir une parfaite connaissance de la limitation statutaire des pouvoirs du gérant et obtenir néanmoins l'exécution de l'acte accompli par le gérant en violation de l'article 277, alinéa 5, de l'Acte uniforme (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P-G Pougoué et M. Samb, op. cit., n° 625, p. 329*).

40. Lorsque la société est gérée par plusieurs gérants, chacun d'eux engage la société par les actes entrant dans l'objet social. C'est ce que précise l'article 277, alinéa 3, de l'Acte uniforme. Tout se passe comme si la société n'avait qu'un gérant. Toutefois, chaque gérant peut s'opposer aux actes accomplis par l'autre mais cette opposition est inopposable aux tiers, sauf s'ils en ont eu connaissance. En visant les tiers qui ont eu connaissance de l'opposition, le législateur communautaire introduit une distinction entre les tiers. Il ne protège que ceux qui n'ont pas eu connaissance de l'opposition. Tous les autres ne pourront réclamer l'exécution de l'acte accompli en dépit de l'opposition.

Cette distinction entre les tiers s'explique d'autant moins qu'en application de l'article 277, alinéa 5, de l'Acte uniforme, tous les tiers, même ceux qui en ont eu connaissance, sont protégés contre les limitations statutaires des pouvoirs de chaque gérant. Comme ces limitations leur sont inopposables, la société sera engagée même si un gérant a outrepassé ses pouvoirs alors qu'elle ne sera pas tenue envers le tiers qui a conclu un acte en connaissance de l'opposition de l'un des gérants (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P-G Pougoué et M. Samb, op. cit., n° 630 et s, p. 330*).

§2 - Associés en nom

41. La SNC est une société pluripersonnelle. Cette exigence découle de l'article 5 de l'Acte uniforme qui n'admet la société unipersonnelle que dans les cas limitativement prévus. Or, les articles 309, alinéa 2, et 385, alinéa 2 de l'Acte uniforme ne réservent que les cas de la SARL et de la SA. Il s'en infère que la SNC ne peut être une société unipersonnelle. Elle doit compter au moins deux associés.

Ces associés ont nécessairement la qualité de commerçant, ce qui les oblige à avoir la capacité commerciale (*supra n° 10*). Leur responsabilité indéfinie et solidaire les expose au redressement judiciaire ou à la liquidation des biens si la société fait l'objet d'une de ces mesures.

Cette lourde responsabilité explique les droits (I) et les obligations (II) des associés en nom.

A - Droits des associés en nom

42. Les associés en nom bénéficient d'un droit à l'information (A) et d'un droit de participation à la vie sociale (B) particulièrement protégés.

I - Droit à l'information

43. La consistance du droit à l'information est étroitement liée à l'étendue de la responsabilité des associés en nom. Il s'agit d'un droit particulièrement protégé. Cette protection se manifeste par le caractère d'ordre public des dispositions relatives à l'information des associés. L'information apparaît comme un droit juridiquement protégé qui permet à chaque associé, surtout s'il n'exerce pas les fonctions de gérant, de contrôler les affaires sociales.

Ce droit à l'information des associés en nom peut découler de l'application du droit commun des sociétés commerciales. Ainsi, à l'instar des associés des autres sociétés, l'associé en nom peut, deux fois par exercice, poser des questions écrites au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Cette procédure d'alerte prévue par l'article 157 de l'Acte uniforme permet à tout associé de mieux contrôler les affaires sociales. Dans le même ordre d'idées et comme les autres associés, l'associé en nom bénéficie d'une mesure d'information à travers l'expertise de gestion réglementée par l'article 159 de l'Acte uniforme.

44. Mais c'est surtout l'article 289 de l'Acte uniforme qui consacre l'étendue du droit à l'information de l'associé en nom. En effet, les associés non gérants jouissent d'un droit à l'information plus large qui leur permet d'avoir connaissance de la marche des affaires sociales. Ils peuvent ainsi, assistés d'un expert-comptable ou d'un CAC de leur choix, consulter au siège social, deux fois par an, les documents et livres sociaux, les procès-verbaux de délibérations et les décisions collectives. Ils peuvent faire des copies de ces documents à leurs frais. Pour l'exercice du droit de consultation, il est seulement exigé des associés qu'ils avertissent le gérant 15 jours à l'avance par tous moyens laissant une trace écrite (*Lettre au porteur contre remise d'un récépissé, télex, télécopie ou lettre recommandée avec accusé de réception*).

Par ailleurs, le droit de consultation ne remet pas en cause le droit de communication réglementée par l'article 288 de l'Acte uniforme. C'est principalement l'exercice de ce droit qui permet aux associés de participer à la vie sociale.

II - Droit de participer à la vie sociale

45. La participation à la vie sociale se manifeste par des décisions collectives qui sont prises dans ou en dehors du cadre d'une assemblée générale (*article 284 de l'Acte uniforme*).

L'assemblée générale est obligatoirement réunie pour approuver les comptes de l'exercice. Cette assemblée qui se tient dans les six (6) mois qui suivent la clôture de l'exercice est convoquée par le gérant. Le cas échéant, la réunion de l'assemblée peut aussi être demandée par tout associé, quel que soit son niveau de participation dans la société (*B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers et S. Thouvenot, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Avec la participation de P. Ancel, B. Le Bars et R. Masamba, Litec 2004, n° 627, p. 129*).

La convocation doit parvenir aux associés quinze (15) jours au moins avant la date de tenue par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette lettre indique la date, le lieu et l'ordre du jour de la réunion. Lorsque ces prescriptions de l'article 286 ne sont pas respectées, la convocation est jugée irrégulière. L'assemblée peut alors être annulée, sauf si tous les associés étaient présents ou représentés.

46. Dans les quinze (15) jours qui précèdent la tenue de l'assemblée, les associés reçoivent les documents visés à l'alinéa 2 de l'article 288. Il s'agit du rapport de gestion, de l'inventaire, des états financiers de synthèse, du texte des résolutions proposées et, le cas échéant, du rapport du commissaire aux comptes.

L'assemblée générale est présidée par l'associé représentant par lui-même ou comme mandataire le plus grand nombre de parts sociales. L'assemblée ne peut se tenir que si une majorité d'associés représentant la moitié du capital social est présente ou représentée. Les délibérations de l'assemblée générale sont constatées dans un procès-verbal que chaque associé présent doit signer.

47. Pour protéger les associés, l'article 288, alinéa 4, de l'Acte uniforme prévoit que toute délibération prise en violation des règles de convocation et de tenue de l'assemblée peut être annulée. Toutefois, cette action en nullité ne peut prospérer lorsque tous les associés ont assisté ou ont été représentés à l'assemblée.

Si la convocation d'une assemblée générale est obligatoire pour l'approbation des comptes sociaux, il en va autrement des autres décisions collectives qui peuvent être prises par la consultation écrite des associés. De ce point de vue, les associés déterminent librement dans les statuts les modalités de cette consultation. Cette liberté concerne principalement la majorité nécessaire à l'adoption des décisions. Ces décisions sont consignées dans un procès-verbal dressé et signé par le gérant. La réponse de chaque associé est annexée à ce procès-verbal.

En définitive, l'Acte uniforme régleme minutieusement les décisions collectives des associés. Il s'agit d'éviter que des décisions soient prises « à l'insu de certains associés » (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P-G Pougoué et M. Samb, op. cit, n° 636 et s, p. 332*). Cette rigueur de l'Acte uniforme s'explique par la rigueur des obligations des associés en nom.

B - Obligations des associés en nom

48. Il pèse sur les associés en nom des obligations qui sont la conséquence de la responsabilité indéfinie et solidaire qu'ils assument. La mise en œuvre de ces obligations révèle la transparence de la personnalité morale de la SNC. Les associés subissent ce principe de transparence de la personnalité morale car leurs patrimoines personnels ne sont pas protégés contre les poursuites des créanciers sociaux. De ce point de vue, l'obligation au passif social (A) apparaît comme l'obligation fondamentale des associés en nom qui supportent cependant d'autres obligations (B).

I - Obligation au passif social

49. L'obligation des associés en nom au passif social découle de l'article 270 de l'Acte uniforme qui définit la SNC. Selon ce texte, la SNC est caractérisée par le fait que tous les associés ont la qualité de commerçant et répondent infiniment et solidairement des dettes sociales (La question de la nature juridique de l'obligation aux dettes est débattue en doctrine. Pour certains auteurs, l'obligation aux dettes qui pèse sur les associés en nom peut être analysée comme un cautionnement solidaire. Pour d'autres auteurs, il s'agit plutôt d'une garantie légale (*sur l'ensemble de la question, voir P. Le Cannu et B. Dondéro, op. cit, n° 1392, p. 892 et s*).

Dans tous les cas, même si elle est étroitement liée à la qualité d'associé (Cass civ, 24 octobre 1938, D. H. 1939. 65), l'obligation aux dettes a toutefois un caractère subsidiaire. La règle vise, d'une part, à solliciter la personne morale avant de poursuivre les associés en nom et, d'autre part, à éviter une augmentation des engagements des associés sans leur accord unanime (Ph. Merle, *op. cit, n° 149, p. 176*). C'est pour tenir compte du caractère subsidiaire de l'engagement des associés en nom que les créanciers ne peuvent pas immédiatement poursuivre le recouvrement de leurs créances sur leurs patrimoines personnels. Tant que l'incapacité de la société à payer ses dettes n'a pas été constatée, les associés en nom sont protégés. En d'autres termes, les poursuites contre les associés ne se justifient que si la société se trouve dans l'incapacité d'apurer son passif (Cass civ, 4 juin 2009, RJDA 11/09, n° 978). C'est au moment où la société cesse ses paiements que l'obligation de résorber le passif social pèse sur les associés

en nom. De ce point de vue, l'obligation aux dettes ne se confond pas avec la contribution aux pertes sociales (infra n° 53). Dès lors, il devient important de déterminer les rapports des créanciers sociaux avec la société et les associés. La détermination de ces rapports oblige à préciser à la fois les dettes et les associés qui sont tenus par une responsabilité indéfinie et solidaire.

S'agissant des dettes, il est exigé que le gérant agisse sous la dénomination sociale et dans la limite de l'objet social. Si cette condition est remplie, les dettes sont à la charge de la société. Il en résulte, par un raisonnement *a contrario*, que la société n'est pas engagée par l'acte du gérant qui agit en son nom personnel ou qui outrepassé l'objet social.

50. Dès lors que le caractère social de la dette est établi, les créanciers doivent respecter la procédure décrite à l'article 271 de l'Acte uniforme. L'article 271, alinéa 2, de l'Acte uniforme permet au Président de la juridiction compétente statuant à bref délai de proroger sans que la prorogation puisse excéder trente (30) jours. En d'autres termes, il doit s'écouler un délai de 90 jours au plus à partir de la mise en demeure adressée à la société pour que les créanciers sociaux se retournent contre les associés. L'Acte uniforme ne contient aucune indication du motif empêchant la société de s'exécuter. Peu importe donc ce motif. Il suffit de constater que la mise en demeure adressée à la société est restée infructueuse (*Ph. Merle, op. cit, n° 150, p. 177*). Les créanciers sont alors fondés à poursuivre les associés pour obtenir le paiement d'une dette légale, indéfinie et solidaire.

51. Il s'ensuit qu'aucune disposition des statuts ne peut faire échec aux poursuites engagées contre les associés dès lors que l'incapacité de la société est avérée. Ainsi, les éventuelles clauses statutaires limitant la responsabilité de tel ou tel associé ne peuvent être opposées aux créanciers (*Cass civ, 24 octobre 1938, D. H. 1939. 65*). De la même manière, chaque associé répond de la totalité de la dette comme s'il l'avait contractée en son nom personnel. C'est le caractère indéfini de l'engagement qui explique que les créanciers puissent saisir les biens personnels de chaque associé, venant ainsi en concours avec ses créanciers personnels. Enfin, les créanciers peuvent librement choisir le ou les associés contre lesquels ils engagent des poursuites. C'est le mécanisme de la solidarité qui découle de la définition de la SNC. Tous les associés sont solidaires relativement au paiement des dettes sociales. En conséquence, les créanciers sociaux peuvent, à l'expiration du délai légal, réclamer le paiement de la dette à l'associé de leur choix, en général le plus solvable.

52. La rigueur de l'engagement dans une SNC oblige, dans un second temps, à déterminer avec précision les associés qui sont indéfiniment et solidairement tenus.

De ce point de vue, il apparaît que l'obligation au passif social est intimement liée à la qualité d'associé

en nom. Dès lors qu'une personne participe, en tant qu'associé, à une société en nom collectif, elle est de plein droit soumise à cette obligation. C'est dire que la détermination de la qualité d'associé est fondamentale dans la SNC. Par exemple, l'usufruitier n'est pas considéré comme l'associé. Il ne peut, en conséquence, supporter le passif social. Cette charge revient au nu-propriétaire qui peut dès lors être poursuivi par les créanciers.

Par ailleurs, les modifications du capital social peuvent influencer sur la qualité d'associé parce qu'elles ont une incidence sur la composition de la société. Deux hypothèses sont alors envisageables. D'une part, un associé peut se retirer de la société. Dans ce cas, il reste tenu indéfiniment et solidairement des dettes nées avant son départ de la société (*Cass civ, 16 mars 1942, JCP 1942.II. n° 1854*). Il suffit à cet égard que la décision de retrait ait été publiée selon les formes légales pour qu'elle devienne opposable aux tiers (*Voir en droit français, Cass com, 4 janvier 1994, Bull. Joly 1994, p. 334, n° 83, obs P. Le Cannu*). Dans le même ordre d'idées, les anciens associés en nom restent tenus indéfiniment et solidairement en cas de transformation de la SNC en SARL ou en SA pour toutes les dettes nées avant cette transformation (*Voir en droit français pour un exemple de transformation d'une SA ou d'une SARL en SNC, Cass civ, 10 janvier 1973, Rev. soc 1973, 647, obs J. P. Sortais*). Ici comme là, la décision de transformation doit être publiée selon les formes légales. D'autre part, un associé peut faire son entrée dans la société en cours de vie sociale. Il est alors tenu de tout le passif social, y compris le passif antérieur à son entrée dans la société (*Voir en droit français, Cass com, 21 octobre 2008, Dr. Sociétés 2009, n° 9, obs D. Gallois-Cochet*).

Quant aux rapports de l'associé qui a payé les créanciers avec les autres associés, ils sont guidés par la règle de la solidarité. En vertu de cette règle l'associé qui a payé l'intégralité de la dette dispose contre les autres d'un recours à concurrence de leur part dans le passif. Dans le silence des statuts, cette part équivaut à la proportion que détient chaque associé dans le capital social.

II - Autres obligations des associés en nom

53. Outre l'obligation au passif social, les associés en nom assument d'autres obligations qui peuvent être recherchées dans l'Acte uniforme et dans le droit commun des contrats.

En application de l'article 37, alinéa 2, de l'Acte uniforme, tout associé doit libérer son apport. L'associé est ainsi débiteur envers la société de tout ce qu'il s'est obligé à lui apporter, qu'il s'agisse d'un apport en numéraire ou en nature. Dans les sociétés commerciales, la question de la libération des apports en numéraire et en nature ne pose pas de problème particulier. En effet, cette libération doit être intégrale au plus tard lors de la constitution de la société, c'est-à-dire à la signature des statuts.

Par ailleurs, tenant compte de la finalité de la société, les associés s'engagent à contribuer aux pertes. La contribution aux pertes ne se confond pas avec l'obligation aux dettes. En effet, celle-ci concerne les rapports que les associés entretiennent avec les tiers alors que celle-là renvoie aux rapports des associés entre eux (*CA Paris, 12 mai 2000, RJDA 2/01, n° 170 ; Cass 3^e civ, 6 juillet 1994, RJDA 12/94, n° 1310*). Toutefois, la contribution aux pertes n'est pas effective en cours de vie sociale. Tant que la société vit, elle supporte les pertes. La contribution demandée aux associés ne naîtra qu'à la liquidation de la société. Elle se muera d'ailleurs en obligation aux dettes dans la SNC. En principe, la contribution aux pertes est proportionnelle aux apports, même si l'article 54 de l'Acte uniforme permet aux associés d'écarter la règle proportionnelle dans les statuts.

54. Enfin, certaines obligations pesant sur les associés découlent de l'application des règles du droit commun des contrats. Il en est particulièrement ainsi de l'obligation de non-concurrence qui peut résulter d'une clause des statuts ou qui se déduit de l'apport en industrie fait par l'associé (*Voir par exemple CA Ouagadougou, arrêt n° 40 du 2 mai 2003, affaire J. F. T c/J. P. K obadata J-04-365 qui fixent les conditions d'exercice de l'action sociale dans le cas où un associé reproche au gérant associé de la SARL commune d'avoir accompli à l'encontre de la société des actes de concurrence déloyale. Cette décision rendue au sujet d'une SARL peut être transposée à la SNC*).

§3 - Événements de la vie financière

55. La SNC est caractérisée par l'*intuitu personae* qui conduit chaque associé à s'engager en considération de l'engagement des autres associés. Cette logique influe sur les événements de la vie financière de la SNC. D'une part, les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables comme dans la SA. La circulation de ces parts, du vivant comme au décès de l'associé dépend aussi étroitement de la considération de la personne. Le caractère fermé de la SNC influe nécessairement sur la cession (I) et la transmission (II) des parts sociales.

A - Cession des parts sociales

56. La cession des parts sociales est dominée par l'*intuitu personae* qui préside à la constitution de la SNC. En raison du caractère fermé de la société, la cession des parts aurait dû être interdite. Une telle interdiction aurait cependant constitué un handicap important pour les associés qui auraient pu être maintenus dans la société contre leur volonté (*on peut souligner ici l'apport de l'art 57 AUSCGIE car avant l'avènement de l'AU, l'associé était prisonnier de ses parts sociales et était obligé de passer par une convention de croupier pour se retirer de*

la société). Pour cette raison, l'article 274, alinéa 1, de l'Acte uniforme autorise la cession des parts sociales, à condition d'obtenir l'accord unanime des associés. C'est l'exigence de l'agrément que les associés ne peuvent écarter car il s'agit d'une règle d'ordre public. Selon l'article 274, alinéa 1, de l'Acte uniforme, toute clause contraire est réputée non écrite. En d'autres termes, la cession ne peut être acquise à une majorité moindre fixée par les statuts. L'exigence de l'unanimité s'explique par le fait qu'il n'est pas souhaitable qu'un associé en nom échappe à sa responsabilité ou qu'il permette l'entrée dans la société d'un associé dont la solvabilité n'est pas avérée (P. Le Cannu et B. Dondéro, *op. cit.*, n° 1394, p. 894). En l'absence de précision des textes, il faut considérer que la règle de l'unanimité s'applique, que la cession se fasse entre associés ou à un tiers.

La règle de l'unanimité présente toutefois un inconvénient majeur pour l'associé. Il court le risque de demeurer dans la société contre sa volonté (M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 1168, p. 518). C'est pour cette raison que l'article 274 de l'Acte uniforme ménage une porte de sortie aux associés qui peuvent prévoir dans les statuts une procédure de rachat des titres de l'associé qui souhaite se retirer. Ces titres peuvent être rachetés, selon les cas, par la société, les associés ou des tiers désignés par les associés. Si les titres sont acquis par la société, elle est obligée de procéder à une réduction de capital et d'annuler les titres de l'associé sortant.

57. Dès lors que l'agrément des associés est acquis, des formalités rigoureuses doivent être accomplies. La première consiste à rédiger un écrit constatant la cession. L'exigence d'écrit permet d'accomplir la seconde formalité qui vise à rendre la cession opposable à la société et aux tiers. La cession ne devient opposable à la société que si le contrat de cession lui a été signifié par exploit d'huissier, si elle a accepté la cession dans un acte authentique ou si un original du contrat est déposé au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de dépôt. L'accomplissement de l'une ou l'autre de ces formalités prévues par l'article 275 de l'Acte uniforme suffit à rendre la cession opposable à la société.

Quant aux tiers, la cession ne leur est opposable que si l'une des formalités de l'article 275 a été accomplie et si l'acte de cession a fait l'objet d'une publication par dépôt en annexe au RCCM.

Les conséquences du caractère *intuitu personae* de la SNC se manifestent aussi sur le terrain de la transmission des parts sociales.

B - Transmission des parts sociales

58. Dans la même logique que la cession, *l'intuitu personae* qui prédomine dans la SNC aurait dû rendre les parts sociales intransmissibles. Une telle règle aurait

inégalement entraîné la dissolution de la société. Pour tenir compte de la vie des affaires, l'Acte uniforme laisse une porte de sortie aux associés qui peuvent, dans les statuts, décider de la continuation de la société, soit entre associés survivants, soit entre ces derniers et les héritiers de l'associé décédé, avec ou sans agrément des associés survivants. Ces clauses de continuation sont prévues par l'article 290, alinéa 1, de l'Acte uniforme. L'agrément prévu dans les statuts peut concerner tous les héritiers ou seulement certains d'entre eux (F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P-G Pougoué et M. Samb, *op. cit.*, n° 689 et s, p. 345).

En cas de refus d'agrément, l'article 290, alinéa 2, de l'Acte uniforme organise une procédure de rachat des parts des héritiers de l'associé décédé (F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P-G Pougoué et M. Samb, *op. cit.*, n° 689 et s, p. 345).

Les parts transmises sont indivisible à l'égard de la société. Il convient alors d'appliquer l'article 127 de l'Acte uniforme selon lequel les héritiers désignent un mandataire qui les représente. À défaut d'accord entre héritiers, le mandataire est désigné par la juridiction compétente.

59. Si l'un des héritiers de l'associé prédécédé est mineur non émancipé, se pose le problème de sa participation dans la société. En effet, l'article 270 définit la SNC comme une société dans laquelle tous les associés ont la qualité de commerçant. Or, en application de l'article 7, aliéna 1, de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, le mineur non émancipé n'a pas la capacité commerciale. Il ne peut accomplir des actes de commerce, ce qui le prive de la possibilité d'être associé d'une SNC. L'article 290, alinéa 3, de l'Acte uniforme en tire une conséquence fondamentale : si les statuts prévoient une clause de continuation avec un mineur non émancipé, celui-ci ne répond des dettes sociales qu'à concurrence des parts de son auteur décédé. Mais cette situation peut léser les autres associés (Ph. Merle *op. cit.*, n° 157, p. 154). C'est pour cette raison que la règle de l'article 290, alinéa 3, n'est que provisoire. Les associés disposent d'un délai de un (1) an à compter du décès pour transformer la société en société en commandite simple dans laquelle le mineur aura la qualité d'associé commanditaire. Si la transformation n'intervient pas dans le délai, l'article 290, alinéa 4, de l'Acte uniforme prévoit la sanction radicale qui consiste à dissoudre la société de plein droit (F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P-G Pougoué et M. Samb, n° 691 et s, p. 346).

Section 3 - Disparition de la SNC

60. La disparition de la SNC peut résulter d'une transformation (I) ou de la dissolution (II).

§1 - Transformation de la SNC

61. La transformation est un changement de forme sociale sur décision des associés. Il faut préciser que étant un phénomène d'adaptation, la transformation n'entraîne pas création d'un être juridique nouveau, mais survie de la personnalité morale de la société initiale. L'Acte uniforme ne prévoit aucune règle spécifique pour la transformation de la SNC en société d'une autre forme. En l'absence de règles spéciales, il convient d'appliquer le droit commun des articles 181 et suivants. Le législateur communautaire cherche particulièrement à protéger les tiers en cas de transformation de la SNC en société dans laquelle la responsabilité est limitée aux apports. Il s'agit de permettre aux créanciers sociaux de poursuivre le recouvrement de leurs créances en application des règles de la SNC malgré sa transformation en SARL ou en SA. Ce souci de protection des créanciers sociaux explique la règle de l'article 186, alinéa 2, de l'Acte uniforme. Selon ce texte, les créanciers sociaux dont les créances sont antérieures à la transformation conservent leur droit de poursuite contre la société et les associés. Les anciens associés demeurent indéfiniment

et solidairement responsables des dettes nées avant la transformation.

§2 - Dissolution de la SNC

62. En dehors des causes de dissolution communes à toutes les sociétés comme l'annulation du contrat de société, l'arrivée du terme, la réalisation ou l'extinction de l'objet social ainsi que la réunion de toutes les parts entre les mains d'un seul associé, la SNC est dissoute pour des causes qui lui sont particulières, conséquences directes de *l'intuitu personae*.

Ainsi, la société est dissoute en cas de liquidation des biens, de faillite, d'interdiction ou d'incapacité d'exercice prononcée à l'encontre d'un associé (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P-G Pougoué et M. Samb, n° 698 et s, p. 348*). Sauf si la clause de continuation a été prévue dans les statuts ou si sa survenance a été décidée après la survenance de l'événement (*art 291 AUDCGIE*)

Etienne NSIE

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- A**
 Action :
 - action en nullité 47
 - action sociale 54
 Alerte :
 - procédure 43
 Apport :
 - apports en industrie 4, 13
 - apport en numéraire 13, 15, 53
 - apport en nature 15, 16, 53
 - commissaire aux apports 16
 Assemblée générale :
 - assemblée générale 45, 46
 Associé :
 - associé 1
 - associé responsabilité 61
 - associé commanditaire 59
 - associé unique 62
- B**
 Bénéfices :
 - bénéfices 5, 17
- C**
 Capital :
 - capital social 12, 14, 29
 - composition 13
 - modification 52
 Commissaire :
 - commissaire aux apports 16
 - commissaire aux comptes 46
 Communication :
 - communication (droit de) 44
 Consultation :
 - consultation (droit de) 44
 Comptes sociaux :
 - comptes sociaux 47
 - approbation 47
 Constitution :
 - constitution 4, 8
 - constitution (avis de) 23
 - conditions de fonds 9
 - apport en numéraire 15
 - immatriculation 22
 Contrat :
 - contrat de société 20
 - annulation 62
- D**
 Dénomination :
 - dénomination sociale 39, 49
 Dirigeants sociaux :
 - publicité 22
 - démission 30
- Dissolution :
 - dissolution 62
 - révocation gérant 31
 - clause de continuation 31
 - poursuite de l'activité 31
 - transmission part sociale 58
 Documents :
 - documents 46
 - documents sociaux 44
 - copies 44
- E**
 État :
 - états financiers de synthèse 46
 Expert
 - prix 31
 - expert comptable 44
 Expertise de gestion :
 - expertise de gestion 43
 Époux :
 - époux 12
- F**
 Faillite :
 - faillite 62
 - faillite personnelle 30

Fondateurs :

- fondateurs 22, 23

G

Groupe de sociétés :

- Groupe de sociétés 7

Groupement d'intérêt économique :

- groupement d'intérêt économique 1, 11

J

JAL :

- journal d'annonces légales 23

L

Liberté contractuelle 3

Liquidation :

- liquidation judiciaire 3, 6
- liquidation des biens 41, 62
- liquidation de la société 53

Livre :

- livres sociaux 44

M

Mineurs :

- actes de commerce 10
- émancipation 11
- non émancipé 59
- héritier 59
- associé commanditaire 59

N

Nom collectif (société en) 2

Nullité :

- nullité 11
- absence de statut 21
- formalité de publicité 23
- tiers 23
- juge 23

O

Objet social :

- détermination 17
- actes 17, 36, 39
- pouvoirs gérant 20
- limite 34
- gérant 38
- extinction 62

Obligation :

- de libération 4, 15
- des associés en nom 48
- obligation au passif social 49

P

Publicité :

- publicité 19
- formalité de publicité 22
- prescription 23

Personnalité morale

- acquisition 3

R

Registre du commerce et du crédit mobilier :

- immatriculation 3, 22
- acte de cession 57

S

Siège social :

- siège social 44, 57

Société commerciale :

- société commerciale 2, 12
- par la forme 17

Statuts :

- rédaction 4
- décisions collectives 4
- parts sociales 14
- apports en numéraire 15
- objet social 17
- mentions obligatoires 21
- absence de statut 21
- immatriculation 22
- gérant 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 36
- délibération 47
- libération des apports 53
- obligation de non-concurrence 54
- transmission des parts 58
- clause de continuation 59

T

Transformation :

- transformation 52

SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

Table des matières

Introduction n° 1 - 20

§1 - Constitution de la SEP n° 21

- A - Conditions de forme n°
 - I - Forme du contrat n° 22
 - II - Publicité n° 23
- B - Conditions de fond n°
 - I - Associés n° 24 - 25
 - II - Consentement n° 26 - 28
 - III - Capacité n° 29
 - IV - Objet social n° 30 - 31
 - V - Apports n° 32 - 35
 - VI - Droits sociaux n° 36 - 37
 - VII - Capital social n° 38 - 40
 - VIII - Siège social n° 41
 - IX - Durée n° 42 - 43
 - X - *Affectio societatis* n° 44 - 46
 - XI - Dénomination sociale - siège social n° 47
 - XII - Preuve de l'existence de la SEP n° 48
 - XIII - Sanction des conditions de constitution de la SEP n° 49
 - XIV - Sort des actes et engagements effectués au nom de la SEP en formation n° 50

§2 - Fonctionnement de la SEP n° 51 - 52

- A - Gérance
 - I - Désignation-nombre de gérants n° 53
 - II - Pouvoirs du gérant n° 54
 - III - Rémunération du gérant n° 55
 - IV - Obligations et responsabilités du gérant n° 56
 - V - Démission/Révocation du gérant n° 57 - 58
- B - Associés ou participants
 - I - Obligation des participants n° 59 - 60
 - II - Droits des participants n° 61 - 66
 - III - Participants et les tiers n° 67 - 68

1. La SEP fait partie, avec la société de fait, des sociétés sans personnalité juridique, parce que, par définition, elle échappe à la démarche de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier qui marque la naissance de la personne morale des sociétés commerciales. Certains auteurs ont fort bien décrit cette forme de société en ces termes : « *La société en participation est à la société immatriculée ce que le concubinage est au mariage ; avec ses deux variantes : à la liaison clandestine correspond la société occulte et au concubinage notoire la société ostensible* » (cf. en

C - Liens de droit entre la SEP et d'autres sociétés

- I - Groupe de sociétés n° 69
 - II - Participation dans le capital d'une autre société (cf. art. 176-178 AUDSCGIE) n° 70 - 71
 - III - Société mère et filiale (cf. art. 179-180 AUDSCGIE) n° 72
- #### D - Transformation de la SEP (cf. art. 181-188 AUDSCGIE)
- I - Transformation d'une autre société en SEP n° 73
 - II - Transformation d'une SEP en une autre société n° 74
- #### E - Fusion, scission, apport partiel d'actifs
- I - Fusion n° 75
 - II - Scission n° 76
 - III - Apport partiel d'actif n° 77 - 78
- #### F - Situation fiscale de la SEP n° 79 - 82

§3 - Dissolution de la SEP n° 83

- A - Causes de dissolution n° 84 - 87
- B - Effets de la dissolution n° 88 - 93

Bibliographie

- DESMORIEUX (E.), « *Société de fait, société en participation et société créée de fait : attention à la distinction !* », in *Petites affiches*, 06 janv. 1999.
- GUYON (Y.), *La fraternité dans le droit des sociétés*, *Rev. soc.* 1989.
- ISSA-SAYEGH (J.), POUGOUÉ (P.-G.), SAWADOGO (F.M.) (dir.), *OHADA, Traités et actes uniformes et commentés et annotés, Juriscope*, 2^e éd., France, 2002, 960 p.
- POUGOUÉ (P. G.), ANOUKAHA (F.), NGUEBOU (J.), *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998, 630 p.
- POUGOUÉ (P. G.), (Sous la coordination scientifique de), *OHADA Sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 589 p.

ce sens, Cozian (M) et Viandier (A), *Droit des sociétés*, LITEC, Paris, N° 1541)

2. Selon la définition de l'article 854 AUDSCGIE « *La société en participation est celle dans laquelle les associés conviennent qu'elle ne sera pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier et qu'elle n'aura pas la personnalité morale. Elle n'est pas soumise à publicité. L'existence de la société en participation peut être prouvée par tous moyens* » (comp. art. 1871 al. 1^{er} code civil français : « *les associés peuvent convenir que la société ne*

sera point immatriculée. La société est dite alors « société en participation ». Elle n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens »).

La SEP est donc, un groupement dépourvu de la personnalité morale par la volonté des associés qui ont convenu de ne pas l'immatriculer. Ainsi, « *cette société offre cette particularité remarquable qu'elle n'a pas la personnalité morale* » (cf. G. RIPERT & R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, 17^e éd., (par GERMAIN (M.) et VOGEL (M.)), LGDJ, 1998, p. 951, n° 1239). La SEP étant dépourvue de personnalité, elle n'est donc pas soumise à publicité.

Son succès pratique tient précisément à cela. En effet, en raison de la grande souplesse qu'offre ce type de groupement, notamment dans sa constitution, elle est prisée pour la réalisation de plusieurs projets communs et ponctuels occasionnant une collaboration à court ou moyen terme. Il s'agit le plus souvent d'œuvres d'envergure comme l'exécution d'appels d'offre importants, la réalisation de grands travaux publics, les activités de financement ou de prêts bancaires dans le cadre d'un « *pool* », d'assurance et de réassurance etc. Ainsi, les juridictions françaises ont estimé que la collaboration de plusieurs établissements bancaires sous la forme de « *pool* » devait s'analyser juridiquement comme une SEP ; il s'ensuit que le chef de file du « *pool* » ne pouvait, sans autorisation expresse, engager les autres membres en consentant un abandon de créances, (cf. Versailles, 06 juin 1996, DALLOZ 1998, p. 83, note BERGOIN ; Versailles, 09 oct. 1997, Bull. inf. c. cass. du 15 juin 1998, n° 273 ; cass. com., 27 mars 2001, JCP. éd. E, 2001, 1677, note STORCK ; DALLOZ 2001, 1534, note AVENAT-ROBARDET). La SEP constitue en cela un cadre de participation idéal pour regrouper des personnes (physiques ou morales) qui conviennent d'entreprendre, en commun, une ou plusieurs opérations déterminées à court ou moyen terme.

De même, la SEP constitue un cadre idéal de collaboration entre associés qui, tout en voulant fusionner leurs énergies, recherchent un cadre moins contraignant de coopération, sorte de phase transitoire et d'observation, avant de s'engager dans un modèle de participation plus formaliste.

Mais cet engouement pratique contraste avec son infortune théorique.

Les raisons du peu d'inspiration théorique que suscite l'évocation de la SEP peuvent être recherchées dans l'histoire des groupements humains qui met en avant un élément considéré jusqu'alors comme fondamental dans la détermination de la qualité de société commerciale : la jouissance de la personnalité morale.

3. Les prémices d'une prise en compte juridique des groupements humains et, partant, la naissance de la personnalité morale, peuvent être recherchées dans l'Antiquité (cf. Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2^e éd., Paris, Librairie ARTHUR ROUSSEAU, 1898). Ainsi, à Rome, les exigences du milieu des affaires ont incité jurisconsultes et praticiens du droit à imaginer

la création de groupements humains pour la réalisation de projets d'envergure pour lesquels une seule personne était inapte à les mener. Ils élaborèrent ainsi des règles de fonctionnement pour les *municipes*, les *collèges* et les *sociétés des publicains*.

4. Ainsi qu'il ressort de ses travaux, il semble que la terminologie « *personnalité morale* » ait été employée pour la première fois par PUFFENDORF. Cependant, l'emploi de cette expression ferait à une catégorie de personnes physiques en regard à leur moralité ou à la fonction qu'elles exerçaient dans la société. Ainsi, quoique désignant une catégorie particulière d'individus, la personne morale de PUFFENDORF n'avait pas une existence propre par rapport à la personne physique. Par ailleurs, cet auteur établissait une typologie du groupement : d'une part, la *personne morale simple*, référant à un être engagé individuellement, d'autre part, la *personne morale composée*, réunissant des groupements d'individus et lui conférant une volonté unique, mais sans représentation organique. On est encore loin de la personne morale telle qu'appréhendée actuellement.

5. La notion et la structure actuelles de la personnalité morale germent avec l'excroissance de l'activité économique et commerciale. Afin de faciliter la mise en œuvre de projets impliquant de lourds investissements pour lesquels la mobilisation de fonds et, plus généralement, de moyens par une seule personne est impossible, on recourt aux groupements humains dotés d'aptitudes juridiques dès la fin du xvii^e siècle. La personnalité morale apparaît dans la codification moderne dans le code NAPOLÉON de 1804 au travers notamment de l'article 529 alinéa 1^{er} (« *sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que les immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société* »). Si cette disposition n'évoque pas de manière explicite la personnalité morale, elle en esquisse très nettement les contours, par la référence à la notion de « *société* » et réalise en cela une admission implicite de l'existence de cette notion. L'expression « *personnalité morale* » est utilisée par la suite et de manière explicite dans d'autres instruments législatifs. Ainsi, elle apparaît pour la première fois en 1819 dans le *Code législatif pour le Royaume des Deux Siciles*. Ensuite, elle connaîtra une très forte utilisation au milieu du xx^e siècle.

6. À l'instar des systèmes juridiques de tradition romaine, la personnalité morale est reconnue et admise en *Common Law*, notamment aux USA, sous le nom de « *corporation* » (cf. MACHEN (A. W.) Jr, « *Corporate Personality* », in *Harvard Law Review*, 1916, vol 24, p. 253-255). Il en va de même au Canada (cf. article 309 du Code

civil du Québec : « les personnes morales sont distinctes de leurs membres », à partir de la jurisprudence *Salomon vs Salomon & CO* (cf. MARTEL (P.), *La compagnie au Québec*, vol. 1, éd. WILSON & LAFLEUR, Montréal, 2004, 1-24.1 24). Cette cause sera le point de départ de toute une construction jurisprudentielle ultérieure (cf. MARTEL (P.), *La compagnie au Québec*, préc.). Depuis, faisant preuve de pragmatisme, cette notion est fortement ancrée dans les systèmes juridiques anglo-saxons (cf. Charlaïne BOUCHARD, *La personnalité morale démythifiée*, Presses de l'Université de Laval, Laval, 1997, p. 58), sans égard au pugilat doctrinal dans les systèmes de traditions civilistes sur l'existence et la nature de cette personnalité morale (selon des auteurs nord-américains, cette notion relèverait du droit public. cf. MACHEN (A.W.) Jr, « Corporate Personality », art. préc.).

7. Dans les systèmes juridiques d'inspiration romaine, notamment en droit français, la question de la nature juridique de la personnalité morale suscita un pugilat juridique passionné et à l'issue incertaine entre doctrines opposées au début du xxe siècle. L'admission de la personnalité morale et le fondement de celle-ci étaient en effet susceptibles d'avoir des répercussions sur des notions cardinales du droit fondamental, à savoir la question de la personnalité juridique, du rôle de la volonté dans la création du droit, la notion de patrimoine. Elle allait même au-delà de la simple considération des intérêts privés pour convoquer les attributs et la structure même de l'État (question de la laïcité ou non de l'État, du statut des congrégations religieuses, de la séparation ou non de l'Église de l'État, etc.).

8. La controverse était alimentée par le vide juridique qui prévalait jusqu'alors, la personnalité morale étant méconnue du code civil. Il faudra attendre une loi du 04 janvier 1978 pour que le législateur français en consacre l'admission, notamment par l'article 1842 du code civil. Cependant, au contraire d'autres législations (lois allemande et suisse, notamment) ladite loi n'envisageait pas dans ses dispositions une théorie générale de la personnalité morale qui aurait permis d'en cerner tous les contours (cf. SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique : histoires et théories ; 25 leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, 2^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1922, p. 47 et s.).

9. Une systématisation s'avérait donc nécessaire. C'est à cette œuvre, prétexte à une véritable controverse, que va s'efforcer la doctrine de l'époque. Mais, déjà en 1808, dans son exégèse du Livre 1^{er} du Code civil, ZACHARIÄ avait opéré la division des personnes en les deux catégories admises actuellement (cf. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL (K.S.), *Handbuch des französischen Civilrechts*, 2 Bände, Bd. 1). La jurisprudence au gré de ses préférences et de son évolution, va se faire l'écho des différentes théories en présence. Pour l'essentiel,

deux théories étaient en opposition : la *théorie de la fiction* et la *théorie de la réalité*.

10. La doctrine classique dite de la *théorie de la fiction* (légale) ou *Willenstheorie* a été systématisée pour la première fois par Friedrich Carl Von SAVIGNY. Cet auteur allemand part du postulat que « Tout droit est la sanction de la liberté morale inhérente à chaque homme. Aussi, l'idée primitive de personne ou sujet du droit se confond avec l'idée de l'homme, et l'identité primitive de ces deux idées peut se formuler en ces termes : chaque individu, et l'individu seulement, a la capacité du droit ». (cf. SAVIGNY (F.C.V.), *Traité de droit romain, traduction de l'allemand par Charles GUENOUX*, éd. FIRMIN DIDOT FRERES, Paris, 1840, Livre II, Chap. II. V. aussi SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit, traduction, introduction et notes par Alfred Dufour de Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), éd. PUF, Paris, 2006). Mais il reconnaît aussitôt la possibilité pour le droit positif d'instituer une autre personnalité juridique autre que celle de la personne humaine : on confère virtuellement à un groupement de personnes une pleine capacité de droit distincte de celle de ses membres pris isolément. Cette création artificielle (par la volonté législative) permet ainsi de « transporter la capacité du droit hors de l'individu ». (cf. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, préc., Livre II, Chap. II, p. 230).

11. Ainsi naît la personne morale qui, par son admission, réalise l'extension de la catégorie des sujets de droit. Autrement dit la personnalité morale ne serait pas autre chose que « la capacité juridique étendue artificiellement à des êtres fictifs » (*ibid.*). Les personnes morales sont donc des « personnes juridiques, c'est-à-dire des personnes qui n'existent que pour des fins juridiques » (cf. SAVIGNY, *Traité de droit Romain*, Livre II, Chap. II, p. 230. Rappr. OPPEIT (B.), *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse, Paris, 1963, pp. 270 et s. Cet auteur parle du « mythe de la personnalité morale »).

12. Certes, ce groupement n'a pas de volonté propre en ce qu'il est incapable d'agir par lui-même. Qu'à cela ne tienne : la mise en œuvre des droits conférés à l'entité sera exercée par les personnes physiques qui la composent. Ainsi elles voudront pour le groupement et agiront pour lui. Ainsi, la personne morale, véritable incapable, retrouve la plénitude de ses attributs par le procédé de l'interposition de personnes physiques : c'est la technique de la représentation organique dans la personne morale (pour une étude générale sur la représentation, cf. L'HOTE (D.), *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne*, thèse, Nancy 2, 2002). Selon une opinion, « la personne fictive ou artificielle est cette entité à laquelle l'on impute les paroles ou actions d'un autre » (cf. BRUNET (P.), *Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, thèse dactyl., Paris

10, 1997, p. 77-78). Cette affirmation, sociologiquement fondée, n'en demeure pas moins erronée en droit : la personne morale agit par elle-même, ses organes lui sont indissociables. C'est donc, en dépit de l'interposition de personnes, son propre fait dont elle répond, et non le fait des autres qu'on lui impute. Les conséquences suivantes découlent de cette constatation : d'une part, et contrairement à la thèse volontariste de la toute puissance de la résolution humaine, la volonté individuelle n'est pas la source créatrice de la personnalité morale. Le recours à la théorie du volontarisme n'est qu'un prétexte à la reconnaissance de la qualité de sujet fictif de droit ; d'autre part, elle souligne le rôle fondateur du législateur, donc de l'État dans l'accès de tel ou tel groupement à la qualité de sujet de droit. Ici ressurgit le principe de spécialité de la personne morale : l'Autorité publique peut conférer ou dénier la personnalité morale à telle association qu'il lui plaira. HOBBS, dans sa préface au *Léviathan*, a rapproché la relation de l'État ou de la science du Droit et des personnes morales à Dieu et au monde à l'instant du Fiat ou à Dieu dans sa relation à la créature humaine. Pour cet auteur, « *l'État doit insuffler l'âme de la vie fictive dans les narines de la corporation, sinon celle-ci ne deviendrait pas un corps animé, mais resterait une simple poussière d'individus* » (cf. HOBBS (Th.), *Léviathan*, traduction française par TRICAUD (F.), collection « *Philosophie politique* », Paris : SIREY, 1971).

13. Une question demeure cependant : si l'État est l'auteur de la personnification juridique du groupement, comment expliquer sa personnalité morale ? La réponse pourrait être recherchée dans le pouvoir régalién de la puissance publique qui, de ce seul fait peut, *proprio motu*, se doter d'attributs. Ainsi, « *la Constitution et les lois organiques, en décrivant les autorités et les procédures par lesquelles l'État se manifeste, l'établissent dans sa personnalité de droit interne* » (cf. GRIDEL (J.-P.), *La personne morale en droit français*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1990, 2, p. 497).

14. Cependant, la théorie de la fiction conférant la personnalité morale à un simple groupement va se heurter à un vif « *courant négationniste* », avec pour précurseur Arnold HEISSE (dans son ouvrage *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1904, n° 3014, pp. 980-981. PLANIOL estime que, dès les années 1874, cet auteur a initié du débat sur la notion de personne). Pour les négationnistes, seuls les hommes seraient des personnes, l'idée de personne comme sujet de droit étant fondamentalement indissociable de celle de la nature biologique de l'être humain (cf. François LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 1, 5^e éd., BRUYLANT, Bruxelles, 1893). En outre, la théorie de la fiction présenterait une sérieuse insuffisance en raison de son incohérence même. En effet, une personnalité fictive ne saurait fonder un sujet de droit dès lors qu'elle est fictive. Or, un être fictif n'existe pas, et s'il n'existe pas il ne saurait être titulaire d'un patrimoine, et n'avoir ni

dettes, ni biens. La notion de patrimoine étant inapplicable à la personne fictive, la théorie de la personnalité morale serait donc inutile. (cf. LA BROÛE DE VAREILLES SOMMIERES (G.), *Les personnes morales*, LGDJ, Paris, 1919, n° 15). Au demeurant, le débat sur la personnalité morale, manquerait de pertinence, ayant tout au plus un intérêt académique, mais une incidence pratique très limitée (cf. PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 1 (*Les personnes*), 2^e éd., (par René SAVATIER), Paris, LGDJ., 1952, p. 181). En raison des critiques suscitées par la théorie de la fiction, celle-ci sera abandonnée au profit d'une seconde théorie au soutien de la personnalité morale : celle de la réalité.

15. La *théorie de la réalité* part du postulat que la personnalité morale est avant tout une technique juridique (cf. MICHOUUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1924, n° 21, p. 45 et s.). Dès lors, il ne faut guère tenter une comparaison de la personne morale à la personne humaine, mais simplement considérer la personne morale comme un sujet de droit à part entière au même titre que la personne physique (cf. SIMONART (V.), *La personnalité morale en droit privé comparé*, BRUYLANT, Bruxelles, 1995, n° 53, p. 48). Ainsi, même si elle est une abstraction, elle répond avant tout à une nécessité de la technique juridique qui la rattache en même temps à la réalité. Aussi, ne faut-il pas tomber dans un anthropomorphisme excessif de la personnalité juridique (*ibid.*).

16. La jurisprudence, elle, a marqué sa préférence pour la théorie de la réalité, se faisant même, à l'occasion, concurrente de la volonté législative dans l'octroi de la personnalité juridique aux groupements. Ainsi, dans l'arrêt *Comité d'établissement de Saint-Chamond c. Ray*, la Cour de cassation va affirmer la personnalité morale des comités d'établissement, solution entérinée par la loi du 28 octobre 1982 (art. L. 435-1 al. 2 du Code du travail). La chambre civile de la Cour de cassation avait estimé dans cette affaire que « *la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; (qu') elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement protégés* » (cf. *c. cass., civ. (2^e sect. civ.)*, 28 janv. 1954, DALLOZ, 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR ; JCP 1954, II, 7978, concl. LEMOINE ; *Droit social*, 1954, p. 161, note P. DURAND ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* (H. CAPITANT), 10^e éd. (par TERRE (F.) & LEQUETTE (Y.)), DALLOZ, 1994, p. 73 et s.).

17. Aujourd'hui, la doctrine moderne s'écarte volontiers du débat sur la réalité ou la fiction de la personne morale pour n'y voir « qu'un instrument juridique auquel les disciplines publicistes ou privatistes font appel chaque fois qu'il permet certains résultats recherchés » (cf. GRIDEL (J.-P.), *La personne morale en droit français*, in *Rev. int.*

dr. comp., 1990, 2, p. 496). Autrement dit, la nouvelle vision de la personnalité morale serait la suivante : *ni fiction, ni réalité, mais simplement une abstraction* (cf. MOREAU (J.), *Droit administratif*, coll. « *Droit fondamental* », éd. PUF, Paris, 1989, n° 18).

18. Ainsi entendue, la personne morale est un groupement investi d'une personnalité juridique, distincte de celle de ses membres. Dotées en principe de la capacité de jouissance et d'exercice qui caractérise le sujet de droit, les personnes morales diffèrent cependant des personnes physiques, notamment sur le point fondamental suivant : alors que l'aptitude à jouir de droits est la règle fondamentale pour les personnes physiques, la capacité de jouissance des personnes morales est subordonnée et enserrée dans les limites du principe de spécialité des groupements personnifiés. En application de ce principe, la personne morale ne doit accomplir que les actes juridiques qui entrent dans le champ de son objet. Certes, il est concevable que l'objet social puisse être défini de manière extensive. De même, il peut être modifié en cours de vie sociale. Mais ces modalités souvent commandées par des considérations pratiques n'entament en rien la vigueur du principe de spécialité de la personnalité morale dont il ne constitue que des aménagements.

19. Pour saisir l'originalité de la SEP, il faut partir du postulat que le point d'importation et d'ancrage de toute société commerciale était jusqu'alors la personnalité morale dont elle était investie. La personnalité morale est l'une des œuvres les plus accomplies de la technique juridique de l'abstraction. Elle consiste dans l'érection d'une entité autre que l'être humain à la qualité de sujet de droit, même si cette entité est animée dans son fonctionnement par des organes « *humains* ». Autrement dit, la personne morale est un « *groupement [humain ou composé d'autre personnes morales] doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète* » (cf. CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, éd. PUF, Paris, 1987, p. 579, voy. « *Personne* »).

Mais la consécration de la SEP bouleverse l'exigence de la personnalité morale au soutien de l'activité commerciale d'envergure et place un autre acteur dans le dispositif économique : l'entreprise. Ainsi, avec l'admission de la SEP, la notion d'entreprise reprend ses lettres de noblesse car elle est placée au cœur même de l'activité commerciale, sans égard à la qualité structurelle de l'entité économique dans laquelle elle est logée et s'exerce. Autrement dit la qualité de société commerciale est admise de jure à une entité dépourvue *ab initio* de la personnalité morale. Dès lors, et avec elle, la notion de société commerciale est désormais indifférente à l'existence préalable de la qualité de sujet de droit.

Certes, une telle société existe par détermination de la loi. Il n'empêche que pour prendre corps, la SEP exige une initiative de volontés exprimées dans l'acte fondateur : le

contrat de société. Il semblerait donc qu'avec la SEP, l'on assiste à une résurgence de la conception volontariste de la société. De ce point de vue, l'OHADA fait œuvre utile car avec l'avènement de l'AUDSCGIE, « *les structures occultes (société en participation, [...]) sont repensées et suffisamment intégrées dans le champ juridique* » (cf. ISSA-SAYEGH (J.), POUYOUÉ (P.-G.), SAWADOGO (F.M.) (dir.), *OHADA, Traités et actes uniformes et commentés et annotés, présentation de l'AUDSCGIE, JURISCOPE*, 2^e éd., France, 2002, p. 304).

20. L'étude de la SEP peut être abordée en convoquant le triptyque classique des modalités de sa constitution (I), de son fonctionnement (II) et de sa dissolution (III).

§1 - Constitution de la SEP

21. Dès la phase de constitution de la SEP, on note que celle-ci est empreinte par un principe général de liberté contractuelle. Ainsi, aux termes de l'article 855 AUDSCGIE, « *Les associés conviennent librement de l'objet, de la durée, des conditions du fonctionnement, des droits des associés, de la fin de la société en participation sous réserve de ne pas déroger aux règles impératives des dispositions communes aux sociétés, exception faite de celles qui sont relatives à la personnalité morale* ». Certes, des particularités se révèlent en regard aux autres sociétés aménagées par l'AUDSCGIE. Ces spécificités tiennent tant aux conditions de forme (A) qu'aux conditions de fond (B) qui président à la création de cette entité et qui expriment, dans une large mesure, cette liberté contractuelle.

A - Conditions de forme

I - Forme du contrat

22. Comme toute société, l'acte fondateur de la SEP est un contrat passé entre les participants. Cependant, aucune disposition formelle de l'AUDSCGIE ne prévoit la forme conventionnelle dans laquelle la société doit être constatée. C'est dire que, juridiquement, ce type de société n'est soumis à aucune formalité particulière de constitution. Donc, il ne s'agit pas d'un contrat solennel ni réel, mais simplement consensuel (sur le formalisme contractuel, v. OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 1969). Autrement dit, les mentions obligatoires du contrat de société énumérées à l'article 13 AUDSCGIE ne sont pas applicables à la SEP. La raison : la plupart de ces mentions sont destinées à l'information des tiers. Or, la SEP est principalement occulte, toute chose qui rend inutile la conformité des statuts de ce groupement aux exigences de cet article 13

AUDSCGIE. Le contrat de société pourrait donc se former *solo consensu*. Cependant, en pratique, la rédaction d'un écrit s'avère nécessaire, voire indispensable et ce, à des fins probatoires, pour déterminer sans conteste les droits et obligations des participants, mais aussi à des fins fiscales (perception des droits d'enregistrement). Le contrat de SEP peut ne pas être constaté dans un document unique. Tel est le cas lorsque sa formation résulte d'un échange de correspondances entre les participants. Les énonciations transmises dans les diverses missives et fixant le cadre de la participation seront considérées comme formant un tout : le contrat de SEP (exemple de banques s'organisant en pool pour un projet de financement).

II - Publicité

23. L'immatriculation n'est pas une formalité à laquelle est soumise la SEP (cf. art. 97 AUDSCGIE : « à l'exception de la société en participation, toute société doit être immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier »). Cela se justifie par le fait que l'immatriculation confère la qualité de sujet de droit.

Par ailleurs, la SEP n'étant pas soumise à publicité, le contrat de société n'a pas à être révélé aux tiers. Ainsi, la SEP apparaît comme étant une société essentiellement occulte. Cependant, rien n'empêche les participants d'en révéler l'existence aux tiers. La SEP devient alors ostensible (pour les conséquences découlant du caractère occulte ou ostensible de la SEP, v. *infra*, *Fonctionnement*).

B - Conditions de fond

I - Associés

24. Les associés en participation doivent être au nombre de deux (2) au moins pour créer un tel groupement. C'est dire que la forme unipersonnelle est formellement interdite. Au demeurant, en vertu des articles 5, 309 alinéa 2 et 385 alinéa 2 AUDSCGIE, la société unipersonnelle n'est autorisée que pour la SA et la SARL.

Il en découle qu'en cas de réunion de tous les droits sociaux entre les mains d'un seul participant, la société sera dissoute, sans possibilité de régularisation de cette situation.

25. Les participants à la SEP peuvent être, soit des *personnes physiques*, soit des *personnes morales*, conformément à l'article 7 AUDSCGIE selon lequel « toute personne physique ou morale peut être associée dans une société commerciale lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucune interdiction, incapacité ou incompatibilité visée notamment par l'Acte uniforme portant sur le Droit Commercial Général ». En conséquence, la constitution

de ce type de société n'est pas réservée, *a priori*, à une catégorie spécifique de sujets de droit. On constate cependant qu'en pratique, elle est surtout prise par les personnes morales qui s'associent sous cette forme pour la réalisation d'opérations ponctuelles ou nécessitantes de gros investissements.

II - Consentement

26. À l'instar de celui exprimé dans tout contrat en général, le consentement donné par les participants à la SEP doit être exempt de vices. En matière de société, il doit exprimer la « *volonté de collaborer ensemble, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune* » (cf. COZIAN (P.) et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 9^e éd., Litec, 1996, p. 70, n° 200). En ce qu'il établit un rapport de collaboration égalitaire et non de subordination, le consentement donné à l'acte de société doit en conséquence refléter la « *volonté constante de collaborer sans qu'existe entre les associés un lien de subordination, avec généralement une convergence d'intérêt, une participation à la vie du groupement* » (cf. DEREU (Y.), *Cours de licence en droit : droit des sociétés, université de Nancy 2*).

27. Mais la spécificité de la SEP réside dans le fait que « *C'est une société dans laquelle les associés ne veulent pas créer une personne morale* » (cf. RIPERT (G.) & ROBLOT (R.), *op. cit.*, p. 962, n° 1245). C'est cette volonté de ne pas lui conférer la qualité de sujet de droit *ab initio*, donc dès l'origine de l'entité, qui permet de la caractériser par rapport aux sociétés en formation (SA, SARL SNC, SEC qui requièrent un acte conventionnel au stade de leur constitution) ou à celles irrégulièrement constituées comme la société de fait (cf. art 864 et s. AUDSCGIE). S'agissant de cette dernière en effet, « aucun groupement n'a été juridiquement créé. Pas de statuts, pas de démarches officielles, pas d'apparence formelle d'une société, pas même la conscience d'appartenir à un tel groupement » (cf. Y. DEREU, « *Réflexions sur les qualifications données à certains types de sociétés* », in *Bulletin Joly*, 1998, p. 607. V. aussi DESMORIEUX (E.), « *Société de fait, société en participation et société créée de fait : attention à la distinction !* », in *Petites affiches*, 06 janv. 1999).

28. Certains auteurs ont pu considérer que l'intention existante *ab initio* de ne pas créer un sujet de droit dans l'expression de la volonté créatrice de la SEP n'était pas une originalité qui mériterait que l'on s'y attarde. En effet, selon une opinion, « *à la vérité, il n'a pas là un caractère particulier du consentement* » (cf. RIPERT (G.) & ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial, t. 1, préc.*, p. 803, n° 1027), dès lors que « le consentement [est] donné en connaissance de la nature du contrat conclu » (*ibid.*). Certes, l'expression du consentement dans tout contrat implique que son objet soit clairement défini. Il n'empêche, il est difficilement contestable que la volonté des participants clairement affichée, dès l'origine, de ne

pas conférer de personnalité morale à leur groupement constitue le critère distinctif majeur de la SEP.

Sous cet angle, il est opportun de s'interroger sur le point de savoir si un rapport peut être établi entre la société en formation et la société en participation. Autrement dit, une société en formation (c'est-à-dire non encore immatriculée) peut-elle se transformer en société en participation ?

Selon une opinion (cf. DEREU (Y.), « *Réflexions sur les qualifications données à certains types de sociétés* », in *Bulletin Joly*, 1998, p. 607), il y a lieu de distinguer selon que le non-accomplissement de la formalité d'immatriculation est volontaire ou non. Ainsi, si le défaut d'immatriculation est volontaire, la transformation serait admise. *A contrario*, le défaut d'immatriculation, indépendant de la volonté des associées ne pourrait aboutir à un basculement vers une SEP. Dans ce cas, il y aurait création d'un groupement *sui generis*, plus probablement existence d'une société de fait au sens de l'article 865 AUDSCGIE en vertu duquel « *lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par le présent Acte uniforme mais n'ont pas accompli les formalités légales constitutives ou ont constitué entre elles une société non reconnue par le présent Acte uniforme, il y a également société de fait* ».

Cette opinion partagée (cf. DE GAUDEMARIS (M.), « *Théorie de l'apparence et société* », in *Rev. soc.*, 1991, p. 465) admet donc la possible transformation de la société en formation en une société en participation, à la condition que ce changement résulte d'une volonté expresse des associés qu'ils ne désirent plus immatriculer la société et adoptent la forme SEP, intention matérialisée par une modification dans ce sens portée au contrat de société. La cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 10 février 1994 (*inédit*), a admis l'existence d'une SEP dès lors qu'elle avait considéré que le défaut d'immatriculation d'un groupement provenait d'une abstention volontaire des associés. La censure en cassation de cette décision pour insuffisance de motifs (cf. *cass. com.*, 26 novembre 1996, *Bulletin Joly*, 1997, p. 149), au prétexte que la cour d'appel a omis de rechercher si les membres de ce groupement avaient agi ostensiblement en qualité d'associés, ne réduit nullement l'intérêt de cet arrêt, dès lors que l'attendu de principe de la décision de cassation fait expressément référence à la SEP en énonçant que « *Dans les sociétés en participation, chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers* » (cf. *cass. com.*, 26 novembre 1996, *préc.*, § 50).

III - Capacité

29. Les participants doivent avoir la capacité requise pour s'obliger. Il convient à ce niveau d'opérer une distinction selon l'objet civil ou commercial de la société (v. *infra*, Objet) et selon qu'elle a un caractère occulte ou ostensible. Ainsi :

- **Si la SEP est occulte et entreprend une** activité commerciale :

Le ou les participants non gérants doivent avoir simplement la capacité requise pour un associé commanditaire. En effet, dans la SEP occulte, les associés ne sont pas tenus du passif social à l'égard des tiers, mais doivent plutôt répondre de ces dettes sociales à l'égard du gérant et ce, *au prorata* de leurs apports. À moins que les statuts ne prévoient que leur contribution aux dettes est sans limite. En ce cas, les participants doivent avoir la capacité d'accomplir les actes de la vie civile, c'est-à-dire la capacité pour s'obliger contractuellement. Cependant, le ou les participants exerçant les fonctions de gérant doivent avoir la capacité commerciale car leur contribution au passif est sans limite. Ainsi, les incapables ne peuvent être gérants de la SEP. De même, les mineurs, même émancipés (sauf autorisation parentale d'exercer une activité commerciale), les personnes pour lesquelles l'exercice d'une activité commerciale est incompatible avec leurs fonctions (fonctionnaires, officiers ministériels, avocats, etc.) ou leur situation judiciaire (faillis non réhabilités, personnes condamnées avec interdiction d'une activité commerciale, etc.) sont exclus des fonctions de gérant de la SEP. Par ailleurs, le gérant ayant la qualité de commerçant, il devra être inscrit au registre du commerce et du crédit mobilier.

Enfin, des époux, même mariés sous le régime de la communauté de biens, pourraient être associés dans la SEP occulte (cf. BARDOUL (J.), *Les conjoints associés*, *Rev. soc.*, 1983, 5 ; TCHENDJOU (M.), *Le conjoint de l'associé*, *Rtd com.*, 1996, 409).

- **Si la SEP est ostensible et entreprend une** activité commerciale

La société étant dépourvue de personnalité morale, la révélation de son existence aux tiers induit que ces derniers puissent agir contre eux en responsabilité (cf. art. 861 al. 2 et 3 : « *Toutefois, si les associés agissent expressément en leur qualité d'associé auprès des tiers, chacun de ceux qui ont agi est tenu par les engagements des autres* »).

Les obligations souscrites dans ces conditions les engagent indéfiniment et solidairement »). Cette responsabilité indéfinie et solidaire n'emporte pas toutefois que les participants de la SEP ostensible doivent avoir la capacité commerciale. En effet, la mise en jeu de la responsabilité solidaire de principe en matière commerciale n'implique pas forcément et au préalable la qualité de commerçant des personnes actionnées. Dans ce cas, seuls les participants qui exercent les fonctions de gérants doivent avoir la capacité commerciale et être inscrits au registre du commerce (*comp. art.* 270 AUDSCGIE sur la SNC : « *La société en nom collectif est celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales* »). Les participants non gérants, même s'ils se révélaient aux tiers et seraient,

de ce fait, responsables solidairement du passif social, conserveraient un statut égal à celui du commanditaire. En conséquence, seule la capacité de s'obliger contractuellement serait exigée. Il n'empêche, en raison de la responsabilité *ultra vires contractus* des associés, la participation des mineurs et des incapables serait toujours exclue (cf. art. 7 AUDSCGIE : « *les mineurs et les incapables ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales au-delà de leurs apports* »).

Par ailleurs, dans la SEP ostensible, la participation d'époux mariés sous le régime de la communauté de biens semble être exclue, en raison de la responsabilité indéfinie et solidaire qui y pèse sur eux et qui est susceptible d'obérer le patrimoine conjugal. L'article 9 AUDSCGIE (« *deux époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement* ») déploie alors tout son empire.

IV - Objet social

30. L'objet de la société s'entend en principe non pas de l'objet de l'obligation assumée par les associés, mais plutôt de la cause de cette obligation, c'est-à-dire le but que les associés s'étaient assigné (cause du contrat). L'objet social doit être *réel* et non fictif (cf. D. SCHMIDT, *De l'intérêt commun des associés*, JCP 1994, I, 3793) ; Selon l'article 6 AUDSCGIE : « *Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet.*

Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes ».

Aux termes de cette disposition, seules les *sociétés en nom collectif*, les *sociétés en commandite simple*, les *sociétés à responsabilité limitée* et les *sociétés anonymes* sont commerciales par la forme. La SEP qui ne figure pas au nombre de cette énumération n'est pas commerciale par la forme. Autrement dit, la commercialité de la SEP qui ne figure pas au nombre des sociétés commerciales par la forme est déterminée en regard de son objet. Plus concrètement, cela signifie *a priori* que le caractère marchand de la SEP serait déterminé par la nature de son activité. Cela signifie surtout que la SEP peut avoir un objet, *civil*, *commercial*, voire *artisanal* ou *professionnel* qui va conditionner le régime juridique auquel il est soumis.

31. Cependant, certaines activités (surtout professionnelles) font l'objet d'une réglementation spécifique, laquelle détermine les formes dans lesquelles son exercice est autorisé. En tel cas, l'exercice de cette activité sous la forme de SEP ne serait possible que si la disposition spéciale le prévoit ou ne l'exclut pas expressément. Ainsi, la forme sociale de la SEP semble exclue pour l'exercice de l'activité bancaire, financière, d'assurance, et généralement, pour la plupart des professions libérales. En conséquence, une société créée sous cette forme en vue d'exercer l'une quelconque des activités ou professions

ci-dessus énumérées devrait être déclarée nulle pour cause d'illicéité de l'objet (cf. art. 20 AUDSCGIE : « *toute société doit avoir un objet licite* »). Enfin, l'action en nullité de la société tirée de l'illicéité de l'objet n'est pas soumise à un délai de prescription, mais subsiste tant que dure la société (cf. art. 251 AUDSCGIE).

V - Apports

32. Les apports constituent la part contributive que chaque associé apporte pour la constitution du groupement. L'apport peut être, selon le type de société, soit en nature, soit en numéraire, soit en industrie. Il a été admis depuis longtemps qu'en tous les cas, cet apport ne doit pas être fictif (cf. cass. civ. 11 av. 1927, *Dalloz Périodique*, 1929, I, 25, note PIC.).

33. Apports en nature : il s'agit des apports faits en *biens meubles* ou *immeubles*, sans égard à la nature *corporelle* ou *incorporelle* desdits biens. Par exemple, l'un des participants pourrait faire apport d'un fonds de commerce, lequel, par essence est composé à la fois de biens meubles corporels et incorporels (sur cette question, cf. *Apport d'un fonds de commerce en société*, document de la Chambre de commerce de l'Alsace, consultable au format PDF sur le site http://www.alsaeco.com/public-media/pdf/APPORT_D_UN_FONDS_DE_COMMERCE_EN_SOCIETE.pdf). L'évaluation des apports sera réalisée dans le cadre de la détermination du capital social. À défaut de commissaire aux apports, peu probable dans le cadre d'une SEP, quoique non formellement interdit, la question se pose de savoir à quel titre (en jouissance ou en pleine propriété) la mise à disposition de l'apport peut être réalisée en faveur de la SEP. Deux hypothèses peuvent se présenter :

- Il peut s'agir d'un *apport en jouissance* : la société, en tel cas bénéficie de l'*usus* et du *fructus* du bien ou des droits y attachés. Bien entendu, ces prérogatives attachées au bien seront exercées par le gérant du groupement. Le bien cependant reste la propriété de l'apporteur. En conséquence, à la dissolution de la société, il devra lui être restitué (cf. PETERKA (N.), *Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance*, *Deffrénois*, 2000, 1137).
- Il peut s'agir d'un *apport en pleine propriété*. Cependant, la SEP n'étant pas dotée de la personnalité morale, la propriété sera transférée à la personne exerçant les fonctions de direction de la société. S'il y a plusieurs gérants, ils seront considérés comme co-indivisaires du bien. À la dissolution de la SEP, le bien ne sera pas en principe restitué au propriétaire originaire (principe de la transmission irrévocable). Ce dernier, à l'occasion de cette cession des droits réalisée par l'aliénation de la chose, est devenu désormais simple créancier de la valeur du bien cédé.

34. Apports en numéraires : comme dans toute société,

les apports en numéraires sont admis. Comme dans le cas de l'apport en nature en pleine propriété à la SEP, l'apporteur en numéraire n'est pas propriétaire des fonds participatifs remis à l'entité, mais seulement créancier de leur restitution éventuelle.

35. Apports en industrie : l'apport en industrie consiste en une compétence physique ou intellectuelle que l'un des associés met à la disposition de la société et qui est libérée au fur et à mesure de son activité. La jurisprudence française a même admis qu'un apport d'influence d'un associé peut constituer un apport en industrie (cf. cass. 1^{re} civ., 16 juil. 1997, *JCP* 1997, IV, 2024, *Bull. civ.*, I, n° 247, p. 165). La SEP en emprunte beaucoup à la société en nom collectif (SNC) car elle reste avant tout une société de personnes. L'apport en industrie est donc, en principe, admis. Il reste alors la délicate question de la détermination de la valeur de ce type d'apport. En se référant aux règles relatives à la SNC, il y a lieu d'estimer qu'en principe, la rétribution de l'apporteur en industrie est estimée à la part de l'apporteur qui a le moins apporté à la société. Autrement dit, la valeur de l'apport en industrie a pour étalon de mesure celle de l'apporteur en nature ou en numéraire qui a le moins apporté à la société.

Cependant, rien n'empêche les participants de procéder, dans le contrat social, à une évaluation plus grande et partant, à rétribuer substantiellement l'apporteur en industrie lors de la répartition des bénéfices sociaux (cf. RICHARD (J.), *A propos de la contribution aux pertes et aux dettes de l'apporteur de son industrie*, *JCP* éd. N, 1980, *Prat.*, 7693).

VI - Droits sociaux

36. Les participants peuvent décider de créer des titres sociaux pour constater leurs droits. Mais cette pratique reste exceptionnelle dans les SEP. L'importance de chaque associé dans le processus décisionnel du groupement sera alors fonction du nombre de titres détenu par lui. Mais, rien n'empêche qu'en dépit du nombre de titres, les associés décident d'une répartition égalitaire des voix dans les statuts.

Le régime juridique de la SEP étant largement inspiré de celui de la SNC, il y a lieu d'estimer, en regard à l'article 274 AUDSCGIE qu'en principe, « *les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement unanime des associés* ». Dès lors, toute clause contraire du contrat social autorisant une cession à des conditions plus souples doit être réputée non écrite. En conséquence, à défaut d'unanimité entre les participants relativement à une cession de parts, celle-ci ne pourrait avoir lieu. Cependant, il est possible de prévoir dans les statuts une procédure de rachat de parts en faveur des participants et ce, pour permettre le retrait de l'associé cédant.

En vertu d'une jurisprudence récente de la cour de cassation française, la valeur des droits sociaux de l'associé qui se retire doit être déterminée à la date la

plus proche de celle du remboursement de la valeur de ces droits (cf. com., 4 mai 2010, arrêt n° 501 (FS-P FS-P + B), pourvoi n° G 08-20.693).

37. Enfin, si des titres sociaux sont émis, il ne peut s'agir que de titres non négociables. En effet, selon l'article 58 AUDSCGIE, seules « *les sociétés anonymes émettent des titres négociables* ». Aussi, l'émission de tels titres est-elle formellement interdite pour les autres types de sociétés. En conséquence, l'émission de titres négociables par la SEP (comme pour toute société autre que la SA) est prohibée, à peine de nullité des contrats conclus ou des titres émis. Il lui est également interdit de garantir une émission de titres négociables, à peine de nullité de la garantie accordée.

De même, l'appel public à l'épargne étant strictement réservé aux SA ayant un capital social d'au moins cent millions (100 000 000) de Fcfa (cf. art. 82 et 824 AUDSCGIE), il en découle que la SEP ne peut recourir à une telle procédure de financement.

VII - Capital social

38. Le capital social de la SEP est composé en principe des apports des participants. Toutefois, l'apport en industrie n'est pas pris en compte dans la détermination du capital social.

On avait précédemment relevé que, pour une grande partie, le régime juridique de la SEP était inspiré de celui de la SNC. Or, dans ce type de groupement, contrairement aux SA et aux SARL, il n'y a pas de capital social minimal exigé. Cela s'explique par la responsabilité solidaire et indéfinie des associés quant au passif social dans les sociétés de personnes. Ainsi entendu, le capital social minimal de la SEP dépend exclusivement de la volonté des participants au groupement. Subséquemment, il pourrait être alors de cinq (05) francs CFA, vu que le (s) gérant (s) ainsi que tous les participants qui se sont révélés aux tiers sont tenus du passif social sur leur patrimoine propre.

39. La responsabilité solidaire et indéfinie du gérant et des participants qui se sont révélés aux tiers, caractéristique des sociétés de personne, est l'un des inconvénients de la SEP. En conséquence, à l'instar de la SNC, cette forme de groupement paraît peu recommandée pour l'exercice d'activités à risque où les formes sociales autorisant une responsabilité limitée (SA, SARL) sont mieux indiquées. La SEP reste donc un cadre privilégié pour l'exercice d'activités limitées dans le temps, pour la réalisation d'activités accessoires (exploration de marchés, recherche d'investissements, soumission à des appels d'offres, etc.).

40. Il a été relevé ci-avant que la SEP ne pouvait pas avoir de patrimoine propre, faute de personnalité juridique. Ainsi, même si le groupement possède, outre le capital composé des apports en nature et en numéraires, des biens nécessaires à l'accomplissement de son objet

social, ceux-ci sont réputés être la propriété personnelle des participants (apport en jouissance à la SEP) ou du gérant (apport en pleine propriété à la SEP). Mais cela n'exclut nullement pas une possible prise en compte, au plan comptable et fiscal notamment, des biens mis à la disposition de la SEP (possibilité d'amortissement). Il n'empêche, le défaut de personnalité morale révèle encore l'un des inconvénients de la SEP qui semble en réalité plus adapté à l'exercice d'une activité ponctuelle qu'à la possession d'un patrimoine.

VIII - Siège social

41. Selon l'article 23 AUDSCGIE, « toute société a un siège social qui doit être mentionné dans ses statuts ». La SEP n'échappe pas à la règle, le siège social en ce cas s'avère nécessaire dans la localisation de la relation entre le gérant et les tiers et aussi pour l'administration fiscale.

IX - Durée

42. Comme dans toute société, la SEP doit avoir une durée déterminée (cf. art. 28 al. 1^{er} AUDSCGIE : « toute société a une durée qui doit être mentionnée dans ses statuts »). La durée du groupement est librement fixée par les parties. La SEP n'échappe pas à cette règle. Ainsi, les parties peuvent convenir que la SEP sera constituée pour telle durée qui lui plaira. Mais en pratique, en raison de ce que les participants recourent le plus souvent à cette forme de société afin de réaliser des activités ponctuelles, la durée de la SEP peut être limitée à la réalisation d'une opération déterminée. Dans tous les cas, « la durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans » (cf. art. 28 al. 2 AUDSCGIE).

43. En principe, « le point de départ de la durée de la société est la date de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, à moins qu'il en soit disposé autrement par le présent Acte uniforme » (cf. art. 29 AUDSCGIE). Mais en raison du caractère occulte de la SEP qui ne peut être immatriculée, faute de personnalité morale, il y a lieu d'estimer que le point de départ de la durée de la société sera la date de conclusion du contrat constitutif du groupement. L'enregistrement de l'acte social pourrait lui donner date certaine.

Enfin, contrairement à une opinion erronée, la société ne saurait avoir une durée de vie illimitée, en raison du principe de la prohibition des engagements perpétuels. Aussi, pour la SEP comme pour tout autre type de société, en principe, « la durée [...] ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans » (cf. art. 28 al. 2 AUDSCGIE).

X - Affectio societatis

44. Locution d'origine latine, l'*affectio societatis* n'a pas

été définie légalement. Elle a cependant reçu plusieurs acceptions convergentes en doctrine (cf. CORRIERAS (M.), *L'Affectio societatis dans le traité des lois et les lois civiles dans leur ordre naturel de Domat*, publication par l'auteur, Paris, 1995) ; DE BERMONT DE VAULX (J-M.), *Le spectre de l'affectio societatis*, JCP, 1994, éd. E, I, 345 ; GERMAIN (M.), *L'intérêt commun des actionnaires*, *Cahiers dr. de l'entreprise*, 1996, n° 4 p. 13 et s. ; GIBIRILA (D.), *Droit des sociétés*, 2^e éd., ELLIPSES, 2003, n° 288 et s., p. 140 ; GOLDBERG (M.), *La Signification philosophique de l'affectio societatis*, publication par l'auteur, Paris, 1995 ; Y. GUYON, *La fraternité dans le droit des sociétés*, *Rev. soc.* 1989, 439). Ainsi, elle peut se cristalliser en une « intention de se traiter comme des égaux et de poursuivre ensemble l'œuvre commune » (cf. RIPERT (G.) & ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, t. 1, 17^e éd., (par GERMAIN (M.) et VOGEL (M.)), LGDJ, 1998, p. 803 n° 1027). L'*affectio societatis* désigne donc la volonté commune des associés de réaliser l'objet social, en bonne intelligence, et de contribuer aux bénéfices et aux pertes. Autrement dit, « les associés doivent se présenter au contrat non comme des adversaires discutant leurs intérêts, mais comme des collaborateurs animés d'un esprit de fraternité » (*ibid.*). Cette vision semble à l'identique de celle de la jurisprudence, en l'occurrence la Cour de cassation française, qui l'appréhende comme la « volonté non équivoque de tous les associés de collaborer ensemble et sur un pied d'égalité à la poursuite de l'œuvre commune » (cf. *com.*, 9 av. 1996, in *Rev. soc.*, 1997, p. 81, note BENAC-SCHMIDT). Ce principe égalitaire entraîne deux conséquences importantes au niveau de la contribution aux bénéfices et aux pertes :

- Tout accord ou convention par lequel l'un des associés aurait vocation à recueillir seul la totalité des bénéfices de la société est nulle ;
- Réciproquement, serait également nul tout accord ou convention entre les participants ayant pour objet ou effet d'affranchir l'un ou plusieurs associés de la contribution aux pertes.

45. L'*affectio societatis* procède alors de la communauté d'intérêt entre les membres du groupement (cf. SCHMIDT (D.), *De l'intérêt commun des associés*, JCP 1994, I, 3793). En outre, il est exclusif de tout lien de subordination tel qu'il existe dans une relation de travail salarié (cf. *cass. com.* 19 nov. 1962, JCP 1962, IV, 170 ; v° aussi LYON-CAEN (G.), *Quand cesse-t-on d'être salarié ?*, D. 1977, p. 109.). Autrement dit, les participants, loin d'être des protagonistes aux intérêts conflictuels doivent collaborer, sur pied d'égalité, au succès de l'entreprise, afin d'en partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter, et ce, dans l'intérêt commun des associés (cf. art. 4 al. 2 AUDSCGIE ; art. 1832 & 1833 al. 1^{er} c. civ.). Élément caractéristique de toute société, l'*affectio societatis* permet de distinguer la SEP d'autres formes de groupements tels le syndicat, l'association, voire l'indivision (cf. SAINT-HALARY-HOUIN (C.), *Les critères distinctifs de la société*

et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil, *Rtd. civ.*, 1979, p. 645 et s.).

46. L'*affectio societatis* doit donc exister dans la SEP. En conséquence, la perte de l'*affectio societatis* constitue, pour un associé, un prétexte valable justifiant son retrait de la société (cf. *cass. civ.*, 3^e, 17 déc. 2008, *DALLOZ 2008, Actualités juridiques 1818, obs. A. LIENHARD* ; *Rtd. com.*, 2008, p. 588, *obs. M.-MONSERIE-BON (H.)* ; commentaire CAUSSE (H.) consultable sur : <http://www.bervecausse.info/m/index.php?action=article&numero=255&PHPSESSID=a28cb843e922578d508085ab7a4b2a0>). De même, la disparition de l'*affectio societatis* est susceptible d'entraîner la dissolution anticipée de la société (cf. *cass. civ.* 3^e, 28 janvier 2009, *Rtd. com.*, 2009, p. 373, *obs. CHAMPAUD* ; v. aussi AMIEL-COSME (L.), *Encyclopédie DALLOZ, Sociétés, v° Dissolution, n° 56 et suivants* ; P. LE CANNU, *Droit des Sociétés, 2^e éd.*, MONTCHRESTIEN, 2003 v° *Dissolution pour justes motifs, n° 544, p. 325*).

XI - Dénomination sociale - siège social

47. Délicate est la question de savoir si la SEP peut avoir une dénomination sociale et un siège social. En effet, la dénomination et le siège sont à la personne morale ce que sont le nom et le domicile pour une personne physique. En principe, ces éléments sont des attributs de la personnalité juridique. Ils ne sauraient donc être rattachés à des groupements dépourvus de la qualité de sujets de droit. En conséquence, la SEP, entité sans personnalité morale, ne saurait être dotée de ces attributs. En réalité, rien n'empêche les associés d'une SEP de personnaliser leurs rapports réciproques, en conférant un nom à l'entité. De même, les participants peuvent convenir de la localisation de leur activité en un lieu déterminé.

Bien entendu, si la SEP est occulte et que les associés entendent préserver ce caractère de leur groupement, ils devront s'abstenir de révéler l'existence de cette dénomination et de ce siège social aux tiers. A contrario, si la SEP est ostensible, rien n'empêche les participants de divulguer ces éléments aux tiers.

XII - Preuve de l'existence de la SEP

48. L'existence de la SEP peut être prouvée par tous moyens (aveu, écrit, présomption, témoignage), sans égard ni au caractère occulte ou ostensible de la société, ni à la nature civile ou commerciale du groupement tirée de son objet ou de son activité. Cette règle est valable autant dans les rapports entre les associés que dans leurs relations avec les tiers. La charge de la preuve de l'existence de la SEP incombe à celui qui l'allègue. Entre

les associés, il faut démontrer l'existence du contrat de société, singulièrement la réalité de l'*affectio societatis*. Les tiers n'ont pas l'obligation de prouver la réunion des éléments constitutifs de la société ; ils peuvent se prévaloir de la seule apparence extérieure, à condition de démontrer que cette apparence les a portés, de bonne foi, à croire à l'existence de la société.

XIII - Sanction des conditions de constitution de la SEP

49. À l'instar de toute société, la constitution de la SEP peut être annulée en raison notamment de vices entachant le contrat de société. Cependant, une distinction doit être faite quant aux conditions et aux effets de cette nullité. Ainsi :

- Dans les *rappports entre associés*, les conditions d'exercice de l'action en nullité et les effets dépendent de la nature de la société. Le point de départ de la prescription est la date de constitution de la société, donc de conclusion du contrat social. Si la SEP est civile, l'action en nullité se prescrit par dix (10) ans (cf. art. 1304 c. civ.). par contre, si la SEP est commerciale, l'action devrait être soumise à la prescription de trois (3) ans, sauf lorsque la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social. En telle hypothèse, l'action semble imprescriptible (cf. art. 251 AUDSCGIE). La nullité n'opère pas en principe rétroactivement à l'égard des participants. Selon l'article 253 AUDSCGIE, « *Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. Il est procédé à sa dissolution et, pour ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, à leur liquidation* ».
- Dans les *rappports avec les tiers*, les conditions d'exercice de l'action en nullité et les effets dépendent aussi de la nature de la société. Ainsi, selon que la SEP est civile ou commerciale, l'action en nullité se prescrit par dix (10) ans (cf. art. 1304 c. civ.) ou par trois (3) ans, sauf lorsque la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social. En telle hypothèse, l'action semble imprescriptible (cf. art. 251 AUDSCGIE). Cependant, la SEP étant en principe occulte, le point de départ de la prescription est le jour de la révélation aux tiers de l'existence du groupement. Par ailleurs, selon l'article 255 alinéa 1^{er}, « *ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi* ». Autrement dit, l'annulation de la SEP est sans effet, en principe, sur les engagements valablement pris par le gérant ou un associé à l'égard des tiers. En conséquence, ces engagements doivent être exécutés. Toutefois, par dérogation à ce principe, la nullité pour vice de consentement ou pour incapacité est opposable, même à l'égard des tiers de bonne foi, par la personne dont le consentement a été vicié ou par l'incapable lui-même ou par son représentant légal

XIV - Sort des actes et engagements effectués au nom de la SEP en formation

50. Les actes et engagements concernés sont ceux accomplis par l'un ou des participants fondateurs de la SEP, pour le compte de celle-ci, avant la conclusion ou en vue de la conclusion du contrat de société. En principe, ces actes et engagements pris par les fondateurs pour le compte de la société en formation doivent être portés à la connaissance des associés avant sa constitution, c'est-à-dire avant la signature des statuts (*cf.* art. 106 al. 1^{er} AUDSCGIE). En outre, ils doivent être décrits dans un état intitulé « *état des actes et engagements accomplis pour le compte de la société en formation* » avec l'indication, pour chacun d'eux, de la nature et de la portée des obligations qu'ils comportent pour la SEP si elle les reprend (*cf.* art. 106 al. 2 AUDSCGIE). En interprétant l'article 110 AUDSCGIE, deux issues sont envisageables :

- soit ces actes et engagements sont ratifiés par la SEP à sa constitution ou par un acte de validation ultérieur : ils seront alors réputés avoir été contractés par celle-ci dès l'origine (*cf.* art. 110 al. 1^{er} AUDSCGIE) ;
- soit, *a contrario*, ces actes et engagements ne sont pas ratifiés par la SEP ni lors de la signature des statuts, ni par un acte ultérieur de ratification : ils seraient alors inopposables à la société. En conséquence, le ou les participants qui les ont souscrits seraient tenus solidairement et indéfiniment par les obligations qu'ils comportent (*cf.* art. 110 al. 2 AUDSCGIE).

§2 - Fonctionnement de la SEP

51. D'emblée, il convient de préciser que le défaut de personnalité morale de la SEP entraîne les conséquences immédiates suivantes dans l'administration du groupement :

- la SEP ne peut avoir ni la qualité de propriétaire de biens, ni celle de créancière, ni celle de débitrice ;
- faute de personnalité juridique, la SEP n'encourt aucune responsabilité, ni civile, ni pénale ;
- le gérant et/ou les associés sont alors bénéficiaires ou supportent *in personam* les titres, droits et obligations qui découlent de son activité.

Cependant, même si la SEP est dépourvue de toute personnalité morale, il n'en demeure pas moins qu'elle reste foncièrement une société de personne. Selon l'article 856 AUDSCGIE, « *à moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis par les dispositions applicables aux sociétés en nom collectif* ». En réalité, la similitude des règles de fonctionnement de la SEP avec la SNC dépasse le cadre des rapports entre associés. C'est dire que la SEP emprunte, dans une large mesure, au régime juridique de gestion de la SNC.

52. Selon l'article 855 AUDSCGIE, les participants conviennent librement des modalités de fonctionnement de la SEP, sous la réserve de ne pas déroger aux règles impératives des dispositions communes aux sociétés et exception faite de celles qui sont relatives à la personnalité morale.

A - Gérance

I - Désignation-nombre de gérants

53. En principe, la gérance est organisée librement par les participants (*cf.* art. 276 al. 1^{er} AUDSCGIE). Ils peuvent désigner un ou plusieurs gérants, associés ou non, personnes physiques ou morales, soit dans les statuts, soit dans un acte postérieur. Ils peuvent être des personnes physiques ou morales. Le ou les gérants sont en principe désignés à l'unanimité des participants, mais les statuts peuvent prévoir la désignation selon des règles de majorité qu'ils fixent. Si le gérant désigné est une personne morale, les dirigeants sociaux de celle-ci sont soumis aux mêmes conditions et obligations que la personne morale dont ils sont issus. En outre, ils encourent les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent.

Enfin, à défaut d'organisation des modalités de la gérance soit dans les statuts, soit dans un acte postérieur, il y a lieu de convenir que tous les associés sont réputés être gérants de la SEP.

II - Pouvoirs du gérant

54. En cas de pluralité de gérants, chacun détient les mêmes pouvoirs que s'il était seul gérant de la société, sauf le droit pour chacun d'entre eux de s'opposer à toute opération avant sa conclusion. En outre, l'étendue des pouvoirs du gérant dépend selon qu'il s'agit de ses rapports avec les associés ou selon qu'il s'agit de ses relations avec les tiers. Ainsi :

- *Dans ses rapports avec les participants*, sauf détermination expresse dans les statuts ou dans un acte ultérieur de ses pouvoirs, le gérant peut faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société. En outre, il est en droit d'exiger des associés la réalisation de leurs apports selon les modalités définies dans les statuts. Enfin, il est tenu de respecter les limitations de pouvoirs qui peuvent lui avoir été imposées par les participants ou par le pacte social. Cela implique que le gérant doit respecter le pacte social, agir dans l'intérêt exclusif de la société et non pour son profit personnel. C'est dire que le gérant doit rendre compte de sa gestion. Aussi, les actes qu'il passerait sans tenir compte de ces limitations de prérogatives seraient-ils inopposables aux participants. En conséquence, les associés pourraient les écarter

des comptes de résultat du groupement. Cependant, ces actes n'en demeurent pas moins valables à l'égard des tiers. On constate que ces principes sont à l'identique des règles générales qui gouvernent le mandat. Enfin, en l'absence de toute clause statutaire ou d'acte ultérieur déterminant les pouvoirs du gérant dans ses rapports avec les associés, les règles prévues pour les SNC sont applicables si la SEP a un objet commercial. Par contre, si le groupement a un objet civil, les principes sus-énoncés relatifs au mandat (*cf.* art. 1984 et s. c. civ.) seront applicables.

- *Dans ses rapports avec les tiers*, le gérant traite en son nom personnel et non pas au nom de la SEP. Il a donc les pouvoirs plus étendus à l'égard des tiers, et y compris sur les biens de la société dont il a apparemment la disposition. Ainsi, dans ses rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant tant dans l'objet social que les actes dépassant l'objet social. C'est le principe de l'*inopposabilité à l'égard des tiers des clauses statutaires limitatives des pouvoirs du gérant*. Ces restrictions du contrat social quant aux prérogatives du gérant sont donc inopposables aux tiers, à moins qu'ils aient eu connaissance de ce dépassement. Par ailleurs, en cas de pluralité de gérants, chacun engage la société à l'égard des tiers dans les mêmes conditions que celles spécifiées ci-avant.

III - Rémunération du gérant

55. En principe, la rémunération du gérant est fixée librement par les statuts. Les participants peuvent donc convenir de fixer la rétribution du gérant selon la règle de l'unanimité ou de la majorité simple. En l'absence de stipulations statutaires ou de délibération à cette fin, l'article 278 AUDSCGIE fixant les conditions de rémunération des gérants dans les SNC semble applicable. En vertu de cette disposition, sauf clause contraire des statuts ou une délibération des participants (prévoyant, par exemple, l'unanimité des associés), la rétribution du gérant dans la SEP est décidée à la majorité en nombre et en capital des associés. Il s'agit donc d'une majorité qualifiée. Par ailleurs, si le gérant est lui-même associé de la SEP, selon l'article 278 alinéa 2 AUDSCGIE, « la décision [fixant sa rémunération] est prise à la majorité en nombre et en capital des autres associés ». La structuration de l'article 278 laisse penser que ce mode de détermination de la rémunération à la majorité qualifiée est la seule voie ouverte en cas de détermination de la rémunération d'un gérant associé.

IV - Obligations et responsabilités du gérant

56. Le gérant doit administrer la SEP en bon père

de famille. Ainsi à l'égard des participants, il est tenu notamment, de respecter le pacte social ; d'agir dans l'intérêt exclusif de la société et non dans son intérêt personnel ; et de rendre compte de sa gestion. Dès lors, en sa qualité d'administrateur du groupement, toute faute de gestion du gérant portant préjudice aux intérêts des participants engage sa responsabilité envers ceux-ci.

À l'égard des tiers, en raison du caractère généralement occulte de la SEP, ceux-ci n'ont, en principe de relations et partant d'actions que contre le gérant, en sa qualité d'interface de la société. Les tiers créanciers de la SEP viennent alors en principe en concours avec les créanciers chirographaires personnels du gérant.

Si la SEP est ostensible, les créanciers sociaux pourront alors agir aussi en responsabilité contre les participants ou contre celui d'entre eux qui aura agi de manière ostensible.

V - Démission et révocation du gérant

57. Comme tout mandataire, le gérant de la SEP peut décider de se retirer de l'administration de la société. Toutefois cette démission ne doit pas être abusive ou faite à contretemps. Dès lors, en cas de retrait abusif causant un préjudice à la société, la responsabilité du gérant peut être engagée. En pratique, la démission du gérant donnera lieu à un audit de sa gestion, afin de vérifier s'il n'a pas commis un détournement de deniers de la société ou un abus de biens sociaux.

58. En principe et à l'instar des règles applicables à sa rémunération, les conditions de révocation du gérant sont librement déterminées par les associés. Toutefois, lorsque tous les associés sont gérants, ou lorsque l'un des participants est gérant statutaire, leur révocation ne pourrait intervenir que par une décision à l'unanimité des autres associés (art. 279 al. 1^{er} AUDSCGIE). Cette règle semble d'ordre public. Une telle révocation entraîne la dissolution de la SEP, à moins que sa continuation ne soit envisagée dans les statuts ou dans un acte ultérieur convenu à l'unanimité des autres participants. Par ailleurs, la voie de la révocation judiciaire du gérant est toujours possible, notamment lorsque existe un motif légitime à solliciter cette révocation et qu'il y a une difficulté à obtenir l'unanimité des associés. Le point de savoir si cette révocation entraîne les mêmes conséquences que celle décidée par une délibération sociétale est plus délicat. À moins que les statuts ne prévoient la continuation de la SEP ou que les associés ne la décident à l'unanimité, il y a lieu d'estimer que la révocation judiciaire entraîne également la dissolution de la société.

Hors ces cas spécifiques, et en l'absence de toute stipulation statutaire en ce sens, la révocation d'un gérant non statutaire et non associé est décidée à la majorité en nombre et en capital (majorité qualifiée) des associés. S'il est associé, son éviction sera décidée

à la majorité qualifiée des autres associés (art. 280 al. 2 & 3 AUDSCGIE).

En outre, si le gérant associé évincé le désire, il peut se retirer de la société en sollicitant le remboursement de ses droits sociaux. En cas de désaccord entre les participants relativement à la détermination de la valeur de ces droits, un expert pourra être désigné par le tribunal compétent (tribunal du siège social), suivant la procédure des référés, afin de procéder à cette évaluation.

Par ailleurs, aux termes de l'article 281 AUDSCGIE, la révocation du gérant de la SEP doit intervenir pour *justes motifs*. Il semble donc qu'à l'identique de la SNC, la révocation *ad nutum* du dirigeant social en vigueur dans les SA et SARL ne soit pas possible dans la SEP. En conséquence, une éviction du gérant sans justes motifs lui ouvre droit à une action en dommages-intérêts contre les participants.

Enfin, la SEP n'ayant pas la personnalité morale, les obligations spécifiées à l'article 124 AUDSCGIE ne sont pas applicables. Dès lors, ni la désignation, ni la révocation ou la démission des dirigeants sociaux de la SEP ne doivent être publiées au registre du commerce et du crédit mobilier.

B - Les associés ou participants

I - Obligation des participants

59. Les devoirs des associés à l'égard de la vie sociale de la SEP sont divers. Ainsi, ils sont tenus de procéder à la libération de leurs apports. L'apporteur en industrie libère son apport au fur et à mesure de la vie de la société. D'une manière générale, les biens nécessaires à la bonne exécution du pacte social doivent être mis à la disposition de l'administrateur de la société. Mais cette mise à disposition n'implique pas une aliénation de ces biens ni au profit du gérant, ni au profit de la société, laquelle au demeurant est inapte à recevoir, en raison de son défaut de personnalité morale. En conséquence, et en principe, chaque participant demeure propriétaire des biens transmis en jouissance au gérant pour le fonctionnement de la SEP. Bien entendu, les associés ont la possibilité d'être indivisaires de certains biens. De ce point de vue, outre les biens qu'ils auraient convenu de mettre en indivision, les participants sont aussi présumés en état d'indivision concernant « *les biens acquis par emploi ou par emploi de deniers indivis pendant la durée de la société, ainsi que ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société* » (cf. art 859 al. 1^{er} AUDSCGIE). Toutefois, par dérogation à la règle classique en matière civile selon laquelle « *nul n'est tenu de rester dans l'indivision* » (cf. art c. civ.), aucun associé de la SEP ne peut - sauf si les statuts le prévoient - solliciter le partage des biens indivis tant que la société n'est pas dissoute (cf. art 860 AUDSCGIE ; v° DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *L'indivision dans les sociétés en participation*, JCP, 1980, I, 2970). Par ailleurs, dans

la SEP ostensible, les participants peuvent convenir que l'un seul des associés est, à l'égard des tiers, propriétaire des biens acquis en vue de l'accomplissement de l'objet social (cf. art. 858 al. 1^{er} AUDSCGIE).

60. Corollaire nécessaire de l'*affectio societatis*, les participants doivent contribuer aux pertes de la SEP. En principe, la clé de répartition de cette contribution se fait au prorata du nombre de parts sociales détenues, à l'identique de la répartition des bénéfices à moins que, par dérogation, les statuts ne prévoient expressément d'autres modalités de contribution aux dettes. En toutes hypothèses, toute clause ayant pour effet de mettre tout ou partie des dettes sociales à la charge d'un seul ou de quelques-uns seulement des associés est léonine et partant, réputée non écrite.

Si la responsabilité des participants est solidaire et indéfinie pour les dettes sociales, en revanche, ladite solidarité ne joue pas en principe dans les recours entre associés.

II - Droits des participants

61. Les associés ont le droit de participer à la vie de la société. Cette participation se fait en général dans le cadre de décisions collectives. Ainsi, ils peuvent prendre part aux délibérations ayant pour objet de modifier le pacte social ou de définir les orientations courantes de la société. Ces décisions peuvent être prises soit en assemblée générale (ordinaire ou extraordinaire), soit au terme simple d'une consultation écrite, dès lors que la réunion d'une assemblée n'est pas expressément sollicitée par l'un des participants (cf. art 284 AUDSCGIE).

62. En principe, le pacte social détermine les conditions de ces consultations (modalités de convocation, quorums, majorités). Par dérogation, les règles relatives à la tenue de l'assemblée générale annuelle sont d'ordre public. Ainsi, « *L'assemblée générale annuelle ne peut valablement se tenir que si elle réunit une majorité d'associés représentant la moitié du capital social ; elle est présidée par l'associé représentant par lui-même ou comme mandataire le plus grand nombre de parts sociales* » (cf. art 288 al. 3 AUDSCGIE). Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite.

63. Dans le silence des statuts, toutes les décisions excédant les pouvoirs du gérant doivent être prises à l'unanimité des participants (par ex., en cas de modification de l'objet social). Par ailleurs, les décisions prises en assemblée doivent être précédées d'une convocation indiquant les date, lieu et heure de sa tenue, ainsi que l'ordre du jour (cf. art. 286 al. 1^{er} AUDSCGIE). La convocation est faite par le gérant au moins quinze jours avant sa tenue, par lettre au porteur contre décharge ou par lettre recommandée avec accusé de réception. À l'issue de la délibération,

le procès-verbal doit être paraphé par chaque associé. Ce formalisme procédural dans la tenue des assemblées obéit surtout à des préoccupations probatoires. Il n'empêche, toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être invalidée. L'action en nullité de la délibération est ouverte non seulement à tous les participants, mais aussi à tous ceux qui y ont intérêt. Toutefois, si tous les associés étaient présents ou représentés, l'action en nullité cesse d'être recevable.

64. Les participants ont aussi le droit de regard sur l'administration de la SEP. Ainsi, ils ont un pouvoir de contrôle de l'intendance du gérant, notamment lors de l'examen des comptes sociaux.

Toutefois, la procédure d'alerte (*cf.* art. 150-152 AUDSCGIE) est-elle autorisée dans la SEP ? On pourrait répondre par l'affirmative, vu que ce groupement est une véritable société, même si elle demeure en général occulte à l'égard des tiers. Et, la procédure d'alerte, même si elle poursuit un but de police économique en préservant la viabilité de la société, intéresse au premier chef les titulaires des droits sociaux qui ont initié un projet dans la vue d'en tirer du lucre durant toute la durée de vie de l'entreprise. Au demeurant, il n'apparaît nulle part dans les énonciations de l'AUDSCGIE que le déclenchement de cette procédure est lié à l'acquisition préalable de la personnalité juridique par la société. Ainsi, la procédure d'alerte est possible et ce tant par les commissaires aux comptes (rares en pratique dans les sociétés de personne, en raison de leur faible envergure financière) que par les participants eux-mêmes. Il en est de même de l'expertise de gestion (*cf.* art. 159-160 AUDSCGIE), de l'action individuelle (*cf.* art. 161-164 AUDSCGIE) et de l'action sociale (*cf.* art. 165-172 AUDSCGIE).

65. Pendant nécessaire de la contribution aux pertes éventuelles de la SEP, les participants ont aussi vocation aux bénéfices réalisés par le groupement. En principe, la répartition et la distribution des gains sociaux se font selon les stipulations prévues par les associés dans le pacte social, sous la réserve de l'interdiction des clauses léonines, ainsi qu'il a été spécifié pour la contribution aux dettes (*cf. supra*, n° 56). En l'absence de dispositions statutaires dans ce sens, la répartition et la distribution des bénéfices se réalisent proportionnellement aux apports.

66. Les participants peuvent aussi céder leurs parts sociales, à la condition de requérir le consentement unanime de tous les associés. Cette règle semble d'ordre public dès lors que toute clause contraire est réputée non écrite (*cf.* art. 274 al. 2 AUDSCGIE). En conséquence, à défaut d'unanimité entre les participants sur la cession, celle-ci ne peut avoir lieu. Cette restriction révèle encore le caractère *intuitu personae* très marqué qui prévaut dans la SEP, à l'instar des autres sociétés de personne. Toutefois, afin de permettre le retrait d'un participant de la SEP (prohibition des engagements perpétuels), il

est admis que le pacte social envisage une procédure de rachat au bénéfice des autres associés.

La cession des parts sociales doit être faite par écrit, et son opposabilité à la société obéit aux formalités de l'article 1690 du code civil, à savoir :

- signification à la société de la cession par exploit d'huissier ; ou
- acceptation de la cession par la société dans un acte authentique.

La formalité du dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de dépôt (en vigueur dans les SNC, *cf.* art. 275 al. 2-3° AUDSCGIE) ne semble pas applicable dans la SEP dès lors que celle-ci peut fonctionner sans siège social.

Par ailleurs, en cas de litige sur la valeur des droits sociaux cédés, l'évaluation pourra en être faite à dire d'expert désigné par la juridiction des référés compétente, à la requête du ou des participants qui y ont intérêt.

Enfin, les associés peuvent envisager dans le pacte social ou dans un acte ultérieur (*cf.* art. 862 al. 2 AUDSCGIE) les incidences du décès de l'un d'entre eux (continuation de la SEP avec ou sans les héritiers du défunt, transmission des droits du *de cuius* à ses successeurs, etc.). Dans le silence des statuts, le décès de l'un des participants entraînera la dissolution de la SEP

III - Les participants et les tiers

67. Dans la SEP, le principe fondamental qui régit les relations entre les associés et les tiers est le suivant : chaque associé contracte en son nom personnel et est, de ce fait, seul engagé à l'égard des tiers (*cf.* art. 861 al. 1^{er} AUDSCGIE). Cependant, cette règle n'est pas absolue. Ainsi, les participants qui agissent ostensiblement en cette qualité auprès des tiers sont solidairement et indéfiniment tenus des engagements souscrits par les autres. C'est une illustration du principe de la présomption de solidarité en matière commerciale. Il y a lieu de penser alors que cette solidarité *de jure* est à écarter si la SEP a un objet purement civil, la solidarité ne se présument point en cette matière. En tout cas, si les associés de la SEP peuvent être tenus à l'égard des tiers des engagements contractés par l'un des participants, c'est seulement à la condition que les engagements dont il s'agit aient été souscrits par ce participant en sa qualité d'associé (*cf.* cass. com., 13 janv. 1998, *JCP* 1998, IV, 1490 ; *Bull.*, IV, n° 23, p. 16). Pareillement, sera tenu solidairement et indéfiniment, le participant dont l'ingérence dans l'opération contractuelle en cause a donné l'impression au tiers contractant qu'il entendait s'engager à son égard. Toutefois, la mise en jeu de cette responsabilité est subordonnée à la preuve (à la charge du tiers) que la convention dont il s'agit a tourné au profit de cet associé. L'article 861 alinéa 3 AUDSCGIE édicte donc des conditions *cumulatives*.

68. Qu'en est-il du sort du participant dont l'identité aurait été révélée aux tiers sans son accord soit par le gérant, soit par celui qui a contracté un engagement avec ces tiers ? En raison du principe selon lequel chaque participant ou gérant contracte en son nom personnel et est seul engagé envers les tiers, il y a lieu de penser que le participant révélé aux tiers sans son accord ne sera pas engagé à leur égard. La solution doit être la même, s'agissant par exemple de l'aliénation d'un bien indivis dès lors que cette opération ne relèverait pas de l'exploitation normale de ce bien. En tel cas, la révélation faite par le gérant aux tiers de l'existence des participants (notamment par la production du mandat spécial donné par les associés aux fins de vente du bien) serait inefficace à les engager. En effet, cette révélation du gérant, si elle établit sans conteste leur qualité d'indivisaires, ne saurait pour autant les engager dès lors qu'ils n'ont aucunement agi par eux-mêmes et ostensiblement à l'égard des tiers en qualité d'associés.

C - Liens de droit entre la SEP et d'autres sociétés

I - Groupe de sociétés

69. La question se pose de savoir si la SEP peut faire partie d'un groupe de sociétés (cf. art. 173-175 AUDSCGIE). *A priori*, rien ne s'oppose à ce qu'un groupe de sociétés comprenne une SEP dans les entités qui la composent dès lors « [quel] un groupe de sociétés est l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres » (cf. art. 173 AUDSCGIE). Cependant, la SEP ne peut détenir le pouvoir de contrôle des autres sociétés. En effet, au regard de l'énoncé de l'art 175 alinéa 1^{er} AUDSCGIE (« une personne physique ou morale est présumée détenir le contrôle d'une société... »), il apparaît que le préalable à l'exercice du pouvoir de contrôle soit la *personnalité juridique*. En conséquence, la SEP, dépourvue de la qualité de sujet de droit ne peut détenir le contrôle d'une autre société. Cependant rien n'empêche l'un des associés de détenir, *in personam* et dans le cadre de relations distinctes de celle de sa participation à la SEP, le contrôle d'une ou de plusieurs sociétés.

II - Participation dans le capital d'une autre société (cf. art. 176-178 AUDSCGIE)

70. La participation de la SEP dans le capital d'une autre société, sans être exclue en pur droit, est difficilement concevable en pratique, en raison des conséquences y attachées. En effet, le défaut de personnalité morale du groupement, pose des problèmes liés, notamment,

à la question de l'exercice du droit de vote ou de la perception des dividendes par la société. Il vaut mieux convenir alors que la SEP ne peut en principe, en son nom propre, avoir de participation dans le capital d'une autre société. Sauf à envisager un accord conclu dans le pacte social ou dans un acte ultérieur en vertu duquel les participants acquerraient les parts sociales d'une autre entité (SA, SARL) en indivision et désigneraient l'un des associés, voire le gérant, à l'effet d'exercer les droits attachés à la détention de ces parts.

71. La détention de parts sociales de la SEP par un autre groupement est tout à fait envisageable. En effet, dans cette configuration, l'exercice du droit de vote et le paiement des dividendes attachés à la détention des parts sociales ne posent aucun problème particulier. C'est, au demeurant, l'hypothèse la plus fréquente en pratique, les groupements déjà existants (surtout les SA) préférant s'associer sous cette forme pour la réalisation d'opérations ponctuelles de financement ou de travaux.

III - Société mère et filiale (cf. art. 179-180 AUDSCGIE)

72. Sur l'éventualité d'un rapport juridique impliquant une relation société mère/filiale, la lecture de l'art. 179 autorise la possibilité pour une société de participer à la création d'une filiale sous la forme d'une SEP. Cependant la réciproque semble difficilement admissible. Autrement dit, la SEP ne peut avoir, en principe, la qualité de société mère. L'une des raisons fondamentales à cette restriction est le défaut de personnalité morale qui rend cette forme de société inapte à participer *proprio motu* au processus décisionnel d'une autre société. Sauf à envisager l'hypothèse d'une participation des associés en qualité d'indivisaires des parts sociales de la filiale (cf. supra, n° 67).

D - Transformation de la SEP (cf. art. 181-188 AUDSCGIE)

I - Transformation d'une autre société en SEP

73. La transformation d'une SEP en une autre société commerciale est possible. Au demeurant, en pratique, il peut arriver que la constitution de la SEP corresponde à une période transitoire, d'observation entre futurs associés qui veulent se donner un temps de réflexion avant de s'engager dans un groupement plus formel et doté de la personnalité morale (SA, SARL, SNC, SECS). Toutefois, un problème peut se poser en ce qui concerne les droits des tiers, notamment lorsque la nouvelle forme juridique adoptée est celle d'une société se caractérisant par une limitation de responsabilité des associés à leurs apports (SA, SARL). L'article 186 alinéa 2 apporte une solution. En vertu de cette disposition, « en cas de

transformation d'une société, dans laquelle la responsabilité des associés est illimitée, en une forme sociale caractérisée par une limitation de la responsabilité des associés à leurs apports, les créanciers dont la dette est antérieure à la transformation conservent leurs droits contre la société et les associés ». En regard de cette prescription, la responsabilité solidaire et indéfinie des participants subsistera à la nouvelle entité et ce, jusqu'à extinction complète des dettes contractées sous l'empire de la nouvelle société.

II - Transformation d'une SEP en une autre société

74. La conversion d'une SEP en une société dotée *ab initio* de la personnalité morale est aussi possible. La question se pose toutefois du respect des droits des tiers, spécifiquement du sort des engagements contractés envers ces tiers. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 186, « *Les droits et obligations contractés par la société sous son ancienne forme subsistent sous la nouvelle forme. Il en est de même pour les sûretés, sauf clause contraire dans l'acte constitutif de ces sûretés* ». Cette disposition consacre donc la transmission des engagements sociaux à la nouvelle entité, ce qui est l'une des conséquences de la transmission universelle du patrimoine, dont l'application est classique en droit commun des obligations.

E - Fusion, scission, apport partiel d'actifs

I - Fusion

75. La fusion s'entend de « *l'opération par laquelle deux sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule soit par création d'une société nouvelle soit par absorption de l'une par l'autre* » (cf. art. 189 al. 1^{er} AUDSCGIE).

II - Scission

76. La scission, elle, consiste plutôt en un « morcellement » de la société, vu qu'elle est « *l'opération par laquelle le patrimoine d'une société est partagé entre plusieurs sociétés existantes ou nouvelles* » (cf. art 190 al. 1^{er} AUDSCGIE).

III - Apport partiel d'actifs

77. Quant à l'apport partiel d'actifs, l'article 195 AUDSCGIE le définit comme « *l'opération par laquelle une société fait apport d'une branche autonome d'activité à une société préexistante ou à créer* ». Dans cette opération, la société apporteuse ne disparaît pas du fait de cet apport. En outre, le régime juridique applicable à l'apport partiel d'actif est le même que celui de la scission.

78. L'intervention de la SEP dans toutes ces opérations précitées semble possible. En effet, l'article 196 AUDSCGIE autorise une telle lecture dès lors qu'il prévoit que « *sauf disposition contraire [de l'AUDSCGIE], les opérations de fusion, de scission et d'apport partiel d'actifs peuvent intervenir entre des sociétés de forme différente* ».

Cette disposition ne mentionne nullement le préalable de la personnalité morale pour les groupements impliqués dans ces opérations.

Toutefois, en raison des exigences de publicité (cf. art. 193, 194, 198 AUDSCGIE) qu'impliquent les formalités de fusion, de scission et d'apport partiel d'actifs, il y a lieu de croire qu'en pratique, elle convient le plus aux SEP ostensibles.

F - Situation fiscale de la SEP

79. Un principe domine en matière fiscale : celui de la réalité de l'entreprise. Ainsi, la qualité de contribuable de la SEP n'est pas déterminée *a priori* par la qualité de sujet de droit de l'entreprise mais plutôt par l'effectivité de l'activité. En conséquence, si la SEP est dépourvue de la personnalité morale, elle jouit en revanche de la *personnalité fiscale*.

80. La personnalité fiscale de la SEP produit diverses conséquences. Ainsi, en principe, l'enregistrement de la SEP auprès de l'administration fiscale est obligatoire. Cette formalité d'enregistrement s'opère sur la présentation d'un exemplaire des statuts. À défaut de pacte social écrit, l'enregistrement pourra être valablement réalisé par le dépôt d'une simple déclaration d'existence du groupement. L'enregistrement de la SEP auprès de l'administration fiscale donne lieu à la perception d'un droit fixe d'enregistrement, variable selon les États membres de l'OHADA. Dès lors que la SEP est dotée d'une personnalité fiscale propre, elle dispose corrélativement d'un patrimoine fiscal distinct de celui des associés et constitué par les apports et les différentes opérations d'enrichissement ou d'appauvrissement réalisées par les participants ou par le gérant.

81. Pareillement, la SEP doit disposer d'un bilan fiscal au chapitre duquel doivent figurer obligatoirement à l'actif les apports en nature et en numéraires et, plus généralement, les biens indivis. Il en découle que chaque co-indivisaire ne peut pas inscrire à son bilan personnel sa quote-part indivise. Cela signifie aussi que, assurer une transparence et la régularité du bilan fiscal de la SEP est assujéti au respect des principes comptables de sincérité, de régularité des comptes et de cohérence entre les résultats comptables des différents participants. En pratique, l'on procède au regroupement des résultats comptables de la SEP dans la comptabilité du gérant (plus généralement) ou de l'un des associés. Cette attribution fait du gérant ou de l'associé le seul

responsable de la gestion des opérations comptables de la SEP aux yeux de l'administration fiscale. Ainsi, en pratique, deux situations peuvent se présenter :

- soit les différentes opérations comptables sont administrées en totalité *via* la comptabilité du gérant ou de l'associé concerné ;
- soit chaque participant administre personnellement ces opérations comptables, à charge pour chacun de procéder, en fin d'exercice social, à un report intégral de ces opérations dans la comptabilité du gérant.

82. Les impositions susceptibles d'être appliquées à la SEP sont diverses. La base d'imposition prend en compte, outre l'ensemble des moyens mis en œuvre pour l'exploitation de l'entreprise, (nombre de personnes employées, immobilisations corporelles, etc.), le chiffre d'affaires et, éventuellement, les bénéfices réalisés. Selon l'envergure de la SEP, elle peut être soumise soit au régime de « *l'impôt synthétique* », soit au régime d'imposition dit du « *réel simplifié* », soit enfin au régime d'imposition dit du « *réel normal* ». Sur la perception de cet impôt, deux situations sont à distinguer :

- soit les nom et adresses des associés n'ont pas été communiqués à l'administration fiscale (hypothèse rare en pratique) : la contribution fiscale est supportée par le gérant ;
- soit les nom et adresses des associés ont été communiqués à l'administration fiscale : les associés sont tenus solidairement et indéfiniment de la contribution fiscale.

En outre, la SEP peut être assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) si l'activité du groupement concourt à la réalisation d'activités taxées, c'est-à-dire des activités impliquant la réalisation d'opérations de livraisons de biens ou de prestations de services à titre onéreux en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence.

Enfin, les bénéfices réalisés par la SEP sont en principe soumis à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (BIC). De même, la distribution aux participants des bénéfices correspondant à leurs droits sociaux donne lieu à la perception entre leurs mains de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (IRVM).

§3 - Dissolution de la SEP

83. Il convient de déterminer, d'abord, les causes de dissolution de la SEP (A) avant de s'interroger, ensuite, sur les conséquences de cette dissolution (B).

A - Causes de dissolution

84. Il avait été déjà indiqué que la SEP en empruntait beaucoup au régime juridique de la SNC. Cette réalité se vérifie aussi au niveau des motifs d'extinction du groupement. Ainsi, la SEP est dissoute en principe « *par les mêmes événements qui mettent fin à la société en nom collectif* » (cf. art. 862 al. 1^{er} AUDSCGIE). Mais outre ces motifs spécifiques, la SEP est aussi soumise aux conditions générales de dissolution de toute société.

85. Ainsi convenu, les causes de dissolution de la SEP communes à toutes les sociétés sont :

- l'arrivée du terme pour lequel la SEP a été constituée ;
- la réalisation ou l'extinction de l'objet social ;
- la décision de tous les associés de mettre fin à la SEP, réalisant par cela une dissolution anticipée ;
- une décision judiciaire de dissolution pour justes motifs, notamment par suite d'une mésintelligence entre associés rendant impossible la continuité de l'exploitation ;

86. Les causes spécifiques de dissolution (que la SEP partage en grande partie avec la SNC) sont :

- la révocation de l'un des gérants, lorsque tous les associés sont gérants ou lorsqu'un ou plusieurs des participants ont été désignés comme gérants statutaires ;
- la décision de l'un ou plusieurs des associés, lorsque la SEP est à durée indéterminée. Cette volonté peut résulter « *à tout moment d'une notification, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi et non faite à contretemps* » (cf. art. 863 AUDSCGIE).
- l'intervention d'une décision de justice (passée en force de chose jugée irrévocable) de liquidation des biens prononcée à l'égard d'un associé ;
- l'intervention d'une décision de justice (passée en force de chose jugée irrévocable) prononçant la faillite ou des mesures d'incapacité ou d'interdiction d'exercer une activité commerciale à l'égard d'un associé ;
- la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé ;
- le décès d'un associé.

87. Toutefois, en dépit de l'existence de ces causes spécifiques de dissolution, les associés conservent la prérogative d'assurer la poursuite de l'entreprise. Autrement dit, nonobstant l'existence de ces circonstances, les participants peuvent s'accorder sur la continuation de la SEP, soit dans le pacte social, soit dans un acte ultérieur (cf. art. 862 al. 2 AUDSCGIE).

B - Effets de la dissolution

88. La dissolution de toute société entraîne en principe sa liquidation. La SEP étant privée de la personnalité morale, elle ne saurait disposer, juridiquement, d'un patrimoine social. Ainsi, la cessation de l'entreprise ne donne pas lieu à la réalisation d'un actif social à fin de paiement de dettes sociales. Dès lors, la dissolution de la société ne donne lieu, en principe, qu'à un règlement de comptes entre associés. Cette opération nécessite un arrêté de comptes qui peut être réalisé soit par le gérant, soit par un tiers qui feraient alors office de liquidateur. Ce liquidateur sera donc désigné soit à l'unanimité des associés, soit par le tribunal, avec détermination, dans tous les cas, de sa rémunération et de l'étendue de sa mission. En sa qualité de mandataire, il répond tant à l'égard des associés que des tiers des conséquences dommageables des fautes commises par lui. L'action en responsabilité dirigée contre lui se prescrit en principe par trois (03) ans (*cf.* art. 221 al. 2 AUDSCGIE), mais ce délai est porté à dix (10) ans lorsque le fait qui lui est imputé est qualifié crime (*cf.* art. 221 al. 3 AUDSCGIE).

En tout cas, le liquidateur de la SEP, mandataire conventionnel ou judiciaire, gérant ou non, ne peut ester en justice ni pour le compte de la société, ni pour les participants eux-mêmes. L'obstacle rédhibitoire à une telle initiative reste le défaut de personnalité juridique de la SEP.

89. Les prérogatives du liquidateur sont donc fortement limitées et encadrées. Il ne peut accomplir que les actes nécessaires à la liquidation, c'est-à-dire achever les opérations en cours, établir l'inventaire, procéder à la vente des biens meubles ou immeubles (sauf s'ils doivent être restitués aux participants dans le cadre de leurs apports), enfin procéder à la répartition des bénéfices ou de la contribution aux pertes. Préalablement à ce partage, les apporteurs demeurés propriétaires des biens en nature qu'ils avaient transmis en jouissance à l'entreprise les reprennent dans l'état où ils se trouvent. De même, si la propriété du bien en avait été transférée au gérant pour les besoins de l'exploitation, l'associé

anciennement propriétaire peut, sauf statutaire contraire, en demander la restitution.

Les biens indivis ou acquis en cours de vie sociale, par le gérant ou un participant, pour le compte de la société seront partagés en principe selon les règles prévues par le pacte social. Dans le silence des statuts, ils seront repartis selon les règles de partage en cas de dévolution successorale. Mais rien n'empêche les associés qui le désirent de convenir de demeurer dans l'indivision pour tout ou partie de ces biens.

90. Le *boni* subsistant après la restitution des apports est distribué selon les modalités convenues par les associés, sous la réserve des clauses léonines. Dans le silence des statuts, la répartition se fait *au prorata* des apports.

91. Il en va pareillement de la contribution aux dettes. De ce point de vue, selon l'article 222 AUDSCGIE, « toute action contre les associés non liquidateurs ou leur conjoint survivant, héritiers ou ayants cause, se prescrit par cinq ans ». En principe, le point de départ du délai de prescription est « la publication de la dissolution de la société au registre du commerce et du crédit mobilier » (*cf.* art 222 *in fine* AUDSCGIE). Cependant, la SEP n'étant pas soumise à l'immatriculation au RCCM, il y a lieu d'estimer que le *dies a quo* sera reporté au jour où les créanciers ont eu connaissance de la dissolution de la SEP, ce qui peut engendrer, en pratique, un délai d'action plus long au bénéfice des créanciers.

92. Si la SEP avait un objet civil, la prescription de l'action contre les associés non liquidateurs devrait être régie par le délai de droit commun de trente (30) ans, peu important que la dette fut à la charge d'un participant ayant la qualité de commerçant ou non.

93. Enfin, l'associé qui a payé plus que sa part contributive a un recours contre les autres participants. Mais, en principe, en raison de l'absence de solidarité dans les recours entre participants, il devra poursuivre chacun d'entre eux pour la part de dette qui lui incombe.

Quattara ABOUDRAMANE

INDEX ALPHABÉTIQUE

(L'index alphabétique renvoie aux numéros de progression des développements)

A

Affectio societatis 43
Apports 32
Apports en nature 32
Apports en numéraires 33
Apports en industrie 34
Apport partiel d'actifs 76
Associés 24

C

Capacité 29
Capital social 37
Consentement 26
Constitution 21
Contrat 20, 22, 23, 26, 28, 30, 35,
36, 37, 43, 44, 48, 49, 50, 54

D

Dénomination sociale 46

Dissolution 82, 86
Droits sociaux 35

F

Filiale
Fusion 74

G

Gérance 52
Gérant 52, 53, 54, 55, 56, 57
Groupe de sociétés 68

L

Liens de droit 68

O

Objet social 29
Obligations 55, 58
Obligation des participants 58

P

Participations 60, 61
Personnalité morale
Publicité 23

R

Rémunération 54
Responsabilité 55
Révocation 57

S

Scission 75
SEP 1, 21, 47, 50, 70, 41
Siège social 40
Société mère 72

T

Transformation 72

SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

Table des matières

Introduction n° 1-17

Chapitre 1 : **Validité des sociétés entre époux** n° 18-74

Section 1 - **Validation législative** n° 19-39

§1 - Admission législative des sociétés entre époux n° 20-39

A - Fondements théoriques et historiques n° 21-23

B - Sociétés admises n° 24

I - Sociétés par actions n° 25-26

II - Sociétés dominées par l'*intuitu personae* :
Sociétés à responsabilité limitée (SARL) et
Sociétés en commandite simple (SCS) n° 27-33

§2 - Justifications de la validation n° 34-39

A - En général n° 34

B - En particulier n° 35-39

Section 2 - **Survivance de la prohibition** n° 40-74

§1- Sociétés encore prohibées n° 41-58

A - Sociétés immatriculées prohibées n° 42

I - SNC n° 43-46

II - Cas particulier de la SCS n° 47-48

B - Sociétés commerciales sans personnalité morale n° 49

I - Société en participation entre époux n° 50-55

II - Société de fait entre époux n° 56-58

§2 - Justifications de l'interdiction de certaines sociétés n° 59-70

A - Responsabilité indéfinie et solidaire des époux et la menace de la subsistance de la famille n° 62-67

B - Cohérence avec l'article 7 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) n° 68-70

§3 - Sanction de la prohibition n° 71-74

Chapitre 2 : **Création des sociétés entre époux** n° 75-137

Section 1 - **Capacité des époux** n° 77-88

§1 - Cas de la femme mariée n° 80-84

§2 - Cas de l'époux mineur ou incapable n° 85-88

Section 2 - **Apport et acquisition de droits sociaux** n° 89-133

§1 - Apport ou acquisition des droits sociaux soumis au régime primaire n° 92-114

A - Apport de l'industrie des époux n° 96-99

B - Apport ou acquisition des droits sociaux au moyen de numéraire n° 100-103

C - Apport ou acquisition de droits sociaux au moyen de meubles détenus individuellement n° 104-107

D - Apport ou acquisition des droits sociaux au moyen de gains et salaires n° 108-109

E - Apport ou acquisition des droits sociaux au moyen du logement de la famille et des meubles meublants n° 110-114

§2 - Apport ou acquisition des droits sociaux soumis au régime matrimonial n° 115-132

A - Apport ou acquisition des droits sociaux au moyen de biens propres n° 119-125

B - Apport ou acquisition des droits sociaux au moyen des biens communs n° 126-133

Section 3 - **Apport ou l'acquisition de droits sociaux par partage de la qualité d'associé** n° 134-137

Chapitre 3 : **Fonctionnement des sociétés entre époux** n° 138-204

Section 1 - **Attribution de la qualité d'associé aux époux** n° 139-154

§1 - Droits sociaux acquis avec des biens communs dans les droits africains n° 140-142

§2 - Exemple du droit français n° 143

A - Dans les sociétés dont les droits sociaux ne sont pas négociables n° 144-150

B - Dans les sociétés dont les droits sociaux sont négociables n° 151-154

Section 2 - **Gestion des droits sociaux par les époux** n° 155-172

§1- Gestion des droits sociaux propriété exclusive des époux n° 156-162

§2 - Gestion des droits sociaux propriété commune des époux n° 163

A - Gestion des droits sociaux négociables n° 164-166

B - Gestion des droits sociaux non négociables n° 167-171

C - Gestion des droits sociaux des époux communs en biens et associés en SCS n° 172

Section 3 - **Droits et obligations des époux associés** n° 173-204

§1 - Droits des époux associés n° 173-182

A - Droits patrimoniaux n° 173-175

B - Droits extrapatrimoniaux n° 176-182

§2 - Obligations des époux associés n° 183-194

A - Époux séparés de biens n° 183

B - Époux commun en bien n° 184-194

§3 - Situation des époux dirigeants n° 195

A - Accès des époux aux fonctions de dirigeants n° 195-198

B - Sort des rémunérations dues aux époux dirigeants n° 199-204

Chapitre 4 : **Disparition des sociétés entre époux** n° 205-227

Section 1 - **Transmission par les époux des droits sociaux** n° 206-225

§1 - Transmission des droits sociaux entre les époux n° 206-221

A - Transmission à titre onéreux des droits sociaux n° 207-210

B - Transmission à titre gratuit des droits sociaux n° 211-212

C - Attribution préférentielle des droits sociaux n° 213-218

D - Clauses de prélèvement ou de préciput n° 219

§2 - Transmission des droits sociaux à un tiers n° 222-225

Section 2 - **Liquidation des sociétés entre époux** n° 226-227

Bibliographie

- ADIDO (R.), « Les sociétés entre époux : Survivance du principe de la prohibition dans la réforme de l'OHADA », Penant, 2004.
- ANOUKAHA (F.), CISSÉ (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.-G.) et SAMB (M.), OHADA : Sociétés commerciales et GIE, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- GBAGUIDI (A.N.), « L'égalité dans les rapports personnels entre époux », Recht in Afrika, Le droit en Afrique, 2003.
- GUYON (Y.), Droit des affaires, tome 1 : Droit commercial et général, Paris, Economica, 1994.
- NGUEBOU TOUKAM (J.), « Les sociétés créées de fait entre époux en droit camerounais », Penant, 1989.
- NGUEBOU TOUKAM (J.), « Les universitaires et l'émergence du droit camerounais », Les Cahiers de droit, vol. 42, n° 3, 2001, p. 527-561, <http://id.erudit.org/iderudit/043658ar>
- SAWADOGO (M. F.), « Le nouveau code burkinabé de la famille : Principes essentiels d'application », RJPIC, 1990.

Introduction

1. Difficile articulation entre droit de la famille et droit des sociétés. La difficile articulation entre le droit de la famille et le droit commercial a été souvent relevée (voir par exemple, Arnaud LECOUR, « La délicate articulation du droit des procédures collectives et du droit de la famille », *RTD Com*, 2004, p. 1 ; Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Mariage et sociétés », *Études ROBLOT*, Paris, Dalloz, 1984, p. 272). La question est particulièrement intéressante, lorsque les époux entrent en société. Le droit de la famille rencontre le droit des sociétés. Or, ces deux disciplines n'ont pas les mêmes finalités, de sorte que souvent intérêt de la famille et ordre public sociétaire s'achoppent. Parfois, la sauvegarde des finalités du droit de la famille, jugées plus impératives, amène à résoudre la question de l'articulation au détriment du droit des sociétés. La prohibition des sociétés entre époux en est une expression.

2. Au départ, une prohibition générale et jurisprudentielle- Longtemps, les sociétés entre époux ont été prohibées. Cette prohibition du droit français a été réceptionnée par les États africains postcoloniaux et se remarquait sur deux points : elle était générale et jurisprudentielle.

Une prohibition générale. Cette prohibition était générale. Elle ne connaissait pas de limites ni en ce qui concerne les sociétés interdites ni en ce qui concerne les circonstances de l'apparition de la société. Aussi bien les sociétés de personnes que les sociétés de capitaux sont concernées. En effet, toutes les sociétés y compris les sociétés de capitaux étaient interdites. En outre, les circonstances entourant l'entrée en société des époux étaient indifférentes. Que les droits sociaux aient été acquis avec des biens propres ou communs, par succession ou par donation, avant ou après le mariage, était indifférent. Les époux ne pouvaient simultanément être associés seuls ou avec d'autres dans aucune société pendant le mariage.

3. Une prohibition jurisprudentielle. Remarquable aussi était le fait que cette prohibition n'était pas l'œuvre du législateur. Elle était d'origine jurisprudentielle (*Cass.*

Crim, 9 août 1851, *D.52.1. 160* ; *Req.* 7 février 1860, *D. 60. 1. 115* ; *Civ.*, 5 mai 1902, *S. 1905. 1. 41*, note HEMARD ; 23 janvier 1912, *D. 1912. 1. 481* ; 3 juillet 1917, *S. 1921. 1. 201* ; *Crim.*, 25 janvier 1950 ; *D. 1950, 212*). Malgré l'hostilité de la doctrine dominante, cette prohibition s'est imposée dans le droit français (*sur les discussions, voir Colmer, Les régimes matrimoniaux et le droit commercial (sociétés commerciales, t. 2), Defrénois, 1984, n° 507 et.*). Les États OHADA par la continuité du droit français applicable dans les colonies en ont hérité.

4. Protection des fonctions de la famille. L'interdiction des sociétés entre époux a été adoptée dans le souci général de protection des fonctions de la famille. En effet, la famille, cellule naturelle de base de la société assure des fonctions sociales et économiques. L'intérêt de la famille exige la protection de ces fonctions. Certains arguments plus précis ont été avancés. Nous présenterons ici les plus importants : le contournement de l'immutabilité des régimes matrimoniaux et la volonté de conciliation des règles de constitution et de fonctionnement des sociétés avec les rapports entre époux, notamment la suprématie du mari ainsi que la méfiance à l'égard des donations entre époux.

5. L'immutabilité du régime matrimonial. C'est le principe en vertu duquel, le mariage célébré, les époux ne peuvent apporter aucune modification à leur régime matrimonial. Toute convention conclue pendant le mariage qui altère l'économie du régime matrimonial en ce qu'elle modifie ou neutralise les effets des dispositions légales enfreint le principe de l'immutabilité, même si les époux auteurs de ces modifications n'ont eu aucune intention frauduleuse. Cela explique que la plupart des dispositions légales relatives aux régimes matrimoniaux et ayant un lien étroit avec le fonctionnement des sociétés sont impératives. C'est un principe hérité de la réception du droit français (art. 1395 c. civ. F) (*Isabelle Dauriac, Les régimes matrimoniaux, Paris, LGDJ, 2004, p. 97*).

Dans la plupart des États membres de l'OHADA (*l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) compte aujourd'hui 17 membres : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo Brazzaville, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée-Équatoriale, Guinée Conakry, Guinée-Bissau, Mali, Niger, Centrafrique, Séné-*

gal, Tchad, Togo, République démocratique du Congo) anciennement colonisés par la France, ce principe a été maintenu. Même, les États qui ont adopté de nouvelles règles en droit de la famille, ont maintenu l'immutabilité des conventions matrimoniales (*Ex : Sénégal, l'article 395 Code de la famille ; Congo, art. 211 code de la famille ; Bénin, art. 169-170 code des personnes et de la famille, Côte d'Ivoire (art. 74 nouveau, de la Loi n° 64-375 du 7 octobre 1964 relative au mariage, modifiée par loi du 2 août 1983)*),

Cela peut s'expliquer par le fait le souci majeur de tout législateur de tous les temps reste et demeure la protection de la femme et la sauvegarde de l'intérêt de la famille.

Mais, rendre immuable le régime matrimonial, ce n'est pas seulement interdire les accords tendant à le modifier directement, c'est aussi logiquement prohiber toute opération qui, pendant le cours du régime, s'avérerait non conforme à telle disposition dudit régime et aurait par conséquent pour résultat de le modifier même partiellement, directement ou indirectement. Or, les sociétés entre époux sont susceptibles d'entraîner une modification volontaire des règles de fonctionnement du régime matrimonial et la neutralisation de certains des effets des dispositions légales impératives. De par le fonctionnement des sociétés, des pouvoirs des époux qui ne peuvent être volontairement modifiés peuvent l'être au profit de l'un des époux, s'il est en position de gérant. Par exemple, des biens ayant été apportés en société, l'un des deux époux, en sa qualité de dirigeant, se verra attribuer des pouvoirs de gestion « dérogatoires » à ceux que son régime matrimonial lui attribuerait sur les biens en cause, alors même que la modification volontaire de ces pouvoirs leur est interdite. Plus, concrètement, si un époux apporte des biens communs en société, l'époux dirigeant se verra attribuer des pouvoirs de gestions sur ces biens, alors que le régime matrimonial ne les lui a pas attribués. De même, les règles gouvernant la répartition de l'actif de la communauté, par le biais de la mise en réserve des bénéfices ou l'exercice d'un droit préférentiel de souscription, pourraient être contournées. Enfin, admettre la mutabilité pourrait entraîner une modification des règles de répartition du passif de la communauté. Cela est évident dans les sociétés dans lesquelles les associés sont solidairement et indéfiniment responsables du passif social. Dans ces sociétés, les créanciers auront un droit de poursuite sur la totalité des biens du ménage contrairement aux règles du régime matrimonial. Même en l'absence de solidarité des associés pour les dettes sociales, les entorses au droit matrimonial n'en sont pas moins patentées.

6. incompatibilité entre suprématie maritale et associés. Admettre une société entre époux serait une violation de l'autorité maritale. Effectivement la conciliation d'un droit de la famille marqué par la suprématie du mari avec les principes du droit des sociétés marqué par l'égalité entre associés est difficilement réalisable. En effet, le mari est le chef de la famille et maître des biens de la

communauté. La qualité de chef de famille signifie que le mari assure la direction du ménage. Cette prééminence établit nécessairement un rapport d'inégalité. Or, l'un des principes essentiels fondant les rapports entre associés est l'égalité de droits que confère la société. La notion de chef qui induit le commandement et la subordination, la hiérarchie et l'inégalité n'est pas compatible avec les rapports d'égalité inhérents aux rapports entre associés. Or, la plupart des législateurs postcoloniaux avaient, dans un contexte marqué par les pratiques locales défavorables à la femme mariée, soit reconduit dans leurs nouveaux droits de la famille, soit laissé subsister des règles discriminatoires envers la femme (*Ex : au Togo, respectivement art. 101 (Code des Personnes et de famille « le mari est le chef de la famille », et possibilité pour le mari d'empêcher la femme d'exercer une profession séparée (art. 109 Code préc.) ; dispositions similaires en Côte d'Ivoire, art. 58, al. 1, 1^{re} phrase et art. 67 nouveau Loi précitée*).

7. Suspicion à l'égard des donations entre époux.

La donation déguisée est celle faite sous l'apparence d'un autre acte. Les donations déguisées en elles-mêmes sont valables, même si elles sont précaires, car toujours révocables (*art. 1096, al. 1 c. civ., version applicable de plein droit dans les États africains postcoloniaux*). Il y a certes quelque réserve à l'égard de l'incapable. Mais, c'est la donation déguisée entre époux après le mariage qui est suspectée. Cette méfiance est particulièrement forte à l'égard des donations déguisées entre époux, de sorte que le législateur (*article 1099 alinéa 2 du code civil – version applicable de plein droit dans les États africains postcoloniaux*) a établi une double exception à la validité des donations entre époux :

- la nullité des donations déguisées entre époux ;
- la nullité des donations par personne interposée entre époux.

Cette nullité est absolue ; même le donateur peut l'invoquer. Le fondement de cette sanction est incertain. On peut penser que cela est justifié par la crainte du contournement de l'interdiction des ventes entre époux généralement admise même dans certains États africains francophones (*ex : Bénin, art. 182 CPF*) et aussi par la crainte de modification du régime légal des successions. L'interdiction des donations entre époux aura pour conséquence l'interdiction des sociétés entre époux. Ainsi, la crainte du contournement de cette interdiction par le fonctionnement des sociétés entre époux va-t-elle servir de justification à l'interdiction des sociétés entre époux.

8. L'immutabilité purement volontaire du régime matrimonial et la spécificité des donations entre époux, intimement liés d'ailleurs, et la suprématie du mari peuvent difficilement continuer à justifier l'interdiction des sociétés entre époux.

9. Déclin de l'immutabilité. Mais, le principe de l'immutabilité du régime matrimonial souvent avancé pour

justifier l'interdiction des sociétés entre époux n'est plus véritablement un obstacle pour plusieurs raisons dont trois principales d'inégale valeur :

- L'immutabilité du régime n'est plus un principe rigide. Le changement volontaire du régime matrimonial quoique assujéti à certaines conditions est devenu possible (*Ex : Bénin : art. 170 ; Burkina Faso : art. 316 ; Josette NGUEBOU TOUKAM, « Les sociétés créées de fait entre époux en droit camerounais », Revue Penant, 1989, n° 801, p. 488*).
- Sans s'appuyer sur le pouvoir d'éviction de l'immutabilité du régime matrimonial en droit OHADA (*voir développement infra*), on peut considérer que la validité des sociétés entre époux est une dérogation implicite à l'immutabilité du régime matrimonial. C'était sûrement fait dans la logique de prévention de conflit et donc en toute innocence, au règlement pécuniaire partiel de leurs comptes à venir. Cette protection qui a été vigoureusement défendue est reprise par la plupart des droits africains de la famille mais ces droits la limitent à deux ans de mariage.
- Enfin, la question de l'articulation de la validité des sociétés entre époux avec le régime matrimonial ne se pose plus avec le droit OHADA. En raison de la supériorité des conventions internationales ratifiées et publiées sur les lois internes (*Disposition existante dans les constitutions en vigueur dans la plupart des États membres de l'OHADA ; voir par exemple, Bénin : art. 147 ; Congo art. 18 ; Côte d'Ivoire, art. 87 ; Burkina Faso*), la validité de principe des sociétés entre époux consacrées par l'Acte Uniforme relatif au Droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêts économiques s'impose au droit des régimes matrimoniaux des États signataires. En conséquence, la validité des sociétés entre époux signifie nécessairement que le principe de l'immutabilité est purement et simplement écarté dès lors que l'atteinte qui y est portée résulte de la constitution ou du fonctionnement d'une société créée entre époux.

10. Le déclin de la méfiance à l'égard des donations entre époux. En général, la méfiance à l'égard des donations entre époux s'est amenuisée et corrélativement la nullité des donations déguisées entre époux. Par exemple, certains législateurs de l'espace OHADA n'annulent que la donation déguisée au profit de l'incapable (*ex : Bénin, art. 848 CPF*). On admet la validité de ces donations déguisées en disqualifiant l'acte, soit en écartant la gratuité, soit en niant le déguisement. Dans tous les cas, lorsque la donation déguisée résulte d'un contrat de société, elle est valable si elle est établie par acte authentique. Pour exclure la gratuité, il suffit que le prétendu donataire justifie avoir fourni à son conjoint une contrepartie quelconque. Le contentieux est surtout alimenté par des hypothèses où le bénéficiaire de l'acquisition prétend avoir déployé une activité, pendant le mariage, qui a dépassé les services légalement dus à son conjoint en exécution de son obligation de contribuer

aux charges du mariage. Cette activité non rémunérée constitue la contrepartie de l'acquisition que son conjoint a payée. La disqualification en donation rémunératoire, donc onéreuse, est d'autant plus facilement admise que les juges se montrent très exigeants à l'égard du demandeur à l'action en nullité pour admettre la preuve de son intention libérale. Cette évolution du droit français est transposable dans États OHADA.

11. Lorsque la donation est suspectée déguisée au moment de la constitution d'une société, elle est valable si elle est faite par acte authentique. Cette solution, est déjà retenue dans les États OHADA (*voir, par exemple, Bénin, article 183 alinéa 2 CPF*). La donation déguisée est donc valable dès lors qu'elle est établie par acte authentique.

12. Ainsi, même si l'Acte onéreux masque un transfert gratuit d'un patrimoine à l'autre, les dispositions de l'article 9 de l'acte uniforme portant sur les droits des sociétés, il suffit que les statuts soient authentiques, les valident et ce faisant, il réduit le domaine de la prohibition, qu'elle continue par ailleurs d'édicter.

13. La désuétude de l'argument fondé a suppression de la suprématie maritale. Depuis le début du xx^e siècle, les droits de la femme mariée se sont progressivement accrus et corrélativement les prérogatives du mari se sont amenuisées. Aujourd'hui, sous l'effet de l'avancée des droits et des standards internationaux, la plupart des Constitutions africaines ont consacré le principe d'égalité entre hommes et femmes. Cela s'est traduit par l'abandon des prérogatives du mari. La plupart des systèmes juridiques africains de tradition française ont affirmé le principe d'égalité entre époux. Le principe d'égalité est même l'épine dorsale de la plupart des constitutions africaines récentes (*Bénin, art. 26 – Const. du 11.12.1990 ; Burkina Faso, art. 1 - Const. 2.6.1991 ; Congo, art. 8 - Const. du 20.1.2002*). Cette égalité gouverne aussi bien les rapports personnels que patrimoniaux.. Les législations nouvelles relatives à la famille en portent les stigmates (*voir, par exemple au Bénin et l'importante décision de la cour constitutionnelle en la matière, Décision DCC 02-144 du 23.12.2002, Recueil Décisions Cour Constitutionnelle, 2003 ; Gbaguidi, L'égalité dans les rapports personnels entre époux, RBSJA, 2003*).

14. Bien sûr, tous les États n'ont pas encore mis leur droit de la famille en harmonie avec le principe d'égalité porté par leur constitution (*Ex ; Gabon, article 253 du code civil (première partie) ; art. Congo, art. 168 du code de la famille ; Togo, art. 101 Code des Personnes et de la famille*). Même, dans ces cas, la supériorité des normes constitutionnelles rend les dispositions encore discriminatoires virtuellement nulles. Ainsi, l'argument tiré de la suprématie maritale a-t-il perdu beaucoup de sa valeur. En tout cas, il ne peut plus servir de justification à l'interdiction des sociétés entre époux.

15. Incidence de la pratique. En pratique, la prohibition de sociétés entre époux est rarement respectée. Il ne peut en être autrement, si les greffiers chargés de l'immatriculation des sociétés ne font pas le rapprochement de la situation matrimoniale des associés. Il leur est impossible de savoir si certains associés sont mariés. Ils ne peuvent appliquer la prohibition. Or, il nous est apparu que non seulement la communication situation matrimoniale des associés n'est pas exigée, mais la vérification si des associés sont mariés n'est pas effectuée.

16. Abandon de la prohibition générale. L'affaiblissement des arguments sous-tendant la prohibition et l'évolution de la réglementation même dans certains États OHADA à l'instar du Sénégal (*art. 388 code de la famille*) ont sans doute amené le législateur à abandonner la prohibition générale des sociétés entre époux.

17. Soumission au droit commun. Adaptation du droit français en l'absence de réglementation propre. Ainsi, certaines sociétés sont permises et d'autres ne le sont pas. Mais, Le législateur OHADA a opté pour une validité législative des sociétés entre époux, ce que certains auteurs appellent le principe de légalité (*Catherine-Thérèse Barreau, Sociétés entre époux, Répertoire des sociétés, Encyclopédie juridique Dalloz, Tome 4, 1994, n° 18-26*). Comme toutes les sociétés, les sociétés entre époux naissent, vivent et disparaissent. Dans ce cycle de vie, elles sont soumises au droit commun des sociétés commerciales avec le particularisme de l'interférence des régimes matrimoniaux. Ce sont tous ses aspects que nous présenterons successivement

Chapitre 1 : Validité des sociétés entre époux

Chapitre 2 : Création des sociétés entre époux

Chapitre 3 : Fonctionnement des sociétés entre époux

Chapitre 4 : Disparition des sociétés entre époux

Chapitre 1 : Validité des sociétés entre époux

18. L'article 9 AUDSCGIE, rappelons-nous, admet la validité des sociétés entre époux. Cette position consacre l'abandon de la traditionnelle prohibition jurisprudentielle des sociétés entre époux héritées du droit français. L'article 9 de l'Acte uniforme portant organisation des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE) rappelle que : « Deux époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement ». Cette formulation avec fixation sur la portion prohibée est l'expression des préoccupations du législateur OHADA qui consacre la validation des sociétés entre époux (Section 1) et en fixe en même

temps les limites, marquant ainsi la survivance de l'interdiction des sociétés entre époux à l'égard de certains types de société (Section 2).

Section 1 - Validation Législative

19. Comme nous le rappelions plus haut, le législateur OHADA a abandonné l'interdiction générale des sociétés entre époux imposée par la jurisprudence pour affirmer la licéité de principe des sociétés entre époux (§1). Cette large ouverture peut être justifiée (§2).

§1 - Admission législative des sociétés entre époux

20. On peut trouver à l'abandon de l'interdiction générale des fondements théoriques et historiques.

A - Fondements théoriques et historiques

21. Lien completif entre article 9 et article 7. Pour mieux comprendre l'article 9 de l'AUSCGIE, il faut retourner à l'article 7 du même Acte uniforme qui dispose que « Le conjoint du commerçant n'a la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 ci-dessus, à titre de profession et séparément de ceux de l'autre conjoint ». En réalité, l'article 7 est la source première du principe de la validité des sociétés entre époux. L'article 9 en annonçant les sociétés entre époux illicites n'est en réalité dans une rédaction logique qu'à un de l'article 7.

L'article 7 lui-même n'est qu'une expression de la liberté de commerce et d'industrie contenue dans la plupart des constitutions modernes africaines et principalement de la zone OHADA (*ex : Burkina Faso, art. 16 ; Côte d'Ivoire, art. 16 ; Congo, art. 27*).

22. Ordonnance du 19 décembre 1958. On peut remarquer une évolution vers la validation législative des sociétés entre époux en 1958. En effet, une ordonnance de du 19 décembre 1958 qui modifia l'article 1841 du code civil rappelait déjà que « deux époux peuvent être simultanément au nombre des associés et participer ensemble ou séparément à la gestion ; ils ne peuvent être ensemble indéfiniment et solidairement responsables dans une société commerciale ». Cette ordonnance est-elle applicable aux colonies ? Cette question est importante, car en raison du principe de la spécialité législative, elle n'est applicable de plein droit que si elle a été introduite. Or, cette ordonnance n'a été déclarée applicable dans les TOM que par une loi du 29 juillet 1961, c'est-à-dire après l'indépendance de la plupart des État africains anciennement colonisés par la France.

23. Certains États OHADA précurseurs. Certains États membres de l'OHADA avaient déjà, dans leur

réglementation nationale, entamé une levée des entraves à la validité des sociétés entre époux (*Ex : Sénégal, art. 388 du Code de la famille*).

Désormais, la prohibition générale a disparu. Mais la validation législative est prudente. Certaines formes de sociétés restent interdites aux époux. L'article 9 en annonçant les sociétés interdites, proclame implicitement que les autres sociétés non visées par l'interdiction sont admises

B - Sociétés admises

24. Les sociétés admises sont de deux catégories : les sociétés de capitaux et certaines sociétés de personnes. Nous les rappelons brièvement pour mémoire.

I - Sociétés par actions

25. Suppression de la société en commandite par actions. Le législateur OHADA a supprimé les sociétés en commandite par actions. Celles qui existaient avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme relatif aux Sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique doivent être transformées en société anonyme dans un délai de deux ans (art. 908 AUDSCGIE). La société en commandite par actions est une société qui regroupe deux sortes d'associés : un ou des commandités personnellement responsables et un ou des commanditaires qui sont des actionnaires. Pour eux, la société en commandite par actions est une société de capitaux. Quant aux commandités, ils sont dans une société en nom collectif (*Ripert/Roblot, Traité de droit 17^e édition, Paris, LGDJ, Tome I, 1998, p. 1479 et s.*). Une telle société existait avant l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés.

Avec cette suppression, la société anonyme est la seule société de capitaux qu'on peut créer dans l'espace OHADA (*Voir entre autres, Anoukaba et alii, OHADA, sociétés commerciales et GIE, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 404 et s.*).

26. Société anonyme. Bref rappel. Deux époux peuvent être actionnaires à tout moment dans une société anonyme. Il ne s'agit pas nécessairement d'une société anonyme directement réglementée par l'AUDSCGIE. Mais, la validité des sociétés anonymes entre époux concerne toutes les sociétés de capitaux régies par un droit spécial ou non. Les sociétés anonymes opèrent dans certaines branches d'activités de l'espace OHADA et sont soumises à des régimes spéciaux. Il s'agit notamment des secteurs bancaires et des assurances. De telles sociétés sont principalement régies par le droit spécial les concernant et subsidiairement par le droit OHADA. Par exemple, les sociétés d'assurances sont nécessairement constituées sous la forme de société anonyme (*Par exemple, Article 301 du code*

CIMA – Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances).

II - Sociétés dominées par l'intuitu personae : Sociétés à responsabilité limitée (SARL) et Sociétés en commandite simple (SCS)

27. Certaines sociétés de personnes peuvent être constituées entre époux. Il s'agit des SARL et les commandités des SCS.

a - SARL

28. La SARL. Bref rappel. La SARL est une société intermédiaire entre la société en nom collectif et la société anonyme. C'est un cadre juridique qui permet à un commerçant ou à un industriel de créer une entreprise moyenne en limitant sa responsabilité à sa mise. C'est une formule souple qui permet de concilier les principaux avantages de la société de personnes et de capitaux et de la société de capitaux. L'une des caractéristiques essentielles de la SARL est la limitation de la responsabilité des associés jusqu'à concurrence de leurs apports.

29. Deux époux peuvent être associés dans une SARL. En raison de ses caractéristiques, la SARL répond parfaitement à la préoccupation sociale du législateur OHADA de ne pas permettre aux époux de s'engager collectivement dans une entreprise pouvant les ruiner tous les deux et mettre en péril la survie du ménage.

C'est pourquoi, il permet à deux époux, seuls ou avec d'autres, d'être simultanément membres d'une SARL. Il est indifférent que celle-ci ait été créée avant ou pendant le mariage. Il est également indifférent que l'entrée en société ait été faite avec des biens propres ou communs, que les droits sociaux aient été acquis par succession ou par donation.

b - SCS

30. Définition de la SCS. Définie à l'article 293 de l'AUSCGIE, la société en commandite simple est celle dans laquelle coexistent deux catégories d'associés :

- l'associé ou les associés dits commandités qui sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales ;
- l'associé ou les associés dits commanditaires qui ne sont responsables des dettes sociales que dans la limite de leurs apports.

31. Comme on peut le constater, les associés dits commandités ont la même condition juridique que les

associés en nom collectif, alors que les associés dits commanditaires ont la même condition juridique que les associés d'une SARL. Ainsi, deux époux peuvent être associés dans une SCS, lorsque :

- l'un a la qualité d'associé commandité et l'autre celle de commanditaire ;
- les deux ont la qualité d'associés commandites.

32. La SCS a l'avantage non négligeable de permettre le ménage d'associés aux motivations complémentaires : le commandité qui va jouer le rôle d'entrepreneur et accepte les risques de l'entreprise, et les commanditaires qui, sous partage des risques de leur mise, jouent le rôle de pourvoyeurs de fonds qui à l'entrepreneur afin qu'il mène à bien son projet.

33. Aux inconvénients de la société en nom collectif que doit supporter l'associé commandité, s'ajoutent ceux résultant de la complexité de la SCS. ; puisque, cette dernière à un régime hybride. Cela explique sans doute le désintérêt que connaît en pratique cette forme de société.

§2 - Justifications de la validation

Des raisons générales et des raisons spécifiques peuvent justifier la licéité de certaines sociétés entre époux.

A - En général

34. On estime que les liens familiaux renforcent l'*affectio societatis* (Claude CHAMPAUD, *La situation personnelle des dirigeants des sociétés de famille et la réforme de 1966*, Mélanges Daniel BASTIAN, Dalloz, p. 35.). Ainsi, il serait de l'intérêt même de la société que des parents ou conjoints soient associés. Ainsi, restait seule interdite la société ou les deux époux seraient solidairement et indéfiniment responsables des dettes sociales position dépassée actuellement en droit français mais maintenue en droit uniforme OHADA. Il ne saurait faire de doute que l'interdiction survivante était essentiellement fondée sur l'atteinte que de telles sociétés portent au fonctionnement normal du régime matrimonial, en particulier aux règles du passif. Elle était également justifiée par l'ancien article 4 code de commerce français.

B - En particulier

35. Au niveau des sociétés anonymes. Ici, la priorité est donnée au capital et au rapport avec les tiers. Les sociétés par actions prônent une indifférence entre les personnes des associés. Les droits sociaux, représentés par des actions, sont des titres négociables.

36. Les actionnaires ne sont donc pas copropriétaires des biens apportés (Philippe MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 8^e Ed., Paris, Dalloz, p. 256). On ne peut donc parler d'association de biens contraire au régime matrimonial lorsque deux époux sont associés dans ces sociétés.

37. En outre, la personnalité des actionnaires étant plus ou moins indifférente, les époux ne sont égaux que par rapport à leurs actions ou apports sociaux. Ces droits ne contredisent en rien la gestion du ménage dont le mari en serait le chef.

38. De même, dans ces types de sociétés, les rapports entre personnes ne comptent pas davantage. Les tiers ignorent et ne connaissent que les capitaux de la société. Aussi les créanciers sociaux ne comptent-ils pas sur le patrimoine des actionnaires en cas d'insuffisance de l'actif social. Les actionnaires étant donc seulement tenus de leurs apports, l'un des conjoints ne peut être rendu responsable des dettes de l'autre. Les biens communs apportés, si c'est le cas, répondront seuls des dettes. Il y a donc séparation du patrimoine personnel et du patrimoine social.

39. C'est pour toutes ces raisons que, contestant la prohibition, la validité de ce type de sociétés entre époux était.

Section 2 - Survivance de la prohibition

40. La liberté contractuelle accordée aux époux en matière sociétaire en droit OHADA n'est pas totale. Certaines sociétés leur sont encore interdites. Nous présenterons successivement ces sociétés et les raisons qui sous-tendent cette interdiction.

§1 - Sociétés encore prohibées

41. L'admission des sociétés entre époux n'est pas complète. Certains types de société sont encore interdits. C'est d'ailleurs sur ce qui caractérise ces types de société que le législateur a expressément mis l'accent à l'article 9 AUDSCGIE : les sociétés dans lesquelles les associés sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales. Parmi elles certaines sont immatriculées, tandis que d'autres ne le sont pas.

A - Sociétés immatriculées prohibées

42. Les sociétés immatriculées interdites dans lesquelles deux époux ne peuvent y être en qualité d'associés sont de deux ordres : les Sociétés en Nom Collectif (SNC) et les Sociétés en Commandite Simple (SCS).

I - SNC

43. Définition de la SNC. Selon l'article 270 AUDSCGIE, la société en nom collectif est celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Le capital social y est divisé en parts sociales de même valeur nominale. Aucun capital minimum n'a été prévu par le législateur. Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement unanime des associés. Toute clause contraire est réputée non écrite (art. 273, 274). Dans le silence de la loi, une large place est faite à la liberté contractuelle pour adopter les Statuts aux volontés des associés.

Mais, tous les associés d'une SNC ont la qualité de commerçant.

44. La SNC à l'avantage de la souplesse. En outre, la place accordée à la liberté contractuelle tant dans sa constitution que dans son fonctionnement en fait une forme de société non dénuée d'intérêt pour l'exercice en commun d'une profession commerciale par des partenaires qui se connaissent bien et que n'effraie pas la responsabilité solidaire et indéfinie attachée à la qualité d'associé. Sur ce plan, la SNC conviendrait bien à des époux.

Bien sûr, on peut reprocher à la SNC d'être « fermée ». En effet, elle ne favorise pas l'ouverture du capital à des partenaires financiers. Enfin, la S.N.C se caractérise par une transparence juridique qui se manifeste par la responsabilité solidaire et indéfinie des dettes sociales.

45. Deux époux ne peuvent être simultanément associés dans une SNC. Cette affirmation mérite clarification. Cela signifie d'abord que deux époux ne peuvent pendant le mariage entrer tous les deux dans une même SNC. Mais, cela signifie aussi que s'ils y étaient avant le mariage, l'un d'entre eux doit en sortir après le mariage.

46. Quid, lorsque l'un des époux est déjà dans une SNC et que le conjoint hérite de part de SNC et devrait en devenir membre ? Si l'on respecte la lettre de l'article 9 AUSCGIE, soit il doit renoncer à être cessionnaire, soit il doit céder les parts héritées, soit il y entre et l'autre en sort. Toutes ces réponses peuvent paraître aberrantes. Mais, admettre que dans ce cas, les deux époux peuvent être associés dans la SNC méconnaît la lettre de l'article 9 et conduit ainsi donc à une autre aberration. Entre ces deux aberrations, il faut choisir la moins choquante. La moins choquante nous paraît être celle qui engendre le moindre péril : maintien de la prohibition, lorsque l'un des conjoints soit par succession, soit par donation reçoit des parts de SNC et en devient associé, alors même que son conjoint y était déjà associé.

II - Cas particulier de la SCS

47. Comme nous le rappelions plus haut, la société

en commandite simple est celle dans laquelle coexistent deux catégories d'associés :

- l'associé ou les associés dits commandités qui sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales ;
- l'associé ou les associés dits commanditaires qui ne sont responsables des dettes sociales que dans la limite de leurs apports.

48. Comme on peut le constater, les associés dits commandités ont la même condition juridique que les associés en nom collectif, alors que les associés dits commanditaires ont la même condition juridique que les associés d'une SARL. Ainsi, deux époux peuvent être associés dans une SCS, lorsque :

- l'un a la qualité d'associé commandité et l'autre celle de commanditaire ;
- les deux ont la qualité d'associés commanditaires.

Mais, les deux époux ne peuvent être simultanément commandités dans une SCS.

B - Sociétés commerciales sans personnalité morale

49. Parmi les sociétés créées par les époux, certaines ne sont pas immatriculées. Parmi elles, certaines ne sont même pas commerciales. L'interdiction s'étend en principe à toutes les sociétés commerciales ou non pourvu que les associés soient indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales. Cela signifie que les sociétés civiles devraient être concernées. Mais, nous ne sortons pas du cadre juridique OHADA. Nous ne nous intéresserons donc qu'aux sociétés commerciales, en l'occurrence la société en participation et la société créée de fait.

I - Société en participation entre époux

50. La société en participation est définie par l'AUDSCGIE à l'article 854 comme celle par laquelle les associés conviennent qu'elle ne sera pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier et qu'elle n'aura pas la personnalité morale.

51. Les associés déterminent librement son objet, son fonctionnement et ses conditions. N'étant ni immatriculée, ni soumise à publicité, la société en participation peut être prouvée par tous moyens.

Elle est attractive en raison de sa souplesse et de sa discrétion.

52. À observer attentivement l'article 9 AUDSCGIE, la prohibition qu'il édicte devrait s'étendre à la société en participation, même si certaines clarifications sont nécessaires. Elles tiennent à la volonté des époux associés en participation.

53. En effet, si la société occulte est créée dans les formes d'une société en nom collectif ou en commandite simple, il n'y a pas de raison que l'article 9 ne s'applique pas (*Cette opinion est confortée par les articles 856 et 861 AUSC-GIE qui prévoient les rapports entre associés (art. 856) et les rapports entre eux et les tiers (art. 861). Ces rapports sont régis par les dispositions applicables aux sociétés en nom collectif, c'est-à-dire, pour ce qui nous intéresse ici, la responsabilité indéfinie et solidaire. Dans ces conditions, la prohibition de l'article 9 s'applique aux sociétés en participation.*

54. Pour les mêmes raisons indiquées ci-dessus, si, même sans choisir les formes d'une SNC ou d'une SCS, elles ont établi des dispositions rendant solidairement et indéfiniment responsables des dettes sociales, l'article 9 devrait s'appliquer.

Mais, si les parties choisissent une organisation différente, ce qui est possible (art. 856 AUSCGIE), alors l'article 9 ne devrait pas s'appliquer.

55. En définitive, la prohibition de l'article 9 de l'AUDSCGIE joue toutes les fois que la responsabilité et la solidarité statutaires jouent comme dans les SNC et les SCS (pour les commandités). Cependant lorsqu'il s'agit d'une solidarité occasionnelle ou d'une solidarité de fait, la prohibition ne devrait pas jouer et deux époux peuvent y être simultanément associés.

II - Société de fait entre époux

56. **En réalité il s'agit de la société créée de fait.** La Société de fait désigne la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se comportent, en fait comme des associés, sans avoir exprimé initialement la volonté de former une société et en particulier sans avoir entrepris les démarches nécessaires à sa constitution (art. 864 AUDSCGIE).

57. La Société de fait désigne tout autre chose ; c'est une technique permettant de liquider une société de droit dont la nullité a été prononcée par un tribunal. Il s'agit d'une Société qui a été voulue comme telle au départ, mais qui, n'a pas respecté les formalités légales de constitution et a été annulée pour vice de constitution.

58. Dans l'ensemble, le législateur assimile le régime de ces sociétés à celui de la société en participation, ou plus précisément celui des SNC et SCS. C'est pourquoi, la prohibition de l'article 9 devrait s'étendre aux sociétés de fait entre époux.

§2 - Justifications de l'interdiction de certaines sociétés

59. Le législateur OHADA, en disposant en son

article 9 que « deux époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement », n'a interdit que certains types de société. Mais pourquoi cette attitude ? Est-ce dans le souci de protéger les intérêts des ménages ? Par ailleurs, jusqu'à l'avènement dudit Acte uniforme en 1997, il existait encore des États membres de l'OHADA dans lesquels régnait la suprématie maritale, est-ce pour rester en conformité avec les lois nationales de ces États que le législateur a maintenu cette interdiction ?

60. Les SNC et les SCS sont des sociétés de personnes. Les associés ici ont la qualité de commerçants. En quoi cette qualité peut-elle gêner ? Pourquoi faut-il exclure les époux en raison de la forme de certaines sociétés ?

61. Une première réponse est donnée indirectement par l'article 9 AUDSCGIE lui-même. Il en est ainsi parce que les associés sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales

A - Responsabilité indéfinie et solidaire des époux et la menace de la subsistance de la famille

62. Les associés dans les sociétés en nom collectif et les commandités dans les sociétés en commandite simple sont indéfiniment et solidairement responsables de dettes sociales.

63. **Signification de la responsabilité indéfinie des associés.** La responsabilité indéfinie signifie en l'espèce que la responsabilité des associés n'est pas limitée à leurs apports. Elle se poursuit pour atteindre le patrimoine du débiteur jusqu'à satisfaction du créancier. On se rappelle que dans les SARL et les SA, les associés ne sont responsables des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs apports. Il n'en est pas de même dans les sociétés de personnes ici visées. Cela signifie en pratique que l'époux associé dans une SNC ou commandité dans une SCS expose ses apports, ses biens propres et les biens communs (s'il est dans un régime de communauté) à l'apurement des dettes sociales. Les biens communs répondent aussi des dettes sociales, car la communauté n'a pas de personnalité juridique. Elle n'a pas de patrimoine de sorte que les biens communs demeurent dans le patrimoine des époux. Or, le patrimoine est le gage général des créanciers.

64. **Signification de la responsabilité solidaire des associés.** Non seulement, les associés sont indéfiniment responsables, mais ils le sont aussi solidairement. Cela signifie que tous les associés exposent leur patrimoine sans discussion et sans distinction au paiement des dettes sociales. Concrètement les époux engagent ensemble et en même temps leurs biens, propres et communs au paiement du passif social.

65. Conséquences pour la famille. Dans un contexte d'absence de système d'assistance sociale, c'est le cas dans la plupart des États OHADA, la responsabilité indéfinie et solidaire des époux constitue de toute évidence un péril pour la famille, car elle peut la priver de ses moyens de subsistance et l'empêcher d'assumer ses fonctions. Le maintien de la prohibition de ces sociétés ne manque donc pas de pertinence, lorsqu'on pense que la responsabilité indéfinie et solidaire des associés peut être un danger pour la survie du ménage.

66. Certes, on constate de nombreux cas où deux époux sont solidairement engagés à l'occasion du fonctionnement d'une société sans pour autant mettre en péril la survie du ménage (*Janine REVEL, op. cit., p. 34, sociétés créées de fait, société de fait après annulation d'une société prohibée, cautionnement solidaire de deux époux des dettes d'une société dont l'un est le dirigeant*).

67. En définitive, seule la vulnérabilité sociale ambiante peut expliquer le maintien de l'interdiction d'une catégorie entre époux. En effet, les instruments de prévoyance sociale sont rudimentaires de sorte que les difficultés financières des époux sont souvent sources de déchéance morale et matérielle pour eux-mêmes et pour les enfants.

B - Cohérence avec l'article 7 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG)

68. L'article 9 AUDSGIE, en maintenant la prohibition des sociétés entre époux pour les SNC et les SCS, reste en cohérence avec l'article 7 alinéa 2 de l'AUDCG. En effet, ce texte pose les conditions dans lesquelles deux époux peuvent avoir la qualité de commerçants : ils doivent exercer séparément des activités commerciales à titre de profession. Or, les associés dans les sociétés en nom collectif et les commandités dans les sociétés en commandite simple ont tous la qualité de commerçants. Et on ne peut dire que de tels associés exercent des activités séparées. Cette conception est confortée par le caractère d'acte collectif unilatéral de plus en plus reconnu à la société.

69. On ne peut donc tolérer sans risquer quelques reproches d'incohérence les sociétés entre époux dans les SNC et SCS et maintenir que le conjoint du commerçant n'est commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée.

70. Sans nécessairement le vouloir, la prohibition des sociétés entre époux de l'article 9 AUDSGIE s'arrime bien avec l'article 7 alinéa 2 AUDCG (*voir ADDIDO, les sociétés entre époux : survivance de la prohibition dans la réforme de l'OHADA, Penant, 848, 2004, p. 384 et suivantes*).

§3 - Sanction de la prohibition

71. La sanction de la prohibition est la nullité absolue. Une sanction grave dont la portée mérite précision.

72. Nullité absolue. La question de la sanction de la prohibition renvoie au critère classique des intérêts en cause. Il s'agit visiblement ici essentiellement de l'intérêt de la famille. Il ne s'agit donc pas d'un intérêt particulier. La sanction de la prohibition est la nullité absolue. La jurisprudence française, valable dans les colonies françaises et les États africains postcoloniaux, l'avait affirmée (*Req. 6.2.1888, DP, 1888, 1, 401*). Cette position nous paraît justifiée et applicable dans les États OHADA.

73. Quelle est la portée de cette interdiction ? Cette interdiction est à apprécier par rapport à l'existence de la société entre époux pendant le mariage. Ainsi :

- si les époux étaient avant le mariage associés dans les sociétés interdites aux époux, cette société est nulle s'ils se marient et maintiennent leur qualité d'associés prohibés ;
- si, pendant le mariage ils sont associés dans une société permise, ils ne peuvent continuer de l'être si cette société est transformée en société prohibée ;
- s'ils étaient associés séparément dans des sociétés (dans les différentes hypothèses où les deux époux peuvent être associés), et si celles-ci se fusionnent pour former une société prohibée, ils ne peuvent être simultanément associés dans la nouvelle société si celle-ci est prohibée.

74. Cette interdiction concerne aussi bien les sociétés dans lesquelles les époux sont seuls associés que celles dans lesquelles ils sont associés avec d'autres personnes. Il est indifférent qu'ils soient entrés dans la société par apport direct ou par héritage ou donation de droits sociaux.

Chapitre 2 : Création des sociétés entre époux

75. Aujourd'hui, dans les 17 États membres de l'OHADA, la question de la validité des sociétés entre époux ne se pose plus avec acuité. L'article 9 dudit Acte ayant affirmé que « deux époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment » (*voir supra, Chapitre 1*).

76. La société étant constituée par l'apport ou l'acquisition des droits sociaux par les associés, entre époux, l'apparition de la société peut se faire de deux manières : soit les époux décident de devenir l'un et l'autre associés

en faisant chacun un apport ou en achetant une fraction des droits sociaux (section 2), soit un seul des époux est associé d'une société, et l'autre époux n'acquiert la qualité d'associé qu'à la suite de la revendication (section 3). Mais, avant d'aborder ces aspects, il faut clarifier la question de la capacité des époux (Section 1).

Section 1 - Capacité des époux

77. Selon l'article 4 alinéa 1^{er} de l'AUDSCGIE, la société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

78. La constatation la plus importante à faire à propos de cette nouvelle définition de la société commerciale est que la société reste un contrat : dès lors, toute société exige pour son fonctionnement la réunion d'un certain nombre de conditions de droit commun auxquelles les sociétés entre époux sont également soumises (*François ANOUKAHA, Abdoullah CISSE, Ndiaw DIOUF, Josette NGUEBOU TOUKAM, Paul-Gérard POUYOUÉ et Moussa SAMB, OHADA : Sociétés commerciales et GIE, Bruxelles, Juriscope, 2002, p. 47*).

79. En droit OHADA, deux époux peuvent créer seuls ou avec d'autres les sociétés entre eux s'ils ont la capacité juridique de droit commun. Deux cas méritent cependant quelques clarifications : la femme mariée et le mineur.

§1 - Cas de la femme mariée

(*Anoukaba et alii, Sociétés commerciales et GIE, préc., p. 86 et s.*)

80. **La situation de la femme mariée a évolué.** De manière générale, le droit coutumier considérait la femme mariée comme un bien du mari (*Ex : l'article 127 du Coutumier du Dahomey (actuel Bénin) disposait que « la femme n'a aucun pouvoir juridique. La pratique seule lui donne quelque importance. Elle a ainsi souvent l'administration du ménage ; elle peut constituer un pécule avec le produit de la vente de certains objets de sa fabrication. Elle fait partie des biens de l'homme et de son héritage » ; au Cameroun, la Cour suprême avait affirmé que « l'épouse ne peut rien avoir, elle appartient à son époux ; tout ce qu'elle peut avoir revient à son mari. Aussi à l'issue de la dissolution, il n'y a pas lieu à une quelconque répartition du patrimoine conjugal » (Cour suprême du 7 décembre 1965, Bull., 1965, p. 1198, citée par Josette Nguébou Toukam, « Les universitaires et l'émergence du droit camerounais », Les Cahiers de droit, vol. 42, n° 3, 2001, p. 527-561)*). En droit coutumier donc, la

femme ne pouvait prétendre avoir la qualité d'associé. En droit dit moderne, la situation de la femme mariée n'était guère enviable. Malgré la capacité civile acquise avec les lois de 1937 et 1942, elle ne pouvait librement exercer une activité commerciale. La suprématie du mari pouvait l'empêcher d'être associée (*Pour plus de précision, voir Josette Nguébou Toukam, La participation d'un époux à l'activité professionnelle de l'autre, Thèse d'État, Université de Yaoundé II, 1995, p. 95 et s.*)

81. **Mais, cette situation a évolué.** La capacité est reconnue et protégée depuis 1942 elle s'impose pleinement. Désormais, l'autonomie professionnelle, la capacité de gestion patrimoniale de chacun des époux sont pleinement reconnues. Cette capacité professionnelle est consacrée par toutes les législations récentes en droit de la famille. Certes, comme rappelé ci-dessus, il existe encore des États dans lesquels le droit de la famille accorde au mari la possibilité de s'opposer à l'exercice par la femme mariée d'une activité professionnelle. Mais, de telles entraves à la pleine capacité d'exercice d'une profession séparée de celle de son mari par la femme sont des dispositions discriminatoires virtuellement nulles et en sursis.

82. **Indifférence du régime matrimonial sur la capacité à être associé.** Le mariage n'affecte en rien la qualité d'associé. Avec l'interdiction des sociétés entre époux dans lesquelles les époux seraient indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales, les époux associés n'ont pas la qualité de commerçants. Il n'est donc pas nécessaire de pouvoir exercer une activité commerciale pour entrer dans une SARL, une SA ou une SCS en qualité de commandités. Toute personne quel que soit son régime matrimonial peut donc entrer en société sans avoir à demander l'autorisation de son conjoint.

83. L'autonomie des époux en société varie selon la nature du régime matrimonial et la provenance de l'apport :

- l'indépendance est entière, lorsque les époux sont dans le régime de la séparation des biens ou de participation aux acquêts ou dans le régime de communauté si l'apport à la constitution de la société ou l'acquisition des droits sociaux sont faits avec des biens propres.
- mais, lorsque l'apport ou l'acquisition de la qualité d'associé ont été financés avec des biens communs, les consentements les dividendes sont communs. Mais, les droits d'associés sont exercés par l'époux apporteur.

84. La société entre époux suppose que les deux époux sont chacun en ce qui le concerne apporteur de capitaux ou acquéreurs de droits sociaux. On dit bien qu'en matière de société, le titre est personnel, même si la finance est commune. Il en est autrement dans les

sociétés de personnes si le conjoint revendique la qualité d'associé. Or, de telles sociétés ne sont pas admises en droit OHADA. La question ne se pose donc pas ici.

§2 - Cas de l'époux mineur ou incapable

(*Anoukaba et alii, Sociétés commerciales et GIE, préc., p. 86 et s.*)

Ici, il faut aborder successivement le cas du mineur et celui du majeur incapable.

85. Est mineur celui qui n'a pas atteint l'âge de la majorité. Cet âge varie selon les législations. Selon le code civil de 1804 hérité du droit français il est fixé à 21 ans révolus. Les législations africaines récentes en la matière ont ramené l'âge de la majorité à 18 ans révolus (*Bénin : art. 459 CPF*) qui correspond à la tendance contemporaine portée par les Conventions internationales relatives aux droits de l'enfant.

86. Incapacité du mineur à être commerçant. L'individu dit mineur, c'est-à-dire qui n'a pas l'âge de la majorité, est placé en raison de sa faiblesse, de son inexpérience et de sa jeunesse, sous un régime particulier de protection.

Bien qu'il soit titulaire de patrimoine, et qu'il ait la capacité de jouissance, il est inapte à accomplir seul certains actes. Il est donc frappé d'une incapacité d'exercice. En droit OHADA, le mineur ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession. Il n'est pas juridiquement capable d'exercer le commerce (*art. 6 AUDCG*). Il peut faire des actes de commerce de façon isolée sans pouvoir avoir la qualité de commerçant. Il ne peut donc entrer dans une société dans laquelle il sera tenu au-delà de ses apports (*art. 8 AUSCGIE*).

87. Quid du mineur émancipé ? Lorsqu'un mineur se marie, il s'en trouve automatiquement émancipé (*Bénin, art. 459 CPF*). Mais, si le mineur non émancipé ne peut faire le commerce, la capacité du mineur émancipé est reconnue en général en matière commerciale (*art. 7 al. 1 AUDCG*). Mais, comme les sociétés dans lesquelles les associés ont la qualité de commerçant sont interdites aux époux, le problème ne se pose plus. Les époux mineurs peuvent simultanément être associés dans les SARL, les SA, commandité et commanditaire dans les SCS. Ainsi, ne peuvent-ils être associés dans une SNC et tous deux commandités dans une SCS. Cela signifie que l'époux mineur peut très bien acquérir des actions ou des parts de commanditaires dans une SCS ; c'est-à-dire, en conformité avec l'article 9 AUDSCGIE, le mineur peut être associé dans toutes les sociétés dans lesquelles il n'engage pas personnellement et indéfiniment et solidairement sa responsabilité.

88. L'interdiction frappant le non émancipé posée par les articles 6 de l'AUDCG et 8 AUDSGIE s'applique

à tout incapable. Cela signifie que les majeurs en tutelle ou incapables sont frappés par les mêmes règles.

Section 2 - Apport ou acquisition de droits sociaux

89. La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter, tout en contribuant aux pertes. L'apport est un bien que chaque associé s'engage à mettre à la disposition de la société, et constitue dès lors le capital social.

90. Comme les autres associés, l'exigence de l'apport s'impose également aux associés mariés. Deux époux ne peuvent prétendre à la qualité d'associé qu'en y apportant leur apport ou en acquérant les droits sociaux.

91. Application du droit commun avec certaines adaptations. Si le législateur communautaire de l'OHADA ne s'est pas penché spécifiquement sur la problématique de l'apport ou l'acquisition des époux, toutes les règles de droit commun empruntées soit au droit des régimes matrimoniaux, soit au droit des sociétés avec une prépondérance pour le droit des sociétés seront également appliquées aux époux apporteurs ou acquéreurs. Dans tous les cas, les régimes matrimoniaux influenceront les règles applicables. C'est pourquoi, nous aborderons la question des apports et de l'acquisition des droits sociaux sous l'influence du régime primaire (§1), puis sous celle des régimes matrimoniaux proprement dits (§2).

§1 - Apport ou acquisition des droits sociaux soumis au régime primaire

92. Le législateur béninois, par exemple, a consacré 11 articles au régime primaire (*art. 173 à 183 du Code des personnes et de la famille*). Mais déjà l'article 159 du CPF relatif aux obligations du mariage dispose que nonobstant toute convention contraire, les époux contribuent aux charges du ménage à proportion de leurs facultés respectives. À cet effet, chacun des époux s'acquitte de sa contribution par prélèvement sur les ressources dont il a l'administration et la jouissance et/ou par son activité au foyer. La contribution s'exécute en argent mais aussi en nature.

93. Ces règles primordiales à incidence pécuniaire sont d'ordre public. Elles sont impératives et applicables à tous les époux, quel que soit le régime matrimonial proprement dit : elles constituent le régime matrimonial primaire ou de base. Les époux ne sauraient, dans une stipulation contraire y déroger.

94. C'est au niveau du régime primaire que le législateur béninois traite de la question des sociétés entre époux. En effet, l'article 183 CPF dispose que « *deux époux peuvent, seuls ou avec d'autres personnes, être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale. Toutefois, cette faculté n'est ouverte que si les époux ne doivent pas l'un et l'autre être indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales* ».

95. Le législateur communautaire OHADA énumère trois types d'apports (art. 40 de l'AUDSCGIE) : l'apport en numéraire, l'apport de l'industrie et enfin l'apport en nature. En dehors de ces trois catégories d'apports, aucun autre apport n'est autorisé par le législateur. Sous cet angle, l'apport peut être fait au moyen de l'industrie, au moyen de numéraire, au moyen de meubles détenus individuellement, au moyen de gains et salaires, au moyen de l'article 180 du code des personnes et de la famille du Bénin, au moyen des biens propres.

A - Apport de l'industrie des époux

96. **Admission formelle de l'apport en industrie.** Le législateur OHADA a simplement énuméré l'apport en industrie dans la liste des apports, sans le définir ni préciser son régime juridique. L'apport en industrie est défini comme l'engagement de travailler pour la société. Le mot « industrie » ici est pris au sens de « travail ». Il s'agit d'un travail à exécuter en qualité d'associé (*Ripert et Roblot, par Michel Germain, Louis Vogel, Traité de droit commercial, Paris, LGDJ, 17^e édition, p. 817; François Anoukaba, et alii, préc. p. 57; Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, Droit des sociétés, 17^e éd., Paris, Litec, 2004, p. 54-55*). L'associé s'engage donc à mettre à la disposition de la société ses connaissances techniques, ses services, son travail. Cet apport est nécessairement successif et doit consister à la main-d'œuvre. Cependant, l'apporteur en industrie ne doit pas être confondu au travailleur, car à l'égard de ses coassociés, il n'est pas dans un lien de subordination comme l'est le salarié dans le contrat de travail et ne reçoit donc pas de salaire, mais une part dans d'éventuels bénéfices.

97. En France, par exemple, ce type d'apport est interdit dans les sociétés où la responsabilité des associés est limitée au montant de l'apport, c'est-à-dire les SA et SARL. Cependant, pour les S.A.R.L., il existe une dérogation à cette interdiction « *lorsque l'objet de la société porte sur l'exploitation d'un fonds de commerce ou d'une entreprise artisanale apporté à la société ou créé par elle à partir d'éléments corporels ou incorporels qui lui sont apportés en nature, l'apporteur en nature ou son conjoint peut apporter son industrie lorsque son activité principale est liée à la réalisation de l'objet social* ». Rien n'interdit ce type d'apport dans les sociétés en nom collectif, dans les sociétés de fait, dans les sociétés en

commandite de la part des commandités et dans les sociétés civiles professionnelles, car, dans ces sociétés, les associés répondent sur leur patrimoine personnel des dettes sociales.

98. Le législateur communautaire OHADA n'a pas expressément formellement interdit l'apport en industrie dans certaines sociétés. Dès lors, on peut, comme le laissent penser certains auteurs qu'en l'absence d'interdiction explicite, l'apport en industrie est admis dans tous les types de sociétés (*Anoukaba et alii, op. cit., p. 59*). En l'absence de régime juridique fixé par l'OHADA, il faut analyser sa validité sous l'angle de la liberté des parties et de l'essence de chaque type de société. Et on constate qu'un apport en industrie est difficilement envisageable dans les sociétés dans lesquelles la responsabilité des associés est limitée au montant de l'apport et les titres sociaux sont négociables. En effet, dans ces sociétés, l'apport des associés constitue le gage des créanciers. Or, l'apport en industrie, force de travail est insaisissable, et ne peut pas concourir à la formation du capital social de ces sociétés. On ne peut envisager un apport en industrie dans une société anonyme. Il n'est pas exclu que dans son œuvre interprétative, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) vienne à exclure expressément cet apport dans certaines sociétés, notamment les sociétés anonymes et peut-être les sociétés à responsabilité limitée.

99. L'apport en industrie ne pouvant être évalué, le principe admis par l'article 1853 alinéa 2 du Code civil sera appliqué dans les sociétés de personnes : à défaut de précision dans les statuts de la société, l'associé qui n'a apporté que son industrie, doit être traité comme l'apporteur en nature ou en numéraire le plus petit. L'apport en industrie peut donc faire acquérir la qualité d'associé aux époux. Le régime matrimonial par eux choisi ne peut les priver de ce droit, car la capacité juridique qui leur est conférée par la loi est d'ordre public qui ne peut être évincée par la volonté des époux.

B - Apport ou acquisition des droits sociaux au moyen de numéraire

100. L'article 41 de l'Acte uniforme affirme que les apports en numéraire sont réalisés par le transfert à la société de la propriété des sommes d'argent que l'associé s'est engagé à lui apporter. Cet apport doit être distingué de l'avance en compte courant qui représente un prêt consenti par l'associé à la société. Dans un cas comme dans l'autre, il y a remise d'une somme d'argent, mais à la différence de l'apport en numéraire qui permet à l'associé de recevoir une contrepartie des droits sociaux (*actions ou parts sociales*), l'avance en compte courant ne confère pas la qualité d'associé et ne donne pas droit aux droits sociaux mais simplement la qualité de prêteur. Quel que soit le type de société, un époux peut faire

une avance en compte courant. N'ayant pas la qualité d'associés ils peuvent faire simultanément des avances en compte courant à des sociétés qui leur sont interdites. Mais, bien sûr, ils ne peuvent le faire qu'après s'être acquittés de la contribution aux charges du ménage.

101. Sauf dans l'hypothèse de la Société Anonyme où le législateur OHADA exige que le quart au moins de la valeur nominale des actions soit versé lors de la souscription, les apports en numéraire sont libérés intégralement lors de la constitution de la société, soit en plusieurs fois selon la volonté des associés. Une fois les apports souscrits (*acte par lequel un associé s'engage à effectuer un apport d'un montant déterminé*), leur libération (*exécution de l'engagement par le souscripteur à verser effectivement des fonds promis dans la caisse sociale*) doit intervenir dans les délais déterminés.

102. Ainsi, pour les SA, la libération du surplus doit intervenir dans un délai qui ne peut excéder trois ans à compter de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, selon les modalités définies par les statuts ou par une décision du conseil d'administration ou de l'administrateur général. Pour les SARL, aux termes de l'article 313 de l'Acte uniforme, les fonds provenant de la libération des parts sociales font l'objet d'un dépôt immédiat en banque par le fondateur, contre récépissé, dans un compte ouvert au nom de la société en formation, ou en l'étude d'un notaire.

103. Dans tous les cas, le législateur communautaire sanctionne sévèrement le débiteur de l'apporteur en numéraire. L'article 43 de l'Acte uniforme affirme que, en cas de retard dans le versement, les sommes restant dues à la société portent de plein droit intérêt au taux légal à compter du jour où le versement devait être effectué, sans préjudice de dommages et intérêts, s'il y a lieu. Le droit des sociétés est à cet effet plus sévère que le droit civil. En effet, contrairement à la sanction impérative du législateur dans le droit des sociétés, le débiteur de sommes d'argent en droit civil ne doit les intérêts qu'à compter de la mise en demeure, et ne peut être condamné à réparer le préjudice causé par son retard qu'en cas de mauvaise foi (*C. civ., art. 1153*).

C - Apport ou acquisition de droits sociaux au moyen de meubles détenus individuellement

104. L'article 222 du code civil dispose que « *si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte* ». Les législateurs dans les États africains n'ont pas reconduit expressément cette disposition au niveau du régime primaire. Mais, on peut penser que

détenant le meuble individuellement, il peut l'apporter en société.

105. Dans le régime primaire, le seul cas où le législateur béninois, par exemple, exige le consentement des deux époux, concerne la disposition des droits du logement de famille et les meubles meublants dont il est garni. Il en est de même de son homologue burkinabé (art. 305). On peut conclure, *a contrario*, que chaque époux peut faire apport ou acquérir les droits sociaux au moyen de meubles détenus individuellement. Cette hypothèse est davantage renforcée par l'article 2279 du Code civil qui dispose qu'« *en fait des meubles, la possession vaut titre* ». Par application de cette disposition, un époux sera réputé propriétaire d'un bien meuble par lui détenu individuellement. Dès lors, à l'égard des tiers de bonne foi, il sera réputé propriétaire et aura donc sur ledit bien, un pouvoir de faire seul un acte de disposition. Si éventuellement l'autre époux veut revendiquer la propriété du bien ainsi apporté à une société par son conjoint, il est tenu d'établir la mauvaise foi des coassociés du conjoint apporteur.

106. La nature et la destination des biens meubles qui ont un caractère personnel et les droits exclusivement attachés à la personne sont présumés appartenir en propres au conjoint qui les utilise. Ces biens ne peuvent donc en principe faire l'objet d'apport à une société par l'époux que la loi ne présume pas propriétaire. Néanmoins, il peut apporter la preuve contraire à ces présomptions, preuve qui pourra être faite par tous les moyens, pour justifier de son droit de propriété sur lesdits biens.

107. Les biens meubles concernés peuvent être corporels ou incorporels. Traditionnellement, l'apport en société a souvent pour objet des meubles incorporels : droits sociaux, brevets, fonds de commerce, marques, etc.

En principe, un époux peut donc seul apporter en nature un meuble qu'il détient en société.

D - Apport ou acquisition des droits sociaux au moyen de gains et salaires

108. Aux termes de l'article 174 alinéa 2 du CPFB, « *chaque époux perçoit ses gains et salaires mais ne peut en disposer librement qu'après s'être acquitté des charges familiales* ». Le législateur ivoirien affirme aussi que « *chaque époux perçoit ses gains et salaires et peut en disposer librement après s'être acquitté des charges du mariage* » (art. 68 nouveau Loi précitée). Les deux époux disposent donc d'un pouvoir exclusif de percevoir leurs gains et salaires et d'en disposer, à condition cependant de s'acquitter des charges familiales. La seule limite à la libre disposition des époux de leurs gains et salaires concerne les charges du mariage.

109. Il existe une diversité. Il s'agit de tous les gains

et salaires perçus à titre de rémunération à l'occasion d'une prestation de travail : salaires, soldes, traitements, honoraires, gage, etc. mais aussi les primes, commissions et indemnités ainsi que les redevances de brevet d'invention ou d'autres droits de propriété industrielle.

E - Apport ou acquisition des droits sociaux au moyen du logement de la famille et des meubles meublants

110. Dans plusieurs États africains membres de l'OHADA, les législateurs nationaux soumettent la disposition du logement de la famille et des meubles meublants dont il est garni au consentement des deux époux. L'article 180 du CPFB dispose que « *les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux époux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation ; l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intenté plus d'un an après que le régime matrimonial est dissous* ». Il en est de même du législateur burkinabé (*article 305 du Code des personnes et de la famille*).

111. L'apport de droit portant sur l'immeuble familial et ou sur les meubles meublants dont il est garni à une société est possible, à condition que cela soit fait d'un commun accord par les deux époux. Au Bénin, par exemple, l'article 180 CPF ne l'interdit pas. Mais, si l'apport à une société doit porter seulement sur la jouissance dudit immeuble et des meubles meublants dont il est garni, un seul époux peut le faire, à condition que l'autre conjoint donne son consentement.

112. Toutefois, l'époux qui n'aurait pas donné son consentement peut demander l'annulation dudit acte auprès du juge. La juridiction territorialement compétente sera naturellement celle sur le territoire duquel se trouve ledit immeuble.

113. Les législateurs béninois et burkinabé ont fixé le délai d'agir qui est de un an, à partir du jour où cet époux a eu connaissance de l'acte sans qu'il puisse intenter ladite action lorsque la dissolution du régime matrimonial a été prononcée depuis un an au moins.

114. Cependant, les raisons de sécurisation des moyens de subsistance de la famille qui fondent l'interdiction des SNC et SCS entre époux devraient militer en faveur du refus de la prudence en matière d'apport de droit portant sur le logement familial ou sur les meubles dont il est garni. L'apport de droit portant sur le logement familial et sur les meubles dont il est garni ne peut se faire si cela va contre l'intérêt de la

famille même si les deux époux l'ont décidé de commun accord. Dans ce cas, tout enfant ou tout parent peut demander l'annulation de cet apport.

§2 - Apport ou acquisition des droits sociaux soumis au régime matrimonial

115. L'expression « régime matrimonial » est susceptible de deux sens. Au sens large, le régime matrimonial désigne l'ensemble des règles d'ordre patrimonial qui régissent, au cours et à la dissolution du mariage, les biens des époux et toutes les questions pécuniaires du ménage, tant dans les rapports entre époux que dans les relations de ceux-ci avec les tiers, y compris le régime matrimonial primaire. Au sens strict, le régime matrimonial désigne, à l'exclusion du régime primaire, le corps de règles qui constituent spécifiquement un type de régime. C'est sous ce second sens que seront analysés l'apport ou l'acquisition des droits sociaux par les époux. Nous utilisons ici le sens strict.

116. Pendant longtemps, le régime matrimonial dans de nombreux États africains était différent selon que le mariage était de type civil moderne ou civil coutumier. En droit civil moderne, le régime légal applicable était la communauté des meubles et acquêts. Les autres étaient constitués des régimes conventionnels établis par contrat de mariage, dont la communauté conventionnelle, le régime sans communauté, la séparation de biens, etc.

117. En droit civil coutumier en revanche, il n'y avait pas de réglementation précise du régime des biens. Mais, on considérait, pour des raisons pratiques, que le régime de séparation des biens était celui qui correspondait le mieux au mariage polygamique (*Stanislas Méloné, « Droit des personnes et de la famille », Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Abidjan-NEA, 1982, p. 240 ; Kouassigan, Quelle est ma loi ? Paris, Pédone, 1974, p. 239*). Mais, certains législateurs africains (*Comp. Mali : art. 44 de la loi du 27 février 1962 portant de code de la famille*) ont admis la possibilité d'un régime de communauté dans un mariage polygamique, même s'ils conçoivent que le régime de séparation de biens est celui qui convient à la pluralité des liens conjugaux en en faisant le régime légal), car il éviterait « toute confusion entre les patrimoines des différentes épouses et simplifie les opérations du partage à la dissolution d'une ou de plusieurs des unions contractées par un polygame » (*Stanislas Méloné, ibid., p. 240*).

118. Dans la plupart des législations africaines, on distingue les biens personnels ou propres des biens communs. C'est suivant cette distinction que nous aborderons l'apport de biens en société dans les régimes matrimoniaux.

A - Apport ou acquisition des droits sociaux au moyen de biens propres

119. Au Bénin, par exemple, deux types de régimes matrimoniaux ont été consacrés : le régime de la séparation des biens encore appelé régime de droit commun d'une part, et les régimes conventionnels d'autre part. Dans un cas comme dans l'autre, le législateur distingue les biens propres des époux et ceux qui leur sont communs.

120. Au niveau des obligations du mariage, le législateur béninois, par exemple, après avoir reconnu à chaque époux le droit d'exercer la profession de son choix, l'alinéa 2 de l'article 157 affirme que l'époux peut seul, pour les besoins de sa profession, souscrire des obligations et aliéner, à l'exclusion des biens communs, ses biens personnels en pleine propriété, même en cas d'exercice d'une profession commerciale.

121. Liberté d'apport des biens propres en société. En dehors des restrictions de la liberté des époux résultant du régime primaire étudié plus haut, aucune autre limite ne s'oppose à la libre disposition des biens personnels de chaque époux. Chaque époux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens propres. Il conserve ainsi la propriété des biens dont il était propriétaire avant le mariage ; pendant le mariage, chaque époux conserve également la propriété des biens acquis à titre onéreux avec des fonds propres. Chaque époux a donc les pleins pouvoirs d'administration de ses biens personnels. Dès lors, chaque époux peut librement apporter ses biens personnels ou utiliser ses fonds et acquérir des droits sociaux dans une société.

Bien sûr, il ne peut le faire en mettant en péril les intérêts moraux et matériels de la famille.

122. Quelques restrictions. La première restriction concerne le logement familial et les meubles meublants le garnissant. Bien qu'ils soient des biens propres, leur apport à titre de disposition à une société est soumis à un commun accord des deux époux. Mais, s'il s'agit d'un apport en jouissance, un seul époux peut faire apport, avec le consentement de son conjoint. Celui qui n'a pas donné son consentement à l'acte dispose d'une action en nullité devant le juge.

123. La deuxième restriction de la libre disposition des biens personnels découle du manquement grave de l'époux à l'obligation de contribution aux charges du mariage. L'autre conjoint peut être autorisé ou habilité par la justice si le manquement met en péril les intérêts de la famille. À cet effet, aux termes de l'article 181 du CPF, le juge peut interdire à cet époux de faire des actes de disposition sur ces biens meubles ou immeubles sans le consentement de l'autre. Il peut aussi interdire le déplacement des meubles, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des conjoints.

Ces restrictions ne peuvent en aucun cas dépasser deux (2) ans. La sanction de la violation de ces mesures est la nullité de l'acte. L'action en nullité est ouverte à l'époux requérant pendant deux (2) ans à compter du jour où il a eu la connaissance de l'acte.

124. La troisième et dernière restriction concerne l'hypothèse où les deux époux sont simultanément membres d'une société dont les parts représentatives du capital doivent être cédées dans les formes applicables aux obligations civiles et commerciales. Dans cette hypothèse, les cessions faites par l'un d'eux doivent, pour être valables, résulter d'un acte notarié ou d'un acte sous seing privé ayant acquis date certaine autrement que par le décès du cédant.

125. Mais, à la demande d'un conjoint, le juge peut interdire à un époux de faire des actes de disposition sur ses biens meubles ou immeubles qui lui sont propres sans le consentement de l'autre conjoint. Cette hypothèse concerne le cas où l'un des époux manque gravement à son obligation de contribuer aux charges du ménage qui mettrait en péril les intérêts de la famille. La durée de cette interdiction doit être déterminée par le juge et varie selon les législations nationales. En général, elle ne dépasse pas deux ans.

B - Apport ou acquisition des droits sociaux au moyen de biens communs

126. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupe d'intérêt économique n'a pas réglé la question de l'apport en société de biens communs. C'est donc dans les législations nationales relatives aux régimes matrimoniaux en articulation avec les principes fondamentaux du droit des sociétés que la solution doit être recherchée.

127. Les biens communs sont des biens de la communauté. Ils appartiennent aux deux époux, moitié pour le mari et moitié pour la femme. Au Bénin, par exemple, l'administration de la communauté au Bénin est soumise au principe de la collégialité (art. 202 du CPF). Dans certains États n'ayant pas encore intégré le principe d'égalité dans leur droit de la famille, le mari demeure le chef de la famille et à ce titre exerce seul les actes d'administration et même de disposition (*Ex : Côte d'Ivoire, art. 79 et 81 Loi préc. ; Togo, art. 359 CPF Congo (Code de la famille), art. 217 en combinaison art. 168*).

128. Mais, dans la mesure où la validité du mandat confié par un époux à son conjoint dans l'administration de ses biens personnels est admise, rien n'interdit qu'il n'en soit pas de même en ce qui concerne les biens communs. Quel que soit le système, égalitaire ou non, si l'un des époux prend en main la gestion des biens

communs sans opposition de son conjoint, on peut supposer qu'il a reçu un mandat tacite couvrant les actes d'administration.

129. L'époux qui a en fait la gestion des biens communs peut l'utiliser pour acquérir des droits sociaux. L'autre époux peut néanmoins s'opposer à cette gestion solitaire. Tout comme en France, au Bénin, « l'époux commun en bien s'est vu donc reconnaître un droit de regard sur les décisions les plus importantes prises pour l'administration de la communauté » (*Dominique Randoux, « Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur ou associé ? », (Loi française n° 82-596 du 10 juillet 1982, JCP, G.I. Doctr. 1983, 3103, n° 1-63).*

130. Certains actes échappent néanmoins à la gestion collégiale et requièrent le consentement de l'un et l'autre époux. Sont concernés les actes graves portant aliénation des immeubles, fonds de commerce ou une exploitation dépendante de la communauté, la donation ou le cautionnement de la dette d'un tiers, l'aliénation des titres inscrits au nom de l'un des époux, contracter un emprunt ainsi que la conclusion d'un bail excédant trois (3) ans.

131. Apport frauduleux de biens communs. Cette question n'a pas été spécialement réglée par l'AUDSCGIE. Si les législations nationales n'apportent pas de réponse, il faut se référer au droit commun. Ainsi, s'il y a un apport frauduleux de biens communs, en société par l'un des époux, l'époux victime dispose d'une action en nullité de l'apport. Ainsi, un époux ne peut, à peine de nullité de l'apport, utiliser des biens communs pour faire un apport à une société sans en avertir son conjoint et sans qu'il en soit justifié dans l'acte. Au cas où cette action ne serait pas ouverte dans une législation nationale, il faut recourir au droit à une action en inopposabilité sanctionnant les actes frauduleux (*voir sur la question une récente décision de la cour de cassation française, 1^{er} civ., 23 mars 2011, n° 09-66.512, FS P + B + I, JurisData n° 2011-004226*)

132. Apport de biens communs et qualité d'associé. L'apport ou l'acquisition des droits sociaux d'un époux au moyen des biens communs ne confère la qualité d'associé qu'au seul époux apporteur ou acquéreur. Il y a donc distinction entre la qualité d'associé et la provenance du bien. Ici, la divergence entre droit des sociétés et droit des régimes matrimoniaux est manifeste. Cependant, les intérêts générés tombent dans la communauté. Lorsque le consentement des deux époux est exigé par le législateur, le conjoint de l'époux apporteur ou acquéreur au moyen des biens communs peut demander la nullité.

133. En dehors de l'apport ou de l'acquisition d'une fraction des droits sociaux par les époux, l'acquisition

de la qualité d'associé d'un époux peut résulter de la revendication.

Section 2 - Apport ou acquisition de droits sociaux par partage de la qualité d'associé

134. En droit béninois, par exemple, lorsqu'un époux fait un apport ou acquiert des droits sociaux dans une société au moyen des biens communs, son conjoint peut demander la nullité de l'acte, s'il n'avait pas donné son consentement. Dans d'autres États par contre, cette voie n'est pas unique. En France, par exemple, il existe une alternative dont dispose cet époux : il a le choix entre demander la nullité de l'acte ou revendiquer que la qualité d'associé lui soit reconnue.

135. Bref aperçu sur le partage de la qualité d'associé entre époux en droit français. La technique du partage de la qualité d'associé entre époux à la suite de la revendication est récente en France. Elle permet au conjoint de l'époux apporteur ou acquéreur des biens communs de revendiquer lui aussi la qualité d'associé, à concurrence de la moitié des parts sociales. En effet, l'article 1832-2 alinéa 3 du Code civil dispose que « *la qualité d'associé est... reconnue, pour moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié son intention d'être associé [...]* ».

136. La revendication du conjoint est possible jusqu'à la dissolution de la communauté. Elle peut être opérée non seulement au moment de l'apport, mais aussi postérieurement et ce jusqu'à la dissolution de la communauté. La chambre commerciale de la cour de cassation française a précisé le 18 novembre 1997, qu'en cas de divorce, la dissolution de la communauté intervient le jour où le jugement de divorce devient définitif. Lorsqu'un époux commun en biens entre seul dans une société dont les parts ne sont pas négociables en se servant de biens communs, ceux-ci échappent du même coup au contrôle de son conjoint. Lesdits biens appartiennent désormais à un tiers, la société dont l'*intuitu personae* s'oppose à l'ingérence de tout tiers dans le fonctionnement du groupement. Pour prévenir les conséquences y afférentes, le législateur français offre désormais au conjoint la possibilité de se faire reconnaître à son tour la qualité d'associé (*Sur l'ensemble de la question, voir C-Th. Barreau, Sociétés entre époux, Répertoire des sociétés, Dalloz, 1994, n° 113 et s.*)

137. Ces solutions ne sont pas applicables de plein droit dans les États de l'espace OHADA. Certes, le Code civil français est également applicable au Bénin, mais dans sa version de 1958. Dès lors, les dispositions législatives postérieures contenues dans le Code civil ne pourraient être appropriées par les juges que *ratione scripta*.

Chapitre 3 : Fonctionnement des sociétés entre époux

138. Le fonctionnement d'une société entre époux épouse aussi bien les règles du droit des sociétés que celles des régimes matrimoniaux (*Encyclopédie juridique de l'Afrique, Abidjan, Dakar, Lomé, NEA, 1985, tome 11, p. 241 et suiv.* ; M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy, *Droit des sociétés, Paris, Litec, 2009, 22^e éd., n^{os}343-348*). Il s'impose alors de trouver la meilleure articulation entre ces deux catégories de règles juridiques (R. Adido, *Les sociétés entre époux : Survivance du principe de la prohibition dans la réforme de l'OHADA, Penant, 2004, p. 392 et suiv.* ; C.-T. Barreau, *op. cit.*, n^o 156). La qualité d'associé est attribuée à chaque époux qui en jouit individuellement. La gestion des droits sociaux est fonction de leur nature au regard du régime matrimonial. Les droits et obligations des époux associés sont influencés par cette double considération. Toutefois, le sujet est d'un intérêt limité en droit africain, car le régime de communauté réduite aux acquêts est ignoré par le législateur (art. 368 du Code sénégalais des personnes et de la famille) ou quand il ne l'est pas, il est rarement le régime de droit commun. Il ne l'est ni en droit togolais, ni en droit béninois (*Code togolais des personnes et de la famille, art. 348* ; *Code béninois des personnes et de la famille, art. 167, Titre II : du régime matrimonial, Chapitre IV : Des régimes conventionnels, Section 1 : De la communauté réduite aux acquêts du Code béninois des personnes et de la famille*).

Section 1 - Attribution de la qualité d'associé aux époux

139. L'attribution de la qualité d'associé paraît aisée lorsque les époux sont séparés en biens ou lorsqu'un époux, bien que commun en biens, fait un apport de biens propres ou achète des droits sociaux au moyen de fonds propres. En pareils cas, la qualité d'associé est attribuée à l'époux ayant accompli l'acte, c'est-à-dire à l'époux ayant fait apport à la société ou ayant acquis les droits sociaux. Ce n'est qu'à l'occasion de l'entrée en société d'un époux au moyen de biens communs que l'attribution de la qualité d'associé peut soulever une difficulté.

§1 - Droits sociaux acquis avec des biens communs dans les droits africains

140. **Droit OHADA.** L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE a éludé le problème de l'attribution de la qualité d'associé à l'occasion de l'entrée en société d'un époux au moyen de biens communs. Il faut alors chercher dans les législations

nationales relatives aux régimes matrimoniaux la solution à ce problème.

141. **En droit togolais par exemple.** La communauté réduite aux acquêts est en droit togolais un régime conventionnel (art. 348 du Code togolais des personnes et de la famille). Cela étant précisé, le Code togolais des personnes et de la famille (issu de l'ordonnance n^o 80-16 du 31 janvier 1980) n'a pas expressément réglé le problème de l'attribution de la qualité d'associé à l'occasion de l'entrée en société d'un époux au moyen de biens communs. Mais, le droit togolais des régimes matrimoniaux étant de type inégalitaire, la qualité d'associé est, en principe, attribuée au mari. Cette solution se déduit de l'article 359 dudit Code qui dispose que « *Sous réserve de ce qui est dit aux articles 360 et 361, les biens communs et les biens personnels des époux sont administrés par le mari* ».

142. **En droit béninois par exemple.** La communauté réduite aux acquêts est en droit béninois également un régime conventionnel (Titre II : du régime matrimonial, Chapitre IV : Des régimes conventionnels, Section 1 : De la communauté réduite aux acquêts du Code béninois des personnes et de la famille issu de la loi n^o 2002-07 du 24 août 2007).

Le Code béninois des personnes et de la famille a envisagé la société entre époux et en a admis la validité (art. 183, V. en ce sens également art. 378 du Code sénégalais des personnes et de la famille), mais il n'a pas réglé expressément le problème de l'attribution de la qualité d'associé à l'occasion de l'entrée en société d'un époux au moyen de biens communs. Le droit béninois des régimes matrimoniaux étant de type égalitaire, la qualité d'associé peut être attribuée à l'un et/ou l'autre des époux. Cette solution se déduit de l'article 202 dudit Code qui dispose que « *les biens communs autres que les gains et salaires et revenus des époux et les biens qu'ils ont acquis dans l'exercice d'une profession séparée sont administrés par l'un ou l'autre des époux [...]* ».

Mais, si un époux acquiert des droits sociaux avec ses « gains et salaires » et les biens acquis pendant l'exercice d'une activité professionnelle, biens propres, seul l'époux apporteur a la qualité d'associé.

En général, la question de l'attribution de la qualité d'associé sera résolue sur la base de la distinction du titre et de la provenance du bien. Aux yeux de la société, seul celui qui a fait l'apport a la qualité d'associé. Si un époux n'est pas d'accord, il lui est loisible d'exercer les recours contre les actes du conjoint que la loi lui a ouverts.

§2 - Exemple du droit français

143. En droit français, la difficulté que soulève l'attribution de la qualité d'associé à l'occasion de l'entrée en société d'un époux au moyen de biens communs est

de nos jours résolue expressément par le législateur en ce qui concerne « les sociétés dont les droits sociaux ne sont pas négociables » (*C. civ. art. 1832-2 in fine*), par analogie en ce qui concerne les autres sociétés (*C.-T. Barreau, op. cit., n°s 157 et suiv.*).

A - Dans les sociétés dont les droits sociaux ne sont pas négociables

144. La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition. C'est un principe général du droit des sociétés applicable dans l'espace OHADA. La règle vaut pour les droits sociaux non négociables, jusqu'à la dissolution de la communauté. En France, par exemple, le législateur l'a affirmé (art 1832-2, al. 2 C. civ.). La lecture de l'alinéa 2 doit s'éclairer de celle de l'alinéa 1^{er} de l'article 1832-2, al. 2 C. civ. Aux termes de cet alinéa, les apports concernés sont strictement ceux qui résultent d'un emploi de biens communs. Ce qui exclut l'apport en industrie effectué par un époux commun en biens, ou celui de l'apport de biens propres. Il n'est pas douteux dans ces derniers cas que la qualité d'associé est attribuée exclusivement à l'époux apporteur, par application des règles du droit des sociétés qui relie le titre d'associé à l'apport.

145. La règle de l'article 1832-2, al 2 C. civ. s'applique d'ailleurs au-delà de la dissolution de la communauté. Lorsqu'un seul des époux est associé, il demande généralement l'attribution à son profit des droits sociaux non négociables dont il est titulaire (*M. De Gaudemaris, op. cit., n° 583*), soit parce que son conjoint n'a pas voulu se plier à la règle du partage en nature, soit parce que ses coassociés ont refusé de l'agréer, soit parce qu'en raison des règles particulières de capacité exigées par la société, l'accès de celle-ci est définitivement interdit à son conjoint, soit parce que la détention des droits sociaux lui est indispensable pour continuer à exercer sa profession. Lorsque les deux époux sont associés, ils peuvent conserver l'un et l'autre la qualité d'associé malgré la dissolution du régime, ou, en cas de mésentente, les droits sociaux seront attribués à l'un d'eux. À moins qu'ils ne soient les seuls associés de la société et que les droits sociaux représentent l'essentiel de la fortune conjugale. Dans ce cas la société sera dissoute.

146. Les époux peuvent-ils être considérés comme associés à parts égales ? L'instauration d'une procédure de revendication de la qualité d'associé à concurrence de la moitié des parts sociales répond à la question lorsque la société devient une société entre époux par ce mécanisme de partage de titularité des droits sociaux. Mais lorsque les deux époux entrent simultanément dans la même société, deux situations doivent être distinguées.

147. Les époux ont pu devenir associés en faisant chacun un apport ou une acquisition. Chacun des époux

aura la qualité d'associé à concurrence des parts représentant l'apport qu'il a personnellement effectué. Si ces apports sont de valeur inégale, le nombre de parts attribué nominativement à chaque époux sera différent (*J. Derrupé, op. cit., n° 8*). Cette répartition inégalitaire perdurera aussi longtemps qu'aucun époux ne fera connaître son intention de revendiquer la qualité d'associé sur la moitié des parts sociales souscrites par son conjoint. Elle disparaîtra si l'un et l'autre émettent une revendication notifiée et acceptée par leurs coassociés, ils seront alors associés à égalité, sous réserve de l'agrément des autres associés (*B. Maubru, Le droit nouveau des SARL, 1984, n° 35*). Si les époux apportent leur industrie, celle-ci est évaluée compte tenu de l'intérêt qu'elle présente pour la société. Les parts d'industrie sont attribuées à chaque époux en fonction de la valeur accordée à l'apport de connaissances. Cette situation inégalitaire se prolongera indéfiniment.

148. Si les époux sont entrés dans la société en utilisant un seul bien commun, on peut penser qu'une répartition par moitié de la titularité des droits sociaux s'impose. À la dissolution de la communauté, ils ont vocation à recevoir chacun la moitié des parts sociales et ils ont des droits égaux sur la propriété et la gestion du bien apporté. Mais, les associés d'une société marquée par l'*intuitus personae* peuvent désirer qu'un certain équilibre soit maintenu entre les participations respectives des associés. Le législateur n'a pas imposé un partage nécessaire et obligatoire de la qualité d'associé à part égale. Cela permet de tenir compte de l'*intuitus personae* de la société et de laisser les époux organiser la gestion des titres sociaux en décidant de leur titularité sans porter atteinte à leur propriété. À défaut de précision en ce sens et de manifestation de volonté différente de la part des époux, il faut présumer que les époux ont entendu être associés chacun pour moitié (*B. Maubru, op. cit., n° 35*; *D. Martin, op. cit., n° 287*). Mais une répartition d'un tiers/deux tiers, un quart/trois quarts ou selon toute autre quotité est possible (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 163*). La procédure prévue à l'article 1832-2, al. 3 C. civ. permettra aux époux de provoquer une répartition des droits sociaux sous réserve de l'agrément de leurs coassociés (*contra D. Martin, op. cit., n° 290*). Toutefois, les parts doivent être attribuées nominativement à chaque époux, car il faut nécessairement, pour assurer un bon fonctionnement de la société, faire apparaître qui a la qualité d'associé et dans quelle proportion chacun exerce les prérogatives sociales.

149. Lorsque les articles 225, 1424 ou 1425 C. civ. sont applicables, les deux époux interviennent lors de la conclusion de l'acte d'apport. Cette participation conjointe à l'acte conduit à reconnaître la qualité d'associé aux deux époux, car ils doivent être présumés avoir agi comme coauteurs de l'apport. Mais, il se peut que l'un seulement veuille apporter le bien et devenir associé, et que l'autre donne son consentement exprès

à la réalisation de l'opération en précisant que son intervention est limitée à la validation des pouvoirs de son conjoint.

150. L'article 2 de la loi du 10 juillet 1982 exige seulement que le conjoint donne son consentement exprès à l'acte envisagé par l'autre. À l'évidence, la qualité d'associé doit être reconnue à l'époux entrepreneur qui apporte les éléments de son entreprise. Lui seul est associé puisque son conjoint n'intervient que pour valider l'opération en confirmant ses pouvoirs. Mais les époux peuvent, à cette occasion choisir d'entrer tous les deux dans la société. La titularité des droits sociaux sera répartie entre eux à égalité, ou selon toute autre proportion qui leur conviendra.

B - Dans les sociétés dont les droits sociaux sont négociables

151. Dans l'espace OHADA, il n'existe, en matière de souscription de droits sociaux négociables, aucune disposition analogue à celle de l'article 1832-2, al. 2 C. civ. Dans les sociétés dont les droits sont négociables, la personnalité de l'époux actionnaire est nécessairement indifférente, puisque les clauses d'agrément pour les transmissions entre époux sont interdites (*L. 24 juill. 1966, art. 274 ; V. G. Paisant, Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ?, préc., n° 48 ; A. Colomer, Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux, n°s 149 et 162 ; M. de Gaudemaris, op. cit., n° 585 ; J. Derruppé, La nécessaire distinction de la qualité d'associé et des droits sociaux. À propos des droits sociaux acquis avec des biens communs, JCP. éd. N., 1984, doctr. 251, n° 16*). Toutefois, il n'y a pas de raison d'adopter en la matière une interprétation *a contrario* de l'article 1382-2 C. civ. (*J. Derruppé, Les droits sociaux acquis avec des biens communs selon la loi du 10 juillet 1982, n° 12*). Il convient d'opter pour une interprétation par analogie : l'exercice des prérogatives et par suite la titularité des droits sociaux doivent être reconnus à celui des époux qui a réalisé l'apport ou l'acquisition (*D. Martin, op. cit., n° 298 ; J. Derruppé, op. cit., n° 13*).

152. Les droits sociaux négociables peuvent avoir été souscrits par un époux au moyen d'un apport ou d'une acquisition qui constituait un acte de disposition nécessaire à l'exercice de sa profession séparée. Rien n'empêche alors le conjoint de l'apporteur, en cas de désaccord, de prétendre devenir actionnaire et gérer concurremment les droits sociaux négociables. L'époux apporteur peut-il s'opposer à une telle demande ? Le droit des sociétés ne lui est, semble-t-il, d'aucun secours, car les transmissions de titres entre époux sont libres. La solution, de l'avis de C.-T. Barreau, (*op. cit., n° 167*), ne peut être cherchée que dans le droit des régimes matrimoniaux. La solution finale du désaccord des époux

ne peut dépendre que du juge. Le conjoint non associé peut établir que la titularité des droits sociaux est sans rapport avec l'activité professionnelle séparée de son conjoint et réclamer un partage de la qualité d'associé. Il peut invoquer à son profit l'article 1426 C. civ. et démontrer que la gestion des actions par son conjoint témoigne de son inaptitude ou de sa fraude pour obtenir un transfert de pouvoirs.

153. L'époux apporteur ou ayant réalisé l'acquisition des droits sociaux négociables bénéficie de la qualité d'actionnaire. Il demeure seul titulaire des actions si son conjoint n'invoque pas son pouvoir concurrent de gestion pour administrer les actions en cause et pour se faire reconnaître la qualité d'actionnaire sur l'ensemble des titres. Les époux se trouvent alors placés dans une situation d'indivision peu confortable. Il est sans doute préférable qu'ils opèrent une répartition des actions entre eux, de préférence par parité. Chaque époux exercera pour son compte les droits attachés aux actions inscrites à son nom.

154. Si les époux entrent en société au moyen d'un seul bien commun sans indiquer leurs intentions quant à la détermination de la proportion dans laquelle chacun exercera les droits sociaux, ils sont présumés vouloir être associés pour moitié. Si les époux décident de se répartir différemment les actions, ils peuvent devenir titulaires, chacun, du nombre d'actions sur lequel ils se sont accordés.

Section 2 - Gestion des droits sociaux par les époux

155. La gestion des droits sociaux dans l'hypothèse d'une société entre époux dépend, en premier lieu, de la nature des droits sociaux au regard du régime matrimonial (*propriété exclusive ou propriété commune des époux*) et, en second lieu, des caractères des droits sociaux (*négociables ou non négociables*).

§1 - Gestion des droits sociaux propriété exclusive des époux

156. Lorsqu'un époux commun en biens a souscrit des droits sociaux au moyen de biens propres, il devient propriétaire de droits sociaux propres. Il en est aussi ainsi, lorsque la part sociale ou l'action a été acquise avant le mariage (*art. 191, al. 1^{er} du Code béninois des personnes et de la famille ; art. 355, al. 1^{er} du Code togolais des personnes et de la famille, art. 1405, al. 1^{er} C. civ.*). Constituent également des biens propres les droits sociaux dont l'époux acquiert la propriété par succession ou libéralité. Il ne peut en aller autrement qu'en présence d'une volonté contraire clairement exprimée par le disposant (*art. 190, al. 1^{er} du Code béninois*

des personnes et de la famille ; art. 355, al. 1^{er} du Code togolais des personnes et de la famille ; art. 1405, al. 2 C. civ.).

157. Lorsque la création de la société coïncide avec la célébration du mariage ou que les époux sont en instance de divorce au moment où la société se crée, la détermination du sort des droits sociaux soulève de délicats problèmes. Les droits sociaux sont, semble-t-il, propres si la société a été immatriculée avant le mariage ou, à l'inverse, si le mariage est dissous avant que la société n'ait acquis la personnalité juridique (*Civ. 1^{re}, 3 déc. 1985, Bull. civ., I, n° 328, JCP. N., 1986, II, 246, obs. P. Simler*).

158. Les parts sociales et les actions peuvent également être qualifiées de biens propres par le jeu de la subrogation. Sont propres les droits sociaux attribués en contrepartie de l'apport d'un bien propre (*art. 191, al. 2 du Code béninois des personnes et de la famille, art. 355, al. 2 du Code togolais des personnes et de la famille*).

En droit français, par exemple, la règle joue automatiquement sans qu'il soit nécessaire de procéder à une déclaration de remploi (*Cass. civ., 18 déc. 1935, S. 1937, 1, 57, note P. Durand, DP. 1936, 1, 129, note M. Fréjaville, Journ. Sociétés, 1937, 476, note Charron*) parce que le lien unissant le bien propre apporté aux droits sociaux rémunérant l'opération est évident (*Civ. 1^{re}, 21 nov. 1978, Defrénois, 1979, 954, obs. G. Champenois*). Selon la doctrine française contemporaine, l'article 1434 C. civ. n'exige une double déclaration que lorsqu'il est fait usage de choses fongibles. Tel est le cas si des droits sociaux sont acquis au moyen de deniers propres ou si des apports de numéraire propres sont effectués. Les droits sociaux nouveaux attribués à un époux après transformation ou scission ou fusion de société sont également propres par subrogation si les anciennes parts ou actions étaient elles-mêmes propres (*Civ. 1^{re}, 27 mai 1968, JCP 1968, II, 15662, note R. Savatier*).

159. En vertu de l'article 1406, al. 1^{er} C. civ., ont la nature de propres, sans que la communauté n'ait en principe droit à récompense, les plus-values générées par des parts sociales et des actions propres. Cette règle est reprise par le droit béninois (*art. 192, al. 2 du Code béninois des personnes et de la famille*). Elle est ignorée par le droit togolais.

160. En outre, le droit préférentiel de souscription à des actions émises par la société à l'occasion de l'augmentation de son capital, est propre, et les parts sociales et actions distribuées le sont également, si les parts sociales et actions initialement détenues par l'époux avaient ce caractère. Seront propres pour la même raison, les titres nouveaux remis à titre gratuit en cas d'augmentation du capital par incorporation de réserves (*P. Kayser, Les augmentations de capital des sociétés et le caractère des nouveaux droits sociaux dans le régime de la commu-*

nauté d'acquêts, JCP 1949, I, 800; A. Colomer, Réserves des sociétés et régimes matrimoniaux communautaires, Defrénois 1980, 1009). La solution est identique en ce qui concerne les droits sociaux remis lors d'une augmentation à titre onéreux, mais une récompense sera due à la communauté si elle a avancé les fonds pour réaliser l'acquisition.

161. Si les époux sont séparés de biens ou mariés sous le régime de la participation aux acquêts, les droits sociaux qui leur sont attribués sont leur propriété personnelle (*art. 1536 et 1569 C. civ. ; art. 350 et 384 du Code togolais des personnes et de la famille ; art. 185 du Code béninois des personnes et de la famille ; art. 380 et 389 du Code sénégalais de la famille*).

162. Dès lors que les droits sociaux sont la propriété exclusive des époux, chacun d'eux en a l'administration, la jouissance et la libre disposition (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 176*). Il importe peu que ces droits soient négociables ou pas. Les seules restrictions envisageables sont issues du régime primaire de base (*art 215 ou 220-1 C. civ., art. 180 ou 181 du Code béninois des personnes et de la famille*). Les présomptions de pouvoirs sont confirmées par les articles 221 et suivants C. civ. ou l'article 175 du Code béninois des personnes et de la famille.

§2 - Gestion des droits sociaux propriété commune des époux

163. La détermination du sort des droits sociaux souscrits au moyen de biens communs est une des questions les plus anciennement débattues du droit des régimes communautaires. La solution est aisée pour les droits sociaux négociables, elle l'est moins pour les droits sociaux non négociables.

A - Gestion des droits sociaux négociables

164. Il n'est pas douteux que les actions constituent des biens communs, dès lors qu'elles sont acquises ou souscrites au moyen de biens communs. Elles sont en principe soumises au pouvoir concurrent de gestion des biens communs (*art. 202, al. 1^{er} C. civ. ; art. 1421, al. 1^{er} C. civ.*). Lorsqu'un seul époux est associé, le pouvoir concurrent de gestion des époux ne doit pas conduire à une ingérence du conjoint non associé dans le fonctionnement de la société. L'époux non associé doit au préalable acquérir la qualité d'associé. En effet, si les actions de la société sont nominatives, les registres sont tenus par la société émettrice qui connaît l'identité de ses actionnaires et ne laisse participer à l'assemblée que ceux qui font la preuve de leur identité, laquelle coïncide avec celle du titulaire du compte de titres. Si les actions de la société sont au porteur, le titulaire des titres devra, pour participer à l'assemblée, justifier de sa

qualité et donc produire un certificat de l'intermédiaire habilité teneur du compte et justifiant l'indisponibilité des actions inscrites en compte jusqu'à la date de l'assemblée (Décr. 23 mars 1967, art. 136).

165. En dépit du caractère commun des actions, seul le conjoint au nom duquel elles sont inscrites peut les administrer et en disposer, en recourant pour ce faire à la présomption de pouvoir de l'article 221 et suivants C. civ., ou de l'article 175 du Code béninois des personnes et de la famille. Quel que soit l'acte envisagé (*détachement de coupons, achat de nouveaux titres, vente...*), la société ou l'intermédiaire est à l'abri de toute espèce de responsabilité. Le conjoint ne dispose que des voies judiciaires du droit commun pour faire valoir ses droits sur les titres déposés. À l'égard des tiers, les époux peuvent, en droit français, invoquer l'article 222 C. civ. Même s'ils sont l'un et l'autre associés, on peut considérer qu'ils détiennent individuellement les actions inscrites au nom de chacun d'eux. Le tiers de bonne foi sera à l'abri de tout recours (C.-T. Barreau, *op. cit.*, n° 179).

166. S'il existe des éléments conférant à l'action un caractère personnel (*SA ayant pour objet l'exercice d'une profession réglementée, où la détention du capital et la qualité d'actionnaire sont liées à la possession de titres ou de diplômes*), l'action doit être traitée comme une part sociale.

B - Gestion des droits sociaux non négociables

167. Pendant longtemps, la jurisprudence française a considéré que les droits sociaux non négociables devaient être soumis à la distinction du titre et de la finance. Selon cette théorie, seule la valeur pécuniaire ou l'émolument des parts sociales tombe en communauté. Le titre constitue un bien propre de l'époux. La Cour de cassation française a admis cette solution pour les parts de sociétés en nom collectif et de sociétés en commandite simple depuis le XIX^e siècle (J. Derruppé, *Régimes de communauté et droit des sociétés*, n°s 9 et suiv. ; Com. 23 déc. 1957, JCP 1958, II, 10516) et pour la société à responsabilité limitée depuis l'arrêt Caby (Civ. 1^{re}, 22 déc. 1969, JCP 1970, II, 16473, note J. Patarin). L'adoption de cette dissociation était principalement fondée sur le système des récompenses qui n'offrait à la communauté que le remboursement du prix d'acquisition des parts sociales ou de la valeur des biens utilisés pour l'apport. Or, la valeur des parts sociales au jour de la dissolution de la communauté pouvait être largement supérieure à cette somme. À raison de la dépréciation de la monnaie, cette situation était inéquitable. Dès lors, considérer la « finance » des droits sociaux non négociables comme un acquêt de communauté permettrait d'échapper à cette règle de calcul tout en préservant *l'intuitus personae* de la société aussi bien en cours de vie sociale ou matrimoniale qu'à l'expiration de celles-ci.

Certains auteurs pourtant pensaient que la part sociale devait être considérée, pour le tout, comme un bien commun (Houpin, « Des droits de la femme après la dissolution de la communauté sur la part de son mari dans une société de personnes », *Journ. Sociétés* 1929, art. 36125). D'autres auteurs, après 1965, estimaient que la part sociale devait être qualifiée de bien propre pour le tout, à charge éventuellement de récompense (Aubry et Rau, par Ponsard, *op. cit.*, n° 167 ; Marty et Raynaud, par P. Raynaud, 1978, n° 189 ter ; G. Paisant, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? », *JCP, éd. N*, 1984, *doctr.*, 19).

168. Une partie de la doctrine française a pensé que la loi du 10 juillet 1982 et celle du 23 décembre 1985 mettaient fin à la discussion. Selon elle, le principal défaut de la distinction du titre et de la finance est d'opposer les droits sociaux à leur valeur patrimoniale puisqu'elle oblige à dissocier au sein des prérogatives d'associé les droits de gestion et les droits pécuniaires. Les premiers rattachés au titre sont propres à l'époux associé, les seconds relèvent de la finance et sont communs. Or, les droits des associés ne se répartissent pas aussi facilement en deux catégories distinctes. Le droit de vote, privilège de l'associé, a une incidence directe sur l'intéressement patrimonial de celui-ci. Les prérogatives de gestion et les droits pécuniaires sont tous les deux liés à la qualité d'associé et appartiennent au seul époux associé. La qualité d'associé ne constitue pas à proprement parler un bien, mais une prérogative nécessairement personnelle à l'époux qui s'est présenté comme apporteur et qui a été accepté comme tel par ses coassociés. Il est donc proposé de généraliser la distinction du titre et de la finance de l'appliquer au titre d'associé et au bien patrimonial. Les droits sociaux acquis au moyen de biens communs sont communs en nature ; la qualité d'associé, extrapatrimoniale, est personnelle à l'associé (J. Derruppé, « Les droits sociaux acquis avec des biens communs selon la loi du 10 juillet 1982, n° 10 ; la nécessaire distinction de la qualité d'associé et des droits sociaux », *JCP, éd. N*, 1984, *doctr.* 251, n° 10 ; A. Colomer, *op. cit.*, n°s 181 et suiv.).

169. Mais la jurisprudence française reste fidèle, de manière générale, à la distinction du titre et de la finance (Civ. 1^{re}, 8 déc. 1987, JCP 1989, II, 21336, note P. Simler). Elle l'a appliquée notamment à des parts sociales (Civ. 1^{re}, 12 nov. 1987, D. 1987, IR 235 ; CA Rouen, 27 nov. 1986, Bull. Joly 1987, 459, Gaz. Pal. 1987, 1, 335, note A.P.S. ; Civ. 1^{re}, 9 juill. 1991, Defrénois 1992, 236, note X. Savatier, JCP, éd. N., 1992, II, 378, note P. Simler ; J.-P. Mabru, « Le sort des droits sociaux à la liquidation d'un régime de communauté », *Dr. et patrimoine* 1993, *supplément au numéro* 6).

170. Il en résulte que l'époux associé est seul autorisé à intervenir dans les affaires sociales. Il exerce normalement les prérogatives fonctionnelles et pécuniaires

attachées aux parts sociales. Le conjoint ne peut assister aux assemblées ou exercer les prérogatives attachées aux droits sociaux que si l'époux associé lui donne mandat pour ce faire. La distinction du titre et de la finance semble toutefois impossible à concilier avec la faculté de revendication de l'article 1832-2 C. civ. qui n'est pas une mutation. Au plan de la gestion de la communauté, les parts sociales sont des biens propres par leur nature et l'époux associé jouit pour ce qui les concerne de pouvoirs exclusifs de gestion. Mais, la finance est commune ainsi que tous les produits pécuniaires des parts sociales. On doit considérer que les règles de la cogestion sont applicables à cette finance (*art. 1424 C. civ. ; Rappr. art. 202 du Code béninois des personnes et de la famille*). Mais, il n'y a aucune certitude que les autres règles de gestion de la communauté s'appliquent, notamment l'article 1421, al. 2 C. civ. (*Rappr. art. 202, al. 1^{er} C. civ.*).

171. À la dissolution de la communauté, le choix (*de la distinction du titre et de la finance*) opéré par la jurisprudence française a des incidences décisives. Les parts sociales doivent être incluses dans les opérations de liquidation. Elles peuvent être partagées en nature. Ce partage en nature ne peut être exigé par l'un ou l'autre des époux, ni par leurs héritiers (*contra : CA Lyon, 6 mars 1975, Rev. Sociétés 1975, 256, note J.-P. Sortais*). Il faut tenir compte des caractéristiques particulières des droits sociaux non négociables et notamment de l'*intuitus personae* de la société. Par conséquent, le partage aura lieu en valeur chaque fois que les statuts s'opposent à la transmission du titre d'associé. Le conjoint, en matière de société de personnes, se heurtera à une clause d'agrément qui fera obstacle au partage en nature. L'époux associé souvent désirera le rester pour le tout. Il pourra éventuellement demander l'attribution préférentielle des parts sociales (*P. Simler, note sous Civ. 1^{re}, 8 déc. 1987, préc.*). Si les parts sociales avaient été considérées comme des biens communs par nature pendant la période de l'indivision post-communautaire, l'époux associé n'aurait pu en disposer seul (*J. Derruppé, op. cit., n° 47*). Comme seule la finance est entrée dans la communauté, il peut disposer seul des droits sociaux non négociables avant le partage (*Civ. 1^{re}, 9 juill. 1991, préc.*). Pour cette raison encore, l'application de la distinction du titre et de la finance est contestable.

C - Gestion des droits sociaux des époux communs en biens et associés en SCS

172. L'hypothèse ici est la situation où l'un des époux est associé commanditaire et l'autre commandité dans une SCS. Nous avons dit précédemment qu'une telle société est licite entre époux. L'époux commandité ayant la qualité de commerçant, les biens de son activité commerciale sont des biens communs, mais réservés.

Sur ces biens, il lui est en général reconnu un pouvoir d'administration, de jouissance et de libre disposition (*voir par exemple, Bénin : art. 174 al. 2 CPF ; Congo : art. 176 CF ; Burkina Faso : 299 al. 2 CPF*). S'il acquiert des droits sociaux avec ces biens, ils sont des biens communs par emploi ou remploi, selon le cas. Mais, l'époux qui a fait l'apport reste seul associé, on le savait, mais il est aussi seul gestionnaire des droits sociaux. L'autre époux pourra faire prévaloir ses droits de cotitulaire à la dissolution de la communauté.

Section 3 - Droits et obligations des époux associés

§1 - Droits des époux associés

A - Droits patrimoniaux

173. Si les droits sociaux sont communs même seulement en valeur, les droits patrimoniaux de l'associé simple, c'est-à-dire le droit aux dividendes, les droits aux réserves distribuées ou bien encore le droit aux *boni* de liquidation, constituent des fruits ou des produits provenant d'un bien lui-même commun. Ils ne peuvent qu'enrichir la communauté. Toutes les sommes d'argent qui seront attribuées à l'associé au titre de sa participation au capital de la société doivent être traitées comme des sommes communes, la créance étant elle-même commune. En revanche, si les parts sociales sont des biens propres, les fruits et les revenus qui y sont attachés sont les fruits et les revenus de biens propres. La communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés. Les recherches concernant les fruits frauduleusement dépensés ne peuvent être effectuées au-delà d'un délai de cinq (05) ans (*art. 1403 C. civ. ; art. 206, al. 2 du Code béninois des personnes et de la famille*). Les fruits et revenus de biens propres sont cependant considérés comme des biens communs de source. Il s'en déduit que les dividendes perçus par un époux au titre de parts sociales propres sont communs dès l'origine.

174. Lorsque le conjoint a fait apport de son industrie, les bénéfices distribués doivent être considérés comme des produits de son travail. Ils peuvent constituer des biens, mais doivent être assujettis au régime des gains et salaires tel qu'il résulte des articles 223 et 1414 C. civ. ou des articles 174, al. 2, et 196 du Code béninois des personnes et de la famille.

175. Lorsque les époux sont mariés sous un régime communautaire et que les droits sociaux ont le caractère de biens propres, la constitution de réserves peut soulever une difficulté particulière. Depuis longtemps, les auteurs soulignent que l'on peut envisager qu'un époux fasse procéder à des constitutions systématiques et éventuellement abusives de réserves pour éviter que

les revenus produits par les droits sociaux propres ne tombent en communauté (J.-F. Pillebout, « *Quelques aspects de la condition juridique de la femme mariée* », *JCP* 1975, I, 2685). Dans un tel cas, le recours aux articles 1403 et 1429 C. civ. ou aux articles 204 et 206, al. 2 du Code béninois des personnes et de la famille est utile si ces agissements constituent soit un détournement de revenus, soit un défaut frauduleux de perception. En revanche, si les réserves sont constituées dans des conditions régulières, elles s'incorporent au capital social et aucune récompense n'est due à la communauté à la dissolution.

B - Droits extrapatrimoniaux

176. Les droits extrapatrimoniaux, dont jouissent à égalité et dans les mêmes conditions l'associé en capital et l'associé en industrie, dépendent de la forme de la société. Les droits principaux des associés sont le droit à l'information et le droit à l'intervention dans la vie sociale.

177. Agissant en personne à l'exclusion de tout mandat conféré par son conjoint, l'époux ayant la qualité d'associé peut exercer le droit d'information permanente. Au besoin, il peut se faire assister par un expert ; celui-ci pourrait être son conjoint s'il est régulièrement inscrit (*Comp. L. 24 juill. 1966, art. 17, 64-1, 70 et 226-1 et Décr. 23 mars 1967, art. 13, 33 et 142*).

Il est prévu dans les articles 157 et 158 AUSC-GIE que tout associé peut poser par écrit au gérant, au président-directeur général, au directeur général ou à l'administrateur général, deux fois par exercice, des questions sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, Sociétés commerciales et GIE, Bruxelles, Bruylant, 2002, collection Droit uniforme africain, n° 244*). Les destinataires de ces questions doivent lui répondre, par écrit, dans le mois qui suit.

178. Dans les Sociétés à responsabilité limitée. Dans ce type de société, il est admis que les associés ont un droit d'information permanent sur les affaires sociales (art. 344 et suiv. AUSC-GIE). Ce qui leur permet, aux termes des dispositions de l'article 345 AUSC-GIE, d'obtenir copie à toute époque de l'année, au siège social des documents relatifs aux trois derniers exercices. Ils peuvent de la sorte obtenir copie des états financiers de synthèse et des rapports de gestion établis par le gérant, du texte des résolutions proposées, au besoin, du rapport général du commissaire aux comptes ainsi que du rapport spécial des conventions intervenues entre la société et le gérant ou un associé.

179. Dans les sociétés anonymes. Ici, un ou plusieurs actionnaires représentant 0,5 % à 5 % du capital, selon

le montant de ce dernier, peuvent requérir l'inscription à l'ordre du jour d'une assemblée générale d'un projet de résolution dont le texte ainsi que l'exposé des motifs doivent obligatoirement être communiqués à l'organe de gestion de la société, au moins dix jours avant la date de l'assemblée (art. 520 AUSC-GIE). À l'instar des associés de sociétés de personnes, les actionnaires d'une SA peuvent aussi poser des questions écrites aux dirigeants deux fois par exercice, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (art. 526 AUSC-GIE).

180. Bien informés, les associés peuvent alors participer aux assemblées ou, au besoin, être consultés par correspondance, voire prendre une décision constatée dans un acte (art. 125 AUSC-GIE, *Rappr. C. civ., art. 1853 ; L. 24 juill. 1966, art. 15, 27, 57*). Aucune disposition statutaire ou conventionnelle ne pourrait les en empêcher. Le législateur peut, en revanche, les en priver à raison de l'inexécution de leurs obligations (*R. Roblot, op. cit., n°s 849 et 975*).

181. Dans les sociétés anonymes, l'actionnaire peut, en droit français, voter par correspondance (*L. 24 juill. 1966, art. 161-1*). Dans ce cas, l'un des époux peut à l'insu de l'associé voter à sa place en imitant sa signature. La société ne dispose d'aucun moyen de contrôle de l'authenticité du vote. Toutefois, l'article 222 C. civ. la protège contre toute annulation ou tout engagement de sa responsabilité. Dans les rapports entre époux, le conjoint non associé engage sa responsabilité vis-à-vis de l'autre si ce vote lui a porté préjudice.

182. Le droit de participer aux assemblées emporte celui de voter (*V. not. art. 540 AUSC-GIE*). Même si les deux époux sont associés, l'un ne peut voter pour l'autre sans mandat exprès. Le nombre de voix dont dispose chaque époux est d'ailleurs proportionnel au nombre de droits sociaux qui lui ont été attribués.

§2 - Obligations des époux associés

A - Époux séparés de biens

183. Les obligations inhérentes à la qualité d'associé ne peuvent être poursuivies que sur les biens personnels engagés par l'époux marié sous un régime séparatiste. (art. 185, al. 2 du Code béninois des personnes et de la famille ; art. 350, al. 2 du Code togolais des personnes et de la famille, art. 380, al. 2 du Code sénégalais de la famille, art. 1536, al. 2 C. civ.). Les dispositions de l'article 179 du Code béninois des personnes et de la famille ou de l'article 220 C. civ. (*Rappr. art. 366 du Code togolais des personnes et de la famille*) ne sont pas applicables et, sauf engagement solidaire souscrit à l'égard de l'un des créanciers de la société (*ou, en droit français, solidarité résultant de la société elle-même*),

chacun n'est responsable des dettes sociales que dans la mesure de sa participation personnelle. Il en va différemment lorsque les époux sont communs en biens.

B - Époux communs en biens

184. La communauté est exposée aux risques de l'apport ou de l'acquisition de droits sociaux. Certes, les règles habituelles d'engagement des biens communs et de composition du passif s'appliquent, mais lorsque les droits sociaux sont propres, la communauté ne supporte qu'à titre provisoire la mise en œuvre de la responsabilité des époux. La communauté a droit à une récompense acquittée par le patrimoine propre de l'époux associé.

185. Par exemple, si l'époux associé n'a pas exécuté dans les délais son obligation de libérer son apport ou s'il n'a pas garanti à la société la jouissance paisible de l'apport, la communauté ou le patrimoine propre (*de l'époux*) répond des dommages-intérêts (*art. 203 du Code béninois des personnes et de la famille, art. 225 et 1428 C. civ.*). En effet, l'article 195 du Code béninois des personnes et de la famille ou l'article 1413 C. civ. (*Rappr art. 366, 373 du Code togolais des personnes et de la famille*) dispose que le paiement des dettes dont chaque époux est tenu peut être poursuivi sur les biens communs. La seule réserve concerne la fraude de l'époux débiteur et la mauvaise foi du créancier. L'article 196 du Code béninois des personnes et de la famille, ou l'article 1414 C. civ. limite cependant le droit de poursuite des créanciers en leur interdisant de saisir les gains et salaires du conjoint. Ceux-ci ne peuvent être saisis par les créanciers du conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 179 du Code béninois des personnes et de la famille ou de l'article 220 C. civ. En droit français, lorsque les gains et salaires du conjoint de l'apporteur sont versés sur un compte courant ou de dépôt, ils ne peuvent être saisis que dans les conditions définies par décret (*Décr. n° 87-637 du 05 août 1987, D. 1987, 355; C. Lapoyade Deschamps, Un texte insaisissable..., D. 1989, chron. 154; A. Dekeuwer, Le sort des gains et salaires du conjoint non débiteur en cas de saisie d'un compte bancaire, ALD 1988, 193; P. Malaurie, Les régimes matrimoniaux, n° 513*).

186. Lorsque les époux sont tous deux entrés dans la société, leurs gains et salaires et leurs biens propres sont engagés ainsi que l'intégralité des biens communs. La dette entre en communauté du chef de chacun des époux et non de leur chef commun. Une telle dette est conjointe et non solidaire, sauf si la loi ou les statuts en disposent autrement. Dans le premier cas, le créancier ne peut poursuivre les gains et salaires et les biens propres de chaque époux que dans la mesure de l'apport qu'il a effectué. Si la répartition des droits sociaux est inégalitaire, les époux ne sont pas engagés dans la même

proportion. Chacun libère son apport et assume les obligations corrélatives dans cette mesure. Le créancier poursuit, cependant, pour la dette de chaque époux l'ensemble de la communauté (*A. Colomer, Les régimes matrimoniaux, n° 817*). Dans le second cas, le créancier peut poursuivre la dette, pour sa totalité, sur les biens communs sans exclusive, gains et salaires compris, et sur les biens propres de chaque époux associé.

187. En droit français, si les époux ont adopté par leur contrat de mariage la clause d'administration conjointe, l'apport ou l'acquisition de droits sociaux a dû être fait sous la signature conjointe des époux. De plein droit, en droit français, il emporte solidarité des obligations (*art. 1503 C. civ.*). Cela semble suggérer que la dette est commune, sous le double rapport de l'obligation et de la contribution, qu'en outre la fortune personnelle de chaque conjoint est soumise aux poursuites des créanciers (*A. Colomer, op. cit., n° 1116*).

188. Les fondateurs de société assument certaines obligations communes quel que soit le type de société bénéficiaire de l'apport. Mais chaque forme sociale entraîne pour ses fondateurs des obligations particulières (*V. not. art 413 AUDSCGIE; L. 24 juill. 1966, art. 7; C. civ. art. 1840*). Les fondateurs sont ainsi tenus d'une responsabilité solidaire et indéfinie à raison des actes qu'ils ont passés pour le compte de la société en formation et qui n'ont pas été repris par celle-ci conformément aux prescriptions de l'article 110, al. 2 AUSC-GIE (*art. 1843 C. civ.; art. 5 de la loi du 24 juillet 1966*).

189. Lorsqu'un époux entend créer une SARL, il acquiert automatiquement la qualité de fondateur puisqu'il est seul à pouvoir établir et signer les différents actes institutifs nécessaires. Mais cet associé unique peut éventuellement désigner un mandataire chargé d'accomplir les formalités d'institution. Si ce mandataire était son conjoint, l'engagement des biens du ménage serait total (*J. Mestre et G. Florès, op. cit., n° 17*). À supposer que l'époux ou les époux veuillent instituer une société de capitaux, ils n'en passeront pas moins par une étape intermédiaire d'engagement solidaire et parfois indéfini avec les fondateurs avant de pouvoir bénéficier de la responsabilité limitée inhérente à une telle société. Il y a bien là un conflit entre l'article 9 et l'article 110, al. 2 AUDSCGIE. Cela étant précisé, les époux doivent avoir conscience d'assumer un risque qui s'étend au-delà de l'apport (*H. Corvest, « L'engagement solidaire des fondateurs et associés de sociétés de capitaux, » Petites affiches 15 avr. 1985, n° 45, p. 8*).

190. Lorsque la responsabilité des associés est limitée, la communauté qui a consenti l'apport perd le bien apporté. Dans les autres sociétés, les époux doivent contribuer aux pertes, c'est-à-dire fournir à la société et tirer de la communauté ou de leur patrimoine propre les valeurs nécessaires au règlement de la dette. La

communauté cesse d'être obligée lorsque la dette a été frauduleusement souscrite et que les créanciers sont de mauvaise foi (*art. 195 du Code béninois des personnes et de la famille ou art. 1413 C. civ.*). Une dette considérée comme commune est en même temps inéluctablement une dette née du chef d'un époux ; pour cette raison ses biens propres seront obligés. Tout comme les biens communs, ils seront poursuivis par les créanciers sociaux ou les coassociés qui auront déjà acquitté la dette et supporté la part de l'époux. En revanche, si les époux sont mariés sous un régime séparatiste, chacun ne répondra sur ses biens que des dettes nées de son chef.

191. Lorsque les droits sociaux sont communs, on peut difficilement considérer que les engagements qui découlent de leur souscription ont été contractés dans l'intérêt personnel de l'un des époux. Si l'on accepte que la communauté s'enrichisse des produits de la participation de l'époux, on doit admettre par conséquent qu'elle s'appauvrit dans la mesure de la contribution aux pertes sociales qui lui est imposée à raison de cette participation (*Ponsard, in Aubry et Rau, t. VII, n° 193 ; Raynaud, in Marty et Raynaud, n°s 292-294*). Mais une partie de la doctrine considère qu'il existe un principe général de dédommagement de la communauté pour toutes les dettes qu'elle a dû supporter et qui n'étaient pas engagées dans l'intérêt du ménage. Il semble qu'en réalité une distinction doive être opérée. L'époux doit être réputé agir dans l'intérêt de la communauté. Ses dettes contractuelles sont alors à la charge définitive de la communauté. Mais, le conjoint peut revendiquer une récompense pour le compte de la communauté, à condition de détruire cette présomption (*A. Colomer, Les régimes matrimoniaux, n° 852*).

192. Il est courant que le dirigeant soit caution, caution personnelle ou caution réelle (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 202*). Le cautionnement personnel de l'époux présente un intérêt si l'époux est associé dans une société dans laquelle sa responsabilité est limitée au montant de son apport (*P. Simler, Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement, JCP, éd. N, 1987, doctr. 199*). Si les époux sont mariés sous un régime séparatiste, leur engagement relève du droit commun de la garantie envisagée et chaque époux oblige ses biens par cet acte. Si les époux sont communs en biens, il faut avoir égard à l'article 200 du Code béninois des personnes et de la famille ou à l'article 1415 C. civ. L'article 200 du Code béninois dispose, dans des termes identiques à ceux de l'article 1415 C. civ., que « chacun des époux ne peut s'engager que sur ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ». En principe, les biens communs, hormis les revenus de l'époux caution, sont donc à l'abri des poursuites du créancier garanti. Réagissant contre ce texte, les créanciers avertis exigent non seulement l'interven-

tion du conjoint, mais son engagement en qualité de cofidélus. Dans ce cas, l'intégralité du patrimoine des époux répond de la dette.

193. Lorsque l'époux caution divorce et laisse son ex-conjoint gérer seul la société, il désire généralement rompre son engagement. La perte de la caution peut avoir des conséquences dramatiques pour l'affaire. Mais le divorce n'est pas considéré en tant que tel comme une cause d'extinction du cautionnement (*Cass. com. 24 juin 1969, JCP 1970, II, 16221 ; 28 févr. 1977, Gaz. Pal. 1977, 1, Somm. 190, D. 1977, IR 235, JCP 1977, IV, 110 : 11 jun 1976, D. 1976, IR, 257*).

194. Si l'époux donne sa caution réelle aux dettes sociales, le consentement du conjoint est requis si le bien objet de la garantie est soumis aux règles de cogestion (*art. 202 du Code béninois des personnes et de la famille, art. 1424 C. civ.*). Si le conjoint refuse de donner son consentement à l'hypothèque, l'époux dirigeant peut invoquer à son profit l'article 178 du Code béninois des personnes ou l'article 217 C. civ. Le sort de cette demande paraît aléatoire. Le véritable critère d'appréciation du risque encouru par la communauté est la situation financière de la société. Or, le juge peut n'en avoir aucune idée. Il ne peut pourtant donner son autorisation que si l'opposition manifestée par le conjoint n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille. Le plus souvent, le conjoint refusera son consentement parce que le risque de réalisation du gage du créancier est trop élevé. Le juge ne pourra alors donner satisfaction au conjoint demandeur.

§3 - Situation des époux dirigeants

A - Accès des époux aux fonctions de dirigeants

195. De manière générale, l'état d'époux n'a aucune influence sur les conditions d'accès aux fonctions de dirigeants sociaux. Plus concrètement, les conditions d'accès aux fonctions de dirigeant s'apprécient pour chaque époux (*R. Roblot, op. cit., n°s 1271 et suiv. ; Hamel, Lagarde et Jauffret, op. cit., t. 1, n°s 638 et suiv.*).

196. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE n'envisage aucune incompatibilité entre les fonctions d'administrateur, de directeur et l'état d'époux, notamment commun en biens. Les époux peuvent appartenir simultanément au même organe. Dans la société anonyme classique, par exemple, l'un des époux peut être désigné comme président, alors que son conjoint est le directeur général.

197. Par ailleurs, le législateur a limité le nombre de mandats dont peut être titulaire un administrateur ou un président, mais il ne s'est pas intéressé aux implications de la conjugalité. Les époux peuvent donc cumuler autant

de mandats qu'ils désirent, dès lors que chacun respecte les limites légales (*V., par exemple, art. 464 AUSC-GIE*). Ils bénéficient des exceptions ordinairement prévues. Le ménage peut donc diriger un nombre important de sociétés, mais celui des époux qui a été désigné à un poste de dirigeant doit exercer ses fonctions et assumer personnellement les responsabilités qui y sont attachées. Les époux, pas plus que les autres dirigeants, ne peuvent se donner mandat pour l'exercice de leurs missions d'administration ou de direction de la société.

198. Dans la société à responsabilité limitée, il ne paraît pas opportun que les époux soient désignés comme gérants si la dimension de la société ne l'exige pas. L'un d'eux peut opter pour la conclusion d'un contrat de travail avec la société, ce qui lui assurera un statut fiscal et social plus avantageux que celui de gérant, notamment si les époux contrôlent la société (*M. Cozian, Les mille et une tricheries des faux gérants minoritaires de SARL, Gaz. Pal. 1986, 1, doctr. 140 ; G. Lyon-Caen, Le droit « social » des dirigeants d'entreprises, Études dédiées à A. Weill, 1983, p. 405*). L'époux qui n'aura pas la qualité de gérant de droit devra s'abstenir de tout acte de gestion de nature à lui faire acquérir la qualité de gérant de fait. Autrement, il sera responsable dans les mêmes conditions que le premier. Lorsque les deux époux disposent d'une participation « confortable » au sein d'une SARL, la situation du gérant est stable aussi longtemps qu'ils s'entendent. Nommé dans les statuts ou par une décision des associés prise, en principe, à une majorité des associés représentant plus de la moitié du capital social (*art. 323, al. 2 AUDSCGIE*), le gérant peut être révoqué par une décision prise dans les mêmes conditions ou par le tribunal chargé des affaires commerciales, pour cause légitime, à la demande de tout associé (*art. 326 AUDSCGIE*).

B - Sort des rémunérations dues aux époux dirigeants

199. Dans la société anonyme. Les administrateurs de SA perçoivent des rémunérations sous forme d'indemnité de fonction (*art. 431 AUDSCGIE*) ou des rémunérations exceptionnelles pour des missions ou des mandats qui leur sont confiés par le conseil d'administration (*art. 432 AUSC-GIE*). Mais, ils ne peuvent toucher aucune autre rémunération s'ils ne sont pas titulaires d'un contrat de travail (*art. 426 AUSC-GIE*). Si l'un des époux est président-directeur général ou président du conseil d'administration, il lui sera alloué en sus des indemnités de fonction une rémunération spéciale (*art. 467, 482 AUSC-GIE*). L'époux directeur général y a également droit (*art. 490 AUDSCGIE*). Les sociétés peuvent également attribuer à leurs présidents et directeurs généraux qui partent à la retraite, une pension en rémunération des services rendus par le passé. Le président-directeur général, ès qualité, le président du conseil d'administration, ès qualité, les administrateurs

ou les directeurs généraux sont révocables *ad nutum* (*art. 469, 484, 433, 492 AUDSCGIE*). Ils n'ont donc droit à aucune indemnité en cas de révocation, à moins qu'elle ne soit entachée d'abus (*Ripert, par Roblot, op. cit., n°s 1287 et 1305 ; Hamel, Lagarde et Jauffret, op. cit., t. I, n° 644*).

200. Dans la SARL. Les rémunérations attribuées aux gérants de SARL sont fixées par les statuts ou décidées par les associés (*art. 325 AUDSCGIE*). En pratique, celles-ci peuvent être fixes ou proportionnelles au chiffre d'affaires ou aux bénéfices. Le gérant peut également percevoir une indemnité spéciale lorsqu'il part à la retraite ou une pension de retraite. Le gérant révoqué sans juste motif a droit à des dommages-intérêts, sauf clause contraire (*art. 326 AUSC-GIE, Ripert, par Roblot, op. cit., n° 961 ; Y. Guyon, op. cit., n° 492*).

201. Si les époux sont mariés sous un régime séparatiste, ces sommes d'argent allouées au titre des rémunérations leur appartiennent en propre, sous réserve de leur obligation de contribuer aux charges du mariage (*art. 174 du Code béninois des personnes et de la famille, art. 214 C. civ., Rapp. art. 380 du Code sénégalais de la famille ou art. 350 du Code togolais des personnes et de la famille*).

202. Si les époux sont communs en biens, ces rémunérations, indemnités de fonction, indemnités spéciales, pensions de retraite... tombent en communauté (*art. 190 du Code béninois des personnes et de la famille, art. 356 du Code togolais des personnes et de la famille, art. 1401 C. civ.*). La seule exception concernerait éventuellement la part des dommages-intérêts allouée au dirigeant révoqué en compensation d'un préjudice strictement personnel (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 212*). Leur nature de « gains et salaires » paraît moins évidente. Si on leur refuse cette qualification, l'époux qui les aura perçus ne pourra invoquer à son profit le libre pouvoir d'administration, de jouissance et de disposition reconnu par l'article 174, al. 2 du Code béninois des personnes et de la famille ou par l'article 223 C. civ à tout conjoint sur ses gains et salaires.

203. L'époux dirigeant exerçant une activité « professionnelle », les sommes d'argent par lui perçues au titre d'un contrat de travail doivent être traitées comme des salaires. Elles sont de la sorte soumises au régime de l'article 174, al. 2 du Code béninois des personnes et de la famille ou de l'article 223 C. civ.

204. Les professions des époux sont-elles encore séparées au sens de l'article 202 du Code béninois des personnes et de la famille ou de l'article 1421, al. 2 C. civ. si les deux époux exercent leur activité professionnelle dans la société, en particulier si l'un est dirigeant et l'autre salarié ? Si le contrat de travail est réel et effectif, il développe ses effets naturels entre

les contractants, c'est-à-dire entre l'époux salarié et la société (*Colomer, op. cit., n° 311 ; J. Savatier, note sous Cass. soc. 29 avr. 1970, Dr. soc. 1970, 521*). L'époux dirigeant et l'époux salarié exercent alors des professions distinctes et ils ont chacun le pouvoir exclusif d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à l'exercice de leurs activités professionnelles respectives. Un créancier de la société ne pourrait s'appuyer sur la seule existence du contrat de travail pour prétendre que l'époux salarié doit répondre des actes de la société comme l'époux dirigeant qui les a accomplis. Les dettes contractées en tant que dirigeant par l'époux n'entrent dans la communauté que de son chef même si l'autre est salarié de la société (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 213*).

Chapitre 4 : Disparition des sociétés entre époux

205. La disparition de la société entre époux peut être une conséquence de la perte par l'un des époux ou les deux de la qualité d'associé à la suite de la transmission, à titre gratuit ou à titre onéreux, des droits sociaux. La société entre époux peut également cesser d'exister à la suite d'une décision de dissolution.

Section 1 - Transmission par les époux des droits sociaux

§1 - Transmission des droits sociaux entre les époux

206. Elle peut constituer une opération de liquidation du régime matrimonial à la suite de la dissolution du mariage par le décès ou le divorce de l'un des époux, ou être consécutive à un changement de régime matrimonial (*art. 170 du Code béninois des personnes et de la famille, art. 1397 C. civ. V. cependant art. 370, al. 2 du Code sénégalais de la famille*), voire faire suite à une séparation de corps des époux. Si les droits sociaux présentent le caractère de biens propres ou personnels des époux, rien n'empêche les époux de demeurer associés à due concurrence des parts sociales ou actions souscrites initialement par chacun d'eux. Les actions ou les parts sociales sont « reprises » en nature par chaque époux. Mais l'un des époux peut également se porter acquéreur des droits sociaux dont son conjoint est titulaire. Si les droits sociaux présentent la nature de biens communs, ils peuvent être partagés à égalité entre les époux qui demeureront associés, sans difficulté s'il s'agit d'actions, avec plus de réticence, s'il s'agit de parts sociales qui ne seraient communes qu'en valeur (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 215*).

A - Transmission à titre onéreux des droits sociaux

207. Droit béninois et droit sénégalais. La prohibition de la vente entre époux est un obstacle à la cession de droits sociaux entre époux (*art. 182 du Code béninois des personnes et de la famille, art. 377 du Code sénégalais de la famille*).

208. Droit français. L'obstacle principal à cette cession a été tiré de la prohibition de la vente entre époux posé par l'article 1595 C. civ. (*J. Bardoul, « Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires », D. 1973, chron. 137 ; J. Tauzin et B. Debray, « Les ventes entre époux et la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales », Gaz. Pal., 1, doct. 88*), abrogé par l'article 35 de la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 (*M. Dagot, La vente entre époux, JCP 1987, I, 3272 ; J. Picard, « La vente entre époux. Les temps modernes ou la grande illusion », JCP, éd. N, 1988, I, 79*). Une distinction essentielle s'impose.

209. Soit, en régime de communauté de biens, les droits sociaux qui constituent des biens propres de l'époux cédant, ont été acquis par son conjoint au moyen de fonds ou de deniers propres ; soit, en régime de séparation de biens, ces droits constituent des biens personnels. Dans ces deux cas la cession paraît possible au regard du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux. Elle paraît toutefois révocable si elle constitue une donation indirecte ou une liquidation anticipée de la communauté (*P. Malaurie et L. Aynès, Les régimes matrimoniaux, n° 105, C.-T. Barreau, op. cit., n° 217*).

210. Soit les actions ou les parts sociales sont des biens communs. Dans ce cas, il ne peut y avoir transfert d'un patrimoine à l'autre, car la communauté est dépourvue de personnalité juridique. En premier lieu, la doctrine considère que la vente d'un bien commun à un époux sans déclaration de remploi est irréalizable, car le bien sortirait de la communauté pour aussitôt y retourner (*J. Picard, article préc., n° 9 ; M. Dagot, article préc., n° 26*). En second lieu, des réponses ministérielles paraissent considérer que le notaire doit purement et simplement refuser de passer l'acte lorsque la vente a pour effet de transférer un bien commun à un patrimoine propre ou un bien propre à la communauté. (*Rép. min. JOAN 5 janv. 1987, JCP, éd. N, 1987, prat. 22, Journ. not. 1987, 401, Defrénois 1987, 416 ; Rép. min. n° 16898, JOAN 13 avr. 1987, JCP, éd. N, 1987, prat. 239, Defrénois 1987, 1424*). La doctrine ne partage pas toujours cette opinion et considère que, dans la mesure où l'article 1595 C. civ. a été purement et simplement abrogé, rien ne justifie que l'on fasse peser sur les ventes entre époux une présomption de fraude. Il faut donc valider les cessions de parts ou d'actions communes à un époux ou les ventes de ces mêmes biens ayant la nature de biens propres à la communauté (*P. Simler, Les régimes matrimoniaux, n° 206 ; P. Malaurie, et L. Aynès, Les*

régimes matrimoniaux, n° 105). Il suffit d'appliquer à ces opérations le droit commun en exigeant l'accomplissement des formalités de remploi lorsqu'elles sont nécessaires (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 218*). En tout état de cause, le conjoint acquéreur devra être agréé si les statuts l'exigent (*cf. C.-T. Barreau, op. cit., n° 219*).

B - Transmission à titre gratuit des droits sociaux

211. La transmission à titre gratuit des droits sociaux entre les époux peut prendre la forme d'une donation soumise aux règles particulières du Code civil relatives à de tels actes et aux règles correspondantes du droit des sociétés, lesquelles sont les mêmes qu'en cas de transmission à titre onéreux. Au regard du droit des libéralités, la donation entre époux de droits sociaux est révocable pendant toute la durée du régime matrimonial. Elle est rapportable et réductible au besoin. Si les époux ont déguisé la donation sous une apparente cession, l'acte est nul, car l'article 183, al. 2 du Code béninois des personnes et de la famille ou l'article 378, al. 2 du Code sénégalais de la famille ou l'article 1832-1, al. 2 C. civ. ne s'applique pas aux cessions de droits sociaux (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 220*).

212. En cas de violation du droit des sociétés consécutives à la donation, la révocabilité permet aux époux de rétablir une situation conforme à la légalité. Par exemple, si la donation a eu pour effet de constituer le donataire associé unique d'une société qui ne peut être unipersonnelle, la révocation de la donation dans le délai d'un an (*art. 60 AUDSCGIE, art. 1844-5 C. civ.*) permet de régulariser la situation (*A. Colomer, Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux, n° 667*).

C - Attribution préférentielle des droits sociaux

213. Aux termes de l'article 782 du Code béninois des personnes et de la famille ou de l'article 476 du Code sénégalais de la famille ou de l'article 831 C. civ. (*Rappr. art. 551 du Code togolais des personnes et de la famille*), le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander l'attribution préférentielle par voie de partage, à charge de soulte s'il y a lieu des parts sociales correspondant à une entreprise (*A. Breton, « À propos de la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982. Le dernier avatar de l'article 832 du Code civil, Mélanges Raynaud, 1985, Dalloz-Sirey, p. 67 ; M. Dagot, Retouches 1982 au droit de l'attribution préférentielle, JCP, éd. N, 1983, doctr. 245*). L'article 217 du Code béninois des personnes et de la famille ou l'article 1476 C. civ. autorise le recours à l'attribution préférentielle en cas de dissolution par divorce, séparation de corps ou de biens du régime matrimonial. Le législateur béninois, contrairement au législateur français (*art. 1542 C. civ.*), n'a pas étendu la règle au régime de séparation de biens.

214. Cela étant précisé, dans le cas où les deux époux sont associés, l'attribution préférentielle sera réservée à celui qui aura effectivement participé à la mise en valeur de l'entreprise exploitée par la société. Lorsque la dissolution de la communauté a lieu après le décès du conjoint associé, le conjoint survivant peut évincer de la société dont il est déjà associé les héritiers du prémourant.

215. Le demandeur à l'attribution préférentielle doit être copropriétaire du bien à partager. Il faut donc que les droits sociaux figurent dans la communauté (*F. Dekeuwer-Defossez, op. cit., p. 286*) si la demande est formulée à l'occasion d'une dissolution du régime opérée du vivant des époux. Mais cette condition est-elle remplie si les parts sociales ne figurent qu'en valeur dans la communauté (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 224*) ? Si la demande est présentée après le décès de l'un des époux et alors que les droits sociaux ne constituent pas des biens communs, le conjoint survivant devra avoir été désigné comme héritier. La deuxième condition est que le conjoint ait participé à l'exploitation de l'entreprise. En troisième lieu, il faut que la société exploite une entreprise commerciale, industrielle ou artisanale dont l'importance n'exclut pas un caractère familial (*A. Colomer, Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux, n° 476 ; D. Martin, op. cit., n° 22*).

216. Seules les parts sociales sont concernées (*J.-J. Neueur, Le droit préférentiel d'attribution de la loi du 10 juillet 1982, Vie jud. 16-22 avr. 1984, p. 6*), à l'exclusion des actions (*D. Martin, op. cit., n° 7*).

217. L'attribution préférentielle joue sans préjudice de l'application des dispositions légales ou des clauses statutaires sur la continuation d'une société avec le conjoint survivant ou un ou plusieurs héritiers (*art. 782 du Code béninois des personnes et de la famille, art. 476 du Code sénégalais de la famille, art. 831 C. civ. ; V. B. Maubru, L'agrément du conjoint de l'associé, n°s 31 et suiv.*).

218. Dans les SARL, la demande du conjoint peut être soumise à agrément si les statuts le prévoient (*art. 319 AUSC-GIE*). Si le conjoint est déjà associé, la clause d'agrément ne peut lui être opposée (*Cass. com. 28 oct. 1974, D. 1975, 209, note Y. Guyon, Rev. Sociétés 1975, 251, note D. Randoux, JCP 1975, II, 18204, note N. Bernard ; contra : B. Maubru, op. cit., n° 35*).

D - Clauses de prélèvement ou de préciput

I - Droit béninois

219. Le Code béninois des personnes et de la famille ne paraît pas avoir prévu les clauses de prélèvement ou de préciput.

II - Droit Français

220. L'article 1511 C. civ. permet aux époux de stipuler dans leur contrat de mariage que l'un ou l'autre aura la faculté de prélever certains biens communs, à charge d'en tenir compte à la communauté d'après la valeur qu'ils auront au jour du partage, s'il n'en a été autrement convenu. Cette clause peut jouer, selon la volonté exprimée par les époux, soit en cas de dissolution par décès de la communauté, soit dans tous les cas de dissolution. Par ce mécanisme, un seul époux restera associé, l'autre étant indemnisé (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 229, R. Brochard, Conditions de validité et portée de la clause commerciale, JCP, éd. N, 1986, prat. 205*).

221. L'article 1515 C. civ. prévoit qu'il peut être convenu, dans le contrat de mariage, que le survivant des époux, ou l'un d'eux s'il survit, sera autorisé à prélever avant tout partage certains biens en nature ou une quotité d'une espèce déterminée de biens. Très utile en pratique, cette clause ne s'applique cependant qu'en cas de dissolution par décès de la communauté, à un moment où la société n'est plus une société entre époux (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 230*). En cas de conflit entre le contrat de mariage ou le testament d'une part et les statuts sociaux d'autre part, ce sont les statuts qui doivent l'emporter (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 231*).

§2 - Transmission des droits sociaux à un tiers

222. Les époux peuvent transmettre intégralement les droits sociaux inscrits au nom de l'un ou l'ensemble des droits sociaux dont ils sont titulaires à un ou plusieurs tiers. Cette transmission peut avoir lieu à titre onéreux ou à titre gratuit.

223. Dans un régime séparatiste, chaque époux conserve la libre disposition de ses biens, il peut donc librement céder les parts ou actions qui constituent des biens personnels (*art. 185 du Code béninois des personnes et de la famille, art. 350, art 385 du Code togolais des personnes et de la famille, art. 380, 390 du Code sénégalais de la famille, art. 225, 1536 et 1569 C. civ.*). Seul le cas particulier de la cession de droits sociaux entraînant indirectement la disposition du logement familial peut soulever une difficulté. La jurisprudence française (*Civ. 1^{re}, 4 octobre 1983, JCP 1984, II, 20188, 2^e espèce, note Y. Chartier, Defrénois 1983, 1596, obs. G. Champenois*) considère que l'article 215, al. 3 C. civ. joue pleinement lorsque la société propriétaire du logement familial est fictive et que le propriétaire de ce bien est en réalité un des époux (*Civ. 1^{re}, 11 mars 1986, Bull. civ., n° 62, Defrénois 1986, 1259, obs. G. Champenois*).

224. Dans le régime de communauté, si les droits sociaux constituent des biens propres, chaque époux est libre d'en disposer (*art. 193 du Code béninois des*

personnes et de la famille, art. 225 et 1428 C. civ.). Si les droits sociaux constituent des biens communs, les époux ne peuvent en disposer à titre gratuit et entre vifs l'un sans l'autre, qu'ils s'agissent d'actions ou de parts sociales (*art 202 du Code béninois des personnes et de la famille, art. 1422 C. civ. ; Rappr. art. 362 du Code togolais des personnes et de la famille*). En revanche, les époux peuvent disposer, l'un sans l'autre, à titre onéreux des actions communes. En droit français, cette indépendance dans la disposition des actions communes disparaît toutefois si, dans leur contrat de mariage, les époux ont adopté une clause d'administration commune (*art. 1503 C. civ.*). Dans ce cas, les droits sociaux négociables sont assujettis au même régime juridique que les droits sociaux non négociables dans le régime légal. Leur disposition ne peut intervenir que du consentement commun des époux, car cet acte relève du domaine de la cogestion des époux (*art. 1424 C. civ. ; C.-T. Barreau, op. cit., n° 234*).

225. Dans la plupart des hypothèses, que la transmission ait lieu à titre onéreux ou à titre gratuit, le tiers devra être agréé, y compris s'il s'agit d'une société anonyme (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 235*), soit dans les conditions établies par la loi, soit dans celles fixées par les statuts. Lorsque la société n'est constituée que des seuls époux, cette condition se fonde dans l'exigence du consentement des deux époux (*A. Colomer, Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux, n° 665, C.-T. Barreau, op. cit., n° 235*).

Section 2 - Liquidation de la société entre époux

226. Quelle que soit la raison pour laquelle la société est dissoute (décès d'un époux associé ou décision des associés qui restent mariés ou décision des époux consécutive à leur divorce), elle doit être liquidée. Si les biens apportés par les époux se retrouvent en nature et qu'aucune attribution conventionnelle de ces biens n'a été prévue par les associés, les époux pourront, sur simple demande de leur part, en obtenir la restitution (*F. Anoukaba, A. Cissé, N. Diouf, J. Nguebou Toukam, P.-G. Pougoué, M. Samb, op. cit., n° 342 ; art. 1844-9, al. 3 C. civ.*). Cette reprise s'effectue à charge pour les époux de verser une soulte à leurs coassociés si la valeur attribuée à ces biens excède le montant de leurs droits dans le capital social et le boni de liquidation. Les biens qui font retour aux époux reprennent leur place initiale dans le patrimoine propre des époux ou dans la communauté. Les associés peuvent convenir, soit dans les statuts, soit par une décision, ou un acte distinct, que certains biens seront attribués à certains d'entre eux. Si les époux en bénéficient, il paraît que ces biens doivent suivre le sort des droits sociaux et figurer à l'actif du patrimoine personnel

des époux si tel était le cas des droits sociaux, ou à l'actif de la communauté ou de l'indivision dans une autre hypothèse.

227. Les sommes attribuées aux époux au titre du remboursement du capital ou de la répartition du boni de liquidation doivent être intégrées à la communauté

si les droits sociaux étaient communs ou au patrimoine propre dans le cas contraire, car il ne s'agit pas de fruits et revenus de biens propres, mais de produits soumis au même régime que le capital social (*C.-T. Barreau, op. cit., n° 237 et les références citées*).

Noel A. GBAGUID

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- A**
- Actions (de sociétés) 25, 35, 37, 87, 100, 101, 164, 165, 206, 208, 210, 216, 223, 224,
 - Négociables 35, 98, 136, 143, 151, 152, 153, 155, 162, 163, 167, 224
 - Non négociables 144, 145, 155, 163, 167, 171, 224
 - Acquisition (de droits sociaux) 88, 104, 184, 187,
 - Activité professionnelle 80, 81, 142, 152, 204
 - Apport
 - Biens propres 2, 29, 63, 83, 95, 119, 121, 122, 139, 142, 144, 156, 158, 170, 173, 175, 186, 190, 192, 206, 209, 210, 224
 - Biens communs 5, 38, 63, 83, 118, 120, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 134, 135, 136, 140, 141, 142, 143, 144, 151, 163, 164, 168, 171, 172, 173, 184, 185, 186, 190, 192, 206, 210, 215, 220, 224
 - En industrie 96, 98, 99, 144
 - En nature 77, 89, 92, 95, 97, 99, 107, 145
 - En numéraire 77, 89, 95, 99, 100, 101, 103
 - Frauduleux 131
 - SA 25, 26, 28, 63, 82, 97, 98, 101, 179, 196, 199, 225
 - SARL 27, 28, 29, 31, 48, 63, 82, 87, 97, 102, 145, 147, 189, 198, 200, 218
 - SCS 27, 30, 31, 32, 33, 42, 48, 54, 55, 58, 60, 63, 68, 69, 82, 87, 114, 172
 - SNC 42, 43, 44, 45, 46, 54, 55, 58, 60, 62, 68, 69, 87, 114
 - Société créée de fait 49, 56
 - Société en participation 49, 50, 51, 52, 58
- Associé**
- Époux associé 52, 63, 82, 138, 168, 170, 171, 184, 185, 186, 226
 - Qualité d'associé 31, 42, 44, 48, 73, 75, 80, 82, 83, 84, 90, 96, 99, 100, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 163, 168, 177, 183, 205
 - Avance en compte courant 100
- C**
- Capacité
 - Femme mariée 6, 13, 79, 80, 81, 175
 - Mineur émancipé 87
 - Majeur incapable 84
 - Cession de droits sociaux 207, 223
 - Contrat
 - de société 10
 - de travail 96, 198, 199, 203, 204
 - Contribution (aux pertes) 191
- D**
- Dirigeants 34, 179, 195, 198
 - Disparition (société entre époux) 205
 - Dissolution 80, 113, 115, 117, 136, 144, 145, 148, 167, 171, 172, 175, 205, 206, 213, 214, 215, 220, 221
 - Droits sociaux
 - Acquisition 76, 83, 91, 115, 132, 153
 - Gestion 138, 155, 156, 163, 167, 172
- E**
- Époux
 - Salarié 204
- Cogestion** 170, 194, 224
- G**
- Gains et salaires 95, 108, 109, 142, 174, 185, 186, 202
- I**
- Industrie (v. apport)
- L**
- Liquidation (société entre époux) 169, 171, 173, 206, 208
- P**
- Prohibition (société entre époux) 1, 68, 70
- R**
- Régimes matrimoniaux 3, 4, 5, 9, 17, 118, 119, 126, 132, 138, 140, 141, 142, 151, 152, 160, 185, 186, 191, 209, 210, 212, 215, 225
 - Régime communautaire 175
 - Régime légal 7, 116, 117, 224
 - Régime primaire 91, 92, 94, 104, 105, 115, 121, 162
 - Séparation de biens 116, 117, 209, 213
 - Responsabilité
 - Indéfinie 53, 63, 65
 - Solidaire 44, 64, 188
- S**
- Société
 - Définition 30, 43, 78
 - Création 17, 157
 - Fonctionnement 4, 5, 7, 138
 - Société en participation 49, 50, 51, 52, 58

SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE DU DROIT OHADA

Table des matières

Introduction n° 1-6

I - Implications de l'unipersonnalité n° 7-14

a - A la construction de la société unipersonnelle n° 8-9

b - Au cours du fonctionnement de la société unipersonnelle n° 10-14

1 - Aspects divergents n° 11-12

2 - Aspects convergents n° 13-14

II - Attentes de l'unipersonnalité n° 15-20

a - Nécessité d'une politique fiscale favorable n° 16-17

b - Nécessité d'une politique sociale conséquente n° 18-20

Bibliographie

- Ambassade de France : « Cameroun. Système de santé et couverture sociale », Mission économique, www.gipspi.org ;
- CHAMPAUD (Cl.) et PAILUSSEAU (J.), *L'entreprise et le droit commercial*, A. Colin, 1970 ;
- DUCOULOUX-FAVARD (C.), *Société d'un seul. Entreprise impersonnelle*, *Gaz. Pal.* 25-27 novembre 1989, *doctr.* ;
- FLORES et MESTRE, *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, *Rev. soc.* 1986, 15 ;
- MEMAN MEMAN née THIERO Fatimata, *La société unipersonnelle dans le droit des sociétés de l'OHADA : une œuvre à parfaire*, *Ohadata D-07-18* ;
- POUGOUÉ (P.G.), *Cameroun. Situation de travail et protection des travailleurs*, www.cameroun.prévoyance.sociale.
- SERLOTEEN, *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, *D.S.* 1985, *chr.* 187, *Rép. Dalloz de dr. com.* ;
- *Société unipersonnelle*, Éditions FFA, octobre 2006 ;

1. La structure sociétaire est déjà présentée comme une technique d'organisation de l'entreprise (*Champaud (Cl.) et Paillusseau (J.), L'entreprise et le droit commercial*, A. Colin, 1970 ; *Paillusseau (J.), La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*, LGDJ, 1967 (*Bibliothèque de droit commercial*)). Dans cette approche, elle est un outil au service des investisseurs. Ceux-ci doivent l'utiliser en fonction de ses atouts et par rapport aux objectifs à atteindre. La société commerciale permet ainsi à plusieurs personnes qui ambitionnent de réaliser un projet sociétaire, de se mettre ensemble pour sa concrétisation. Mais si pendant longtemps, la société a été présentée sous ce joug, il n'en demeure pas moins qu'une seule personne peut bien vouloir exercer une activité économique dans le cadre sociétaire et sans vouloir associer d'autres. Le droit se devait de lui apporter une réponse à cette préoccupation. C'est dans cette perspective que la société unipersonnelle est née.

La société unipersonnelle est reconnue et organisée dans plusieurs pays d'Europe avant l'OHADA : d'abord, en Allemagne en 1980 ; en France par la loi du 11 juillet 1985 ; au Pays-Bas en 1986 et enfin en Belgique en 1987. Dans tous ces pays, elle est présentée comme une modalité de la SARL, soumise au droit commun applicable à cette catégorie, sous réserve de certaines particularités (*Serloteen, L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, *D.S.* 1985, *chr.* 187, *Rép. Dalloz de dr. com.* ; *Flores et Mestre, L'entreprise unipersonnelle à respon-*

sabilité limitée, Rev. soc. 1986, 15 ; *M.T. Calais-Aulois, Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'E.U.R.L.*, *D. S.* 1986, *chr.* 249 ; *C. Ducouloux-Favard, Société d'un seul. Entreprise impersonnelle, Gaz. Pal.* 25-27 novembre 1989, *doctr.*). Constatant cette situation, et soucieux de généraliser « la création d'un instrument juridique permettant la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel à travers la communauté », le Conseil européen va arrêter le 21 décembre 1989 (*Sur la directive du 21 décembre 1989, Mousoulas, Rev. soc.* 1990, 395) une douzième directive sur les sociétés. Elle pose, en principe, que la SARL des États membres peut avoir un seul associé unique, soit lors de sa constitution, soit par la réunion de toutes les parts en une seule main (*JOCE n° L. 395/40 du 30 décembre 1989*). C'est une directive très brève, qui va se borner à régler quelques problèmes pour lesquels la spécificité de la société unipersonnelle impose des solutions particulières ; le droit commun des SARL demeurant applicable pour le reste.

2. Le droit OHADA va s'inspirer de cette dynamique européenne qui participe de la modernisation du droit des sociétés commerciales pour instituer l'unipersonnalité « ab initio » à l'article 5 AUDSGIE, en ces termes : « *La société commerciale peut être également créée, dans les cas prévus par le présent Acte uniforme, par une seule personne, dénommée « associé unique », par un acte écrit* ». La lecture de cet article suscite des questions en rapport avec le débat sur la consécration de la théorie

de l'institution de la société commerciale et des conséquences de la généralisation de l'unipersonnalité.

A priori, on peut considérer que l'institution de la société unipersonnelle est un pas de plus dans la consolidation de l'approche institutionnelle de la société commerciale. Par ailleurs, une lecture plus attentive de l'Acte uniforme permet de constater que le champ d'application de l'unipersonnalité s'étend, en droit OHADA, non seulement aux sociétés à responsabilité limitée (SARL, SA), mais aussi aux sociétés à responsabilités illimitées (SNC, SCS), et ce à la faveur de l'interprétation de l'article 60 AUDSGIE qui dispose : « *Dans le cas des sociétés dont la forme unipersonnelle n'est pas autorisée par le présent Acte uniforme, la détention par un seul associé de tous les titres sociaux n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société (...)* ». Par cette approche large, l'OHADA se démarque des droits européens (Toutefois, la *sociedad anonima unipersonal* du droit espagnol ; la *société par actions simplifiée unipersonnelle* du droit français (SASU)) et fait de toutes ces formes d'unipersonnalité (excepté la SARLU Nous entendrons dans ce travail SARL unipersonnelle par le sigle SARLU), une « création africaine ». Ceci est d'autant vrai car l'OHADA s'est inspiré de l'article 213 du Code des activités économiques de la Guinée Conakry pour instituer la SAU (Nous entendrons aussi Société anonyme unipersonnelle par le sigle SAU), lequel dispose : « *La société anonyme peut ne comprendre qu'un seul actionnaire* ». Toutes proportions gardées, l'idée de la création de la SAU est une question en débat dans le mouvement de la *corporate governance*. Elle est présentée comme une solution au règne de l'actionariat fictif dans la SA en particulier, ainsi qu'à ses conséquences.

3. Cette approche large de l'unipersonnalité amène à s'interroger sur les raisons de son institutionnalisation.

La société unipersonnelle a été créée pour permettre à l'associé unique de limiter sa responsabilité aux biens qu'il entend affecter à son exploitation (G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 1, 17^{éd.} LGDJ, par M. Germain et L. Vogel). Il ne fait aucun doute que sa création répond au souci des professionnels qui ont toujours souhaité avoir une structure juridique qui limite leur responsabilité, qui assure la pérennité de leur entreprise et qui leur réserve un statut fiscal et social attrayant (P-G. Pougoué, *Fr. Anoukaba, J. Nguebou, Le droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique OHADA*, Collection droit uniforme, PUF 1998, n° 418, p. 187).

Cette argumentation, aussi pertinente soit-elle, ne saurait justifier l'élargissement de l'unipersonnalité aux SA et aux sociétés à responsabilité illimitée.

L'exigence d'un nombre minimum (*historiquement 7 actionnaires pour la création de la SA*) était justifiée par le souci d'élargir l'assiette de la garantie des engagements de la société par les associés. Or, non seulement le caractère illusoire de cette garantie avait été démontré, mais aussi, le maintien de cette condition favorisait le

recours aux actionnaires fictifs pour l'entrepreneur qui voulait bénéficier de cette structure juridique.

Par ailleurs, l'exigence d'un nombre d'associés plus nombreux serait justifiée dans les sociétés de personnes. Compte tenu du fait que le capital social est faible voire insignifiant, la garantie des engagements de la société est assurée par le caractère indéfini de la responsabilité des associés. Ils seraient poursuivis jusque dans leur patrimoine personnel pour désintéresser les créanciers sociaux. Or, admettre l'unipersonnalité dans ces hypothèses, c'est effectivement réduire l'assiette de la garantie des créanciers.

4. Ceci étant, par cette simplification, le législateur OHADA confirme que la structure sociétaire est un instrument au service de l'entreprise ; dorénavant, il faudrait privilégier l'intérêt de l'activité économique au risque de la paralyser à l'aune de la recherche d'une quelconque garantie des associés ou des actionnaires.

Cependant, cet intérêt certain porté sur le choix de l'unipersonnalité peut se révéler illusoire. De plus en plus, les créanciers importants exigent des garanties personnelles dans le fonctionnement des SARL et SA. Aussi, la société unipersonnelle n'est pas à l'abri des procédures collectives OHADA. Or quand l'entreprise est en difficulté, la procédure offre des moyens pour rechercher la responsabilité de l'associé unique qui se cache derrière elle, en le condamnant au paiement total ou partiel du passif social.

5. Ceci amène à distinguer la société unipersonnelle de l'entreprise individuelle. L'entrepreneur individuel exerce son activité professionnelle en son nom et pour son compte. L'entreprise individuelle n'a donc pas de personnalité juridique. Elle se confond avec la personne du commerçant. Cette structure est la plus fréquente dans l'espace OHADA et même en Europe, en raison des avantages qu'elle présente : l'entrepreneur est indépendant et autonome car n'a de compte à rendre à personne, sa constitution et son fonctionnement se font à un faible coût, les contraintes fiscales et comptables sont limitées.

Or la société unipersonnelle consacre la dissociation de la personne de l'associé unique de la société. Chacun garde sa personnalité juridique. Par conséquent, la société jouit des attributs de la personnalité (*un patrimoine, un nom, des droits et des obligations, etc.*). Elle est soumise à une gestion comptable et financière plus rigoureuse. Elle offre à l'associé unique la possibilité d'aménager avec souplesse la gestion et la dévolution de patrimoine.

6. Au-delà de ces avantages et inconvénients, le choix de l'unipersonnalité entraîne des implications tant lors de la création que dans le fonctionnement de la société. Par ailleurs, pour atteindre le but qui préside à sa création, l'unipersonnalité manifeste des attentes. Le droit comparé européen nous révèle que le succès de l'unipersonnalité est conditionné par la mise en œuvre d'une politique

fiscale et sociale favorable. Or dans la construction du droit OHADA, ces pouvoirs relèvent de la souveraineté des États membres. Il est fort à craindre qu'une absence de politique, voire, une disharmonie dans sa définition, puisse réduire l'intérêt porté sur cette forme sociale.

I - Implications de l'unipersonnalité

7. L'associé unique (*On utilisera cette formule qui intégrera à la fois l'associé de la SARL unipersonnelle et l'actionnaire unique de la SA*) peut être une personne physique ou une personne morale. L'associé personne physique n'est pas commerçant ; un mineur, même non émancipé, peut donc l'être. Il n'est pas expressément interdit en droit OHADA à une personne physique d'être associé unique de plusieurs SARL ; de même qu'une autre SARL ne puisse avoir pour associé unique une autre SARL composée d'une seule personne physique ou morale.

Dès lors que l'associé unique choisit la forme de société unipersonnelle, les modalités de la création ainsi que le mode de fonctionnement de celle-ci sont appropriées. Il convient de les relever successivement.

a - À la constitution de la société unipersonnelle

8. Il va de soi que lors de la création d'une société, les associés se réunissent en assemblée constitutive au cours de laquelle le projet sociétaire est bien défini dans toutes ses déclinaisons. À la clôture de celle-ci, ils marquent leur accord en apposant leur signature en bas des statuts sociaux. Il s'agit là de la société conçue comme un contrat.

Quant à la société unipersonnelle (*SARL ou SA*), elle sera créée par décision unilatérale de l'associé unique. Cette société unipersonnelle peut aussi résulter de la réunion de toutes les parts ou actions entre une seule main, qui n'est plus une cause de dissolution de la société (*article 1844-5 C. cv.*). On doit en déduire deux conséquences : la participation du seul associé aux bénéfices et aux pertes n'est vraiment pas concevable ; de même qu'on ne saurait exiger l'*affectio societatis* de l'associé unique.

9. Cependant, l'Acte uniforme maintient un formalisme de rigueur, en ce sens que, l'associé unique doit apposer sa signature sur les statuts, à peine de nullité absolue. La finalité de cette exigence est de garantir l'existence du consentement de l'associé unique (*Il est vrai on peut se demander si le consentement est nécessaire dans un acte unilatéral. L'apposition de la signature en bas des statuts traduit la volonté de l'associé unique à poursuivre cette aventure sociétaire. La nullité ici sanctionne le non-respect d'une formalité obligatoire et non*

l'absence de consentement. Contra, Meman née Thiero Fatimata, La société unipersonnelle dans le droit des sociétés de l'OHADA : une œuvre à parfaire, op. cit, p. 7), et par ailleurs, de permettre à la société d'acquérir la personnalité morale dès l'immatriculation au RCCM (article 315 AUDSGIE).

L'associé unique va effectuer les apports en nature ou en numéraire. La réunion des apports doit représenter le capital social minimum (1 million pour la SARLU, 10 millions pour la SAU). La part sociale doit être d'une valeur d'au moins 5 000 fcfa et l'action doit s'élever à au moins 10 000 fcfa. En cas d'apports en nature et des avantages particuliers stipulés, le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique. Dans le cas particulier de la SARLU, il faudrait tout de même que la valeur de l'ensemble des apports ou avantages considérés soit supérieure à 5 millions fcfa (article 312 al. 2 AUDSGIE), alors que cette exigence n'est pas valable dans les SAU (article 400 al. 1 AUDSGIE).

La société unipersonnelle doit avoir une dénomination sociale qui peut comprendre le nom de l'associé unique. Elle doit avoir un siège.

b - Au cours du fonctionnement de la société unipersonnelle

10. En cours de fonctionnement, des divergences vont apparaître entre la SARLU et la SAU (Pour une vue de l'ensemble de la question, Meman née Thiero Fatimata, *La société unipersonnelle dans le droit des sociétés de l'OHADA : une œuvre à parfaire, op. cit p. 20 et s.*). Cependant, on va noter aussi une convergence entre les deux modalités d'unipersonnalité, notamment, quant aux modalités de prise des décisions collectives.

1 - Aspects divergents

11. Il s'agit des aspects particuliers à chaque forme unipersonnelle.

Dans la SARL unipersonnelle, il faudrait insister sur la gérance de la société unipersonnelle, sur les opérations relatives aux parts sociales.

Le gérant peut être l'associé unique ou un tiers. Il ne se confie pas obligatoirement les fonctions de gérant (*Contrairement à ce qu'affirment les auteurs suivants : P.-G. Pougoué, Fr. Anoukaba, J. Nguebou, Le droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique OHADA, op. cit. n° 420, p. 189*). Mais s'il le fait, il doit veiller à bien séparer les affaires de la société de ses affaires personnelles. Dans le cas contraire, le gérant associé unique s'expose à des poursuites pour abus de biens sociaux ; aussi, on peut lui étendre les procédures collectives. L'associé unique gérant peut s'attribuer une rémunération qui est imposable comme celle des gérants majoritaires. Si l'associé unique est une personne morale, la désignation d'un tiers est indis-

pensable parce qu'une personne morale ne peut pas être gérant.

Chaque année, le gérant, qu'il soit l'associé unique ou un tiers, doit établir un inventaire, des comptes annuels et un rapport de gestion. L'associé unique va approuver ces documents, le cas échéant, après rapport du commissaire aux comptes (article 376 AUDSGIE). Si l'associé unique n'est pas gérant, les comptes et les rapports lui sont adressés par le gérant et l'inventaire est tenu à sa disposition au siège social.

Les articles 317 et s. AUDSGIE organisent la cession et la transmission des parts sociales, sans spécifiquement faire allusion à l'hypothèse d'associé unique. Cependant, on peut en déduire, par un raisonnement a contrario, que la procédure d'agrément est écartée lorsque l'associé unique cède tout ou partie de ses parts sociales à un tiers (article 319 al. 1 AUDSGIE). La cession de la totalité des parts emporte transmission de l'actif et du passif de la société. Par mesure de prudence, l'acquéreur devra stipuler à son profit une clause de garantie du passif.

12. Dans la SAU, l'actionnaire unique a, théoriquement conformément à l'article 494 de l'AUDSGIE, le choix entre le conseil d'administration et l'administrateur général. Mais cette analyse est rapide ; en pratique, le choix n'est pas envisageable, la SAU ne peut être dirigée que par une seule personne physique, individu ou société (*qui désigne alors son représentant*), appelée administrateur général, nommée par l'actionnaire unique et révocable par lui. En effet, le conseil d'administration doit comporter au moins trois personnes (*article 416 AUDSGIE*) ; qui plus est, dans les SA ayant deux à trois actionnaires, la possibilité prévue par l'article 417 AUDSGIE d'avoir un tiers non actionnaire comme membre du conseil s'applique (*article 494 in fine AUDSGIE*). La lecture combinée de ces textes montre que seule la société anonyme pluripersonnelle ayant trois actionnaires présente un intérêt dans le choix des organes de gestion et peut réunir le minimum légal requis de trois administrateurs, tous actionnaires (*la SA ayant plus de trois actionnaires doit obligatoirement avoir un conseil d'administration dont un tiers de membre peut être non actionnaire*). Le conseil d'administration, même réduit à trois actionnaires, ne peut être constitué dans la SAU et dans la SA ayant deux actionnaires ; reste la seule hypothèse d'administrateur général qui devient alors obligatoire (*voir entrées : Société anonyme avec conseil d'administration et Société anonyme avec administrateur général*). L'administrateur général va ainsi cumuler sous sa responsabilité les fonctions d'administrateur et de directeur de la société.

Il n'est pas prévu de règle particulière pour la désignation de l'administrateur général. Il peut être désigné dans les statuts ou par l'assemblée constitutive (*en réalité par une décision de l'actionnaire unique*). L'actionnaire unique peut s'auto-désigner administrateur général ou choisir une autre personne en dehors de lui. Il peut proposer à l'assemblée générale la nomination d'un

administrateur général adjoint (*en réalité, là aussi, il s'agit de sa part de prendre une décision*). Il lui revient de convoquer l'assemblée ordinaire comme l'assemblée générale extraordinaire. En tout état de cause, l'actionnaire unique sera seul à prendre des décisions.

2 - Aspects convergents

13. Aux termes de l'article 347 al. 2 AUDSGIE, « *lorsque la société ne comprend qu'un seul associé, il est fait application des dispositions des articles 558 à 561 du présent Acte uniforme à l'exception de celles des deuxièmes alinéas des articles 558 et 559 ci-après. Il est également fait application des dispositions non contraires du présent chapitre* ».

Une lecture croisée avec l'article 558 et s. AUDSGIE permet de constater que les modalités de prise des décisions collectives sont soumises, en principe, à un régime juridique commun aux deux modalités d'unipersonnalité. Il s'agit des articles 558 à 561 AUDSGIE.

On comprend que les alinéas 2 des articles 558 et 559 AUDSGIE ne soient pas applicables à la SARLU car, il s'agit des dispositions particulières aux SA. Par ailleurs, lorsque le législateur OHADA précise que les dispositions non contraires du présent chapitre sont applicables à la SARLU, on peut en déduire le souci de conserver à chacune des deux formes d'unipersonnalité sa singularité et ce par rapport à la forme pluripersonnelle. En d'autres termes, on serait en présence d'une « mini SARL » ou d'une « mini SA ».

14. L'associé unique dans les deux hypothèses exerce tous les pouvoirs dévolus aux assemblées générales ordinaires et extraordinaires d'associés dans les sociétés pluripersonnelles. Il doit les exercer personnellement et ne peut pas les déléguer à un tiers. Les règles sur la tenue des assemblées (*convocation, participation des associés, majorité*) sont évidemment inapplicables, bien que le législateur OHADA ne les écarte pas expressément. Toutefois, il devra fixer l'ordre du jour des assemblées car, les décisions prises doivent être conformes à ce qui y est inscrit.

C'est à lui que revient la mission d'approuver les comptes sociaux, de décider de la distribution des bénéfices, de modifier les statuts, de dresser les procès-verbaux des délibérations qu'il certifiera conforme. C'est à l'associé unique à approuver les conventions réglementées ou respecter les conventions interdites. Il ne peut donc contracter avec la société à sa guise, bien qu'il possède 100 % du capital social. Lorsque la convention est conclue avec lui, il est seulement fait mention sur le registre des délibérations (*article 355 al. 3*). Cette simplification rend inutile l'établissement d'un rapport par le gérant ou par l'administrateur général, et s'il en existe un, par le commissaire aux comptes. Par ailleurs, le texte ne distingue pas selon que l'associé unique est ou non gérant ou administrateur général.

Les décisions prises par l'actionnaire unique revêtent la forme de procès-verbaux qui sont versés aux archives de la société (*article 560 AUDSGIE*). Cela implique que l'associé unique appose sa signature au bas du document contenant la décision.

L'associé unique doit aussi se charger de publier les décisions qu'il a prises en assemblée dans les mêmes formes que dans une société pluripersonnelle (*voir entrée : Assemblées générales et décisions collectives*).

II - Attentes de l'unipersonnalité

15. Le succès de l'unipersonnalité est conditionné, a priori, par la mise en œuvre d'une politique de vulgarisation efficace. Mais il est certain que, pour un opérateur économique, le choix d'une structure juridique adaptée tient compte principalement de la politique fiscale et sociale avantageuse. C'est ce qui ressort, par ailleurs, des fondements de l'unipersonnalité en Europe (*On peut évoquer les différentes sociétés suivantes : l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) qui est créée par une personne physique qui peut relever soit de l'impôt sur le revenu, soit de l'impôt sur les sociétés ; la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) soumise à l'impôt sur les sociétés ; l'exploitation agricole à responsabilité limitée unipersonnelle (EARL) dans laquelle l'associé est soumis à l'impôt sur le revenu dans le cadre des bénéficiaires agricoles ; la société d'exercice libéral à responsabilité unipersonnelle (SELARL) qui relève de l'impôt sur le revenu, alors que l'associé unique peut opter de manière irrévocable pour l'impôt sur les sociétés si le montant de ses bénéfices le justifie*). Le législateur OHADA n'aurait pu l'affirmer expressément, ces aspects ne rentrant pas dans son champ de compétence. Il revenait donc aux différents États à compléter l'œuvre de l'OHADA, en accompagnant l'institution de l'unipersonnalité d'une bonne politique fiscale et sociale interne. Toutefois, on doit admettre qu'un silence de la part des États membres dans ce sens, voire dans le meilleur des cas, une politique non harmonisée, pourrait contraindre cette forme sociale à la sclérose.

a - Nécessité d'une politique fiscale favorable

16. Une politique fiscale favorable s'appréciera tant dans la fiscalité imposée à cette forme sociale ainsi qu'à celle accompagnant la cession et transmission des parts sociales à titre universel ou à titre particulier.

Au moment du vote de la loi française du 11 juillet 1985, le gouvernement avait promis l'élaboration d'un régime fiscal et social « neutre par rapport au choix de la forme de l'entreprise ». Cette neutralité va être respectée.

D'après une loi n° 85-1403 du 30 décembre 1985

(*art. 5*), sauf option pour l'impôt sur les sociétés, la société unipersonnelle dont l'associé unique est une personne physique, relève de l'impôt sur le revenu. Les bénéfices réalisés par la société, qu'ils soient distribués ou mis en réserve, sont imposés au nom de l'associé unique et non pas à celui de la société. Le cas échéant, l'associé unique peut imputer le déficit de la société sur ses autres revenus. Il peut déduire du bénéfice imposable les intérêts de son compte courant dans la société, dans les limites admises par le droit fiscal. Il peut adhérer à un centre de gestion agréé et bénéficier des avantages fiscaux correspondants.

L'article 3 du Code général des impôts (CGI) au Cameroun soumet toutes les sociétés à l'impôt sur les sociétés (IS). Sont exceptés, les sociétés coopératives de production, de transformation, conservation et vente de produits agricoles, les syndicats agricoles, les caisses de crédit agricole mutuel (*etc.*), conformément à l'article 4 CGI. Si par la formule « sociétés par actions et SARL » on doit sous-entendre que la SARLU et la SAU du droit OHADA sont ainsi soumises à l'impôt sur les sociétés, il est à relever que ce code ne les envisage pas, et par conséquent, ne leur réserve aucun traitement particulier de faveur.

Dans les dispositions sur l'impôt sur le revenu des personnes physiques (IRPP) (articles 24 et s.), le CGI ne prévoit aucune possibilité de conversion de l'IS à l'IRPP dès lors que la société aurait adopté l'unipersonnalité. Par ailleurs, le taux de l'IS est fixé à 35 % au Cameroun (*Article 17 C.G.I. camerounais*), ce qui est moins avantageux par rapport à l'IRPP qui se situe parfois à 1 % du chiffre d'affaires réalisé dès lors, qu'on se retrouve dans le régime simplifié (*art. 39-2 CGI*). Il serait souhaitable que le gouvernement camerounais accompagne d'une fiscalité adéquate la structure unipersonnelle du droit OHADA des sociétés commerciales et du GIE.

17. En ce qui concerne la cession et transmission des parts sociales, la loi française 85-1403 du 30 décembre 1985 soumet au droit d'enregistrement de 4,80 % la cession de parts des SARLU, sans distinguer suivant que l'opération porte sur la totalité ou une partie des parts. Par cette politique fiscale française, la société unipersonnelle est ainsi destinée à faciliter la transmission de l'entreprise dans des conditions fiscales très avantageuses. Toutefois, dans les sociétés soumises au régime fiscal des sociétés de personnes, si les parts cédées correspondent à un apport en nature remontant à moins de trois ans, les droits de mutation correspondant aux biens apportés sont perçus (*art. 727 C.G.I.*). Au cas de décès de l'associé unique, l'attribution préférentielle peut fonctionner si l'entreprise a un caractère familial.

L'article 343-3 CGI camerounais soumet au taux réduit les cessions d'actions, de parts et d'obligations de sociétés, dont le siège social est dans un pays de la CEMAC. Aucune disposition particulière ne régit la cession et la transmission des parts sociales des SARLU ou des

actions des SAU. Il serait souhaitable que le législateur camerounais régleme sur la question et dans le sens de définir un droit d'enregistrement favorable.

b - Nécessité d'une politique sociale conséquente

18. Il revient dans ce cas à accorder à l'associé unique le bénéfice des avantages sociaux divers qui l'inciteraient à opter pour cette forme sociale.

Le système de sécurité sociale camerounais garantit trois types de prestations sociales : les allocations familiales, les pensions d'assurances vieillesse (*pensions de retraite*), le service de prévention et de réparation des accidents et maladies professionnelles. Ces différentes prestations sont instituées par deux textes d'importance : la loi n° 69/LF/18 du 10 novembre 1969 instituant un régime d'assurance, pensions de vieillesse, d'invalidité et de décès et ses divers modificatifs (*JO 1969, 12.01.*); la loi n° 90/063 du 19 décembre 1990 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 69/LF/18 du 10 novembre 1969 et 84-007 du 4 juillet 1984 instituant un régime d'assurance, de pension vieillesse, d'invalidité et de décès (*JO 1991-01-01, n° 1 suppl. pp. 60-62*).

Dans l'ensemble, la protection sociale camerounaise est loin d'être solide et efficace dans la fourniture des différentes prestations (*A. Okolouma, La protection sociale au Cameroun, Mémoire DEA Sciences économiques, Université de Yaoundé II, 2008*; *J. Kevin Fimbe Bombe, Audit et optimisation des impôts sur salaire : étude menée sur la base du cabinet Clement's Zo SARL, Mémoire DESS en Droit des affaires internationales et fiscalités, Option fiscalité, Université de Yaoundé II, 2007*; *Ambassade de France : « Cameroun. Système de santé et couverture sociale », Mission économique, www.gipspi.org*; *P.G. Pougoué, Cameroun. Situation de travail et protection des travailleurs, www.cameroun.prévoyance.sociale.*). Toutefois, elle est consciente

de ses difficultés et limites ; elle ambitionne modestement de se moderniser, notamment en généralisant la sécurité sociale pour tous d'ici 2013. Aussi, dans un proche avenir, les dirigeants salariés privés camerounais pourraient avoir dorénavant le choix entre la mutuelle privée des cadres et la prise en charge par la CNPS pour les différentes prestations sociales.

Si le système camerounais se révèle aussi embryonnaire, peu sécurisé et vétuste, on comprend qu'il n'ait pas prévu un encadrement particulier de l'associé unique de l'OHADA. On ne peut qu'émettre un vœu, qu'il s'inspire du système social français pour donner longue vie à l'unipersonnalité.

19. En application de la loi 86-87 du 17 janvier 1986 (*art. 11*), l'associé unique français relève des différents régimes sociaux des travailleurs non salariés non agricoles (*assurance vieillesse, assurance-maladie et maternité, allocations familiales*). La loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 (*article 17*) a complété ce régime pour étendre les avantages sociaux au statut de conjoint collaborateur (*allocation forfaitaire de maternité, indemnité de remplacement, régime d'assurance volontaire vieillesse des non-salariés*) aux conjoints des associés uniques de sociétés unipersonnelles qui remplissent les conditions de collaboration professionnelle définies par décret.

20. Cette analyse comparative permet de constater que le choix de la forme unipersonnelle devrait aussi tenir compte de ces atouts sociaux et fiscaux. Comme ces politiques relèvent de la compétence des États membres de l'OHADA, il y a de fortes chances que ces réformes restent lettre morte, ou dans le meilleur des cas, qu'un manque de cohérence dans ces différentes législations ne créent plutôt un flou défavorable à la structure unipersonnelle.

Robert NEMEDEU

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Actionnaire unique 10, 12, 14
Affectio societatis 8
Associé unique 3, 4, 5, 7, 9, 11, 14,
16, 18

C

Corporate governance 2

E

Entreprise individuelle 5

P

Procédures collectives 4, 11

R

RCCM 9

S

SA 2, 3, 4, 8, 13
SARL 1, 3, 4, 7, 8, 11, 13, 16
SARLU 2, 9, 10, 13, 16, 17
SAU 2, 10, 12, 16

Société pluripersonnelle 12, 14

Société unipersonnelle 1, 2, 3, 4, 5,
7, 8, 16

U

Unipersonnalité 1, 3, 4, 6, 13, 15

THÉORIE GÉNÉRALE DES VOIES D'EXÉCUTION OHADA

Table des matières

Bibliographie

Introduction n° 1 à 4

§1 - Droit du créancier à l'exécution forcée n° 5 à 74

A - Nature juridique du droit à l'exécution forcée n° 8 à 12

B - Nature du titre justifiant le droit à l'exécution forcée n° 13 à 14

C - Contours du droit à l'exécution forcée n° 15 à 41

I - Objet du droit n° 16 à 18

II - Assiette du droit n° 19

III - Preuve du droit : le titre exécutoire n° 20 à 27

a - Confirmation de la preuve du droit par le titre exécutoire n° 21 à 23

b - Qualités requises du titre exécutoire n° 24 à 27

c - Modalités du titre exécutoire n° 28 à 37

IV - Limites du droit à l'exécution n° 38 à 41

D - Garanties de l'effectivité du droit n° 42 à 52

I - Rôle de l'État n° 43 à 46

II - Rôle des tiers n° 47 à 51

III - Protection du droit à l'exécution n° 52

§2 - Protection des intervenants autres que le créancier n° 53 à 75

A - Protection du débiteur n° 54 à 70

I - Admission d'un principe général de protection du débiteur n° 55

II - Règles de protection du débiteur n° 56 à 70

a - Règles protégeant la personne du débiteur n° 57 à 66

b - Autres règles de protection du débiteur n° 67 à 70

B - Protection des tiers n° 71 à 75

I - Admission de l'opposabilité au saisissant, d'un droit propre sur le bien saisi n° 72

II - Action en distraction n° 73 à 75

§3 - Intervention du juge dans l'exécution n° 76 à 96

A - Cas d'ouverture à l'intervention du juge n° 77 à 90

I - Urgence n° 78 à 81

II - Autorisation de saisir n° 82

III - Difficultés d'exécution n° 83

IV - Nature du bien n° 84 à 86

V - Suspension de l'exécution n° 87 à 90

B - Compétence du juge n° 91 à 96

I - Compétence territoriale n° 92

II - Compétence matérielle n° 93 à 96

- ANOUKAHA (F.) et TJOUEEN (A.D.), *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution*, PUA, 1999 ;
- ASSI-ESSO (A.-M.H.) et DIOUF (N.), *OHADA, Recouvrement des créances*, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2002 ;
- BATOUM (F.P.M.), *La saisie-vente dans la législation OHADA ou le sacre de l'insolvabilité ?*, *Juridis périodique* n° 74, p. 71 ;
- DEHARO (G.), *Ce qu'exécuter veut dire... Une approche théorique de la notion d'exécution*, *Droit et procédures*, n° 4, 2005, p. 208 ;
- FERRAND (F.), *La fondamentalisation de l'exécution forcée*, in *Le droit de l'exécution forcée*, S/D C. Brenner, EJT, 2007, p. 13 ;
- FOMETEU (J.), *Le juge de l'exécution au pluriel ou la parturition au Cameroun de l'article 49 de l'Acte Uniforme portant voies d'exécution*, R.I.D.C. n° 1/2008, p. 19 ;
- KUATE TAMEGHE (S.S.), *Délicatesse, convivialité, humanité... et voies d'exécution*, *Juridis périodique*, n° 62, p. 41 ;
- LE CORRE (P.-M.) et DJIDARA-DECAIX (S.), *Les obstacles résultant des procédures collectives et du surendettement*, in *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, S/D Anne Leborgne et E. PUTMAN, EJT, 2009, p. 53 ;
- MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D.) et THOUVENOT (S.), *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, 2004 ;
- MOUSSA (T.), *Les obstacles temporels à l'exécution forcée : délais, moratoires, et prescription*, in *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, S/D Anne Leborgne et E. Putman, EJT, 2009, p. 33 ;
- POUGOUÉ (P.G.) et TEPPI KOLOKO (F.), *La saisie-attribution des créances en OHADA*, PUA, 2005 ;
- POUGOUÉ (P.G.) et TEPPI KOLOKO (F.), *La saisie immobilière dans l'espace OHADA*, PUA, 2005 ;
- POUGOUÉ (P.G.) et KUATE TAMEGHE (S.S.), (sous la direction de), *Les Grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, L'Harmattan, 2010 ; Code annoté OHADA, Juriscope, 2008.
- SOH (M.), *Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit pour ne pas payer ses dettes*, *Juridis périodique* n° 51, p. 89 ;
- TCHAKOUA (J.-M.), *L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA : regard sur une construction inachevée à partir du cadre camerounais*, RASJ, vol.6, n° 1, 2009, p. 12 ;
- WANDJI KAMGA (A.D.), *Le droit à l'exécution forcée, réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse de droit en cotutelle, Université de Yaoundé II et Université de Limoges, 2009 ;

1. On est loin de la loi des XII Tables, qui autorisait le créancier à se faire justice lui-même sur la personne de son débiteur, en le saisissant et en le détenant pendant plusieurs jours après lesquels si la dette n'était pas payée par les parents ou amis du prisonnier, celui-ci était réduit en esclave et adjugé à son créancier pour être vendu au marché des esclaves, lui et sa famille, jusqu'au paiement intégral de sa dette. Cette loi barbare qui autorisait les créanciers à mettre à mort leur débiteur commun et à le dépecer pour se partager les morceaux a donc vécu (*M. et J.B. DONNIER, Voies d'exécution et procédures de distribution, 6^e éd., 2001, n° 16, note n° 10, p. 6*). L'exécution sur la personne n'est plus, en matière civile, qu'un lointain souvenir. Seule la matière pénale en a gardé trace, par le biais de la contrainte par corps. Le droit de l'exécution a déplacé son centre d'intérêt, de la personne du débiteur vers ses biens. Dans cette logique, il a organisé des saisies destinées à permettre que ces biens soient placés sous mains de justice pour être vendus, leur prix étant alors affecté au paiement des créanciers (*Trois principales saisies exécutoires étaient connues à l'époque ; il s'agit de la saisie-exécution, de la saisie-arrêt et de la saisie immobilière*). Ces saisies connaissent leur première codification en France en 1806. Puis l'on observe qu'au fil des ans, de nouvelles saisies sont créées et ajoutées aux anciennes (*Il en est ainsi de la saisie-arrêt des rémunérations du travail, des procédures de recouvrement directes des pensions alimentaires, etc. cf. J. VINCENT et J. PREVAULT, Voies d'exécution et procédures de distribution, 17^e éd. Dalloz, 1993, n° 11, p. 5*). Si l'amoncellement de ces saisies pouvait se justifier par la nécessité d'adapter les mesures d'exécution à l'évolution de la composition de l'actif du patrimoine du débiteur considéré dès 1804 par les articles 2092 et 2093 du Code civil comme le gage général de ses créanciers, il a cependant conduit à une absence de cohésion dans l'ensemble du droit de l'exécution. Pour cette raison, il paraît évident que ce droit est resté pendant longtemps, un droit purement technique. Ce reproche a, à n'en pas douter, disparu avec la grande réforme intervenue en France en 1991 et 1992 (*M. TENDLER écrit que « les travaux préparatoires de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution montrent bien que l'ambition des rédacteurs du Code était de codifier de manière cohérente les textes de nature législative et réglementaire concernant toutes les procédures civiles d'exécution »*. cf. *R. Tendler, Les Voies d'exécution, Ellipses, 1998, p. 5*).

2. Cette réforme a, à son tour, fortement inspiré le droit OHADA, car l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution en a repris la substance. Dans tous les cas, cette réforme est arrivée à point nommé, dans la mesure où, « pour le bon fonctionnement du système juridique, et par conséquent pour l'harmonie de la société, il est périlleux de négliger les voies d'exécution »

(*G. WIEDERKEHR, préface de l'ouvrage de R. Tendler, op. cit. p. 3*). Elle est survenue à un moment où la modernisation des économies dictait une relecture de l'ensemble des règles juridiques qui influent d'une manière ou d'une autre sur elles. Dans cette logique, il fallait penser les voies d'exécution non plus comme des mesures isolées censées permettre au créancier de recouvrer sa créance, mais comme un ensemble cohérent, sous-tendu par une certaine philosophie dont la définition devait être le prérequis. Cette exigence d'une définition de philosophie générale ne doit pas surprendre : « le droit de l'exécution, comme toutes les autres branches du droit, ne peut faire l'économie d'une interrogation théorique sur les raisons d'être et les finalités des règles applicables » (*M. et J.B. DONNIER, avant propos de la sixième édition, ibid*), car « ces règles ne sont pas neutres ; elles sont le résultat de choix aussi importants que ceux qui guident le législateur dans des matières réputées nobles » (*M. et J.B. DONNIER, Ibid*). Dès lors, il ne peut plus, aujourd'hui se bâtir sans qu'aient été définis les objectifs dont il est censé permettre la réalisation. En ce qui concerne le droit OHADA en général, ces objectifs ont été clairement affirmés. En effet, dès lors que « l'idée de sa création est partie de la constatation qu'il y avait un ralentissement des investissements et un manque de confiance des opérateurs économiques occidentaux vis-à-vis de l'Afrique » (*L. YARGA, L'OHADA, ses institutions et ses mécanismes de fonctionnement, Revue burkinabé de droit, n° spécial n° 39-40, p. 37, Ohadata D-05-37*), il fallait créer un droit régional des affaires, unique, moderne et adapté, susceptible de favoriser le développement, autrement dit un droit régional contribuant à l'instauration d'une sécurité juridique et judiciaire à même de stimuler les investissements indispensables au développement économique et social des États de la zone ou de l'aire OHADA (*F. M. SAWADO, Les actes uniformes de l'OHADA, aspects techniques généraux, ohadata D-05-40*).

Pour dire les choses autrement, la promotion des investissements est la justification première de la création du droit OHADA, ce qui a fait dire à un auteur, que « l'entreprise est au centre du corpus législatif OHADA » (*K.L. JOHNSON, ohadata, D-04-09*). Cette promotion passe par un environnement juridique et judiciaire sécurisé, dans la mesure où « aucune activité économique durable ne peut raisonnablement être entreprise, si les règles du jeu que constituent les normes juridiques ne sont pas connues, précises, correctement appliquées et dotées d'une certaine stabilité » (*P. MEYER, La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA, Ohadata D-06-50*). Cette mission globale du droit OHADA s'est traduite dans le Traité lui-même dont le préambule est plus qu'expressif et dans les Actes uniformes.

3. En ce qui concerne le droit de l'exécution, il est clair qu'il constitue un des leviers essentiels sans lequel l'objectif poursuivi ne peut être atteint (*En ce sens : F.*

E ONANA, *L'incidence du droit communautaire sur le droit interne de l'exécution des décisions de justice dans les États parties : cas du Cameroun, Obadata D-05-04*. De fait, « toute l'économie en est tributaire : le crédit suppose la confiance, mais, celle-ci en la matière repose sur les chances que le créancier a d'obtenir, quoiqu'il advienne, avec un minimum de difficultés, le paiement de son dû » (G. WIEDERKEHR, *préface, préc.*). D'ailleurs, il est aisé de confirmer ce propos. D'une part, depuis son entrée en vigueur, l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution est celui qui fournit, de loin, le plus grand volume du contentieux OHADA, tant devant les juridictions nationales du fond, que devant la Cour Commune de justice et d'Arbitrage. D'autre part, la qualité de l'exécution constitue un indice essentiel de classement des pays dans le rapport annuel *Doing Business* de la Banque mondiale. Pour ce rapport, sont pris en considération entre autres, la durée et les coûts de l'exécution. Plus celle-ci est longue et/ou coûteuse, moins le pays étudié est considéré comme offrant un climat propice aux affaires ; il est alors, selon la gravité de la situation, placé au bas du classement.

4. Il en résulte que, au moins autant que pour les autres matières, la définition des règles du droit de l'exécution a été orientée par des considérations économiques liées à la recherche de l'attractivité du climat des affaires. Cependant, à la suite des conquêtes contemporaines des droits fondamentaux, les paradigmes des procédures civiles d'exécution ont changé ; « le curseur s'est déplacé... » (L. CADIET, *l'exécution des jugements, entre tensions et tendances, in La justice civile au vingtième et unième siècle, Mélanges P. Julien, Edilalix, 2003, p. 52*). Aujourd'hui, il est impossible de faire prévaloir à tout moment l'intérêt de l'investisseur sur tous les autres intérêts qui peuvent entrer en conflit avec lui. De toute manière, l'investisseur a besoin de consommateurs. Un investisseur qui n'a point de consommateurs serait un roi sans sujets. Dès lors, il est clair que les deux sont interdépendants et qu'il faut élaborer le droit de l'exécution en se souvenant que le marché dont on cherche la promotion a deux maillons, c'est-à-dire, au fond, en recherchant un certain équilibre entre l'investisseur, créancier potentiel et le consommateur, débiteur en puissance. D'ailleurs, dans la vie de tous les jours, tous les investisseurs ne sont-ils pas tantôt créanciers, tantôt débiteurs ? Dans la recherche de cet équilibre (A. NDZUENKEU, *L'OHADA et la réforme des procédures civiles d'exécution en droit africain : l'exemple du Cameroun, Juridis périodique n° 50, p. 113*), on doit se souvenir « que les moyens les plus contraignants restent inefficaces pour le créancier, lorsque le débiteur est véritablement hors d'état d'exécuter, et que, s'il n'en est pas encore là, un excès de précipitation et de rigueur peut l'y conduire instantanément. Il est donc souvent de l'intérêt même du créancier, de faire preuve d'une certaine patience et de beaucoup de mesure envers

son débiteur » (G. WIEDERKEHR, *préface, préc.*). Selon toute vraisemblance, les rédacteurs de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution adopté à Libreville le 10 avril 1998 se sont bien attelés à rechercher cet équilibre. Cela peut s'observer à travers la reconnaissance de l'idée d'un droit à l'exécution forcée au profit du créancier (§1), contrebalancée par la reconnaissance de l'idée d'un principe général de protection du débiteur, qui s'accompagne naturellement de celle de la préservation des droits des tiers (§2). Bien évidemment, au milieu de ces intérêts antagonistes, seule une intervention accrue du juge peut permettre de préserver le point d'équilibre ainsi trouvé (§3).

§1 - Droit du créancier à l'exécution forcée

5. Le 19 mars 1997, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt devenu célèbre pour les juristes intéressés par les questions liées aux voies d'exécution. En effet, saisie d'une affaire dans laquelle les autorités grecques ne s'étaient pas conformées aux arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes et du conseil d'État grec, la CEDH a consacré un droit à l'exécution forcée en intégrant l'exécution forcée comme un élément du procès équitable régi par l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/Grèce, D. 1998, p. 78, note N. FRICERO*). Pour elle, « pourquoi (cet article) décrirait-il en détail les garanties de procédure – équité, publicité, célérité – accordées aux parties s'il ne protégeait pas, dans le même temps, la mise en œuvre des décisions judiciaires ? Une telle dissociation créerait des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit et l'on peut se satisfaire que l'exécution ait, enfin, la considération qu'elle mérite : l'exécution d'un jugement ou arrêt de quelque juridiction que ce soit doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du « procès » au sens de l'article 6 » (CEDH, 26 septembre 2006, *Société de gestion du port de Campoléro et société fermière de Campoléro c/France, citée par G. Debaro, Ce qu'exécuter veut dire... Une approche théorique de la notion d'exécution, Droit et procédures, n° 4, 2005, p. 208*). L'argumentaire des juges européens relève de la pure logique. Le droit à un procès équitable « serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie » (G. Debaro, *préc.*). Réalité imparable s'il en est : il ne servirait à rien d'entourer la procédure civile de toutes les garanties (rapidité, impartialité, contradiction, publicité) si la décision qui va en résulter peut être neutralisée par la volonté ou l'inertie de l'État et de ses organes délégués du pouvoir de l'exécuter.

De fait, une décision passée en force de chose jugée, ou tout autre titre exécutoire consacrant un droit que le titulaire ne peut rendre effectif ressemblerait à un monument érigé dans une rue abandonnée, soustrait du regard des contemplateurs. De cette réalité, la Cour européenne a tiré inspiration pour décider que les principes fondamentaux de la procédure ne s'appliquent pas uniquement durant la période préalable à la décision, et qu'elles sont également applicables pendant la procédure d'exécution. Elle a ainsi consacré le droit à l'exécution forcée.

6. La question peut se poser quant à la reconnaissance d'un tel droit dans le contexte OHADA. Une réponse affirmative ne devrait susciter aucune difficulté. Tout d'abord, d'un point de vue substantiel, plusieurs instruments internationaux applicables dans la zone OHADA reprennent les éléments du procès équitable tels que prévus par l'article 6 de la Convention EDH. Tel est le cas de l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, pour lequel « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue ». Ce droit inclut notamment, poursuit l'article 7, « le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur, le droit de la défense, y compris celui de se faire assister par un défenseur de son choix et, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale ». Tel est également le cas de l'article 14, alinéa 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, consacré au droit à un procès équitable. Ensuite, d'un point de vue processuel, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a reçu, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, compétence générale pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du Protocole lui-même, et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés (*La saisine de la Cour est régie par l'article 5 du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Selon ce texte, ont qualité pour la saisir, la Commission, l'État partie qui a saisi la Commission, l'État partie contre lequel une plainte a été introduite, l'État partie dont le ressortissant est victime d'une violation des droits de l'homme, et les organisations intergouvernementales africaines. En outre, lorsqu'un État partie estime avoir un intérêt dans une affaire, il peut adresser à la Cour une requête aux fins d'intervention. Enfin, la Cour peut permettre aux individus et aux organisations non gouvernementales (ONG) dotées du statut d'observateurs auprès de la Commission d'introduire des requêtes directement devant elle*). Cette compétence devrait lui permettre de garantir l'effectivité du droit à un procès équitable (A. D. Wandji Kamga, *Le droit à l'exécution forcée, réflexion*

à partir des systèmes juridiques camerounais et français, Thèse de droit en cotutelle, Université de Yaoundé II et Université de Limoges, 2009, pp. 168 et s.), lequel inclut selon la Cour européenne le droit à l'exécution forcée.

De ces dispositions, il résulte qu'un raisonnement analogue à celui mené par la Cour européenne des droits de l'homme peut aisément être conduit. D'ailleurs, de façon plus directe et immédiate, on peut observer que même si les dispositions d'application générale de l'Acte uniforme OHADA relatif aux voies d'exécution, n'énoncent pas expressément un droit à l'exécution forcée, elles révèlent que les rédacteurs du texte reconnaissent, au moins implicitement, l'existence de ce droit. L'article 28 de l'AUPSRVE, qui est la première disposition consacrée aux voies d'exécution, est assez révélateur de cette reconnaissance. Il dispose en effet qu'à « défaut d'exécution volontaire, tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créance, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard... ».

7. Le droit du créancier à l'exécution forcée ne fait donc pas de doute dans la zone OHADA. Il s'agit d'un droit recelant une particulière importance tirée de sa nature juridique (A), du fait qu'il est reconnu, quel que soit le titre exécutoire détenu par le créancier (B) et du fait qu'il offre au créancier, toutes les utilités (C) et les garanties (D) nécessaires au succès de l'exécution.

A - Nature juridique du droit à l'exécution forcée

8. Le premier problème susceptible d'être soulevé par le droit du créancier à l'exécution forcée est celui de sa nature juridique. La question s'est en effet posée de savoir si le droit à l'exécution forcée est un droit fondamental ou un droit subjectif. À ce débat, la doctrine répond qu'il s'agit d'un droit de nature hybride en ce sens qu'il peut être classé dans chacune des deux catégories (A.D. WANDJI KAMGA, *Thèse, op. cit. pp. 163 et s.*).

9. D'une part en effet, le droit à l'exécution est un droit fondamental pour au moins deux raisons. La première est que ce droit découle, ainsi qu'on a pu le voir, du droit à un procès équitable dont il est désormais partie intégrante aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans l'arrêt *Lunari*, ladite Cour affirme que le droit à l'exécution fait partie du droit à un tribunal. Dans des termes univoques, elle déclare qu'il faut s'assurer que le requérant à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion avait bénéficié du droit à un tribunal « dont le droit à l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, fait partie intégrante » (CEDH, *Lunari c/Italie, citée par A.D. WANDJI KAMGA, Thèse, op. cit., pp. 163 et s.*). La conclusion s'impose donc : si, aux yeux de la Cour européenne le droit à un procès équitable est un droit fondamental, le

droit à l'exécution en est forcément un lui aussi, dans la mesure où il en est partie intégrante. La seconde raison est tirée de l'ancrage constitutionnel de ce droit. Dans certains pays de la zone OHADA, il est possible de trouver un fondement constitutionnel au droit à l'exécution. Dans les préambules des constitutions, il n'est pas rare de voir affirmer le droit à la justice dans des termes très expressifs. Dans le cas du Cameroun, la formule est claire : « la loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice ». À quoi servirait-il de reconnaître un droit à la justice si celui-ci va s'épuiser avec le prononcé de la décision ? Au vrai, l'œuvre de la justice n'est complète que lorsque le droit reconnu par le tribunal est concrétisé au profit de celui des protagonistes auquel le juge a attribué le gain du procès. En d'autres termes, le droit à la justice reconnu aux citoyens serait un droit insuffisant s'il ne se prolongeait pas jusqu'à l'exécution de la décision obtenue. À partir de ces deux principaux fondements, on peut affirmer que le droit à l'exécution est bien un droit fondamental (*Sur l'ensemble de la question : F. FERRAND, La fondamentalisation de l'exécution forcée, in Le droit de l'exécution forcée, S/D C. BRENNER, Actes du Ve colloque organisé par la revue Droit et procédures, 27 et 28 avril 2007, EJT, 2007, p. 13*).

10. D'autre part, plusieurs éléments permettent d'affirmer que le droit à l'exécution forcée est un droit subjectif. En effet, « le droit subjectif serait un intérêt juridiquement protégé » (*H. Kelsen, Théorie pure du droit, D. 1962, p. 180*), cette protection consistant « en ce que l'ordre juridique attache à la violation de cet intérêt, une sanction, autrement dit : en ce qu'il établit une obligation juridique de ne pas léser cet intérêt, tel par exemple le cas de l'obligation juridique du débiteur de restituer au créancier le prêt qu'il a obtenu de lui » (*H. Kelsen, ibid*). Appliquée au droit à l'exécution, on peut penser que l'intérêt juridiquement protégé qui ne doit pas être lésé est double : à un niveau global, cet intérêt pourrait être la soumission des justiciables aux titres auxquels la puissance étatique a conféré le caractère exécutoire et, à un niveau plus bas, l'obligation d'exécuter mise à la charge de la partie qui a perdu le procès. Analysé sous le prisme du droit subjectif pris comme pouvoir juridique, le droit à l'exécution est bien un droit subjectif. En effet, dans la théorie de Kelsen, « le droit individuel – qui n'est qu'un réflexe d'une obligation juridique – est muni du pouvoir juridique de son titulaire de faire valoir par voie d'action en justice ce droit-réflexe (*Pour comprendre la notion de droit-réflexe : cf. H. Kelsen, op. cit. p. 177. Cet auteur écrit notamment à propos du droit de propriété, que « ce que l'on appelle domination exclusive d'une personne sur une chose se ramène à ceci que l'ordre juridique exclut de la disposition de la chose toutes autres personnes que le propriétaire. La « domination du propriétaire n'est juridiquement que l'effet réflexe de cette exclusion des autres personnes »*), c'est-à-dire « la non-exécution de l'obligation dont ce droit est le réflexe » (*H. Kelsen, op. cit., p. 177*). Car ce « pouvoir juridique est une don-

née distincte de l'obligation que son exercice doit faire valoir ; c'est seulement dans l'exercice de ce pouvoir juridique que l'individu apparaît comme sujet d'un droit distinct de l'obligation juridique » (*H. Kelsen, op. cit., p. 182*). Ces propos de Kelsen mettent en évidence la distinction qu'il faut établir entre le droit substantiel et le droit d'agir en justice pour défendre ledit droit. En effet, la titularité d'un droit confère le pouvoir de défendre ce droit devant les tribunaux. Par conséquent, le droit subjectif substantiel permet la naissance d'un autre droit subjectif : le droit subjectif processuel. Ce dernier permet de saisir le tribunal aux fins d'examen de toute contestation relative au premier. Lorsque, au bout du compte, le gain du procès est attribué à l'une des parties, cela signifie que cette partie est définitivement consolidée dans la titularité du droit qui était querellé au début du procès. Cette consolidation l'investit d'un nouveau droit subjectif devant lui permettre de transformer en réalité concrète la titularité juridiquement reconnue : il s'agit du droit à l'exécution.

De toute manière, le droit à l'exécution forcée fonde bien aujourd'hui la saisine du juge. Même si pour l'instant il ne s'agit que du juge communautaire, il n'en demeure pas moins, que devant ce juge, c'est bien le pouvoir juridique conféré par ce droit qui justifie la recevabilité des demandes.

11. Par ailleurs, on peut observer que toutes les conceptions du droit subjectif envisagées par Kelsen débouchent sur une issue commune : la sanction. En effet, aussi bien lorsque celui-ci est considéré comme un intérêt juridiquement protégé que comme un pouvoir juridique, l'idée de sanction est présente (*Le pouvoir d'agir en justice, conféré par le droit subjectif tend à obtenir la sanction de la non exécution de l'obligation. Même lorsque le droit subjectif est considéré comme une autorisation positive par une autorité, l'idée de sanction demeure présente. En effet, écrit Kelsen, on parle de droit ou de droit subjectif, dans le cas où l'ordre juridique fait dépendre une certaine activité (...) d'une autorisation qui doit être donnée par un certain organe de la collectivité, par une autorité (...). L'exercice de l'activité en question sans cette autorisation (...) est défendue, c'est-à-dire placée sous sanction* ». p. 186). D'ailleurs le critère de la sanction est également présent chez des auteurs contemporains comme Malaurie et Aynes (*P. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Introduction générale, Defrénois, 2004, n° 42, p. 37*). Ces éminents auteurs proposent que l'on considère que le droit subjectif « est un avantage (un avoir) et une prérogative opposable à autrui, au besoin par la contrainte ». La même idée apparaît de façon plus lointaine chez Aubert. Celui-ci définit le droit subjectif comme « l'attribution, par la règle de droit, d'un pouvoir d'imposer, d'exiger ou d'interdire (*Il est évident qu'en l'absence d'obéissance spontanée de la part des tiers vis-à-vis de ce pouvoir, son titulaire peut utiliser la contrainte*), considéré comme utile à la personne prise à la fois comme individu et comme

acteur de la vie sociale » (J.-L. AUBERT, *Introduction au droit, et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 11^e éd., 2006, n° 187, p. 189). Dans la compréhension que lui donne la Cour européenne, il est clair que le droit à l'exécution est un droit subjectif qui confère à son sujet actif qu'est le créancier l'autorisation légale de recourir à la force pour l'exécution. Cette autorisation doit être mise en œuvre par l'État alors considéré comme sujet passif du droit à l'exécution (*On peut légitimement hésiter lorsqu'on évoque la question du sujet passif du droit à l'exécution. En effet, tout porte à croire que ce sujet est le débiteur. En effet, ce sont ses biens qui, en définitive vont être saisis ; c'est lui qui subit les effets de l'exercice de ce droit. Au vrai, cela ne signifie pas que c'est contre lui que s'exerce le droit. Plutôt, comme on l'a relevé, lorsqu'un justiciable détenteur d'un titre exécutoire n'a pas pu obtenir satisfaction, il s'en prend à l'État qui a failli dans l'accompagnement auquel il avait droit du fait de la détention de ce titre. Dès lors, il apparaît que c'est cet État qui est le débiteur du droit à l'exécution. Au total, on comprend que le risque de confusion provient de ce que le droit à l'exécution met en jeu trois personnes : le détenteur du titre exécutoire qui est de ce fait créancier du droit à l'exécution ; le débiteur de l'obligation d'aider ce créancier à concrétiser le droit consacré par ce titre et le débiteur de ce dernier droit dont le patrimoine est l'assiette sur laquelle va, en définitive, s'exercer à la fois le droit à exécution et le droit constaté dans le titre*). En effet, il résulte spécialement des alinéas 1 et 3 de l'article 29 de l'AUPSRVE que l'Administration est tenue de prêter son concours à l'exécution des décisions et des autres titres exécutoires (*Selon une jurisprudence abondante du Conseil d'État français, cette autorisation confère au justiciable nanti d'une décision judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire, ou de tout autre titre exécutoire « le droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a ainsi été délivré ». Ainsi, pour lui, « l'État est tenu de prêter son concours à l'exécution des jugements et autres titres exécutoires. Le refus de l'État de prêter son concours ouvre droit à réparation ». CE, 30 mars 1966, JCP 1966, II, p. 15000 ; D. 1966, jurispr., p. 582 ; CE, 29 mars 2002, JCP 2002, II, p. 10179*). Et, pour revenir à l'idée de sanction, la carence ou le refus de l'État de prêter son concours engage sa responsabilité.

12. Au total, le droit à l'exécution forcée peut bien épouser les contours d'un droit subjectif, quelle que soit au demeurant l'approche que l'on aurait de cette notion. En outre, ce droit existe quand bien même le titre exécutoire n'aurait pas été précédé d'un procès dont il serait partie intégrante.

B - Nature du titre justifiant le droit à l'exécution forcée

13. La deuxième question que suscite le droit à l'exé-

cution forcée est celle de la nature des titres exécutoires qui le justifient. Ce droit doit-il être reconnu pour tous les titres exécutoires, étant entendu que certains ne sont pas obtenus à la suite d'un procès ? La question est née de l'extension par la Cour européenne des droits de l'homme du droit à l'exécution forcée à un acte authentique dans une situation qui prêtait le flanc à la discussion. En l'espèce, la créancière, de nationalité portugaise, avait consenti par acte notarié, un prêt garanti par une hypothèque sur l'immeuble de l'emprunteur. Or pour le recouvrement, elle devait encore, selon le Code de procédure civile de son pays, introduire une action en exécution devant le juge (*Affaire Estima Jorge c/Portugal, 21 avril 1998, RTDCiv 1998, 993*). Dans un tel cas de figure, on peut hésiter à considérer que le titre exécutoire est toujours l'acte notarié, puisque l'exécution est finalement confiée à une juridiction. Quelle serait la situation pour un pays dont la loi considère que les actes notariés se suffisent à eux-mêmes pour l'exécution ? Dans ces pays, le juge n'intervient que lorsqu'une difficulté apparaît lors de l'exécution. Par conséquent, le droit à un tribunal n'ayant pas véritablement été mis en œuvre pour la consécration du droit dont l'exécution est poursuivie, on ne peut, apparemment, sans forcer le sens des mots, affirmer que le droit à l'exécution dont va se prévaloir le créancier a découlé de son droit à un tribunal.

14. En réalité, il ne serait pas incongru de l'affirmer pour trois raisons essentielles. Tout d'abord, l'onction juridictionnelle est toujours requise pour les titres exécutoires extrajudiciaires dont l'exécution est subordonnée à l'apposition de la formule exécutoire. Celle-ci n'implique pas la saisine de la juridiction et la conduite d'un procès dont le caractère équitable va dépendre sur l'exécution, mais, ce procès est présumé par la délégation que la loi a faite aux autorités publiques habilitées à délivrer de tels titres. Ensuite, à l'égard des titres exécutoires de plein droit, c'est encore la loi qui doit être appelée à la rescousse ; si celle-ci a estimé qu'elle devait dispenser le porteur d'un tel titre du procès, cela signifie que ce dernier est également présumé. Dès lors, on ne doit pas le placer dans une situation moins favorable. Enfin, on peut constater que le critère qui a justifié la création du droit à l'exécution forcée est celui du temps qui s'est écoulé entre l'obtention du titre exécutoire et la concrétisation du droit du créancier, ou si l'on préfère, celui du délai raisonnable d'exécution. Pour la Cour européenne, lorsque ce temps est très long, cela signifie que l'exécution n'a pas été équitable, de même que le procès n'est pas équitable lorsque le temps qui s'est écoulé entre la saisine du tribunal et le prononcé de la décision est très long. Le parallèle est logique, l'exécution étant la suite naturelle du procès. Mais, cela ne signifie pas qu'il faut procéder à l'assimilation de l'exécution au procès. Simplement, ce dernier offre des principes que la première emprunte dans l'intérêt du créancier. Entre autres, il offre le principe de célérité,

grâce auquel ce créancier amène à la réalité matérielle la réalité juridique consacrée par le titre exécutoire. Dans ces conditions, que l'exécution emprunte des principes dans une situation particulière où elle n'a pas été précédée d'un procès ne devrait pas choquer. Ce qui étonnerait, au contraire, c'est que l'on reconnaisse de façon discriminatoire le droit à l'exécution, en l'attribuant aux titulaires de titres exécutoires judiciaires et en le reniant aux titulaires de titres extrajudiciaires (*Le professeur Fricero justifie la reconnaissance du droit à l'exécution pour ces derniers titres par le développement des modes alternatifs de résolution des litiges. V. N. FRICERO, La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen, in Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. NORMAND, Litec, 2003, p. 175*). Au total, cela signifie qu'il ne faut nullement établir une discrimination entre les titres exécutoires. Toutes les fois que l'exécution n'est pas conduite dans un délai raisonnable par la faute des organes étatiques qui en ont la charge, cet État engage sa responsabilité vis-à-vis du créancier, sur le fondement d'un droit à l'exécution (*Dans le même sens : A.D. WANDJI KAMGA, Thèse, op. cit., p. 185. Cet auteur écrit que l'extension du droit à l'exécution forcée aux titres exécutoires extrajudiciaires oblige les parties à « respecter les engagements qu'elles prennent, surtout lorsqu'elles les font valider par une autorité publique notamment le juge ou le notaire »*) dont les contours sont assez intéressants pour le créancier.

C - Contours du droit à l'exécution forcée

15. L'étude des contours du droit à l'exécution postule la détermination de son objet (I), celle de son assiette (II) celle de sa preuve (III) et celle de ses limites (IV).

I - Objet du droit

16. Le droit à l'exécution forcée est reconnu à tout créancier pour lui permettre de contourner la défaillance du débiteur. Il en résulte que la créance apparaît comme l'objet du droit. Dans cette logique et réciproquement, le défaut de créance priverait le droit à l'exécution d'objet. Au vrai, il serait absurde d'envisager qu'un droit à l'exécution puisse être reconnu à une personne qui n'est pas créancière ; une telle reconnaissance serait aussi inutile qu'arbitraire. Cette affirmation relève de la banalité. En effet, le titre exécutoire n'est concevable que s'il consacre un droit au profit d'une personne contre une autre. La difficulté ne peut donc provenir de la reconnaissance de la qualité de créancier, celle-ci étant un complément indissociable de la créance : une créance ne peut exister sans créancier.

17. Ce qui est susceptible de générer quelque difficulté c'est plutôt la nature du droit reconnu dans le titre exécutoire. Par des termes généraux, l'article 28 AUPSRVE

tend à laisser penser que les créances de toute nature sont susceptibles de faire l'objet d'une exécution forcée. Cette approche est pertinente. En effet, la reconnaissance d'un droit à exécution ne saurait être discriminatoire. Elle doit pouvoir profiter à toute personne créancière, afin de lui permettre d'obtenir de son débiteur sur le même fondement, la concrétisation du droit consacré par le titre exécutoire. Il en résulte que, titulaire d'une obligation de payer une somme d'argent, de donner, de faire ou de ne pas faire, le créancier devrait pouvoir obtenir de son débiteur une exécution forcée. Cela signifie-t-il que toute créance dès lors qu'elle existe fonde le droit à l'exécution ?

D'un point de vue théorique, une réponse affirmative s'impose. Ce droit profite à tout créancier, dès lors que la loi n'a établi aucune discrimination. Deux éléments permettent de le confirmer. D'une part, on peut relever que l'Acte uniforme OHADA relatif aux voies d'exécution a créé une voie d'exécution particulièrement efficace pour les créanciers d'une obligation de délivrance ou de restitution. Celle-ci, créée pour faire pendant à la procédure simplifiée tendant à la délivrance ou à la restitution d'un meuble corporel déterminé, et organisée par les articles 218 et suivants est appelée saisie-appréhension (*Cette saisie peut être précédée d'une saisie-revendication, laquelle constitue la phase conservatoire de la saisie-appréhension*). D'autre part, on peut observer que même lorsque l'article 1142 du Code civil français de 1804 encore applicable dans la plupart des pays francophones de l'OHADA et dont le contenu n'a pas été modifié par la réforme des procédures civiles d'exécution intervenue en France en 1991 et 1992, dispose que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », la jurisprudence française affirme la primauté de l'exécution en nature sur l'octroi de l'indemnité. Dans cette logique, elle considère que pour une obligation de faire, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution lorsque celle-ci est possible (*Cass. civ. 3^e : 11 mai 2005, JCP 2005, II, 10152, note Bernheim-Desvaux ; dans le même sens : Cass. civ 1^{re} : 16 janv. 2007, JCP 2007, I, n° 161, note Mekki*). Ce n'est que lorsque cette exécution en nature s'avère impossible qu'elle recourt au palliatif des dommages et intérêts.

18. Malgré ces efforts de généralisation du droit à l'exécution forcée, on peut remarquer que la mise en œuvre directe de ce droit n'est pas possible pour toutes les créances ; dans certains cas, il est impossible d'obtenir une exécution forcée en nature, mais plutôt une exécution par équivalent. Au vrai, ce n'est que lorsque le créancier poursuit le recouvrement d'une somme d'argent que l'exécution forcée en nature est véritablement efficace. Dans les autres cas, on sera obligé de passer par une contrainte indirecte telle que les dommages et intérêts ou les astreintes, lesquels constituent des créances de sommes d'argent.

II - Assiette du droit

19. Le droit à l'exécution s'exerce contre l'État, ainsi qu'il a été relevé. Pour son créancier, il tend à obtenir de l'Administration, qu'elle lui fournisse les moyens de contrainte pour obliger le débiteur identifié par le titre exécutoire à s'exécuter. Dans la quasi-totalité des cas, il s'agira d'accompagner le créancier dans l'exercice des procédures de saisie. Or celles-ci s'exercent sur les biens du débiteur. Par conséquent, on peut affirmer que l'assiette définitive sur laquelle va s'exercer le droit à l'exécution est bien l'actif du patrimoine du débiteur de l'obligation consacrée par le titre exécutoire. Cette approche est confirmée par une lecture combinée des articles 28 et 29 AUPSRVE. Faut-il le rappeler, ces dispositions consacrent le pouvoir pour le créancier de contraindre le débiteur défaillant à s'exécuter, en même temps qu'elles exigent de l'État qu'il prête son concours pour cette contrainte et précisent l'ordre dans lequel les biens du débiteur doivent être saisis (*L'article 28, alinéa 2 dispose en effet que « sauf s'il s'agit d'une créance hypothécaire ou privilégiée, l'exécution est poursuivie en premier lieu sur les biens meubles et, en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur les immeubles ». v. infra*). Tout converge donc vers les biens du débiteur de l'obligation contenue dans le titre exécutoire.

À l'intérieur de cette assiette, l'exercice du droit d'exécuter paraît guidé par le seul intérêt du créancier poursuivant. Ainsi, par rapport aux procédures qui lui sont offertes, il a le libre choix de la mesure d'exécution à exercer ; il peut, en cas de besoin, exercer successivement plusieurs mesures ou les cumuler. Par rapport aux biens contenus dans l'assiette, deux règles majeures permettent de comprendre l'étendue des pouvoirs du créancier exerçant la contrainte contre son débiteur. La première qui résulte des articles 2092 et 2093 du Code civil français de 1804 est celle selon laquelle les biens présents et à venir du débiteur constituent le gage commun de ses créanciers. Quant à la seconde, elle émane de l'article 50 AUPSRVE, aux termes duquel « les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers... » (*L'alinéa 2 de l'article 50 permet même la saisie des créances conditionnelles, à terme ou à exécution successive, pourvu que le créancier poursuivant accepte de se soumettre aux modalités affectant ces créances*). Ces deux règles, permettent donc au créancier de saisir quelque bien que ce soit qui appartiendrait au débiteur et, en cas d'épuisement de l'actif, d'attendre patiemment que celui-ci se reconstitue pour revenir à la charge. Cependant, le pouvoir du créancier qui fait ainsi irruption dans l'actif patrimonial du débiteur n'est pas illimité. Il est encadré par plusieurs autres règles, notamment celles relatives à la subsidiarité de la saisie immobilière, à l'abus du droit de saisir, aux biens protégés par la loi au moyen de l'insaisissabilité, etc. (*V. infra.*)

III - Preuve du droit : le titre exécutoire

20. Le droit à l'exécution est indissociable du titre exécutoire. En effet, c'est ce titre qui lui sert de support en ce sens que c'est son caractère exécutoire qui oblige l'État à prêter main-forte à celui qui le porte. Trois questions peuvent être posées au sujet du titre exécutoire. La première amène à confirmer l'hypothèse selon laquelle ce titre est la preuve du droit à l'exécution. Ne peut-on pas envisager de le considérer plutôt comme la source de ce droit ? (a) La deuxième question est relative aux qualités que doit receler ce titre (b). La troisième, plus simple à résoudre, est celle des modalités du titre exécutoire (c).

a - Confirmation de la preuve du droit par le titre exécutoire

21. On peut se demander si le titre exécutoire permet simplement de prouver l'existence du droit à l'exécution ou si c'est lui qui donne naissance à ce droit. La question conduit de façon inéluctable à s'interroger sur la source du droit à l'exécution. On a déjà vu que le droit à l'exécution forcée est né du droit à un procès équitable et, spécialement, du droit à un tribunal ; on en a déduit que cette origine en fait un droit fondamental. Mais, on a également vu que le droit à l'exécution peut être aisément aligné au rang de droit subjectif. Dans cette optique, la question posée prend tout son sens : ce droit découle-t-il du droit dont l'exécution est poursuivie ou tout au moins du droit d'agir en justice pour le défendre ?

22. Pour répondre à cette interrogation, il faut se rappeler que le droit d'agir en justice est, en principe, reconnu au titulaire du droit substantiel lorsque celui-ci est contesté par un tiers (*Sur cette question, v. J. FOMETEU, L'exigence processuelle d'un intérêt légitime à agir, Cahiers Juridiques et Politiques, Revue de la FSJP/UN, n° 1, p. 137*). On peut en déduire que, à la suite du droit d'agir en justice, le droit à l'exécution se rattache au droit substantiel ; il permet alors à celui dont le droit est contesté et que la justice a rétabli dans sa titularité, de concrétiser ce rétablissement. Dans cette logique, le droit à l'exécution peut se présenter comme un prolongement, voire un avatar du droit d'agir en justice ; et que dans tous les cas, il découle du droit substantiel qui a fondé la saisine d'un tribunal.

En retour il faut se rappeler qu'il existe des titres exécutoires extrajudiciaires. Cela signifie qu'il ne faut sans doute pas rattacher le droit à l'exécution au droit d'agir en justice. Pour autant, le lien avec le droit substantiel n'est pas rompu. En effet, on peut très bien considérer que le droit à l'exécution émane de la titularité du droit substantiel contenu dans le titre exécutoire. Le lien entre le droit substantiel et le droit à l'exécution paraît assez direct : le deuxième naît de la nécessité pour le créancier

de concrétiser le premier ; si ce deuxième ne lui est pas reconnu, le premier risque de demeurer à jamais lettre morte... Dans cette logique où le droit à l'exécution est consubstantiel à un droit antérieurement reconnu au porteur du titre exécutoire, ce dernier constitue un simple élément de preuve de ce droit nouveau.

23. La conclusion serait différente si l'on considère que le droit à l'exécution n'existe que parce que le titre constatant le droit substantiel a été reconnu comme exécutoire. En d'autres termes, si un titre contenant un droit substantiel ne revêt pas un tel caractère, le droit à l'exécution ne peut être reconnu à celui qui le porte. Dans cette logique, tout porte à croire que ce droit est rattaché non pas au droit contenu dans le titre, mais au titre lui-même et spécialement au caractère exécutoire de ce titre. Le titre est alors la source du droit à l'exécution. Ce raisonnement ne manque pas de séduire. D'une part, il emporte le suffrage d'une doctrine autorisée. Selon le Professeur Perrot en effet, le titre exécutoire « opère novation et tire toute son autorité de lui-même » (*R. PERROT, RTD civ. 1998, p. 750, cité par E. PUTMAN, Note critique sous Com, 3 mai 2006, Droit et procédures, http://revue.lex-act.fr ; apparemment dans le même sens : M. et J.-B. DONNIER, qui écrivent que « l'exécution est indépendante de la dette et s'appuie sur un titre exécutoire (...) » ; cf. n° 188, p. 64*). Pour cette opinion, le titre occulte la source de l'obligation dont il est censé permettre l'effectivité. Il devient la source du droit à l'exécution forcée. D'autre part, ce raisonnement séduit parce qu'il prend en considération le fait que le titre est exécutoire précisément parce qu'il présente la « qualité procédurale requise (à savoir) la force de chose jugée » (*G. DEHARO, préc.*). Cette prise en compte fait alors penser que le droit à l'exécution pourrait se rattacher à l'imperium grâce auquel les décisions judiciaires ont force exécutoire.

Néanmoins, ce raisonnement est fragile. À bien réfléchir, on peut observer d'une part, que le titre exécutoire se borne à constater le droit de recourir à l'exécution forcée (*A. D. WANDJI KAMGA, op. cit. p. 25*). D'autre part, on peut remarquer que le titre exécutoire ne peut être détaché du droit substantiel qu'il consacre. Ce titre n'est que le support de ce droit ; il est devenu exécutoire parce que le droit présentait aux yeux de l'autorité qui lui a conféré ce caractère, toutes les qualités requises pour être implémenté contre le débiteur par la force. Dans de telles conditions où le titre est lui-même dépendant du droit, il peut paraître artificiel de lui rattacher le droit à l'exécution. Celui-ci reçoit un ancrage plus solide s'il est rattaché au droit substantiel lui-même. Par conséquent, on peut considérer que le titre n'est pour lui qu'un instrument de preuve.

b - Qualités requises du titre exécutoire

24. Le titre exécutoire doit réunir toutes les conditions

pour permettre une exécution effective. À cet égard, il doit satisfaire à un certain nombre d'exigences.

25. La première, qui a été érigée en principe directeur du droit de l'exécution forcée est le principe de nomination du débiteur par le titre (*S. GUINCHARD et T. MOUSSA (S/D), Droit et pratique des voies d'exécution, Dalloz/Action, 2004/2005, n° 111.31, par F. RUELLAN*) encore appelé *principe de personnalisation du débiteur dans le titre exécutoire*. Selon ce principe, le titre doit contenir une condamnation personnelle du débiteur (*A. LEBORGNE, note sous : Cass. civ. 1^{er}, Civ. 2^e, 17 novembre 2005, Droit et procédures, http://revue.lex-act.fr*). Il doit être « exécutoire à l'encontre d'une personne déterminée » (*M. et J.-B. DONNIER, op. cit. n° 187, p. 64*). Cette exigence conduit à examiner de près la situation des personnes morales en rapport avec les personnes physiques qui la constituent. Si c'est la personne morale qui est visée par le titre, elle seule doit subir l'exécution. Lorsque par exemple le titre exécutoire est dirigé contre la société, celui-ci ne peut permettre la saisie des biens personnels d'un associé, même en cas de solidarité (*Cass. civ. 2^e, 19 mai 1998, RTDCiv. 1998, p. 750, obs. R. PERROT*). Pour qu'un tel titre puisse permettre la saisie des biens personnels des associés, le créancier doit en amont, inclure lesdits associés comme défendeurs à la procédure de sorte qu'ils soient condamnés en même temps que la société. Cette exigence est incontestable parce que, en l'absence d'une désignation précise du débiteur, l'exécution peut présenter des incertitudes pour le créancier et des risques pour les tiers intéressés (*Civ. 2^e, 19 mai 1998, Bull. civ. II, n° 161 ; D. 1998, jurispr. p. 405, concl. av. gén. P. Tatu*). Le même raisonnement a été appliqué à des époux, au titre de la solidarité légale qui les lie traditionnellement : le titre exécutoire pris à l'encontre d'un époux en recouvrement d'une dette ayant pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, n'emporte pas le droit de saisir les biens de son conjoint, à défaut de titre exécutoire pris contre celui-ci (*Pour une saisie pratiquée pour le recouvrement d'une créance contenue dans un jugement correctionnel prononcé contre un conjoint : Tribunal régional hors classe de Dakar, Jugement n° 160 du 23 janvier 2001, Omar Guèye c/Aminata Dramé, Marietou Dione, Malick Sèye, Ohadata J-05-94*), les deux époux fussent-ils tenus solidairement des dettes de ménage (*Civ. 2^e, 28 oct. 1999, Bull. civ. II, n° 163 ; Civ. 1^{re}, 3 avr. 2001, Bull. civ. I, n° 92*).

Cette exigence ne résulte en réalité d'aucun texte. Selon une doctrine autorisée, elle est implicite mais nécessaire, « au nom d'une conception dualiste de la dette : il ne faut pas confondre, dit-on, le droit de créance, fût-il de source légale, et le droit de poursuivre matériellement l'exécution, qui ne se conçoit que d'une façon très concrète, pour une dette clairement individualisée » (*V. R. PERROT, RTD civ. 1998, p. 750, cite par E. PUTMAN, préc.*). Cette conception est basée sur l'idée que le titre exécutoire opère novation et qu'il tire

son autorité de lui-même. Si la question de la source de son autorité est difficilement discutable, celle de la novation qui est invoquée pour justifier l'obligation de personnalisation du débiteur dans le titre prête à discussion. Dans le silence de la loi, il est beaucoup plus logique de penser qu'il faut remonter à la source de l'obligation pour déterminer la qualité de débiteur qui présuppose ou implique son identification. Pour le dire autrement, le titre constatant la créance définit le débiteur de celle ; et ce n'est pas son caractère exécutoire qui y change quoi que ce soit. Celui-ci ne lui apporte rien. D'ailleurs, lorsque l'article 28 AUPSRVE dispose que le créancier peut contraindre son débiteur à s'exécuter, il semble se référer aux parties prenantes à l'obligation constatée dans le titre, laquelle fournit le droit à l'exécution forcée dont le titre est la preuve.

Au total, si l'exigence de la personnalisation du titre est incontestable, le fondement qui lui est attribué est discutable.

26. La deuxième qualité que doit présenter le titre est qu'il doit comporter une condamnation explicite contre celui à l'encontre de qui l'exécution forcée est poursuivie. Ainsi, a été cassé un arrêt qui, pour valider une saisie, avait admis que même si la décision servant de fondement aux poursuites ne contenait pas formellement de condamnation, elle permettait cependant de déterminer, sans ambiguïté, les obligations qu'elle décide (*Civ. 2^e, 21 mars 2002, Bull. civ. II, n^o 56*). On en déduit que la condamnation contenue dans le titre ne peut avoir un caractère imprécis ou implicite (*A. LEBORGNE, note préc.*).

27. La troisième est, en quelque sorte, sa spécialité. En effet, le titre doit préciser la dette pour laquelle l'exécution est poursuivie. En d'autres termes, il doit confirmer l'existence de la dette et en préciser le montant. Il est alors, par la suite, impossible de lui substituer un autre titre lors de l'exécution. Chaque créance doit faire l'objet d'une condamnation distincte et d'une procédure spécifique. Dans cette logique, lorsqu'une saisie a été pratiquée sur le fondement d'un titre exécutoire constatant une dette déjà remboursée, le créancier ne peut obtenir le paiement d'une autre dette existant entre le débiteur et lui, sur la base du même titre (*Civ. 2^e, 24 mars 2005, obs. E. PUTMAN, Droit et procédures, <http://revue.lexact.fr>*). Cette solution se justifie amplement. Le caractère exécutoire du titre est l'aboutissement d'un processus qui a commencé par une situation contractuelle ou non, génératrice de la dette, qui a éventuellement fait l'objet d'un procès portant sur une demande déterminée. Dans de telles conditions, admettre une substitution de titre serait ouvrir la porte à des abus de la part des créanciers.

c - Modalités du titre exécutoire

28. Au moins deux critères peuvent être utilisés

pour procéder à la classification de titres exécutoires. Le premier est celui de l'exigence ou non de la formule exécutoire pour l'exécution du titre. À la faveur de ce critère, on distingue les titres qui ne sont exécutoires qu'après l'apposition de la formule du même nom et les titres qui recèlent une force exécutoire intrinsèque et qui, de ce fait, sont dispensés de la formule exécutoire. En application de ce critère, on classerait les titres en deux catégories correspondant à la nécessité ou non de la formule. Dans chacune des catégories, on intégrerait des titres judiciaires et des titres extrajudiciaires. Le second critère est celui de l'autorité émettrice ou signataire du titre. Il permet en effet de les classer, lui aussi, en deux catégories : les titres exécutoires judiciaires et les titres exécutoires extrajudiciaires. Dans chacune des catégories, on range des titres dispensés de la formule exécutoire et ceux qui ont une force exécutoire intrinsèque. On le remarque, tout donne à croire que les deux critères se valent. Tout avantage conféré à l'un vaudrait pour l'autre et réciproquement, tout reproche dirigé vers l'un vaudrait pour l'autre. Toutefois, le choix du critère de la nécessité ou non de la formule exécutoire offre l'opportunité d'effectuer quelques développements généraux relatifs à cette formule à côté de la typologie même des titres sur lesquels elle doit être apposée et de celle des titres qui en sont dispensés.

29. De fait, l'exigence de la formule exécutoire pour certains titres résulte des droits nationaux des États parties à l'OHADA. Au Cameroun et au Mali par exemple, elle résulte respectivement des articles 11 de la loi n^o 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire (*L'article 11 de la loi camerounaise relative à l'organisation judiciaire dispose in limine, que « les expéditions des arrêts, jugements, mandats de justice ainsi que les grosses et expéditions des contrats et tous actes susceptibles d'exécution forcée, sont revêtus de la formule exécutoire (...) »*) et 507 du Code de procédure civile (*L'article 507 du code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali est ainsi commencé « Nul jugement, nul acte ne pourra être mis à exécution s'il n'est revêtu par un mandement aux officiers de justice (...) »*). Par conséquent, si le titre nécessitant la formule est issu des instances nationales, l'apposition de cette formule obéit aux prescriptions du droit national. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une décision rendue par la CCJA, les articles 20 du Traité de l'OHADA et 46, alinéa 1 du Règlement de procédure devant cette Cour doivent être jetés dans le débat. Selon le premier de ces textes, « les arrêts de la Cour commune de justice et d'arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des États parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales... ». Pour ne s'intéresser qu'à la force exécutoire conférée aux arrêts de la CCJA par cette disposition, on comprend qu'elle permet d'empêcher aux États parties de soumettre les arrêts de la CCJA à la procédure d'exequatur, mais ne les

dispense pas de la formalité de la formule exécutoire. En effet, selon l'article 46, alinéa 1 du Règlement de procédure sus-cité, « l'exécution forcée des arrêts de la Cour est régie par les règles de la procédure civile en vigueur dans l'État sur le territoire duquel elle a lieu. La formule exécutoire est apposée, sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'autorité nationale que le Gouvernement de chacun des États Parties désignera à cet effet et dont il donnera connaissance à la Cour ». De l'avis pertinent du Professeur Tchakoua, la « domestication de la formule exécutoire est injustifiée dans un espace où le pouvoir de juger est communautarisé et les voies d'exécution uniformisées » (J.-M. TCHAKOUA, *L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA : regard sur une construction inachevée à partir du cadre camerounais*, RASJ, vol. 6, n° 1, 2009, p. 12). En effet, il se peut que ladite formule soit obtenue dans un ou plusieurs pays et pas dans un ou plusieurs autres, que, dans l'intention de nuire, les autorités nationales chargées de l'apposer ne s'exécutent pas ou encore, que sans refuser de l'apposer, l'autorité qui en est chargée laisse traîner la procédure sans doute parce qu'il existe une collusion entre le débiteur et elle. Ces inquiétudes trouvent un début de réponse à l'article 29 de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, qui oblige l'État à prêter son concours à l'exécution des décisions de justice et autres titres exécutoires. Mais, ce dispositif n'est pas satisfaisant dans la mesure où la mise en œuvre de la responsabilité de l'État devant nécessairement durer un certain temps, le débiteur va pouvoir bénéficier d'un répit, se déroband ainsi à la force contraignante de la décision qui l'a condamné. Il faudrait envisager que la formule exécutoire puisse être apposée par une instance communautaire et notamment le greffe de la CCJA ou, pourquoi pas, que pour les arrêts de la CCJA, l'on se passe de cette formule.

Celle-ci est donc incontournable, en l'état actuel du droit, lorsque le titre la requiert pour être exécutoire. Pour un tel titre, c'est elle qui ordonne au débiteur de se soumettre et à l'huissier ou agent d'exécution de recourir à tous les moyens nécessaires ou utiles pour poursuivre ladite exécution. Il en résulte que la seule apposition de la formule exécutoire confère à l'officier de justice mandaté par la loi le pouvoir d'utiliser tous les moyens légaux, pour obtenir l'exécution du titre dont il est porteur (V. CEDH, *aff. Platakou c./ Grèce*, arrêt du 11 janv. 2001, *Droit et procédures*, n° 4, 2001, J. 60, p. 233, obs. J.-P. Marguénaud. Cet auteur écrit que « l'huissier de justice est détenteur d'une parcelle de puissance publique ») et qu'il peut, à l'opposé, refuser de procéder à l'exécution du titre s'il n'est pas porteur de l'expédition revêtue de la formule exécutoire (Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1992, *Bull. civ.*, I, n° 194).

30. Pourtant, l'examen de la jurisprudence révèle qu'il ne faut rien exagérer au sujet de cette formule. En effet, une doctrine autorisée écrit que « si la formule

exécutoire est un complément très important du titre exécutoire, elle n'en est pas un élément absolument essentiel (...) car la véritable source de la force exécutoire réside non dans la formule, mais, dans l'original même de l'acte ou du jugement considéré dont elle n'est elle-même qu'un relais, un organe de transmission » (M. et J. B. Donnier, *op. cit.* n° 182, p. 60). Pour le confirmer, la jurisprudence française a jugé qu'une irrégularité de la formule exécutoire n'entraîne pas la nullité de la signification (Civ. 2^e, 11 oct. 1963, *Bull. Civ.*, II, n° 216 ; Soc., 16 juin 1965, *Bull. Civ.*, IV, n° 470), encore moins du jugement (Crim., 20 avr. 1849, DP 1949, 5, p. 261) lorsqu'elle est sans conséquence sur le sens et la portée de ladite formule. En revanche, elle admet que l'irrégularité de la formule entraîne la nullité des actes d'exécution (Req., 19 sept. 1866 : DP 1867, 1, p. 440 ; Soc., 16 juin 1965 *préc.*). Cela signifie que la Cour de cassation « reconnaît une valeur informative à la formule, mais refuse d'en faire une formule sacramentelle » (G. Deharo, *Ce que exécuter veut dire... une approche théorique de la notion d'exécution*, *Droit et procédures*, juillet 2005, <http://revue.lex-act.fr>) dès lors que l'omission ou l'irrégularité est sans conséquence et que l'intéressé a été correctement informé (Civ. 2^e, 11 oct. 1963, *préc.*). On peut donc penser, en définitive, que la formule exécutoire se borne à informer le débiteur du caractère exécutoire du titre qui la porte.

31. En ce qui concerne la typologie des titres exécutoires qui nécessitent la formule exécutoire pour être exécutés, on peut les classer en deux catégories. Dans la première, on peut ranger les titres exécutoires définitifs et ceux qui ne sont exécutoires que par provision.

32. Relativement aux titres exécutoires définitifs, l'article 33 AUPSRVE cite les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire, les actes et décisions juridictionnelles étrangers, et les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties. Cette première catégorie appelle peu de commentaires.

33. Il paraît évident que les décisions juridictionnelles auxquelles il est fait allusion sont aussi bien celles émanant de la Cour commune de l'arbitrage que celles rendues par les juridictions des États membres de l'OHADA. Quant aux décisions juridictionnelles étrangères, on vient de relever qu'elles doivent être soumises à exequatur avant leur exécution.

34. Eu égard aux procès-verbaux de conciliation signés du juge et des parties, ils mettent en exergue la promotion par les systèmes judiciaires des modes alternatifs de résolution des litiges. Ils sont connus aussi bien du droit OHADA (*Les procès verbaux de conciliation peuvent notamment intervenir après qu'une opposition ait été formée suite à la signification d'une décision d'injonction de payer, de délivrer ou de resituer ; Cf. sp. les articles 12 et 26 AUPSRVE*) que des Codes de

procédure civile nationaux (*Tel est notamment le cas du Cameroun (articles 3 et 4 CPC), du Mali (article 3, CPC), du Burkina Faso (article 453 CPC).*

35. Relativement aux titres exécutoires par provision, il importe d'abord de confirmer qu'il s'agit bien de ceux qui peuvent faire l'objet d'une exécution provisoire. Il importe ensuite de préciser que ces titres reçoivent la formule exécutoire par anticipation, c'est-à-dire sans attendre que la décision ait acquis force de chose jugée. Les problèmes qui peuvent être soulevés à leur égard concernent moins leur énumération et l'admission de l'exécution des droits qu'ils consacrent que la question des défenses à exécution qui leur est étroitement liée. En effet, on admet, dans les traditions juridiques francophones, que les titres par définition exécutoires par provision sont les ordonnances rendues en référé ou sur requête (*Il faut préciser que les ordonnances de référé ou sur requête sont dispensées de la formule exécutoire lorsqu'elles sont exécutoires sur minute*). On admet ensuite que la loi puisse énumérer certaines matières qui constituent alors avec ces ordonnances, le domaine de prédilection de l'exécution provisoire (*Cependant, une doctrine autorisée estime que le droit à l'exécution ne peut être reconnu que pour une décision qui tranche définitivement une contestation. Elle en déduit que les ordonnances de référé et les décisions exécutoires par provision ne confèrent pas un droit protégé par la Convention européenne des droits de l'homme. Cf. N. Fricero, La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen, préc. Une telle thèse ne peut être soutenue au regard de l'Acte uniforme relatif aux voies d'exécution qui consacre expressément en son article 32, le droit de poursuivre l'exécution en se fondant sur un titre exécutoire par provision*). À partir de ces certitudes, on comprend que lorsque le juge d'instance a ordonné l'exécution provisoire de sa décision, cette exécution peut être entreprise dans les mêmes conditions que celle qui serait effectuée sur le fondement d'un titre définitif. Dans cette logique, les rédacteurs de l'AUPSRVE ont cru bien faire en déclarant à l'article 32, que : « à l'exception de l'adjudication des immeubles, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision. L'exécution est alors poursuivie aux risques du créancier, à charge pour celui-ci, si le titre est ultérieurement modifié, de réparer intégralement le préjudice causé par cette exécution sans qu'il y ait lieu de relever de faute de sa part ». Ils ont, par cette disposition, fourni à la Cour commune de justice et d'arbitrage un prétexte pour empêcher l'octroi des défenses à exécution par les Cours d'appel nationales dans les hypothèses où le droit OHADA est en cause. Dans l'affaire des époux Karnib (*CCJA, arrêt n° 002/2001 du 11 oct. 2001, Juridis Périodique, n° 54, p. 102, note S. Souop.*), cette Cour a en effet, estimé que l'article 32 de l'Acte Uniforme « n'autorise aucune interruption de l'exécution ». Elle a alors été fortement critiquée (*V. notamment : C. Dogue, Une nouveauté déplorable : la*

prohibition des défenses à exécution provisoire, Obadata, D-02-23 ; dans le même sens : S. Souop, note préc.). Peu de temps après, elle a atténué sa jurisprudence (*Telles sont les leçons à tirer n° 12, 13 et 14/2003, du 19 juin 2003 de la CCJA, Juridis Périodique n° 58, commentaire F. Teppi Kolloko et S. Souop, p. 107 à 118*) en prônant une distinction selon que l'exécution forcée est engagée ou non. Dans le premier cas, une Cour d'appel nationale ne peut plus interrompre l'exécution au moyen de défenses à exécution provisoire. Si de telles défenses sont ordonnées, elles contreviennent à l'article 32 et la CCJA va casser l'arrêt y relatif et ordonner la continuation de l'exécution. Dans le second en revanche, la Cour d'appel conserve le pouvoir de les ordonner.

Malgré la création de cette nuance, tout porte à croire que la CCJA donne à l'article 32 un champ plus large que celui visé par les rédacteurs de l'Acte uniforme. Comme l'écrit un auteur, l'article 32 consacrait une « solution classique » (*A. M. Assi Ezzo, commentaire de l'AUPSRVE, in Code annoté OHADA, Juriscope, 2008*) ; il n'avait pas pour objet de réglementer les défenses à exécution provisoire. Il visait simplement à préciser, d'une part, qu'en cas d'exécution provisoire, le créancier prenait un risque qu'il devait ultérieurement assumer en cas d'infirmité par le juge d'appel du jugement exécuté, en réparant le préjudice subi par la victime de l'exécution au moyen d'une *restitutio in integrum*. D'autre part – c'est le plus important –, il visait à interdire au juge saisi du procès tendant à remettre les parties au même et semblable état où elles se trouvaient avant l'exécution provisoire, de rechercher une faute de la part de celui qui a procédé à ladite exécution (*Cela ne signifie pas qu'une faute ne peut pas être commise lors d'une exécution provisoire. Celle-ci serait alors une attitude ou un comportement distinct du simple fait de l'exécution*). Autrement dit, les rédacteurs du texte recherchaient apparemment trois objectifs. Le premier consistait à préciser la charge des risques de l'exécution provisoire. De manière univoque et logique, cette charge incombe au créancier. Le deuxième était de réglementer la principale conséquence d'une modification ultérieure du titre exécuté à titre provisoire : l'obligation de réparer intégralement le préjudice causé par cette exécution. Le troisième était l'encadrement cette obligation de réparer le préjudice né de l'exécution provisoire en précisant qu'elle doit être mise en œuvre sans qu'il y ait lieu de relever une faute de la part du bénéficiaire de l'exécution provisoire (*V. Sur l'ensemble de la question : J. Fometeu, Note sous CCJA, arrêt n° 8/2006 du, 09/03/2006, Les Grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage, L'Harmattan, 2010, p. 469*). Curieusement, en prenant prétexte du verbe « poursuivre » employé par les rédacteurs de l'Acte Uniforme, la CCJA a conclu que l'article 32 n'autorisait pas les juridictions nationales à accorder des défenses à exécution provisoire dès lors que celle-ci a commencé. Pourtant, ainsi que l'écrit fort opportunément M. Ouattara, « l'expression poursuivre (devait) être entendue au sens de entreprendre ou mettre en œuvre » (*A. Ouattara, La*

législation ivoirienne sur les défenses à exécution provisoire à l'épreuve du droit communautaire de l'OHADA relatif aux voies d'exécution : survivance ou extinction ? OHADATA D-07-05). Elle ne devait nullement être considérée dans sa connotation littéraire qui renvoie au verbe « continuer » et qui peut se comprendre comme une action engagée qui doit être conduite jusqu'à son terme. Car en toute occurrence, lorsque l'exécution provisoire risque d'entraîner des conséquences excessives, elle doit pouvoir être arrêtée par le premier président de la Cour d'appel. Certains droits nationaux des États membres de l'OHADA vont dans ce sens (*V. notamment : art. 181 et 182 Code de procédure civile ivoirien sur les défenses à exécution et art. 4 de la loi camerounaise n° 97/018 du 7 août 1997 modifiant celle n° 92/008 du 14 août 1992 relative à l'exécution des décisions de justice en matière non répressive*). Cette solution n'a rien de choquant. Au contraire, elle permet simplement de tenir compte du fait que dans l'exécution forcée effectuée en attente de la confirmation de la décision au fond comme dans toute autre exécution forcée, certaines considérations peuvent justifier qu'elle soit provisoirement stoppée.

36. La deuxième grande catégorie est constituée des titres dispensés de la formule exécutoire. Le premier exemple est fourni par ce que l'article 33 appelle « décisions auxquelles la loi nationale de chaque État partie attache les effets d'une décision judiciaire ». On vise essentiellement dans ce groupe de titres, les actes contractuels ou unilatéraux de l'Administration « car celle-ci jouit du privilège exorbitant de se délivrer à elle-même des titres exécutoires » (*M. et J. B. Donnier, op. cit. n° 186, p. 63*). Un exemple type est fourni par les contraintes délivrées les administrations fiscales et les organismes de sécurité sociale. La jurisprudence camerounaise en a d'ailleurs fourni un exemple. En effet, selon l'article 10, alinéa 5 de l'ordonnance n° 73/13 du 22 mai 1973 portant organisation de la prévoyance sociale telle que modifiée par la loi n° 2001/17 du 18 décembre 2001, les cotisations dues à l'organisme de prévoyance sociale par les employeurs sont émises liquidées et recouvrées par l'administration fiscale, dans les mêmes conditions et délais que ceux prévus par le Code général des impôts. Un tribunal en a déduit que la décision de l'une des Commissions par lesquelles cet organisme liquide et recouvre lesdites cotisations, « bien qu'elle ne soit pas une décision juridictionnelle, (elle) constitue une décision à laquelle la loi nationale attache les effets d'une décision judiciaire » (*TPI Dschang, ord. n° 12 du 12 avril 2001, Juridis périodique n° 48, p. 67. Cependant, l'existence d'un recours contre une contrainte émise par ces administrations devrait être suspensive de leur exécution. Par conséquent, une contrainte attaquée par un tel recours ne devrait pas constituer un titre exécutoire. V. par ex. TGI de la MIFI (Bafoussam), jugement n° 35/civ. du 2 avril 2002, Affaire U.C.C.A.O. c/C.N.P.S, Ohadata J-04-229. Ce tribunal camerounais déclare « qu'en l'espèce, la contrainte n° 064/98 du 28 janvier 1998,*

fondement de la saisie attribution du 27 octobre 1998 faisant l'objet d'un recours pendant devant la commission provinciale de la prévoyance sociale de l'ouest à Bafoussam et déclaré recevable par ladite commission par jugement rendu le 23 décembre 1999, ne saurait être considérée comme un titre exécutoire au sens de l'article 153 AUSPRVE). En fait, pour le dire de façon lapidaire, les titres exécutoires ressortissant de cette catégorie disposent d'une force exécutoire intrinsèque (*V. également, pour une contrainte de l'administration fiscale : TPI Dschang, ord référé n° 1/ADD, du 6 oct 2003, OHADATA J-05-113*).

37. C'est d'ailleurs dans la même logique qu'il faut situer les titres exécutoires sur minute, expressément visés par l'article 33 AUPSRVE, à côté de la référence faite à ceux qui doivent être revêtus de la formule exécutoire. Il s'agit essentiellement de certaines ordonnances de référé ou sur requête pour lesquelles le juge ordonne parfois l'exécution sur minute. Dans ce cas en effet, l'ordonnance peut être exécutée immédiatement au seul vu de la minute, sans qu'il soit nécessaire de lever la grosse, ni même de procéder à une signification. Dans ces conditions, on estime que l'apposition de la formule par le greffe n'ajoute rien à la force exécutoire de la décision.

IV - Limites du droit à l'exécution

38. Le droit à l'exécution forcée est limité à la fois sur le plan matériel et sur le plan juridique.

39. En ce qui concerne les limites matérielles, elles relèvent « moins de l'exercice du droit à l'exécution forcée que de son effectivité » (*O. Salati, « Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolutions », Présentation du colloque Droit et procédures, Faculté de droit d'Aix-en-Provence, le 24 avril 2009, Droit et procédures, <http://revue.lex-act.fr>*). Ces limites gravitent autour de l'idée de l'accès par le créancier à l'information. En effet, l'indisponibilité de l'information relative aux biens du débiteur qui sont censés servir d'assiette au droit à l'exécution est aujourd'hui une donnée importante qu'il faut prendre en considération. Certains auteurs relèvent à juste titre, que « le patrimoine a perdu beaucoup de sa transparence » (*R. Perrot et Ph. Terry, Procédures civiles d'exécution, Dalloz, 2^e éd., 2005, n° 19*). Aujourd'hui, « il comprend de nombreux biens corporels qui, par définition, ont un caractère occulte et qui peuvent beaucoup plus facilement être cachés, avec cette conséquence qu'ils peuvent être soustraits aux poursuites du créancier » (*S. Piedelièvre, Accès à l'information et accès à l'exécution, in Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution, S/D Anne Leborgne et E. Putman, EJT, 2009, p. 105*). Dans ce contexte de dématérialisation de l'actif patrimonial, il est clair que le débiteur réussira à dissimuler certains de ses biens à la convoitise de ses créanciers.

Il est vrai, certains mécanismes ont été prévus par l'acte uniforme OHADA sur les voies d'exécution, en vue d'élargir autant que possible la palette de mesures offertes au créancier. Par exemple, la saisie des biens entre les mains des tiers a été facilitée et une obligation de déclaration a été mise à leur charge. En sus, une saisie particulière destinée à placer sous mains de justice les parts d'associés et les valeurs mobilières a été créée. Mais, ces mécanismes peuvent aisément être affadis : ils présupposent, on s'en doute, que le créancier soit informé de la détention des biens de son débiteur par le tiers ou de l'existence de parts d'associés ou de valeurs mobilières (*On ne peut nier que l'obligation de déclaration mise à la charge du tiers devrait donner de bons résultats, dans la mesure où celle-ci est assortie de sanctions importantes. V. infra*). Or cette information peut ne jamais lui parvenir. Pour y remédier on peut songer au système de déclaration par le débiteur, en vigueur dans certains pays européens. Au Danemark, en Angleterre et en Espagne par exemple, le débiteur déclare ses biens sous forme de témoignage devant le juge de l'exécution ; en Allemagne et en Suède, la déclaration du débiteur est effectuée sur un formulaire qui lui est imposé (*Ces exemples sont fournis par S. Piedelièvre, préc. V. également : F. Andrieux, L'information du sur la composition du patrimoine du débiteur : les voies possibles, Actes du colloque « L'efficacité du recouvrement des créances en Europe », Droit et procédures n° 10, novembre 2010, p. 74*). Un tel système peut être envisagé dans la zone OHADA. On l'encadrerait alors suffisamment pour éviter tout abus. Notamment, comme le propose le Professeur Piedelièvre, on soumettrait la déclaration au juge du contentieux de l'exécution et on la limiterait à la mesure d'exécution sollicitée (*S. Piedelièvre, préc. cette dernière précaution tend à éviter l'établissement d'un fichier général de l'actif du patrimoine du débiteur et, par conséquent, à protéger sa vie privée. De toute manière, ainsi que le relève cet auteur, un fichier général aurait un intérêt limité compte tenu des fluctuations quotidiennes que subi le patrimoine*).

40. En ce qui concerne les limites juridiques, la première est implicite. Elle est constituée par l'obligation faite au créancier de constater la défaillance du débiteur. Les termes de l'alinéa 1 de l'article 28 sont à l'abri de toute discussion : « à défaut d'exécution volontaire, tout créancier peut (...) contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ». Dès lors, ce n'est que l'inaction du débiteur ou son « absence de bonne volonté pour s'acquitter de la dette » (*Cour d'appel de Cotonou, arrêt n° 163/2001 du 21 juin 2001, affaire Sté « A » Monsieur « B » contre Sté « C », Obadata, J-06-142*) qui peut justifier l'exercice d'une mesure d'exécution forcée. D'ailleurs, plusieurs dispositions tendent à éloigner autant que faire se peut, le spectre de la saisie. Par exemple, l'article 99 AUPSRVE dispose expressément que, « avant toute opération de saisie, si le débiteur est présent, l'huissier ou l'agent d'exécution réitère ver-

bablement la demande de paiement (...) ». L'article 39, alinéa 2, qui fait référence aux délais de grâce est sous-tendu par la même logique : celle de laisser au débiteur ayant la volonté de payer, mais ne disposant pas de moyens pour le faire à l'immédiat, un léger répit pour s'exécuter. Cette logique de cristallisation de l'inexécution volontaire avant toute opération de saisie est poussée à son extrême lorsque le bien visé est la rémunération du débiteur. Dans ce cas en effet, une tentative de conciliation est obligatoire (*articles 179 et s.*), l'objectif étant de déboucher sur une cession plutôt que sur une saisie, voire sur un règlement de la dette sur un bien autre que la créance de salaire.

La deuxième limite est constituée par la nature et les caractères de la créance fondant la saisie. Sur la question de la nature, il a été relevé que l'exécution forcée n'est parfaite que lorsque les poursuites sont exercées pour le recouvrement d'une somme d'argent. À l'égard des créances d'une autre nature, l'exercice de l'exécution forcée pourra s'avérer difficile, voire impossible. Sur la question des caractères de la créance, il y a lieu de rappeler que selon les termes de l'article 31 AUPSRVE, celle-ci ne peut fonder une saisie que si elle est certaine, liquide et exigible. Les conditions de certitude et d'exigibilité ne suscitent aucune difficulté dans la mesure où l'exercice d'une mesure d'exécution forcée est subordonné à la détention d'un titre exécutoire. Or celui-ci constate la créance. Dès lors, il constitue le meilleur élément qui en consacre la certitude. De la même manière, un titre exécutoire ne peut être délivré pour le recouvrement d'une créance dont le délai de paiement n'est pas encore échu. Quant à la condition de liquidité, elle est remplie lorsque la créance est évaluée en argent. Autrement présentée, l'exigence de liquidité renvoie à la fixation dans le titre exécutoire, du montant pour lequel la mesure d'exécution est exercée ou tout au moins, à la présence dans le titre de tous les éléments permettant son évaluation. Cependant, c'est surtout au moment de la vente ou de la distribution des deniers provenant de la vente consécutive à la saisie qu'il est indispensable que cette condition soit remplie. C'est pourquoi l'exigence s'apprécie souplement dans certaines matières. Par exemple, en matière de saisie immobilière, l'article 247 AUPSRVE dispose expressément que les opérations de saisie peuvent être conduites sur la base d'une créance non liquide jusqu'au moment de l'adjudication.

La troisième limite du droit à l'exécution constitue ce que l'on pourrait qualifier de subsidiarité de la saisie immobilière pour le créancier chirographaire. Selon les termes de l'article 28, alinéa 2 « sauf s'il s'agit d'une créance hypothécaire ou privilégiée, l'exécution est poursuivie en premier lieu sur les biens meubles et, en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur les immeubles ». Autrement dit, le créancier chirographaire, bien que bénéficiant d'un droit de gage général sur l'ensemble des biens du débiteur, ne peut saisir les immeubles qu'en cas d'insuffisance des meubles. On retrouve à travers

cette règle, la protection traditionnellement accordée aux immeubles jusqu'à ce jour considérés comme les biens les plus importants (*Cependant, l'atténuation apportée au droit à l'exécution ne doit pas être exagérée car la jurisprudence interprète assez soupagement l'exigence de saisie préalable des biens meubles. Dans une espèce intéressante, un tribunal a estimé qu'une saisie immobilière pouvait se justifier dès lors que la saisie des meubles a été paralysée par des procédures engagées par le débiteur : Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 798 du 4 mai 1999, Tabet Robert dit Khadim c/Ousseynou CHAMSELINE, Obadata J-03-166*).

C'est dans la même logique qu'il faut situer la quatrième limite juridique du droit à l'exécution forcée. Il s'agit de l'affectation des revenus locatifs du débiteur au paiement de la dette. Selon l'article 265 AUPSRVE, « si le débiteur justifie que le revenu net et libre de ses immeubles pendant deux années suffit pour le paiement de la dette en capital, frais et intérêts, et s'il en offre la délégation au créancier, la poursuite peut être suspendue (...) ». Cette disposition qui reprend l'article 2212 du Code Napoléon de 1804 en doublant le délai prévu par ce vieil article laisse comprendre qu'il est interdit de saisir dès lors que par exemple, les revenus locatifs des immeubles du débiteur peuvent permettre de couvrir la dette, la seule exigence formulée étant que le débiteur offre délégation de ces revenus au créancier.

La cinquième limite est une application de l'abus de droit aux procédures civiles d'exécution. Il s'agit de l'abus du droit de saisir. En cette matière, il faut le manier en ayant à l'esprit que le créancier, quel que soit le montant de sa créance, peut pratiquer une saisie en vue de se faire payer, ce qui revient à dire qu'il faut pouvoir démontrer l'existence d'une faute indépendante du simple exercice de la mesure d'exécution. L'abus peut donc être difficile à caractériser. Néanmoins, en certaines circonstances, il est clair que le créancier a saisi des biens de son débiteur moins dans l'intention de les affecter au paiement de sa dette que de lui nuire en les rendant indisponibles (*V. infra*).

41. D'autres circonstances sont de nature à empêcher l'effectivité du droit à l'exécution forcée. Il s'agit de la prescription (*T. Moussa, Les obstacles temporels à l'exécution forcée : délais, moratoires, et prescription, in Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution, op. cit., p. 33*), du sursis à exécution, des défenses à exécution provisoire, des diverses causes d'insaisissabilité (*article 30 AUPSRVE*), des règles générales tendant à la protection de la dignité et des intérêts du débiteur, de l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur (*Il résulte de la combinaison des articles 5, 8 et 9 de l'AUCAP, que l'ouverture d'une procédure collective suspend les poursuites individuelles contre le débiteur. L'alinéa 2 de l'article 8 précise d'ailleurs expressément, que « la suspension concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires »*). *V. sur cette question : P.-M. Le Corre et S. Djidara-Decaix, Les obstacles résultant*

des procédures collectives et du surendettement, in Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution, op. cit., p. 53).

D - Garanties de l'effectivité du droit

42. La création du droit à l'exécution forcée s'est accompagnée de la construction de garanties destinées à en assurer l'effectivité. La principale de ces garanties résulte du rôle conféré à l'État (I). D'autres garanties résultent de la place réservée aux tiers dans l'exécution (II) et de la création de certains mécanismes destinés, eux aussi, à rendre effectif le droit à l'exécution (III).

I - Rôle de l'État

43. L'article 29 AUPSRVE contient une règle d'une importance cardinale. Selon son alinéa 1, « l'État est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions et des autres titres exécutoires ». Cette règle fait obligation à l'État, de tout mettre en œuvre pour permettre l'exécution du titre exécutoire. Car, en réalité, « la procédure n'est réputée terminée que lors de l'exécution complète de la décision en cause » (*CEDH, aff. Bouilly c./France, arrêt du 7 déc. 1999, n° 1, req. n° 38952/97, § 17*). Lorsqu'il s'agit d'un titre revêtu de la formule exécutoire, celle-ci laisse transparaître l'obligation mise à la charge de l'État. De fait cette formule qui selon l'alinéa 2 « vaut réquisition directe de la force publique » contient en général l'ordre donné à toutes les autorités dépositaires du pouvoir de coercition vis-à-vis des citoyens, de mettre le titre à exécution.

44. Dans cette œuvre d'exécution, le principal bras séculier que l'État s'est choisi est le corps des Huissiers de justice qui est complété dans certains pays par les celui des agents d'exécution (*F. Omam, Le rôle de l'huissier en matière d'exécution des décisions de justice depuis l'acte uniforme relatif aux mesures de recouvrement forcé et aux voies d'exécution, Rev. Cam. Dr. Aff., n° 4, p. 9*). Ces officiers ministériels sont alors considérés comme délégués de la puissance publique pour les besoins de l'exécution. Un vieil arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française offre une excellente illustration du pouvoir délégué aux huissiers par l'État. Un individu chez qui l'huissier s'était introduit pour pratiquer une expulsion en passant par une fenêtre entrebâillée estimait qu'il y avait eu violation de domicile, le Ministère public étant le seul dépositaire du « pouvoir d'user de la violence ». En réponse, la Cour de cassation a estimé que l'huissier ayant agi sans « méconnaître les formalités expressément prescrites par la loi », les éléments constitutifs de l'infraction pénale n'étaient pas réunis, les juges du fond ayant constaté que l'huissier avait agi pour procéder à l'exécution d'une décision judiciaire et sur

le fondement d'un titre revêtu de la formule exécutoire (*Cass. Ass. plén.*, 16 déc. 1974, *JCP* 1975, II, n° 17962, note R. Lindon ; *Gaz. Pal.* 1975, *Jurispr. p.* 722). L'Acte uniforme OHADA comporte deux dispositions qui rappellent que les faits évoqués dans cet arrêt ont été pris en compte par le droit communautaire. En effet, les articles 42 et 43 évoquent l'hypothèse dans laquelle l'occupant du local où doit être pratiquée la mesure d'exécution serait absent ou alors étant présent, il chercherait à empêcher l'exécution. Dans cette hypothèse, l'huissier peut établir un gardien aux portes et requérir pour assister aux opérations, une autorité administrative, de police ou de gendarmerie ; mais surtout, on perçoit au travers de l'article 43, qu'il n'est pas obligé de passer par une porte pour pratiquer la saisie (L'article 43 dispose que « lorsque la saisie est effectuée en l'absence du débiteur ou de toute personne se trouvant dans les lieux, l'huissier ou l'agent d'exécution assure la fermeture de la porte ou de l'issue par laquelle il a pénétré dans les lieux »).

L'huissier de justice dispose donc de toute la puissance nécessaire pour accomplir la mission qui lui est confiée. En retour, il est tenu, aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, d'une obligation de résultat, en ce sens que les démarches qu'il accomplit doivent aboutir à une exécution effective ou, à tout le moins, empêcher que le débiteur ait la possibilité d'organiser son insolvabilité (*CEDH, aff. Schrepler c./ Roumanie, arrêt du 15 mars 2007, req. n° 22626/02*). Dans cette logique, il doit, avec les autres organes de l'exécution, accomplir les actes d'exécution dans des délais raisonnables.

45. Dans tous les cas, une sanction a été prévue en cas de défaillance de l'État à cette obligation d'apporter son concours : il s'agit d'une action en responsabilité ouverte au profit du créancier. Cette action tend à sanctionner à la fois le refus de l'État (*Tribunal régional hors classe de Dakar (Sénégal), jugement du 14 juillet 2004, TRANSAIR c/Société EEXIMCOR AFRIQUE, Ohadata J-06-02. Dans cette affaire, des gendarmes avaient refusé à l'huissier poursuivant, qui désirait pratiquer une saisie, l'accès à des lieux où se trouvent des biens du débiteur*), son inertie ou une assistance insuffisante de sa part (*N. Fricero, Droits de l'homme, 2008, Droit et procédures, http://revue.lex-act.fr*). Cependant, elle n'a pas pour objectif d'obtenir une condamnation de l'État au paiement des sommes pour lesquelles la saisie était poursuivie. En d'autres termes, la responsabilité encourue par l'État sur le fondement de l'article 29 AUPSRVE « n'étant pas une responsabilité de substitution, la réparation due pour le préjudice causé n'est pas automatiquement égale à la somme due par le débiteur au créancier poursuivant mais au dommage réel subi par ce dernier » (*Tribunal régional hors classe de Dakar (Sénégal), jugement du 14 juillet 2004, préc. Pour ce tribunal dont la position est pertinente, cette réparation doit être simplement proportionnée au préjudice effectivement subi lorsque les*

chances de recouvrement de la créance ne sont pas compromises par le comportement de l'État). Elle n'a pas non plus pour objectif d'obtenir la condamnation de l'État toutes les fois où le titre n'est pas exécuté. Par exemple, lorsque l'huissier après moult tentatives n'a pas pu procéder à l'exécution d'une décision d'expulsion par la faute du locataire, celui-ci est, pour la Cour européenne des droits de l'homme, le seul responsable (*CEDH, aff. Lo Tufo c./Italie, arrêt du 21 avril 2005, n° 64663/01, obs. N. Fricero, Droits de l'homme, 2005, Droit et procédures, http://revue.lex-act.fr ; Mme fricero pense néanmoins, que l'on pourrait envisager que l'État et le locataire soient condamnés in solidum*).

46. En tout état de cause, que l'on soit satisfait ou non par le régime de cette responsabilité, le simple fait de son existence constitue une avancée notable qui devrait inciter les représentants de l'État à agir lorsqu'ils sont sollicités pour la mise en œuvre d'un titre exécutoire.

II - Rôle des tiers

47. Le cadre général de l'implication des tiers dans une saisie est fourni par l'article 38 AUPSRVE. Selon ce texte, « les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures en vue de l'exécution ou de la conservation des créances. Ils doivent y apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis. Tout manquement par eux à ces obligations peut entraîner leur condamnation à verser des dommages-intérêts. Le tiers entre les mains duquel est pratiquée une saisie peut également, et sous les mêmes conditions, être condamné au paiement des causes de la saisie, sauf son recours contre le débiteur ». Il en résulte au moins trois choses.

48. La première est l'identification des tiers susceptibles d'être impliqués dans l'exécution, la deuxième concerne leurs obligations et la troisième la sanction de ces obligations.

49. L'identification des tiers par l'article 38 semble particulièrement exhaustive. En effet, ce texte vise à la fois les personnes complètement étrangères à la saisie poursuivie, les personnes autres que le débiteur et le créancier poursuivant qui sont impliquées dans la saisie parce qu'un bien du débiteur a été saisi entre leurs mains et, selon toute vraisemblance, tous les autres acteurs de l'exécution qui sont susceptibles d'être requis pour prêter leur concours.

La première catégorie renvoie à toute personne qui n'est ni créancière, ni débitrice, ni une personne entre les mains de laquelle la saisie est pratiquée. Mais, le tiers relevant de cette catégorie peut aussi être une personne qui justement, parce qu'elle est étrangère à la saisie, cherche à éviter sa mise à contribution pour le règlement de la dette. En effet, lorsque le bien d'une

telle personne est saisi, celle-ci bénéficie d'une action en distraction pour soustraire ce bien de l'assiette de la saisie (*V. infra*).

La deuxième catégorie est constituée de ceux entre les mains desquelles la mesure d'exécution est pratiquée. Ceux-ci peuvent à leur tour, être classés en deux groupes. Dans un premier groupe, on peut ranger les personnes qui, simples détentrices d'un bien, subissent la saisie. Dans un second groupe, on peut inclure ceux qui, débiteurs d'une somme d'argent appartenant débiteur poursuivi, disposent d'un pouvoir propre pouvant leur permettre éventuellement de s'opposer à une demande de restitution provenant du débiteur. Les personnes du premier groupe sont des débiteurs en quelque sorte transparents, en ce sens que la saisie pratiquée entre leurs mains est un simple prolongement ou un substitut de celle qui serait pratiquée entre les mains du débiteur lui-même. Tel est le cas de la saisie en vue de la vente, de la délivrance ou de la restitution d'un meuble corporel entre les mains d'un tiers. Dans ces hypothèses en effet, l'AUPSRVE prend le soin de préciser que le tiers est simple « détenteur » des biens du débiteur (*V. notamment : art. 36, 50, 105 et s., 224 et s.*). Mais, il doit effectivement s'agir de personnes détenant les biens. Lorsque le tiers est simplement la personne présente au domicile du débiteur au moment de la saisie, elle n'est pas un tiers et sa présence ne peut justifier la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à la saisie entre les mains d'un tiers. Dans une telle situation, les biens demeurent entre les mains du débiteur lui-même (*Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 1860 du 21 Novembre 2000, Christian DERING c/Ousseynou SOW, Ohadata J-04-163*).

Les personnes du second groupe jouent un rôle plus important. En effet, leur implication dans la saisie transforme la mesure d'exécution en opération triangulaire (*Le caractère triangulaire de l'opération doit cependant être relativisé lorsque le tiers débiteur du débiteur est le créancier lui-même. En effet, le créancier peut pratiquer une saisie sur soi-même. En ce sens : A.-M. H. Assi-Esso et N. Diouf, OHADA Recouvrement des créances, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2002, n° 329-2. Contra : P. G. Pougoué et F. Teppi Kolloko, La saisie attribution des créances OHADA, PUA, Coll. Vade-mecum, 2005, p. 22. Pour ces derniers, la saisie sur soi-même peut être admise en matière de saisie conservatoire des créances, mais pas en matière de saisie-attribution, dans la mesure où l'article 153 AUPSRVE n'autorise la saisie-attribution que lorsque le créancier est titulaire d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible. Or, pensent-ils, « si les deux dettes réciproques sont constatées dans des titres exécutoires, la compensation légale joue de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs (art. 1290 CC), jusqu'à concurrence de la dette la plus faible sans qu'on ait besoin d'envisager une mesure d'exécution sur soi-même »).* Deux saisies peuvent être prises en exemple. La première est la saisie-attribution,

qui peut elle-même résulter d'une conversion de la saisie conservatoire des créances. À l'égard de cette saisie, la CCJA a eu l'occasion de préciser qu'en application de l'article 153 AUPSRVE, pour être tiers il faut être débiteur à l'égard du débiteur poursuivi, d'une somme d'argent (*CCJA, arrêt n° 09/2005 du 27 janvier 2005, affaire Société AFROCOM - CI c/CITIBANK, Ohadata J-05-191, Les Grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage, L'Harmattan, 2010, p. 519, obs. J. Fometeu et S. P. Levoa*). Dans cette logique, le locataire du débiteur tenu envers ce dernier au paiement de loyers est bien un tiers (*A.-M. H. Assi-Esso et N. Diouf, op. cit., n° 329-3*), de même que l'est un établissement bancaire classique ou de micro-finances, une caisse d'épargne postale, un officier ministériel tel qu'un commissaire-priseur détenant des fonds provenant d'une vente aux enchères, ou encore un avocat détenant des fonds recouverts pour le compte de leurs clients. Il en résulte qu'une société ne peut être tiers saisi que si elle est effectivement débitrice de l'associé saisi (*M. et J.-B. Donnier, Voies d'exécution et procédures de distribution, op. cit. n° 909*). Dans tous les cas, s'il est établi que le tiers saisi n'est pas le débiteur du débiteur saisi, la saisie pratiquée est nulle et le tiers est fondé à solliciter de la juridiction compétente la mainlevée d'une telle mesure d'exécution (*A.-M. H. Assi-Esso et N. Diouf, op. cit., n° 329-3 ; C.A. Abidjan, arrêt du 5 juillet 2002, affaire Mme Grunitzky Geneviève ex-épouse Ekra c/M. Mohamed Taieb Kettani, ohadata J-03-285 ; Abidjan, arrêt n° 979 du 15 juillet 2003, affaire SGBCI c/SCI-CCI et 24 autres, ohadata J-03-273 ; CCJA, arrêt n° 12 du 18 avril 2002, affaire Total Fina Elf c/Sté COTRACOM, ohadata J-02-65*). Le tiers visé dans cette saisie doit être une personne détenant les fonds appartenant au débiteur en vertu d'un pouvoir propre et indépendant (*P. G. Pougoué et F. Teppi Kolloko, La saisie attribution des créances OHADA, op. cit., p. 21. La CCJA a eu l'occasion de le préciser : CCJA, arrêt n° 09/2005, du 27 janvier affaire Société AFROCOM - CI c/CITIBANK, préc.*).

Une telle détention est celle qui permet au tiers saisi de s'opposer éventuellement à une demande de restitution émanant du débiteur saisi. D'une manière générale, on considère qu'une personne a la qualité de tiers par rapport au débiteur saisi lorsque ce dernier ne peut prendre possession des sommes qui lui sont dues sans recourir à une action en justice (*J. Vincent et J. Prévault, Voies d'exécution et procédures de distribution, Paris, Dalloz, 17^e éd., 1993, n° 137*). Cela suppose que le tiers détenteur des sommes d'argent du débiteur saisi ne doit pas être lié à ce dernier par une relation de subordination (*P. G. Pougoué et F. Teppi Kolloko, op. cit., p. 21*). Ainsi, le salarié du débiteur saisi, éventuellement son caissier, parce que lié à ce dernier par une relation de subordination, ne peut être tiers saisi (*A.-M. H. Assi-Esso et N. Diouf, op. cit., n° 329-1*). Ne peut non plus avoir la qualité de tiers saisi, le banquier qui se contente de louer un coffre au

débiteur saisi, car ce dernier a la latitude de disposer comme il l'entend des sommes d'argent se trouvant entre les mains de ces personnes (*M. et J.-B. Donnier, op. cit., n° 905 ; J. Vincent et J. Prévault, ibid.*).

De l'ensemble de ce qui précède, il résulte que si le tiers saisi n'est pas débiteur du débiteur, il peut demander la nullité de la saisie (*Cour d'Appel d'Abidjan, arrêt n° 979 du 15 Juillet 2003, SGBCI C/SCI-CCI et 24 autres, Obadata J-03-273. Dans cette décision fort intéressante, la Cour relève « qu'à la différence de la saisie vente de biens (pour laquelle le tiers ne peut exercer d'action en nullité mais en distraction d'objets, la loi ne fait pas de distinction entre débiteur et le tiers pour demander la nullité de la saisie-attribution de créances »).*

La seconde saisie qui permet d'illustrer la qualité de tiers débiteur du débiteur est la saisie des rémunérations du travail. Celle-ci est en effet pratiquée comme l'indique son nom, sur les salaires dus par l'employeur au débiteur salarié et entre ses mains (*Les termes de l'article 173 AUPSRVE sont suffisamment expressifs à cet égard : « Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut faire procéder à la saisie des rémunérations dues par un employeur à son débiteur »*). Il en découle que l'employeur revêt le titre de tiers lorsqu'il est mis à contribution pour payer la dette de son employeur en utilisant le salaire qu'il était appelé à lui verser.

La dernière catégorie regroupe toutes les personnes et autorités habituellement visées dans les formules exécutoires prévues par les droits nationaux. Il suffit par conséquent de parcourir une telle formule pour les identifier. Il s'agit des huissiers et agents d'exécution, des Procureurs généraux et des Procureurs de la République, des Commandants et officiers de la force publique et de toute autre autorité publique désignée par le droit interne.

50. Les obligations de ces tiers sont de deux ordres. L'une est négative et les autres sont positives.

L'obligation négative est celle qui consiste pour les tiers à s'abstenir de tout acte de nature à gêner l'exécution. Ces personnes sont invitées à observer une attitude négative ou de neutralité vis-à-vis de l'exécution. Selon la loi en effet, elles doivent se tenir à distance et laisser l'exécution se dérouler. Pour reprendre les mots du texte, elles doivent s'abstenir de « faire obstacle » à l'exécution. Il s'agit, selon la doctrine, d'une obligation de ne pas faire (*N. Diouf, note sous : Cour d'appel de Dakar, arrêt n° 124 du 16 février 2001, La compagnie Royal Air Maroc C/Moustapha THIAM, Obadata J-03-267 ; dans le même sens : A. M. Assi Ezzo, commentaire de l'AUPSRVE, in Code annoté OHADA, Juriscope, 2008, p. 777*). Celle-ci s'adresse en particulier aux personnes étrangères à la procédure, c'est-à-dire, ainsi qu'il a été relevé, celles qui ne sont ni débitrices, ni créancières, ni tiers saisis (*V. Par ex. pour le cas d'un tiers qui a*

occasionné un retard dans l'exécution : Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement du 17 décembre 2002, Société SENECARTOURS contre Abdoulaye SENE, Société VISION SENEGA et Maître Bernard SAMBOUL, Obadata J-03-135). Il est vrai, de façon indirecte, on peut concevoir que cette obligation s'adresse également aux tiers saisis. Dans cette perspective, il s'agirait de rappeler qu'en dehors du cadre légal de son intervention dans la procédure, elle ne doit accomplir aucun acte de nature à compromettre l'exécution.

Quant aux obligations positives, celles-ci peuvent se résumer en une obligation de faire dont l'objet varie en fonction des données de chaque cas et dont les sujets passifs sont, d'une part les personnes tenues de prêter leur concours et d'autre part, les tiers saisis.

En ce qui concerne les tiers tenus de prêter leur concours, l'obligation mise à leur charge est celle de mettre immédiatement la main à l'exécution des titres exécutoires lorsqu'ils sont légalement requis.

Relativement aux tiers saisis, ceux-ci sont tenus d'une obligation de déclaration puis, d'une obligation d'accomplir l'acte qui rend concrète la saisie entre leurs mains.

L'obligation de déclaration implique que le tiers saisi doit renseigner l'huissier ou l'agent d'exécution sur l'étendue de ses obligations vis-à-vis du débiteur. Dans le cadre de la saisie conservatoire des créances et de la saisie-attribution, le tiers saisi doit communiquer à l'huissier ou à l'agent d'exécution, l'étendue de ses engagements à l'égard du débiteur, ainsi que les modalités qui pourraient les affecter (solidarité, condition résolutoire, etc.). S'il y a lieu, il l'informe des cessions de créances, délégations ou saisies antérieures. Dans le cadre de la saisie des meubles corporels, il résulte de l'article 107 notamment, que la déclaration doit porter sur les biens que le tiers détient pour le compte du débiteur et sur l'indication de ceux qui auraient fait l'objet d'une saisie antérieure.

L'obligation d'accomplir tout acte de nature à rendre concrète la saisie entre les mains des tiers varie d'une saisie à une autre. À l'égard des saisies des créances, lorsque toutes les conditions sont réunies, le tiers est tenu de bloquer entre ses propres mains, les sommes que lui-même doit au débiteur, puis, lorsque toutes les formalités ont été accomplies, de payer le créancier. Cette double obligation se déduit de l'indisponibilité qui frappe la créance dès l'acte de saisie et du fait qu'après la saisie, le tiers devient personnellement débiteur du créancier poursuivant (*V. notamment : Article 154, 185 et 187 AUPSRVE*).

51. La défaillance du tiers l'expose à des sanctions dont la nature varie en fonction de l'obligation mise à sa charge. Tout d'abord, il faut relever qu'une sanction particulière a été prévue pour l'hypothèse de défaillance de l'un des organes étatiques de l'exécution. En effet, ainsi qu'il a été relevé, la défaillance de l'huissier, de l'agent de l'exécution ou d'une autorité publique à

son obligation de concours engage la responsabilité de l'État dans les conditions ci-dessus analysées. Néanmoins, il y a lieu de penser que l'État peut exercer une action récursoire contre son agent défaillant, en cas d'inaction fautive. Ensuite, à l'égard des autres tiers, une sanction générale et une sanction spécifique ont été prévues. La sanction générale se résume en dommages et intérêts tandis que la sanction spécifique consiste en une condamnation aux causes de la saisie (*Une condamnation du tiers aux causes de la saisie et à des dommages et intérêts peut intervenir en cas de déclaration inexacte, incomplète ou tardive lors d'une procédure de saisie-attribution, ou en cas de refus de déclaration ou de déclaration inexacte ou mensongère dans une procédure de saisie-vente*).

Relativement à la sanction générale, elle résulte des termes de l'article 38. Celui-ci, faut-il le rappeler, après avoir indiqué tous les tiers, dispose que « tout manquement par eux à leurs obligations peut entraîner leur condamnation à verser des dommages-intérêts ». On comprend donc que les dommages et intérêts visés peuvent sanctionner aussi bien les tiers dont la loi permet l'implication dans la procédure de saisie que ceux à qui elle commande de rester en dehors.

En ce qui concerne la sanction spécifique, elle est annoncée par l'article 38 in fine. Elle ne concerne que le tiers entre les mains duquel est poursuivie la saisie. Cette sanction est particulièrement dissuasive. En effet, en menaçant le tiers de le substituer au débiteur, la loi communautaire confine de façon quasi certaine l'exécution de ses obligations par ce tiers. Car, si ce dernier paie en lieu et place du débiteur, il bénéficiera certes d'une action récursoire, mais celle-ci risque de se révéler sans grand intérêt dans la mesure où la saisie a été pratiquée précisément parce que le débiteur ne parvenait pas à payer sa dette. En tout état de cause, l'AUPSRVE rappelle expressément la condamnation aux causes de la saisie pour certaines mesures d'exécution. Il en est ainsi de la saisie-vente, de la saisie-attribution et de la saisie des rémunérations du travail. Pour ces saisies, cette sanction est encourue lorsque le tiers n'a pas fait de déclaration ou a fait une déclaration non conforme aux exigences de la loi (*Article 154, 185 et 187 AUPSRVE. A titre d'illustration : Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 378 du 26 février 2002, Laboratoire médical Croix de Berthel c/Société Sofravin S.A. Ohadata J-02-202*). Elle est également encourue en matière de saisie des rémunérations, lorsque le tiers n'a pas effectué les retenues qui doivent lui permettre d'effectuer les versements des sommes saisies au greffe (*Cour d'appel de Dakar, Chambre civile et commerciale 1, arrêt n° 124 du 16 février 2001, La compagnie Royal Air Maroc C/Moustapha THIAM*). Ohadata J-03-267).

III - Protection du droit à l'exécution

52. Certaines règles prévues par l'AUPSRVE peuvent

se justifier par le souci de protéger le droit à l'exécution forcée. Tout d'abord, tout porte à croire que le législateur OHADA a cherché à promouvoir une exécution loyale (*A.D. WANDJIKAMGA, thèse op. cit., p. 195 et s.*) En effet, la quasi-totalité des saisies comporte une sorte d'obligation générale d'information du créancier saisissant. Celle-ci se traduit dans un premier temps par la simple indication par le débiteur, des biens qui ont fait l'objet d'une saisie antérieure et surtout, de la charge qu'il a, de communiquer au saisissant les documents relatifs à ladite saisie (*article 64, 65, 102, 110, 231, etc.*). Cette obligation générale d'information du créancier saisissant tendant à promouvoir une exécution loyale se traduit ensuite par l'obligation de déclaration qui pèse sur le tiers entre les mains de qui les biens du débiteur sont saisis (*V. supra*).

Ensuite, on peut penser que les rédacteurs de l'Acte uniforme relatif aux voies d'exécution ont véritablement cherché à protéger le droit à l'exécution lorsqu'ils disposent à l'article 39, alinéa 1, que « le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible ». Ce texte laisse penser que le droit à l'exécution forcée dont dispose le créancier lui confère un droit à la satisfaction intégrale.

Enfin, on peut considérer que c'est le souci de protéger le droit pour le créancier d'obtenir le paiement de sa dette qui a présidé à la création du mécanisme de compensation des alinéas 2 et 3 de l'article 30. De fait, si l'alinéa 1 affirme l'insaisissabilité des personnes bénéficiant d'une immunité d'exécution, les deux derniers alinéas paraissent apporter à cette insaisissabilité une certaine atténuation. L'utilisation de l'adverbe « toutefois » à l'entame de l'alinéa 2 permet de soutenir cette interprétation. Le recours à cet adverbe permet de dire qu'il s'agissait pour le législateur communautaire d'apporter une restriction au principe affirmé à l'alinéa précédent (*V. sur cette compensation : J. Fometeu, note sous TPI Ngaoundéré, ord. Référé n° 03/ORD du 20 déc. 1999, Juridis périodique n° 44, p. 31*).

§2 - Protection des intervenants autres que le créancier

53. Les intérêts du créancier sont suffisamment pris en compte dans le cadre de l'affirmation et de la mise en œuvre de son droit à l'exécution forcée. Afin de ne pas faire de lui un ogre, le législateur communautaire a établi certaines règles qui ne peuvent se justifier que par le souci de protection des autres personnes impliquées ou susceptibles de l'être lors de la conduite de la procédure d'exécution. Il s'agit, en premier lieu, du débiteur (A). Mais, il s'agit aussi des tiers dont les intérêts pourraient être menacés par l'exercice de la saisie (B).

A - Protection du débiteur

54. La protection du débiteur résulte d'un certain nombre de règles (II) gouvernée par les changements de paradigmes des procédures civiles d'exécution. En effet, ceux-ci ont progressivement évolué pour finalement admettre un principe général de protection du débiteur (I).

I - Admission d'un principe général de protection du débiteur

55. Il est aujourd'hui unanimement admis, que le droit de l'exécution forcée ne doit plus être un instrument placé entre les mains du créancier dont le seul tort a été de prêter, contre un débiteur forcément « mauvais payeur à l'affût de toutes les astuces dilatoires » (*S.S. Kumaté TAMEGHE, Délicatesse, convivialité, humanité... et voies d'exécution, Juridis périodique, n° 62, p. 41*). Il ne doit pas être un droit trop sévère, susceptible d'écraser le débiteur à telle enseigne qu'il soit privé de ce qui est nécessaire à son existence et à celle des personnes dont il a la charge (*M. et J.-B. Donnier, op. cit. n° 44, p. 15*). Au contraire, il est clair que le contexte d'aujourd'hui est celui d'une « humanisation des voies d'exécution » (*M. et J.-B. Donnier, ibid*). Concrètement, on n'admet plus aujourd'hui, qu'un être humain, fût-il débiteur, soit dépossédé du droit à la vie privée, du droit au logement, du droit à l'honneur, du droit à l'alimentation, bref, on n'admet plus qu'à l'issue d'une saisie, le débiteur « soit dans un état de dénuement et de précarité tel qu'il ne soit plus concevable d'avoir une existence conforme à la dignité humaine » (*S.S. Kumaté TAMEGHE préc.*). On le voit, le changement de paradigme du droit de l'exécution forcée est une résultante des conquêtes récentes des droits fondamentaux. Ce changement s'est matérialisé dans des règles qui protègent à la fois la personne et les intérêts pécuniaires du débiteur (*D'ailleurs, on peut se demander si l'on n'est pas passé à l'autre extrême en protégeant parfois le débiteur plus que de raison. En effet, dans certaines situations, écrivent les professeurs Donnier, « l'exécution de l'obligation ne dépend plus de la situation objective créée par l'engagement du débiteur, mais de la prééminence accordée à une situation particulière et subjective, l'idée étant de satisfaire avant tout les intérêts considérés comme prioritaires » ; cf. M. et J. B. DONNIER, op. cit. n° 47, p. 17*).

II - Règles de protection du débiteur

56. La majeure partie des règles relatives à la protection du débiteur vise, de façon directe ou indirecte, la sauvegarde de sa personne (a). Quant aux autres, elles visent à protéger ses intérêts pécuniaires (b).

a - Règles protégeant la personne du débiteur

57. Il est difficile d'énumérer de façon exhaustive, toutes les règles prévues par le droit de l'exécution OHADA et dont l'objet est la protection de la personne du débiteur. Pour cette raison, la présente étude n'évoquera que celles qui paraissent les plus saillantes.

58. La première série de règles se trouve dans la détermination précise par la loi, des personnes susceptibles de participer à la saisie. Tout d'abord, la poursuite de l'exécution « est confiée à une autorité, délégataire de l'imperium, chargée de veiller au respect des droits engagés dans le cadre de la procédure d'exécution » (*G. DEHARO, Ce que exécuter veut dire..., préc.*). Il s'agit de l'huissier de justice, véritable incarnation de l'exécution, bras séculier de la justice. « À cet effet, il est détenteur de prérogatives de puissance publique destinées à l'application de la règle contenue dans le titre exécutoire grâce à la parcelle d'imperium que le juge lui a délégué et à laquelle il donne corps » (*Y. TYLINSKI, La responsabilité professionnelle de l'huissier de justice, thèse Aix-Marseille, n. 5, p. 5, cité par G. Deharo, ibid.*). Cette autorité de l'huissier a paru suffisante pour que la présence du créancier soit interdite. Selon les termes de l'article 46, alinéa 2, AUPSRVE « la partie saisissante ne peut, sauf nécessité constatée par la juridiction compétente, assister aux opérations de saisie ». Cette interdiction de principe peut se justifier facilement : la présence du créancier pourrait paraître narquoise aux yeux du débiteur et susciter une animosité de nature à perturber la paix publique. Afin d'éviter une aussi fâcheuse situation, le législateur communautaire a préféré laisser le débiteur subir dans la dignité les opérations d'exécution. Le créancier ne pouvant y prendre part que sur autorisation judiciaire. Ensuite, c'est toujours dans le souci de préserver la dignité du débiteur que ces opérations doivent normalement se dérouler en l'absence des forces de l'ordre et des autorités administratives. Par hypothèse, l'huissier ou l'agent d'exécution peut se présenter tout seul au lieu où il pense trouver les biens à saisir. Tout au plus, il *peut*, dit l'article 44 AUPSRVE, se faire assister d'un ou deux témoins majeurs, non parents ni alliés en ligne directe des parties ni à leur service. Ce n'est que lorsqu'une situation exceptionnelle se produit sur le terrain qu'il doit solliciter le concours d'une autorité publique (*il en est ainsi lorsque l'occupant du local est absent ou si ce dernier refuse l'accès audit local ou à un meuble qui s'y trouve*). Enfin, la dignité du débiteur peut justifier la réglementation des délais de grâce, la prorogation du délai du commandement, la révolution opérée vis-à-vis de la garde des biens saisis, l'identification des biens insaisissables, la création de la subsidiarité de la saisie des immeubles et la sanction de l'abus du droit de saisir.

59. Les délais de grâce sont issus de l'article 39, alinéa 2. Ils se traduisent par une période supplémentaire

offerte au débiteur par le juge, pour tenir compte de la situation particulière du débiteur. Une telle mesure est d'une importance capitale. En effet, alors même que la créance est désormais exigible et que le droit à l'exécution forcée du créancier ne fait plus l'ombre d'aucun doute, le juge lui impose une période supplémentaire d'attente justifiée par la situation spécifique du débiteur. Il en résulte une neutralisation du droit à l'exécution forcée : des considérations subjectives l'emportent sans fioriture, contre le droit de l'exécution forcée.

Cette protection offerte au débiteur est fortement encadrée : elle ne peut concerner les dettes d'aliments et les dettes cambiaires, elle doit tenir compte des besoins du créancier, elle ne peut excéder une année et surtout, elle est subordonnée au pouvoir d'appréciation du juge ; toutes choses qui font que seuls les débiteurs qui auront, avant la demande de délais de grâce, montré leur bonne foi pourraient en bénéficier. Il n'en demeure pas moins qu'elle est très forte, en ce sens qu'en permettant de reporter l'échéance d'une dette exigible ou d'en échelonner le paiement elle met en berne tout le droit de l'exécution forcée.

60. Le délai du commandement aboutit au même point. Il est si long que l'on ne peut hésiter à le considérer comme une période supplémentaire offerte au débiteur pour se débrouiller par tous moyens, pour trouver les fonds nécessaires au règlement de la dette. En effet, l'AUPSRVE a fixé à huit jours le délai compris entre le commandement et le jour où la saisie est pratiquée. On peut craindre à juste titre, que ce délai s'avère trop long et permette au débiteur d'organiser son insolvabilité (*En ce sens : F.P.M. BATOUM, La saisie-vente dans la législation OHADA ou le sacre de l'insolvabilité ?, Juridis périodique n° 74, p. 71*). Il n'en demeure pas moins que, pour le débiteur de bonne foi, il constitue un temps de répit susceptible de lui permettre de rechercher les fonds nécessaires au règlement amiable de la dette.

61. La révolution concernant la garde des biens saisis mérite une bonne place dans les règles de protection du débiteur. Dans l'ancien droit, c'est l'huissier ou l'agent d'exécution qui devait désigner le gardien, lequel était en général une personne distincte du saisi (*v. par ex. articles 331 à 333 Code procédure civile du Cameroun*). Dans les faits, il n'était pas surprenant de trouver les objets saisis et stockés dans l'étude de l'huissier lui-même. Avec le droit OHADA, le débiteur saisi ou le tiers détenteur entre les mains de qui la saisie est effectuée est, sauf cas exceptionnel, gardien des biens saisis lorsqu'il s'agit des biens corporels (*Article 36, alinéa 1, AUPSRVE*). L'attribution de la garde au saisi ou au tiers entraîne des conséquences importantes (*les conséquences pénales attachées aux obligations du gardien subissent également une modification importante : l'infraction d'abus de confiance ne peut plus être caractérisée si le saisi détourne un des objets dont il a la garde. Il ne reste au créancier saisissant que l'infraction de détourne-*

ment de biens saisis). Entre autres, en laissant les biens entre leurs mains, on est forcé de leur concéder le droit d'usage (*les articles 97 et 109 (alinéa 7) privent le gardien du droit de déplacer un bien saisi selon son bon vouloir et, a fortiori, du droit aliéner*). Cette concession faite en particulier au débiteur n'est pas négligeable. En effet, cela signifie que jusqu'à l'enlèvement des biens en vue de la vente, rien ne devrait changer dans son mode de vie. Seuls certains biens tels que l'argent en espèce ou les véhicules terrestres à moteur peuvent lui être enlevés (*Selon les articles 103 et 104, les véhicules terrestres à moteur peuvent être immobilisés jusqu'à leur enlèvement en vue de la vente et les sommes en espèces saisies « sont consignées entre les mains de l'huissier ou de l'agent d'exécution ou au greffe au choix du créancier saisissant »*). Par conséquent, la dignité du débiteur est préservée le plus longtemps possible.

62. La vente elle-même a été réorganisée de manière à préserver autant que faire se peut, la dignité du débiteur. En effet, lorsque la saisie porte sur des meubles, la vente peut désormais revêtir deux modalités. La première qui n'appelle pas de commentaires particuliers est la vente forcée. Elle a été globalement reconduite dans ses traits traditionnels. Quant à la seconde, qui est plus intéressante au regard de la protection du débiteur, elle a été créée en Afrique par l'Acte uniforme portant voies d'exécution. Elle consiste pour le débiteur, à rechercher lui-même des acquéreurs pour ses biens et de soumettre leurs offres aux créanciers. À certains égards, il peut paraître humiliant ou dégradant, de suggérer au débiteur d'offrir ainsi ses biens à la vente. Mais, parce que le débiteur n'est pas tenu de communiquer au tiers acquéreur les raisons de la vente de ses biens (*il est vrai que les circonstances (le débiteur ne peut consentir lui-même à la vente, le prix de vente est consigné, etc.) peuvent pousser l'acquéreur à s'interroger...*), ce mal est objectivement moindre que celui qu'il endure lors de la vente forcée de ces biens.

Lorsque la saisie porte sur un immeuble, le souci de protection de la personne du débiteur n'est pas absent. Bien au contraire, tout est mis en œuvre pour limiter l'impact de la saisie sur la vie qu'aura le débiteur après l'exécution de la saisie (*plusieurs traits caractéristiques de la procédure de saisie immobilière tendent à confirmer le souci du législateur de limiter l'impact de la saisie sur la vie du débiteur. On peut citer la possibilité d'obtenir une suspension de la procédure de saisie immobilière lorsque les revenus locatifs des immeubles du débiteur pendant deux ans peuvent permettre de couvrir la dette s'il en fait délégation au créancier (article 265), l'interdiction par l'article 247 de saisir les immeubles à titre conservatoire, l'obligation de poursuivre successivement les immeubles situés dans des ressorts de juridictions différentes (article 252), etc.*).

63. L'insaisissabilité de certains biens est commandée par l'idée que le débiteur ne doit pas être dépouillé

comme un brigand entre les mains duquel la police récupère un butin après une belle course-poursuite. En effet, le respect de la dignité humaine commande que certains biens soient gardés hors de portée des créanciers, de sorte que même après une saisie, le débiteur continue d'avoir un semblant de vie. Notamment, pour lui éviter de dormir à même le sol, il est interdit au créancier de saisir son coucher nécessaire ; pour lui éviter la honte de la nudité, il est interdit de saisir les habits dont il est vêtu ; pour lui épargner la famine et lui permettre de continuer à subvenir à ses besoins vitaux, seule une fraction de son salaire est saisissable ; et pour éviter que l'exercice de sa profession soit compromis, un minimum d'outils doit lui être laissé... D'ailleurs, on reproche aujourd'hui à cette liste de biens insaisissables son obsolescence, certains pays de la zone OHADA n'ayant pas encore modernisé leur droit interne sur cette question (*En ce sens : S.S. KUATE TAMEGHE, op. cit.*). La logique ayant sous-tendu la détermination d'une fraction insaisissable du salaire peut expliquer l'obligation de procéder à une tentative de conciliation avant de pratiquer la saisie sur cette fraction. Cette exigence est étroitement surveillée par les tribunaux (*V. par ex : Tribunal de Première Instance de Yaoundé, Ordonnance de référé n° 218 du 16 décembre 1999, Obadata J-02-17 ; Tribunal de première instance de Nkongsamba, Ordonnance de référé N° 557, Affaire : Dame TAGNY née KAMDOM Fotso c/NGNITENDEM-BAWOUA Joseph, OHADATA J-03-157*).

64. La subsidiarité de la saisie des immeubles déjà évoquée (*V. supra*), si elle peut se justifier par la considération séculaire qui attribue aux immeubles une valeur plus importante que les meubles, elle peut également être fondée sur le souci d'éloigner le plus possible le spectre de la privation du débiteur de son lieu d'habitation. Elle fait l'objet de l'article 28, alinéa 2, selon lequel l'exécution est poursuivie en premier lieu sur les biens meubles. Ce n'est qu'en cas d'insuffisance de ceux-ci ou si une hypothèque a été consentie en amont, qu'un immeuble du débiteur peut être mis à contribution pour le règlement de la dette. On comprend dès lors, que de manière indirecte, le droit au logement se trouve préservé, tout au moins pour le débiteur dont l'immeuble exposé à la saisie est celui qui sert de lieu d'habitation.

65. Quant à la sanction de l'abus du droit de saisir elle est encourue dès lors que le saisissant a commis une faute indépendante du simple fait de l'exercice d'une procédure d'exécution. Cette faute ne doit pas être nécessairement grossière ou dolosive (*J. VINCENT et J. PREVAULT, Voies d'exécution et procédures de distribution, 17^e éd., n° 10, p. 41*). Il suffit qu'un préjudice en ait résulté (*La jurisprudence française va dans ce sens : Cass. civ. 1^{re}, 19 janv. 1985, Gaz. Pal. 1985, I, somm. 113, obs. Guinchard*). Elle vise au moins deux objectifs. D'une part, elle offre l'opportunité de rappeler au créancier que le droit à l'exécution forcée dont il

bénéficie ne constitue nullement un droit discrétionnaire. D'autre part, elle permet d'éviter que le débiteur ne tourne les règles de l'exécution pour obtenir une vengeance personnelle et, finalement, elle permet d'éviter que le créancier n'accule à l'excès le débiteur. Dans tous les cas, l'abus du droit de saisir permet d'orienter le choix de la mesure d'exécution par rapport à la dette et de proportionner l'assiette de la saisie choisie avec le montant de la dette. Ainsi, un « acharnement du saisissant » dans une saisie conservatoire peut être constitutif d'abus lorsque celui-ci, sachant qu'il n'existait aucune relation juridique avec le prétendu débiteur, pouvait imaginer que sa créance s'avérerait ultérieurement non fondée (*Cour d'appel de Lomé, arrêt n° 62/01 du 30 avril 2001, affaire Yaya C/Adama TRAORE, Les Établissements SOYA BATHILY, Obadata J-06-82*), une pluralité de saisies est abusive lorsqu'une seule d'entre elles aurait suffi à couvrir la créance (*Pour la CCJA, « Les premières saisies couvrant largement le montant des sommes dont le recouvrement est recherché, le créancier saisissant ne peut pratiquer d'autres saisies attributions à l'encontre de son débiteur, dès lors qu'il ne démontre pas qu'il n'a pas pu se faire payer par les tiers saisis pour quelque raison que ce soit » : CCJA, arrêt n° 28 du 15 juillet 2004, affaire : mobil oil cote d'ivoire c/1^o - les centaures routiers, 2^o) caisse autonome des règlements pécuniaires des avocats dite CARPA, 3^o Maître ADOU Hyacinthe, Huissier de Justice) Le Juris-Obada, n° 4/2004, octobre-décembre 2004, p. 14, note BROU Kouakou Mathurin. - Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 4, juillet-décembre 2004, 34. - Jurisprudence commentée de la CCJA, octobre 2005, n° 1, p. 24, note Félix Onana Étourdi) de même que l'enlèvement des biens alors que le débiteur doit en vertu de la loi, en conserver l'usage est abusif (*Tribunal régional hors classe de Dakar (Sénégal), Jugement n° 149 du 22 janvier 2002, Ababacar Thiendou Diallo c/Société Multiloc, la Générale d'Entreprise, maître Fatma Haris Diop et maître Mayoro Diop, Obadata J-05-98*).*

66. Le deuxième ordre de règles est constitué de toutes celles qui sont gouvernées par l'idée de protection de la vie privée. Dans ce cadre, il faut d'abord citer les jours et les heures de saisie. En ce qui concerne les jours de saisie, l'article 46, alinéa 1 AUPSRVE dispose qu'aucune mesure d'exécution ne peut être effectuée un dimanche ou un jour férié si ce n'est en cas de nécessité et en vertu d'une autorisation spéciale du président de la juridiction dans le ressort de laquelle se poursuit l'exécution. Par rapport aux heures de saisie, Celles-ci ont été réaménagées par l'AUPSRVE qui dispose qu'aucune mesure d'exécution ne peut être commencée avant huit heures ou après dix-huit heures, sauf en cas de nécessité avec l'autorisation de la juridiction compétente et seulement dans les lieux qui ne servent pas à l'habitation (*Article 46, alinéa 2, AUPSRVE*). Pour le débiteur, ces horaires sont plus protecteurs en ce sens que certains Codes de procédure civile des États

membres de l'OHADA fixaient l'heure possible du début des opérations de saisie à six heures (*V. par. ex., art. 609 Code de procédure civile du Cameroun*). Ces jours et horaires permettent d'opérer la saisie en toute discrétion. Ils évitent que tout le voisinage soit témoin de l'exécution. De fait, à huit heures les voisins sont supposés être à leur lieu de travail et avant 18 h, ils n'en sont pas encore tous revenus ! Mais surtout martèle la doctrine, ils protègent la tranquillité du débiteur car d'une part, certaines personnes dorment encore avant à l'heure qui était prévue dans l'ancien droit (*F. Anoukaba et A. D. Tjouen, Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, PUA, 1999, p. 25*) et d'autre part, une saisie pratiquée avant huit heures ou après dix-huit heures se ferait très probablement en présence de personnes encore trop sensibles telles que des enfants en bas âge, qui pourraient être traumatisées par les opérations (*En ce sens : S.S. KUATE TAMEGHE, préc.*). Dans ce contexte, on pourrait bien comprendre qu'un huissier ou agent d'exécution qui saisirait en dehors des heures légales puisse être poursuivi pénalement sur le fondement de la violation de domicile.

Relativement au lieu où la saisie est pratiquée, plusieurs dispositions offrent une protection satisfaisante à la personne qui subit la saisie. Tout d'abord, si le créancier obtient du tribunal une autorisation de saisir en dehors des heures légales, la mesure d'exécution choisie ne peut, selon les termes de l'article 46, s'effectuer dans un lieu servant à l'habitation. On en déduit qu'en dehors des heures légales, le domicile du débiteur bénéficie d'une protection absolue. Ensuite, lorsque la saisie vise les biens meubles corporels du débiteur qui se trouveraient dans le local servant à l'habitation d'un tiers, une autorisation spéciale de la juridiction du lieu de situation des biens est nécessaire pour la pratiquer. En d'autres termes, le créancier, bien que disposant d'un titre exécutoire doit encore se faire délivrer une autorisation pour poursuivre l'exécution au domicile d'un tiers. Enfin, toujours dans l'optique de « protéger le débiteur contre d'éventuelles indiscretions » (*M. et J.-B. DONNIER, op. cit. n° 205, p. 69*), l'article 43 AUPSRVE dispose que « lorsque la saisie est effectuée en l'absence du débiteur ou de toute personne se trouvant dans les lieux, l'huissier ou l'agent d'exécution assure la fermeture de la porte ou de l'issue par laquelle il a pénétré dans les lieux ».

b - Autres règles de protection du débiteur

67. D'autres règles de protection du débiteur ne sont pas réellement orientées vers la protection de ses droits humains, mais davantage vers celle de son patrimoine. Tel est le cas de celles qui organisent son information, de celles qui régissent les immunités d'exécution, de celle qui pose le principe de l'interdiction de la clause de voie parée en matière de saisie immobilière et de celles qui organisent la vente sur saisie immobilière.

68. L'information du débiteur est une donnée capitale dans le droit de l'exécution forcée. En effet, celui qui subit la saisie doit, à tout instant avoir connaissance du dernier acte de procédure accompli contre lui. Le principe général qui affirme cette obligation du créancier est posé par l'article 35 AUPSRVE (*Selon l'article 35 AUPSRVE, « toute personne qui, à l'occasion d'une mesure propre à assurer l'exécution ou la conservation d'une créance, se prévaut d'un document, est tenue de le communiquer ou d'en donner copie si ce n'est dans le cas où il aurait été notifié antérieurement, à moins que le présent Acte uniforme n'en dispose autrement »*). Il signifie que celui-ci doit communiquer à son adversaire tous les actes accomplis avant ou pendant la saisie, lorsque ceux-ci sont de nature à justifier une de ses attitudes dans l'initiative et la conduite de la mesure d'exécution. Cette communication commence, on s'en doute, par la signification du titre exécutoire. Puis elle se poursuit selon les modalités prévues pour chaque saisie : commandement de payer ou de délivrer ou commandement aux fins de saisie pour informer le débiteur de l'imminence de la mesure d'exécution, dénonciation de la saisie pratiquée lorsque la loi permet qu'elle puisse être entreprise à l'insu du débiteur ou lorsqu'elle est pratiquée entre les mains d'un tiers, etc.

69. Les immunités d'exécution constituent la protection la plus efficace dont pourrait bénéficier un débiteur (*M. SOH, Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit pour ne pas payer ses dettes, Juridis périodique n° 51, p. 89*). En effet, vis-à-vis d'un débiteur bénéficiaire d'une telle immunité, aucune exécution n'est en principe possible, aussi bien sur les meubles que sur les immeubles. La protection conférée n'est pas loin de l'absolutisme. Ces immunités couvrent certaines personnes tant physiques que morales, aussi bien sur le plan interne que sur le plan externe. Sur le plan externe, elles protègent les États étrangers, les chefs d'État et les agents diplomatiques étrangers. Sur le plan interne, il s'agit des personnes morales de droit public que sont l'État, les collectivités territoriales décentralisées et les établissements publics, qu'ils soient à caractère administratif ou à caractère industriel ou commercial (*V. sur cette question : TPI de Ngaoundéré, Ordonnance de référé n° 03 du 20/12/99, Université de Ngaoundéré c/NANG MINDANG Hyppolyte, Juridis périodique n° 44 P. 31, obs. J. Fometeu. L'insaisissabilité des établissements publics à caractère industriel et commercial a été réitérée par la CCJA elle-même : CCJA, arrêt n° 43/2005 du 07/07/2005 affaire TOGO TELECOM, OHADATA D-07-16, commentaire SAWADOGO. V. également : G. Kenfack Douajni, L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public dans l'espace OHADA, Revue Camerounaise de l'Arbitrage, n° 18 Juillet-Août-Septembre 2002, OHADATA D-02-28*). Il est vrai, la saisie est possible entre les mains de ces personnes en certains cas marginaux. Le premier est celui dans lequel elles détiennent des fonds pour le compte du débiteur (*article 213, alinéa 1 in fine,*

de l'AUPSRVE). La saisie est également possible contre les États, lorsque certaines conditions sont réunies. En effet, dans l'affaire République Islamique d'Iran et OIATE contre société Framatome et autres, la Cour de cassation française a estimé que « si l'immunité d'exécution dont jouit l'État étranger et ses départements ministériels est de principe, elle peut toutefois être exceptionnellement écartée, notamment lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice, même si cette affectation n'a pas été prévue par une clause expresse du contrat, la juridiction saisie pouvant rechercher par tous moyens si cette affectation existe ». Elle a également estimé qu'une saisie peut être pratiquée contre un organisme public doté ou non de la personnalité juridique lorsque le bien saisi fait partie d'un patrimoine spécialement affecté à une activité privée. La nature de l'activité se déduit de l'objet de l'organisme, souvent précisé dans le texte qui l'a créé.

Il en irait de même lorsqu'un État ou une personne morale de droit public accepte une convention d'arbitrage, cette acceptation vaut renonciation à l'immunité d'exécution. De fait, on considère que la personne morale consent ainsi implicitement à ce que lorsque la sentence arbitrale sera rendue et revêtue de l'exequatur, qu'elle puisse être exécutée (P.-M. Martin, *Droit international public*, Masson, 1995 p. 60. n° 129, cité par G. Kenfack Douajni, *préc.*).

Ensuite, les alinéas 2 et 3 de l'article 30 de l'AUPSRVE apportent aux immunités d'exécution une innovation fondamentale. En effet, ces dispositions prévoient que les dettes liquides, certaines et exigibles des personnes morales de droit public ainsi que celles des entreprises publiques remplissant les mêmes conditions ouvrent droit à une compensation avec des dettes des particuliers envers elles. Les seules conditions exigées pour que cette compensation spéciale puisse être invoquée par la personne physique créancière et débitrice de la personne morale sont la réciprocité et la certitude (article 30, alinéa 2 *in fine* et alinéa 3).

70. Enfin, relativement aux immeubles, deux aspects importants de la protection du débiteur méritent d'être relevés. Le premier concerne l'interdiction de la clause de voie parée expressément affirmée par l'article 246 AUPSRVE, qui dispose que « le créancier ne peut faire vendre les immeubles appartenant à son débiteur qu'en respectant les formalités prescrites par les dispositions qui suivent » et qui frappe de nullité toute convention contraire. Selon une doctrine autorisée, ce texte est « destiné à interdire les conventions ayant pour objet ou pour effet d'affranchir le créancier du respect des formes prescrites ou d'imposer au débiteur la renonciation à la protection qui lui est due. Il ne faut donc voir dans cette disposition que l'expression de la volonté du législateur communautaire de condamner la clause de voie parée qui est l'acte par lequel le débiteur consent, à l'avance, au créancier, le droit de vendre l'immeuble hypothéqué

à son profit sans respecter la procédure légale de vente » (N. DIOUF, note sous : *Tribunal régional hors classe de Dakar, audience éventuelle, jugement du 2 novembre 1999, SGBS (Société générale de banques au Sénégal) c/Ady Niang Ohadata J-03-268*). Cette interdiction est ancienne et elle tend à protéger le débiteur au moment de la constitution de la sûreté ; on estime que si le créancier réalise la sûreté à l'amiable, il pourrait en tirer un prix inférieur à la valeur réelle du bien et surtout, il serait le seul créancier à profiter de la sûreté. Rigoureusement appliquée, elle doit conduire à l'annulation de tout pouvoir donné au créancier de vendre l'immeuble de gré à gré en cas de défaillance du débiteur.

Cependant la portée de l'article 246 est encore incertaine. En effet, un courant inspiré du droit français considère que « l'idée a prévalu (que la protection) devait s'arrêter au moment où le débiteur n'est plus en position de faiblesse, c'est-à-dire après le contrat qui a fait naître la sûreté » (M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 7^e éd., Litec, 2004, n° 907, p. 747). Concrètement, si la convention qui donne au créancier mandat de vendre le bien à l'amiable intervient après la constitution de la sûreté, elle est parfaitement valable. Un tribunal nigérien a fait une parfaite application de cette admission d'une clause de vente amiable. Pour lui, dès lors que le « mandat donné postérieurement à la naissance de la dette, de surcroît dans un acte séparé du contrat n'est pas une clause de voie parée ; (dès lors) que le demandeur a reçu le montant du prêt et qu'il n'était pas sous la pression de son banquier, ce pouvoir de vente de gré à gré est parfaitement valable » (*Tribunal régional de Niamey, Jugement n° 261 du 31 juillet 2002, A. B. B. c/BINCI et G.S., Le Juris-Obda n° 4/2003, p. 65, note Brou Kouakou Mathurin, Ohadata J-04-131. Dans le même sens : Tribunal régional de Niamey, Jugement n° 76 du 23 mai 2001, A. B. B. c/BIA Niger, Le Juris-Obada n° 4/2003, octobre-décembre 2003, p. 62, Note Brou Kouakou Mathurin, J-04-130. V. également : Cour d'appel de Niamey, chambre civile, arrêt n° 48 du 14 mai 2003, Adam Issa c/BOA et Hamidou Balla, Ohadata J-03-263*). Au rebours de cette thèse, certains estiment que l'article 246 a entendu interdire toute convention de vente amiable, qu'elle soit concomitante ou postérieure à la constitution de la sûreté. Ainsi M. Brou Kouakou écrit qu'en « édictant l'interdiction de convention contraire, les initiateurs de l'Acte (uniforme) n'ont pas seulement visé la clause de voie parée, mais également toute convention postérieure qui dispenserait le créancier de respecter la procédure légale de vente aux enchères publiques à la barre du Tribunal » (M. Brou Kouakou, note sous, *Tribunal régional de Niamey, Jugements n° 261 du 31 juillet 2002 et n° 76 du 23 mai 2001, préc.*). À l'appui de cette opinion, on peut relever que l'intervention de la convention de vente amiable après celle portant constitution de la sûreté ne garantit pas que le débiteur est désormais plus libre et peut négocier d'égal à égal avec le créancier. Au contraire, dans certains cas, ce dernier fera signer au premier cette convention après avoir constaté sa défaillance. Dans de

telles conditions, il est clair que le débiteur est sous une pression encore plus importante que celle qui lui pesait au moment de la constitution de la sûreté. Il en résulte que même s'il n'est pas certain que la vente forcée va conduire à un prix meilleur (*M. CABRILLAC et C. MOULY, op. cit. n° 907, p. 747*) que celui que l'on obtiendrait en procédant à une vente de gré à gré, on ne devrait pas autoriser qu'une telle latitude soit donnée au créancier sur le bien de son débiteur. Qui plus est, cette latitude offre aux créanciers une voie trop facile pour éluder les règles d'ordre public prévues par l'acte uniforme pour la saisie immobilière. Dès lors, il conviendrait d'interpréter l'article 246 comme interdisant à la fois la clause de voie parée et toute convention postérieure de vente amiable (*en ce sens : M. D. PODIO et O. FANDJIP, Les voies d'exécution OHADA à l'épreuve des droits de l'homme ; le cas du débiteur, Juridix périodique n° 83, p. 102*).

Le second aspect de la protection spécifique aux immeubles est la réglementation de la vente sur saisie immobilière. À titre préalable, les formalités devant précéder la vente sont organisées dans les moindres détails. Par exemple, afin d'obtenir le meilleur prix possible, une publicité est prévue. Celle-ci, selon la loi communautaire, doit être proportionnelle à la valeur de l'immeuble dont la vente est poursuivie. En effet, selon l'article 279 AUPSRVE, le président de la juridiction compétente peut, par ordonnance rendue sur requête, accroître ou restreindre la publicité. Mais, c'est surtout le déroulement de la vente lui-même qui permet de confirmer le souci pour le législateur de rechercher le meilleur prix possible pour l'immeuble et, par contrecoup, de limiter autant que faire se peut, l'assiette devant être mise à contribution pour le recouvrement de la créance. Celle-ci a, pour les besoins de la cause, été transformée en une sorte de rituel ésotérique (*A titre d'illustration : Tribunal de Grande Instance de Nkongsamba, Jugement n° 20/civ ; affaire dame VIOSSAT née AYIVOR Agnès contre Monsieur TIAKO David, OHADATAJ-05-123*). En effet, à l'ouverture de la vente, une bougie préalablement préparée, pour achever de consumer en *une minute environ*, est allumée. Si pendant la durée de cette première bougie une enchère se manifeste, elle n'est adjugée, dit l'article 283 AUPSRVE que s'il n'y a eu aucune autre avant l'extinction de deux bougies. Il est clair que le souci du législateur uniforme était de soustraire la vente à l'arbitraire des membres de la juridiction à la barre de laquelle la vente s'effectue ou des membres de l'étude du notaire convenu. C'est d'ailleurs, semble-t-il, le même souci qui justifie d'une part, la création d'une catégorie d'incapacités et, d'autre part, l'adjudication au profit du créancier poursuivant en cas d'absence d'enchères. L'incapacité d'enchérir qui frappe, sous peine de nullité de l'enchère ou de la surenchère et éventuellement de dommages-intérêts, les avocats et le saisi (*Aux termes de l'article 284 AUPSRVE, les avocats ne peuvent enchérir pour le compte d'un membre de la juridiction ou de l'étude du notaire convenu, ni*

pour les personnes notoirement insolvables, ni pour le saisi. En outre, l'avocat du saisissant ne peut enchérir ou surenchérir pour son propre compte). Quant à l'adjudication au profit du créancier poursuivant, elle est faite à la mise à prix lorsque la vente s'est terminée après trois bougies sans qu'aucune enchère ne se manifeste. Le créancier poursuivant peut, pour l'éviter, obtenir de plein droit (*article 283, alinéa 5 in fine*), un report de la vente sur une nouvelle mise à prix. À la deuxième audience d'adjudication, si aucune enchère n'est enregistrée, il sera déclaré adjudicataire pour la première mise à prix. On le voit, les rédacteurs du droit OHADA ont estimé que le créancier poursuivant ayant accepté ou s'étant résigné vis-à-vis de la mise à prix fixée pour la première audience d'adjudication, on présume qu'il a reconnu que cette première mise à prix constituait le prix le plus bas que pouvait mériter l'immeuble ; dès lors, il ne peut plus contester ce prix après qu'une vente se soit avérée infructueuse.

B - Protection des tiers

71. Les personnes autres que les créanciers et le débiteur sont, on l'a vu, tenues de s'abstenir d'accomplir tout acte de nature à gêner la poursuite de la saisie. Elles sont en retour tenues de prêter leur concours lorsqu'elles sont légalement requises pour contribuer à l'exécution. Pour contrebalancer ces obligations, les tiers sont protégés contre tout acte d'exécution qui porterait atteinte à un de leurs droits. Cette protection se traduit par la possibilité pour eux d'invoquer un droit propre lorsqu'un bien appartenant au débiteur qu'ils détiennent légitimement est poursuivi (I) et par le droit qu'ils ont, de soustraire de l'assiette de la saisie, leurs biens (II).

I - Admission de l'opposabilité au saisissant, d'un droit propre sur le bien saisi

72. Le tiers qui détient un bien pour le compte du débiteur peut disposer d'un droit propre sur ce bien. L'AUPSRVE a envisagé cette éventualité dans deux situations. La première est évoquée par l'article 114 en matière de saisie-vente et la seconde est issue de l'article 234 en matière de saisie-revendication. Le premier de ces textes vise expressément le droit de rétention dont le tiers se prévaudrait contre un saisissant (*Cependant, il faut relever que l'article 109, alinéa 9 semble donner au tiers le « droit de faire valoir ses droits sur les biens saisis »*). Dans ce cas, le tiers est simplement tenu d'informer l'huissier ou l'agent d'exécution sur l'existence de son droit. Et, même si le créancier peut contester ce droit de rétention, et si pendant toute la durée de la contestation le bien est indisponible pour le tiers, il n'en demeure pas moins qu'en cas d'insuccès de l'action du saisissant, il conserve son droit et surtout, que faute de contestation de la part du saisissant dans

le délai légal, la prétention du tiers est réputée fondée pour les besoins de la saisie.

L'article 234 quant à lui vise de façon générale le cas où le tiers entre les mains de qui est poursuivie une saisie-revendication se prévaut d'un droit propre sur le bien saisi. On comprend dès lors que le droit élevé par le tiers pourrait être un droit de propriété ou un autre droit réel de nature à légitimer la détention du bien par ce tiers. Dans ce cas comme dans le précédent, il en informe l'huissier ou l'agent d'exécution. Le saisissant peut également contester l'existence de ce droit. Mais, si celui-ci a été régulièrement constitué, cette contestation est indubitablement vouée à l'échec.

II - Action en distraction

73. L'action en distraction tend à conforter l'idée que seuls les biens du débiteur doivent être mis à contribution pour le règlement de la dette. Cette action est admise aussi bien en matière mobilière qu'en matière immobilière.

74. Vis-à-vis des meubles, elle est considérée par la doctrine comme une action spéciale en « revendication mobilière » (*J. Vincent et J. Prévault, op. cit., n° 264, p. 184*) dont le but est de permettre au tiers de tenter de soustraire un ou plusieurs biens de l'assiette de la saisie. La qualité de tiers est donc déterminante pour la recevabilité de cette action. Seule une personne susceptible de se prévaloir de cette qualité peut l'introduire (*V. CCJA, arrêt n° 16/2005 du 24 fev. 2005 et n° 011/2008 du 27 mars 2008, Les grandes décisions de la CCJA, L'barmattan, 2010, p. 539, note S. Kuate*). Il en résulte, d'une part, que si elle émane du débiteur lui-même, elle est irrecevable (*V. CA Abidjan, 15 juill. 2003, obadata, J-03-274 ; Celui-ci ne peut introduire qu'une action en nullité tendant à obtenir la simple mainlevée de la saisie : v. CA Littoral 14/07/1999 Revue camerounaise du droit des affaires, n° 2, p. 32. En retour, l'action tendant à obtenir la mainlevée de la saisie est à son tour irrecevable lorsqu'elle est intentée par le tiers : TGI Bobo-Dioulasso, 19 sept. 2003, obadata, J-04-150 ; Cour d'Appel d'Abidjan, arrêt n° 912 du 8 juillet 2003, obadata J-04-95*). Il en résulte également que l'huissier de justice ou l'agent d'exécution qui est admis à introduire certaines contestations (*V. par ex. art. 143, AUPSRVE*) devrait être irrecevable dans une action en distraction (*Dans le même sens : S.S. KUATE TAMEGHE, note préc.*).

Lorsque la qualité de tiers est acquise, il faut encore se demander si le seul droit dont il peut se prévaloir pour intenter une action en distraction est le droit de propriété. L'intérêt de l'interrogation vient de la référence expresse à ce droit par les articles 141 et 142 AUPSRVE. Au vrai, cette référence expresse ne doit pas être considérée comme exclusive. De fait, l'action en distraction est définie en référence à l'action en reven-

dication dont elle est une des modalités. Or on le sait, l'action en revendication est justifiée par le droit de suite dont l'objet est de permettre à celui qui en bénéficie, de poursuivre le bien en quelques mains qu'il soit. Dans cette logique, tous les titulaires de droits réels assortis d'un droit de suite doivent pouvoir exercer cette action. Il en serait ainsi pour l'usufruitier et le créancier gagiste (*En ce sens : M. et J.-B. Donnier, op. cit., n° 857, p. 278*).

Au total, les personnes les plus susceptibles d'être intéressées par cette action sont les suivantes : le copropriétaire (*la vente ne doit être effectuée qu'après le partage*), le conjoint du saisi lorsqu'il estime que la saisie a inclus ses biens propres, le titulaire d'un droit réel quelconque, et, tout particulièrement, le propriétaire de l'objet saisi.

Mais, à supposer la qualité de tiers et la titularité d'un droit réel acquises, il faut encore que l'action en distraction mobilière soit introduite au moment opportun. Selon les termes de l'article 142 alinéa 1 AUPSRVE, cette action n'est plus recevable après la vente. Seule peut être exercée une action traditionnelle en revendication avec tous les aléas qu'on lui connaît (*Le demandeur ne peut obtenir restitution du bien qu'à la double condition qu'il se soit agit d'un meuble perdu ou volé et qu'il consente à payer à l'adjudicataire le montant de son enchère majoré des frais du commissaire-priseur (article 2280 C. civ.)*). Cette voie demeurera chimérique dans la plupart des cas. C'est pourquoi le tiers aura plutôt intérêt à scruter du côté des sommes produites par la vente. Si elles n'ont pas encore été distribuées, il sollicitera la distraction du prix de vente de son bien non diminué des frais (article 142, alinéa 2). Mais, si les sommes ont déjà été distribuées, il ne lui reste qu'à se retourner contre le débiteur par hypothèse insolvable ou contre le créancier s'il a commis une faute susceptible de caractériser une saisie abusive).

75. Cette exigence relative au moment de l'action est reprise en matière immobilière. En effet, les articles 308 et suivants qui créent et organisent l'action en distraction au profit des tiers, disposent qu'elle doit être introduite avant l'adjudication. En ce qui concerne les personnes titulaires du droit d'agir en distraction, l'AUPSRVE vise « le tiers qui se prétend propriétaire d'un immeuble saisi et qui n'est tenu ni personnellement de la dette, ni réellement sur l'immeuble ». On peut en déduire que ces précisions visent à exclure du champ de cette action, la caution tant réelle que personnelle. On doit également en exclure le saisi, le tiers détenteur et les créanciers (*M. et J.-B. Donnier, op. cit., n° 1522 et s. p. 485*). Positivement, les personnes susceptibles de l'introduire sont, comme en matière mobilière, le propriétaire et toute autre personne titulaire d'un droit réel (*Droits de copropriété, de nue-propriété, d'usufruit, de servitude, d'antichrèse, etc. cf. M. et J.-B. Donnier, ibid.*). Ces personnes exercent l'action, dit l'article 309 AUPSRVE, contre le saisissant et le saisi. Dans tous les cas, comme en matière mobilière, l'action conduit au

prononcé de la distraction des biens qu'elle vise par le juge, particulièrement impliqué dans les procédures civiles d'exécution par le législateur OHADA.

§3 - Intervention du juge dans l'exécution

76. Les voies d'exécution sont aujourd'hui reconnues comme étant « les procédures civiles d'exécution ». Ce changement progressif de dénomination est loin d'être innocent. En effet, il pourrait, au moins pour partie, se justifier par le fait que le juge est, de façon plus ou moins surprenante, omniprésent dans la phase de l'exécution. Il intervient dans plusieurs situations (A) dans lesquelles l'acte uniforme lui a donné compétence pour se prononcer (B).

A - Cas d'ouverture à l'intervention du juge

77. Dans un nombre important de cas, le juge est appelé à intervenir en matière d'exécution. Il en est ainsi lorsqu'il y a urgence (I), lorsqu'il doit autoriser la saisie (II), lorsqu'il doit se prononcer sur une difficulté d'exécution (III) ou lorsque la seule nature du bien impose son intervention (IV) ou, enfin, lorsqu'il doit arrêter une exécution (V).

I - Urgence

78. L'urgence en matière de procédures civiles d'exécution justifie l'intervention du juge traditionnel de l'urgence qu'est le juge des référés. Mais, elle justifie aussi l'immixtion du juge investi de la compétence matérielle pour intervenir sur certains aspects de l'exécution.

79. L'intervention du juge des référés en cette matière n'a pas besoin d'être justifiée, même si elle peut paraître surprenante à certains égards. En effet, dès lors que celui-ci intervient dans tous les domaines du droit privé en cas d'urgence, on comprend qu'il puisse également être mis à contribution en matière de voies d'exécution. La relative surprise vient de ce que l'on aurait pu envisager se passer de lui ; dans la mesure où, de façon générale, l'AUPSRVE pose comme règle, que la juridiction compétente pour toute demande ou tout litige relatif à une mesure conservatoire ou à une mesure d'exécution est « le président de la juridiction statuant en matière d'urgence », on peut se demander si tout son office n'est pas gouverné par l'idée de l'urgence et en induire que les mesures laissées au juge des référés par l'acte uniforme auraient pu lui être confiées. Cette approche n'aurait pas été entièrement satisfaisante pour au moins deux raisons. D'une part, le juge de l'article 49 est un juge du

fond ; et ce n'est pas son rattachement à la juridiction de l'urgence qui change fondamentalement son office. Ce rattachement, même s'il l'invite à une certaine célérité, n'en fait pas un juge de l'urgence au même titre que le juge des référés. Dans ces conditions, le juge des référés conserve toute sa place à côté de celui de l'exécution (*Même si la CCJA admet que le juge des référés puisse être également juge de l'exécution...*). D'autre part, sur le plan technique, la procédure de référé offre des possibilités que ne connaît pas celle qui devrait être utilisée devant le juge de l'exécution (*Tel est le cas par exemple de l'autorisation d'assigner à bref délai*) et qui, dans le cadre de l'exécution, en facilitent la poursuite. Lorsque par exemple le débiteur ou le tiers entre les mains duquel les biens meubles sont saisis en refusent la garde, et que les parties à l'exécution ne s'accordent pas sur la désignation d'un gardien, le référé constitue une procédure particulièrement adaptée pour pouvoir rapidement à cette désignation (*Cf. article 64, alinéa 6 AUPSRVE*). Il en est de même lorsque le débiteur et le créancier ne parviennent pas à s'accorder sur le lieu où doit se tenir la vente forcée des meubles saisis (*Cf. 120, alinéa 2, AUPSRVE. V. également l'article 211 relatif à la consignation des sommes visées par une saisie des rémunérations, lorsque le poursuivant trouve une cession suspecte en cours*).

80. Quant à l'intervention du juge matériellement compétent pour un aspect particulier de la procédure de saisie, celle-ci se matérialise essentiellement par des ordonnances rendues sur requête en cas d'urgence. Plusieurs situations peuvent être invoquées pour illustrer cette intervention. Dans les saisies mobilières, le juge compétent pour les saisies conservatoires et le contentieux de l'exécution est sollicité pour désigner un séquestre à qui sont ou seront remis les biens ou les sommes saisis ou à saisir (*Articles 103, 113 et 166 AUPSRVE*). En matière de saisie immobilière, le juge devant lequel la procédure est poursuivie est également investi du pouvoir de statuer par ordonnance sur requête lorsque l'urgence commande qu'il intervienne rapidement pour régler la situation. Telle est l'hypothèse envisagée par l'article 279 qui lui donne le pouvoir d'intervenir par cette voie, restreindre ou accroître la publicité devant précéder l'adjudication de l'immeuble poursuivi. Telle est également l'hypothèse envisagée par l'article 253 qui lui permet d'autoriser par ordonnance sur requête, le créancier à requérir l'immatriculation à la conservation foncière.

81. On le remarque, l'urgence justifie bien que des ordonnances sur requête interviennent dans les procédures de saisie. Mais, ces ordonnances émanent non pas du juge traditionnellement compétent en cette matière, mais plutôt des juridictions compétentes pour la gestion de telle ou telle saisie. Ce choix du législateur OHADA peut être aisément justifié. D'une part en effet, on peut remarquer que les ordonnances sur requêtes

qui interviennent dans le cours des procédures de saisie sont généralement rendues à la suite d'une procédure contradictoire (*Par exemple, les 103 et 113 exigent que l'ordonnance ne soit rendue qu'après avoir entendu les parties ou au moins, que celles-ci aient été dûment appelées*). D'autre part, ces décisions sont parfois rendues en premier et dernier ressort (*Tel est le cas de celles qui interviennent dans les hypothèses visées par les articles 253 et 279 relatifs à la saisie immobilière*). De ces deux justifications, il apparaît que les rédacteurs du droit OHADA ont voulu soustraire les décisions rendues sur requête en matière de saisies, du régime général des ordonnances sur requête.

II - Autorisation de saisir

82. En certaines hypothèses, le créancier est tenu d'obtenir une autorisation judiciaire avant d'effectuer la saisie. Cette autorisation intervient dans deux principales situations. La première est relative aux saisies conservatoires. Il résulte en effet de l'article 54 AUPSRVE, que lorsque le créancier ne détient pas un titre exécutoire il peut obtenir une autorisation de saisir (*Les exigences générales formulées par ces articles 54 et 55 relatives à cette autorisation sont adaptées à la saisie-revendication par l'article 227*) s'il démontre qu'il existe des circonstances de nature à menacer le recouvrement de sa créance. Il n'en est dispensé que si sa créance résulte du défaut de paiement, dûment établi, d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque, ou d'un loyer impayé après commandement dès lors que celui-ci est dû en vertu d'un contrat de bail d'immeuble écrit (*Article 55, alinéa 2*).

La seconde situation est celle dans laquelle le créancier, même titulaire d'un titre exécutoire voudrait saisir les meubles du débiteur dans le local servant d'habitation à un tiers. Dans cette hypothèse, les articles 105 et 230 exigent que le créancier obtienne une nouvelle autorisation pour pénétrer dans ce local.

Dans tous ces cas, l'autorisation revêt la forme d'une ordonnance rendue sur requête. Celle-ci, contrairement à certaines qui interviennent dans les cas d'urgence précités, est susceptible d'appel conformément à l'article 49, alinéa 2.

III - Difficultés d'exécution

83. Les difficultés d'exécution constituent le cas d'ouverture qui justifie le plus de demandes portées devant le juge à l'occasion de l'exercice d'une voie d'exécution. Cela se justifie par la compréhension large que l'on peut donner à ces difficultés. En effet, celles-ci recouvrent en réalité, tout type d'incident susceptible d'être soulevé à l'occasion de l'exercice d'une mesure d'exécution, qu'elle soit conservatoire ou forcée, qu'elle soit mobilière ou immobilière. Cela signifie que la notion de difficulté d'exé-

cution renvoie aussi bien aux incidents de fond qu'à ceux de forme qui naîtraient lors de la poursuite, que ce soit du chef du saisi, du saisissant, d'un tiers entre les mains duquel la saisie est pratiquée, d'un tiers se prévalant d'un droit propre sur un bien saisi ou d'un autre créancier du débiteur. Sur la forme, la difficulté soumise au juge concerne généralement les vices contenus dans l'acte de saisie, les heures de saisie, la compétence de l'huissier ou de l'agent d'exécution, etc. Sur le fond, la difficulté portée au juge peut être relative à la saisissabilité du débiteur ou de certains de ses biens, à la propriété d'un tiers sur un bien inclus dans l'assiette d'une saisie à laquelle il est étranger, etc. Dans l'un et l'autre cas, la difficulté peut, lorsque le juge donne gain de cause à celui qui l'a soulevée, conduire à l'annulation ou à la mainlevée de la saisie (*La mainlevée peut être, selon le cas, totale ou partielle*), à la distraction du bien ou à la prise en compte de l'opposition du nouveau créancier.

IV - Nature du bien

84. La nature du bien sur lequel l'exécution est poursuivie justifie parfois à elle seule une intervention juridictionnelle. Deux mesures d'exécution peuvent être envisagées pour illustrer ce cas d'ouverture.

85. La première est la saisie des rémunérations du travail. Celle-ci impose une intervention juridictionnelle dès son entame. En effet, selon les termes de l'article 174, AUPSRVE « la saisie des sommes dues à titre de rémunération, quel qu'en soit le montant, à toutes les personnes salariées ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs, ne peut être pratiquée qu'après une tentative de conciliation devant la juridiction compétente du domicile du débiteur ». Qui plus est, l'acte de saisie est un acte du greffe de la juridiction ayant procédé à la tentative de conciliation. Et, pour achever de judiciariser la procédure, le tiers saisi est tenu, selon l'article 188 d'adresser tous les mois au greffe (*ou à l'organisme spécialement désigné à cet effet par chaque État partie*) le montant des sommes retenues sur la rémunération du saisi. Il en résulte que la seule raison prise en considération ici pour faire intervenir le juge est le bien dont la saisie est poursuivie. Sans doute, est-ce le caractère alimentaire du salaire qui justifie ce contrôle juridictionnel de la mesure d'exécution forcée.

86. La deuxième saisie qui implique le juge du simple fait de la nature du bien poursuivi est la saisie immobilière. Celle-ci est entièrement judiciaire dès le dépôt du cahier des charges au greffe de la juridiction devant laquelle la vente est poursuivie (*D'ailleurs, la juridiction peut intervenir avant ce dépôt, notamment pour le contentieux lié au commandement et l'autorisation de requérir l'immatriculation*). En effet, à compter de cet acte de procédure l'ensemble des formalités est

accompli au greffe de la juridiction ou par la juridiction elle-même. D'ailleurs, la procédure se termine par une vente aux enchères qui se tient, à défaut de l'étude d'un notaire convenu, à la barre de la juridiction. Ce choix peut se justifier ainsi qu'il a été relevé, par le souci de protéger autant que faire se peut, en soustrayant les ventes sur saisie immobilière à l'arbitraire des commissaires priseurs. Il peut également se justifier, sur un plan technique, par la complexité de la procédure de la saisie immobilière et par la fréquence des incidents susceptibles de ramener les parties devant le tribunal.

V - Suspension de l'exécution

87. La suspension de l'exécution postule l'intervention du juge. Celle-ci peut être obtenue par le recours à trois techniques procédurales.

88. La première est la demande de délais grâce. Par cette demande, le débiteur, sans s'attaquer aux actes d'exécution engagés ou sur le point de l'être par le créancier, sollicite du tribunal qu'il diffère cette exécution pour une durée maximale d'un an. Pendant cette période, le créancier ne peut donc engager une quelconque procédure d'exécution.

89. La deuxième est le sursis à exécution. Celui-ci est une technique permettant à la partie qui succombe en appel ou devant une juridiction statuant en premier et dernier ressort et qui a formé un pourvoi devant la juridiction de cassation, d'obtenir la suspension de l'exécution de la décision attaquée. Il apparaît donc que la procédure aux fins de sursis à exécution est engagée devant la Cour suprême de chaque pays, lorsque la décision dont cherchent à neutraliser temporairement les effets a été rendue par une juridiction nationale. Contre les arrêts de la CCJA, seule cette Cour elle-même peut, selon les alinéas 2 et suivants de l'article 46, prononcer la suspension de l'exécution.

90. La dernière est constituée par les défenses à exécution. Il s'agit d'un aspect particulier de la suspension de l'exécution, qui concerne l'exécution provisoire. En effet, les défenses à exécution provisoire ont pour cible, non pas les actes d'exécution, mais, le titre exécutoire. Elles tendent alors à inviter le juge qui en est saisi à en vérifier le caractère exécutoire. En d'autres termes, les demandeurs aux défenses à exécution « dit que l'exécution provisoire a été mal à propos ordonnée (hors des cas prévus par la loi ou sans urgence caractérisée) » (C. Dogue, *Une nouveauté déplorable : la prohibition des défenses à exécution provisoire*, OHADATA, D-02-23). Elles ont connu une certaine instabilité, sans doute du fait du souci de la CCJA de pouvoir contrôler l'ensemble des procédures d'exécution, qu'elles soient liées à un titre exécutoire par provision ou à un titre définitif (V. notamment : S. MINOU, *Regards sur l'Arrêt KARNIB*, Rev.

Cam. Dr. Aff. n° 10 janvier mars 2002, p. 27 ; IPANDA, *L'Arrêt KARNIB : Une révolution ? Question d'interprétation*, Rev. Cam. Dr. Aff. n° 10 préc., p. 41 ; C. Dogue, note sous arrêt n° 02/2001 du 11 oct. 2001 *Actualités Juridiques de l'Association Ivoirienne pour le Développement du Droit*, n° 28, juin 2002, p. 5). Aujourd'hui, leur régime est certain, même s'il est critiquable (V. notamment : A. Ouattara, *La législation ivoirienne sur les défenses à exécution provisoire à l'épreuve du droit communautaire de l'OHADA relatif aux voies d'exécution : survivance ou extinction ?*, OHADATA D-07-05 ; J. Fometeu, note sous : CCJA, arrêt n° 8/2006 du 09/03/2006 ; Affaire : Ayants droit de K.O.K. c/1) Société Ivoirienne d'Assurance Mutuelle dite SIDAM ; 2) Caisse de Règlement Pécuniaire des Avocats dite CARPA) : lorsque l'exécution provisoire n'est pas encore engagée, elle peut être interrompue au moyen de défenses à exécution, celles-ci étant ordonnées par le juge d'appel national ; lorsque l'exécution est déjà entamée, elle ne peut plus être arrêtée par le moyen de ces défenses (V. notamment : CCJA, arrêt n° 1/2006 du 9 mars 2006, OHADATA, J-07-08. Dans cette affaire, la Haute juridiction a cassé une ordonnance du Premier Président de la Cour d'Appel d'Abidjan qui avait suspendu l'exécution de deux saisies-attribution. Dans le même sens : CCJA, arrêt n° 8/2006 du 9 mars 2006, OHADATA, J-07-15).

B - Compétence du juge

91. La question de la compétence du juge intervenant en matière d'exécution est intéressante sur le double plan territorial (I) et matériel (II).

I - Compétence territoriale

92. Le juge compétent territorialement pour les procédures civiles d'exécution est, commun dans le droit commun de la procédure, celui du lieu du domicile du débiteur. Cette règle résulte notamment des articles 54, 63, 64, 67, 78, 79, 174, 248, etc. Néanmoins, elle doit être atténuée. Tout d'abord, pour la saisie foraine, la spécificité de la situation du débiteur, qui est sans domicile fixe ou dont le domicile est situé en pays étranger a commandé que la compétence territoriale soit dévolue au tribunal du lieu du domicile du créancier (Article 73, alinéa 1, AUPSRVE). Ensuite, dans plusieurs situations, la loi désigne un autre tribunal pour connaître d'un litige engagé pour la saisie ou à l'occasion de la saisie. Cet autre tribunal est tantôt celui du lieu de situation des biens, tantôt, ce qui revient bien souvent au même, celui du lieu où s'effectue la saisie ou celui du domicile du tiers entre les mains duquel la saisie est pratiquée (article 114, alinéa 1, 169, 225, 248, etc.). Dans cette première série de cas, l'Acte uniforme impose au créancier qui ne demeure pas en ce lieu, de procéder à une élection de domicile (V. par ex. articles 99 relatif à la

saisie-vente, 219, alinéa 5 relatif à la saisie-appréhension, etc.). Enfin, la question peut se poser de savoir si les parties à l'exécution peuvent faire élection de domicile comme ils le feraient avant la survenue d'un procès, pour désigner une juridiction qui serait territorialement compétente pour connaître de tout litige relatif à l'exécution.

La question est d'autant plus intéressante qu'elle peut se ramener à celle de savoir si une élection de domicile pratiquée pour le procès peut continuer à régir l'exécution. La question peut être abordée de deux manières. D'une part, il paraît difficile de concevoir qu'une convention intervienne entre les parties après que le créancier ait obtenu le titre exécutoire, pour fixer une élection de domicile. En revanche, l'idée de la prorogation des effets d'une élection de domicile antérieure au titre exécutoire est loin d'être saugrenue. Elle amène simplement à se demander si les règles de compétence territoriale prévues en matière d'exécution sont d'ordre public. La réponse à cette question est d'autant moins aisée que pour les voies d'exécution, l'AUPSRVE s'est montré moins clair que pour les procédures simplifiées de recouvrement. En effet, pour celles-ci, les articles 3 et 20 accordent *expressis verbis* aux parties, la possibilité de déroger aux règles de compétence territoriale dans leur convention. En revanche, le texte est resté muet sur cette question, en ce qui concerne les voies d'exécution. Les situations dans lesquelles l'élection de domicile est évoquée ne concernent pas la convention des parties qui comporterait une clause attributive de compétence, mais simplement l'obligation pour le créancier de reconnaître un des lieux prévus par la loi et dans lequel lui-même ne demeure pas (*domicile du débiteur ou du tiers, lieu de situation des biens, lieu où l'exécution est effectuée ; v. articles 77, alinéa 2, 86, alinéa 5, 93, 219, alinéa 5, etc.*) comme lieu où des actes de procédure pourront être signifiés. Il en résulte que les règles de compétence en matière d'exécution paraissent d'ordre public (*En ce sens : M. et J.-B. Donnier, op. cit. n° 111, p. 41*).

II - Compétence matérielle

93. La question de la compétence matérielle en matière d'exécution renvoie à deux problèmes. Le premier est celui de l'identification de la juridiction compétente pour connaître des litiges relatifs à l'exécution et le second est, à supposer cette identification effectuée, celui de l'étendue des pouvoirs de ce juge.

94. Relativement aux saisies immobilières, ces questions ne suscitent apparemment que peu de difficultés. En effet, l'article 248 AUPSRVE qui dispose que « la juridiction devant laquelle la vente est poursuivie est celle ayant plénitude de juridiction dans le ressort territorial où se trouvent les immeubles » semble ne pas avoir donné lieu à des divergences d'interprétation. Sur le plan matériel, l'article 248 attribue tout aussi claire-

ment la compétence à la juridiction « ayant plénitude de juridiction », ce qui faut-il le penser, ne devrait susciter aucun problème dans un État membre de l'OHADA. La question s'est simplement posée de savoir si la juridiction visée à l'article 49 était celle compétente en matière de saisie immobilière. De façon opportune, le juge des référés de Nkongsamba au Cameroun a précisé que cette disposition n'est pas applicable en matière de saisie immobilière et que, conformément à l'article 248, seul le Tribunal de grande instance est *compétent* (*Cf. Tribunal de première instance de Nkongsamba, ord. référé n° 18/Ref du 08 févr. 2000, et n° 40/Ref du 13 septembre 2000, Juridis périodique n° 51, p. 48, obs. F. Teppi Kolloko. Néanmoins, la CCJA, tirant profit de ce que cette disposition se situe dans les dispositions générales applicables à l'ensemble des saisies, considère que c'est elle qui régit le délai d'appel en matière de saisie immobilière, faute pour l'article 300 d'avoir précisé le délai d'appel et son point de départ. Cf. CCJA, arrêt n° 013/2002 du 18 avril 2002, Recueil de jurisprudence de la CCJA, numéro spécial, Janv. 2003, p. 58*).

Une autre question, plus intéressante, a amené la même juridiction à se dédire. En effet, saisie d'une demande tendant à obtenir la discontinuation des poursuites sur un immeuble dont la vente avait été programmée alors que le caractère exécutoire du titre fondant la saisie n'était pas certain, elle s'est reconnue compétente en se prévalant de sa qualité de juge du contentieux de l'exécution et donc, de l'article 49 (*Tribunal de première instance de Nkongsamba, Ordonnance n° 3/REF du 29 Mai 2002, Affaire succession NGAKO KANKOUMI Aubert Mathieu contre DJIFACK Joseph, succession de MINDJO Élie, Ohadata J-05-157*). Cette contradiction suscite la question de savoir si le juge visé à l'article 49 peut être conduit à intervenir dans la saisie immobilière. La réponse à cette question paraît s'imposer : l'article 248 confère l'ensemble de la procédure de saisie immobilière au juge ayant plénitude de juridiction (*V. A titre d'illustration : CCJA, Arrêt n° 013, 18 mars 2004 Affaire F. C c/SGBC, Le Juris Ohada, n° 2/2004, juin-août 2004, p. 27, note M. Brou Kouakou.- Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 3, janvier-juin 2004, p. 10, OHADATA J-04-298*). À côté de lui, le juge de l'urgence peut intervenir comme en toute matière (*V. supra. Il faut ajouter que l'article 261, alinéa 2 paraît renvoyer au juge des référés*) mais, jamais pour décider d'une mesure tendant à régler un incident né à l'occasion de la saisie.

95. Relativement aux saisies mobilières, les problèmes sont plus sérieux, même si la CCJA commence à fournir des indications devant permettre de les aplanir. En effet, la question s'est d'abord posée de savoir si le juge visé à l'article 49 était le juge des référés ou un autre juge. Sur ce point, la doctrine était relativement divisée et la jurisprudence hésitante (*En faveur de la compétence du juge des référés : P.G. Pougoué et F. Teppi Koloko, La saisie-attribution des créances en OHADA, coll. Vade-mecum,*

PUA, 2005, p. 74. Dans le même sens : F. Anoukaba et A.D. Tjounen, *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution*, coll. Droit Uniforme, PUA, 1999, p. 26 ; Me IPANDA, note sous TPI Yaoundé, jugements n° 508/RC et n° 550 des 04 et 15 mai 2000 ; ord. Référé n° 590 du 25 avril 2000 et n° 618 du 04 mai 2000, Rev. Cam. Dr. Aff. n° 4, p. 85 ; J. Issa SAYEGH, *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple de Actes Uniformes OHADA*, préc., note n° 37, Revue de Droit Uniforme, 1999-1 ; site Internet Ohada.com ; contra : A. Ndzuenkeu, note sous : TPI Douala-Bonanjo, ord. référé n° 392 du 26 février 2003 ; TPI Garoua, ord. Référé n° 09/R du 16 janvier 2002, TPI Yaoundé-Ekou-nou, ord. référé n° 31 du 07 novembre 2002 ; *Juridis Périodique* n° 57, p. 51. Dans le même sens : S. Minou, op. cit. ; H. Tchanchou, op. cit. Telle paraît également être l'opinion de M. SOH in *La situation du salarié dans les procédures d'exécution ou le difficile équilibre des intérêts en présence*, *Juridis Périodique* n° 49, janv.-févr.-mars 2002, p. 101). Sur l'ensemble de la question : J. Fometeu, *Le juge de l'exécution au pluriel ou la parturition au Cameroun de l'article 49 de l'Acte Uniforme portant voies d'exécution*, R.I.D.C. n° 1/2008, p. 19). Puis, la CCJA s'est implicitement saisie de la question. Elle admet que la juridiction compétente en instance pour connaître des difficultés d'exécution puisse être indifféremment le juge des référés (*y compris lorsque celui-ci statue en référé d'heure à heure*), le président d'un tribunal de première instance (CCJA, arrêts n° 35 et 39/2007 du 22 novembre 2007, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 10, juill.-déc. 2007, pp. 69 et 74), le président de la juridiction statuant en matière d'urgence, et même, de façon générale, « les juridictions de première instance » (CCJA, arrêt n° 12/2002 du 18 avril 2002, *Total Fina Elf c/Sté COTRACOM*, *Le Juris Ohada* n° 3/2002, juillet-septembre 2002, p. 10, note. – *Recueil jurisprudence CCJA*, n° spécial, janvier 2003, p. 53, *Les grandes décisions de la CCJA*, p. 587, obs J. Fometeu). On peut en déduire que la CCJA refuse de se mêler de l'organisation judiciaire interne des États membres et qu'au fond, le critère primordial qu'elle retient est la connaissance du contentieux de l'exécution par une juridiction d'instance, de sorte que les parties puissent jouir du droit d'appel reconnu par l'alinéa 2 de l'article 49.

96. La question de l'étendue de la compétence du juge du contentieux de l'exécution s'est ensuite posée. À cette question, la CCJA a fourni un élément de réponse. Elle estime que le juge de l'exécution a pour mission « vérifier la régularité de la saisie », ce

qui implique, qu'il « ne peut modifier le dispositif de la décision servant de fondement à aux poursuites, ni en suspendre l'exécution, sauf dans les cas prévus par loi, notamment l'article 39 de l'AUPSRVE relativement aux délais de grâce » (*Arrêt n° 001/2008 du 24 janvier 2008 ; Standard Chartered Bank c/Caisse Nationale de Prévoyance Sociale du Cameroun, Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, L'harmattan, 2010, p. 351, note J. Fometeu). En d'autres termes, le juge de l'exécution n'a effectivement aucune emprise sur la décision dont l'exécution est difficile. Il n'examine jamais la chose tranchée par la décision dont l'exécution soulève des difficultés. D'ailleurs, son intervention n'est sollicitée que lorsqu'une contestation est soulevée à l'occasion d'une exécution. Toutes les exécutions qui ne connaissent pas de difficultés ne lui sont pas déferées, pas plus que ne lui sont soumises les contestations qui ne surviennent pas à l'occasion d'une exécution (ou d'une mesure conservatoire). La Cour de cassation française a eu, elle aussi, l'occasion de préciser l'étendue de la compétence du juge de l'exécution. Pour elle, la demande portée au juge de l'exécution ne doit pas tendre à « remettre en cause le titre (querellé) dans son principe » ou à contester « la validité des droits et obligations qu'il constate » (*Cass. Civ. 1^{re}, 27 janv. 2000, Juris-data n° 000228 et 10 mai 2000, Juris-data, n° 0001914*). Plus simplement, on peut dire qu'à cause de la force de chose jugée les décisions devenues définitives sont de véritables forteresses imprenables, autant pour le juge de l'exécution que pour tout autre juge (*Sous réserve des voies de recours exceptionnelles telles que le recours en révision prévu aux articles 49 et 50 du règlement de procédure de la CCJA*). En outre, la compétence du juge du contentieux de l'exécution ne s'étend pas à la suspension de l'exécution, sauf dans les cas prévus par la loi. Cela signifie que la compétence de ce juge consiste, lors de la vérification de la « régularité » de la saisie, à résoudre les difficultés et non à arrêter l'exécution, à moins que la recherche de la solution à cette difficulté postule une telle suspension.

Au total, à la suite de l'exercice de sa mission de vérification, le juge rejette la demande si elle lui paraît mal fondée. Si, au contraire, elle paraît fondée, la décision qu'il rend varie selon les données de l'espèce. Il s'agit alors soit d'une décision constatant une caducité, soit d'une décision prononçant une nullité, une mainlevée, une distraction ou une radiation.

Joseph FOMETEU

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Adjudication 35, 40, 70, 75, 80
Autorisation judiciaire 58, 82

C

Clause de voie parée 67, 70
Conciliation 32, 34, 40, 63, 85

D

Défenses à exécution 35, 41, 90
Délais de grâce 40, 59
Droit à l'exécution 4, 5, 6, 8, 9, 10,
11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20,
21, 22, 23, 25, 35, 38, 39, 40, 41,
42, 52, 59, 65
Droit fondamental 8, 9, 21
Droit de rétention 72

Droit subjectif 10, 11, 12

F

Formule exécutoire 11, 14, 28, 29,
30, 31, 32, 36, 37, 43, 44

I

Insaisissabilité 41, 52, 63, 69
Immunité 52, 67, 69

J

Jurisdiction compétente 49, 58, 66,
70, 79, 85, 93

P

Procès équitable 5, 6, 9, 21

R

Responsabilité de l'État 29, 51

S

Sursis à exécution 41, 89

T

Titre exécutoire 5, 7, 11, 12, 13, 14,
16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25,
27, 30, 35, 36, 40, 43, 46, 49, 58,
66, 68, 82, 90, 92

V

Vente amiable 70

TITRES ET VALEURS MOBILIÈRES

Table des matières

Chapitre 1 : **Généralités** n° 4 à 5

Section 1 - **Nature et caractère des valeurs mobilières** n° 6

- §I - Caractère mobilier n° 7 à 8
- §II - Caractère fongible n° 9
- §III - Caractère négociable et transmissible n° 10 à 12
- §IV - Caractère indivisible n° 13 à 16

Section 2 - **Diversité des valeurs mobilières** n° 17 à 19

Chapitre 2 : **Actions** n° 20

Section 1 - **Différentes catégories d'actions** n° 21

- §I - Distinction selon la forme : actions nominatives et action au porteur n° 22 à 25
- §II - Distinction selon la nature de l'apport : actions de numéraire et actions d'apport n° 26 à 30
- §III - Distinction selon l'étendue des droits attachés aux titres n° 31
 - A - Actions ordinaires et actions prioritaires n° 32 à 34
 - B - Actions à droit de vote simple et actions à droit de vote double n° 35
 - C - Actions de jouissance et actions de propriété n° 36 à 37

Section 2 - **Prérogatives découlant de la qualité d'actionnaire** n° 38

- §I - Droits pécuniaires n° 39
 - A - Droit aux dividendes n° 40 à 43
 - B - Droit à l'actif social n° 44
- §II - Droits extra-pécuniaires n° 45
 - A - Droits politiques n° 46
 - I - Droit à l'information n° 47
 - II - Droit de vote aux assemblées n° 48
 - a - Attribution du droit de vote n° 49
 - b - Exercice du droit de vote n° 50
 - B - Droit préférentiel de souscription n° 51 à 55
- §III - Droits patrimoniaux (opérations sur les actions) n° 56
 - A - Droit de nantissement des actions n° 57 à 62
 - B - Droit de transmission des actions n° 63 à 64

Section 3 - **Obligations imposées aux actionnaires** n° 65

- §I - Obligation principale : la libération des apports n° 66 à 67
 - A - Modalité de libération n° 68 à 69
 - B - Sanction du défaut de libération n° 70 à 72
- §II - Obligations accessoires n° 73
 - A - Obligation au passif social n° 74 à 76
 - B - Obligation de restitution des dividendes fictifs n° 77

Chapitre 3 : **Obligations** n° 78

Section 1 - **Émission des obligations** n° 79

- §I - Conditions de fond n° 80
- §II - Conditions de forme n° 81 à 83

Section 2 - **Droits des obligataires** n° 84

- §I - Droits extra-pécuniaires n° 85
 - A - Regroupement automatique dans une masse n° 86 à 90
 - B - Droits politiques « embryonnaires » reconnus dans le cadre de l'assemblée générale n° 91
 - I - Droit de vote à l'assemblée générale des obligataires n° 92 à 98
 - II - Droit à l'information n° 99 à 100
- §II - Droits pécuniaires n° 101
 - A - Droits financiers n° 102
 - I - Remboursement du capital n° 103 à 104
 - II - Paiement des intérêts n° 105 à 16
 - B - Droits patrimoniaux n° 107
 - C - Sûretés ou garanties accordées aux obligataires n° 108 à 111

Bibliographie

- ANOUKAHA (Fr.), CISSE (A.), DIOUF (Nd.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUYOUÉ (P. G.), SAMB (M.), *OHADA, Sociétés Commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles, 2002, collection droit uniforme africain, 589 p.
- ANOUKAHA (Fr.), CISSE-NIANG (A.), ISSA-SAYEGH (J.), MESSANVI (F.), NDIAYE (I. Y.), SAMB (M.), *Sûretés*, Éditions Bruylant, Bruxelles, Collection Droit uniforme africain, 279 pages.
- FENEON (A.), « La mésentente entre actionnaires dans les sociétés anonymes régies par l'Acte Uniforme OHADA », Penant, sept. 2004, pp. 265 – 279
- KEUFFI (D. E.), *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, Thèse, Université de Strasbourg, 2010
- LOUKAKOU (D.), « Les valeurs mobilières dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales de l'espace OHADA », Penant, n° 844, sept. 2003, pp. 261 - 278.
- MARTOR (B.) et THOUVENOT (S.), « Les acteurs des marchés financiers et l'appel public à l'épargne dans la zone OHADA », Revue de droit des affaires internationales, n° 7, 2002, p. 749 et s.
- MOUTHIEU NJANDEU (M.A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, collection Études africaines, L'Harmattan, Paris, 2009, 420 pages.

1. Réalisation d'un rêve fait aux lendemains des indépendances par des grands juristes africains, expression d'une politique décidée par les États à Port-Louis le 17 octobre 1993, l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (qui regroupe aujourd'hui 16 États membres) a voulu garantir la sécurité aux agents économiques régionaux et étrangers, en offrant à un vaste espace économique un droit des affaires commun dont l'interprétation ultime est confiée à une seule instance juridictionnelle dotée, par ailleurs, de pouvoirs exceptionnels d'évoquer, après cassation, le fond des affaires qui lui sont soumises. La volonté de créer un grand marché régional, le souhait aussi de rassurer les investisseurs étrangers, ont justifié des abandons de souveraineté puisque l'harmonisation affichée par le traité s'apparente à s'y méprendre à une véritable uniformisation du droit.

C'est dans cette même logique que les États membres ont adopté en avril 1997 un ensemble de textes parmi lesquels l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE) dont plus de la moitié est réservée à la société anonyme (article 385 à 853).

2. La société anonyme (SA) est certainement la société qui a été la plus profondément modifiée par la nouvelle législation OHADA, étant donné son rôle économique de premier plan. Il s'est agi en effet d'adapter ce merveilleux instrument du capitalisme moderne (RIPERT (G.), *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., Paris, 1951, n° 46) aux exigences fonctionnelles et structurelles dictées par la mondialisation de l'économie. Sa compétitivité dépend de sa capacité de financement que ce soit dès sa constitution ou pendant son fonctionnement. Ce financement peut provenir de plusieurs sources, notamment des apports des associés, des avances en compte courant, des emprunts garantis par les associés ou par l'autofinancement à travers le réinvestissement des bénéfices qu'elle réalise. Au-delà de ces modes classiques de financement qui valent pour toute entreprise à forme sociétaire, il est reconnu aux SA le monopole d'émission des valeurs mobilières.

3. L'article 744 de l'AUDSC-GIE prévoit deux types de valeurs mobilières à savoir les actions qui représentent un financement par apport en capital et les obligations qui sont un mode de financement par emprunt. Toutefois, le législateur communautaire reconnaît aux SA la possibilité de créer d'autres valeurs mobilières. Ces titres et valeurs mobilières ont des caractéristiques communes qui seront présentées au préalable.

Chapitre 1 : Généralités

4. « Les valeurs mobilières sont des titres négociables

qui représentent des droits identiques par catégories, acquis par ceux qui ont apporté à la société anonyme des espèces ou des biens nécessaires à son financement ». Telle est la définition que le code vert OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2^e édition, *Juriscope*, 2002, p. 497 donne des valeurs mobilières. Simple dans son énoncé, cette définition est d'une richesse extraordinaire car elle permet d'identifier d'une part leur nature, d'autre part leurs caractères et enfin leur objet. En cela, elle est conforme aux dispositions de l'article 744 de l'AUDSCGIE selon lesquelles : « Elles confèrent des droits identiques par catégories et donnent accès directement ou indirectement à une quotité du capital de la société émettrice, ou à un droit de créance général sur son patrimoine. Elles sont indivisibles à l'égard de la société émettrice ».

5. À l'analyse, il apparaît que certains caractères des valeurs mobilières sont fortement liés à leur nature. Aussi, les aborderons-nous dans un même mouvement avant de mettre en évidence leur diversité.

Section 1 - Nature et caractère des valeurs mobilières

6. Les valeurs mobilières sont des titres négociables. Il en découle trois caractéristiques principales auxquelles il faut ajouter une dernière, qui ressort expressément de l'article 744 al. 2 de l'AUDSCGIE. Il s'agit, respectivement, des caractères mobilier, fongible, négociable et indivisible.

§1 - Caractère mobilier

7. Les valeurs mobilières sont des meubles par destination de la loi, et particulièrement, des biens meubles incorporels. Ce caractère mobilier est affirmé à l'article 52 AUDSCGIE qui dispose que « les titres sociaux sont des biens meubles ». En tant que biens meubles incorporels, les valeurs mobilières ne confèrent à leur titulaire qu'un droit personnel contre la société. Il en découle, selon le Pr. Yves Guyon que si « la société possède des meubles, les actionnaires n'en sont pas copropriétaires » (Droit des affaires, T. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 1998, p. 759). Ce caractère mobilier explique que certaines opérations puissent porter sur les valeurs mobilières. Ainsi, elles font l'objet d'un nantissement et non d'une hypothèque.

8. Dans un contexte de développement des technologies de l'information et de la communication, la dématérialisation a connu une avancée remarquable. Ainsi certains pays, comme la France, ont opté pour la dématérialisation, faisant disparaître leur représentation matérielle sur des formules imprimées. Désormais donc, par une loi du 30 décembre 1981 (entrée en vigueur le

3 novembre 1984), les titres de valeurs mobilières ne peuvent plus être représentés ; ils ne sont plus matérialisés que par une inscription en compte prise chez l'émetteur pour les titres nominatifs ou chez un intermédiaire affilié à la *SICORVAM* pour les titres au porteur (*Société interprofessionnelle de compensation des valeurs mobilières*, devenue, depuis 2001, EUROCLEAR France), leur transmission s'opérant par un simple virement de compte à compte. L'AUDSCGIE ne consacre pas intégralement ou fidèlement cette position, car seules les sociétés faisant appel public à l'épargne peuvent émettre des titres dématérialisés (art. 764 al. 2).

§II - Caractère fongible

9. Les valeurs mobilières sont des titres fongibles, autrement dit interchangeables, dès lors qu'ils sont de même catégorie et découlent de la même émission. L'utilisation de l'expression « droits identiques » à l'article 744 est essentielle : elle exprime « l'essence de la valeur mobilière, à savoir son caractère fongible » (*M. Cozian et alii, Droit des sociétés, Litec, 20^e éd., 2007, p. 400*). Cette fongibilité ressortit d'un rapport d'équivalence, celui établi entre les titres d'une même émission. Ceux-ci ont une valeur identique et confèrent des droits identiques à leurs titulaires. De la sorte, ils sont interchangeables (*D. Loukakou, « Les valeurs mobilières dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales de l'espace OHADA », Penant, n° 844, sept. 2003, p. 270*). Ainsi, par ce caractère fongible, les titres issus d'une même émission donnent les mêmes droits et emportent les mêmes obligations. Dans une même émission tous les titres se valent : un titre en vaut un autre.

§III - Caractère négociable et transmissible

10. Les valeurs mobilières sont des titres *négociables et transmissibles* sous certaines conditions ou modalités plus ou moins simples, selon leur forme et leur régime. Cette négociabilité est un caractère fondamental. Elle est prévue aux articles 57 et 58 ainsi qu'aux articles 759 à 763 de l'AUDSCGIE. Elle signifie que les valeurs mobilières se transmettent selon les procédés simplifiés du droit commercial, par dérogation donc aux formalités de la cession de créance du droit commun (lorsqu'il s'agit d'une créance civile, l'opposabilité de la cession au débiteur et aux tiers est subordonnée à sa signification au débiteur cédé). La libre transmissibilité des valeurs mobilières a pour objet de garantir la facilité de leur circulation.

11. Cette transmission peut se faire selon trois modes : par le transfert sur les registres de la société pour les actions nominatives, par la tradition (c'est-à-dire de la main à la main) pour les actions au porteur et par le

virement de compte à compte, lorsqu'il s'agit de société faisant appel public à l'épargne.

12. La négociabilité des actions est immédiate, l'article 759 AUDSCGIE disposant que « *les actions ne sont négociables qu'après immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier ou de l'inscription de la mention modificative à la suite d'une augmentation de capital* » et cela se poursuit « après dissolution de la société jusqu'à la clôture des opérations de liquidation » (article 762). Cependant, l'article 761 précise que « *Les actions de numéraire ne sont négociables qu'après avoir été entièrement libérées* ».

§IV - Caractère indivisible

13. L'article 744 al. 2, AUDSCGIE *in fine* exprime cette dernière caractéristique : à l'égard de la société émettrice, les valeurs mobilières sont *indivisibles*. Par conséquent, lorsque des titres tombent en indivision - à la suite, notamment, d'une dévolution successorale -, aucun indivisaire ne pourra exiger de l'émetteur qu'il lui reconnaisse des droits correspondant à la fraction de ses droits dans la copropriété. L'émetteur ne reconnaît qu'un seul propriétaire, constitué par l'ensemble des indivisaires. Ceux-ci ne peuvent, ainsi, exercer à l'égard de la société séparément leurs droits.

14. Il faut également noter que les valeurs mobilières sont non consomptibles par nature, c'est-à-dire qu'elles ne se consomment pas par le premier usage comme des denrées ou de la monnaie. Cependant, il est possible de remédier à cette caractéristique.

15. Au-delà de ces caractéristiques générales, un phénomène marquant en matière de valeurs mobilières réside aujourd'hui dans la possibilité de leur dématérialisation. De tels titres ne sont guère représentés par des formules imprimées, mais seulement par une inscription dans les comptes de la société émettrice, c'est-à-dire sur un registre spécialement prévu à cet effet et qui retrace les mouvements de titres et donne l'identité des titulaires (*titres nominatifs*). La tenue du compte en question peut aussi être assurée, non plus par la personne morale émettrice elle-même, mais par un intermédiaire financier agréé par le ministre chargé de l'économie et des finances ou par les autorités des marchés financiers telles la BRVM ou la BVMAC ou le Douala Stock Exchanges.

16. Mais peut-être parce que, entre autres raisons, la conquête de l'informatique reste encore assez faible dans les pays en développement, l'AUDSCGIE cantonne la dématérialisation à certaines personnes morales voir Cantonne, en l'occurrence les sociétés faisant appel public à l'épargne.

Section 2 - Diversité des valeurs mobilières

17. En se référant simplement au titre de l'AUDSCGIE consacré aux valeurs mobilières, la diversité de celles-ci n'apparaît pas de façon évidente. Le législateur OHADA se contente en effet de réglementer dans le détail les actions et les obligations. Il laisse, toutefois, la possibilité aux sociétés anonymes d'émettre d'autres valeurs mobilières représentatives de créances sur la société émettrice ou donnant droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière représentative de créance (article 822). Rien qu'en se basant sur l'objet des valeurs mobilières qui est d'être des instruments de financement de la société anonyme, il est possible d'imaginer la diversité des types de titres que peut émettre une SA pour attirer des investisseurs.

18. La création des autres valeurs mobilières est laissée à la discrétion des sociétés émettrices. La diversification des valeurs mobilières n'est pas à exclure, comme l'avait déjà prédit un auteur pour la France (*T. BONNEAU, « La diversification des valeurs mobilières » RTD civ., 1988, 535*).

19. Au regard de l'expérience d'autres pays, notamment des pays développés, et de l'extrême créativité des financiers et des juristes des sociétés, il est possible d'envisager un développement des titres participatifs (à ne pas confondre avec les prêts participatifs qui sont des prêts à long terme rémunérés par un intérêt et par une participation aux bénéfices) et titres associatifs, bien que assez proches des obligations classiques, présentent trois particularités : ils donnent au porteur la qualité de créancier subordonné passant même après les créanciers chirographaires. L'emprunt n'est pas amortissable ; la rémunération comporte une partie fixée et une partie variable calculée en fonction des bénéfices réalisés par l'émetteur ou des certificats. Il s'agit d'un autre mode de financement en capital, mais qui présente la particularité d'aboutir à la création de deux titres : un certificat d'investissement et un certificat de droit de vote. Le premier est représentatif des droits pécuniaires de l'actionnaire (dividende, boni de liquidation) ; le second est représentatif du seul droit de vote attaché à l'action. En définitive, on peut dire que ces certificats naissent de la fragmentation d'une action, chacun des certificats portant une particularité des prérogatives conférées par l'action : (*ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.G.), SAMB (M.), OHADA, sociétés commerciales et GIE, collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 983, p. 457*). Mais également à tous les jeux qui peuvent être faits sur les actions et les obligations pour attirer les investisseurs. Il en va d'autant plus ainsi que tous les droits détachés d'une valeur mobilière et négociables sont eux-mêmes assimilés à une valeur mobilière. Actions et obligations constituent un socle de base pour tous

les titres et ceux-ci ne peuvent s'extraire du diptyque titre de capital ou titre d'emprunt.

Chapitre 2 : Actions

20. L'action est un mot polysémique en droit des sociétés mais deux acceptions faisant véritablement sens peuvent être retenues. Elle désigne, d'une part, les droits de l'associé dans une SA (l'actionnaire) et d'autre part, les titres négociables qui représentent ces droits.

C'est sous cette deuxième acception qu'il faut appréhender le mot action, pour en étudier les différentes catégories (**Section 1**), ensuite les prérogatives découlant de la qualité d'actionnaire (**Section 2**) pour terminer avec les obligations imposées aux actionnaires (**Section 3**).

Section 1 - Différentes catégories d'actions

21. Les différentes actions peuvent être distinguées selon leur forme, la nature de l'apport ou l'étendue des droits attachés aux titres.

§I - Distinction selon la forme : actions nominatives et action au porteur

22. L'action nominative désigne celle dont les droits du titulaire résultent d'une inscription de celui-ci sur les registres de la société émettrice, son aliénation supposant alors une opération de transfert sur ces registres. En d'autres termes, l'action nominative est représentée par un certificat qui indique les nom, prénoms et domicile du titulaire et les droits de celui-ci résulte, non pas du titre, mais de son inscription sur le registre de la société. Quant à l'action au porteur, elle est constatée par un certificat qui est muet sur le nom du titulaire et qui se négocie par tradition. Dans ce cas, le titre circule de la main à la main. Il s'ensuit que tout possesseur du titre en est présumé propriétaire.

23. Cette distinction, qui vaut également pour les obligations (l'article 745, al. 1^{er}, dispose clairement que « les actions et les obligations revêtent la forme de titres au porteur ou de titres nominatifs[...] »), est la première qu'exprime l'Acte uniforme. Cependant, il faut relever qu'une sorte de primauté est accordée à la forme nominative. En effet, l'alinéa 2 de l'article 745 précise que « [...] la forme exclusivement nominative peut être imposée par les dispositions du présent Acte uniforme ou des statuts ». Cette primauté traduit le souci de garantir la sécurité des investisseurs car, la désignation du nom du propriétaire sur l'*instrumentum* permet d'en faciliter la preuve de la propriété.

24. Toutefois, aux termes de l'article 746, « *le propriétaire de titres faisant partie d'une émission qui comprend des titres au porteur a la faculté, nonobstant toute clause contraire, de convertir ses titres au porteur en titres nominatifs* ». De même, la conversion de titres nominatifs en titres au porteur est possible. Aucune clause statutaire ne peut s'opposer à cette possibilité de conversion. Cependant, l'article 753 prévoit que « *toute action convertie au porteur perd le droit de vote double* ». Cette limitation concerne, aux termes de l'article 752, les actions nominatives « *entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis au moins deux ans au nom du même actionnaire* » et auxquelles les statuts ou l'AGE avaient conféré un droit de vote double. Elle concerne également, dans le cadre d'une augmentation de capital par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission, les « *actions nominatives attribuées gratuitement à un actionnaire à raison des actions anciennes pour lesquelles il bénéficie déjà de ce droit* ».

25. Au demeurant, la distinction entre action au porteur et action nominative perd de son intérêt lorsque les titres en question sont dématérialisés (possibilité reconnue aux SA faisant appel public à l'épargne). Dans ce cas, elle tient uniquement à la détermination des organismes chargés de tenir les comptes individuels d'actionnaires : sociétés émettrices si les actions sont nominatives et intermédiaires financiers habilités si les actions sont au porteur. Dans cette dernière hypothèse, les titres (*au porteur*) ne peuvent plus être représentés par des titres-papiers qui circulent de la main à la main, mais plutôt par une inscription dans un compte ouvert (*au nom du titulaire des titres*) chez un intermédiaire financier agréé. Cette formule présente deux avantages principaux : d'une part, elle assure l'anonymat aux titulaires d'actions car l'identité de ceux-ci est inconnue de la société, ce qui permet à certains de parler de titre anonyme, d'autre part, la société émettrice ne contrôle plus les mouvements de titres qui sont désormais gérés par un intermédiaire librement choisi à cet effet par les propriétaires des titres.

§II - Distinction selon la nature de l'apport : actions de numéraire et actions d'apport

26. L'article 748 al. 1 de l'AUDSCGIE distingue les actions de numéraire et les actions d'apport. Il dispose que « *les actions de numéraire sont celles dont le montant est libéré en espèces ou par compensation de créances certaines, liquides et exigibles sur la société, celles qui sont émises par suite d'une incorporation au capital de réserves, bénéfices, ou primes d'émission, et celles dont le montant résulte pour partie d'une incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission et pour partie d'une libération en espèces* ». Dans ce dernier cas, les actions doivent être intégralement libérées lors de la

souscription et « *[...] ne sont négociables qu'après avoir été entièrement libérées* » (article 761 AUDSCGIE).

27. Le respect des conditions de la compensation légale de créances est fondamental. Aussi, le législateur OHADA n'hésite-t-il pas à rappeler les caractères que doivent présenter les créances sur la société, c'est-à-dire leur certitude, leur liquidité et leur exigibilité.

28. Concernant la libération des apports, l'article 774 dispose que « *les actions doivent être libérées au moins du quart de leur valeur à la souscription, le solde étant versé au fur et à mesure des appels du conseil d'administration dans un délai maximum de trois ans à compter de la date de souscription* ». Cependant, il semble que cette disposition ne vaut que pour les actions d'apport et certaines actions de numéraire. En effet, les actions de numéraire « *[...] dont le montant résulte pour partie d'une incorporation des réserves, bénéfices ou primes d'émission ou pour partie d'une libération d'espèces* » [...] *doivent être intégralement libérées lors de la souscription* » (article 748, al. 1^{er}). Il a pu être relevé le caractère dérogatoire de cette règle au regard de la possibilité d'une libération progressive des apports en numéraire en cas de constitution de la société (article 389 AUDSCGIE) et d'augmentation de capital (articles 604 et s) : (*Voir OHADA, Traités et actes uniformes commentés et annotés, op. cit., article 748, p. 499*)

29. Toutes les actions qui n'entrent pas dans la définition de l'article 748 al. 1 sont des actions d'apport. L'alinéa 2 de cet article précise, en effet, que « *toutes les autres actions sont des actions d'apport* », c'est-à-dire les actions qui n'entrent pas dans la définition des actions de numéraire. Et contrairement aux actions de numéraire en principe, les actions d'apport doivent être intégralement libérées lors de leur souscription. Il s'agit surtout des titres qui matérialisent des apports autres que des sommes d'argent (biens corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers). Il peut en être ainsi donc de l'action provenant de l'apport d'actifs d'une société à une autre. Ainsi dans le cadre d'une création d'entreprise, l'apport d'un investisseur peut être constitué des activités d'une autre entreprise.

30. Dans tous les cas, ces actions ne pourront être attribuées qu'à la seule condition d'une vérification des apports y correspondant par un commissaire aux apports (*qui doit déposer un rapport trois jours au moins avant la date de l'assemblée générale constitutive, article 403 AUDSCGIE*) désigné unanimement par les actionnaires ou judiciairement.

L'intérêt de la distinction se trouve dans le mode de libération et dans le statut de l'action depuis la souscription : l'action de numéraire doit rester sous la forme nominative jusqu'à la libération totale ; l'action d'apport n'est convertible en titre au porteur qu'après deux (2) ans.

§III - Distinction selon l'étendue des droits attachés aux titres

31. Au regard de l'étendue des droits politiques et pécuniaires de l'actionnaire on retrouve les catégories suivantes :

A - Actions ordinaires et actions prioritaires

32. D'ordinaire, à l'égard de tous les actionnaires, il existe un principe d'égalité qui comme son nom l'indique les met tous au pied d'égalité. C'est d'ailleurs dans ce cadre que l'article 754 dispose que : « *A chaque action, est attaché un droit au dividende proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente* ».

33. Cependant avec les actions prioritaires, qui confèrent des privilèges à leur détenteur par rapport aux actions ordinaires, nous assistons à une rupture du principe d'égalité entre actionnaires. En effet, la création de ces actions prioritaires est certes possible lors de la constitution de la société mais le plus souvent il y est fait appel en cours de vie sociale surtout pour encourager une augmentation de capital. C'est ainsi que l'article 755 par dérogation dispose que « *Nonobstant les dispositions de l'article 754 [...], lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes les autres actions* » Ces avantages ou privilèges peuvent notamment être :

- une part supérieure ou un droit de priorité dans les bénéfices ;
- une part supérieure dans le boni de liquidation ;
- un dividende préciputaire, c'est-à-dire fixé et payé avant toute distribution aux actions ordinaires et même si ces dernières en sont privées ;
- des dividendes cumulatifs, c'est-à-dire qui permettent de réclamer, lors d'un exercice bénéficiaire, de toucher des dividendes non distribués lors des précédents exercices déficitaires.

C'est ce que semble prévoir l'article 754 qui poursuit en précisant que « *Ces avantages peuvent notamment être une part supérieure dans les bénéfices ou le boni de liquidation, un droit de priorité dans les bénéfices, des dividendes cumulatifs* ».

34. En définitive, il est nécessaire de souligner que la disparition des actions de priorité est possible. En effet, hormis le cas de la liquidation de la société, les actions de priorité peuvent disparaître par la suppression des avantages qui y sont attachés (*la suppression revient tout simplement à convertir ces actions prioritaires en actions ordinaires. La décision de supprimer ces avantages devra être prise par l'assemblée générale extraordinaire et ratifiée ensuite par l'assemblée spéciale des titulaires d'actions de priorité conformément aux*

dispositions des articles 555 et 556) ou par leur rachat par la société émettrice.

B - Actions à droit de vote simple et actions à droit de vote double

35. Chaque actionnaire ou action équivaut à une voix. Exceptionnellement au principe de la proportionnalité des voix au nombre d'actions prévu par l'article 751, des actions à vote double qui exaltent l'idée qu'une action équivaut à deux (2) voix. Ce qui signifie en pratique que celui qui a 50 actions se retrouve finalement avec 100.

Un droit de vote double, doit, aux termes de l'article 752, être reconnu *par les statuts ou par l'assemblée générale extraordinaire* aux actions nominatives *entièrement libérées* pour lesquelles il est justifié d'une *inscription nominative depuis au moins deux ans au nom d'un même actionnaire*. Toutefois, « *toute action convertie au porteur perd le droit de vote double* » (article 753 AUDSCGIE).

C - Actions de jouissance et actions de propriété

36. Les actions de capital sont celles qui sont demeurées dans l'état où elles ont été émises, et qui correspondent donc à un apport constitutif du capital. Au contraire les actions de jouissance sont celles qui ont été amorties, leur montant nominal ayant été remboursé à leur titulaire. Ainsi, l'article 653 AUDSCGIE dispose que « *les actions peuvent être intégralement ou partiellement amorties. Les actions intégralement amorties sont dites actions de jouissance* ». L'action amortie conserve à son titulaire tous ses droits (article 656). Toutefois, l'actionnaire ne peut plus bénéficier du premier dividende prévu à l'article 145. De fait, l'intérêt de la distinction se trouve dans le droit au dividende et le droit au remboursement dont bénéficie l'action de capital et dont est privée l'action de jouissance.

37. L'amortissement prépare et facilite la liquidation future de la société en utilisant les bénéfices figurant dans des réserves libres pour rembourser les apports en anticipation. L'actionnaire, malgré ce remboursement conserve son titre. En outre, il est nécessaire de préciser que lors de la liquidation, le montant nominal de l'action amortie n'est pas à nouveau remboursé. Son titulaire n'a droit qu'au boni de liquidation.

Section 2 - Prérogatives découlant de la qualité d'actionnaire

38. L'actionnaire, contrairement à l'obligataire, n'est pas un créancier de la société encore moins un copropriétaire d'une fraction de son actif correspondant au montant de ses droits sociaux. Mais en contrepartie de

l'apport effectué, il bénéficie d'un ensemble de droits ayant à la fois un caractère pécuniaire, extra-pécuniaire et patrimonial.

§I - Droits pécuniaires

39. Les droits pécuniaires renvoient généralement au droit à la rémunération des titres ou droit au dividende et au droit sur l'actif social.

A - Droit aux dividendes

40. Par dividende, il faut entendre la partie des sommes distribuables de l'exercice que l'assemblée générale des associés décide de distribuer aux actionnaires en contrepartie de leurs apports et conformément aux statuts. Cette somme est le bénéfice, « *résultat de l'exercice augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes portées en réserve en application de la loi ou des statuts* » (article 143 AUDSCGIE). Le dividende est, aux termes de l'article 144, la « *part de bénéfice revenant à chaque action* ».

41. L'article 754 dispose que « *A chaque action, est attaché un droit au dividende proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente* ». Les dividendes sont en principe proportionnels aux apports (il est important de souligner ce principe) puisque lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale, le principe d'égalité entre les actionnaires, tel que prévu par l'article 754, peut être écarté par la création d'actions prioritaires conférant des avantages par rapport à toutes les autres actions. Ces avantages peuvent consister en une part supérieure dans les bénéfices ou le boni de liquidation, un droit de priorité dans les bénéfices ou des dividendes cumulatifs (article 755). Ces avantages stipulés ne doivent cependant pas être excessifs sous peine d'être léonins et donc les clauses les contenant réputées non écrites au regard de l'article 54 AUDSCGIE.

42. Les bénéfices à distribuer doivent exister et être disponibles sous peine, pour les dirigeants, d'être responsables d'une distribution de dividendes fictifs (article 144 al. 3). L'article 889 dispose à ce titre qu'« *encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui [...] auront, sciemment, opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition de dividendes fictifs* ». Cette sanction pénale est définie par chaque État partie. Des termes de cet article, il ressort que trois éléments sont nécessaires pour que l'infraction soit constituée. Il faut un inventaire fictif ou frauduleux, une répartition de dividendes fictifs et la mauvaise foi. Celle-ci découle de la connaissance, par l'auteur de la distribution, des deux autres éléments constitutifs de l'infraction.

43. Concernant leur modalité de paiement, l'AUDSC-

GIE opte pour un paiement en une seule fois à une date fixée par l'assemblée générale ou par le conseil d'administration sur délégation de cette dernière ; ce qui exclut les paiements échelonnés et d'acompte prorogé par le président du tribunal. La mise en paiement du dividende doit se faire dans le délai de neuf (9) mois à compter de la clôture de l'exercice (article 146 AUDSCGIE). Ce délai peut être prorogé par le président du tribunal.

C'est ce que prévoient les dispositions de l'article 756 al. 1^{er} qui énoncent que « *Nonobstant toute clause contraire des statuts de la société émettrice, l'ensemble des intérêts, dividendes ou autres produits périodiques revenant aux actions pour un exercice social déterminé devra être payé en une seule fois* ». De là, on peut conclure donc que les dividendes sont des fruits naturels acquis au jour où ils existent et non des fruits civils acquis au jour le jour.

B - Droit à l'actif social

44. Le droit à l'actif social se présente sous deux formes. Il s'agit, d'abord, de la *prime d'émission* qui compense les droits accordés aux nouveaux actionnaires sur les réserves en cas d'augmentation de capital. Il s'agit, ensuite, du *partage du boni de liquidation* à la dissolution de la société, après paiement des dettes. Ainsi, après règlement du passif et remboursement du capital, le solde disponible, s'il en reste un, est partagé entre les actionnaires. Ce solde disponible constitue le boni de liquidation. En principe, le partage de ce boni de liquidation se fait proportionnellement aux apports comme pour le partage des bénéfices. Et cette règle est logique puisque le boni de liquidation est composé des bénéfices qui n'ont pas été distribués au cours de la vie sociale. (cf. Yves Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et des sociétés*, 7^e éd.)

§II - Droits extra-pécuniaires

45. Ces droits fondamentaux de l'associé revêtent une double expression : Droits politiques d'une part et droit préférentiel de souscription de l'autre.

A - Droits politiques

46. Les droits politiques sont les droits qui associent l'actionnaire à la vie sociale. Sont principalement visés ici le droit à l'information et le droit de vote qui se complètent afin de permettre au titulaire des titres de se prononcer en connaissance de cause.

I - Droit à l'information

47. S'agissant du droit à l'information, il peut être :

Permanent : C'est le cas lorsque l'Acte uniforme donne aux actionnaires la possibilité de consulter et de prendre copie, au siège de la société, les documents sociaux à n'importe quelle époque. Il s'agit notamment des comptes annuels des trois derniers exercices, rapports, procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées générales, ou tout autre document prévu par les statuts. Par ailleurs, tout actionnaire peut, deux fois par exercice, poser des questions écrites au PDG, au DG ou à l'administrateur général sur tout fait de nature à compromettre la continuation de l'exploitation (article 526 AUDSCGIE). En cas de violation de ce droit, le président de la juridiction compétente peut ordonner à la société de communiquer à l'actionnaire les documents concernés. Lorsque les documents concernent l'assemblée générale annuelle, la sanction peut être l'annulation de toutes les délibérations de ladite assemblée.

Occasionnel. L'information occasionnelle est celle qui est préalable à la tenue d'une assemblée. Ainsi, l'article 525 lui reconnaît le droit de prendre connaissance, au siège social, à l'occasion de l'assemblée générale annuelle, de l'inventaire, des états financiers de synthèse et de la liste des administrateurs, des différents rapports produits (commissaires aux comptes, conseil d'administration ou administrateur général), du texte des résolutions proposées, des renseignements sur les candidats au CA ou au poste d'administrateur général, le montant certifié par le commissaire aux comptes des rémunérations versées au 10 ou 5 dirigeants sociaux les mieux rémunérés. Ce droit de consultation emporte droit de prendre copie des documents aux frais de l'actionnaire. Il peut l'exercer durant les 15 jours qui précèdent l'assemblée.

Enfin, faisons remarquer que cette information est nécessaire pour plusieurs raisons. Sur le plan purement théorique, il est normal que les actionnaires en tant que maîtres de la société aient une vision exacte des affaires sociales. D'un point de vue pratique, une société ne peut attirer et retenir des souscripteurs que si elle mérite leur confiance ; et il ne peut en être ainsi que si les actionnaires peuvent avoir accès aux documents sociaux pour pouvoir juger eux-mêmes des performances de la société.

II - Droit de vote aux assemblées

48. Ce droit est prévu par l'article 125 l'Acte uniforme qui dispose que « Tout associé a droit de participer aux décisions collectives ». Et s'agissant de leur exercice, l'article 129 du même texte prévoit que « Les droits de vote de chaque associé sont proportionnels à sa participation au capital de la société, à moins qu'il en soit disposé autrement par le présent Acte uniforme » (cf. article 751 AUDSCGIE). Cet article pose donc le principe démocratique de la proportionnalité du nombre de voix d'un actionnaire lors du vote à une assemblée générale au montant de sa mise dans la société. Toutefois,

par décision d'une assemblée générale, il est possible de déroger à ce principe pour ce qui est des actions nominatives entièrement libérées et pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis au moins deux ans au nom d'un même actionnaire (article 752 AUDSCGIE).

a - Attribution du droit de vote

49. L'article 125 AUDSCGIE posant le principe selon lequel tout associé a le droit de participer aux décisions collectives, il est normal qu'il soit disposé à l'article 751 qu'à « chaque action, est attaché un droit de vote proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente et chaque action donne droit à une voix au moins ». De fait, l'attribution du droit de vote ne pose pas en principe de problème sauf dans **deux** (2) cas : lorsque l'action fait l'objet d'une propriété collective et lorsqu'elle fait l'objet d'un démembrement.

La première hypothèse postule une pluralité de propriétaires de l'action. Dans ce cas, en principe, les copropriétaires sont tous titulaires du droit de vote. Mais, ils doivent se faire représenter aux assemblées générales soit par l'un d'eux, soit par un mandataire unique. En cas de désaccord, le mandataire est désigné par le président du tribunal, à la demande de l'indivisaire le plus diligent.

La deuxième hypothèse implique que l'action soit grevée d'usufruit. Dans ce cas, le droit de vote appartient au nu-proprétaire sauf s'il s'agit de décisions relatives à l'affectation des bénéfices qui concernent l'usufruitier.

b - Exercice du droit de vote

50. Lorsque l'associé a un droit de vote, il peut l'exercer comme il l'entend, mais l'exercice du droit de vote peut déboucher sur un abus. L'Acte uniforme a prévu deux cas d'abus dans ce domaine : l'abus de majorité et l'abus de minorité. Il y a *abus de majorité* « lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires et que cette décision ne puisse pas être justifiée par l'intérêt de la société » (article 130 AUDSCGIE). Il y a *abus de minorité* lorsque, par leur vote, les minoritaires empêchent l'adoption d'une décision nécessaire dans l'intérêt social alors qu'ils ne peuvent pas justifier d'un intérêt légitime (article 131 AUDSCGIE) : (Voir *MOUTHIEU NJANDEU (M.A.), L'intérêt social en droit des associés, Études africaines, L'Harmattan, Paris, 2009, 420 p., n° 356 et s.*)

B - Droit préférentiel de souscription

51. Ce droit confère aux actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de

priorité pour la souscription de nouvelles actions de numéraire émises en vue d'une augmentation de capital. Il a vocation à maintenir un équilibre dans la répartition des droits de vote en dédommageant les actionnaires au moment de l'augmentation de capital en raison des droits que vont acquérir les nouveaux actionnaires. Ce dédommagement se fait sur les réserves de la société. Ce privilège n'est accordé que dans les cas d'augmentation de capital par émission d'actions nouvelles à souscrire en numéraire. Il est prévu par l'article 757 al. 1^{er}. L'article 573 al. 1 dispose également que « *les actions comportent un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital* ».

52. Ce droit est irréductible et donc d'ordre public. Les statuts ne peuvent le supprimer. Toutefois, l'AGE peut en décider autrement. En effet, l'AGE qui décide ou autorise une augmentation de capital peut supprimer le droit préférentiel de souscription pour la totalité de l'augmentation ou pour une ou plusieurs tranches de celle-là (article 586 AUDSCGIE). De même, les actionnaires qui en sont bénéficiaires peuvent individuellement y renoncer.

Au demeurant, si l'assemblée générale le décide, les actionnaires peuvent souscrire un nombre d'actions supérieur à celui qui leur est attribué dans le cadre de leur droit de souscription préférentiel. Cependant, ce droit ne peut s'exercer que dans la limite des actions non souscrites à titre irréductible (article 575 AUDSCGIE).

53. Le délai accordé aux actionnaires pour l'exercice du droit préférentiel de souscription ne peut être inférieur à vingt jours à compter de la date de l'ouverture de la souscription. Il peut être clos par anticipation dès que tous les droits de souscription à titre irréductible ou à titre réductible ont été exercés. La clôture anticipée intervient également lorsque l'augmentation de capital a été intégralement souscrite après renonciation individuelle à leurs droits de souscription par les actionnaires qui n'ont pas souscrit (article 578 AUDSCGIE).

54. Le droit est négociable dans les mêmes conditions que l'action elle-même pendant toute la durée de la souscription (article 757 al. 2 AUDSCGIE). Cette négociabilité peut, toutefois, être écartée suivant les dispositions de l'article 758 en dehors desquelles toute clause contraire est réputée non écrite (article 573 AUDSCGIE).

55. Dans certaines situations, les actions anciennes sont grevées d'un usufruit. Dans ce cas, les conditions d'exercice du droit préférentiel et l'attribution des actions nouvelles sont laissées à la libre volonté de l'usufruitier et le nu-proprétaire. À défaut d'accord, le droit préférentiel de souscription attaché aux actions anciennes appartient au nu-proprétaire (article 582 AUDSCGIE). Toutefois, si ce dernier néglige d'exercer son droit préférentiel de souscription, l'usufruitier peut se substituer à lui pour souscrire aux actions nouvelles ou pour vendre

les droits de souscription (article 583 AUDSCGIE). Les actions nouvelles appartiennent au nu-proprétaire pour la nue-proprété et à l'usufruitier pour l'usufruit.

§III - Droits patrimoniaux (opérations sur les actions)

56. Les droits patrimoniaux sont ceux qui permettent à l'actionnaire d'effectuer des opérations sur ses titres, des opérations qui se manifestent, principalement, soit en droit de nantissement, soit en droit de transmission des actions.

A - Droit de nantissement des actions

57. Dans l'étude des caractéristiques des valeurs mobilières nous avons souligné qu'elles appartiennent à la catégorie des biens et constituent, par conséquent, un élément du patrimoine susceptible de faire l'objet de différentes opérations comme le nantissement. Le nantissement est l'opération par laquelle le titulaire des valeurs mobilières affecte ces dernières à la garantie d'un crédit.

58. La constitution de ce gage sur les valeurs mobilières doit respecter un certain formalisme. L'article 747 de l'AUDSCGIE dispose que « *la constitution en gage de valeurs mobilières inscrites en compte est réalisée tant à l'égard de la personne morale émettrice qu'à l'égard des tiers, par une déclaration datée et signée par le titulaire. Cette déclaration contient le montant de la somme due ainsi que le montant et la nature des titres constitués en gage* ». Posée de façon générale pour les valeurs mobilières, cette règle est complétée par les dispositions des articles 772 et 773 relatives à l'agrément.

59. Les titres nantis sont virés sur un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par la personne morale émettrice ou l'intermédiaire financier, selon le cas. Une attestation de constitution de gage est délivrée au créancier gagiste.

60. En cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif de l'intermédiaire financier teneur de compte, les titulaires de valeurs mobilières inscrites en compte font virer l'intégralité de leurs droits à un compte tenu par un autre intermédiaire financier ou par la personne émettrice.

La juridiction compétente est informée de ce virement. En cas d'insuffisance des inscriptions en compte, les titulaires font une déclaration au représentant des créanciers pour le complément de leurs droits.

61. Pour les titres nominatifs prévus à l'article 764.1^o, le nantissement s'opère par inscription sur les registres

de transfert de la société. Il en est de même pour le séquestre.

62. À l'échéance, le créancier nanti qui n'a pas été remboursé peut provoquer la vente forcée des titres. Mais il risque alors de se heurter à un refus d'agrément des autres associés. Pour éviter cette difficulté, l'associé emprunteur peut demander à ses coassociés de consentir au projet de nantissement (article 772 AUDSCGIE). Ce consentement « *emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des actions nanties, à moins que la société ne préfère racheter ces actions sans délai en vue de réduire son capital* ». Il peut être communiqué dans les mêmes conditions que la demande a été formulée ou résulter d'un défaut de réponse dans le délai de trois mois à compter de la demande.

Le projet de nantissement doit être porté à la connaissance de la société par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par lettre au porteur contre récépissé. Les TIC peuvent être également utilisées, l'article 773 envisageant le télex ou la télécopie. Mais peut-on retenir l'écrit électronique ?

B - Droit de transmission des actions

63. Selon les dispositions de l'article 764 al. 1^{er} de l'Acte uniforme « *les actions sont en principe librement transmissibles* » puisse que l'action participe de l'essence de la SA dans laquelle les capitaux apportés comptent plus que les actionnaires. La transmission des actions s'opère « *selon les modalités suivantes* :

1° *Pour les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne :*

- *par transfert sur les registres de la société pour les actions nominatives, les droits du titulaire résultant de la seule inscription sur les registres de la société ;*
 - *par simple tradition pour les actions au porteur. Le porteur du titre est réputé en être le propriétaire ;*
- 2° *Pour les sociétés faisant appel public à l'épargne :*
- *outre l'option pour les modalités ci-dessus, qu'elles soient nominatives ou au porteur, les actions peuvent être représentées par une inscription dans un compte ouvert au nom de leur propriétaire et tenu soit par la société émettrice, soit par un intermédiaire financier agréé par le Ministre chargé de l'économie et des finances ; la transmission s'opère alors par virement de compte à compte ».*

64. Toutefois, il est important de rappeler que la libre transmissibilité des actions n'est qu'un principe qui, en tant que tel, peut donc être limité par les statuts dans certaines conditions prévues par l'Acte uniforme. En effet, aux termes de l'article 765 dudit texte, l'on peut lire que « *Nonobstant le principe de la libre transmissibilité énoncée à l'article 764 du présent Acte uniforme, les statuts peuvent stipuler certaines limitations à la transmission des actions dans les conditions ci-après :*

1°) *les clauses de limitation ne sont valables dans une société que si toutes les actions sont nominatives ;*

2°) *les statuts peuvent prévoir que la transmission d'actions à un tiers étranger à la société, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, sera soumise à l'agrément du conseil d'administration ou de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires ;*

3°) *les limitations à la transmission des actions ne peuvent s'opérer en cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux, ou de cession soit à un conjoint, soit à un ascendant ou un descendant ».*

Section 3 - Obligations imposées aux actionnaires

65. L'obligation principale qui pèse sur l'actionnaire est celle de libérer les apports promis. Mais à cette obligation s'ajoutent d'autres qu'on pourrait qualifier d'accessoires ou secondaires.

§1 - Obligation principale : la libération des apports

66. Sans apport de chaque actionnaire, il n'y a pas de société. En contrepartie des apports faits, l'associé bénéficiaire proportionnellement d'actions. Il est nécessaire de distinguer deux notions qui souvent prêtent à confusion, à savoir la souscription et la libération des actions.

67. La souscription est l'engagement pris par l'actionnaire d'apporter une somme d'argent (apport en numéraire) ou un bien déterminé (apport en nature). L'article 388 de l'AUDSCGIE dispose en ces termes que « *Le capital de la société anonyme doit être entièrement souscrit avant la date de la signature des statuts ou de la tenue de l'assemblée générale constitutive* ». Aux termes des dispositions combinées des articles 390 et 391 de l'AUDSCGIE, la souscription des actions représentant des apports en numéraire est constatée par un bulletin de souscription en deux exemplaires originaux (l'un pour la société en formation et l'autre pour le notaire chargé de dresser la déclaration de souscription et de versement) établi par les fondateurs ou par l'un d'entre eux et daté et signé par le souscripteur ou par son mandataire, qui écrit en toutes lettres le nombre de titres souscrits.

Par contre, libérer un apport n'est rien d'autre que la concrétisation de l'engagement pris par le versement effectif de la somme ou du bien promis.

A - Modalité de libération

68. La libération est la remise à la société des biens promis. S'agissant de l'actionnaire, elle consiste à la libération des titres, le versement du montant, lors des appels de fonds. L'article 774 de l'AUDSCGIE dispose

que « *Les actions doivent être libérées au moins du quart de leur valeur à la souscription, le solde étant versé au fur et à mesure des appels du conseil d'administration dans un délai maximum de trois ans à compter de la date de souscription* ». Cette disposition est renforcée par le texte de l'article 389 qui énonce que « *Les actions représentant des apports en numéraire sont libérées, lors de la souscription du capital, d'un quart au moins de leur valeur nominale* ». La libération du surplus doit intervenir, en une ou plusieurs fois, dans un délai de trois ans à compter de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier (article 389 al. 2).

Les actions représentant des apports en numéraire non intégralement libérées doivent rester sous la forme nominative.

69. Il faut signaler qu'il est interdit à la société de procéder à une augmentation de son capital ou émettre des obligations tant que celui-ci n'est pas entièrement libéré. Cette prohibition n'est pas valable si cette augmentation de capital est réalisée par des apports en nature.

B - Sanction du défaut de libération

70. La libération des apports est la première obligation qui pèse sur l'actionnaire et en tant que telle doit être sanctionnée en cas de non-respect. À cet effet, l'article 775 dispose que « *Au cas de non-paiement des sommes restant à verser sur les actions non libérées, aux époques fixées par le conseil d'administration ou l'administrateur général selon le cas, la société adresse à l'actionnaire défaillant une mise en demeure par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.*

Un mois après cette mise en demeure restée sans effet, la société poursuit de sa propre initiative la vente de ces actions. À compter du même délai, les actions pour lesquelles les versements exigibles n'ont pas été effectués cessent de donner droit à l'admission aux votes dans les assemblées d'actionnaires et elles sont déduites pour le calcul du quorum et des majorités.

À l'expiration de ce même délai d'un mois, le droit au dividende et le droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital attachées à ces actions sont suspendus jusqu'au paiement des sommes dues ».

71. La sanction consiste donc en suspension des droits politiques et pécuniaires attachés aux actions non libérées. Il est ensuite organisé la vente publique desdites actions. Cette vente publique est prévue par l'article 776 de l'AUDSCGIE aux termes duquel : « *Dans le cas visé à l'article 775 alinéa 2 du présent Acte uniforme, la vente des actions cotées s'effectue en bourse ; celle des actions non cotées est effectuée aux enchères publiques par un agent de change ou un notaire* ».

72. L'actionnaire défaillant reste débiteur au même

titre que les cessionnaires successifs et les souscripteurs qui sont tenus solidairement du montant non libéré de l'action envers la société qui peut agir contre eux à tout instant pour obtenir tant la somme due que le remboursement des frais exposés. (article 777 de l'AUDSCGIE).

Cependant, celui qui a désintéressé la société dispose d'un recours contre les titulaires successifs de l'action.

§II - Obligations accessoires

73. Ces obligations sont relatives au passif social et à la restitution des dividendes fictifs.

A - Obligation au passif social

74. Cette obligation n'est qu'une traduction de l'obligation de participer aux dettes de la société. Dans les sociétés commerciales à risque illimité, encore appelées sociétés de personnes, la responsabilité des associés demeure illimitée et solidaire (principalement dans une SNC). Cela signifie qu'un créancier de la société pourra saisir n'importe quel membre de la société débitrice pour demander le paiement de l'intégralité de sa dette. C'est ainsi que l'article 270 dispose que « *La société en nom collectif est celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales* ».

75. Par contre, dans les sociétés anonymes, les choses se passent autrement puisque les actionnaires ne sont pas personnellement et solidairement responsables car n'ayant pas la qualité de commerçant. En effet, dans les sociétés anonymes, d'après les dispositions de l'article 385 de l'AUDSCGIE « *les actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports* ». Il a été jugé, en France, que les associés dont la responsabilité est limitée (associés de SARL, commanditaires des commandites simples ou actionnaires des SA) ne sont tenus des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et des biens qui leur avaient été attribués au titre de leur part dans le boni de liquidation (Cass. Com., 17 décembre 1979, rev. Sociétés, 1981, p. 81, note Sortais).

76. Les actionnaires peuvent toutefois être tenus de tout ou partie de ce passif s'ils se sont comportés comme des dirigeants de fait. De même, ils peuvent être tenus des dettes sociales dans la mesure où ils se sont portés caution de la société.

B - Obligation de restitution des dividendes fictifs

77. Dans l'étude de la partie relative aux droits pécuniaires (droit aux dividendes) nous avons précisé que les bénéfices à distribuer doivent exister et être dispo-

nibles sous peine pour les dirigeants de s'être rendus coupables d'une distribution de dividendes fictifs qui est sanctionnée. Cette sanction est assimilable à une nullité de la délibération ayant décidé de la distribution des dividendes qui, en réalité, n'existaient pas ; d'où l'expression de distribution de dividendes fictifs. Dans une telle situation les actionnaires pourraient demander la restitution (conséquence de la nullité) des dividendes déjà distribués.

Chapitre 3 : Obligations

78. Comme les actions, les obligations sont des valeurs mobilières émises sous forme de titres négociables. En effet, aux termes de l'article 779 de l'AUDSCGIE « *les obligations sont des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale* ». De façon générale, il s'agit de titres qui constatent une créance à long terme sur la société résultant d'un emprunt lancé par celle-ci auprès des épargnants. Le porteur de l'obligation, désigné obligataire, est donc créancier de la société à la différence de l'actionnaire qui, lui a acheté un ensemble de droits attachés à l'action. À la différence de l'action, l'obligation peut être émise par un GIE (article 875 AUDSCGIE).

Il est possible de distinguer une diversité d'obligations. Toutefois, on rencontre principalement deux catégories d'obligations : les obligations simples qui donnent droit à un versement d'intérêts en plus du remboursement du montant nominal du capital et les obligations composées qui, outre le versement d'intérêts et le remboursement du capital, accordent des avantages additionnels dont, par exemple, la possibilité de devenir actionnaire si la situation de la société est favorable.

Section 1 - Émission des obligations

79. Pour qu'une société puisse émettre des emprunts obligataires, des conditions assez strictes sont posées par l'AUDSCGIE aussi bien de fond (§I) que de forme (§II).

§I - Conditions de fond

80. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE de l'OHADA, en ses articles 780 à 782, prévoit un certain nombre de conditions pour l'émission d'obligations.

La première est relative aux entités pouvant émettre des obligations. À la lecture de l'article 780, il apparaît que seules les sociétés anonymes et les GIE sont autorisés à émettre des obligations. Pour ces derniers, l'article 875 précise que, pour émettre des obligations,

le GIE doit lui-même être « composé exclusivement de sociétés autorisées à émettre des obligations », en l'occurrence la SA.

La deuxième porte sur les conditions que les SA doivent remplir pour pouvoir émettre des obligations. Pour le faire, elles doivent :

- avoir deux années d'existence et avoir établi deux bilans régulièrement approuvés par les actionnaires (article 780 AUDSCGIE).
- avoir un capital entièrement libéré. Cette exigence consiste, d'abord, à obliger les actionnaires de la société à exécuter leurs engagements et donc à verser les sommes promises à celle-ci avant de lui permettre d'emprunter (article 781 AUDSCGIE).

La dernière condition est négative et porte sur une interdiction. En effet, la création d'obligations dites à lots est interdite par l'article 782 de l'AUDSCGIE. L'obligation à lots constitue un moyen de contourner le principe du nominalisme monétaire voulant que la société ne rembourse à ses obligataires que la valeur nominale des titres. En effet, avec ce type d'emprunt (obligation à lots), certains obligataires tirés au sort bénéficient d'une somme complémentaire plus ou moins importante (*soulignons qu'il existe d'autres moyens poursuivant le même objectif : l'obligation à prime, l'obligation indexée, l'obligation libellée en monnaie étrangère*).

§II - Conditions de forme

81. Sur le plan de la forme, des conditions sont aussi fixées par les articles 783 et 784.

82. Concernant les exigences procédurales quant à la décision ou l'autorisation d'émission d'obligations, l'article 783 de l'AUDSCGIE donne compétence à l'assemblée générale. Selon les incidences des obligations à émettre sur les statuts, l'assemblée générale sera ordinaire ou extraordinaire. En effet, il ne faut pas perdre de vue que seule une AGE peut décider d'une modification des statuts. Toutefois, afin de permettre une décision rapide, l'assemblée générale peut déléguer ses pouvoirs au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon les cas, pour une durée n'excédant pas 2 ans. En France ce délai est de 5 ans (article L. 287).

83. Concernant les modalités de l'émission, il est important de souligner que celle-ci peut être privée lorsque la société cherche elle-même ses souscripteurs, ou publique au cas où la souscription se fait par le biais d'intermédiaires financiers (*cette voie supposant alors l'accomplissement de formalité de publicité*). Dans ce dernier cas, l'émission se fait par appel public à l'épargne. Si un placement d'obligations se fait par appel public à l'épargne dans un ou plusieurs États parties, la SA émettrice accomplit dans ces États parties avant

l'ouverture de la souscription et préalablement à toutes autres mesures de publicité, les formalités précisées dans les articles 842 à 844 AUDSCGIE. Ainsi, la société publie dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales une notice contenant certaines indications et annexes.

Section 2 - Droits des obligataires

84. L'obligataire au même titre que l'actionnaire jouit de certains droits aussi bien collectifs qu'individuels. Ceux-ci sont soit pécuniaires, soit extra-pécuniaires.

§I - Droits extra-pécuniaires

85. Pour l'exercice de leurs droits extra-pécuniaires, les obligataires sont regroupés de *plano juris* en une masse (A) qui leur sert de cadre d'exercice d'un certain nombre de droits politiques embryonnaires (B).

A - Regroupement automatique dans une masse

86. L'AUDSCGIE reproduit le principe de la défense collective des obligataires. Ainsi, afin de les protéger, l'article 785 de l'AUDSCGIE déclare réunis de plein droit les obligataires d'une même émission en une masse dotée de la personnalité juridique. Il en découle la possibilité de l'existence d'une pluralité de masses au sein d'une même société, au moins autant de masses qu'il y a d'emprunts obligataires. Les risques de confusion que cela pourrait entraîner ont conduit l'AUDSCGIE à envisagé la possibilité de les regrouper. De fait, dans le but de faciliter le fonctionnement des sociétés émettrices, l'article 785 autorise la création d'une masse unique pour les obligataires des différents emprunts ayant les mêmes droits. Ce texte dispose que «... *en cas d'émissions successives d'obligations, la société peut, lorsqu'une clause de chaque contrat d'émission le prévoit, réunir en un groupement unique les porteurs d'obligations ayant des droits identiques* ».

87. Dotée de la personnalité juridique, la masse élit un organe comportant un ou trois mandataires au maximum chargé de la représenter, élus par le biais de l'assemblée générale des obligataires. Ce mandataire peut être une personne physique ou une personne morale. Dans ce cas, la personne morale désigne une personne physique habilitée à agir en son nom. En cas d'urgence, ce représentant peut être désigné par le président de la juridiction compétente à la demande de tout intéressé (art. 788).

88. Pour représenter la masse des obligataires, certaines personnes sont de plein droit disqualifiées. L'article 787 AUDSCGIE vise notamment, la société débitrice, les sociétés ayant une participation dans la société débitrice, les sociétés garantes de tout ou partie des engagements de la

société débitrice, les dirigeants sociaux, les administrateurs ainsi que leurs ascendants, descendants ou conjoints, les employés ou le commissaire aux comptes de la société débitrice ou d'une société ayant une participation à son capital et les personnes auxquelles l'exercice de la profession de banquier est interdit ou qui sont déchues du droit de diriger, administrer ou gérer une société à un titre quelconque.

Les représentants de la masse ne peuvent être élus (art. 786) et révoqués de leurs fonctions (789) que par l'assemblée générale des obligataires.

89. Aux termes de l'article 790 de l'AUDSCGIE, la masse exerce par l'intermédiaire de ses représentants « *le pouvoir d'accomplir au nom du groupement et de tous les obligataires tous les actes de gestion pour la défense des intérêts communs des obligataires* ». Ce pouvoir peut être restreint par l'assemblée générale des obligataires. Il existe également une limitation légale. L'article 791 interdit aux représentants de la masse de s'immiscer dans la gestion de la société même si, pour leur faciliter l'exercice de leur fonction, il leur est permis de participer aux assemblées des actionnaires sans voix délibérative.

90. Lorsque la société émettrice fait l'objet d'une procédure collective d'apurement du passif, les représentants de la masse agissent au nom de celle-ci (article 792 AUDSCGIE). À ce titre, ils déclarent, dans les conditions prévues à l'Acte uniforme relatif à l'organisation des procédures collectives d'apurement du passif, au passif de la liquidation ou du redressement judiciaire, pour tous les obligataires du groupement, le montant des sommes en capital et intérêts dues par la société aux obligataires. Pour l'efficacité de leur intervention, ils ne sont pas tenus de fournir les titres du groupement. Enfin, lorsque les opérations sont closes pour insuffisance d'actif, le représentant de la masse ou le mandataire de gestion désigné recouvre les droits des obligataires (article 793 AUDSCGIE).

B - Droits politiques « embryonnaires » reconnus dans le cadre de l'assemblée générale

91. À la différence de l'actionnaire, l'obligataire n'a pas de véritables droits politiques lui permettant de discuter la qualité de la gestion de la société : selon les dispositions de l'article 813 de l'AUDSCGIE « *Les obligataires ne peuvent exercer de contrôle individuel sur les opérations de la société ou obtenir communication des documents sociaux* ». Cela dit, il est important de souligner que l'obligataire demeure tout de même plus qu'un simple créancier car bénéficiant à travers la masse dont il fait partie, un embryon de droits politiques.

I - Droit de vote à l'assemblée générale des obligataires

92. Il est régi par les articles 805 et suivants. Ce droit de

vote s'exerce au cours des AG d'obligataires qui peuvent se tenir à toute époque (article 795) sur convocation des représentants des obligataires, du conseil d'administration, de l'administrateur général ou du liquidateur en période de liquidation (article 796). De même, l'AG des obligataires peut se réunir à la diligence des obligataires minoritaires, à la condition qu'ils réunissent au moins le trentième des titres d'une masse. La convocation de l'AG des obligataires se fait dans les mêmes conditions de forme et de délai que celles prévues pour les assemblées d'actionnaires. Outre les mentions prévues pour lesdites assemblées, la convocation à l'AG des obligataires doit contenir les mentions suivantes : indication de l'emprunt souscrit par les obligataires dont la masse est convoquée, les nom, prénoms et domicile de la personne qui a pris l'initiative de la convocation et la qualité en laquelle elle agit et, le cas échéant, la date de la décision de justice désignant le mandataire chargé de convoquer l'assemblée. Lorsqu'il s'agit d'une SA faisant appel public à l'épargne, l'avis de convocation doit comporter les indications prévues à l'article 845 AUDSCGIE et doit être publié dans les journaux habilités à recevoir des annonces légales.

93. Les règles de tenue des assemblées d'actionnaires s'appliquent en tant que de besoin aux assemblées d'obligataires. La présidence de l'assemblée est assurée par un représentant du groupement. En cas de désaccord entre ceux-ci, l'obligataire présent représentant le plus grand nombre de titres assure la présidence. Lorsque l'assemblée est convoquée par un mandataire de justice, il en assure la présidence.

94. Tout obligataire a le droit de participer à l'assemblée de la masse à laquelle il appartient ou de s'y faire représenter. Toutefois, les personnes qui ne peuvent représenter la masse en vertu des exclusions de l'article 787 ne peuvent représenter des obligataires à l'assemblée.

95. Le vote peut porter sur divers éléments. Mais, l'assemblée ne peut délibérer que sur les questions inscrites à l'ordre du jour, à moins que des obligataires représentant au moins un trentième des titres n'obtiennent l'inscription à l'ordre du jour des projets de résolution.

96. L'AUDSCGIE distingue-t-il entre l'assemblée ordinaire (AOO) et l'assemblée extraordinaire (AEO). L'AOO délibère sur la nomination des représentants de la masse, la durée de leurs fonctions, la fixation de leur rémunération, de leur suppléance, leur convocation ainsi que toute mesure ayant pour objet d'assurer la défense des obligataires et l'exécution du contrat d'emprunt.

97. L'AEO délibère sur toute proposition tendant à la modification du contrat d'emprunt. Elle ne peut cependant accroître les charges des obligataires ou obtenir un traitement inégal entre les obligataires d'une

même émission. Lorsque l'assemblée n'approuve pas les propositions de la société émettrice relative au changement de sa forme ou de son objet, la société peut passer outre ce refus en offrant de rembourser les obligations avant lesdits changements. De même, lorsque l'assemblée des obligataires refuse des propositions de la société relatives à une restructuration (fusion ou scission), la société peut passer outre. Dans ce cas, les obligataires conservent leur qualité d'obligataires dans la société nouvelle, dans la société absorbante ou dans les sociétés nouvelles découlant de la scission. Dans tous les cas, lorsque la société décide de passer outre le défaut d'approbation de l'assemblée des obligataires, les dirigeants sociaux doivent en informer le représentant de la masse par lettre au porteur contre récépissé ou lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

98. Lors de ces assemblées, le droit de vote de chaque obligataire est proportionnel à la quotité du montant de l'emprunt représentée par ses obligations. L'article 805 al. 2 précise cependant que « *chaque obligation donne droit à une voix au moins* ». Par ailleurs, le vote par correspondance est possible. Il s'exerce dans les mêmes conditions et formes que les actionnaires aux assemblées d'actionnaires. Il s'agit en l'occurrence des conditions de vote par correspondance dans les sociétés de personnes.

II - Droit à l'information

99. Les représentants de la masse jouissent d'un droit à l'information qui leur permet d'obtenir communication des documents mis à la disposition des actionnaires.

100. Par contre, le droit à l'information des obligataires individuellement pris est fortement limité. L'article 813 al. 2 de l'AUDSCGIE précise que « *Ils (les obligataires) ont le droit, à leurs frais, d'obtenir auprès de la société copie des procès-verbaux et des feuilles de présence des assemblées d'obligataires du groupement dont ils font partie* ».

En complément de cette protection collective par le regroupement en une masse, des droits ou prérogatives individuels sont accordés à chaque obligataire.

§II - Droits pécuniaires

101. Ces prérogatives sont constituées de droits financiers, patrimoniaux mais aussi de garanties accordées aux obligataires.

A - Droits financiers

102. L'obligataire bénéficie non seulement du droit au remboursement du capital qu'il a prêté à la société

émettrice des obligations mais aussi du paiement d'un certain intérêt.

I - Remboursement du capital

103. Le contrat d'émission ou contrat d'emprunt fixe les modalités du remboursement du capital. En principe, le remboursement du montant nominal se fait en une seule fois dans la durée convenue. Sauf stipulations particulières du contrat d'émission, la société ne peut imposer aux obligataires un paiement anticipé (article 814 AUDSCGIE). Toutefois, la dissolution de la société non provoquée par la fusion ou la scission rend aussitôt exigible le remboursement anticipé des titres (article 811 AUDSCGIE).

104. En cas de projet de fusion ou de scission de la société émettrice des obligations, le groupement des obligataires peut faire opposition à l'une ou à l'autre de ces opérations auprès du président de la juridiction compétente. Le cas échéant, l'article 810 in fine de l'AUDSCGIE précise que « *celui-ci rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des obligations, soit la constitution de garanties si la société absorbante ou la société qui se scinde en offre et qu'elles sont jugées suffisantes* ».

II - Paiement des intérêts

105. Le paiement des intérêts est le premier droit pécuniaire de l'obligataire. Le taux de l'intérêt est déterminé lors de l'émission et est, en principe, fixe (Depallens et Jobard, *Gestion financière de l'entreprise*, 9^e éd., p. 595). Mais, il est possible exceptionnellement de prévoir un intérêt variable en fonction par exemple du résultat ou du chiffre d'affaires de l'entreprise : dans ce cas, la rémunération présente alors un caractère aléatoire. De même, il peut être possible de modifier le taux en cours d'emprunt sur proposition de la société avec l'accord de l'AEO.

106. Les obligataires d'un même emprunt doivent être payés à un taux identique. Cette position est, en effet, visible à travers la définition de l'obligation donnée par l'article 779 de l'AUDSCGIE qui dispose que « *les obligations sont des titres négociables qui dans une même émission confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale* ». À cette disposition s'ajoute l'interdiction d'un traitement inégal prévue par

l'article 808 qui dispose que « *les assemblées ne peuvent ni accroître les charges des obligataires, ni établir un traitement inégal entre les obligataires d'une même émission* ».

B - Droits patrimoniaux

107. L'obligataire peut céder ses titres de la même façon qu'un actionnaire peut céder ses actions. Mais, à la différence des actionnaires, l'obligataire bénéficie en la matière d'une liberté quasi absolue. En effet, le régime des agréments tel qu'on le rencontre dans certaines cessions d'actions n'a en réalité aucune raison d'être imposée en matière d'obligation.

C - Sûretés ou garanties accordées aux obligataires

108. Le paiement des intérêts ou le remboursement du capital sont susceptibles d'être garantis par une sûreté personnelle ou réelle. Ainsi, il est important concernant ces sûretés de signaler que le cadre est posé par l'article 815 qui précise « l'assemblée générale des actionnaires qui décide une émission d'obligations peut décider que ces obligations seront assorties d'une sûreté ». Ces sûretés, dont formalités de publicité doivent être accomplies avant toute souscription des obligations, sont constituées par la société avant l'émission dans un acte spécial pour le compte du groupement des obligataires en formation (article 816 AUDSCGIE).

109. La souscription aux obligations emporte acceptation des sûretés. De fait, elle rétroagit à la date d'inscription pour les sûretés soumises à inscription et à la date de souscription pour les autres sûretés.

110. La société doit effectuer, à ses frais, le renouvellement des sûretés. Par contre, il appartient aux représentants de la masse des obligataires de donner mainlevée des inscriptions, à la condition que l'emprunt ait été intégralement remboursé et tous intérêts payés. Ils doivent également y être autorisés par l'assemblée générale des obligataires.

111. Les garanties constituées postérieurement à l'émission doivent être acceptées expressément par le ou les représentants de la masse des obligataires.

Mbissane NGOM

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

- Action, 11, 10, 20, 22, 24, 25, 29, 30, 32, 35, 36, 37, 40, 41, 49
 - Droit de vote double 24, 34, 35
 - Droit de vote simple 34
 - Nantissement 7, 56, 57, 61, 62
 - Transmission 9, 11, 56, 63, 64
- Action au porteur 21, 22, 25
- Action d'apport 30
- Action de jouissance 36
- Action de numéraire 30
- Action normative 22, 25
- Action ordinaire, 15, 33, 34
- Actionnaire 19, 20, 24, 31, 35, 36, 37, 38, 46, 47, 48, 56, 65, 66, 67, 68, 70, 72, 78, 84, 91, 107
 - Droit à l'actif social 44
 - Droit à l'information 46, 47, 99, 100
 - Droit aux dividendes 40, 77
 - Droit de vote 19, 24, 35, 46, 48, 49, 50, 92, 98
 - Obligation au passif 74
- Apport
 - Libération 26, 28, 30, 47, 66, 68, 70, 77
 - Sanction 42, 47, 70, 71, 77

- Souscription 26, 28, 29, 30, 45, 51, 52, 53, 54, 55, 66, 67, 68, 70, 83, 108, 109

B

- BRVM 15
- BVMAC 15

D

- Douala Stock Exchanges 15
- Droit de vote
 - Attribution 21
- Droit préférentiel de souscription 45, 51, 52, 53, 55, 70
 - Augmentation du capital 12, 24, 29, 33, 44, 51, 52, 54, 69
 - Négociabilité 10, 12, 54
 - Nue-propriété 55
 - Suppression 34
 - Usufruit 49, 55

O

- Obligataire 38, 78, 79, 80, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111

- Assemblée extraordinaire 96
- Assemblée générale 30, 34, 35, 40, 43, 47, 48, 52, 64, 67, 82, 87, 88, 89, 90, 108, 110
- Assemblée ordinaire 96,
- Droit à l'information 46, 47, 99, 100
- Droit de vote 35, 46, 49, 92, 98
- Masse 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 94, 96, 97, 99, 100, 110, 111
- Représentant de la masse 90, 97

Obligation

- Émission 79
- Notion 66
- Paiement des intérêts 105, 108
- Remboursement du capital 44, 78, 102, 103, 108
- Sûreté 108, 109, 110

V

Valeurs mobilières

- Caractères 4, 5, 27
- Dématérialisation 8, 15, 16
- Diversité 5, 17, 79
- Négociabilité 10, 12, 54
- Notion 66

VENTE COMMERCIALE EN DROIT OHADA

Table des matières

Introduction n° 1 - 13

A - Champ d'application du livre VIII n° 3-10

- I - Ventes concernées n° 4-6
 - a - Ventes et fournitures de marchandises n° 5
 - b - Ventes entre commerçants n° 6
- II - Ventes exclues n° 7-10
 - a - Exclusion en raison de leur finalité : les ventes aux consommateurs n° 8
 - b - Exclusion en raison de leur complexité : les ventes comportant une prestation de service n° 9
 - c - Exclusion en raison de leur soumission à un régime particulier n° 10

B - Règles applicables à la vente commerciale n° 11-13

Chapitre I : Formation de la vente commerciale n° 14-52

Section I - Principes gouvernant la formation de la vente commerciale n° 15-19

- §1 - Principe du consensualisme n° 16
- §2 - Principe de bonne foi n° 17
- §3 - Liberté dans la conduite et la rupture des négociations n° 18 -19

Section II - Conditions de formation de la vente commerciale n° 20-52

- §1 - Consentement des parties n° 21-41
 - A - Rencontre des volontés n° 22-40
 - I - Offre de contracter n° 23-32
 - a - Notion de l'offre n° 24-26
 - 1 - Précision de la proposition n° 25
 - 2 - Fermeté de la proposition n° 26
 - b - Expression de l'offre n° 27
 - c - Destination de l'offre n° 28
 - d - Valeur juridique de l'offre n° 29-32
 - 1 - Révocation de l'offre n° 30-31
 - 2 - Caducité de l'offre n° 32
 - II - Acceptation n° 33-39
 - a - Notion d'acceptation n° 34-36
 - b - Expression de l'acceptation n° 37-39
 - 1 - Délai pour accepter n° 38
 - 2 - Formes de l'acceptation n° 39
 - c - Effet de l'acceptation : la formation du contrat n° 40
 - B - Interprétation de la volonté des parties n° 41
 - §2 - Chose n° 42-45
 - A - Existence de la chose n° 43
 - B - Détermination de la chose n° 44
 - C - Cessibilité de la chose n° 45
 - §3 - Prix n° 46-52
 - A - Caractère réel et sérieux des prix n° 47
 - B - Détermination du prix n° 48
 - I - Évolution législative sur l'exigence de détermination du prix n° 49 -51

II - Modes de fixation du prix n° 52

Chapitre II : Effets de la vente commerciale n° 53-89

Section I - Obligations du vendeur n° 54-77

- §1 - Obligation de livraison n° 55-62
 - A - Objet de la livraison n° 56
 - B - Modalités de la livraison n° 57-59
 - I - Lieu de la livraison n° 58
 - II - Moment de la livraison n° 59
 - C - Obligations accessoires à l'obligation de livraison n° 60-62
 - I - Obligations accessoires d'origine légale n° 61
 - II - Obligations accessoires d'origine conventionnelle n° 62
- §2 - Obligation de conformité n° 63-69
 - A - Choix opérés par les rédacteurs l'AUDCG n° 64-66
 - I - Autonomie de l'obligation de conformité par rapport l'obligation de livraison n° 65
 - II - Fusion de l'obligation de conformité et de la garantie des vices cachés n° 66
 - B - Contenu de l'obligation de conformité n° 67-69
 - I - Différents éléments d'appréciation de la non-conformité n° 68
 - II - Conditions de dénonciation de la non-conformité par l'acheteur n° 69
- §3 - Obligation de garantie n° 70-77
 - A - Consécration d'une double obligation garantie n° 71-73
 - I - Garantie du fait des tiers n° 72
 - II - Garantie du fait personnel n° 73
 - B - Possibilité d'aménager conventionnellement la garantie n° 74-77
 - I - Garantie concernée n° 75
 - II - Conditions d'efficacité des clauses limitatives de garantie n° 76
 - III - Interprétation des clauses limitatives de garantie n° 77

Section II - Obligations de l'acheteur n° 78-89

- §1 - Paiement du prix n° 79-81
 - A - Lieu de paiement n° 80
 - B - Date de paiement n° 81
- §2 - Prise de livraison n° 82-86
 - A - Accomplissement des actes permettant au vendeur d'effectuer la livraison n° 83
 - B - Retraitement des marchandises n° 84
 - C - Examen des marchandises n° 85
 - D - Conservation des marchandises en cas de refus n° 86

Section III - Effets à l'égard des marchandises n° 87-89

- §1 - Transfert de propriété n° 88
- §2 - Transfert des risques n° 89

Chapitre III : Contentieux de la vente commerciale n° 90-123

Section I - **Sanctions communes à l'acheteur et au vendeur**

n° 91-108

§1 - Sanctions de l'inexécution ou du retard dans l'exécution n° 93-109

A - Sanctions visant l'anéantissement du contrat n° 93-98

I - Types de résolution consacrés par l'AUDCG n° 94-97

a - Résolution judiciaire n° 95

b - Résolution unilatérale n° 96-97

II - Effets de la résolution : l'anéantissement rétroactif du contrat et ses suites n° 98

B - Sanctions visant à réparer les dommages causés n° 99-104

I - Dommages-intérêts n° 100-103

a - Droit aux dommages-intérêts n° 101-102

b - Obligation de minimiser le dommage n° 103

II - Intérêts moratoires n° 104

§2 - Exonération de responsabilité n° 105

§3 - Prescription en matière commerciale n° 106-108

Section II - **Remèdes spécifiques à l'inexécution****des obligations de chaque partie** n° 109-113

§1 - Remèdes en cas d'inexécution des obligations du vendeur n° 110-120

A - Exception d'inexécution anticipée n° 111-115

I - Risque d'inexécution de l'intégralité de son obligation de livraison des marchandises par le vendeur n° 112

II - Cas d'ouverture de l'exception d'inexécution anticipée n° 113

III - Nécessaire autorisation du juge n° 114

IV - Effets de l'exception d'inexécution n° 115

B - Exécution volontaire n° 116-119

I - Remplacement n° 117

II - Mise en conformité n° 118

C - Réfaction du prix n° 119

D - Refus de prendre livraison n° 120

§2 - Remèdes en cas d'inexécution des obligations de l'acheteur n° 121-123

A - Exception d'inexécution anticipée n° 122

B - Octroi d'un délai supplémentaire pour le paiement du prix n° 123

Bibliographie

- ADJITA (A.), L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale OHADA, *Annales de l'Université de Lomé, Série Droit-Économie*, t. XVIII, 1999.
- GOMEZ (J.-R.), Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique, *Penant*, 1998, n° 5, p. 147 ;
- MBA-OWONO (Ch.), Non-conformité et vices cachés dans la vente commerciale en 4 - droit uniforme africain, *Juridis périodique*, n° 41, p. 107 et s.
- NSIE (E.), La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente, *Penant* n° 850, janv.-mars 2005, doct. p. 96 et s.
- PEDRO SANTOS (A.) et YADO TOE (J.), OHADA, *Droit commercial général*, Bruylant, 2002, *Collection Droit uniforme africain ; sur les innovations relatives aux sanctions de l'inexécution des obligations*.

Introduction

1. L'un des objectifs de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) est la modernisation du droit des affaires de ses États membres. Cet objectif s'est traduit non seulement par l'adoption de plusieurs Actes uniformes, mais également par la révision de certains d'entre eux. Il en est ainsi de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) dont le tout premier texte y relatif a été adopté le 17 avril 1997 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998. Cet Acte uniforme comportait un Livre V consacré à la vente commerciale. Les dispositions de ce Livre V constituaient une nouveauté dans les pays membres de l'OHADA qui, à l'exception du Sénégal qui s'était doté d'un Code des obligations civiles et commerciales, continuaient d'appliquer les articles 1582 et suivants du Code civil français en vigueur avant les indépendances (J.-R. Gomez, *Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique*, *Penant*, 1998, n° 827, n° 5, p. 147).

La volonté du législateur OHADA de moderniser le droit des affaires de ses États membres s'est manifestée essentiellement en matière de vente commerciale par l'introduction dans le Livre V des principales dispositions de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur

la vente internationale de marchandises (CVIM). Si le Livre V l'AUDCG de 1997 présentait incontestablement de nombreuses innovations (pour l'étude détaillée de ce Livre de l'AUDCG de 1997, voir A. Pedro Santos et J. Yado Toe, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, 2002, *Collection droit uniforme africain ; sur les innovations relatives aux sanctions de l'inexécution des obligations*, voir E. Nsie, *La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente*, *Penant*, n° 850, janv.-mars 2005, doct. 96 et s.), il recelait également quelques incohérences (voir P. Santos, *Commentaire du Livre V de l'Acte uniforme relatif au droit commerciale général*, in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Ed. Juriscope, 2008, p. 282 et s.).

2. Après plus d'une dizaine d'années d'application de l'AUDCG de 1997, les États membres de l'OHADA ont jugé opportun de le réviser. Le processus de révision engagé conformément à la procédure prévue par les articles 7 à 9 du Traité du 17 octobre 1993, révisé le 17 octobre 2008, relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, a finalement abouti à l'adoption le 14 décembre 2010 par le Conseil des ministres de l'OHADA d'un nouvel AUDCG dont l'article 306 dispose : « Le présent Acte uniforme abroge l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant sur le droit commercial général ».

Le nouvel AUDCG, qui est entré en vigueur le 16 mai 2011, consacre un Livre VIII à la vente commerciale. Le titre I de ce Livre VIII détermine son champ d'application (A) ainsi que les règles applicables à la vente commerciale (B).

A - Champ d'application du Livre VIII

3. Le Livre VIII ne s'applique pas à toutes les ventes commerciales. Relativement à son champ d'application, il faut distinguer entre les ventes concernées (I) et les ventes exclues (B).

I - Ventes concernées

4. Les ventes régies par le Livre VIII sont les ventes et les fournitures de marchandises (a) entre commerçants, personnes physiques ou morales (b).

a - Ventes et fournitures de marchandises

5. L'article 237 alinéa 1 du Livre VIII de l'AUDCG limite son champ d'application aux contrats de vente et de fournitures de marchandises (il convient de relever que l'article 202 de l'ancien AUDCG ne visait que les contrats de vente de marchandises). Les rédacteurs de Livre VIII n'ont pas défini les notions de vente, de fourniture ni de marchandises.

La vente est définie par le Code civil comme une « convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer » (cf. art. 1582 C. civ.). Relativement au Livre VIII de l'AUDCG, la chose objet de la vente commerciale doit être une marchandise, et les protagonistes de cette opération doivent être des commerçants (voir infra).

Le Livre VIII régit également les contrats de fourniture de marchandises qui ne sont pas destinés directement à la vente, mais à des activités de fabrication ou de production.

Il existe deux conceptions possibles de la notion de marchandises. Une conception large et une conception étroite. Selon la première, le terme marchandise s'applique à tout objet mobilier destiné à la vente (*V. Cass. Crim., 22 juin 1977, D. 1977, I.R., 481*). Selon la seconde conception en revanche, le terme marchandise ne s'applique qu'aux choses mobilières qui se comptent, qui se pèsent ou qui se mesurent (*V. Heuze, La vente internationale de marchandise, G.L.N. Joly, 1992, n° 5*). La convention de Vienne qui a largement inspiré le législateur OHADA n'a pas non plus défini la notion de marchandise (v. art. 1 et 2). Mais pour la doctrine, c'est la conception restrictive qui a été retenue par cette convention (*D. Mainguy, Réflexions sur la notion de produits en droit des affaires, RTD Com. 1999, p. 54*). La jurisprudence OHADA devrait choisir entre ces deux

conceptions. Quelle que soit la définition de marchandise qui sera retenue, le Livre VIII ne trouvera à s'appliquer que lorsque la vente ou la fourniture de marchandises impliquent deux commerçants.

b - Ventes entre commerçants

6. Aux termes de l'article 237 alinéa 1 de l'AUDCG, le Livre VIII ne s'applique qu'aux contrats de vente de marchandises conclus entre commerçants, personnes physiques ou morales (l'article 202 de l'ancien AUDCG était dans le même sens). Les rédacteurs du Livre VIII n'ont pas jugé opportun de définir le commerçant dès lors que sa définition est donnée par un autre article de l'AUDCG. L'article 2 de l'ancien AUDCG définissait le commerçant comme étant celui qui accomplit les actes de commerce, et en fait sa profession habituelle (*en droit français, l'article L. 121-1 du Code de commerce est pareillement rédigé que l'article 2 de l'ancien AUDCG. Il dispose en effet que « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle »*). Cet article semblait déduire la commercialité de l'accomplissement de tous les actes de commerce, qu'il s'agisse d'actes de commerce par nature, par la forme ou par accessoire. Le nouvel article 2 limite cependant la qualité de commerçant à celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce « par nature » sa profession. Cette précision apportée par le nouveau texte est fort opportune. En effet, même sous l'empire de l'ancien article 2, la doctrine a toujours estimé que seul l'accomplissement d'actes de commerce par nature confère la qualité de commerçant (*A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit., n° 133, p. 78*), à l'exclusion des actes de commerce par la forme ou par accessoire. L'acte de commerce par la forme ne confère pas à celui qui l'accomplit la qualité de commerçant. En effet, un non commerçant qui l'effectue ne devient pas pour autant commerçant (il s'agit de la lettre de change, du billet à ordre et du warrant (cf. art. 4 (nouveau) AUDCG)). Les actes de commerce par accessoire ne confèrent pas non plus la qualité de commerçant. C'est plutôt le commerçant qui fait l'acte de commerce par accessoire. En effet, en application de la théorie de l'accessoire, un acte en principe civil va devenir commercial s'il est accompli par un commerçant ou s'il se rattache à une opération commerciale.

L'acte de commerce par nature est défini par le nouvel article 3 de l'AUDCG comme « celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire ». La liste non exhaustive des actes de commerce par nature est donnée par le même article 3. Aux termes de ce texte, « [o] nt, notamment, le caractère d'actes de commerce par nature :

- l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente ;

- les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit ;
- les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ;
- l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles ;
- les opérations de location de meubles ;
- les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication ;
- les opérations des intermédiaires de commerce, telles que la commission, le courtage, l'agence, ainsi que les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de société commerciale ou immobilière ;
- les actes effectués par les sociétés commerciales ».

L'énumération de l'article 3 montre que les actes de commerce par nature concernent les principales activités de la vie des affaires, qu'il s'agisse de négoce, d'industrie, de finances ou d'intermédiation.

II - Ventes exclues

7. Certaines ventes sont exclues du champ d'application du Livre VIII de l'AUDCG, soit en raison de leur finalité (a), soit en raison de leur complexité (b), soit enfin en raison de leur soumission à un régime particulier (c)

a - Exclusion en raison de leur finalité : ventes aux consommateurs

8. L'article 235 a) de l'AUDCG exclut du champ d'application du Livre VIII « les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique ». L'article 203 de l'ancien AUDCG parlait de ventes aux consommateurs, c'est-à-dire à toutes les personnes qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités professionnelles. Les rédacteurs de Livre VIII n'ont pas jugé opportun de reconduire la notion de consommateur, en raison sans doute des difficultés que sa définition juridique suscite (*sur ces difficultés, voir, J. Calais-auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, Précis Dalloz, Paris, 7^e éd., 2006, n^{os} 6 et s., p. 6 et s.*). Mais la différence entre la formule de l'article 203 de l'ancien AUDCG et de l'article 235 a) de l'actuel AUDCG n'est à notre sens qu'apparente. En effet, au-delà de la différence au niveau terminologique, les deux textes utilisent le même critère pour exclure certaines ventes de leur champ d'application : la finalité non professionnelle poursuivie par l'acheteur. En effet, constituent bel et bien des fins non professionnelles l'« usage personnel, familial ou domestique » (art. 235 a). Il semble que les rédacteurs de l'article 235 ont seulement voulu reprendre à l'identique la formule

utilisée par la Convention de Vienne dont l'article 2-a dispose : « La présente Convention ne régit pas les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique ».

Aux termes de l'article 235 a) in fine, l'exclusion consacrée par ce texte joue « à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage ». Ce texte subordonne donc l'exclusion des ventes de marchandises achetées pour un usage non professionnel du champ d'application du Livre VIII à la connaissance ou à la présomption de connaissance de la finalité non professionnelle de l'opération par le vendeur avant ou lors de la conclusion du contrat. Lorsque la preuve de l'ignorance de cette finalité non professionnelle est rapportée, la vente concernée est régie par le Livre VIII de l'AUDCG et non par le droit commun.

b - Exclusion en raison de leur complexité : les ventes comportant une prestation de service

9. L'article 235 b) exclut également du champ d'application du Livre VIII « les contrats de fourniture de marchandises dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste dans une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services ». Cette disposition est identique à l'article 204 de l'ancien AUDCG (sur cet article, lire *A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit., n^o 558, p. 349-350*) et à l'article 3 alinéa 2 de la CVIM. Sont ici visées toutes les hypothèses où il y a combinaison dans un même contrat de la vente et de la prestation de services. Un contrat de cette nature peut être qualifié « de contrat de vente ou de contrat d'entreprise » (*A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit., n^o 558, p. 349*), les deux qualifications étant exclusives l'une de l'autre. Pour les rédacteurs l'AUDCG, le critère de détermination de la qualification à retenir doit être la part prépondérante (voir également *A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial Général, op. cit., ibid.*). Ainsi, il y a contrat d'entreprise et non vente lorsque la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste dans une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services. Autrement dit, lorsque l'élément « façon » est prédominant par rapport à l'élément « matière », on est en présence d'un contrat d'entreprise.

c - Exclusion en raison de leur soumission à un régime particulier

10. L'article 236 donne une liste non exhaustive des ventes qui sont également exclues du champ d'application du Livre VIII en raison de leur soumission à un

régime particulier. Il s'agit entre autres des ventes aux enchères, des ventes sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ; des ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce ou de monnaies, des mobilisations et autres opérations sur créances ou instruments financiers, des ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs et des ventes d'électricité. Il y a lieu de relever que la liste de l'article 236 a été allongée par rapport à celle de l'article 203 de l'ancien AUDCG. Ce dernier texte n'excluait expressément du champ d'application de l'ancien Livre V ni les ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs, ni les ventes d'électricité. La doctrine avait alors estimé que ces biens devaient être assimilés aux marchandises et être par conséquent régis par l'AUDCG (A. Pedro Santos et J. Yado Toe, *OHADA, op. cit.*, n°s 550 et 551, p. 345 et 346). C'est plutôt la solution contraire qui vient d'être consacrée par les rédacteurs du Livre VIII de l'AUDCG qui ont presque repris l'article 2 de la CVIM. Mais si l'article 236 de l'AUDCG exclut de son champ d'application l'électricité, elle n'adopte pas la même solution, comme d'ailleurs la CVIM, pour le gaz. Celui-ci est donc considéré comme une marchandise et sa vente est par conséquent une vente commerciale régie par le Livre VIII de l'AUDCG.

B - Règles applicables à la vente commerciale

11. Aux termes de l'article 237 de l'AUDCG, « la vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre ». Ce texte doit être complété par l'article 239 alinéa 1 qui dispose que « les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les pratiques qui se sont établies dans leurs relations commerciales ». Il résulte de ces textes (qui ne sont qu'une reprise des articles 205 et 207 alinéa 1 de l'ancien AUDCG) que le droit de la vente commerciale a plusieurs sources : les dispositions du Livre VIII, le droit commun des contrats et de la vente, les usages et les pratiques.

Le droit commun des contrats et de la vente désigne le droit interne des États parties. Il s'agit pour la plupart de ces États, anciennes colonies françaises ou assimilées, des dispositions du Code civil de 1804 et de la jurisprudence française rendue avant 1960 sur la base de ces dispositions ou des dispositions des Codes ou des lois nationales adoptées après l'accession à l'indépendance (pour le Sénégal, il s'agit des articles 264 à 371 du COCC).

La reconnaissance des usages comme source du droit n'est pas une innovation du droit OHADA. En effet, ils constituent une source classique du droit commercial. On distingue deux types d'usage : les usages de droit et les usages de fait. Les premiers ont un caractère impératif et les seconds ne s'appliquent qu'à défaut de volonté contraire exprimée par les parties (*v. D. Legeais, Droit*

commercial et des affaires, Sirey, 19^e éd. 2011, n° 20, p. 11). Il semble que le Livre VIII de l'AUDCG ne se réfère qu'aux usages de fait. Aux termes de l'article 239 alinéa 1 en effet, les parties ne sont liées par les usages qu'autant qu'elles y ont consenti. Le consentement des parties est présumé lorsqu'il s'agit des usages professionnels dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même nature dans la branche d'activité concernée (art. 239 alinéa 2 AUDCG). Ces genres d'usages s'appliquent sauf convention contraire des parties.

Outre les usages, les rédacteurs de l'AUDCG ont reconnu aux pratiques qui se sont établies dans les relations commerciales des parties la qualité de source du droit de la vente commerciale (article 239 AUDCG).

12. La pluralité des sources du droit de la vente commerciale soulève la question de leur combinaison (*sur la question sous le droit antérieur, v. A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, op. cit.*, n°s 78 et s., p. 362 et s.). Cette question est en partie réglée par l'article 237 alinéa 1 de l'AUDCG qui dispose que les règles du droit commun des contrats et de la vente ne s'appliquent que lorsqu'elles ne sont pas contraires aux dispositions du Livre VIII. L'article 205 de l'ancien AUDCG était moins précis. Il se contentait de dire : « Outre les dispositions du présent livre, la vente commerciale est soumise aux règles de droit commun ». Mais la doctrine a soutenu que les règles de droit commun ne s'appliquaient que dans la mesure où elles n'étaient pas contraires à l'Acte uniforme (*v. A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, op. cit.*, n° 579, p. 363 ; P. SANTOS, *Annotation de l'article 205 de l'AUDCG, in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, op. cit.*, p. 286). Il s'agit là d'une application particulière de l'article 10 du Traité OHADA qui consacre la primauté des Actes uniformes OHADA sur les dispositions nationales contraires. Si le recours aux règles de droit commun est interdit lorsque celles-ci sont contraires aux règles spéciales édictées par le Livre VIII de l'AUDCG, il est non pas interdit, mais inopportun lorsque les règles de droit commun et les règles spéciales sont identiques. Dans ce cas, le juge doit se référer aux règles spéciales (A. Pedro Santos et J. Yado Toe, *OHADA, op. cit.*, n° 579, p. 363). La seule hypothèse où la vente commerciale est soumise aux règles de droit commun des contrats et de la vente est celle où le Livre VIII de l'AUDCG n'a rien prévu. Il en est ainsi par exemple des conditions de validité des contrats. Le Livre VIII est muet sur la question. Il faut donc se reporter aux droits internes des États pour rechercher ces règles. Dans les pays où le Code civil de 1804 est encore en vigueur, il s'agira des conditions fixées par les articles 1108 et suivants à savoir le consentement, l'objet, la cause et la capacité. Ainsi, c'est en application du droit commun des contrats qu'un arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan a décidé qu'encourt la nullité, la vente

dans laquelle le vendeur a fait croire à l'acquéreur que la vente initiale était annulée, le vendeur ayant usé de dol (CA Abidjan, n° 497 du 6 mai 2005 : Juriscope. org).

Le Livre VIII est muet sur la question de la combinaison des règles spéciales qu'il édicte avec les usages et pratiques. Cette question doit être réglée en tenant compte du fait que l'usage auquel se réfère l'AUDCG est un usage de fait et non de droit. Il nous semble que comme dans le cas de la combinaison des règles de droit commun avec les règles spéciales de l'OHADA, le recours aux usages et aux pratiques ne sera possible et opportun que dans les hypothèses où le Livre VIII n'a rien prévu.

13. Outre la détermination de son champ d'application et des règles applicables à la vente commerciale, le Livre VIII fixe les règles de formation de la vente commerciale (Chapitre I), détermine ses effets (Chapitre II) ainsi que les règles relatives au contentieux de la vente commerciale (Chapitre III).

Chapitre I : Formation de la vente commerciale

14. La formation de la vente commerciale est gouvernée en droit OHADA par des principes qu'il convient d'exposer (Section I) avant de s'intéresser aux conditions de formation du contrat de vente commerciale (Section II).

Section I - Principes gouvernant la formation de la vente commerciale

15. Trois principes gouvernent la formation de la vente commerciale : le principe du consensualisme (§1), le principe de bonne foi (§2) et la liberté dans la conduite et la rupture des négociations (§3).

§1 - Principe du consensualisme

16. Le principe du consensualisme signifie que, sauf exception expresse, un contrat se forme par le seul échange des consentements (*solo consensu*) sans qu'aucune forme particulière ne soit nécessaire (*M. Fabre-magnan, Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, 2^e éd. mise à jour, Thémis droit, PUF, 2010, p. 215*). Il en est ainsi du contrat de vente commerciale en droit OHADA. En effet, aux termes de l'article 240 l'AUDCG, il n'est soumis à aucune condition de forme. Il peut, suivant la volonté des parties, être écrit ou verbal. Le législateur OHADA a tiré toutes les conséquences du principe du consensualisme en

consacrant le principe de la liberté de preuve (art. 240 in fine). Ce principe ne peut cependant jouer que lorsque le contrat a été conclu verbalement. S'il a été conclu par écrit, sa preuve ne peut être rapportée que par cet écrit. Le législateur OHADA n'ayant pas encore adopté un Acte uniforme sur la preuve des contrats, c'est le droit commun des contrats et de la vente des États parties qui permettra de déterminer les conditions de validité et de recevabilité des preuves écrites (acte authentique, acte sous-seing privé).

§2 - Principe de bonne foi

17. Comme le principe du consensualisme, le principe de bonne foi est expressément consacré par le législateur OHADA. L'article 237 alinéa 2 de l'AUDCG dispose en effet : « Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi ». Le législateur n'a pas défini la notion de bonne foi. Elle revêt pourtant en droit des contrats une double signification (*Y. PICOD, L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, préf. G. Couturier*). Elle renvoie d'abord à la loyauté du contractant. Celle-ci signifie l'absence de mauvaise foi, autrement dit la probité, la loyauté, l'honnêteté. La bonne foi renvoie ensuite à la loyauté contractuelle, qui impose au contractant un devoir de coopération et de collaboration, une attitude emprunte de justice contractuelle.

L'article 237 alinéa 2 de l'AUDCG ne précise pas le domaine d'application de la bonne foi. Face à ce silence, il y a lieu de conclure que celle-ci doit régir aussi bien la formation que l'exécution du contrat de vente commerciale. Dans la phase de formation du contrat de vente commerciale, la bonne foi oblige à un comportement loyal vis-à-vis du futur partenaire, à ne pas chercher à l'induire, contre son intérêt, à conclure le contrat. Dans la phase d'exécution en revanche, la bonne foi doit inspirer tant l'exécution de ses propres obligations que l'exigence de l'exécution par l'autre de ses obligations (*M. Fabre-magnan, op. cit., p. 64*).

Les rédacteurs de l'AUDCG ont conféré au principe de bonne foi un caractère d'ordre public. Aux termes de l'article 237 alinéa 2 en effet, les parties ne peuvent exclure l'obligation de se conformer aux exigences de la bonne foi, ni en limiter la portée.

§3 - Liberté dans la conduite et la rupture des négociations

18. La liberté contractuelle, principe fondateur du droit des contrats, implique la liberté de négociation en vertu de laquelle chacun est entièrement maître de sa décision de conclure ou non le contrat. C'est cette liberté dans la conduite et la rupture des négociations que rappelle l'article 249 de l'AUDCG qui dispose : « Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être

tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord ». Cette liberté n'est cependant pas absolue. Selon l'alinéa 2 de l'article 249 en effet, « la partie qui conduit ou rompt une négociation de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie ». L'alinéa 3 du même texte donne un exemple de la mauvaise foi. Celle-ci est avérée lorsqu'une partie entame ou poursuit des négociations sans intention de parvenir à un accord. D'autres exemples de mauvaise foi dans la conduite et la rupture des négociations existent (*v. M. FABRE-MAGNAN, op. cit., p. 243*). Il y a ainsi mauvaise foi : lorsque la rupture est faite avec une légèreté blâmable ; lorsqu'on a fait croire à l'autre que le contrat serait conclu, lorsqu'on a cessé brutalement les négociations ou encore lorsque celles-ci ont été rompues à la dernière minute, par exemple la veille de la date prévue pour la signature du contrat.

Comment rompre alors les négociations sans voir sa responsabilité engagée pour mauvaise foi ? L'AUDCG ne donne aucune réponse à cette question. On peut sur cette question solliciter l'éclairage du droit français. Selon la jurisprudence française, le contractant qui décide de rompre les pourparlers doit laisser à l'autre un préavis raisonnable (Com. 9 mars 1999, n° 96-16559).

19. Une autre question à laquelle l'AUDCG n'apporte aucune réponse est celle du dommage réparable en cas de rupture abusive des négociations. Sur ce point, l'éclairage du droit français est également nécessaire. Selon un auteur (*M. Fabre-magnan, op. cit., p. 244*), le principe est que le demandeur doit être mis dans la situation où il aurait été si les négociations dommageables n'avaient pas eu lieu. Par conséquent, il doit pouvoir obtenir le remboursement du coût de la négociation. Celui-ci comprend aussi bien le coût dépensé, c'est-à-dire les frais engagés (frais de déplacement, de réunion, etc.) qu'éventuellement les coûts d'opportunité, c'est-à-dire une compensation sur les opportunités délaissées sur la foi légitime que les négociations engagées aboutiraient (perte de chance de conclure un contrat équivalent avec un tiers). Peut-on aller plus loin et condamner l'auteur de la rupture abusive à mettre la victime de celle-ci dans l'état où elle aurait été si le contrat avait été conclu, en lui accordant par équivalent le bénéfice de son exécution ? La réponse de la jurisprudence française est négative. Selon la Cour de cassation en effet, « la faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne peut être la cause d'un préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser des gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat » (*Civ. 3^e, 7 janvier 2009, n° 07-20783, RTD civ. 2009, 113, obs. B. Fages ; RDC 2009/2, 480, obs. Y.-M. Laithier*).

Section II - Conditions de formation de la vente commerciale

20. La vente commerciale étant un contrat consen-

suel, sa formation n'obéit à aucune condition de forme. L'étude de ses conditions de formation se réduit donc à l'analyse des conditions de fond. Ces dernières sont identiques à celles prévues par l'article 1583 C. civ. qui dispose que la vente est parfaite « dès lors qu'on est convenu de la chose et du prix ». Trois éléments doivent donc être réunis afin que soit conclu un contrat de vente (civile ou commerciale) : le consentement des parties (§1), une chose (§2) et un prix (§3).

§1 - Consentement des parties

21. La vente commerciale étant purement consensuelle, sa formation repose sur le mécanisme de la rencontre et de l'accord des volontés. Le Livre VIII de l'AUDCG, comme l'ancien Livre V, pose les règles essentielles de la rencontre des volontés (A) et celles de leur interprétation (B).

A - Rencontre des volontés

22. La formation du contrat par la rencontre de l'offre et de l'acceptation est totalement ignorée par le Code civil de 1804. C'est donc la jurisprudence qui est intervenue pour définir la notion de l'offre, les méthodes d'expression de l'offre, la valeur juridique de l'offre (sa révocation et sa caducité), les règles relatives à la nécessité d'une concordance entre offre et acceptation, à la valeur du silence (*v. Civ. 25 mai 1870*) ou à la théorie du contrat entre absents (*v. Req. 21 mars 1932 ; Com, 7 janvier 1981*). Contrairement au Code civil, la CVIM a consacré des dispositions très détaillées à l'expression de l'offre et à son acceptation. S'inspirant de cette Convention, l'AUDCG a minutieusement réglementé l'offre de contracter (I) et l'acceptation de cette offre (II).

I - Offre de contracter

23. L'AUDCG règle quatre questions relatives à l'offre de contracter : sa notion (a), son expression (b), sa destination (c) et sa valeur juridique (d).

a - Notion de l'offre

24. Aux termes de l'article 241 alinéa de l'AUDCG, « une proposition de contracter, adressée à une ou plusieurs personnes déterminées, constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation » (ce texte est une reprise de l'article 210 al. 1 de l'ancien AUDCG et de l'article 14 al. 1 de la CVIM). Il ressort de ce texte que l'offre de contracter se caractérise par deux éléments : sa précision (1) et sa fermeté (2).

1 - Précision de la proposition

25. Une proposition de contracter ne constitue une offre que lorsqu'elle est suffisamment précise. Cette condition est définie par l'article 241 alinéa 2 de l'AUDCG qui dispose : « Une offre est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, explicitement ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne les indications permettant de le déterminer ». *(Il convient de relever que contrairement à ce que dit l'article 241 alinéa 2, ce n'est pas l'offre qui doit être suffisamment précise, mais la proposition de contracter (v. dans ce sens, l'article 210 al. 2 de l'ancien AUDCG et l'art. 214 al. 1 in fine))*. Il ressort de l'article 241 alinéa 2 qu'une proposition de contracter est suffisamment précise et constitue par conséquent une offre lorsqu'elle contient tous les éléments essentiels du contrat de vente, c'est-à-dire les marchandises (la chose) et le prix. Ces éléments essentiels ne doivent pas seulement exister, mais également obéir à certaines exigences. En effet, la proposition de contracter doit désigner la marchandise, mais également fixer la quantité et le prix ou donner les indications permettant de les déterminer.

2 - Fermeté de la proposition

26. Selon l'AUDCG, une proposition de contracter est ferme lorsqu'elle « indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ». L'appréciation de la condition de fermeté se fait au cas par cas. Mais dans cette opération, le juge ne doit pas seulement tenir compte de l'état d'esprit de son auteur, mais également de la croyance légitime qui a pu naître chez son destinataire (*M. Fabre-magnan, op. cit., p. 253*).

Lorsque la proposition de contracter n'est pas ferme, on n'est plus en présence d'une offre de contracter, mais d'une simple invitation à entrer en pourparlers. De même, une proposition de contracter ne peut être qualifiée d'offre lorsqu'elle est assortie d'une réserve annihilant la volonté de son auteur d'être engagé par la seule acceptation du destinataire.

b - Expression de l'offre

27. Selon l'article 241 alinéas 3 et 4 de l'AUDCG, l'offre doit être adressée à son destinataire. Mais le législateur ne précise pas sous quelle forme elle doit être faite. En principe, l'offre doit être expresse, autrement dit, elle doit être communiquée au destinataire soit par écrit, soit oralement. Il est admis que l'offre peut aussi être tacite, c'est-à-dire qu'on peut la déduire d'un certain comportement ou d'une certaine attitude, qui, le plus souvent en vertu de l'usage, manifeste une intention de contracter (*M. Fabre-magnan, op. cit., p. 255*).

c - Destination de l'offre

28. Avant l'avènement de l'AUDCG, il était admis dans le droit interne de nombreux États membres de l'OHADA qu'une offre de contracter pouvait être adressée soit à une ou plusieurs personnes déterminées, soit au public. Prenant le contre-pied de cette solution, l'ancien AUDCG affirmait qu'une proposition de contracter n'était considérée comme une offre que lorsqu'elle était faite à une ou plusieurs personnes déterminées (art. 210 al. 1). S'inspirant de la solution adoptée par la CVIM, l'article 241 alinéa 4 du nouvel AUDCG atténue la rigueur du droit antérieur en reconnaissant qu'il peut également y avoir offre lorsque la proposition de contracter est faite à des personnes indéterminées, c'est-à-dire au public. Il dispose à cet égard : « Une proposition de contracter adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre à moins que la personne qui fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire ».

d - Valeur juridique de l'offre

29. L'un des éléments caractéristiques de l'offre est sa fermeté. Lorsque cette condition est remplie, le contrat est irrévocablement formé et l'offrant lié dans les termes mêmes de son offre, en cas d'acceptation. Mais l'offre a-t-elle une valeur juridique propre, indépendamment de l'acceptation ? Autrement dit, a-t-elle un caractère obligatoire pour son auteur ? Cette question est fort intéressante dans la mesure où l'offre se définit comme une manifestation unilatérale de volonté destinée à produire des effets juridiques, c'est-à-dire la formation irrévocable du contrat avec toutes les conséquences qui en découlent, en cas d'acceptation. La réponse à la question de la valeur juridique intrinsèque de l'offre passe par l'étude de sa révocation (1) et de sa caducité (2).

1 - Révocation de l'offre

30. Le Livre VIII de l'AUDCG consacre son article 242 à la révocation de l'offre (cette question était déjà régie par l'article 211 de l'ancien AUDCG). Il ressort de ce texte que deux hypothèses doivent être distinguées : celle où l'offre n'est pas encore parvenue à son destinataire et celle où ce dernier a pris connaissance de l'offre.

Lorsque l'offre n'est pas encore parvenue à son destinataire, l'offrant jouit d'une totale liberté de révocation, ceci en dépit du fait que l'offre est ferme. Le principe est en effet celui de la liberté contractuelle et celle-ci doit être respectée jusqu'au moins à ce que le destinataire de l'offre soit au courant de celle-ci. Ce n'est qu'à compter de ce moment que l'offre prend effet (art. 242 al. 1 AUDCG). Dire que l'offre prend effet ne signifie pas que le contrat est formé, mais que l'offrant est désormais lié par son offre et que la conclusion du contrat ne dépend plus que de l'acceptation du

destinataire de l'offre. La question se pose dès lors de savoir si l'offrant peut encore révoquer son offre sans engager sa responsabilité. Il ressort des alinéas 2 et 3 de l'article 242 de l'AUDCG que la liberté de révocation de son offre par l'offrant est très limitée lorsque celle-ci est déjà parvenue à son destinataire.

D'une part, la révocation n'est admise que si elle parvient au destinataire avant que celui-ci n'ait exprimé son acceptation (art. 242 al. 2). Dans cette hypothèse, la révocation est possible même si l'offre est irrévocable. Le droit OHADA antérieur (art. 211 al. 2 anc. AUDCG) parlait d'expédition de l'acceptation (la CVIM est dans le même sens) et non d'expression de celle-ci. La notion d'expédition n'est pas synonyme de celle d'expression. La première limite les moyens de communication susceptibles d'être utilisés par le destinataire pour porter son acceptation à la connaissance de l'offrant. En effet, on peut expédier une acceptation par la poste, par internet, télex, télécopie, télégramme, etc., mais pas par téléphone. En revanche, l'acceptation peut être exprimée par tous les moyens de communication possibles (écrit, parole, geste).

D'autre part, lorsqu'elle est déjà parvenue à son destinataire, l'offre devient irrévocable dans deux hypothèses (art. 242 al. 3 AUDCG) : en premier lieu, si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation, qu'elle est irrévocable ; en second lieu, si le destinataire était raisonnablement fondé à croire que l'offre était irrévocable et a agi en conséquence. Quelques observations méritent d'être faites. Le droit OHADA antérieur (art. 211 al. 3 anc. AUDCG) prévoyait deux hypothèses où l'offre ne peut être révoquée : premièrement si elle précise qu'elle est irrévocable et deuxièmement si elle fixe un délai déterminé pour son acceptation. Le droit actuel a réuni ces deux hypothèses en une seule : l'offre est irrévocable si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation, qu'elle est irrévocable. Cette nouvelle formulation, qui est très proche de celle qu'utilise la CVIM (cf. art. 16 al. 1 a) est plus appropriée. En effet, si une offre indique seulement qu'elle est irrévocable, sans fixer un délai déterminé pour l'acceptation, elle risque de lier indéfiniment l'offrant. Ce qui n'est pas raisonnable. La seconde hypothèse où l'offre est irrévocable consacrée par le droit actuel n'existait pas dans le droit antérieur. Cette seconde hypothèse est inspirée de la CVIM (cf. art. 16 al. 2 b). Mais ni le droit OHADA, ni la CVIM n'indiquent le délai pendant lequel l'offre doit être maintenue par l'offrant. Est-ce à dire que celui-ci doit être lié indéfiniment par son offre ? En droit français, il a été décidé que même lorsque l'offre est sans délai, l'offrant doit la maintenir pendant un délai « raisonnable » (*Civ. 3^e, 20 mai 2009, n° 08-13230 ; RTD civ. 2009, 524, obs. B. Fages ; RDC 2009/4, obs. Y. M. Laithier*). La conséquence de l'exigence de respecter un délai raisonnable est que l'offrant n'est pas lié par son offre indéfiniment. Autrement dit, celle-ci peut être révoquée ou devient caduque à l'expiration de ce délai raisonnable. Cette jurisprudence devrait être suivie par les juges en droit

OHADA. Ainsi, dans l'hypothèse où le droit OHADA déclare qu'une offre est irrévocable si le destinataire était raisonnablement fondé à croire que l'offre était irrévocable et a agi en conséquence, l'offrant ne peut être lié par son offre que pendant un délai raisonnable laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond.

31. Lorsque l'offre est parvenue à son destinataire sans être révoquée et a été acceptée par ce dernier dans le délai imparti ou dans un délai raisonnable, le contrat est conclu par le fait de cette acceptation. Mais le destinataire n'est pas tenu par une offre qui lui est faite. Il peut l'accepter ou la rejeter. Dans ce dernier cas, elle prend fin lorsque le rejet parvient à son auteur (cf. art. 242 al. 4 AUDCG qui reprend la solution du droit OHADA antérieur (art. 211 al. 4 anc. AUDCG) et de la CIVM (art. 17)). Bien que l'actuel AUDCG n'ait pas pris la peine de le préciser, l'offre prend fin lorsque son rejet parvient à son auteur même si elle est irrévocable (le droit OHADA antérieur (art. 211 al. 4) et la CVIM (art. 17) ont fait cette précision). En effet, l'irrévocabilité n'a plus de sens en cas de rejet de l'offre par le destinataire. L'offre peut également prendre fin même lorsque la réponse (positive ou négative) du destinataire n'est pas encore parvenue à l'offrant, en cas de survenance d'un événement rendant l'offre caduque.

2 - Caducité de l'offre

32. Selon la doctrine, une offre devient caduque lorsque disparaît son élément constitutif essentiel, c'est-à-dire la volonté de son auteur (*M. Fabre-Magnan, op. cit., p. 259*). Ni l'actuel AUDCG, ni l'ancien AUDCG ni encore la CVIM ne parlent de manière expresse de la caducité de l'offre. Cependant, les hypothèses où la volonté de l'auteur de l'offre peut disparaître et la rendre ainsi caduque sont bien connues et peuvent être transposées en droit OHADA (*Sur ces différentes hypothèses, v. M. Fabre-Magnan, op. cit., p. 259 - 260 ; A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, n° 297, p. 376 - 377*).

Lorsqu'une offre est assortie d'un délai, elle devient caduque à l'expiration du délai stipulé. Lorsque l'offre était sans délai, elle devient caduque à l'expiration du délai raisonnable.

Lorsque l'auteur d'une offre est frappé d'incapacité après son émission, celle-ci devient également caduque.

De même, il a été décidé par la jurisprudence française que le décès ultérieur de l'offrant rend l'offre caduque (*Cass. 10 mai 1989, citée par M. Fabre-Magnan, op. cit., p. 260, note 1*). À l'hypothèse de décès de l'auteur de l'offre, il faut ajouter son incapacité ou sa faillite (*A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, n° 597, p. 377*).

La caducité de l'offre produit le même effet libératoire vis-à-vis de l'auteur de l'offre que la révocation. Dans un cas comme dans l'autre, le contrat ne peut plus être formé par l'acceptation du destinataire de l'offre.

II - Acceptation

33. L'acceptation est l'agrément de l'offre de contracter faite au destinataire par l'offrant. Elle a fait l'objet d'une réglementation détaillée par l'AUDCG. Celui-ci définit la notion de l'acceptation (a), les modalités de son expression (b) et l'effet qui en découle (c).

a - Notion d'acceptation

34. L'acceptation doit être pure et simple, sinon elle constituerait une contre-proposition

Acceptation doit être pure et simple

35. Une acceptation est pure et simple lorsqu'elle ne comporte ni réserve, ni condition (*A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, n° 600, p. 377*). Il en est ainsi lorsqu'elle porte sur tous les éléments essentiels de l'offre. Autrement dit, lorsque l'offre et l'acceptation se rejoignent sur tous les éléments essentiels du contrat. Dans le cas contraire, il y a contre-proposition et non acceptation.

Contre-proposition n'est pas une acceptation

36. Aux termes de l'article 245 alinéa 1 de l'AUDCG, il y a rejet de l'offre valant contre-proposition lorsque la réponse à cette offre contient des additions, des limitations ou d'autres modifications. L'ancien AUDCG (art. 214 al. 2) tout comme la CVIM (art. 19 al. 1) utilisent la notion de contre-offre et non de contre-proposition. Or il nous semble qu'il y a une différence entre les deux notions. Toute offre est une proposition de contracter, mais la réciproque n'est pas vraie. En effet, comme nous l'avons vu, une proposition de contracter ne constitue une offre que lorsqu'elle est suffisamment ferme et précise. Une contre-proposition émanant du destinataire d'une offre ne devrait être qualifiée de contre-offre que lorsqu'elle est elle-même suffisamment ferme et précise (*M. Fabre-magnan, op. cit., p. 261*).

Les notions d'additions, de limitations ou d'autres modifications entraînant le rejet d'une offre n'ont pas été définies par le législateur OHADA. L'alinéa 2 de l'article 245 apporte néanmoins quelques éclaircissements. Il dispose en effet que constitue plutôt une acceptation et non une contre-proposition « la réponse qui se veut acceptation mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre » (sur l'ancien AUDCG, voir art. 214 al. 1). Il résulte de ce texte que le critère de distinction entre les modifications valant contre-proposition et celles valant acceptation est l'altération substantielle des termes de l'offre. L'AUDCG ne comporte aucune disposition équivalente à l'article 19 alinéa 3 de la CVIM qui définit la notion d'altérations substantielles. Ce texte considère comme telles les « éléments complémentaires ou dif-

férents relatifs au prix, au paiement, à la qualité et à la quantité des marchandises, au lieu et au moment de la livraison, à l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre ou au règlement des différends ». Il reviendra aux juges nationaux et communautaires de déterminer les éléments qui doivent être considérés comme altérant substantiellement les termes de l'offre. Dans cette perspective, ils pourront s'appuyer sur l'article 241 alinéa 2 de l'AUDCG (qui reprend l'article 210 alinéa 1 de l'ancien AUDCG) qui détermine les éléments permettant de considérer une offre comme suffisamment précise. Il s'agit des marchandises, de leur quantité et de leur prix (*dans ce sens, A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, n° 601, p. 378*). La liste des éléments altérant substantiellement les termes de l'offre est cependant plus longue et les juges africains pourraient utilement s'inspirer de l'article 19 alinéa 3 de la CVIM.

Selon le législateur OHADA (*art. 245 al. 2 AUDCG qui s'inspire de l'article 19 alinéa 2 de la CVIM*), lorsqu'une réponse comporte des éléments n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, elle ne vaut pas acceptation si l'auteur de l'offre a, sans retard indu, exprimé son désaccord sur ces éléments. Dans le cas contraire, le contrat est conclu et ses termes sont ceux de l'offre avec les modifications énoncées dans l'acceptation.

b - Expression de l'acceptation

37. L'expression de l'acceptation soulève la question du délai pour accepter (1) et celle des formes de l'acceptation (2).

1 - Délai pour accepter

38. L'article 243 alinéa 1 de l'AUDCG distingue entre l'offre faite par écrit et l'offre verbale (*cette distinction était faite par le droit antérieur à l'article 213 de l'ancien AUDCG. Mais elle est ignorée par la CVIM*).

S'agissant de la première, elle doit être acceptée dans le délai stipulé par l'auteur de l'offre. Mais si ce dernier n'a pas stipulé de délai, l'offre doit être acceptée dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances, notamment de la rapidité des moyens de communication utilisés par l'auteur de l'offre.

Contrairement à une offre faite par écrit, celle faite verbalement doit être acceptée immédiatement, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire.

Le point de départ du délai d'acceptation est fixé par l'article 246 de l'AUDCG. Aux termes de ce texte, le délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre commence à courir au moment où celle-ci est exprimée, et la date indiquée dans l'offre est présumée être celle de son expédition, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire. Le mot expédition renvoie uniquement aux hypothèses où l'offre est faite par télégramme ou par lettre, ce qui exclut celles où elle est faite par téléphone,

par télex, par télécopie ou par tout autre moyen de communication instantané. Il en résulte que contrairement au droit OHADA antérieur et à la CVIM, l'article 246 n'opère aucune distinction suivant le moyen de communication utilisé. L'article 215 de l'ancien AUDCG distinguait en effet entre l'offre faite par télégramme ou par lettre et celle faite par téléphone, télex, télécopie ou par tout autre moyen de communication instantané (voir également art. 20 al. 1 CVIM). Dans les premiers cas, le délai d'acceptation commençait à courir du jour de l'émission de l'offre, le cachet des Services postaux faisant foi. En revanche, dans les seconds cas, le délai d'acceptation commençait à courir au moment où l'offre parvient au destinataire.

Aucune raison ne semble justifier l'abandon de la distinction faite par l'article 215 de l'ancien AUDCG et l'article 20 alinéa 1 de la CVIM et la conséquence qui en découle relativement au point de départ du délai d'acceptation.

2 - Formes de l'acceptation

39. L'acceptation peut être expresse ou tacite. Elle ne requiert aucune formalité. En effet, aux termes de l'article 243 alinéa 2 de l'AUDCG, l'acceptation peut être faite par toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre (l'article 212 de l'ancien AUDCG était dans le même sens). L'acceptation est expresse lorsque le destinataire de l'offre a utilisé un moyen de communication (écrit, parole, ou même geste) pour exprimer son acceptation. Elle est tacite lorsque, par son comportement, le destinataire de l'offre a indiqué son intention de conclure le contrat : ainsi, de ce qu'il a commencé à exécuter le contrat, on peut déduire qu'il a manifesté sa volonté de conclure et donc son acceptation.

Il est depuis longtemps admis par la jurisprudence que le silence ne vaut pas, à lui seul, acceptation (*voir Cour de cassation, 25 mai 1870, Grands arrêts, n° 84*). Cette position classique est reprise par l'article 243 alinéa 2 de l'AUDCG qui dispose que le silence ou l'inaction ne peut à lui seul valoir acceptation (*l'article 212 al. 2 de l'ancien AUDCG était dans le même sens*). Ainsi, contrairement à l'adage courant, en droit, qui ne dit mot ne consent pas. Le silence peut être défini comme une attitude purement passive du destinataire de l'offre, qui n'exprime rien et qui ne veut rien exprimer (*M. Fabre-magnan, op. cit., p. 263*). Il est cependant admis en droit français que le silence peut valoir acceptation dans trois hypothèses. D'une part, lorsqu'il est prévu soit par la loi, l'usage ou la convention des parties que le silence vaut acceptation. D'autre part, lorsque l'offre est faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire. Enfin, lorsque les circonstances permettent de donner au silence la signification d'une acceptation (*Sur toutes ces hypothèses, voir M. Fabre-magnan, op. cit. p. 265 et s.*). Rien ne semble à notre avis s'opposer à l'admission de ces exceptions en droit OHADA.

c - Effet de l'acceptation : la formation du contrat

40. Lorsqu'il y a acceptation de l'offre par le destinataire, il y a rencontre de volontés et le contrat est définitivement formé (cf. art. 241 al. 1 AUDCG). Mais lorsqu'il s'agit du contrat entre absents, il est important de déterminer le moment de cette rencontre de volontés.

Deux théories peuvent être envisagées : la théorie de l'expédition ou de l'émission et la théorie de la réception. Le législateur OHADA a opté pour la théorie de la réception. Aux termes de l'article 244 alinéa 1 en effet, « l'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'expression de l'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre » (*la même solution était consacrée par l'article 213 alinéa 1 de l'ancien AUDCG. La CVIM a adopté la même solution (art. 15 al. 1)*). Cette théorie suppose cependant une acceptation expresse de l'offre par le destinataire. En cas d'acceptation tacite, il serait difficile d'appliquer la théorie de la réception. Aussi a-t-il été proposé, dans le cas où le comportement constitutif de l'acceptation est un acte accompli par le destinataire, de considérer que l'acceptation a lieu au moment de l'accomplissement de cet acte (*v. V. Heuze, Traité des contrats, cité par A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit. n° 505, p. 379*). Il en est ainsi de la prise de livraison.

Tirant les conséquences de la théorie de la réception qu'il a consacrée, le législateur OHADA a reconnu au destinataire de l'offre la possibilité de rétracter l'offre qu'elle a expédiée pourvu que la révocation parvienne à l'auteur de l'offre au plus tard au moment où l'acceptation aurait pris effet (art. 247 AUDCG. La même solution était consacrée par l'article 216 de l'ancien AUDCG).

Lorsque l'offre et l'acceptation ont été exprimées dans les conditions qui viennent d'être décrites, il y a rencontre des volontés de l'offrant et du destinataire et le contrat est valablement conclu. Il en est ainsi, dit l'article 248 alinéa 1 de l'AUDCG, « même si les parties renvoient la détermination d'une clause à un accord ultérieur ou à la décision d'un tiers ». L'alinéa 2 de cet article poursuit : « L'existence du contrat n'est pas compromise par le défaut d'accord des parties sur cette clause ou l'absence de décision du tiers dès lors qu'en raison des circonstances et de l'intention des parties, cette clause est déterminable ».

Une fois le contrat de vente conclu, il doit être exécuté sous réserve de l'interprétation de la volonté et du comportement des parties par le juge.

B - Interprétation de la volonté des parties

41. Comme l'ancien AUDCG (art. 206), le nouvel AUDCG n'a consacré qu'un seul article à l'interprétation de la volonté des parties (art. 238). Aux termes de cet article, il n'y a lieu à interprétation du contrat que lorsque l'accord des parties est ambigu. Dans ce cas, poursuit l'article 238, « la volonté d'une partie doit être

interprétée selon le sens qu'une personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, aurait déduit de son comportement ». Cet article consacre le principe d'une appréciation *in abstracto*. Il est cependant demandé à l'interprète de tenir compte des circonstances de fait, et notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des pratiques qui se sont établies entre elles, voire des usages en vigueur dans la profession concernée (art. 238 al. 2 AUDCG) (*sur le droit antérieur, voir A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit., n°s 585 et s., p. 367-368 ; A. Adjita, L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale OHADA, Annales de l'Université de Lomé, Série Droit-Économie, t. XVIII, 1999*).

§2 - Chose

42. L'exigence d'une chose est la deuxième condition de validité du contrat de vente posée par l'article 1583 du Code civil de 1804, encore applicable comme droit commun des contrats et de la vente dans la plupart des États membres de l'OHADA. Pour pouvoir être vendue, la chose doit présenter un certain nombre de caractères : elle doit exister (A), être déterminée (B) et cessible (C).

A - Existence de la chose

43. La condition d'existence de la chose au moment de la vente est posée par l'article 1601 du Code civil qui règle en même temps les difficultés que soulève la perte de la chose avant ou lors de la formation de la vente. Si la perte est totale, le contrat ne peut se former faute d'objet : la vente est nulle. À la perte matérielle, la jurisprudence assimile l'impossibilité d'utiliser la chose (Req., 5 févr. 1906, DP 1907, I, 468). Si la perte est partielle, l'acheteur, comme dans le cas des vices cachés, a une option (art. 1601 al. 2 C. civ.) : soit abandonner la vente et dans ce cas le contrat est nul, soit la prendre avec une réduction du prix, dans ce cas il y a réfaction.

Bien que la chose future n'existe pas encore, elle peut être vendue par application de la théorie générale des obligations (art. 1130 al. 1 C. civ.).

B - Détermination de la chose

44. L'exigence de détermination ou de déterminabilité de la chose objet du contrat de vente découle des articles 1129 alinéa 1 et 1583 du Code civil. Cette exigence varie suivant qu'il s'agit d'un corps certain ou d'une chose de genre.

Lorsqu'il s'agit d'un corps certain, la détermination de la chose ne soulève aucune difficulté ; il suffit qu'elle soit désignée par le contrat. Dans ce cas, la vente est parfaite dès l'échange des consentements.

La vente peut aussi avoir pour objet une chose de genre, c'est-à-dire une chose qui se définit par l'espèce à laquelle elle appartient. Dans ce cas, la vente peut se faire soit en bloc, soit à la mesure. Dans la vente en bloc (art. 1586 C. civ.), la chose vendue est un ensemble, individualisé soit par l'indication du lieu où elle se trouve, soit par une liste, soit par tout autre procédé. Le transfert de propriété et des risques se produit dès le jour du contrat. En cas de vente au poids, au compte ou à la mesure, les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées (art. 1585 C. civ.).

C - Cessibilité de la chose

45. Aux termes de l'article 1598 du Code civil, « tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ». Il résulte de ce texte que la loi peut interdire la vente de certaines choses en les mettant hors du commerce. Mais la convention peut aussi l'interdire.

La loi peut interdire de vendre certains biens, soit pour des raisons d'intérêt général, soit pour la sauvegarde de certains intérêts particuliers. Sont ainsi, au nom de l'intérêt général, réputés hors du commerce, la personne humaine, les biens du domaine public ou les droits extrapatrimoniaux. En revanche, les dispositions qui interdisent l'aliénation d'un bien saisi, ou la prohibition des pactes sur succession future, sont fondées sur des intérêts particuliers.

D'après une jurisprudence fort ancienne, l'inaliénabilité conventionnelle n'est valable que si elle est limitée dans le temps (Req., 19 mars 1877, S. 1877, I, 203). Le législateur français a ajouté une condition supplémentaire : l'inaliénabilité doit être justifiée par un intérêt sérieux (art. 900-1, al. 1). Les clauses d'inaliénabilité se rencontrent surtout dans les libéralités. Elles rendent nulles l'aliénation qui les a méconnues (Req., 16 janv. 1923, DP 1923, I, 177), ce qui implique que l'inaliénabilité est opposable aux tiers (*H. Corvest, L'inaliénabilité conventionnelle, Defrénois 1979, art. 32126*).

§3 - Prix

46. Le prix constitue un élément essentiel de la vente. Aussi dit-on « pas de prix, pas de vente » (*Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, 2^e éd., Defrénois, 2005, n° 200, p. 139*). Ce principe fondamental a deux significations. La première a pour objet la détermination, le sérieux et la réalité du prix. La deuxième a pour fonction la qualification du contrat. Ainsi, une convention dans laquelle la contrepartie à l'aliénation de la chose serait autre qu'une somme d'argent ne pourrait être une vente, mais serait un autre contrat tel qu'un échange, un apport en société, un louage d'ouvrage ou un contrat innommé (*V. Planiol*

et Ripert, *Traité, cité par Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, op. cit., n° 200, p. 139*).

D'après la première signification qui seule nous intéresse dans le cadre de ce travail, il est exigé du prix qu'il soit non seulement réel et sérieux (A), mais également déterminé (B).

A - Caractère réel et sérieux du prix

47. Pour que la vente soit valable, le prix doit être réel et sérieux. La raison de cette règle se trouve dans la théorie de la cause. Il ne suffit pas que la vente ait été voulue, il faut aussi que l'obligation du vendeur ait une cause, le prix, qui constitue la contrepartie de la chose (*Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, op. cit., n° 212, p. 147*).

Le prix réel s'oppose au prix fictif, parfois dénommé prix simulé. Le principe est qu'une vente est valable, comme tout acte juridique, même si elle comporte une simulation.

Un prix est sérieux lorsqu'il n'est pas dérisoire ; il est dérisoire lorsqu'il est inexistant ou ridiculement bas. Il ne faut pas confondre le prix dérisoire avec le prix insuffisant, qui pose un problème différent, celui de la lésion. Dans le cas du prix dérisoire, ce sont l'objet même et la cause qui font défaut, rendant le contrat nul et pas seulement révisable.

B - Détermination du prix

48. La question de l'exigence de détermination du prix a connu une évolution législative intéressante qu'il convient de retracer (I) avant de s'intéresser aux modes de fixation du prix (II).

I - Évolution législative sur l'exigence de détermination du prix

49. Le Code civil de 1804 a consacré deux articles à l'exigence de détermination du prix. Le premier, l'article 1591, dispose que « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ». Le second, l'article 1592, dispose que le prix « peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ». Il faut ajouter à ces deux articles la solution posée par l'arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 7 janvier 1925 qui a décidé que la vente est valable « lorsque la fixation ultérieure du prix doit se faire en vertu des clauses du contrat par voie de relations avec des éléments qui ne dépendent pas de l'une ou de l'autre partie ». Il découle de ce qui précède que le prix doit être sinon déterminé, du moins déterminable au moment de la conclusion du contrat de vente. En outre, lorsque la vente comporte un élément futur qui, en raison de la volonté des parties, interdit de préciser le prix au moment de la vente,

ce qui ne l'empêche pas d'être déterminé, il peut être soit calculé par un tiers, soit fixé par un cours ou par un tarif (*Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, op. cit., n° 203, p. 142*). En cas de vente au cours, la jurisprudence française décide que la vente est nulle ou valable selon qu'une partie est ou non soumise au pouvoir de l'autre. Ainsi, la vente est valable lorsque le cours résulte d'un marché. Au contraire, elle est nulle lorsqu'elle se réfère au « cours » et qu'il n'en existe pas (*Cass. com. 21 mars 1983, Bull. civ. IV, n° 110*). Dans l'hypothèse où la vente est faite au tarif du vendeur, il n'y a pas de difficulté majeure lorsqu'il s'agit du tarif en vigueur au jour de la conclusion. En revanche lorsqu'il s'agit du tarif du vendeur en vigueur au jour de la livraison, la difficulté est plus aiguë (*Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, op. cit., n° 209, p. 146*). Si pendant longtemps la jurisprudence avait décidé qu'était nulle la vente faite au tarif du vendeur au jour de la livraison, le revirement qu'elle a effectué pour les contrats-cadres l'a amenée à admettre la validité de ce genre de vente (jurisprudence devenue constante depuis Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, SA cie Atlantique de téléphone, 3^e esp., et 3 autres arrêts du même jour, Grands arrêts, 11^e éd., n°s 151-154). En effet, il ne s'agit pas d'un procédé soumettant l'acheteur au pouvoir du vendeur, parce que les tribunaux peuvent sanctionner l'abus dans la fixation du prix (*Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, ibidem*).

L'ancien AUDCG avait également fait de l'exigence de détermination du prix une condition d'efficacité de l'offre et de validité du contrat de vente commerciale. Cette exigence résultait à la fois de l'article 210 alinéa 1 et de l'article 235.

50. Il y a eu controverse en doctrine sur la lecture combinée des deux articles. Partant de la contradiction relevée entre les articles 14 et 55 de la CVIM dont s'est inspiré l'ancien AUDCG, certains auteurs ont estimé qu'il y avait également contradiction entre l'article 210 et l'article 235 de l'AUDCG (*A. Feneon et J.-R., Gomez, Droit commercial général, commentaires, EDICEF/PAF 1999, p. 35*). En effet, alors que l'article 14 de la CVIM, comme l'article 210 de l'AUDCG, exige que le prix soit déterminé dans l'offre ou que celui-ci contienne les éléments permettant de le déterminer ultérieurement, l'article 55 de la CVIM admet au contraire que le contrat est « valablement conclu sans que le prix ait été fixé dans le contrat, expressément ou implicitement ou par une disposition permettant de le déterminer ». En pareil cas, « les parties sont réputées, sauf indication contraire, s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat ». Quant à l'article 235, il dispose que « la vente ne peut être valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat de vente, à moins que les parties ne se soient référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances compa-

rables ». Pour d'autres auteurs, la contradiction relevée entre les articles 14 et 55 de la CVIM n'existe pas entre les articles 210 et 235 de l'ancien AUDCG (*A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit. n° 615, p. 384*).

Le nouvel AUDCG a-t-il mis fin à cette controverse ? Si le contenu de l'article 210 alinéa 1 a été repris à l'identique par l'article 241 alinéa 2 du nouvel AUDCG, il n'en est pas de même pour celui de l'article 235. Le texte qui semble l'avoir remplacé est l'article 263. L'alinéa 1 de cet article envisage l'hypothèse où le prix est déterminé dans le contrat de vente. Il dispose en effet : « L'acheteur est tenu de payer le prix convenu. Le prix exprimé dans le contrat est présumé convenu hors taxes ». Mais il ne fait plus de cette détermination une condition de validité du contrat, comme le faisait l'article 235 de l'ancien AUDCG (« la vente ne peut être valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat de vente »). L'alinéa 2 de l'article 263 dispose : « S'il y a lieu à détermination du prix, les parties peuvent se référer à la valeur habituellement attribuée au moment de la conclusion du contrat à des marchandises vendues dans des circonstances comparables au sein de la même branche d'activité ». Cet alinéa envisage certainement l'hypothèse où le prix n'a pas été déterminé lors de la conclusion du contrat. Ce qui n'est pas une nouveauté, car l'article 235 de l'ancien AUDCG l'envisageait aussi. Mais selon ce dernier texte, lorsque le prix n'avait pas été fixé dans le contrat, les parties devaient au moins avoir prévu dans le contrat la référence de sa détermination ultérieure.

Même l'article 55 de la CVIM dispose que lorsque le prix n'a pas été fixé dans le contrat où lorsque celui-ci ne comporte pas une disposition permettant de le déterminer ultérieurement, « les parties sont réputées, sauf indications contraires, s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat ». Il ressort de ces deux articles qu'à défaut d'avoir déterminé le prix dans le contrat, les parties doivent au moins avoir prévu, expressément ou tacitement, lors de la conclusion du contrat, les éléments de sa détermination ultérieure. Cette exigence, qui est également consacrée par le droit français (*v. supra*), semble avoir été ignorée par le nouvel AUDCG. Il résulte en effet de l'article 263 alinéa 2 que si le prix n'a pas été déterminé lors de la conclusion du contrat, les parties peuvent, au moment de son exécution, se référer à la valeur habituellement attribuée au moment de la conclusion du contrat à des marchandises vendues dans des circonstances comparables au sein de la même branche.

L'article 263 alinéa 2 de l'AUDCG doit être interprété comme dispensant les parties de déterminer le prix lors de la conclusion du contrat ou de prévoir dans celui-ci les éléments permettant de le déterminer ultérieurement. Si on pouvait douter de l'existence d'une contradiction entre les articles 210 et 235 de l'ancien AUDCG, le doute semble aujourd'hui dissipé s'agissant des articles 241 alinéa 2 et 263 alinéa 2 du nouvel AUDCG. Il y a bel

et bien contradiction entre les deux articles. En effet comment peut-on subordonner l'efficacité de l'offre à la fixation par celle-ci, expressément ou implicitement, du prix ou à l'indication par elle des éléments permettant de le déterminer, et faire en même temps de la détermination ou de l'indication des éléments de détermination du prix lors de la conclusion du contrat une simple faculté ?

51. Quelle est la portée de l'interprétation faite de l'article 263 alinéa 2 ? L'exigence faite aux parties de déterminer le prix lors de la conclusion du contrat ou de prévoir dans celui-ci les éléments de sa détermination ultérieure a pour finalité d'éviter qu'une partie ne soit soumise au pouvoir de l'autre. Cette finalité ne semble pas avoir été perdue de vue par les rédacteurs de l'article 263 alinéa 2. En effet, d'après ce texte, la détermination ultérieure du prix doit être faite par les deux parties sur la base des éléments objectifs et non subjectifs : la référence au prix du marché. Ainsi, même si l'article 263 alinéa 2 ne fait plus de la fixation du prix une condition de validité du contrat de vente, il préserve au moins la finalité recherchée à travers cette exigence. Mais l'article 263 alinéa 2 fait de la référence au prix du marché une simple faculté, ce qui signifie que les parties peuvent recourir à d'autres modes de fixation du prix.

II - Modes de fixation du prix

52. L'exigence de détermination du prix commande que celui-ci soit exprimé en un montant déterminé par les parties dans le contrat. Mais lorsque les parties ne peuvent le faire, les articles 241 alinéa 2 et 263 alinéa 2 de l'AUDCG leur offrent des solutions alternatives.

Selon le premier texte, elles doivent donner dans le contrat des indications permettant de déterminer ultérieurement le prix. Les parties doivent donc choisir elles-mêmes la ou les modalités suivant lesquelles le prix sera ultérieurement déterminé. Dans cette perspective, la pratique leur offre plusieurs modes de fixation du prix : clause à dire de tiers, clause de prix catalogue, clause de l'offre concurrente et clause de référence à un prix taxé (*Sur ces différentes clauses, voir A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit., n°s 620 et s., p. 385 et s.*).

Les parties peuvent-elles se référer au prix du marché (ou cours), au prix pratiqué par les concurrents ou au tarif du vendeur ? S'agissant de la référence au prix du marché ou cours, la Cour de cassation française a décidé que la vente est valable lorsque le cours résulte d'un marché, parce que le prix est indépendant de la volonté ultérieure du vendeur ou de l'acheteur lorsque le marché est important, bien que l'acheteur et le vendeur fassent tous deux partie du marché, car le pouvoir de négociation dont ils disposent est trop faible pour infléchir réellement le cours (*v. Ph. Malau-*

rie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 208, p. 146). Au contraire, la vente est nulle lorsque le contrat se réfère au « cours » et qu'il n'en existe pas (*Cass. com.*, 21 mars 1983, *Bull. civ. IV*, n° 110). La référence au prix pratiqué par les concurrents est condamnée par la jurisprudence française qui estime qu'elle ne suffit pas à conférer un caractère objectif à la détermination du prix en l'absence d'un cours proprement dit constaté par un organisme étranger aux parties (*Cass. com.* 1 oct. 1978, *D.* 1979, 135). Quant à la référence au tarif du vendeur, la jurisprudence française admet sa validité aussi bien lorsqu'il s'agit du tarif en vigueur au jour de la conclusion du contrat (*Cass. com.*, 2 juillet 1979, *D.* 1980, *IR*, 225, n. B. *Audit*) que du tarif en vigueur au jour de la livraison (*jurisprudence devenue constante depuis Ass. Plén. 1^{er} décembre 1995 précité*).

Les parties peuvent également prévoir dans le contrat que le prix sera fixé d'après le poids des marchandises. Dans ce cas, le prix est déterminé, en cas de doute, à partir du poids net (cf. art. 265 AUDCG). Elles peuvent également prendre pour référence le mètre ou le litre (*A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général*, *op. cit.* n° 622, p. 386).

Selon l'article 263 alinéa 2 de l'AUDCG, lorsque le prix n'a pas été exprimé dans le contrat, les parties peuvent, au moment de l'exécution du contrat, se référer au prix du marché. Contrairement à l'exigence posée par l'article 241 alinéa 2 de l'AUDCG, la référence au prix du marché n'a pas besoin d'être indiquée dans le contrat. Il y a là, nous semble-t-il, admission de la validité de la vente sans prix. Rien ne semble justifier cette position trop souple du législateur OHADA. Ni la CVIM, ni l'ancien AUDCG, ne sont allés aussi loin dans la souplesse.

Une fois le contrat de vente valablement formé conformément aux conditions qui viennent d'être décrites, il produit de nombreux effets.

Chapitre II : Effets de la vente commerciale

53. La vente commerciale est un contrat synallagmatique qui fait naître des obligations à la charge du vendeur (Section I) et de l'acheteur (Section II). En tant que contrat translatif de propriété, elle produit également des effets sur les marchandises (Section II).

Section I - Obligations du vendeur

54. Comme l'article 219 de l'ancien AUDCG, l'article 250 du nouvel AUDCG met à la charge du vendeur trois obligations principales : l'obligation de livraison (§1), l'obligation de conformité (§2) et l'obligation de garantie (§3).

§1 - Obligation de livraison

55. La livraison peut être définie comme la remise de la marchandise achetée à l'acheteur. L'AUDCG détermine l'objet de la livraison (A), ses modalités (B) ainsi que les obligations accessoires à l'obligation de livraison (C).

A - Objet de la livraison

56. Aux termes de l'article 250 alinéa 1 de l'AUDCG, la livraison a pour objet les marchandises (sur la notion de marchandises, voir supra) ainsi que les documents et accessoires nécessaires à leur utilisation, à la preuve de l'achat et à la prise de livraison. Peuvent être considérés comme accessoires non seulement les éléments matériels tels que la roue de secours qui équipe un véhicule, les câbles pour le branchement d'un ordinateur et l'emballage vendu avec la marchandise qu'il contient, mais également des documents administratifs tels que les factures, la police d'assurance, le certificat d'authenticité, etc. (*A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit.* n° 627, p. 390).

B - Modalités de la livraison

57. Les modalités de la livraison sont relatives au lieu et à la date de la livraison.

I - Lieu de la livraison

58. En principe, les marchandises doivent être livrées au lieu convenu par les parties (art. 251 AUDCG). Mais lorsque les parties n'ont pas désigné le lieu de livraison, le vendeur doit tenir les marchandises à la disposition de l'acheteur soit au lieu où elles ont été fabriquées ou stockées, soit au siège de son activité de vendeur. Lorsque la vente implique le transport des marchandises, le vendeur satisfait à son obligation de livraison envers l'acheteur du seul fait de la remise de ces marchandises au transporteur (art. 252 al. 1 AUDCG).

B - Le moment de la livraison

59. L'article 253 de l'AUDCG qui traite du moment de la livraison des marchandises prévoit trois hypothèses.

Dans la première hypothèse, le moment de la livraison des marchandises est la date fixée par les parties dans le contrat de vente ou déterminée selon ses stipulations.

La deuxième hypothèse est celle où la livraison est prévue au cours d'une certaine période. Dans ce cas, le vendeur peut livrer à un moment quelconque de cette période.

La troisième hypothèse est celle où il n'y a pas eu de stipulation contractuelle relative à la date ou à la

période de livraison. Dans ce cas, la livraison doit être effectuée par le vendeur dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat.

C - Obligations accessoires à l'obligation de livraison

60. Un certain nombre d'obligations accessoires à l'obligation de livraison sont mises à la charge du vendeur par la loi (I) ou peuvent l'être par convention (II).

I - Obligations accessoires d'origine légale

61. Parmi les obligations accessoires mises à la charge du vendeur par la loi, une est consacrée par l'AUDCG et les autres par le droit commun.

L'obligation accessoire consacrée par l'AUDCG est la conclusion des contrats nécessaires pour que le transport des marchandises soit effectué par les moyens appropriés et selon les conditions d'usage jusqu'au lieu fixé avec l'acheteur. Sous l'ancien AUDCG, cette obligation n'était mise à la charge du vendeur que s'il était tenu de prendre des dispositions pour le transport des marchandises (art. 221 al. 1 anc. AUDCG). L'article 252 alinéa 2 de l'actuel AUDCG semble en faire une obligation automatique dès lors que le contrat de vente prévoit la remise des marchandises à un transporteur. Mais cette obligation ne devrait s'imposer que si cette remise suppose le transport des marchandises d'un lieu à celui où elles doivent être livrées au transporteur.

En droit français, l'obligation de délivrance s'accompagne de deux obligations accessoires, toutes deux tirées par la jurisprudence des articles 1134 alinéa 3, 1135 et 1147 du Code civil : l'obligation de renseignements et l'obligation de sécurité (Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 280, p. 177). La doctrine ne trouve aucune objection à ce que ces obligations accessoires soient retenues à la charge du vendeur dans la vente commerciale OHADA (A. Pedro Santos et J. Yado Toe, *OHADA, Droit commercial général, op. cit.* n° 646, p. 402). Cette solution est conforme à l'article 237 de l'AUDCG qui déclare applicable à la vente commerciale le droit commun des contrats.

II - Obligations accessoires d'origine conventionnelle

62. La première de ces obligations est la souscription d'une assurance de transport. L'alinéa 3 de l'article 252 de l'AUDCG dispose que le vendeur n'est pas tenu de faire cette souscription lui-même (cette disposition est une reprise de l'article 221 alinéa 2 de l'anc. AUDCG). Ce qui signifie que cette obligation ne peut être mise à sa charge que par voie conventionnelle. En revanche, il est tenu, à la demande de l'acheteur, de lui fournir tous les renseignements nécessaires à l'élaboration du contrat d'assurance.

La seconde obligation accessoire est la remise des documents et accessoires de la marchandise. Cette obligation ne peut être mise à la charge du vendeur que par voie conventionnelle (art. 254 AUDCG. Cette disposition est une reprise de l'article 223 de l'anc. AUDCG). Si elle est prévue, le vendeur doit s'en acquitter au moment, au lieu, et dans la forme prévus au contrat ou par les usages de la branche d'activité concernée.

§2 - Obligation de conformité

63. Avant de s'intéresser au contenu de l'obligation de conformité (B) il convient au préalable de se pencher sur les choix opérés par les rédacteurs de l'AUDCG (A).

A - Choix opérés par les rédacteurs l'AUDCG

64. Les rédacteurs de l'AUDCG ont opéré deux choix fondamentaux : le choix de l'autonomie de l'obligation de conformité par rapport à l'obligation de livraison (I) et celui de la fusion de l'obligation de conformité et de la garantie des vices cachés (II).

I - Autonomie de l'obligation de conformité par rapport à l'obligation de livraison

65. Selon l'article 1604 du Code civil, « la délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ». La jurisprudence française précise qu'il doit s'agir de la remise d'une chose conforme : selon la Cour de cassation, l'obligation n'est remplie que si le vendeur met « à la disposition de l'acquéreur une chose qui correspond en tous points au but recherché par lui » (*Ex. Cass. com., 17 juillet 1990, JCPE, 1990, I, 20436 ; n.p.B*). Il résulte de cet arrêt de la Cour de cassation que l'obligation de conformité n'est qu'un aspect de l'obligation de délivrance. La doctrine et la jurisprudence parlent d'ailleurs d'obligation de délivrance conforme (*v. Ch. Atias, L'obligation de délivrance conforme, D. 1991, chron., 1 et s.*). Cette solution n'a pas été adoptée par le législateur OHADA qui a bien distingué l'obligation de livraison de l'obligation de conformité. Cette dernière est régie par les articles 255 à 259 de l'AUDCG alors que l'obligation de livraison est régie par les articles 251 à 254 de l'AUDCG.

II - Fusion de l'obligation de conformité et de la garantie des vices cachés

66. Le droit français actuel opère la distinction entre non-conformité et vice caché. D'après la jurisprudence en effet, « le défaut de conformité qui rend la chose vendue impropre à l'usage auquel elle est destinée constitue le vice prévu par les articles 1641 et suivants du code

civil » (*Cass. civ. 1^{re}, 27 oct. Et 8 déc. 1993, D. 1994, jur. 211 ; Cass. com., 26 avril 1994, JCP 1994, II, 22356, note L. Leveneur*). En revanche, la non-conformité « aux spécifications convenues par les parties » est constitutive d'une inexécution contractuelle (*Cass. civ. 1^{re}, 16 et 13 oct. 1993, D. 1994, jur. 211*).

C'est cette solution qu'avait consacrée l'ancien AUDCG. En effet, à côté des articles 224 à 229 consacrés à l'obligation de conformité, cet acte uniforme avait consacré l'article 231 à la garantie des vices cachés. Certains auteurs en ont conclu à juste titre que le droit uniforme OHADA a maintenu la distinction entre défaut de conformité et vice caché (*Ch. MBA-OWONO, Non-conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit uniforme africain, Juridis périodique, n° 41, p. 107 et s., notamm. n°s 10 et s. ; contra, J.-Gomez, Le nouveau droit de la vente commerciale en Afrique, art. préc., n° 84*). Ce faisant, le législateur OHADA s'était écarté de la CVIM qui semble pourtant être la principale source d'inspiration de son droit de la vente commerciale. Cette Convention fusionne en effet l'obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés (v. art. 35). Elle « réalise donc la synthèse du défaut de conformité et du vice caché en un concept unique de non-conformité qui porte aussi bien sur les caractéristiques matérielles de la chose définies contractuellement que sur la satisfaction que celle-ci apporte aux attentes de l'acheteur » (*Ch. Mba-owono, art. préc., n° 27, p. 116*). *Il n'y a à la charge du vendeur qu'une seule obligation, dite de conformité* (*Chr. Mouly, Que change la convention sur la vente internationale par rapport au droit français interne ? D. 1991, chron. ; p. 77 et s.*).

L'ancien AUDCG avait une conception très large de l'obligation de conformité et une conception très étroite de la garantie des vices cachés. Cette dernière ne pouvait être invoquée, selon l'article 231 alinéa 1^{er}, que « lorsque le défaut caché de la chose vendue diminue tellement son usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou en aurait donné un moindre prix s'il l'avait connu ». Pour la doctrine, « cette définition ne couvre en réalité que l'incapacité fonctionnelle partielle, excluant *ipso facto* l'impossibilité totale d'usage qui entre pourtant dans le champ d'application de l'article 1641 du code civil français » (*Ch. Mba-owono, art. préc., n° 25, p. 115*). Quant à l'obligation de conformité, elle débordait dans l'ancien AUDCG largement les limites traditionnelles de l'obligation de délivrance conforme du droit français. En effet, l'article 224 considérait comme manquement à l'obligation de conformité non seulement les imperfections touchant les caractéristiques matérielles de la chose (art. 224 al. 1 anc. AUDCG) : la quantité, la qualité, la spécification, le conditionnement et l'emballage, mais également les imperfections touchant certaines aptitudes fonctionnelles attendues par l'acheteur (art. 224 al. 2 anc. AUDCG). Au regard de l'importance considérable accordée par l'ancien AUDCG à l'obligation de conformité, certains auteurs se sont interrogés sur le maintien, à ses côtés, d'une garantie des vices cachés vidée de

sa substance. Ils ont alors déploré que les rédacteurs des textes de l'ancien AUDCG n'aient pas simplement réalisé la fusion des deux obligations en une seule (*Ch. Mba-owono, art. préc., n° 26, p. 115*).

Cette doctrine a eu un écho favorable auprès des rédacteurs du nouvel AUDCG. En effet, ceux-ci n'ont plus repris l'article 231 de l'ancien AUDCG sur la garantie des vices cachés. La disparition de ce texte du nouvel AUDCG marque donc l'absorption de la garantie des vices cachés par l'obligation de conformité désormais régie par les articles 255 à 259 qui en déterminent le contenu.

B - Contenu de l'obligation de conformité

67. Aux termes de l'article 250 alinéa 1 de l'AUDCG, le vendeur doit s'assurer de la conformité des marchandises à la commande. Les éléments d'appréciation de la non-conformité sont divers (I) et l'acheteur ne peut dénoncer la non-conformité que lorsque certaines conditions sont réunies (II).

I - Différents éléments d'appréciation de la non-conformité

68. Les éléments d'appréciation de la non-conformité sont déterminés par l'article 255 de l'AUDCG qui distingue la non-conformité affectant les caractéristiques matérielles des marchandises définies au contrat et la non-conformité affectant les aptitudes fonctionnelles des marchandises achetées non définies au contrat.

Les éléments d'appréciation de la non-conformité affectant les caractéristiques matérielles des marchandises définies au contrat sont prévus par l'article 255 alinéa 1 de l'AUDCG qui dispose : « Le vendeur doit livrer les marchandises en quantité, qualité, spécifications et conditionnement conformes aux stipulations du contrat » (cet article reprend presque intégralement l'article 224 de l'anc. AUDCG) (*sur ces différents critères d'appréciation de la non-conformité voir Ch. Mba-owono, art. préc., n° 12 et s. ; A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit., n°s 633 et s., p. 393 et s.*).

Quant aux éléments d'appréciation affectant les aptitudes fonctionnelles des marchandises achetées non définies au contrat, ils sont déterminés par l'alinéa 2 de l'article 255. Ce texte dispose : « Dans le silence du contrat, le vendeur doit livrer des marchandises propres aux usages auxquels elles servent habituellement ou dotées des mêmes qualités que les échantillons ou modèles présentés. Il doit aussi les livrer dans des emballages ou conditionnement habituellement utilisés pour ce type de marchandises ou, à défaut de mode habituel, dans des conditions propres à les conserver et protéger ». Il résulte de ce texte que lorsque les parties n'ont pas prévu dans le contrat les éléments d'appréciation de la

non-conformité des marchandises, le premier critère d'appréciation de celle-ci est constitué des usages auxquels les marchandises vendues servent habituellement. L'article 224 alinéa 2 de l'ancien AUDCG visait à côté des usages habituels, tout usage spécial qui a été porté à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat. Cet élément d'appréciation n'a pas été repris par l'article 255 alinéa 2 de l'actuel AUDCG. Il est difficile de trouver une justification à cette suppression dès lors que la CVIM (art. 35-2-b) vise aussi l'usage spécial parmi les critères d'appréciation de la non-conformité.

Dans le silence du contrat, la non-conformité fonctionnelle s'apprécie également par rapport aux qualités que présentaient les échantillons ou modèles présentés par le vendeur à l'acheteur. Cet élément d'appréciation est fort justifié. En effet, les caractéristiques de la chose présentée à l'acheteur sont nécessairement entrées dans le champ contractuel lorsque l'acte ne contient pas d'indications contraires (*Ch. Mba-owono, art. préc., n° 16, p. 112*).

Enfin, dans le silence du contrat, la non-conformité fonctionnelle s'apprécie par rapport aux emballages ou conditionnement habituellement utilisés pour le type de marchandises concernées. S'il n'y a pas de mode habituel, on vérifiera si les marchandises ont été livrées dans des conditions propres à les conserver et à les protéger. Cette disposition, reprise de l'ancien AUDCG, qui s'est lui-même inspiré de la CVIM, « entre dans le cadre de la prise de conscience de l'importance de l'emballage et du conditionnement, compte tenu notamment des longues distances qui séparent aujourd'hui les parties à un même contrat et de la part considérable des produits manufacturés dans les échanges » (*Ch. Mba-owono, art. préc., n° 16, p. 112*).

II - Conditions de dénonciation de la non-conformité par l'acheteur

69. En cas de livraison de marchandises non conformes, l'acheteur ne peut dénoncer la non-conformité que lorsque certaines conditions de fond et de forme sont réunies.

La principale condition de fond est que le défaut de conformité doit préexister à la livraison. Cette condition est posée par l'article 256 de l'AUDCG qui dispose : « La conformité de la chose vendue s'apprécie au jour de la livraison ». L'article 225 de l'ancien AUDCG disposait que le vendeur est responsable de tout défaut de conformité qui existe au moment du transfert des risques à l'acheteur. Il y a bien identité entre les deux textes puisque dans le droit de la vente commerciale OHADA, le transfert des risques s'opère au moment de la livraison et non dès qu'il y a accord des parties sur la chose et sur le prix comme en droit commun. Dès lors que le défaut de conformité est antérieur à la délivrance, la responsabilité du vendeur est engagée « même si le défaut n'apparaît qu'ultérieurement » (art. 256 AUDCG). Relativement à la

date d'appréciation du défaut de conformité, le législateur OHADA ne fait donc aucune distinction entre les défauts apparents et les défauts cachés.

Lorsque la condition de fond susvisée est remplie, l'acheteur dispose d'un délai pour se prévaloir du défaut de conformité. Sur ce point, l'AUDCG opère une distinction entre défaut de conformité apparent et défaut de conformité caché le jour de la prise de livraison. Dans le premier cas, l'article 258 dispose que l'acheteur doit, sous peine de déchéance, dénoncer au vendeur le défaut de conformité dans le mois qui suit la livraison. En revanche, lorsque le défaut de conformité était caché le jour de la prise de livraison, il doit être dénoncé au vendeur dans le délai d'un an à compter du jour où il a été constaté ou aurait dû l'être. La distinction entre le défaut apparent et le défaut caché était ignorée par l'ancien AUDCG (cf. art. 228 et 229 anc. AUDCG) et l'est par la CVIM (cf. art. 39).

L'article 257 de l'AUDCG (qui reprend l'article 226 de l'anc. AUDCG) donne au vendeur, en cas de livraison anticipée, la possibilité d'apporter remède au défaut de conformité, soit en imposant la livraison de nouvelles marchandises conformes, soit en effectuant la réparation du défaut de conformité des marchandises livrées dès lors que l'exercice de ce droit ne cause à l'acheteur ni dommage, ni frais. Même en cas de livraison de marchandises conformes, le vendeur reste tenu vis-à-vis de l'acheteur d'une obligation : celle de garantie.

§3 - Obligation de garantie

70. L'AUDCG consacre une double obligation de garantie (A) tout en admettant la possibilité de l'aménager conventionnellement (B).

A - Consécration d'une double obligation de garantie

71. L'ancien AUDCG mettait à la charge du vendeur une double garantie : une garantie du fait des tiers (art. 230) et une garantie des vices cachés de la chose vendue (art. 231). Cette dernière n'a pas été reprise par le nouvel AUDCG. Mais les rédacteurs du nouvel AUDCG ont non seulement reconduit la garantie du fait des tiers (I), mais également consacré la garantie du fait personnel (II).

I - Garantie du fait des tiers

72. Cette garantie est consacrée par l'article 260 alinéa 1 de l'AUDCG qui dispose que : « Le vendeur doit livrer les marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers, à moins que l'acheteur n'accepte de les prendre dans ces conditions ». Bien que le texte n'utilise pas le terme éviction, il s'agit bel et bien d'une garantie d'éviction. Par cette garantie, l'acheteur a la promesse

du vendeur qu'il ne perdra pas ses droits sur la chose pour une cause antérieure à la vente.

Le texte parle des marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers. Le terme droit renvoie non seulement au droit de propriété, mais également à la réserve de propriété, à une sûreté réelle telle que le gage ou le nantissement et au droit d'usage (*dans ce sens, v. A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit., n° 641., p. 399*). Le terme prétention du tiers suppose que la garantie est due dès lors que le tiers a engagé une procédure contre l'acheteur, que sa prétention est incontestable et qu'il existe donc pour l'acheteur un juste sujet de craindre une éviction. Mais ne constituent pas une prétention de vagues menaces sans lendemain.

La garantie du fait des tiers a un domaine restreint : elle suppose que le trouble soit un trouble de droit. Le vendeur ne garantit pas l'acheteur contre les troubles de fait provenant des tiers. Par ailleurs, la garantie du fait des tiers n'est pas due si l'acheteur a accepté de prendre les marchandises en connaissance de cause, autrement dit, s'il a accepté de les prendre alors qu'il avait connaissance de l'existence du droit ou de la prétention d'un tiers sur ces marchandises.

II - Garantie du fait personnel

73. La garantie du personnel est consacrée par l'article 260 alinéa 2 qui dispose : « Le vendeur doit garantir l'acheteur de toute éviction par son fait personnel ». Contrairement à la garantie du fait des tiers, celle-là interdit au vendeur les troubles de fait et les troubles de droit. Il en résulte qu'il lui est interdit d'une part d'accomplir des faits qui portent atteinte à la propriété de l'acquéreur et, d'autre part, d'exercer une action en justice contredisant le droit de l'acquéreur.

B - Possibilité d'aménager conventionnellement la garantie

74. La possibilité d'aménager conventionnellement la garantie due par le vendeur est consacrée par l'article 261 dont l'alinéa 1 dispose : « Toute clause limitative de la garantie due par le vendeur s'interprète restrictivement ». L'alinéa 2 ajoute : « Le vendeur qui invoque une telle clause doit démontrer que l'acheteur a connu et accepté cette clause lors de la conclusion de la vente » (il s'agit d'une reprise de l'art. 232 de l'anc. AUDCG). Ce texte pose les conditions d'efficacité des clauses limitatives de garantie (II) ainsi que la règle d'interprétation de celles-ci (III), mais il n'indique pas de quelle garantie il est question (I).

I - Garantie concernée

75. L'article 261 qui consacre la possibilité d'aména-

ger conventionnellement la garantie due par le vendeur suit immédiatement l'article 260 qui met à la charge de ce dernier deux types de garanties : la garantie du fait des tiers et la garantie du fait personnel. Or l'article 261 n'indique pas la garantie qui peut être aménagée conventionnellement. S'agit-il de la garantie du fait personnel ou du fait des tiers ?

S'agissant de la garantie du fait personnel, le Code civil est riche d'enseignement. L'article 1628 considère comme nulle toute convention limitant ou excluant la garantie du fait personnel du vendeur. Cette garantie a donc un caractère d'ordre public. Il nous semble que le même caractère devrait être reconnu à cette garantie en droit OHADA.

Si l'article 261 de l'AUDCG ne concerne pas la garantie du fait personnel, il devrait naturellement s'appliquer à la garantie du fait des tiers, car on ne peut imaginer que le législateur OHADA a prévu un texte qui ne peut recevoir application. L'article 261 de l'AUDCG ne vise que les clauses limitatives de garantie. La question peut se poser de savoir si la garantie du vendeur peut être totalement écartée au moyen d'une clause exclusive de garantie. La réponse doit être affirmative car aux termes de l'article 260 in fine de l'AUDCG, l'acheteur peut accepter de prendre les marchandises même lorsque celles-ci ne sont pas libres de tout droit ou prétention d'un tiers (*Dans le même sens, mais à propos de la garantie stipulée par l'anc. AUDCG, A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit., n° 644, p. 400*).

II - Conditions d'efficacité des clauses limitatives de garantie

76. L'alinéa 2 de l'article 261 de l'AUDCG pose deux conditions d'efficacité des clauses limitatives de garantie : la connaissance et l'acceptation des clauses par l'acheteur lors de la conclusion de la vente. Cette double condition a pour finalité de protéger l'acheteur qui court le risque de ne découvrir l'existence de la clause que le jour où le vendeur entend s'en prévaloir (*A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit., n° 645, p. 400*). La connaissance et l'acceptation de la clause par l'acheteur étant un fait juridique, sa preuve peut être rapportée par tout moyen.

III - Interprétation des clauses limitatives de garantie

77. L'article 261 alinéa 1 de l'AUDCG, qui est identique à l'article 232 alinéa 1 de l'ancien AUDCG, dispose que toute clause limitative de la garantie du fait des tiers doit s'interpréter restrictivement. Cette règle d'interprétation signifie qu'en cas de doute, le juge saisi ne peut ajouter à la clause et étendre ses effets à des éléments qui n'ont pas été expressément prévus (*Dans le même sens, mais à propos de la garantie stipulée par l'anc.*

AUDCG, A. PEDRO SANTOS et J. YADO TOE, OHADA, *Droit commercial général, op. cit.*, n° 646, p. 401). Elle a pour finalité la protection de l'acheteur contre les abus du vendeur. En effet, les clauses limitatives de garantie sont généralement stipulées par ce dernier en sa propre faveur.

Section II - Obligations de l'acheteur

78. L'article 262 de l'AUDCG met à la charge de l'acheteur deux obligations : le paiement du prix (§1) et la prise de livraison des marchandises (§2).

§1 - Paiement du prix

79. Aux termes de l'article 263 de l'AUDCG, le prix que doit payer l'acheteur est le prix convenu. Ce texte ajoute que ce prix est présumé être convenu hors taxes. Le lieu (A) et la date (B) de paiement sont bien précisés par l'AUDCG.

A - Lieu de paiement

80. En droit commun, le paiement est quérable et non portable (cf. art. 1247 al. 3). C'est la règle contraire qui a été consacrée par l'article 266 de l'AUDCG. Aux termes de ce texte, le paiement du prix au vendeur est fait au siège de son activité. Toutefois, le paiement doit se faire au lieu de la livraison si le prix est payable comptant ou si la livraison est effectuée contre remise de documents. La règle posée par l'article 266 n'est cependant pas d'ordre public. Les parties peuvent toujours convenir que le paiement se fera à un endroit autre que celui déterminé par l'AUDCG.

B - Date de paiement

81. Le principe retenu par l'article 268 de l'AUDCG est que la date de paiement du prix est celle convenue par les parties. Celles-ci peuvent par exemple convenir que l'acheteur ne sera tenu de payer le prix qu'après avoir été mis en mesure d'examiner les marchandises (art. 267 al. 2 de l'AUDCG).

Mais il peut arriver que la date de paiement n'ait pas été prévue par les parties. Dans ce cas, la règle supplétive prévue par l'article 267 alinéa 1 de l'AUDCG entre en application. Cette règle ne concerne cependant que l'hypothèse où la vente implique un transport. Dans ce cas, le vendeur peut subordonner leur expédition ou la remise à l'acheteur du document qui les représente au paiement préalable du prix.

L'article 271 alinéa 1 de l'AUDCG confère également un droit de rétention au vendeur en cas de non-paiement du prix par l'acheteur. Aux termes de ce texte, « lorsque

le paiement est prévu au jour de la livraison et que l'acheteur tarde à prendre livraison des marchandises ou n'en paie pas le prix, le vendeur, s'il a les marchandises en sa possession ou sous son contrôle, est fondé à les retenir jusqu'à leur complet paiement ». L'exercice de ce droit de rétention entraîne pour le vendeur l'obligation de prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour assurer la conservation des marchandises. Il peut les conserver lui-même ou les déposer dans les magasins d'un tiers (art. 273 AUDCG). Tous les frais engagés pour conserver les marchandises doivent lui être remboursés par l'acheteur (art. 271 al. 2 AUDCG), sauf s'ils sont excessifs (art. 273 AUDCG). L'obligation de conserver les marchandises mise à la charge du vendeur n'a pas une durée illimitée. Aussi, l'article 274 alinéa 1 de l'AUDCG lui reconnaît-il le droit de les vendre par tous moyens appropriés si l'acheteur tarde à en prendre possession ou à rembourser les frais de leur conservation. Il ne peut cependant le faire qu'après avoir préalablement notifié à l'acheteur son intention de vendre les marchandises. En cas de vente des marchandises, le vendeur a le droit de retenir sur le produit de la vente un montant égal à ses frais de conservation et l'obligation de restituer le surplus à l'acheteur (art. 274 alinéa 2 AUDCG).

Le paiement du prix incombant à l'acheteur, il lui revient de prendre toutes les mesures nécessaires à l'accomplissement des formalités préalables au paiement effectif du prix (art. 264 AUDCG). Par ailleurs, il ne peut subordonner l'exécution de son obligation principale à une démarche du vendeur (art. 268 in fine AUDCG).

§2 - Prise de livraison

82. Outre le paiement du prix, une série d'obligations sont mises à la charge de l'acheteur sous le vocable de prise de livraison. Il s'agit, dans l'ordre chronologique, de l'obligation d'accomplir les actes permettant au vendeur d'effectuer la livraison des marchandises (A), de les retirer (B), de les examiner ou de les faire examiner (C), et de les conserver en cas refus (D).

A - Accomplissement des actes permettant au vendeur d'effectuer la livraison

83. L'obligation d'accomplir des actes permettant au vendeur d'effectuer la livraison des marchandises est prévue par l'article 269 de l'AUDCG. Les rédacteurs de l'AUDCG n'ont pas jugé opportun de déterminer les actes qui doivent ainsi être accomplis par l'acheteur. Mais pour la doctrine, il peut s'agir aussi bien d'actes matériels que d'actes juridiques : autorisation de transport, d'importation, mise à disposition d'un lieu de livraison, etc. (A. Pedro Santos et J. Yoad Toe, OHADA, *Droit commercial général, op. cit.* n° 656, p. 406 ; J. Issa-Sayegh, *Présenta-*

tion des dispositions sur la vente commerciale, obadata D-06-16, p. 9). La question se pose cependant de savoir comment s'appréciera l'exécution ou l'inexécution de cette obligation. Sous l'ancien AUDCG, l'appréciation devait être faite *in concreto* et non *in abstracto*. En effet, aux termes de l'article 240, l'acheteur devait accomplir « tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui ». Mais il semble que depuis le nouvel AUDCG, l'appréciation doit être faite *in abstracto*. En effet, l'article 269 ne parle plus d'accomplissement d'actes qu'on peut raisonnablement attendre de l'acheteur, mais d'accomplissement d'actes permettant au vendeur d'effectuer la livraison. Mais une telle appréciation sera très difficile à mettre en œuvre, car elle suppose une prédétermination des actes permettant au vendeur d'effectuer la livraison. Ce qui n'a pas été fait par les rédacteurs de l'AUDCG.

B - Retirent des marchandises

84. Le retirent est l'acte matériel par lequel l'acheteur prend physiquement possession des marchandises (A. Pedro Santos *et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général*, op. cit. n° 657, p. 407). Cette obligation est le pendant de l'obligation de livraison qui pèse sur le vendeur. Elle revêt une très grande importance dans le processus de la vente. C'est en effet après le retirent des marchandises que l'acheteur peut procéder à leur examen et éventuellement exercer son droit de refus ou de dénonciation de défaut de conformité.

C - Examen des marchandises

85. Comme l'ancien AUDCG (art. 227) et la CVIM (art. 38), le nouvel AUDCG met à la charge de l'acheteur une obligation d'examiner les marchandises ou de les faire examiner. Mais alors que sous l'ancien AUDCG cette obligation relevait de la section consacrée à l'obligation de conformité, elle est traitée dans le nouvel AUDCG sous la section consacrée à la prise de livraison. Le déplacement de cette obligation semble répondre à un souci de pure forme : rassembler sous un même titre toutes les obligations de l'acheteur. Dans le fond, l'obligation d'examiner les marchandises devrait être toujours rattachée à l'obligation de conformité qui pèse sur le vendeur. En effet, c'est après avoir examiné ou fait examiner les marchandises que l'acheteur peut être à même de dénoncer dans un délai raisonnable au vendeur, sous peine de déchéance, le défaut de conformité de celles-ci.

On peut néanmoins s'interroger sur l'opportunité de cette obligation. En effet, la déchéance ne sanctionne pas le non-respect de cette obligation par l'acheteur, mais plutôt le non respect du délai qui lui est imparti pour dénoncer au vendeur le défaut de conformité (art. 258 et 259 AUDCG). En outre, cette obligation est stipulée dans l'intérêt de l'acheteur et non du vendeur.

Ce dernier est en effet protégé par le délai imparti à l'acheteur pour lui dénoncer le défaut de conformité. Comment dès lors mettre à la charge de l'acheteur une obligation dont l'exercice ne vise que son intérêt exclusif !

D - Conservation des marchandises en cas de refus

86. L'obligation pour l'acheteur de conserver les marchandises reçues est la contrepartie du droit qui lui est reconnu par l'AUDGC de les refuser après réception. Aux termes de l'article 272 en effet, « [s]i l'acheteur a reçu les marchandises et entend les refuser, il doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour en assurer la conservation ». L'obligation de conserver les marchandises mises à la charge de l'acheteur a pour but d'éviter la détérioration pas aussi la perte totale ou partielle ou la dépréciation de celles-ci. Aux termes de l'article 273 de l'AUDCG, cette obligation peut être exécutée par l'acheteur lui-même ou par un tiers désigné par lui. Dans tous les cas, les frais de conservation sont avancés par l'acheteur. Pour garantir le remboursement de ces frais par le vendeur, le législateur OHADA lui accorde un droit de rétention sur les marchandises. En vertu de ce droit de rétention, l'acheteur est fondé à retenir les marchandises « jusqu'à ce qu'il ait obtenu du vendeur le remboursement des frais de conservation qu'il a engagés » (art. 272 AUDCG). Le vendeur n'est cependant tenu qu'au remboursement des frais normaux. Les frais excessifs sont à la charge de l'acheteur (art. 273 AUDCG).

L'obligation de conserver les marchandises mise à la charge de l'acheteur n'a pas une durée illimitée. Aussi, l'article 274 alinéa 1 de l'AUDCG lui reconnaît-il le droit de les vendre par tous moyens appropriés si le vendeur tarde à en prendre possession ou à rembourser les frais de leur conservation. Il ne peut cependant le faire qu'après avoir préalablement notifié au vendeur son intention de vendre les marchandises. En cas de vente des marchandises, l'acheteur a le droit de retenir sur le produit de la vente un montant égal à ses frais de conservation et l'obligation de restituer le surplus au vendeur (art. 274 alinéa 2 AUDCG).

Le contrat de vente ne produit pas uniquement les effets à l'égard des parties, mais également à l'égard des marchandises.

Section III - Effets à l'égard des marchandises

87. Les effets de la vente à l'égard des marchandises sont d'une part le transfert de propriété (§1) et de l'autre le transfert de risques (§2).

§1 - Transfert de propriété

88. L'article 275 de l'AUDCG dispose : « La prise de

livraison opère transfert à l'acheteur de la propriété des marchandises vendues ». Cet article abandonne, comme l'article 283 de l'ancien AUDCG, le principe du transfert de propriété « *solo consensus* » en vigueur en droit français et dans la plupart des États africains membres de l'OHADA avant l'avènement de celle-ci. Selon ce principe, le transfert de propriété du patrimoine du vendeur à celui de l'acheteur se réalise par le seul fait de l'échange des consentements et à l'instant même où celui-ci s'opère. En droit OHADA, le transfert de propriété est retardé jusqu'à la prise de livraison des marchandises par l'acheteur. Il est donc important de savoir avec précision à quel moment l'acheteur est censé avoir pris livraison des marchandises (sur cette question, voir A. Pedro Santos *et J. Yado Toe*, *OHADA, Droit commercial général*, op. cit., n° 699 et s., p. 434 et s.).

L'article 276 de l'AUDCG reconnaît aux parties la possibilité de différer le transfert de propriété par le jeu d'une clause de réserve de propriété. Les conditions de validité et d'opposabilité de la clause de réserve de propriété sont fixées par les articles 72 à 78 du nouvel AUS. À peine de nullité, la réserve de propriété doit être convenue par écrit au plus tard au jour de la livraison du bien. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties. Pour être opposable aux tiers, la réserve de propriété doit être régulièrement publiée au Registre du commerce et du crédit mobilier.

Sous l'ancien AUDCG, les parties pouvaient aménager le transfert de propriété par le recours à d'autres mécanismes conventionnels que la clause de réserve de propriété (sur ces mécanismes, voir A. Pedro Santos *et J. Yado Toe*, *OHADA, Droit commercial général*, op. cit., n° 705, p. 438). L'article 283 de l'ancien AUDCG ne visait en effet pas seulement la clause de réserve de propriété, mais toute sorte de convention. Les rédacteurs du nouvel AUDCG ont retenu la réserve de propriété comme unique mécanisme conventionnel susceptible de permettre aux parties de différer le transfert de propriété (art. 276 AUDCG). Le transfert de propriété a pour corollaire le transfert de risques à l'acheteur.

§2 - Transfert des risques

89. Comme l'ancien AUDCG (art. 285 à 288), le nouvel AUDCG consacre une solution de principe assortie de quelques aménagements.

En principe, le transfert des risques s'opère lors du transfert de la propriété (art. 277 al. 1 AUDCG), celui-ci s'opérant lui-même à la prise livraison des marchandises. La conséquence naturelle du transfert de risques à l'acheteur est que la perte ou la détérioration des marchandises survenues après ce transfert ne le libère en principe pas de son obligation de payer le prix. Il n'en serait autrement que si la perte ou la détérioration sont le fait du vendeur (art. 277 al. 2 AUDCG).

Le premier aménagement à cette solution de principe

concerne l'hypothèse où le contrat de vente prévoit la remise des marchandises à un transporteur. Dans ce cas, l'article 278 alinéa 1 de l'AUDCG dispose que « les risques sont transférés à l'acheteur par la remise des marchandises au premier transporteur ». L'alinéa 2 de l'article 278 de l'AUDCG ajoute que l'autorisation donnée au vendeur de conserver les documents représentatifs des marchandises n'affecte pas le transfert des risques.

Le deuxième aménagement concerne l'hypothèse où les marchandises sont vendues en cours de transport. Dans ce cas, l'article 279 alinéa 1 de l'AUDCG dispose que les risques sont transférés à l'acheteur dès la conclusion du contrat de vente. Cependant, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 279, « si le vendeur avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la perte ou de la détérioration de ces marchandises, il supporte seul la charge de ces risques s'il n'en a pas informé l'acheteur ».

Le troisième aménagement de la solution de principe concerne l'hypothèse où les marchandises vendues ne sont pas individualisées. Dans ce cas, « le transfert des risques s'effectue au moment de leur identification qui emporte mise à disposition de l'acheteur » (art. 280 AUDCG).

Le contrat de vente commerciale produit de nombreux effets dont de multiples obligations à la charge du vendeur et de l'acheteur. Le vendeur est non seulement tenu de l'obligation de livraison, de l'obligation de conformité et de l'obligation de garantie du fait des tiers et du fait personnel, mais également de nombreuses garanties accessoires d'origine légale ou conventionnelle. L'acheteur quant à lui est tenu de l'obligation de payer le prix et de l'obligation de prendre livraison des marchandises. Si chacune des parties exécute spontanément et dans les délais impartis ses obligations, le contrat prend fin après avoir produit tous ses effets. Mais il peut arriver que l'une et/ou l'autre partie ne s'acquiesce pas convenablement ou dans les délais impartis de leurs obligations. Une telle situation est inéluctablement source de contentieux.

Chapitre III : Contentieux de la vente commerciale

90. La vente commerciale peut déboucher sur un contentieux en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution par l'une des parties ou par les deux de leurs obligations respectives. Comme déjà dans l'ancien AUDCG, le contentieux de la vente commerciale est régi dans le nouvel AUDCG par des règles générales qui déterminent les sanctions communes aux deux parties (Section I) et par des règles particulières qui déterminent les remèdes spécifiques selon que l'inexécution du contrat est le fait du vendeur ou de l'acheteur (Section II).

Section I - Sanctions communes à l'acheteur et au vendeur

91. Les règles générales sur le contentieux de la vente commerciale déterminent les sanctions encourues en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution par l'une ou l'autre partie des obligations issues du contrat (§1), les causes d'exonération de responsabilité (§2) ainsi que les règles relatives à la prescription (§3).

§1 - Sanctions de l'inexécution ou du retard dans l'exécution

92. Les sanctions retenues par les règles générales du nouvel AUDCG relatives au contentieux de l'inexécution sont de deux ordres : les sanctions visant l'anéantissement du contrat (A) et les sanctions visant à réparer les dommages causés (B).

A - Sanctions visant l'anéantissement du contrat

93. Le nouvel AUDCG n'a pas repris la résolution anticipée qui était consacrée par les articles 246 et 247. À cette sanction ont été substitués deux types de résolution qu'il convient d'étudier (I) ainsi que les effets que l'AUDCG attache à la résolution du contrat (II).

I - Types de résolution consacrés par l'AUDCG

94. Deux types de résolution sont consacrés par le nouvel AUDCG : la résolution judiciaire (a) et la résolution unilatérale (b).

a - Résolution judiciaire

95. La résolution judiciaire est consacrée par l'article 281 alinéa 1 de l'AUDCG en ces termes : « Toute partie à un contrat de vente commerciale est fondée à en demander au juge compétent la rupture pour inexécution totale ou partielle des obligations de l'autre partie ». Cette disposition résulte certainement de la fusion des articles 254 et 259 de l'ancien AUDCG qui traitaient respectivement de la résolution judiciaire du contrat en cas d'inexécution de ses obligations par le vendeur et de la résolution judiciaire du contrat en cas d'inexécution de ses obligations par l'acheteur. Mais ces deux textes limitaient les cas d'ouverture de l'action en résolution.

L'action en résolution de l'acheteur était admise dans deux hypothèses : d'une part si l'inexécution par le vendeur de l'une quelconque de ses obligations constituait un manquement essentiel au contrat ; d'autre part, si, en cas de défaut de livraison, le vendeur ne livrait pas les marchandises dans les délais supplémentaires qui avaient pu lui être accordés.

L'action en résolution du vendeur était également admise dans deux hypothèses : d'une part si l'inexécution par l'acheteur de l'une quelconque de ses obligations constituait un manquement essentiel au contrat ; d'autre part, si, en cas de défaut de prise de livraison, l'acheteur ne prenait pas livraison des marchandises dans le délai supplémentaire proposé par le vendeur.

L'article 281 alinéa 1 du nouvel AUDCG ne limite plus les cas d'ouverture de l'action en résolution. Comme en droit commun, toute inexécution, totale ou partielle, des obligations issues du contrat peut être sanctionnée par la rupture de celui-ci. Point n'est plus besoin que cette inexécution soit constitutive d'un manquement essentiel au contrat. Ainsi, en cas d'inexécution par le vendeur de ses obligations de livraison, de conformité et de garantie, l'acheteur sera fondé à demander la résolution judiciaire du contrat. De même, en cas d'inexécution par l'acheteur de ses obligations de paiement du prix et de prise de livraison, le vendeur sera également fondé à demander la résolution judiciaire du contrat. On peut néanmoins imaginer que comme en droit commun, le juge ne sera pas un distributeur automatique des résolutions. Il devrait donc naturellement vérifier si les conditions relatives à l'inexécution sont réunies, c'est-à-dire si les manquements du débiteur sont suffisamment graves pour justifier la résolution. Ainsi, en cas d'inexécution partielle, le juge devrait s'assurer qu'il y a une certaine proportionnalité entre le défaut d'exécution et l'anéantissement rétroactif du contrat (*M. Fabre-magnan, op. cit., p. 629*).

L'action en résolution de l'acheteur peut cependant se heurter à un obstacle prévu par l'article 298 de l'AUDCG qui dispose : « L'acheteur ne peut obtenir la rupture du contrat ou exiger la livraison de marchandises de remplacement s'il lui est impossible de restituer les marchandises dans l'état où il les a reçues, et si cette impossibilité est due à un acte ou une omission de sa part ». Il conserve néanmoins, dit l'article 299 de l'AUDCG, le droit de se prévaloir de tous les autres droits qu'il tient du contrat : droit aux dommages-intérêts, droit de demander la réparation du défaut de conformité, etc.

b - Résolution unilatérale

96. Sous l'ancien AUDCG, il y avait doute sur l'admission par ce texte de la résolution unilatérale du contrat de vente commerciale par le vendeur ou l'acheteur (*voir A. Pedro Santos, Annotation sous le Livre V de l'AUDCG, in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^e éd., 2008, p. 284*). Ce doute a été levé par le nouvel AUDCG dont l'article 281 alinéa 2 consacre de manière formelle le principe de la résolution unilatérale du contrat de vente commerciale en ces termes : « Toutefois, la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ». L'alinéa 3 de l'article 281 poursuit : « La gravité

du motif de rupture est appréciée par le juge compétent à la demande de la partie la plus diligente ».

La résolution unilatérale du contrat par le créancier sous le contrôle *a posteriori* du juge, en cas d'inexécution par le débiteur, n'est pas une innovation du droit OHADA. Cette sanction est aujourd'hui reconnue par de nombreux droits internes (qu'ils appartiennent à la famille de la *common law* ou à la romano-germanique), la CVIM (art. 49 et 64), les Principes du droit européen du contrat (art. 9.301), les projets européens (*Lando : art. 9 : 301 ; Gandolfi : art. 114.1*), les projets français (*projet Catala : art. 1158 ; projet de la Chancellerie : art. 168 ; projet Terré : art. 110*) et le projet camerounais (art. 145). En droit français, la résolution unilatérale s'est heurtée pendant longtemps à de sérieux arguments doctrinaux (*V. la belle synthèse qu'en a fait Ch. Jamin, Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, sous la dir. de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, Études juridiques, t. 9, 1999, p. 71*). Elle n'en a pas moins été admise par la première chambre civile de Cour de cassation dans un arrêt de rejet du 13 octobre 1998 (RTD civ. 1999. 394) qui a reconnu que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* ». Cet arrêt fondateur a été par la suite confirmé à plusieurs reprises par la Cour de cassation en assortissant sa formule d'une précision supplémentaire : « *peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non* ». (*V. (Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, Bull. civ., I, n° 40 ; D. 2001, 1568, obs. Ch. Jamin*).

97. Comme la jurisprudence française, l'AUDCG subordonne l'exercice du droit de résolution unilatérale du contrat au comportement grave du débiteur défaillant. Mais ni le législateur OHADA, ni la jurisprudence française n'ont défini la notion de comportement grave. Il est donc revenu à la doctrine le soin de le faire. Cette question était source de controverses en droit français. Mais pour une doctrine autorisée (*L. Aynes, Commentaire sous Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2003, Revue des contrats, 01 avril 2004 n° 2, p. 273*), la gravité du comportement du débiteur qui justifie la rupture unilatérale du contrat « ne s'identifie pas à l'inexécution de la prestation matérielle promise, contrepartie de l'obligation de l'auteur de la rupture [...]. La gravité du comportement, qui bien sûr peut comporter le défaut de fourniture de la prestation matérielle promise, est autre chose que la seule privation de la contrepartie attendue, que prend en compte l'article 1184 du Code civil. Car le contrat n'est pas seulement source de dettes et de créances. Il est promesse d'un comportement en lien avec la réalisation du projet constituant le « champ contractuel ». La rupture implique que celle-ci soit radicalement compromise. C'est l'attente du cocontractant qui est ruinée ».

La partie qui rompt unilatéralement le contrat de vente commerciale le fait à ses risques et périls. Cette

formule de l'article 281 alinéa 2 de l'AUDCG signifie tout simplement que la rupture pourra faire l'objet d'une appréciation judiciaire et engager la responsabilité de son auteur en cas d'abus. Cette interprétation est corroborée par l'alinéa 3 de l'article 281 qui dispose que la gravité du motif de rupture est appréciée par le juge à la demande de la partie la plus diligente.

Compte tenu de la gravité de la rupture unilatérale, l'article 281 alinéa 4 de l'AUDCG impose à la partie qui y fait recours le respect d'un préavis avant la notification à l'autre partie de sa décision unilatérale. L'exigence du préavis a pour but de donner au débiteur défaillant une ultime chance d'exécuter convenablement ses obligations. L'AUDCG n'a pas déterminé le délai de préavis qui doit être observé. L'appréciation du caractère suffisant de ce délai relèvera du pouvoir souverain des juges du fond. Lorsque le délai de préavis donné sera jugé insuffisant, l'auteur de la rupture engagera sa responsabilité même si le juge admet le bien-fondé de la rupture.

Qu'elle soit judiciaire ou unilatérale, la résolution produit de nombreux effets.

II - Effets de la résolution : l'anéantissement rétroactif du contrat et ses suites

98. En principe, la résolution conduit à un anéantissement rétroactif du contrat. Les conséquences de cet anéantissement rétroactif sont nombreuses.

Les parties sont libérées de leurs obligations (art. 296 alinéa 1 de l'AUDCG).

Elles doivent en outre être remises dans l'état où elles étaient antérieurement à la conclusion du contrat. Il en résulte que la résolution implique en principe la restitution de ce qui a déjà été exécuté par l'une et/ou l'autre parties (art. 297 de l'AUDCG).

La restitution peut aller au-delà de ce qui a été exécuté ou payé. Ainsi, aux termes de l'article 300 alinéa 1 de l'AUDCG, outre le prix qu'il a reçu, le vendeur doit payer des intérêts sur son montant à compter du jour où il a reçu le paiement. De même, aux termes de l'article 300 alinéa 2 de l'AUDCG, l'acheteur tenu de restituer les marchandises doit payer au vendeur tout ou partie du montant du profit qu'il en a tiré.

Il existe cependant des situations où il peut être impossible de revenir sur les prestations passées. Il en est ainsi dans les contrats à exécution successive ainsi que dans les contrats à exécution instantanée portant sur des choses consommables. Dans le premier cas, les juges peuvent décider que l'anéantissement du contrat se fera seulement pour l'avenir. On parle alors dans ce cas de résiliation du contrat et non plus de résolution. Dans le second cas, la résolution n'a aucun intérêt et ne sera sans doute pas demandée par le créancier qui préférera réclamer des dommages-intérêts. Et même s'il le demande, le juge sera enclin à prononcer une condamnation à des dommages-intérêts (*M. Fabre-magnan, op. cit., p. 633*).

L'anéantissement rétroactif du contrat en cas de résolution comporte d'autres limites.

La première est fixée par l'article 296 alinéa 2 qui dispose que la rupture du contrat « n'a pas d'effet sur les stipulations du contrat relatives au règlement des différends ou aux droits et obligations des parties en cas de rupture ». Les stipulations du contrat relatives au règlement des différends sont les clauses qui tendent à organiser le traitement judiciaire ou non des différends. On peut citer entre autres les clauses d'expertise prévoyant qu'en cas de difficultés, les parties d'un commun accord choisiront un expert pour les éclairer sur l'état exact de leur différend. On peut également citer les clauses compromissaires. L'article 296 alinéa 2 de l'AUDCG consacre ainsi le principe de l'autonomie des clauses contractuelles destinées à régir les conséquences de la fin du contrat.

La deuxième limite à l'anéantissement rétroactif du contrat concerne l'hypothèse de la résolution partielle du contrat. Certes l'article 281 de l'AUDCG qui consacre la résolution pour inexécution ne distingue pas suivant que l'inexécution est totale ou simplement partielle, mais une doctrine autorisée pense que la résolution simplement partielle d'un contrat doit être admise dès lors que l'une des parties n'a exécuté que partiellement ses obligations ou les a mal exécutées (M. Fabre-magnan, *op. cit.*, p. 633). Dans ce cas, poursuit l'auteur, le juge pourra décider d'une simple réduction et non pas d'une suppression totale des obligations réciproques. Mais la résolution partielle n'est pas possible lorsque les parties sont convenues de l'indivisibilité de leurs obligations.

B - Sanctions visant à réparer les dommages causés

99. Il s'agit des dommages-intérêts (I) et des intérêts moratoires (II).

I - Dommages-intérêts

100. Comme en droit commun, toute partie au contrat de vente commerciale qui a souffert d'un préjudice du fait de l'inexécution de ses obligations par l'autre partie a le droit de demander la condamnation de la partie défaillante au paiement des dommages-intérêts (a). Mais, le créancier victime de l'inexécution est tenu de prendre toutes les mesures raisonnables pour minimiser son dommage (b).

a - Droit aux dommages-intérêts

101. Plusieurs dispositions de l'AUDCG reconnaissent à la partie qui a imposé ou obtenu la résolution du contrat le droit d'obtenir également des dommages-intérêts (art. 281 alinéa 5, art. 292 et art. 296 alinéa 1). En droit français, ces dommages-intérêts sont distin-

gués de ceux qui sont accordés au créancier lorsque l'inexécution du contrat n'est pas sanctionnée par la résolution. Les premiers sont appelés dommages-intérêts négatifs et les seconds dommages-intérêts positifs (*voir M. Fabre-magnan, op. cit.*, p. 638 et s.). Ces derniers sont accordés au créancier pour compenser le préjudice subi du fait de l'inexécution du contrat lorsque le juge constate que l'anéantissement du contrat n'est pas une sanction opportune. En revanche, les dommages-intérêts négatifs visent à compenser un dommage qui n'aurait pas été réparé par la seule disparition du contrat. Ils sont accordés pour permettre de replacer le créancier dans la situation où il aurait été si le contrat n'avait pas été conclu (M. Fabre-magnan, *op. cit.*, p. 673). L'AUDCG semble avoir admis seulement le droit aux dommages-intérêts négatifs. La question se pose dès lors de savoir si une partie au contrat de vente commerciale peut, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations, opter pour les dommages-intérêts positifs au lieu de la résolution du contrat. La réponse à cette question est donnée par l'article 237 de l'AUDCG qui dispose : « La vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre ». Il en résulte que même si l'AUDCG ne l'a pas expressément prévu, le créancier insatisfait peut, au lieu de demander la résolution du contrat avec des dommages-intérêts négatifs, opter pour le maintien du contrat et demander plutôt les dommages-intérêts positifs en compensation de ce qu'il aurait pu retirer de l'exécution du contrat.

L'article 281 alinéa 5 de l'AUDCG dispose que les dommages-intérêts accordés à la partie qui a imposé ou obtenu la rupture du contrat doivent couvrir à la fois la perte subie et le gain manqué qui découlent immédiatement et directement de l'inexécution. Ce texte reprend plusieurs solutions énoncées par le droit commun.

D'abord le principe de la réparation intégrale consacré par l'article 1149 du Code civil. Ce principe, applicable aussi bien en matière contractuelle que délictuelle, est tempéré dans ce dernier cas par un autre principe énoncé par l'article 1150 du Code civil, qui limite la réparation aux dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors de la conclusion du contrat. Bien qu'ignoré par l'AUDCG, ce principe doit également régir l'allocation des dommages-intérêts en cas de résolution de la vente commerciale. Mais en disposant que les dommages-intérêts doivent couvrir à la fois la perte subie et le gain manqué, l'article 281 alinéa 5 semble confondre les dommages-intérêts négatifs et les dommages-intérêts positifs. Or, comme nous l'avons souligné, les dommages-intérêts négatifs qui sont accordés en sus de la résolution du contrat, ont pour but de replacer le créancier dans la situation où il aurait été si le contrat n'avait pas été conclu, et non de lui accorder une compensation pour ce qu'il aurait pu retirer de l'exécution du contrat : ce que visent les dommages-intérêts positifs. On ne peut donc pas rompre le contrat et lui faire produire en même temps tous ses effets en termes de dommages-intérêts.

En cas de résolution du contrat, seule la perte subie par le créancier devrait être réparée, à l'exclusion du gain manqué qui ne devrait être pris en compte que dans le calcul des dommages-intérêts positifs. La solution du droit OHADA, qui est en déphasage avec celle du droit français qui, jusqu'à l'avènement de l'OHADA, était en vigueur dans la plupart des États membres de cette organisation, est inspirée de la CIVM (art. 74), qui a été elle-même fortement influencée par le droit anglo-américain. Or ce dernier admet de prononcer la résolution du contrat pour inexécution (*rescission for breach*) tout en accordant au créancier le bénéfice qu'il pouvait attendre de l'exécution du contrat (*the expectation interest*) (voir *M. Fabre-magnan, op. cit., p. 689*).

Un autre principe de réparation repris par l'article 281 alinéa 5 de l'AUDCG est celui de la limitation de la réparation au dommage direct, c'est-à-dire celui qui résulte directement de l'inexécution reprochée. Selon ce texte en effet, les dommages-intérêts doivent être accordés « en réparation de la perte subie et le gain manqué qui découlent immédiatement et directement de l'inexécution ». Ce principe est repris de l'article 1151 du Code civil qui dispose que « les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».

102. Il peut arriver qu'après la rupture du contrat, l'acheteur procède à un achat de remplacement, ou que le vendeur procède à une revente des marchandises. Même dans ces hypothèses, l'un et l'autre peuvent obtenir des dommages-intérêts sur la base de l'article 292 de l'AUDCG. Selon l'alinéa 1^{er} de ce texte, l'acheteur qui a procédé à un achat de remplacement après la rupture du contrat, « peut obtenir des dommages-intérêts correspondant à la différence entre le prix de l'achat de remplacement et le prix convenu au contrat ». De même, selon l'alinéa 2 de l'article 292, le vendeur qui a procédé à une revente des marchandises après la rupture du contrat de vente, « peut obtenir des dommages-intérêts correspondant à la différence entre le prix convenu au contrat et le prix de revente ». La solution consacrée par l'article 292 de l'AUDCG répond au souci de réparer la perte subie par le vendeur ou par l'acheteur du fait de l'inexécution du contrat qui a été par la suite rompu. Mais outre ces dommages-intérêts négatifs, le vendeur et l'acheteur peuvent, selon l'article 292 alinéas 1 et 2 in fine, prétendre à « tous autres dommages-intérêts dus pour autre cause ». Ces dommages-intérêts visent certainement à réparer tous les dommages qui n'auraient pas été couverts soit par la différence entre le prix de l'achat de remplacement et le prix convenu au contrat, soit par la différence entre le prix convenu au contrat et le prix de revente.

Les dommages-intérêts de l'article 281 alinéa 5 ne se cumulent pas avec ceux de l'article 292. Mais dans l'un et l'autre cas, le créancier ne peut prétendre à la

totalité des dommages-intérêts qui lui sont dus que s'il a pris toutes les mesures raisonnables pour minimiser le dommage.

b - Obligation de minimiser le dommage

103. L'obligation faite à la victime d'une inexécution de ses obligations contractuelles par son cocontractant de minimiser ou de modérer son dommage est consacrée par l'article 293 de l'AUDCG. Inspirée de l'article 77 de la CIVM, cette obligation était déjà consacrée par l'article 266 de l'ancien AUDCG. Elle trouve sa source première dans le droit anglo-américain et non dans le droit français où elle est encore ignorée par le législateur et par la Cour de cassation (*Cass. civ. 3^e, 19 mai 2009, n° 08-16002, obs. Y.-M. Laithier, RDC 2010/1, 52*).

Selon l'article 293 alinéa 1 de l'AUDCG, le vendeur ou l'acheteur « qui invoque une inexécution des obligations du contrat doit prendre toutes mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter sa perte, ou préserver son gain ». L'obligation de minimiser le dommage concerne non seulement la perte subie, mais également le gain manqué. La doctrine française rattache en général cette obligation à l'obligation de bonne foi ou de loyauté (*v. R. Demogue, Traité des obligations en général, II : Effets des obligations, t. VI, Paris, Arthur Rousseau, 1931, n°s 12 et s. ; Y. Picod, L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, op. cit., n° 13*), mais aussi à la faute de la victime (*C. Andre, sous Douai, 15 mars 2001, D. 2002, Cab. aff., 307*).

En cas de non-respect de son obligation de minimiser le dommage par le créancier victime de l'inexécution, le débiteur défaillant « peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait pu être évitée et du gain qui aurait pu être réalisé » (art. 293 alinéa 2 AUDCG). La faute du créancier qui a négligé de prendre « toutes mesures raisonnables » pour minimiser le dommage s'apprécie *in abstracto*. Mais le juge doit, dans cette appréciation, tenir compte des circonstances de l'espèce.

II - Intérêts moratoires

104. Les intérêts moratoires ou dommages-intérêts moratoires sanctionnent non plus l'inexécution d'une obligation contractuelle, mais le retard dans l'exécution de ses obligations contractuelles par un débiteur. Ils sont dus aussi bien en cas d'exécution tardive d'une obligation de somme d'argent qu'en cas de retard dans l'exécution d'une obligation de faire, en particulier dans la délivrance d'un bien (*M. Fabre-magnan, op. cit., p. 642*). Mais l'AUDCG n'a retenu que l'hypothèse du retard dans l'exécution d'une obligation de somme d'argent. L'article 291 alinéa 1 dispose en effet que tout retard dans le paiement du prix oblige au paiement des

intérêts (l'ancien AUDCG était dans le même sens (art. 263 alinéa 1)). Comme en droit commun, l'article 291 de l'AUDCG ne subordonne l'octroi des intérêts moratoires à la preuve d'aucun préjudice. C'est que, comme le précise l'article 1153 du code civil français, ces « dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte ». Les intérêts moratoires reposeraient donc sur une présomption irréfragable selon laquelle en matière d'obligation monétaire, le temps c'est de l'argent (*M. Fabre-magnan, op. cit., p. 642*).

Pour que des dommages-intérêts moratoires soient alloués au créancier, il faut, sinon qu'une date précise ait été fixée pour l'exécution, au moins qu'il soit évident que le débiteur a dépassé un délai raisonnable pour l'exécution. Dans le cas contraire, c'est-à-dire dans l'hypothèse où aucun délai d'exécution n'a été fixé, le créancier ne saurait demander des dommages-intérêts moratoires. Il en serait de même, *a fortiori*, si une clause du contrat prévoit expressément qu'aucun délai n'est garanti (*M. Fabre-magnan, op. cit., p. 642*).

Les intérêts moratoires ne commencent à courir, selon les termes de l'article 291 alinéa 2 de l'AUDCG, qu'à compter de l'envoi de la mise en demeure adressée par le vendeur à l'acheteur par lettre recommandée avec avis de réception ou tout autre moyen équivalent. Ils sont calculés au taux d'intérêt légal (art. 291 alinéa 1 AUDCG), lequel est fixé par chaque État partie.

Selon l'article 291 alinéa 1 in fine de l'AUDCG, les intérêts moratoires peuvent se cumuler avec d'autres dommages-intérêts éventuellement dus pour autre cause. Sont ici visées toutes les situations où le vendeur a subi un préjudice du fait du paiement tardif du prix par l'acheteur.

§2 - Exonération de responsabilité

105. En droit commun, les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque l'inexécution est imputable au débiteur défaillant. Lorsque celle-ci est imputable à un autre événement, le débiteur dont les obligations n'ont pas été exécutées est exonéré. Cette règle est posée en droit commun par l'article 1148 du Code civil qui vise comme causes d'exonération la force majeure ou le cas fortuit. On la retrouve également dans la CVIM (art. 79) qui a largement inspiré l'AUDCG. C'est donc sans surprise qu'elle a été reprise par l'ancien AUDCG (art. 267) et par le nouvel AUDCG (art. 294). Selon ce dernier texte, pour exonérer sa responsabilité, le débiteur doit prouver que l'inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté. Le législateur n'a pas dit ce qu'on doit entendre par cette expression. Mais les exemples qu'il en donne sont assez significatifs : fait d'un tiers ou cas de force majeure. Il résulte de ces exemples que l'empêchement indépendant de la volonté du débiteur défaillant est tout événement qui remplit les caractères d'un cas de force majeure. Le législateur vise expressément le fait d'un tiers, mais

on peut y ajouter le cas fortuit et la faute de la victime remplissant les caractères de la force majeure.

La définition de la force majeure est donnée par l'article 294 alinéa 2 de l'AUDCG (l'ancien AUDCG ne la définissait pas). Aux termes de ce texte, « constitue un cas de force majeure tout empêchement indépendant de la volonté et que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans sa survenance ou dans ses conséquences ». La question peut se poser de savoir si cette définition est identique à celle donnée à la force majeure en droit commun à savoir un événement imprévisible, insurmontable et extérieur (*voir Assemblée plénière de la Cour de cassation, 14 avril 2006, n° 02-11168 ; D. 2006, 1577, note P. Jourdain ; D. 2006, chron. 566, obs. D. Noguera, pan., 1933, obs. Ph. Brun et 2645, obs. L. Leveneur*). L'article 294 alinéa 2 de l'AUDCG n'emploie certes pas les mêmes terminologies que celles en vigueur en droit commun, mais les formules qu'il utilise sont incontestablement les synonymes des notions d'extériorité, d'irrésistibilité et d'imprévisibilité. Ainsi, l'empêchement indépendant de la volonté rappelle l'exigence d'extériorité de la force majeure. L'empêchement que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans sa survenance renvoie au caractère imprévisible de la force majeure. Enfin l'empêchement que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans ses conséquences rappelle le caractère irrésistible ou insurmontable de la force majeure.

La preuve de la force majeure ou des autres événements en remplissant les caractères incombe au débiteur de l'obligation inexécutée. S'il réussit dans son entreprise, sa responsabilité est totalement exonérée.

Le fait du tiers cause d'exonération totale de responsabilité n'est pas celui du tiers qui a été chargé par le débiteur d'exécuter tout ou partie du contrat (art. 295 AUDCG). En une telle occurrence, le débiteur de l'obligation inexécutée est contractuellement responsable du fait du tiers qu'il a introduit dans l'exécution du contrat (*sur la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, voir G. Jiogue, La responsabilité civile du fait d'autrui : réflexions à partir des droits français et camerounais, thèse de doctorat d'État, Yaoundé II, 2005, n°s 175 et s.*).

§3 - Prescription en matière de vente commerciale

106. L'ancien AUDCG réglementait dans les détails la prescription applicable à la vente commerciale. Il y avait consacré neuf articles. Le nouvel AUDCG est moins prolix : seuls deux articles sont consacrés à la prescription traitée au chapitre VII du titre V du Livre VIII consacré à la vente commerciale. Mais il ne s'agit pas des seuls articles de l'AUDCG qui traitent de la prescription. Celle-ci est également traitée au chapitre IV du Livre I qui constitue le régime général de la prescription en matière commerciale auquel renvoie d'ailleurs l'article 301 alinéa 1 sur la vente commerciale (l'ancien AUDCG n'avait consacré qu'un seul article au régime général de la prescription, l'article 18).

Le régime de la prescription applicable à la vente commerciale est donc énoncé dans deux chapitres distincts. Il faut donc procéder à la lecture combinée de ces deux chapitres. Ces derniers traitent du délai de prescription, du point de départ du délai de prescription, de la computation du délai de prescription, de la suspension et de l'interruption de la prescription, du régime des interruptions et du traitement de la prescription par les juges et les parties.

Le délai de prescription des obligations commerciales ou mixtes est de cinq ans, sauf si elles sont soumises à des prescriptions plus courtes (art. 16 AUDCG). L'alinéa 2 de l'article 301 de l'AUDCG apporte une dérogation à ce délai de droit commun. Aux termes de ce texte, sauf dispositions contraires prévues par le Livre VIII, le délai de prescription en matière de vente commerciale est de deux ans. À notre connaissance, la seule disposition contraire dont parle l'article 301 de l'AUDCG est l'article 259 de l'AUDCG qui fixe à un an le délai de prescription de l'action de l'acheteur fondée sur un défaut de conformité caché le jour de la prise de livraison.

Le point de départ du délai de prescription est le jour où le titulaire du droit d'agir a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son action (art. 17 AUDCG). Cependant, s'agissant de l'action de l'acheteur fondée sur un défaut de conformité caché le jour de la prise de livraison, le point de départ du délai de prescription est reporté à la date d'expiration de la garantie contractuelle si celle-ci a été donnée par le vendeur. La prescription est également retardée d'une part à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition jusqu'à ce que la condition arrive, d'autre part à l'égard d'une créance à terme jusqu'à ce que ce terme soit arrivé, et enfin à l'égard d'une action en garantie jusqu'à ce que l'éviction ait eu lieu (art. 19 AUDCG).

S'agissant de la computation du délai de prescription, l'article 18 AUDCG dispose que la prescription se compte par jours et non par heures. Elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli.

107. S'agissant de la de suspension et de l'interruption de la prescription, aux termes de l'article 20 de l'AUDCG consacré à la suspension de la prescription, le cours de la prescription est arrêté sans effacer le délai déjà couru. Contrairement à la suspension, l'interruption de la prescription, qui est décrite à l'article 22 de l'AUDCG, a pour effet d'effacer le délai de prescription acquis et de faire courir un nouveau délai de même durée que l'ancien.

Les cas de suspension de la prescription sont donnés par l'article 21 de l'AUDCG. Contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure, la prescription ne court pas ou est suspendue. Quant aux cas d'interruption de la prescription, ils sont énoncés par les articles 23 et 24 de l'AUDCG. Il s'agit de la reconnaissance par le débiteur, de la demande en justice, même en cas d'incompétence ou d'annulation de l'acte introductif d'instance et de l'acte d'exécution forcée.

L'interruption de la prescription produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance. Elle est non avenue si le demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse périmer l'instance ou si sa demande est définitivement rejetée (art. 23 alinéa 2 in fine de l'AUDCG).

108. La prescription ne peut être relevée d'office mais, sauf renonciation, elle peut être opposée en tout état de cause, même en appel (art. 26 AUDCG) et le paiement d'une dette prescrite ne peut être répété (art. 27 AUDCG).

La prescription n'est pas d'ordre public. Mais on ne peut renoncer qu'à une prescription acquise (art. 28 al. 1 AUDCG). La renonciation peut être expresse ou tacite (art. 28 al. 2 AUDCG). Elle n'est pas ouverte à celui qui ne peut exercer par lui-même ses droits (art. 28 al. 3 AUDCG). Quand bien même le débiteur aurait renoncé à opposer ou invoquer la prescription, un créancier ou toute autre personne ayant intérêt à ce qu'elle soit acquise peut l'opposer ou l'invoquer (art. 28 al. 4 AUDCG). Enfin, les parties sont libres d'aménager, par accord commun, le régime de la prescription future ou en cours (art. 29 AUDCG).

Section II - Remèdes spécifiques à l'inexécution des obligations de chaque partie

109. Les règles particulières sur le contentieux de la vente commerciale déterminent les remèdes spécifiques à l'inexécution des obligations du vendeur (§1) et les remèdes spécifiques à l'inexécution des obligations de l'acheteur (§2).

§1 - Remèdes en cas d'inexécution des obligations du vendeur

110. Les remèdes à l'inexécution des obligations du vendeur étaient déjà prévus par l'ancien AUDCG. Il s'agissait de l'exécution forcée, de l'exécution volontaire, du refus de prendre livraison, de la réfaction du prix et de la résolution judiciaire. Ce dernier remède fait désormais partie des règles générales sur le contentieux de la vente commerciale (voir supra). L'exécution forcée à l'initiative de l'acheteur n'a pas été reprise. Ont en revanche été retenus l'exception d'inexécution anticipée (A), l'exécution volontaire (B), la réfaction du prix (C) et le refus de prendre livraison (D).

A - Exception d'inexécution anticipée

111. L'exception d'inexécution anticipée était déjà prévue dans l'ancien AUDCG par l'article 245 qui était commun à l'acheteur et au vendeur. Le droit pour ce dernier de demander au juge de différer l'exécution de ses obligations est désormais traité par un article à part.

L'acheteur ne peut demander la prescription de ce remède au juge (III) que lorsqu'il y a risque d'inexécution par le vendeur de l'intégralité de son obligation de livraison (I). L'acheteur ne peut également se prévaloir du risque d'inexécution que dans certains cas (II). Comme en droit commun, l'exception d'inexécution produit des effets (IV).

I - Risque d'inexécution de l'intégralité de son obligation de livraison des marchandises par le vendeur

112. La vente commerciale met à la charge du vendeur trois principales obligations : l'obligation de livraison, l'obligation de conformité et l'obligation de garantie. Selon l'article 282 de l'AUDCG, l'acheteur ne peut demander à différer l'exécution de son obligation de payer le prix que dans la seule hypothèse où le vendeur risque de ne pas exécuter dans les délais convenus l'intégralité de son obligation de livraison des marchandises. Il en résulte que dans la vente commerciale OHADA, seul le risque d'inexécution de l'obligation de livraison peut justifier la mise en œuvre de l'exception d'inexécution par l'acheteur. Or en droit commun de la vente, l'exception d'inexécution peut également être opposée en cas d'éviction ou de risque d'éviction de l'acheteur (art. 1653 C. civ.). La solution adoptée par le législateur OHADA ne nous semble pas justifiée. Le risque d'inexécution de toutes les obligations du vendeur devrait donner lieu à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution. Il devrait en être ainsi, comme en droit commun, lorsqu'il y a risque d'éviction de l'acheteur. Il devrait en être de même en cas de révélation d'un défaut de conformité à l'issue de l'inspection des marchandises en cours de fabrication.

Il y a eu un changement notable par rapport au droit antérieur. L'article 245 de l'ancien AUDCG posait que la suspension ne pouvait intervenir que si le risque d'inexécution par l'une des parties portait sur une « partie essentielle de ses obligations ». La notion de « partie essentielle » prêtait à équivoque et sa mise en application pouvait être difficile. C'est sans doute la raison pour laquelle elle a été abandonnée par le nouvel AUDCG. D'après ce dernier, la suspension ne peut intervenir que si le vendeur risque de ne pas exécuter l'intégralité de son obligation de livraison des marchandises. Il en résulte qu'en cas de livraison partielle, aussi importante soit-elle, l'acheteur peut toujours solliciter la suspension de son obligation de payer le prix. Seule la livraison intégrale peut faire échec à l'exception d'inexécution.

En droit commun, l'exception d'inexécution suppose une inexécution avérée de ses obligations par l'une des parties à un contrat synallagmatique. Or d'après l'article 282 de l'AUDCG, ce remède peut être sollicité par l'acheteur « si le vendeur ne paraît pas en mesure d'exécuter dans les délais convenus l'intégralité de son obligation de livraison des marchandises ». Il en résulte que dans le cas de la vente commerciale OHADA, le risque d'inexécution suffit pour que l'exception d'inexécution

soit mise en œuvre. Aussi parle-t-on d'exception d'inexécution anticipée ou de sanction préventive. En droit commun, l'exception d'inexécution peut jouer quelle que soit la raison qui justifie cette inexécution. Tel n'est pas le cas en matière de vente commerciale.

II - Cas d'ouverture de l'exception d'inexécution anticipée

113. Selon l'article 282 de l'AUDCG, l'exception d'inexécution anticipée n'est ouverte que dans deux cas : l'insuffisance des capacités de fabrication du vendeur et l'inadaptation de ses moyens de production. Le premier cas était déjà visé par l'article 245 de l'ancien AUDCG. Mais sous le droit antérieur, il devait s'agir d'une « grave » insuffisance. Avec le nouvel AUCG, une simple insuffisance des capacités de production semble suffire dès lors qu'elle est en mesure d'empêcher le vendeur d'exécuter dans les délais convenus l'intégralité de son obligation de livraison des marchandises. Les indices de l'insuffisance des capacités de fabrication du vendeur peuvent être les retards répétés, les différends du vendeur avec ses fournisseurs et les difficultés de fabrication dues à la pénurie de matières premières (*v. A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit., n° 662, p. 409*).

Le deuxième cas d'ouverture de l'exception d'inexécution anticipée est l'inadaptation des moyens de production du vendeur. L'exemple le plus caractéristique est le défaut de technologie appropriée.

Un troisième cas d'ouverture admis par l'article 245 de l'ancien AUDCG et par la CIVM (art. 71) n'a pas été reconduit par l'article 282 de l'actuel AUDCG : la manière dont le vendeur s'apprête à exécuter ou exécute le contrat. Cette circonstance peut bien être révélatrice d'un risque d'inexécution. Ainsi par exemple, le fait que le vendeur n'ait pas obtenu le crédit devant servir à financer l'acquisition des machines, l'achat des matières premières ou de tout autre facteur de production devrait suffire à établir le risque d'inexécution de l'intégralité de son obligation de livraison des marchandises.

L'exception d'inexécution anticipée n'est qu'une mesure exceptionnelle. Aussi est-elle admise de manière restrictive. Lorsqu'aucun des cas d'ouverture de l'article 282 de l'AUDCG n'existe, l'acheteur doit attendre l'échéance des délais convenus avant d'agir. En cas d'inexécution avérée par le vendeur de son obligation de livraison des marchandises à échéance, l'acheteur peut soit s'abstenir lui-même d'exécuter son obligation de payer le prix, soit solliciter la résolution du contrat ou même l'imposer de manière unilatérale si les conditions de l'article 281 alinéa 2 sont réunies.

III - Nécessaire autorisation du juge

114. En droit commun, l'exception d'inexécution est

une voie de justice privée. Celui qui l'invoque le fait de sa propre autorité, sans autorisation préalable du juge. En droit de la vente commerciale OHADA, la mise en œuvre de l'exception d'inexécution est exclusivement judiciaire (art. 245 ancien AUDCG ; art. 282 actuel AUDCG).

Le recours au juge semble justifié par le fait que l'inexécution n'est pas encore avérée. Il lui reviendra donc d'apprécier souverainement, sur la base des cas d'ouverture prévus par le législateur, le risque d'inexécution invoqué par l'acheteur. Mais avec la consécration du principe de résolution unilatérale du contrat de vente commerciale par une partie à ses risques et périls (art. 281 al. 1 AUDCG), il n'aurait pas été illogique si le législateur OHADA reconnaissait également à l'acheteur le droit de suspendre à ses risques et périls le paiement du prix lorsqu'il y a des raisons de croire que le vendeur n'exécutera pas l'intégralité de son obligation de livraison des marchandises (C'est la solution qu'a adoptée la CIVM (art. 71). D'ailleurs en droit commun, l'exception d'inexécution est exercée unilatéralement sous réserve d'un contrôle judiciaire *a posteriori*. En effet, si le débiteur estime que les conditions de l'exception d'inexécution ne sont pas réunies, il lui revient de saisir le juge pour en faire la démonstration.

Compte tenu du fait qu'il s'agit d'une exception d'inexécution anticipée, le juge doit statuer à bref délai. Cette exigence n'existait pas dans l'ancien AUDCG. Elle a pour effet d'éviter que le juge ne statue après l'échéance des délais impartis au vendeur pour livrer les marchandises. Sinon, il n'y aurait plus exception d'inexécution anticipée, mais exception d'inexécution classique. Or dans cette hypothèse, le recours au juge n'est pas nécessaire.

IV - Effets de l'exception d'inexécution

115. En vertu de l'autorisation du juge, l'acheteur a le droit de différer l'exécution de son obligation de payer. Comme en droit commun, cette suspension n'est que provisoire. Dès que le vendeur a exécuté l'intégralité de son obligation de livraison des marchandises, l'exception doit cesser. Mais pour éviter que la situation d'attente ne dure indéfiniment, l'acheteur a le droit de demander la résolution du contrat pour inexécution. Il doit pour ce faire attendre l'échéance des délais convenus. En effet, la résolution anticipée n'est plus admise en droit OHADA (cf. art. 246 anc. AUDCG qui n'a pas été repris par le nouvel AUDCG).

L'autorisation du juge qui accorde l'exception d'inexécution anticipée peut être assortie de l'obligation de consigner tout ou partie du prix. Cette mesure vise à prémunir le vendeur qui pourra en fin de compte livrer les marchandises, contre une éventuelle insolvabilité de l'acheteur ou tout simplement contre le refus d'exécuter son obligation de payer. Cette mesure éviterait ainsi au vendeur de devoir solliciter la résolution du contrat et la restitution des marchandises qu'il a livrées.

B - Exécution volontaire

116. Le vendeur qui n'a pas inexécuté ou a mal exécuté ses obligations dans les délais convenus peut toujours se rattraper. Pour ce faire, l'AUDCG lui offre, suivant les circonstances, deux remèdes : le remplacement (I) et la mise en conformité (II).

I - Remplacement

117. La conception du remplacement consacrée par le nouvel AUDCG est différente de celle de droit commun et de l'ancien AUDCG.

En droit commun, le remplacement commercial est la faculté reconnue à l'acheteur de s'adresser à un autre fournisseur, tiers au premier contrat, pour acquérir la marchandise désirée et de se faire rembourser la différence de cours souvent constatée, voire les frais supplémentaires occasionnés par la défaillance du premier vendeur (v. B. Mercadal Memento et F. Lefebvre, *Droit des affaires*, 1999, n° 8096, cité par D. Plantamp, *Le particularisme de remplacement dans la vente commerciale*, D. 2000, chron. 243).

Dans l'ancien AUDCG, l'acheteur avait la faculté de demander au vendeur, et non plus à un tiers, en cas de livraison de marchandises non conformes, le remplacement de celles-ci, à condition que le défaut de conformité constitue un manquement essentiel au contrat.

Selon l'article 283 alinéa 1 du nouvel AUDCG, en cas de défaut de conformité invoqué par l'acheteur dans les délais prescrits, c'est le vendeur, et non plus l'acheteur, qui a la faculté d'imposer à ce dernier, à ses frais exclusifs et sans délai, le remplacement des marchandises défectueuses par des marchandises conformes. Une autre différence avec le droit OHADA antérieur est la disparition de la condition selon laquelle le défaut de conformité doit constituer un manquement essentiel du contrat. Désormais, le remplacement commercial est possible quelle que soit la gravité du défaut de conformité.

Dans le souci de sauver le contrat de vente au cas où le vendeur n'agit pas de toute urgence (sans délai), l'alinéa 2 de l'article 283 de l'AUDCG prévoit que l'acheteur peut convenir avec le vendeur d'un délai supplémentaire pour le remplacement, toujours aux frais exclusifs du vendeur, des marchandises défectueuses par des marchandises conformes. Le délai supplémentaire arrêté de commun accord par le vendeur et l'acheteur s'impose aux deux parties. Aussi est-il interdit à l'acheteur d'invoquer, avant le terme de ce nouveau délai, l'inexécution des obligations du vendeur (art. 283 al. 3 AUDCG). En outre, si le vendeur exécute ses obligations dans ce délai, l'acheteur ne peut prétendre à des dommages-intérêts (art. 283 alinéa 3). Même après à l'expiration du délai supplémentaire, le vendeur peut toujours sauver le contrat en procédant à la réparation du défaut de conformité.

II - Mise en conformité

118. En cas de non-conformité, l'acheteur disposait sous l'ancien AUDCG de deux remèdes selon le caractère essentiel ou non du manquement : il pouvait demander soit le remplacement des marchandises, soit leur mise en conformité. Ces deux remèdes ont été reconduits par le nouvel AUDCG. Le remplacement commercial est admis dans les conditions et délais qui viennent d'être précisés. S'agissant de la mise en conformité, elle est consacrée par l'article 284 de l'AUDCG qui reconnaît au vendeur la faculté de réparer à ses frais exclusifs tout manquement à ses obligations, même après l'expiration des délais prévus pour procéder au remplacement commercial par les alinéas 2 et 3 de l'article 284 de l'AUDCG. Le critère de manquement essentiel qui permettait de distinguer l'hypothèse d'admission du remplacement de celle de la réparation ayant disparu, les rédacteurs du nouvel AUDCG ont fait de la réparation un remède subsidiaire. Ce n'est qu'à l'expiration des délais prévus pour procéder au remplacement commercial que le vendeur peut procéder à la mise en conformité. Mais la hiérarchie ainsi établie entre le remplacement et la réparation n'est pas d'ordre public. Le vendeur pourrait donc, après dénonciation du défaut de conformité par l'acheteur, procéder directement à la réparation de ce défaut.

Mais l'article 284 in fine de l'AUDCG fait dépendre la réparation de la volonté de l'acheteur. En effet, ce dernier peut s'y opposer. En outre, lorsque le délai imparti pour procéder au remplacement a expiré, l'acheteur a le droit de demander des dommages-intérêts. Ceux-ci lui sont accordés pour compenser le défaut de conformité des marchandises. Ils devraient donc être limités à la perte subie.

C - Réfaction du prix

119. La réfaction du prix est une sanction originale, propre au droit commercial, qui permet à l'acheteur d'obtenir, en contrepartie d'une prestation insuffisante de la part du vendeur, une réduction du prix de vente (*R. Bout, C. Prieto et G. Cas, Lamy droit économique 1988, n° 4604, p. 1678*). Déjà prévue par l'article 260 de l'ancien AUDCG, cette sanction a été reprise par l'article 288 de l'actuel AUDCG.

Comme sous l'ancien AUDCG, la réfaction du prix s'effectue sans recours au juge. Elle n'est autorisée par l'AUDCG qu'en cas de défaut de conformité des marchandises par rapport au contrat. En vertu de cette sanction unilatérale, l'acheteur peut réduire le prix du montant de la différence entre la valeur que des marchandises conformes auraient eu au moment de la livraison et la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient à ce moment.

Sanction unilatérale, la réfaction du prix est naturellement exercée par l'acheteur sous réserve d'un

contrôle judiciaire *a posteriori* en cas de contestation par le vendeur.

D - Refus de prendre livraison

120. La livraison anticipée ou excédentaire des marchandises n'est pas une inexécution de son obligation par le vendeur. Pourtant, le législateur OHADA la considère comme telle et accorde à l'acheteur en de telles occurrences un droit d'option : refuser ou accepter la livraison (art. 262 anc. AUDCG ; art. 290 actuel AUDCG). En cas de livraison excédentaire, il ne peut refuser de prendre que livraison de la quantité excédentaire. Mais si l'acheteur accepte tout ou partie de l'excédent, il doit le payer au tarif du contrat (art. 290 al. 3 AUDCG).

La question peut se poser de savoir quelle est la portée du refus de prendre livraison de l'acheteur en cas de livraison anticipée. Ce refus n'a aucune incidence sur l'exécution du contrat. En une telle occurrence, il revient au vendeur de reprendre les marchandises pour les présenter de nouveau à la date de livraison (*A. Pedro Santos et J. Yado Toe, OHADA, Droit commercial général, op. cit., n° 683, p. 423*).

§2 - Remèdes en cas d'inexécution des obligations de l'acheteur

121. Lorsqu'il y a risque d'inexécution de ses obligations par l'acheteur, le vendeur peut demander la suspension de l'exécution de ses propres obligations (A). En cas d'inexécution à l'échéance du terme convenu, le vendeur peut toujours exiger à l'acheteur l'exécution de ses obligations en lui accordant un délai supplémentaire (B).

A - Exception d'inexécution anticipée

122. Le droit de mettre en œuvre l'exception d'inexécution anticipée n'appartient pas seulement à l'acheteur mais également au vendeur. Ce droit est consacré par l'article 285 de l'AUDCG et est reconnu au vendeur lorsqu'il y a risque que l'acheteur ne paie pas l'intégralité du prix.

Les cas d'ouverture de l'exception d'inexécution sont limitativement énumérés par le législateur. Le risque de non-paiement de l'intégralité du prix par l'acheteur peut être lié soit à son insolvabilité, soit à la cessation de ses paiements ou encore à ses retards dans les échéances convenues.

Comme dans le cas de l'acheteur, l'intervention du juge est nécessaire et ce dernier doit statuer à bref délai. L'exception d'inexécution autorisée par le juge produit les mêmes effets que dans le cas de l'acheteur. En outre, l'autorisation du juge peut être assortie de l'obligation de consigner les marchandises aux frais avancés par le vendeur (article 285 in fine).

B - Octroi d'un délai supplémentaire pour le paiement du prix

123. Contrairement à l'acheteur à qui le nouvel AUDCG n'a plus reconnu le droit d'exiger du vendeur l'exécution de toutes ses obligations ou de certaines d'entre elles (ce droit était consacré par l'article 250 de l'ancien AUDCG), le vendeur a vu son droit à l'exécution forcée reconduit. Ainsi, comme sous l'ancien AUDCG (art. 257 anc. AUDCG), il est prévu par le nouvel AUDCG que le vendeur peut accorder à l'acheteur un délai supplémentaire pour le paiement du prix (art. 286 actuel AUDCG). Dans l'ancien AUDCG, ce délai devait être raisonnable. Cette exigence n'a pas été reprise par l'article 286 de l'actuel AUDCG. Mais il ne fait aucun doute qu'en cas de contentieux, le juge pourra toujours apprécier si le délai supplémentaire accordé à l'acheteur était ou non raisonnable.

Le délai supplémentaire accordé à l'acheteur doit être respecté par le vendeur. Par conséquent, il ne peut, avant le terme de ce nouveau délai, invoquer l'inexécution des obligations de l'acheteur. Dès lors, si l'acheteur exécute ses obligations dans ce délai, le vendeur ne peut prétendre à des dommages-intérêts (art. 286 in fine AUDCG). Mais passé ce délai, le vendeur a un droit d'option : soit accepter le paiement du prix si l'acheteur est encore disposé à exécuter son obligation, soit s'y opposer (art. 287 AUDCG). Dans ce dernier cas, il pourra demander des dommages-intérêts. Le vendeur ayant déjà exécuté ses obligations, les dommages-intérêts dont il s'agit sont la sanction principale de l'inexécution des obligations de l'acheteur et non le complément de la résolution du contrat de vente. Autrement dit, il s'agit des dommages-intérêts positifs et non des dommages-intérêts négatifs.

Grégoire JIOGUE

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Acceptation 22, 26, 30, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 76

B

Bonne foi 15, 17, 203

C

Chose 5, 20, 25, 42, 43, 44, 46, 65, 66, 68, 69, 71, 97, 98
Commerçant 4, 5, 6
Conformité 54, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 6984, 85, 89, 95, 106, 112, 116
Consensualisme 15, 16, 17
Contre-proposition 34, 35, 36

D

Dommage 19, 69, 100, 101, 102, 103
Dommages-intérêts 95, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 117

E

Exécution 19, 51, 90, 98, 115
Intérêts 45, 99, 104

G

Garantie 54, 64, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 89, 95, 106

I

Inexécution 1, 66, 83, 90, 91, 92, 95, 96, 98, 100, 101, 102, 103, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 120, 121, 122, 123

L

Livraison 36, 40, 49, 82, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 64, 69, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 88, 89, 95, 106, 110, 112, 113, 115, 117, 119, 120

M

Marchandise 1, 4, 5, 6, 8, 9, 25, 36, 50, 52, 53, 55, 56, 58, 59, 61, 67, 69, 70, 72, 75, 78, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 95, 98, 102, 111, 113, 114, 117, 118, 119, 120

N

Négociation 15, 18, 19, 41, 52

O

Obligation 1, 9, 16, 43, 47, 53, 55, 61, 62, 63, 64, 66, 69, 70, 78, 81, 83, 85, 86, 89, 91, 95, 97, 99, 100, 102, 103, 104, 105, 109, 110, 111, 114, 115, 117, 118, 120, 122, 123
Offre

P

Paiement 36, 78, 79, 80, 81, 82, 96, 98, 100, 104, 108, 114, 122, 123
Prescription 91, 106, 107, 108
Prix 20, 25, 36, 43, 46, 47, 49, 50, 51, 66, 69, 78, 80, 81, 82, 89, 95, 98, 102, 104, 110, 112, 113, 115, 119, 122
Proposition 24, 25, 26, 28, 34, 35, 36
Propriété 45, 53, 72, 87, 88, 89

R

Résolution 93, 94, 95, 96, 98, 99, 101, 110, 113, 114, 115, 123
Responsabilité 18, 30, 36, 69, 91, 97, 105
Risques 44, 69, 87, 89, 96, 114
Rupture 15, 18, 19, 95, 97, 101, 102

S

Service 6, 9, 38

V

Volonté 11, 16, 21, 24, 26, 29, 32, 39, 40, 49, 52, 105, 118

TABLE ANALYTIQUE DES ENTRÉES ET DES AUTEURS

Les chiffres renvoient aux pages

Actes de commerce (Sylvain KUATE TAMEGHE)	1
Actes uniformes OHADA : (Paul-Gérard POUGOUÉ : <i>Notion d'acte uniforme et Présentation de l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit du travail</i> ; Jean Claude JAMES : <i>Présentation de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général</i> ; Yvette Rachel KALIEU ELONGO : <i>Présentation de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés et Présentation de l'Acte uniforme portant organi- sation des procédures collectives d'apurement du passif</i> ; Robert NEMEDEU : <i>Présentation de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'in- térêts économique et Présentation des l'Acte uniforme por- tant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises</i> ; Gilbert KERE KERE : <i>Présentation de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution</i> ; Robert WANDA : <i>Présentation des l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises</i> ; Gaston KENFACK DOUAJNI : <i>Présentation de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage</i> ; Joseph Alain-BATOUAN BOUYOM : <i>Présentation de l'Acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route</i> ; Monique MOUTHIEU épouse NJANDEU : <i>Présentation de l'Acte uniforme relatif aux Sociétés coopératives</i> ; Pierre BOU- BOU : <i>Présentation du projet d'Acte uniforme relatif au contrat de consommation</i> ; Félix ONANA ETOUNDI : <i>Présentation de l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats</i>)	19
Actes uniformes et conflits de lois (Gérard NGOUMTSA ANOU)	174
Arbitrabilité (Sadjo OUSMANOU et Dorothé SOSSA)	226
Arbitrage selon l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (Jean-Marie TCHAKOUA)	236
Arbitrage sous l'égide de la CCJA (Pierre MEYER).....	293
Assemblées des sociétés et décisions collectives (René NJEUFACK TEMGWA).....	321
Associés (Elvice KAMTA FENDOP).....	353
Attractivité économique du droit OHADA (Roger MASAMBA : <i>Etude macroéconomique du droit OHADA</i> ; Paul-Gérard POUGOUÉ : <i>Réponse technique du droit OHADA</i>)	376
Bail commercial/bail à usage professionnel (Athanas FOKO).....	400
Biens et droits insaisissables (Alain Douglas WANDJI KAMGA)	440
Capital social (MBAYE NDIAYE MAYATTA)	462
Cautionnement (Yvette Rachel KALIEU ELONGO)	497
Cessation des paiements (Filiga Michel SAWADOGO).....	520
Commerçant (Victor-Emmanuel BOKALLI)	527
Commissaires aux apports et commissaires aux comptes (Jean GATSI)	534
Contrat de société (Paulette MIMBE épouse MVOMO ELA)	541
Contrat de transport de marchandises par route (André AKAM AKAM).....	549
Convention d'arbitrage (Jean Marie TCHAKOUA)	567
Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (Patrick LEVOA)	585
Dirigeants sociaux (NJOYA NKAMGA)	630
Droit de rétention (Moussa SAMB).....	716
Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard des créanciers (Filiga Michel SAWADOGO)	725
Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur (Filiga Michel SAWADOGO).....	752
Entreprenant (Sylvain KUATE TAMEGHE)	774
Expertise de gestion (NGOM MBISSANE)	786
Filiale, succursale, groupe de société (Jean GATSI).....	793
Fonds de commerce (Athanas FOKO)	804
Fusions, scissions, apports partiels d'actifs (Ndiaye MBAYE MAYATTA)	866
Gage (Yvette Rachel KALIEU ELONGO)	886
Garantie et contre-garantie autonomes (Moussa SAMB)	898
Groupement d'intérêt économique (Ndiaye MBAYE MAYATTA)	908
Hypothèque (Yvette Rachel KALIEU ELONGO)	917
Image fidèle du patrimoine de l'entrepreise (Robert NEMEDEU).....	937
Infractions relatives à la dissolution de la société (Spener YAWAGA)	948
Infractions relatives à la formation du capital (Philippe KEUBOU)	951
Infractions relatives à la gestion de la société (Nicole Claire NDOKO et Spener YAWAGA).....	957
Infractions relatives à la modification du capital (Spener YAWAGA)	988
Infractions relatives au contrôle de la gestion (François ANOUKAHA)	991
Infractions relatives aux actions (Philippe KEUBOU)	996
Infractions relatives aux procédures collectives (François ANOUKAHA).....	1004
Injonctions de payer, de délivrer ou de restituer (TWENGEMBO).....	1010
Intermédiaires de commerce (Paul-Gérard POUGOUÉ : <i>Régime juridique général</i> Monique MOUTHIEU épouse NJANDEU : <i>Agents com- merciaux</i> ; JosephAlain-BATOUAN BOUYOM : <i>Com- missionnaire</i> ; Justine TCHUNKAM épouse DIFFO : <i>Courtier</i>)	1048
Liquidation des biens (Jean Claude JAMES)	1104

Modèle d'intégration juridique OHADA (Bernard Raymond GUIMDO DONGMO : <i>Notion de modèle d'intégration</i> ; Paul-Gérard POUYOUÉ : <i>Spécificité du modèle d'intégration juridique OHADA</i>) 1120	Règlement préventif (François DECKON et Laurent AGBENOTO)..... 1546
Nantissements (Isidore Léopold MIENDJIEM)..... 1131	Règlements et décisions OHADA (Paul-Gérard POUYOUÉ : <i>Typologie et régime juridique des règlements et décisions, présentation du Règlement d'arbitrage CCJA</i> ; Idrissa KERE : <i>Les règlements dans la pratique</i> ; Joseph FOMETEU et Augustin Berceau OMGBA MBARGA : <i>Règlement de procédure CCJA</i>)..... 1566
Notion d'arbitrage (Paul-Gérard POUYOUÉ : <i>Définition et spécificité</i> ; Gaston KENFACK DOUAJINI : <i>Sources de l'arbitrage</i>)1176	Saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières (Joseph DJOGBENOU) 1600
Notion de droit OHADA (Paul-Gérard POUYOUÉ) 1203	Saisie des rémunérations (Sylvain KUATE TAMEGHE)..... 1618
Notion de gravité de comportement d'une partie au contrat de vente commerciale de l'OHADA (Pascal NGUIHE KANTE) 1224	Saisie foraine (Joseph Simplicie TCHATCHUENG) 1633
Notion de procédure collective d'apurement du passif (Yvette Rachel KALIEU ELONGO)..... 1245	Saisie immobilière (Paul-Gérard POUYOUÉ et Fidèle TEPPI KOLOKO) 1642
Notion de société commerciale (Monique MOUTHIEU épouse NJANDEU) 1264	Saisie-appréhension (Didier NGANKO) 1719
Obligations comptables et financières (Robert NEMEDEU et Robert WANDA) 1280	Saisie-revendication (Léopold Eugène BIBAKA ONDEAU) 1736
Organes des procédures collectives (Yvette Rachel KALIEU ELONGO)..... 1295	Saisies conservatoires (René NJEUFACK TEMGWA) 1744
Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) (Paul-Gérard POUYOUÉ) 1316	Saisie-vente (Jean Paul TCHOU BAYO)..... 1770
Période suspecte. Inopposabilité (Filiga Michel SAWADOGO)..... 1334	Sanctions civiles et commerciales des procédures collectives d'apurement du passif (Filiga Michel SAWADOGO) 1805
Personnalité morale des sociétés (Dénis POHE TOKPA) 1344	Société à responsabilité limitée (Diouf NDIAW)..... 1824
Politique criminelle de l'OHADA (Spener YAWAGA)..... 1382	Société anonyme avec administrateur général (François ANOUKAHA) 1847
Prescription extinctive commerciale OHADA (Paul-Gérard POUYOUÉ)..... 1402	Société anonyme avec conseil d'administration (Denis POHE TOKPA) 1853
Privilèges (Adolphe MINKOA SHE)..... 1413	Société anonyme faisant appel public à l'épargne (NGOM MBISSANE)..... 1883
Procédure d'alerte (Aziber Seïd ALGADI) 1425	Société coopérative (Sarah NANDJIP) 1909
Procédures collectives internationales (Filiga Michel SAWADOGO)..... 1435	Société de fait (Charles MBA OWONO)..... 1958
Propriété retenue ou cédée à titre de garantie (Yvette Rachel KALIEU ELONGO) 1443	Société en commandite simple (Diouf NDIAW)..... 1968
Redressement judiciaire : concordat de redressement (François DECKON et Laurent AGBENOTO)..... 1452	Société en nom collectif (Etienne NSIE)..... 1984
Régime général des sûretés (Isidore Léopold MIENDJIEM)..... 1480	Société en participation (ABOUDRAMANE OUATTARA) 1998
Registre du commerce et du crédit mobilier (Santos Pédro AKUETE et Komi ALEMAWO)..... 1510	Société entre époux (Noël GBAGUIDI) 2018
	Société unipersonnelle du droit OHADA (Robert NEMEDEU) 2049
	Théorie générale des voies d'exécution (Joseph FOMETEU) 2056
	Titres et valeurs mobilières (NGOM MBISSANE) ... 2088
	Vente commerciale (Grégoire JIOGUE) 2104

PRINCIPAUX TEXTES

I - Textes de l'OHADA

A- Traités

Traité de Port-Louis (Ile-Maurice) du 17 Octobre 1993 relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, J.O. OHADA n° 4, 01/11/97, p. 1

Traité de Québec du 17 Octobre 2008 portant révision du Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, signé à Port-Louis (Ile-Maurice), le 17 Octobre 1993, J.O. OHADA, 01/11/2009, n° 20, p. 2

B- Actes Uniformes

Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, J.O. OHADA, 01/10/97, n° 3, p. 1

Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général, J.O. OHADA, 01/10/1997, n° 1, p. 1

Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, J.O. OHADA, 01/10/1997, n° 2, p. 37

Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, J.O. OHADA, 01/06/98, n° 7, p. 1

Acte uniforme du 10 Avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, J.O. OHADA, 01/06/98, n° 6, p. 1

Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage, J.O. OHADA, 15/05/99, n° 8, p. 2

Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises sises dans les Etats-partis au traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, J.O. OHADA, 20/11/2000, n° 10, p. 1

Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route, J.O. OHADA, 31/07/03, n° 13, p. 3

Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif aux sociétés coopératives, J.O. OHADA, 15/02/2011, n° 23, p. 3

Acte uniforme portant organisation des sûretés (révisé le 15 Décembre 2010), J.O. OHADA, 15/02/2011, n° 22, p. 3

Acte uniforme portant sur le droit commercial général (révisé le 15 Décembre 2010), J.O. OHADA, 15/02/2011, n° 21, p. 5

C- Supports numériques

Traités, Règlements et Actes uniformes, Jurisprudence, Doctrine, Droit uniforme des affaires OHADA (CD-ROM), Nena, Dakar, 2011

Actes Uniformes (CD-ROM), Nena, Dakar, 2011

Actes uniformes/Uniform Acts, Bilingue Français-Anglais/Bilingual French-English (CD-ROM), Nena, Dakar, 2011
CD-ROM de jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et textes OHADA à jour au 31 décembre 2010, Juriafrica, 2011

D- Règlements

Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 18 avril 1996, J. O. OHADA, 01/11/97, n° 4, p. 9

Règlement n° 001/98/CM du 30 janvier 1998 portant règlement financier des Institutions de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, J.O. OHADA, 01/07/98, n° 5, p. 14

Règlement n° 002/98/CM du 30 janvier 1998 portant statut des fonctionnaires de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, J.O. OHADA, 01/07/98, n° 5, p. 18

Règlement n° 003/98/CM du 30 janvier 1998 portant régime applicable au personnel non permanent de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, J.O. OHADA, 01/07/98, n° 5, p. 26

Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, J.O. OHADA, 15/05/99, n° 8, p. 9

Règlement d'exécution n° 001 et 2000/SP/OHADA du 09 mai 2000 fixant les conditions d'application du statut des fonctionnaires de l'OHADA, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 14

Règlement d'exécution n° 002/2000/SP-OHADA fixant les indemnités à allouer aux fonctionnaires et aux agents non-permanents du Secrétariat Permanent de l'OHADA appelés à se déplacer par ordre ou pour le service, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 24

Règlement d'exécution n° 004/2000/SP/OHADA du 09 mai 2000 fixant le montant et les modalités d'attribution de l'indemnité d'équipement et d'installation aux fonctionnaires internationaux et agents de régime international du Secrétariat Permanent de l'OHADA, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 26

Règlement n° 004/2000/CM du 09 mai 2000 fixant les conditions financières et avantages attachés aux fonctions de juge de la CCJA, de Secrétaire Permanent de l'OHADA et de Directeur Général de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 13

Règlement n° 005/2000/CM-OHADA du 09 mai 2000 portant modification du Règlement n° 001/98/CM du 30 janvier 1998 portant règlement financier des institutions de l'OHADA, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 26

Règlement n° 001/2001/CM du 23 mars 2001 portant organisation et fonctionnement du Secrétariat Permanent de l'OHADA, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 31

Règlement intérieur de la CCJA de l'OHADA en matière d'arbitrage, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 35

- Règlement intérieur de la CCJA de l'OHADA en matière contentieuse et consultative, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 49
- Règlement n° 001/2003/CM du 22 mars 2003 portant création, organisation et fonctionnement du comité des experts de l'OHADA, J.O. OHADA, 31/07/03, n° 13, p. 20
- Règlement n° 002/2003/CM du 18 octobre 2003 relatif au mécanisme de financement autonome de l'OHADA, J.O. OHADA, 20/12/03, n° 14, p. 13
- Règlement n° 002/2007/CM/OHADA du 12 décembre 2007 portant révision du statut du personnel, J.O. OHADA, 01/11/2009, n° 20, p. 20
- Règlement n° 001 et 2009/CM/OHADA du 22 mai 2009 portant attributions et organisation du Secrétariat Permanent de l'OHADA, J.O. OHADA, 01/11/2009, n° 20, p. 21
- Règlement n° 002/2009/CM/OHADA du 22 mai 2009 portant création, organisation et fonctionnement de la Commission de Normalisation Comptable de l'OHADA, J.O. OHADA, 01/11/2009, n° 20, p. 28
- Règlement instituant un Comité technique des normes informatiques, adopté le 15 décembre 2010 à Lomé.

E - Décisions

- Décision n° 001/96/CM du 26 septembre 1996 portant attribution du siège de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, J.O. OHADA, 01/07/98, n° 5, p. 2
- Décision n° 002/96/CM du 26 septembre 1996 portant attribution du siège du Secrétariat Permanent, J.O. OHADA, 01/07/98, n° 5, p. 3
- Décision n° 003/96/CM du 26 septembre 1996 portant attribution du siège de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature, J.O. OHADA, 01/07/98, n° 5, p. 4
- Décision n° 004/96/CM du 26 septembre 1996 portant nominations des juges de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, J.O. OHADA, 01/07/98, n° 5, p. 5
- Décision n° 005/96/CM du 26 septembre 1996 portant nomination du Secrétaire Permanent, J.O. OHADA, 01/07/98, n° 5, p. 6
- Décision n° 006/96/CM du 26 septembre 1996 portant nomination du Directeur de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature, J.O. OHADA, 01/07/98, n° 5, p. 7
- Décision du 07 avril 1997 portant nomination du greffier en chef de la CCJA, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 3
- Décision n° 001/97/CM du 17 avril 1997 sur la prise en charge des frais de fonctionnement des institutions de l'OHADA pour l'année 1997, J.O. OHADA, 01/07/98, n° 5, p. 8
- Décision du Conseil des Ministres n° 001/98/CM du 10 avril 1998 portant création d'un comité de concertation et de suivi (CCS), J.O. OHADA, 01/07/98, n° 5, p. 8
- Décision du Conseil des Ministres n° 002/98/CM du 10 avril 1998 portant fixation du siège de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA), J.O. OHADA, 01/07/98, n° 5, p. 9
- Décision du 12 janvier 1999 portant nomination d'un agent comptable au Secrétariat Permanent de l'OHADA, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 4
- Décision n° 001/99/CCJA du 04 février 1999 établissant la liste des jours fériés en application des dispositions de l'article 25.4 du Règlement de Procédure de la CCJA, J.O. OHADA, 15/09/99, n° 9, p. 14
- Décision n° 002/99/CCJA du 04 février 1999 augmentant les délais de procédures en raison de la distance, J.O. OHADA, 15/09/99, n° 9, p. 14
- Décision n° 003/99/CCJA du 04 février 1999 fixant les tarifs des actes du greffe de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, J.O. OHADA, 15/09/99, n° 9, p. 15
- Décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage, J.O. OHADA, 15/05/99, n° 8, p. 21
- Décision du 24 mars 2000, portant nomination du Directeur Général de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 5
- Décision du 24 mars 2000, portant élection d'un juge à la CCJA, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 5
- Décision n° 001/2000/CCJA fixant la rémunération, les frais de déplacement et de séjour des avocats, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 58
- Décision n° 01/2000/CCJA portant création, organisation et fonctionnement de la régie des recettes et des dépenses du greffe de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 69
- Décision n° 002/2000/CCJA/ADM/ARB établissant la liste des arbitres au titre de l'année 2000, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 60
- Décision n° 01/2001/CCJA/ADM/ARB établissant la liste des arbitres au titre de l'année 2001, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 86
- Décision n° 001/2001/CM portant nomination du Secrétaire Permanent de l'OHADA, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 5
- Décision n° 002/2001/CM relative au programme d'harmonisation du droit des affaires en Afrique, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 32
- Décision n° 003/2001/CM relative à la création du site Internet ohada.com, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 32
- Décision du 18 Juin 2001, portant nomination du Directeur de l'administration générale du J.O et des relations publiques du Secrétariat Permanent de l'OHADA, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 5
- Décision n° 307/2001/SP/OHADA portant nomination du Directeur des affaires juridiques et des relations avec les institutions, J.O. OHADA, 01/01/02, n° 11, p. 6
- Décision n° 003/2003/CM portant nomination du Directeur Général de l'ERSUMA, J.O. OHADA, 20/12/03, n° 14, p. 17
- Décision n° 001/2004/CM du 27 mars 2004 portant création d'un poste d'expert auprès du Secrétaire Permanent chargé du suivi du prélèvement OHADA, J.O. OHADA, 15/04/04, n° 15, p. 12
- Décision n° 001/2004/CM relative à la mise à la disposition de l'ERSUMA d'un complément de budget, J.O. OHADA, 01/07/05, n° 16, p. 10
- Décision n° 001/2004/SP/CA portant constatation de fin de mandat, J.O. OHADA, 01/07/05, n° 16, p. 12
- Décision n° 002/2004/CM du 27 mars 2004 portant création du comité ad-hoc chargé de réfléchir à l'élaboration d'une nouvelle convention de coopération entre le PNUD et l'OHADA, J.O. OHADA, 15/04/04, n° 15, p. 14
- Décision n° 002/2004/SP/CA relative à l'audit sur la gestion des fonds de l'OHADA par le PNUD, J.O. OHADA, 01/07/05, n° 16, p. 11
- Décision n° 003/2004/CM du 26 mars 2004 portant élection d'un juge à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, J.O. OHADA, 15/04/04, n° 15, p. 16

- Décision n° 004/2004/CM du 27 mars 2004 portant adoption de la clé de répartition pour la contribution de chaque Etat Partie au prélèvement OHADA, J.O. OHADA, 15/04/04, n° 15, p. 17
- Décision n° 05/2005/CM portant élection d'un juge à la Cour Commune, J.O. OHADA, 28/04/06, n° 17, p. 11
- Décision n° 06/2005/CM relatif à la sécurité du personnel international de l'OHADA, J.O. OHADA, 28/04/06, n° 17, p. 12
- Décision n° 05/2005/CCJA/ADM/ARB établissant la liste des arbitres au titre de l'année 2005, J.O. OHADA, 01/07/05, n° 16, p. 17
- Décision n° 003/2006/CM portant élection du Président de la CCJA, J.O. OHADA, 30/07/2007, n° 18, p. 20
- Décision n° 004/2006/CM portant élection d'un juge à la CCJA, J.O. OHADA, 30/07/2007, n° 18, p. 21
- Décision n° 005/2006/CM portant nomination du Secrétaire Permanent de l'OHADA, J.O. OHADA, 30/07/2007, n° 18, p. 22
- Décision N° 006/2006/CM portant nomination du Directeur Général de l'ERSUMA, J.O. OHADA, 30/07/2007, n° 18, p. 23
- Décision n° 002/CM/2007/OHADA portant élection d'un juge à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, J.O. OHADA, 01/10/2009, n° 19, p. 48
- Décision n° 001/2008/CM/OHADA portant création du comité ad-hoc sur le plan d'action de l'OHADA, J.O. OHADA, 01/10/2009, n° 19, p. 52
- Décision n° 001/2008/PR-CM/OHADA portant autorisation de virement des crédits de chapitres à chapitres, J.O. OHADA, 01/10/2009, n° 19, p. 49
- Décision n° 0013/2008/CCJA/ADM/ARB établissant la liste des arbitres au titre de l'année 2008, J.O. OHADA, 01/10/2009, n° 19, p. 65
- Décision n° 002/2009/SP/OHADA portant définition des modalités et critères de recrutement des membres du personnel de l'OHADA de grade hors-catégorie (HC), J.O. OHADA, 01/10/2009, n° 19, p. 53
- Décision n° 004/2009/PR-CM/OHADA portant autorisation d'affectation des coûts du plan d'action prioritaire 2009 au budget 2009 du Secrétaire Permanent, J.O. OHADA, 01/10/2009, n° 19, p. 59
- Décision n° 005/2009/SN/OHADA portant orientation stratégique quinquennal pour l'harmonisation du droit des affaires, J.O. OHADA, 01/10/2009, n° 19, p. 61
- Décision n° 0054/2009/CCJA/ADM/ARB établissant la liste des arbitres au titre de l'année 2009, J.O. OHADA, 01/10/2009, n° 19, p. 72

II- Textes internes pris en application des textes de l'OHADA

Benin

- Loi n° 2008-07 portant code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, spécialement les articles 583-592, 679, 952, 997, 1013, 1148-1158, 1167-1171, 1224

Burkina Faso

- Titre VIII du code de procédure civile du 18 mai 1999, JOBF du 15 Juillet 1999

Cameroun

- Loi n° 2010/006 du 29 Juillet 2010 autorisant le Président de la République à ratifier le traité portant révision du traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, signé à Québec (Canada) le 17 Octobre 2008, <http://www.prc.cm>
- Loi n° 007/001 du 19 Avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécutif et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que les sentences arbitrales étrangères, <http://www.legicam.org>
- Loi n° 2006/017 du 29 Décembre 2006 portant organisation et fonctionnement des tribunaux régionaux des comptes, Juridis Périodique n° 68, Octobre-Décembre 2006, p. 86
- Loi n° 2003/008 du 10 Juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA, <http://www.legicam.org>
- Loi n° 2003/009 du 10 Juillet 2003 portant désignation des juridictions compétentes visées à l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant leur mode de saisine, <http://www.legicam.org>
- Décret n° 2004/073 du 05 Avril 2004, portant application du système comptable OHADA et de la déclaration statistique et fiscale des entreprises, <http://www.legicam.org>
- Décret n° 2002/299 du 03 Décembre 2002 portant désignation de l'autorité chargée d'apposer la formule exécutoire sur les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA et sur les sentences arbitrales rendues en application du règlement d'arbitrage de ladite cour et de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage
- Décret n° 2002/300 du 03 Décembre 2002 portant désignation de l'autorité compétente pour recevoir notification de la copie des demandes d'avis consultatif adressées à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA

Côte-d'Ivoire

- Circulaires n° 258 et 259 du 19 Juin 2001 relatives aux défenses à exécution provisoire et à l'exécution des décisions de justice, Ministre de la justice de la République de Côte d'Ivoire, Actualités juridiques, n° 20, Octobre 2001, p. 14

Mali

- Décret n° 99-254/P-RM du 15 Septembre 1999 portant code de procédure civile, commerciale et sociale, spécialement les articles 526, 615, 694, 695, 705, 753.

Sénégal

Loi n° 98-21 du 26 Mars 1998 abrogeant les dispositions du Code des Obligations Civiles et Commerciales et remplacées par celles de l'OHADA, JORS n° 5798 du 25 avril 1998

Loi n° 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'AUSCGIE, JORS n° 5798 du 25 avril 1998

Togo

Arrêté conjoint n° 001/MJ-SG/MEF-SG du 28 janvier 2010 portant nomination des membres de la Commission nationale de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)

Décret n° 2009-162/PMRT du 10 décembre 2009 relatif à la création, aux missions, à l'organisation et au fonctionnement de la commission nationale pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)

Loi n° 95-003 du 27 octobre 1995 portant ratification du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA)

BIBLIOGRAPHIE DE L'OHADA

I - Ouvrages généraux

- ADJAKA (M.),** *La pratique des procédures simplifiées de recouvrement de créances dans l'espace OHADA*, 1e Ed., Cotonou, Ets Soukou, 2010, 264 p
- AGENCE INTERGOUVERNEMENTALE DE LA FRANCOPHONIE,** *Le bi-juridisme au service de l'intégration et de la sécurité juridique en Afrique sous l'égide de l'OHADA*, Actes du séminaire régional Yaoundé-Cameroun, 13-17 décembre 2004, Paris, Agence Intergouvernementale de la Francophonie, 2005, 113 p
- AGUINGO (G.P.),** *OHADA - Contrat de partage de production : Le plan comptable sectoriel et l'audit des contrats de partage de production. Tome 1 : le plan comptable sectoriel*, Paris, Edilivre-Aparis, 2011, 154 p
- AHOANGANSI (E.),** *Audit et révision des comptes : aspects internationaux et espace OHADA*, Abidjan, Ed. Mondexperts, 2006, 729 p
- AKAM AKAM (A.),** *Les mutations juridiques dans le système OHADA (Collectif)*, Paris, Paris, l'Harmattan, 2009, 264 p
- AKUETE (P. S.),** *Actes du séminaire de formation au nouveau droit OHADA*, Cotonou, MJLDH, 1999, 133 p
- AKUETE (P. S.), YADO TOE (J.),** *Droit commercial général : OHADA*, Bruxelles, Bruylant, 2002, coll. Droit Uniforme Africain, XV-478 p
- AKUMBU M'OLUNA (J.-P.),** *Libres propos sur les réformes juridiques au Gabon : dans le tourbillon de la mondialisation*, Paris, l'Harmattan, 2008, 196 p
- ANOUKAHA (F.),** *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998, 164 p
- ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.-G.), SAMB (M.),** *OHADA : Sociétés commerciales et G.I.E*, Bruxelles, Bruylant, 2002, coll. Droit Uniforme Africain, 589 p
- ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), MESSANVI (F.), ISSA-SAYEGH (J.), YANKHOBANDIAYE (I.), SAMB (M.),** *OHADA : Sûretés*, Bruxelles, Bruylant, 2002, coll. Droit Uniforme Africain, 280 p
- ANOUKAHA (F.), TJOUE (A. D.),** *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA*, Yaoundé, PUA, 1999
- ANOUKAHA (F.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUÉ (P.-G.),** *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998, 636 p
- ASSI-ESSO (A.-M.), DIOUF (N.),** *OHADA : Recouvrement des créances*, Bruxelles, Bruylant, 2002, coll. Droit Uniforme Africain, XI-254 p
- ASSI-ESSO (A.-M.), ISSA-SAYEGH (J.), LOHOUES-OBLE (J.),** *CIMA : droit des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 506 p
- ATANGA FONGUE (R.), TOCKE (A.),** *Éléments de la fiscalité des affaires au Cameroun*, l'Harmattan, Paris, 2011
- AZIBER (S. A.),** *Contrats et droit OHADA des procédures collectives : Etude à la lumière du droit français*, Paris, l'Harmattan, 2009, 369 p
- BAKHOUM (M.),** *L'articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 426 p
- BITSAMANA (H. A.),** *Dictionnaire OHADA*, Pointe-Noire, IPC, 2008, 394 p
- BOKALLI (V. E.), SOSSA (D. C.),** *Droit des contrats de transport de marchandises par route*, Bruxelles, Bruylant, 2002, coll. Droit Uniforme Africain, 169 p
- BONZI BIRIKA (J. C.),** *Théorie et pratique des saisies, tome 1: les procédures simplifiées de recouvrement des créances et les saisies mobilières*, Ouagadougou, Université de Ouagadougou, coll. Précis de Droit Burkinabé, 2008, 335 p
- CENTRE DE DROIT ECONOMIQUE,** *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, 690 p
- CENTRE NATIONAL DE DOCUMENTATION JURIDIQUE,** *Droit commercial général : Traité OHADA*, Abidjan, CNDJ, 2002, 111 p
- COHEN (D.),** *Arbitrage et société*, Paris, LGDJ, 1998, 368 p
- CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT FRANÇAIS,** *Perfectionnement des notaires africains en droit des affaires*, séminaire de Yaoundé : Actualité des institutions (Module 1), Paris, CSNF, 2001, 104 p
- Perfectionnement des notaires africains en droit des affaires, séminaire de Yaoundé : La pratique des grands contrats internationaux*, Paris, CSNF, 2001, 134 p
- CORREA (J. L.),** *L'OMC à l'épreuve des accords de partenariat économique (APE) et de l'intégration économique africaine*, Bruxelles, Bruylant et Schulthess, 2007, 304 p
- COULIBALY (C. A. T.),** *OHADA, saisine et procédure devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage : règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, Dakar, Ed. Comptables et Juridiques, 1998, coll. Le Praticien, 94 p
- DELY (F.), HANOTIAU (B.), KUTGEN (G.),** *La convention d'arbitrage : Groupes de sociétés et groupes de contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 161 p
- DIALLO (I. K.),** *Arbitrage commercial interne et international OHADA, Sénégal, Côte-d'Ivoire, Guinée : abrégé théorique et traité pratique*, Dakar, Institut Afrique-Mer, 1999, 457 p
- Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route : communication : Cas pratiques et solutions*, Porto-Novo, ERSUMA, 2004, 67 p
- Le contentieux maritime devant le juge : étude de droit privé comparé de la Côte d'Ivoire, de la France, du Sénégal et du Togo*, Dakar, Institution Afrique-mer, 1994, 547 p
- DIEYE (A.),** *Le régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*, Ed. Cabinet Aziz DIEYE, 2008, 321 p

- DIFFO TCHUNKAM (J.), BOKALLI (V.-E.),** *Droit des activités économiques et commerce électronique dans l'espace OHADA*, Editions Universitaires Européennes, Sarrebruck, 2011
- DIOUF (N.), BODIAN (Y.), DIALLO (A.), SAMB (I.),** *Répertoire de jurisprudence, procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution : recueil de décisions des juridictions Sénégalaise 1998-2004*, Dakar, Université Cheick Anta Diop, 2005, 212 p
- DJEYA KAMDOM (Y. G.),** *Le droit transitoire OHADA, Conflits entre lois nationales et normes communautaires OHADA dans le temps*, Editions Universitaires Européennes, Sarrebruck, 2011
- DJOGBENOU (J.),** *L'exécution forcée : législation Béninoise et droit OHADA*, Cotonou, Ed. Juris Ouaniolo, 2006, 301 p
- DOBILL (M.),** *Comptabilité OHADA*, Paris, Karthala, 2008
- Tome 1, *Comptabilité générale*, Paris, Karthala, 2008, 408 p
 - Tome 2, *Systèmes comptables, opérations spécifiques, travaux de fin d'exercice*, Paris, Karthala, 2008, 214 p
 - Tome 3, *Comptabilité des sociétés*, Paris, Karthala, 2008, 133 p
- DOUF (M.),** *L'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, Dakar, Université Cheick Anta Diop, 2007, 491 p
- DOUMBIA (D.),** *Comptabilité générale système comptable OHADA : cours et sujets d'examens*, Abidjan, CEDA/CET, 2006, 467 p
- DRANDGUILLOT (B.), DRANDGUILLOT (F.),** *L'essentiel du droit des sociétés commerciales, autres sociétés, groupements*, 9e Ed., Paris, Gualiano, 2010, 152 p
- DRAVO-ZINZINDOHOUE (C.M.),** *La mise en place d'un droit uniforme du travail dans le cadre de l'OHADA*, Paris, Ed. Lavoisier, 2010, 484 p.
- Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature,** *Droit OHADA et droit commercial international, le nouveau cadre juridique de l'OHADA dans le système multilatéral des échanges*, Actes du séminaire de formation, Porto-Novo, ERSUMA, 1999, 212 p
- *Premières sessions de formation des formateurs magistrats Module 1 et 2 : Acte uniforme et communications portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution*, Porto-Novo, Ersuma, 1999, 114 p
 - *Premières sessions de formation des formateurs magistrats module 1 et 2 : Acte uniforme et communications portant droit de l'arbitrage*, Porto-Novo, ERSUMA, 1999, 121 p
 - *Première session de formation des formateurs magistrats module 1 et 2 : acte uniforme et communications portant sur le droit commercial général*, Porto-Novo, ERSUMA, 1999, 73 p
 - *Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route : conventions et protocoles internationaux ayant inspiré les rédacteurs*, Porto-Novo, ERSUMA, 2004, 150 p
 - *Contrat de transport de marchandises par route : dossier de presse*, Porto-Novo, ERSUMA, 2004, 200 p
 - *Formation spécialisée des avocats, notaires, huissiers de justice et autres juristes : le droit OHADA à l'épreuve de la pratique*, Porto-Novo, ERSUMA, 2006
 - *Formation des greffiers Béninois en droit OHADA : Actes des sessions*, Porto-Novo, ERSUMA, 2008
- EKOUTHE (F),** *Précis de comptabilité générale : Notions fondamentales*, 2e Ed., Douala, 2006, coll. Comptabilité OHADA; Tome I : Cours et exercices, 228 p
- DROIT & PATRIMOINE,** *Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA*, Lamy, n° 197, Novembre 2010, 88 p
- *Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA*, Lamy n° 201, Mars 2011, 102 p
- FENEON (A.),** *Droit de l'arbitrage : Commentaires de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage et du règlement de la CCJA*, Paris, Ed. FFA, 2000, 153 p
- FENEON (A.), GOMEZ (J-R),** *Droit commercial général : commentaires*, Vanves, Éd. FFA-Ernst & Young international, 1999, 175 p
- FENEON (A.), DELABRIERE (A.),** *Rapport relatif à l'élaboration des formulaires et du registre du commerce et du crédit mobilier prescrits par l'acte uniforme sur le droit commercial général de l'OHADA*, Paris, Cabinet Fénéon, 1998, 18 p
- FIDAFRICA,** *La Lettre de l'OHADA et du droit des affaires de l'Afrique francophone*, Paris, Landwell & associés, 2001
- FREITAS MENSAH (C.),** *Comptabilité des sociétés selon le SYSCOA, Cours, illustrations et exercices*, Lomé, Ed. Mémo, 2004, 399 p
- GARRIER (C.),** *Côte d'Ivoire et zone OHADA : Gestion immobilière et droit foncier urbain*, Paris, l'Harmattan, 2007, coll. Le Droit en Marche, 288 p
- GATSI (J.),** *Code des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, Douala, PUL, 2011, 216 p
- *Droit des affaires*, 2e Edition, Douala, PUL, 2008
 - *Pratique des baux commerciaux dans l'espace OHADA*, 2e Ed., Douala, PUL, 2008, coll. Droit des Affaires, 208 p
 - *Droit des affaires : Droit commercial général, droit des sociétés commerciales*, Douala, PUL, 2006, 208 p
 - *L'effectivité du droit OHADA (Collectif)*, Yaoundé, PUA, 2006, 320 p
- GATSI (J.), KAMAKO (M.),** *L'approche du fonds de commerce dans l'espace OHADA*, Douala, PUL, 2006, 208 p
- GATSI (J.), KANE EBANGA (P.),** *Droit commercial général, droit des sociétés commerciales*, Douala, PUL, 2006, Coll. Droit des Affaires, 208 p
- GOMEZ (J. R.),** *OHADA : Entreprises en difficulté : lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit*, Pierrefitte-sur-Seine, 2003, Coll. Le Droit en Afrique, 431 p
- GOUADAIN (D.), EL BACHIR (W.),** *Comptabilité générale, système comptable de l'OHADA*, Montréal, Agence Universitaire de la Francophonie, 2002, 378 p
- GOVOEI (B. D.),** *Précis de comptabilité générale*, Abidjan, Ed. Etudis, 2003, 518 p
- Guide juridique OHADA pour les entreprises du Bénin : Deux cent questions pour comprendre le nouveau droit*, Cotonou, Afrique communication, 2007, 193 p
- HOUNGBEDJI RAUCH (D.),** *Le vade-mecum de l'OHADA*, Paris, AIF, 2000, 63 p
- ILBOUDO (B. R. A.),** *Le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier*, Ouagadougou, ENAM, 2002, 86 p
- ISSA-SAYEGH (J.),** *Acte uniforme portant organisation des sûretés : OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Vanves, FFA-Ernst & Young international, 1999, 79 p
- *Répertoire quinquennal OHADA : 2000-2005*, Porto-Novo, Ersuma, 815 p
 - *Répertoire quinquennal OHADA 2006- 2010, Tome 1 et 2*, Association pour l'Unification du Droit en Afrique, Niamey, 2011, 1328 p

- ISSA-SAYEGH (J.), LOHOUES-OBLE (J.),** *Harmonisation du droit des affaires : OHADA*, Bruxelles, Bruylant, 2002, coll. Droit Uniforme Africain, 245 p
- KALIEU ELONGO (Y. R.),** *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, Yaoundé, PUA, 2010, coll. Droit Uniforme, 236 p
- *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, coll. Vadémécum, 90 p
- KAMDEM (D.),** *Système comptable OHADA : Comptabilité générale*, PUF, 2004, coll. Ecologis, 250 p
- KANDJO (M. S.),** *Connaitre le Registre du commerce et du crédit mobilier*, Dakar, Ed. Comptables et Juridiques, 1998
- KONATE (F.), YIGBEDEK (Z.),** *Formation continue des magistrats : contentieux des assurances*, Porto-Novo, ERSUMA, 2003
- KONE (M.),** *Le nouveau droit commercial de la zone OHADA : Comparaisons avec le droit français*, Paris, LGDJ, 2003, coll. Bibliothèque de Droit Privé, 399 p
- KUATE TAMEGHE (S. S.),** *Jalons d'une habilitation à diriger des recherches : Une expérience à partir du droit issu du traité OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2007, coll. Etudes Africaines, 289 p
- *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, Paris, l'Harmattan, 2004, coll. Logiques Juridiques, 458 p
- KUTGEN (G.),** *L'arbitrage dans la vie des sociétés : arbitrage en vennootschap*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 372 p
- LEBARS (B.),** *Droit des sociétés et de l'arbitrage international : Pratique en droit de l'OHADA*, Paris, Ed. Joly, 2011, coll. Pratique des affaires, 544 p
- MAHUTODJI JIMMY (V. K.), MERCADAL (B.),** *L'application des Actes Uniformes de l'OHADA*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 358 p
- MAKAYA (W.),** *Comptabilité des sociétés : système comptable OHADA*, Paris, Publibook, 2008, coll. EPU, 143 p
- MARA (M.), DIARRA (S.),** *Difficultés comptables résolues selon le SYSCOA : niveau supérieur, DUTS et Maîtrise*, Bamako, Jamana, 2001, 163 p
- MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D.),** *Le droit uniforme africain issu de l'OHADA*, Paris, LITEC, 2004, 344 p
- MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D. S.), THOUVENOT (S.),** *OHADA and the harmonization process*, UNIDA, DFID, 2e Ed., 2007
- Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, 2e Ed. Paris, Litec, 2009, 382 p
- MENJUCQ (M.),** *Droit commercial des affaires : le commerçant, les actes uniformes, le fonds de commerce, le bail commercial, les contrats sociaux*, 6e Ed., Paris, Gualiano, 2009, 163 p
- MERLE (P.), FAUCHON (A.),** *Droit commercial, sociétés commerciales*, 14e Ed., Paris, Dalloz, 2010, 960 p
- MEYER (P.),** *Droit de l'arbitrage : OHADA*, Bruxelles, Bruylant, 2002, coll. Droit Uniforme Africain, 284 p
- *La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA*, Bruxelles, Presses africaines, 2001
- MINKOA SHE (A.),** *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, Paris, Dianoïa, 2010
- Tome 1, *Les garanties personnelles*, Paris, Dianoïa, 2010, 267 p
 - Tome 2, *Les garanties réelles*, Paris, Dianoïa, 2010, 398 p
- MODI KOKO BEBEY (H.D.),** *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC) : Tome 1, Droit commercial général et droit de la concurrence*, Paris, Danoïa, 2009, coll. Jus Data, 207 p
- MOULOUL (A.),** *Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : L'exemple du Niger*, Paris, LGDJ, 2005, coll. Bibliothèque de Droit Privé, 604 p
- *Comprendre l'OHADA*, Nouvelle Imprimerie du Niger, 2000, 116 p
- MOUTHIEU NJANDEU (M. A.),** *L'intérêt social en droit des sociétés*, Paris, l'Harmattan, 2008, coll. Etudes Africaines, 419 p
- MUKA TSHIBENDE (L-D),** *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et périmètre OHADA*, Aix-Marseille, PUAM, 2008
- NANGASSINGAR (A.-A.),** *La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage : Une cour suprême supranationale pour quoi?*, N'djamena, ENAM, 2000, 65 p
- NDOYE (D.),** *Acte Uniforme portant sur le droit commercial général*, Ed. Juridiques Africaines, 1998, 130 p
- *L'assurance dans les pays membres de la CIMA*, Paris, Ed. Juridiques Africaines, 1996, 492 p
 - *Le régime juridique uniforme des entreprises d'assurance des pays membres de la CIMA*, Paris, Ed. Juridiques Africaines, 1996, 259 p
 - *La nouvelle cour de cassation des pays de l'OHADA*, Paris, Ed. Juridiques Africaines, 1998, 126 p
 - *L'avocat sénégalais et la procédure du pourvoi en cassation devant la cour commune de justice de l'OHADA*, Paris, Ed. Juridiques Africaines, 1998, 51 p
 - *OHADA : Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution annoté*, Paris, Ed. Juridiques Africaines, 1998, 205 p
 - *OHADA : Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, Paris, Ed. Juridiques Africaines, 1998, 350 p
 - *OHADA : Acte uniforme portant l'organisation des sûretés*, Ed. Juridiques Africaines, 1998
- NDZOUABETH (D),** *Redressement de l'entreprise ou paiement des créanciers : quelle fiscalité pour les procédures collectives du droit OHADA*, Dakar, Université Cheick Anta Diop, 2005, 445 p
- NGOMO (A. F.),** *Guide pratique du droit des sociétés commerciales au Cameroun*, Yaoundé, PUA, 1997, 77 p
- NGOUE (W. J.),** *OHADA, Pratique du droit des sociétés commerciales : La société à responsabilité limitée*, Douala, PUL, 2007, coll. Droit des affaires, 208 p
- NGUE (R. E.),** *Mon commissaire aux comptes dans l'espace OHADA*, Douala, Ed. AFECAC, 2009
- Les états financiers OHADA : lecture explicative de la déclaration statistique et fiscale*, Douala, Ed. AFECAC, 2002, 272 p
- NGUEBOU TOUKAM (J.),** *Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998, coll. Droit Uniforme, 294 p
- NJAMPIEP (J.),** *Maîtriser le droit et la pratique du système comptable OHADA*, Paris, Publibook, 2008, 912 p
- NOUVELLES EDITIONS NUMERIQUES AFRICAINES,** *Livre numérique des actes uniformes de l'OHADA*, Nouvelle Ed. à jour, Dakar, 2011 (CD-ROM)
- OHADA,** *La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage des pays de l'OHADA : organisation, procédure et jurisprudence*, Paris, Ed. Juridiques Africaines, 2009
- *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3e Ed., Paris, Juriscope, 2008, 1070 p

- *Organisation pour l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique et Union Européenne : les mécanismes du droit des affaires*, Clermont-Ferrand, Presses de G. de Bussac, 2005, 211 p
- *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2e Edition, Paris, Juriscope, 2002, 958 p
- *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Paris, Juriscope, 1999, 1036 p
- OHADA, Vanves, EDICEF, 1999
- *Droit des sociétés commerciales et du GIE : Commentaires*, Vanves, Ed. FFA-Ernst & Young international, 1998, 328 p
- ONANA ETOUNDI (F.)**, *Droit OHADA et exécution provisoire*, OHADA, 2006, coll. Pratique et contentieux de droit Communautaire, 76 p
- *La pratique de la saisie attribution des créances à la lumière de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA*, 2006, coll. Pratique et contentieux de droit communautaire, 86 p
- *La saisie attribution des créances du droit OHADA et ses applications jurisprudentielles*, 1999, coll. Pratique et contentieux du droit communautaire, 118 p
- ONANA ETOUNDI (F.), BOUBOU (P.)**, *La Problématique de l'unification de la jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, Ed. Droit au service du Développement, 2008, coll. Pratique et contentieux de droit communautaire, 437 p
- ONANA ETOUNDI (F.), MBOCK BIUMLA (J.-M.)**, *Cinq ans de jurisprudence commentée de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA-1999-2004*, Yaoundé, Presses de l'AMA, 2005, 340 p
- POUGOUÉ (P.-G.), KUATE TAMEGHE (S. S.)**, *Les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, coll. Etudes Africaines, 692 p
- POUGOUÉ (P.-G.), ANOUKAHA (F.), NGUEBOU TUKAM (J.)**, *Le droit des sociétés commerciales et du GIE OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998, coll. Droit Uniforme, 630 p
- POUGOUÉ (P.-G.), FOKO (A.)**, *Le statut du commerçant dans l'espace OHADA*, Yaoundé, PUA, 2005, 264 p
- POUGOUÉ (P.-G.), KALIEU ELONGO (Y. R.)**, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, Yaoundé, PUA, 1999
- Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, PUA, Ed. Eburnie 2008, 225 p
- POUGOUÉ (P.-G.), TEPEI KOLLOKO (F.)**, *La saisie attribution des créances OHADA*, Yaoundé, PUA, 2005, coll. Vadémécum, 117 p
- La saisie immobilière dans l'espace OHADA*, Yaoundé, PUA, 2005, coll. Vadémécum, 160 p
- POUGOUÉ (P.-G.), TCHAKOUA (J.-M.), FENEON (A.)**, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Yaoundé, PUA, 2000, coll. Droit Uniforme, 506 p
- PRICEWATERHOUSE**, *Le nouveau droit des affaires en Afrique OHADA*, Paris, PricewaterhouseCoopers, 2002, 48 p
- *Droit et fiscalité des pays membres de l'OHADA et du Maghreb*, Paris, PricewaterhouseCoopers, 2002
- *Mémento du droit des sociétés commerciales et du GIE OHADA*, Fidafrica Juridique et Fiscale, 1998
- REVUE CONGOLAISE DE DROIT ET DES AFFAIRES**, *L'adhésion de la République Démocratique du Congo à l'OHADA (Collectif)*, Paris, l'Harmattan, 2010
- SABA (A. A.)**, *OHADA : La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales*, Lomé, Les Ed. de la Rose Bleue, 2005, 294 p
- *La Protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales : droit de l'OHADA et pratiques européennes*, Lomé, Ed. de la Rose Bleue, 2005, 294 p
- SAKHO (A.)**, *Les groupes de sociétés en Afrique : Droit, pouvoir et dépendance économique*, Paris, Karthala, 2010, 334 p
- SAMBE (O.), DIALLO MAMADOU (I.)**, *Guide pratique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (GIE) OHADA : Schémas didactiques, modèle (statuts, procès-verbaux et autres formulaire), jurisprudences OHADA*, Dakar, Ed. Comptables et Juridiques, 2008, 700 p
- *Guide pratique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (GIE) OHADA : Schémas didactiques modèles (statuts, procès-verbaux et autres formulaires)*, Dakar, Ed. comptables et juridiques, 1998, coll. Le Praticien, 498 p
- *Le praticien comptable : Système OHADA*, Dakar, Ed. Comptables et juridiques, 2003, 1055 p
- SARR (A.Y.)**, *L'intégration juridique dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) et dans l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA)*, coll. Institut de Droit des affaires, 2009
- SAWADOGO (F. M.)**, *OHADA : Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Bruylant, 2002, coll. Droit Uniforme Africain, 444 p
- SERE (S.)**, *Liste intégrale des comptes du système comptable OHADA Syscobada et du système comptable Ouest africain révisé*, Ouagadougou, Ed. Outils du management, 2005, 64 p
- SERE (S.), KABRE (S.)**, *Commentaire de l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route*, Ouagadougou, Ed. Outils du Management, 2005, 142 p
- SERE (S.), SAWADOGO (F.M.)**, *Droit comptable, Système comptable OHADA, Système comptable Ouest africain*, Ouagadougou, Ed. Découverte du Burkina, 2002, 159 p
- SOCKENG (R.)**, *Droit pénal des affaires OHADA*, Douala, Presse MINSI Le COMPETING, 2007, coll. Lebord, 242 p
- SOINNE (B.)**, *Traité des procédures collectives : commentaire des textes, formules*, 2e Ed., Paris Litec, 1995, 2832 p
- SOME (T.)**, *L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature : conférence sur l'harmonisation régionale du droit des affaires*, Cotonou, CLDP/OHADA, 2000, 17 p
- SOSSA (D.)**, *La responsabilité des dirigeants de société et le nouveau droit de l'arbitrage interne et international*, Cotonou, CCIB, 1999
- SOW (A.)**, *La sécurisation des engagements bancaires dans les Etats-parties au Traité de l'OHADA*, 2010, 208 p
- TAGUM FOMBENO (H.-J.)**, *Négocier et rédiger au mieux ses contrats dans l'espace OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, 186 p
- TCHANTCHOU (H.)**, *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA : Etude à la lumière du système des Communautés européennes*, Paris, l'Harmattan, 2009, 367 p
- TCHIDI KOKOU (C.)**, *Comptabilité générale selon le SYSCOA et l'OHADA*, Abidjan, Ed. TKC, 2003, 373 p
- TIGER (P.)**, *Le droit des affaires en Afrique : OHADA*, 3e Ed., Paris, PUF, 2001, coll. Que Sais-je?, 127 p

- TONYE (A.)**, *Pratique juridique des financements structurés en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2010, coll. Africaines, 303 p
- TSAPY (V.)**, *Les implications économiques, comptables et fiscales dans le système OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2009, 250 p
- TWENGEMBO**, *Formulaires d'actes de procédures OHADA*, 2e Ed., Yaoundé, PUA, coll. Droit Uniforme, 2007, 493 p
- Université internationale de langue française d'Alexandrie**, *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 306 p
- YOUSSEFI (J.)**, *A la découverte du droit OHADA*, Yaoundé, Cour Suprême, 1999, 20 p
- YZAS BAKER (T.)**, *OHADA : Guide des procédures collectives : acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, commenté et complété de modèles d'actes*, Paris, Droit Afrique.com, 2010, 228 p
- ZINSOU (J.)**, *Les nouvelles formes de société et les procédures de mise en conformité des statuts*, Cotonou, CCIB, 1999
- ZOUATCHAM (H.-P.)**, *La saisie des avoirs bancaires OHADA*, Sarrebruck, Ed. Universitaires Européennes, 2010, 92 p
- ZOUNGRANA (P. O.)**, *La procédure d'injonction de payer : attributions et diligences du greffier*, Ouagadougou, ENAM, 2001, 65 p
- Recueil de Droit des Assurances CIMA (CD-ROM)**, Nena, Dakar, 2011

II - Thèses

- ABDOURAOUFI (I.)**, *Les clivages entre civilistes et juristes de Common Law dans la perspective d'un droit africain des affaires*, Université Lyon 3-Jean Moulin, 2011
- ADAM TAIROU (Y.)**, *La prise en compte des préoccupations environnementales par le droit de l'entreprise dans l'espace OHADA*, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2010
- ADIDO (R.)**, *L'essai sur l'application du droit en Afrique : le cas de l'OHADA : Aspects sociologique et juridique au vue du passé et du présent*, Université de Perpignan, 2000
- AFANI (A.)**, *La responsabilité pénale des dirigeants de la société anonyme : étude de droit comparé : France-Allemagne-espace OHADA*, Université de Perpignan, 2009
- AGNIGNA (Y.)**, *La société unipersonnelle : une solution à la crise de l'entreprise privée en Afrique? (une lecture critique de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE)*, Université de Lomé, 2001
- AKOUNUMBO ATANGCHO**, *Foreign direct investment and legal policy options in Cameroon*, University of Yaounde II, 2009
- ALEMAWO (K.)**, *Liberté contractuelle dans le bail commercial de l'AUDCG*, Université de Lomé, 2009
- ALGADI AZIBER (S.)**, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives*, Université de Toulouse I, 2007
- ASSONTSA (R.)**, *Le juge et les voies d'exécution depuis la réforme de l'OHADA*, Université de Strasbourg, 2009
- BASHI RUDAHINDWA (J.)**, *Droit de l'arbitrage commercial international*, Indiana University, 2011
- BACHIR (T. I.)**, *Contribution du droit des sociétés commerciales de l'OHADA à une théorie générale de la personnalité morale en droit privé*, Dakar, Université Cheick Anta Diop, 2006, 555 p
- BANGO (A.)**, *L'élaboration et la mise en œuvre de la fiscalité dans les pays de la CEMAC*, Université Jean Moulin, 2009
- BATOUAN BOUYOM (J.-A.)**, *Le droit OHADA sur le transport des marchandises par route: approche critique, prospective et comparative*, Université de Nantes, 2007
- BAYO BYBI (B.)**, *Le rôle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans la sécurisation de l'espace OHADA*, Université de Caen, 2009
- BREMOND SARR (G.)**, *La sécurisation juridique de l'investissement dans l'OHADA : le droit des sûretés à l'épreuve du recouvrement des créances*, Université Paul Cézanne, 2005
- CHANHOUN (M. J.)**, *La mesure des performances financières des entreprises béninoises et ses enjeux*, Université de Montpellier I, 2010
- DE DRAVO-ZINZINDOHOUE (M.-J.)**, *La mise en place d'un uniforme du travail dans le cadre de l'OHADA*, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2009
- DEDJI (K.)**, *Les actes uniformes de l'OHADA et la croissance économique des Etats d'Afrique de la zone Franc*, Université de Perpignan - Université d'Abomey-Calavi, 2005
- DIALLO (B.)**, *La garantie autonome souscrite par une personne physique : Essai de droit comparé*, Université de Panthéon-Sorbonne, 2009
- DIALLO MAKAN**, *La vente commerciale en droit OHADA*, Université d'Orléans, 2007
- DJIMASNA N'DONINGAR**, *Réflexions sur l'efficacité des sûretés personnelles dans le droit uniforme issu du traité de l'OHADA*, Université d'Orléans, 2004
- DJOSSA TCHOKOTE (I.)**, *La diffusion du système comptable OHADA : conception des principes et déclinaison des pratiques*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2009
- EHONGO (P. D.)**, *La « diversalité » en droit du commerce et de la concurrence : Un principe d'articulation des espaces normatifs en Afrique à partir du cas du Cameroun*, Université Panthéon-Sorbonne, 2008
- ERAN CHVIKA**, *Droit privé et procédures collectives*, Université de Paris II, 2003
- FOKO (A.)**, *Le statut juridique du commerçant à la lumière du droit OHADA*, Université de Yaoundé II, 2005
- GUE YEKAN (H.)**, *La protection du consommateur en Côte d'Ivoire*, Université de Montpellier, 2009
- KAKALY YODE (J.-D.)**, *L'affectation de comptes bancaires en garantie d'une dette*, Université d'Abidjan, 2010
- KAMENA (B.)**, *La situation de l'associé minoritaire en France et dans l'espace OHADA*, Université Pierre Mendès France, 2005
- KANE DIALLO (A. K.)**, *Intégration juridique dans la zone Franc : Le cas de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique*, Université de Perpignan, 1998
- KENFACK DOUJANI (G.)**, *L'arbitrage dans le système OHADA*, Université de Panthéon-Sorbonne, 2005
- KEUFFI (D. E.)**, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, Université de Strasbourg, 2010
- KEUGONG NGUEKEN WATCHO (R. S.)**, *Le droit commun des contrats face à l'émergence des droits communautaires africains*, Université de Dschang, 2009
- KOM KAMSU (M.)**, *La protection des entreprises commerciales contre les risques économiques dans l'espace OHADA*, Université de Yaoundé II, 2009
- KONE (M.)**, *Le nouveau droit commercial des pays de l'OHADA : une comparaison avec le droit français*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2002

- KONE (O.)**, *Contribution à l'étude d'un droit du travail adapté à l'Afrique subsaharienne Francophone à travers des Etats d'Afrique de l'Ouest*, Université Toulouse-Capitale, 2010
- KUATE TAMEGHE (S. S.)**, *La protection du débiteur dans le système des voies d'exécution OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires)*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2003
- LEVOA AWONA (S. P.)**, *Les compétences juridictionnelles dans l'espace OHADA et l'espace CEMAC*, Université de Yaoundé II, 2009
- MADJIWEI NGARLEM NGARGUINAM**, *Le droit pratique des affaires au Tchad : Quelle place pour le commerce informel?*, Université de Panthéon-Sorbonne, 2010
- MAWUNYO AGBENOTO (K.)**, *Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives*, Université de Lomé-Université du Maine, 2008
- MEGAM (J.)**, *Le régime des investissements privés étrangers dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun*, Université Jean Moulin, Université de Yaoundé II, 2009
- MOULOUL (A.)**, *Régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du Niger*, Université Panthéon-Sorbonne, 2003
- NDAM (I.)**, *Le pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, Université de Yaoundé II, 2009
- NDIAYE (A. T.)**, *Les inopposabilités dans les procédures collectives*, Université Cheick Anta Diop, 2004
- NDIAYE (I.)**, *La politique fiscale des sociétés dans les Etats membres de l'espace OHADA : la problématique de l'assiette fiscale et solutions pour le développement*, Université de Paris-Nord, 2008
- NGO NDJIGUI (R.-Y.)**, *Le secret des affaires dans le droit des pays de l'espace OHADA et en droit Français*, Université d'Evry-Val-d'Essonne, 2005
- NGOUMTSA (A. G.)**, *Droit OHADA et conflits de lois*, Université de Jean Moulin, 2009
- N'GUESSAN (D. J.-M.)**, *Développement et intégration en Afrique de l'Ouest : Analyses des contributions de l'OHADA et l'UEMOA*, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2010
- NJOYA KAMGA (B.)**, *Les dirigeants sociaux*, Université de Dschang, 2007
- ONANA ETOUNDI (F.)**, *L'incidence du droit communautaire OHADA sur le droit interne de l'exécution des décisions de justice dans les Etats parties : Cas du Cameroun*, Université de Yaoundé II, 2005
- PETENGOUE TASSI (J. A.)**, *Le traitement fiscal du financement des sociétés dans les relations intragroupes en droit comparé Français, Allemand et Camerounais*, Université de Cergy-Pontoise, 2009
- SAAR (A. Y.)**, *L'intégration juridique dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain et dans l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique*, Université Paul Cézanne, 2006
- SOPGUI (E.)**, *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA*, Université de Yaoundé II, 2008
- TABE TABE (S.)**, *Company formation under OHADA uniform act on commercial and economic interest group : Changes in the law higher to applicable in the west Cameroon*, Université de Dschang, 2009
- TCHAKOUA (J.-M.)**, *Le contrôle des jugements et sentences arbitrales en droit camerounais*, Université de Yaoundé, 1991
- TCHANTCHOU (H.)**, *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA : Etude à la lumière du système des communautés européennes*, Université de Poitiers, 2008
- THERA (F.)**, *L'application et la réforme de l'acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif*, Université Jean Moulin, 2010
- THOUVENOT (S.)**, *L'ambivalence de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires OHADA*, Université de Montpellier I, 2002
- TJOUEN (A.-F.)**, *Les rapports entre les juridictions suprêmes nationales et la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires*, Université de Panthéon-Assas, 2006
- TOE (S.)**, *Approche critique de l'application judiciaire du droit des procédures collectives dans l'espace OHADA*, Université de Perpignan, 2010
- WANDJI KAMGA (A. P.)**, *Le droit à l'exécution forcée : Réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Université de Yaoundé II, 2009
- WORMS (F.)**, *Les faillites internationales : L'approche OHADA et l'approche européenne*, Université de Panthéon-Assas, 2007

III - Articles – chroniques – commentaires – notes

- ABARCHI (D.)**, «L'introduction du «Tolme» ou «Djinguin» dans le nouveau code de commerce nigérien : une tentative de revalorisation d'une sûreté traditionnelle aux suites incertaines», *Revue nigérienne de droit*, n° 4, décembre 2001, p. 55
- «La supranationalité de l'OHADA», *Revue internationale de droit africain EDJA*, n° 37, 2000, p. 7
- ABESSOLO (S.)**, «Brèves réflexions sur le nouveau droit des affaires en Afrique francophone», *Hebdo Informations*, n° 377, 4 avril 1998, p. 1
- ABI (T.)**, «L'ingénierie financière bancaire et la responsabilité du banquier», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 4, 2005, pp. 292-297
- ABOA (A.)**, «Le recouvrement des créances en Côte d'Ivoire», *Penant*, n° 826, janvier-avril 1998.
- ABOMO (M.-L.)**, «L'ordonnance du juge de l'exéquatour en matière d'arbitrage au Cameroun: Entre requêtes et référés», *Juridis Périodique*, Janvier-Mars 2008, pp. 109-113
- ACKA SOHUILY (F.)**, «La promulgation de la loi en Afrique Noire Francophone (Bénin, Cameroun, Côte d'Ivoire, Sénégal)», in *Etudes offertes au Professeur Joseph ISSA-SAYEGH*, AIDD, 2006, p. 156
- ADAMOU (I.)**, «A propos de l'arrêt de la cour d'appel de Cotonou du 26 Juin 2001 sur la suspension de la saisie immobilière», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, Mai-Juin 2005, pp. 229-232
- BOUTORA-TAKPA KOLEKA**, «L'incidence du droit uniforme dans le droit national : limites et possibilités», *Communication présentée lors du Congrès thématique de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Mexico*, le 13 Novembre 2005, *Revue de Droit Uniforme*, n° 4, 2007, p. 839
- ADEJUMOKE (A.)**, «Diffusion of OHADA law under a bi-judicial point of view. OHADA with common law

- systems using Nigeria as a case study in perspective», *Actes de séminaire sur le bi-juridisme au service de l'intégration et de la sécurité juridique en Afrique sous l'égide de l'OHADA*, 13-17 décembre 2004, p. 55
- ADEMOLA YAKUBU (J.)**, «Community laws in International Business Transactions», *Unified Business Laws for Africa*, 2009, pp. 1-6.
- «Simplified recovery procedures and measures of execution : A Nigerian perspective on OHADA», *Unified Business Laws for Africa*, 2009, pp. 83-92
- ADIDO (R)**, «Le domaine d'application de la commercialité par accessoire dans le système OHADA et Français», *Penant* n° 853, 2005, pp. 417-429
- «Les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme de l'OHADA», *Penant*, n° 848, 2004, pp. 380 – 395
 - «Réflexion sur le transfert de propriété des marchandises vendues dans l'espace francophone à la lumière du droit français», *Penant*, n° 845, octobre-décembre 2003, p. 464
- ADJITA (A. S.)**, «Fonds de commerce et société en participation en droit uniforme OHADA», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 55
- «La prévention comme moyen de sécurisation des nouveaux moyens de paiement dans l'espace UEMOA», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 613
 - «Droit pénal de la comptabilité en droit uniforme OHADA : principales incriminations et sanctions encourues», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 00, 2009, p. 42
 - «Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme OHADA», *Penant*, n° 844, Juillet-Septembre 2003, p. 279
 - «L'interprétation de la vol.onté des parties dans la vente commerciale OHADA», *Penant*, n° 841, octobre-décembre 2002, pp. 473-524
 - «L'achat par la société de ses propres actions : esquisse d'une étude comparative entre le droit français et le droit uniforme OHADA», *Revue Internationale de Droit Economique*, t. XV, n° 1, pp. 41-76
- ADOTEVI (A.)**, «Les lacunes du nouveau droit des affaires harmonisé», *Jeune Afrique Economie*, n° 265, 1er-14 Juin 1998
- AGBOYIBOR (P. K.)**, «OHADA – Jurisprudence de la CCJA – La CCJA est-elle compétente pour statuer sur les décisions contradictoires des juridictions suprêmes nationales?», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 8, 2003, p. 910
- «OHADA : jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage – Juge de l'exécution et juge des référés dans l'OHADA», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 2, 2003, p. 217
 - «L'OHADA a adopté un acte uniforme relatif au transport des marchandises par route», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 4, 2003, p. 440
 - «OHADA : jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage – Juge de l'exécution et juge des référés dans l'OHADA», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 2, 2003, p. 217
 - «L'OHADA a adopté un acte uniforme relatif au transport des marchandises par route», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 4, 2003, p. 440
 - «OHADA – Jurisprudence de la CCJA – La CCJA est-elle compétente pour statuer sur les décisions contradictoires des juridictions suprêmes nationales?», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 8, 2003, p. 910
 - «Nouveaux arrêts du 2 janvier 2002 de la Cour commune de justice et d'arbitrage», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 6, 2002, p. 688
 - «OHADA : nouveaux arrêts du 10 janvier 2002 de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n°6, 2002, pp. 688-695
 - «La consécration législative de la lettre de garanties constitue-t-elle un progrès ou une régression pour la pratique des garantes indépendantes dans la zone OHADA?», *Penant*, n° 840, Juillet-Septembre 2002, pp. 263-273
 - «OHADA : nouveaux arrêts du 10 janvier 2002 de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n°6, 2002, pp. 688-695
 - «La consécration législative de la lettre de garanties constitue-t-elle un progrès ou une régression pour la pratique des garantes indépendantes dans la zone OHADA?», *Penant*, n° 840, Juillet-Septembre 2002, pp. 263-273
 - «La CCJA a rendu ses premiers arrêts le 11 octobre 2001», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 8, 2001, p. 1015
 - «Droit des affaires en Afrique: OAPI», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 1, 2000, p. 91
 - «Droit des affaires en Afrique : chronique sur l'avis n°2/2000/EP du 26 Avril 2000 de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 7, 2000, p. 914
 - «OHADA : Droit des affaires en Afrique = business law in Africa», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 3, 1999, pp. 340-344
 - «Avis de la CCJA sur les nullités dans l'AUPSRVE : La période transitoire dans l'acte uniforme portant droit commercial général», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 6, 1999, p. 677
 - «Avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage - Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 8, 1999, p. 924
 - «Chronique bibliographique et présentation de l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 2, 1999, p. 228
 - «Chronique jurisprudentielle», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 5, 1999, p. 578
 - «Note sous l'Avis de la CCJA n° 1/99/JN du 7 juillet 1999», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 6, 1999, p. 677
 - «Observations sur l'Avis consultatif n° 001/99/JN du 7 juillet 1999 sur les articles 13, 14, 79 et 297 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 6, 1999, p. 677
 - «Présentation du Règlement de la CCJA et de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1999, n° 3, p. 340
 - «Nouveau droit uniforme des sociétés», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 6, 1998
 - «Nouveau droit uniforme des sociétés commerciales», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 6, 1998, p. 673

- «Nouveau droit uniforme des sociétés», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 6, 1998
- «Nouveau droit uniforme des sociétés commerciales», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 6, 1998, p. 673
- «Récents développements du projet d'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA)», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 3, 1996, p. 301
- «Récents développements du projet d'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA)», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 3, 1996, p. 301
- «Le recours en annulation des sentences arbitrales en droit OHADA», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 4, pp. 564-568
- AHO (F.)**, «Quelques éléments de réflexion sur la diffusion du droit uniforme de l'OHADA dans un contexte de multilinguisme et une perspective de bi-juridisme», *Actes du séminaire sur Le bi-juridisme au service de l'intégration et de la sécurité juridique en Afrique sous l'égide de l'OHADA*, Yaoundé, 13-17 décembre 2004, p. 49
- AHO (F.), KODO (J.)**, «Le régime juridique du droit de rétention dans l'OHADA et en droit français», *Revue Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence des Affaires*, n° 2, p. 137
- AHOYO (A.F.)**, «La problématique du financement de l'OHADA», *Penant*, n° 865, 2008, p. 428
- AKA (N.)**, «La pratique arbitrale en Côte d'Ivoire», in *Etudes offertes au Professeur Joseph ISSA-SAYEGH*, AIDD, 2006, p. 102
- «La pratique arbitrale des institutions d'arbitrage en Afrique : le cas de la Côte d'Ivoire», in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 155
- AKAM AKAM (A.)**, «L'information dans le contrat de transport de marchandises par route : le droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 397
- «L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique» in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2009, pp. 21-36
- «Soliloque sur l'exemple d'incohérence en droit OHADA : la cessation des fonctions des dirigeants sociaux», in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, 2009, pp. 101-132
- «La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA», *Revue Internationale de Droit Economique*, vol. 2, 2007, pp. 211-243
- AKOMNDJA AVOM (V.)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n° 025/2008, 30 avril 2008 Société Générale de Banque en Côte d'Ivoire dite SGBCI c/Dame Konan Marie Aimée et sieur Konan Kouadio Camille, 2ème espèce: CCJA, arrêt n°003/2008, 28 février 2008 Mohamed Taïb Kettani c/Grunitzky Victoria Geneviève», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 405
- AKOUETE AKUE (M.)**, «Plaidoyer pour un espace OHADA plus attractif pour les investissements étrangers», *Actes du Colloque sur La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique Francophone : le droit OHADA*, Centre de droit économique de l'Université Paul-Cézanne d'Aix-en-Provence le 20 mars 2009, *Revue LAMY*, n° 67, janvier 2010, p. 85
- «Les Clubs OHADA : Quelle utilité? Quelle actualité?», *Penant*, n° 865, 2008, p. 521
- «Synthèse des travaux de l'Atelier de formation Droit pénal OHADA», 25 et 26 septembre 2009», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 00, p. 46
- «Droit pénal OHADA, mythe ou réalité?», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 00, p. 7
- «La communication des institutions de l'OHADA», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 01, p. 15
- AKOUNUMBO ATANGCHO**, «Cross examining the propriety of the OHADA reform in Cameroon : from great expectations to procrastinations», *Revue de Droit Africain*, vol. 10, 2006, pp. 127-162
- AKUETE (P. S.)**, «Commentaire de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général», in *OHADA : Traité et Actes uniformes annotés*, Juriscope, 2008, p. 203
- «L'injonction de payer», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. I, n° 6, 2005, pp. 471-478
- «L'immatriculation au nouveau registre du commerce et du crédit mobilier», *Revue Togolaise de Droit des Affaires et d'Arbitrage*, mars 2000, p. 2
- AZIBER ALGADI (S.)**, «Commissaire aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA», *Penant*, n° 870, 2010, p. 5
- «Le pouvoir de contrôle des créanciers sur les contrats postérieurs à l'ouverture d'une procédure collective en droit OHADA : effectivité ou facticité?», *Penant*, n° 867, 2009, p. 215
- ALLIOT (M.)**, «Problèmes de l'unification du droit africain», *Journal of African Law*, vol. II, n° 2, 1967
- AMOUSSOU-GUENOU (R.)**, «L'Acte uniforme sur l'arbitrage et son environnement juridique», *Revue Camerounaise de Droit*, n° spécial, Octobre 2001, p. 11
- «L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments OHADA», in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 9
- «L'Afrique, la mondialisation et l'arbitrage international», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 3, Octobre 1998, pp. 3-6
- «Les investissements étrangers en Afrique et l'arbitrage», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 2, Juillet 1998, p. 42
- «L'arbitrage dans le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 3, 1996, p. 321
- ANABA MBO (A.)**, «L'exécution sur les biens des sociétés du groupe», *Miroir du droit*, n° 1, Avril-Juin 2009, pp. 23-33
- «La nouvelle juridiction présidentielle dans l'espace OHADA : l'endroit et l'envers d'une réforme multiforme», *Revue Camerounaise de Droit des Affaires*, n° 3, p. 9
- ANCEL (J.-P.)**, «L'arbitrage et la coopération du juge étatique», *Penant*, n° 833, Mai-Août 2000, pp. 170-189
- «Le contrôle de la sentence», in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 187
- ANO BENIE (Y.-B.)**, «L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats : son impact sur la formalisation des garanties», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 477
- ANOUKAHA (F.)**, «Le juge du contentieux de l'exécution des titres exécutoires : le législateur camerounais persiste

- et signe...l'erreur», *Juridis Périodique*, n° 70, Avril-Mai-Juin 2007, pp. 33-38
- «La délimitation de la compétence entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage OHADA et les Cours suprêmes nationales en matière de recouvrement des créances (à propos de l'arrêt Pamol», *Juridis Périodique*, n° 59, Juillet-Décembre 2004, p. 118
 - «L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les Etats africains membres de l'OHADA», *Revue du CERDIP*, vol. 1, n° 1, Janvier-Juin 2002, p. 62
 - «L'OHADA en marche», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2002, pp. 7-22
 - «L'incompatibilité d'exercice d'une activité commerciale dans l'espace OHADA : Le cas du Cameroun», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2001, pp. 5-24
- ANVILLE N'GORAN (J.-J.)**, «Du cautionnement solidaire dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés», *Penant*, n° 857, 2007, p. 401
- AQUERUBURU (A. C.)**, «L'Etat, justiciable de droit commun dans le Traité OHADA», *Penant*, n° 832, 2000, p. 48.
- «La procédure d'injonction de payer telle qu'elle est organisée dans l'Acte uniforme de l'OHADA constitue-t-elle un recul par rapport à la loi togolaise du 20 avril 1988», *Penant*, n° 830, 1999, p. 287
- ASSIASSEPO (E.)**, «L'ordre public international dans l'acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage», *Revue de l'Arbitrage*, n° 4, 2007, pp. 753-768
- «La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction?», *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 57, n° 4, 2005, pp. 943-955
- ASSOCIATION DE DROIT INTERNATIONAL**, «Recommandations de l'Association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales internationales», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 20, Janvier-Février-Mars 2003, p. 25
- ASSOGBAVI (K.)**, «Le cadre juridique de l'arbitrage au Togo», *Revue Togolaise de Droit des Affaires et d'Arbitrage*, n° 0001, Juin 2000, pp. 24-30
- «La saisie vente», *Revue Togolaise du Droit des Affaires et d'Arbitrage*, Juin 2000, pp. 3-13
 - «L'arbitrage international et le Traité de l'OHADA», *Revue Togolaise de Droit des Affaires et d'Arbitrage*, Mars 2000, p. 13
 - «Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA», *Penant*, n° 832, 2000, p. 55
 - «La nouvelle procédure d'injonction de payer dans l'Acte Uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies de créances», *Juridis Périodique*, n° 40, Octobre-Décembre 1999, pp. 95-106
- ATANGANA-MALONGUE (M-T.)**, «Le cautionnement réel dans l'acte uniforme OHADA», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 323
- AURILLAC (M.)**, «L'exécution dans la pratique et ses difficultés contre une partie africaine», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 2, 1998, p. 3
- AYAWA TSAKADI (A.)**, «Réflexions sur les pouvoirs de l'associé unique», *Juridis Périodique*, n° 81, janvier-février-Mars 2010, pp. 82-103
- AZIBER ALGADI (S.)**, «Cession judiciaire et principes contractuels en droit OHADA», *RIDC*, vol. 60, 2008, pp. 45-60
- BA (A.)**, «La coopération du juge étatique dans le déroulement de la procédure arbitrale», *Revue Sénégalaise de Droit des Affaires*, n° 1, janvier-juin 2003, p. 98
- BA (B. D.)**, «Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA», *Actes du Colloque de Ouagadougou des 16 et 17 décembre 1999 sur la libéralisation de l'économie régionale : le cas de l'UEMOA*, pp. 159-195
- BA (I.)**, «Observations sur l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique», *EDJA*, n° 35, Octobre-Décembre 1997
- BAASCH ANDERSEN (C.)**, «Defining uniformity in law», *Revue de Droit Uniforme*, vol. XI, 2007, p. 5
- BADET (G. S.)**, «La réglementation interétatique de la faillite internationale : l'exemple des Etats africains de l'OHADA», *Revue de Droit Africain*, vol. 8, 2004, pp. 433 - 461
- BAJOMA (B. A.)**, «Des balises de la jurisprudence Karnib», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 4, 2005, pp. 355-360
- BADO (L.)**, «Droit et développement dans les nouveaux Etats africains», *Revue Burkinabé de Droit*, n° 15, p. 59
- BAKANDEJA WA MPUNGU (G.)**, «L'internationalisation des échanges et le droit OHADA», in *Actes du Colloque sur La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique Francophone : Le droit OHADA*, Centre de droit économique de l'Université Paul-Cézanne d'Aix-en-Provence le 20 mars 2009, *Revue LAMY*, n° 67, Janvier 2010, p. 82
- BAKARY (D.)**, «Les règles du contentieux et des Actes uniformes dans l'OHADA : Analyses et perspectives», *Revue Trimestrielle de Droit et Jurisprudence des Affaires*, n° 1, p. 47
- BALE (E.-H.), DECKON (F.)**, «Avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», *Revue Togolaise de Droit des Affaires et d'Arbitrage*, Mars 2000, pp. 41-42
- BALEMAKEN (L.R.)**, «La restriction des droits du débiteur en phase préparatoire du concordat préventif OHADA», *Miroir du droit*, n° 1, Avril-Juin 2009, pp. 35-42
- BAMBA (A.)**, «La procédure d'arbitrage devant la Cour commune de justice et d'arbitrage», *Penant*, n° 833, Mai-Août 2000, pp. 147-154
- BAMODU GBENGA**, «Transnational law, unification and harmonization of international commercial law in Africa», *Journal of African Law*, n° 38, 1994, pp. 125-43
- BANNY (C. K.)**, «La réforme des systèmes de paiement dans les Etats membres de l'UEMOA», in *Actes du 1er colloque de l'Association ivoirienne Henri Capitant* (Abidjan, 2 avril 2001) sur Le nouvel environnement juridique des entreprises dans la zone Franc, *Quel bilan?*, p. 230
- BARREAU DE PARIS**, «L'OHADA : la réalité pratique vers un développement du droit positif harmonisé», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 2, 2000, p. 214
- BATAKA M'BAEWAR (W.)**, «Le silence de l'OHADA et la survie partielle des lois nationales de recouvrement en cas d'arrêt des poursuites individuelles prolongées sans concordat», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 4, 2005, pp. 307-309

- BATOUAN BOUYOM (J.-A.)**, «La protection du commissionnaire de transport contre l'inexécution du commettant dans l'espace OHADA», *Juridis Périodique* n° 85, janvier-mars 2011, pp. 111 et ss.
- BATOUAN BOUYOM (J.-A.)**, «Commentaire de 1ère espèce CCJA, avis n° 001/2003/EP, 4 juin 2003, 2e espèce: CCJA, arrêt n°011/2004, 26 février 2004, Rafiu Oyewemicontra Tony Anthony», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 101
- «Commentaire de CCJA, arrêt n°018/2003, 19 octobre 2003 Société Afrocom c/Caisse de Stabilisation et de Soutien des Prix des Produits Agricoles, dite CSSPPA», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 257
 - «Commentaire de CCJA, arrêt n° 010/2003, 19 juin 2003 Monsieur D.G .et Madame D. J. c/Société SOTACS, 2ème espèce : CCJA, arrêt n°028/2007, 19 juillet 2007 Société Nestlé Sahel c/Société commerciale d'importation Azarer Salamé dite SCIMAS», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 331
- BATOUAN BOUYOM (J.-A.), SOPGUI (E.)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n°030/2004, 4 novembre 2004 Société de Gestion Ivoirienne de transport maritimes et aérien dite GITMA c/Société africaine de matières exportables dite SAMEX», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 237
- BATOUM (F.P.M.)**, «La saisie-vente dans la législation OHADA ou le sacre de l'insolvabilité?», in *Juridis Périodique*, n° 74, Avril-Mai-Juin 2008, pp. 71-83
- BAUDRAN (A.-S.)**, «Quelques développements sur la revendication des biens fongibles en droit des procédures collectives», *Revue Procédures Collectives*, n° 2004, p. 5
- BAYANGAMA (R. S.)**, «De l'instance de validité de saisie à l'acte de conversion ou la substitution d'une procédure judiciaire à un exploit d'huissier», *La gazette de l'OHADA*, n° 3, Septembre-Octobre 2003, p. 2
- BAYONNE (J. A.)**, «Les procédures civiles d'exécution selon l'acte uniforme de l'OHADA», *Hebdo Informations*, n° 409, 16 octobre 1999, p. 1
- BEBOHI EBONGO (S.I.)**, «L'ordre public international des Etats parties à l'OHADA» *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 34, Juillet-Août-Septembre 2006, p. 3
- BEN KEMOUN (L.)**, «L'OHADA, le temps et le diable : Réflexions sur le Traité de Québec», *Penant*, n° 872, 2010, p. 374
- «Les rapports entre les juridictions de cassation nationale et la CCJA de l'OHADA : aspects conceptuels et évaluation», *Penant*, n° 860, Juillet-Septembre 2007, pp. 299-304
 - «Sécurité juridique et investissements internationaux», *Penant* n° 855, 2006, p. 193
 - «Quelques réflexions sur l'OHADA, 10 ans après le traité de Port-Louis», *Penant*, n° 843, Avril-Juin 2003, p. 133
- BERTHE (B.)**, «La main vidange sous astreinte», *Revue Trimestrielle de Droit et Jurisprudence des Affaires*, n° 1, p. 91
- BI OULA (K.)**, «Le recul de la nullité dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE», *Penant*, n° 848, Juillet-Septembre 2004, p. 252
- BILE KANGAH (E. J.)**, «Quelques considérations sur l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 481
- BINAKI (I. P.)**, «Le registre du commerce et du crédit mobilier», *La Gazette de l'OHADA*, n° 2, 1er juillet 2001, p. 4
- «Comment créer une société commerciale selon le nouveau droit commercial», *La Gazette de l'OHADA*, 1er mai 2001, p. 3
- BLANC (G.)**, «Prévenir et traiter les difficultés», *Actes du Colloque sur La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique Francophone*, Centre de droit économique de l'Université Paul-Cézanne d'Aix-en-Provence le 20 mars 2009, *Revue LAMY*, n° 67, Janvier 2010, p. 75
- BLACKETT (A.)**, «Beyond standard setting : a study of ILO technical cooperation on regional labor law reform in west and central Africa, Comparative Labor Law and Journal Policy», Vol. 32, n° 2, 2011, p. 443
- BOISSEAU CHARTRAIN (O.)**, «Quel avenir pour les succursales des sociétés étrangères dans l'OHADA», *Revue du Droit des Affaires Internationales*, n° 3, 2000, pp. 358-363
- BOISSEAU CHARTRAIN (O.), LECLERF (M.)**, «Quel avenir pour les succursales des sociétés étrangères de l'OHADA?», *Penant*, n° 837, septembre-décembre 2001, pp 337-341
- BOISSEAU CHARTRAIN (O.), LECERF (M.)**, «Quel avenir pour les succursales des sociétés étrangères dans l'OHADA?», *Penant*, n° 837, Septembre – Décembre 2001, p. 337
- BOIVIN (R.), TIC (P.)**, «Arbitrage international en Afrique», *Revue Générale de Droit*, 2002, pp. 847-864
- BOLLORE**, «Les contrats types utilisés par le groupe Bollore en matière de tierce détention», *Penant*, n° spécial 840, 2002, p. 396
- BOLMIN (M.), BOUILLET-CORDONNIER (G.), MEDJAD (K.)**, «Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc», *Journal de Droit International*, 1994, p. 377
- BOMBA (D.-T.)**, «Le contrôle de gestion des sociétés commerciales dans l'espace OHADA», *Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré*, 2009, pp. 125-138
- BOTOKRO (K. T.)**, «L'établissement bancaire ou financier tiers saisi dans la procédure de saisie-attribution», *Revue Togolaise du Droit des Affaires et d'Arbitrage*, Juin 2000, pp. 14-23
- «L'arbitrage au Togo», *Revue Togolaise de Droit des Affaires et de l'arbitrage*, Mars 2000, p. 8
- BOUBOU (P.)**, «La notion de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitrage dans le droit OHADA», *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, Avril-Mai-Juin 2000, n° 9, pp. 3-8
- BOUILLERIE (de la) (P.), THOUVENOT (S.)**, «Droits des Etats membres et normes OHADA : de l'opportunité et de la méthode d'une mise en conformité», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2007, pp. 100-105
- BOUMAKANI (B.)**, «La coexistence de la Cour commune de justice de l'OHADA et de la Cour de justice de la CEMAC : bilan et perspectives», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2005, pp. 86-98
- «Le juge interne et le droit OHADA», *Penant*, n° 832, 2002, pp. 133-152
 - «Le juge interne et le droit OHADA», *Penant*, n° 839, 2002, p. 140

- «Les juridictions communautaires en Afrique noire Francophone : la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, les cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 1999, pp. 67-86
- BOURDIN (R.)**, «A propos du règlement de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», in *OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles Bruylant, 2000, p. 151
- «Le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», *Revue Camerounaise de Droit*, n° 5, Avril-Juin 1999, p. 10
- BRIZOUA-BI (M.)**, «Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA», *Droit et Patrimoine*, n° 197, Novembre 2010, p. 60
- «L'attractivité du nouveau droit OHADA des hypothèques», *Droit et Patrimoine*, n° 197, Novembre 2010, p. 86
- **BROU KOUAKOU (M.)**, «La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives : l'apport du traité OHADA», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010, vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 269
- «Le droit de rétention en droit ivoirien : conditions d'exercice et prérogatives du rétenteur à propos de l'affaire Société SATA Mali», in *Etudes Offertes au Professeur Joseph ISSA-SAYEGH*, AIDD, 2006, p. 90
- «Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire (Caution réelle – hypothèque)», *Penant*, n° 856, 2006, p. 273
- Bilan de l'interprétation des actes uniformes par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», *Le Juris – OHADA*, n° 3, 2003, p. 2
- «Le contentieux des actes uniformes : de la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», *Le Juris – OHADA*, n° 2, 2003, p. 2
- «Le nouveau droit des contrats de transport des marchandises par route dans l'espace OHADA», *Penant*, n° 845, Octobre-Décembre 2003, p. 394
- «La procédure d'injonction de payer en droit ivoirien : l'apport du droit OHADA», *Revue de la Recherche Juridique*, 2001, p. 1143
- CARTRON (A.-M.)**, «La réforme de l'acte uniforme sur le droit commercial général», *Penant*, n° 865, 2008, p. 433
- CARTRON (A.-M.), COUSIN (B.)**, «La fiabilisation des systèmes judiciaires nationaux : un effet secondaire méconnu de l'OHADA», *Ohadata*, D-07-30
- CASHIN RITAINE (E.)**, «Nouvelles tendances en droit des obligations – Quel droit s'applique?», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 69
- CASTELLANI (L. G.)**, «Assurer l'harmonisation du droit des contrats aux niveaux régional et mondial : la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et le rôle de la CNUDCI», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 101
- CENTRE D'ARBITRAGE ET D'EXPERTISE DU RWANDA**, «Règlement d'Arbitrage et d'Expertise du Centre d'Arbitrage et d'Expertise du RWANDA», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 16, Janvier-Février-Mars 2002, p.16
- CENTRE DU COMMERCE INTERNATIONAL**, «Note d'information du Centre du Commerce International sur le renforcement des Centres d'Arbitrage et de Médiation; des services pour gérer le règlement des différends commerciaux hors tribunaux», Genève, 24 septembre 2004, *Revue de l'Arbitrage*, n° 26, Juillet-Août-Septembre 2004, p. 11
- CEREXHE (E.)**, «L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale», *Revue Burkinabé de Droit*, n° 39-40, p. 21
- «Les tentatives d'intégration régionale», *Revue Burkinabé de Droit*, n° 15, p. 29
- CHAPPUIS (C.)**, «Le renoncement à la cause et à la considération dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 253
- CHIFFLOT BOURGEOIS (F.)**, «Les garanties de paiement : l'apport des sûretés dans l'espace OHADA», *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1, Janvier 2011, étude 2
- CHIFFLOT BOURGEOIS (F.), BEN KEMOUN (L.), THOUVENOT (S.)**, «Pérenniser le succès de l'OHADA : pistes de réflexion/a few thoughts and ideas for a continued succes (success) of the OHADA», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 2, Mars 2006, pp. 29 et ss
- CIRDI**, «Règlement d'Arbitrage du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)», in *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 9, Avril-Mai-Juin 2000, p. 22
- CISSE (A.)**, «Le nouvel élan du droit OHADA», *Droit et Patrimoine*, n° 201, Mars 2011, p. 47
- CISSE (A.), DIALLO (B.)**, «L'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier et des fichiers connexes», *Droit et Patrimoine*, n° 201, Mars 2011, p. 62
- CLARINGBOULD (M. H.)**, «The digital waybill and the digital pen. A success story from the Netherlands», *Revue de Droit Uniforme*, 2006, vol. XI, p. 667
- CLARKE (M.)**, «National judges facing gaps in the CMR : British case-law», *Revue de Droit Uniforme*, 2006, vol. XI, p. 633
- COFFY DE BOISDEFFRE (M.-J.)**, «Le rapprochement des normes de l'OHADA avec la législation des pays d'Afrique anglophone à la lumière de l'expérience de l'harmonisation du droit des affaires des pays de l'Union Européenne», *Penant*, n° 849, 2004, pp. 425-436
- CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT FRANÇAIS**, «Perfectionnement des notaires africains en droit des affaires», *CSNF*, 2001, p. 9
- COUR SUPREME DU CONGO BRAZZAVILLE**, «Conformité ou non-conformité du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique à l'acte fondamental du 24 octobre 1997», *Penant*, n° 838, Janvier-Mars 2002, pp. 116-120
- COUSIN (B.)**, «OHADA, un correctif au fonctionnement de la justice? », *Penant*, n° 865, 2008, p. 511
- CROCQ (P.)**, «Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés», *Droit et Patrimoine*, n° 197, Novembre 2010, p. 52
- «Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation de sûretés», *Droit et Patrimoine*, n° 197, Novembre 2010, p. 78
- CSOKLICH (P.)**, «CMR as national law and cabotage in Austria», *Revue de Droit Uniforme*, 2006, vol. XI, p. 685
- CZAPSKI (W.)**, «Application et interprétation de la Convention CMR à la lumière du droit international», *Revue de Droit Uniforme*, 2006, vol. XI, p. 545

- DAH-ACHINANON (R.)**, «Banque et saisies», Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement, Mai-Juin 2005, pp. 238-239
- D'ALMEIDA-AHADJI (M.), KILEOU (A. B.)**, «Saisie et vente d'un immeuble», Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement, vol. I, n° 6, 2005, pp. 527-536
- **DARANKOUM (E. S.)**, «La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution», Revue de Droit Uniforme, n° 1-2, 2008, p. 229
 - «La pérennité du lien contractuel dans la vente commerciale OHADA», Penant, n° 853, 2005, p. 500
 - «Le critère de privation substantielle, condition de la résolution dans la vente commerciale OHADA», Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang, 2002, pp. 177-193
- DATE-BAH (S. K.)**, «The preliminary draft OHADA uniform Act on contract law as seen by a common law lawyer», Revue de Droit Uniforme n° 1-2, 2008, p. 217
- «The Unidroit Principles of International Commercial contracts and the harmonisation of the Principles of commercial contracts in West and Central Africa», Revue de Droit Uniforme, vol. IX, p. 272
 - «De la compétence de la CCJA à émettre des avis et de la procédure suivie par elle pour l'émission des avis», Bulletin OHADA, n° 1, Août-Septembre 2000, p. 13
- DE LAFOND (T. G.)**, «Le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique», Gazette du Palais, 20-21 Septembre 1995, p. 2
- DE MONTEYNARD (G.)**, «Les juges nationaux face aux silences de la CMR: jurisprudence française», Revue de Droit Uniforme, 2006, vol. XI, p. 619
- DECKON KUASSI (F.)**, «L'interdiction de l'hypothèque des biens à venir», Penant, n° 844, Juillet-Septembre 2003, p. 331
- DELABRIERE (A.)**, «L'article 11 de l'acte uniforme sur les procédures collectives : outil de sauvegarde ou de discrimination?», Penant, n° 870, 2010, p. 53
- «La société en participation dans l'OHADA», Penant, n° 848, Juillet-Septembre 2004, p. 396
 - «Le registre du commerce et du crédit mobilier, instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace OHADA», Penant, n° 840, 2002, p. 369
- DELABRIERE (A.), FENEON (A.)**, «La constitution du tribunal arbitral et le statut de l'arbitre dans l'acte uniforme OHADA», Penant, n° 833, Mai-Août 2000, pp. 155-165
- DELEBECQUE (Ph.)**, «La Convention CMR, les transports superposés et multimodaux», in Revue de Droit Uniforme, 2006, vol. XI, p. 569
- DEWEDI (E.)**, «L'attractivité du groupement d'intérêt économique en droit OHADA», Penant, n° 871, 2010, p. 167
- DIABY (K.)**, «L'entrée en vigueur du droit OHADA en Guinée», Revue Camerounaise de Droit, Octobre 2001, p. 18
- DIAKHATE (M.), SAMBE (I.)**, «Regards croisés sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales», Revue Sénégalaise de Droit des Affaires, n° 1, Janvier-Juin 2003, p. 111
- DIAKHATE (M.)**, «Observation sur la jurisprudence de la CCJA relative à l'interprétation de l'article 32 AUPSRVE (exécution provisoire)», Ohadata D.05.14
- «Les procédures simplifiées et les voies d'exécution : la difficile gestation d'une législation communautaire», Revue Sénégalaise de Droit des Affaires, n° 2-3-4, p. 11
 - «Note sur CCJA, arrêt n° 1/99/PC du 23 avril 1999 et CCJA, arrêt n° 13/2003 du 19 octobre 2003», Revue Sénégalaise de Droit, n° 2-3-4, p. 109
- DIAKITE (O.)**, «Analyse commentée de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution», Revue de Droit des Affaires du Mali, n° 3 et 4, octobre 2000 à mars 2001, p. 20
- **DIALLO (B.)**, «Les exigences de fond d'une créance litigieuse faisant l'objet d'une procédure d'injonction de payer, note sous CCJA, arrêt du 29 juin 2006, CD c/SIDAM», Juridis Info, n° 4, Juillet-Août 2009, p. 22
 - «Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la CCJA dans le cadre du Traité de l'OHADA», Penant, n° 858, 2007, p. 40
 - «Note sous Cour de cassation sénégalaise, arrêts n° 36 et 37 du 19 janvier 2005, Saleh/Ulman et Babou/Dramé», Penant, n° 855, 2006, p. 238
 - «La Cour commune de justice et d'arbitrage et le contentieux des actes uniformes», Penant, n° 850, Janvier-Mars 2005, p. 22
- DIALLO (B.), NDZUENKEU (A.)**, «L'exécution provisoire à l'ère de l'OHADA», Penant, n° 850, 2005, pp. 46-70
- **DIALLO (I. K.)**, «Etude de l'Acte uniforme relatif au contrat de transport des marchandises par route», Le Bulletin du Transport Multimodal, n° 2-3, Juillet-Décembre 2004, p. 12
 - «La problématique de l'intégration juridique : L'équation de la méthode», Le Bulletin du Transport Multimodal, n° 00, Janvier-mars 2004, p. 8
 - «Présentation de l'Acte de l'OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route», Revue Trimestrielle de Droit et Jurisprudence des Affaires, n° 1, p. 109
- DICKERSON (C. M.)**, «The introduction of OHADA law in anglophone countries : linguistic challenges; le droit OHADA dans les Etats Anglophone», Revue de Droit des Affaires Internationales, 2008, n° 6, pp. 743-750
- DIEDHIOU (P.)**, «L'article 10 du Traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale?», Revue de Droit Uniforme, n° 2, 2007, vol. XII, pp. 265-284
- DIENG (F.)**, «L'harmonisation en question», Nouvelles Annales Africaines de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop, n° 1, 2007, pp. 79-85
- «Les effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles dans l'espace OHADA», Revue Sénégalaise de Droit des Affaires, n° 5-6-7-8, 2005-2006, pp. 35-60
- DIENG (A.)**, «Le nouveau droit de l'arbitrage en Afrique», Revue Camerounaise de Droit, n° spécial, Octobre 2001, p. 20
- «La pratique arbitrale et les institutions d'arbitrage en Afrique : Le cas du Sénégal, in OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 163
 - **DIFFO TCHUNKAM (J.)**, «Le contrat selon la loi camerounaise du 21 décembre 2010 sur le commerce électronique», Juridis Périodique, n° 87, Doctrine. (autre accès recommandé : <http://afrilex.u-bordeaux4.fr>)
 - «La distinction civil-droit commercial à l'épreuve de l'OHADA: une prospective de droit matériel uniforme», Revue de Droit Uniforme, vol. XIV, n° 1 et 2, 2009, pp. 57-95

- «Le régime de zone franches à l'épreuve de l'intégration régionale», *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, vol. 1, n°2, 2000, pp. 192-208
- DIOF (S.)**, «La convergence numérique à l'épreuve de la réglementation bancaire», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 01, p. 22
- DIOUF (A.), BA (Y.)**, «Vers une harmonisation-réconciliation économique et juridique», *Marchés tropicaux*, Juin 1993, p. 1193
- DIOUF (B.)**, «Droit des affaires en Afrique : des moyens avant tout», *Le soleil*, 6 février 1997, p. 4
- **DIOUF (N.)**, «Actes uniformes et droit pénal des Etats signataires du traité de l'OHADA : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire dans l'espace OHADA», *Revue Burkinabé de Droit*, n° 39-40, p. 63
- «Infractions en relation avec les nouvelles technologies de l'information et procédure pénale: l'inadaptation des réponses nationales à un phénomène de dimension internationale» in *Revue Sénégalaise de Droit des Affaires*, n° 2-3-4, p. 59
- «La place du droit pénal dans le droit communautaire», in *Nouvelles Annales Africaines de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop*, n° 1, 2007, p. 161-184
- «Le traitement du blanchiment des capitaux», in *Revue Sénégalaise de Droit des Affaires*, n° 5-6-7-8, 2005-2006, pp. 173-225
- DJOFANG (D.-A.)**, «Bilan et perspectives de la contribution des Etats membres à l'effectivité du droit OHADA», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2009, pp. 275-291
- **DJOGBENOU (J.)**, «La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniformes de l'OHADA», *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, n° 20-21, 2008-2009, pp. 51-101
- «Le juge et la protection des intérêts des parties dans une phase de procédure collective», *Communication faite à l'occasion du séminaire de sensibilisation des magistrats au droit bancaire, organisé par l'Association professionnelle des Banques et Etablissements financiers du Bénin, à Abomey, les 22, 28, 29, 30 juin et 1er et 2 Juillet 2005*, *Revue Droit & Lois*, n° 5, octobre 2005
- «La compétence du juge des référés en matière de résiliation du bail commercial», *Revue Droit et Lois*, n° 3, Octobre 2004, pp. 22 et s
- «Commentaire de l'avis n° 1 et 2003/EP du 14 juin 2003 de la CCJA; quel sort a la compétence du juge des référés en matière de résiliation du bail commercial et de l'expulsion du preneur au regard de l'article 101 AUDCG», *Revue Trimestrielle de Droit et Jurisprudence des Affaires*, n° 1, p. 115
- «Le régime des nullités en matière de procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution», <http://www.dike.fr/spip.php?article130>
- DOE-BRUCE (A.)**, «La responsabilité des auxiliaires de justice du fait des saisies», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. I, n° 6, 2005, pp. 584-587
- DOGUE (C.)**, «Une nouveauté déplorable : la prohibition des défenses à exécution provisoire», *Actualités Juridiques*, n° 28, Juin 2002, p. 5
- DOSSOU (R.)**, «La pratique de l'arbitrage en Afrique», in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 125
- DUPICHOT (P.)**, «La problématique de la preuve en droit», *Actes du Colloque sur le droit de la preuve dans l'espace OHADA tenu à Paris le 9 février 2010*, *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 01, p. 16
- DZUENKEU (A.)**, «L'OHADA et la réforme des procédures civiles d'exécution en droit africain : l'exemple du Cameroun», *Juridis Périodique*, n° 50, Avril-Mai-Juin 2002, pp. 113-119
- **EKOME (E.)**, «Reflections on the applicability of OHADA in Anglophone Cameroon», *Juridis Périodique*, n° 61, Janvier-Février-Mars 2005, pp.75-87
- «Landmark development in commercial law practice in Anglophone Cameroon: conflicts beyond belief», *Juridis Périodique* n° 52, Octobre-Novembre-Décembre 2002, pp. 81-89
- «Promoters' and Pre-incorporation Transactions at common Law and under the Uniform Act», *Juridis Périodique*, n° 49, Avril-Mai-Juin 2002, pp.110-118
- «Public issue of shares under the companies ordinance and the uniform act of the OHADA Treaty», *Juridis Périodique*, n° 50, Avril-Mai-Juin 2002, pp.95-108
- EL SAADANI (S.)**, «OHADA, a continent-wide perspective?», *Revue de Droit Uniforme* n° 1-2, 2008, p. 485
- ELABE (F.)**, «Les aspects pratiques du Traité de l'OHADA : l'arbitrage comme mode de règlement des litiges commerciaux», *Bulletin OHADA*, n° 3, Décembre 2000-Janvier 2001, p. 2
- EMIEN MIESSAN**, «L'inscription des sûretés mobilières dans les actes uniformes de l'OHADA relatifs au droit commercial et aux sûretés», *Penant*, n° 859, Juillet-Septembre 2007, p. 356
- ENONCHONG (N.)**, «The harmonization of business laws in Africa : article 42 of the OHADA treaty a problem?», *Journal of African law*, 2007, vol. 51, pp. 95-116
- ERNST & YOUNG INTERNATIONAL**, «Actes uniformes OHADA», *Les Etudes Pratiques de Ernst & Young en Afrique*, octobre 2006, pp. 613-638
- ESSEREKE (M.)**, «Guide schématique des procédures d'insinuation selon l'OHADA», *La Gazette de l'OHADA*, n° 1, 1er mai 2001, p. 5
- «La cession et la saisie des rémunérations dans l'OHADA», *La Gazette de l'OHADA*, n° 2, 1er juillet 2001, p. 13
- ETHY NYAKE (P.)**, «La notion de faute de gestion en matière de comblement de passif (Contribution à l'appropriation de l'article 183 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif)», *Juridis Périodique*, n° 71, Juillet-Août-Septembre 2007, pp.43-53
- EVEHE (R. D.)**, «Le traitement fiscal des modifications de la situation juridique des sociétés commerciales en droit OHADA», in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 223-240
- FAKEYE (V. A.)**, «Quel statut juridique pour votre entreprise? Tableau comparatif des principales sociétés commerciales prévues par l'OHADA», *Le Magazine de l'Entreprise*, n° 50, 2006, pp. 53-55
- FALL (A.)**, «Harmoniser le droit des affaires dans un espace multilingue et pluri-juridique : L'expérience du Groupe de la Banque africaine de développement (BAD)», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 59

- FAYE (A.)**, «L'égalité des associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE)», *Droit Sénégalais*, n° 2, 2003, p. 9
- FENEON (A.)**, «Le règlement préventif : analyse critique», *Penant*, n° 870, 2010, p. 15
- «Aperçu de la jurisprudence OHADA en matière de procédures collectives», *Penant*, n° 865, 2008, p. 492
 - «L'influence de la CVIM sur le nouveau droit de la vente commerciale», *Penant*, n° 853, 2005, p. 464
 - «L'application du droit du travail africain par les juridictions françaises», in *Droit Africain du Travail*, n° 941, Septembre-Octobre 2004, pp. 164-175
 - «Note sur la Cession d'actions sous Tribunal de commerce de Paris du 7 novembre 2001», in *Penant*, n° 848, Juillet-Septembre 2004, p. 411
 - «La mésentente entre actionnaires dans les sociétés anonymes régies par l'acte uniforme OHADA», *Penant*, n° 848, Juillet-Septembre 2004, p. 265
 - «Le nantissement des stocks de matières premières : une garantie adaptée et efficace de l'Acte uniforme sur les sûretés», in *Penant*, n° spécial 840, 2002, p. 274.
 - «Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA», *Penant*, n° 839, 2002, p. 153
 - «Bilan et perspectives de l'OHADA», *Revue Juridique et Politique*, n° 3, Septembre-Décembre 2001, pp. 243-251
 - «Un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique (De l'apport de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA)», *Penant*, n° 833, mai-août 2000
 - «La mise en harmonie des statuts des sociétés anonymes en Côte d'Ivoire», *Penant*, n° 831, 1999, p. 324
 - «Le registre du commerce et du crédit mobilier», *Cahiers Juridiques et Fiscaux*, n° 2, 1998, p. 281
 - «Les intermédiaires de commerce», *Cahiers Juridiques et Fiscaux*, n° 2, 1998, p. 293
- FENEON (A.), CHASSEY (S.)**, «La mise en harmonie des statuts des sociétés anonymes au Burkina Faso», *Revue Burkinabé de Droit*, n° 35, p. 7
- «La mise en harmonie des statuts des sociétés anonymes en Côte d'Ivoire», *Penant*, n° 831, sept-oct. 1999, p. 324
- FENEON (A.), DELABRIERE (A.)**, «La constitution du tribunal arbitral et le statut de l'arbitre dans l'Acte uniforme OHADA», *Penant*, n° 833, mai - août 2000, p. 155
- «Présentation de l'acte uniforme sur le droit commercial général», *Penant*, n° 208, Mai-Août 1998, p. 136
- FENEON (A.), GOMEZ (J.-R.)**, «Le droit de la vente commerciale», *Cahiers Juridiques et Fiscaux*, n° 2, 1998, p. 271.
- «Le nouveau droit de la vente commerciale en Afrique», *Penant*, n° 208, Mai-Août 1998, p. 673
- FERRARI (F.)**, «International sales law in the light of the OHBLA uniform act relating to general commercial law and the 1980 Vienna sales convention», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 5, 2001, p. 599
- «The OHBLA draft uniform act on contracts for the carriage of goods by road», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 7, 2001, pp. 898-905
- FERRER CAPEL (J.)**, «La convention CMR. Pilier du transport international par route», *Revue de Droit Uniforme*, 2006, vol. XI, p. 517
- FEVILIYE (I.)**, «La révision du traité de l'OHADA», *Revue Congolaise de Droit et des Affaires*, n° 1, Octobre-Décembre 2009, p. 35
- «Le dessaisissement d'une Cour suprême au profit de la Cour commune de justice et d'arbitrage, Observations sur l'Arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage n° 004/2007 du 1er février 2007, Affaire Mambo Serge c/société SAGA-CI», *Revue Congolaise de Droit et des Affaires*, n° 1, Octobre-Décembre 2009, p. 32
- FEVILIYE-DAWEY (C. I.)**, «La problématique de l'interprétation et de l'application d'un droit commun : l'exemple du droit des affaires en Afrique Francophone», *Penant*, n° 847, Avril-Juin 2004, p. 133
- FILLE-LAMBIE (O.)**, «Aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 8, 2001, p. 925
- FILLE-LAMBIE (O.), COULIBALY (Y.)**, «La mobilisation des créances de financement de projets en droit international et dans les pays de l'OHADA», *Penant*, n° spécial 840, 2002, p. 335
- FILLE-LAMBIE (O.), LONCLE (J.-M.)**, «L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public: aspects de droit français et de droit OHADA», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2003, p. 3
- FILLE-LAMBIE (O.), MARCEAU-COTTE (A.)**, «Les sûretés sur les meubles incorporels», *Droit et Patrimoine*, n° 197, Novembre 2010, p. 72
- FOCHE (R.), OUAFO BEPYASSI (V.)**, «Le droit de l'OHADA: Un capital vital pour le redressement de l'économie africaine», in *L'Effectivité du Droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp.49-62
- FOKO (A.)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n° 004/2006, 9 mars 2006 AKA Bélanda c/Société ivoirienne de Promotion de Supermarchés dite PROSUMA», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 49
- «Commentaire de CCJA, arrêt n° 012/2006, 29 juin 2006 Compagnie Bancaire de l'Atlantique Côte d'Ivoire dite COBACI c/Société Shaftesbury Overseas Ltd et Société Benath Company Ltd», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 143
 - «Commentaire de CCJA, arrêt n° 023/2006, 16 novembre 2006 Société Africaine de Credit Automobile dite SAFCA et Société Africaine de Crédit-Bail dite SAFBAIL c/Société Air Continental», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 287
 - «L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA», in *Les Mutations Juridiques dans le Système OHADA*, 2009, pp. 141-180
 - «Le droit OHADA et les droits nationaux des Etats parties : une complémentarité vieille de plus d'une décennie», *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2008, vol. 85, pp. 445- 490
 - «Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA», *Penant*, n° 859, Avril-Juin 2007, p. 195
 - «La négociation collective en droit du travail : contribution à l'analyse prospective des normes applicables à la veille de l'adoption d'un nouvel acte uniforme OHADA», *Penant*, n° 858, 2007, p. 7
- FOMCHIGBOU MBANCHOUT (J.-J.)**, «De quelques réflexions sur la codification pénale communautaire du législateur de l'OHADA», in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 63-77

- «L'obligation de reclassement du salarié à la lumière de l'avant-projet de l'acte uniforme de l'OHADA portant droit du travail», in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 241-271
- FOMETEU (J.)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n° 001/2008, 24 janvier 2008 Standard Chartered Bank c/Caisse Nationale de Prévoyance Sociale du Cameroun», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 351
- «Commentaire de CCJA, arrêt n°08/2006, 9 mars 2006 Ayants droit de K.O.K. c/Société ivoirienne d'assurance mutuelle dite SIDAM et Caisse de règlement pécuniaire des avocats dite CARPA», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 469
- «Commentaire de 1ère espèce: CCJA, arrêt n° 039, 2 juin 2005 Drabo Bia et autres c/Madame Touré Magbé, 2e espèce: CCJA, arrêt n° 012/2002, 18 avril 2002, Total Fina Elf c/Sté Cotracom», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 587
- «Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation», *Juridis Périodique*, n°73, Janvier-Février-Mars 2008, pp. 89-103
- «Le juge de l'exécution au pluriel ou la parturition au Cameroun de l'article 49 de l'acte uniforme OHADA portant voies d'exécution», *Juridis Périodique*, n°70, Avril-Mai-Juin 2007, pp. 97-109
- FOMETEU (J.), LEVOA AWONA (S-P.)**, «Commentaire de 1ère espèce : CCJA, arrêt n° 009/2005, 27 janvier 2009 Société Afrocom – CI c/Citibank, 2e espèce : CCJA, arrêt n° 010/2007, 15 mars 2007 Société Ecobank Côte d'Ivoire c/Société Dalyna Voyages Travel Agency», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 519
- FONTAINE (M.)**, «Le projet d'Acte uniforme sur les contrats et les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international», *Revue de Droit Uniforme*, 2007, vol. IX, p. 253
- «L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 203
- «Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», *Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007*, *Revue de Droit Uniforme* n° 1-2, 2008, p. 561
- «The draft OHADA uniform act on contracts and the unidroit principles of international commercial contracts», in *Revue de Droit Uniforme*, n°3, 2004, vol. IX, pp. 573-584
- FORNERIS (X.)**, «Harmonizing commercial law in Africa : the OHADA», *Juridis Périodique*, n° 46, Juillet-Août-Septembre 2001, pp. 77-85
- FOS DE (G.)**, «Transporteurs, transporteurs successifs, transporteurs sous-traitants un sens de la CMR», *Revue de Droit Uniforme*, 2006, vol. XI, p. 648
- FOUCHARD (Ph.)**, «Le système d'arbitrage de l'OHADA : le démarrage», *Petites Affiches*, Le Quotidien Juridique, n° 205, 2002, pp. 52-63
- «L'arbitrage dans l'OHADA, International Law Forum du droit international», *La revue de l'Association de Droit International*, vol. 1, n° 3, 2001, p. 172
- FRILET (M.)**, «L'OHADA ou l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, International law Forum du droit international», *La revue de l'association de droit international*, n° 3, vol.1, 2001, pp. 163
- GATSI (J.)**, «L'applicabilité du droit des affaires de l'OHADA dans la partie anglophone du Cameroun», *Revue Trimestrielle de Droit des Activités Economiques*, Octobre-Décembre 2006, pp.3-13
- «L'avis à tiers détenteur et le nouveau droit des affaires de l'OHADA», in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp.79-128
- «Le recouvrement des créances bancaires en droit OHADA», in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp.129-162
- GATSI (J.), MONKAREE (A.)**, «The draft OHADA uniform act on contracts and UNIDROIT principles of international commercial contracts», in *L'effectivité du Droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 207-213
- GATSONO GNAPY (M.)**, «L'augmentation du capital des sociétés anonymes à la lumière du droit communautaire OHADA», *Bulletin OHADA*, numéro spécial 2001, p. 12
- GELINAS (P.)**, «L'Afrique et l'arbitrage de la CCNI», in *L'OHADA et les Perspectives de l'Arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 167
- GERVAIS DE LAFOND (T.)**, «Le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique», *Gazette du Palais*, 20-21 septembre 1995, pp. 2
- GILBERG (K.)**, «Mieux légiférer au coeur de la révision de l'acte uniforme relatif au droit commercial général», *Droit et Patrimoine*, n° 201, Mars 2011, p. 51
- GNAHOUI (R. D.)**, «Conflit de lois et sort des salariés face à la liquidation de la Compagnie Air Afrique», *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, n° 15, 2005, pp. 21-31
- «Intérêt de l'entreprise et droit des salariés», *Revue Sénégalaise de Droit des Affaires*, n° 1, Janvier-Juin 2003, p. 16
- GNIMPIEBA TONNANG (E.)**, «Recherches sur le nouvel encadrement des ententes anticoncurrentielles des entreprises en Afrique centrale», *Penant* n° 862, 2008, p. 5
- «Le nouveau régime juridique des exportations entre les Etats d'Afrique Centrale: entre réformes laborieuses et influences européennes», *Penant*, n° 857, Octobre-Décembre 2006, pp. 433-483
- GOMEZ (J.-R.)**, «Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique», *Penant*, n° 827, 1998, pp. 145.
- «Réflexions d'un commercialiste sur le projet d'harmonisation du droit des affaires dans la zone franc», *Penant*, 1994, p. 3
- GRIGNON-DUMOULIN (S.)**, «Article 31 de la CMR», *Revue de Droit Uniforme*, 2006, vol. XI, p. 609
- GRIMALDI (M.)**, «Consensualisme et formalisme», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 01, p. 20
- «L'Acte uniforme portant organisation des sûretés», *Petites Affiches*, Le Quotidien Juridique, n° 205, 2004, p. 30
- GUEYE MADEMBE**, «Introduction à l'acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route», *Revue Sénégalaise de Droit des Affaires*, n° 5-6-7-8, 2005-2006, pp. 232-234
- HASCHER (D.)**, «Les rapports entre le juge étatique et l'arbitre», in *L'OHADA et les Perspectives de l'Arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 209
- HARISSOU (A.)**, «Nouveau Traité OHADA : forces et faiblesses», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 00, p. 3

- «La preuve notariée dans l'espace OHADA», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 01, p. 36
- HOGUIE (C.)**, «L'arbitrage et la conciliation : quels intérêts pour les entreprises? », *Actualités Juridiques*, n° 64-65, 2009, p. 324
- HOMMAN-LUDIYE (L.), MISSAINHOUN (J.E.)**, «La gestion des SA et des SARL», *Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation*, n° 2, 1998, p. 309
- HOMMAN-LUDIYE (L.), DJEDJE (P.)**, «Le contrôle de la gestion des S.A et des SARL», *Cahiers Juridiques et Fiscaux*, n° 2, 1998, p. 317
- HOMMAN-LUDIYE (L.), EPESSE (H.)**, «La société anonyme unipersonnelle et le groupement d'intérêt économique, deux nouvelles formes originales», *Cahiers Juridiques et Fiscaux*, n° 2, 1998, p. 303
- HOMMAN-LUDIYE (L.), GERAULT (N.)**, «L'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Présentation générale», *Cahiers Juridiques et Fiscaux*, n° 2, 1998, p. 261
- IBIRIGA (L. M.)**, «Problématique institutionnelle de l'intégration économique de l'Afrique de l'ouest: essai de définition d'un cadre juridique efficient», *Revue Burkinabé de Droit*, n° 24, 1993, pp. 207-223
- IBRAHIMA KHALIL (D.)**, «Les mécanismes d'élaboration des normes de droit communautaire : l'équation de la méthode», *Nouvelles Annales Africaines de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop*, n° 1, 2007, pp. 87-116
- IDEF**, «Etude anonyme. Injonction de payer. Opposition et délais», *Revue Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence des Affaires*, n°1, p. 85
- «Recours contre les sentences arbitrales», *Revue Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence des Affaires*, n° 2, p. 175
- IMHOOS (C.), KENFACK DOUJANI (G.)**, «L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du traité OHADA», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1999, n° 6, p. 630
- INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT**, «L'harmonisation du droit OHADA des contrats», *Revue de Droit Uniforme*, n° 4, 2007, p. 819
- IPANDA**, «L'arrêt époux Karnib : une révolution? Question d'interprétation», in *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 10, Janvier-Mars 2002, pp. 44-59
- «Le régime de nullité des actes de procédure depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (A la lumière de quelques décisions récentes)», *Ohadata D.02.01*
- «Nullité de la mainlevée des saisies de créances donnée par huissier», observations sous tribunal de première instance de Yaoundé, ordonnance de référé n° 301 du 20 janvier 2000, *Revue Camerounaise de Droit des Affaires*, n° 3, Avril-Juin 2000, p. 65.
- «OHADA – Saisie Conservatoire – Assignation en validité (non)-OHADA-Saisie revendication-assignation en validité-non-action aux fins d'obtention d'un titre exécutoire-oui-OHADA-saisie conservatoire-assignation en validité (non) référé compétence (oui)», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 85-102
- «OHADA-injonction de payer absence signification-commandement-premier acte-opposition-recevabilité oui article 10 alinéa 2 AUYE-discontinuation poursuites», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 103-105
- «OHADA-saisie attribution de créances-défenses à exécution sollicitée-mainlevée», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 125-128
- «OHADA-saisie conservatoire-conversion en saisie-vente-procédure-tribunal-non-acte extra-judiciaire (oui) article 69 AUYE», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 107-108
- «OHADA-saisie conservatoire-inoobservation du délai de l'article 61 pour engager une procédure pour accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire-mainlevée», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 109-112
- «OHADA-saisie immobilière commandement-contestation-référé-principe: incompétence exception: sauf avant transcription», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 141-145
- «OHADA-saisie vente titre exécutoire ultérieurement attaqué-injonction de payer-délai de l'article 10 alinéa 2 non observé-discontinuation des poursuites-non», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 113-116
- «OHADA-saisie-attribution de créances-titre non définitif-décision par défaut opposition-mainlevée», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 121-124
- «OHADA-saisie-attribution des créances-procès-verbal de conciliation totale revêtu de formule exécutoire-action en nullité devant le juge du fond-discontinuation des poursuites», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 129-132
- «OHADA-saisie-attribution des créances-titre non définitif-arrêt de déchéance rapporté par la Cour Suprême-mainlevée de saisie-oui-défaut de dénonciation dans les huit jours-caducité-surabondance», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 117-120
- «OHADA-saisie-revendication-garde-saisie-oui», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 137-140
- «OHADA-saisie-vente-commandement préalable-oui-défaut-nullité article 92 AUYE», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 133-136
- «Les comptes dits de virements de salaires, observation sous Tribunal de première instance de Yaoundé, ordonnance de référé n° 218 du 2 mars 1999», *Revue Camerounaise de Droit des Affaires*, n° 3, Avril-Juin 2000, p. 39
- «Baux commerciaux – OHADA – résiliation – juridiction compétente – référé – non clause résolutoire – inefficacité – oui», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 41-47
- «L'interdiction de préjudicier au principal existe-t-elle encore en matière de saisies mobilières? », observations sous Tribunal de première instance de Yaoundé, ordonnance de référé n° 1135 du 7 septembre 1999, *Revue Camerounaise de Droit des Affaires*, n° 3, Avril-Juin 2000, p. 65
- «Nullité de la saisie attribution instrumentée par un huissier incompétent, Tribunal de première instance de Yaoundé, ordonnance de référé n° 183 du 8 décembre 1999», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 3, 1999, p. 59
- «Le traité OHADA et la loi nationale», *Revue Camerounaise du Droit des Affaires*, n° 1, Novembre-Décembre 1999, p. 3

- ISSA-SAYEGH (J.),** «Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté», *Penant*, n° 870, 2010, p. 80
- «Le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE)», *Penant*, n° 869, 2009, p. 393
 - «La notion de droit francophone a-t-elle un sens?», www.afrilex.org
 - «La mise en gage des comptes bancaires», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Octobre 2006, p. 697
 - «Le conflit entre droit communautaire et droit régional dans l'espace OHADA», *Ohadata*, D-06-05
 - «La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA», *Penant*, n° 851, Avril-Juin 2005, p. 150-173
 - «Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des Etats parties avec les actes uniformes de l'OHADA et réciproquement», *Penant*, n° 850, Janvier-Mars 2005, p. 6
 - «Présentation de l'acte uniforme sur le droit commercial général», in *Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005*, pp. 29-50
 - «Présentation des dispositions générales de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le Groupement d'Intérêt Economique», in *Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005*, pp. 51-92
 - «Présentation des projets d'Actes uniformes de l'OHADA portant sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif», *Penant*, n° 827, mai-août 1998, p. 204
 - «Présentation du traité et des règlements de l'OHADA», in *Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005*, pp. 9-28
 - «Présentation générale de l'acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises sise dans les Etats parties du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique: le système comptable OHADA», in *Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005*, pp. 211-229
 - «Présentation générale de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage», in *Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005*, pp. 183-209
 - «Présentation générale de l'acte uniforme sur le contrat de transport de marchandises par route», in *Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005*, pp. 231-255
 - «Présentation générale de l'acte uniforme sur le droit des sûretés» in *Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005*, pp. 93-151
 - «Présentation générale de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif», in *Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005*, pp. 153-181
 - «Présentation générale de l'acte uniforme de l'OHADA sur les sûretés», *Revue de Droit Uniforme*, 2003, p. 369
 - «Questions impertinentes sur la création d'un droit social régional dans les Etats africains de la zone franc», <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/questions-impertinentes-sur-la.html>
 - «Commentaire de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés» in *OHADA : traités et actes Uniformes commentés et annotés*, Paris, Juriscope, 2002, p. 679
 - «Le gage sur créances de sommes d'argent», *Penant*, n° spécial 840, 2002, p. 285
 - «La fonction juridictionnelle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires», in *Mélanges Roger Decottignies, Grenoble*, Presses Universitaires de Grenoble, 2002
 - «L'OHADA : bilan et perspectives, International law Forum du droit international», *La Revue de l'Association de Droit International*, n° 3, 2001, vol. 1, p. 156
 - «La portée abrogatoire des Actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des Etats parties», *Revue Burkinabé de Droit*, n° 39-40, 2001, p. 51
 - «Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA», *Revue Camerounaise d'Arbitrage*, n° spécial, octobre 2001, p. 22
 - «Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA», in *Revue de Droit Uniforme*, 1999, p. 5
 - «L'OHADA, instrument d'intégration juridique», *Revue de Jurisprudence Commerciale*, n° 6, juin 1999, p. 237-245
 - «Organisation des sûretés», *Cahiers Juridiques et fiscaux*, n° 2, 1998, p. 351
 - «Présentation du projet d'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution; du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif», *Penant*, n° 827, Mai-Août 1998, pp. 204-224
 - «Le nouveau droit des garanties de l'OHADA», *Ohadata*, D-02-15
 - «L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc», *Penant*, n° 823, 1997, p. 5-31
 - «L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc (2eme partie)», *Penant*, n° 824, 1997, pp. 125-163
- JACQUET (J.-M.),** «Le droit français des contrats et les principes d'UNIDROIT», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1 et 2, 2008, p. 179
- «Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage OHADA», in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 101-107
- JAMES (J.-C.),** «Le droit de rétention en droit uniforme africain, Afrique juridique et politique», *La revue du CERDIP*, n° 2, Juillet-Décembre 2002, vol. 1, p. 3
- «L'application, dans le temps, des actes uniformes», *Revue Juridique et Politique*, n° 2, Juillet-Décembre 2002, vol. 1, p. 161
 - «L'OHADA et la construction d'un espace juridique francophone», in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 2009
- JIJOGUE (G.),** «Le droit de rétention conventionnel : Etude de droit français et de droit OHADA», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 287
- «La clause de non-concurrence en droit du travail camerounais», *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, vol. 2, 1997, pp.137-151
- JOHNSON KWAWO (L.),** «Actes de séminaire sur le bi-juridisme au service de l'intégration et de la sécurité juridique en Afrique», sous l'égide de l'OHADA, Yaoundé, 13-17 décembre 2004, Agence Universitaire de la Francophonie, 2004, p. 24
- «L'OHADA et la modernisation du droit des affaires en Afrique», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2003, p.72
- JOLIVET (E.),** «L'harmonisation du droit OHADA des contrats : l'influence des Principes d'UNIDROIT en

- matière de pratique contractuelle et d'arbitrage», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1 et 2, 2008, p. 127
- KALIEU ELONGO (Y. R.)**, «Le rôle du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier OHADA dans l'amélioration de l'accès au crédit», in *Les Mutations Juridiques dans le Système OHADA*, 2009, pp. 133-140
- «La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA», *Juridis Périodique*, n° 55, Juillet-Août-Septembre 2003, pp. 109-116
- KALIEU ELONGO (Y. R.), KEUFFI (D.E.)**, «L'émergence d'un marché financier dans l'espace OHADA», www.afrilex.org
- KALINA MENGA (L.)**, «Plaidoyer pour l'harmonisation de la profession d'avocat dans l'espace OHADA», *Ohadata*, D-03-22
- KANE EBANGA (P.)**, «La nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA», *Juridis Périodique*, n° 50, Avril-Mai-Juin 2002, pp. 109-112
- KANGAMBEGA (L.)**, «Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA», *Penant*, n° 834, Septembre-Décembre 2000, pp. 304-335
- KANTE (A.)**, «La détermination de la juridiction compétente pour statuer sur un pourvoi formé contre une décision rendue en dernier ressort en application des Actes Uniformes (observation sur l'arrêt de la Cour Suprême du Niger du 16 août 2001)», *Ohadata*, D-02-29
- «Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures d'apurement du passif (OHADA)», *Revue Sénégalaise de Droit des Affaires*, n° 1, Janvier-Juin 2003, p. 67
- KASSIA BI OULA**, «Peut-on renouveler la théorie des actes de commerce?», in *Etudes offertes au professeur Joseph ISSA-SAYEGH*, AIDD, 2006, p. 188
- «Le recul de la nullité dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique», *Penant*, n° 848, 2004, pp. 352 – 379
- KEBA MBAYE**, «L'Histoire et les objectifs de l'OHADA», *Petites Affiches*, n° 205, Octobre 2004, pp. 4-7
- KENFACK (H.)**, «Les immunités de juridiction et d'exécution de l'Etat et de ses émanations en tant qu'acteurs du commerce international», *Revue Juridique Tchadienne*, n° 6, Octobre 2003, p. 1
- KENFACK (P.-E.)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n°043/2005, 7 juillet 2005, Aziablévi Yovo c/Société Togo Télécom», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 611
- «Commentaire de 1ère espèce: CCJA, arrêt n° 014/2007, 26 mars 2007 Société Internationale de Commerce des Produits Tropicaux (SICPRO) c/Gestion Ivoirienne de Transport Maritime Aérien GITMA, devenue GETMA, 2e espèce: CCJA, arrêt n° 06/2002, 21 mars 2002 Michel Ngmako c/Guy Deumany Mbouwoua», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 451
- KENFACK DOUJANI (G.)**, «Procédures collectives et arbitrage dans l'espace OHADA», *Penant*, n° 870, 2010, p. 103
- «L'expérience internationale de la CCJA», *Penant*, n° 868, 2009, p. 356
 - «La coordination de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres Actes uniformes de l'OHADA», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 367
 - «L'harmonisation du droit OHADA des contrats, Actes du Colloque d'Ouagadougou du 15-17 novembre 2007», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p.9
 - «L'harmonisation du droit OHADA des contrats», Actes du Colloque de Ouagadougou du 15-17 novembre 2007 – Allocutions d'ouverture», *Revue de Droit Uniforme*, n°1-2, 2008, p.11
 - «L'harmonisation du droit OHADA des contrats», Actes du Colloque d'Ouagadougou du 15-17 novembre 2007 – Débats – 1e session - Jour 1», *Revue de Droit Uniforme*, n°1-2, 2008, p.405
 - «La coordination de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres Actes uniformes de l'OHADA», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 367
 - «L'expérience internationale de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires», *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, n° 39, Octobre-Décembre 2007, pp. 3-9
 - «De la nécessité pour les arbitres originaires des pays en développement et en transition, de participer à la mondialisation de l'arbitrage», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 33, Avril-Mai-Juin 2006, p. 3
 - «Les Etats parties à l'OHADA et la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens», *Penant* n° 855, 2006, p. 198
 - «Recent developments in OHADA arbitration», *Journal of International Arbitration*, vol. 23, 2006, pp. 363-373
 - «Influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA», *Penant*, n° 851, Avril-Juin 2005, p. 174
 - «La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 29, Avril - Mai - Juin 2005, p. 3
 - «Propos sur l'immunité d'exécution et les émanations des Etats», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage* n° 30, Juillet-Août-Septembre 2005, p. 3
 - «Suggestions en vue d'accroître l'efficacité de l'OHADA», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 24, Janvier-Février-Mars 2004, p. 3
 - «L'état actuel de l'OHADA», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 22, Juillet-Août-Septembre 2003, p. 3
 - «La vente commerciale OHADA», *Revue de Droit Uniforme*, n°1-2, 2003, p.192
 - «L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 18, Juillet-Août-Septembre 2002, p. 3
 - «Le contentieux de l'exécution provisoire dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage», *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, Janvier-Février-Mars 2002, n° 16, p. 3
 - «Le juge étatique dans l'arbitrage OHADA», *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, Janvier-Février-Mars 2001, n° 12, pp. 3-13
 - «La portée abrogatoire de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° spécial, Octobre 2001, p. 28
 - «Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage OHADA», *Penant*, n° 833, Mai-Août 2000, p. 3
 - «L'abandon de souveraineté dans le traité OHADA», *Penant*, n° 830, Mai-Août 1999, p. 125
 - «L'arbitrage CCJA», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 6, Avril-Août-Septembre 1999, pp. 3-7
 - «L'abandon de souveraineté dans le traité OHADA», *Penant*, n° 830, Mai-Août 1999, pp. 125-134

- «Le cadre juridique de l'arbitrage au Cameroun», Revue Camerounaise de l'Arbitrage, n° 4, 1999, p. 3
- «L'incidence du système OHADA sur le droit camerounais de l'arbitrage», Revue Camerounaise de l'Arbitrage, n° 1, 1998, p. 3
- «Les conditions de la création, dans l'espace OHADA, d'un environnement juridique favorable au développement», Penant, 1997, p. 39
- KENFACK DOUAJINI (G.), BAGNA (K.)**, «Compte rendu du séminaire d'information juridique sur l'application du droit OHADA dans une perspective bi-juridique», *Actes de séminaire sur le bi-juridisme au service de l'intégration et de la sécurité juridique en Afrique sous l'égide de l'OHADA*, 13-17 décembre 2004, p. 95
- **KENMOGNE SIMO (A.)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n° 002/2007, 1er février 2007 Société Unilever Côte d'Ivoire SA c/Société de distribution des produits alimentaires de marchandises dite Sodispram SA», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 41
- Commentaire de CCJA, arrêt n° 017/2006, 26 octobre 2006 Société nationale des télécommunications dite Sonatel c/Société d'exploitation de la clinique Sokhna Fatma», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 61
- «Commentaire de CCJA, 1ère espèce arrêt n°008/2003, 24 avril 2003 A.K. C/H.M., 2e espèce : CCJA, arrêt n° 032/2007, 22 novembre 2007 Wielezynski c/Cofipa Investment Bank Côte d'Ivoire S.A.», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 187
- «Commentaire de CCJA, arrêt n° 006/2003, 24 avril 2003 Koné Fatoumata c/kinda Augustin Joseph», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 91
- KERE (I.)**, «L'OHADA et l'harmonisation du droit des contrats : Propos et questions préliminaires», in Revue de Droit Uniforme n° 1-2, 2008, p. 197
- «L'OHADA et les perspectives de rapprochement avec les pays de tradition Common Law», in *Actes de séminaire sur le bi-juridisme au service de l'intégration et de la sécurité juridique en Afrique sous l'égide de l'OHADA*, Yaoundé, 13-17 décembre 2004, p. 43
- KERE KERE (G.)**, «La saisie immobilière d'après le droit OHADA», in Revue Africaine des Sciences Juridiques de l'Université de Yaoundé II, 2009, vol. 6, n°1, pp. 141-164
- «Essai d'une représentation synthétique des mesures conservatoires d'après le nouveau droit des affaires OHADA», Revue Africaine des Sciences Juridiques, 2008, vol. 5, n°1, pp. 33-50
- KIBOUCKOU (Y.)**, «L'OHADA encore oubliée par l'avant-projet de constitution», Bulletin OHADA, n° 1, Août-Septembre 2000, p. 10
- 219. KILEOU (A. B.)**, «De la condamnation de l'assureur non diligent aux causes de la saisie», in Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement n° 4, 2006, vol. II, pp. 274-281
- «De l'existence d'une convention d'arbitrage et de sa détermination», Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement, vol. 1, n° 5, 2005, pp. 397-401
- «De la saisie d'un compte alimenté par les salaires», Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement, vol. 1, n° 4, 2005, pp. 316-318
- «La saisie et la vente d'un immeuble par une banque», Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement, Mai-Juin 2005, pp. 218-224
- «Saisie et cession des rémunérations», Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement, Mai-Juin 2005, pp. 207-217
- «De la responsabilité du conservateur de la propriété foncière et du notaire en matière d'inscription d'hypothèques», Revue africaine de droit, d'Economie et de Développement, vol. 1, n° 5, 2005, pp. 410 – 416
- KIRSCH (M.)**, «Dixième anniversaire de la signature du traité concernant l'harmonisation du droit des affaires en Afrique», Penant, n° 845, Octobre-Décembre 2003, p. 389
- «Historique de l'OHADA», Penant, n° 827, 1998, p.129
- «L'harmonisation du droit des affaires en Afrique, outil technique de l'intégration juridique», *Ouirbuch für afrikanisches Recht*, 1996, pp. 57-68
- KOM (J.)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n° 064/2005, 22 décembre 2005 Sany Quincaillerie c/Subsahara Services Inc.», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 83
- KOM (J.), NGO NDIGUI (R. Y.)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n°004/2004, 8 janvier 2004, Attiba Denis c/Compagnie multinationale Air Afrique et autres», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 301
- KOM KAMSU (M.)**, «Les Etats parties à l'OHADA et la sécurisation des entreprises commerciales», Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré, 2009, pp. 95-124
- KONATE (M. I.)**, «La main vidange en présence d'une contestation», Revue Trimestrielle de Droit et Jurisprudence des Affaires, n° 1, p. 97
- KONATE (M. I.), DIALLO (B.), MEUKE (B.)**, «Gestion de crise en OHADA : anticipation conventionnelle et statutaire - Gestion négociée et règlement des conflits internes», *Juridis info*, n° 4, Juillet-Août 2009, p. 2
- KONE (M.)**, «L'extension du droit commercial à la vente d'immeubles en droit ivoirien», Penant, n° 871, 2010, p. 195
- «La notion de groupe de sociétés en droit OHADA», Penant, n° 856, Juillet-Septembre 2006, pp. 285-293
- KOUASSI KOUADIO**, «Bilan et perspectives de l'OHADA», *ECODROIT*, n° 11, Mai 2002, p. 10
- KUATE TAMEGHE (S. S.)**, «Quelques ambiguïtés de l'expertise de gestion dans l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 147
- «Commentaire de CCJA, arrêt n°035/2005, 2 juin 2005 Madame Khouri Marie c/Société Hyjazi Samih et Hassan dite Induschimie et Société générale de banques en Côte d'Ivoire dite SGBCI», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 569
- «Commentaire de 1ère espèce: CCJA, arrêt n° 016/2005, 24 février 2005 Sabbah Afif Youssef et autres c/Madame Guity née Karidjatou Tassebedo et Société de commerce général du centre dite CGC, 2e espèce: CCJA, arrêt n° 011/2008, 27 2008 mars Société Tégram Transit

- c/Mademoiselle N'gbesso Berthe Eliane», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 539
- «Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique», *Juridis Périodique*, n° 76, Octobre-Novembre-Décembre 2008, pp. 75-90
 - «Hypothèses sur le dol de la cession du fonds de commerce : réflexions à partir du droit issu du Traité OHADA», *Revue internationale de droit africain*, n° 79, 2008, pp. 9-36
 - «Les pouvoirs du débiteur sur les biens saisis : une lecture à partir du système OHADA des voies d'exécution», *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, vol. 84, 2007, pp. 203 - 224
 - «Sortie de cour du roi Pétaud : à propos de l'interdiction d'exercer la profession commerciale dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial général», *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, vol. 83, 2006, pp. 108-136
 - «La stratégie de protection du logement dans le système OHADA des voies d'exécution», *Revue internationale de droit africain*, n° 67, 2006, pp. 7-38
 - «Délicatesse, convivialité, humanité...et voies d'exécution», *Juridis Périodique*, n° 62, Avril-Mai-Juin 2005, pp. 41-52
 - «Les images floues de la vérification des biens saisis dans le système OHADA des voies d'exécution», *Juridis Périodique*, n° 61, Janvier-Février-Mars 2005, pp. 87-92
 - «Le sort du créancier des personnes publiques dans le droit communautaire OHADA», *Cahier africain des droits de l'homme*, n° 6, mars 2002, pp. 175-204
- KUATE TAMEGHE (S. S.), AMOUGUI GALOUA (P.)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n° 042/2008, 17 juillet 2008 Société LEV-Cote d'Ivoire dite LEV-CI SA c/Monsieur Peled Nathan», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 129
- KUTOLBENA (A)**, «La pratique maritime de la lettre de garantie à la livraison face aux dispositions de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et Développement*, Janvier-Février 2005, pp. 82-93
- KWASI PREMPEH-ECK, DARKO (J.)**, «The challenge faced by common law jurisdictions to realise the OHADA objective», in *Actes de séminaire sur le bi-juridisme au service de l'intégration et de la sécurité juridique en Afrique sous l'égide de l'OHADA*, Yaoundé, 13-17 décembre 2004, p. 88
- LACASSE (N.), PUTZEYS (J.)**, «L'acte uniforme de l'OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route», *Droit Européen du Transport/European Transport Law*, 2003, pp. 673-729
- LAGER (F.)**, «Le projet d'Acte uniforme OHADA relatif au droit du travail du 24 novembre 2006 permettra-t-il de faire rentrer l'économie informelle dans le secteur formel?», *Penant*, n° 866, 2009, p. 85
- LAM (C. T.)**, «Regard sur les applications jurisprudentielles de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution», *Revue Sénégalaise de Droit*, n° 1, Janvier-Juin 2003, p. 157
- «Regard sur quelques décisions rendues en matière de règlement préventif», *Revue sénégalaise de droit des affaires*, n° 1, Janvier-Juin 2003, p. 198
- LANDZE (R. D.)**, «Les obligations professionnelles du commerçant», *Bulletin OHADA*, n° 3, Décembre 2000- Janvier 2001, p. 7
- «La saisie-vente, héritière de la saisie-exécution», *Bulletin OHADA*, numéro spécial, 2001, p. 7
 - «La place de l'acte extrajudiciaire dans les procédures simplifiées de recouvrement», *Bulletin OHADA*, n° 4, Février-Mars 2001, p. 8
 - «Du régime juridique des nullités prévues par l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement des créances et les voies d'exécution, note sous l'Avis consultatif n° 1 du 7 juillet 1999 de la CCJA», *Bulletin OHADA*, n° 1, Août 2000, p. 13
 - «Le concours des tiers saisis dans la saisie attribution de l'OHADA», *Bulletin OHADA*, n° 2, octobre-novembre 2000, p. 2
- LAURIOL (T.)**, «Financement de projets miniers dans les Etats parties à l'OHADA: l'apport des titres miniers en garantie», *Penant*, n° spécial 840, 2002, p. 295
- OHADA : l'intensification du processus d'harmonisation», in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 6, 2001, pp. 752-755
 - «La naissance d'un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique représente-t-elle des opportunités de développement?», *Revue Camerounaise de Droit*, n° spécial-Octobre 2001, p. 52
 - «L'OHADA passe à une vitesse supérieure», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 5, 2001, pp. 796-598
 - «La langue de l'OHADA», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° spécial, octobre 2001, p. 36
 - «La naissance d'un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° spécial, octobre 2001, p. 7
 - «Le centre d'arbitrage OHADA : formation et effets de la convention d'arbitrage», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 8, 2000, p. 999
 - «Le statut de l'arbitre dans l'arbitrage CCJA», *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, n° 11, 2000, p. 3
- LAURIOL (T.), AGBOYOBOR (P.)**, «Les difficultés d'application du nouveau droit des affaires africain», *Les Echos*, Mars 1998
- LAURIOL (T.), GAWEL (T.)**, «Aspects juridiques de l'apport des titres miniers en garantie dans les Etats parties à l'OHADA», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 2, 2001, p. 175
- LE BARS (B.)**, «Management et financement de la société anonyme de droit OHADA», *JCP. Cahier de Droit de l'Entreprise*, n° 5, pp. 12-20
- LE BARS (B.), MARTOR (B.)**, «Management et financement de la société anonyme», *Supplément n° 5 à la Semaine juridique*, n° 44, 28 octobre 2004, p. 12
- LEBOULANGER (P.)**, «La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales», *Penant*, n° 833, Mai-Août 2000
- «L'arbitrage et l'harmonisation du droit en Afrique», *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 1999, p. 541
- LECERF (M.)**, «Comment interpréter les dispositions transitoires de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique», *Cahiers juridiques et fiscaux*, n° 2, 1998, p. 343
- «La nouvelle réglementation de la diminution des capitaux propres : de la perte des trois quarts du capital social à la perte de la moitié du capital», *Cahiers Juridiques et Fiscaux*, n° 2, 1998, p. 333

- «La procédure d'alerte, un nouveau moyen de prévention des difficultés de l'entreprise», Cahiers juridiques et fiscaux, n° 2, 1998, p. 325
- «Traité de l'OHADA : le nouveau droit des affaires», Le Moniteur du commerce international (MOCI), n° XXX, du 21/10/95
- LECKEY (R.)**, «Harmoniser le droit dans un espace multilingue et pluri-juridique : un point de vue canadien», Revue de Droit Uniforme, n°1-2, 2008, p. 39
- LESPAGNON (F.)**, «Une expérimentation réussie : Le modèle de la lettre de voiture électronique de l'OCIR (France)», Revue de Droit Uniforme, 2006, vol. XI, p. 673
- LEVOA AWONA (S. P.)**, «Réflexions sur l'article 10 du traité de l'OHADA», Juridis Périodique, n° 84, Octobre-Novembre-Décembre 2010, pp. 151-166
- LEVY (G.), ZENO (X.)**, «L'arbitrage à Madagascar», Penant, n° 858, 2007, p. 87
- «L'harmonisation du droit des affaires : appui à la mise en œuvre de l'OHADA», La Lettre de Rue Monsieur, n° 68, Mars-Avril 1996, pp. 10-11
- LIKILLIMBA (G.A.)**, «Où en est-on avec le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires», Dalloz Affaires, n° 27, 1997, p. 844
- LOEWE (R.)**, «Note explicative sur la convention au contrat de transport international de marchandises par route (CMR)», in Droit Européen du Transport/European Transport Law, 1976, pp. 407-503
- LOHOUES-OBLE (J.)**, «L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», Revue de Droit Uniforme, n° 1-2, 2008, p. 319
- «Innovations dans le droit commercial général», Petites Affiches, Le Quotidien Juridique, pp. 8-18
- «Droit communautaire africain : l'avènement de l'OHADA, ECODROIT», Revue de Droit et d'Economie, n° 2-3, Août-Septembre 2001, p. 17
- «L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique», Revue Internationale de Droit Comparé, n° 3, 1999, p. 543
- «Le traité OHADA, cinq ans après», Ohadata, D-03-06
- LOUKAKOU (D.)**, «Les conventions réglementées dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA», Penant, n° 848, Juillet-Septembre 2004, p. 280
- «Les valeurs mobilières dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales de l'espace OHADA», Penant, n° 844, Juillet-Septembre 2003, p. 261
- MAHALMADANE (H. F.)**, «La saisie immobilière», Revue Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence des Affaires, n° 1, p. 9
- «Le tableau de bord de la saisie immobilière», Revue Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence des Affaires, n° 1
- MAHOUE (M.)**, «Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin», Penant, n° 846, Janvier-Mars 2004, p. 87-96
- MAÏNASSARA MAÏDAGI**, «La cohabitation des hautes juridictions communautaires en Afrique Francophone (Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'OHADA, Cour de justice de la CEMAC et Cour de justice de l'UEMOA)», Revue Congolaise de droit et des Affaires, n° 1, Octobre-Décembre. 2009, p. 23
- «Organisation et fonctionnement de la CCJA et perspectives d'évolution», Penant, n° 865, 2008, p. 405
- «Le défi de l'exécution des décisions de justice en droit OHADA», Penant, n° 855, Avril-Juin 2005, pp. 198-223
- MAKANDA (L. N.)**, «La liquidation des entreprises publiques en droit camerounais», in Penant, n° 835, Janvier-Avril 2001
- MALLE (A.)**, «La coopération du juge lors de la procédure arbitrale», in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 185
- MANCUSO (S.)**, «The new African law: beyond the difference between Common law and civil law», in Annual survey of international and comparative law, 2008, vol. 14, pp. 39-60
- «On the possible Chinese involvement in the legal and digital process of development in the OHADA area», Boletim da Faculdade de direito, Universidad de Macau, Ano XI, n° 23, 2007, p. 63
- «Trends on the harmonization of contract law in Africa», in Annual Survey of International and Comparative Law, vol. 13, pp. 157-178
- MARCEAU-COTTE (A.), LAISNEY (L-J.)**, «Vers un nouveau droit du gage OHADA», Droit et Patrimoine, n° 197, Novembre 2010, p. 66
- MARTOR (B.)** et al., «Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA», JurisClasseur, 2004, p. 70
- «Comparaison de deux sûretés personnelles : cautionnement et lettre-de garantie», La Semaine Juridique, n° 5 supplément au n° 44, 28 octobre 2004, pp. 21-27
- MARTOR (B.), THOUVENOT (S.)**, «Chronique droits et projets panafricains/panafrican chronicle law and projects», Revue de Droit des Affaires Internationales n° 5, Octobre 2006, p. 696
- «Les perspectives et modalités d'adhésion de nouveaux Etats à l'OHADA. Member States joining OBHLA. Prospects and terms of their joining : the example of the RDC», Revue de Droit des Affaires Internationales, 2005, pp. 535-539
- «L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA», La semaine juridique, n° 5, JurisClasseur périodique, 2004 pp. 5-11
- «La fusion des sociétés issues du droit OHADA», Revue de Droit des Affaires Internationales, n° 1, 2002, pp. 47-61
- «Les acteurs des marchés financiers et l'appel public à l'épargne dans la zone OHADA», Revue de Droit des Affaires Internationales, n° 7, 2002, p. 749
- MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D. S.), THOUVENOT (S.) ANCEL (P.), Le BARS (B.) et MASSAMBA (R.)**, «Le droit uniforme des affaires issu de l'OHADA», JurisClasseur, Affaires Finances, 2007
- MASAMBA (R.)**, «Avantages comparatifs des actes uniformes de l'OHADA», Penant, n° 869, 2009, p. 489
- «L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique», in Penant, n° 855, 2006, p. 137
- MASCALA (C.)**, «La responsabilité pénale des dirigeants sociaux», La semaine juridique, n° 3, 2001, pp. 1-17
- MASSAMBA (J. I.)**, «Réflexion sur les attributions juridictionnelles de la CCJA», Bulletin OHADA, numéro spécial, 2001, p. 3
- «Le requiem d'un acte du parquet : le réquisitoire aux fins de recours à la force publique», Bulletin OHADA, n° 4, février-mars 2001, p. 6
- «Les entreprises en difficultés : quelle solution», in Bulletin OHADA n° 2, Octobre-Novembre 2000, p. 6
- MAYILA (C.)**, «Note sur la notion de siège social sous deux arrêts de la CCJA (du 21 mars 2002, Bohouso c/Ivire

- Coton et du 28 mars 2002, Manutech c/DDC), Penant, n° 848, Juillet-Septembre 2004, p. 400
- MBA OWONO (C.),** «L'appropriation par le droit OHADA des évolutions du droit français en matière de délai de grâce in Afrique Juridique et Politique», La Revue du CERDIP, n° 1-2, vol. 3, Janvier-Décembre 2008, pp. 3-34
- «Le régime juridique des lettres de garantie dans l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés», Penant, n° 835, Janvier-Avril 2001, pp. 56-88
 - «Non-conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit uniforme africain», Juridis Périodique, n° 41, Janvier-Février-Mars 2000, pp. 107-127
 - «Droit OHADA et pouvoir du président de la cour d'appel d'ordonner des défenses à exécution», La revue du CERDIP, n° 2, vol. 1, p. 187
- MBAYE (M. N.),** «Réflexions sur la modification du concordat préventif en droit OHADA», Penant, n° 870, 2010, p. 28
- «Le transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace OHADA», Penant, n° 857, 2007, p. 416
 - «Société de fait et société créée de fait : une distinction empreinte de confusion en droit uniforme OHADA», in *Des Contrats Civils et Commerciaux aux Contrats de Consommation*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 2009
- MBAYE (K.),** «L'histoire et les objectifs de l'OHADA», Petites Affiches, Le Quotidien Juridique, n° 205, p. 4
- «Avant-propos sur l'OHADA» au numéro spécial sur l'OHADA», Penant, n° 827, 1998
 - «L'unification du droit en Afrique», Revue sénégalaise de droit n° 10, 1971, pp. 65-81
- MBIFI (R.),** «Multinational corporations : a necessary evil in less developed economies», Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de Dschang, 2001, pp. 203-216
- MBIKAYI (K.),** «La confirmation des principes de bonne foi et de loyauté dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», Revue de Droit Uniforme, n° 1-2, 2008, p. 223
- MBILAMPINDO (W.),** «Réflexion iconoclaste sur l'OHADA», Jeune Afrique Economie, n° 267, 29 Juin-16 Juillet 1998
- MBOCK BIUMLA (J. M.),** «La problématique des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites», Revue Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence des Affaires, n° 2, p. 19
- MBONJI BILLE (G. C.),** «Les créances nées de la poursuite de l'activité», in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 163-169
- MBOSSO (J.),** «La jurisprudence et la diffusion du droit, facteurs de réussite de l'OHADA au service des justices nationales», Revue Camerounaise de l'Arbitrage, n° 31, Octobre-Novembre-Décembre 2005, p. 3
- «Missions, réalisations et perspectives d'avenir de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires», in Revue Camerounaise de l'Arbitrage n° 17, Avril-Juin 2002, pp. 8-12
 - Le fonctionnement du centre d'arbitrage CCJA et le déroulement de la procédure arbitrale», Revue Camerounaise de Droit, n° spécial, Octobre 2001, p. 42
 - «Le rôle des juridictions nationales et le droit harmonisé», in Revue de Droit des Affaires Internationales, 2000, p. 216
- MBUNJA (Y.),** «Injonction de payer : Juridiction compétente», Juridis Périodique, n° 39, Juillet-Août-Septembre 1999, pp 89-92
- MDONTSA FONE (A-M.),** «Commentaire de CCJA, arrêt n° 024/2006, 16 novembre 2006 Samaïla Dan Moussa, Ali Maré c/Hamidou Abdou dit «Crise» », in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 153
- «Réflexion sur l'article 10 du traité OHADA», Revue Africaine des Sciences Juridiques, vol. 7, n°1, 2010, p. 45
 - «A propos de l'extension de la compétence pénale OHADA», Revue Africaine des Sciences Juridiques, 2008, vol.5, n° 1, pp.77-91
 - «OHADA : quelques innovations juridiques», Revue Africaine des Sciences Juridiques, vol. 2, n° 2, 2001, pp. 65-81
- MELONE (S.),** «Le Traité OHADA et spécificités camerounaises : Antinomie ou complémentarité?», Communication délivrée à l'occasion du séminaire organisé conjointement par le GICAM et la Fondation FRIEDRICH EBERT les 14, 15, et 16 Mai 1996 sur le thème : Une justice pour le développement du secteur privé au Cameroun (perspectives offertes par le Traité OHADA), <http://www.legicam.org/>
- MEMAN THIERO (F.),** «La société unipersonnelle dans le droit des affaires de l'OHADA : une œuvre (législation) à parfaire», Penant, n° 868, 2009, p. 312
- MERCADAL (B.),** «Abécédaire sur les débats du colloque de Ouagadougou sur «L'harmonisation du droit OHADA des contrats», Revue de Droit Uniforme, n° 1 et 2, 2008, p. 489
- MESTRE (J.),** «Regards contractuels sur l'OHADA», *Actes du Colloque sur La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique Francophone : LE DROIT OHADA*, Centre de droit économique de l'Université Paul-Cézanne d'Aix-en-Provence le 20 mars 2009, Revue LAMY, Droit Civil, n° 67, janvier 2010, p. 72
- MEVOUGOU NSANA (R.),** «Les obligations du vendeur de marchandise dans l'acte uniforme OHADA», Revue Africaine des Sciences Juridiques, vol. 1, n°2, 2000, p. 6
- MEUKE (B. Y.),** «Brèves observations sur le risque juridique du mandataire social dans l'espace OHADA», Revue Juridique Tchadienne, n° 12, juillet 2006, p. 1
- «Brèves observations sur le sort du bail commercial dans les procédures collectives de l'OHADA», Revue Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence des Affaires, n° 2, p. 151
 - «Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA», Revue juridique tchadienne, n° 12, p. 1
 - «De l'expertise en droit des sociétés», Juridis Info, n° 4, juillet-août 2009, p. 10
 - «Dix questions pratiques sur le fonctionnement des sociétés commerciales de l'OHADA», Juridis Info, n° 4, Juillet-Août 2009, p. 29
 - «Observations sur le démembrement des droits sociaux dans l'espace OHADA», Penant, n° 858, 2007, p. 97
 - «De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA», Penant, n° 859, Juillet-Septembre 2007, p. 338
 - «L'administration et la direction de la société anonyme de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales applicable dans la zone OHADA», in *Etudes offertes au Professeur Joseph ISSA-SAYEGH*, AIDD, 2006, p. 135

- «La société non personnalisée dans l'OHADA : études de l'impact de l'absence de personnalité morale dans la société en participation», *Revue Juridique Tchadienne*, n° 12, Juillet 2006, p. 6
 - «L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : réflexion sur l'expertise de gestion», *Revue Trimestrielle de Droit et Jurisprudence des Affaires*, n° 1, p. 29
 - «Le règlement préventif : suspension des poursuites, voies de recours», *Revue Trimestrielle de Droit et Jurisprudence des Affaires*, n° 1, p. 101
- MEVOUNGOU NSANA (R.)**, «Les obligations du vendeur de marchandises dans l'acte uniforme OHADA», *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, 2000, vol. 1, n° 2, pp. 8-19
- **MEYER (P.)**, «L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : innovations et débats», in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2008, pp. 291-317
 - «L'harmonisation du droit OHADA des contrats», Rapport général du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats, Ouagadougou, 15-17 novembre 2007, in *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 379; <http://www.unidroit.org>
 - «L'harmonisation du droit OHADA des contrats», Actes du Colloque d'Ouagadougou, du 15-17 novembre 2007 – Débats – 2e session - Jour 2, *Revue de Droit Uniforme*, n°1-2, 2008, p.410; <http://www.unidroit.org>
 - «L'harmonisation du droit OHADA des contrats», Actes du Colloque d'Ouagadougou, du 15-17 novembre 2007 – Débats – 3e session - Jour 2, *Revue de Droit Uniforme*, n°1-2, 2008, p.418; <http://www.unidroit.org>
 - «L'harmonisation du droit OHADA des contrats», Actes du Colloque d'Ouagadougou, du 15-17 novembre 2007 – Débats – 3e session (suite)- Jour 3, *Revue de Droit Uniforme*, n°1-2, 2008, p.433; <http://www.unidroit.org>
 - «L'harmonisation du droit OHADA des contrats», Actes du Colloque d'Ouagadougou, du 15-17 novembre 2007 – Débats – 4e - Jour 3, *Revue de Droit Uniforme*, n°1-2, 2008, p.441; <http://www.unidroit.org>
 - «L'harmonisation du droit OHADA des contrats», Actes du Colloque d'Ouagadougou, du 15-17 novembre 2007 – Débats – 4e session (suite)- Jour 3, *Revue de Droit Uniforme*, n°1-2, 2008, p.448; <http://www.unidroit.org>
 - «L'harmonisation du droit OHADA des contrats», Actes du Colloque d'Ouagadougou, du 15-17 novembre 2007 – Allocutions de clôture, *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p.517; <http://www.unidroit.org>
 - «L'harmonisation du droit OHADA des contrats», Actes du Colloque d'Ouagadougou, du 15-17 novembre 2007 – Bibliographie sélective, *Revue de Droit Uniforme*, n°1-2, 2008, p.663; <http://www.unidroit.org>
 - «The Harmonisation of Contract Law within OHADA», General Report on the Ouagadougou Colloquium – 15-17 November 2007, Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2008, *Revue de Droit Uniforme*, 2008, p. 393; <http://www.unidroit.org>
 - «La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA», *Penant*, n° 855, 2005, p. 151
 - «L'Acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1999, p. 629
 - «La circulation des jugements en Afrique de l'Ouest francophone», *Revue Burkinabé de Droit*, n° 39-40, p. 107
- MIENDJIEM (I.L.)**, «La *floating charge* du droit anglais et les nantissements du droit OHADA», *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, 2009, pp. 1571-1608
- MINOU (S.)**, «La juridiction prévue à l'article 49 de l'acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution est-elle le juge des référés au Cameroun», *Juridis Périodique*, n° 62, Avril-Mai-Juin 2005, pp. 97-104
- MODI KOKO BEBEY (H. D.)**, «L'action en revendication dans les procédures collectives du droit français et de l'OHADA (Etude de droit comparé)», *Revue Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence des Affaires*, n° 2, p. 27
- «La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA», *Revue des Sociétés*, n° 2, Avril-Juin 2002, p. 255
- MOHAMED BABA (I.)**, «Harmonizing of business laws in Africa-an insight into the laws, issues problems and prospects», *Unified Business Laws for Africa : Common Law Perspectives on OHADA*, 2009, pp. 253-274
- MOHO FOPA (E. A.)**, «Les associés, parents pauvres de la prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2009, pp. 253-274
- MOKOKO (F. C.)**, «Constitution pratique d'une société anonyme à l'ère de l'OHADA», *Bulletin OHADA*, n° 3, Décembre 2000-Janvier 2001, p. 5
- «Et si on parlait de l'OHADA...?», *Bulletin OHADA*, n° 4 (Février-Mars 2001), p. 10
 - «La SARL de l'OHADA : du sang nouveau dans un vieux corps», *Bulletin OHADA*, n° 1, Août-Septembre 2000, p. 4
 - «Le bail commercial dans l'acte uniforme relatif au droit commercial général», *Bulletin OHADA*, n° 1, Août-Septembre 2000, p. 8
 - «Les opérations sur le fonds de commerce : location-gérance et vente», *Bulletin OHADA numéro spécial*, 2001, p. 9
- MONKAREE (A.)**, «The recovery of taxation and custom dues under the OHADA laws», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2009, pp. 101-107
- «The necessity to embrace the OHADA system by the Anglophone African countries», in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 7-27
 - «The problems of application of the OHADA laws in the english-speaking Cameroon», *Revue Trimestrielle de Droit des Activités Economiques*, 2006, p. 15
- MONTERO (E.)**, «L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : l'adéquation aux contrats électroniques», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 293
- MOORE DICKERSON (C.)**, «Perspectives on the future in Unified Business Laws for Africa : common law perspectives on OHADA», *GMB*, 2009, pp. 93-110
- «Le droit de l'OHADA dans les Etats anglophones et ses problématiques linguistiques», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 6, 2008, pp. 743-750
- MOTTE-SURANITI**, «L'exécution en France des sentences arbitrales CCJA», in *Penant*, n° 866, 2009, p. 58
- «Emanations d'état : la Cour de cassation ouvre la voie aux saisies», *Penant*, n° 862, 2008, p. 75
- MOUDOUDOU (P.)**, «Réflexion sur les fonctions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA», *Revue internationale de droit africain*, n° 64, 2005, pp. 7-24

- «Note sous Cour suprême du Congo, avis du 1er septembre 1998», *Penant*, n° 838, Janvier-Mars 2002
- «Le droit OHADA et le droit administratif», in *Bulletin OHADA*, n° 4, Février-Mars 2001, p. 2
- «Saisie d'un véhicule de l'Agence Nationale de l'Aviation Civile (ANAC), note sous Tribunal de commerce de Brazzaville du 3 avril 2001», *Bulletin OHADA* numéro spécial, 2001, p. 15
- «La Cour suprême, l'OHADA et la CEMAC : deux poids, deux mesures?», *Bulletin OHADA*, n° 2, 2000, p. 12
- «La société nationale des pétroles du Congo et le droit OHADA», *Bulletin OHADA*, n° 1, 2000, p. 4
- MOUKALA (J. P.)**, «La saisie des rémunérations dans l'acte uniforme de l'OHADA», *La Gazette de l'OHADA*, n° 3, Septembre-Octobre 2003, p. 7
- «La procédure de saisie conservatoire des biens meubles corporels» in *La Gazette de l'OHADA*, n° 2, 1er juillet 2001, p. 10
- «La procédure de saisie conservatoire dans l'Acte uniforme de l'OHADA», *La Gazette de l'OHADA*, n° 1, 1er mai 2001, p. 9
- MOUMI de BAKONDJI (J.)**, «Banques, crédits et dispositifs sécuritaires du droit de l'OHADA», in *L'effectivité du Droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 171-178
- MOUTAIROU (T.)**, «La responsabilité de l'expert-comptable est essentielle dans la qualité des bilans d'exercice», *Le Magazine*, n° 54, 2007, pp. 51-52
- MOUTHIEU NJANDEU (M.-A.)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n° 053/2005, 15 décembre 2005 Société Société Côte d'Ivoire céréales c/Société Shanny consulting», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 69
- «Commentaire de CCJA, arrêt n° 015/2005, 24 février 2005 Angoua Koffi Maurice c/la société Win SARL», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 159
- «Commentaire de CCJA, arrêt n°018/2005, 31 mars 2005 Société Africaine construction et financement dite Africof et Monsieur Z. c/Société générale de banque en Côte d'Ivoire dite SGBCI», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 171
- «La protection des sociétés commerciales en droit OHADA», in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, 2009, pp. 229-256
- «Quelques mécanismes juridiques concourant à la protection de la société, entité économique dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique», *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, vol. 5, n° 1, 2008, p.127-144
- «L'intuitu personae au regard de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique», *Juridis Périodique*, n° 41, Janvier-Mars 2000, pp. 128-137
- MUKA TSHIBENDE (L.-D.)**, «S'installer pour affaires dans l'espace OHADA», *Revue LAMY*, n° 67, Janvier 2010, p. 66
- «Harmonisation et simplification du droit francophone africain des affaires», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 13
- «La sécurité juridique et judiciaire issue du droit OHADA», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 43
- «Voies comparées africaine et européenne d'unification du régime juridique de la société anonyme», *Penant*, n° 856, Juillet-Septembre 2006, pp. 294-344
- MUNA AKERE (T.)**, «Common law friendly?», *International law Forum du droit international*, *La Revue de l'Association de Droit International*, vol. 1, n° 3, 2001, p. 172
- N'DIAYE (I.)**, «La notion de valeur mobilière après l'adoption des actes uniformes pris en application du traité de l'OHADA», *Revue Internationale de Droit Africain*, n° 38, Juillet-Septembre 1998, p. 45
- N'DJAPOU (J.)**, «Note sous Cour constitutionnelle centrafricaine, décision n° 003 du 9 juin 1998», *Penant*, n° 829, Janvier – Avril 1999, p. 86
- N'GOUIN CLAIH (L. M.)**, «L'exécution des sentences arbitrales et les voies de recours», in *Etudes offertes au Professeur Joseph ISSA-SAYEGH*, AIDD, 2006, p. 24
- **NAH FUASHI (T.)**, «Corporate advantages without incorporation? The case of société en participation and société de fait within the OHADA zone», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2009, pp. 67-84
- «Pre-incorporation contracts and the impossibility of ratification under Common Law – The salutary Jettison of a stifling principle by the Civil Law inspired Uniform Act relating to commercial companies and economic interest groups 1 enacted by OHADA», in *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2002 (Numéro spécial, Droit OHADA-CIMA), pp. 69-76
- «The constitutionality of the OHADA treaty in Cameroun: Let's Discuss its application in the english speaking provinces», *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, vol. 1, n° 2, 2000, p. 141
- NAH FUASHI (T.), KELESE NSHOM (G.)**, «The innovations of OHADA on the law of mortgages in anglophone Cameroon», *Juridis Périodique*, n° 78, Avril-Mai-Juin 2009, pp. 51-61
- NAH FUASHI (T.), KWEI HALIDAY NYINGCHIA**, «An overview of shareholding in commercial companies and economic interest groups within the OHADA zone», *Juridis Périodique*, n° 81, Janvier-Février-Mars 2010, pp.71-82
- NAHM-TCHOUGLI (G.)**, «L'immunité d'exécution ou de saisie des entreprises publiques dans l'espace OHADA», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 6, 2005, pp. 574-582
- NANDJIP MONEYANG (S.)**, «Réflexion sur l'égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA», *Revue des Procédures Collectives civiles et commerciales*, n° 4, 2010, pp. 24-35
- «Les concentrations d'entreprises en droit interne et en droit communautaire CEMAC», *Penant*, n° 863, 2008, p. 133
- NDIAYE (A. T.)**, «Conflit de normes en droits communautaires OHADA et UEMOA», *Revue de Droit Uniforme*, vol. XII, 2007, pp. 285-322
- «Le principe de l'irrévocabilité des transferts interbancaires dans l'espace UEMOA fragilisé par les dispositions de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif», in *Nouvelles Annales Africaines de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop*, n° 1, 2007, pp. 139-148

- NDIAYE (I. Y.),** «Réflexions sur le droit du cautionnement OHADA», *Revue Sénégalaise de Droit des Affaires*, n° 5-6-7-8, 2005-2006, pp. 61-92
- «Le cautionnement dans l'Acte uniforme : un contrat défiguré ou revigoré», *Revue Sénégalaise de Droit des Affaires*, n° 1, Janvier-Juin 2003, p. 5
- NDIAYE MBAYE (M.),** «Les groupes de sociétés dans l'OHADA», *Penant*, n° 848, Juillet-Septembre 2004, p. 265
- NDOYE (D.),** «Le Règlement de procédure de la CCJA de l'OHADA», in *Revue internationale de droit africain EDJA*, n° 71, 2006, pp. 37-51
- «OHADA, mythe et réalité», *Revue EDJA*, n° 27, Octobre-Décembre 1995, p. 7
 - «Le traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, la constitution sénégalaise et les principes du droit processuel.», *EDJA*, 1994, n° 22, p. 15
- NDOYE (D.), SAKHO (M.),** «Autopsie du Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires», *Revue EDJA*, n° 22, Juillet-Septembre 1994, p. 18
- NDZUENKE (A.),** «Les nouvelles règles de compétences juridictionnelles en matière de saisies mobilières : regards sur l'article 49 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2002 (Numéro spécial, Droit OHADA-CIMA), pp. 45-68
- «L'OHADA et la réforme des procédures civiles d'exécution en droit africain», *Juridis Périodique*, n° 50, Avril-Mai-Juin 2002, p. 117
- NEGRE (C.),** «L'insécurité judiciaire : un obstacle à l'efficacité du droit OHADA», *Revue du droit des affaires internationales*, 2008, pp. 757-759
- NEMEDEU (R.),** «La recherche du critère d'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public en droit OHADA», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 505
- «Commentaire de CCJA, 1ère espèce, arrêt n°009/2008, 27 mars 2008 Société Côte d'Ivoire Télécom c/Société Loteny Télécom, 2e espèce : CCJA, arrêt n°013, 18 mars 2004 Fotech Fonjungo Tobias c/Société générale de banques au Cameroun, dite SGBC», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 371
 - «Commentaire de CCJA, 1ère espèce, arrêt n° 007, 21 mars 2002 CCAR c/ayants-droit Worokotang Mbatang et Muching David, 2e espèce: CCJA, arrêt n° 028, 15 juillet 2004 Mobil oil Côte d'Ivoire c/Les centaures routiers, Caisse automobile des règlements pécuniaires des avocat dite CARPA, Me Adou Hyacinthe», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 657
 - «Commentaire de CCJA, 1ère espèce, arrêt n° 041/2005, 7 juillet 2005 Société Ben International Ship Suppliers dite Benis Conseil c/Etablissement Kouassi N'dah, 2e espèce : CCJA, arrêt n°057/2005, 22 décembre 2005 SGBC c/Monsieur Essoh Grégoire», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 603
 - «Commentaire de CCJA, 1ère espèce, arrêt n° 026, 7 avril 2005 Bou Chebel Malek c/La station Mobil de Yamoussoukro, 2e espèce: CCJA, arrêt n° 009/2002, 21 mars 2002 Me Bohoussou G. Juliette c/Société Ivoire Coton», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 557
- «Commentaire de CCJA, 1ère espèce, arrêt n° 031/207, 22 novembre 2007, Société Trans-Ivoire c/Port autonome d'Abijan, 2e espèce: CCJA, arrêt n°030, 26 mai 2005 Satoya Guinée SA c/Mes Aboubacar Camara et Boubacar Télimélé Sylla», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 459
 - «Le juge camerounais du contentieux de l'exécution ou le clair-obscur entre l'esprit et la lettre de l'article 49 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE)», *Juridis Périodique* n° 83, Juillet-Août-Septembre 2010», pp. 91-101
 - «SARL en liquidation – distribution des dividendes – compétence assemblée générale et non du juge», *Juridis Périodique*, n° 60 Octobre-Novembre-Décembre, 2004, pp. 111-113
 - «Une présentation critique de l'Acte uniforme OHADA du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises par rapport au plan comptable OCAM-CEMAC», *Juridis Périodique*, n° 58, Avril-Juin 2004, p. 94
- NEVRY (R.),** «L'adaptation du prix dans une vente internationale de marchandises par l'arbitre international», *Penant*, n° 838, 2002, p. 20
- «La garantie autonome à première demande : droit OHADA, droit français», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2007, pp. 313-334
 - «La révocation des dirigeants des sociétés commerciales : droit OHADA, droit français», *Revue de Droit Internationale et de Droit Comparé*, vol. 84, 2007, pp. 105-140
- NGAGNE (F.),** «La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone : le droit OHADA», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 35
- NGNINTEDEM (J-C.),** «Commentaire de CCJA, 1ère espèce, arrêt n° 006/2008, 28 février 2008 Envol-Transit Côte d'Ivoire c/SDV Côte d'Ivoire dite SDV-CI, Société IED, Administration des Douanes», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 203
- «Commentaire de CCJA, 1ère espèce, arrêt n°018/2008, 24 avril 2008 Docteur Amon Arnaud c/Distributeur Pharmaceutique de Côte d'Ivoire dite DPCI-SA», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 213
 - «Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté», *Revue de Droit Uniforme*, vol. XIV, 2009, p. 181
- NGOMBE (Y-L.),** «Les sûretés mobilières et les propriétés intellectuelles dans les Etats membres de l'OHADA et de l'OAPI : un aspect de la concurrence des législations supranationales en Afrique», *Revue de la Recherche Juridique*, vol. 31, n° 115, 2006, pp. 2551-2562
- NGOUE (W.J.),** «La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA», in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 179-213

- NGOUMTSA (A. G.)**, «Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA)», *Jurisclasseur Droit International*, 5, 2010, p. 170
- NGUIHE KANTE (P.)**, «La notion de manquement essentiel dans le droit de la vente commerciale de l'OHADA», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 237
- «Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique», in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, 2009, pp. 181-227
 - «Le domaine d'application du nouveau droit des sociétés commerciales de l'OHADA», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2002 (Numéro spécial, Droit OHADA – CIMA), pp. 77-95
 - «Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2001, pp. 87-103
 - «Réflexions sur le régime juridique de dissolution et de liquidation des entreprises publiques et parapubliques au Cameroun depuis la réforme des procédures collectives OHADA», *Penant*, n° 837, 2001, p. 37
- NGWANZA (A. A.)**, «Notes conclusives du colloque», *Revue de Droit Uniforme africain*, n° 1, p. 41
- «L'équilibre contractuel dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 497
 - «OHADA entre adolescence et âge adulte : une crise existentielle!», *Penant*, n° 866, 2008, p. 5
- NGWE (M.-A.)**, «L'application des actes uniformes de l'OHADA au Cameroun», *Penant*, n° 850, 2005, pp. 81-92
- NGWE (M.-A.), JOKUNG (S.)**, «La réforme du registre du commerce et du crédit mobilier dans la zone OHADA», *Droit et Patrimoine*, n° 201, Mars 2011, p. 56
- **NJEUFACK TEMGWA (R.)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n°036/2008, 3 juillet 2008 Société Burkina et Shell c/Ouedraogo Sibiri Philippe», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 29
 - «Commentaire de CCJA, arrêt n° 034/2008/PC, 3 juillet 2008, Bassirou Ka c/Abdoulaye Cissé, Mohamed El Béchir Sissoko et Djibril Cissé», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 121
 - «Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit OHADA», *Juridis Périodique*, n° 77, 2009, pp. 83-88
 - «La règle de la majorité dans le droit des sociétés commerciales OHADA», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2006, pp. 81-96
- NKOU MVONDO (P.)**, «Le tiers dans le droit OHADA de l'exécution forcée», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2009, pp. 43-65
- «L'information de la caution dans le nouveau droit des sûretés des Etats africains», *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 11, n° 2, 1999. pp. 262-284
- NOAH (H.-M.)**, «L'espace dual du système OHADA», in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 29-44
- «La dynamique OHADA : dialectique du national et du régional», in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 45-47
 - **NSIE (E.)**, «La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente», *Penant*, n° 850, Janvier-Mars 2005, p. 96
 - «La formation du contrat de vente commerciale en Afrique», *Penant*, n° 829, Janvier-Avril 1999, p. 5
 - «La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», *Penant* n° 828, 1998, p. 308
 - «La recevabilité du pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage, Afrique juridique et politique», *La Revue du CERDIP*, vol. 1, n°2, p. 176
- NUBUKPO (C. K.)**, «De la possibilité pour le juge de rectifier sa décision», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 2, n° 3, 2006, pp. 239-245
- «De la qualité de banquier tiers saisi», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, n° 4, 2006, vol. 2, pp. 293-296
 - «De la qualité de tiers recevable à exercer l'action en distraction de biens saisis», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 2, n° 4, 2006, pp. 324-326
 - «De la sanction des saisies multiples», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 2, n° 3, 2006, pp. 227-238
 - «De l'art d'étouffer une saisie dans l'œuf», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 2, n° 4, 2006, pp. 310-316
 - «La vente à titre conservatoire en matière maritime», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, n° 4, vol. 2, 2006, pp. 297-299
 - «Défaut de signification et de ses effets en cas de conversion de saisie conservatoire», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 2, n° 4, 2006, pp. 317-320
 - «Des balises de la vente à titre conservatoire», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 2, n° 4, 2006, pp. 300-303
 - «Du juge compétent en matière d'exécution forcée», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 2, n° 4, 2006, pp. 321-323
 - «De l'incompétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière de défense à exécution», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, Avril-Mars 2005, pp 147-148
 - «L'utilité de l'arbitrage comme mécanisme de règlement de différends entre professionnels», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 5, 2005, pp. 390-396
 - «La valeur probante de la déclaration notariée de souscription et de versement», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, Mai-Juin 2005, pp. 252-254
 - «Le régime de l'emballage selon l'acte uniforme relatif aux contrats de marchandise par route», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et Développement*, n° 5, vol. I, 2005, pp. 417-421
 - «Contentieux du délai de grâce», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, Avril-Mars 2005, pp. 114-118
 - «De la nécessité d'une réaction appropriée», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, Janvier-Février 2005, pp. 30-33

- «De la résistance abusive du banquier et de la fantaisie de sa sanction», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 4, 2005, pp. 310-315
 - «De la saisie entre assureurs : la saisie conservatoire d'une à naître éventuellement», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, Mai-Juin 2005, pp. 201-205
 - «De l'inapplicabilité partielle de l'article 39 de l'Acte Uniforme aux dettes cambiaires», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, Avril-Mars 2005, pp. 149-153
 - «De l'incompétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière de défenses à exécution», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, Avril-Mars 2005, pp.147-148
 - «La liquidation d'une compagnie d'assurance et le droit de la créance en compte en cas de saisie-attribution», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, Avril-Mars 2005, pp. 119-124
 - «La pratique de la saisie attribution», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 6, 2005, pp. 537-546
 - «De la construction de la jurisprudence de la CCJA sur les limites de son incompétence en matière de droit interne», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 5, 2005 pp. 441-444
 - «La saisie attribution», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 6, 2005, pp. 515-526
 - «Le délai de grâce», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 6, 2005, pp. 548-563
 - «Le recouvrement du chèque sans provision par la saisie», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, n° 6, 2005, vol. 1, pp. 479-486
 - «Les saisies sur compte : la saisie-attribution», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, Mai-Juin 2005, pp. 225-228
 - «Du domaine d'application de l'article 39 relatif à l'octroi d'un délai de grâce au débiteur», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 5, 2005, pp. 435-440
 - «D'une entrave injustifiée à la circulation du connaissance», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 5, 2005, pp. 422-427
 - «Saisie-attribution : le solde à considérer», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, Avril-Mars 2005, pp.154-156
- NUBUKPO (C. K.), PETCHELEBIA (A.), BADJOMA (B. A.)**, «L'irrecevabilité de la recevabilité entamée : contours et limites», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 6, 2005, pp. 564-572
- NZALIE EBI (J.)**, «Reflecting on OHADA law reform mission : its impact on certain aspects of company law in anglophone Cameroon», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2002, pp. 97-119
- NZET BITEGUE (G.)**, «Les rapports entre la cour commune de justice et d'arbitrage et les juridictions nationales», *Hebdo Informations*, n° 406, 21 août 1999, p. 1
- «Le droit de l'arbitrage dans les Etats parties de l'OHADA», *Hebdo Informations*, n° 407, du 18 septembre 1999, p. 1
- OHADA** : «Le groupement d'intérêt économique», *Bulletin du Droit des Affaires en Afrique*, n° 8, Avril 2007, pp. 6-8
- «La procédure d'alerte dans les sociétés anonymes», *Bulletin du Droit des Affaires en Afrique*, n° 4, Avril 2007, pp. 10-12
 - «Le rachat par une société de ses propres actions : limites et contraintes», *Bulletin du Droit des Affaires en Afrique*, n° 9-12, Avril 2007, pp. 10-12
 - «Le régime juridique de la société en participation», *Bulletin du Droit des Affaires en Afrique*, n° 7, Avril 2007, pp. 10-11
- OKEMBA NGABONDO (G. J.)**, «La vente forcée des actions saisies et des actions partiellement libérées : deux procédures, un même but», *Bulletin OHADA*, n° 4, Février-Mars 2001, p. 4
- «Les Banques et l'usage des garanties de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés», *Bulletin OHADA*, numéro spécial 2001, p. 1
 - «OHADA : Pourquoi l'application en demi-teinte?», *Bulletin OHADA*, n° 1, Août-Septembre 2000, p. 3
 - «Saisies conservatoires, procédures collectives et droit OHADA», *Bulletin OHADA*, n° 2, Octobre-Novembre 2000, p. 15
 - «Le bail commercial dans l'acte uniforme relatif au droit commercial général», *Bulletin OHADA*, n° 1, Brazzaville, Août-Septembre 2000, p. 6
- OKILASSALI (M.)**, «L'arbitrage dans le droit du Congo Brazzaville à l'intérieur de l'espace OHADA», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 20, Janvier - Février-Mars 2003, p. 3
- «La participation des africains à l'arbitrage du CIRDI», *Penant*, n° 839, 2002, p. 180
 - «La notion d'investissement dans l'arbitrage du Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 9, Avril-Mai-Juin 2000, p. 9
- OLALA (H.)**, «Commerçants, ferez-vous un bon usage de l'arbitrage?», *La Gazette de l'OHADA*, 2001, p. 2
- OLIVEIRA (A.)**, «La procédure d'injonction de payer», *Actualités juridiques*, n° 50, 2005, p. 263
- OMAM (F.)**, «Le rôle de l'huissier en matière d'exécution des décisions de justice depuis l'Acte Uniforme relatif aux mesures de recouvrement forcée et aux voies d'exécution», *Revue Camerounaise de Droit des affaires*, n° 4, 2000, p. 9
- **ONANA ETOUNDI (F.)**, «L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et ses applications jurisprudentielles en droit OHADA : à propos de l'arrêt n° 43/2005 du 7 juillet 2005 (affaire Aziablévi YOVO et autres c/Société TELECOM)», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 00, p. 18
 - «A propos de la jurisprudence communautaire», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 00, p. 17
 - «La preuve de la créance», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 01, p. 23
 - «La réforme des procédures et voies d'exécution en droit OHADA : étude pratique de la législation et de la jurisprudence», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 01, p. 29
 - «La révision du Traité OHADA de Port-Louis», *Penant*, n° 865, 2008, p. 397
 - «L'état de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA», *Penant*, n° 865, 2008, p. 492
 - «Formalisme et preuve des obligations contractuelles dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», *Revue de Droit Uniforme*, 2008, p. 355

- «La sécurisation judiciaire de l'investissement en Afrique : A propos du rôle joué par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA», *Actualités Juridiques*, n° 53, 2007, p. 3
- «La CCJA de l'OHADA, les avantages de la sécurisation judiciaire en affaires», *Le Magazine de l'Entreprise*, n° 52, 2006, p. 55
- «La CCJA de l'OHADA, organe de contrôle et de sanction», *Le Magazine de l'Entreprise*, n° 52, 2006, pp. 50-52
- «La CCJA de l'OHADA, un 3e degré de juridiction», *Le Magazine de l'Entreprise*, n° 52, 2006, pp. 52-53
- «La CCJA : Organe d'appui à l'élaboration et à la compréhension du droit uniforme à travers sa fonction consultante», *Le Magazine de l'Entreprise*, n° 52, 2006, pp. 48-50
- «Rôle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA», *Le Magazine de l'Entreprise*, n° 52, 2006, pp. 46-47
- «La revalorisation du droit de créance dans l'activité des entreprises en Afrique : l'injonction de payer», *Le Magazine de l'Entreprise* n° 51, 2006, pp. 53-58
- «L'harmonisation du cadre juridique de l'activité commerciale dans l'espace OHADA : aspects juridiques et pratiques de l'acte uniforme portant droit commercial général», *Le Magazine de l'Entreprise*, n° 48, 2006, pp. 36-48
- «Recouvrement de créances et voies d'exécution : pratique de la législation et de la jurisprudence: les limites des actes uniformes de l'OHADA», *Le Magazine de l'Entreprise*, n° 49 2006, pp. 45-51
- «Dix ans de l'OHADA : l'état des lieux de la mise en œuvre de l'instrument juridique communautaire», *Le magazine de l'Entreprise*, n° 47, 2005, pp. 32-36
- «Droit OHADA et protection des salariés dans l'entreprise en difficulté», *Actualités Juridiques*, n° 51, 2005, p. 285
- «La protection des intérêts des parties dans la saisie attribution des comptes bancaires en droit de l'OHADA», *Actualités Juridiques*, n° 48, 2005, p. 117
- «Les principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», *Revue de Droit Uniforme*, 2005, p. 682
- «Quel est le sort des défenses à l'exécution provisoire dans les Etats membres de l'OHADA», *Actualités Juridiques*, n° 47, 2005, p. 64
- «Questions pratiques liées à la suspension des poursuites individuelles dans la procédure de règlement préventif en droit OHADA», *Actualités Juridiques*, n° 51, 2005, p. 321
- **ONDO-MVE (A.)**, «L'acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route», *Hebdo Informations*, n° 490, 14-28 août 2004
- «Environnement général du droit des affaires: aperçu sur le processus de normalisation du cadre interne du Gabon», *Hebdo Informations*, n° 455, du 31 mai 2002, p. 1
- ONYEMA (E.)**, «Arbitration under the OHADA regime», *International Arbitration Law Review*, 2008, vol. 11, pp. 205-218
- OTIELI (E.), MASSAMBA (J. I.)**, «Sursis et défense à exécution : autres composantes de l'insécurité judiciaire au Congo», *Bulletin OHADA*, n° 3 décembre 2000, p. 13
- OTOUMOU (J. C.)**, «Le droit de rétention en droit OHADA», *Penant*, n° 838, 2002, p. 75
- «La lettre de garantie OHADA/The OHADA letter of guarantee», in *Revue de Droit des Affaires Internationales/IBLJ*, 1999, n° 4, pp. 425-456
- **OUATTARA (A.)**, «Une innovation technologique dans l'espace OHADA: la lettre de voiture électronique en matière de contrat de transport de marchandises», *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 60, 2008, pp. 61-85
- «L'expulsion du preneur en vertu d'un bail commercial : compétence du juge des référés-expulsion ou compétence du juge du fond?», *ECODROIT*, n° 13-14, Juillet-Août 2002, p. 3
- «La jurisprudence époux Karnib ou le glas des articles 180, 181 et 228 nouveaux du code de procédure civile? (A propos de l'arrêt n° 2/2001 du 11 octobre 2001 de la CCJA)», *Ecodroit*, n° 10, Avril 2002, p. 32
- «De la nature juridique des Actes uniformes de l'OHADA», *Actualités Juridiques*, n° 20, Octobre 2001, p. 9
- OURO-SAMA (R.)**, «Harmonisation du droit des affaires : un bon départ?», *Jeune Afrique Economie*, n° 260, du 16-29 mars 1998
- OUSMANOU (S.)**, «Comment prévoir le recours à l'arbitrage dans un contrat? Outils pour une meilleure compréhension et une rédaction efficace de la clause compromissoire», in *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 35, Octobre-Novembre-Décembre 2006, p. 3
- «L'action sociale ut singuli ou l'apport éthique de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique», *Juridis Périodique*, n° 39, Juillet-Août-Septembre, 1999, pp. 93-100
- PAGOP (A.)**, «Note sur les arrêts 07/2002 et 08/2002 du 21 mars 2002, et 12/2002 du 18 avril 2002 de la CCJA sur les saisies attributions», *Penant*, n° 848, 2004, p. 120
- PAILLUSSEAU (J.)**, «Une révolution en Afrique Francophone: l'OHADA», in *Mélanges en l'honneur de Claude CHAMPAUD*, n° 14, 1997, p. 93
- «L'Acte uniforme sur le droit des sociétés», *Communication à la Journée de l'Association Henri Capitant du 22 novembre 2002*, in *Petites Affiches*, *Le Quotidien Juridique*, n° 205, octobre 2004, pp. 19-29
- «Le droit de l'OHADA: Un droit très important et original», *JCP, Cahier de Droit de l'Entreprise*, n° 5, pp. 1-5
- PANDJA POLLA (G.)**, «La perte des capitaux propres», *Penant*, n° 848, 2004, pp. 346-351
- PANSIER (F.-J.)**, «Une clause compromissoire n'exclut pas la faculté de saisir le juge des référés», *Revue Trimestrielle de Droit et Jurisprudence des Affaires*, n° 1, p. 81
- PAYE (M.)**, «OHADA : le Sénégal se met à jour», *Jeune Afrique Economie*, n° 261, 30 mars-12 avril 1998
- PENDA MATIPE (J. A.)**, «The history for harmonization of laws in africa, Unified Business Laws for Africa : common law perspectives on OHADA», *GMB*, 2009, pp. 7-19
- PENDA MATIPE (J. A.), SIMO TUMNDE NJIKAM (M.)**, «Problems of implementation of OHADA in Anglophone Cameroon», *Ohadata*, D-04-13
- PENNEAU (A.)**, «La preuve et l'évolution technologique», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 01, p. 23
- PETCHELEBIA (A.)**, «L'irréversibilité de la saisie entamée : les dangers de la jurisprudence Karnib de la CCJA», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n° 4, 2005, pp. 352-354
- PFLEIDERER (T.)**, «Das neue einheitliche Wirtschaftsrecht africanischer Mitgliedstaaten der Organisation der

- OHADA», *Recht der Internationalen Wirtschaft*, n° 6, 1998, pp. 468-471
- PILKINGTON (N.), THOUVENOT (S.)**, «Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage», *La semaine juridique, Cahiers de Droit de l'Entreprise*, n° 5, supplément au n° 44, 2004, pp. 28-35
- PODIO TATCHOUA (M. D.), FANDJIP (O.)**, «Les voies d'exécution en droit OHADA à l'épreuve des droits de l'homme : le cas du débiteur», *Juridis Périodique*, n°83, Juillet-Août-Septembre 2010, pp. 102-122
- POSSENE (A. P.)**, «Injonction de payer : une procédure gracieuse peu usitée», *Bulletin OHADA*, n° 3, Janvier 2001, p. 11
- POUGOUÉ (P.-G.)**, «Présentation générale du système OHADA», in *Les Mutations Juridiques dans le Système OHADA*, 2009, pp. 11-19
- «L'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : Les tribulations d'un universitaire», *Ohadata*, D-07-41
 - «Les figures de la sécurité juridique», *Revue Africaine de Sciences Juridiques*, vol 4, n° 1, 2007, p. 2
 - «La problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA», in *Revue de Droit Uniforme*, vol. 41, p. 455
 - «L'impact de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique sur le contrôle et le développement des entreprises locales», *Juridis Périodique*, n° 66, Avril-Mai-Juin 2006, pp. 107-116
 - «Les sociétés d'Etat à l'épreuve du droit OHADA», *Juridis Périodique*, n° 65, 2006, pp. 99-102
 - «OHADA et intégration économique, in *Dynamiques de développement : Débats théoriques et enjeux politiques à l'aube du 21e siècle*, *Mélanges en l'honneur de Georges Walter NGANGO*, 2003, pp. 575-587
 - «OHADA, instrument d'intégration juridique», *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, 2001, vol. 2, n° 2, pp.11-30
 - «Le système d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 129-150
- POUGOUÉ (P.-G.), ISSA-SAYEGH (J.)**, «L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1 et 2, 2008, p. 455; accès recommandé : <http://www.unidroit.org/>
- POUGOUÉ (P.-G.), NGUEBOU TOUKAM (J.), ANOU-KAHA (F.)**, «Commentaires de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique», in *OHADA, Traité et Actes uniformes annotés*, Juriscope, 2008, p. 311
- POUYAUD (D.)**, «Un nouveau recours contentieux: Le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé», *Revue Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence*, n° 2, p. 65
- PUTZEYS (J.)**, «L'adaptation de la Convention CMR à l'ère informatique», *Revue de Droit Uniforme*, 2006, vol. XI, p. 523
- RANJEVA (F.)**, «Les nouvelles règles de l'arbitrage à Madagascar», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 6, Juillet-Août-Septembre 1999, p. 8
- RANJEVA ANDRIAMAHERY (F.)**, «Le droit de l'arbitrage privé à Madagascar (Loi n° 98-019 sur l'arbitrage)», note de lecture de Pierre BOUBOU, *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 11, Octobre-Novembre-Décembre 2000, p. 27
- RAYNAL (J. J.)**, «Les relations entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et les hautes juridictions nationales dans le cadre de l'OHADA», *Penant*, 2007, pp. 1-15
- RAYNAL (J.-P.)**, «Intégration et souveraineté : le problème de la constitutionnalité du Traité OHADA», *Penant*, n° 837, 2000, p. 5
- REYNIS (B.)**, «La preuve et l'acte authentique électronique», *Colloque sur le droit de la preuve dans l'espace OHADA tenu à Paris le 9 février 2010*, *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 01, p. 10
- RUSCA (A.)**, «L'arbitrage : une stimulation à l'investissement», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 7, octobre 1999, p. 3
- SAKHO (A.)**, «La législation communautaire de la concurrence et les mécanismes alternatifs de règlement des conflits commerciaux», *Revue Sénégalaise de Droit*, n° 2-3-4, p. 37
- «Les attentes en matière de mission légale de commissariat aux comptes», *Revue Sénégalaise de Droit des Affaires*, n° 5-6-7-8, 2005-2006, pp. 93-112
- SAKHO (A.), NDIAYE (I.)**, «Pratique des garanties du crédit, OHADA, Acte uniforme portant organisation des sûretés», *Revue Africaine de Banques*, octobre 1998
- SALL (A.)**, «Le recouvrement des créances bancaires en Mauritanie : entre logique juridique et logique judiciaire», *Penant*, n° 839, 2002, p. 168
- «Le juge national et la publication des traités (à propos de l'invocation du traité de l'OHADA devant les juridictions sénégalaises)», *Revue EDJA*, n° 42, juillet-août-septembre 1999, p. 71
 - «Sénégal : conformité à la constitution des articles 14 et 16 du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique», *Penant*, n° 827, Mai-Août 1998, pp. 225-234
- SAMBE (I.)**, «Distribution du prix dans l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution», *Revue Sénégalaise de Droit des Affaires*, n° 2-3-4, p. 29
- SANCHEZ-GAMBORINO (F.)**, «La lettre de voiture CMR - «IRU 1976» et le nouveau modèle en projet», *Revue de Droit Uniforme*, 2006, vol. XI, p. 677
- SAWADOGO (F.M.)**, «Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif» in *OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2008, p. 867
- «La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA. A propos de l'arrêt de la CCJA du 7 juillet 2005, affaire Aziablévi Yovo et autres c/Société Télécom», *Penant*, n° 860, Juillet-Septembre 2007, p. 305
 - «Le droit OHADA de l'arbitrage : principes essentiels et perspectives d'application» in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, 2003, pp. 963-983
 - «L'arbitrage OHADA : un pas vers l'unité africaine», *Revue Camerounaise de Droit*, n° spécial, octobre 2001, p. 51
 - «L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone à partir de l'exemple du Burkina Faso», *Revue Burkinabé de Droit*, n° 26, p. 191
 - «La prise en compte du droit comparé dans l'œuvre d'unification de l'OHADA», *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, vol. 85, pp. 307-347

- «La procédure d'injonction de payer de l'OHADA à l'épreuve de la pratique», Le Bulletin du CREDAU, n° 1, p. 5
- «Les Actes uniformes de l'OHADA : aspects techniques généraux», Revue Burkinabé de Droit, n° 39-40, p. 37
- SAWADOGO (F.M.), IBIRIGA (L. M.),** «Le juge national et le droit communautaire dans les Etats francophones ouest africains», Les Cahiers de l'AOA-HJF, Ouagadougou, Juin 2003, pp 69-119
- SAWADOGO (H.),** «L'application des actes uniformes OHADA par les juridictions nationales du Burkina Faso», Penant, n° 850, Janvier-Mars 2005, p. 71-80
- SAWADOGO (L.),** «Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique», Annuaire Français de Droit International, 1998, n° 1, p. 823
- SECK (A.),** «L'Afrique et le droit OHADA», Gazette du Palais, n° spécial 48-49, pp. 17
- «L'efficacité de la pratique arbitrale de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et les réformes nécessaires à la mise en place d'un cadre juridique et judiciaire favorable aux investissements privés internationaux», Penant, n° 833, pp. 188-198
- SERE (S.),** «Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises», in *OHADA : Traité et Actes uniformes commentés*, Juriscope, 2008, p. 585
- SERE (S.),** «Contrôle interne, un outil de remontée des risques», Revue de Droit Uniforme Africain, n° 00, p. 9
- SHOMBA (L.),** «L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires : ombres et lumières», Oha-data, D-05-39
- SIDIBE (A. Y.),** «Réflexions sur la pratique malienne en matière d'injonction de payer», Revue Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence des Affaires, n° 2, p. 159
- SIETCHOUA DJUITCHOKO (C.),** «Les sources de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires», Penant n° 843, Avril-juin 2003, p. 140-179
- SIMO TUMNDE NJIKAM (M.),** «Cameroon offers a contextual approach to understanding the OHADA treaty and Uniform acts in Unified Business Laws for Africa : Common Law Perspectives on OHADA», GMB, 2009, pp. 45-67
- «OHADA as experienced in Cameroon : addressing areas of particular concern to common law jurists», Unified Business Laws for Africa, in GMB, 2009, pp. 69-82
- «The applicability of the OHADA treaty in Cameroon : Problems and prospects», Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang, 2002 (Numéro spécial, Droit OHADA-CIMA), pp. 23- 32
- SOCKENG (R.),** «L'arbitrage dans le droit camerounais des investissements», Revue Camerounaise de l'Arbitrage, n° 2, 1999, p. 13
- «Les effets de la convention d'arbitrage en droit camerounais», Revue Camerounaise de l'Arbitrage, n° 4, 1999, p. 10
- «Justice étatique et justice arbitrale dans l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage : Vers une nécessaire complémentarité», Revue Camerounaise de l'Arbitrage, n° 7, 1999, p. 10
- SOH (M.),** «Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes», Juridis Périodique, n° 51, Juillet-Août-Septembre 2002, pp. 89-96
- «La situation des créanciers du salarié dans les procédures d'exécution de l'OHADA ou le difficile équilibre entre les intérêts en présence», Juridis Périodique, n°49, janvier-Février-Mars 2002, pp.101-110
- «La saisie attribution à l'épreuve de l'exécution provisoire», Revue Camerounaise du Droit des Affaires, n° 4, Juillet-Septembre 2000, pp. 27-37
- **SOH FOGNO (D. R.),** «Commentaire de CCJA, arrêt n°007/2008, 28 février 2008 Société de Fournitures Industrielles du Cameroun dite SFIC SA C/Liquidation Banque Méridien BIAO Cameroun», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 273
- «Commentaire de CCJA, arrêt n°044/2008, 17 juillet 2008 Société africaine de relations commerciales et industrielles dite SARCI Sarl c/Atlantique Télécom SA et Télécel Bénin SA», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 315
- «Le contentieux de l'annulation des sentences issues de l'arbitrage traditionnel dans l'espace de l'OHADA», Revue Camerounaise de l'Arbitrage, n° 23, Octobre-Novembre-Décembre, 2003, p. 3
- SOH FOGNO (D. R.), TALLA (C.),** «L'apport en industrie en droit des sociétés de l'OHADA», Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang, 2009, pp. 199-226
- SOME (T.),** «La formation des magistrats africains par l'OHADA», in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 199-208
- «Rapport relatif au projet de traité portant harmonisation du droit des affaires», Ouagadougou, Ministère de la justice, 1993, p. 7
- SOPGUI (E.),** Commentaire de «CCJA, arrêt n°07/2006, 30 mars 2006 Société Civile de Grand- Lahou dite SCGL c/American Ivoirian Investment Corporation A2IC», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 225
- «La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA», Revue Africaine des Sciences Juridiques de l'Université de Yaoundé II, vol. 6, n 1, 2009, pp. 179-192
- SORIEUL (R.),** «Convergences entre la CNUDCI et l'OHADA», in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 43-49
- SOSSA (D.),** «La question de l'introduction du principe de l'estoppel en droit communautaire OHADA», Revue Africaine des Sciences Juridiques, vol. 7, n°1, 2010, p. 29
- «Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général, contrats commerciaux, contrats de consommation», in Revue de Droit Uniforme, n° 1 et 2, 2008, p. 339
- «Commentaire de l'Acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route», in *OHADA : Traité et Actes uniformes annotés*, Juriscope, 2008, p. 1041
- SOUOP (S.),** «L'abus de biens sociaux et du crédit», Miroir du droit, n° 2, Avril-Juin 2010, pp. 79-103
- «Pour qui sonne le glas de l'exécution provisoire?, Commentaire de l'arrêt de la CCJA n° 2/2001 du 11 octobre 2001, Affaire Epoux KARNIB c/Société Générale de

- Banques Côte d'Ivoire (SGBCI)», *Juridis Périodique*, n° 54, 2003, pp. 104-110
- «Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires- Cour Commune de Justice et d'Arbitrage», *Juridis Périodique*, n° 51, Juillet-Août-Septembre 2002, pp. 106-109
- SOW (O.)**, «La construction de l'Europe constitue-t-elle une bonne référence pour l'intégration africaine?», *Revue de Droit des Affaires du Mali*, n° 3-4, Octobre 2000-Mars 2001, p. 61
- SOW DJOULD (I.)**, «Emission de chèque sans provision : la fin de la délinquance en col blanc?», *La Gazette de l'OHADA*, n° 3, septembre-octobre 2003, p.5
- «Le sursis à exécuter par le CPCCAF : une procédure abrogée par l'AUPSRVE», *La gazette de l'OHADA*, n° 3, Septembre-Octobre 2003, p. 3
 - «Lettre de garantie et de contre-garantie : instruments à l'usage des banques», *La gazette de l'OHADA*, n° 3, Septembre-Octobre 2003, p. 8
 - «Etude comparative : OHADA-Droit interne, les juridictions de l'OHADA», *La Gazette de l'OHADA*, 1er mai 2001, 2001, p. 14
 - «Les dispositions de l'OHADA abrogent-elles celles du code des procédures civile, commerciale, administrative et financière (du Congo)», *La Gazette de l'OHADA*, n° 1, 1er mai 2001, p. 12
 - «Le délai de grâce est-il le droit de ne pas payer ses dettes», *La Gazette de l'OHADA*, n° 2, 1er juillet 2001, p. 7
 - «Les réquisitions du ministère public : parlons-en!», *La Gazette de l'OHADA*, n° 2, 1er Juillet 2001, p. 1
- SPENIK (K.)**, «La CMR comme loi nationale et loi du cabotage en Belgique», *Revue de Droit Uniforme*, vol. XI. 2006, p. 689
- STASI (M.)**, «La naissance d'un nouveau droit de l'arbitrage en Afrique représente-t-elle des opportunités de développement?», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage* n° spécial, Octobre 2001, p. 55
- TABE TABE (S.)**, «Membership in a corporate entity: an appraisal of the OHADA uniform act relating to commercial companies and economic interest groups», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2009, pp. 21-42
- «Corporate personality at common law and under the OHADA uniform act relating to commercial companies and economic interest groups-A comparative study», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2008, pp. 5-31
 - «Some antipodal hurdles that beset the uniform working of the OHADA uniform acts in Cameroon», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2002, pp. 33-43
- TAGNE (R.)**, «La Cour suprême du Cameroun en conflit avec la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA)», *Juridis Périodique*, n° 62, Avril-Mai-Juin 2005, pp. 104-110
- TAKAFO KENFACK (D.)**, «Faut-il supprimer l'alerte dans l'espace OHADA?», *Juridis Périodique*, n° 81, Janvier-Février-Mars 2010, pp. 105-111
- TALFI (B.)**, «L'existence de la société et la preuve de la qualité d'associé de SARL. A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Niamey du 8 décembre 2000. Note sous Cour d'appel de Niamey, arrêt n° 240 du 8 décembre 2000», *Revue Nigérienne de Droit*, n° 4, décembre 2001, p. 136
- TALL NOUROU (S.)**, «L'arbitrage des différends avec les investisseurs étrangers : les Etats d'Afrique subsaharienne devant le Tribunal du CIRDI», *Revue Internationale de Droit Africain*, n° 56, Janvier-Mars 2003, p. 53
- TALON (D.)**, «Une cour de cassation peut-elle juger en fait? : le cas de l'OHADA», *Gazette du Palais* n° 1, Janvier-Février 2001, pp. 64-66
- TAMFUH (Y.N. W.)**, «OHADA as a gateway to harmonizing major legal systems for economic development in Africa», *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, 2009, pp. 135-152
- TANKOUA (E.)**, «Réflexion sur l'applicabilité de la loi n° 92/008 du 14 août 1992 sur l'exécution des décisions de justice telle que modifiée par rapport à l'Acte Uniforme OHADA sur les procédures de recouvrement simplifiées et les voies d'exécution», *Juridis Périodique*, n° 50, Avril-Mai-Juin 2002, pp. 128- 129
- TAPIN (D.)**, «Droit des sociétés commerciales et du GIE», *Penant*, n° 827, 1998, p. 186
- «Un nouveau droit des affaires en Afrique noire francophone», *Dalloz Affaires*, n° 107, 5 mars 1995
- TAPO (A. G.)**, «Saisie-vente : inconnue du tribunal du domicile du saisissant pour connaître d'une demande de mainlevée», *Revue de Droit des Affaires du Mali*, n° 3-4, Octobre 2000 à Mars 2001, p. 20
- TATAW ZOUEU MBENG**, «Libres propos sur l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 503
- TATY (G.)**, «L'injonction de payer et la saisie conservatoire dans le nouveau droit harmonisé applicable au Gabon», *Penant*, n° 838, 2002, p. 94
- «Brèves réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des Etats membres de la zone franc», *Penant*, n° 830, Mai-Août 1999, p. 227
- TCHAKOUA (J-M.)**, «La volonté de recourir à l'arbitrage : retour sur quelques difficultés de la pratique de l'arbitrage au Cameroun», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 535
- «Le système d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en question», *Juridis Périodique*, n° 79, Juillet-Août-Septembre 2009, pp. 118-124
 - «L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace OHADA : regard sur une construction inachevée à partir du cadre camerounais», *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, vol. 6, n° 1, 2009, pp. 1-13
 - «L'harmonisation du droit dans le cadre de l'OHADA : la mesure d'un changement en perspective», *Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré*, 2008, pp. 31-51
 - «L'espace dans le système d'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA», *Penant*, n° 842, Avril-Juin 2003, p. 59
 - «Le statut de la sentence arbitrale d'accord partie : les limites d'un déguisement bien utile», *Juridis Périodique*, n° 51, Juillet-Août-Septembre 2002, pp. 80-88
 - «L'arbitrabilité des différends dans l'espace OHADA», *Penant*, n° 835, Janvier-Avril 2001, p.1
 - «Sentences arbitrales, exécution, ordonnances d'exequatur», *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n° 10, Juillet-Septembre 2000, p. 7

- «L'arbitrage et les investissements internationaux en Afrique noire Francophone: un mot sur la compétence de l'arbitre», *Juridis Périodique*, n° 31, Juillet-Août-Septembre 1997, pp. 67-73
- TCHANTCHOU (H.)**, «L'arbitrage en droit africain du travail (rétrospective et perspectives à la veille de l'acte uniforme OHADA sur le droit du travail)», *Juridis périodique*, n° 67, Juillet-Août-Septembre 2006, pp. 111 – 120
- «Le contentieux de l'exécution et des saisies dans le nouveau droit OHADA (article 49 AUPSRVE)», *Juridis Périodique*, n° 46, Avril-Mai-Juin 2001, pp. 98-105
- TCHANTCHOU (H.), NDZUENKEU (A.)**, «L'exécution provisoire à l'ère de l'OHADA», *Juridis Périodique*, n° 60, Octobre-Novembre-Décembre, 2004, pp. 87-99
- TCHASSONA TRAORE (M.)**, «La déclaration notariée de souscription et de versement», in *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, Mai-Juin 2005, pp. 252-254
- TCHOFFO (A.), SOH FOGNO (D. R.)**, «L'assainissement de la profession commerciale dans l'espace de l'OHADA», *Penant*, n° 862, 2008, p. 90
- TEMNGAH NYAMBO (J.)**, «The legal system of trial in Cameroon : implementing the OHADA treaty in Anglophone Cameroon», in *Juridis Périodique*, n° 47, Juillet-Août-Septembre 2001, pp. 100-105
- «OHADA: Organisation for the Harmonization of Business Law in Africa : Prospects and Challenges», *Juridis Périodique*, n° 44, Octobre-Novembre-Décembre 2000, pp. 87-96
- TEMPLE (H.)**, «L'OHADA : le droit au service du développement», *Revue ACCOMEX*, n° 79, Mars-Avril 2007, p. 56
- TEPPI KOLLOKO (F.)**, «Droit et pratique de la Common Law à l'épreuve du droit OHADA», *Penant*, n° 856, Juillet-Septembre 2006, pp. 345-352
- «La CCJA et l'article 32 de l'Acte uniforme portant Organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en OHADA à la lumière des arrêts n° 012/2003, 013/2003, 014/2003 du 19 juin 2003», *Juridis Périodique*, n° 53, 2004, p. 112
- TEYNIER (E.) et YALA (F.)**, «Un nouveau centre d'arbitrage en Afrique subsaharienne», *ACOMEX*, n° 37, Janvier-Février 2001, p. 59
- THIAM (C.)**, «L'OHADA met en place ses structures», *Le Soleil*, 6 février 1997, p. 5
- THOMAS-HAWTHORNE (L.)**, «Harmonization of contract law characterized by formality and strong enforcement mechanisms imperative for economic development», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 507
- TIENTCHEU NJIAKO (A.)**, «De la pratique du secret bancaire», *Penant*, n° 853, 2001, p. 430
- TIETCHEU (J.)**, «Droit de l'OHADA, un an après», in *Jeune Afrique Economie*, n° XXX, 1999, pp. 42-45
- «Droit des affaires : l'OHADA avance à petits pas», *Jeune Afrique Economie*, n° 264, 18-31 Mai 1998
- «Droit des affaires : vulgariser les textes de l'OHADA», *Jeune Afrique Economie*, 30 Mars-12 Avril 1998
- «Harmonisation du droit des affaires, c'est parti», *Jeune Afrique Economie*, 15 Février 1998
- «L'OHADA : les banquiers sous contrôle?», *Jeune Afrique Economie*, 17-30 Août 1998
- «La CCJA au ralenti», *Jeune Afrique Economie*, 22 Juin-5 Juillet 1998
- TIGER (P.)**, «Introduction générale au droit de la preuve dans l'espace OHADA», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 01, p. 10
- «Rapports entre les juridictions de cassation nationale et la CCJA de l'OHADA : aspects conceptuels et évaluation», *Penant*, n° 860, Juillet-Septembre 2007, p. 284
- «Douze questions sur le cautionnement et leur solution en droit OHADA», *Penant* n° spécial 840, 2002, p. 416
- «La lettre de garantie», *Penant*, n° spécial 840, 2002, p. 310
- «Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé OHADA», *Petites Affiches Le Quotidien Juridique*, n° 205, pp. 35-51
- TILCHE (M.)**, «Adoption de la CMR comme loi nationale : pourquoi la France résiste», *Revue de Droit Uniforme*, vol. XI, 2006, p. 693
- TIMTCHUENG (M.)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n°012/2008, 27 mars 2008 Zongo André et Ayants-droit de feu Koama Paul c/Société Générale d'Entreprise Bâtiments Génie Civil dite SOGEPER», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 381
- «Commentaire de CCJA, 1ère arrêt n° 015/2006, 29 juin 2006 C.D c/Société Ivoirienne d'Assurances Mutuelles dite SIDAM, 2e espèce: CCJA, arrêt n°029/2004, 15 juillet 2004 Fadiga Nadiani c/Bank of africa Côte d'Ivoire dite BOA (CI)», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 485
- «Commentaire de CCJA, 1ère arrêt n° 016/2004, 29 avril 2004 Scierie d'Agnibilékrou (S.D.A) c/M. Hassan Sahly (H.S), 2e espèce: CCJA, arrêt n° 002/2002, 10 janvier 2002 Société Pari muruel urbain du Mali (PMU- Mali) c/Marcel Koné», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 629
- «Commentaire de CCJA, arrêt n° 002/2008, 28 février 2008 Vei Bernard c/BICI-Bail SA», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 361
- «Commentaire de CCJA, 1ère espèce, arrêt n° 011/2002, 28 mars 2002 Société M c/DDCI, 2e espèce, CCJA, arrêt n° 012/2004, 18 mars 2004 BCN c/H. », in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 667
- TJOUEN (A-F)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n° 001/2004, 8 janvier 2004 Société Générale de Banques au Cameroun dite SGBC c/Kamgang Marcel et Société d'Exploitation Hôtelière du Cameroun dite Hollywood Hotel», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 621
- «Commentaire de CCJA, arrêt n° 001/2005, 27 janvier 2005 Chérif Souleymane c/Société Chronopost International Côte d'Ivoire», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 511
- «Commentaire de CCJA, arrêt n°015/2008, 24 avril 2008 Kinda Augustin J. et autres ayants droit de feu Kinda Valentin c/SGBCI, Coulibaly Drissa et 102 autres, BICICI», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 395
- «Commentaire de CCJA, arrêt n°031/2008, 3 juillet 2008 Oka Kokoré Félix c/Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie en Côte d'Ivoire dite BICICI et autres»,

- in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 425
- «Commentaire de CCJA, arrêt n°040/2008, 17 juillet 2008 Hassan Sahly c/Société Nouvelle Scierie d'Agnibilekro dite SNDA SARL et Wahab Nouhad Rachid», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 437
 - «Commentaire de CCJA, arrêt n° 032/2004, 4 novembre 2004 Société EBURNEA c/Compagnie d'assurances Les Tisserins SATCA», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 647
- TOE (S.)**, «Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA», *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 01, p. 37
- TONGA (D.)**, «L'avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA du 30 avril 2001 : aspects généraux et fiscaux», *Juridis Périodique*, n° 62, Avril-Mai-Juin 2005, pp. 81-86
- TONZE (P. B.)**, «Le régime fiscal et social du gérant de la Société à Responsabilité Limitée (SARL)», in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 215-222
- TORJO (A.), NUBUKPO (C.)**, «Action en responsabilité, action récursoire et la saisie conservatoire en vue de la créance à naître», *Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. I, n° 6, 2005, pp. 488-503
- TRAORE (B.)**, «Présentation synthétique du statut du commerçant et des auxiliaires de commerce dans l'acte uniforme de l'OHADA portant droit commercial général», *Actualités Juridiques*, n° 35, 2003, p. 7
- «L'arbitrage commercial», *Ecodroit*, n° 10, avril 2002, p. 3
 - «Note de présentation de la fiscalité des entreprises dans la zone Afrique noire francophone», *ECODROIT*, n° 11, mai 2002, p. 4
- TSAKADI (K.)**, «De la compétence exclusive de l'union en droit de la concurrence dans l'espace UEMOA», in *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2010 - vol. I, coll. Horizons Juridiques Africains, p. 555
- «Quelle place pour les MARC (modes alternatifs de règlement des conflits) dans l'harmonisation du droit des contrats?», *Revue de Droit Uniforme*, n° 1-2, 2008, p. 511
- TUMA (O. J.)**, «The degree of default under article 29 CMR», *Revue de Droit Uniforme*, vol. XI, 2006, p. 585
- TWENGEMBO**, «Procédures simplifiées de recouvrement», *Juridis Périodique*, n° 58, Avril-Juin 2004, p. 87
- VIGNON (E.)**, «L'arbitrage comme mode de règlement des litiges», *Le Magazine de l'Entreprise*, n° 53, 2006, p. 62
- VOGL (T.)**, «La lutte contre la corruption : condition essentielle pour la réussite de l'OHADA», *Penant*, n° 867, 2007, p. 206
- «Wirtschaftsstärkung in Afrika durch Schaffung eines unternehmerfreundlichen Vertragsrechts und einer Schiedsgerichtsbarkeit : die OHADA», *SchiedsVZ (Zeitschrift für Schiedsverfahren - German Arbitration Journal)*, 2006, pp. 320-324
- WADE (M. E.)**, «Eclairage sur la pertinence d'une décision : le jugement d'homologation du 27 mars 2008?», *Revue Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence des Affaires*, n° 2, p. 131
- WAHA (J. P.)**, «Système comptable OHADA : Analyse critique de certaines dispositions légales», *Juridis Périodique*, n° 48, Octobre-Novembre-Décembre 2001, pp. 97-100
- WAMBA MAKOLLO (G. G.)**, «La procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales : l'injonction de payer dans le traité OHADA», *Penant*, n° 830, Mai-Août 1999, p. 135
- WANDJI KAMGA (A-D.)**, «Commentaire de CCJA, arrêt n° 020/2006, 26 octobre 2006 Komenan Kouadio Christophe, Hallar Ginette Wenceslas Roseline, épouse Komenan c/Banque Internationale pour le Cameroun et l'Industrie de Côte d'Ivoire dite BICICI», in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 499
- WAR (D.)**, «Harmonisation du droit des affaires : ouragan sur le super privilège des travailleurs», *Revue EDJA*, n° 27, Octobre-Décembre 1995, p. 47
- YADO TOE (J.)**, «La problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA», *Revue de Droit Uniforme* n° 1-2, 2008, p. 32
- «Contrats : droit des contrats en général», *Revue de Droit Uniforme* n° 1-2, 2008, p. 23
- YARGA (L.)**, «L'OHADA, ses institutions et ses mécanismes de fonctionnement», *Revue Burkinabé de Droit*, n° 39-40, n° spécial, p. 29
- YAWAGA (S.)**, «Regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : le cas du droit pénal OHADA», in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, 2009, pp. 71-98
- YONDO (L. B.)**, «Les enjeux de la réforme : une volonté de favoriser la création d'entreprises, les échanges commerciaux et les échanges dans la zone OHADA», *Droit et Patrimoine*, n° 201, Mars 2011, p. 42
- «L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit», *Droit & Patrimoine*, n° 197, Novembre 2010, p. 46
- YOUMSI (J.)**, «L'OHADA : Un instrument pour le développement des investissements dans un climat de sécurité juridique et judiciaire», *Juridis Périodique*, n° 30, Avril-Mai-Juin 1997, pp. 98
- «Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, commentaire», *Juridis Périodique*, n° 30, Avril-Mai-Juin 1997, p. 98
- ZERBO (Z.)**, «Le droit de rétention dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA : étude comparative», *Penant*, n° 836, Mai - Août 2001
- ZHANG (S.)**, «L'influence des principes d'UNIDROIT dans la réforme du droit chinois des obligations», *Revue de Droit Uniforme* n° 1-2, 2008, p. 153
- ZHU (W.)**, «OHADA : as a base for Chinese further investment in Africa», *Penant*, n° 869, p. 421
- ZINZINDOHOUE (A.)**, «Les juges nationaux et la loi aux prises avec le droit harmonisé. National judges and the law in relation with harmonised law», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 2, 2000, pp. 227-237
- ZOGBELEMEOU TOGBA**, «Note sous Cour de justice de l'UEMOA, arrêt n° 3/2005 du 25 avril 2005, Eugène Yai c/UEMOA», *Penant*, n° 859, Avril-Juin 2007, p. 240